Е. В. Васьковскій.

КУРСЪ

ГРАЖДАНСКАГО ПРОЦЕССА.

Томъ I.

Субъекты и объекты процесса, процессуальныя отношенія и дѣйствія.

МОСКВА.
Изданіе Бр. Башмаковыхъ.
1913.



Типо-литографія Т-ва И. Н. Кушнеревъ и К°. Пименовская ул., с. д.
МОСКВА—1913.

Дорогому отцу

къ сорокалѣтію

его адвокатской дѣятельности.

ПРЕДИСЛОВІЕ.

Главной и непосредственной задачей автора была догматическая обработка нашего дѣйствующаго законодательства въ области гражданскаго процесса. Этимъ опредѣлились какъ методъ изслѣдованія, такъ и общій характеръ курса.

Историческій элементъ, который вообще является при догматическомъ изученіи права только однимъ изъ средствъ къ уясненію смысла дѣйствующихъ нормъ, въ данномъ случаѣ долженъ былъ отступить совершенно на задній планъ въ виду того, что судебные уставы 1864 г.—главный источникъ нашего судебно-процессуальнаго права—почти не имѣютъ корней въ предшествовавшемъ законодательствѣ. Больше мѣста пришлось отвести сравнительному элементу, именно, изложенію постановленій современныхъ процессуальныхъ кодексовъ наиболѣе важныхъ государствъ западной Европы: Франціи, Германіи и Австро-Венгріи. Изъ этихъ кодексовъ французскій представляетъ интересъ въ виду того, что онъ послужилъ образцомъ для цѣлаго ряда процессуальныхъ уставовъ, въ томъ числѣ отчасти и для нашего, а германскій, австрійскій и венгерскій—какъ новѣйшіе и лучшіе образцы кодификаціи процессуальнаго права на западѣ. Что касается Англіи, то ея судоустройство и судопроизводство отличаются такими своеобразными, исторически выработавшимися особенностями, что сопоставленіе ихъ съ континентальными порядками могло быть полезнымъ только въ рѣдкихъ случаяхъ.

Еще больше вниманія обращено на сенатскую практику и юридическую литературу, русскую и иностранную. Результаты, къ которымъ онѣ пришли въ важнѣйшихъ вопросахъ процессуальнаго права, были критически провѣрены и вносились въ курсъ, насколько это представлялось возможнымъ безъ опасности придать ему чрезмѣрную громоздкость.

Наряду съ этой главной, догматической задачей авторъ преслѣдовалъ и другую—теоретическую. Дѣло въ томъ, что наука граждан-

скаго процесса переживаетъ въ настоящее время кризисъ въ двоякомъ отношеніи. Съ одной стороны, подвергаются провѣркѣ нѣкоторые изъ основныхъ принциповъ, являющихся краеугольными камнями современнаго судоустройства и судопроизводства, какими принципы коллегіальности, двухъ инстанцій, состязательности, устности. Съ другой стороны, пересматриваются и заново строятся основныя понятія искового процесса, въ частности понятія иска и права на искъ, которыя пришлось расширить съ введеніемъ въ теорію процесса такъ наз. исковъ о признаніи и о преобразованіи юридическихъ отношеній, и дѣлаются попытки построить общее ученіе о процессуальныхъ дѣйствіяхъ. Въ основѣ всѣхъ этихъ реформаторскихъ начинаній лежитъ, какъ можно убѣдиться при ближайшемъ ознакомленіи съ ними, иногда ясно сознаваемая, но гораздо чаще безсознательно проводимая тенденція къ освобожденію теоріи процесса отъ вліянія цивилистическихъ воззрѣній. Такъ, въ настоящее время является уже обще-признаннымъ, что процессуальное право—вѣтвь публичнаго, а не частнаго права; выдвинутое Бюловымъ воззрѣніе на процессъ, какъ на публично-правовое отношеніе между сторонами и судомъ, получаетъ все большее распространеніе; цивилистическое понятіе иска, какъ требованія, обращеннаго истцомъ къ отвѣтчику, замѣняется процессуальнымъ понятіемъ иска, какъ требованія истца къ суду (см. § 72); цивилистическое понятіе права на искъ, какъ присущей субъективному гражданскому праву возможности принудительнаго осуществленія при помощи суда, замѣняется понятіемъ публичнаго «права на судебную защиту», направленнаго противъ суда или государства (см. § 74); къ процессуальнымъ дѣйствіямъ сторонъ перестаютъ примѣнять правила матеріальнаго гражданскаго права относительно юридическихъ сдѣлокъ, ихъ дѣйствительности и недѣйствительности, вліянія ошибки, обмана, принужденія, симуляція и т. д. (см. § 80). Нѣкоторые процессуалисты уже прямо и рѣшительно заявляютъ, что процессуальная теорія должна сбросить съ себя оковы цивилистики, стать на собственныя ноги и строить процессуальныя понятія самостоятельно, на чисто процессуальномъ фундаментѣ [1]).

Въ виду такого положенія современной науки гражданскаго процесса представлялось безусловно необходимымъ подвергнуть подробному изслѣдованію основные принципы и общія понятія про-

---

[1]) Rosenberg. Stellvertretung im Process, 1908, 57. Ср. Stegemann. Die Parteien im Process (Zeitschrift für deut. Civilpr., 17 B., 343, 385—386); Franck (ib., 13 B., 220) и др.

цесса. Съ этою цѣлью авторъ, выдѣливъ принципы судоустройства (§§ 10 и 15) и судопроизводства (§ 36), разсмотрѣлъ значеніе каждаго изъ нихъ порознь, а затѣмъ во взаимодѣйствіи (§§ 36 и 51). Въ итогѣ обнаружилось, что система гражданскихъ судовъ и порядокъ производства въ нихъ построены судебными уставами 1864 г. на раціональныхъ основаніяхъ и нуждаются только въ детальныхъ поправкахъ. Вмѣстѣ съ тѣмъ выяснилось и то направленіе, какое желательно было бы придать стоящему на очереди преобразованію нашей мѣстной юстиціи [1]).

Въ то же время пересмотръ общихъ понятій гражданскаго процесса примѣнительно къ постановленіямъ современныхъ процессуальныхъ уставовъ привелъ автора къ убѣжденію въ правильности пути, избраннаго новѣйшимъ направленіемъ процессуальной теоріи, стремящимся къ построенію системы процесса на самостоятельномъ фундаментѣ, независимо отъ цивилистическихъ предпосылокъ. Съ такой точки зрѣнія авторъ далъ общее опредѣленіе искового процесса (§§ 1 и 34) и изложилъ ученіе объ искѣ и о процессуальныхъ отношеніяхъ.

Что касается системы изложенія, то авторъ стремился къ наибольшей естественности, простотѣ и наглядности. Для этого имъ введено дѣленіе искового производства на общую и особенную части (§ 35), а въ особенной части сначала изложено движеніе простого, нормальнаго процесса въ общемъ порядкѣ производства, затѣмъ осложненія процесса (соединеніе исковъ, вступленіе третьихъ лицъ и проч.) и, наконецъ, особыя формы и порядки производства.

---

[1]) Когда заканчивалось печатаніе настоящей книги, государственная дума и государственный совѣтъ приняли проектъ реформы мѣстныхъ судовъ, выработанный согласительной комиссіей. Изложеніе его содержанія будетъ сдѣлано во второмъ томѣ курса.

СОДЕРЖАНІЕ.

Стр.

Введеніе.

§ 1. Область гражданскаго процесса 1
§ 2. Источники процессуальнаго права 10
§ 3. Русское законодательство 13
§ 4. Русская литература 20
§ 5. Иностранныя законодательства 23
§ 6. Иностранная литература 26

Отдѣлъ I. Устройство гражданскихъ судовъ.

§ 7. Значеніе суда 33
§ 8. Система гражданскихъ судовъ Россіи 36
§ 9. Гражданскіе суды иностранныхъ государствъ 40
§ 10. Задачи раціональнаго судоустройства 44
§ 11. Подготовка къ судейскимъ должностямъ въ иностр. государствахъ 49
§ 12. Подготовка къ судейскимъ должностямъ въ Россіи 56
§ 13. Способы замѣщенія судейскихъ должностей 71
§ 14. Замѣщеніе судейскихъ должностей въ Россіи 93
§ 15. Гарантіи правильнаго отправленія правосудія 104
§ 16. Самостоятельность судебной власти 109
§ 17. Судъ присяжныхъ 116
§ 18. Несмѣняемость судей 120
§ 19. Повышенія по службѣ 137
§ 20. Награды 149
§ 21. Несовмѣстимость 152
§ 22. Матеріальное вознагражденіе 156
§ 23. Коллегіальное устройство судовъ 161
§ 24. Инстанціонная система 172
§ 25. Принципъ двухъ инстанцій 181
§ 26. Устройство третьей инстанціи 195
§ 27. Надзоръ за судьями 221
§ 28. Отвѣтственность судей 230
§ 29. Внутреннее устройство судовъ 249
§ 30. Второстепенные судебные дѣятели 266
§ 31. Необходимыя реформы 271

Стр.
§ 32. Адвокатура 293
§ 33. Адвокатура въ Россіи 321

Отдѣлъ II. Исковое производство.

Введеніе.
§ 34. Понятіе 344
§ 35. Система 350

Глава I. Принципы процесса.

§ 36. Обзоръ принциповъ 353
§ 37. Диспозитивность 364
§ 38. Равноправность сторонъ 371
§ 39. Формализмъ 373
§ 40. Судейское руководство 375
§ 41. Состязательность 378
§ 42. Непосредственность 402
§ 43. Концентрація 413
§ 44. Оцѣнка доказательствъ 420
§ 45. Состязательная форма 428
§ 46. Устность и письменность 430
§ 47. Публичность 449
§ 48. Починъ сторонъ и суда 457
§ 49. Быстрота 465
§ 50. Дешевизна 473
§ 51. Сочетанія принциповъ 478

Глава II. Субъекты процесса.

А. Суды.
§ 52. Компетенція судовъ 484
§ 53. Предѣлы власти гражданскихъ судовъ 489
§ 54. Предѣлы вѣдомства гражданскихъ судовъ 497
§ 55. Вѣдомство духовныхъ судовъ 499
§ 56. Вѣдомство коммерческихъ судовъ 501
§ 57. Вѣдомство волостныхъ судовъ 509
§ 58. Вѣдомство смѣшанныхъ присутствій 511
§ 59. Вѣдомство мировыхъ судовъ 515
§ 60. Вѣдомство судебно-административныхъ учрежденій 525
§ 61. Вѣдомство гражданскихъ отдѣленій окружныхъ судовъ 528
§ 62. Виды подсудности 529
§ 63. Исключительная подсудность 533
§ 64. Общая подсудность 542
§ 65. Особенная подсудность 548
§ 66. Договорная подсудность 555
§ 67. Соотношеніе основаній подсудности 561
§ 68. Устраненіе судей 562

Стр.

Б. Стороны.

§ 69. Положеніе сторонъ 572
§ 70. Процессуальная правоспособность 577
§ 71. Процессуальная дѣеспособность 582

Глава III. Объекты искового процесса.

§ 72. Искъ и его элементы 590
§ 73. Виды исковъ 605
§ 74. Право на искъ 611

Глава IV. Процессуальныя отношенія.

§ 75. Положеніе суда 625
§ 76. Положеніе сторонъ 628
§ 77. Судьбы процессуальныхъ правъ 639
§ 78. Процессуальныя дѣйствія 643
§ 79. Процессуальныя дѣйствія суда 646
§ 80. Процессуальныя дѣйствія сторонъ 653
§ 81. Злоупотребленіе правами 669
§ 82. Процессъ, какъ юридическое отношеніе 682
Алфавитный указатель 689

Объясненіе сокращеній.

Вѣстн. Пр. = Вѣстникъ Права.

Гражд. зак. = гражданскіе законы, помѣщающіеся въ 1 части X т. Свода законовъ.

Журн. гражд. пр. = Журналъ гражданскаго и уголовнаго права.

Журн. Юрид. Общ. = Журналъ С.-Петербургскаго Юридическаго Общества.

Журн. М. Ю. = Журналъ Министерства Юстиціи.

Юрид. Вѣстн. = Юридическій Вѣстникъ.

Arch. civ. Pr. = Archiv für die civilistische Praxis.

Gruchots Beitr. = Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, begründet von Gruchot.

Grünh. Zt. = Zeitschrift für das privat-und öffentliche Recht der Gegenwart, herausgeg. von Grünhut.

Jahrb. f. Dogm. = Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen röm. und dent. Rechts.

Zt. Zp. = Zeitschrift für deutschen Civilprocess.

Учебники, курсы, комментаріи и пособія, указанныя въ §§ 3—6, цитируются по фамиліямъ авторовъ, причемъ римскія цифры означаютъ томы, а арабскія безъ прибавленія знака §—страницы; рѣшенія гражданскаго кассаціоннаго департ. сената—цитируются указаніемъ года и номера (напр., 75 № 6 = рѣшеніе гражд. кассац. деп. за 1875 г. № 6), а рѣшенія другихъ департаментовъ отмѣчаются ихъ сокращеннымъ названіемъ (угол. = уголовнаго департамента, суд. = судебнаго, о. с. = общаго собранія).

Существенныя опечатки.

Стр.	*Строка*	*Напечатано*	*Должно быть*
214	10 снизу	74599	74 № 599
533	6 сверху	оговорную	договорную
687	18 —	ни какого	никакого

ВВЕДЕНІЕ.

§ 1.

Область гражданскаго процесса [1]).

Юридическія нормы, опредѣляя отношенія между гражданами и предоставляя однимъ изъ нихъ права, а на другихъ налагая обязанности, дѣлаютъ это въ общей и отвлеченной формѣ. Въ законахъ не говорится объ отдѣльныхъ лицахъ—объ Ивановѣ, Петровѣ, Павловѣ—и объ ихъ взаимныхъ отношеніяхъ, а идетъ рѣчь вообще о покупателяхъ, продавцахъ, нанимателяхъ, собственникахъ, владѣльцахъ, о духовныхъ завѣщаніяхъ, договорахъ, правонарушеніяхъ, словомъ, о цѣлыхъ категоріяхъ лицъ и отношеній. Вслѣдствіе этого каждое отдѣльное лицо не можетъ найти въ законахъ непосредственнаго перечисленія своихъ правъ и обязанностей, а чтобы узнать ихъ, должно дѣлать логическіе выводы изъ юридическихъ нормъ, подводя свое фактическое положеніе подъ абстрактныя опредѣленія закона. Даже въ тѣхъ случаяхъ, когда отношенія гражданъ опредѣляются въ конкрет-

---

[1]) Нефедьевъ. Ученіе объ искѣ, вып. I, 1895. Гредескулъ. Къ ученію объ осуществленіи права, 1900. Розинъ. Процессъ, какъ юридическая наука (Журн. Мин. Юст. 1910 № 8). Малышевъ. I, §§ 1—5. Азаревичъ, I, стр. 1—21. Гольмстенъ, стр. 1—12. Энгельманъ, §§ 3, 4, 6. Нефедьевъ. Курсъ, § 1; Учебникъ, § 1.

Drechsler, Ueber die Begriffe Civilprocess und Rechtsstreit (Arch. Civ. Pr. 62). Wetzell, § 1. Bayer, § 1. Renaud, § 1. Menger, §§ 1—3. Birkmeyer, §§ 1, 4. Wach, §§ 1—6. Hellwig, I, §§ 1, 7, 8, 12. Schmidt, § 1. Weismann, §§ 1—6. Kleinfeller, § 1. Kohler, § 2. Canstein, § 1. Schrutka, § 1. Pollak, §§ 14, 15. Balasits i Fierich, §§ 1—3. Garsonnet, § 1. Glasson, § 1. Chiovenda, p. 52 ss., 244 ss. Simoncelli, capo I.

ной формѣ нарочно для этого совершаемыми сдѣлками (договорами, завѣщаніями), все-таки формы совершенія сдѣлокъ, условія ихъ дѣйствительности и юридическія послѣдствія обсуждаются на основаніи постановленій законодательства.

Такимъ образомъ, конкретныя права и обязанности отдѣльныхъ гражданъ познаются ими посредствомъ выводовъ изъ абстрактныхъ предписаній юридическихъ нормъ и фактическихъ обстоятельствъ каждаго случая, т.-е., говоря короче, путемъ конкретизаціи нормъ [1]).

Въ громадномъ большинствѣ случаевъ граждане дѣлаютъ одинаковые выводы изъ юридическихъ нормъ и добровольно приводятъ ихъ въ исполненіе. Однако нерѣдко бываетъ, что между ними возникаетъ разногласіе, и что лица, которыя являются, въ силу закона, обязанными къ совершенію какихъ-либо дѣйствій въ пользу другихъ лицъ, уклоняются отъ исполненія этихъ обязанностей, потому ли, что не хотятъ, или же потому, что не могутъ исполнить ихъ. Въ такихъ случаяхъ является необходимость въ какихъ-либо способахъ разрѣшенія споровъ между гражданами и понужденія ихъ къ исполненію обязанностей. Этихъ способовъ нѣсколько.

Самымъ простымъ и естественнымъ представляется на первый взглядъ самостоятельное осуществленіе своихъ правъ съ примѣненіемъ, въ случаѣ надобности, физической силы, т.-е., *самопомощь* въ ея двоякой формѣ: *самоуправства* и *самообороны*. Такъ и осуществлялись права въ первоначальныя эпохи. По замѣчанію Іеринга, „самоуправствомъ и местью, этимъ дикимъ видомъ правосудія, какъ выражается Бэконъ Веруламскій, начинало каждое право“ [2]). Однако примѣненіе этого способа стало ограничиваться по мѣрѣ развитія цивилизаціи и укрѣпленія государственной власти въ виду его ненадежности и нецѣлесообразности. Въ самомъ дѣлѣ, самопомощь, съ одной стороны, страдаетъ тѣмъ же кореннымъ недостаткомъ, какой вообще присущъ примѣненію физической силы къ разрѣшенію всякихъ споровъ: палка о двухъ концахъ, и побѣдителемъ можетъ оказаться во-

[1]) Нефедьевъ. Ученіе объ искѣ, 27—30. Курсъ, 11—13. Гредескулъ, 71 и сл., 87 и сл., 94 и сл. Розинъ, 25—26.

[2]) Іерингъ. Духъ римскаго права, I, 1875, 102—103.

все не тотъ, кто правъ. Съ другой стороны, самопомощь легко приводитъ къ насилію надъ чужой личностью, нарушенію общественнаго порядка и спокойствія и къ другимъ преступнымъ дѣйствіямъ, такъ что въ благоустроенномъ государствѣ она можетъ быть терпима только въ видѣ исключенія, при наличности особыхъ условій [1]).

Другой способъ состоитъ въ томъ, чтобы спорящіе избрали, по взаимному соглашенію, постороннее лицо, которому они оба довѣряютъ, и попросили его рѣшить, кто изъ нихъ правъ, обязуясь подчиниться его рѣшенію. Это—такъ наз. *третейскій судъ*. Но, во-1-хъ, онъ предполагаетъ наличность обоюднаго согласія спорящихъ и готовность подчиниться рѣшенію избраннаго судьи. Во-2-хъ, иногда между гражданами никакого спора нѣтъ: обѣ заинтересованныя стороны одинаково понимаютъ законъ и дѣлаютъ изъ него одинаковые выводы, но сторона, обязанная исполнить какое-либо дѣйствіе въ пользу другой стороны, уклоняется отъ этого, вовсе не отрицая существованія своей обязанности. Наконецъ, въ-3, неограниченное допущеніе третейскаго суда связано съ опасностью злоупотребленій: входя въ соглашеніе съ третейскими судьями, граждане могутъ вести фиктивные споры и получать фиктивныя рѣшенія съ цѣлью обхода постановленій закона, которыя для нихъ почему-либо невыгодны или стѣснительны. Въ виду этого третейскій судъ хотя и допускается для разрѣшенія юридическихъ споровъ между гражданами, но не можетъ имѣть значительнаго примѣненія.

Остается третій способъ—обращеніе къ помощи государствен-

---

[1]) Вопросъ о предѣлахъ и условіяхъ допустимости самопомощи подлежитъ изслѣдованію наукъ гражданскаго и уголовнаго права. Въ общемъ онъ долженъ быть разрѣшенъ въ томъ смыслѣ, что пассивная самопомощь (самооборона) допустима безусловно, а активная (самоуправство) — поскольку не выражается въ запрещенныхъ уголовными законами дѣйствіяхъ или оправдывается невозможностью обратиться за помощью къ органамъ государственной власти. Windscheid. Pand., I, §§ 122—123. Heyer. Die Selbsthilfe (Arch. für. bürg. R. 1901, 19 B.). Friedemann. Die Selbsthilfe, 1898. Болѣе тѣсные предѣлы поставлены самопомощи въ русскомъ дѣйствующемъ правѣ. Анненковъ. Система русскаго гражд. права, I, 1910, стр. 621 и сл. Буцковскій. Дѣйствующій законъ о самоуправствѣ и насиліи (Журн. гражд. пр. 1873 № 1). Таганцевъ. Русское уголовное право, I, 1902, стр. 516. Проектъ гражд. улож. (кн. 1, положенія общія, съ объясненіями, 1903, стр. 260 и сл.) значительно расширяетъ эти предѣлы—по образцу германскаго уложенія.

ной власти. Онъ является наиболѣе удобнымъ и вѣрнымъ для лица, желающаго осуществить свое право. Здѣсь уже не нужно согласіе противника и не опасно его сопротивленіе: государственная власть обладаетъ достаточными средствами для того, чтобы сломить упорство отдѣльнаго гражданина и принудить его къ повиновенію.

При этомъ однако государственная власть не можетъ оказывать своей помощи всякому, кто обращается къ ней, безъ разбора. Нерѣдко вѣдь помощи проситъ тотъ, кто ея вовсе не заслуживаетъ, кто въ дѣйствительности не имѣетъ того права, какое себѣ присваиваетъ. Поэтому, прежде чѣмъ взять подъ свою защиту просителя, государственная власть должна провѣрить правомѣрность заявляемаго имъ требованія, т.-е., правильность сдѣланнаго имъ вывода изъ юридическихъ нормъ и фактическихъ обстоятельствъ.

Такимъ образомъ, когда частное лицо обращается къ государственной власти за содѣйствіемъ, при осуществленіи своихъ правъ, ей предстоитъ: 1) провѣрить правомѣрность требованія просителя и 2) осуществить его, если оно окажется правомѣрнымъ.

Первая задача является, говоря вообще, несравненно болѣе сложной и трудной, чѣмъ вторая. Чтобы провѣрить правомѣрность требованія гражданина, т.-е., правильность сдѣланнаго имъ логическаго вывода изъ фактическихъ обстоятельствъ дѣла и нормъ объективнаго права, необходимо установить эти обстоятельства, отыскать подходящія нормы и истолковать ихъ. Все это предполагаетъ знаніе дѣйствующаго права, опытность въ примѣненіи его, умѣніе разбираться въ юридическихъ отношеніяхъ, словомъ, требуетъ созданія особыхъ органовъ власти, которые обладали бы надлежащей подготовкой и дѣйствовали при условіяхъ, обезпечивающихъ правильное и безпристрастное разрѣшеніе дѣлъ. Вслѣдствіе этого въ современныхъ культурныхъ государствахъ провѣрка правомѣрности предъявляемыхъ гражданами другъ къ другу требованій въ области ихъ частныхъ правоотношеній поручается спеціальнымъ органамъ власти, именуемымъ *гражданскими судами*, а для дѣятельности ихъ устанавливаются опредѣленныя формы и правила, образующія организованное производство, называемое *гражданскимъ процессомъ* въ тѣсномъ

смыслѣ слова, а также *спорнымъ судопроизводствомъ* — въ виду того, что оно происходитъ въ формѣ спора между гражданами передъ судомъ, или *исковымъ*—въ виду того, что оно начинается посредствомъ заявленія однимъ лицомъ *иска* (требованія) по отношенію къ другому лицу.

Вторая задача сводится къ примѣненію мѣръ физическаго принужденія: отнятію имущества у незаконнаго владѣльца и передачѣ его настоящему собственнику, выселенію жильца изъ квартиры за истеченіемъ срока найма или вслѣдствіе неуплаты квартирныхъ денегъ, уничтоженію постройки, возведенной на чужой землѣ и т. п. Всѣ такого рода фактическія дѣйствія, совершаемыя съ цѣлью осуществленія признанныхъ судомъ правомѣрными требованій гражданъ, образуютъ *производство по исполненію судебныхъ рѣшеній*, или *исполнительный процессъ*. Эти дѣйствія настолько просты, что съ успѣхомъ могутъ быть выполняемы любымъ органомъ власти, хотя бы и не обладающимъ тѣми спеціальными качествами, которыя необходимы для удовлетворительнаго разрѣшенія первой задачи—провѣрки правомѣрности юридическихъ требованій. Поэтому исполненіе судебныхъ рѣшеній поручается не самимъ судамъ, а другимъ, низшимъ органамъ власти (судебнымъ приставамъ, полиціи), дѣйствующимъ подъ контролемъ судовъ.

Взаимное отношеніе между исковымъ и исполнительнымъ производствами, несомнѣнно, таково, что первое должно предшествовать второму и служить для него основой: прежде чѣмъ осуществлять юридическія требованія гражданъ принудительнымъ путемъ, необходимо ихъ провѣрить. Но въ историческомъ развитіи процесса наблюдается какъ разъ противоположное явленіе. Первоначально гражданскія права осуществлялись ихъ обладателями путемъ самопомощи, и только тогда, когда противная сторона оказывала сопротивленіе или отрицала право, къ осуществленію котораго дѣлались попытки, противники обращались къ третейскому суду [1]). Проявляющееся въ такомъ порядкѣ раз-

---

[1]) Heyer, 42. Іеринг. Духъ римскаго права, I, §§ 11 и 12. Существуютъ данныя, свидѣтельствующія, что уголовный процессъ возникъ раньше гражданскаго, и что осуществленіе гражданско-правовыхъ требованій путемъ самопомощи могло сопровождаться первоначально обращеніемъ къ суду только при томъ условіи, если

личіе между очевидными, безспорными требованіями и сомнительными, спорными сохранило свое значеніе по настоящее время. И теперь въ западно-европейскихъ процессуальныхъ системахъ гражданско-правовыя требованія, основанныя на безспорныхъ документахъ; именно на актахъ, совершенныхъ при участіи нотаріусовъ или судовъ, осуществляются принудительнымъ путемъ, безъ предварительной судебной провѣрки, которая производится только въ томъ случаѣ, когда противникъ заявитъ споръ въ общемъ псковомъ порядкѣ производства.

Кромѣ указанныхъ функцій—провѣрки юридическихъ требованій, предъявляемыхъ гражданами по отношенію другъ къ другу, и контроля надъ дѣятельностью органовъ, исполняющихъ рѣшенія,—на гражданскіе суды возлагается въ современныхъ государствахъ осуществленіе еще нѣкоторыхъ другихъ задачъ государственнаго управленія.

Хотя въ области гражданскаго права частнымъ лицамъ предоставлена свободная инціатива и самодѣятельность, хотя они могутъ опредѣлять свои взаимныя юридическія отношенія по собственному усмотрѣнію, тѣмъ не менѣе и здѣсь во многихъ случаяхъ требуется участіе органовъ государственной власти. Оно нужно, прежде всего, для того, чтобы придать юридическимъ сдѣлкамъ необходимыя въ интересахъ какъ самихъ совершающихъ эти сдѣлки лицъ, такъ и другихъ гражданъ, прочность и достовѣрность. Съ этой цѣлью сдѣлки, имѣющія наиболѣе важное значеніе въ оборотѣ, заключаются при содѣйствіи органовъ государственной власти и заносятся въ особыя книги, которыя ведутся этими органами. Таковы сдѣлки, касающіяся вещныхъ правъ на недвижимыя имущества, заключеніе брака, узаконеніе и усыновленіе дѣтей и др. Затѣмъ, государственная власть должна заботить-

---

обязанныя лица оказывали сопротивленіе въ такой формѣ, которая была преступной: тогда гражданско-правовое требованіе превращалось въ уголовно-правовое. Post, Grundriss der ethnologischen Jurisprudenz, II, 1895, 453. Послѣдовательное ограниченіе самопомощи въ римскомъ и германскомъ правѣ Зейффертъ изображаетъ такъ: 1-я стадія—неограниченное господство самопомощи. 2-я стадія—ограниченіе ея правомъ обжалованія. 3-я стадія — примѣненіе ея съ предварительнаго разрѣшенія власти. 4-я стадія—установленіе контроля надъ нею. 5-я стадія—переходъ принудительнаго осуществленія правъ въ руки государственной власти. Seuffert (Grünh. Zt., XII, 624—626).

ся, чтобы лица, которыя лишены дѣеспособности, могли участвовать въ гражданскомъ оборотѣ и съ этой цѣлью назначать къ нимъ опекуновъ и попечителей; должна принимать мѣры охраны по отношенію къ имуществу лицъ, выбывшихъ изъ гражданскаго оборота вслѣдствіе смерти, лишенія правоспособности или безвѣстнаго отсутствія.

Для выполненія нѣкоторыхъ изъ этихъ функцій существуютъ особыя учрежденія (нотаріальныя, опекунскія, въ Царствѣ Польскомъ и прибалтійскихъ губерніяхъ — ипотечныя); другія функціи распредѣляются между духовенствомъ (заключеніе и расторженіе браковъ), общими административными учрежденіями и органами мѣстнаго самоуправленія (городскими, мѣщанскими, купеческими управами); часть же ихъ возложена на гражданскіе суды. Такъ, у насъ судами производятся узаконеніе внѣбрачныхъ дѣтей, усыновленіе, утвержденіе духовныхъ завѣщаній, охрана наслѣдственныхъ имуществъ и пр.

Дѣятельность судовъ по выполненію этихъ функцій носитъ названіе *охранительнаго судопроизводства*, называемаго также *неисковымъ*, или *безспорнымъ*, въ отличіе отъ *искового*, *спорнаго*.

Итакъ, гражданскій процессъ въ обширномъ смыслѣ слова обнимаетъ три порядка производства дѣлъ въ гражданскихъ судахъ, или три вида судопроизводства: 1) исковое (гражданскій процессъ въ тѣсномъ смыслѣ слова), 2) исполнительное [1]) и 3) охранительное.

Совокупность юридическихъ нормъ, опредѣляющихъ устройство и дѣятельность гражданскихъ судовъ и состоящихъ при нихъ вспомогательныхъ органовъ въ трехъ указанныхъ направленіяхъ, образуетъ *гражданско-процессуальное право*, а наука, занимающаяся изслѣдованіемъ этого права, именуется *наукой гражданскаго процесса*.

Три составныя части гражданскаго процесса въ обширномъ смыслѣ настолько разнородны, что обнять ихъ содержаніе однимъ общимъ опредѣленіемъ рѣшительно невозможно. Поэтому попытки дать такое общее опредѣленіе оказывались неудачными. Такъ,

---

[1]) Въ нашемъ дѣйствующемъ уставѣ терминъ „исполнительное производство“ употребляется въ другомъ смыслѣ — для обозначенія так. наз. разсчетнаго производства при взысканіи убытковъ, доходовъ и издержекъ (ст. 896 и сл.).

нерѣдко встрѣчающееся опредѣленіе процесса, какъ „принудительнаго *осуществленія* гражданскихъ правъ при помощи суда“ [1]), характеризуетъ только исполнительное производство, но не обнимаетъ ни искового, ни охранительнаго и, вдобавокъ, приписываетъ суду функцію, выполняемую другими органами власти, которымъ поручено закономъ исполненіе судебныхъ рѣшеній.

По другому, весьма распространенному опредѣленію, сущность гражданскаго процесса состоитъ въ „юридической *защитѣ*, оказываемой гражданамъ судами“ [2]). Но подъ такое опредѣленіе подходятъ только тѣ случаи, когда обращеніе частнаго лица къ суду вызывается нарушеніемъ его правъ, и когда отъ суда требуется офиціально признать, что нарушенное право подлежитъ *защитѣ*. Да и въ такихъ случаяхъ самая защита производится не судомъ, а органами исполненія судебныхъ рѣшеній, которые фактически возстановляютъ нарушенныя права. Во всѣхъ же прочихъ случаяхъ, когда граждане обращаются къ суду просто съ цѣлью выяснить свои юридическія отношенія, засвидѣтельствовать ихъ офиціально, признать существующими или прекратившимися и т. д., дѣло идетъ еще не о защитѣ правъ, а только о распознаваніи ихъ, констатированіи, подтвержденіи, огражденіи отъ будущихъ нарушеній.

Вслѣдствіе невозможности обобщить и охватить одной формулой всѣ три вида дѣятельности, образующіе содержаніе гражданскаго процесса, слѣдовало бы опредѣлить каждый изъ нихъ порознь, а затѣмъ соединить всѣ три опредѣленія и образовать изъ нихъ одно—сложное. Но и эта задача невыполнима, потому что функціи, возложенныя на судъ въ порядкѣ охранительнаго производства, не поддаются, по причинѣ своего разнообразія и разнохарактерности, подобному обобщенію.

Въ виду этого нѣкоторые процессуалисты соединяютъ вмѣстѣ опредѣленія искового и исполнительнаго производствъ, ограничиваясь относительно охранительнаго замѣчаніемъ, что и оно

---

[1]) Wetzell, 2. Wach, 3. Drechsler, 407. Birkmeyer, 26. Menger, 20. Kleinfeller, 2. Азаревичъ, 11.

[2]) Schmidt, 1—2. Hellwig, I, 1. Simoncelli, pp. 1, 11—13. Малышевъ, I, 1. Энгельманъ, 24.

относится къ вѣдѣнію гражданскихъ судовъ [1]). Другіе же, давая опредѣленіе процесса, пріурочиваютъ его исключительно къ исковому производству [2]).

Столь же неудачны попытки опредѣлить гражданскій процессъ не съ точки зрѣнія субъективныхъ правъ, которыя составляютъ предметъ изслѣдованія суда въ процессѣ, а съ точки зрѣнія нормъ объективнаго права, примѣняемыхъ судомъ при этомъ. Съ этой стороны гражданскій процессъ характеризуется, какъ „форма судебнаго осуществленія объективнаго гражданскаго права въ примѣненіи къ опредѣляемому имъ жизненному отношенію съ цѣлью защиты частно-правовыхъ интересовъ“ [3]). Однако въ исковомъ производствѣ дѣло идетъ еще не объ осуществленіи нормъ, а объ установленіи соотвѣтствія или несоотвѣтствія этимъ нормамъ требованій гражданъ, т.-е., не о фактической, а только о логической конкретизаціи дѣйствующаго законодательства, только объ интеллектуальномъ распознаваніи права [4]).

Три вида судопроизводства, образующіе гражданскій процессъ въ обширномъ смыслѣ слова, преслѣдуютъ различныя цѣли и отличаются каждый особымъ характеромъ. Поэтому они должны быть изучаемы порознь. Но такъ какъ всѣ они представляютъ собою функціи гражданскихъ судовъ, то изложенію ихъ должно предшествовать изслѣдованіе устройства этихъ судовъ. Такимъ образомъ, изъ самаго содержанія гражданскаго процесса вытекаетъ система курса:

I. Устройство гражданскихъ судовъ.
II. Исковое судопроизводство.
III. Исполнительное судопроизводство.
IV. Охранительное судопроизводство.

---

[1]) Weismann, § 1, II. Engelmann, § 1. Kohler, 1. Canstein, 1.

[2]) Schrutka, 2. Гольмстенъ, 2.

[3]) Wach, 3. Schmidt, 1—2. Pollak, 101. Chiovenda, 54—56. Нефедьевъ, Курсъ, § 1.

[4]) Гредескулъ, 229—230. Это признаетъ и проф. Нефедьевъ въ другомъ мѣстѣ: Ученіе объ искѣ, 29—30, 40.

§ 2.

Источники процессуальнаго права [1]).

Первенствующее положеніе среди источниковъ процессуальнаго права занимаютъ въ современныхъ культурныхъ государствахъ законодательныя нормы. Какъ устройство судебныхъ учрежденій, такъ и дѣятельность ихъ по большей части опредѣляются законами [2]). Обычное право въ собственномъ смыслѣ слова не можетъ въ настоящее время свободно развиваться въ области юстиціи ни среди гражданъ, ведущихъ дѣла въ судахъ, потому что ихъ процессуальная дѣятельность совершается въ виду и подъ контролемъ судовъ, ни въ самихъ судахъ, потому что они обязаны руководствоваться въ своихъ дѣйствіяхъ законами и постановленіями компетентныхъ властей. Даже въ тѣхъ случаяхъ, когда на практикѣ возникаютъ вопросы, не предусмотрѣнные прямо никакими юридическими нормами, суды обязаны разрѣшать ихъ по общему смыслу наличныхъ нормъ, посредствомъ логическаго развитія ихъ.

Но законы не охватываютъ всѣхъ деталей и подробностей судебнаго устройства и производства. Они разсчитаны на продолжительное существованіе и примѣненіе; притомъ, они носятъ общій характеръ и распространяются на всѣ суды или, по меньшей мѣрѣ, на всѣ суды одной и той же категоріи. Поэтому въ нихъ устанавливаются основныя положенія, неизмѣнныя и ненарушимыя; правила же, касающіяся способовъ осуществленія этихъ основныхъ положеній судами, способовъ, которые могутъ

---

[1]) Малышевъ, I, §§ 9—10. Азаревичъ, I, с. 64—99. Гольмстенъ, с. 12—26. Энгельманъ, § 1. Нефедьевъ, § 23. Общее ученіе объ источникахъ права наиболѣе обстоятельно разработано проф. Шершеневичемъ (Курсъ гражданскаго права, I, 1901, гл. 5; Общая теорія права, I, 1911, гл. 6).

Wetzell, §§ 2, 3. Osterloh, §§ 43—44. Renaud, § 4. Menger, §§ 5, 6, 8. Wach, §§ 10—17. Planck, §§ 1, 2. Hellwig, I, §§ 2—5. Schmidt, §§ 5—18. Weismann, I, §§ 7—8. Kleinfeller, § 4. Canstein, I, § 2. Schrutka, §§ 6—8. Pollak, § 16.

[2]) Вслѣдствіе этого большинство процессуалистовъ, говоря объ источникахъ права, называетъ только законы.

измѣняться въ зависимости отъ условій времени и мѣста, вырабатываются какъ высшими органами судебнаго управленія, такъ и самими судебными учрежденіями. Эти правила образуютъ особый источникъ процессуальнаго права, но источникъ вспомогательный, производный, ибо имѣютъ обязательную силу при наличности двухъ условій: 1) если не противорѣчатъ постановленіямъ законовъ, и 2) если исходятъ отъ компетентныхъ органовъ власти. Право изданія такихъ обязательныхъ постановленій по судебному вѣдомству предоставлено у насъ: 1) самимъ судамъ, и 2) министру юстиціи.

Судебное вѣдомство пользуется въ нѣкоторой мѣрѣ правомъ самоуправленія: законъ предоставляетъ судамъ самостоятельно устанавливать правила, касающіяся „внутренняго распорядка и дѣлопроизводства", подъ названіемъ наказовъ (ст. 166 учр. суд. уст.), или инструкцій (объясн. въ 168 ст.). При изданіи судебныхъ уставовъ 1864 г. предполагалось, что будутъ составлены: общій наказъ—для всѣхъ судовъ и особые—для каждаго суда въ отдѣльности. Но общій наказъ не былъ составленъ, и его замѣняютъ „временныя правила 15 марта 1866 г., относящіяся до внутренняго распорядка въ новыхъ судебныхъ установленіяхъ". Особые же наказы составлялись и издавались. О нихъ будетъ рѣчь въ § 29.

Министръ юстиціи можетъ дѣлать измѣненія въ правилахъ, касающихся внутренняго распорядка въ судебныхъ учрежденіяхъ, до составленія послѣдними особыхъ наказовъ (прим. къ ст. 173 учр. суд. уст.); измѣнять сдѣланное временными штатами судебныхъ палатъ и кассаціонныхъ департаментовъ сената распредѣленіе чиновъ канцелярій этихъ судебныхъ учрежденій и суммъ на ихъ содержаніе (прим. къ 120 ст. учр.); издавать правила относительно служебныхъ занятій кандидатовъ на судебныя должности, порядка выдачи имъ свидѣтельствъ, распредѣленія между ними окладовъ и пособій, составленія отчетовъ объ ихъ дѣятельности (ст. 419^1) и пр. Далѣе, министръ юстиціи, по соглашенію съ министрами финансовъ и государственнымъ контролеромъ, издаетъ правила о порядкѣ пріема, храненія и расходованія денежныхъ суммъ, поступающихъ въ судебныя учрежденія, отчетности и счетоводства по указаннымъ суммамъ

(ст. 75[1], 183[2]), а по соглашенію съ министромъ финансовъ устанавливаетъ таксу вознагражденія присяжныхъ переводчиковъ (ст. 426).

Къ числу вспомогательныхъ источниковъ процессуальнаго права принадлежитъ у насъ также судебная практика вслѣдствіе того, что сенатъ признаетъ за своими разъясненіями, даваемыми при разрѣшеніи дѣлъ въ кассаціонномъ порядкѣ, обязательное значеніе для всѣхъ судебныхъ учрежденій, подвѣдомственныхъ ему. Хотя это мнѣніе сената относительно силы своихъ рѣшеній не вытекаетъ изъ дѣйствительнаго смысла законовъ, опредѣляющихъ компетенцію сената (объ этомъ см. § 26), тѣмъ не менѣе съ нимъ необходимо считаться, такъ какъ оно принимается къ руководству низшими судами.

Такое же значеніе, какъ рѣшенія гражданскаго кассаціоннаго департамента по отдѣльнымъ судебнымъ дѣламъ, имѣютъ рѣшенія его же, а также общаго собранія кассаціонныхъ департаментовъ съ участіемъ 1-го департамента и безъ него, постановляемыя по предложеніямъ министра юстиціи или первоприсутствующаго въ общихъ собраніяхъ сената съ цѣлью разъясненія вопросовъ, которые неодинаково разрѣшаются разными судами или возбуждаютъ сомнѣнія на практикѣ. Эти рѣшенія въ томъ случаѣ, если сенатъ признаетъ нужнымъ, публикуются „на общемъ основаніи“, т.-е. такъ же и съ тою же цѣлью, какъ и обыкновенныя кассаціонныя рѣшенія, именно, чтобы служить „руководствомъ къ единообразному истолкованію и примѣненію законовъ“ (ст. 117, 160, п. 14 и 259[1] учр. суд. уст.).

Судебная практика, установившаяся въ какомъ-либо опредѣленномъ судѣ, называется очень часто судебными обычаями (usus fori, Gerichtsgebrauch). Но между этими обычаями и настоящимъ обычнымъ правомъ, въ собственномъ смыслѣ слова, имѣется существенная разница: обычное право представляетъ собой самостоятельный источникъ права, замѣняющій для опредѣленнаго круга отношеній законодательныя нормы, тогда какъ судебная практика только развиваетъ эти нормы и устанавливаетъ способъ ихъ примѣненія. Вслѣдствіе этого обычное право можетъ быть отмѣнено или замѣнено только обычнымъ же правомъ или закономъ, а судебная практика мѣняется какъ самимъ

судомъ, когда онъ убѣдится, что она основана на неправильномъ пониманіи законовъ, такъ и высшими судебными инстанціями.

Особое значеніе придаетъ наше законодательство практикѣ коммерческихъ судовъ, разрѣшая имъ руководствоваться, при отсутствіи ясныхъ и точныхъ законовъ, какъ торговыми обычаями, такъ и своими собственными рѣшеніями по однороднымъ дѣламъ (ст. 327 уст. суд. торг.).

§ 3.

Русское законодательство.

Главнымъ и основнымъ источникомъ нашего современнаго судебно-процессуальнаго права являются судебные уставы 20 ноября 1864 г. [1]). До изданія ихъ дѣйствовали процессуальные законы, помѣщавшіеся во второй части X тома Свода законовъ, а впослѣдствіи перенесенные во вторую часть XVI тома. Они представляли собою по большей части механическое соединеніе разновременно изданныхъ узаконеній, отъ уложенія 1649 г. вплоть до позднѣйшаго времени. Неудовлетворительность ихъ была сознана вскорѣ по изданіи Свода законовъ, такъ что вмѣстѣ съ составленіемъ уложенія о наказаніяхъ 1845 г. начались работы по подготовленію реформы судебныхъ и процессуальныхъ порядковъ.

Уже въ 1843 г. главноуправляющій канцеляріей Его Величества графъ Блудовъ выработалъ, на основаніи доставленныхъ ему замѣчаній чиновъ судебнаго вѣдомства относительно недостатковъ процессуальнаго законодательства, проектъ частичныхъ улучшеній. Вслѣдствіе противодѣйствія со стороны тогдашняго министра юстиціи гр. Панина, не соглашавшагося ни на какія „новшества“, гр. Блудовъ исходатайствовалъ въ 1850—1852 гг. учрежденіе особыхъ комитетовъ для составленія проектовъ уста-

---

[1]) Исторія составленія судебныхъ уставовъ 1864 г. изложена въ слѣд. сочинен.: Джаншіевъ. Основы судебной реформы, 1891. Джаншіевъ. Изъ эпохи великихъ реформъ, 5 изд., 1894, стр. 365 и сл. Гессенъ, Судебная реформа, 1905. Бишитокъ. Къ исторіи судебной реформы (Русс. Бог., 1894 г., №№ 11—12).

вовъ гражданскаго и уголовнаго судопроизводства. Дѣлопроизводителемъ гражданскаго комитета былъ назначенъ С. И. Зарудный. На работы комитета оказали чрезвычайно благопріятное вліяніе происшедшій послѣ крымской войны переломъ въ русской жизни и необыкновенный подъемъ духа въ обществѣ. Не ограничиваясь частичными передѣлками, комитетъ вступилъ на путь коренного преобразованія и составилъ проектъ на новыхъ началахъ, цѣлесообразность которыхъ была уже признана западноевропейской наукой и законодательной практикой. Но только съ отмѣной крѣпостного права въ 1861 г., превратившей многомилліонную массу безправныхъ рабовъ въ свободныхъ гражданъ, создалась надлежащая почва для проведенія коренной судебной реформы. Въ томъ же 1861 г. состоялось Высочайшее повелѣніе о возложеніи на государственную канцелярію обязанности извлечь изъ составленныхъ при графѣ Блудовѣ проектовъ основныя начала. Въ помощь канцеляріи, гдѣ главную роль игралъ опять-таки Зарудный, были приглашены наиболѣе выдающіеся юристы (Буцковскій, Стояновскій, Ровинскій, Побѣдоносцевъ, Плавскій). Вскорѣ однако обнаружилось, что проекты гр. Блудова не согласованы между собою, такъ что понадобилась полная переработка ихъ. Въ 1862 г., по ходатайству кн. Гагарина, который смѣнилъ гр. Блудова въ должности предсѣдателя государственнаго совѣта, государственной канцеляріи была предоставлена Высочайшимъ повелѣніемъ полная свобода дѣйствій при выработкѣ основныхъ началъ предстоявшей судебной реформы. „Вотъ что гласилъ этотъ первостепенный для исторіи русскаго процесса и прогресса документъ: „изложить въ общихъ чертахъ соображенія государственной канцеляріи и прикомандированныхъ къ ней юристовъ о тѣхъ главныхъ началахъ, несомнѣнное достоинство коихъ признано въ настоящее время наукою и опытомъ европейскихъ государствъ, и по коимъ должны быть преобразованы судебныя части въ Россіи“ [1]). Черезъ четыре мѣсяца „основныя начала“ были готовы, затѣмъ разсмотрѣны и одобрены государственнымъ совѣтомъ и, по Высочайшемъ утвержденіи 29 сентября 1862 г., опубликованы въ Собраніи узаконеній и распоря-

[1]) Джаншіевъ. Основы, 47.

женій правительства, чтобы дать возможность желающимъ высказаться по поводу предстоящей реформы. Желающихъ оказалось больше, чѣмъ можно было ожидать: поступило свыше 440 замѣчаній отъ судебныхъ дѣятелей, профессоровъ и другихъ лицъ. Эти замѣчанія составили шесть печатныхъ томовъ. Для подробнаго развитія основныхъ началъ была образована особая комиссія подъ предсѣдательствомъ Буткова и при ближайшемъ участіи Заруднаго [1]). Съ поразительной быстротой, въ теченіе всего 11 мѣсяцевъ комиссія, при содѣйствіи приглашенныхъ спеціалистовъ, изготовила проекты учрежденія судебныхъ установленій и уставовъ гражданскаго и уголовнаго судопроизводства съ обширными объяснительными записками. По истребованіи заключеній отъ чиновъ судебнаго вѣдомства, проекты перешли въ декабрѣ 1863 г. на разсмотрѣніе государственнаго совѣта и, по одобреніи имъ, получили Высочайшее утвержденіе [2]).

20 ноября 1864 г. состоялся Высочайшій указъ сенату о распубликованіи новыхъ уставовъ. Въ этомъ указѣ было сказано, между прочимъ: „разсмотрѣвъ сіи проекты, Мы находимъ, что они вполнѣ соотвѣтствуютъ желанію нашему водворить въ Россіи судъ скорый, правый, милостивый и равный для всѣхъ подданныхъ нашихъ, возвысить судебную власть, дать ей надлежащую самостоятельность и вообще утвердить въ народѣ нашемъ то уваженіе къ закону, безъ коего невозможно общественное благосостояніе и которое должно быть постояннымъ руководителемъ дѣйствій всѣхъ и каждаго, отъ высшаго до низшаго“.

Этими словами Царя-Освободителя какъ нельзя ярче охарактеризовано великое значеніе судебной реформы 1864 г. Дѣйствительно, судебные уставы представляли собой столь же гигантскій шагъ впередъ въ области судебнаго управленія, какимъ было въ области всего вообще гражданскаго быта уничтоженіе крѣ-

---

[1]) Дѣятельному участію С. И. Заруднаго во всѣхъ фазисахъ работъ немало обязана судебная реформа своимъ быстрымъ и удачнымъ осуществленіемъ. Джаншіевъ. Зарудный и судебная реформа, 1888 г.

[2]) Всѣ матеріалы по судебной реформѣ составляютъ 74 тома „Дѣла о преобразованіи судебной части“. Полные экземпляры этого „Дѣла“ были переданы въ петербургскую публичную библіотеку, въ архивъ государственнаго совѣта и въ библіотеку 2 отдѣленія канцеляріи Его Величества. Опись „Дѣла“, составленная Зарудным, напечатана въ книгѣ Джаншіева: Основы судебной реформы (прилож.).

постного права. Судебные уставы не ограничились попыткой улучшить прежній прогнившій и разлагавшійся судебно-процессуальный строй, а создали совершенно новый, порвавъ всякую связь съ прошлымъ. Они произвели своего рода геологическій переворотъ, выдвинувшій новую формацію, положившій начало новой эры въ юридическомъ развитіи Россіи. Мало того, судебною реформой 1864 г. Россія опередила даже нѣкоторыя западноевропейскія государства въ области процессуальнаго права. Тѣ начала, которыя лежатъ въ основѣ судебныхъ уставовъ, получили повсемѣстное примѣненіе въ германскихъ государствахъ только черезъ полтора десятка лѣтъ (въ 1877—1879 гг.), послѣ образованія германской имперіи, а въ Австріи — въ области гражданскаго процесса—еще позже: въ 1895 г. Вполнѣ правильно поэтому выразился одинъ авторъ, что „наше новое судебное законодательство во всей своей совокупности, каковы бы ни были его техническіе недостатки, есть законодательный и умственный памятникъ, долженствующій служить въ отдаленномъ потомствѣ величайшею честью нашего времени“ [1]). Естественно также, что судебные уставы были встрѣчены интеллигентнымъ обществомъ съ восторгомъ и вызвали лестные отзывы какъ въ русской, такъ и въ иностранной печати [2]).

Судебные уставы были введены въ теченіе 1866 г. въ петербургской и московской губерніяхъ, а затѣмъ постепенно ихъ дѣйствіе распространялось на другія мѣстности, съ болѣе или менѣе значительными измѣненіями, вплоть до Сибири, Туркестана и Закаспійской области. Окончательно завершилась судебная реформа въ 1899 г. Такимъ образомъ, въ настоящее время судебные уставы 1864 г. дѣйствуютъ на всей россійской территоріи, за исключеніемъ только Финляндіи, гдѣ сохранили силу старинные шведскіе законы и обычаи [3]).

Но нынѣ судебные уставы имѣютъ уже далеко не тотъ видъ, въ какомъ были первоначально изданы. Послѣдующія узаконенія

---

[1]) Безобразовъ. Мысли по поводу мировой судебной власти (Рус. Вѣсти. 1866 № 10, 373).

[2]) Они приведены въ Журн. М. Ю. (1862 г., дек.; 1863 г., февр., апр., май), а также у Джаншіева. Изъ эпохи, 393—395, 416 и сл.

[3]) Шиловскій. О судебной системѣ Финляндіи (Рус. Вѣсти. 1903 № 8).

внесли въ нихъ немало измѣненій, иногда улучшавшихъ, но чаще искажавшихъ первоначальную редакцію. Особенно тяжкій ударъ былъ нанесенъ судебнымъ уставамъ закономъ 1889 г., передавшимъ низшую уѣздную юстицію въ руки чиновниковъ министерства внутреннихъ дѣлъ (земскихъ начальниковъ).

Въ виду необходимости согласовать и привести въ единство весь этотъ законодательный матеріалъ, накопившійся за 30 лѣтъ [1]), въ министерствѣ юстиціи возникла мысль о пересмотрѣ его. На основаніи послѣдовавшаго 7 апрѣля 1894 г. Высочайшаго повелѣнія, была образована подъ предсѣдательствомъ министра юстиціи комиссія для пересмотра законоположеній по судебной части, причемъ предсѣдателю было предоставлено право приглашать „лицъ, участіе коихъ въ трудахъ комиссіи будетъ признано полезнымъ по ихъ служебному положенію, научнымъ знаніямъ или практической опытности". Занятія комиссіи продолжались пять лѣтъ и закончились составленіемъ проектовъ новой редакціи учрежденія судебныхъ установленій, устава гражданскаго и устава уголовнаго судопроизводства, съ объяснительными къ нимъ записками (всего 16 печатныхъ томовъ). Кромѣ того, комиссіей изданы „Подготовительные матеріалы" въ 12 томахъ, не поступившіе въ продажу.

Проектированныя комиссіей измѣненія въ дѣйствующихъ законахъ будутъ указываемы и разбираемы въ соотвѣтствующихъ мѣстахъ курса. Здѣсь можно замѣтить лишь, что въ области гражданскаго процесса комиссія предложила нѣкоторыя дѣйствительно полезныя измѣненія; въ области же судоустройства она сдѣлала дальнѣйшіе шаги въ сторону уклоненія отъ основныхъ началъ судебныхъ уставовъ и, не рѣшившись посягнуть на институтъ земскихъ начальниковъ, предположила дополнить его едва ли не столь же неудовлетворительнымъ институтомъ судей-слѣдователей [2]). Независимо отъ общаго пересмотра су-

[1]) Перечень его составилъ книгу въ 102 страницы: Законоположенія, изданныя въ измѣненіе, дополненіе или поясненіе судебныхъ уставовъ 20 ноября 1864 г. (I томъ Подготовительныхъ матеріаловъ Комиссіи для пересмотра законоположеній по судебной части, 1895). Характеристика этихъ узаконеній, въ связи съ общими условіями жизни, сдѣлана Шеномъ (Замѣтки по вопросу о пересмотрѣ судебныхъ уставовъ, 1900).

[2]) Общая оцѣнка работъ комиссіи сдѣлана въ слѣд. сочиненіяхъ: Михайловскій. Основные принципы организаціи уголовнаго суда, 1905, 278 и сл. Гессенъ.

дебныхъ уставовъ и послѣ того, какъ онъ былъ уже законченъ, министерство юстиціи выработало проектъ реформы низшей мѣстной юстиціи. О немъ будетъ рѣчь въ § 30.

Судебная реформа 1864 г. не затронула существовавшихъ до нея спеціальныхъ сословныхъ судовъ (крестьянскихъ, торговыхъ, духовныхъ, инородческихъ). Ихъ устройство и дѣятельность до сихъ поръ опредѣляются законами, изданными до судебной реформы и построенными по большей части на совершенно иныхъ принципахъ.

Изданія процессуальныхъ законовъ.

I. *Учрежденіе судебныхъ установленій.* Послѣднее офиціальное изданіе въ XVI т. Св. зак., изд. 1892 г. Послѣдовавшія затѣмъ измѣненія внесены въ Продолженія Свода законовъ 1895, 1906, 1908 и 1909 гг.

Изъ прежнихъ офиціальныхъ изданій сохраняетъ значеніе первое изданіе въ составѣ судебныхъ уставовъ: Судебные Уставы 20 ноября 1864 г., съ изложеніемъ разсужденій, на коихъ они основаны, изданіе Государственной канцеляріи, 1866 г., томъ III.

Это изданіе представляетъ большую важность при изученіи уставовъ, такъ какъ въ немъ приведены выдержки изъ объяснительной записки, изъ разсужденій государственнаго совѣта и изъ другихъ подготовительныхъ матеріаловъ, предшествовавшихъ выработкѣ проекта судебныхъ уставовъ [1]).

II. *Уставъ гражданскаго судопроизводства.* Офиціальныя изданія тѣ же, что и учрежденія судебныхъ установленій [2]).

Судебная реформа, 1905, 220 и сл. Д. Л. Пересмотръ судебныхъ уставовъ (Рус. Бог. 1901, №№ 2, 3, 5). А. С. Проекты судебныхъ уставовъ, выработанные комиссіей 1894 г. (Рус. Мысль 1912, № 2).

[1]) *Частныя изданія:* Тимановскій. Сборникъ толкованій русскихъ юристовъ къ судебнымъ уставамъ за 25 лѣтъ. Учрежденіе суд. устан. и уставъ угол. суд., 2 изд., 1892. Громачевскій. Учр. суд. устан. Своихъ законовъ, правилъ и распоряженій, 1897. Шрейберъ. Учр. суд. уст., 1910 (съ разъясненіями изъ законодательныхъ мотивовъ, сенатской практики и циркуляровъ мин. юстиціи). Щегловитовъ. Учр. суд. уст., 1910 (тоже).

[2]) *Частныя изданія:* Тютрюмовъ. Уставъ гражд. суд. съ законодательными мотивами, разъясненіями правительствующаго сената и комментаріями русскихъ юристовъ, извлеченными изъ научныхъ и практическихъ трудовъ по гражд. праву и судопроизводству, изд. 2, 1910. Гордонъ. Уст. гражд. суд., съ позднѣйшими узако-

III. *Правила объ устройствѣ судебной части и о производствѣ судебныхъ дѣлъ въ мѣстностяхъ, въ которыхъ введено положеніе о земскихъ участковыхъ начальникахъ, отъ 12-го іюля и 29 дек. 1889 г.* Послѣднее офиціальное изданіе въ составѣ XVI т. Св. зак., изд. 1892 г. Позднѣйшія измѣненія сведены въ Продолженіяхъ къ Своду зак. 1906, 1908 и 1909 гг. [1]).

IV. *Положеніе о земскихъ участковыхъ начальникахъ, отъ 12 іюля 1889 г.* Послѣднее офиціальное изданіе въ составѣ положенія объ установленіяхъ, завѣдывающихъ крестьянскими дѣлами (ч. III полож. о сельскомъ состояніи, особое прилож. къ IX т. Св. зак., изд. 1902 г.) [2]).

V. *Правила о волостномъ судѣ* какъ для тѣхъ мѣстностей, гдѣ введено положеніе о земскихъ начальникахъ, такъ и для другихъ мѣстностей европейской Россіи, помѣщаются въ положеніи о сельскомъ состояніи (прил. къ IX т. Св. зак.) [3]).

VI. *Уставъ торговаго судопроизводства.* Послѣднее офиціальное изданіе во 2-й части XI т. Св. зак. 1903 г. [4]).

VII. *Уставъ духовныхъ консисторій 1841 г.* Послѣднее офиціальное изданіе сдѣлано въ 1903 г. (перепечатано съ изданія 1883 г.) [5]).

ненiями, законодательными мотивами и разъясненiями по рѣшенiямъ сената, 5 изд., 1911 г. Боровиковскій. Уст. гражд. суд. съ объясненiями по рѣшенiямъ сената, изд. 6, исправленное и дополненное Гуссаковскимъ, 1908. Ротенбергъ. Уст. гражд. суд. съ позднѣйшими узаконенiями и объясненiями по рѣшенiямъ сената, 3 изд., 1909 (карманное изданiе).

[1]) *Частныя изданiя*: Чагинъ. Правила объ устройствѣ суд. ч. и т. д., со включенiемъ позднѣйшихъ измѣненiй, циркуляровъ министровъ внутр. дѣлъ и юстицiи и разъясненiй сената, 7 изд., 1911 г. Арефа. Положенiе и правила о зем. уч. нач., гор. судьяхъ и вол. судѣ, съ сенатскими и министерскими разъясненiями, 5 изд., 1903.

[2]) Отдѣльнаго частнаго изданiя полож. о зем. нач. нѣтъ; оно издавалось въ составѣ законовъ о сельскомъ состоянiи: Волковъ. Сборникъ положенiй о сельскомъ состоянiи, 2 изд., 1910. Абрамовичъ. Положенiе о сельскомъ состоянiи, ч. III, 1903. Горемыкинъ. Сводъ узаконенiй и распоряженiй Правительства объ устройствѣ сельскаго состоянiя, 1903.

При включенiи Полож. о зем. нач. въ Сводъ зак. нумерацiя нѣкоторыхъ статей подверглась измѣненiю.

[3]) Частныя изданiя этого положенiя указаны выше.

[4]) Частныя изданiя съ разъясненiями по рѣшенiямъ сената: Добровольскаго (1911 г.) и Носенко (1910 г.).

[5]) Частное изданiе: Палибина (1900 г.).

VIII. *Сводъ учрежденій и уставовъ управленія духовныхъ дѣлъ иностранныхъ исповѣданій* (1 ч. XI т. Св. зак., изд. 1896 г.).

IX. *Законы относительно казачьихъ и инородческихъ судовъ*, а также крестьянскихъ судовъ въ азіатской Россіи находятся во II томѣ Св. зак., изд. 1892 г. (учрежденіе гражд. управленія казаковъ переиздано въ 1903 г.).

X. Волостной судебный уставъ прибалтійскихъ губерній отъ 9 іюля 1889 г. Послѣднее изданіе 1908 г.

§ 4.

Русская литература.

Судебные уставы 1864 г. произвели столь коренной переворотъ въ области судебно-процессуальнаго права, что предшествовавшія ихъ изданію немногочисленныя сочиненія по гражданскому процессу[1]) утратили и то небольшое значеніе, какое имѣли. Введеніе новыхъ судовъ съ гласностью производства, устнымъ состязаніемъ спеціалистовъ-адвокатовъ, при открытыхъ для доступа публики и представителей прессы дверяхъ, оживило русскую юридическую жизнь и создало болѣе благопріятныя условія для разработки процессуальныхъ вопросовъ, которая вскорѣ и началась какъ въ формѣ курсовъ, учебниковъ и монографій, такъ и въ видѣ статей въ возникшихъ тогда же спеціальныхъ журналахъ.

Болѣе или менѣе значительныя сочиненія по отдѣльнымъ вопросамъ будутъ указываемы въ соотвѣтствующихъ мѣстахъ. Полный перечень ихъ сдѣланъ въ трудѣ Поворинскаго[2]).

---

[1]) Дегай. Учебная книга россійскаго гражд. судопроизводства, изд. 3, 1846. Камбекъ. Опытъ начертанія гражд. судопр. по росс. законамъ, изд. 2, 1859. Владиславлевъ. Общія основанія гражд. судопр., 1857, и др.

[2]) Поворинскій. Систематическій указатель русской литературы по судоустройству и судопроизводству гражданскому и уголовному, т. I, 1896, т. II, 1905. Это превосходное изданіе, подобнаго которому нѣтъ въ иностранной литературѣ, обнимаетъ книги, брошюры, журнальныя и газетныя статьи (болѣе 125 періодическихъ изданій), включая рецензіи и отзывы, съ начала XVIII в. по сентябрь 1904 г. Послѣдующая литература (русская и иностранная) періодически сводится въ Журналѣ Мин. Юстиціи.

Въ настоящемъ мѣстѣ необходимо перечислить только сочиненія, охватывающія все содержаніе дѣйствующаго русскаго процессуальнаго права.

Курсы.

Малышевъ. Курсъ гражданскаго судопроизводства, 3 тома, 1874—1879 (первые два тома вышли вторымъ изданіемъ въ 1876 и 1879 гг.).

Это—наиболѣе обширное теоретическое руководство изъ существующихъ на русскомъ языкѣ. Въ первыхъ двухъ томахъ излагаются судоустройство и обыкновенный порядокъ производства въ общихъ судахъ; третій томъ посвященъ особымъ формамъ производства, въ томъ числѣ производству въ мировыхъ, волостныхъ и коммерческихъ судахъ. Ясность изложенія и обильныя указанія на иностранныя законодательства, на русскую и иностранную литературу и сенатскую практику придаютъ курсу большую цѣнность. Недостатками его являются неравномѣрная разработка частей и не всегда вполнѣ точное отдѣленіе постановленій нашего дѣйствующаго права отъ теоретическихъ взглядовъ автора и правилъ иностранныхъ законодательствъ. Кромѣ того, курсъ въ настоящее время сильно устарѣлъ.

Азаревичъ. Судоустройство и судопроизводство по гражданскимъ дѣламъ. Университетскій курсъ.—I, 1891, II, 1894—1896.

Первый томъ, гдѣ излагается судоустройство и ученіе о субъектахъ процесса, изложенъ обстоятельно, съ обширными ссылками на иностранныя законодательства и литературу. Дальнѣйшія части все болѣе и болѣе пріобрѣтаютъ конспективный характеръ. Написанъ курсъ хорошимъ языкомъ.

Комментаріи.

Анненковъ. Опытъ комментарія къ уставу гражд. судопроизводства, 6 томовъ, 2 изд., 1887—1888 гг.

Авторъ разъясняетъ постановленія устава въ порядкѣ статей, пользуясь русской и отчасти французской литературой, а также русской кассаціонной практикой.

Исаченко. Гражданскій процессъ, практическій комментарій на вторую книгу устава гражд. судопроизводства, 6 томовъ (I—IV томы во 2 изд., V и VI—въ 3 изд.), 1893—1911.

При разъясненіи статей устава авторъ широко пользуется судебной практикой, но очень мало вниманія обращаетъ на русскую литературу, совершенно не касаясь иностранной. Уступая въ послѣднемъ отношеніи комментарію Анненкова, трудъ Исаченко превосходитъ его исчерпывающимъ изложеніемъ сенатской практики и ясностью стиля.

Учебники.

Гольмстенъ. Учебникъ русскаго гражданскаго судопроизводства, 4 изд., 1907 г.

Энгельманъ. Учебникъ русскаго гражданскаго судопроизводства, 2 изд., 1904 г.

Нефедьевъ. Учебникъ русскаго гражданскаго судопроизводства, 3 изд., 1910 г.

Яблочковъ. Учебникъ русскаго гражданскаго судопроизводства, 1912 г.

Васьковскій. Учебникъ русскаго гражданскаго процесса, 1912 г. (печатается).

Неоконченные курсы и учебники.

Адамовичъ. Пособіе къ лекціямъ русскаго гражданскаго судопроизводства, ч. 1, 1891 г.

Адамовичъ. Очеркъ русскаго гражданскаго процесса, вып. I, изд. 2, 1895 г.

Нефедьевъ. Курсъ гражданскаго судопроизводства, вып. I, 1902 г., добавленіе, 1903 г.

Гордонъ. Система русскаго гражданскаго судопроизводства, вып. I, 1902 г. (напеч. во „Временникѣ Демидовскаго юридич. лицея, 1902 г.).

Практическія пособія.

Побѣдоносцевъ. Судебное руководство, 1872 г.

Вербловскій. Движеніе русскаго гражданскаго процесса, изложенное на одномъ примѣрѣ, 2 изд., 1889 г.

Исаченко. Русское гражданское судопроизводство. Практическое руководство для студентовъ и начинающихъ юристовъ. Томъ I (судопроизводство исковое), 3 изд., 1910 г., т. II (судопр. охранительное и конкурсное), 3 изд., 1910—1911 г.

Побѣдинскій. Гражданское судопроизводство въ окружныхъ судахъ, 2 изд., 1911 г. (образцы процессуальныхъ бумагъ и формъ дѣлопроизводства).

Васьковскій. Задачи по гражданскому процессу, 1907 г.

Затворницкій. Практическія занятія по гражданскому судопроизводству, 1904 г.

§ 5.

Иностранныя законодательства.

Франція. Устройство гражданскихъ судовъ основывается во Франціи на отдѣльныхъ, въ разное время изданныхъ законахъ [1]). Порядокъ производства въ гражданскихъ судахъ опредѣленъ уставомъ гражданскаго судопроизводства, изданнымъ въ 1806 г. [2]) и имѣющимъ въ своей основѣ ордоннансъ 1667 г., нѣкоторыя постановленія котораго воспроизведены буквально. Хотя онъ какъ по содержанію, такъ и по формѣ значительно уступаетъ гражданскому кодексу, но, будучи основанъ на раціональныхъ началахъ, цѣлесообразность которыхъ оправдалась на практикѣ, онъ былъ принятъ цѣликомъ или съ измѣненіями, многими государствами (Бельгіей, Голландіей, Баваріей, Италіей, Испаніей Португаліей и др.), а также служилъ однимъ изъ образцовъ при составленіи нашего устава гражданскаго судопроизводства.

Германія. До судебной реформы 70-хъ годовъ судебно-процессуальный строй Германіи представлялъ очень пеструю картину. Единаго законодательства не было, и въ каждомъ изъ государствъ, образующихъ германскую имперію, дѣйствовало особое право. Въ нѣкоторыхъ примѣнялись нормы такъ наз. нѣмец-

---

[1]) Они сведены въ слѣдующихъ изданіяхъ: Rivière. Codes français et Lois usuelles, 1911. Carpentier. Codes et Lois pour la France, Algérie et les Colonies, 1911.

[2]) Лучшія изданія: Tripier et Monnier. Code de procédure civile, 1911 (съ указаніемъ историческихъ источниковъ), Rivière, 1911 (съ текстами изъ кассаціонной практики и министерскихъ циркуляровъ), Sirey, 2 vls, 1905—1906 (съ разъясненіями изъ литературы и судебной практики), Tissier, Darras et Louiche—Desfontaines, 3 vls, 1901—1908 (съ историческими, теоретическими и практическими разъясненіями, ссылками на литературу и судебную практику).

каго общаго процесса (gemeiner deutscher Process), представлявшія собою смѣсь рецепированныхъ римскаго и каноническаго права съ нѣмецкими законами, обычнымъ правомъ и судебной практикой; въ Пруссіи сохранялъ силу общій судебный уставъ (Allgemeine Gerichtsordnung) 1793 г., дополненный законами 1833 и 1846 гг.; въ нѣсколькихъ мѣстностяхъ удержался со временъ Наполеона французскій процессуальный кодексъ, а въ прочихъ государствахъ были изданы особые процессуальные уставы, носившіе на себѣ болѣе или менѣе значительные слѣды вліянія французскаго процесса (ганноверскій 1850 г., баденскій 1864 г., вюртембергскій 1868 г., баварскій 1869 г.). Изъ этихъ уставовъ ганноверскій былъ въ виду у составителей нашего устава.

Съ образованіемъ германской Имперіи получила осуществленіе давно возникшая идея о созданіи обще-германскаго судебно-процессуальнаго законодательства. Въ 1877 г. были утверждены, а съ 1 октября 1879 г. вступили въ силу: уставъ судоустройства (Gerichtsverfassungsgesetz) и уставъ гражданскаго судопроизводства (Civilpocessordnung), сокращенно цитируемые „GVG." и „CPO". Нѣкоторыя измѣненія въ нихъ сдѣланы новеллами 1898, 1909 и 1910 гг. [1]). Дополненіемъ къ этимъ двумъ уставамъ являются адвокатскій уставъ (Rechtsanwaltsordnung=RAO) и уставы о судебныхъ пошлинахъ (Gebührenordnung).

Австро-Венгрія. Устройство австрійскихъ судовъ основывается на цѣломъ рядѣ разновременно (съ 1850 г.) изданныхъ законовъ. Въ 1895—1896 гг. вмѣстѣ съ изданіемъ новаго устава гражданскаго судопроизводства были сдѣланы нѣкоторыя измѣненія и

---

[1]) *Лучшія изданія:* Sydow und Busch. CPO mit GVG und den Einführungsgesetzen, 13 Aufl., 1911 (съ разъясненіями по рѣшеніямъ имперскаго суда). Warneyer. CPO erläutert durch die Rechtssprechung, 3 Aufl., 1910. Kayser. Die Reichsjustizgesetze, 7 Aufl., 1910.

Подготовительные матеріалы къ судебной реформѣ 1877 — 1879 гг. и позднѣйшимъ новеллямъ: Hahn. Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, I—VIII, 1883—1898. (Къ судоустройству относятся первый томъ, къ гражданскому процессу—второй). Materialien zu den Reichsjustizgesetznovellen, I—II, 1898. Materialien zu den Novellen v. 5/VI 1905 und 1/VI 1909 (Beihefte zur Rechtssprechung der Oberlandesgerichte, herausg. v. Mugdan und Falkmann). Friedländer. Kommentar zur RAO, 1908. Siegel. Materialien zur RAO, 1883.

въ законахъ о судоустройствѣ, однако большинство ихъ сохранило силу по настоящее время [1]).

Гражданское судопроизводство основывалось въ Австріи болѣе столѣтія на уставѣ 1781 г. и его второй редакціи 1796 г., представлявшими собою кодифицированный германскій общій процессъ того времени. Коренная реформа процесса была произведена только въ концѣ XIX в., когда былъ утвержденъ составленный Францомъ Клейномъ проектъ уставовъ объ отправленіи правосудія, о гражданскомъ судопроизводствѣ и объ исполненіи рѣшеній [2]).

Реформа гражданскаго процесса предпринята и въ Венгріи: въ 1911 г. изданъ, но еще не введенъ новый уставъ [3]).

Италія. Современное устройство судебныхъ учрежденій опредѣляется уставомъ 1865 г. [4]) и нѣкоторыми позднѣйшими законами, а гражданское судопроизводство—уставомъ 1865 г. [5]).

Остальныя государства. Дѣйствующіе въ прочихъ государствахъ процессуальные законы указаны въ сборникѣ Леске и Левенфельда (см. слѣд. §).

---

[1]) Schauer. Die Gerichtsorganisationsgesetze. Mit Erläuterungen aus den Materialien, 3 Aufl., 1909. Klein, Schauer und Friedländer. Die Gesetze und Verordnungen über die Civilgerichtsverfassung, 1903 (съ разъясненіями по рѣшеніямъ верховнаго имперскаго суда).

[2]) Schauer. Die CPO und Jurisdiktionsnorm, v. 1 Aug. 1895. Mit Erläuterungen aus den Materialien, 4 Aufl., 1905; Die Executionsordnung, 4 Aufl., 1908. Klein, Schauer und Friedländer. Jurisdiktionsnorm und CPO, 1898; Die Executionsordnung, 1903.

Подготовительные матеріалы къ законамъ 1895 — 1896 гг.: Materialien zu den neuen oesterreischischen Civilprocessgesetzen, I—II, 1896.

Новые австрійскіе законы переведены на русскій языкъ: Туръ. Австрійскій уставъ гражд. судопр. 1895 г., въ сопоставленіи съ нашимъ уставомъ, 1896 (и въ прилож. къ № 10 Журн. М. Юст. 1896 г.). Туръ. Австрійскій законъ 27 мая 1896 г. о порядкѣ взысканія и обезпеченія, съ указ. соотвѣтств. постановленій нашего устава, 1897 (и въ прилож. къ № 2 Журн. М. Ю. 1897 г.). Туръ. Австрійскіе законы: 1) объ отправленіи суда и о подсудности гражданскихъ дѣлъ общимъ судамъ (1 авг. 1895 г.) и 2) объ учрежденіи судовъ (27 ноября 1896 г.), съ указ. соотвѣт. постановленій нашего устава гр. суд., 1897 (и въ прилож. къ № 4 Журн. М. Ю. 1897 г.).

[3]) Нѣмецкій переводъ: Gottl. Ungarische CPO, 1911 (съ комментаріями).

[4]) Legge sull'ordinamento giudiziario, 6 dic. 1865.

[5]) Bruno. Il codice di procedura civile, illustrato con le principali decisioni delle corti del regno, 1911.

§ 6.

Иностранная литература.

Краткое изложеніе гражданскаго процесса цѣлаго ряда государствъ сдѣлано разными авторами въ коллективномъ трудѣ Леске и Левенфельда [1]). Перечни юридической литературы на многихъ языкахъ можно найти въ изданіяхъ Мюльбрехта [2]).

Теорія гражданскаго процесса наиболѣе усердно и плодотворно разрабатывается въ германской и австрійской литературахъ: Вахъ, Бюловъ, Гельвигъ, Рихардъ Шмидтъ, Вайсманъ, Фр. Штейнъ, Колеръ, Клейнфеллеръ, Канштейнъ, Скедль, Поллякъ, Шрутка фонъ Рехтенштаммъ, вотъ корифеи современной процессуальной науки, труды которыхъ имѣютъ значеніе не только для догматики туземнаго процессуальнаго права, но и для общей теоріи процесса. Что касается литературы другихъ странъ (Франціи, Италіи, Англіи), то она отличается, за немногими изъятіями, практическимъ, комментаторскимъ характеромъ; больше вниманія удѣлено французскими и итальянскими юристами теоретическому изслѣдованію основныхъ началъ судоустройства.

Монографическая литература будетъ указываться въ соотвѣтствующихъ параграфахъ. Здѣсь нужно перечислить важнѣйшія изъ сочиненій общаго характера.

1. Германская литература.

Курсы.

Wach. Handbuch des deutschen Civilprocessrechts, I, 1885.

Широко задуманный и блестяще выполненный, но, къ сожалѣнію, далеко не законченный курсъ. Дополненіемъ къ нему

[1]) Leske und Loewenfeld. Die Rechtsverfolgung im internationalen Verkehr, I—IV, 1895—1904 (очеркъ русскаго процесса написанъ проф. Энтельманомъ).

[2]) Mühlbrecht. Wegweiser durch die neuere Literatur der Rechts- und Staatswissenschaften, I, 1893; II, 1901. Mühlbrecht. Uebersicht der staats- und rechtswissenschaftlichen Literatur d, J. 1898—1908. Mühlbrecht. Allgemeine Bibliographie der Staats- und Rechtswissenschaften (журналъ).

служатъ лекціи, читанныя авторомъ чинамъ судебнаго вѣдомства и адвокатамъ:

Vorträge über die Reichs-Civilprocessordnung, 2 изд., 1896.

Hellwig. Lehrbuch des deutschen Civilprocessrechts, I—III, 1903—1908.

Въ трехъ вышедшихъ до сихъ поръ томахъ авторъ даетъ обстоятельное и глубокое изслѣдованіе процессуальныхъ институтовъ въ связи съ матеріальнымъ гражданскимъ правомъ. Курсъ пока доведенъ до конца ученія о субъектахъ процесса и третьихъ лицахъ.

Rich. Schmidt. Lehrbuch des deutschen Zivilprocessrechts, 2 изд., 1906.

Процессуальныя понятія и принципы авторъ выясняетъ изъ ихъ исторіи, изъ общаго характера гражданскаго процесса, какъ вѣтви государственнаго управленія, обращая въ то же время вниманіе и на ихъ практическое значеніе. Курсу предшествуетъ обширное историческое введеніе.

Planck. Lehrbuch des Civilprocessrechts, I—II, 1887—1896.

Главное вниманіе удѣлено авторомъ историческому развитію процессуальныхъ институтовъ германскаго права.

Engelmann. Der Zivilprocess, Geschichte und System. I, Allgemeiner Theil, 1889, II, Geschichte, 1890—95, III, Der deutsche Zivilprocess, 1901.

Хорошо, хотя безъ детальнаго изслѣдованія отдѣльныхъ вопросовъ, написанный курсъ, резюмирующій выводы современной процессуальной науки.

Weismann. Lehrbuch des deutschen Civilprocessrechts, I—II, 1903—1905.

Kleinfeller. Lehrbuch des deutschen Civilprocesses, 2 Aufl., 1910.

Heilfron und Pick. Lehrbuch des Civilprocessrechts I—II, 2 Aufl., 1910.

Приспособленъ для начинающихъ юристовъ-практиковъ.

Учебники.

Fitting. Der Reichs-civilprocess, 13 Aufl.,

Наиболѣе употребительный учебникъ, содержащій чрезвы-

чайно ясное и въ то же время сжатое изложеніе дѣйствующаго германскаго судебно-процессуальнаго права.

Hirschfeld. Der Reichscivilprocess, 4 Aufl., 1905.

Stein. Das Civilprocessrecht (въ Birkmeyer's Encyklopädie der Rechtswissenschaft, 2 Aufl. 1904).

Kohler. Grundriss des Civilprocesses, 2 Aufl., 1909.

Комментаріи.

Въ нѣмецкой литературѣ имѣется нѣсколько превосходныхъ комментаріевъ, въ которыхъ постановленія устава сопровождаются теоретическими и практическими разъясненіями и критической оцѣнкой литературы и судебной практики. Таковы:

Gaupp. Commentar zur CPO, bearb. v. Stein, 10 Aufl., 1910.

Seuffert. Commentar, 11 Aufl., 1910.

Struckmann und Koch. 9 Aufl., 1910.

До судебной реформы теорія процесса разрабатывалась германскими юристами примѣнительно къ германскому общему процессу. Изъ многочисленныхъ сочиненій, излагающихъ этотъ процессъ, заслуживаютъ вниманія слѣдующія.

Bethmann-Hollweg. Civilprocess des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwickelung, 1864—1874, IV—VI.

Gönner. Handbuch des deutschen gemeinen Processes. I—IV, 2 Aufl., 1804—1805.

Wetzell. System des ordentlichen Civilprocesses, 3 Aufl., 1878.

Renaud. Lehrbuch des gemeinen deutschen Civilprocessrechts, mit Rücksicht auf die neueren Civilprocessgesetzgebungen. 2 Aufl., 1873.

Bayer. Vorträge über den gemeinen ordentlichen Civilprocess, 10 Aufl., 1869.

Osterloh. Lehrbuch des gemeinen deutschen ordentlichen Civilprocesses. 2 B-de, 1856.

Библіографія. Спеціальные указатели процессуальной литературы составлены Биркмейеромъ, Сидовымъ, Клейнфеллеромъ и др. [1]).

[1]) Birkmeyer. Grundriss und Materialien zur Vorlesung über den ordentlichen Civilprozess, I, Einleitung und allgemeiner Theil. 1886. Birkmeyer. Zusammenstellung der gesamten bis jetzt zur Reichs—CPO erschienen Literatur geordnet nach der Reihen-

2. Австрійская литература.

Курсы.

Skedl. Das oesterreichische Civilprocessrecht. I, 1900.

Здѣсь тщательно использована новѣйшая австрійская и германская литература.

Canstein. Das Civilprocessrecht. I, 1905.

Klein. Vorlesungen über die Praxis des Civilprocesses, 1900.

Pollak. System des oesterreichischen Civilprocessrechts. I—II, 1903, 1906.

Balasits i Fierich. Nauka o sądach cywilnych i procedura cywilna. I—II, 1898—1905.

Учебники.

Schrutka Edlem von Rechtenstamm. Grundriss des Civilprocessrechts, 1909.

Canstein. Das neue oesterreichische Civilprocessrecht (въ сборникѣ Leske und Loewenfeld, Die Rechtsverfolgung im internationalen Verkehr. III Bd., 1 Th., 1901).

Schuster v. Bonnot. Oesterreiches Civilprocessrecht. 4 Aufl., 1907.

Trutter. Das oesterr. Civilprocessrecht, 1907.

Изъ курсовъ дореформеннаго австрійскаго процесса сохраняютъ значеніе въ теоретическомъ отношеніи:

Menger. System des oesterr. Civilprocessrechts. I, 1876: der allgemeine Theil.

Canstein. Lehrbuch des oesterr. Civilprocessrechtes, 2 Aufl., I—II, 1893.

Комментаріи.

Horten. Die Jurisdictionsnorm. 1898.

Horten. Oesterreichische CPO. I, 1898.

---

folge der Gesetzes-Paragraphen, 1884 (изъ 28-го тома Gruchot's Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts). Sydow. Literaturbericht, 1880—1883. Gerichtsverfassung, Civilprozess, Konkurs (Centralblatt für die Rechtswissenschaft, 1883, №№ 1—2). Kleinfeller. Die Literatur des deutschen Prozessrechts, 1884 bis 1894, 1896. Ежегодные обзоры процессуальной литературы помѣщаются съ 1888 г. въ журналѣ „Zeitschrift für deutschen Zivilprozess“.

Neumann. Kommentar zu den Civilprocessgesetzen. I—II, 2 Aufl., 1907—1908.

Neumann. Kommentar zur Exekutionsordnung. 2 Aufl., 1910.

Библіографія. Литература, относящаяся къ новому австрійскому процессуальному праву, сведена Шперлемъ и Грюве [1].

3. Французская литература.

Курсы.

Garsonnet. Traité théorique et pratique de procédure, 2 éd., par Cézar-Bru, 8 vol., 1898—1904.

Наиболѣе обширный теоретическій и практическій курсъ.

Boncenne et Bourreau. Théorie de la procédure civile, 2 éd., 7 vol., 1837—1863.

Boitard. Leçons de procédure civile, 15 éd., par Glasson, 2 vol., 1900.

Glasson et Colmet Daage. Précis théorique et pratique de procédure. 2 éd. par Tissier, 2 vol., 1908.

Учебники.

Garsonnet et César Bru. Précis de procédure civile, 6 éd., 1909.

— Voies d'exécution, 4 éd., 1907.

Camuzet. Eléments de procédure civile, 24 éd., 1904.

Foignet. Manuel élementaire de procédure civile, 4 éd., 1910.

Bonfils. Traité élémentaire d'organisation judiciaire, de compétance et de procédure en matière civile, 3 éd., 1901.

Комментаріи.

Carré et Chaveau. Lois de la Procédure civile et commerciale. 5 éd., avec un supplément, alphabétique et analytique, par M. Dutruc. 13 vol., 1880—1888.

---

[1]) Sperl. Systematischer Grundriss der Rechtsquellen, Literatur und Praxis der oesterr. Civilprozess- und Executionsrechtes, 2 Aufl., 1903. Gruwe. Judizielle Supplemente, Rechtsquellen, Literatur und Praxis auf dem gesammten Gebiete des oesterr. Justizgesetzgebung, 1906.

Обширный комментарій, выводы котораго резюмированы Дютрюкомъ въ „Добавленіи“ съ указаніемъ измѣненій, которымъ они подверглись въ позднѣйшей литературѣ и судебной практикѣ.

Rogron. Les codes français expliqués, Code de procédure. 11 éd., 2 vol., 1891.

Практическія пособія.

Boresseau et Laisney. Dictionnaire théorique et pratique de procédure civile, commerciale etc. 2 éd., 10 vol., 1886—1896.

Recueil périodique de législation, de doctrine et de jurisprudence en matière de procédure civile, criminelle et administrative (съ 1881 г.).

Библіографія. Спеціальнаго указателя французской литературы по гражд. процессу нѣтъ. Она приводится въ курсѣ Гарсоннэ, въ комментированныхъ изданіяхъ устава и въ обще-юридическихъ указателяхъ книгъ [1]).

4. Итальянская литература.

Mattirolo. Trattato di diritto giudiziario civile italiano. 6 vol., 5 éd.

Manfredini. Corso di diritto giudiziario civile. I, 1898.

Garsonnet. Trattato teorico e pratico di procedura civile tradotto e arricchito di note italiane da C. Lessona (началъ издаваться).

Chiovenda. Principi di diritto processuale civile. 1906.

Simoncelli. Lezioni di diritto giudiziario civile. 1905 (литогр.).

Mattirolo. Istituzioni di diritto giudiziario civile. 2 ed., 1899.

Lessona. Manuale di procedura civile. 3 ed., 1906.

Mortara. Manuale di procedura civile. I—II, 3 ed., 1906.

Cavalieri. Diritto giudiziario civile. 1905.

Mortara, Principii di procedura civile, 5 ed., 1904.

---

[1]) Bibliographie générale et complète des livres de droit et de jurisprudence, 1911. Revue bibliographique des ouvrages de droit, de jurisprudence, d'économie politique etc. (ежемѣсячникъ, выходящій съ 1894 г.).

ОТДѢЛЪ I.

Устройство гражданскихъ судовъ [1]).

§ 7.

Значеніе суда.

Хорошій судъ имѣетъ неизмѣримо великое значеніе для нормальнаго развитія государства. Онъ является опорой правового порядка; онъ проводитъ законы въ жизнь; онъ возстановляетъ нарушенныя права и караетъ нарушителей; благодаря ему, граждане могутъ спокойно пользоваться своимъ имуществомъ и плодами своихъ трудовъ.

„Судебная власть является органомъ законодательной, даетъ ей жизнь и приводитъ ее въ осуществленіе; это она, доставляя

---

1) Бентамъ. О судоустройствѣ, 1860. Филипповъ. Судебная реформа въ Россіи, 2 т., 1871—1875. Джаншіевъ. Основы судебной реформы, 1891. Джаншіевъ. Изъ эпохи великихъ реформъ, 5 изд., 1894, гл. 8—11. Даневскій. По поводу предстоящей реформы нашего судоустройства, 1896. Городысскій. Наши суды и судебные порядки по даннымъ ревизіи 1895 г. (Журн. М. Ю. 1901 № 2). Михайловскій. Основные принципы организаціи уголовнаго суда, 1905. Гессенъ. Судебная реформа, 1905. Малышевъ, I, §§ 13—35. Азаревичъ, I. с. 110—338. Гольмстенъ, с. 28—90. Энгельманъ, §§ 8—17. Нефедьевъ, §§ 25—55. Фойницкій. Курсъ уголовнаго судопроизводства, 1, 3 изд., 1902. Тальбергъ. Русское уголовное судопроизводство, I, 1889. Случевскій. Учебникъ русскаго уголовнаго судопроизводства, 3 изд., 1910.
Ch. Comte. Considérations sur le pouvoir judiciaire (перепеч. во 2-мъ томѣ соч. Jeanvrot. La magistrature, 1883). Honrion de Pansey. De l'autorité judiciare dans les gouvernements monarchiques, 1810. Meyer. Esprit, origine et progrès des institutions judiciares des principaux pays de l'Europe, I—VI, 1819—1823. Bonnier. Elements d'organisation judiciaire, 1863. Bordeaux. Philosophie de la procédure civile, 1857. Lavielle. Etudes sur la procédure civile, 1862. Rousset.

правамъ болѣе слабаго торжество надъ притязаніями болѣе сильнаго, обезпечиваетъ какъ господство закона, такъ и миръ въ средѣ гражданъ; это она образуетъ политическую связь, клеймя нечестные поступки и удаляя изъ общества преступниковъ, словомъ, это она—та покровительственная власть, которая внушаетъ каждому мысль о своей безопасности, и безъ которой человѣкъ, тревожась за свою свободу, за свое имущество, даже за свою жизнь, не станетъ заботиться о пріобрѣтеніи чего-либо, ибо не увѣренъ въ возможности сохранить это, и бу-

---

La magistrature française et ses detracteurs, 1870. Od. Barrot. De l'organisation judiciaire en France, 1872. J. Favre. De la réforme judiciaire, 1877. Jousserandot. Du pouvoir judiciaire et de son organisation en France, 1878. Engelhard. La réforme de la magistrature, 1880. Picot. La réforme judiciaire en France, 1881. Humbert. Essai sur la réforme judiciaire, 1881. Vavasseur. Essai sur la réforme judiciaire, 1881. Vraye. La réforme judiciaire, 1882. Jeanvrot. La magistrature, I—II, 1882—1883. Eslande. Etude sur le recrutement de la magistrature, 1897. Malepeyre. La magistrature en France et projet de réforme, 1900. Pépin. Réforme de la magistrature civile et judiciaire, 1909. Coumoul. Traité du pouvoir judiciaire, de son rôle constitutionnel et de sa réforme organique, 2 éd., 1911. Garsonnet. Traité, I, 1 partie. Boncenne, I. Boitard, I, 3—78. Glasson, I, §§ 5—24.

Fredl. Pro judice, 1896. Schellhas. Was fordert unsere Zeit vom Richterstande und Rechtspflege, 1898. Schrutka Rechtenstamm. Ueber die Stellung des Richters nach heutigem oesterr. Rechte, 1900. Ulrich. Die Bestellung der Gerichte in den modernen Republiken, 1904. Goldmann. Der Richterstand und die socialen Aufgaben der Gegenwart, 1906. Holtgreven. Vorschläge zur Justizreform, 1906. Adickes. Stellung und Thätigkeit des Richters, 1906; Grundlinien durchgreifender Justizreform, 1906; Zur Verständigung über die Justizreform, 1907. Stein. Zur Justizreform, 1907. Niedner. Zur Frage einer durchgreifenden Justizreform, 1906. Bozi. Die Angriffe gegen den Richterstand, 1906. Schwartz. Erneuerung deutscher Rechtspflege, 1908. Kisch. Unsere Gerichte und ihre Reform, 1908. Gerland. Die englische Gerichtsverfassung und die deutsche Gerichtsreform, 1908. Volkmar. Reformvorschläge zum GVG, 1908. Wagner. Justizgesundung, 1908. Burckhard. Der Richter, 1909. Kade. Der deutsche Richter, 1910. Zacharias. Ueber Persönlichkeit, Aufgaben und Ausbildung des Richters, 1911.

Wetzell, §§ 36—42. Menger, §§ 17, 18. Wach, §§ 25—45. Planck, I. §§ 29—36. Hellwig, II, §§ 73—106. Schmidt, §§ 31—49. Weismann, I, §§ 10—15. Kleinfeller, §§ 13—36. Canstein, §§ 7—10, Schrutka, §§ 13—65. Pollak, §§ 34—73. Balasitsi Fierich, I.

Manfredini, l. 2, p. 371 ss. Mortara. Istituzioni di ordinamento giudiziario, 1890. Chiovenda, 322 ss. Simoncelli, 128 ss. Piola-Caselli. La magistratura. Studio sull'ordinamento giudiziario nella storia, nelle leggi straniere, nella legge italiana e nei progetti di riforma, 1907 (здѣсь указана остальная итальянская литература).

детъ считать себя чужестранцемъ въ своемъ собственномъ отечествѣ“ [1]).

Слѣдуетъ даже признать справедливымъ изреченіе Платона, часто повторявшееся и другими, что лучше имѣть хорошихъ судей при плохихъ законахъ, чѣмъ, наоборотъ, хорошіе законы при плохихъ судьяхъ. Дѣйствительно, хорошій судья, какъ вѣрно пояснилъ мысль Платона Дюпэнъ, можетъ, при извѣстной свободѣ дѣйствій, сдѣлать много добра, несмотря на плохіе законы, тогда какъ плохой судья будетъ злоупотреблять и хорошими законами [2]).

Мало того, примѣры республиканскаго Рима и современной Англіи показываютъ, что гражданско-правовой бытъ можетъ нормально развиваться и при отсутствіи или скудости кодифицированнаго права, благодаря только творческой дѣятельности судей, стоящихъ на высотѣ своей задачи: въ Римѣ источникомъ права былъ преторскій эдиктъ, въ Англіи имъ являются рѣшенія судовъ.

Безъ преувеличенія можно поэтому сказать, что хорошій судъ — основа государственнаго строя (justitia fundamentum regnorum). Ясное сознаніе этой истины побудило Юма замѣтить относительно своего отечества, что „вся политическая система и каждый изъ ея органовъ—армія, флотъ, обѣ палаты—все это только средства къ достиженію одной единственной цѣли—охраненію свободы двѣнадцати верховныхъ судей Англіи“ [3]).

Въ виду своей важности для государства, отправленіе правосудія не можетъ быть предоставлено частнымъ лицамъ или обществамъ, а должно составлять и въ настоящее время повсюду составляетъ прерогативу государственной власти, которая поручаетъ выполненіе этой функціи особымъ органамъ. Всестороннее изслѣдованіе ихъ устройства составляетъ задачу той науки, ко-

---

[1]) Henrion de Pansey, 72—73.

[2]) Bordeaux. 65. Такого мнѣнія держались и составители судебныхъ уставовъ. Въ основныхъ положеніяхъ судоустройства говорится: „удовлетворительное отправленіе правосудія зависитъ болѣе отъ достоинства судей, чѣмъ отъ совершенства законовъ“. (Суд. уст., изд. Госуд. канц. 1866, III, стр. XXXVI).

[3]) Цитир. въ статьѣ: Duc de Noailles. Le pouvoir judiciaire aux Etats-Unis (Rev. de 2 Mondes, 1888, t. 48, p. 598).

торая изучаетъ организацію и дѣятельность государственной власти вообще, т.-е., науки государственнаго права [1]). Наука же гражданскаго процесса можетъ, не касаясь общихъ началъ государственной службы, одинаково примѣнимыхъ ко всѣмъ должностнымъ лицамъ, ограничиться разсмотрѣніемъ тѣхъ особенностей, которыя свойственны судебнымъ учрежденіямъ, какъ субъектамъ гражданскаго процесса [2]).

§ 8.

Система гражданскихъ судовъ Россіи.

Судебная функція осуществляется въ современныхъ государствахъ не однимъ лицомъ или учрежденіемъ, а цѣлымъ рядомъ учрежденій, носящихъ названіе *судовъ, судебныхъ установленій* и *судебныхъ мѣстъ* [3]). Каждому изъ нихъ предоставлена извѣстная болѣе или менѣе значительная часть судебной власти, и дѣятельность каждаго согласована съ дѣятельностью остальныхъ. Поэтому гражданскіе суды любого государства образуютъ въ своей совокупности одну систему.

Существующая у насъ въ настоящее время система судовъ отличается чрезвычайной сложностью. Она образовалась изъ цѣлаго ряда разновременныхъ наслоеній.

I. Основную группу судовъ составляютъ судебныя учрежденія, созданныя судебными уставами 1864 г. Они подраздѣляются на *мировыя*, разрѣшающіе дѣла малоцѣнныя, и *общія*, къ вѣдомству которыхъ отнесены всѣ остальныя дѣла. Какъ въ тѣхъ, такъ и въ другихъ имѣются три *степени*, или *инстанціи*: пер-

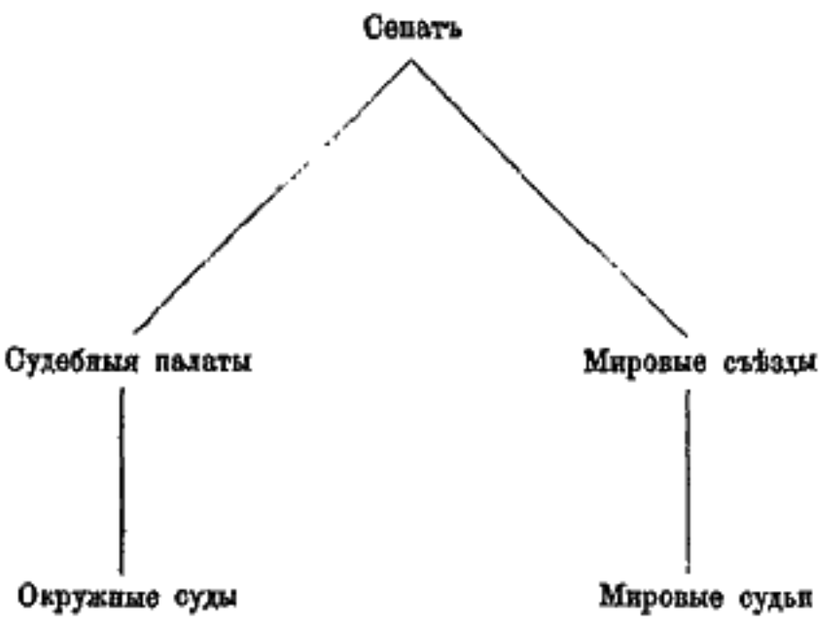
---

[1]) Laband, Das Staatsrecht des deut. Reichs, 4 Aufl., III, 1901, 344—345. Сухоустройство излагается также въ наукѣ уголовнаго процесса, а такъ какъ организація гражданскихъ и уголовныхъ судовъ во многомъ одинакова, то труды по уголовному процессу имѣютъ значеніе и для гражданскаго.

[2]) Wach, § 25, I.

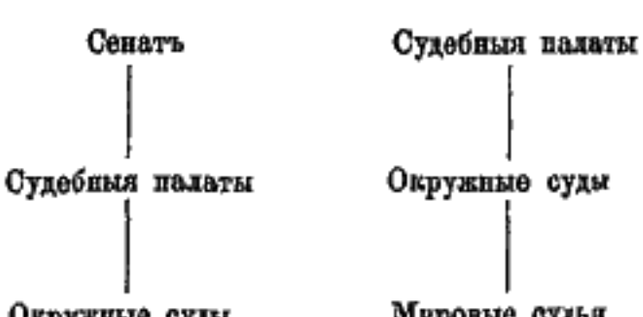
[3]) Въ нашихъ законахъ употребляются термины: „суды“, а также: „судебныя установленія“ (учрежд. суд. установл., ст. 2, 5, 9, 174 и др.) и „судебныя мѣста“ (тамъ же, ст. 8, 11, 123, 130, 137, 139, 141, 150 и др.). Въ литературѣ же болѣе употребителенъ терминъ: „судебныя учрежденія“.

вой являются мировые судьи и окружные суды, второй—мировые съѣзды и судебныя палаты, а третьей—гражданскій кассаціонный департаментъ сената. Такимъ образомъ, система судовъ по судебнымъ уставамъ 1864 г. имѣетъ слѣдующій видъ:



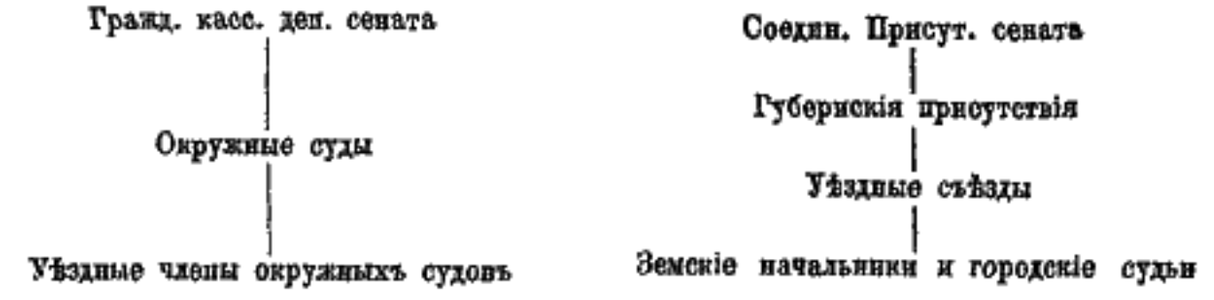
II. По такому же плану организованы судебныя учрежденія въ Царствѣ Польскомъ, съ тою разницей, что низшая юрисдикція раздѣлена между мировыми судьями (въ городахъ) и гминными судами (въ уѣздахъ), состоящими изъ гминныхъ судей и засѣдателей (лавниковъ).

III. При распространеніи дѣйствія судебныхъ уставовъ 1864 г. на Закавказье, архангельскую губернію и азіатскую Россію первоначальная система судоустройства была измѣнена въ томъ отношеніи, что второй инстанціей сдѣланы для мировыхъ судей окружные суды, а третьей—судебныя палаты (по отношенію къ архангельской губ. остался третьей инстанціей сенатъ), такъ что получилась въ этихъ мѣстностяхъ двойственная система судебныхъ учрежденій (ст. 444, 461[5], 612, 635, 659 учр. суд. уст.):



IV. Въ 1889 г. институтъ мировыхъ судей былъ упраздненъ во внутреннихъ губерніяхъ европейской Россіи, а затѣмъ и въ нѣсколькихъ другихъ. Вмѣсто него введены судебно-административныя учрежденія, существующія въ настоящее время въ 43 губ. [1]). Дѣла, предоставленныя вѣдѣнію мировыхъ судей, распредѣлены между земскими начальниками и городскими судьями съ одной стороны и уѣздными членами окружныхъ судовъ—съ другой. Второй инстанціей для земскихъ начальниковъ и городскихъ судей сдѣланы уѣздные съѣзды, образуемые изъ нихъ же съ участіемъ почетныхъ мировыхъ судей, которые сохранены повсюду, а для уѣздныхъ членовъ окружныхъ судовъ—окружные суды. Третьей инстанціей являются для первыхъ губернскія присутствія, а для вторыхъ—гражданскій кассаціонный департаментъ сената. Кромѣ того, по усмотрѣнію министра юстиціи, дѣла изъ губернскихъ присутствій могутъ быть переносимы въ четвертую инстанцію—въ соединенное присутствіе перваго и гражданскаго кассаціоннаго департамента сената.

Схема судебныхъ учрежденій по закону 1889 г.:



V. Общія, мировыя и судебно-административныя учрежденія являются *обыкновенными*, или *нормальными*, судами въ томъ смыслѣ, что ихъ власть распространяется на всѣхъ вообще гражданъ и на всѣ гражданскія дѣла, поскольку въ законѣ не установлено какихъ-либо изъятій. Кромѣ этихъ обыкновенныхъ

---

[1]) Астрах. безъ г. Астрахани, бессар. безъ г. Кишинева и безъ измаил. уѣзда, виленск. безъ г. Вильно, витеб., владим., волог., воронеж., вятск., гродн., екатеринос., казанск. безъ г. Казани, калуж., ковен., костром., курск., минск., могил., моск. безъ г. Москвы, нижегород. безъ Нижн.-Новгорода, новгородск., олонец., оренбург., орлов., пензен., перм., полтав., псков., рязан., самар., с.-петерб. безъ г. Петербурга и уѣзда, сарат. безъ г. Саратова, симбир., смолен., ставроп., таврич., тамбов., тверск., тул., уфим., харьк. безъ г. Харькова, херсон. безъ г. Одессы, черниговск. и ярославской.

судовъ, существуютъ еще *спеціальные*, или *особенные*, которые введены для опредѣленныхъ категорій лицъ и для опредѣленныхъ разрядовъ дѣлъ, какъ напр., для крестьянъ, для торговыхъ дѣлъ и т. д. Къ числу такихъ спеціальныхъ судовъ у насъ принадлежатъ: коммерческіе, духовные, волостные, гминные, инородческіе.

Коммерческіе суды, существующіе въ столицахъ и Одессѣ, имѣютъ только одну высшую инстанцію: судебный департаментъ сената. Варшавскій же коммерческій судъ приравненъ къ окружнымъ и подчиненъ варшавской судебной палатѣ и гражданскому кассаціонному департаменту сената.

Духовные суды для лицъ различныхъ вѣроисповѣданій различны [1]). Для православныхъ духовными судами являются духовныя консисторіи, архіереи и синодъ.

Волостные суды, учрежденные для разбора гражданскихъ дѣлъ между лицами, принадлежащими къ сельскому населенію, организованы не одинаково. Въ мѣстностяхъ, гдѣ введены земскіе начальники, второй инстанціей для волостныхъ судовъ служатъ уѣздные съѣзды, а третьей—губернскія присутствія; въ прибалтійскихъ губерніяхъ они подчинены верхнимъ крестьянскимъ судамъ, въ качествѣ второй инстанціи, и мировымъ съѣздамъ—въ качествѣ третьей [2]); въ прочихъ мѣстностяхъ, они подчинены учрежденіямъ, завѣдующимъ крестьянскими дѣлами (уѣзднымъ съѣздамъ мировыхъ посредниковъ, гдѣ они сохранились, съѣздамъ крестьянскихъ начальниковъ, губернскимъ по крестьянскимъ дѣламъ присутствіямъ и т. д.) [3]).

Гминные суды замѣняютъ собою волостные въ Царствѣ Польскомъ. Второй инстанціей служатъ для нихъ мировые съѣзды, а третьей—сенатъ [4]).

Станичные суды существуютъ въ казачьихъ станицахъ [5]).

---

[1]) Уст. иностр. испов. (т. XI. ч. 1 Св. зак.)

[2]) Волостн. суд. уст. прибалт. губ., кн. I, ст. 27, 43.

[3]) Общ. полож. о крест., ст. 174—176. Пол. объ уст., зав. крест. дѣл., ст. 244, 245, 384, 488, 489 и др.

[4]) Учр. суд. устан., ст. 462 и сл.

[5]) Учр. гражд. управл. казак. (II т. Св. зак., изд. 1903 г.), прил. къ 542 ст., 587 и сл.

Инородческіе суды различныхъ типовъ сохранились у кавказскихъ горцевъ, кочевыхъ и бродячихъ инородцевъ Сибири, самоѣдовъ архангельской губ. и другихъ инородцевъ азіатской Россіи [1]).

VI. Часть гражданской юрисдикціи предоставлена нѣкоторымъ административнымъ чиновникамъ въ азіатской Россіи, именно крестьянскимъ, пограничнымъ и инородческимъ начальникамъ [2]).

VII. Самостоятельная система судовъ существуетъ въ Финляндіи: ратуши (первая инстанція), гофраты (вторая) и судебный департаментъ финляндскаго сената (третья) [3]).

§ 9.

Гражданскіе суды иностранныхъ государствъ.

Системы гражданскихъ судовъ важнѣйшихъ континентальныхъ государствъ западной Европы схожи съ тою, какая была введена у насъ судебными уставами 1864 г. Во Франціи, Германіи и Австріи судами первой инстанціи являются: 1) для дѣлъ малоцѣнныхъ и требующихъ быстраго разрѣшенія—единоличные судьи, называемые во Франціи мировыми (juges de paix), а въ Германіи и Австріи—участковыми (Amtsrichter, Bezirksrichter) и 2) для прочихъ дѣлъ—коллегіальные суды первой инстанціи—во Франціи именуемые просто судами (tribunaux), въ Германіи—земскими судами (Landgerichte), въ Австріи—въ главныхъ городахъ — земскими (Landesgerichte), а въ остальныхъ—окружными (Kreisgerichte).

Второй инстанціей служатъ для единоличныхъ судей колле-

---

[1]) Уст. гражд. суд., ст. 1463, п. 2, 2099, 2122, 2152, п. 2. Полож. объ инородц. (Св. зак. т. II, изд. 1892 г.), ст. 75 и сл., 277 и сл., 429 и сл. Учрежд. управл. Кавказ. Края, ст. 220, прим., Полож. объ управл. Туркест., ст. 118, 211. Полож. объ управл. степн. обл., ст. 107 и сл. Обзоръ всѣхъ (12) типовъ низшихъ судовъ сдѣланъ въ брошюрѣ Аничкова, Мировой судъ и преобразованіе низшихъ судовъ, 1907.

[2]) Уст. гражд. суд., ст. 2152, п. 3, 2122, п. 3. Полож. объ устан., зав. крест. дѣл., ст. 440—442.

[3]) Шиловскій. О судебной системѣ Финляндіи („Рус. Вѣсти." 1903, № 8, стр. 559—561).

гіальные суды первой инстанціи, а для коллегіальныхъ судовъ первой инстанціи — коллегіальные же суды второй истанціи, носящіе названіе во Франціи апелляціонныхъ судовъ (cours d'appel), а въ Германіи и Австріи высшихъ земскихъ (Oberlandesgerichte).

Вершину судебной іерархіи занимаетъ въ каждомъ изъ этихъ государствъ высшій судъ: во Франціи—кассаціонный (cour de cassation), въ Германіи—имперскій (Reichsgericht), въ Австріи—верховный (oberster Gerichtshof). Компетенція этихъ судовъ распространяется на всю территорію даннаго государства [1]). Разница состоитъ въ томъ, что во Франціи и Австріи высшіе суды (кассаціонный и верховный) являются третьей инстанціей какъ для коллегіальныхъ, такъ и для единоличныхъ судовъ, тогда какъ въ Германіи—только для коллегіальныхъ.

По французскому образцу организованы суды въ Бельгіи, Италіи, Испаніи и Португаліи—съ нѣкоторыми отличіями въ деталяхъ.

Такъ, въ Италіи единоличные судьи раздѣляются на двѣ категоріи: на преторовъ (pretori), соотвѣтствующихъ французскимъ мировымъ судьямъ, и на собственно мировыхъ (giudici conciliatori), рѣшающихъ мелкія дѣла (до 100 лиръ) и являющихся третейскими судьями, по желанію тяжущихся, въ остальныхъ дѣлахъ. Кромѣ того, въ Италіи не одинъ, а пять кассаціонныхъ судовъ (въ Римѣ, Туринѣ, Флоренціи, Неаполѣ, Палермо).

Въ Испаніи роль мировыхъ судей исполняютъ „муниципальные", избираемые общинами. Ихъ должность считается общественной повинностью; они служатъ безъ жалованія, но получаютъ гонораръ по таксѣ. Другая особенность испанскаго судоустройства та, что всѣ суды первой инстанціи единоличны.

---

[1]) Только германскій имперскій судъ составляетъ нѣкоторое исключеніе. Дѣло въ томъ, что при судебной реформѣ 1877 г. было предоставлено союзнымъ государствамъ, обладающимъ нѣсколькими апелляціонными судами, имѣть собственный судъ третьей инстанціи. Этимъ разрѣшеніемъ воспользовалось баварское правительство, такъ что третьей инстанціей для баварскихъ судовъ является мюнхенскій верховный земскій судъ. Однако при введеніи обще-германскаго гражданскаго уложенія 1900 г. всѣ дѣла, основанныя на постановленіяхъ этого уложенія, были отнесены къ компетенціи имперскаго суда, такъ что въ настоящее время вѣдомство мюнхенскаго суда сведено до минимума. Schmidt, 197.

Кромѣ обще-гражданскихъ судовъ, въ западно-европейскихъ государствахъ существуютъ и нѣкоторые спеціальные. Меньше всего ихъ во Франціи, судоустройство которой отличается наибольшей простотой и единствомъ. Здѣсь имѣются лишь коммерческіе суды для торговыхъ дѣлъ и третейскіе суды (les conseils de prud'hommes) для разсмотрѣнія споровъ, возникающихъ изъ договора личнаго найма въ области промышленности и торговли. Но и коммерческіе, и третейскіе суды пріобщены къ системѣ общихъ судовъ, благодаря тому, что второй инстанціей служатъ для коммерческихъ судовъ—апелляціонные суды, а для третейскихъ—суды первой инстанціи.

Въ Германіи наряду съ общими судами дѣйствуютъ: промышленные суды (Gewerbegerichte) для разбора споровъ между рабочими и хозяевами въ области промышленности, а также между рабочими одного хозяина; купеческіе суды (Kaufmannsgerichte) для разбора споровъ, вытекающихъ изъ договоровъ личнаго найма или обученія между купцами и ихъ приказчиками или учениками; третейскіе суды для разрѣшенія споровъ, возникающихъ изъ страхованія рабочихъ отъ несчастныхъ случаевъ (Schiedsgerichte für Arbeiterversicherung), и въ нѣкоторыхъ мѣстностяхъ еще остатки старинныхъ общинныхъ судовъ (Gemeindegerichte), а также спеціальные суды для разбора исковъ къ главамъ нѣмецкихъ государствъ и членамъ ихъ семействъ. Апелляціонной инстанціей для промышленныхъ и купеческихъ судовъ являются общіе суды первой инстанціи. Третейскіе же суды сами представляютъ собою вторую инстанцію для правленій страховыхъ учрежденій. Личный составъ промышленныхъ, купеческихъ и третейскихъ судовъ одинаковъ: постоянный предсѣдатель и два выборныхъ засѣдателя, изъ коихъ одинъ отъ рабочихъ или наемныхъ служащихъ, а другой—отъ работодателей или купцовъ. Особыхъ коммерческихъ судовъ въ Германіи нѣтъ. Для разбора торговыхъ дѣлъ образованы торговыя отдѣленія въ земскихъ судахъ.

Въ Австріи существуютъ какъ коммерческіе суды, такъ и коммерческія и горныя отдѣленія въ окружныхъ судахъ для разсмотрѣнія спеціальныхъ процессовъ, касающихся области торговли и горнаго дѣла. Закономъ 1896 г. введены промышлен-

ные суды (Gewerbegerichte), по образцу французскихъ третейскихъ судовъ, для разрѣшенія споровъ между работодателями и рабочими, а также среди самихъ рабочихъ. Они состоятъ изъ *постояннаго председателя* съ юридическимъ образованіемъ, назначаемаго министромъ юстиціи, и изъ засѣдателей въ числѣ не менѣе 10, избираемыхъ на 4 года, поровну со стороны работодателей и рабочихъ. Апелляціонной инстанціей служатъ окружные суды.

Кромѣ того, въ Австріи сохранился особый судъ (Obersthofmarschallamt), состоящій подъ предсѣдательствомъ директора оберъ-гофмаршальской канцеляріи изъ 4 членовъ вѣнскаго окружнаго суда и разсматривающій иски къ членамъ императорской фамиліи и нѣкоторымъ другимъ пользующимся привилегированной подсудностью лицамъ. Рѣшенія этого суда подлежатъ обжалованію въ общіе суды второй и третьей инстанціи.

Въ Швейцаріи судоустройство еще не получило полнаго объединенія: система судовъ не во всѣхъ кантонахъ одинакова. Низшей инстанціей являются по большей части мировые суды (въ нѣкоторыхъ кантонахъ единоличные, въ другихъ коллегіальные); затѣмъ, повсюду существуютъ окружные апелляціонные суды, а въ пяти кантонахъ самостоятельные кассаціонные суды. Объединяющимъ до нѣкоторой степени звеномъ служитъ высшій союзный судъ, являющійся для нѣкоторыхъ дѣлъ второй инстанціей, а для другихъ — третьей. Онъ состоитъ изъ 19 избираемыхъ на 6 лѣтъ членовъ.

Судоустройство Англіи отличается своеобразнымъ характеромъ. Первой инстанціей для разбора гражданскихъ дѣлъ служатъ суды графствъ (county courts) и такъ наз. высшій судъ въ Лондонѣ (High Court), которому подвѣдомственны дѣла, выходящія за предѣлы компетенціи судовъ графствъ. Онъ является также второю инстанціей для судовъ графствъ и состоитъ изъ трехъ отдѣленій: канцлерскаго суда, суда королевской скамьи и отдѣленія разводовъ, завѣщаній и морскихъ дѣлъ. Вторую инстанцію для высшаго суда составляетъ апелляціонный судъ, который состоитъ изъ лорда-канцлера, предсѣдателей второго и третьяго отдѣленій высшаго суда и нѣсколькихъ судей. Третья инстанція—судъ палаты лордовъ, образуемый изъ лорда-канцлера и нѣсколькихъ лордовъ-судей.

Еще сложнѣе и разнообразнѣе судебная система Соединенныхъ Штатовъ Америки. Туземные суды распадаются на двѣ группы: на суды союзные (федеральные) и суды отдѣльныхъ штатовъ. Эти двѣ группы судовъ отчасти дѣйствуютъ самостоятельно и независимо другъ отъ друга, отчасти же связаны такимъ образомъ, что первые подчинены вторымъ. Во главѣ союзныхъ судовъ стоитъ верховный федеральный судъ въ Вашингтонѣ, низшую инстанцію образуютъ уѣздные суды, а среднюю— окружные. Кромѣ того, существуетъ высшій федеральный судъ въ Колумбійскомъ округѣ и особые суды для территорій, находящихся въ непосредственномъ завѣдываніи союзнаго правительства. Судебныя системы въ отдѣльныхъ штатахъ не одинаковы. Въ большинствѣ имѣются мировые судьи, суды графствъ, высшіе суды, апелляціонные суды и верховные суды штатовъ.

§ 10.

Задачи раціональнаго судоустройства.

Существованіе судовъ вызвано необходимостью конкретизировать абстрактныя нормы права для примѣненія къ частнымъ случаямъ. Суды являются такимъ образомъ посредниками между закономъ и жизнью, посредниками, необходимыми потому, что законы не могутъ примѣнять самихъ себя. Устами судей гласитъ законъ. „Судья,—говоритъ Іерингъ,—долженъ быть, такъ сказать, воплощеннымъ, говорящимъ закономъ. Если бы справедливость могла спуститься съ неба и начертать законы столь ясно, точно и подробно, чтобы примѣненіе ихъ стало просто работой по шаблону, то ничего болѣе совершеннаго нельзя было бы придумать для отправленія правосудія: на землѣ возникло бы идеальное царство справедливости“ [1]).

Но справедливость съ неба не сходитъ; отношенія между людьми опредѣляются законами, не всегда удовлетворительно написанными; фактическія обстоятельства каждаго отдѣльнаго

[1]) Iherіng. Zweck im Recht, I, 1884, 387—389.

случая тоже зачастую нелегко установить; вслѣдствіе всего этого задача проведенія законовъ въ жизнь является весьма трудной, сложной и требуетъ отъ судей цѣлаго ряда спеціальныхъ качествъ.

1. Первое и главное качество хорошаго судьи, это—безпристрастіе. Судья, будучи олицетвореніемъ закона, долженъ быть безпристрастенъ и нелицепріятенъ, какъ абстрактная формула права. Судьи, согласно тексту судейской присяги, обязаны „исполнять свято законы Имперіи и творить судъ по чистой совѣсти, безъ всякаго въ чью-либо пользу лицепріятія“ (прил. IV къ 225 ст. учр. суд. уст.).

2. Чтобы быть хорошимъ судьей, нужно получить надлежащую юридическую подготовку, которая дается только высшимъ спеціальнымъ образованіемъ. При современномъ развитіи культуры, когда во всѣхъ отрасляхъ дѣятельности широко примѣняется раздѣленіе труда, когда въ области искусствъ, наукъ и техники господствуетъ спеціализація, и для успѣшнаго занятія ими требуется спеціальная подготовка,—знаніе и примѣненіе на практикѣ законовъ не могутъ составлять исключенія и быть доступными каждому человѣку, хотя бы и получившему достаточное общее образованіе [1]). Въ законахъ проводятся начала права, разрабатываемыя юридическими науками, изъ коихъ нѣкоторыя существуютъ уже сотни лѣтъ и имѣютъ огромную литературу. Иная статья современнаго гражданскаго кодекса представляетъ собою результатъ многовѣковой юридической эволюціи [2]) или отраженіе борьбы теоретическихъ взглядовъ болѣе или менѣе отдаленнаго прошлаго. Другія нормы, напротивъ, не имѣя корней въ прошломъ, являются выраженіемъ прогрессивныхъ стремленій законодательства въ области экономическихъ или какихъ-либо иныхъ соціальныхъ отношеній. Правильное пониманіе всѣхъ такихъ нормъ того и другого рода не-

[1]) Ulrich, 156—157.

[2]) Brütt. Die Kunst der Rechtsanwendung, 1907, 161: „Основныя понятія, въ родѣ просрочки, невозможности, юридическаго основанія и др., не являются продуктомъ умственной дѣятельности одного лица. Напротивъ, они представляютъ собою результатъ болѣе 1000-лѣтняго юридическаго опыта человѣчества въ самой сконцентрированной формѣ“.

возможно безъ предварительнаго историко-юридическаго образованія [1]).

Далѣе, изученіе юридическихъ наукъ необходимо еще и потому, что оно пріучаетъ къ правильному мышленію, къ юридическому анализу; развиваетъ способность находить въ каждой юридической нормѣ проявленіе общихъ началъ права, отдѣлять существенные элементы отъ случайныхъ и побочныхъ и приводить отдѣльныя постановленія закона въ связь съ общей системой права [2]).

Кромѣ всего этого, юридическое образованіе имѣетъ важное значеніе еще и въ другомъ отношеніи. Примѣняя законъ, судья можетъ въ извѣстной степени проявлять творческую дѣятельность, именно когда ему приходится пополнять пробѣлы въ законахъ, при разрѣшеніи случаевъ прямо ими не предусмотрѣнныхъ, или толковать двусмысленныя постановленія, допускающія различные способы пониманія. Здѣсь онъ получаетъ возможность проводить свои юридическія воззрѣнія, свои идеалы. Выработать же такія воззрѣнія и идеалы можно только теоретическимъ изученіемъ права [3]).

---

[1]) Насколько необходимо юридическое образованіе для судьи даже при разрѣшеніи уголовныхъ дѣлъ, болѣе доступныхъ пониманію и сужденію лицъ безъ спеціальной подготовки, видно изъ слѣдующаго примѣра. Въ военныхъ судахъ, гдѣ засѣдаютъ обыкновенные строевые офицеры, изъ двухъ тысячъ дѣлъ было рѣшено правильно всего 5%, въ остальныхъ же 95% были допущены существенныя нарушенія уголовныхъ законовъ и правилъ производства. Шереметевскій, О полковыхъ судахъ („Юрид. Лѣтоп.", 1891 г. № 6, 441, нит. Джаншіевымъ, Законъ и справедливость на новомъ судѣ и у земскихъ начальниковъ, Рус. Мысль 1893 г. № 5, 96).

[2]) Михайловскій, 148: „Для практика-рутинера каждое явленіе представляется изолированнымъ; научно образованный юристъ сейчасъ находитъ ему надлежащее мѣсто въ общей системѣ; предъ каждымъ новымъ случаемъ, ранѣе не встрѣчавшимся, практикъ-рутинеръ становится въ тупикъ, научно-образованный юристъ отброситъ несущественныя черты явленія, откроетъ его юридическую сущность и поставитъ его въ связь съ системой; практикъ-рутинеръ прійдетъ въ ужасъ, если на какомъ-нибудь актѣ не сдѣлано указанной въ законѣ отмѣтки, научно-образованный юристъ сумѣетъ отличить пустую формалистику, потерявшую всякій смыслъ, отъ существенныхъ формъ, представляющихъ собою необходимыя гарантіи; для практика-рутинера высшимъ авторитетомъ всегда будетъ прецедентъ, какъ бы нелѣпъ онъ ни былъ, юристъ-теоретикъ сознательно отнесется къ прецеденту и сумѣетъ извлечь изъ него дѣйствительно цѣнное".

[3]) „Многолѣтнее изученіе въ учебномъ заведеніи науки, въ правильномъ, систематическомъ видѣ, можетъ обогатить человѣка не только основательными теоретиче-

3. Но теоретическое изученіе юриспруденціи, само по себѣ, тоже недостаточно для судьи; онъ долженъ обладать и практической подготовкой къ своей дѣятельности. Судья, не прошедшій практической школы, подобенъ врачу, не работавшему предварительно въ клиникѣ: тотъ и другой будутъ доканчивать свое образованіе на счетъ обращающихся къ нимъ за юридической и медицинской помощью лицъ, и этимъ лицамъ придется расплачиваться за ихъ ошибки [1]).

4. Помимо знанія права, помимо теоретической и практической подготовки въ спеціальной области правовѣдѣнія, судья долженъ еще знать тѣ жизненныя отношенія, которыя опредѣляются нормами права. А эти нормы охватываютъ все, касаются всѣхъ сторонъ жизни, всѣхъ проявленій человѣческой жизни и дѣятельности. Семья и бракъ, наука и искусство, торговля и промышленность, земледѣліе и ремесла, все это нормируется правомъ, и въ каждой изъ этихъ областей возникаютъ споры, разрѣшеніе которыхъ составляетъ обязанность судьи. Чтобы выполнять свою задачу съ успѣхомъ, ему необходимо обладать широкимъ общимъ образованіемъ. Конечно, знать всего, всѣхъ наукъ, искусствъ и прочихъ отраслей человѣческой дѣятельности онъ не въ состояніи, да это и не нужно, такъ какъ для разрѣшенія спеціальныхъ вопросовъ судья можетъ обратиться за помощью къ экспертамъ-спеціалистамъ. Но для того, чтобы правильно ставить эти вопросы, сознательно относиться къ заключенію экспертовъ и давать ему правильную оцѣнку, онъ долженъ быть достаточно образованнымъ человѣкомъ [2]). „При отсутствіи общаго

скими познаніями права, но вмѣстѣ съ тѣмъ создать въ душѣ его идеалъ этого права, идеалъ, къ которому направлены всѣ прогрессивныя стремленія человѣчества. Прилагая потомъ право къ жизни, теоретикъ невольно и почти безсознательно проводитъ идеалъ въ жизнь и, такимъ образомъ, теорія становится практикою, наука становится жизнію". Филипповъ, I, 212.

[1]) Vavasseur, 49—50: „Знаніе науки еще не создаетъ судьи; свѣже-испеченный докторъ правъ, сойдя со школьной скамьи, не пріобрѣтаетъ за одну ночь качествъ хорошаго судьи. Отвлеченная наука должна быть оплодотворена профессіональной практикой; иначе она рискуетъ создать, по выраженію Жюля Фавра, только касту мандариновъ, очень сильную, быть можетъ, въ метафизикѣ права, но неспособную разбираться въ запутанныхъ столкновеніяхъ частныхъ интересовъ".

[2]) Zacharias, 131 ff. Bozi, 13—14. Филипповъ, I, 210—211.

образованія дѣятельность судьи по необходимости пріобрѣтаетъ механическій характеръ. Онъ становится ремесленникомъ, который примѣняетъ ко всему, съ чѣмъ ему приходится имѣть дѣло, заученные пріемы, и все разнообразіе жизни измѣряетъ масштабомъ своихъ формуляровъ и параграфовъ“ [1]).

5. Не менѣе важно для судьи обладать житейскимъ опытомъ, знать обыденную жизнь, бытовую обстановку, среди которой живутъ обращающіяся къ его помощи лица, знать людей, понимать мотивы, которыми обусловливаются человѣческіе поступки. Иначе онъ не въ состояніи ни установить правильно всѣхъ конкретныхъ обстоятельствъ разбираемыхъ дѣлъ, ни дать надлежащей оцѣнки заявленіямъ тяжущихся и показаніямъ свидѣтелей, нерѣдко противорѣчащимъ одно другому. Поэтому, хорошимъ судьей можетъ быть только зрѣлый, искушенный жизнью человѣкъ [2]).

6. Въ качествѣ представителей государственной власти, судьи обладаютъ извѣстнымъ внѣшнимъ авторитетомъ. Но весьма важно, чтобы они пользовались въ глазахъ населенія и внутреннимъ авторитетомъ, т.-е., чтобы граждане относились съ полнымъ довѣріемъ къ нимъ въ виду ихъ личныхъ качествъ, „ибо уваженіе народа къ своимъ законамъ и судьямъ—самая вѣрная гарантія его послушанія и прочности общественнаго порядка“ [3]). Для этого судьи должны быть безупречны въ нравственномъ отношеніи. Ихъ репутація не должна быть ничѣмъ запятнана. Граждане не могутъ относиться съ уваженіемъ къ судьѣ и съ довѣріемъ къ его рѣшеніямъ, если имъ извѣстно, что онъ былъ

---

[1]) Schellhas, 59. Ср. Malpeyre, 231, 232.

[2]) Ch. Comte, 66—67. „Ни одна наука,—говоритъ этотъ авторъ,—не усваивается такъ долго и съ такимъ трудомъ, какъ правовѣдѣніе. Случалось, что люди 20—24 лѣтъ отличались на поприщѣ искусствъ, математики, физическихъ наукъ. Но если бы кто-нибудь вздумалъ заговорить объ ученомъ юрисконсультѣ 25 лѣтъ, то онъ вызвалъ бы лишь улыбку сожалѣнія. Въ этой наукѣ выраженіе „молодой ученый“, часто примѣняющееся въ другихъ наукахъ, совершенно не употребляется: оно было бы смѣшнымъ. Трудность усвоенія правовѣдѣнія зависитъ не только отъ того, что оно менѣе закончено, чѣмъ другія науки, и что оно обнимаетъ большее количество предметовъ, но главнымъ образомъ отъ того, что оно требуетъ вѣрнаго отъ природы сужденія, такта или чувства справедливости, а также понятій, которыя даются только возрастомъ и долгимъ опытомъ“. Ср. Favre, 47. Vavasseur, 49—50. Pépin, 68—69. Zacharias, 17 ff.

[3]) Henrion de Pancey, 73.

осужденъ раньше за какой-либо проступокъ, являющійся въ глазахъ общества предосудительнымъ. Независимость и честность судей должны стоять выше всякихъ подозрѣній. „Когда мнѣ нужно назначить судью,—сказалъ лордъ Линдгорстъ,—я ищу джентльмена", и этому правилу, строго соблюдаемому въ Англіи, обязанъ судейскій персоналъ своимъ высокимъ нравственнымъ уровнемъ [1]).

Итакъ, безпристрастіе, общее и спеціальное юридическое какъ теоретическое, такъ и практическое образованіе, житейскій опытъ и безупречная нравственность,—вотъ тѣ качества, которыми долженъ обладать каждый судья, чтобы быть на высотѣ своего призванія. Обезпечить наличность этихъ качествъ у судей—задача судоустройства. Законъ долженъ, во-1-хъ, допускать къ исполненію судейскихъ обязанностей только лицъ, обладающихъ указанными качествами, и, во-2-хъ, обставить ихъ въ служебномъ отношеніи такъ, чтобы они могли безпрепятственно и безбоязненно проявлять эти качества. Другими словами, законъ долженъ установить цѣлесообразный способъ комплектованія судейскаго персонала и поставить судей въ надлежащее служебное положеніе [2]).

§ 11.

Подготовка къ судейскимъ должностямъ въ иностранныхъ государствахъ [3]).

Вопросъ о комплектованіи личнаго состава судовъ слагается изъ двухъ вопросовъ: 1) кѣмъ могутъ быть замѣщаемы судейскія должности и 2) какимъ образомъ должно происходить за-

---

[1]) Franqueville. La système judiciaire de la Grande Bretagne, I, 1893, 369—370.

[2]) Михайловскій, 64. Къ этимъ требованіямъ обыкновенно присоединяютъ еще два: чтобы судьи не страдали физическими недостатками или душевными болѣзнями, мѣшающими имъ исполнять свои обязанности, и чтобы они были подданными того государства, гдѣ служатъ. Но то и другое требуется отъ *всѣхъ вообще* лицъ, поступающихъ на государственную службу, и не представляетъ собою ничего необходимаго исключительно для судей.

[3]) Zitelmann. Die Vorbildung der Juristen, 1909. Ausbildung und Fortbildung der Richter, Bericht über die Verhandlungen d. 2 preuss. Richtertages, 1910. Hell-

мѣщеніе. Первый вопросъ касается подготовки судебныхъ дѣятелей, второй—способа замѣщенія судейскихъ должностей.

Разрѣшеніе перваго вопроса не представляетъ особыхъ трудностей. Если для правильнаго отправленія правосудія необходимо, чтобы судьи обладали извѣстными качествами, то само собою понятно, что на судейскія должности могутъ быть назначаемы только такія лица, которыя эти качества дѣйствительно имѣютъ. Это положеніе является общепризнаннымъ и проводится съ большею или меньшею послѣдовательностью законодательствами почти всѣхъ важнѣйшихъ государствъ Европы. Повсюду отъ кандидатовъ въ судьи требуется достиженіе извѣстнаго возраста (не ниже 24—25 лѣтъ), свидѣтельствующаго о нѣкоторой житейской опытности, обладаніе нравственнымъ цензомъ, выражающимся въ томъ, что кандидатъ въ судьи не подвергался позорящимъ наказаніямъ, не совершалъ предосудительныхъ поступковъ и не занимается такими отраслями дѣятельности, которыя признаются несовмѣстимыми съ судейской должностью, и обладаніе умственнымъ цензомъ, состоящимъ въ спеціальной подготовкѣ къ исполненію судейскихъ обязанностей. Различіе между законодательствами отдѣльныхъ государствъ касается преимущественно системы этой спеціальной подготовки.

Въ Германіи для пріобрѣтенія права быть назначеннымъ на должность судьи нужно: пройти трехгодичный курсъ юридическихъ наукъ въ университетѣ, при чемъ не менѣе половины этого времени должно быть проведено въ одномъ изъ германскихъ университетовъ; выдержать первый государственный экзаменъ, затѣмъ не менѣе трехъ лѣтъ прослужить въ судебномъ вѣдомствѣ или заниматься у адвоката и, наконецъ, выдержать второй экзаменъ. Отъ экзаменовъ и службы избавлены штатные преподаватели юридическихъ наукъ въ германскихъ университетахъ [1]). Въ нѣкоторыхъ германскихъ государствахъ срокъ прак-

---

wig. Die Vorbildung der Juristen (Zt. Zp. 40 B.). Grueber. Die Vorbildung der Juristen und ihre Reform, 1910. Waller, Rechtsstudium und Referendariat, 1910. Gerland. Die Reform des juristischen Studiums, 1911. Vierhaus. Ueber den praktischen Vorbereitungsdienst (Zt. Zp. 41 B.). Абрашкевичъ. О подготовкѣ судебныхъ дѣятелей въ Пруссіи (Вѣстн. Права 1900 г. № 9). Eslande, passim. Ulrich, pass. Piola-Caselli, pass. Kade, Der deutsche Richter, 1910, pass.

[1]) Уст. судоустр., §§ 2—5.

тической подготовки удлиненъ (въ Пруссіи—до 4 лѣтъ, въ Баденѣ, Брауншвейгѣ, Мекленбургѣ и др.—до $3^1/_2$ лѣтъ); въ другихъ требуется болѣе продолжительное пребываніе въ университетѣ (въ Баденѣ, Вюртембергѣ, Гессенѣ—$3^1/_2$ года). Составъ испытательныхъ комитетовъ и порядокъ производства экзаменовъ опредѣлены въ каждомъ государствѣ особыми правилами [1]). По выдержаніи второго экзамена кандидатъ получаетъ званіе ассессора и право получить низшую судейскую должность. Но назначеніе зависитъ отъ усмотрѣнія министра юстиціи, который руководствуется доставляемыми ему предсѣдателями подлежащихъ судовъ свѣдѣніями о личныхъ способностяхъ и нравственныхъ качествахъ кандидатовъ [2]). Недостатками этой системы являются, по признанію нѣмецкихъ писателей, матеріальная необезпеченность кандидатовъ, слишкомъ долгій срокъ подготовительной службы безъ опредѣленнаго вознагражденія (до назначенія на штатную должность проходитъ отъ 6 до 9 лѣтъ) и недостаточность теоретической подготовки, получаемой въ университетахъ [3]). Сюда нужно прибавить еще полный произволъ министра юстиціи при назначеніи на судейскія должности.

Въ Австріи имѣютъ право на занятіе судейскихъ должностей: 1) штатные преподаватели юридическихъ наукъ въ австрійскихъ университетахъ, 2) лица, выдержавшія адвокатскій экзаменъ, и

---

[1]) Kade, 99 ff.

[2]) Schmidt, § 35, II. Kade, 107, 125, 208, 217 ff., 255.

[3]) Абрашкевичъ, 97 и сл. Bericht üb. Verh., 15 ff., 36 ff., 48 ff. Adickes. Zur Verständigung, 100 ff. Waller, 21 ff. Vierhaus, 263 ff. Hellwig, 519 ff. Zitelmann, l. c. Въ нѣмецкой литературѣ предлагаются разные способы устраненія этихъ недостатковъ. Между прочимъ, проф. Цительманъ выступилъ съ проектомъ раздѣлить теоретическую и практическую подготовку на 4 стадіи такъ, чтобы послѣ полуторагодичнаго пребыванія въ университетѣ и выдержанія экзамена, студенты отбывали двухлѣтнюю практическую подготовку при судебныхъ и административныхъ учрежденіяхъ, затѣмъ возвращались въ университетъ, въ теченіе двухъ съ половиной лѣтъ проходили спеціально отдѣльныя юридическія науки и, наконецъ, послѣ годичной практической подготовки, допускались къ экзамену на судейскія должности. По поводу этого оригинальнаго проекта нельзя не замѣтить, что студентъ-юристъ, прослушавшій лекціи только по общимъ вопросамъ правовѣдѣнія, столь же мало подготовленъ къ сознательному ознакомленію съ практикой, какъ и студентъ-медикъ, допущенный къ занятіямъ въ больницѣ послѣ полуторагодичнаго пребыванія въ университетѣ. Практическая подготовка неизбѣжно превратится въ механическое исполненіе чужихъ указаній и канцелярскую работу. Hellwig, 522. Grueber, 9—10.

3) лица, выдержавшія судейскій экзаменъ. Къ судейскому экзамену допускаются лица, прошедшія курсъ юридическихъ наукъ въ университетѣ, выдержавшія установленные теоретическіе экзамены и отбывшія трехлѣтнюю подготовительную службу при судахъ, прокуратурѣ, а отчасти при финансовой прокуратурѣ или въ канцеляріи адвоката. Надзоръ за кандидатами, именуемыми аускультантами, лежитъ на предсѣдателяхъ коллегіальныхъ судовъ первой инстанціи. При судахъ устраиваются курсы для кандидатовъ, чтобы пріучить ихъ къ научной разработкѣ практическихъ вопросовъ и содѣйствовать ихъ теоретическому образованію. Судейскій экзаменъ происходитъ въ комиссіи изъ предсѣдателя и товарища предсѣдателя суда второй инстаніи и комиссаровъ, назначаемыхъ министромъ юстиціи изъ числа судей, прокуроровъ, адвокатовъ, профессоровъ, если въ мѣстѣ нахожденія апелляціоннаго суда второй инстанціи имѣется университетъ, и другихъ свѣдущихъ лицъ. Устный экзаменъ производится пятью членами комиссіи, изъ коихъ предсѣдатель и одинъ членъ должны принадлежать къ судебному вѣдомству, а одинъ—къ адвокатской корпораціи. Письменный экзаменъ состоитъ въ изготовленіи научной работы на дому и двухъ работъ по гражданскому и уголовному праву въ помѣщеніи комиссіи. Предметами испытанія являются не только гражданское и уголовное право, но и необходимые для отправленія судейскихъ обязанностей отдѣлы государственнаго, административнаго и финансоваго права [1]). Выдержавшіе этотъ экзаменъ назначаются судьями не сразу, а проходятъ еще нѣсколько промежуточныхъ низшихъ должностей: помощниковъ судей, замѣстителей прокуроровъ и др. [2]).

Во Франціи для назначенія помощникомъ судьи или членомъ суда первой инстанціи необходимо: 1) обладать дипломомъ лиценціата правъ (соотвѣтствующимъ нашему диплому второй степени), 2) заниматься судебной практикой въ теченіе двухъ лѣтъ при апелляціонномъ судѣ или въ качествѣ помощника адвоката и 3) выдержать конкурсный экзаменъ, письменный и устный, въ комиссіи, состоящей подъ предсѣдательствомъ члена кассаціон-

---

[1]) Законъ объ учрежденіи судовъ 27 ноября 1896 г., ст. 4—17.

[2]) Schrutka von Rechtenstamm. Die Stellung des Richters, 78.

него суда изъ директора министерства юстиціи, двухъ членовъ апелляціоннаго суда и одного члена парижскаго суда первой инстанціи [1]). Для того, чтобы быть допущеннымъ къ экзамену, нужно выполнить еще одно особое условіе: провести годъ въ практическихъ занятіяхъ при министерствѣ юстиціи или прокурорскомъ надзорѣ кассаціоннаго, апелляціоннаго или окружнаго суда, либо же заниматься два года въ конторѣ повѣреннаго. Кромѣ того, о каждомъ желающемъ подвергнуться экзамену старшій предсѣдатель суда того округа, гдѣ онъ отбывалъ подготовку, дѣлаетъ спеціальный докладъ на основаніи собранныхъ о немъ свѣдѣній министру юстиціи, отъ котораго зависитъ допустить его или не допустить къ экзамену. Испытательная комиссія имѣетъ право указать пять наиболѣе выдающихся кандидатовъ для немедленнаго назначенія на должности помощниковъ судей или членовъ суда первой инстанціи. Прочіе, выдержавшіе экзаменъ, назначаются на мѣста помощниковъ судей или причисляются къ министерству съ тѣмъ, что послѣ двухъ лѣтъ занятій десять изъ нихъ, внесенные въ списокъ достойныхъ повышенія, могутъ быть назначены членами суда или помощниками судей. Но министръ юстиціи пользуется правомъ замѣщать часть вакантныхъ должностей другими лицами, предшествующая дѣятельность которыхъ дѣлаетъ излишнимъ экзаменъ и практическую подготовку, каковы: члены государственнаго совѣта, профессора и доценты юридическихъ наукъ (послѣдніе по истеченіи трехъ лѣтъ преподаванія), бывшіе члены судовъ, мировые судьи, имѣющіе дипломъ лиценціата правъ, послѣ двухлѣтняго исполненія судейскихъ обязанностей, секретари судовъ, повѣренные послѣ десяти лѣтъ практики и нѣкоторые другіе [2]). Для назначенія мировымъ судьей конкурсный экзаменъ не требуется, да и другія условія облегчены: дипломъ лиценціата правъ можетъ быть замѣненъ дипломомъ баккалавра или свидѣтельствомъ

---

[1]) Излагаемый порядокъ назначенія на судейскія должности установленъ во Франціи закономъ 13 февраля 1908 г. До изданія этого закона отъ кандидатовъ на судебныя должности требовались только дипломъ лиценціата и двухлѣтняя практика при апелляціонномъ судѣ, въ качествѣ адвоката. Garsonnet Précis, №№ 36, 37.

[2]) Нельзя не признать, что перечень этихъ изъятій слишкомъ длиненъ. Coumoul, 420—421.

о знаніи права, но въ такихъ случаяхъ срокъ практической подготовки долженъ быть дольше. Отъ практической подготовки избавлены бывшіе мировые судьи, а отъ представленія диплома—меры, члены коммерческихъ судовъ, помощники мировыхъ судей, нотаріусы, совѣтники префектуры и нѣк. другія лица, занимавшіяся не менѣе десяти лѣтъ такою дѣятельностью, что могли пріобрѣсти знаніе законовъ [1]).

Въ Италіи для принятія въ число кандидатовъ на судебныя должности необходимо прослушать курсъ юридическихъ наукъ въ университетѣ и выдержать конкурсный экзаменъ, производимый ежегодно въ Римѣ, въ испытательной комиссіи, состоящей изъ семи членовъ, которые избираются министромъ юстиціи изъ числа судей апелляціонныхъ судовъ и римскаго кассаціоннаго суда, профессоровъ юридическаго факультета и практикующихъ адвокатовъ. Выдержавшіе устный и письменный экзамены вносятся въ списокъ въ порядкѣ, опредѣляемомъ общею суммой полученныхъ каждымъ отмѣтокъ. Въ такомъ же порядкѣ они и назначаются министромъ юстиціи на мѣста кандидатовъ. Занятія кандидатовъ состоятъ въ посѣщеніи судебныхъ засѣданій и исполненіи работъ, поручаемыхъ имъ судьями и прокурорами, къ которымъ они прикомандированы. Черезъ полгода кандидаты могутъ быть командируемы министромъ юстиціи для исполненія прокурорскихъ обязанностей въ низшихъ судахъ (претурахъ) и разбора мелкихъ уголовныхъ дѣлъ въ городскихъ преторскихъ участкахъ. По истеченіи года подготовки кандидатъ можетъ быть назначенъ судейскимъ помощникомъ, если будетъ признанъ годнымъ къ исполненію судейскихъ обязанностей совѣтомъ суда первой инстанціи, состоящимъ изъ предсѣдателя суда, прокурора и двухъ членовъ суда. Этотъ совѣтъ составляетъ ежегодно списокъ судейскихъ помощниковъ своего округа по степени ихъ достоинства, опредѣляемаго по способностямъ, знаніямъ, дѣятельности и поведенію каждаго изъ нихъ. Согласно этому списку, по порядку старшинства замѣщаются три пятыхъ открывшихся вакансій должностей члена суда первой инстанціи или товарища прокурора, по представленіи совѣтомъ апелляціоннаго суда за-

[1]) По закону 1905 г. Garsonnet, № 37—2.

ключенія относительно возможности такого повышенія даннаго лица съ указаніемъ, слѣдуетъ ли его назначить по судебной магистратурѣ или прокурорскому надзору. Остальныя двѣ пятыхъ вакансій замѣщаются по конкурсному экзамену, къ которому допускаются судейскіе помощники, исполнявшіе свои обязанности не менѣе трехъ лѣтъ и удостоенные благопріятнаго отзыва со стороны совѣта суда первой инстанціи [1]).

Сходная система существуетъ въ Испаніи съ 1870 г. Начальныя должности судебнаго вѣдомства замѣщаются лицами, имѣющими степень лиценціата правъ, выдержавшими конкурсный экзаменъ и отбывшими практическую подготовку при судахъ. Замѣщеніе должностей, а также и повышеніе по службѣ производятся главнымъ образомъ на основаніи конкурсныхъ списковъ, гдѣ кандидаты располагаются по полученнымъ отмѣткамъ, степени подготовки и старшинству службы [2]).

Англійское законодательство не содержитъ въ себѣ столь подробныхъ постановленій относительно условій, которымъ должны удовлетворять лица, назначаемыя судьями. Но по искони установившемуся обычаю всѣ судейскія должности, кромѣ должностей мировыхъ судей, не имѣющихъ гражданской юрисдикціи, замѣщаются адвокатами, которые практиковали въ теченіе опредѣленнаго минимальнаго срока (7, 10, 15 лѣтъ,

---

[1]) Этотъ порядокъ введенъ въ Италіи закономъ 1907 г., переведеннымъ въ статьѣ проф. Люблинскаго. Реформа судебнаго строя въ Италіи (Журн. М. Ю. 1908 г. № 2 стр. 256 и сл.). Раньше въ Италіи дѣйствовалъ законъ 1890 г., согласно которому лица, стремящіяся къ судейской карьерѣ, должны были выдержать конкурсный экзаменъ, по окончаніи университета, на степень кандидата, заниматься практикой при судахъ отъ полутора до четырехъ лѣтъ, выдержать второй, практическій, экзаменъ на степень судейскаго помощника и по истеченіи двухъ лѣтъ службы получали право на занятіе должности судьи. Назначеніе происходило такъ: двѣ трети судей назначались по старшинству и качеству службы, а одна треть по конкурсному экзамену. Списки кандидатовъ представлялись министру юстиціи комиссіей изъ 7 судей и 2 прокуроровъ римскаго кассаціоннаго суда, которая распредѣляла кандидатовъ по тремъ разрядамъ: 1) хорошихъ, 2) отличныхъ и 3) выдающихся. Завадскій. Кандидаты на судебныя должности въ Италіи (Журн. М. Ю. 1895 г. № 6). Piola-Caselli, 282—292.

[2]) Порядокъ замѣщенія судейскихъ должностей опредѣленъ въ Испаніи законами 1879 и 1882 гг. Муравьевъ. Новое судоустройство Испаніи (Юр. Вѣстн. 1879 г. № 7). Piola-Caselli, 205—206.

смотря по важности должностей) и пріобрѣли почетную извѣстность [1]).

Въ Бельгіи отъ кандидатовъ въ судьи требуется университетское образованіе и практическая подготовка, продолжительность которой тоже соразмѣряется съ важностью должностей (отъ 2 до 10 лѣтъ) [2]). Въ Голландіи считается по закону достаточнымъ для назначенія на должность судьи дипломъ доктора правъ (аналогичный нашему диплому доктора медицины), но обыкновенно кандидаты предварительно занимаются судебной практикой въ качествѣ помощниковъ судей, секретарей, адвокатовъ и т. д. [3]).

Совершенно особое положеніе занимаютъ въ вопросѣ о требуемыхъ отъ судей качествахъ двѣ демократическія республики, гдѣ въ широкихъ размѣрахъ примѣняется система избранія судей населеніемъ и общеполитическими представительными учрежденіями: Швейцарія и Соединенные Штаты Америки. Только въ нѣкоторыхъ кантонахъ и штатахъ установлены опредѣленныя требованія касательно возраста, спеціальной подготовки, религіозности (не допускаются въ судьи атеисты), пола, свѣтскаго званія; но въ большинствѣ случаевъ какъ въ союзные судьи, такъ и въ судьи штатовъ и кантоновъ могутъ быть избираемы всѣ пользующіеся политическими правами граждане [4]).

§ 12.

Подготовка къ судейскимъ должностямъ въ Россіи [5]).

Нашимъ дѣйствующимъ законодательствомъ установлены неодинаковыя требованія для замѣщенія различныхъ категорій судейскихъ должностей. Въ этомъ отношеніи различаются долж-

---

[1]) Eslande, 85 S.

[2]) Eslande, 245—246. Piola-Casolli, 197.

[3]) Waller, 17—18.

[4]) Ulrich, 35, 50, 72, 122—123.

[5]) Муравьевъ. Кандидаты на судебныя должности, 1886. Хруслевъ. Кандидаты на должности по судебному вѣдомству (Журн. гражд. пр. 1891 № 4). Совѣща-

ности: 1) членовъ окружныхъ судовъ, въ томъ числѣ уѣздныхъ, 2) предсѣдателей и товарищей предсѣдателей коммерческихъ судовъ, 3) городскихъ судей и мировыхъ судей въ тѣхъ мѣстностяхъ, гдѣ они назначаются правительствомъ (кромѣ нѣсколькихъ губерній), 4) мировыхъ судей въ прочихъ мѣстностяхъ, а также предсѣдателей верхнихъ крестьянскихъ судовъ, 5) земскихъ начальниковъ и непремѣнныхъ членовъ губернскихъ присутствій, 6) гминныхъ судей въ Царствѣ Польскомъ, 7) лавниковъ—тамъ же и 8) волостныхъ судей.

1. Наиболѣе строгія требованія предъявляются закономъ къ лицамъ, желающимъ занять судейскія должности первой категоріи.

Образовательный цензъ, которому они должны удовлетворять, обнимаетъ спеціальную теоретическую и практическую подготовку.

Составители судебныхъ уставовъ понимали, что въ гражданскихъ дѣлахъ „судьѣ нельзя сдѣлать ни одного шагу безъ основательнаго изученія законовъ и безъ опредѣленныхъ свѣдѣній въ юридическихъ наукахъ“ и что „судья долженъ не только знать хорошо законы, но, сверхъ того, имѣть достаточную опытность въ примѣненіи ихъ“, пріобрѣтаемую „не въ стѣнахъ университета или юридическаго училища, а на самомъ дѣлѣ, въ приложеніи законовъ къ живой практикѣ“ [1]). Исходя изъ такихъ соображеній, составители судебныхъ уставовъ предполагали постановить, что должности членовъ общихъ судовъ могутъ замѣщаться „не иначе, какъ лицами, имѣющими аттестаты университетовъ или другихъ высшихъ учебныхъ заведеній объ окончаніи курса наукъ или о выдержаніи экзамена въ сихъ наукахъ и, сверхъ того, проходившими службу по судебному вѣдомству

ніе старшихъ предсѣдателей и прокуроровъ судебныхъ палатъ по вопросу о кандидатахъ на должности по судебному вѣдомству (Журн. М. Ю. 1895 № 10). Кашкаревъ. Къ вопросу объ улучшеніи служебнаго быта кандидатовъ на судебныя должности (Журн. Ю. О. 1896 № 1). Загоровскій. Къ вопросу о пересмотрѣ нашего судебнаго права (тамъ же, 1896 № 5). Тютрюмовъ. Кандидаты на судебныя должности (Журн. М. Ю. 1896 № 10). Дерюжинскій. Судебные дѣятели объ университетской подготовкѣ молодыхъ юристовъ (тамъ же, 1902 № 7). Дьяковъ. Кандидаты на судебныя должности (Право 1901 №№ 28, 29).

[1]) Объясн. къ 202 ст. учр. суд. уст.

въ установленномъ порядкѣ". Хотя они и предвидѣли, что для пополненія судейскаго персонала не хватитъ лицъ съ высшимъ юридическимъ образованіемъ и что поневолѣ нужно будетъ призвать на службу въ новые суды лицъ, не окончившихъ университетскаго курса, но пріобрѣвшихъ во время предшествующей службы „основательныя познанія по судебной части", однако понимали, что „такая необходимость можетъ встрѣтиться только въ началѣ, при введеніи новаго судоустройства", и что, слѣдовательно, внести въ текстъ закона разрѣшеніе назначать на судейскія должности лицъ безъ высшаго юридическаго образованія значило бы придать временной, вызванной крайнею необходимостью мѣрѣ характеръ постояннаго и нормальнаго постановленія. Но, по неизвѣстнымъ причинамъ, въ 202 статью все-таки была внесена оговорка относительно права замѣщенія судейскихъ должностей лицами, „доказавшими на службѣ свои познанія по судебной части". Эта оговорка давно уже сдѣлалась анахронизмомъ, такъ какъ число молодыхъ юристовъ съ университетскимъ образованіемъ вскорѣ послѣ введенія судебныхъ уставовъ начало превышать спросъ на нихъ въ судебной магистратурѣ [1]). Однако она до сихъ поръ сохранилась въ законѣ и предположена къ отмѣнѣ только въ проектѣ новой редакціи учрежденія судебныхъ установленій (ст. 252, 258, 261).

Итакъ, по дѣйствующему праву, отъ лицъ, назначаемыхъ на должности членовъ окружныхъ судовъ, требуется обладаніе теоретической и практической подготовкой. Первая состоитъ въ томъ, что они должны получить высшее юридическое образованіе или же „доказать на службѣ свои познанія по судебной части" (ст. 202), а вторая—въ томъ, что они должны прослужить не менѣе трехъ лѣтъ въ должностяхъ не ниже секретаря окружнаго суда (ст. 203) или же заниматься адвокатурой, въ качествѣ присяжныхъ повѣренныхъ, не менѣе десяти лѣтъ (ст. 204). Исключеніе сдѣлано для Закавказья и азіатской Россіи: въ виду трудности замѣщенія судейскихъ должностей въ этихъ мѣстностяхъ кандидатами, вполнѣ удовлетворяющими требуемымъ условіямъ, министру юстиціи предоставлено право допускать необхо-

---

[1]) Муравьевъ, 6. Кашкаревъ, 70. Тальбергъ, I, 160.

димыя отступленія отъ общихъ правилъ закона (ст. 448, 642, 666 учр. суд. уст.).

Нельзя не замѣтить, что установленіе одинаковаго срока для пребыванія во всѣхъ должностяхъ не ниже секретаря окружнаго суда нецѣлесообразно въ виду существующаго между ними различія по степени ихъ самостоятельности и по характеру требуемой ими дѣятельности: между секретарями судебныхъ мѣстъ, несущими чисто канцелярскія обязанности, и мировыми или городскими судьями, самостоятельно разрѣшающими судебныя дѣла, большая разница. Поэтому ставить всѣ эти должности на одну линію въ качествѣ подготовительныхъ ступеней къ занятію должности члена окружнаго суда неправильно. Еще менѣе основательно огромное различіе въ срокахъ подготовки, установленныхъ для службы въ низшихъ судебныхъ должностяхъ и для занятія адвокатской практикой: въ то время какъ секретарь суда или помощникъ секретаря палаты, товарищъ прокурора и городской судья могутъ быть назначены членами суда послѣ трехъ лѣтъ службы, отъ присяжныхъ повѣренныхъ требуется десять лѣтъ практики, не считая пятилѣтней подготовки въ качествѣ помощниковъ присяжныхъ повѣренныхъ, т.-е., значитъ, въ общемъ 15 лѣтъ. Оба эти недостатка исправлены въ проектѣ новой редакціи учрежденія судебныхъ установленій, гдѣ для участковыхъ судей и товарищей прокуроровъ установленъ трехлѣтній срокъ службы, для остальныхъ должностей не ниже секретаря окружнаго суда—пятилѣтній, а для присяжныхъ повѣренныхъ—шестилѣтній. Кромѣ того, право быть назначаемыми на должности участковыхъ судей и членовъ окружныхъ судовъ (а также товарищей прокуроровъ) предоставлено профессорамъ юридическихъ наукъ высшихъ учебныхъ заведеній послѣ шестилѣтняго преподаванія (ст. 251, 252).

На всѣ должности, служащія начальными ступенями службы по судебному вѣдомству, могутъ быть назначаемы лица какъ съ высшимъ юридическимъ образованіемъ, такъ и просто занимавшіяся судебной практикой и „доказавшія свои познанія по судебной части“ (стт. 205, 210, 211, 300 и др.). Но по большей части эти должности замѣщаются молодыми людьми, окончившими юридическій факультетъ или выдержавшими экзаменъ по

юридическимъ наукамъ при высшемъ учебномъ заведеніи и получившими практическую подготовку при судахъ въ качествѣ *кандидатовъ на судебныя должности*.

Институтъ судебной кандидатуры былъ созданъ составителями судебныхъ уставовъ съ тою цѣлью, чтобы молодые люди, по окончаніи высшаго юридическаго образованія, „могли приготовиться къ занятію судебныхъ должностей“ (объясн. къ 202 ст.). Онъ долженъ былъ служить разсадникомъ судебныхъ дѣятелей и сталъ имъ въ дѣйствительности. Но первоначальная его организація, помимо того, что была опредѣлена закономъ только въ общихъ чертахъ, страдала двумя недостатками. Во-1-хъ, законъ не установилъ ни срока пребыванія въ званіи кандидата, ни способа удостовѣренія въ пріобрѣтеніи кандидатами необходимой практической подготовки, ограничившись глухимъ предписаніемъ: „кандидаты, занимавшіеся *съ успѣхомъ* службою въ семъ званіи, могутъ быть опредѣляемы къ штатнымъ должностямъ по судебному вѣдомству“ (ст. 417 первонач. редакціи). Во-2-хъ, кандидаты хотя и считались состоящими на государственной службѣ, но жалованія не получали (ст. 412 первонач. ред.) „какъ потому, что они могутъ считаться только готовящимися къ службѣ, но не состоящими на оной дѣйствительно, такъ и потому, что назначеніе имъ содержанія, въ видѣ пособія, въ исключительныхъ случаяхъ, изъ особенныхъ источниковъ, можетъ послѣдовать по распоряженію министра юстиціи“ (объясн. къ 412 ст.). Благодаря этому, практическая подготовка къ судейскимъ должностямъ оказалась неудовлетворительной. Огромное большинство молодыхъ юристовъ, принадлежа къ необезпеченному классу, стало стремиться къ занятію платныхъ должностей секретаря и помощника секретаря суда, палаты или прокурора. Но канцелярская работа, къ которой сводится дѣятельность этихъ лицъ, не могла служить надлежащей школой для будущихъ слѣдователей, товарищей прокуроровъ и судей. Вмѣстѣ съ тѣмъ число кандидатовъ при провинціальныхъ судахъ все болѣе и болѣе уменьшалось, такъ какъ молодые люди стремились жить въ большихъ центрахъ, гдѣ имъ легче было найти какой-либо заработокъ [1]). Въ общемъ же положеніе всѣхъ кандидатовъ было бѣд-

[1]) Хрулевъ, 108 и сл.

ственнымъ. Хотя съ 1875 г. стала отпускаться въ распоряженіе министра юстиціи на выдачу пособій кандидатамъ особая сумма (68.400 руб.), но недостаточность ея съ каждымъ годомъ обнаруживалась все рельефнѣе. Въ 1890 г., когда число кандидатовъ во всѣхъ округахъ возросло почти до тысячи человѣкъ, на каждаго пришлось бы изъ этой суммы какихъ-нибудь 70—80 руб. въ годъ [1]). Неудовлетворительность постановки института кандидатуры и печальное положеніе кандидатовъ стали предметомъ обсужденія въ литературѣ [2]), при чемъ были предложены проекты реформъ [3]), получившіе затѣмъ частичное осуществленіе въ законѣ 1891 г., на которомъ главнымъ образомъ и основана современная организація подготовки къ судебной службѣ.

Кандидаты на судебныя должности состоятъ при судебныхъ палатахъ и окружныхъ судахъ. Они назначаются старшими предсѣдателями палатъ, по соглашенію съ прокурорами палатъ, непосредственно или на основаніи представленій предсѣдателей окружныхъ судовъ. Для принятія въ число кандидатовъ нужно имѣть дипломъ высшаго учебнаго заведенія объ окончаніи курса юридическихъ наукъ или о выдержаніи экзамена по этимъ наукамъ (ст. 407). Общія правила относительно служебныхъ занятій кандидатовъ издаются министромъ юстиціи (ст. 419[1]) [4]); распредѣленіе ихъ для занятій между различными судебными мѣстами и должностными лицами производится предсѣдателями судебныхъ мѣстъ по соглашенію съ прокурорами (ст. 414); руководство занятіями и надзоръ за кандидатами принадлежатъ тоже предсѣдателямъ и прокурорамъ (ст. 413). Кандидаты раздѣляются на младшихъ, приравниваемыхъ въ служебномъ отношеніи къ помощникамъ секретарей мировыхъ съѣздовъ, и старшихъ, пользующихся правами помощниковъ секретарей окружныхъ судовъ (ст. 409). Занятія младшихъ кандидатовъ ограничиваются рабо-

---

[1]) Хрулевъ, 113.

[2]) Кандидатовъ на судебныя должности называли „паріями и изгоями судебнаго міра“ (Суд. Газ. 1883 № 4; Наблюд. 1886 № 3, стр. 42), „илотами судебнаго вѣдомства“ (Журн. гражд. пр. 1883 № 7), „интеллигентнымъ пролетаріатомъ“ (Юрид. Газ. 1885 № 14) и т. под.

[3]) Муравьевъ, указ. соч., стр. 143 и сл. Хрулевъ, ук. ст.

[4]) Эти правила установлены въ циркулярѣ 9 янв. 1892 г. Извлеченія изъ него приведены въ изданіяхъ учр. суд. Громачевскаго и Щегловитова.

тою въ канцеляріяхъ судебныхъ мѣстъ и должностныхъ лицъ съ цѣлью практическаго ознакомленія съ дѣлопроизводствомъ [1]). Самостоятельныя порученія на нихъ не возлагаются, за исключеніемъ только производства предварительныхъ слѣдствій по отдѣльнымъ уголовнымъ дѣламъ, которое можетъ быть поручаемо окружными судами наиболѣе опытнымъ изъ младшихъ кандидатовъ (ст. 415[1]). По истеченіи полуторагодичной практики младшіе кандидаты могутъ подвергнуться экзамену на званіе старшихъ кандидатовъ (ст. 409). Этотъ экзаменъ производится въ комиссіяхъ, періодически составляемыхъ предсѣдателями судовъ, по соглашенію съ прокурорами, изъ трехъ лицъ: предсѣдателя или товарища предсѣдателя судебнаго мѣста, одного члена судебнаго мѣста и предсѣдателя прокурорскаго надзора. Отъ экзаменующихся требуется: 1) устное изложеніе обстоятельствъ и движенія одного гражданскаго и одного уголовнаго дѣла съ поясненіемъ и группировкой данныхъ, служащихъ къ ихъ разрѣшенію, 2) такое же письменное изложеніе одного гражданскаго и одного уголовнаго дѣла, 3) составленіе по предложеннымъ дѣламъ проектовъ мотивированнаго постановленія судебнаго слѣдователя, обвинительнаго акта, заключенія прокурора и приговора или рѣшенія въ окончательной формѣ, и 4) устное изложеніе соображеній и заключенія по предложенному вопросу процессуальнаго или матеріальнаго права [2]). Младшіе кандидаты, не выдержавшіе этого испытанія, послѣ двухлѣтняго пребыванія кандидатами, должны подать прошеніе объ отчисленіи, а если не подадутъ, то отчисляются безъ прошенія. По уважительнымъ причинамъ этотъ двухлѣтній срокъ можетъ быть продленъ, но не болѣе, чѣмъ на годъ, старшимъ предсѣдателемъ палаты по соглашенію съ прокуроромъ ея (ст. 410).

На старшихъ кандидатовъ возлагается исполненіе отвѣтственныхъ порученій. Общія собранія окружныхъ судовъ могутъ поручать имъ исполненіе обязанностей судебныхъ слѣдователей и городскихъ судей, а старшіе предсѣдатели палатъ, по соглашенію съ прокурорами палатъ,—командировать кандидатовъ для

---

[1]) Указ. циркуляръ (Громачевскій, стр. 239; Щегловитовъ, стр. 216).
[2]) Тотъ же цирк. (Громачевскій, стр. 239; Щегловитовъ, стр. 214—215).

исполненія обязанностей товарищей прокуроровъ окружныхъ судовъ (ст. 415). Кромѣ того, въ тѣхъ мѣстностяхъ, гдѣ существуютъ мировые судьи по назначенію отъ правительства, старшіе кандидаты, состоящіе при мировыхъ съѣздахъ, могутъ быть командируемы съѣздами для исполненія обязанностей мировыхъ судей (ст. 415[1]). Наконецъ, при недостаткѣ присяжныхъ повѣренныхъ, предсѣдателямъ судовъ предоставляется поручать старшимъ кандидатамъ защиту въ уголовныхъ дѣлахъ, а въ тѣхъ округахъ, гдѣ нѣтъ совѣтовъ присяжныхъ повѣренныхъ, возлагать на нихъ веденіе дѣлъ лицъ, пользующихся правомъ бѣдности (ст. 416)[1]). Старшимъ кандидатамъ, усердно исполняющимъ свои обязанности, назначается предсѣдателями палатъ, по соглашенію съ прокурорами ихъ, штатный окладъ жалованья въ размѣрѣ 900 р. (ст. 411). Младшимъ кандидатамъ, согласно закону 1891 г., могли быть выдаваемы единовременныя пособія въ размѣрѣ не болѣе 400 р. въ годъ (ст. 411, прим., 412). Законъ 21 апрѣля 1910 г. замѣнилъ эти пособія штатными окладами въ размѣрѣ 300 р., предоставивъ распредѣленіе этихъ окладовъ между младшими кандитами тоже предсѣдателямъ судебныхъ мѣстъ по соглашенію съ прокурорами. Кромѣ того, названнымъ закономъ установленъ максимальный срокъ (трехлѣтній), въ теченіе котораго старшіе кандидаты могутъ получать назначенные имъ оклады, и вмѣстѣ съ тѣмъ добавлено, что младшіе кандидаты, получающіе штатные оклады, сохраняютъ ихъ, сдѣлавшись старшими кандидатами, въ томъ же размѣрѣ, если нѣтъ свободныхъ окладовъ для старшихъ кандидатовъ, до тѣхъ поръ, пока такіе оклады не освободятся [2]).

Дисциплинарная власть надъ кандидатами принадлежитъ предсѣдателямъ судовъ и должностнымъ лицамъ, къ которымъ кандидаты прикомандированы, и которыя имѣютъ право дѣлать имъ предостереженія, замѣчанія и выговоры, и 2) старшимъ предсѣдателямъ палатъ, которые могутъ, по соглашенію съ прокурорами палатъ, налагать на кандидатовъ болѣе строгія наказанія: вы-

[1]) Въ нѣкоторыхъ окружныхъ судахъ устраивались научно-практическія собесѣдованія кандидатовъ подъ руководствомъ предсѣдателя или члена суда. Эти собесѣдованія оказались очень полезными. Городисскій, 40.

[2]) Собран. узак. и распор. 1910 № 66, ст. 626.

четы изъ жалованья, арестъ до 7 дней и лишеніе штатнаго оклада (ст. 418). Свѣдѣнія о числѣ и о занятіяхъ кандидатовъ ежегодно доставляются предсѣдателями подлежащихъ судовъ и прокурорами старшему предсѣдателю палаты, который, совмѣстно съ прокуроромъ палаты, представляетъ общій отчетъ по всему округу палаты министру юстиціи (ст. 419). Лица, прослужившія въ званіи старшихъ кандидатовъ не менѣе полутора года и получившія отъ предсѣдателей судебныхъ мѣстъ, при которыхъ они состояли, свидѣтельства въ томъ, что они доказали свои познанія по судебной части, имѣютъ право на занятіе должностей судебныхъ слѣдователей, товарищей прокуроровъ окружныхъ судовъ, городскихъ судей и другихъ должностей, назначеніе на которыя зависитъ отъ министра юстиціи (ст. 417).

Законъ 1891 г., несомнѣнно, улучшилъ въ нѣкоторыхъ отношеніяхъ институтъ кандидатуры на судебныя должности. Сосредоточеніе кандидатовъ при судебныхъ учрежденіяхъ, упорядоченіе ихъ занятій, введеніе экзамена, учрежденіе штатныхъ окладовъ жалованья, — все это было шагомъ впередъ. Но реформа не была доведена до конца [1]). Руководство занятіями кандидатовъ слѣдовало обезпечить посредствомъ назначенія особыхъ руководителей изъ членовъ судебнаго вѣдомства и прокуратуры по выбору общихъ собраній судовъ; постепенность и систематичность занятій кандидатовъ нуждаются въ болѣе точной регламентаціи; экзаменъ болѣе цѣлесообразно отнести къ концу подготовки, уничтоживъ выдачу окончательныхъ свидѣтельствъ единоличной властью предсѣдателей судовъ [2]). Къ довершенію всего законъ 1891 г. ухудшилъ матеріальное положеніе кандидатовъ, такъ какъ установилъ только 180 штатныхъ окладовъ на всѣ судебные округа, сумма же, которая ассигновалась на пособія, была уменьшена до 30 тыс. р.; вмѣстѣ съ тѣмъ понижена больше чѣмъ вдвое сумма, отпускавшаяся на вознагражденіе кандидатовъ за исполненіе штатныхъ должностей, такъ какъ это исполненіе стало поручаться кандидатамъ, полу-

---

[1]) Совѣщаніе старшихъ предсѣдателей, стр. 41 и сл.

[2]) Муравьевъ, 111—112. Хрулевъ, 116—117. Каткаревъ, 67. Загоровскій, 47 и сл. Тютрюмовъ, 68 и сл., 77 и сл., 82—84, 95—97.

чающимъ штатные оклады [1]). Только съ изданіемъ закона 21 апрѣля 1910 г. положеніе кандидатовъ стало лучше: въ 1911 г. изъ числа 2.500 съ лишнимъ кандидатовъ получали штатные оклады свыше 700 человѣкъ [2]).

Проектъ новой редакціи учрежденія суд. уст. дѣлаетъ слѣдующія измѣненія въ современной организаціи кандидатуры на судебныя должности. Кандидаты причисляются только къ окружнымъ судамъ (ст. 125), но командируются предсѣдателями окружныхъ судовъ, по соглашенію съ прокурорами, для занятій къ участковымъ судьямъ, товарищамъ прокуроровъ, старшимъ нотаріусамъ и въ канцеляріи судовъ (ст. 127). Послѣ двухлѣтнихъ занятій младшіе кандидаты подвергаются испытанію въ комиссіи изъ трехъ судей, избираемыхъ въ общемъ собраніи суда, и товарища прокурора (ст. 28). Выдержавшіе испытаніе получаютъ званіе старшихъ и могутъ быть назначаемы участковыми судьями и товарищами прокурора окружныхъ судовъ (ст. 262, 251) или командируемы для занятій въ канцеляріяхъ палатъ, прокуроровъ палатъ, сената, а также въ центральное управленіе министерства юстиціи (ст. 129). Какъ старшіе, такъ и младшіе кандидаты раздѣляются на штатныхъ, получающихъ опредѣленные оклады жалованья (старшіе—600 р., младшіе—300 р.), и нештатныхъ, которымъ жалованья не полагается, но могутъ быть выдаваемы пособія (ст. 319, 323). Нельзя не замѣтить, что срокъ подготовки (двухлѣтній) слишкомъ кратокъ по сравненію съ установленнымъ въ Германіи и Австріи, особенно если имѣть въ виду недостаточность общаго образованія, даваемаго нашими гимназіями, и слабость теоретическихъ свѣдѣній, выносимыхъ кандидатами изъ университетовъ [3]).

Нравственный цензъ, требуемый отъ лицъ, желающихъ получить должность въ судебномъ вѣдомствѣ, опредѣленъ въ 201 ст. учр. суд. уст. отрицательнымъ образомъ, посредствомъ перечисленія тѣхъ категорій лицъ, которыя не могутъ быть назна-

---

[1]) Кашкаревъ, 61 и сл., 65. Совѣщ. старш. предсѣд., 45. Объяснит. зап. къ проекту новой ред. учр. суд. уст., I, 190.

[2]) Юрид. календ. Острогорскаго на 1912 г.

[3]) Поистинѣ удручающія данныя собраны въ указанной статьѣ проф. Дерюжинскаго.

чаемы на должности по этому вѣдомству, и къ числу которыхъ относятся: 1) приговоренные уголовнымъ судомъ къ заключенію въ тюрьмѣ или иному болѣе строгому наказанію либо привлеченные къ отвѣтственности за преступленіе, влекущее за собою такое наказаніе, хотя бы по Высочайшему манифесту дѣло о нихъ было прекращено [1]), 2) исключенные изъ службы по суду, или изъ духовнаго вѣдомства за пороки, или же изъ среды обществъ и дворянскихъ собраній по приговорамъ тѣхъ сословій, къ которымъ они принадлежатъ, 3) объявленные несостоятельными должниками и 4) состоящіе подъ опекою за расточительность.

2. Предсѣдатели, товарищи ихъ и старшій членъ одесскаго коммерческаго суда назначаются изъ числа кандидатовъ, избранныхъ купеческимъ сословіемъ (ст. 7 уст. суд. торг.). На должности предсѣдателей могутъ быть избираемы, во-1-хъ, лица съ высшимъ юридическимъ образованіемъ, прослужившія по судебной части или по управленію коммерціей въ должностяхъ не ниже дѣлопроизводителя департамента торговли не менѣе двухъ лѣтъ, и, во-2-хъ, лица безъ высшаго образованія, прослужившія въ указанныхъ должностяхъ не менѣе шести лѣтъ (ст. 11). Отъ кандидатовъ на должности товарища предсѣдателя и старшаго члена одесскаго суда требуются тѣ же условія съ тою разницей, что срокъ служебнаго ценза уменьшенъ для получившихъ высшее юридическое образованіе до одного года, а для прочихъ—до трехъ лѣтъ (ст. 12). Для членовъ коммерческаго суда не установлено образовательнаго ценза: они избираются купечествомъ изъ мѣстныхъ купцовъ первой гильдіи, если же это окажется затруднительнымъ, то изъ купцовъ второй гильдіи (ст. 17—19).

Въ варшавскомъ коммерческомъ судѣ спеціальная подготовка

---

[1]) Въ 201 ст. сказано: „которые не оправданы". Путемъ сопоставленія этого выраженія съ другими узаконеніями общее собраніе сената истолковало его въ такомъ смыслѣ: „не оправданы или не присуждены къ меньшему наказанію, а оставлены въ подозрѣніи или освобождены отъ наказанія за прекращеніемъ дѣлъ по Высочайшимъ манифестамъ" (75 № 60). Въ проектѣ новой редакціи учр. суд. уст. ст. 201 изложена яснѣе, и къ лицамъ, лишеннымъ права быть судьями, добавлены тѣ, которыя приговорены были къ тюремному заключенію или болѣе строгому наказанію и освобождены отъ него за давностью, примиреніемъ, манифестомъ или Высочайшимъ повелѣніемъ, а также исключенные изъ числа присяжныхъ повѣренныхъ, ихъ помощниковъ и частныхъ повѣренныхъ (ст. 250).

требуется отъ предсѣдателя и товарища предсѣдателя его: первый въ этомъ отношеніи приравненъ къ членамъ судебной палаты, а второй—къ членамъ окружнаго суда (ст.543 учр. суд. уст.).

3. Для городскихъ судей установленъ такой же нравственный и образовательный цензъ, какъ и для членовъ окружныхъ судовъ, съ тою разницей, что не требуется предварительная служба въ низшихъ должностяхъ по судебному вѣдомству (ст. 6 прав. устр. суд. ч.). Поэтому городскими судьями могутъ быть назначаемы: 1) получившіе высшее юридическое образованіе или 2) доказавшіе на службѣ свои познанія по судебной части (ст. 202 учр.).

Къ городскимъ судьямъ приравнены мировые судьи въ тѣхъ мѣстностяхъ, гдѣ они назначаются министромъ юстиціи (ст. 441, 461^4, 607, 625, 649 учр. суд. уст.), за исключеніемъ губерній Царства Польскаго, губерній прибалтійскихъ, кіевской, подольской и волынской, гг. Вильны и Астрахани, кубанской и терской областей (ст. 438, 505, 560, 562, 3 и 5 п. прил. къ 401^2 ст. учр.), а также помощники мировыхъ судей, существующіе въ Закавказьи (ст. 445, 556 учр.).

4. Иныя условія введены для занятія должностей мировыхъ судей въ остальныхъ мѣстностяхъ: нравственный цензъ оставленъ безъ измѣненія (ст. 21 учр. суд. уст.), образовательный же пониженъ и въ дополненіе къ нему введены возрастной и имущественный.

Образовательный цензъ можетъ состоять: 1) въ высшемъ образованіи, хотя бы и не спеціально юридическомъ, 2) въ среднемъ образованіи или, наконецъ, 3) въ трехлѣтней службѣ въ такихъ должностяхъ, которыя могли способствовать пріобрѣтенію „практическихъ свѣдѣній въ производствѣ судебныхъ дѣлъ“ (ст. 19, п. 2).

Минимальный возрастъ, достиженіе котораго требуется отъ кандидатовъ въ мировые судьи, опредѣленъ въ 25 лѣтъ (ст. 19, п. 1).

Имущественный цензъ заключается въ томъ, что кандидаты въ мировые судьи „сами, или ихъ родители, или жены, владѣютъ, хотя бы и въ разныхъ мѣстахъ (и не только въ той губерніи гдѣ имѣютъ свое жительство, но и въ другихъ): или пространствомъ земли *вдвое* противъ того, которое опредѣлено для непосредственнаго участія въ избраніи гласныхъ въ уѣздныя земскія

собранія, или другимъ недвижимымъ имуществомъ цѣною не ниже *пятнадцати тысячъ рублей*, а въ городахъ—недвижимою собственностью, оцѣненною, для взиманія налога: въ столицахъ не менѣе *шести тысячъ*, въ прочихъ же городахъ не менѣе *трехъ тысячъ рублей*" (ст. 19, п. 3).

Размѣръ имущественнаго ценза измѣненъ для прибалтійскихъ губерній, гдѣ требуется владѣніе дворянскою вотчиной или участкомъ земли не менѣе 300 десятинъ (ст. 560 учр.), а при отсутствіи кандидатовъ съ такимъ цензомъ, допускается назначеніе лицъ безъ имущественнаго ценза (ст. 562); для кіевской, волынской и подольской губ., гдѣ минимальная величина участка опредѣлена въ 100 десятинъ, и для г. Астрахани, гдѣ право быть назначеннымъ мировымъ судьей обусловливается владѣніемъ пространствомъ земли не менѣе 475 дес., или рыболовными водами, приносящими ежегодно дохода не менѣе 200 руб. (п. 3 прил. къ 40^2 ст. учр.). Совсѣмъ не требуется имущественный цензъ отъ мировыхъ судей Царства Польскаго (ст. 505) и Кавказа (ст. 438, 445). Точно также не нуженъ онъ и для предсѣдателей верхнихъ крестьянскихъ судовъ (въ прибалтійскихъ губерніяхъ), приравненныхъ въ отношеніи возрастного, образовательнаго и нравственнаго ценза къ мировымъ судьямъ (ст. 29 кн. I вол. суд. уст.).

Въ одномъ случаѣ мировымъ судьей можетъ быть въ мѣстностяхъ, гдѣ сохранился выборный мировой институтъ, каждое лицо, даже не удовлетворяющее ни одному изъ требуемыхъ для этой должности условій: если оно удостоилось единогласнаго избранія (ст. 34 учр. суд. уст.).

5. Еще болѣе льготныя условія установлены для земскихъ начальниковъ. Отъ нихъ требуется такой же возрастной и нравственный цензъ, какъ отъ мировыхъ судей, съ тою лишь разницей, что въ перечнѣ лицъ, не могущихъ занимать должностей земскихъ начальниковъ, отсутствуютъ исключенные изъ духовнаго званія за пороки и изъ среды обществъ (кромѣ дворянскихъ, о которыхъ упоминается особо) по ихъ приговорамъ (ст. 10 полож. зем. нач.). Но образовательный цензъ значительно пониженъ и можетъ совершенно отсутствовать, а имущественный измѣняется въ зависимости отъ образовательнаго и служебнаго

На необходимость спеціальной подготовки было обращено вниманіе только въ 1907—1908 гг., когда введены при министерствѣ внутреннихъ дѣлъ испытанія на должность земскаго начальника для лицъ, назначаемыхъ непосредственно министромъ, и учреждены временные курсы для подготовки кандидатовъ, а затѣмъ предписано производить такія же испытанія и въ губернскихъ присутствіяхъ [1]).

По каждому уѣзду ведутся мѣстнымъ предводителемъ дворянства списки, куда вносятся двѣ категоріи лицъ: 1) служившія въ должности предводителя дворянства, а также мѣстные потомственные дворяне, получившіе высшее образованіе (для нихъ возрастной цензъ пониженъ до 21 года) или прослужившіе не менѣе года въ должностяхъ по крестьянскому управленію или въ кандидатахъ къ земскимъ начальникамъ [2]), или вообще въ такихъ должностяхъ, гдѣ могли пріобрѣсти надлежащую подготовку, если, притомъ, они сами, жены или родители ихъ владѣютъ на правѣ собственности количествомъ земли въ размѣрѣ вчетверо меньшемъ требуемаго отъ мировыхъ судей, или другимъ недвижимымъ имуществомъ, стоющимъ по оцѣнкѣ для взиманія земскихъ сборовъ не менѣе 7500 р. (ст. 6); 2) мѣстные потомственные дворяне, не обладающіе имущественнымъ цензомъ, но удовлетворяющіе всѣмъ прочимъ условіямъ, если они сохранили въ предѣлахъ даннаго уѣзда усадьбу, и мѣстные потомственные дворяне съ надлежащимъ имущественнымъ цензомъ и среднимъ образованіемъ (ст. 7 по прод. 1906 г.). Кандидаты въ

---

[1]) Циркул. мин. внутр. дѣлъ 1907 № 40, 1908 № 6. Максимовъ. Программа испытанія на должность зем. нач. и проч., 1909 г., стр. 14—19, 31—32. Волковъ. Сборникъ полож. о сельскомъ сост., 1910, стр. 1026.

[2]) Этотъ институтъ введенъ закономъ 1904 г. Кандидаты назначаются губернаторомъ изъ лицъ, получившихъ высшее или среднее образованіе и обладающихъ въ губерніяхъ, гдѣ производятся дворянскіе выборы, подлежащимъ сословнымъ и имущественнымъ цензомъ. Они состоятъ при уѣздныхъ съѣздахъ и губернскихъ присутствіяхъ и подчиняются надзору губернаторовъ. Ихъ подготовка заключается въ занятіяхъ въ канцеляріяхъ уѣздныхъ съѣздовъ и губернскихъ присутствій, исполненіи обязанностей секретарей въ этихъ учрежденіяхъ, въ участіи въ производимыхъ губернаторами и непремѣнными членами ревизіяхъ, въ исполненіи обязанностей земскихъ начальниковъ. За усердную и полезную службу имъ могутъ быть назначаемы штатные оклады содержанія (ст. 191—10 по прод. 1906 г.).

земскіе начальники выбираются губернаторомъ, по совѣщаніи съ мѣстнымъ уѣзднымъ и губернскимъ предводителями дворянства, прежде всего изъ лицъ первой категоріи (ст. 13), въ случаѣ же недостатка ихъ — изъ лицъ второй категоріи (ст. 7), а затѣмъ изъ списковъ другихъ уѣздовъ той же губерніи (ст. 13). Если министръ внутреннихъ дѣлъ не найдетъ возможнымъ утвердить представленнаго кандидата, то предлагаетъ губернатору представить другого (ст. 14), а при невозможности замѣстить вакансію такимъ способомъ, назначаетъ на нее лицо, не принадлежащее къ числу мѣстныхъ дворянъ и безъ имущественнаго ценза, если оно удовлетворяетъ прочимъ условіямъ, требуемымъ отъ земскихъ начальниковъ (ст. 15) [1]).

Непремѣнные члены губернскихъ присутствій избираются изъ лицъ, удовлетворяющихъ установленнымъ для земскихъ начальниковъ требованіямъ и прослужившихъ въ подлежащей губерніи не менѣе трехъ лѣтъ въ должностяхъ по крестьянскому управленію [2]).

6. Гминными судьями могутъ быть лица, получившія начальное образованіе или прослужившія не менѣе трехъ лѣтъ въ такихъ должностяхъ, при исполненіи которыхъ могли пріобрѣсти необходимыя свѣдѣнія (ст. 478 учр. суд. уст.). Кромѣ того, они должны имѣть не меньше 25 лѣтъ, обладать правомъ участія въ дѣлахъ схода и имущественнымъ цензомъ, требуемымъ отъ войта (тамъ же).

7. Отъ лавниковъ въ Царствѣ Польскомъ требуется грамотность и обладаніе условіями, установленными спеціальными узаконеніями объ устройствѣ гминъ (ст. 478 учр. суд. уст., п. II).

8. Волостные судьи въ прибалтійскихъ губерніяхъ должны удовлетворять возрастному и нравственному цензу, установленному для мировыхъ судей, исповѣдывать христіанскую вѣру и умѣть читать и писать на господствующемъ въ данной мѣстности языкѣ (ст. 8 вол. суд. уст.).

---

[1]) Въ нѣкоторыхъ губерніяхъ (астрах., вит., вил., вят., гродн., ковен., минской, могил., олон., перм., ставроп. и части вологод.) отъ земскихъ начальниковъ не требуется ни принадлежности къ мѣстному дворянству, ни имущественнаго ценза (ст. 16).

[2]) Въ перечисленныхъ выше губерніяхъ отъ нихъ не требуется имущественнаго ценза (ст. 99).

Въ мѣстностяхъ, гдѣ введены земскіе начальники, отъ волостныхъ судей не требуется даже грамотности: ими могутъ быть домохозяева, достигшіе 30 лѣтъ, кромѣ: 1) судившихся за кражу, мошенничество, присвоеніе или растрату чужого имущества и не оправданныхъ судомъ, а также подвергшихся по суду тѣлесному наказанію, заключенію въ тюрьмѣ или болѣе строгой карѣ, 2) содержателей трактировъ и питейныхъ заведеній и 3) должностныхъ лицъ волостного или сельскаго управленія (ст. 115 общ. пол. о крест.).

Въ прочихъ мѣстностяхъ, гдѣ примѣняется общее положеніе о крестьянахъ, возрастной цензъ пониженъ до 25 лѣтъ, и лишены права быть волостными судьями лица, понесшія тѣлесныя наказанія по суду, не оправданныя судомъ по обвиненію въ преступленіяхъ, состоящія подъ судомъ и слѣдствіемъ и извѣстныя своимъ развратнымъ поведеніемъ (ст. 182 общ. пол. о крест.).

§ 13.

Способы замѣщенія судейскихъ должностей [1]).

Если разрѣшеніе вопроса, какими лицами могутъ быть замѣщаемы должности судей, не представляетъ большихъ затрудненій, то гораздо болѣе сложнымъ и труднымъ является дальнѣйшій вопросъ: какимъ образомъ должно происходить это замѣщеніе? Обыкновенно принято противополагать двѣ системы: систему выборовъ и систему назначенія, при чемъ подъ первой понимаютъ выборы судей населеніемъ, а подъ второй—назначеніе правительственной властью по ея усмотрѣнію. Но такое противопоставленіе поверхностно и неточно. Избраніе судей проявляется въ разныхъ формахъ: оно можетъ производиться непосредственно

---

[1]) Филиппов, I, гл. IV. Фойницкій, I, §§ 74 и сл. Аваревичъ, I, 142—146. Coumoul, 303 ss. Eslande. Etude sur le recrutement de la magistrature, 1897 (изложены системы замѣщенія судейскихъ должностей во Франціи, Англіи, Германіи, Соедин. Штатахъ, Швейцаріи, Италіи, Бельгіи и Россіи). Ulrich. Die Bestellung der Gerichte in den modernen Republiken, 1904. Manfredini, 417 ss. Piola-Caselli, passim. Kade, Der deutsche Richter, 1910, pass.

всѣмъ населеніемъ, обще-политическими избирательными собраніями и спеціальными коллегіями. А практическое значеніе каждой изъ этихъ формъ далеко не одинаково. Точно такъ же не безразлично, производится ли назначеніе судей центральной правительственной властью или мѣстной, зависитъ ли оно всецѣло отъ усмотрѣнія ихъ, или основывается на оцѣнкѣ сравнительнаго достоинства кандидатовъ посредствомъ конкурсныхъ испытаній. Наконецъ, возможна комбинація выборнаго начала съ системой назначенія въ томъ смыслѣ, что назначеніе производится правительственной властью исключительно изъ числа кандидатовъ, избранныхъ предварительно опредѣленными коллегіями, или въ порядкѣ конкурсныхъ списковъ.

Поэтому слѣдуетъ различать три основныхъ системы замѣщенія судейскихъ должностей: 1) выборную, 2) назначенія по неограниченному усмотрѣнію правительства, 3) назначенія съ ограниченіемъ усмотрѣнія правительства.

Каждая изъ этихъ системъ можетъ принимать разныя формы, такъ что всѣ возможные способы замѣщенія судейскихъ должностей сводятся къ слѣдующимъ девяти типичнымъ:

1. Система выборовъ: а) всѣмъ населеніемъ, б) обще-политическими избирательными собраніями, в) судебными коллегіями, г) смѣшанными коллегіями, и д) спеціальными избирательными собраніями (сословными, профессіональными).

2. Система назначенія по усмотрѣнію: а) центральнаго правительства, б) низшихъ, мѣстныхъ органовъ власти.

3. Система назначенія съ ограниченіемъ усмотрѣнія правительства: а) предварительнымъ избраніемъ кандидатовъ населеніемъ или коллегіями, б) результатомъ конкурсной оцѣнки кандидатовъ.

I. *Выборы судей всѣмъ населеніемъ* посредствомъ всеобщаго и прямого голосованія, существовавшіе нѣкоторое время во Франціи въ періодъ великой революціи и существующіе въ настоящее время въ Соединенныхъ Штатахъ Америки и въ Швейцаріи, представляются на первый взглядъ самой справедливой и наиболѣе цѣлесообразной системой. Въ ея пользу говорятъ слѣдующія соображенія [1]).

---

[1]) Бентамъ, гл. VIII. Dupont. La magistrature élective, 1888. Desjardins. La magistrature élue (Rev. de 2 Mondes 1882, août). De l'élection des juges,

1. Она соотвѣтствуетъ принципу раздѣленія властей, который требуетъ для полнаго своего осуществленія, чтобы органы одной власти не были зависимы отъ другой власти, и подобно тому, какъ неправильно было бы предоставить назначеніе административныхъ чиновниковъ судьямъ, такъ же неправильно дать право назначенія судей органамъ администраціи или законодательнымъ учрежденіямъ. Для полнаго обезпеченія самостоятельности судебной власти нужно, чтобы судьи избирались самимъ населеніемъ, какъ избираются народные представители въ законодательныя собранія [1]).

2. Выборные судьи пользуются большимъ довѣріемъ населенія, чѣмъ назначенные правительствомъ. Несомнѣнно, что когда тяжущіеся уславливаются разрѣшить возникшій между ними споръ относительно своихъ юридическихъ отношеній третейскимъ судомъ, то избираютъ третейскими судьями людей, которымъ наиболѣе довѣряютъ. Но судья, избранный всѣмъ населеніемъ, является никѣмъ инымъ, какъ постояннымъ третейскимъ судьей для разрѣшенія всѣхъ будущихъ дѣлъ въ данномъ округѣ. Слѣдовательно, онъ пользуется наибольшимъ довѣріемъ населенія, почтившаго его избраніемъ. Можно даже измѣрить степень этого довѣрія: она пропорціональна количеству голосовъ, полученныхъ судьей на выборахъ [2]). Даже въ томъ случаѣ, если вы-

---

par l'auteur de la „Réforme efficace de la magistrature", 2 éd., 1882. Доводы въ пользу и противъ выборнаго начала подробно изложены въ объясненіяхъ къ основнымъ положеніямъ судоустройства, предшествующимъ учрежденію суд. устан. въ изданіи государственной канцеляріи (1866 г., стр. XIII и сл.).

[1]) J. Simon. Liberté politique, 1881, 187: „Граждане, избирающіе судью, находятся точь въ точь въ такомъ положеніи, какъ тяжущіеся, избирающіе третейскаго судью. Почему мнѣ позволено избирать своего депутата, если лишаютъ меня права избирать своего судью? Въ тысячу разъ легче избрать судью, истолкователя писаннаго закона, чѣмъ депутата, призваннаго писать законъ. Если исполнительной власти предоставлена забота избирать судей, то почему ей мѣшаютъ составлять законодательное собраніе по своему вкусу? Пусть она выбираетъ тѣхъ, кто создаетъ законъ, если ей ввѣрено избраніе тѣхъ, кто толкуетъ и примѣняетъ законъ! Но если мы заботимся о свободѣ, то пусть администрація не выбираетъ ни тѣхъ, ни другихъ, и пусть раздѣленіе трехъ властей будетъ полнымъ". Это соображеніе было выдвинуто въ учредительномъ собраніи 1790 г. и послужило главнымъ основаніемъ къ введенію выборнаго начала при замѣщеніи судейскихъ должностей. Эсменъ. Общія основанія конституц. права, 1898, 270.

[2]) Picot, 162.

боръ сдѣланъ неудачно, и судья не оправдалъ возлагавшихся на него надеждъ, все-таки выборное начало не утрачиваетъ своего значенія въ глазахъ гражданъ, ибо, во-1-хъ, они останутся при убѣжденіи, что назначенный судья могъ быть еще хуже, такъ какъ ими выбранъ тотъ, кто казался наилучшимъ, а во-2-хъ, граждане будутъ утѣшаться тѣмъ, что при слѣдующихъ выборахъ забаллотируютъ негоднаго судью и замѣнятъ его другимъ.

3. Выборное начало наиболѣе гарантируетъ хорошее качество судейскаго персонала, такъ какъ населеніе каждаго судебнаго округа, близко зная мѣстныхъ обывателей, выставляющихъ свои кандидатуры въ судьи, и будучи глубоко заинтересовано въ хорошемъ судѣ, старается отдавать свои голоса наиболѣе достойнымъ изъ нихъ. Народъ, какъ замѣтилъ Монтескье, удивительно умѣетъ выбирать тѣхъ, кому онъ долженъ ввѣрить власть. Собственный интересъ является въ этомъ случаѣ наилучшимъ совѣтникомъ и поощрителемъ къ тщательному выбору.

4. Выборное начало даетъ возможность обновлять и улучшать составъ судовъ, переизбирая на новые сроки оказавшихся достойными судей и удаляя тѣхъ, которые не оправдали довѣрія [1]). Притомъ, такое удаленіе нисколько не обидно для судьи и не преграждаетъ ему доступа къ занятію другихъ должностей, что можетъ быть результатомъ увольненія судьи начальствомъ. Судья, не переизбранный на новый срокъ, только раздѣляетъ судьбу всѣхъ забаллотированныхъ кандидатовъ, но не подвергается унизительному отстраненію отъ должности [2]).

Въ противовѣсъ приведеннымъ соображеніямъ въ пользу выборнаго начала выставляется цѣлый рядъ существенныхъ возраженій противъ него.

1. Изъ принципа раздѣленія властей вовсе не слѣдуетъ, что органы одной власти не могутъ быть назначаемы носителемъ другой власти. Самостоятельность суда нисколько не нарушается этимъ при томъ условіи, если послѣ состоявшагося назначенія разрывается всякая связь между назначившимъ и назначеннымъ, и независимость послѣдняго дѣлается вполнѣ обезпеченной. Ра-

---

[1]) Jeauvrot, II, 60.
[2]) Бентамъ, 30.

зорвать же эту связь можно путемъ признанія судей несмѣняемыми и установленія раціональной системы прохожденія судейской карьеры (см. §§ 18—21).

2. Выборы судей нельзя приравнивать къ выборамъ депутатовъ въ политическія представительныя собранія. Граждане, расходясь между собой въ политическихъ убѣжденіяхъ, образуютъ различныя политическія партіи и стараются провести въ парламентъ тѣхъ изъ своихъ единомышленниковъ, которыхъ считаютъ наиболѣе способными отстаивать интересы и мнѣнія своей партіи. При выборахъ же судьи дѣло идетъ совсѣмъ о другомъ: о выборѣ не представителя отъ партіи, а безпристрастнаго, честнаго и надлежащимъ образомъ подготовленнаго человѣка, способнаго отправлять правосудіе, не поддаваясь ни личнымъ симпатіямъ, ни партійнымъ соображеніямъ. Поэтому, какъ совершенно вѣрно замѣтилъ Милль, „менѣе всего назначеніе должностныхъ лицъ путемъ народнаго голосованія желательно въ судебномъ вѣдомствѣ. Народъ мало способенъ правильно оцѣнивать спеціальныя знанія и качества, требуемыя для занятія этого рода должностей, а между тѣмъ нѣтъ должности, гдѣ бы безусловное безпристрастіе и непричастность къ политическимъ партіямъ были бы такъ важны, какъ тутъ“ [1]).

3. Большинство населенія можетъ знать кандидатовъ въ судьи только поверхностно, съ внѣшней стороны, и неспособно оцѣнить подготовленность и пригодность ихъ къ занятію судейскихъ должностей. [2]).

Если же законъ разрѣшитъ выставлять кандидатуру въ судьи только тѣмъ лицамъ, которыя получили юридическое образованіе и практическую подготовку при судахъ, то легко можетъ случиться, что въ нѣкоторыхъ округахъ такихъ лицъ въ моментъ выборовъ вовсе не окажется, а въ другихъ будетъ меньше, чѣмъ требуется для замѣщенія вакансій.

4. Выборная система неизбѣжно связана съ агитаціей и разными пріемами конкуренціи, допустимыми при политическихъ выборахъ,

---

[1]) Милль. Представительное правленіе, перев. Семенковскаго, 1897, стр. 144. Ср. Desjardins, 570.

[2]) Pirard, 35 ss. Jeanvrot, II, 60. Rousset, 13. Vavasseur, 52. Объясн. къ осн. нач. судоустр., стр. XXII—XXIII.

но не соотвѣтствующими существу избранія судей и достоинству судейскаго званія. Кандидатъ въ судьи поневолѣ долженъ искать знакомствъ и связей, подслуживаться вліятельнымъ лицамъ и даже давать—прямо или косвенно—различныя обѣщанія относительно направленія своей будущей судейской дѣятельности [1]). „При такой системѣ судья уже напередъ утрачиваетъ достоинство своего званія; онъ не является болѣе представителемъ закона и не пользуется уваженіемъ, которое внушаетъ законъ; напротивъ, онъ унижаетъ законъ тѣмъ самымъ, что дѣлаетъ его игрушкой избирательныхъ страстей и исхода голосованія“ [2]).

5. Выборное начало естественнымъ образомъ предполагаетъ срочность избранія, такъ какъ гражданамъ нужно дать возможность переизбрать оправдавшихъ ихъ довѣріе судей и удалить оказавшихся негодными. Но срочность избранія, подрывая принципъ несмѣняемости судей (см. § 18), ставитъ ихъ въ зависимость отъ избирателей. Изъ боязни быть забаллотированными на новыхъ выборахъ судьямъ приходится заискивать у лицъ, голосами которыхъ они избраны, всячески угождать имъ и нарушать судейское безпристрастіе [3]).

Самый большой вредъ, который способна принести выборная система, состоитъ именно въ томъ; что судьи легко могутъ попасть въ зависимость отъ политическихъ партій, побѣдившихъ на выборахъ. „Судья, избранный голосами своихъ политическихъ друзей, будетъ во сто разъ пристрастнѣе и опаснѣе, чѣмъ назначенный правительствомъ“ [4]). Какъ глава государства, такъ и министръ юстиціи могутъ интересоваться исходомъ весьма немногихъ дѣлъ и потому станутъ вмѣшиваться въ отправленіе

---

[1]) Лабуле. Исторія Соедин. Штатовъ, II, 1870, 374: „Представьте себѣ человѣка, который хлопочетъ о томъ, чтобы быть выбраннымъ въ судьи; онъ принужденъ будетъ поступать такъ, какъ тотъ, кто хочетъ быть выбраннымъ въ депутаты; ему придется прибѣгать къ множеству мелкихъ хитростей, къ тому, что называется избирательной кухней; говорить то съ тѣмъ, то съ другимъ, спрашивая о здоровьи ребенка или собачки, словомъ сказать, прибѣгать къ такимъ вещамъ, которыя до нѣкоторой степени еще можно допустить въ будущемъ депутатѣ, но никакъ не въ будущемъ судьѣ“.

[2]) Pont (цит. Rousset, 14).

[3]) Объясн. къ осн. нач. суд., XXI—XXII.

[4]) Vavasseur, 52.

правосудія въ крайне рѣдкихъ случаяхъ. Иное дѣло — избиратели. Они имѣютъ тысячи поводовъ и предлоговъ, чтобы попытаться оказать вліяніе на судей, пользуясь зависимостью, въ какой находится отъ нихъ судьба судей. И чѣмъ ближе судья къ тяжущимся, обладающимъ избирательными правами, тѣмъ сильнѣе его зависимость отъ нихъ [1]).

Предлагались три способа уничтожить зависимость судей отъ избирателей.

Первый состоитъ въ томъ, чтобы судьи избирались пожизненно или, по меньшей мѣрѣ, на очень продолжительный срокъ: 15—20 лѣтъ. Тогда они не были бы принуждены заискивать у избирателей изъ боязни быть забаллотированными на ближайшихъ очередныхъ выборахъ. Но, какъ было указано выше, срочность избранія составляетъ существенную принадлежность выборной системы, которая тѣмъ и хороша, что даетъ гражданамъ возможность удалять судей, не оправдавшихъ довѣрія. Если же сдѣлать судейскую службу безсрочной или очень долгосрочной, то выборная система теряетъ свой смыслъ; тогда ее необходимо замѣнить какой-нибудь другой системой, представляющей больше гарантій замѣщенія судейскихъ должностей вполнѣ подходящими лицами, чѣмъ избраніе обыкновенными гражданами, которые не имѣютъ возможности правильно оцѣнивать сравнительныя достоинства кандидатовъ, и ошибки которыхъ при выборахъ судей будутъ чувствоваться не однимъ поколѣніемъ [2]).

Второй способъ сдѣлать выборныхъ судей независимыми отъ избирателей—прямо противоположный: нужно воспретить переизбраніе судей на новые сроки. Тогда судьи смогутъ безпристрастно отправлять правосудіе, не стремясь угодить вліятельнымъ лицамъ, ибо все равно должны будутъ оставить службу по истеченіи срока, на который были избраны. Но этотъ способъ имѣетъ то огромное неудобство, что превращаетъ судейскую службу въ кратковременное занятіе, вслѣдствіе чего, во-1-хъ, среди сколько-нибудь способныхъ людей найдется мало охотниковъ баллотироваться въ судьи и, во-2-хъ, тѣ, кто будутъ из-

---

[1]) Desjardins, 555—556. Rousset, 13.

[2]) Desjardins, 557—558.

браны, не успѣютъ пріобрѣсти надлежащаго судейскаго опыта. Неизбѣжнымъ результатомъ того и другого явится низкій уровень судейскаго персонала [1]).

Наконецъ, возможенъ еще одинъ способъ.

Независимость отъ избирателей, при срочности выборовъ и правѣ переизбранія, могутъ сохранить только тѣ изъ судей, которые обладаютъ достаточными личными средствами, позволяющими имъ жить безбѣдно въ случаѣ забаллотированія при новыхъ выборахъ и невозможности получить другую должность на государственной или частной службѣ. Поэтому упрочить независимость выборныхъ судей можно, потребовавъ отъ лицъ, выставляющихъ кандидатуру въ судьи, обладанія имущественнымъ цензомъ. Но для того, чтобы такая мѣра оказалась дѣйствительной, размѣръ ценза долженъ быть высокъ, а это представляется неудобнымъ въ томъ отношеніи, что слишкомъ ограничиваетъ кругъ лицъ, имѣющихъ право занять судейскія должности, преграждаетъ доступъ къ судейской карьерѣ многимъ вполнѣ достойнымъ кандидатамъ и въ результатѣ понижаетъ уровень судейскаго персонала [2]). Такимъ образомъ, довольствоваться низкимъ цензомъ безцѣльно и безполезно; устанавливать же высокій — нецѣлесообразно и вредно [3]).

6. Срочность службы дѣлаетъ судейскую карьеру шаткой. Боязнь быть забаллотированнымъ и очутиться въ необезпеченномъ матеріальномъ положеніи послѣ нѣсколькихъ лѣтъ службы будетъ удерживать отъ выставленія кандидатуры въ судьи наиболѣе знающихъ и талантливыхъ юристовъ, которые предпочтутъ службу въ другихъ, постоянныхъ должностяхъ или же занятіе адвокатурой. Стремиться же на выборныя судейскія должности станутъ либо посредственности, либо люди состоятельные [4]). Вслѣдствіе этого общій уровень судейскаго сословія неминуемо

---

[1]) Dosjardins, 557.

[2]) Бентамъ, 30—31, 33.

[3]) Favre, 45: „Чтобы быть судьей, нужно будетъ обладать не наилучшими подготовкой, умѣніемъ, опытностью, а такой долей подготовки, умѣнія, опытности, какую можно найти въ соединеніи съ опредѣленнымъ имуществомъ. Но подобно тому, какъ можно обладать подготовкой и умѣніемъ безъ имущества, такъ точно можно быть богатымъ, не имѣя ни той, ни другого".

[4]) Бентамъ, 33.

понизится. А такъ какъ, вдобавокъ, лица, высоко стоящія въ нравственномъ отношеніи и не желающія унижаться до избирательной агитаціи и угожденія избирателямъ, тоже не станутъ выставлять своей кандидатуры, то выборная система неминуемо приведетъ къ полному паденію судейскаго сословія [1]).

7. Частая смѣна судейскаго персонала препятствуетъ судьямъ пріобрѣсти необходимый опытъ и въ то же время не даетъ возможности выработаться стойкой практикѣ и установиться прочнымъ традиціямъ [2]).

8. Наконецъ, выборная система практически неосуществима въ примѣненіи ко всѣмъ судамъ, такъ какъ при многочисленности судей и необходимости переизбирать ихъ каждые нѣсколько лѣтъ участіе въ выборахъ сдѣлалось бы весьма тягостной повинностью для гражданъ. Они стали бы уклоняться отъ участія въ выборахъ, какъ это наблюдалось во Франціи въ революціонную эпоху, когда временно была введена выборная система [3]).

Опытъ Соединенныхъ Штатовъ Сѣверной Америки, гдѣ выборы судей населеніемъ примѣняются въ 30 штатахъ, ясно показалъ, къ какимъ печальнымъ результатамъ можетъ привести эта система. Кандидаты въ судьи не только подвергаются избирателями экзамену въ своихъ политическихъ убѣжденіяхъ, но и принуждены обязываться постановлять рѣшенія въ желательномъ для господствующей партіи смыслѣ [4]). Выборы сводятся, по свидѣтельству Брайса, въ большинствѣ случаевъ къ тайной сдѣлкѣ между вождями политическихъ партій [5]). Наилучше

---

[1]) Rousset, 15. Ulrich, 61. Desjardins, 555.

[2]) Pirard, 39. Malpeyre, 215.

[3]) Bordeaux, 325. Pirard, 38—39. Malpeyre, 217—218.

[4]) Ulrich, 56—57. Лабуле, 174: „Въ нѣкоторыхъ штатахъ, напр., въ штатѣ Менъ, существуетъ законъ, запрещающій употребленіе всякихъ спиртныхъ напитковъ. Этотъ законъ очень не нравится нѣкоторымъ частямъ населенія, именно людямъ нѣмецкаго происхожденія. Судьямъ и говорятъ: „хорошо, мы васъ назначимъ, но подъ условіемъ, что вы не будете примѣнять этотъ законъ". Подобныя условія предлагались кандидатамъ въ судьи даже публично—въ прессѣ и на митингахъ. Hellbronner, Le pouvoir judiciaire aux Etats-Unis, 1872, 37. Nerincx, L'organisation judiciaire aux Etats-Unis, 1909, 231.

[5]) Ulrich, 58. Eslande, 187—189.

подготовленные къ судейской должности и наиболѣе достойные юристы-практики предпочитаютъ заниматься адвокатурой, не желая прибѣгать къ предосудительнымъ пріемамъ избирательной борьбы. Поэтому судейскій персоналъ пополняется лицами сомнительной нравственности и лишенными подготовки [1]). Попавъ на судейскія мѣста, они, чтобы удержаться на слѣдующіе сроки избранія, дѣлаются покорными исполнителями воли политическихъ партій, голосами которыхъ избраны, и превращаются въ покорныхъ слугъ сплотившагося большинства избирателей или кучки капиталистовъ, купившихъ голоса этого большинства. Въ Пенсильваніи рудокопы, составляющіе преобладающую часть населенія, образуютъ ассоціацію и, „сдѣлавшись такимъ образомъ хозяевами выборовъ, назначаютъ въ судьи лишь членовъ ассоціаціи, чтобы пользоваться полной безнаказанностью за свои проступки“ [2]).

Бывали даже случаи, что господства на выборахъ добивалась какая-либо преступная организація и замѣщала судейскія должности лицами, готовыми смотрѣть сквозь пальцы на всѣ ея продѣлки [3]). Такъ, въ самомъ Нью-Іоркѣ въ 1869—1871 годахъ клика политиканствующихъ аферистовъ, пользуясь купленными голосами ирландскихъ переселенцевъ, замѣстила наиболѣе вліятельныя городскія и даже государственныя должности своими кандидатами и провела въ судьи уличныхъ ходатаевъ и тому подобныхъ дѣльцовъ, которые рѣшали дѣла такъ, какъ ей было угодно [4]).

---

[1]) Picot, 123. Ulrich, 61. Eslande, 185—186. Hellbronner, 37—38. Гольденвейзеръ. О судебныхъ порядкахъ и адвокатурѣ въ Соедин. Штатахъ (Рус. Мысль 1902 № 8, стр. 75). Nerincx, 223 ss.

[2]) Жанне. Современные Соединенные Штаты (Всем. Путеш. 1877, 102). Picot, 164: „Тутъ колоссальное предпріятіе, располагающее огромными капиталами и изъявляющее намѣреніе подчинить своимъ спекуляціямъ депутатовъ и судей, успѣваетъ захватить въ свои руки на цѣлый рядъ лѣтъ какъ политическую, такъ и судебную власть. Тамъ двѣ желѣзнодорожныя компаніи ведутъ борьбу посредствомъ судебныхъ рѣшеній, имѣя въ своемъ распоряженіи судей, извращающихъ свою роль и дѣлающихъ правосудіе средствомъ къ своему переизбранію. Словомъ, продажность нѣкоторыхъ судей, зависимость въ большинствѣ судовъ, посредственность во всѣхъ инстанціяхъ, вотъ результаты системы, которая была провозглашена около 1846 г., и подъ тяжестью которой стонутъ американскіе юристы четверть вѣка“.

[3]) Picot, 164. Duc de Noailles. Le pouvoir judiciaire aux Etats-Unis (Rev. de 2 Mondes, 1888, 48 t., 604).

[4]) Eslande, 181—182. Ulrich, 62—64, Hellbronner, 37—38.

Что главной причиной столь печальнаго состоянія правосудія во многихъ штатахъ дѣйствительно служатъ выборная система и связанная съ нею срочность службы, это неоспоримо подтверждается поразительнымъ контрастомъ между федеральными судами и судами штатовъ. „Тогда какъ судьи федеральныхъ судовъ, назначаемые исполнительной властью подъ контролемъ сената, оставались вѣрными стражами американской хартіи, а отправленіе ими правосудія было окружено общественнымъ уваженіемъ, судьи, призванные осуществлять мѣстную юстицію, избранные на политическихъ выборахъ, становились послѣ борьбы, скомпрометировавшей ихъ достоинство, рабами большинства, должниками и сообщниками сторонъ“ [1]).

Въ Швейцаріи, гдѣ въ шести кантонахъ выборы судей населеніемъ практикуются по отношенію ко всѣмъ судьямъ, а въ десяти—по отношенію только къ низшимъ, столь чудовищныхъ злоупотребленій не наблюдается, въ виду особенно благопріятныхъ условій, имѣющихся тамъ для разумнаго примѣненія выборнаго начала, каковы: ограниченность территоріи, постоянный составъ населенія, издавна осѣвшаго на ней, привязаннаго къ своимъ національнымъ учрежденіямъ, зажиточнаго, культурнаго и привыкшаго спокойно пожинать плоды своей политической свободы [2]). Хотя, такимъ образомъ, „недостатки учрежденія исправляются по возможности нравами“ [3]), однако и въ Швейцаріи даютъ себя чувствовать слабыя стороны выборной системы: борьба политическихъ партій при выборахъ, избраніе судьями недостаточно подготовленныхъ лицъ. Эти недостатки сознаются

---

[1]) Picot, 161. Неизбѣжность такихъ результатовъ выборной системы предвидѣлъ Миллъ „Представительное правленіе“, 1897, стр. 145: „Я опасаюсь, что установленная нѣкоторыми новыми или пересмотрѣнными конституціями отдѣльныхъ Сѣверо-Американскихъ штатовъ практика подвергать судей періодическому народному переизбранію составляетъ одну изъ опаснѣйшихъ ошибокъ, когда-либо совершенныхъ демократіей, и если бы здравый практическій смыслъ, всегда отличавшій американскій народъ, не вызвалъ бы реакціи противъ этого новаго теченія, то слѣдовало бы признать его первымъ очень крупнымъ шагомъ на пути къ вырожденію современной демократіи“. Такіе же предсказанія дѣлали и американскіе политики (Гамильтонъ, Стори и др.). Esland, 184—185. Noailles, 598 ss.

[2]) Picot, 210. Eslande, 215—216. Desjardins, 561.

[3]) Picot, 206.

ясно, и болѣе цѣлесообразной считается принятая въ нѣкоторыхъ кантонахъ система избранія судей не всѣмъ населеніемъ, а представительными собраніями—кантональными совѣтами [1]).

II. Выборы судей обще-политическими представительными собраніями (парламентами, сеймами, городскими думами, земскими собраніями и т. п.). Эта форма выборной системы имѣетъ нѣкоторыя немаловажныя преимущества предъ выборами посредствомъ всеобщаго голосованія. По справедливому мнѣнію Филиппова, „выборные, или гласные изъ народа всегда люди болѣе или менѣе развитые, болѣе или менѣе умные люди; небольшое собраніе людей можетъ всегда лучше обсудить дѣло, нежели масса народа, въ которой большинство неразвито; наконецъ, выборные могутъ, прежде подачи голосовъ относительно избираемаго судьи, собрать всѣ свѣдѣнія объ его поведеніи, качествахъ и способностяхъ; и притомъ выборные, какъ люди болѣе близкіе къ обществу, могутъ имѣть болѣе общительности и знакомыхъ и поэтому скорѣе могутъ знать все хорошее и дурное объ избираемомъ лицѣ, чѣмъ отдѣльные члены общества, въ особенности въ большихъ городахъ и селахъ“ [2]).

Однако, съ другой стороны, эта система уступаетъ системѣ выборовъ самимъ населеніемъ въ нѣсколькихъ отношеніяхъ.

Во-1-хъ, довѣріе населенія къ судьямъ, несомнѣнно, больше въ томъ случаѣ, когда оно само непосредственно избрало ихъ, чѣмъ тогда, когда они избраны представительнымъ учрежденіемъ, въ особенности, если это учрежденіе образовано не на основаніи всеобщей подачи голосовъ.

Во-2-хъ, борьба политическихъ партій проявляется въ представительныхъ учрежденіяхъ рѣзче, чѣмъ во всемъ населеніи: „политическія различія, разсѣянныя въ народѣ, концентрируются въ парламентѣ въ опредѣленныя партіи“ [3]). Избраніе судей часто представляетъ результатъ компромисса между вожаками политическихъ фракцій [4]).

---

[1]) Ulrich, § 29.
[2]) Филипповъ, I, 95.
[3]) Schollenberger (цит. Ульрихомъ, стр. 148). Vavasseur, 52.
[4]) Ulrich, 149.

Въ-3-хъ, чѣмъ малочисленнѣе избирательная коллегія, тѣмъ больше зависимость судей отъ избирателей, потому что, зная, что его судьба находится въ рукахъ опредѣленной группы лицъ, онъ долженъ угождать ей, чтобы удержаться на своемъ мѣстѣ [1]). Въ этомъ отношеніи выборное начало въ формѣ избранія представительными учрежденіями далеко уступаетъ системѣ назначенія судей правительствомъ, „Іерархическое давленіе", какъ вѣрно замѣтилъ г. Башмаковъ, „не можетъ идти въ сравненіе съ ежедневно искажающимъ правосудіе воздѣйствіемъ вліятельнаго избирателя, или гласнаго, требующаго повадки,—думскаго воротилы, глумящагося надъ „выборнымъ" судьей" [2]).

Наконецъ, въ-4-хъ, обще-политическія представительныя собранія не обладаютъ надлежащей компетентностью для оцѣнки спеціальныхъ качествъ кандидатовъ въ судьи. Поэтому, устанавливая такую систему, нужно либо не требовать отъ кандидатовъ въ судьи никакой спеціальной подготовки, либо разрѣшить выставленіе кандидатуры только тѣмъ лицамъ, которыя получили предварительно теоретическую и практическую подготовку. Но сдѣлать первое—значитъ открыть доступъ къ судейской карьерѣ совершенно непригоднымъ и неспособнымъ къ этому лицамъ; сдѣлать второе—значитъ рисковать, что число кандидатовъ въ судьи, имѣющихъ право баллотироваться, можетъ быть въ нѣкоторыхъ округахъ крайне незначительно, а въ иныхъ даже равняться нулю.

Въ виду такихъ недостатковъ эта система можетъ быть съ успѣхомъ примѣняема только при наличности особенно благопріятныхъ условій, не дающихъ проявиться ея вреднымъ сторонамъ. Такъ, она издавна приноситъ хорошіе плоды въ Швейцаріи, гдѣ члены федеральнаго суда избираются парламентомъ, а кантональные судьи нѣкоторыхъ кантоновъ—кантональными совѣтами, при чемъ отъ кандидатовъ не требуется спеціальной подготовки. Но что благопріятный результатъ обусловливается и въ этомъ случаѣ указанными выше особенностями государственной жизни Швейцаріи, лучше всего видно изъ того факта,

---

[1]) De l'élection des juges, 46—47. Desjardins, 574.

[2]) Башмаковъ. Законъ 12 іюля 1889 г. (Журн. гражд. пр. 1890 № 1, 105).

что федеральные судьи, избираемые только на шесть лѣтъ, неизмѣнно переизбираются на новые сроки. Благодаря этому, они фактически пользуются пожизненной несмѣняемостью и совершенно не испытываютъ зависимости отъ избирателей, составляющей самую вредную сторону выборной системы. Ясно, что если эта сторона выборной системы не даетъ себя чувствовать, то исключительно потому, что парламентъ осуществляетъ принадлежащее ему право избранія судей съ величайшей осторожностью, не поддаваясь политическимъ партійнымъ соображеніямъ [1]).

III. Избраніе судей самими судами. Эта форма выборной системы состоитъ въ томъ, что судьи избираются тѣми судебными коллегіями, въ которыхъ открывается вакансія. Здѣсь, слѣдовательно, происходитъ самовосполненіе судовъ, или *кооптація*. Такая система представляетъ слѣдующія преимущества [2]).

1. Судебное вѣдомство пополняется тѣми лицами, которыя признаются достойными самимъ этимъ вѣдомствомъ. А такъ какъ судьи заинтересованы въ поддержаніи достоинства своей корпораціи и допущеніи въ свою среду кандидатовъ, пользующихся уваженіемъ въ обществѣ и способныхъ помогать имъ при выполненіи трудной задачи отправленія правосудія, то понятно, что выборъ судебныхъ коллегій будетъ останавливаться только на наиболѣе достойныхъ какъ по нравственнымъ качествамъ, такъ и по подготовленности кандидатахъ.

2. Въ то же самое время судебныя коллегіи несравненно болѣе компетентны въ оцѣнкѣ подготовленности кандидатовъ, чѣмъ сбще-политическія представительныя собранія, не только потому, что онѣ состоятъ изъ спеціалистовъ-юристовъ, но и потому, что кандидаты въ судьи получаютъ практическую подготовку при судахъ и, слѣдовательно, могутъ быть близко извѣстны если не всѣмъ, то во всякомъ случаѣ нѣкоторымъ изъ членовъ коллегій.

3. Предоставленіе судебнымъ коллегіямъ права самовосполненія въ огромной степени способствуетъ развитію въ нихъ корпо-

---

[1]) Ulrich, 80. Избраніе судей происходитъ въ соединенномъ засѣданіи обѣихъ палатъ.

[2]) Фойницкій, I, 236. Favre, 50.

ративнаго духа и сознанія корпоративной чести, а вслѣдъ затѣмъ и корпоративной независимости. Возвышаясь въ собственныхъ глазахъ, коллегія стремится къ возвышенію и въ глазахъ общества.

4. Кандидаты, избранные въ судьи коллегіей, будутъ стараться оправдать ея довѣріе и съ особымъ усердіемъ относиться къ исполненію своихъ служебныхъ обязанностей.

Но система самовосполненія судебныхъ коллегій связана съ нѣкоторыми недостатками и опасностями [1]).

1. Избраніе судей коллегіями ограничиваетъ число лицъ, могущихъ быть избранными, потому что судебной коллегіи можетъ быть болѣе или менѣе хорошо извѣстно только незначительное число кандидатовъ, именно тѣ, которые получали практическую подготовку или занимались адвокатурой при данномъ судѣ. За отсутствіемъ этихъ кандидатовъ или при недостаткѣ ихъ, коллегіямъ поневолѣ придется избирать такихъ лицъ, съ дѣятельностью и качествами которыхъ онѣ незнакомы или мало знакомы.

2. При выборахъ можетъ происходить въ судебной коллегіи борьба партій; возможны закулисныя вліянія и интриги: выборъ того или другого кандидата можетъ обусловливаться не его достоинствами, а одинаковостью политическихъ убѣжденій съ большинствомъ членовъ коллегіи или какими-либо иными посторонними соображеніями.

3. Самовосполненіе коллегій приведетъ, благодаря подбору лицъ одинаковыхъ взглядовъ и даже находящихся въ родствѣ съ членами судебныхъ коллегій [2]), къ образованію замкнутой касты, пропитанной узкими предразсудками, далекой отъ жизни и не понимающей ея потребностей. Въ результатѣ судейскому персоналу грозитъ вырожденіе за отсутствіемъ притока свѣжихъ силъ.

4. Возможно также, что посредственности, изъ которыхъ состоитъ большинство судебныхъ коллегій, будутъ, изъ зависти, избирать не даровитыхъ людей, а такихъ же или еще худшихъ

---

[1]) Филипповъ, I, 200—201. Engelhardt, 34. Favre, 50—51. Vavasseur, 51. Burckhard, 18—19.

[2]) Подобный непотизмъ наблюдался во Франціи. Manfredini, 424—425.

посредственностей, вслѣдствіе чего система самовосполненія приведетъ не къ повышенію, а къ пониженію уровня судейскаго персонала.

IV. Избраніе смѣшанными коллегіями. Сознаніе недостатковъ, которыми страдаютъ системы избранія судей коллегіями, какъ обще-политическими, такъ и судебными, привело многихъ авторовъ къ мысли образовать для выборовъ судей смѣшанныя коллегіи, при чемъ нѣкоторые предлагали присоединить къ собраніямъ судебныхъ коллегій представителей отъ обще-политическихъ учрежденій [1]), другіе—представителей отъ юристовъ-практиковъ (адвокатовъ, нотаріусовъ) [2]), а третьи—какъ тѣхъ такъ и другихъ [3]).

Несомнѣнно, что такія смѣшанныя коллегіи представляютъ больше гарантій хорошаго выбора судей, чѣмъ чисто судебныя коллегіи, такъ какъ участіе посторонняго элемента предотвратило бы превращеніе судебнаго сословія въ замкнутую касту и помѣшало бы развитію непотизма. Съ другой стороны, смѣшанныя коллегіи имѣютъ преимущество и предъ обще-политическими собраніями, ибо участіе профессіональнаго элемента—судей—ослабило бы борьбу политическихъ партій и восполнило недостаточную компетентность этихъ собраній въ оцѣнкѣ подготовленности кандидатовъ, баллотирующихся на судебныя должности.

Однако эта система, превосходя въ указанныхъ отношеніяхъ

---

[1]) Engelhardt, 37. Saredo (Manfredini, 425, n.).

[2]) Dupont, 13—14. Rieu (Ulrich, 212, Anm. 57).

[3]) Favre, 78—79. Vavasseur, 54. Ulrich, 152. Caumoul, 327 ss. Фойницкій, I, 238. Михайловскій, 112—113. По проекту, напр., Жюля Фавра, мировые судьи должны избираться общими собраніями судей даннаго округа при участіи пяти делегатовъ генеральнаго совѣта и меровъ кантона; члены судовъ первой инстанціи—общими собраніями этихъ судовъ при участіи членовъ совѣта адвокатскаго сословія, членовъ дисциплинарнаго совѣта повѣренныхъ и нотаріусовъ и пяти членовъ генеральнаго совѣта. Вавассеръ, присоединяясь къ этому предложенію, находитъ нужнымъ усилить непрофессіональный элементъ такихъ собраній на томъ основаніи, что „какъ бы ни была велика опасность политическаго вліянія, все-таки она меньше, чѣмъ опасность корпоративнаго вліянія и, притомъ, первая была бы очень ослаблена участіемъ профессіональнаго элемента, который выступитъ въ роли не только примирителя, но и свѣдущаго руководителя при оцѣнкѣ способностей кандидатовъ". Сходный проектъ представилъ Араго національному собранію. Eslande, 25, прим.

тѣ, комбинаціей которыхъ она является, не свободна отъ двухъ капитальныхъ недостатковъ.

Подобно системѣ избранія обще-политическими собраніями, она ставитъ судей въ зависимость отъ избирателей и, вдобавокъ, такихъ, значительная часть которыхъ если не прямо подчинена судамъ, то все же подлежитъ ихъ надзору и дисциплинарной власти: таковы именно нотаріусы и адвокаты. А несомнѣнно, что зависимость начальника отъ подчиненнаго—самая вредная форма зависимости, извращающая значеніе служебнаго отношенія и противная интересамъ службы [1]).

Въ то же время смѣшанная система не устраняетъ одного изъ главныхъ недостатковъ, присущихъ избранію судей самими судебными коллегіями, именно ограниченности числа кандидатовъ, которые могутъ быть извѣстны данной коллегіи. Несомнѣнно вѣдь, что недостаточная освѣдомленность въ этомъ отношеніи судебныхъ коллегій немного увеличится отъ участія въ избирательномъ собраніи представителей адвокатуры или нотаріата, которые могутъ быть знакомы съ дѣятельностью своихъ коллегъ и судей, но не кандидатовъ на судебныя должности. Еще менѣе пользы можно ждать въ этомъ отношеніи отъ участія делегатовъ обще-политическихъ учрежденій [2]).

Признавая полезнымъ участіе въ избраніи судей какъ судебныхъ коллегій, такъ и постороннихъ судебному сословію избирателей, нѣкоторые авторы предлагали не образовывать смѣшанныхъ коллегій, а предоставить выборъ кандидатовъ въ судьи порознь судебнымъ коллегіямъ и несудебнымъ собраніямъ. Такъ, по проекту депутата Бьенвеню, предложенному французскому парламенту въ 1883 г., замѣщеніе судейскихъ вакансій должно производиться президентомъ республики изъ числа кандидатовъ,

---

[1]) Desjardins, 572. „Избранный не можетъ надзирать за избирателемъ... Безъ сомнѣнія, желательно, чтобы судья жилъ въ хорошихъ отношеніяхъ со всѣми своими помощниками, но вовсе не желательно, чтобы онъ былъ ихъ слугой. А онъ имъ будетъ въ девяти случаяхъ изъ десяти, если станетъ ихъ креатурой".

[2]) Проектъ Араго былъ отвергнутъ комиссіей, въ которую его передали, съ одной стороны, потому, что предложенныя имъ смѣшанныя коллегіи, какъ не избранныя всеобщей подачей голосовъ, не были бы надлежащимъ образомъ уполномочены населеніемъ на избраніе судей, а съ другой стороны потому, что онѣ не могли бы знать кандидатовъ въ судьи изъ другихъ округовъ. Eslande, 26.

внесенныхъ въ три рекомендательныхъ списка, изъ которыхъ одинъ составляется судебными коллегіями, другой обще-политическими учрежденіями, а третій—юристами-практиками даннаго округа [1]). Пико выработалъ аналогичный проектъ, устранивъ отъ участія въ выборахъ обще-политическія собранія, какъ совершенно чуждыя отправленію правосудія [2]).

Но такое видоизмѣненіе системы избранія смѣшанными коллегіями не только не улучшаетъ ея существеннымъ образомъ, но, наоборотъ, ухудшаетъ, потому что совмѣстное участіе въ выборахъ судейскаго и посторонняго элементовъ парализуетъ до извѣстной степени присущіе каждому изъ нихъ недостатки; если же они будутъ дѣйствовать порознь, то эти недостатки сохранятся въ неприкосновенности. Въ качествѣ примѣра практическаго осуществленія этой системы приводятъ обыкновенно принятый въ Бельгіи порядокъ рекомендаціи кандидатовъ на судейскія должности, съ одной стороны, судебными коллегіями, а съ другой—обще-политическими представительными собраніями. Но эта ссылка не совсѣмъ вѣрна. Дѣло въ томъ, что такой порядокъ примѣняется въ Бельгіи только къ высшимъ судейскимъ должностямъ (членовъ апелляціонныхъ и кассаціоннаго судовъ, предсѣдателей и товарищей предсѣдателей судовъ первой инстанціи), такъ что онъ является, собственно говоря, способомъ не замѣщенія судейскихъ должностей, а повышенія съ низшихъ должностей на высшія [3]). Члены судовъ первой инстанціи и мировые судьи назначаются въ Бельгіи по усмотрѣнію верховной власти [4]).

V. Выборъ судей спеціальными избирательными собраніями, состоящими изъ лицъ, занимающихся одною и тою же профессіей или принадлежащихъ къ одному и тому же общественному классу, можетъ быть пригоденъ только по отношенію къ спеціальнымъ судамъ и примѣняется къ нимъ въ дѣйствительности (стр. 42—43).

VI. Назначеніе судей низшими, подчиненными органами правительственной власти. Въ пользу та-

---

[1]) Eslande, 27—28.
[2]) Picot, 331 ss.
[3]) Поэтому о немъ будетъ рѣчь въ § 19.
[4]) Eslande, 247 ss.

кой системы можетъ быть приведено только то соображеніе, что органы мѣстной правительственной власти (напр., губернаторы, градоначальники), зная мѣстныхъ обывателей, способны назначать на судейскія должности наиболѣе подходящихъ кандидатовъ.

Зато чрезвычайно вѣскіе доводы говорятъ противъ этой системы. Во 1-хъ, судебная власть, какъ олицетвореніе закона, имѣетъ столь важное значеніе въ жизни государства, что предоставить замѣщеніе судейскихъ должностей какимъ-либо низшимъ органамъ правительства—значило бы умалить и унизить ея достоинство. Во-2-хъ, эта система открываетъ широкій просторъ личному произволу мѣстныхъ властей, ставитъ назначеніе судей въ зависимость отъ протекціи, связей и постороннихъ вліяній. Въ-3-хъ, органы мѣстной правительственной власти совершенно некомпетентны въ оцѣнкѣ спеціальной подготовки кандидатовъ въ судьи и способностей ихъ.

Справедливость этихъ соображеній настолько очевидна, что ни въ одномъ изъ культурныхъ государствъ замѣщеніе судейскихъ должностей не предоставлено низшимъ органамъ правительства, и никто изъ авторовъ, изслѣдовавшихъ начала судоустройства, не высказывался въ пользу такого порядка [1]).

VII. Назначеніе центральной властью. Эта система соотвѣтствуетъ государственному значенію судебной власти и устраняетъ опасность мѣстныхъ вліяній. Но она страдаетъ другого рода недостаткомъ: мѣстные органы правительства еще могутъ знать кандидатовъ въ судьи хотя бы поверхностно, съ внѣшней стороны. Но для центральной власти и такое знаніе недоступно. Ни главѣ государства, ни министру юстиціи безусловно не могутъ быть извѣстны всѣ кандидаты въ судьи. По необходимости разовьется система рекомендацій. Если рекомендаціи будутъ даваться мѣстными органами власти, то возникнетъ опасность, что эти органы станутъ въ своихъ представленіяхъ руководствоваться не дѣйствительными достоинствами кандидатовъ, а разными посторонними соображеніями. Если же онѣ будутъ

---

[1]) Въ Италіи мировые судьи назначаются старшими предсѣдателями апелляціонныхъ судовъ. Но по своей незначительной компетенціи и служебному положенію, итальянскіе мировые судьи не входятъ въ составъ настоящей судебной магистратуры. Piola-Caselli, 251.

исходить отъ какихъ-либо другихъ лицъ, случайно имѣющихъ доступъ къ центральной власти, это будетъ просто безотвѣтственное наушничество, не представляющее никакихъ гарантій основательности и добросовѣстности [1]). Составители судебныхъ уставовъ понимали это: „Назначеніе отъ правительства есть въ сущности не что иное, какъ назначеніе однимъ лицомъ, коему правительство довѣряетъ этотъ выборъ; но чѣмъ шире кругъ дѣйствій этого лица, чѣмъ большее число лицъ предоставлено его выбору, тѣмъ для него труднѣе дѣлается выборъ и тѣмъ менѣе оно имѣетъ возможности назначать людей съ чувствомъ полной увѣренности въ хорошемъ выборѣ, и потому-то право назначать служащихъ переходитъ мало по малу отъ главнаго начальника, коему оно предоставлено по закону, въ руки канцелярій и секретарей, т.-е., такихъ лицъ, которыя, при всей своей добросовѣстности, не должны бы пользоваться этимъ правомъ, и при самыхъ лучшихъ намѣреніяхъ не могутъ исполнить его съ полною увѣренностью и убѣжденіемъ въ достоинствѣ избранныхъ ими органовъ правительства“ [2]).

VIII. Назначеніе центральной властью съ ограниченіемъ ея усмотрѣнія. Законъ можетъ ограничить усмотрѣніе центральной власти при назначеніи судей, предоставивъ ей производить выборъ только изъ немногихъ кандидатовъ, предлагаемыхъ ей на утвержденіе. Смотря по тому, кѣмъ и какимъ образомъ составляются рекомендательные списки кандидатовъ, эта система принимаетъ различныя формы и имѣетъ различное значеніе. Если представленіе дѣлается единолично министромъ

---

[1]) „Глава государства,—говоритъ о наполеоновомъ режимѣ Шарль Контъ,—не могъ имѣть достаточныхъ свѣдѣній о лицахъ, которыхъ можно было бы назначить судьями, и по необходимости долженъ былъ слѣдовать совѣтамъ министра юстиціи. Но самъ-то министръ развѣ обладалъ болѣе обширными свѣдѣніями, чтобы дѣлать хорошій выборъ? Лично онъ зналъ, быть можетъ, столько лицъ, сколько нужно, чтобы образовать одинъ судъ первой или второй инстанціи... Онъ долженъ былъ почти всегда слѣпо подписывать приказы о назначеніи, которыя подносились ему куртизанами или его чиновниками. А чиновники тоже могли знать только крайне ограниченное число лицъ... Для составленія списка кандидатовъ приходилось въ концѣ концовъ обращаться къ мѣстнымъ людямъ, а такъ какъ граждане не имѣли правъ, а потому считались неблагонадежными, то не оставалось другого выхода, какъ руководствоваться докладами полицейскихъ агентовъ“. Comte, 33—34.

[2]) Основ. начала судоустр. (учр. суд. уст., стр. XIV).

юстиціи, дѣйствующимъ по своему собственному усмотрѣнію, то это въ сущности система назначенія по усмотрѣнію центральной власти, смягченная только тѣмъ, что верховная власть назначаетъ не того кандидата, который предложенъ министромъ юстиціи, а одного изъ нѣсколькихъ, предложенныхъ имъ. Если представленіе дѣлается органомъ мѣстной власти (напр., губернаторомъ) по его усмотрѣнію, то мы имѣемъ систему назначенія по усмотрѣнію низшей правительственной власти, опять-таки смягченную наличностью нѣсколькихъ кандидатовъ, изъ которыхъ центральная власть избираетъ одного. Равнымъ образомъ, когда представляемые кандидаты предлагаются какими-либо собраніями—обще-политическими, судебными или смѣшанными,— предъ нами разныя формы выборной системы тоже въ нѣсколько измѣненномъ видѣ. Словомъ, назначеніе судей центральной властью съ ограниченіемъ ея усмотрѣнія во всѣхъ указанныхъ формахъ—не самостоятельная система замѣщенія судейскихъ должностей, а просто особая модификація другихъ системъ, отличающаяся отъ нихъ тѣмъ меньше, чѣмъ незначительнѣе число кандидатовъ, представляемыхъ центральной власти на выборъ. Поэтому достоинства и недостатки этой системы тѣ же, что и каждой изъ основныхъ системъ, къ которымъ она болѣе или менѣе приближается. Если, напр., верховная власть назначаетъ на должность судьи одного изъ трехъ кандидатовъ, представленныхъ министромъ, то такой способъ связанъ со всѣми преимуществами и опасностями назначенія по усмотрѣнію министра; если выборъ судьи производится изъ трехъ кандидатовъ, предложенныхъ судебной коллегіей, то въ пользу и противъ этого способа говорятъ всѣ соображенія, относящіяся къ системѣ избранія судей судебными коллегіями и т. д.

IX. Въ одномъ случаѣ ограниченіе усмотрѣнія центральной власти придаетъ этой системѣ самостоятельное значеніе и выдѣляетъ ее изъ всѣхъ другихъ: если назначеніе производится согласно списку кандидатовъ, расположенныхъ въ порядкѣ ихъ достоинства, опредѣляемаго посредствомъ конкурса. Въ такомъ случаѣ назначеніе по усмотрѣнію превращается въ назначеніе по конкурсу. Эта система допускаетъ различныя видоизмѣненія, но суть ея состоитъ въ устраненіи при опредѣленіи кандидатовъ

въ судьи какъ чьего-либо единоличнаго усмотрѣнія, такъ и баллотированія какой-нибудь коллегіей и въ замѣнѣ этихъ страдающихъ существенными недостатками способовъ новымъ, наиболѣе гарантирующимъ правильность и объективность оцѣнки сравнительнаго достоинства кандидатовъ.

Въ самомъ дѣлѣ, если по окончаніи практической подготовки при судахъ кандидаты, получившіе хорошія аттестаціи отъ лицъ, которыя руководили ихъ занятіями, подвергаются конкурсному экзамену въ комиссіи, состоящей изъ членовъ судебнаго вѣдомства, прокуратуры и профессуры, и вносятся въ списокъ въ порядкѣ полученныхъ отмѣтокъ, и если затѣмъ назначеніе на низшія судейскія должности производится въ порядкѣ списка, то нельзя не признать, что преимущество отдается тѣмъ, кто его наиболѣе заслуживаетъ, и что судейскій персоналъ пополняется самыми лучшими кандидатами.

Противъ конкурсной системы выставляются два возраженія. Одно состоитъ въ томъ, что конкурсный экзаменъ умѣстенъ тамъ, гдѣ нужно сдѣлать оцѣнку теоретическихъ знаній кандидатовъ, но не пригоденъ для опредѣленія степени служебнаго опыта, пріобрѣтеннаго кандидатами, а между тѣмъ судьи являются какъ разъ „людьми опыта“, а не науки [1]). Противъ этого можно замѣтить, что и степень опытности нетрудно установить посредствомъ экзамена, если только устроить его надлежащимъ образомъ, именно направить не на провѣрку теоретическихъ знаній кандидатовъ, а на оцѣнку ихъ практической подготовки, т.-е., умѣнія толковать и примѣнять законъ, писать судебные доклады и рѣшенія и т. д.

Второе возраженіе заключается въ указаніи на неудобство, которое произойдетъ въ тѣхъ случаяхъ, когда подвергаться конкурсному экзамену будутъ на ряду съ недавно окончившими университетъ молодыми людьми старые юристы-практики: первые будутъ сильнѣе въ теоріи, благодаря свѣжести полученныхъ въ университетѣ знаній, вторые — въ практикѣ, благодаря продолжительной практической дѣятельности. Вслѣдствіе этого сравнительная оцѣнка достоинства тѣхъ и другихъ будетъ чрезвычайно затруднительна, если даже не невозможна [2]). Но и это не-

[1]) Engelhardt, 34.
[2]) Vavasseur, 50—51.

удобство легко предотвратить, избавивъ юристовъ-практиковъ съ образовательнымъ цензомъ (университетскимъ дипломомъ), т.-е., бывшихъ судей и адвокатовъ, отъ конкурснаго экзамена и давъ право центральной власти замѣщать ими нѣкоторое количество судейскихъ вакансій, какъ это установлено во Франціи. Что же касается юристовъ-практиковъ безъ образовательнаго ценза, то допущеніе ихъ въ ряды судебной магистратуры вовсе не желательно.

Итакъ, сравнительная оцѣнка всѣхъ возможныхъ способовъ замѣщенія судейскихъ должностей показываетъ, что наиболѣе цѣлесообразнымъ изъ нихъ является назначеніе судей центральной правительственной властью по конкурсу [1]).

Опытъ примѣненія конкурсной системы назначенія судей былъ сдѣланъ во Франціи министромъ юстиціи Дюфоромъ въ 1876 г. и принесъ, по общему признанію, отличные плоды [2]). Но черезъ нѣсколько лѣтъ послѣдующіе министры, не желая разстаться съ неограниченнымъ правомъ назначать судей по своему усмотрѣнію, вернулись къ прежнему порядку [3]). Въ 1895 г. министръ юстиціи Трарье возобновилъ на время систему Дюфора [4]). Наконецъ, въ 1906 и 1908 гг. конкурсная система была введена законодательнымъ путемъ. Кромѣ Франціи, она существуетъ также въ Италіи и Испаніи (см. стр. 54).

§ 14.

Замѣщеніе судейскихъ должностей въ Россіи.

Въ нашемъ дѣйствующемъ законодательствѣ установлены для разныхъ категорій судей различныя системы замѣщенія должностей, а именно: 1) избраніе судебными коллегіями, соединенное съ назначеніемъ по усмотрѣнію центральной власти, — для чле-

---

1) Сторонники этой системы: Eslande, 71—72, Coumoul, 417 ss., Manfredini, 427 ss., а въ нашей литературѣ: Анненковъ (Суд. Газ. 1896 № 14); Карабеговъ (Реформа судебныхъ уставовъ, 1889, 200—205) и Завадскій (Реформа мѣстной юстиціи, 1908, 13 и прим. 32).

2) Picot, 311 ss. Eslande, 33—35.

3) Picot, 315.

4) Eslande, 35—36.

новъ окружныхъ судовъ и палатъ; 2) избраніе представительными органами мѣстнаго самоуправленія—для выборныхъ мировыхъ судей; 3) назначеніе центральной властью по рекомендаціи мѣстныхъ властей—для мировыхъ судей въ нѣкоторыхъ мѣстностяхъ, для земскихъ начальниковъ и непремѣнныхъ членовъ губернскихъ присутствій; 5) назначеніе мѣстной властью—для земскихъ начальниковъ въ сѣверо-западныхъ губерніяхъ; 6) избраніе населеніемъ—для волостныхъ судей; 7) избраніе населеніемъ, соединенное съ назначеніемъ центральной властью, — для гминныхъ судей въ Царствѣ Польскомъ, 8) избраніе населеніемъ, соединенное съ назначеніемъ мѣстной властью—для лавниковъ тоже въ Царствѣ Польскомъ и 9) избраніе спеціальными коллегіями, состоящими изъ купцовъ, — для предсѣдателей и членовъ коммерческихъ судовъ.

1. Избраніе судебными коллегіями, соединенное съ системой назначенія по усмотрѣнію центральной власти, введено судебными уставами для замѣщенія должностей членовъ окружныхъ судовъ и судебныхъ палатъ.

При составленіи судебныхъ уставовъ вопросъ о способѣ замѣщенія судейскихъ должностей былъ подвергнутъ подробному обсужденію. Сравнительная оцѣнка системы выборовъ судей населеніемъ и системы назначенія правительствомъ привела составителей уставовъ къ тому выводу, что „опредѣленіе судей отъ правительства представляетъ болѣе ручательствъ въ хорошемъ судоустройствѣ, нежели выборная система, которая никакими законодательными мѣрами не можетъ быть приспособлена къ правильной судебной организаціи, потому что несовмѣстима ни съ осмотрительностью избранія въ судьи, ни съ самостоятельностью ихъ, ни съ судебною карьерою, возможною только при назначеніи судей не на срочное время, а пожизненно“ [1]). Отдавъ, такимъ образомъ, предпочтеніе системѣ назначенія правительствомъ, составители судебныхъ уставовъ нашли необходимымъ принять мѣры къ тому, чтобы назначеніе судей „зависѣло не отъ одного одобренія претендентовъ лицами, завѣдывающими дѣлами объ опредѣленіи судебныхъ чиновъ, но представляло болѣе доступныя контролю

[1]) Основ. полож. судоустр. (учр. суд. уст., стр. XXIII).

ручательства въ основательности избранія". По справедливому мнѣнію составителей, „министру юстиціи, сколько бы онъ ни былъ дѣятеленъ и прозорливъ, можетъ быть извѣстна только незначительная часть ближайшихъ къ нему судебныхъ чиновъ... Если же министръ станетъ полагаться на рекомендаціи, то отъ этого неминуемо разовьется система протекцій, самая фальшивая и вредная изъ всѣхъ системъ избранія кандидатовъ на общественныя должности" [1]). Въ качествѣ корректива къ назначенію центральной властью было предположено сначала ввести замѣщеніе судейскихъ должностей по конкурсу. Именно, были проектированы слѣдующія правила: по открытіи вакансіи на должность члена окружнаго суда судебная палата, въ округѣ которой открылась вакансія, объявляетъ конкурсъ, въ которомъ могутъ принять участіе лица, удовлетворяющія требуемымъ для занятія этой должности условіямъ; конкурсъ состоитъ въ выдержаніи устнаго и письменнаго испытаній въ комиссіи, образованной изъ предсѣдателя, прокурора и двухъ членовъ данной палаты, а также двухъ преподавателей правовѣдѣнія въ мѣстномъ университетѣ или гимназіи; выдержавшіе испытаніе вносятся въ списокъ въ порядкѣ, соотвѣтствующемъ полученнымъ ими балламъ; списокъ подлежитъ представленію Высочайшей власти черезъ министра юстиціи, который можетъ, на основаніи собранныхъ свѣдѣній о прежней службѣ и нравственныхъ качествахъ кандидатовъ, рекомендовать одного изъ нихъ, а если не находитъ возможнымъ рекомендовать ни одного, то долженъ объяснить причины этого; если бы конкурсъ не состоялся или никто изъ выдержавшихъ испытаніе не удостоился утвержденія, то министръ долженъ представить на Высочайшее усмотрѣніе двухъ лично ему извѣстныхъ кандидатовъ.

Эти правила были отвергнуты въ виду того, что, во-1-хъ, объявленіе конкурса, производство испытаній и представленіе на утвержденіе кандидатовъ отняло бы много времени, въ теченіе котораго вакантная должность не была бы замѣщена; во-2-хъ, производство испытаній отвлекало бы палаты отъ исполненія своихъ прямыхъ обязанностей; въ-3-хъ, кандидаты на должность

---

[1]) Объясн. къ 213 ст. учр. суд. уст.

члена суда должны были бы слѣдить за объявленіями о конкурсахъ и объѣзжать поочередно судебныя палаты, пока имъ не посчастливилось бы удостоиться избранія; въ-4-хъ, испытательныя комиссіи безъ участія профессоровъ университета, которые имѣются не во всѣхъ округахъ палатъ, не были бы достаточно компетентны; въ-5-хъ, конкурсныя испытанія не могутъ удостовѣрить ни нравственныхъ качествъ, ни прежней дѣятельности кандидатовъ [1]).

Эти соображенія были вполнѣ основательны; но стоило сдѣлать въ проектѣ нѣсколько измѣненій, чтобы они утратили свой вѣсъ. Если бы экзамены производились не каждый разъ, когда открывается вакансія, а періодически, въ опредѣленные сроки, и не во всѣхъ палатахъ, а только въ тѣхъ, которыя находятся въ университетскихъ городахъ, и если бы кандидатъ, выдержавшій экзаменъ въ одной изъ палатъ, имѣлъ право на занятіе судейской должности въ округѣ каждой изъ нихъ, то всѣ указанныя выше неудобства проектированной системы отпали бы. Что же касается невозможности опредѣлить посредствомъ экзамена нравственныя качества кандидатовъ и оцѣнить ихъ прежнюю дѣятельность, то и это можно было устранить, поставивъ условіемъ для назначенія на должность не только выдержаніе конкурснаго испытанія, но и благопріятные отзывы тѣхъ судебныхъ учрежденій, при которыхъ кандидаты отбывали практическую подготовку и служили въ низшихъ должностяхъ. Наиболѣе существенный недостатокъ этихъ правилъ состоялъ въ предоставляемой ими министру юстиціи возможности совершенно парализовать значеніе конкурсныхъ списковъ, замѣняя внесенныхъ туда кандидатовъ своими. Конечно, и этотъ недостатокъ легко было устранить, ограничивъ права министра.

Но вмѣсто того, чтобы исправить и улучшить проектированныя правила о конкурсныхъ испытаніяхъ, составители судебныхъ уставовъ совершенно отвергли ихъ и предпочли ввести систему кооптаціи. Остановиться на этой системѣ побудило ихъ то соображеніе, что „только при такомъ порядкѣ люди дѣйствительно полезные получатъ возможность заслуженнаго повышенія, пре-

---

[1]) Объясн. къ 213 ст.

граждая дорогу людямъ случайнымъ, а высшее управленіе судебной частью пріобрѣтетъ вѣрныя свѣдѣнія о достойныхъ лицахъ съ ручательствомъ самихъ судовъ въ ихъ благонадежности и знаніи дѣла“ [1]).

Когда дѣлается вакантной должность члена окружнаго суда или судебной палаты, общія собранія этихъ судебныхъ мѣстъ выбираютъ кандидатовъ изъ числа лицъ, имѣющихъ, по закону, право занимать такого рода должности (ст. 213 учр. суд. уст.). Избраніе производится открытою подачей голосовъ (о. с. 1881 № 518). Списокъ избранныхъ кандидатовъ препровождается министру юстиціи (ст. 214), который представляетъ на Высочайшее утвержденіе какъ этихъ лицъ, такъ и другихъ, по своему собственному усмотрѣнію, съ тѣмъ, конечно, чтобы они тоже обладали требуемымъ для занятія вакантной должности цензомъ (ст. 215).

Эта система страдаетъ двумя существенными недостатками. Во-1-хъ, кандидаты министра конкурируютъ съ кандидатами судебныхъ коллегій и даже имѣютъ предъ ними преимущество, благодаря поддержкѣ, которую министръ можетъ оказать имъ при личномъ докладѣ Государю. Во-2-хъ, судебныя коллегіи не всегда достаточно освѣдомлены относительно лицъ, имѣющихъ право на занятіе свободной должности члена суда. На практикѣ обнаружилось, что „въ подавляющемъ большинствѣ случаевъ эти коллегіи не имѣютъ возможности непосредственно и всесторонне ознакомиться со всѣми качествами претендентовъ на открывшуюся вакансію и принуждены или полагаться на чью-либо личную рекомендацію, или дѣйствовать гадательно, на основаніи сложившейся по слухамъ репутаціи избираемаго. Съ дѣятельностью слѣдователей еще довольно близко знакомы члены уголовныхъ отдѣленій суда, членамъ же гражданскихъ отдѣленій она вовсе неизвѣстна, а вѣдь послѣдніе въ общихъ собраніяхъ многихъ судовъ даютъ половину, а иногда и большинство голосовъ. Со служебною дѣятельностью городскихъ или мировыхъ судей ни тѣ, ни другіе не знакомы вовсе. Вслѣдствіе этого при разрѣшеніи вопроса, кому изъ претендентовъ отдать предпочте-

[1]) Объясн. къ 213 ст. учр.

ніе, немаловажную роль играетъ слѣпой случай, иногда неожиданная группировка голосовъ и даже предубѣжденіе, вытекающее изъ недостаточнаго знакомства всѣхъ избирателей съ личностью выбираемаго“ [1]). Комиссія по пересмотру законоположеній по судебной части подтвердила, что „недостатокъ свѣдѣній о всѣхъ подходящихъ кандидатахъ къ назначенію на судебныя должности ощущается какъ въ министерствѣ юстиціи, такъ и на мѣстахъ“ [2]).

Однако проектъ новой редакціи учрежденія судебныхъ установленій сохраняетъ дѣйствующій порядокъ, подвергая его только несущественному измѣненію. Именно, окружные суды избираютъ ежегодно въ своихъ общихъ собраніяхъ нѣсколько кандидатовъ на могущія открыться въ предстоящемъ году вакансіи должностей члена суда и участковыхъ судей (ст. 273) и, кромѣ того, каждый разъ, когда открывается такая вакансія, повторяютъ избраніе, при чемъ если выборъ остановится не на тѣхъ, которые внесены въ годичный списокъ, то, представляя министру юстиціи своихъ кандидатовъ, суды обязаны объяснить, почему они измѣнили первоначальный списокъ (ст. 274 и 275). Министръ юстиціи представляетъ на Высочайшее утвержденіе либо указанныхъ судами кандидатовъ, либо другихъ лицъ, имѣющихъ право на занятіе вакантныхъ должностей (ст. 277), въ томъ числѣ рекомендованныхъ ему старшими предсѣдателями палатъ (ст. 276). Врядъ ли, однако, дѣлаемый общими собраніями судовъ выборъ кандидатовъ улучшится отъ того, что они будутъ дважды обсуждать достоинства лицъ, съ которыми недостаточно знакомы. Неизвѣстно также, почему признано нужнымъ предоставлять министру юстиціи право, котораго ему не дали составители судебныхъ уставовъ: право совершенно игнорировать кандидатовъ, рекомендуемыхъ судами, и представлять на Высочайшее утвержденіе только своихъ кандидатовъ. Благодаря такому расширенію власти министра, отъ него будетъ зависѣть подмѣнить систему кооптаціи системой назначенія судей по своему ничѣмъ не ограниченному усмотрѣнію.

---

[1]) Трегубовъ. Самостоятельность суда (Журн. М. Ю. 1905 № 5, 26).
[2]) Объясн. зап., II, 275—276.

2. *Избраніе представительными органами мѣстнаго самоуправленія.*

Признавъ нецѣлесообразной выборную систему для замѣщенія должностей членовъ общихъ судебныхъ мѣстъ, составители судебныхъ уставовъ сочли ее пригодной для пополненія состава мировыхъ судебныхъ учрежденій, въ виду особаго характера, который желали придать мировой судебной власти: „мировыхъ судей предполагается назначать изъ мѣстныхъ землевладѣльцевъ, болѣе или менѣе извѣстныхъ всѣмъ избирателямъ, и достоинство сихъ судей не обусловливается такими способностями и познаніями, о которыхъ трудно было бы судить избирателямъ; почему и выборная система можетъ быть примѣнена къ назначенію мировыхъ судей безъ особенныхъ затрудненій“ [1]).

Обсуждая затѣмъ вопросъ, какая именно форма выборной системы была бы въ данномъ случаѣ болѣе подходящей, составители уставовъ нашли, что выборы мировыхъ судей всѣмъ населеніемъ, по каждому мировому участку отдѣльно, были бы нецѣлесообразны по слѣдующимъ соображеніямъ. Во-1-хъ, „если бы мировые судьи избирались по участкамъ, то они были бы судьями для избравшихъ ихъ обывателей только по маловажнымъ дѣламъ, которыя будутъ рѣшаться мировыми судьями окончательно; по всѣмъ же дѣламъ, подлежащимъ рѣшенію съѣздовъ мировыхъ судей, ни одинъ обыватель не былъ бы судимъ избраннымъ имъ судьей, такъ какъ, по правиламъ гражданскаго и уголовнаго судопроизводства у мировыхъ судей, тѣ изъ нихъ, коими дѣла рѣшаются въ участкахъ, не принимаютъ участія въ разсмотрѣніи этихъ дѣлъ въ мировомъ съѣздѣ“. Во-2-хъ, при выборѣ судей по участкамъ, а не по цѣлому округу, врядъ ли нашлись бы лица, желающія баллотироваться въ почетные мировые судьи, такъ какъ тогда почетные мировые судьи обратились бы просто въ замѣстителей мировыхъ судей въ случаѣ ихъ болѣзни, отсутствія и т. п. Въ-3-хъ, „введеніе огромнаго числа собраній, не говоря уже о разныхъ непредвидѣнныхъ неудобствахъ безпрестанно повторяющихся собраній,

[1]) Основн. полож. судоустр., с. XXIII.

было бы весьма вредно въ хозяйственномъ отношеніи, отвлекая множество людей отъ ихъ обычныхъ занятій“ [1]).

На основаніи такихъ соображеній составители судебныхъ уставовъ предоставили выборы мировыхъ, какъ участковыхъ, такъ и почетныхъ судей, уѣзднымъ земскимъ собраніямъ, а въ столицахъ — замѣняющимъ эти собранія городскимъ думамъ. При этомъ они сами предвидѣли возраженія, которыя можно было выставить противъ избирательныхъ собраній. „Могутъ замѣтить, что въ составѣ земскихъ собраній не будутъ участвовать многія лица, заинтересованныя въ избраніи мировыхъ судей, что эти собранія будутъ немногочисленны, что сами члены земскихъ собраній могутъ искать званія мировыхъ судей и такимъ образомъ сдѣлаютъ изъ этого для себя монополію, и что земскія собранія, созываемыя на короткое время, не могутъ посвятить достаточно времени для избранія мировыхъ судей“. Но, возражаютъ они, „все это нисколько не доказываетъ преимущества выбора сихъ судей по участкамъ“ [2]). Конечно, не доказываетъ. Однако кромѣ выбора по участкамъ, возможны и другіе способы замѣщенія судейскихъ должностей, такъ что если система выборовъ по участкамъ не лучше, чѣмъ система выбора земскими собраніями, то это вовсе не доказывало необходимости остановиться на второй изъ нихъ. О результатахъ, къ какимъ она привела на практикѣ будетъ сказано въ § 31.

Порядокъ избранія мировыхъ судей таковъ.

Списокъ лицъ, желающихъ и имѣющихъ право баллотироваться въ мировые судьи въ земскихъ собраніяхъ, составляется уѣзднымъ предводителемъ дворянства по соглашенію съ городскимъ головою и мѣстными мировыми судьями (ст. 26), сообщается губернатору и публикуется въ губернскихъ вѣдомостяхъ (ст. 29). Приступая къ выборамъ, уѣздное земское собраніе разсматриваетъ сдѣланныя губернаторомъ замѣчанія относительно неправильностей въ спискѣ кандидатовъ, а также жалобы и заявленія частныхъ лицъ по тому же поводу (ст. 30—32), и, по разрѣшеніи всѣхъ возбужденныхъ вопросовъ, баллотируетъ кандидатовъ въ порядкѣ списка, при чемъ избранными считаются

[1]) Объясн. къ 24 ст. учр. суд. уст.

[2]) Объясн. къ 24 ст. учр.

тѣ, которые получили больше избирательныхъ, чѣмъ неизбирательныхъ голосовъ (ст. 33). Если число избранныхъ окажется недостаточнымъ (ст. 33), или если въ засѣданіе уѣзднаго земскаго собранія явится меньше 12 гласныхъ, то выборы производятся губернскимъ земскимъ собраніемъ (ст. 25). Списокъ избранныхъ въ мировые судьи лицъ представляется предсѣдателемъ земскаго собранія на утвержденіе I департамента Сената (ст. 37) и одновременно такой же списокъ препровождается мѣстному губернатору или градоначальнику, которые доставляютъ Сенату свои замѣчанія относительно нравственныхъ качествъ и благонадежности избранныхъ лицъ (ст. 37 прим.). Сенатъ, обсудивъ и провѣривъ эти замѣчанія въ связи съ заключеніемъ министра юстиціи, а также разсмотрѣвъ жалобы частныхъ лицъ на опредѣленія земскаго собранія, касающіяся выборовъ, и на неправильное производство самыхъ выборовъ (ст. 39), постановляетъ опредѣленіе объ утвержденіи или неутвержденіи каждаго изъ избранныхъ кандидатовъ (прим. къ ст. 37). Въ случаѣ недостатка лицъ, имѣющихъ право баллотироваться въ судьи, недостающее число судей назначается I департаментомъ сената, по представленію министра юстиціи, изъ лицъ, обладающихъ требуемымъ возрастнымъ, образовательнымъ и служебнымъ цензомъ (ст. 38). Этотъ порядокъ избранія примѣняется какъ къ участковымъ, такъ и къ почетнымъ (не имѣющимъ участка) судьямъ, при чемъ тѣ и другіе избираются на три года (ст. 23).

Въ столицахъ и Одессѣ обязанности земскихъ собраній по избранію мировыхъ судей исполняются городскими думами (ст. 40 учр.). Въ области Войска Донского со времени пріостановленія дѣйствія земскихъ учрежденій выборы мировыхъ судей производятся временными окружными избирательными собраніями, которыя состоятъ изъ гласныхъ, избираемыхъ: 1) окружными землевладѣльцами, 2) торговымъ сословіемъ, 3) станичными обществами, 4) сельскими обществами и 5) въ ростовскомъ и таганрогскомъ округахъ—гласными отъ городовъ. Выборы судей производятся по правиламъ, аналогичнымъ тѣмъ, которыя установлены для земскихъ собраній (прил. къ ст. 24).

3. *Назначеніе центральной властью по рекомендаціи мѣстныхъ властей* примѣняется по отношенію къ мировымъ судьямъ въ

нѣкоторыхъ мѣстностяхъ, земскимъ начальникамъ и непремѣннымъ членамъ губернскихъ присутствій.

А. Въ кіевской, подольской и волынской губерніяхъ и въ городахъ Вильнѣ и Астрахани мѣстныя власти [1]) составляютъ и препровождаютъ министру юстиціи списки лицъ, имѣющихъ право быть мировыми судьями и желающихъ занять такую должность со своимъ заключеніемъ о нихъ. Кромѣ того, право рекомендовать кандидатовъ на открывающіяся вакансіи мировыхъ судей принадлежитъ также мировымъ съѣздамъ. Но министру юстиціи предоставлено право, при недостаткѣ соотвѣтственныхъ кандидатовъ въ спискахъ, назначать и другихъ лицъ, обладающихъ требуемымъ образовательнымъ цензомъ (прил. къ ст. 40^2 учр.) [2]).

Судебными уставами 1864 г. были введены только выборные мировые судьи. Примѣненіе къ институту мировыхъ судей системы назначенія начало производиться позже, по мѣрѣ того, какъ дѣйствіе судебныхъ уставовъ распространялось на мѣстности, гдѣ они первоначально не были введены. Замѣна выборнаго начала системой назначенія мотивировалась различно: то отсутствіемъ въ этихъ мѣстностяхъ земскихъ учрежденій, которыми должно было производиться избраніе мировыхъ судей [3]), то разными мѣстными и временными обстоятельствами, какъ напр., „чрезвычайнымъ разнообразіемъ степени гражданскаго развитія многочисленныхъ племенъ, входящихъ въ составъ Кавказскаго и Закавказскаго края“ [4]), то принципіальнымъ соображеніемъ о преимуществѣ системы назначенія въ томъ случаѣ, когда имѣется достаточное число кандидатовъ съ юридическимъ образованіемъ [5]).

---

[1]) Списки составляются уѣзднымъ предводителемъ дворянства по соглашенію съ городскимъ головой и мѣстными судьями и сообщаются губернатору, который, по совѣщаніи съ губернскимъ и уѣзднымъ предводителями дворянства губернскаго города и городскимъ головой этого города, представляетъ списки съ заключеніемъ этого присутствія черезъ генералъ-губернатора министру юстиціи. Въ Астрахани эти списки составляются особымъ временнымъ комитетомъ (п. 1 прил. къ 40^2 ст. учр. суд. уст.).

[2]) Мировые судьи Астрахани назначаются Высочайшей властью (тамъ же, п. 5).

[3]) Учр. суд. уст., изд. Шрейбера, стр. 433.

[4]) Тамъ же, стр. 437.

[5]) Тамъ же, стр. 481—482.

Б. Земскіе начальники назначаются министромъ внутреннихъ дѣлъ изъ числа кандидатовъ, представленныхъ ему губернаторомъ по соглашенію съ губернскимъ и мѣстнымъ уѣзднымъ предводителями дворянства (ст. 13—15 пол. учр. зав. кр. д.).

В. Непремѣнные члены губернскихъ присутствій избираются губернаторомъ, по совѣщаніи съ губернскимъ предводителемъ дворянства, и утверждаются Высочайшими приказами по министерству внутреннихъ дѣлъ (тамъ же, ст. 99).

4. *Система назначенія по усмотрѣнію центральной власти* установлена: а) по отношенію къ мировымъ судьямъ въ прочихъ мѣстностяхъ, гдѣ не примѣняется выборное начало, б) по отношенію къ городскимъ судьямъ и в) по отношенію къ сенаторамъ.

А. Назначеніе мировыхъ судей производится по усмотрѣнію министра юстиціи (ст. 438, 447, 461[1], 505, 560, 607, 625, 649 учр. суд. уст.). Но въ нѣкоторыхъ случаяхъ министръ обязанъ предварительно сноситься съ мѣстными властями, именно варшавскимъ генералъ-губернаторомъ (ст. 505 учр.), кавказскимъ и туркестанскимъ намѣстниками (ст. 447, 461[1], 653).

Б. Городскіе судьи назначаются министромъ юстиціи по его усмотрѣнію (ст. 6 прав. устр. суд. ч.).

Б. Сенаторы кассаціонныхъ департаментовъ назначаются по непосредственному усмотрѣнію Государя (ст. 216 учр. суд. уст.).

5. *Назначеніе мѣстной властью* введено при распространеніи законовъ 12 іюля 1889 г. на виленскую, гродненскую и ковенскую губерніи, гдѣ право назначать земскихъ начальниковъ передано генералъ-губернаторамъ, которымъ кандидаты на эти должности представляются губернаторами (ст. 16 пол. учр., зав кр. д.) [1]).

6. *Избраніе населеніемъ* допущено закономъ по отношенію къ волостнымъ судьямъ, которые избираются волостными или сельскими сходами (ст. 115 и 180 общ. полож. о крест., ст. 8 вол. суд. уст. прибалт. губ.). Въ мѣстностяхъ, гдѣ введены земскіе начальники, судьи избираются въ двойномъ количествѣ: изъ восьми избранныхъ земскій начальникъ утверждаетъ въ должности судей четырехъ, а остальныхъ четырехъ назначаетъ кандидатами къ судьямъ.

---

[1]) По прод. 1906 г.

7. *Избраніе населеніемъ, соединенное съ назначеніемъ по усмотрѣнію центральной власти*, практикуется по отношенію къ гминнымъ судьямъ въ Царствѣ Польскомъ: они назначаются министромъ юстиціи изъ выбранныхъ гминами кандидатовъ или же изъ другихъ лицъ (ст. 488 учр.).

8. *Избраніе населеніемъ, соединенное съ назначеніемъ мѣстной властью подъ контролемъ центральной*, установлено для лавниковъ въ Царствѣ Польскомъ, которые избираются гминами и утверждаются, „при неимѣніи къ тому препятствій", губернаторомъ по соглашенію съ прокуроромъ, а если соглашеніе не состоится, то вопросъ представляется на разрѣшеніе министра юстиціи (ст. 487 учр. и прим.).

9. Избраніе спеціальными избирательными собраніями, соединенное съ назначеніемъ правительствомъ, употребляется при пополненіи состава коммерческихъ судовъ. Оцѣнка этого способа относится къ области науки торговаго процесса [1]).

§ 15.

Гарантіи правильнаго отправленія правосудія.

Раціональный способъ пополненія судейскаго персонала обезпечиваетъ хорошій личный составъ судей, начинающихъ служеніе правосудію. Но этого мало. Необходимо еще поставить судей въ такія условія дѣятельности, чтобы они не утрачивали, а, наоборотъ, свободно проявляли и дальше развивали тѣ качества, которыя открыли имъ доступъ къ судейской карьерѣ, и которыя необходимы для правильнаго отправленія правосудія. Въ частности, служебное положеніе судей должно быть таково, чтобы, во-1-хъ, позволяло имъ сохранять полное безпристрастіе, во-2-хъ, обезпечивало правильное разрѣшеніе ими дѣлъ, въ-3-хъ, побуждало къ ревностному исполненію своихъ обязанностей и дальнѣйшему усовершенствованію въ трудномъ искусствѣ отпра-

---

[1]) Новѣйшій трудъ по этому предмету: Шершеневичъ. Курсъ торговаго права, т. IV, 1912, §§ 176—181.

вленія правосудія и, въ-4-хъ, побуждало къ поддержанію достоинства своего высокаго званія.

1. Судейское безпристрастіе можетъ быть вѣрнѣе всего обезпечено слѣдующимъ свособомъ: нужно обставить судей такъ, чтобы они не имѣли никакой побудительной причины оказывать предпочтеніе одному изъ тяжущихся вопреки требованіямъ справедливости, и чтобы они могли свято исполнять законъ безъ вреда для своихъ личныхъ житейскихъ интересовъ [1]). Не вводить во искушеніе—вотъ лучшее средство удержать отъ грѣха. Конечно, человѣкъ сильной воли и твердыхъ нравственныхъ принциповъ устоитъ и предъ большимъ соблазномъ. Но дѣло въ томъ, что, въ виду многочисленности судейскаго персонала, необходимаго для удовлетворенія потребности гражданъ въ скорой юридической помощи, нельзя разсчитывать, что ряды его будутъ пополняться только выдающимися людьми. Напротивъ, выдающихся людей мало; не ихъ долженъ имѣть въ виду законодатель. „Законы и государственныя учрежденія существуютъ именно для того, чтобы можно было обходиться безъ героевъ“ [2]), и задача судоустройства состоитъ въ томъ, чтобы „поставить средняго человѣка въ такія условія, которыя давали бы ему возможность наиболѣе приблизиться къ идеалу судьи“ [3]).

Первымъ и главнымъ условіемъ въ этомъ отношеніи является независимость судей. Она избавляетъ судью отъ страха за свою судьбу въ случаѣ постановленія рѣшенія, неугоднаго лицу, такъ или иначе заинтересованному въ исходѣ дѣла, и дѣлаетъ его недосягаемымъ для какого бы то ни было воздѣйствія посредствомъ угрозъ либо обѣщаній.

Но независимость судьи имѣетъ еще и другое значеніе: она

---

[1]) Menger, System, 210—211.

[2]) Безобразовъ. Мировыя учрежденія (Рус. Вѣстн. 1862 № 2, 557).

[3]) Михайловскій, 96. Кони. Нравственныя начала въ уголовномъ процессѣ (Журн. М. Ю. 1902 № 1, стр. 11).

Desjardins. La magistrature élue (Revue de 2 Mondes 1882, 1 août, 550): „Человѣкъ вообще думаетъ прежде о себѣ, а потомъ о государствѣ; между тѣмъ отъ судьи какъ разъ требуется, чтобы онъ раньше думалъ о государствѣ, чѣмъ о себѣ. Такъ какъ отъ него требуютъ этого усилія, то нужно дать ему возможность проявить его, поставить его въ такое положеніе, чтобы онъ былъ въ состояніи сдѣлать это усиліе“.

служитъ могучимъ побудителемъ къ ревностному выполненію служебнаго долга, нравственно возвышаетъ и придаетъ энергію судьѣ. „Несказанно высокое наслажденіе доставляетъ судьѣ твердое и непререкаемое сознаніе, что единственными его руководителями и начальниками являются законъ и собственная совѣсть; это сознаніе ежедневно, ежечасно исполняетъ отрадою его тяжелый трудъ, поднимаетъ его нравственно и творитъ въ немъ, внутри его, отвѣтственную гарантію, несравненно могущественнѣйшую, нежели та, о которой заботится внѣшняя, бюрократическая субординація, пригодная лишь въ администраціи“ [1]).

Судейской независимости угрожаетъ опасность съ двухъ сторонъ: а) со стороны органовъ государственной власти и б) со стороны частныхъ лицъ, въ особенности тѣхъ, которыя обращаются къ суду за защитой своихъ правъ. Съ обѣихъ этихъ сторонъ судейская независимость должна быть ограждена достаточными гарантіями.

А. Для огражденія независимости судей отъ другихъ органовъ государственной власти нужно, чтобы судьи не были подчинены этимъ органамъ, чтобы они составляли совершенно особое вѣдомство. Въ этомъ состоитъ принципъ *самостоятельности судебной власти*, представляющій собою одну изъ сторонъ принципа раздѣленія властей. Но такъ какъ судьи могутъ попадать въ зависимость отъ другихъ органовъ власти въ тѣхъ случаяхъ, когда они одновременно служатъ и по другимъ вѣдомствамъ, то для полнаго осуществленія самостоятельности судебной власти необходимо воспретить судьямъ занимать какія-либо должности на государственной или общественной службѣ, т.-е., принципъ самостоятельности суда долженъ быть дополненъ принципомъ *несовмѣстимости* судейской службы со всякою иной.

Но этого еще недостаточно, такъ какъ, не подчиняясь постороннимъ органамъ власти, судьи могутъ находиться въ служебной зависимости отъ высшихъ органовъ судебнаго вѣдомства (министра юстиціи, сената и т. п.). Поэтому представляется необходимымъ, чтобы служебная карьера судей не обусловлива-

---

[1]) Обнинскій. Мѣстная юстиція и общіе суды (Рус. Мысль 1896 № 12, стр. 97). Кони, стр. 19.

лась усмотрѣніемъ высшихъ органовъ судебнаго вѣдомства. Говоря точнѣе, нужно, чтобы удаленіе отъ должностей, переводъ на другія судейскія же должности, повышенія, чинопроизводство, награжденіе орденами, наложеніе взысканій, чтобы все это происходило на основаніи справедливой оцѣнки дѣйствительныхъ заслугъ или прегрѣшеній судей, а не было результатомъ чьего-либо произвола. Это можно назвать принципомъ *обезпеченности судейской карьеры*. Поскольку онъ относится къ увольненію и перемѣщенію судей, его именуютъ принципомъ *несмѣняемости*.

Далѣе, для болѣе вѣрнаго предотвращенія всякаго лицепріятія со стороны судей, желательно, чтобы въ разрѣшеніи каждаго дѣла участвовало нѣсколько судей какъ одновременно, такъ и послѣдовательно, т.-е., чтобы дѣла разрѣшались не отдѣльными судьями, а судебными коллегіями, и чтобы рѣшеніе, постановленное судьями одной инстанціи, могло быть провѣрено судьями другой, высшей инстанціи. Первое достигается принципомъ *коллегіальности*, второе—*инстанціонной системой*.

Б. Зависимость судьи отъ частныхъ лицъ можетъ проявляться прежде всего въ томъ, что судья находится съ ними въ какихъ-либо обязательныхъ отношеніяхъ, т.-е., иначе говоря, состоитъ на частной службѣ, управляя дѣлами одного изъ тяжущихся или вообще служа у него по найму. Устранить эту форму зависимости можно распространеніемъ принципа несовмѣстимости на всякую частную службу.

Далѣе, судья можетъ быть стѣсненъ въ своей свободѣ дѣйствій близкими—родственными, дѣловыми и т. д.—отношеніями къ одной изъ тяжущихся сторонъ. Во избѣжаніе лицепріятія съ его стороны нужно, чтобы онъ не участвовалъ въ разбирательствѣ такихъ дѣлъ, и чтобы стороны имѣли право отводить его. Этой цѣли удовлетворяетъ институтъ *устраненія и самоустраненія судей*.

Наконецъ, мотивомъ къ постановленію неправильнаго рѣшенія можетъ служить для судьи желаніе получить отъ одной изъ сторонъ матеріальное вознагражденіе (взятку). Чтобы удержать судей отъ нарушенія безпристрастія по такой причинѣ, необходимо, съ одной стороны, назначить строгое наказаніе за взяточничество и вообще за неправосудіе изъ корыстныхъ видовъ, а съ дру-

гой стороны,—поставить судей въ столь обезпеченное матеріальное положеніе, чтобы у нихъ не было настоятельной надобности въ посторонних доходахъ.

2. Правильное разрѣшеніе дѣлъ судьями обезпечивается надлежащей теоретической и практической ихъ подготовкой, усердным исполненіемъ служебныхъ обязанностей, одновременным и послѣдовательным участіемъ въ производствѣ нѣсколькихъ судей, т.-е., принципомъ коллегіальности и инстанціонной системой, и, наконецъ, раціональной организаціей судопроизводства.

3. Къ усердному исполненію служебнаго долга судьи могутъ быть побуждаемы, съ одной стороны, надеждой на улучшеніе своего служебнаго положенія, а съ другой стороны,—опасеніемъ отвѣтственности за нерадѣніе, но въ обоихъ случаяхъ только при томъ условіи, если награды и взысканія назначаются по дѣйствительным заслугамъ, а не по произволу начальства: иначе судьи станутъ заботиться не о надлежащемъ выполненіи своихъ обязанностей, а о пріобрѣтеніи благоволенія начальства. Другими словами, необходима раціональная организація судейской карьеры и отвѣтственности. Кромѣ того, немалое значеніе имѣетъ контроль общества, который возможенъ въ томъ случаѣ, когда отправленіе правосудія совершается публично, т.-е., когда въ процессѣ проведенъ принципъ *гласности*.

4. Въ видахъ поддержанія судьями достоинства своего званія нужно воспретить имъ такія занятія, которыя считаются обществомъ предосудительными, и установить отвѣтственность за неблаговидные поступки. Первое достигается примѣненіемъ принципа несовмѣстимости ко всякимъ не пользующимся уваженіемъ занятіямъ, а второе—распространеніемъ дисциплинарной отвѣтственности за предѣлы служебной дѣятельности — на поведеніе судей и въ частной жизни.

Итакъ, гарантіями безпристрастнаго и правильнаго отправленія правосудія служатъ:

1) самостоятельность судебной власти (§ 16);

2) обезпеченность судейской карьеры, именно: а) несмѣняемость (§ 18), б) раціональная система повышеній (§ 19) и наградъ (§ 20), в) несовмѣстимость (§ 21), г) раціональная система

надзора и отвѣтственности (§§ 27 и 28), д) матеріальная обезпеченность (§ 22);

3) коллегіальное устройство судовъ (§ 23);

4) инстанціонная система (§§ 24—25);

5) устраненіе и самоустраненіе судей отъ участія въ разрѣшеніи дѣлъ, въ которыхъ они лично заинтересованы;

6) принципъ гласности и вообще раціональная организація порядка судопроизводства.

Въ такой послѣдовательности перечисленныя гарантіи правильнаго отправленія гражданскаго правосудія и подлежатъ изложенію. Только институтъ устраненія и самоустраненія судей, относящійся къ участію судей въ разрѣшеніи отдѣльныхъ опредѣленныхъ процессовъ, удобнѣе включить въ главу о компетенціи судебныхъ учрежденій, а принципъ гласности, какъ и другіе основные принципы процесса,—разсмотрѣть при изложеніи искового судопроизводства.

§ 16.

Самостоятельность судебной власти [1]).

I. Судьи не въ состояніи сохранять полнаго безпристрастія при разборѣ дѣлъ, зная, что если ихъ рѣшенія возбудятъ неудовольствіе какого-либо органа государственной власти—потому ли, что онъ является стороной въ процессѣ, или потому, что находится въ близкихъ отношеніяхъ къ одному изъ тяжущихся,—то могутъ лишиться мѣста или подвергнуться инымъ непріятностямъ по службѣ. Чтобы оградить судейскую независимость,

---

[1]) Ворошиловъ. Критическій обзоръ ученія о раздѣленіи властей, 1871. Трегубовъ. Самостоятельность суда (Журн. М. Ю. 1905 № 5). Арсеньевъ. Вопросъ о слiяніи властей на низшей ступени государственнаго управленія (Вѣстн. Евр. 1886 № 12). Эсменъ. Общія основанія конституціоннаго права, перев. Дерюжинскаго, 1898, стр. 231 и сл. Еллинекъ. Общее ученіе о государствѣ, изд. 2, 1908, гл. 18. Коркуновъ. Русское государственное право, I, 1909, §§ 38, 39. Лазаревскій. Лекціи по русскому государственному праву, I, 1908, стр. 22 и сл.

Pfeiffer. Die Selbstständigkeit und Unabhängigkeit des Richteramts, 1865. Siegel. Zur Enwickelung der Unabhängigkeit der Rechtsprechung (Annal. d. deutschen Reichs für Gesetzgebung, Verwaltung und Statistik, 1898, 31 B.).

необходимо предоставить отправленіе правосудія особой системѣ органовъ, совершенно отдѣленной отъ другихъ органовъ государственной власти и не подчиненной имъ.

Въ этомъ состоитъ принципъ самостоятельности судебной власти. Онъ представляетъ собою проявленіе принципа раздѣленія властей. Какое бы значеніе ни придавать этому послѣднему принципу,—понимать ли его въ смыслѣ дѣйствительнаго раздѣленія государственной власти на три обособленныя и другъ друга уравновѣшивающія власти [1]) и считать судебную власть равноправной съ законодательной [2]), или же ставить судебную власть вмѣстѣ съ административной въ подчиненіе законодательной, [3]) видя въ ней либо особую власть, либо только отрасль административной власти, во всякомъ случаѣ принципъ раздѣленія властей въ примѣненіи къ суду означаетъ устраненіе органовъ законодательной и административной властей отъ вмѣшательства въ отправленіе правосудія – какъ прямого, въ формѣ

Aubin. Die Entwickelung der richterlichen Unabhängigkeit im neuesten deutschen und oesterrreichischen Rechte, 1906. Fuzier-Herrmain. La séparation des pouvoirs 1880 (въ приложеніи № 3 приведены взгляды разныхъ французскихъ писателей по этому вопросу). Saint-Giron. Essai sur la séparation des pouvoirs, 1881. Delpech. Quelques remarques de droit comparé sur les moyens d'assurer en pratique l'indépendence des juges vis-a-vis du pouvoir (Revue de droit publ., 1907, XXIV t., № 1). См. также сочиненія, указ. на стр. 33—34.

[1]) Таково было, какъ извѣстно, мнѣніе творца теоріи раздѣленія властей—Монтескье (De l'esprit des lois, l. XI, ch. IV).

[2]) Въ Соединенныхъ Штатахъ Америки, гдѣ теорія Монтескье нашла наиболѣе полное осуществленіе, суды не подчинены законодательной власти, а имѣютъ право контролировать ея дѣятельность, провѣряя, соотвѣтствуютъ ли новые законы, хотя бы изданные въ установленномъ порядкѣ, конституціи 1787 г., и если находятъ, что не соотвѣтствуютъ, то не примѣняютъ ихъ. Hershey. Die Kontrolle über die Gesetzgebung in den Vereinigten Staaten von Nord-America, 1894, Abschn. II; Эсменъ, 242, 268—269; Picot, 170; Еллинекъ, 454.

[3]) Таковъ основной догматъ современной теоріи правового, или конституціоннаго государства. Лазаревскій, 37—38; Гессенъ. Теорія правового государства (Вѣстн. Пр. 1905 № 1, 115: „Правильно понимаемое обособленіе властей ничего общаго съ раздѣленіемъ власти не имѣетъ. Такое обособленіе требуетъ отдѣленія правительственной и судебной власти отъ законодательной не для того, чтобы ихъ поставить рядомъ съ нею, а для того, чтобы ихъ подчинить ей; оно требуетъ подзаконности правительственной и судебной власти. Въ этомъ и только въ этомъ своемъ значеніи начало обособленія властей должно быть разсматриваемо, какъ краеугольный камень западно-европейскаго конституціонализма". Ср. Аншюцъ. Юстиція и администрація (Журн. М. Ю. 1896 № 8, 71).

разрѣшенія или перевершенія судебныхъ дѣлъ, такъ и косвеннаго, въ формѣ начальственнаго вліянія на судей [1]). Истинное значеніе принципа раздѣленія властей состоитъ именно въ томъ, что „власти, признаваемыя различными, должны имѣть органы не только различные, но и независимые одинъ отъ другого—въ томъ смыслѣ, что одна изъ этихъ властей не можетъ по своей волѣ смѣнить органъ другой власти. Здѣсь-то, въ этой взаимной несмѣняемости, и лежитъ активное и благотворное начало“ [2]). Поэтому принципу самостоятельности судебной власти нисколько не противорѣчитъ назначеніе судей на должности административной властью (министромъ юстиціи), если только дальнѣйшая судейская карьера—повышенія по службѣ, награды, наказанія и увольненіе отъ должности—уже не зависятъ отъ усмотрѣнія министра, т.-е., если „разрывается связь между судьей и назначившимъ его на должность“ [3]). Точно такъ же не уничтожается самостоятельность суда и въ томъ случаѣ, если на судей возлагаются нѣкоторыя административныя обязанности,—лишь бы только исполненіе ихъ не ставило судей подъ контроль и въ подчиненность административной власти. Такъ, отнесеніе къ компетенціи судебныхъ учрежденій взиманія судебныхъ пошлинъ не можетъ подорвать независимости судей.

II. Необходимость обособленія и независимаго положенія судебныхъ учрежденій всегда признавалась основнымъ условіемъ правильнаго отправленія правосудія. „Идея независимости судей отъ власти“, по вѣрному замѣчанію проф. Михайловскаго, „красною нитью проходитъ черезъ всю исторію культуры, начиная отъ той клятвы, которую давали судьи въ древнемъ Египтѣ,—не по-

---

[1]) Даже тѣ писатели, которые считаютъ судебную власть отраслью административной, признаютъ необходимость поставить судей въ совершенно независимое положеніе. Гарсонне, который придерживается такого именно мнѣнія, самъ же, замѣчаетъ, что не будетъ „настаивать на этомъ знаменитомъ, но лишенномъ практическаго значенія спорѣ, при условіи согласія съ двумя пунктами: 1) что судебная и административная власти должны быть раздѣлены, и 2) что іерархія, соединяющая судебную и административную власти, не препятствуетъ предоставить магистратамъ несмѣняемость, необходимую ради независимости ихъ функцій“ (I, 14). Ср. Михайловскій, 51, прим. Не отражалось различіе между этими воззрѣніями и на положительномъ законодательствѣ, какъ показываетъ исторія Франціи. Эсменъ, 375.

[2]) Эсменъ, 242—243.

[3]) Fuzier-Hermain, 296; Эсменъ, 270.

виноваться незаконнымъ приказамъ царя [1])—до извѣстнаго отвѣта французскихъ судей королю: „государь, судъ постановляетъ приговоры, но не оказываетъ услугъ“, до гордой фразы, зарегистрованной недавно: „англійскаго судью не просятъ ни о чемъ“ [2]).

Обособленіе судебныхъ учрежденій въ самостоятельную группу органовъ государственной власти началось въ государствахъ западной Европы очень давно. Народы новаго міра получили въ наслѣдство отъ римлянъ выработанную систему частнаго права и вмѣстѣ съ тѣмъ принесли съ собой свое обычное право и свои суды, какъ народные, такъ и феодальные. Всѣ эти элементы юридическаго правопорядка не были созданіемъ государственной власти и въ первое время, при слабости ея, не подлежали ея воздѣйствію. По мѣрѣ развитія государственности отправленіе правосудія стало пріобрѣтать значеніе функціи государственной власти; но судебныя учрежденія, отчасти въ силу установившихся традицій, отчасти благодаря сознательному воздержанію государственной власти сохранили относительную независимость. Сами носители верховной власти не могли не понимать, что независимый судъ необходимъ для обезпеченности правового порядка, для внушенія гражданамъ уваженія къ закону и къ издающей ихъ власти, для воспитанія въ нихъ чувства законности. Поэтому нѣкоторые изъ наиболѣе проницательныхъ монарховъ добровольно отказывались отъ вмѣшательства въ отправленіе правосудія и запрещали тяжущимся обращаться къ себѣ съ жалобами на суды [3]). Однако эта независимость не могла быть ни полной, ни достаточно обезпеченной, такъ какъ, при сосредоточеніи всей власти въ рукахъ монарха, она обусловливалась лишь его доброю волей. [4])

Только съ введеніемъ конституціоннаго устройства самостоятельность суда могла получить реальное значеніе: во Франціи

---

[1]) Согласно статуту Эдуарда III, англійскіе судьи приносили аналогичную присягу. Piola-Caselli, 123—124.

[2]) Михайловскій, 102.

[3]) Иногда въ очень энергичной формѣ. Такъ, въ Пруссіи Фридрихъ-Вильгельмъ I грозилъ повѣсить безъ пощады, рядомъ съ собакой, каждаго, кто посмѣетъ обратиться къ нему съ жалобой на рѣшенное судами дѣло. Гессенъ, 105.

[4]) Лазаревскій, 47—49. Во Франціи сохраненію независимости судовъ содѣйствовала система продажности должностей (см. § 18).

со времени великой революціи, въ германскихъ государствахъ позже и неодновременно, сначала въ южныхъ государствахъ, потомъ (въ серединѣ XIX в.) въ Пруссіи, а затѣмъ въ Австріи [1]).

III. Въ Россіи принципъ самостоятельности судебной власти былъ послѣдовательно осуществленъ только судебными уставами 1864 г. Хотя попытки поставить суды въ независимое положеніе дѣлались и раньше, начиная съ Петра Великаго [2]), но онѣ не доводились до конца, и судебная власть не только не была отдѣлена отъ административной, но даже подчинялась ей и, притомъ, въ области какъ верховнаго, такъ и низшаго, мѣстнаго управленія. Это обстоятельство объяснялось общимъ строемъ дореформенной жизни. Вотъ что говорятъ по этому поводу составители судебныхъ уставовъ: „Смѣшеніе властей было отчасти неизбѣжнымъ послѣдствіемъ крѣпостного состоянія. Помѣщичьи крестьяне въ лицѣ своего владѣльца имѣли администратора, хозяина, судью и исполнителя имъ же постановленныхъ рѣшеній. Эти крестьяне почти не пользовались гражданскими правами, а потому и не было никакой надобности въ учрежденіи такого суда, который, по близости своей къ ихъ мѣсту пребыванія и по самымъ формамъ своихъ дѣйствій, могъ бы разбирать взаимные ихъ споры, изъ немногихъ и самыхъ ничтожныхъ гражданскихъ правъ истекавшіе. Помѣщикъ не только замѣнялъ для нихъ гражданскій судъ, но

---

[1]) Aubin, 14—16. Ст. 1 герм. устава судоустройства гласитъ: „судебная власть принадлежитъ независимымъ, подчиненнымъ только закону судамъ". Въ ст. 6 австрійскаго основного закона 1867 г. сказано: „судьи—самостоятельны и независимы въ отправленіи своихъ судейскихъ обязанностей". Во Франціи независимость судебной власти не разъ провозглашалась смѣнявшими другъ друга конституціями, но въ дѣйствующихъ конституціонныхъ законахъ о судебной организаціи ничего не говорится. Однако раздѣленіе властей проведено въ постановленіяхъ законодательства по частнымъ вопросамъ. Эсменъ, 276—277; Garsonnet, Précis, 8—12.

[2]) Петромъ I, воспретившимъ было (въ 1719 г.) воеводамъ вмѣшиваться въ судебныя дѣла; Екатериной II, которая въ учрежденіи о губерніяхъ 1775 г. отдѣлила судебныя мѣста отъ губернскихъ правленій, оставивъ, однако, судей въ подчиненіи намѣстникамъ; Николаемъ I, указомъ 1837 г. ограничившимъ точными предѣлами вмѣшательство губернаторовъ въ судебныя дѣла. Петръ Великій, подобно Фридриху Вильгельму I, строго запретилъ жаловаться на окончательныя судебныя рѣшенія: „Въ случаѣ же неудовольствованные челобитчики отъ своей неразумной продерзливости и онаго Сената правосудіемъ не удовольствуются, потомъ имъ уже больше никуда своего челобитья не имѣть; и кто дерзнетъ о томъ же Его же Величеству бить челомъ, и тотъ смертному осужденію повиненъ будетъ". (П. С. З., № 3261., п. 5).

имѣлъ право налагать на своихъ крестьянъ нѣкоторыя, даже довольно строгія, наказанія. Такое смѣшеніе властей въ быту крестьянъ помѣщичьихъ, по необходимости, должно было отразиться и въ учрежденіяхъ крестьянъ другихъ вѣдомствъ: у нихъ власти хозяйственныя и полицейскія въ силу самой необходимости сдѣлались вмѣстѣ и судебными... При такомъ смѣшеніи властей въ отдѣльныхъ управленіяхъ оно необходимо должно было проникнуть и въ общее управленіе Имперіи, и потому всѣ административныя власти, начиная отъ станового пристава до губернатора и даже до министровъ, соединяя въ себѣ разнородныя обязанности, вмѣшивались, въ силу самаго закона, въ ходъ судебныхъ дѣлъ и тѣмъ самымъ, ослабляя истинное значеніе суда, останавливали правильное исполненіе правосудія“ [1]). „Губернское начальство... ревизовало находящіяся въ губерніи судебныя мѣста; отъ него зависѣла аттестація о службѣ чиновъ судебнаго вѣдомства, представленіе ихъ къ наградамъ, наложеніе на нихъ легкихъ взысканій по службѣ и преданіе ихъ уголовному суду. Губернское начальство утверждало въ должностяхъ и даже опредѣляло многихъ чиновъ судебнаго вѣдомства. Слѣдствіемъ всего этого судебные чины въ губерніи, а съ тѣмъ вмѣстѣ и самыя судебныя установленія находились въ большой зависимости отъ губернскаго начальства и почти въ прямомъ у него подчиненіи“ [2]). Вполнѣ правъ былъ поэтому Катковъ, когда выразился, что до реформы 1864 г. „суды были только придаткомъ администраціи“ [3]).

Признавая, что „самостоятельность судебныхъ мѣстъ въ рѣшеніи дѣлъ и отвѣтственность за нарушеніе предписанныхъ въ законѣ правилъ и за всякую неправду суть необходимыя условія правильнаго устройства судебныхъ учрежденій“, и что „всякое под-

---

[1]) Объясн. ко 2 ст. уст. гр. суд.

[2]) Объясн. къ 249 ст. учр. суд. уст. До какихъ чудовищныхъ размѣровъ доходило на практикѣ вмѣшательство администраціи въ судебныя дѣла, видно изъ слѣдующихъ примѣровъ. Петербургскій генералъ-губернаторъ приказалъ, по жалобѣ одного изъ недовольныхъ рѣшеніемъ коммерческаго суда тяжущихся, арестовать всѣхъ членовъ суда, а губернаторъ Архангельска, вызвавъ къ себѣ предсѣдателя судебной палаты, внушалъ ему, какъ надо разрѣшить какое-то дѣло, и въ качествѣ наиболѣе вѣскаго аргумента хотѣлъ было пустить въ ходъ палку, но предсѣдатель поспѣшилъ спастись бѣгствомъ. Гессенъ, 13.

[3]) Джаншіевъ. Изъ эпохи, 471.

чиненіе судебнаго мѣста лицу или мѣсту правительственному, ослабляя высокое значеніе суда, ограничиваетъ право его примѣнять законы безпристрастно, не смотря на лица и не внимая ничьимъ требованіямъ и предложеніямъ, какъ то предписано въ ст. 64 т. I Свода зак. основныхъ“ [1]), составители судебныхъ уставовъ провозгласили въ ст. 1 основныхъ положеній судоустройства принципъ самостоятельности суда: „власть судебная отдѣляется отъ исполнительной, административной, и законодательной“.

Осуществляя этотъ принципъ, составители судебныхъ уставовъ предоставили судебную власть особой системѣ органовъ (ст. 1 учр. суд. уст.) и построили ее въ видѣ пирамиды, вершину которой образовалъ сенатъ, наблюдающій, „въ качествѣ верховнаго кассаціоннаго суда, за охраненіемъ точной силы закона и за единообразнымъ его исполненіемъ всѣми судебными установленіями имперіи“ (ст. 5 учр.). Благодаря этому, обще-гражданскіе суды получили полную самостоятельность и образовали одну цѣльную систему. Однако полное объединеніе и обособленіе органовъ судебной власти съ изданіемъ судебныхъ уставовъ еще не было достигнуто, такъ какъ остались неприкосновенными различные спеціальные суды, въ организаціи которыхъ принципъ раздѣленія властей не былъ проведенъ, и которые вслѣдствіе этого находились въ большей или меньшей зависимости отъ постороннихъ вѣдомствъ (министерства внутреннихъ дѣлъ, духовнаго вѣдомства и проч.). Задачей дальнѣйшихъ реформъ было приведеніе этихъ судовъ путемъ соотвѣтствующихъ измѣненій въ связь съ системой обще-гражданскихъ судовъ. Но вмѣсто этого законодательство сдѣлало рѣзкій шагъ назадъ—въ сторону смѣшенія судебной и административной властей: въ 1889 г. мировые судьи были замѣнены во внутреннихъ губерніяхъ земскими начальниками, городскими судьями и уѣздными членами окружныхъ судовъ. Уѣздная юстиція сосредоточилась главнымъ образомъ въ рукахъ земскихъ начальниковъ, которые являются чиновниками министерства внутреннихъ дѣлъ, исполняютъ вмѣстѣ съ судебными также и административныя функціи и находятся въ прямомъ подчиненіи у губернаторовъ. Къ какимъ по-

[1]) Объясненіе ко 2 ст. учр. суд. уст.

слѣдствіямъ привело это нарушеніе принципа самостоятельности судебной власти, и какимъ образомъ должны быть преобразованы органы мѣстной юстиціи, будетъ изложено ниже (см. § 31).

§ 17.

Судъ присяжныхъ.

Существуетъ мнѣніе, что наилучшій способъ создать вполнѣ независимый судъ состоитъ въ томъ, чтобы предоставить выполненіе судебной функціи судьямъ, избираемымъ самимъ населеніемъ на короткое время, т.-е., ввести институтъ присяжныхъ засѣдателей, принесшій благодѣтельные результаты въ примѣненіи къ уголовнымъ дѣламъ. Возможность распространенія его и на гражданскія дѣла доказывается лучше всякихъ теоретическихъ разсужденій тѣмъ обстоятельствомъ, что онъ возникъ первоначально именно въ области гражданскаго процесса [1]), въ теченіе многихъ вѣковъ существовалъ и по настоящее время удержался въ Англіи, откуда перешелъ въ Соединенные Штаты и англійскія колоніи [2]).

Но введеніе суда присяжныхъ не разрѣшаетъ вполнѣ проблемы судейской независимости, ибо не устраняетъ необходимости созданія постоянныхъ государственныхъ судей, все-таки нужныхъ для предварительной подготовки дѣлъ, для предсѣдательствованія въ засѣданіяхъ суда присяжныхъ и для разрѣшенія цѣлаго ряда дѣлъ, которыя нельзя отнести къ вѣдѣнію присяжныхъ—либо въ виду ихъ маловажности, либо потому, что они должны быть разрѣшаемы на основаніи формальныхъ доказательствъ.

Кромѣ того, съ принципіальной точки зрѣнія, цѣлесообраз-

---

[1]) Rüttimann. Der englische Civilprocess, 1851, X. Franqueville, Le système judiciaire de la Grande Bretagne, I, 1893, 490 ss.

[2]) Онъ введенъ также конституціей 1826 г. въ Португаліи, но только въ качествѣ не обязательнаго, а факультативнаго. На практикѣ онъ рѣдко примѣняется, такъ какъ тяжущіеся предпочитаютъ обращаться къ обыкновенному коронному суду. Leske und Loewenfeld, Rechtsverfolgung, I, 257.

ность примѣненія суда присяжныхъ въ гражданскомъ процессѣ представляется чрезвычайно спорной. Въ то время какъ одни считаютъ его наисовершеннѣйшей формой суда и полагаютъ, что онъ—есть „тотъ идеалъ, къ которому рано или поздно приблизится и гражданскій судъ“ [1]), другіе наоборотъ, находятъ, что онъ неумѣстенъ въ гражданскомъ процессѣ, такъ какъ „способенъ поколебать правовой порядокъ“ и повести за собой „упадокъ настоящей юриспруденціи“ [2]).

Въ пользу перваго мнѣнія выставляются тѣ же доводы, какими оправдывается существованіе суда присяжныхъ въ уголовномъ процессѣ [3]), а именно: присяжные не зависятъ отъ правительственной власти; они лучше коронныхъ судей знаютъ бытовыя условія, въ которыхъ возникли подлежащія ихъ разбору дѣла, такъ какъ сами принадлежатъ къ той же средѣ; лучше знаютъ также тяжущихся и свидѣтелей, а потому могутъ вѣрнѣе оцѣнить ихъ показанія; они болѣе впечатлительны, какъ свѣжіе люди, и живѣе воспринимаютъ фактическій матеріалъ дѣлъ; они относятся къ дѣламъ съ большимъ вниманіемъ и интересомъ, понимая, что нынѣшніе тяжущіеся могутъ оказаться завтра въ роли присяжныхъ, а они сами въ роли тяжущихся; они свободны отъ всякой профессіональной, вырабатываемой долгимъ упражненіемъ рутины, отъ всякихъ предвзятыхъ механическихъ пріемовъ и шаблоновъ и лучше улавливаютъ индивидуальныя особенности каждаго случая; наконецъ, благодаря непосредственному участію въ отправленіи гражданскаго правосудія, создается благодѣтельная связь между закономъ и гражданами: населеніе знакомится съ дѣйствующимъ правомъ и въ то же самое время получаетъ возможность проводить въ жизнь

---

[1]) Муромцевъ. Судъ и законъ въ гражданскомъ правѣ (Юрид. В. 1880 № 11, стр. 392). Подобное же мнѣніе высказывали другіе, напр., Jeanvrot (II, 90: „мировая сдѣлка, третейскій судъ и судъ присяжныхъ—вотъ три столпа судебной организаціи будущаго“); J. Simon (Liberté politique, 1881, 192: „будущее юстиціи заключается въ двухъ словахъ: присяжные, люди практики, и судьи отвлеченнаго права“, и др.

[2]) Лазаревичъ. Судоустройство, I, 43; Правда въ гражд. процессѣ (Журн. гражд. пр. 1888 № 1, 20; Гернетъ. Цѣль въ правѣ, I, 404.

[3]) См. курсы угол. процесса, а также соч. Миттермайера: Законодательство и юридическая практика, 1864, §§ 14 и 15.

чрезъ посредство судебныхъ рѣшеній и свои юридическія воззрѣнія [1]).

Противъ введенія суда присяжныхъ тоже приводится цѣлый рядъ соображеній. Изъ нихъ главное, чаще всего повторяемое состоитъ въ томъ, что въ гражданскихъ дѣлахъ очень трудно, если даже не совершенно невозможно, отдѣлить фактическую сторону отъ юридической, фактъ отъ права, а такъ какъ присяжнымъ, какъ неспеціалистамъ, можетъ быть предоставлено разрѣшеніе однихъ только вопросовъ факта, то, слѣдовательно, въ гражданскомъ процессѣ для ихъ дѣятельности мало или даже вовсе нѣтъ мѣста [2]). Но это возраженіе неосновательно. Какъ справедливо замѣтилъ Дюпоръ, отдѣлить фактъ отъ права трудно, но судить безъ этого отдѣленія—невозможно. Вѣдь дѣятельность суда состоитъ именно въ подведеніи конкретныхъ фактическихъ случаевъ подъ общія и отвлеченныя нормы права, а судебное рѣшеніе представляетъ собою не что иное, какъ силлогизмъ, въ которомъ большая посылка—нормы права, а малая—фактическія обстоятельства даннаго дѣла. Далѣе, обязанностью судьи, предсѣдательствующаго въ засѣданіи суда присяжныхъ, является отдѣлить фактическую сторону дѣла и выразить ее терминами обыденной рѣчи, понятными каждому. Это умѣли дѣлать римскіе магистраты, умѣютъ дѣлать англійскіе и американскіе судьи. Слѣдовательно, это вполнѣ возможно.

Гораздо больше значенія имѣютъ другія возраженія. Несомнѣн-

[1]) Защитниками суда присяжныхъ въ гражданскомъ процессѣ являются: Comte, 79 ss., 103 ss.; Дюмонъ (у Бентама, 168 и сл., 172 и сл.); Meyer, VI, ch. 25; Jeanvrot, II, 15—57; Favre, 86—99. Jousserandot, 60 ss., 119 ss., 143, 149 ss., 173; Malpeyre, 223—227; Engelhardt, 30 ss; Saglier. De l'application du jury en matière civile, 1870; Simon. La liberté politique, 1881, 189 ss.; Токвиллъ. Демократія въ Америкѣ, II, 1860, 170, Bar, Brunner, Menger (Die Zulässigkeit neuen thatsächlichen Vorbringens in den höheren Instanzen, 1872, 120 ff.) и многіе другіе. Мнѣнія разныхъ авторовъ приведены у Jeanvrot (II, 15 ss.).

[2]) Аваревичъ, I, 40—41; Rousset, 20—21; Bethmann-Hollweg, I, 70. Glasson. La justice en Angleterre et en France (Rev. du dr. publ. 1895 № 1, 63—64) и др. Наиболѣе обстоятельно развилъ это соображеніе въ учредительномъ собраніи Тронше, мнѣніе котораго приведено въ статьѣ Б—каго. О постановленіи вопросовъ и порядкѣ собиранія голосовъ при рѣшеніи дѣлъ (Журн. М. Ю. 1860, т. 6, ноябрь, 243—244).

но, что привлеченіе гражданъ къ участію въ отправленіи гражданскаго правосудія ляжетъ на нихъ тяжелымъ бременемъ, въ виду многочисленности судебныхъ процессовъ. Требовать отъ частныхъ лицъ безвозмезднаго выполненія этой повинности врядъ ли возможно; вознаграждать за нее—было бы затруднительно для казны. Далѣе, для простыхъ и легкихъ дѣлъ судъ присяжныхъ—слишкомъ громоздкое и медленно дѣйствующее учрежденіе; для сложныхъ и запутанныхъ—недостаточно подготовленное и неприспособленое къ тщательному и глубокому изслѣдованію процессуальнаго матеріала. Затѣмъ, рѣшенія постановляются присяжными по внутреннему убѣжденію, безъ мотивировки, а потому правильность ихъ не можетъ быть провѣрена. Отсюда вытекаетъ полная безконтрольность ихъ дѣйствій. А между тѣмъ присяжные не всегда способны къ безпристрастной оцѣнкѣ даже фактической стороны дѣлъ; они могутъ быть недостаточно развиты въ умственномъ отношеніи, могутъ находиться подъ вліяніемъ разныхъ предвзятыхъ мнѣній, общественныхъ и классовыхъ предразсудковъ. Въ то же время у нихъ отсутствуетъ сознаніе корпоративной чести, ибо они не составляютъ особой корпораціи [1]).

Всѣ эти соображенія заставляютъ признать, что участіе присяжныхъ въ отправленіи гражданскаго правосудія можетъ быть полезно въ странахъ съ достаточно культурнымъ населеніемъ, въ которомъ развиты сознаніе гражданственности и правовое чувство, и гдѣ народъ привыкъ принимать участіе въ общественныхъ дѣлахъ [2]).

---

[1]) Къ числу противниковъ суда присяжныхъ въ области гражданскаго правосудія принадлежатъ: Бентамъ, 159 и сл.; Bordeaux, ch. XXII; Garsonnet, I, § 43; Picot, 232 ss.; Rousset, 20 ss.; Manfredini, 398 ss.; Helbronner, 12; Mittermaier (Arch. civ. Pr., 31 B.); Brauer (ibid. 44 B.); Kisch. 142—148; Азаревичъ, I, 40—43; Peters. Das englische bürg. Streitverfahren und die deutsche Zivilprozessreform, 1908, 49 ff.; Delpech. Quelques remarques de droit comparé sur les moyens d'assurer en pratique l'indépendance des juges vis-à-vis du pouvoir (Rev. du dr. publ. 1907 № 1, 70 ss) и др.

[2]) Юристы тѣхъ странъ, гдѣ судъ присяжныхъ примѣняется въ гражданскихъ дѣлахъ, расходятся во мнѣніяхъ относительно его достоинствъ. Rüttimann, X ss.; Franqueville II, 668 ss. Glasson, ук. ст. Статистика свидѣтельствуетъ, что въ Англіи число дѣлъ, передаваемыхъ сторонами на разрѣшеніе присяжныхъ, уменьшается. Такъ, въ судахъ графствъ было разобрано съ участіемъ присяжныхъ

§ 18.

Несмѣняемость судей [1]).

I. Принципъ раздѣленія властей обезпечиваетъ самостоятельность и независимость судебной власти, взятой въ цѣломъ, какъ совокупности органовъ, отправляющихъ правосудіе. Но онъ не гарантируетъ независимости каждаго отдѣльнаго судьи, который можетъ опасаться, что въ случаѣ, если его дѣятельность не понравится высшимъ органамъ своего вѣдомства, которымъ онъ подчиненъ (министру юстиціи или какимъ-либо инымъ), то онъ можетъ лишиться своего мѣста. Пока такое опасеніе возможно, въ безпристрастіи судей нельзя быть увѣреннымъ. Чтобы устранить это, есть одно средство: несмѣняемость судей. Она состоитъ въ томъ, что судья не можетъ быть, безъ собственнаго желанія или судебнаго приговора, ни удаленъ отъ занимаемой имъ должности, ни перемѣщенъ на низшую или равную должность, ни оставленъ за штатомъ безъ содержанія.

въ 1891 г. 1505 дѣлъ, а въ 1905 г. только 843. Въ 1907 г. во всей Англіи присяжные были призваны къ участію въ разрѣшеніи всего 2148 дѣлъ. Stein Zur Justizreform, 1907, 11. Въ Соединенныхъ Штатахъ суды присяжныхъ употребляются въ гражданскихъ дѣлахъ чаще, но функціонируютъ хуже, чѣмъ въ Англіи, вслѣдствіе того, что предсѣдательствующіе въ нихъ судьи и ведущіе дѣла адвокаты не стоятъ на такой высотѣ, какъ англійскіе. Neribcx, l'organisation judiciaire aux Etats Unis, 1909, 295 ss.

[1]) Анциферовъ. Къ ученію о несмѣняемости судей по суд. уст. 20 ноября 1864 г. (Журн. гражд. пр. 1884 № 9, перепеч. въ его „Сборникѣ статей", 1898 г.); Завадскій. Несмѣняемость судьи и его независимость (Труды каз. юрид. общ. 1903 г., изд. и отдѣльно, 1904 г.); Палаузовъ. Судебная реформа во Франціи (Журн. гражд. пр. 1882 кн. 7). Тальбергъ. Несмѣняемость судей во Франціи (Юрид. Вѣсти. 1893 № 1); Филипповъ, I, гл. III; Фойницкій, I, §§ 89—91; Тальбергъ, I, §§ 81—83.

Pirard. Inamovibilité de la magisirature et la necessité de la maintenir, 1879; Pelletan. La magistrature (безъ означенія года, противъ несмѣняемости, по поводу проекта Беранжэ); Martin-Sarzeaud. Recherches historiques sur l'inamovibilité de la magistrature, 1881; Desjardins. Etudes sur l'inamovibilité de la magistrature, 1880; Desjardins. Inamovibilité de la magistrature dans l'ancienne France, 1880 (содержаніе этого сочиненія изложено въ Журн. гражд. пр. 1881 кн. 31). Jeanvot. I, l'inamovibilité. Carisch. De l'inamovibilité de la magistrature, 1909. Manfredini, 441 ss. См. также сочиненія, указ. на стр. 33—34.

Обыкновенно несмѣняемость судей усматриваютъ лишь въ томъ, что судья, однажды назначенный на должность, не можетъ быть удаленъ по чьему-либо распоряженію, а сохраняетъ право оставаться въ ней, пока не будетъ лишенъ его по приговору суда. Но для того, чтобы судейская независимость была вполнѣ ограждена, необходимо предотвратить возможность обходовъ принципа несмѣняемости, понимаемаго въ столь узкомъ смыслѣ. Такіе обходы вполнѣ возможны, во-первыхъ, въ видѣ перемѣщенія судьи съ занимаемой имъ должности на другую—низшую, или, хотя и равную, но въ другой мѣстности, что иногда можетъ представлять для судьи такія неудобства, которыя заставятъ его предпочесть выходъ въ отставку [1]). Другой способъ избавиться отъ формально несмѣняемаго судьи состоитъ въ томъ, чтобы упразднить занимаемую имъ должность, оставить его за штатомъ, а затѣмъ, въ случаѣ надобности, вновь учредить ту же должность, но замѣстить ее уже другимъ лицомъ. Такъ какъ иногда упраздненіе должностей представляется необходимымъ въ интересахъ государства, если, напр., число судей въ извѣстномъ округѣ оказывается превышающимъ дѣйствительную потребность въ нихъ, и такъ какъ законодательная власть не можетъ отказаться отъ права уничтожать излишнія должности, то для обезпеченія судейской независимости достаточно постановить, что судья, въ случаѣ упраздненія его должности, долженъ быть либо назначенъ на равную должность, либо оставленъ за штатомъ съ сохраненіемъ своего содержанія, впредь до новаго назначенія на такую же должность [2]). Поэтому принципъ несмѣняемости долженъ быть формулированъ шире [3]).

Изъ опредѣленія несмѣняемости видно, что она вовсе не означаетъ полнѣйшей безотвѣтственности судей. Она только устраняетъ произволъ изъ судейской карьеры, разрывая связь между судьей и тѣмъ, кто его назначилъ [4]). Судья получаетъ независимость, но отвѣтственность съ него вовсе не снимается: только онъ отвѣчаетъ не въ административномъ порядкѣ, а по суду.

---

[1]) Piola-Caseli, 336—337.
[2]) Фойницкій, I, 246—247.
[3]) Carich, 3.
[4]) Fuzier-Hermain, 296.

Этимъ-то „*моментомъ суда* и отличается положеніе судьи несмѣняемаго отъ смѣняемаго“ [1]). Какой это судъ — уголовный или дисциплинарный—вопросъ второстепенный: важно лишь, чтобы это былъ „судъ“ въ строгомъ смыслѣ слова, т.-е., удовлетворящій всѣмъ требованіямъ раціональнаго судоустройства [2]).

Практическое значеніе несмѣняемости очевидно. Она ставитъ судью внѣ сферы вліянія лицъ, власть имущихъ, даетъ ему „мужество противостоять просьбамъ и угрозамъ, откуда бы онѣ ни исходили, поражать виновныхъ, какъ бы высоко они ни стояли, и слушаться только голоса своей совѣсти“ [3]). „Несмѣняемость нужна для самого судьи—какъ охрана, для тяжущагося—какъ гарантія; она необходима для достоинства управленія, для святости закона [4]). „Безъ нея,—какъ выразился Жюль Фавръ, „судья—не судья, а агентъ министерства“ [5]).

II. Принципъ несмѣняемости судей былъ раньше всего провозглашенъ въ Испаніи (въ 1442 г.), а затѣмъ въ Германіи (въ 1495 г.), гдѣ послѣ того неоднократно подтверждался, но въ дѣйствительности ни тамъ, ни тамъ осуществленъ не былъ. Практическое примѣненіе онъ получилъ во Франціи, гдѣ съ половины XV в. французскіе короли, желая создать себѣ прочный оплотъ, для борьбы съ

---

[1]) Завадскій, 5.

[2]) Завадскій, 8—9.

[3]) Garsonnet, I, 207.

[4]) J. Simon. La liberté politique, 1881, 185.

[5]) Favre, 101. Чрезвычайно картинно и ярко изобразилъ значеніе несмѣняемости Роайе-Колляръ: „Когда власть, назначая судью отъ имени общества, приглашаетъ гражданина занять эту выдающуюся должность, она говоритъ ему: „органъ закона, будь, какъ онъ, безстрастенъ. Всѣ страсти будутъ трепетать вокругъ тебя, твоей души пусть онѣ никогда не смутятъ. Если, по моему ли собственному заблужденію, благодаря ли вліяніямъ, отъ которыхъ мнѣ самой было бы вредно вполнѣ обезпечить себя, у меня вырвутся несправедливыя приказанія,—не слушайся моихъ повелѣній, сопротивляйся моимъ прельщеніямъ, противостой моимъ угрозамъ. Пусть при входѣ въ судъ въ глубинѣ твоего сердца не останется ни боязни, ни надежды. Будь безстрастенъ, какъ законъ!“ Гражданинъ отвѣчаетъ: „я—только человѣкъ, а ты требуешь отъ меня сверхчеловѣческаго. Ты слишкомъ сильна, а я слишкомъ слабъ; я паду въ этой неравной борьбѣ. Ты не захочешь признать тѣхъ поводовъ къ сопротивленію, на которые сейчасъ сама мнѣ указываешь, и накажешь меня за это сопротивленіе. Я не могу постоянно быть выше самого себя, если ты не защитишь меня сразу и отъ себя и отъ тебя. Излѣчи же мою слабость. Избавь меня отъ страха и отъ надежды. Пообѣщай, что я сойду съ судейскаго мѣста только тогда, когда будетъ доказано, что

феодалами, въ сословіи юристовъ и въ чиновничествѣ, одаряли ихъ разными привилегіями, въ томъ числѣ несмѣняемостью. Впервые Людовикъ XI постановилъ въ ордонансѣ 1467 г., что королевскіе чиновники могутъ быть удаляемы со службы только въ случаѣ нарушенія ими служебнаго долга (forfaiture). Затѣмъ принципъ несмѣняемости укрѣпился во Франціи, благодаря развившейся системѣ продажи должностей. Нуждаясь въ деньгахъ для военныхъ предпріятій, французскіе короли стали продавать государственныя должности, которыя получили вслѣдствіе этого характеръ частной собственности, не подлежавшей отчужденію со стороны правительства. Во время революціи система продажи должностей была уничтожена; вмѣстѣ съ нею была признана несоотвѣтствующей выборному началу замѣщенія судейскихъ должностей и несмѣняемость.

Вскорѣ принципъ несмѣняемости былъ возстановленъ и впослѣдствіи подтверждался почти всѣми позднѣйшими французскими конституціями. Это обстоятельство не мѣшало однако правительству постоянно нарушать судейскую несмѣняемость. Послѣ каждаго почти политическаго переворота восторжествовавшая и достигшая власти партія немедленно начинала такъ называемое „очищеніе судейскаго персонала“, удаляя судей иного политическаго направленія и замѣняя ихъ своими единомышленниками [1]).

Въ текстъ дѣйствующей нынѣ конституціи 1875 г. принципъ несмѣняемости не внесенъ, но все-таки считается сохраняющимъ силу, такъ что когда въ 1883 г. правительству понадобилось пріостановить на 3 мѣсяца его дѣйствіе, чтобы удалить судей,

---

я измѣнилъ обязанности, которую ты на меня налагаешь“.—Власть колеблется: въ природѣ власти медленно отказываться отъ своего произвола. Наконецъ, она, убѣдившись на опытѣ въ истинныхъ своихъ выгодахъ и покоряясь все растущей силѣ обстоятельствъ, говоритъ судьѣ: „ты будешь несмѣняемъ“. Таковы происхожденіе и мотивы, исторія и теорія принципа несмѣняемости, принципа абсолютнаго, котораго нельзя измѣнить, не уничтоживъ его, который гибнетъ цѣликомъ при малѣйшемъ ограниченіи... къ которому стремится каждое общество, еще не получившее его, и котораго не упускаетъ ни одно общество, если оно еще не впало въ рабство, принципа, наконецъ, который всегда подвергался и подвергается угрозамъ со стороны нарождающейся тиранніи и уничтожается тиранніей всемогущей“. Цит. у Picot, 70—72.

[1]) Палаузовъ, 85 и сл.

недостаточно преданныхъ республиканскому образу правленія, то былъ изданъ съ этой цѣлью спеціальный законъ [1]). По дѣйствующему законодательству члены общихъ судовъ могутъ быть смѣщаемы или перемѣшаемы только въ слѣдующихъ случаяхъ: 1) по достиженіи предѣльнаго возраста (75 лѣтъ для членовъ кассаціоннаго суда и 70 лѣтъ для прочихъ судей), 2) при упраздненіи должности и 3) по постановленію общаго собранія кассаціоннаго суда: а) за проступки, б) при необходимости перемѣщенія ради пользы службы и в) въ случаѣ тяжкаго и неизлѣчимаго недуга. Для мировыхъ судей не установлено предѣльнаго возраста, а увольненіе или перемѣщеніе въ низшій классъ можетъ быть производимо по постановленію особой комиссіи, состоящей изъ генеральнаго прокурора, трехъ членовъ кассаціоннаго суда и трехъ директоровъ департамента министерства юстиціи. Члены коммерческихъ судовъ, избираемые купеческими сословіями на два года, пользуются въ теченіе срока своей службы несмѣняемостью, подчиняясь дисциплинарной власти министра юстиціи и апелляціонныхъ судовъ [2]).

Въ Германіи принципъ судейской несмѣняемости получилъ практическое осуществленіе значительно позже: только въ XIX в., хотя неоднократно признавался какъ имперскимъ, такъ и партикулярными законодательствами. Лишь въ началѣ XIX в. южногерманскія государства, подъ вліяніемъ проникшихъ черезъ Францію идей англійскаго судоустройства, установили судейскую независимость. За ними послѣдовала Пруссія въ серединѣ столѣтія (констит. 1859 г.) и одновременно съ нею Австрія, гдѣ, впрочемъ, окончательное признаніе независимости и несмѣняемости судей было сдѣлано только въ конституціи 1867 г. [3]).

---

[1]) Carisch, 18—19, 35. Эсменъ, 287.

[2]) Garsonnet, Précis, №№ 39, 40; Carisch, 45—47. Сходныя съ французскими постановленія дѣйствуютъ въ Бельгіи и Италіи. Наиболѣе существенныя отличія состоятъ въ томъ, что въ Бельгіи несмѣняемость распространяется на всѣхъ судей, даже низшихъ, а въ Италіи ею начинаютъ пользоваться судьи послѣ трехъ лѣтъ службы и, кромѣ того, допускается перемѣщеніе судей въ другіе округа по распоряженію министерства юстиціи, на основаніи заключенія комиссіи изъ членовъ и прокуроровъ римскаго кассаціоннаго суда. Piola-Caselli, 199 ss., 335 ss.; Mattirolo Istituz., № 34.

[3]) Aubin, 6 ff.

По дѣйствующему германскому уставу судоустройства, судьи назначаются пожизненно (§ 6) и могутъ быть увольняемы, временно устраняемы и переводимы на другія мѣста только по приговору суда, постановленному при наличности указанныхъ въ законѣ причинъ и при соблюденіи предписаннаго порядка производства (§ 8). Въ случаѣ измѣненія организаціи судовъ или судебныхъ округовъ министерство юстиціи подлежащаго государства имѣетъ право перевести судью въ другой судъ или оставить за штатомъ съ сохраненіемъ полнаго содержанія (§ 8). Члены германскаго имперскаго суда подлежатъ только уголовной отвѣтственности за преступленія по службѣ, означенныя въ уголовномъ кодексѣ: никакой дисциплинарной власти надъ ними нѣтъ. Даже въ томъ случаѣ, когда уголовный судъ приговорилъ члена имперскаго суда къ позорящему наказанію или къ тюремному заключенію свыше года, виновный можетъ быть уволенъ отъ должности не иначе, какъ по постановленію общаго собранія суда (§ 128). На ряду съ этими постановленіями сохраняютъ, однако, силу существующія въ отдѣльныхъ германскихъ государствахъ дисциплинарные законы, которыми судейская несмѣняемость въ значительной степени ограничивается. Такъ, по прусскимъ дисциплинарнымъ законамъ 1851, 1856 и 1879 гг., судья можетъ быть удаленъ отъ должности по приговору дисциплинарнаго суда и, притомъ, не только въ случаѣ нарушенія судейскихъ обязанностей, но и тогда, когда онъ своимъ образомъ дѣйствій, либо при исполненіи обязанностей, либо внѣ его, показалъ себя недостойнымъ того уваженія и довѣрія, какихъ требуетъ его должность.

Затѣмъ, судьи могутъ быть перемѣщаемы въ случаѣ возникновенія между ними свойства и увольняемы съ пенсіей, когда утрачиваютъ способность къ исполненію своихъ обязанностей по причинѣ тѣлесныхъ и душевныхъ недуговъ. Въ послѣднемъ случаѣ ихъ увольненію предшествуетъ особое производство, въ родѣ того, какое установлено въ этихъ же случаяхъ по отношенію къ членамъ имперскаго суда [1]). Сходныя постановленія относительно перемѣщенія и увольненія судей въ дисциплинар-

[1]) Aubin, 27 ff. Kade, 227—229.

номъ порядкѣ дѣйствуютъ и въ другихъ германскихъ государствахъ (Баваріи, Саксоніи и др.) [1]), а также въ Австріи, съ тою разницей, что здѣсь министру юстиціи принадлежитъ право переводить судей въ другіе округа на время не свыше 6 мѣсяцевъ и перемѣщать изъ одного суда въ другой въ предѣлахъ того же округа [2]).

Въ Англіи несмѣняемость судей возникла позже, чѣмъ на континентѣ, но утвердилась гораздо прочнѣе. Впервые при Вильямѣ III постановлено въ 1700 г., что судьи не могутъ быть удалены отъ должности, пока они „себя хорошо ведутъ“ (quamdiu se bene gesserint, during good behaviour), и что увольненіе ихъ производится не иначе, какъ по постановленію обѣихъ палатъ, утвержденному королемъ, т.-е., значитъ, спеціальнымъ закономъ. Однако несмѣняемость и этимъ закономъ не была еще вполнѣ обезпечена, такъ какъ считалось, что со смертью короля всѣ судьи утрачивали свои должности и должны были съизнова назначаться новымъ королемъ. Такъ обстоялъ вопросъ до 1760 г., когда Георгъ III, вступивъ на престолъ, предложилъ парламенту признать, что судьи назначаются пожизненно. Немедленно былъ изданъ соотвѣтствующій законъ, который окончательно утвердилъ судейскую несмѣняемость, чѣмъ вызвалъ въ народѣ всеобщій восторгъ [3]). Этотъ статутъ сохранилъ силу до настоящаго времени, но онъ не распространяется на судей графствъ, которые могутъ быть смѣщаемы лордомъ канцлеромъ, чему, впрочемъ, еще не было примѣра [4]). Въ Швейцаріи члены союзнаго суда подлежатъ увольненію только по приговору уголовнаго суда, но такого случая тоже еще не бывало [5]). Въ Соединенныхъ Штатахъ федеральные судьи могутъ быть устраняемы отъ должностей лишь въ томъ случаѣ, когда палата депутатовъ возбудила противъ нихъ обвиненіе въ государственной измѣнѣ, взяточничествѣ или иномъ важномъ преступленіи, и когда сенатъ осудилъ ихъ [6]). До сихъ поръ было четыре случая возбужденія

---

[1]) Aubin, 32 ff. Kade, pass.
[2]) Aubin, 41 ff.
[3]) Бентамъ, 68, прим. Franqueville, I, 383—384.
[4]) Franqueville, 403.
[5]) Ulrich. Die Bestellung der Gerichte in den modernen Republiken, 1904, 74—75.
[6]) Ib., 37 и сл.

такого преслѣдованія противъ судей, при чемъ два случая окончились осужденіемъ [1]).

Противъ принципа несмѣняемости выставляются разныя возраженія; но они основываются по большей части на недоразумѣніяхъ и неправильномъ представленіи о сущности этого принципа [2]). Такъ, говорятъ, что несмѣняемость не въ состояніи улучшить составъ судовъ и сдѣлать плохихъ судей хорошими, упуская изъ виду, что она введена не для улучшенія личныхъ качествъ судей, а для обезпеченія ихъ независимости, дающей имъ возможность сохранять безпристрастіе. Многіе смѣшиваютъ несмѣняемость съ безотвѣтственностью [3]); другіе—съ отсутствіемъ служебной карьеры и движенія по службѣ [4]). Наконецъ, высказывалось даже мнѣніе, что несмѣняемость несовмѣстима съ тѣмъ или другимъ образомъ правленія: во Франціи ее считали не согласующейся съ республиканской формой правленія [5]), въ Соединенныхъ Штатахъ—съ дѣйствительнымъ народовластіемъ [6]), а у насъ—съ монархическимъ принципомъ [7]). Уже діаметральная противоположность этихъ мнѣній ясно свидѣтельствуетъ объ ихъ ошибочности. И въ самомъ дѣлѣ, несмѣняемость судей можетъ существовать всюду, гдѣ возможенъ независимый судъ, т.-е., она совмѣстима со всякой формой правленія, основанной на принципѣ законномѣрности.

Единственное, дѣйствительно серьезное возраженіе противъ принципа несмѣняемости состоитъ въ томъ, что онъ заставляетъ терпѣть на службѣ такихъ судей, которые утратили трудоспособность вслѣдствіе одряхлѣнія. Но это неудобство нетрудно

---

[1]) Ib., 40. Nerincx, 27, 81.

[2]) Manfredini, 442 ss.

[3]) Pelletan, 9: „Несмѣняемость — не что иное, какъ безотвѣтственность. Безотвѣтственность означаетъ безнаказанность, а безнаказанность всегда служитъ поощреніемъ ко всему дурному, скрывающемуся въ человѣкѣ". Ср. Бентамъ, 69—71; Jeanvrot, II, 60.

[4]) „Какое безуміе,—восклицаетъ Луи Блапъ,—сдѣлать судью несмѣняемымъ! Видя, что все вокругъ мѣняется, тогда какъ онъ неподвиженъ, онъ можетъ вообразить, что принадлежитъ къ иной расѣ, нежели граждане, которые обращаются къ нему съ просьбами, но никогда не будутъ его судьями". Desjardins, 9.

[5]) Указанія см. у Picot, 102.

[6]) Ulrich, 47.

[7]) Указ. у Завадскаго, 9—10.

устранить: нужно приравнять дряхлость къ болѣзни и распространить на судей, потерявшихъ способность исполнять свои обязанности вслѣдствіе дряхлости, тѣ правила, которыя установлены для случаевъ потери судьями трудоспособности по причинѣ тяжкихъ болѣзней. Принципъ несмѣняемости этимъ не будетъ нарушенъ, если только поставить увольненіе судей въ зависимость не отъ усмотрѣнія министра юстиціи, а отъ постановленія коллегіальнаго органа власти, самостоятельнаго и дѣйствующаго безпристрастно. Такимъ органомъ можетъ быть общее собраніе того суда, къ которому принадлежитъ потерявшій трудоспособность судья, или общее собраніе высшаго суда, или даже дисциплинарный судъ, если онъ правильно организованъ.

Наиболѣе компетентна въ вопросѣ о трудоспособности судьи та коллегія, къ составу которой онъ принадлежитъ. „Самъ судъ, на мѣстѣ, лучше знаетъ, кто еще можетъ работать и какъ велика его рабочая сила, опытъ, запасъ знаній и нравственнаго вліянія на коллегію; сами члены суда непосредственно заинтересованы въ томъ, чтобы не возлагать на отдѣльныхъ членовъ работу непосильную, которую пришлось бы нести способнымъ и работящимъ взамѣнъ одряхлѣвшихъ и облѣнившихся: никто себѣ не врагъ, и коллегія не такъ-то легко согласится на оставленіе на службѣ безполезнаго члена“ [1]). Если даже судебная коллегія проявитъ чрезмѣрную снисходительность по отношенію къ своему потерявшему трудоспособность члену [2]), то въ этомъ тоже не будетъ большой бѣды, ибо въ такомъ случаѣ, значитъ, прочіе члены ея согласны работать за своего коллегу и принимаютъ на себя отвѣтственность за надлежащее качество работы.

По отношенію къ судьямъ, потерявшимъ трудоспособность

---

[1]) Даневскій, 66.

[2]) Во Франціи, по закону 1824 г., вопросъ о неспособности судей продолжать исполненіе своихъ обязанностей по причинѣ тяжкихъ и неизлѣчимыхъ недуговъ разрѣшался апелляціонными судами. Законъ 1883 г. возложилъ эту функцію на кассаціонный судъ вслѣдствіе того, что апелляціонные суды проявляли излишнюю снисходительность по отношенію къ своимъ членамъ и членамъ судовъ первой инстанціи, объ увольненіи которыхъ возбуждалось производство. Carisch, 65—67. Нельзя не замѣтить, однако, что кассаціонный судъ не можетъ располагать достаточными свѣдѣніями о дѣятельности всѣхъ членовъ судебнаго вѣдомства и судить о пригодности или непригодности ихъ къ отправленію служебныхъ обязанностей.

вслѣдствіе дряхлости, возможно прибѣгнуть еще къ одной мѣрѣ съ цѣлью побудить ихъ къ выходу въ отставку: установить предѣльный возрастъ, по достиженіи котораго каждый судья подлежитъ увольненію. Эта мѣра имѣетъ ту хорошую сторону, что напередъ опредѣляетъ моментъ, когда судья обязанъ оставить службу, вслѣдствіе чего отставка не застаетъ его врасплохъ, и онъ имѣетъ возможность подыскать себѣ заранѣе другое занятіе и вообще урегулировать свои дѣла [1]).

Но, съ другой стороны, установленіе общаго и неизмѣннаго предѣльнаго возраста страдаетъ тѣмъ же недостаткомъ, который присущъ всякому общему сроку: произвольностью. Дряхлость наступаетъ не у всѣхъ въ одни и тѣ же годы. Гладстонъ, Бисмаркъ, Тьеръ, Моммзенъ и многіе другіе сохраняли полное обладаніе своими умственными способностями и трудоспособность до глубокой старости [2]), а иные люди уже въ 40 лѣтъ являются негодными къ работѣ инвалидами. Далѣе, житейскій и служебный опытъ, пріобрѣтаемые съ годами, особенно важное значеніе имѣютъ какъ разъ въ судейской профессіи, которая требуетъ навыка въ примѣненіи права, знанія жизни и людской психологіи. Помимо того, съ годами охлаждаются страсти и пріобрѣтается душевное равновѣсіе, столь необходимое для судьи. „Старикъ менѣе отзывчивъ на злобу дня, болѣе объективенъ и очень часто болѣе принципіаленъ“. Его присутствіе въ коллегіи вноситъ спокойствіе въ обсужденіе дѣлъ и внушаетъ гражданамъ довѣріе и уваженіе къ ней [3]). Поэтому, вводя предѣльный

---

[1]) „Многіе изъ судей,—говоритъ Ппко,—даже среди членовъ кассаціоннаго суда удовольствовались бы такою мѣрой, какъ отмѣна 70-тилѣтняго предѣльнаго возраста и сохраненіе для всей магистратуры однообразнаго возраста въ 75 лѣтъ. Они утверждаютъ, что всякій законъ, возлагающій на судей тягостную миссію объявлять неспособнымъ одного изъ своихъ коллегъ, останется мертвой буквой; что необходимо установленіе общаго правила, независящаго отъ человѣческой слабости: что на склонѣ лѣтъ исполненіе ежедневныхъ обязанностей должно уступить мѣсто размышленіямъ болѣе высокаго порядка; что между обыденными треволненіями и концомъ жизни необходимо углубленіе въ самого себя; что если самъ человѣкъ не въ силахъ принудить себя къ этому, то законъ долженъ назначить срокъ; что если этотъ срокъ одинаковъ для всѣхъ, то ему будутъ подчиняться безъ выраженія неудовольствія“. Picot, 354.

[2]) Коні. Предѣльный возрастъ судей („Журн. М. Ю.“ 1894 г. № 3, перепеч. въ его сборникѣ „За послѣдніе года“, 1896, 525—526).

[3]) Коні, 536.

возрастъ для судей, законодатель рискуетъ лишить правосудіе наилучшихъ его жрецовъ. Французскіе писатели свидѣтельствуютъ, что законъ 1852 г., установившій предѣльный возрастъ, привелъ къ весьма вреднымъ послѣдствіямъ. „Зло, которое причинено имъ магистратурѣ, — говорилъ министръ юстиціи Бераже, — неизмѣримо. Онъ лишилъ ее наиболѣе чтимыхъ свѣточей; разнуздалъ алчность; породилъ скандальныя явленія черезчуръ быстрыхъ успѣховъ и преждевременныхъ повышеній, глубоко подорвалъ уваженіе къ старости“ [1]).

Въ виду этого, либо вовсе не слѣдуетъ устанавливать предѣльнаго возраста, либо, установивъ его, все-таки каждый разъ представлять на разрѣшеніе общаго собранія данной судебной коллегіи вопросъ о потерѣ трудоспособности судьею, достигнувшимъ этого возраста [2]). Само собою понятно, что этотъ вопросъ долженъ быть разрѣшаемъ закрытымъ голосованіемъ.

Предѣльный возрастъ установленъ въ нѣкоторыхъ западноевропейскихъ государствахъ: во Франціи—75-лѣтній для членовъ кассаціоннаго суда и 70-лѣтній для членовъ прочихъ судовъ; въ Италіи—общій 75-лѣтній возрастъ; въ Бельгіи—70-лѣтній для судей первой инстанціи, 72-лѣтній—для членовъ апелляціонныхъ судовъ и 75-лѣтній—для членовъ кассаціоннаго суда; въ Пруссіи, Баваріи, Саксоніи, Баденѣ и др. нѣмецкихъ государствахъ—65-лѣтній. При этомъ въ нѣкоторыхъ странахъ судьи, достигшіе

---

[1]) Favre, 61. „Изъ судебнаго вѣдомства,—писалъ знаменитый парижскій адвокатъ Одиллонъ Барро, —удалили всѣхъ старыхъ судей подобно тому, какъ въ лѣсной чащѣ вырубаютъ старыя деревья, чтобы дать жизнь и свѣтъ молодымъ. Къ этому примѣняютъ терминъ, употребительный въ арміи: облегчить движеніе. Но цѣль совершенно не была достигнута. Въ то время какъ старые судьи, осужденные на смерть въ опредѣленный день, обезкураженные, деморализованные, уже задолго до срока стали болѣе чѣмъ небрежно относиться къ исполненію обязанностей той карьеры, въ которой для нихъ уже не было будущности, на ряду съ ними появилась пылкая молодежь, высчитывающая съ нетерпѣніемъ и ожидающая осуществленія шансовъ на повышеніе, которое ей обѣщалъ роковой законъ... Ахъ, если бы въ то время, когда я имѣлъ честь выступать передъ всѣми этими маститыми магистратами кассаціоннаго суда—Генріономъ де Пансн, Гандономъ, Карно, Лапаньи и другими, которые всѣ уже перешагнули за 80 лѣтъ и запечатлѣвали свои рѣшенія столь великимъ авторитетомъ именно вслѣдствіе своей долголѣтней опытности, если бы мнѣ сказали, что наступитъ день, когда ихъ могутъ изгнать изъ святилища, какъ признанныхъ неспособными, я возопилъ бы о кощунствѣ“. Barrot, 78—79.

[2]) Даневскій, 66. Ср. Manfredini, 200.

предѣльнаго возраста, могутъ быть увольняемы по усмотрѣнію министра юстиціи (во Франціи, Италіи) [1]), въ другихъ—по опредѣленію апелляціоннаго или высшаго суда (въ Баваріи [2]) Бельгіи) [3]), въ третьихъ — по постановленію дисциплинарнаго суда (въ Саксоніи [4]), Пруссіи, Баденѣ) [5]).

IV. Составители судебныхъ уставовъ 1864 г. хорошо понимали важное значеніе несмѣняемости. Въ мотивахъ къ 243 ст. они говорятъ: „самостоятельность судей, избранныхъ съ осмотрительностью, есть, безъ всякаго сомнѣнія, одно изъ надежныхъ ручательствъ въ правильномъ совершеніи правосудія, а потому и одно изъ главныхъ условій хорошаго судоустройства. Дѣла судебнаго вѣдомства касаются важнѣйшихъ интересовъ частныхъ лицъ: ихъ гражданской жизни, чести и достоянія; въ дѣлахъ этого рода могутъ быть нерѣдко заинтересованы, или непосредственно, или въ качествѣ покровителей подсудимыхъ и тяжущихся, лица, сильныя по своему положенію въ обществѣ: поэтому судьи должны быть поставлены въ положеніе сколь возможно болѣе независимое; для достиженія сей цѣли и постановлена настоящая статья". Согласно этой (243) статьѣ, предсѣдатели, товарищи предсѣдателей и члены судебныхъ мѣстъ не могли быть ни увольняемы, ни переводимы изъ одной мѣстности въ другую начальствомъ безъ ихъ согласія. Увольненію они подлежали только: 1) по приговору уголовнаго суда (ст. 243); 2) въ случаѣ неявки на службу въ теченіе мѣсяца по назначеніи на должность (ст. 224, 228); 3) въ случаѣ неисполненія своихъ обязанностей по болѣзни долѣе года (ст. 229), и 4) въ случаѣ личнаго задержанія за долги, объявленія несостоятель-

---

[1]) Garsonnet, 42. Piola-Caselli, 340.

[2]) Kade, 132—133.

[3]) Въ Бельгіи судьи, по достиженіи предѣльнаго возраста, обязаны подать въ отставку, если же они не сдѣлаютъ этого въ теченіе мѣсяца по полученіи соотвѣтствующаго предложенія со стороны предсѣдателей апелляціоннаго или кассаціоннаго судовъ, то вопросъ объ ихъ увольненіи разрѣшается по отношенію къ членамъ кассаціоннаго суда—общимъ собраніемъ этого суда, а по отношенію къ прочимъ судьямъ—общимъ собраніемъ апелляціоннаго суда, по ознакомленіи съ письменнымъ объясненіемъ судьи, о судьбѣ котораго идетъ рѣчь. Piola-Caselli, 199—200.

[4]) Въ Саксоніи распоряженіе министра юстиціи объ увольненіи судьи можетъ быть обжаловано въ дисциплинарный судъ при апелляціонномъ судѣ. Kade, 261.

[5]) Aubin, 29—30. Kade, 108.

нымъ должникомъ или присужденія въ уголовномъ порядкѣ къ кому-либо наказанію (ст. 295, 296). Постановленіе объ увольненіи дѣлалось въ послѣднемъ случаѣ общимъ собраніемъ кассаціонныхъ департаментовъ сената (ст. 295), а во 2-мъ и 3-мъ случаяхъ—начальствомъ по опредѣленію общаго собранія того суда, членомъ котораго данный судья состоитъ (228—230), при чемъ эти опредѣленія могли быть обжалуемы въ общее собраніе высшаго суда (ст. 231). Въ дисциплинарномъ порядкѣ судьи подлежали только предостереженіямъ (ст. 264), а послѣ трехъ въ теченіе года предостереженій предавались уголовному суду (ст. 293).

Строгое и послѣдовательное проведеніе принципа несмѣняемости въ судебныхъ уставахъ 1864 г. поставило русскихъ судей на высокую степень независимости [1]). Но не прошло и четверти вѣка, какъ былъ сдѣланъ законодательствомъ рѣшительный шагъ назадъ. Законъ 1885 г. учредилъ высшее дисциплинарное присутствіе и предоставилъ ему право увольнять и перемѣщать чиновъ судебнаго вѣдомства, по предложенію министра юстиціи, какъ за упущенія по службѣ, такъ и за противные нравственности или предосудительные поступки внѣ службы (ст. 295[2]). Дисциплинарное присутствіе составляется изъ первоприсутствующихъ кассаціонныхъ департаментовъ, всѣхъ сенаторовъ соединеннаго присутствія перваго и кассаціонныхъ департаментовъ и четырехъ сенаторовъ кассаціонныхъ департаментовъ, назначаемыхъ ежегодно по представленію министра юстиціи (ст. 119[4]). По истребованію объясненія отъ обвиняемаго судьи, дисциплинарное присутствіе можетъ либо уволить его отъ должности, либо перемѣстить на равную должность въ другую мѣстность (ст. 295[2]). Какъ составъ дисциплинарнаго присутствія, такъ и порядокъ разбирательства не представляютъ достаточныхъ гарантій основательности и безпристрастія приговоровъ. Именно, въ составъ этого присутствія входятъ, во-первыхъ, сенаторы 1-го департамента, не пользующіеся несмѣняемостью и назначаемые на годъ по докладу министра юстиціи, и, во-вторыхъ, 4 сенатора кассаціоннаго депар-

---

[1]) Единственный недостатокъ этихъ правилъ—отсутствіе указанія относительно положенія судьи въ случаѣ упраздненія его должности. Въ этомъ пунктѣ была оставлена возможность обхода принципа несмѣняемости, чѣмъ министерство и пользовалось на практикѣ.

тамента, назначаемые на такой же срокъ и въ томъ же порядкѣ, такъ что министръ юстиціи имѣетъ полную возможность вліять на составъ дисциплинарнаго присутствія. Что же касается самаго производства, то оно не гласно, происходитъ въ отсутствіи обвиняемаго и не подлежитъ обжалованію. Этому же дисциплинарному присутствію предоставлено разрѣшеніе вопроса объ увольненіи судей, подвергшихся въ уголовномъ порядкѣ какому-либо наказанію (ст. 295), и о временномъ устраненіи ихъ въ случаѣ привлеченія къ суду за преступленія, не относящіяся къ службѣ и влекущія за собой тюремное заключеніе или болѣе строгое наказаніе (ст. 295[1]).

Еще до изданія закона 1885 г. принципъ несмѣняемости судей подвергся ограниченію въ нѣкоторыхъ частяхъ Россіи. Именно, при введеніи новыхъ судовъ въ Закавказьи (въ 1866 г.) министру юстиціи было предоставлено право дѣлать изъятія изъ принципа несмѣняемости по отношенію къ членамъ общихъ судебныхъ мѣстъ, каждый разъ съ Высочайшаго разрѣшенія (ст. 448 учр. суд. уст.), а при судебной реформѣ въ Царствѣ Польскомъ (въ 1876 г.) было постановлено, что судьи дѣлаются несмѣняемыми по истеченіи трехъ лѣтъ службы въ должностяхъ не ниже судебнаго слѣдователя и товарища прокурора (ст. 528 учр.). Когда предстояло преобразованіе судебныхъ учрежденій въ Сибири, министерство юстиціи проектировало установить тамъ такое же ограниченіе принципа несмѣняемости, какое существовало въ Закавказьи. Но государственный совѣтъ отвергъ это предположеніе, признавъ, что нѣтъ никакого основанія дѣлать изъятіе изъ „коренного начала судебныхъ уставовъ“, и что „видѣть судей въ положеніи возможно независимомъ не только желательно, но совершенно необходимо именно въ Сибири, гдѣ, вслѣдствіе издавна укоренившихся привычекъ, имѣютъ мѣсто стороннія вліянія въ самыхъ широкихъ размѣрахъ“ [1]).

Основываясь на этомъ взглядѣ государственнаго совѣта, министръ юстиціи возбудилъ въ 1898 г. вопросъ объ отмѣнѣ ограниченій принципа несмѣняемости въ Закавказьи и Царствѣ Поль-

---

[1]) Журн. госуд. сов. 6 апр. 1896, № 63 (привед. у Шрейбера, стр. 522).

скомъ [1]), что и послѣдовало въ дѣйствительности: ст. 528 была отмѣнена, а изъ 448 ст. учр. исключена послѣдняя часть.

Итакъ, въ настоящее время принципъ несмѣняемости формально признанъ по отношенію ко всѣмъ членамъ общихъ судебныхъ мѣстъ повсюду, гдѣ дѣйствуютъ судебные уставы 1864 г. Но въ дѣйствительности онъ легко можетъ быть нарушаемъ благодаря тому, что судьи подлежатъ перемѣщенію и увольненію по постановленіямъ высшаго дисциплинарнаго присутствія, которое ни по своему составу, находящемуся въ зависимости отъ министра юстиціи, ни по примѣняемому порядку производства не представляетъ достаточныхъ гарантій безпристрастія.

V. При составленіи судебныхъ уставовъ предполагалось ввести предѣльный возрастъ и опредѣлить его въ 75 лѣтъ. Но затѣмъ было признано нужнымъ исключить такое правило „тѣмъ болѣе, что оно въ нѣкоторомъ отношеніи имѣетъ видъ какъ бы наказанія за то, что должностное лицо достигло извѣстнаго возраста на службѣ“ [2]). Такъ какъ никакихъ иныхъ постановленій относительно увольненія дряхлыхъ судей въ уставахъ тоже нѣтъ, то старческое одряхлѣніе можетъ служить у насъ причиной увольненія судьи только въ томъ случаѣ, если препятствуетъ ему являться на службу въ теченіе болѣе года (ст. 229).

Законами 1900 и 1902 гг. восполненъ пробѣлъ въ уставѣ по вопросу о положеніи судей, оставляемыхъ за штатомъ. Именно, постановлено, что, въ случаѣ упраздненія должностей, судьи либо переводятся на вакантныя должности въ другія судебныя мѣста, либо увольняются, либо оставляются за штатомъ. При этомъ соблюдается такой порядокъ. Членамъ судебнаго мѣста, въ которомъ сокращается число должностей, дѣлается запросъ о желаніи быть переведенными, уволенными или оставленными за штатомъ. Если никто не изъявитъ желанія, то выборъ производится министромъ юстиціи. Уволенный или оставленный за штатомъ судья имѣетъ право получить двухлѣтній окладъ жалованія, а если онъ прослужилъ не менѣе 10 лѣтъ, то и пенсію въ такомъ размѣрѣ: за службу отъ 10 до 20 лѣтъ треть

---

[1]) Шрейборъ, стр. 441—442.

[2]) Объясн. къ ст. 226 учр. суд. уст.

оклада жалованія, за службу отъ 28 до 30 лѣтъ—двѣ трети, а свыше 30 лѣтъ полный окладъ (ст. 231 [1–4]).

VI. Что касается другихъ категорій судей, то мировые судьи и предсѣдатели верхнихъ крестьянскихъ судовъ (въ прибалт. губ.) въ вопросѣ о несмѣняемости приравнены къ членамъ окружныхъ судовъ (ст. 71, 72, 76, 264, 270 учр. суд. уст.). Изъятіе сдѣлано для Закавказья, гдѣ мировые судьи подлежатъ перемѣщенію въ дисциплинарномъ порядкѣ (ст. 454 учр.); для прибалтійскихъ губерній, гдѣ отъ министра юстиціи зависитъ ихъ увольненіе (ст. 582, 565); для Царства Польскаго и Сибири, гдѣ министру предоставлено право какъ увольненія, такъ и перемѣщенія ихъ (ст. 511, 628, 652), при чемъ въ Царствѣ Польскомъ министръ обязанъ дѣйствовать по соглашенію съ варшавскимъ генералъ-губернаторомъ.

Городскіе судьи тоже приравнены къ членамъ окружныхъ судовъ, но съ существеннымъ отступленіемъ: они могутъ быть увольняемы министромъ юстиціи, согласно постановленіямъ консультаціи, учрежденной при министерствѣ юстиціи (ст. 7 прав. устр. суд. ч.). и состоящей изъ чиновниковъ министерства и оберъ-прокуроровъ департаментовъ сената (ст. 770 учр. мин.).

Изъ прочихъ судей въ наиболѣе благопріятномъ положеніи въ лучшемъ даже, чѣмъ члены общихъ судебныхъ мѣстъ, находятся волостные судьи въ прибалтійскихъ губерніяхъ. Они могутъ быть „исключаемы изъ службы и отрѣшаемы отъ должности только по приговору уголовнаго суда“ (ст. 62 кн. 1 вол. суд. уст.), а также въ случаѣ объявленія ихъ несостоятельными должниками и преданія суду или осужденія за преступленіе, влекущее за собою наказаніе не ниже тюремнаго заключенія (ст. 63).

Волостные судьи въ мѣстностяхъ, гдѣ введены земскіе начальники, временно устраняются отъ должностей земскими начальниками (ст. 62 полож. о зем. нач.), а удаляются—уѣзднымъ съѣздомъ (ст. 98 того же полож.). Въ прочихъ мѣстностяхъ, гдѣ дѣйствуетъ общее положеніе о крестьянахъ, волостные судьи увольняются отъ должностей сходами (ст. 194 общ. пол. крест.).

Гминные судьи и лавники въ Царствѣ Польскомъ подлежатъ увольненію по усмотрѣнію министра юстиціи (ст. 497 учр. суд. устан.).

Въ совершенно исключительное положеніе поставлены у насъ сенаторы. Кассаціонные департаменты сената входятъ въ составъ сената, а не судебныхъ учрежденій (ст. 114 и сл. учр. суд. уст.). О дисциплинарномъ надзорѣ за ними и объ отвѣтственности ихъ въ судебныхъ уставахъ ничего не говорится, а въ учрежденіи правит. сената сказано, что „если бы, паче чаянія, кто-либо изъ сенаторовъ при исполненіи его должности преступилъ предѣлы установленнаго порядка, то министръ юстиціи обязанъ донести о семъ Императорскому Величеству“, и что „сенаторы, за преступленіе должности, судятся въ кассаціонныхъ департаментахъ сената, въ судебномъ ихъ присутствіи“ (ст. 247, 248). Случаевъ преданія сенаторовъ суду не бывало, но увольненіе безъ прошенія случалось.

VII. Проектъ новой редакціи учр. суд. уст., оставаясь принципіально на точкѣ зрѣнія закона 1885 г., вводитъ нѣкоторыя улучшенія въ деталяхъ, но по существу ухудшаетъ положеніе судей. Такъ, представленіе объ увольненіи судьи по причинѣ неявки его на службу въ мѣсячный срокъ или неисполненія судейскихъ обязанностей по болѣзни болѣе года дѣлается уже не общимъ собраніемъ даннаго судебнаго мѣста, а только дисциплинарнымъ присутствіемъ его, состоящимъ изъ предсѣдателя и товарищей предсѣдателя подлежащаго судебнаго мѣста (проектъ, ст. 27 и 52). Высшее же дисциплинарное присутствіе замѣнено просто соединеннымъ присутствіемъ 1-го и судебныхъ кассаціонныхъ департаментовъ сената, состоящимъ всего изъ 7 членовъ (ст. 60). Всѣ постановленія этого присутствія по вопросу объ увольненіи или перемѣщеніи судей представляются министромъ юстиціи на Высочайшее усмотрѣніе (ст. 305). т.-е., не только обвинительные, но и оправдательные, вслѣдствіе чего можетъ случиться, что оправданный судья все-таки „будетъ уволенъ, такъ какъ министръ юстиціи, при докладѣ Государю, отъ котораго при проектируемомъ порядкѣ будетъ зависѣть исходъ дѣла, имѣетъ полную возможность представить объясненія въ желательномъ для него смыслѣ“ [1]). Что касается вводимыхъ проектомъ улучшеній, то они заключаются въ лучшей редакціи и систематизаціи постановле-

---

[1]) Михайловскій, 286.

ній объ увольненіи судей и въ дополненіи причинъ увольненія еще одною: потерею трудоспособности вслѣдствіе старческаго одряхлѣнія и немощи (ст. 304).

§ 19.

Повышенія по службѣ [1]).

I. Принципъ несмѣняемости превращается въ пустое слово и очень легко обезсиливается стоящей во главѣ судебнаго вѣдомства властью, если ей предоставлено право по своему усмотрѣнію повышать судей въ должностяхъ или увеличивать ихъ жалованіе. Надежда получить лучшее мѣсто или прибавку къ содержанію можетъ оказывать на судью не менѣе могущественное вліяніе, чѣмъ боязнь лишиться мѣста, и министръ юстиціи, имѣя право улучшать служебное положеніе судей, обладаетъ такою же возможностью производить на нихъ давленіе въ желательную для себя сторону, какъ и въ томъ случаѣ, когда ему предоставлено налагать на судей взысканія, ибо, какъ выразился Контъ, „большія надежды сильнѣе вліяютъ на человѣческое сердце, чѣмъ маленькія опасенія“. Возможность получить повышеніе по службѣ или награду независимо отъ служебныхъ заслугъ, а по протекціи или по милости начальства, деморализуетъ судей и превращаетъ ихъ въ обыкновенныхъ чиновниковъ-карьеристовъ, заботящихся, главнымъ образомъ, о томъ, чтобы пріобрѣсти благоволеніе начальства. Если карьеризмъ вообще нежелательное и вредное явленіе, то въ области отправленія правосудія, гдѣ на первомъ планѣ должно стоять безпристрастіе суда, онъ просто пагубенъ. „Послѣ карьериста-священника“, справедливо замѣтилъ сенаторъ Закревскій, „нѣтъ ничего гаже карьериста-судьи“ [2]).

Къ чему приводитъ зависимость судейской карьеры отъ министерскаго усмотрѣнія, ясно показываетъ долговременный опытъ Франціи, гдѣ эта система процвѣтала въ теченіе всего XIX в.

---

[1]) Литература указана на стр. 33—34.

[2]) Закревскій. Прусская магистратура и нота (Журн. гражд. пр. 1880 № 5, стр. 9).

Сочиненія французскихъ писателей, посвященныя судоустройству своего отечества, полны горькихъ нареканій на нее [1]). Не лучше обстояло дѣло и въ Италіи. Еще въ недавнее время (до изданія новыхъ законовъ о порядкѣ повышенія судей) во Франціи и въ Италіи назначенія по судебному вѣдомству часто бывали однимъ изъ пріемовъ борьбы при выборахъ въ парламентъ: за мѣста судей министерство юстиціи покупало голоса избирателей и отказы отъ кандидатуръ въ депутаты [2]).

---

[1]) Desjardins, 27—28. Jousserandot, 101—102. Comte, 28 ss. Favre, 35. Picot, 320, и др. Наиболѣе характерно слѣдующее мѣсто брошюры сенатора Пелльтана: „Несмѣняемость должна была обезпечить независимость суда, а у судьи—одна забота: заслужить благоволеніе начальства; она должна была обезпечить достоинство судьи, а онъ обреченъ на самое жалкое непрошайничество—попрошайничество въ передней. Но лучше прочтите это: „едва освобождается судейское мѣсто, а нерѣдко еще раньше, чѣмъ смерть служащаго или выходъ въ отставку сдѣлали его вакантнымъ,—какъ судьи, которые считаютъ себя въ правѣ получить это мѣсто, торопятся: одни лично просятъ, другіе посылаютъ просьбы и рекомендательныя письма. Эти пріемы не могутъ быть болѣе терпимы. Я не знаю ничего болѣе неприличнаго, чѣмъ эти визиты, во время которыхъ кандидатъ, всецѣло поглощенный преслѣдуемой цѣлью, не стѣсняется унижать своихъ коллегъ, которыхъ считаетъ своими соперниками. Доведите, прошу Васъ, до свѣдѣнія судей Вашего округа мое мнѣніе, и пусть на будущее время они избавятъ меня отъ этихъ визитовъ, приносящихъ больше вреда, чѣмъ пользы ходатайствамъ, которыхъ я не желаю даже выслушивать". Таковъ, слово въ слово, циркуляръ одного министра юстиціи второй имперіи, адресованный прокуратурѣ". Pelletan, 14—15. Этотъ циркуляръ не былъ единственнымъ въ такомъ родѣ. Picot, 326, n. Coumoul, 280. „Такимъ языкомъ", замѣчаетъ по поводу этого циркуляра проф. Тальбергъ, „говорилъ министръ, обращаясь къ цѣлому вѣдомству, высоко поставленному закономъ, имѣющему основаніе гордиться какъ своими священными обязанностями, такъ и важными правами по службѣ. Слѣдуетъ думать, что зло пустило слишкомъ глубокіе корни, что французская магистратура очень низко пала, чтобы вызвать подобные циркуляры „смѣняемаго" министра императорскаго правительства и снести такое обращеніе. Но нельзя винить всецѣло магистратуру, которая состоитъ изъ людей съ общечеловѣческими слабостями; честолюбіе, стремленіе къ улучшенію своего матеріальнаго положенія, къ возможному обезпеченію себя и своей семьи—стимулы, которые всегда опредѣляли и будутъ опредѣлять дѣйствія средняго человѣка въ общественной его дѣятельности. Разъ извѣстная организація основана на іерархическомъ началѣ, разсчитана на постоянное движеніе служащихъ лицъ съ низшихъ окладовъ жалованія на высшіе, съ низшихъ должностей на высшія,—такъ слѣдуетъ искать причину зла не въ людяхъ, а въ самой организаціи" (стр. 32—33). На необходимость устранить произволъ министра юстиціи изъ судейской карьеры указывали еще: Jeanvrot, I. 202—230 (здѣсь сведены мнѣнія другихъ авторовъ); Pirard, 39—40; Picot, 319 ss.; Engelhardt, 50; Vavasseur, 42, 46—47.

[2]) Завадскій. Несмѣняемость, 14.

Самый радикальный способъ оградить судей отъ произвольныхъ повышеній и наградъ состоитъ, казалось бы, въ томъ, чтобы уничтожить всякія служебныя различія между ними, уравнять ихъ по служебному положенію и жалованію и изъять отъ какихъ бы то ни было наградъ. Такая мысль высказывалась многими. „Іерархія", говоритъ Пелльтанъ, „имѣетъ смыслъ въ другихъ отрасляхъ государственной службы, напр., въ военной, но не соотвѣтствуетъ существу судебной власти... Подпоручикъ, поступающій въ полкъ по выходѣ изъ сенъ-сирской школы, только начинаетъ свое образованіе и можетъ окончить его не иначе, какъ постепенно, мѣняя эполеты. Онъ долженъ прежде научиться командовать взводомъ, а потомъ батальономъ, прежде батальономъ, а потомъ полкомъ, прежде полкомъ, а потомъ бригадой, прежде бригадой, а потомъ дивизіей: сколько ступеней нужно пройти, сколько нужно учиться, чтобы вполнѣ овладѣть своимъ ремесломъ! Ничего подобнаго не требуется для судьи. Развѣ не съ перваго же дня онъ долженъ обладать полной подготовкой, необходимой для его дѣятельности? Судитъ ли онъ въ черной или красной мантіи, развѣ не одинъ и тотъ же кодексъ онъ примѣняетъ и не долженъ ли, слѣдовательно, знать его основательно, отъ первой до послѣдней запятой? Къ чему же тогда разбивать судей на разряды, которые требуютъ одинаковаго знанія юриспруденціи и различаются между собой только по большему или меньшему размѣру жалованья?" [1])

Съ такимъ рѣшеніемъ вопроса нельзя согласиться: судьи различаются между собой не только по размѣру жалованія, какъ выразился Пелльтанъ, но и по размѣру судейскаго и житейскаго опыта, не говоря уже о разницѣ въ природныхъ способностяхъ и теоретической подготовкѣ. Между молодымъ судьей, разбирающимъ свои первыя дѣла, и маститымъ членомъ палаты или сенаторомъ, рѣшавшими уже тысячи дѣлъ, такая же разница приблизительно, какъ между нюхавшимъ пороху прапорщикомъ и посѣдѣлымъ въ бояхъ генераломъ. Кромѣ того, судейская карьера необходима также въ качествѣ побудительной причины

[1]) Pelletan, 13—14. Аналогично: Goblet (Dupont, 19); Favre, 52; Boucher (цит. въ брош. „De l'élection des juges, 1882, 48—50), Bozi, 17—18; Wagner, 26—27; Burckhard, 24 ff.

къ лучшему исполненію судьями обязанностей. Только немногіе, особенно выдающіеся люди руководствуются въ своихъ поступкахъ исключительно чувствомъ долга и въ надлежащемъ выполненіи его находятъ высшее нравственное удовлетвореніе. Обыкновенные же средніе люди не могутъ обойтись безъ внѣшняго поощренія. „Если положеніе человѣка становится непреложнымъ, если онъ впереди ничего не видитъ, если никакія обстоятельства не могутъ болѣе измѣнить его положенія, то въ немъ потухаетъ тотъ внутренній жаръ, та энергія воли и мысли, которыя вызываются въ человѣкѣ его стремленіемъ впередъ, его постоянными надеждами, присущими человѣку отъ рожденія до могилы“ [1]).

Такимъ образомъ, судейская карьера представляетъ собою вполнѣ естественное и въ то же время полезное учрежденіе. Но для того, чтобы она приносила на практикѣ желаемые плоды, поощряя судей къ наилучшему исполненію своихъ обязанностей, необходимо, чтобы единственнымъ основаніемъ къ повышенію по службѣ были дѣйствительныя заслуги, чтобы поощреніе доставалось тому, кто его достоинъ, и чтобы произволу начальства отводилось какъ можно меньше мѣста. Поэтому раціональный порядокъ прохожденія судейской службы долженъ основываться на двухъ началахъ [2]).

Во-1-хъ, каждому судьѣ, безупречно исполнявшему свои обязанности, должно быть дано право на улучшеніе служебнаго положенія черезъ опредѣленные промежутки времени. Это улучшеніе является естественной наградой за исправность по службѣ и цѣлесообразнымъ поощреніемъ къ дальнѣйшему усердію. „Оно отнимаетъ надежду на быстрое повышеніе и въ то же время уменьшаетъ страхъ остаться безъ повышенія; оно также предупреждаетъ то чувство досады, которое испытываетъ начальникъ, видя, какъ его подчиненный перегоняетъ его на служебномъ поприщѣ“ [3]). Оно должно состоять въ переводѣ судьи съ занимаемой должности на высшую въ служебной іерархіи. Но такъ какъ высшихъ должностей меньше, чѣмъ низшихъ, и такъ какъ для занятія ихъ необходимо ожи-

---

[1]) Филиппов, I, 322.

[2]) Schrutka. Ueber die Stellung, 78.

[3]) Бентамъ, 62, 63.

дать, пока онѣ сдѣлаются вакантными, то только часть судей можетъ получить такое повышеніе. Поэтому нуженъ еще другой способъ улучшенія судебнаго положенія судей, который могъ бы одинаково распространяться на всѣхъ. Такимъ способомъ является періодическое увеличеніе жалованія каждаго судьи, безупречно исполняющаго свои обязанности.

Во-2-хъ, въ дополненіи къ этому началу безусловности карьеры должно быть введено начало награжденія за особыя заслуги. Несомнѣнно, что въ многочисленномъ судебномъ вѣдомствѣ существуютъ большія различія между отдѣльными членами въ степени талантливости, подготовки, трудоспособности. Справедливость требуетъ, чтобы каждому было воздано по его достоинству и заслугамъ. „При безусловности необходимо установляется судебный рангъ, который опредѣляется старшинствомъ службы, и талантливѣйшій человѣкъ не можетъ получить возвышенія, если на пути его стоитъ бездарность, которая хоть однимъ днемъ поступила на службу ранѣе его. Чрезъ это каждый шагъ на судебномъ поприщѣ долженъ сопровождаться ожиданіемъ вакансіи по старшинству, и если линію вести по цѣлому судебному вѣдомству, то самое возвышеніе станетъ какимъ-то миѳомъ: потому что оно будетъ въ зависимости только отъ большей или меньшей продолжительности жизни людей“ [1]). Поэтому наиболѣе правильной представляется такая система, при которой всѣ судьи получаютъ за безпорочную службу періодическія прибавки къ жалованію, а открывающіяся вакансіи на высшія въ порядкѣ служебной лѣстницы должности замѣщаются частью (на треть или четверть) по старшинству службы, частью же внѣ очереди, за особыя заслуги. Во избѣжаніе произвола при замѣщеніи должностей внѣ очереди необходимо, чтобы кандидаты на такое повышеніе намѣчались не единолично какими-либо органами власти (министромъ юстиціи, предсѣдателями палатъ и судовъ), а судебными коллегіями высшихъ инстанцій, которыя выбирали бы кандидатовъ на открывающіяся въ ихъ средѣ вакансіи изъ числа судей низшихъ инстанцій, подчиненныхъ имъ въ порядкѣ надзора.

---

[1]) Филипповъ, I, 397. Ср. Manfredini, 484.

II. Ни въ одномъ изъ западно-европейскихъ государствъ служебная карьера судей не получила до сихъ поръ вполнѣ раціональной постановки. Въ нѣкоторыхъ осуществленъ принципъ постепеннаго увеличенія жалованія, но повышеніе въ должностяхъ производится безъ надлежащей оцѣнки служебныхъ достоинствъ судей. Въ другихъ введенъ болѣе раціональный порядокъ повышенія, но зато отсутствуютъ періодическія прибавки къ жалованію.

Постепенное увеличеніе жалованія принято въ нѣкоторыхъ германскихъ государствахъ (Пруссіи, Баваріи, Саксоніи, Баденѣ, Гессенѣ, Мекленбургѣ и др.) и въ Бельгіи: размѣръ содержанія судей автоматически повышается черезъ небольшіе промежутки времени (2, 3, 4 года). При этомъ средній размѣръ жалованія каждой іерархической ступени (напр., участковаго судьи) больше начальнаго размѣра жалованія слѣдующей ступени (напр., члена земскаго суда), такъ что переходъ на высшую по порядку ступень не всегда представляетъ выгоду для судей, которые, поэтому, не имѣютъ столь побудительной причины желать повышенія, какъ въ другихъ государствахъ, гдѣ судьи не получаютъ періодическихъ прибавокъ къ жалованію [1]). Но повышеніе въ должностяхъ зависитъ въ германскихъ государствахъ отъ усмотрѣнія министра, руководствующагося при этомъ аттестаціями предсѣдателей судовъ, отмѣтками, полученными на второмъ государственномъ экзаменѣ, и продолжительностью службы [2]).

Въ Австріи жалованіе судей увеличивается по пятилѣтіямъ, но очень незначительно; болѣе значительное увеличеніе происходитъ при повышеніи по службѣ, что́ зависитъ отъ аттестаціи предсѣдателя коллегіи и усмотрѣнія министра. „Неудивительно“, говоритъ Aubin, „что слышятся горькія жалобы на недостойное оттáптываніе судебными чинами переднихъ своихъ предсѣдателей“ [3]).

Во Франціи система періодическаго увеличенія жалованія судей не принята, а размѣръ жалованія зависитъ отъ мѣстности, гдѣ служитъ судья: для разныхъ мѣстностей, въ зависимости

---

[1]) Aubin, 88. Piola-Caselli, 199.

[2]) Kade, 114, 125, 171, 208, 259, 263 и др. Aubin, 80—82.

[3]) Aubin, 90. Schrutka. Die Stellung, 77—78.

отъ предполагаемой дороговизны жизни, установлены различные оклады жалованія (см. § 22). Порядокъ повышенія судей въ должностяхъ опредѣленъ закономъ 1908 г. [1]), по которому министръ имѣетъ право замѣщать открывающіяся вакансіи на судебныя должности только изъ числа лицъ, внесенныхъ въ списокъ кандидатовъ на повышеніе, который составляется ежегодно, на основаніи аттестацій предсѣдателей судовъ и прокуроровъ, комиссіей изъ старшаго предсѣдателя, генералъ-прокурора и четырехъ членовъ кассаціоннаго суда по выбору министра юстиціи, а также изъ членовъ совѣта министерства юстиціи. Но правила относительно списка не примѣняются къ высшимъ чинамъ судебнаго вѣдомства (членамъ кассаціоннаго суда, старшимъ предсѣдателямъ апелляціонныхъ судовъ). Кромѣ того министръ юстиціи можетъ замѣстить четвертую часть вакансій помимо списка, лицами, избавленными, по закону, отъ экзамена на должность судьи. Такимъ образомъ, произволу министра юстиціи оставлено все-таки еще много мѣста, да и порядокъ составленія списка—на основаніи отзывовъ предсѣдателей судовъ и прокуроровъ, безъ участія судебныхъ коллегій,—точно такъ же, какъ и возможность вліянія министра на подборъ членовъ комиссіи и прямая зависимость отъ него нѣкоторыхъ изъ ея членовъ не гарантируютъ безусловной справедливости при повышеніяхъ и не предупреждаютъ возможности вліянія личныхъ протекцій.

Въ Италіи судьи тоже не получаютъ періодическихъ прибавокъ къ жалованію. Но порядокъ повышенія въ должностяхъ гораздо болѣе цѣлесообразенъ, чѣмъ во Франціи. По закону 1907 г. [2]), три пятыхъ вакантныхъ должностей членовъ апелляціонныхъ судовъ и предсѣдателей судовъ первой инстанціи замѣщаются по старшинству службы въ должностяхъ членовъ судовъ первой инсталціи и товарищей прокуроровъ, а двѣ пятыхъ—по конкурсу, который состоитъ въ томъ, что отдѣленіе высшаго совѣта магистратуры составляетъ списокъ кандидатовъ по ихъ служебному достоинству, опредѣляемому на основаніи аттестацій

---

[1]) А. Л. *Новый порядокъ назначенія и служебнаго повышенія чиновъ магистратуры во Франціи* (Журн. М. Ю. 1906 № 9). Garsonnet. Précis, 37—39.

[2]) Переводъ его сдѣланъ проф. Люблинскимъ въ статьѣ: Судебная реформа въ Италіи (Журн. М. Ю. 1908 № 2, стр. 254 и сл.).

совѣтовъ апелляціонныхъ судовъ и свѣдѣній, собранныхъ въ случаѣ надобности, имъ самимъ. Высшій совѣтъ магистратуры учрежденъ въ Римѣ и образуется изъ перваго предсѣдателя римскаго кассаціоннаго суда, генеральнаго прокурора, шести членовъ и трехъ товарищей прокурора кассаціоннаго суда, избираемыхъ пятью кассаціонными судами Италіи, девяти членовъ назначаемыхъ, по представленію министра юстиціи, послѣ предварительнаго обсужденія этого вопроса совѣтомъ министровъ, изъ чиновъ судебнаго вѣдомства не ниже старшаго предсѣдателя апелляціоннаго суда, какъ состоящихъ на службѣ, такъ и вышедшихъ уже въ отставку. Члены совѣта избираются и назначаются на два года и не могутъ состоять въ этомъ званіи два двухлѣтія подрядъ. Совѣтъ раздѣляется на два отдѣла: одинъ изъ нихъ разсматриваетъ вопросы и промоціяхъ высшихъ чиновъ судебной магистратуры, другой—низшихъ. Заключенія отдѣловъ подлежатъ, по требованію министра юстиціи, пересмотру въ общемъ собраніи отдѣла [1]). Назначеніе помимо составленнаго высшимъ совѣтомъ магистратуры списка возможно только по постановленію совѣта министровъ. Аттестаціи апелляціонныхъ судовъ могутъ быть обжалуемы высшему совѣту магистратуры. Назначеніе членовъ кассаціонныхъ судовъ и предсѣдателей отдѣленій кассаціонныхъ судовъ производится исключительно по конкурсу на основаніи сравнительнаго служебнаго достоинства, засвидѣтельствованнаго высшимъ совѣтомъ магистратуры. Нарушить этотъ порядокъ можетъ только постановленіе совѣта министровъ. Старшіе предсѣдатели апелляціонныхъ судовъ, старшіе предсѣдатели и предсѣдатели отдѣленій кассаціонныхъ судовъ назначаются согласно постановленію совѣта министровъ, по представленію министра юстиціи. Главный недостатокъ этой системы состоитъ въ томъ, что большинство членовъ высшаго совѣта магистратуры находится въ зависимости отъ министра юстиціи [2]). Объ аналогичной испанской системѣ была рѣчь выше (стр. 55).

---

[1]) Decreto 10 ottobre 1907 (Racc. uffic. n. 689). Collez. legislat. „Portafoglio“ № 982. Французскій переводъ этого закона напечатанъ съ Annuaire de législation étrangère 1908, 484 ss.

[2]) Завадскій. О проектѣ министра юстиціи о преобразованіи мѣстнаго суда, 1908, 29, прим. 32.

Оригинальный порядокъ существуетъ въ Бельгіи по отношенію къ замѣщенію высшихъ судебныхъ должностей: предсѣдателей и товарищей предсѣдателей судовъ первой инстанціи, членовъ судовъ второй инстанціи и членовъ кассаціоннаго суда. Именно, назначеніе на эти должности производится королемъ изъ числа лицъ, которыя внесены въ списки кандидатовъ, составляемые отдѣльно судебными коллегіями и обще-политическими представительными учрежденіями. Въ случаѣ открытія вакансіи на должность члена кассаціоннаго суда, общее собраніе этого суда и верхняя палата (сенатъ) избираютъ по одному кандидату изъ числа лицъ, имѣющихъ право по образовательному и служебному цензу занять такую должность (обладающихъ дипломомъ доктора правъ и прослужившихъ десять лѣтъ въ низшихъ должностяхъ по судебному вѣдомству). Кандидаты на прочія должности, указанныя выше, избираются точно такъ же порознь, съ одной стороны, судебными коллегіями, въ средѣ которыхъ открылись вакансіи, а съ другой стороны, провинціальными совѣтами. Эта система, имѣющая въ Бельгіи глубокіе историческіе корни [1]), приноситъ тамъ удовлетворительные результаты. Но по существу ея нельзя одобрить и рекомендовать, ибо избраніе кандидатовъ обще-политическими собраніями еще могло бы быть цѣлесообразнымъ при назначеніи низшихъ мѣстныхъ судей, но ни въ коемъ случаѣ не при повышеніи въ должностяхъ, которое должно происходить исключительно на основаніи служебныхъ заслугъ кандидатовъ, для оцѣнки которыхъ обще-политическія учрежденія не располагаютъ ни достаточными свѣдѣніями о дѣятельности отдѣльныхъ судей, ни необходимой компетентностью, не говоря уже о возможности вреднаго вліянія на исходъ выборовъ борьбы политическихъ партій, интригъ и протекціи [2]).

---

[1]) Начиная съ XVI в. совѣты отдѣльныхъ провинцій стали получать привилегіи представлять на утвержденіе короля трехъ кандидатовъ на вакантныя судейскія должности. Eslande, 251.

[2]) Eslande, 253—256. Piola-Caselli, 198. Сходную систему назначенія предсѣдателей и товарищей предсѣдателя окружныхъ судовъ и палатъ рекомендовалъ Арсеньевъ („Вѣстн. Евр." 1871 № 6, стр. 791—792): чтобы кандидаты на эти должности выбирались, во-1-хъ, судомъ, въ которомъ открылась вакансія, во-2-хъ, высшимъ судомъ и, въ-3-хъ, мѣстнымъ земствомъ.

Въ Англіи члены высшихъ судовъ назначаются исключительно изъ числа адвокатовъ, такъ что низшіе судьи не имѣютъ надежды на повышеніе. Равнымъ образомъ, отсутствуетъ судебная карьера въ тѣхъ странахъ, гдѣ принята система выбора судей населеніемъ или представительными политическими собраніями.

III. При составленіи судебныхъ уставовъ имѣлось въ виду ввести систему періодическихъ прибавокъ къ жалованью [1]). Но соотвѣтствующихъ постановленій въ судебныя уставы не было внесено по той причинѣ, что „при введеніи судебной реформы затруднительно было бы опредѣлить, будетъ ли, по числу судебныхъ дѣятелей, по предоставленнымъ имъ средствамъ къ жизни и по другимъ причинамъ, настоятельная необходимость въ назначеніи предположенныхъ прибавокъ“ (объяснен. къ 238 ст. учр. суд. уст.). Вмѣстѣ съ тѣмъ составители уставовъ предполагали, что министерство юстиціи возбудитъ вопросъ о прибавкахъ къ жалованью судей впослѣдствіи (объяснен. къ той же ст.). Это предположеніе получило частичное осуществленіе только въ 1908 г., когда были установлены двѣ 5-годичныя прибавки къ жалованью членовъ окружныхъ судовъ: по 450 р. за каждое изъ двухъ первыхъ пятилѣтій ихъ службы въ этихъ должностяхъ (прим. 2 къ прилож. къ ст. 238 учр. суд. уст.).

Что касается порядка повышенія судей, то составители судебныхъ уставовъ, не принявъ системы конкурсовъ при первоначальномъ назначеніи на судейскія должности, отвергли ее и примѣнительно къ повышеніямъ. Кандидаты на открывающіяся вакансіи членовъ судебныхъ палатъ намѣчаются общими собраніями палатъ изъ числа лицъ, служившихъ по судебному вѣдомству не менѣе трехъ лѣтъ въ должностяхъ не ниже члена или прокурора окружнаго суда (ст. 206). Но министръ юстиціи имѣетъ право, помимо этихъ кандидатовъ, представлять на Высочайшее утвержденіе и другихъ лицъ, удовлетворяющихъ требуемымъ закономъ условіямъ (ст. 213). Предсѣдатели и товарищи предсѣдателей окружныхъ судовъ назначаются Высочайшей властью, по представленіямъ министра юстиціи, изъ числа

---

[1]) Осн. пол. судоустр., стр. XVII.

тѣхъ же самыхъ лицъ (ст. 206, 212). Такимъ же порядкомъ замѣщаются должности предсѣдателей палатъ лицами, занимавшими не менѣе трехъ лѣтъ должности прокурора или члена судебной палаты, предсѣдателя и товарища предсѣдателя суда (ст. 208, 212). Вслѣдствіе этого передвиженіе судей по служебной лѣстницѣ зависитъ въ сущности отъ министра юстиціи. Сенаторы назначаются „по непосредственному усмотрѣнію“ Государя (ст. 216) изъ лицъ, состоявшихъ не менѣе трехъ лѣтъ въ должностяхъ оберъ-прокурора, товарища оберъ-прокурора, предсѣдателя, члена или прокурора судебной палаты (ст. 208). Но и тутъ аттестаціи министра юстиціи имѣютъ, естественнымъ образомъ, немаловажное значеніе. Изъ объясненій къ 216 ст. видно, что первоначально предполагалось ввести избраніе кандидатовъ въ сенаторы общимъ собраніемъ сената. Но при окончательномъ обсужденіи этой статьи такой порядокъ почему-то былъ признанъ „излишнимъ“. Между тѣмъ, по отношенію къ сенату, какъ высшему судилищу въ государствѣ, призванному давать руководящія разъясненія всѣмъ судамъ и наблюдать за единообразнымъ и правильнымъ примѣненіемъ ими законовъ, необходимо установленіе особенно строгихъ гарантій съ цѣлью обезпечить пополненіе состава сенаторовъ наиболѣе достойными лицами. „Эти гарантіи“, по справедливому замѣчанію проф. Михайловскаго, „должны сдѣлать то, чтобы качества независимости, знанія, опыта, авторитетности и т. д., необходимыя для каждаго суда, достигали въ кассаціонномъ судѣ своего апогея... Выборы въ члены кассаціоннаго суда надо организовать такимъ образомъ, чтобы туда получили доступъ только лучшія юридическія силы страны, люди обладающіе въ наивысшей степени качествами, требуемыми наукой отъ судьи“ [1]). Съ этой точки зрѣнія первоначальное предположеніе предоставить выборъ кандидатовъ въ сенаторы самому сенату нужно признать наиболѣе цѣлесообразнымъ, такъ какъ сенату, пересматривающему рѣшенія судебныхъ палатъ, болѣе, чѣмъ кому-либо другому, можетъ быть извѣстно, какіе изъ членовъ палатъ наилучше пишутъ рѣшенія и наиболѣе способны къ исполненію кассаціонныхъ функ-

[1]) Михайловскій, 136.

ціи. Но выборы кандидатовъ слѣдовало бы предоставить не общему собранію сената, а каждому департаменту порознь, потому что сенаторы гражданскаго департамента знакомы съ дѣятельностью однихъ гражданскихъ департаментовъ палатъ, а сенаторы уголовнаго департамента—только съ дѣятельностью уголовныхъ департаментовъ палатъ. Къ числу лицъ, имѣющихъ право на занятіе должности сенатора, полезно было бы отнести юристовъ-теоретиковъ, имѣющихъ высшія ученыя степени (доктора гражданскаго или уголовнаго права), такъ какъ по характеру своей дѣятельности—научной интерпретаціи права—они вполнѣ сходятся съ сенаторами и могутъ благотворнымъ образомъ вліять на кассаціонную практику [1]).

Проектъ новой редакціи учр. суд. устан. вноситъ въ эти правила несущественныя измѣненія, сводящіяся къ слѣдующему: списки кандидатовъ на могущія открыться вакансіи составляются судебными палатами ежегодно, но, кромѣ того, каждый разъ когда открывается вакансія, соотвѣтствующая палата составляетъ особый списокъ, при чемъ если вноситъ въ него не тѣхъ лицъ, которыя были въ годичномъ спискѣ, то должна объяснить причину такого измѣненія; кандидаты на должности предсѣдателей окружныхъ судовъ представляются старшими предсѣдателями палатъ (ст. 273—279). Хотя комиссіи по пересмотру судебныхъ уставовъ былъ извѣстенъ проектъ французскаго закона о порядкѣ повышенія судей, но она нашла, будто онъ „преслѣдуетъ преимущественно цѣли политическія и имѣетъ въ виду ограничить высшую судебную администрацію, подвергающуюся въ личномъ своемъ составѣ частымъ измѣненіямъ, въ непосредственномъ воздѣйствіи на судейскій персоналъ", и что „въ Россіи для установленія такого же порядка не усматривается никакой надобности" [2]). Въ дѣйствительности надобность въ устраненіи произвола министерства при повышеніяхъ членовъ судебнаго вѣдомства существуетъ повсюду, потому что независимая судебная власть составляетъ необходимую принадлежность каждаго благоустроеннаго государства.

---

[1]) Михайловскій, тамъ же.

[2]) Объясн. зап., I, 280.

§ 20.

Награды.

Одинаковое значеніе съ повышеніями по службѣ имѣетъ, въ качествѣ средства вліять на судей, награжденіе ихъ чинами и орденами. Въ этомъ отношеніи судьи тоже должны быть обезпечены отъ произвола начальства. Проще и радикальнѣе всего было бы совершенно упразднить чинопроизводство и награды въ судебномъ вѣдомствѣ [1]). Составители судебныхъ уставовъ имѣли въ виду поступить именно такимъ образомъ [2]). Но на практикѣ вышло другое. Дѣло въ томъ, что редакція 241 у. с. у., которая въ проектѣ заключала въ себѣ прямое и категорическое изъятіе судей отъ чинопроизводства („должностныя лица судебнаго

---

[1]) Филиппов, I, 330. Burckhard, 24—25, 29—31 (здѣсь приведено сдѣланное въ такомъ смыслѣ постановленія учредительнаго собранія союза австрійскихъ судей, происходившаго въ 1907 г.).

[2]) Въ мотивахъ къ 248 ст. у. с. у. они говорятъ: „для правильной организаціи суда необходимо, чтобы значеніе судьи, въ собственныхъ его глазахъ и во мнѣніи общества, зависѣло единственно отъ его званія, а не отъ какого иного почета. Тогда только судья будетъ сознавать достоинство и важность своего призванія, а общество будетъ видѣть въ немъ судью въ настоящемъ смыслѣ сего слова. Поэтому члены каждаго суда должны быть совершенно равны между собою. Но если у нихъ останется и, посредствомъ постепеннаго производства, будетъ поддерживаемо различіе въ чинахъ, то это различіе не допуститъ установиться равенству судей, поставитъ ихъ въ неправильныя другъ къ другу отношенія и даже иногда дастъ перевѣсъ мнѣнію старшаго чиномъ надъ мнѣніемъ младшаго, можетъ быть не совсѣмъ согласно со справедливостью. Съ другой стороны, при производствѣ въ чины нужны аттестаціи и представленія. Здѣсь встрѣчается довольно трудная задача: избрать лицо, которое будетъ аттестовать и представлять по судебному вѣдомству. Кому бы это ни было предоставлено, нѣтъ никакой возможности устранить вліянія аттестующаго и представляющаго на представляемаго и нѣкоторую зависимость сего послѣдняго отъ перваго. Много ли можетъ найтись людей, которые не пожелали бы сравняться чиномъ съ равными имъ по званію товарищами, а это врожденное человѣку желаніе не обойдется безъ угодливости и разнаго рода искательствъ. По симъ основаніямъ, положено, допустивъ по примѣру другихъ вѣдомствъ, опредѣленіе на судебныя должности, не стѣсняясь чинами опредѣляемыхъ, считать всѣхъ, состоящихъ въ одномъ и томъ же классѣ должности, совершенно равными между собою, и затѣмъ не создавать искусственнаго между ними неравенства посредствомъ поддержанія различія въ чинахъ... Все вышесказанное объ аттестаціи и представленіяхъ къ повышенію въ чинахъ вполнѣ относится и къ представленіямъ къ орденамъ и другимъ наградамъ“.

вѣдомства, доколѣ состоятъ въ оном, не производятся въ чины"— ст. 216 проекта), была при утвержденіи проекта измѣнена въ томъ смыслѣ, что судьи „при оставленіи судейскаго званія не теряютъ права на производство во всѣ тѣ чины, которые могутъ имъ слѣдовать въ общемъ порядкѣ чинопроизводства, по разчету времени ихъ службы въ означенныхъ должностяхъ". Хотя и въ этой редакціи статья не оставляетъ сомнѣнія въ томъ, что судьи не производятся въ чины, пока состоятъ въ судейскомъ званіи, а получаютъ ихъ при выходѣ въ отставку, но отсутствіе прямого запрета привело къ тому, что имъ стали давать чины по общимъ правиламъ, установленнымъ для всѣхъ состоящихъ на государственной службѣ [1]).

Аналогичная судьба постигла и изъятіе судей отъ наградъ и тоже благодаря тому, что при утвержденіи учр. суд. уст. была измѣнена редакція соотвѣтствующей статьи. Именно, въ проектѣ 248 ст. говорилось, что лица судейскаго званія „удостоиваются наградъ единственно по личному усмотрѣнію *Императорскаго Величества, безъ всякихъ о томъ представленій*". При утвержденіи этой статьи государственнымъ совѣтомъ послѣднія слова были выброшены, и на практикѣ пышно расцвѣла система представленія начальствомъ къ наградамъ, которой такъ опасались составители судебныхъ уставовъ. Въ 1887 г. министерство предписало предсѣдателямъ окружныхъ судовъ представлять судей и слѣдователей къ наградамъ за отлично-усердную службу въ извѣстные сроки и въ опредѣленномъ порядкѣ [2]). Проектъ новой редакціи учр. сохраняетъ 248 статью въ неизмѣнномъ видѣ (ст. 338) и санкціонируетъ „производство судей въ чины за выслугу лѣтъ общеустановленнымъ порядкомъ" (311 ст.).

Такой результатъ надо признать вполнѣ естественнымъ. Изъятіе судебнаго вѣдомства отъ чинопроизводства и награжденія орденами такъ рѣзко нарушало установившійся порядокъ госу-

---

[1]) „Въ петербургскомъ окружномъ судѣ", писалъ уже въ 1879 г. проф. Коркуновъ, „можно найти между членами всѣ чины отъ коллежскаго регистратора до дѣйствительнаго статскаго совѣтника включительно" (Журн. гражд. пр. 1879 № 2, стр. 165).

[2]) Циркуляръ министра юстиціи отъ 14 марта 1887 г. Учр. суд. уст., изд. Шрейбера, стр. 285; изд. Громачевскаго, стр. 152.

дарственной службы и являлось столь обидной для судей привилегіей, что не могло привиться и удержаться. Какъ бы желательно ни было само по себѣ уничтоженіе чиновъ [1]), но разъ они составляютъ необходимую принадлежность всякой отрасли государственной службы, разъ съ ними связаны разнаго рода преимущества, разъ въ самомъ обществѣ господствуетъ правило: „по чину и честь", то дѣлать изъятіе для однихъ судей—значитъ ставить ихъ въ худшее положеніе сравнительно со всѣми прочими чиновниками [2]). То же самое относится къ орденамъ, которые даются у насъ даже духовенству. Въ виду этого, и на западѣ Европы судьи различаются между собою, подобно другимъ чиновникамъ, по рангамъ, классамъ, чинамъ и награждаются орденами. Только въ Англіи и еще кое-гдѣ (въ Мекленбургѣ) не принято давать судьямъ ордена, да и то изъ этого правила дѣлаются изъятія [3]). Въ Германіи дважды возбуждался вопросъ объ уничтоженіи чинопроизводства и награжденія орденами и оба раза былъ отвергнутъ рейхстагомъ [4]).

Притомъ, полное упраздненіе чиновъ и орденовъ вовсе не является необходимымъ для огражденія судейской независимости. Дѣло вѣдь не въ нихъ, а въ предупрежденіи произвольной раздачи ихъ не по заслугамъ. Съ этой цѣлью достаточно постановить, что судьи получаютъ чины и ордена только за выслугу

---

[1]) Филипповъ I, 346—349. Разъясняя вредъ, приносимый существованіемъ чинопроизводства, этотъ авторъ полагалъ, что „уничтоженіе этихъ отличій такъ же важно для государственной жизни, какъ и уничтоженіе крѣпостного права и какъ судебная реформа" (стр. 349).

[2]) На это не разъ указывалось въ прессѣ. Соболевъ: „чинопроизводство есть общее право, присвоенное всѣмъ лицамъ, состоящимъ на государственной службѣ. Поэтому едва ли справедливо ограничивать пользованіе этимъ правомъ для судей..." („Юрид. газ." 1894 г. № 74). Васильевъ: „чинопроизводство необходимо, потому что съ чинами связаны права на дворянство, почетное гражданство и проч., и что чины имѣютъ значеніе и въ частной жизни" (тамъ же 1894 г. № 81).

[3]) Kade, 110—111, 129—130, 171—172, 199—209, 227—259. Aubin, 97 ff. Въ Англіи судьи то же различаются по рангамъ, титуламъ, костюму и часто награждаются званіемъ пэра. *Franqueville*, Le Système judiciaiaire de la Grande Bretagne I, 1893, 387—388, 391 ss.

[4]) Въ первый разъ возбудилъ его, при обсужденіи проекта устава судоустройства, депутатъ Виндгорстъ, бывшій ганноверскій министръ юстиціи, засвидѣтельствовавшій, что его со всѣхъ сторонъ осаждали просьбами объ орденѣ или титулѣ. Hahn. Die gesammten Materialien, I, S. 1127. Aubin, 98.

лѣтъ [1]). Такимъ способомъ будетъ предотвращена возможность награжденія ихъ внѣ очереди, но вмѣстѣ съ тѣмъ судьи не будутъ лишены связанныхъ съ чинами и орденами преимуществъ. Необходимо даже поставить судей возможно выше въ служебной іерархіи въ видахъ поддержанія престижа судебной власти, соотвѣтственно тому важному значенію, какое она имѣетъ въ государствѣ, какъ охранительница правопорядка и закономѣрности управленія. „Конечно, авторитетъ судебнаго персонала создается его внутренними качествами, нравственными и умственными, т.-е., величіемъ душевнымъ, добротою нравовъ и высокимъ умственнымъ цензомъ. Но для среднихъ людей—судей, лишь приближающихся къ полнотѣ этого идеала, необходимо, особенно въ виду русскихъ служебныхъ традицій и склада нашей общественной жизни, и внѣшнее авторитетное положеніе, т.-е., достаточно высокая постановка ихъ должности въ служебной іерархіи“ [2]).

§ 21.

Несовмѣстимость.

I. Изъ принципа самостоятельности судебной власти вытекаетъ невозможность занятія судьями должностей по другимъ вѣдомствамъ. По справедливому замѣчанію составителей судебныхъ уставовъ, „нѣтъ вѣдомства или управленія, нѣтъ должностного лица, которыя не могли бы быть привлечены къ суду или сами искать суда, и посему соединеніе въ одномъ и томъ же лицѣ должностей по судебному и другому вѣдомствамъ можетъ имѣть то послѣдствіе, что такое лицо, принадлежа къ управле-

---

[1]) Aubin, 99.

[2]) Даневскій, 66. Поразительный и вмѣстѣ съ тѣмъ удручающій контрастъ представляетъ положеніе англійскихъ судей и нашихъ. Когда въ Англіи судьи пріѣзжаютъ на сессіи, ихъ встрѣчаетъ шерифъ съ другими должностными лицами и въ парадной каретѣ, съ почетной стражей и оркестромъ трубачей впереди, подъ звонъ церковныхъ колоколовъ, и привозитъ въ свой домъ, гдѣ для нихъ приготовлена квартира; при посѣщеніи судьями церкви, ихъ встрѣчаетъ епископъ; во время открытія засѣданія присутствуютъ мэръ и шерифъ. А вотъ пара случаевъ изъ жизни нашихъ судовъ. Предсѣдатель окружнаго суда, собираясь на выѣздную сессію въ глухой про-

нію по какому-либо вѣдомству, можетъ въ то же время быть судьею въ дѣлѣ, возникшемъ изъ сего управленія, и, слѣдовательно, въ дѣлѣ, иногда болѣе или менѣе касающемся его самого..." [1]).

Но этого еще недостаточно, такъ какъ, будучи ограждены отъ вліянія постороннихъ властей, судьи могутъ все-таки попадать въ зависимость отъ частныхъ лицъ. Для полнаго огражденія ихъ самостоятельности необходимо воспретить имъ не только государственную, но и частную службу, а также всѣ занятія, способныя ставить ихъ въ зависимость отъ частныхъ лицъ, каковы: адвокатура, агентура, комиссіонерство и проч. Помимо того, представляется желательнымъ, въ видахъ поддержанія высокаго достоинства судейскаго званія, не разрѣшать судьямъ заниматься такими отраслями дѣятельности, которыя не пользуются общественнымъ уваженіемъ.

II. Иностранныя законодательства, осуществляя принципъ несовмѣстимости судейской службы со всякой иной и съ посторонними занятіями, либо прямо перечисляютъ, съ чѣмъ именно она несовмѣстима [2]), либо просто постановляютъ, что судьи не могутъ принимать на себя никакихъ платныхъ обязанностей безъ разрѣшенія начальства и должны заботиться о поддержаніи достоинства своего званія и внѣ службы [3]).

III. По нашему дѣйствующему законодательству, лица судебнаго вѣдомства, въ томъ числѣ городскіе судьи, уѣздные члены окружныхъ судовъ, мировые судьи, а также земскіе начальники

винціальный городъ, заранѣе обратился къ мѣстному городскому головѣ и исправнику съ просьбой найти за какую угодно цѣну три комнаты для суда и канцеляріи; просьба эта не была исполнена, и предсѣдатель вмѣстѣ съ членомъ суда и прокуроромъ должны были остановиться въ грязномъ постояломъ дворѣ, гдѣ питались чаемъ и яйцами, и не могли спать изъ-за насѣкомыхъ; къ концу сессіи всѣ расхворались. Въ другой разъ выѣздная сессія не состоялась, такъ какъ передъ открытіемъ засѣданія суда въ залъ уѣзднаго съѣзда, гдѣ оно должно было происходить, явился предсѣдатель уѣзднаго съѣзда съ земскими начальниками и занялъ его для административнаго засѣданія. Михайловскій, 264, прим.

[1]) Объясн. къ 246 ст. учр. суд. уст.

[2]) Французское (Garsonnet, № 38), бельгійское (Piola-Caselli, 200), прусское (Kade, 226—227), австрійское (Piola-Caselli, 188).

[3]) Kade, 129, 175. (Итал. зак. 24 іюля 1908 г., ст. 5 Annuaire de législation étrangère, 1909, 330).

лишены права занимать какія-либо должности по другимъ вѣдомствамъ и на общественной службѣ, кромѣ почетныхъ и безплатныхъ должностей въ благотворительныхъ учрежденіяхъ [1]) (ст. 42 и 246 учр. суд. уст.; ст. 19 пол. зем. нач.; ст. 9 и 26 прав. устр. суд. ч.). Исключеніе сдѣлано: во-первыхъ, для мировыхъ судей, которымъ разрѣшается быть гласными земскихъ собраній и занимать почетныя должности въ богоугодныхъ и учебныхъ заведеніяхъ (ст. 42 и прим.); во-вторыхъ, для почетныхъ мировыхъ судей, которые могутъ нести государственную и общественную службу во всѣхъ должностяхъ, кромѣ должностей прокурорскаго надзора, полиціи, мѣстныхъ казенныхъ управленій и волостныхъ старшинъ (ст. 49), а также нѣкоторыхъ должностей по судебному вѣдомству, именно: кандидатовъ на судебныя должности (о. с. 75 № 48), секретарей мирового съѣзда (84 № 11), земскихъ начальниковъ (94 № 26); въ-третьихъ, для земскихъ начальниковъ, поставленныхъ въ такое же положеніе, какъ мировые судьи (полож. учр., зав. кр. дѣл., ст. 19).

Въ судебныхъ уставахъ ничего не говорится о воспрещеніи судьямъ состоять на частной службѣ и предаваться занятіямъ, которыя способны поставить ихъ въ зависимость отъ частныхъ лицъ или считаются предосудительными. Этотъ пробѣлъ восполняется постановленіями, помѣщающимися въ уставѣ о службѣ гражданской (т. III Св. зак.). Согласно ст. 721—725, 734—737, судьямъ запрещено принимать участіе въ акціонерныхъ, торговыхъ и промышленныхъ товариществахъ въ качествѣ учредителей, должностныхъ лицъ, повѣренныхъ, комиссіонеровъ, агентовъ и т. п., кромѣ только тѣхъ товариществъ, которыя образуются исключительно для обработки сельскохозяйственныхъ произведеній и минеральныхъ богатствъ въ собственныхъ имѣніяхъ судей. Равнымъ образомъ, воспрещено имъ быть учредителями и служить въ общественныхъ и частныхъ кредитныхъ учрежденіяхъ, кромѣ обществъ взаимнаго, поземельнаго и городского, кредита, благотворительныхъ кредитныхъ учрежденій, сельскихъ ссудо-сберегательныхъ товариществъ, ссудо-сберегательныхъ кассъ чиновни-

---

[1]) Это изъятіе установлено учр. суд. уст. только для мировыхъ судей, но сенатъ распространилъ его и на членовъ общихъ судебныхъ учрежденій (о. с. 84 № 6, 1905 № 30).

ковъ и обществъ потребителей. Но эти ограниченія не относятся къ участію въ общихъ собраніяхъ всѣхъ указанныхъ товариществъ и обществъ и къ временному, безвозмездному исполненію обязанностей .въ ихъ ревизіонныхъ комиссіяхъ. За нарушеніе этихъ правилъ о несовмѣстимости законъ грозитъ увольненіемъ отъ службы, если виновное лицо само не подастъ въ отставку въ теченіе трехъ мѣсяцевъ. Затѣмъ, на судей распространяется также запрещеніе чиновникамъ участвовать въ пріобрѣтеніи имуществъ, продажа которыхъ поручена имъ правительствомъ; заключать договоры на подряды и поставки съ тѣми учрежденіями, въ которыхъ они служатъ, какъ отъ своего имени, такъ и отъ имени своихъ женъ, а равнымъ образомъ и черезъ подставныхъ лицъ. По такимъ подрядамъ и поставкамъ судьи и ихъ жены не могутъ быть залогодателями. Не дозволяется имъ также вступать въ долговыя отношенія съ подрядчиками и поставщиками учрежденій, гдѣ они служатъ. Наконецъ, законъ вообще предписываетъ начальству строго наблюдать, чтобы „занятіе частной должности лицами, состоящими на государственной службѣ, не наносило ущерба служебнымъ интересамъ и не препятствовало исполненію этими лицами обязанностей ихъ по государственной службѣ“ (ст. 740).

Эти постановленія тоже недостаточны: они не воспрещаютъ судьямъ занятій, не пользующихся почетомъ въ глазахъ общества. Коррективомъ въ данномъ случаѣ служитъ второй пунктъ 295[1] ст. учр. суд. уст., предоставляющій министру юстиціи предавать судей дисциплинарному суду за такіе „противные нравственности или предосудительные поступки“ внѣ службы, которые „несовмѣстны съ достоинствомъ судейскаго званія и, получивъ огласку, лишаютъ совершившаго ихъ судью необходимыхъ для сего званія довѣрія и уваженія“. Недостатокъ этого правила состоитъ въ томъ, что возбужденіе производства зависитъ отъ личнаго усмотрѣнія министра юстиціи.

Къ числу несовмѣстимыхъ съ достоинствомъ судейскаго званія поступковъ сенатъ отнесъ въ недавнее время участіе въ политическихъ партіяхъ (о. с. 1906 № 22). Это мнѣніе нельзя не признать вполнѣ правильнымъ. Судья для того, чтобы не возбуждать сомнѣнія въ своемъ безпристрастіи, не долженъ при-

нимать активнаго участія въ борьбѣ политическихъ партій. Иначе какъ бы онъ ни былъ добросовѣстенъ, всякое рѣшеніе, постановленное имъ въ пользу своихъ политическихъ единомышленниковъ и противъ политическихъ враговъ, можетъ быть заподозрѣно въ пристрастіи. „Верховные судьи Англіи,—писалъ Бентамъ,—имѣютъ благоразуміе слѣдовать предписанію Пиѳагора: они не подаютъ голосовъ, какъ избиратели, и эта воздержность много способствуетъ той хорошей славѣ, которою они пользуются“ [1]). Такъ же устраняются отъ политики англійскіе судьи и въ настоящее время [2]).

IV. Проектъ новой редакціи учрежденія суд. уст. воспроизводитъ дѣйствующія правила безъ существенныхъ измѣненій (ст. 336).

§ 22.

Матеріальное вознагражденіе.

I. Чтобы сдѣлать судей независимыми отъ лицъ, обращающихся къ нимъ за правосудіемъ, чтобы не подвергать ихъ соблазну покривить душой ради пріобрѣтенія матеріальныхъ выгодъ, необходимо дать имъ достаточное матеріальное вознагражденіе. „Государство,—писалъ еще Филанджіери,—весьма заинтересовано въ томъ, чтобы всякій человѣкъ, надѣленный частицей власти, не имѣлъ надобности злоупотреблять ею съ цѣлью жить такъ прилично, какъ требуетъ достоинство его должности“ [3]). Низкій размѣръ получаемаго судьями жалованія имѣетъ еще то вредное послѣдствіе, что способные и хорошо образованные юристы избѣгаютъ судейской службы, предпочитая ей болѣе выгодныя отрасли труда. На службу же по судебному вѣдомству стремятся поступить лица менѣе способныя, но болѣе обезпеченныя. Вмѣстѣ съ тѣмъ лица, уже состоящія въ судейскихъ должностяхъ, стараются найти себѣ лучше оплачиваемыя занятія [4]).

---

[1]) Бентамъ, 60.
[2]) Gerland, 51.
[3]) Bordeaux, 168.
[4]) Malpeyre, 182—183; Favre, 44; Трегубовъ, 13.

Достаточно высокое вознагражденіе необходимо для судей еще и для того, чтобы они не искали посторонних занятій ради увеличенія средствъ, и чтобы мысль о необезпеченномъ или даже бѣдственномъ положеніи семей не лишала ихъ столь необходимаго при отправленіи правосудія спокойствія духа [1]).

II. Наплучше поставлены въ матеріальномъ отношеніи англійскіе судьи, получающіе огромные оклады жалованія. Именно, судьи графствъ и секретари высшихъ судовъ получаютъ около 15 тысячъ рублей, члены высшихъ судовъ—50—60 тысячъ руб., предсѣдатель суда королевской скамьи—около 80 тыс. руб., а лордъ канцлеръ—около 100 тыс. руб. [2]). Не такой колоссальный, но все же сравнительно высокій размѣръ вознагражденія установленъ въ Соединенныхъ Штатахъ для членовъ федеральнаго суда: около 30 тыс. руб. [3]).

Несравненно ниже оклады жалованія судей въ прочихъ государствахъ. Единоличные судьи (участковые, мировые) получаютъ во Франціи отъ 700 до 2 тыс. руб. (въ Парижѣ—3 тыс. руб.), въ Пруссіи—отъ 1.500 до 3.500 руб., въ другихъ германскихъ государствахъ и Австріи—приблизительно столько же; члены коллегіальныхъ судовъ первой инстанціи во Франціи—отъ 1.200 до 3.000 руб., въ Пруссіи—отъ 1.500 до 3.500 руб., въ Италіи—отъ 1.500 до 2.000 тыс. руб., въ Испаніи почти столько же; члены судовъ второй инстанціи во Франціи—около 2.500 руб. (въ Парижѣ—4.000 руб.), въ Пруссіи—отъ 3.000 до 3.600 руб., въ

---

[1]) Филипповъ, I, 296: „Можетъ ли быть свободна мысль судьи, можетъ ли онъ всю свою дѣятельность и энергію употребить на служеніе дѣлу правосудія, можетъ ли онъ хладнокровно выслушивать стороны тяжущихся и взвѣшивать признаки истины, когда предъ глазами его стоитъ бѣдственное положеніе его семьи; когда его мысль преслѣдуется, быть можетъ, картиною, что въ нетопленной комнатѣ лежитъ его больная, заѣденная жизнью жена, безъ медицинскихъ средствъ, безъ теплой одежды, что дѣти растутъ безъ воспитанія и образованія, безъ свѣжаго воздуха и сытной пищи?.."

[2]) Столь высокіе оклады жалованія англійскихъ судей объясняются тѣмъ, что общее число судей въ Англіи крайне невелико (всего 260), и что они избираются изъ лучшихъ адвокатовъ, которые не согласились бы принять избранія, если бы судейское жалованіе было значительно ниже ихъ адвокатскаго заработка, который достигаетъ въ Англіи огромныхъ размѣровъ: нѣкоторые адвокаты зарабатываютъ по двѣсти тысячъ руб. и больше. Stein. Zur Justizreform, 55.

[3]) По закону 1909 г. Nerincx, L'organisation judiciaire aux Etats-Unis, 1909, 22.

Италіи и Испаніи—отъ 2.400 до 3.200 руб.; члены высшаго суда (третьей инстанціи) во Франціи—около 7 тыс. руб., въ Германіи—около 6.500 руб., въ Австріи—отъ 4.800 до 7.500 руб., въ Италіи—около 4 тыс. руб., въ Испаніи—вдвое больше [1]).

Жалованіе предсѣдателей и товарищей предсѣдателей судовъ, конечно, нѣсколько выше, чѣмъ членовъ. Но даже предсѣдатели высшихъ судовъ не получаютъ столько, какъ низшіе судьи въ Англіи: предсѣдатели парижскаго кассаціоннаго суда, германскаго имперскаго суда и испанскаго кассаціоннаго суда получаютъ около 12 тыс. руб., и только предсѣдатель австрійскаго верховнаго суда находится въ лучшемъ положеніи, чѣмъ судьи графствъ въ Англіи: его жалованье составляетъ 16 тыс. руб. [2]).

Конечно, абсолютныя цифры жалованія еще не указываютъ на степень благосостоянія судей въ различныхъ государствахъ, ибо она опредѣляется отношеніемъ этихъ цифръ къ дороговизнѣ жизни. Тѣмъ не менѣе онѣ достаточно ясно свидѣтельствуютъ, что судейская служба въ большинствѣ государствъ оплачивается скудно.

III. Составители судебныхъ уставовъ понимали всю важность матеріальной обезпеченности судей для созданія хорошаго судейскаго персонала. Хотя они и не допускали мысли о возможности злоупотребленій чиновъ судебнаго вѣдомства съ корыстной цѣлью изъ-за недостаточности жалованія, но обратили вниманіе на то, что если судьи не будутъ поставлены въ удовлетворительное матеріальное положеніе, „то другія вѣдомства, въ которыхъ за-

---

[1]) Во Франціи наибольшіе оклады положены парижскимъ судьямъ; провинціальные судьи раздѣлены на три класса, сообразно количеству населенія въ округахъ. Въ Пруссіи и въ другихъ германскихъ государствахъ судьи первыхъ двухъ инстанцій получаютъ дополнительныя квартирныя. Въ Бельгіи жалованіе мировыхъ судей больше, чѣмъ во Франціи; жалованіе членовъ судовъ первой и второй инстанцій почти такое же, какъ во Франціи; предсѣдатели же судовъ и члены кассаціоннаго суда получаютъ значительно меньше. Суды первой инстанціи раздѣлены на три класса, а мировые судьи—на четыре. Въ Австріи и большинствѣ германскихъ государствъ оклады судейскаго жалованія немногимъ отличаются отъ установленныхъ въ Пруссіи.

[2]) Оклады жалованія судей въ разныхъ государствахъ приведены въ слѣдующихъ сочиненіяхъ: Завадскій. Несмѣняемость, 16; Piola-Caselli, 122, 144, 169, 186—187, 190, 206, 304—305; Kade, 115—116, 127—128, 149, 173, 223—224, 257, 269 и др. Aubin, 85; Eslande, 62—64, 98—99, 131—135, 162, 209—213, 238—239, 266—268; Ulrich, 168—169.

нятія легче, а служебныхъ выгодъ болѣе, постоянно будутъ привлекать къ себѣ изъ судебнаго міра всѣхъ лучшихъ его дѣятелей, и судебное преобразованіе въ главнѣйшей его части, а именно нравственной, не достигнетъ цѣли" [1]). Сообразно съ такимъ взглядомъ составители уставовъ назначили чинамъ судебнаго вѣдомства если и не особенно высокіе, то во всякомъ случаѣ для своего времени достаточные оклады жалованія. Но время шло, жизнь становилась все дороже, а оклады жалованія оставались прежними. Несоотвѣтствіе ихъ потребностямъ жизни было отмѣчаемо въ литературѣ и офиціально засвидѣтельствовано комиссіей по пересмотру судебныхъ уставовъ [2]).

Жалованіе судей было увеличено—и то незначительно—только въ самое послѣднее время. Теперь члены окружныхъ судовъ получаютъ 3300 руб. (вмѣсто первоначальныхъ 2200); члены судебныхъ палатъ—4200 руб. (вмѣсто прежнихъ 3500); предсѣдатели окружныхъ судовъ—5300 р. (вмѣсто 4500); товарищи предсѣдателей окружныхъ судовъ — 4200 р. (вмѣсто 3500); старшіе предсѣдатели палатъ—7000 (вмѣсто 6000); предсѣдатели департаментовъ палатъ—5600 р. (вмѣсто 5000); сенаторы кассаціонныхъ департаментовъ—8000 р. (вмѣсто 7000); первоприсутствующіе въ сенатѣ—9000 р.

Городскимъ судьямъ и земскимъ начальникамъ положено 1600 руб. жалованія и 600 руб. на канцелярскіе расходы (прил. къ полож. о зем. нач.).

Содержаніе мировыхъ судей не вездѣ одинаково: жалованіе по большей части составляетъ около 2 тыс. руб., но, кромѣ него, имъ выдаются добавочныя суммы, въ нѣкоторыхъ мѣстностяхъ превышающія даже самый окладъ жалованія.

Волостные судьи въ прибалтійскихъ губерніяхъ получаютъ вознагражденіе за службу въ размѣрѣ, опредѣляемомъ сходомъ выборныхъ, или, если волостной участокъ состоитъ изъ нѣсколькихъ волостей,—соединеннымъ собраніемъ сходовъ, при чемъ этотъ размѣръ не можетъ быть ниже устанавливаемаго губернскимъ по крестьянскимъ дѣламъ минимума (ст. 47 кн. I вол. суд. уст.

---

[1]) Суд. уставы 1864 г. съ излож. разсужд., на коихъ они основаны, III, 1866, стр. XLI.

[2]) Объясн. запис. къ пр. нов. ред. учр. суд. уст., II, 439.

приб. губ.). Въ мѣстностяхъ, гдѣ введены земскіе начальники, жалованіе волостнымъ судьямъ назначается уѣздными съѣздами, съ утвержденія губернскихъ присутствій, въ размѣрѣ не менѣе 60 руб. въ годъ, а предсѣдателямъ судовъ — не менѣе 100 руб. (ст. 196 общ. полож. крест.). Въ мѣстностяхъ, гдѣ примѣняется общее положеніе о крестьянахъ, вознагражденіе волостнымъ судьямъ за время исполненія судейскихъ обязанностей назначается сходами, если они признаютъ это нужнымъ (ст. 156 общ. пол.).

Проектъ новой редакціи учрежденія судебныхъ уст. (прил. къ ст. 319) увеличиваетъ оклады жалованія высшимъ чинамъ (сенаторамъ и старшимъ предсѣдателямъ палатъ на тысячу руб., предсѣдателямъ департаментовъ палатъ — на 400 руб., членамъ палатъ—на 300 р., предсѣдателямъ окружныхъ судовъ—на 200 р.) и уменьшаетъ безъ того недостаточные оклады низшимъ чинамъ (членамъ окружныхъ судовъ—на 300 руб., товарищамъ предсѣдателей окружныхъ судовъ—на 200 руб.).

IV. Но и сравнительно высокое жалованіе не вполнѣ обезпечиваетъ судей и ихъ семейства, если не дополняется правомъ на пенсію. Составители судебныхъ уставовъ хорошо понимали это и въ виду незначительности пенсіонныхъ окладовъ, получаемыхъ у насъ лицами, состоящими на государственной службѣ, озаботились поставить судей въ лучшее положеніе, проектировавъ учрежденіе эмеритальной пенсіонной кассы судебнаго вѣдомства (объясн. къ 247 ст. учр. суд. уст.). Такая касса дѣйствительно была учреждена, и вычеты изъ жалованія судей въ ея пользу стали дѣлаться немедленно по введеніи судебныхъ уставовъ, но пенсіи и пособія начали выдаваться только съ 1885 г., когда былъ утвержденъ уставъ эмеритальной кассы [1]). Однако пенсіонные оклады такъ незначительны, что даже съ прибавкой эмеритуры далеко не доходятъ до тѣхъ размѣровъ, какіе установлены въ большинствѣ германскихъ государствъ, гдѣ судьи получаютъ послѣ 10 лѣтъ службы, въ видѣ пенсіи, 25—40% жалованія, послѣ 20 лѣтъ—55—65%, послѣ 30 лѣтъ—65—70%, а

---

[1]) Въ настоящее время онъ помѣщается въ уставахъ о пенсіяхъ (т. III Св. зак.). О немъ: Кильштетъ. Эмеритальная касса судебнаго вѣдомства и страхованіе жизни (Журн. М. Ю. 1909 № 3).

послѣ 35 лѣтъ—75—80% [1]). Притомъ, право на эмеритуру возникаетъ у нашихъ судей только послѣ 25-лѣтней службы, при условіи участія во взносахъ въ теченіе не менѣе 10 лѣтъ.

§ 23.

Коллегіальное устройство судовъ [2]).

I. Во многихъ отношеніяхъ представляется желательнымъ, чтобы гражданскія дѣла разрѣшались не однимъ судьей, а нѣсколькими, соединенными въ одну коллегію.

1. Коллегіальное разсмотрѣніе дѣлъ обезпечиваетъ болѣе тщательное и многостороннее обсужденіе ихъ. Рѣшеніе дѣлъ коллегіей является результатомъ обмѣна мнѣній между судьями, результатомъ столкновенія различныхъ взглядовъ на одни и тѣ же вопросы, различныхъ точекъ зрѣнія. То, что не разслышано или упущено изъ вниманія однимъ судьей, можетъ быть замѣчено другимъ; что кажется неяснымъ одному, можетъ быть выяснено другимъ. Благодаря такой взаимопомощи, оказываемой другъ другу членами судебной коллегіи, недостатки одного судьи восполняются достоинствами другого, такъ что безъ преувеличенія можно сказать, что „три плохихъ судьи въ состояніи составить хорошую судебную коллегію“ [3]).

---

[1]) Kade, 109—110, 133—134, 201, 228, 260, 274. Въ нѣкоторыхъ частяхъ Германіи (Брауншвейгѣ, Гессенѣ, Ольденбургѣ) размѣръ пенсій еще выше. Kade, 150, 174, 210. Гораздо хуже поставлены судьи во Франціи и Италіи (Eslande, 68, 137—138, 239), а лучше всего въ Англіи и Соединенныхъ Штатахъ: въ Англіи судьи, выходя въ отставку послѣ 15-лѣтней службы или по причинѣ болѣзни, получаютъ пенсію въ размѣрѣ 2/3 своего колоссальнаго жалованія, а члены американскихъ федеральныхъ судовъ, по выслугѣ 25 лѣтъ или по достиженіи 70 лѣтъ и при условіи не менѣе 10-лѣтней службы, имѣютъ право на пенсію въ размѣрѣ полнаго оклада своего жалованія. Eslande, 99, 163. Piola-Caselli, 122. *Nerincx*, 22.

[2]) Бентамъ, гл. IX. Филлиповъ, II, гл. IV. Затворницкій. Единоличное начало въ коллегіальномъ судѣ (Журн. М. Ю. 1902 №№ 2—4). Соллертинскій. Замѣна коллегіи единоличной властью (тамъ же, 1901 № 4).

Feuerbach. Betrachtungen über die Oeffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege, 1821, I, 356 ff. Rathmann. Der Einzelrichter, 1872. Pollak. Einzelgerichtsbarkeit im Civilprocesse, 1908. Verhandlungen des 29 deut. Juristentages, 1908. Coumoul, 352 ss. Manfredini, 632 ss.

[3]) Pollak, 22.

2. Улучшая качество судебныхъ рѣшеній, коллегіальное разсмотрѣніе дѣлъ обезпечиваетъ и болѣе безпристрастное отношеніе судей къ дѣламъ. На единоличнаго судью легче оказать вліяніе, чѣмъ на цѣлую судейскую коллегію: его легче подкупить, легче найти къ нему ходъ. Въ коллегіи члены стѣсняются другъ друга, боятся уронить себя во мнѣніи товарищей, остерегаются оглашенія своихъ недобросовѣстныхъ дѣйствій. Если даже удастся повліять на одного или нѣсколькихъ изъ нихъ подкупомъ или какимъ-либо инымъ способомъ, то во всякомъ случаѣ остальные сохранятъ безпристрастіе и окажутъ надлежащее противодѣйствіе тѣмъ, которые готовы покривить душой. Правильно поэтому замѣтилъ Бодэнъ, что „большое количество судей, какъ и большое количество воды, труднѣе испортить".

3. При разрѣшеніи дѣлъ въ коллегіи каждый судья, сознавая, что за нимъ стоитъ раздѣляющая его отвѣтственность коллегія, чувствуетъ себя независимѣе и дѣйствуетъ свободнѣе, чѣмъ тогда, когда ему приходится выносить рѣшенія единолично. „Коллегіумъ свободнѣйшій духъ въ себѣ имѣетъ къ правосудію; не тако бо, яко же единоличный правитель, гнѣва сильныхъ боится; понеже и причины проискивать на многихъ, а еще разностатейныхъ особъ, не тако удобно есть, яко на единаго человѣка" [1]).

4. Рѣшенія коллегіальнаго суда, являясь результатомъ совокупной дѣятельности нѣсколькихъ судей, запечатлѣны большимъ авторитетомъ, чѣмъ рѣшенія единоличнаго судьи. Каждая лишняя судейская подпись на рѣшеніи увеличиваетъ его нравственный вѣсъ, такъ какъ „совпаденіе убѣжденій различныхъ лицъ относительно одного предмета служитъ внѣшнимъ удостовѣреніемъ внутренней истинности" [2]).

---

[1]) Духовный Реглам. Петра I, п. 4 (изд. 1883 г., стр. 9). Это положеніе хорошо иллюстрируется слѣдующимъ фактомъ, который разсказываетъ Coumoul со словъ другого французскаго писателя (Lamy). Одинъ французскій мировой судья вынесъ обвинительный приговоръ подсудимому, привлеченному къ отвѣтственности мѣстнымъ мэромъ-депутатомъ, несмотря на то, что раньше, частнымъ образомъ, называлъ обвиненіе неосновательнымъ. Когда его потомъ спросили два члена коронного суда, являющагося для него апелляціонной инстанціей, почему онъ поступилъ противъ своего убѣжденія, онъ откровенно отвѣтилъ: „да, я проявилъ слабость, потому что я одинъ. Но вы втроемъ можете поправить дѣло и выдержать вмѣстѣ гнѣвъ нашего мэра-депутата". Coumoul, 366, прим.

[2]) Feuerbach, 367. Фплипповъ, II, 273.

II. Противъ коллегіальности и въ пользу единоличности приводятся слѣдующія соображенія [1]).

1. Сознаніе юридической и нравственной отвѣтственности за постановляемое рѣшеніе у единоличнаго судьи сильнѣе, а потому и отношеніе его къ дѣлу болѣе внимательно и добросовѣстно.

„Честность судьи зависитъ отъ его отвѣтственности передъ общественнымъ мнѣніемъ или передъ закономъ. Но эта отвѣтственность вполнѣ лежитъ только на одиночномъ судьѣ: стоя одинъ передъ общественнымъ мнѣніемъ, онъ не имѣетъ другой опоры, кромѣ правдивости своихъ сужденій, другой защиты, кромѣ общественнаго уваженія. Если бы онъ сдѣлалъ несправедливость передъ лицомъ столькихъ свидѣтелей, готовыхъ распространить слухъ о его поступкѣ, все порицаніе пало бы на него одного; онъ увидѣлъ бы себя одного противъ всѣхъ отданнымъ на жертву всеобщему негодованію, мечъ закона поднятымъ надъ своей головою..." „Между тѣмъ коллегіальное устройство даетъ судьямъ средство оправдывать себя и все, что есть дурного въ несправедливомъ постановленіи, сваливать другъ на друга, такъ что оно, будучи основано на мнѣніи всѣхъ, не принадлежитъ никому въ особенности".

Противъ этого нужно замѣтить, что слѣдуетъ отличать отвѣтственность судьи предъ общественныхъ мнѣніемъ отъ отвѣтственности предъ закономъ. Единоличный судья несетъ предъ обществомъ отвѣтственность одинъ, нераздѣльно. Это обстоятельство имѣло бы важное значеніе при системѣ періодическихъ выборовъ, когда судья, плохо себя зарекомендовавшій предъ общественнымъ мнѣніемъ, рисковалъ бы не быть переизбраннымъ по истеченіи срока своей службы. Но при системѣ правительственнаго назначенія несмѣняемыхъ судей мнѣніе общества не имѣетъ для нихъ такой важности. Что же касается отвѣтственности судей предъ закономъ, то она одинакова какъ для единоличнаго, такъ и для коллегіальнаго суда. Въ коллегіи она тоже не дѣ-

---

[1]) Принципъ единоличности имѣетъ не многихъ защитниковъ; къ числу самыхъ рѣшительныхъ принадлежатъ Бентамъ и Контъ. Въ послѣднее время стали раздаваться въ пользу единоличности голоса въ Германіи: Adickes, Grundlinien, 134 ff. Wagner, 27, Mügel, Fischer и др. (указ. см. въ Zt. Zp. 39 B., 213—214; 40 B., 429).

лится на части по числу членовъ коллегіи, а падаетъ на каждаго изъ нихъ въ полномъ размѣрѣ: они отвѣчаютъ не по долямъ, а солидарно. Когда за какое-либо служебное упущеніе полагается выговоръ, то этому наказанію подвергается не только единоличный судья, но и каждый членъ провинившейся коллегіи, если только онъ не оградилъ себя подачей особаго мнѣнія, несогласнаго съ мнѣніемъ большинства членовъ коллегіи (ст. 703 уст. гр. суд.) [1]).

2. Слѣдствіемъ большаго сознанія отвѣтственности является болѣе внимательное и добросовѣстное отношеніе къ дѣламъ. Судья не имѣетъ на кого полагаться; онъ долженъ работать самостоятельно. Совсѣмъ иное въ коллегіи. Тамъ одинъ членъ разсчитываетъ на другого, и обыкновенно дѣла рѣшаются предсѣдателемъ или членомъ-докладчикомъ, къ которымъ безъ противорѣчія присоединяются прочіе члены коллегіи. Иногда господствующее положеніе въ коллегіи занимаетъ не предсѣдатель, а какой-либо изъ членовъ, старшій по службѣ или чину, болѣе знающій и опытный. Благодаря этому, коллегіальность превращается, въ сущности, въ единоличность, но не сопровождаемую той нераздѣльной отвѣтственностью, какая лежитъ на единоличномъ судьѣ. „Рядъ изъ 5, 10, 15 судей представляетъ собою рядъ цифръ, изъ которыхъ только одна имѣетъ значеніе, а остальныя—нули, которые уменьшаютъ значеніе этой цифры, ибо этотъ наружный видъ участія многихъ лицъ въ рѣшеніи дѣлъ внушаетъ предсѣдателю болѣе самоувѣренности и безпечности, нежели сколько онъ себѣ позволилъ бы, если бы былъ одиночнымъ судьею“ [2]).

Это соображеніе имѣетъ фактическое основаніе. Дѣйствительно, подъ формой коллегіальности очень часто скрывается единоличное начало: дѣла разрѣшаются не всею коллегіей, а членомъ-докладчикомъ, къ которому молча присоединяются другіе члены коллегіи. Такое явленіе наблюдается какъ на Западѣ, такъ и у насъ [3]). Но, во-1-хъ, даже въ худшемъ случаѣ, когда дѣла разрѣшаются однимъ членомъ-докладчикомъ, все-таки сохраняется

---

[1]) Филиповъ, II, 267—269.

[2]) Бентамъ, 40.

[3]) Карабеговъ. Реформа судебныхъ уставовъ, 1889, 102—103.

возможность для члена-докладчика посовѣтоваться по затруднительному вопросу съ товарищами, а для нихъ—при малѣйшемъ сомнѣніи въ правильности предлагаемаго докладчикомъ рѣшенія—оспорить его. Во-2-хъ, если во главѣ коллегіи стоитъ хорошій предсѣдатель, то онъ лично знакомится съ каждымъ дѣломъ, такъ что каждое рѣшеніе постановляется имъ совмѣстно съ докладчикомъ, а при возникновеніи между ними разногласія, привлекается къ активному участію второй членъ, голосъ котораго и даетъ перевѣсъ тому или иному мнѣнію.

Нельзя еще не добавить, что это зло можно было бы уничтожить въ корнѣ, сдѣлавъ совѣщаніе судей гласнымъ и обязавъ каждаго члена коллегіи громко высказывать и мотивировать свое мнѣніе. Это побудило бы каждаго изъ нихъ къ тщательному изученію дѣла. Такой порядокъ, принятый въ Англіи [1]), ставитъ дѣятельность судей на виду у публики и даетъ ей возможность судить о степени добросовѣстности, подготовки и способности судей. Однако онъ имѣетъ и неудобную сторону, такъ какъ дѣлаетъ невозможными тѣ нерѣдко долгія и оживленныя пренія, которыя возникаютъ между членами коллегіи при обсужденіи дѣлъ въ совѣщательной комнатѣ и ведутъ къ лучшему выясненію истины, а также ослабляетъ авторитетность рѣшенія въ глазахъ публики, разоблачая разногласіе между членами коллегіи, касающееся иной разъ существенныхъ вопросовъ дѣла [2]).

Въ виду такихъ неудобствъ континентальныя законодательства не рѣшаются сдѣлать совѣщаніе судей гласнымъ, хотя въ пользу этого весьма энергично высказывались нѣкоторые изслѣдователи [3]).

---

[1]) Franqueville, I. 400. Публичная подача голосовъ и мотивировка ихъ практиковались въ старину въ германскихъ судахъ (Feuerbach I, 120—123) и въ парижскомъ парламентѣ (Comte, 222).

[2]) Bordeaux, 289; Barrot, 69; Seligman, 36—38; Feuerbach, 127—129.

[3]) Боровиковскій. Отчетъ судьи, III, 1894, 17—18: „Говорятъ, тайна совѣщанія ограждаетъ свободу мнѣнія судей. Да у судей вовсе нѣтъ и не должно быть такой свободы мнѣнія, для проявленія которой нужно удаляться въ особую комнату. Судья обязанъ рѣшить дѣло сообразно установленнымъ фактамъ и велѣніямъ закона. Если бы было введено гласное совѣщаніе, судьи стѣснялись бы этимъ развѣ въ первое время, съ непривычки. Такъ при открытіи новыхъ судовъ судьи на первыхъ порахъ смущались публичнымъ докладомъ, но вскорѣ же и попривыкли". Ср. Feuerbach, 142 ff. Canstein. Die rationellen Grundlagen des Civilprocesses, 1877, 101—102. Карабеговъ, 78, 87—88 и др.

3. Единоличный судья, дѣйствуя на глазахъ у общества самостоятельно и неся за свои дѣйствія полную и нераздѣльную отвѣтственность, съ одной стороны, легко обнаруживаетъ свои хорошія и дурныя качества, съ другой стороны, имѣетъ побудительную причину къ постоянному самоусовершенствованію. Напротивъ, скрываясь за ширмы коллегіи, онъ становится недоступенъ для контроля общества и можетъ относиться къ своимъ обязанностямъ спустя рукава [1]).

Въ этомъ соображеніи тоже смѣшивается отвѣтственность судьи предъ обществомъ и предъ высшими властями. Конечно, единоличный судья больше на виду у общества, чѣмъ членъ коллегіи. Но высшимъ инстанціямъ и органамъ надзора качества каждаго члена коллегіи извѣстны по тому, какъ онъ дѣлаетъ доклады, пишетъ рѣшенія и исполняетъ другія процессуальныя дѣйствія при разрѣшеніи дѣлъ. Ширмы коллегіальности скрываютъ отдѣльныхъ судей—и то не вполнѣ—отъ взоровъ обыкновенной публики, но не отъ органовъ надзора, не отъ товарищей и не отъ адвокатовъ.

4. При единоличности дѣла разбираются быстрѣе. Коллегіальное разсмотрѣніе дѣлъ требуетъ больше времени для предварительнаго ознакомленія судей съ процессуальнымъ матеріаломъ и для совмѣстнаго обсужденія его [2]).

Это вѣрно. Однако слѣдуетъ помнить, что быстрота производства хороша лишь при томъ условіи, если не уменьшаетъ основательности обсужденія дѣлъ. А такъ какъ принципъ коллегіальности больше гарантируетъ основательность, то отказаться отъ него, ради достиженія быстроты производства, можно только въ тѣхъ дѣлахъ, которыя, по своему существу, не требуютъ особеннаго труда для уясненія и разрѣшенія. Кромѣ того, быстрота—цѣль, къ которой должно стремиться производство въ каждомъ судѣ, какъ единоличномъ, такъ и коллегіальномъ [3]).

5. При единоличной организаціи судебныхъ учрежденій число судей можетъ быть меньше, а потому имъ можно назначить

---

[1]) Comte, 75; Бентамъ, 42.
[2]) Бентамъ, 42. Ср. Rathmann, 16.
[3]) Pollak, 11—13.

высокое вознагражденіе и такимъ способомъ привлечь къ занятію судейскихъ должностей наиболѣе выдающихся юристовъ [1]).

Этотъ доводъ неоспоримъ, но могъ бы имѣть рѣшающее значеніе только въ томъ случаѣ, если бы можно было ограничиться очень незначительнымъ числомъ единоличныхъ судей, которые могли бы быть избираемы изъ наиболѣе выдающихся юристовъ-практиковъ и которымъ можно было бы назначить очень высокіе оклады жалованія, не уступающіе заработку, приносимому имъ занятіемъ адвокатурой. Таково положеніе вещей въ Англіи. Но оно возможно только благодаря своеобразному судоустройству и судопроизводству, существующимъ тамъ, и, главнымъ образомъ, благодаря тому, что большая часть процессуальныхъ дѣйствій, исполняемая на континентѣ Европы самими судами, возложена въ Англіи на секретарей судовъ (см. § 29). Но при другихъ процессуальныхъ порядкахъ, существующихъ въ прочихъ западноевропейскихъ государствахъ и у насъ, число единоличныхъ судей все-таки должно быть настолько велико, что для заполненія всѣхъ мѣстъ все равно не хватило бы выдающихся юристовъ-практиковъ и пришлось бы довольствоваться посредственными [2]).

7. Единоличный судья доступнѣе для тяжущихся, чѣмъ цѣлая коллегія. Онъ можетъ входить съ ними въ болѣе близкое общеніе, лучше вникать въ ихъ интересы и содѣйствовать словомъ совѣта и убѣжденія мирному окончанію процессовъ между ними [3]).

Это соображеніе вполнѣ правильно, въ особенности въ томъ случаѣ, когда судья принадлежитъ къ числу мѣстныхъ обывателей, близко знаетъ ихъ и существующія между ними отношенія. Поэтому единоличное начало представляется, несомнѣнно, цѣлесообразнымъ въ примѣненіи къ низшимъ мѣстнымъ судамъ.

III. Сравнительная оцѣнка достоинствъ и недостатковъ принциповъ коллегіальности и единоличности приводитъ къ тому за-

---

[1]) Бентамъ, 43.

[2]) По вычисленію Адлкеса, предлагавшаго сдѣлать судъ первой инстанціи единоличнымъ, а число членовъ въ присутствіяхъ апелляціоннаго и ревизіоннаго судовъ уменьшить до 2—3 человѣкъ, для Германіи потребовалось бы все-таки свыше трехъ тысячъ судей. Adickes, Grundlinien, 144—146.

[3]) Rathmann, 5—7, 59 ff.

ключенію, что первый заслуживаетъ предпочтенія, такъ какъ въ большей степени обезпечиваетъ основательное, добросовѣстное и справедливое разрѣшеніе дѣлъ, и что принципъ единоличности можетъ быть допущенъ только въ видѣ изъятія для мелкихъ и несложныхъ дѣлъ, которыя, требуя простоты производства и быстраго окончанія, могутъ быть съ большимъ успѣхомъ разрѣшаемы единоличнымъ судьей, болѣе доступнымъ для тяжущихся и ближе знающихъ ихъ [1]).

На этомъ именно основаніи покоится разграниченіе вѣдомства единоличныхъ и коллегіальныхъ судовъ какъ въ западноевропейскихъ государствахъ [2]), такъ и въ Россіи.

Противъ такого распредѣленія дѣлъ между единоличными и коллегіальными судами часто возражаютъ, что въ немъ придано черезчуръ большое значеніе цѣнности дѣлъ, которая вовсе не служитъ ни показателемъ ихъ простоты или сложности, ни мѣриломъ ихъ важности для тяжущихся. Дѣло о взысканіи по безспорному документу—векселю, закладной—представляетъ безконечно меньше трудностей для суда, чѣмъ грошовый искъ изъ сложныхъ обязательственныхъ отношеній между купцами, комис-

---

[1]) Canstein, 156.

[2]) Въ *Германіи* къ вѣдомству единоличныхъ судей (участковыхъ) отнесены: 1) дѣла по имущественнымъ требованіямъ на сумму не свыше 300 руб. (600 марокъ) и 2) безъ ограниченія суммы: а) споры между хозяевами и нанимателями о сдачѣ, пользованіи или освобожденіи нанятаго имущества и объ удержаніи находящихся тамъ вещей нанимателя, б) споры между хозяевами и прислугой, хозяевами и рабочими, вытекающіе изъ наемнаго договора, а также между прикащиками и учениками, вытекающіе изъ договорныхъ отношеній между ними, в) споры путешественниковъ съ содержателями гостиницъ, перевозчиками, экспедиторами и т. п., г) споры изъза недостатковъ, оказавшихся въ купленномъ скотѣ, д) иски о вознагражденіи за причиненные животными убытки, е) требованія изъ внѣбрачнаго сожительства и ж) вызывное производство. GVG, § 23, по редакціи 1909 г. (раньше предѣльная цѣнность иска была 150 руб). Schmidt, § 40, II. Въ *Австріи* участковымъ судьямъ подвѣдомственны: 1) имущественныя требованія цѣною до 500 гульденовъ (400 руб.) по предметамъ, не отнесеннымъ къ исключительной компетенціи коллегіальныхъ судовъ (а именно, не касающимся законности рожденія, развода, расторженія и недѣйствительности брака, отношеній между родителями и дѣтьми, не имѣющихъ исключительно имущественнаго характера, заповѣдныхъ имѣній (ст. 50); 2) безъ различія въ цѣнѣ: а) требованія, вытекающія изъ внѣбрачнаго сожительства, б) споры объ установленіи и исправленіи границъ недвижимостей и о сервитутѣ жилья, в) иски о возстановленіи нарушеннаго владѣнія, г) споры между хозяевами и нанимателями, вытекающіе изъ наемнаго договора, кромѣ споровъ относительно обязательности дого-

сіонерами, ремесленниками и т. п. [1]). Съ другой стороны, цѣнность дѣла не всегда соотвѣтствуетъ важности его для самихъ тяжущихся. Малоцѣнный искъ, не имѣющій никакого значенія для богача, можетъ грозить полнымъ разореніемъ бѣдняку. Всякому свои слезы солоны, и Бриглебъ правильно замѣтилъ, что мышь, съ которой сдираютъ кожу, чувствуетъ боль ничуть не меньше, чѣмъ быкъ [2]). „Къ распредѣленію дѣлъ по цѣнности примѣнимо то, что говорилось по поводу денежныхъ штрафовъ: цѣнность, которую какой-либо объектъ имѣетъ для своего обладателя, не абсолютна, а опредѣляется отношеніемъ этого объекта ко всему имуществу даннаго лица“ [3]). Съ этой точки зрѣнія можно признать, что „говоря вообще, важность дѣла скорѣе обратно, чѣмъ прямо пропорціональна его цѣнѣ“ [4]). Поэтому отнесеніе къ вѣ-

---

вора и наемной платы, д) споры по договорамъ личнаго найма между хозяевами и слугами, рабочими, подмастерьями, учениками и судовой командой, поскольку они не отнесены къ вѣдомству администраціи и ремесленныхъ судовъ, е) споры между путешественниками и содержателями гостиницъ, владѣльцами судовъ, перевозчиками и экспедиторами и т. п., ж) споры о недостаткахъ въ проданномъ скотѣ и з) распоряженія по отказамъ отъ найма имуществъ, сдачѣ и пріемѣ нанятыхъ вещей и морскимъ протестамъ. Jurisd.-norm, § 49. Во *Франціи* компетенція мировыхъ судей раздѣляется на общую, обнимающую всѣ (за очень немногими изъятіями) дѣла о движимыхъ имуществахъ на сумму до 240 руб. (600 франковъ), и спеціальную, относящуюся къ нѣкоторымъ категоріямъ: 1) на сумму до 600 руб. по искамъ, возникающимъ во время путешествія, спорамъ, касающимся заказныхъ отправленій и цѣнныхъ посылокъ, искамъ о вознагражденіи за военныя реквизиціи и 2) на всякую сумму: по искамъ изъ договора найма недвижимостей, если арендная плата не превышаетъ 240 руб., по спорамъ между хозяевами и рабочими, прислугой, приказчиками и т. п., искамъ объ убыткахъ, причиненныхъ полямъ, посѣвамъ, плодамъ и проч., искамъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія, объ установленіи границъ и мн. др. Garsonnet, №№ 197—229. Въ *Италіи* личные иски о движимости, а также иски объ убыткахъ и наймѣ недвижимости подлежатъ до суммы 100 лиръ вѣдомству мировыхъ судей, а отъ 100 до 1500 лиръ—преторовъ. Кромѣ того, преторамъ подвѣдомственны въ предѣлахъ этой суммы всѣ другіе иски, затѣмъ иски объ алиментахъ до 200 лиръ и нѣкоторые иски въ теченіи года съ того времени, какъ возникъ поводъ къ ихъ предъявленію (владѣльческіе, о потравѣ и др.). Cod. di proc., art. 70, 71, 82. О компетенціи русскихъ единоличныхъ судовъ будетъ сказано въ ученіи о субъектахъ искового процесса.

[1]) Vierhaus. Ueber die socialen und wirtschaftlichen Aufgaben der Civilprozessgesetzgebung, 1903, 51—52.

[2]) Pollak, 23; Vierhaus, 52.

[3]) Vierhaus, 52.

[4]) Бентамъ, 18.

домству коллегіальныхъ судовъ только цѣнныхъ дѣлъ является несправедливой привилегіей для состоятельнаго класса населенія и представляетъ собой плутократическій принципъ, которымъ законодательство, обязанное заботиться равномѣрно объ интересахъ всѣхъ классовъ населенія, не должно руководствоваться.

Справедливости этихъ соображеній нельзя отрицать, и современныя законодательства приняли ихъ въ расчетъ, распредѣливъ между коллегіальными и единоличными судами нѣкоторыя категоріи дѣлъ независимо отъ ихъ цѣнности. Но совершенно отказаться при этомъ отъ мѣрила сравнительной цѣнности невозможно въ виду слѣдующихъ обстоятельствъ.

Во-1-хъ, если бы законодатель пожелалъ распредѣлить дѣла по ихъ субъективной важности для тяжущихся, то суду приходилось бы въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ вычислять, въ какомъ отношеніи находится цѣна предъявленнаго иска ко всему имуществу каждаго изъ тяжущихся, а это совершенно немыслимо. Во-2-хъ, для законодателя интересы всего гражданскаго оборота, несомнѣнно, важнѣе интересовъ отдѣльныхъ частныхъ лицъ, а съ точки зрѣнія оборота судьба иска объ имуществѣ, стоющемъ десятки или сотни тысячъ рублей, имѣетъ больше значенія, чѣмъ судьба десятирублеваго взысканія. Въ-3-хъ, малоцѣнное дѣло не выдержитъ расходовъ, связанныхъ съ разрѣшеніемъ его въ сложномъ производствѣ коллегіальнаго суда [1]): выигравшая его сторона въ концѣ-концовъ либо ничего не получитъ, либо должна даже будетъ приплатиться, потому что, какъ бы ни уменьшить сумму взыскиваемыхъ съ тяжущихся издержекъ, во всякомъ случаѣ довести ее до нуля никакъ невозможно, такъ что проигравшій дѣло противникъ, если онъ такой же бѣднякъ, не въ состояніи будетъ возмѣстить ихъ побѣдителю. Въ-4-хъ, если даже судебныя издержки и будутъ возмѣщены противникомъ, то во всякомъ случаѣ останется невознагражденной потеря рабочаго времени, затраченнаго на хожденіе по судамъ, или сдѣланный взамѣнъ этого расходъ на приглашеніе повѣреннаго, которому придется, при малоцѣнномъ искѣ, заплатить большій

---

[1]) Pollak, 23.

процентъ, чѣмъ полагающійся ему по таксѣ за веденіе цѣнныхъ дѣлъ. Въ-5-хъ, наконецъ, малоцѣнныя дѣла не нуждаются въ установленіи такихъ гарантій судейскаго безпристрастія, какъ цѣнныя, потому что опасность подкупа или вообще какого-либо вліянія на единоличнаго судью со стороны тяжущихся или иныхъ лицъ при малоцѣнномъ искѣ совершенно отсутствуетъ [1]). Словомъ, предоставлять разрѣшеніе малоцѣнныхъ дѣлъ коллегіальнымъ судамъ такъ же неудобно и невыгодно, какъ примѣнять для поднятія ничтожныхъ грузовъ огромныя, потребляющія много топлива машины [2]). Въ заключеніе слѣдуетъ замѣтить, что и малоцѣнныя дѣла, разбираемыя единоличными судьями, не лишены гарантій, представляемыхъ коллегіальностью, потому что недовольный рѣшеніемъ суда тяжущійся имѣетъ право обжаловать его въ высшую инстанцію, устроенную по *принципу коллегіальности*.

IV. Единоличное начало можетъ имѣть примѣненіе и въ коллегіальныхъ судахъ, если предоставить совершеніе нѣкоторыхъ процессуальныхъ дѣйствій не всему присутствію суда въ полномъ составѣ, а только его предсѣдателю или одному изъ членовъ. Критеріемъ для выдѣленія такихъ дѣйствій должны служить не только сравнительная трудность или сложность дѣла, но и значеніе этихъ дѣйствій для тяжущихся, такъ какъ коллегіальность имѣетъ задачей обезпечить какъ основательность и всесторонность обсужденія дѣлъ, такъ и безпристрастное отношеніе судей [3]). Въ виду этого принципъ единоличности можетъ быть допущенъ въ примѣненіи къ такимъ дѣйствіямъ, которыя имѣютъ предварительный или подготовительный характеръ, каковы, напр., выясненіе въ точности требованій и возраженій сторонъ, формулированіе спорныхъ пунктовъ и вообще подготовка дѣлъ къ слушанію по существу [4]).

---

[1]) Филипповъ, II, 286—287.

[2]) Stein. Zur Justizreform, 75.

[3]) На этомъ основаніи признается нецѣлесообразной и опасной замѣна трехчленной коллегіи судей въ дѣлахъ, рѣшаемыхъ съ участіемъ присяжныхъ засѣдателей, однимъ предсѣдательствующимъ. Соллертинскій, 61 и сл.

[4]) Австр. уст. гражд. суд., ст. 250. Ср. Затворницкій, 25—26; Носенко, Очерки по гражд. процессу (Журн. М. Ю. 1903 № 10, стр. 10—11).

§ 24.

Инстанціонная система [1]).

I. Въ то время, какъ коллегіальное устройство судовъ имѣетъ цѣлью обезпечить одновременное участіе нѣсколькихъ судей въ разсмотрѣніи дѣлъ, инстанціонная система дѣлаетъ возможнымъ послѣдовательное перерѣшеніе ихъ разными судами. Это необходимо въ двухъ отношеніяхъ.

1. Какъ бы хорошо ни были подготовлены къ своей дѣятельности судьи, какъ бы добросовѣстно и внимательно ни относились они къ исполненію своихъ обязанностей, во всякомъ случаѣ они не могутъ быть вполнѣ гарантированы отъ промаховъ и ошибокъ. Не только неправильное пониманіе закона или случайный недосмотръ при установленіи фактическихъ обстоятельствъ дѣла, но и субъективные взгляды, симпатіи и антипатіи судьи, а также вліяніе господствующихъ въ данной мѣстности воззрѣній и предразсудковъ служатъ причиной постановленія неправильныхъ рѣшеній. Нельзя отрицать возможности и сознательнаго уклоненія судей отъ справедливости, которое, благодаря предоставленной судьямъ свободѣ убѣжденія, ускользаетъ отъ самаго бдительнаго надзора и потому остается безнаказаннымъ. Однимъ изъ средствъ охранить тяжущихся отъ всѣхъ такихъ вольныхъ и невольныхъ прегрѣшеній суда является возможность перевершенія дѣлъ. Это перевершеніе дѣлъ можетъ быть предоставлено либо тому самому суду, который ихъ разрѣшилъ, либо другому такому же суду, либо, наконецъ, спеціально для этого учрежденному высшему суду, состоящему изъ болѣе опытныхъ и лучше подготовленныхъ судей.

Первый способъ представляется цѣлесообразнымъ только въ

---

[1]) Малышевъ, II, §§ 104—105; Kries. Die Rechtsmittel des Zivil-und Strafprozesses, 1880 (по дѣйствующему германскому праву). Системы обжалованія судебныхъ рѣшеній, существующія въ разныхъ европейскихъ и внѣевропейскихъ государствахъ, свелъ Harrasowsky. Die Rechtsmittel im Civilprocesse, 1879. Дополненіемъ къ этому устарѣвшему въ значительной части сочиненію служатъ: Fischer. Revision und Revisionssumme, 1904; De la Grasserie. De la fonction et des jurisdictions de cassation en législation comparée, 1911.

тѣхъ случаяхъ, когда неправильность рѣшенія, на которую жалуются тяжущіеся, произошла безъ вины суда, вслѣдствіе невольной ошибки его или по независѣвшимъ отъ него обстоятельствамъ, если, напр., судъ основалъ свое рѣшеніе на документѣ, который впослѣдствіи оказался подложнымъ, или на показаніяхъ свидѣтелей, которые послѣ того были уличены въ лжесвидѣтельствѣ, и т. п. Но въ прочихъ случаяхъ, когда рѣшеніе было результатомъ неправильнаго, по мнѣнію тяжущихся, пониманія судомъ закона, ошибочнаго истолкованія обстоятельствъ дѣла, небрежнаго и невнимательнаго исполненія своихъ обязанностей, словомъ, когда тяжущіеся приписываютъ суду какую-нибудь вину, тогда провѣрка справедливости ихъ жалобы не можетъ быть предоставлена тому суду, на который они жалуются, ибо никто не въ состояніи надлежащимъ образомъ исполнять роль своего собственнаго контролера. „Судъ состоитъ изъ людей, а люди неохотно и не всегда исправляютъ свои дѣйствія, свои мнѣнія и рѣшенія по указаніямъ другихъ лицъ; часто, встрѣтивъ возраженіе, указывающее на неправильность ихъ образа дѣйствій или сужденія, они еще съ большимъ упорствомъ держатся разъ принятаго мнѣнія или направленія“ [1]). Если, поэтому, исправленіе невольныхъ промаховъ суда можетъ быть поручено ему самому, безъ опасенія неосновательнаго упрямства и пристрастія съ его стороны, то нельзя сдѣлать того же самаго относительно его сознательныхъ упущеній: сужденіе о нихъ и перевершеніе дѣлъ въ такихъ случаяхъ должно быть передано другимъ судамъ. При этомъ представляется естественнымъ и желательнымъ, чтобы второй судъ, провѣряющій правильность дѣйствій перваго, былъ выше по служебному положенію и состоялъ изъ лучше подготовленныхъ и болѣе опытныхъ членовъ. При такихъ условіяхъ перевершеніе дѣлъ вторымъ судомъ будетъ имѣть опору въ іерархической подчиненности судовъ и обладать необходимой авторитетностью въ глазахъ гражданъ [2]). Отсюда вытекаетъ необходимость созданія двухъ категорій судовъ: низшихъ, первой степени, или инстанціи, и въ высшихъ, второй степени, или

---

[1]) Малышевъ, II, 162.

[2]) Бентамъ, 156—157.

инстанціи, перевершающихъ дѣла, рѣшенныя судами первой инстанціи.

2. Но этого было бы недостаточно,—не только потому, что второй судъ, перевершающій дѣла, тоже можетъ ошибаться или нарушать предписанныя закономъ формы судопроизводства, но и по другой, еще болѣе важной причинѣ. Именно, въ каждомъ законодательствѣ, какъ бы совершенно оно ни было, встрѣчаются въ большемъ или меньшемъ количествѣ пробѣлы, неясности и противорѣчія. Вслѣдствіе этого неизбѣжны разногласія въ способахъ пониманія и примѣненія его постановленій не только между гражданами, но и между судами. Одинъ судъ толкуетъ законы такъ, другой—иначе, третій—еще иначе; въ каждомъ судебномъ округѣ можетъ выработаться своя собственная практика, и совершенно одинаковыя дѣла будутъ разрѣшаться въ различныхъ округахъ различно. Въ результатѣ получится такой порядокъ, какъ будто въ каждомъ судебномъ округѣ дѣйствуютъ другіе законы. Этого нельзя признать нормальнымъ. Законъ, изданный для всего государства, долженъ повсюду примѣняться одинаково. „Единое государство, единое право, единый судъ", – эти слова, произнесенныя суперъ-интендантомъ Панкомъ при закладкѣ новаго зданія германскаго имперскаго суда, должны служить девизомъ каждаго государственнаго устройства. Отсутствіе единообразія въ судебной практикѣ разрушаетъ единство государственнаго правопорядка, ослабляетъ силу закона и подрываетъ принципъ равенства всѣхъ гражданъ предъ закономъ. Необходимо, поэтому, установить наблюденіе за дѣятельностью всѣхъ судовъ съ цѣлью обезпечить одинаковое толкованіе и примѣненіе ими законовъ [1]).

Объ указанныя функціи—перевершеніе дѣлъ, разрѣшенныхъ судами, по жалобѣ недовольныхъ тяжущихся, и водвореніе единообразія въ судебной практикѣ—могутъ быть предоставлены однимъ и тѣмъ же судебнымъ учрежденіямъ нераздѣльно, такъ

---

[1]) Picot, 226—227: „Для того, чтобы понятіе справедливости свободно развивалось, для того, чтобы оно проникло въ умы гражданъ и запечатлѣлось въ нихъ, граждане должны видѣть на вершинѣ іерархіи высшій судъ, окончательно рѣшающій вопросы компетенціи и права. Если нравственность только одна, то и право тоже одно. Неоцѣнимое качество юстиціи состоитъ въ томъ, что она, по своему существу, едина и

чтобы каждый высшій судъ являлся контролирующей инстанціей для низшихъ судовъ въ обоихъ этихъ отношеніяхъ, либо раздѣлены такимъ образомъ, чтобы перевершеніе дѣлъ по существу было возложено на одну группу высшихъ судовъ, а наблюденіе за единообразіемъ судебной практики—на особый верховный судъ.

Изъ этихъ двухъ системъ предпочтительной является вторая въ виду слѣдующихъ своихъ существенныхъ преимуществъ [1]).

Во-1-хъ, если верховный судъ избавленъ отъ провѣрки фактической стороны разрѣшенныхъ низшими судами дѣлъ, то онъ можетъ сосредоточить все свое вниманіе на ихъ юридической сторонѣ. Благодаря этому, его рѣшенія будутъ болѣе основательны и въ то же время производство ускорится, а количество разрѣшаемыхъ дѣлъ увеличится.

Во-2-хъ, при такомъ порядкѣ совершенно устраняется опасность проявленія верховнымъ судомъ пристрастія въ пользу одной изъ тяжущихся сторонъ, потому что, разрѣшая только отвлеченные юридическіе вопросы, „безъ отношенія къ лицамъ, времени, мѣсту, обстоятельствамъ, онъ не имѣетъ такого повода къ лицепріятію, и если бы былъ склоненъ оказать предпочтеніе одной изъ сторонъ, не могъ бы этого такъ легко дѣлать, не могъ бы разрѣшать противоположнымъ образомъ безусловно одинаковые вопросы, каковы зачастую вопросы чистаго права“ [2]).

Въ-3-хъ, перевершеніе дѣлъ по существу верховнымъ судомъ было бы связано съ огромными затрудненіями для тяжущихся, свидѣтелей и другихъ участвующихъ въ дѣлахъ лицъ, которымъ приходилось бы совершать отдаленныя путешествія, являясь въ засѣданія этого суда, находящагося въ столицѣ или въ другомъ центральномъ городѣ государства.

не можетъ быть раздробляема. Пусть она измѣняется до безконечности въ примѣненіи къ различнымъ тяжбамъ, но пусть остается неизмѣнной въ принципѣ; ей случается принимать различныя формы, опредѣляя отношенія землевладѣльцевъ, рабочихъ, плательщиковъ податей, купцовъ или солдатъ; но когда спеціальные суды вынесли рѣшеніе, когда фактическая сторона выяснена и установлена, тогда споръ поднимается и переходитъ въ тѣ высшія сферы, гдѣ подвергается обсужденію самое право“.

[1]) Meyer, Esprit, VI, 152 ss. Fischer, § 2.

[2]) Meyer, 168—169.

Въ-4-хъ, не только нѣтъ никакого основанія думать, что верховный судъ могъ бы устанавливать фактическую сторону дѣлъ лучше низшихъ судовъ, но, наоборотъ, не подлежитъ сомнѣнію, что онъ дѣлалъ бы это хуже, чѣмъ они, потому что они стоятъ ближе къ тяжущимся и лучше знаютъ мѣстныя отношенія и условія жизни. Тѣ же преимущества, которыми обладаютъ члены верховнаго суда предъ низшими судами, именно бо́льшая талантливость, лучшая юридическая подготовка и судейскій опытъ, могутъ проявиться какъ разъ при юридической оцѣнкѣ фактическаго матеріала процесса, а не при установленіи его, которое въ современномъ процессѣ производится самими сторонами только при содѣйствіи суда.

Въ-5-хъ, если бы возложить на верховный судъ перевершеніе дѣлъ по существу, то пришлось бы, въ виду массы работы, которая взвалилась бы на него, либо значительно увеличить составъ его, для чего не хватило бы ни вполнѣ достойныхъ кандидатовъ, ни средствъ у казны, либо искусственно ограничить количество переходящихъ на его разсмотрѣніе дѣлъ, установивъ предѣльную цѣну исковъ, подлежащихъ обжалованію въ третью инстанцію. А это было бы несправедливо, такъ какъ тогда рѣшенія судовъ по малоцѣннымъ дѣламъ не подвергались бы провѣркѣ высшимъ судомъ, и неимущіе классы населенія, ведущіе процессы о незначительныхъ суммахъ, были бы поставлены въ худшее положеніе, чѣмъ состоятельные классы. „Отправленіе правосудія становится классовой юстиціей, когда передъ гражданскими отдѣленіями высшихъ судовъ выступаютъ только состоятельныя лица, тогда какъ прочіе могутъ сводить знакомство лишь съ ихъ уголовными отдѣленіями“ [1]).

Въ виду такихъ соображеній законодательства большинства современныхъ государствъ [2]) строятъ систему обжалованія судебныхъ рѣшеній на слѣдующихъ двухъ основныхъ положеніяхъ:

---

[1]) Fischer, 7.

[2]) Кромѣ Англіи, скандинавскихъ государствъ, Соединенныхъ Штатовъ и нѣк. друг. странъ. Здѣсь третья судебная инстанція не ограничивается провѣркой юридической стороны рѣшеній апелляціонной инстанціи, а перерѣшаетъ дѣла по существу, являясь, такимъ образомъ, высшей апелляціонной инстанціей. Поэтому существующая въ этихъ государствахъ система называется оберъ-апелляціонной. Fischer, § 7.

1) дѣла разсматриваются по существу двумя и только двумя судебными инстанціями, и 2) третья инстанція провѣряетъ одну лишь юридическую сторону рѣшеній и разъясняетъ истинный смыслъ законовъ. Первое положеніе принято называть *принципомъ двухъ инстанцій*; второе можно назвать принципомъ *юридической провѣрки рѣшеній*.

Такая система утвердилась недавно: во Франціи—въ эпоху великой революціи, въ Германіи и другихъ государствахъ—позже. Она примѣняется однако не повсюду въ одинаковой формѣ, а съ болѣе или менѣе значительными видоизмѣненіями. Наиболѣе существенное изъ нихъ состоитъ въ томъ, что верховный судъ въ нѣкоторыхъ странахъ ограничивается отмѣной неправильныхъ судебныхъ рѣшеній и передачей дѣлъ на новое разсмотрѣніе другимъ судамъ второй инстанціи, а въ нѣкоторыхъ странахъ самъ постановляетъ новое рѣшеніе, если фактическія обстоятельства дѣла не возбуждаютъ сомнѣнія и не нуждаются во вторичномъ установленіи. Первая система, именуемая *кассаціонной*, принята въ романскихъ государствахъ и Россіи, вторая—*ревизіонная*—въ Германіи и Австріи.

II. Римскій процессъ въ республиканскій періодъ не зналъ обжалованія судебныхъ рѣшеній. Это обстоятельство является естественнымъ результатомъ характера тогдашняго судопроизводства. Такъ какъ дѣла разрѣшались судьями, которые избирались по взаимному согласію тяжущихся, то обязанность сторонъ подчиниться судебному рѣшенію основывалась на состоявшемся между ними договорѣ. Но въ виду возможности неправильныхъ рѣшеній должны были существовать и въ дѣйствительности существовали способы парализовать ихъ силу. Такими способами были: привлеченіе судей къ уголовной отвѣтственности въ случаѣ взяточничества, лицепріятія и т. п., возбужденіе спора о недѣйствительности рѣшенія, постановленнаго съ нарушеніемъ существенныхъ формъ производства или вопреки прямому и ясному смыслу закона; возстановленіе въ прежнее состояніе (restitutio in integrum) въ случаяхъ разрѣшенія дѣла судьей подъ вліяніемъ насилія, угрозы, обмана, подлога, въ случаяхъ несовершеннолѣтія тяжущагося, неявки его въ судъ по уважительной причинѣ и въ виду другихъ важныхъ и справедливыхъ

основаній (magna et justa causa); наконецъ, вмѣшательство высшаго или равнаго по власти магистрата, отмѣнявшаго неправильное рѣшеніе (intercessio). Послѣ уничтоженія рѣшенія въ указанныхъ случаяхъ могъ слѣдовать новый процессъ; но обжалованіе рѣшеній и переносъ ихъ на разсмотрѣніе другого суда не допускались. Система обжалованія возникла и широко развилась въ императорскій періодъ, когда отправленіе гражданскаго правосудія перешло всецѣло въ руки императорскихъ чиновниковъ, находившихся между собою въ іерархической зависимости. На рѣшенія низшихъ можно было приносить жалобы высшимъ; на высшихъ жаловаться еще выше стоящимъ въ бюрократической іерархіи и такъ далѣе, вплоть до самого императора, считавшагося верховнымъ судьей. Такимъ образомъ установился цѣлый рядъ инстанцій, послѣдовательно разсматривавшихъ дѣла по существу.

На ряду съ апелляціей, въ смыслѣ пересмотра дѣлъ по существу, развился въ императорскій періодъ еще и другой способъ обжалованія рѣшеній: просьба объ отмѣнѣ рѣшенія (supplicatio), которая приносилась императору послѣ того, какъ дѣло прошло всѣ апелляціонныя инстанціи, и влекла за собой уничтоженіе рѣшенія (retractatio) и передачу дѣла на новое разсмотрѣніе тому же самому или другому суду, а иногда разрѣшеніе дѣла самимъ императоромъ или назначеннымъ имъ для этого лицомъ. Кромѣ того, въ императорскій періодъ продолжали существовать споры противъ дѣйствительности рѣшеній и просьбы о возстановленіи прежняго состоянія. Тѣ и другіе осуществлялись иногда въ формѣ апелляціи или супликаціи.

Выработавшаяся въ императорскомъ Римѣ система обжалованія была перенята и усовершенствована каноническимъ процессомъ. Въ частности споры о недѣйствительности рѣшеній, допускавшіеся въ Римѣ въ формѣ возраженій въ исполнительномъ производствѣ, были преобразованы въ особые иски о недѣйствительности (querella nullitatis, actio de nullitate).

Подъ вліяніемъ римскаго и каноническаго права развилась система обжалованія во Франціи и Германіи, характеризуемая многочисленностью апелляціонныхъ инстанцій. Въ обѣихъ странахъ обыкновеннымъ способомъ обжалованія рѣшеній сдѣлалась апелляція, которая могла повторяться нѣсколько разъ.

Во Франціи подобно тому какъ и въ Римѣ, развитіе апелляціи шло параллельно усиленію единодержавія. Въ концѣ XIII в. существовала уже цѣлая лѣстница судебныхъ инстанцій, вершину которой образовывалъ король, такъ что дѣла могли перевершаться по существу пять разъ. На ряду съ апелляціей существовалъ еще способъ обжалованія рѣшеній, не подлежащихъ уже апелляціи, если они страдали такими недостатками, которые дѣлали ихъ недѣйствительными, или основывались на неправильномъ примѣненіи судами законовъ. Жалоба (requête civile) подавалась королю и разсматривалась въ его совѣтѣ, который, найдя ее основательной, либо передавалъ дѣло на новое разсмотрѣніе въ тотъ же судъ, если рѣшеніе было основано на непроизвольныхъ, независѣвшихъ отъ вины суда ошибкахъ, либо въ другой судъ, если самъ судъ былъ виновенъ въ какомъ-либо упущеніи, а иногда самъ разрѣшалъ дѣло по существу. Во время революціи всѣ апелляціонныя инстанціи были уничтожены и сдѣлана попытка *обойтись* съ судами *одной* только инстанціи, предоставивъ имъ разсматривать апелляціонныя жалобы другъ на друга (въ 1796 г.). Но эта попытка оказалась неудачной, такъ какъ перевершеніе дѣлъ судами одной и той же инстанціи не внушало довѣрія тяжущимся, и вскорѣ были созданы суды второй инстанціи для перевершенія дѣлъ по апелляціоннымъ жалобамъ. Вмѣстѣ съ тѣмъ сохранились просьбы о пересмотрѣ рѣшеній, основанныхъ на непроизвольныхъ ошибкахъ суда, но разсмотрѣніе ихъ предоставлено самимъ судамъ, постановившимъ оспариваемое рѣшеніе. Точно такъ же удержана и отмѣна рѣшеній по нарушенію судомъ законовъ или формъ производства и для разсмотрѣнія ихъ учрежденъ высшій судъ подъ названіемъ кассаціоннаго, задача котораго состоитъ въ провѣркѣ юридической стороны рѣшеній, отмѣнѣ неправильныхъ рѣшеній и передачѣ дѣлъ на новое разсмотрѣніе въ другой судъ.

Въ Германіи послѣ рецепціи римскаго права тоже привилась и широко разрослась система апелляціоннаго обжалованія рѣшеній. Кромѣ ряда судебныхъ инстанцій въ отдѣльныхъ территоріяхъ, существовали двѣ высшія обще-имперскія, конкурировавшія между собой (Reichs-Kammergericht, Reichs-Hofrat). Съ теченіемъ времени установилась система двукратной апелля-

ціи, въ нѣкоторыхъ же государствахъ — троекратной. Кромѣ апелляціи, перешли изъ римско-канонпческаго процесса еще два способа обжалованія: искъ о признаніи недѣйствительности рѣшенія, страдающаго существенными пороками, (Nichtigkeitsklage) и просьба объ отмѣнѣ рѣшенія въ случаѣ нарушенія судомъ закона и формъ производства (Nichtigkeitsbeschwerde). Сохранилась также просьба о возстановленіи въ прежнее состояніе (Restitutionsklage). Въ отдѣльныхъ государствахъ существовали еще другіе способы обжалованія, аналогичные римской супликаціи и носившіе разныя названія (Supplication, Revision, Leuterung и др.). При объединеніи судоустройства и судопроизводства въ Германіи (въ 70-хъ годахъ), вся эта сложная и многообразная система была преобразована по французскому образцу, съ тою разницей, что третьей инстанціи придань не кассаціонный, а ревизіонный характеръ.

III. Въ Россіи исторически выработалась длинная лѣстница апелляціонныхъ инстанцій. Непосредственно передъ судебной реформой 1864 г. было шесть нормальныхъ инстанцій (уѣздный судъ, гражданская палата, департаментъ сената, общее собраніе сената, комиссія прошеній, государственный совѣтъ). Если же принять въ разсчетъ, что полиція предварительно разслѣдовала нѣкоторыя дѣла, а казенныя палаты, палаты государственныхъ имуществъ, министры, оберъ-прокуроры, консультація при министерствѣ юстиціи и другія учрежденія и лица содѣйствовали разрѣшенію гражданскихъ дѣлъ своими заключеніями, то число инстанцій удвоится. Такая система приводила на практикѣ къ чрезвычайной медленности движенія дѣлъ. „Полагаясь на право переноса дѣла въ инстанцію высшую“, говорится въ мотивахъ къ 11 статьѣ уст. гражд. суд., „тяжущіеся мало заботятся о надлежащемъ объясненіи своего дѣла въ судахъ низшихъ и о представленіи всѣхъ нужныхъ по оному доказательствъ и чрезъ то поставляютъ сіи суды въ невозможность правильно рѣшить дѣло, а потомъ затрудняютъ суды высшіе разсмотрѣніемъ представляемыхъ подъ разными предлогами новыхъ обстоятельствъ и доводовъ. Такимъ образомъ, можетъ быть иногда и безъ намѣренія, а по одной безпечности, въ надеждѣ на апелляцію, они замедляютъ производство и окончательное рѣшеніе дѣла.

Когда же къ сему присоединится еще недобросовѣстность и ябедническое искусство придумывать способы для отклоненія окончательнаго постановленія рѣшенія, то и самыя простыя и ясныя дѣла становятся многосложными, запутанными и требуютъ продолжительныхъ справокъ и соображеній. Удивительно ли, что при такихъ дѣйствіяхъ проходятъ иногда цѣлые десятки лѣтъ до окончанія дѣла“ [1]). Въ сенатѣ представленіе новыхъ доказательствъ уже не допускалось. Прошенія о пересмотрѣ дѣлъ въ виду вновь открывшихся обстоятельствъ подавались какъ въ сенатъ, такъ и въ комиссію прошеній и въ обоихъ случаяхъ разрѣшались Высочайшей властью.

Судебные уставы 1864 г. ввели принципъ двухъ инстанцій и сосредоточили юридическую провѣрку правильности рѣшеній вторыхъ инстанцій въ гражданскомъ кассаціонномъ департаментѣ Сената, принявъ за образецъ французскую кассаціонную систему.

§ 25.

Принципъ двухъ инстанцій [2]).

Принципъ двухъ инстанцій состоитъ, какъ было указано въ предыдущемъ §, въ томъ, что дѣла могутъ быть разсматриваемы по существу дважды: низшими судами (первой инстанціи), а затѣмъ, если потребуетъ одна изъ тяжущихся сторонъ, высшими судами (второй инстанціи).

---

[1]) Напр., въ дѣлѣ Шидловскихъ предварительный вопросъ „о предоставленіи хода сему дѣлу“ разрѣшался двадцать лѣтъ, восходя двѣнадцать разъ до сената. Джаншіевъ. Основы, 38, прим.

[2]) Бентамъ, гл. XXV; Малышевъ, II, 196 и сл.; Носенко. Очерки по гражданскому процессу (Журн. М. Ю. 1903 № 12); Рихтеръ. О полной и неполной апелляціи (Журн. М. Ю. 1907 № 3); Красовскій. Практическія замѣтки по вопросу объ усовершенствованіи гражданскаго судопроизводства, 1910 г., вып. 1, стр. 42 и сл.

Bordeaux, ch. XXIV—XXVI; Jeanvrot, II, 71 ss.; Lavielle. Etudes sur la procédure civile, 1862, ch. VI; Gauthier. Théorie de deux degrés de juridiction, 1897; Bähr. Das Rechtsmittel zweiter Instanz in deut. Civilprocess, 1871; Levy. Die zweite Instanz, 1871; Canstein. Die ration. Grundlagen, 1877, 105 ff.; Wach. Vorträge, 243 ff.; Cornfeld. Civilproc. Grundsätze, 1893, 71 ff.; Manfredini, 586 ss.

Необходимость допустить двукратное разсмотрѣніе дѣлъ обусловливается тѣмъ, что судьи могутъ при разрѣшеніи дѣлъ совершать вольные и невольные промахи, которые требуютъ исправленія. Но, кромѣ того, оно представляется полезнымъ еще и въ другихъ отношеніяхъ.

1. Существованіе второй инстанціи благотворно вліяетъ на судей первой. Зная, что ихъ рѣшенія, въ случаѣ обжалованія сторонами, не будутъ приведены въ исполненіе, а подвергнутся провѣркѣ и, если окажутся неправильными, то будутъ отмѣнены, судьи первой инстанціи, которые почему-либо желали бы отступить отъ безпристрастія въ угоду одной изъ тяжущихся сторонъ, воздержатся такого поступка, въ виду безцѣльности его. Мало того, они не могутъ не опасаться, что ихъ недобросовѣстность или даже небрежность будутъ замѣчены высшей инстанціей и поставлены имъ въ счетъ при возникновеніи вопроса о повышеніи по службѣ. Такимъ образомъ возможность обжалованія рѣшеній предупреждаетъ нарушеніе судьями безпристрастія, дѣлая это безполезнымъ для тяжущихся и вреднымъ для самихъ судей [1]).

2. Вмѣстѣ съ тѣмъ существованіе второй инстанціи, къ которой можно обратиться въ случаѣ постановленія судомъ первой инстанціи неправильнаго рѣшенія, внушаетъ гражданамъ чувство обезпеченности отъ судейскаго произвола, даетъ имъ увѣренность въ томъ, что они могутъ добиться правосудія и получить охрану своихъ справедливыхъ требованій другъ къ другу [2]).

3. Такъ какъ не всѣ рѣшенія судовъ первой инстанціи переходятъ по жалобамъ тяжущихся во вторую [3]), то число апелля-

---

[1]) Бентамъ, 140: „Апелляція представляетъ двоякую неоспоримую пользу: 1) какъ средство измѣнять несправедливыя рѣшенія, имѣющія основаніемъ или злой умыселъ, или невѣдѣніе, или ошибку, и 2) какъ средство предупреждать умышленно несправедливыя рѣшенія чрезъ отнятіе надежды ихъ исполненія".

[2]) Малышевъ, I, 193: „Мысль, что рѣшеніе мѣстнаго суда не окончательно, что въ государствѣ есть высшіе суды, стоящіе на стражѣ правосудія, что право, не признанное судомъ первой инстанціи, можетъ быть изслѣдовано вновь и охранено высшимъ судомъ, болѣе отдаленнымъ отъ мѣстныхъ интересовъ, сосредочивающимъ въ своемъ составѣ болѣе силъ, свѣдѣній, опытности,—такая мысль дѣйствуетъ успокоительно на тяжущихся и на цѣлое общество".

[3]) Судебная статистика показываетъ, что у насъ въ апелляціонные суды переходитъ меньше четверти дѣлъ, рѣшенныхъ первой инстанціей. Такъ, въ 1899 г. въ

ціонныхъ судовъ можетъ быть незначительно, а потому они могутъ быть образованы изъ наиболѣе способныхъ и опытныхъ судей первой инстанціи. Поэтому дѣла, поступающія на перевершеніе апелляціоннаго суда, попадаютъ въ болѣе искусныя руки и могутъ быть разрѣшены лучше [1]).

4. Судьи второй инстанціи поставлены въ болѣе благопріятныя условія дѣятельности, лучше обезпечивающія основательность ихъ рѣшеній. Дѣла переходятъ къ нимъ уже въ упрощенномъ, обработанномъ видѣ, послѣ того, какъ процессуальный матеріалъ разработанъ и просѣянъ, обстоятельства дѣла установлены, главное отдѣлено отъ второстепеннаго, формулированы спорные пункты, словомъ, „часть завѣсы, скрывающей истину, приподнята“ [2]), и благодаря этому, второй судья, имѣя предъ собой рѣшеніе перваго, стоитъ, такъ сказать, на плечахъ у него и потому видитъ дальше и лучше, чѣмъ онъ [3]).

5. Положеніе судей второй инстанціи лучше еще и въ томъ отношеніи, что они болѣе удалены отъ тяжущихся и менѣе подвержены разнымъ мѣстнымъ вліяніямъ.

6. Далѣе, они избавлены отъ исполненія нѣкоторыхъ обязанностей, отнимающихъ немало времени и силъ у судей первой инстанціи, какъ, напр., отъ производства повѣрочныхъ дѣйствій (допросовъ свидѣтелей внѣ засѣданія, осмотровъ на мѣстѣ и т. п.).

7. Обжалованіе рѣшеній даже тогда, когда оно оказалось безуспѣшнымъ, приноситъ пользу, потому что подтвержденіе рѣшенія первой инстанціи судомъ второй инстанціи усиливаетъ его авторитетность. Въ такихъ случаяхъ обжалованіе напоминаетъ, по выраженію Бордо, тѣ употребляемые въ ариѳметикѣ пріемы провѣрки вычисленій, къ которымъ прибѣгаютъ математики, когда, сдѣлавъ вычисленіе однимъ способомъ, повторяютъ его другимъ, чтобы удостовѣриться въ отсутствіи ошибки [4]).

окружные суды поступило 68.783 исковыхъ дѣла, а въ палаты—13.201, въ 1903 г. въ первые—88.236, а во вторые—18.754, въ 19 8 г.—112.158 и 25.936. Тарновскій. Движеніе гражд. дѣлъ (Журн. Мин. Юст. 1910 г. № 3, стр. 56).

[1]) Picot, 239; Краевскій, 50; Gauthier, 185, 186; Bähr, 44—45.

[2]) Picot, 238; Gauthier, 5, 185.

[3]) Bähr, 47.

[4]) Bordeaux, 319.

8. Опытъ какъ западной Европы, такъ и Россіи вполнѣ подтверждаетъ полезность существованія второй инстанціи для перевершенія гражданскихъ дѣлъ и показываетъ, что тяжущіеся дорожатъ правомъ обжалованія судебныхъ рѣшеній. Даже противники апелляціонной инстанціи признаютъ, что „дѣла въ судебныхъ палатахъ въ большинствѣ случаевъ рѣшаются лучше, нежели въ окружныхъ судахъ, тщательнѣе разсматриваются обстоятельства дѣла, пытливѣе изслѣдуется запутанность и темнота спорныхъ отношеній сторонъ, основательнѣе оцѣнивается ихъ аргументація, а главное, правильнѣе и свободнѣе примѣняются къ дѣлу юридическія положенія, почему и самыя рѣшенія ихъ являются обстоятельными и лучше мотивированными“ [1]).

II. Существуютъ однако и противники принципа двухъ инстанцій. Они выставляютъ слѣдующія возраженія.

1. Если первая инстанція вполнѣ удовлетворительна, то вторая представляется излишней; если же первая плоха, то нужно либо сдѣлать ее хорошей, либо, если это невозможно, просто уничтожить, превративъ вторую инстанцію въ первую. Непонятно, для чего предоставлять разрѣшеніе дѣлъ сначала учрежденію, признаваемому неудовлетворительнымъ, а потомъ другому учрежденію, отличающемуся лучшими качествами. Не проще ли сразу обратиться ко второму? [2])

Противъ этого нужно замѣтить, что если бы можно было образовать безусловно хорошую первую инстанцію, рѣшенія которой были бы всегда правильны или во всякомъ случаѣ таковы, что никакой другой судъ не могъ бы постановлять лучшихъ, тогда, конечно, вторая инстанція была бы излишня, какъ она излишня для суда присяжныхъ, относительно котораго нѣтъ основанія предполагать, чтобы двѣнадцать человѣкъ, выбранныхъ изъ среды гражданъ по жребію, не могли разрѣшать дѣлъ такъ же хорошо, какъ какіе-нибудь другіе двѣнадцать человѣкъ, избранные такимъ же образомъ изъ тѣхъ же гражданъ. Но въ иномъ положеніи находятся суды, состоящіе изъ профессіональ-

---

[1]) Краевскій, 49.

[2]) Comte, 217. Аналогично: Servant (Jeannrot, II, 76); Engelhardt, 19—20; Wagner, 26.

ныхъ судей, получившихъ спеціальную подготовку: многочисленный составъ судовъ первой инстанціи не можетъ быть одинаковымъ по качеству съ небольшимъ сравнительно составомъ апелляціонныхъ судовъ [1]), которые могутъ быть пополняемы наилучше зарекомендовавшими себя членами судовъ первой инстанціи [2]). А такъ какъ статистика показываетъ, что на разсмотрѣніе второй инстанціи переходитъ только часть дѣлъ, рѣшенныхъ первой инстанціей, то раціональность существованія двухъ инстанцій представляется несомнѣнной: большинствомъ рѣшеній низшихъ судовъ тяжущіеся остаются довольны, а тѣ рѣшенія, на которыя они приносятъ жалобы, пересматриваются высшими судами, состоящими изъ болѣе способныхъ и лучше подготовленныхъ судей.

2. Вмѣсто того, чтобы создавать вторую инстанцію, гораздо проще увеличить число членовъ первой вдвое. Тогда каждое дѣло будетъ разсматриваться шестью судьями, но сразу, а не такъ, какъ теперь, когда его рѣшаютъ сначала три судьи первой инстанціи, а затѣмъ три судьи второй. Если же всѣ они будутъ засѣдать одновременно, то производство станетъ гораздо быстрѣе, а судебныя задержки сократятся.

Но разсмотрѣніе дѣла нѣсколькими судьями поочередно и независимо другъ отъ друга совсѣмъ не то же самое, что разсмотрѣніе его всѣми ими совмѣстно и сразу. Какъ вѣрно замѣтилъ Бентамъ, „два судьи, засѣдающіе отдѣльно, представляютъ собою дѣйствительно двухъ судей: они не имѣютъ одинаковыхъ предубѣжденій, интересовъ, привычекъ; между тѣмъ, какъ два судьи, засѣдающіе въ одномъ судѣ, представляютъ собою двухъ только по наружности, а на самомъ дѣлѣ составляютъ менѣе одного“ [3]). Самое сильное возраженіе противъ принципа коллегіальности состоитъ именно въ томъ, что въ коллегіи дѣла рѣшаются членами-докладчиками, къ которымъ пассивно присоединяются прочіе члены. Поэтому увеличеніе числа судей, разсматривающихъ дѣла въ первой инстанціи, хотя и можетъ

---

[1]) Въ 1909 г. у насъ было 1.843 члена окружныхъ судовъ и 336 членовъ палатъ.

[2]) Gauthier, 186—188. Ср. Д. Л. Пересмотръ судебныхъ уставовъ (Русск. Бог. 1901 г. № 5, стр. 126—128).

[3]) Бентамъ, 41.

иногда приносить пользу, но не въ состояніи замѣнить отдѣльно дѣйствующей второй инстанціи.

Кромѣ того, слѣдуетъ помнить, что далеко не всѣ дѣла переходятъ во вторую инстанцію, а сравнительно небольшая часть ихъ. Благодаря этому, судьи второй инстанціи могутъ тщательнѣе изучать и лучше разрѣшать ихъ. Если же распредѣлить судей второй инстанціи между судами первой, то они будутъ такъ же обременены работой, какъ судьи первой инстанціи.

Наконецъ, увеличеніе количества судей повлекло бы за собой ухудшеніе качества судебныхъ коллегій, потому что судей второй инстанціи значительно меньше, чѣмъ судей первой, такъ что для удвоенія состава судовъ первой инстанціи ихъ нехватило бы, и пришлось бы назначать новыхъ, не лучше подготовленныхъ, чѣмъ судьи первой инстанціи. Въ результатѣ оказалось бы, что дѣла, разрѣшаемыя въ настоящее время сначала тремя судьями первой инстанціи, а затѣмъ тремя, лучше подготовленными и болѣе способными, второй, разрѣшались бы сразу шестью судьями первой инстанціи, изъ которыхъ только одинъ-двое равнялись бы по достоинству нынѣшнимъ апелляціоннымъ судьямъ.

3. Существованіе второй инстанціи побуждаетъ къ небрежности судей первой, которые, зная, что дѣло будетъ вторично разсматриваться высшимъ судомъ, относятся къ нему спустя рукава, знакомятся съ нимъ поверхностно и рѣшаютъ его съ плеча [1]). Напротивъ, когда судья будетъ знать, что его рѣшеніе окончательно, онъ отнесется съ большимъ вниманіемъ къ процессу [2]).

Это возраженіе было бы правильно, если бы судьи первой инстанціи не находились въ іерархической зависимости отъ апелляціонныхъ судовъ, хотя и въ такомъ случаѣ самолюбіе побуждало бы ихъ постановлять рѣшенія такъ, чтобы вторая инстанція не могла ни къ чему придраться [3]). Но такъ какъ повышеніе по службѣ должно зависѣть отъ аттестацій апелляціонныхъ судовъ (см. стр. 141), то судьямъ первой инстанціи вовсе не безразлично, какое мнѣніе объ ихъ дѣятельности составятъ себѣ члены апелляціоннаго суда, и это соображеніе не можетъ не удержать ихъ

---

[1]) Picot, 238; Карабеговъ, 194.

[2]) Engelhardt, 20.

[3]) Séligmann, Quelles sont les reformes etc., 1855, 32.

отъ небрежнаго отношенія къ своимъ обязанностямъ. Напротивъ, боязнь апелляціи поддерживаетъ въ судьяхъ уваженіе къ законности и, несомнѣнно, побуждаетъ ихъ къ соблюденію справедливости [1]).

4. Возможность отмѣны судебныхъ рѣшеній высшей инстанціей подрываетъ ихъ авторитетность въ глазахъ гражданъ. „Не разрушается ли всякое уваженіе къ судебному рѣшенію предоставленнымъ каждому гражданину правомъ оспаривать его? Вѣдь если рѣшеніе перваго суда не представляется священнымъ, то какимъ образомъ можетъ быть такимъ рѣшеніе высшаго суда? Благодаря возможности обжалованія, все подвергается сомнѣнію; судебныя рѣшенія, какъ въ глазахъ закона, такъ и въ глазахъ народа, превращаются въ случайныя почти явленія, въ болѣе или менѣе счастливые шансы почти всегда слѣпой судьбы“ [2]).

Но авторитетность судебнаго рѣшенія подрывалась бы только въ томъ случаѣ, если бы вошедшее въ законную силу рѣшеніе отмѣнялось самимъ постановившимъ его судомъ или же не судебной, а посторонней властью, напр., губернаторомъ или министромъ. Если же оно отмѣняется высшей судебной инстанціей, на основаніи жалобы, принесенной тяжущимся въ установленной закономъ формѣ и въ опредѣленный закономъ срокъ, то это является вполнѣ естественнымъ и нисколько не вредитъ авторитетности судебныхъ рѣшеній въ глазахъ гражданъ, въ особенности, если имѣть въ виду, что подвергается обжалованію только часть рѣшеній судовъ первой инстанціи, а изъ этой части не всѣ отмѣняются.

5. Разсмотрѣніе дѣлъ въ двухъ инстанціяхъ, замедляя отправленіе правосудія, увеличиваетъ въ то же время судебныя издержки, особенно въ тѣхъ случаяхъ, когда апелляціонный судъ находится не въ томъ городѣ, гдѣ судъ первой инстанціи, и когда тяжущимся приходится нести расходы по поѣздкамъ въ другой городъ или по найму другихъ адвокатовъ. Вслѣдствіе этого право переноса дѣлъ во вторую инстанцію служитъ на

---

[1]) Bordeaux, 318.

[2]) Bordeaux, 303—304; Jeanvrot, II, 73.

пользу только людей состоятельныхъ, интересы же бѣдныхъ тяжущихся, лишенныхъ возможности лично явиться въ засѣданія второй инстанціи или приглашать адвокатовъ, остается безъ надлежащей защиты [1]).

Нельзя, конечно, отрицать, что издержки апелляціоннаго производства легче выносятся состоятельными тяжущимися, чѣмъ бѣдными. Но это въ равной мѣрѣ относится ко всѣмъ вообще расходамъ по веденію дѣлъ въ любой инстанціи. Для устраненія или, по крайней мѣрѣ, уменьшенія этого зла существуютъ особыя средства, именно, признаніе за неимущими тяжущимися такъ наз. права бѣдности и назначеніе безплатныхъ повѣренныхъ для веденія ихъ дѣлъ.

6. Если, въ виду возможности судейскихъ ошибокъ, признано необходимымъ допустить двукратное разсмотрѣніе дѣлъ, т., съ такой точки зрѣнія, еще лучше было бы переверпать ихъ въ третій, четвертый, пятый разъ и т. д. Число инстанцій никогда не можетъ быть вполнѣ достаточнымъ, ибо ошибки возможны всегда и вездѣ [2]). Поэтому нѣтъ никакого основанія ограничиваться двумя инстанціями, а слѣдуетъ либо оставить только одну, либо ввести цѣлый рядъ [3]).

Противъ этого нужно замѣтить, что система двухъ инстанцій явилась, какъ на западѣ Европы, такъ и у насъ, въ результатѣ сокращенія числа инстанцій, которыхъ было гораздо больше. Опытъ показалъ, что многочисленность ихъ не только не содѣйствуетъ, но, наоборотъ, вредитъ успѣшности отправленія правосудія, такъ какъ открываетъ возможность безъ конца затягивать и запутывать производство, дѣлая процессы, по выраженію Луазо, безсмертными [4]).

---

[1]) Engelhardt, 20; Picot, 236; Краевскій, 57.

[2]) Klein. Zeit- und Geistesströmungen im Prozesse, 1902, 26.

[3]) Jeanvrot, II, 72.

[4]) Gauthier, 3. Объясненія къ 11 ст. уст. гражд. суд.: „Самое существованіе нѣсколькихъ инстанцій ревизующихъ судовъ имѣетъ вообще послѣдствіемъ неполноту дѣла въ низшихъ инстанціяхъ, ибо тяжущіеся, ожидая разсмотрѣнія дѣла въ высшихъ судахъ, не только не заботятся о надлежащемъ его объясненіи въ первой степени и о пополненіи онаго всѣми доказательствами, но, напротивъ того, изыскиваютъ всѣ возможныя средства скрыть сначала отъ противной стороны и отъ самого суда нѣкоторыя изъ сихъ доказательствъ для того только, чтобы неожиданнымъ представле-

7. Апелляціонные суды призваны исправлять рѣшенія судовъ *первой инстанціи*, а между тѣмъ они поставлены въ худшія условія дѣятельности, чѣмъ послѣдніе. Дѣло въ томъ, что суды первой инстанціи стоятъ ближе къ тяжущимся и свидѣтелямъ, лучше знаютъ какъ ихъ, такъ и бытовую обстановку дѣлъ. Кромѣ того, они постановляютъ рѣшенія на основаніи непосредственно воспринятаго процессуальнаго матеріала: личнаго допроса свидѣтелей и экспертовъ, личнаго осмотра предметовъ спора и вещественныхъ доказательствъ, тогда какъ судьямъ второй инстанціи приходится знакомиться съ матеріаломъ дѣлъ по протоколамъ засѣданій судовъ первой инстанціи, которые, какъ бы тщательно ни составлялись, никогда не могутъ съ полной точностью воспроизвести того, что происходило въ засѣданіяхъ, не говоря уже о томъ, что суды первой инстанціи имѣютъ возможность допускать въ нихъ и умышленныя неправильности [1]). „Разъ первый судья рѣшаетъ на основаніи непосредственнаго воспріятія, а второй на основаніи актовъ, то апелляція представляетъ собою обращеніе отъ хорошо освѣдомленнаго судьи къ хуже освѣдомленному (a judice bene informato ad pejus informandum)“ [2]).

Однако, что касается близости къ тяжущимся, свидѣтелямъ и всей вообще бытовой средѣ, то она еще можетъ имѣть мѣсто, если судами первой инстанціи служатъ единоличные судьи, избранные изъ мѣстнаго населенія и отправляющіе правосудіе въ небольшомъ округѣ. Но когда эти суды тоже коллегіальны, состоятъ изъ членовъ, назначаемыхъ совершенно независимо отъ ихъ отношенія къ данной мѣстности, большею частью изъ дру-

---

ніемъ опыхъ въ судѣ высшемъ дать иной оборотъ дѣлу, если первоначально представленныя доказательства будутъ признаны недостаточными. Посему признано необходимымъ однимъ рѣшительнымъ правиломъ уничтожить это зло, т.-е., производство дѣлъ въ шести судебныхъ инстанціяхъ, которое было непреодолимымъ препятствіемъ къ ускоренію хода дѣлъ, и принять исходною точкою начало, освященное вѣковыми опытами многихъ и почти всѣхъ просвѣщенныхъ государствъ, а именно: начало производства дѣлъ въ двухъ судебныхъ инстанціяхъ“.

[1]) Jeanvrot, II, 71; Comte, 220. Menger. Die Zulässigkeit neuen thatsächlichen Vorbringens in den höheren Instanzen, 1873, 128—132; Canstein, 112; Barrot, 101—104.

[2]) Слова Глазера. Kornfeld, 73; Anm. Schoenemann. Betrachtungen über die Novelle zu GVG und Straf PO, 1894, 37.

гихъ и весьма отдаленныхъ округовъ, и когда компетенція судовъ обнимаетъ обширные округа [1]), то по степени близости къ мѣстному населенію между ними и судьями второй инстанціи не можетъ быть большой разницы, а если разница и есть, то она говоритъ въ пользу послѣднихъ, такъ какъ, будучи дальше отъ участвующихъ въ дѣлахъ лицъ, они болѣе ограждены отъ разныхъ мѣстныхъ вліяній [2]).

Гораздо серьезнѣе другое указаніе—на преимущество судовъ первой инстанціи въ степени непосредственности воспріятія процессуальнаго матеріала [3]). Дѣйствительно, апелляціонные суды по большей части принуждены знакомиться съ фактическими обстоятельствами дѣлъ по протоколамъ судовъ первой инстанціи. Но такъ какъ повтореніе сызнова въ апелляціонномъ судѣ всѣхъ тѣхъ дѣйствій по представленію и воспріятію доказательствъ, которыя были произведены въ судѣ первой инстанціи,—передопросъ всѣхъ свидѣтелей и экспертовъ, осмотръ вещественныхъ доказательствъ и спорныхъ предметовъ и т. д.,—сопряжено, въ большинствѣ случаевъ съ огромными затрудненіями и издержками, а иногда и просто невозможно, то остается только принять мѣры къ тому, чтобы въ судахъ первой инстанціи протоколы велись какъ можно подробнѣе и тщательнѣе.

---

[1]) Bähr, 46: „Спросите-ка судей, служащихъ въ округѣ съ населеніемъ около ста тысячъ душъ, относительно какого числа разбирающихся у нихъ процессовъ они дѣйствительно могутъ сказать, что стояли ближе къ тяжущимся и ихъ отношеніямъ?"

[2]) Gauthier, 185.

[3]) Чтобы поставить въ этомъ отношеніи апелляціонные суды въ одинаковое положеніе съ судами первой инстанціи, Канштейнъ предлагалъ организовать „двойную инстанцію", т. е., установить такой порядокъ, чтобы дѣла (по крайней мѣрѣ, важнѣйшія) разбирались одновременно въ присутствіи судовъ обѣихъ инстанцій, изъ которыхъ каждая постановляла бы рѣшеніе отдѣльно и самостоятельно. Тогда судьи обѣихъ инстанцій, засѣдая вмѣстѣ, одинаково воспринимали бы процессуальный матеріалъ, и дѣло разрѣшалось бы сразу и первой и второй инстанціями. При этомъ, если бы обѣ инстанціи расходились въ установленіи фактической стороны дѣла, ихъ разногласіе могло бы быть немедленно устранено дополнительнымъ изслѣдованіемъ дѣла, а если бы въ ихъ рѣшеніяхъ оказалось разногласіе по юридическимъ вопросамъ, то можно было бы устранять совмѣстное обсужденіе этихъ вопросовъ и, въ случаѣ надобности, испросить разъясненія у ревизіоннаго суда. Canstein, 115—122. Для осуществленія такого порядка, необходимо одно изъ двухъ: либо уравнять число апелляціонныхъ судовъ съ числомъ судовъ первой инстанціи, и въ мѣстѣ нахожденія каждаго суда первой инстанціи учредить апелляціонный судъ, либо иначе

8. Неограниченная возможность обжалованія рѣшеній является для недобросовѣстныхъ тяжущихся удобнымъ средствомъ безнаказанно затягивать производство дѣлъ не только совершенно неосновательными апелляціями, но и откладываніемъ доказательствъ и доводовъ до разсмотрѣнія дѣлъ во второй инстанціи, а также представленіемъ въ самомъ концѣ производства новыхъ доказательствъ. Вслѣдствіе этого право обжалованія можетъ вести на практикѣ и ведетъ иногда къ такимъ нежелательнымъ *послѣдствіямъ, что, по выраженію Бентама, заслуживаетъ* названія „остроумнаго изобрѣтенія, имѣющаго назначеніемъ препятствовать правосудію достигнуть цѣли, обманывая тяжущагося, который считалъ себя уже приставшимъ къ берегу, и снова ввергая его въ бурное море“ [1]).

Нельзя, конечно, отрицать, что тяжущіеся приносятъ иногда завѣдомо неосновательныя апелляціи, съ единственной цѣлью затянуть производство дѣла. Чтобы удержать ихъ отъ этого, существуетъ средство: расширить право суда первой инстанціи обращать свои рѣшенія къ предварительному исполненію и разрѣшить апелляціоннымъ судамъ подвергать предварительному исполненію необжалованныя части рѣшеній первой инстанціи до окончательнаго разрѣшенія всего дѣла [2]).

Что же касается запоздалаго представленія фактическаго матеріала, то оно врядъ ли можетъ происходить сколько-нибудь часто, такъ какъ противорѣчитъ интересамъ самихъ сторонъ. Дѣло въ томъ, что истцу важно поскорѣе удовлетворить свое требованіе къ *отвѣтчику. Поэтому откладывать представленіе* доказательствъ до разсмотрѣнія процесса во второй инстанціи ему нѣтъ никакого расчета. Напротивъ, онъ торопится немедленно представить ихъ, чтобы получить рѣшеніе въ свою пользу и добиться предварительнаго исполненія его. Отвѣтчику, хотя и

они не будутъ въ состояніи засѣдать совмѣстно; либо настолько ограничить количество дѣлъ, подлежащихъ апелляціи, чтобы каждый апелляціонный судъ могъ посѣщать подвѣдомственные ему суды первой инстанціи и по очереди засѣдать вмѣстѣ съ ними, переѣзжая изъ округа въ округъ. Какъ то, такъ и другое было бы нецѣлесообразно и ухудшило бы отправленіе гражданскаго правосудія.

[1]) Бентамъ, 143; Comte, 217.

[2]) Такъ поступаютъ германскій (§ 534) и австрійскій уставы (§ 490).

выгодно отдалить моментъ взысканія, но въ то же время опасно приберегать возраженія до перехода дѣла во вторую инстанцію, такъ какъ ему грозитъ предварительное исполненіе рѣшенія первой инстанціи. Въ виду этого и для него важно парализовать требованіе истца еще въ первой инстанціи.

Наконецъ, чтобы побудить тяжущихся къ своевременному представленію доказательствъ, можно принять нѣкоторыя спеціальныя мѣры. Конечно, совершенно лишить тяжущихся права представлять новыя факты и доказательства въ апелляціонной инстанціи нельзя, во-1-хъ, потому, что о существованіи нѣкоторыхъ доказательствъ тяжущіеся узнаютъ уже послѣ разрѣшенія дѣла первой инстанціей, и, во-2-хъ, потому, что вообще желательно, чтобы судебныя рѣшенія вполнѣ соотвѣтствовали дѣйствительнымъ обстоятельствамъ дѣлъ, между тѣмъ какъ безъ принятія въ расчетъ новыхъ фактическихъ данныхъ апелляціонная инстанція иной разъ не могла бы исправить ошибки низшаго суда [1]). Но можно предотвратить злоупотребленія этимъ правомъ, предоставивъ судамъ либо: 1) право не удовлетворять ходатайства тяжущихся о вызовѣ новыхъ свидѣтелей и о повѣркѣ доказательствъ (осмотрѣ вещественныхъ доказательствъ, допросѣ свидѣтелей и проч.) въ тѣхъ случаяхъ, когда суды найдутъ, что тяжущіеся могли заявить такія ходатайства въ первой инстанціи, но умышленно не сдѣлали этого [2]), либо 2) право возлагать издержки апелляціоннаго производства на выигравшую дѣло сторону, если рѣшеніе постановлено въ ея пользу на основаніи новыхъ доказательствъ, умышленно представленныхъ ею только во вторую инстанцію. Послѣдній способъ примѣненъ германскимъ уставомъ (§ 97) и проектомъ новой редакціи нашего устава (ст. 847), а оба способа австрійскимъ уставомъ (§§ 179, 44, 50), который, кромѣ того, даетъ судамъ право штрафовать адвокатовъ, умышленно запоздавшихъ съ приведеніемъ новыхъ документовъ (§ 179, п. 2).

---

[1]) Kornfeld, 82. Manfredini, 593. Вопросъ о правѣ тяжущихся представлять новыя доказательства въ апелляціонной инстанціи (так. наз. jus novorum) будетъ разсмотрѣнъ при изложеніи апелляціоннаго производства.

[2]) Они точно были формулированы еще Zachariae, Handbuch des Strafprocesses, I, 1860, 593. Ср. Manfredini, 593—595.

III. Если цѣль учрежденія судовъ второй инстанціи состоитъ въ томъ, чтобы провѣрять и исправлять рѣшенія судовъ первой инстанціи, то для того, чтобы эта цѣль дѣйствительно достигалась, они должны удовлетворять слѣдующимъ требованіямъ.

Во-1-хъ, перевершеніе дѣлъ должно производиться другими судьями, не участвовавшими въ разрѣшеніи ихъ при производствѣ въ первой инстанціи, ибо никто не можетъ быть контролеромъ правильности своихъ собственныхъ дѣйствій. Поэтому, если въ составѣ апелляціонной инстанціи имѣются члены, разрѣшавшіе данное дѣло въ качествѣ судей первой инстанціи или вообще участвовавшіе въ разсмотрѣніи его, то они обязаны устранить себя.

Во-2-хъ, апелляціонная инстанція должна, по своему составу, представлять больше гарантій правильности разрѣшенія дѣлъ. Лучше всего это можетъ быть достигнуто путемъ назначенія членами апелляціонныхъ судовъ тѣхъ судей первой инстанціи, которые показали себя наиболѣе способными и подготовленными (см. стр. 141).

3. Производство во второй инстанціи должно основываться на тѣхъ же самыхъ принципахъ, какіе положены въ основу производства въ первой инстанціи, такъ какъ ими наилучше обезпечивается постановленіе правильныхъ рѣшеній. Только въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ проведеніе этихъ принциповъ совершенно невозможно или черезчуръ затруднительно, допустимы отступленія отъ нихъ съ принятіемъ соотвѣтствующихъ мѣръ къ предупрежденію неблагопріятныхъ послѣдствій такихъ отступленій. Главнѣйшее изъ этихъ отступленій заключается въ ознакомленіи второй инстанціи съ процессуальнымъ матеріаломъ по протоколамъ первой инстанціи. Для уменьшенія вреднаго вліянія такого способа ознакомленія необходимо установить цѣлесообразный порядокъ составленія протоколовъ [1]).

---

[1]) Къ этимъ тремъ требованіямъ Цахаріэ прибавляетъ еще одно: судьи второй инстанціи должны быть поставлены въ такое положеніе, чтобы они могли столь же хорошо судить о дѣлѣ, какъ и судьи первой инстанціи. Но это требованіе въ сущности заключается въ третьемъ, ибо положеніе судей опредѣляется принципами производства.

4. Апелляціонному обжалованію должны подлежать всѣ рѣшенія судовъ первой инстанціи, независимо отъ цѣны исковъ. Это требованіе, вытекающее изъ принципа равенства всѣхъ гражданъ передъ закономъ и судомъ, осуществлено уставами германскимъ (§ 511) и австрійскимъ (§ 461). Во Франціи и Италіи апелляціонное обжалованіе не допускается по отношенію къ малоцѣннымъ дѣламъ [1]). Точно такъ же и составители нашего устава сдѣлали исключеніе изъ принципа двухъ инстанцій для самыхъ мелкихъ дѣлъ, подвѣдомственныхъ мировымъ судебнымъ учрежденіямъ, „какъ потому, что въ дѣлахъ такого рода, по самой ихъ малоцѣнности, съ ближайшей части случаевъ вовсе не бываетъ письменныхъ объясненій, или такого рода доказательствъ, кои допускали бы возможность ихъ повѣрки въ апелляціонномъ судѣ, такъ и потому, что допущеніе въ такихъ дѣлахъ апелляціи повело бы къ затрудненіямъ, переѣздамъ и издержкамъ, вовсе несоразмѣрнымъ съ цѣнностью спорнаго имущества“ (объясн. къ 134 ст. уст. гр. суд.). Сообразно съ этимъ ст. 162 устава допускаетъ обжалованіе рѣшеній мировыхъ судей по искамъ на сумму свыше 30 руб. или не подлежащимъ оцѣнкѣ. Такимъ же предѣломъ ограничено право обжалованія рѣшеній земскихъ начальниковъ и городскихъ судей (правила произв. суд. дѣлъ, ст. 111).

Проектъ новой редакціи устава допускаетъ апелляціонное обжалованіе по всѣмъ дѣламъ (стр. 687, 937) [2]).

---

[1]) Во Франціи не подлежатъ апелляціи рѣшенія судовъ первой инстанціи по искамъ личнымъ, о движимости и торговымъ на сумму до 1500 франковъ, а также по искамъ о недвижимости, приносящей меньше 60 франковъ годового дохода. Считаются окончательными и нѣкоторыя рѣшенія мировыхъ судовъ: по однимъ искамъ на сумму до 300 франковъ, по другимъ—до 600 франк., по третьимъ—безъ опредѣленія максимума. Garsonnet, №№ 795, 198 ss. Итальянскій уставъ провозглашаетъ подлежащими апелляціи всѣ рѣшенія и опредѣленія судовъ первой инстанціи, „за исключеніемъ особо указанныхъ въ законѣ“ (ст. 481), каковы, напр., мировыхъ судей по искамъ на сумму менѣе 50 лиръ, рѣшенія третейскихъ судовъ на сумму менѣе 100 лиръ и частныя опредѣленія по нѣкоторымъ дѣламъ (cod. di proc., art. 28, 128, 171, 257, 655, 702, 738). Mortara, Principii, § 145.

[2]) Въ объяснительной къ нему запискѣ добавляется къ соображеніямъ, высказаннымъ составителями судебныхъ уставовъ, еще одно, именно, что „опредѣленіе для всей имперіи одной и той же предѣльной суммы иска, начиная съ которой допускалась бы апелляція, представляется чрезвычайно труднымъ, ибо при обширности на-

§ 26.

Устройство третьей инстанціи [1]).

Задача третьей инстанціи состоитъ въ провѣркѣ юридической стороны апелляціонныхъ рѣшеній. Она не разсматриваетъ дѣлъ по существу, а удостовѣряется въ правильности толкованія и примѣненія судами матеріальныхъ и процессуальныхъ законовъ, въ закономѣрности ихъ рѣшеній съ внутренней и внѣшней стороны.

Такая провѣрка необходима, во-1-хъ, въ интересахъ тяжущихся, для огражденія ихъ отъ неправыхъ рѣшеній второй инстанціи. „Одна апелляція", какъ справедливо замѣчаютъ составители судебныхъ уставовъ, „не можетъ служить полнымъ огражденіемъ тяжущихся и подсудимыхъ, потому что и въ рѣшеніяхъ апелляціонныхъ судебныхъ мѣстъ могутъ быть нарушены прямой смыслъ закона или такіе обряды и формы судопроизводства, при несоблюденіи которыхъ судебное рѣшеніе невозможно признать дѣйствительнымъ" (объясн. къ 1 ст. учр. суд.

шего отечества и разнородности бытовыхъ условій въ различныхъ его мѣстностяхъ мѣновая цѣнность денегъ представляется далеко не вездѣ одинаковою, такъ что возникающія въ разныхъ мѣстностяхъ равныя между собою по цѣнѣ иска дѣла будутъ въ одной мѣстности считаться мелкими, а въ другой, напротивъ того, будутъ уже принадлежать къ разряду крупныхъ дѣлъ" (стр. 105).

[1]) Марковъ. Французскій кассаціонный судъ (Журн. М. Ю. 1862 № 12); Арсеньевъ. Реформа кассаціоннаго суда и производства (Журн. гражд. пр. 1876 № 4); Вербловскій. *Гражданское судопроизводство* (Журн. М. Ю. 1895 № 10); Рейнгардтъ. Верховный кассаціонный судъ во Франціи и въ Россіи (Суд. Об. 1905 №№ 35, 37); Змировъ. Желательная реформа въ нашемъ кассаціонномъ производствѣ (Журн. М. Ю. 1896 № 5); Д. Л. Раздробленіе кассаціонныхъ функцій (Вѣсти. Пр. 1900 № 12); Боровиковскій. Законная сила кассаціонныхъ рѣшеній (Журн. М. Ю. 1896 № 10); Чихачевъ. О юридической силѣ и практическомъ значеніи рѣшеній сената (Журн. Юрид. Общ. 1896 № 7); Домчоико. Судебный прецедентъ, 1903.

Canstein. Die rationellen Grundlagen des Civilprocesses, 1877, 123 ff. (здѣсь указана предшествующая литература); De la Grasserie. De l'interprétation judiciaire et législative des lois, 1891; Fischer, Revision und Revisionssumme, 1904; Salinger. Die Aenderung des Rechtmittels der Revision, 1909; De la Grasserie. De la fonction et des jurisdictions de cassation en législation comparée, 1911.

уст.). Во-2-хъ, наблюденіе за правильностью толкованія и примѣненія законовъ судами необходимо еще въ другомъ отношеніи: для установленія единообразной судебной практики.

Изъ цѣли и значенія третьей инстанціи вытекаетъ, что она должна удовлетворять слѣдующимъ требованіямъ.

Во-1-хъ, она должна быть единой, ибо при распредѣленіи ея функцій между нѣсколькими судами не можетъ установиться единообразіе въ судебной практикѣ [1]).

Составители судебныхъ уставовъ хорошо понимали необходимость единства третьей инстанціи [2]) и потому сосредоточили кассаціонный надзоръ за всѣми судами, какъ общими, такъ и мировыми, въ гражданскомъ департаментѣ сената, за исключеніемъ лишь самыхъ малоцѣнныхъ дѣлъ мировой подсудности, не подлежащихъ апелляціонному обжалованію (до 30 руб.): кассаціонной инстанціей были сдѣланы для нихъ мировые съѣзды (ст. 156, п. 1, 189, 193 уст. гражд. суд.).

Но уже черезъ два года, при введеніи судебныхъ уставовъ

---

[1]) Существованіе въ Италіи пяти кассаціонныхъ судовъ представляетъ собой аномалію, объясняющуюся историческими причинами и справедливо осуждаемую туземными юристами. Итальянское законодательство сдѣлало уже шаги къ сосредоточенію кассаціонной функціи въ римскомъ кассаціонномъ судѣ, предоставивъ его исключительной компетенціи нѣкоторыя категоріи дѣлъ (всѣ уголовныя дѣла, пререканія о подсудности и др.). Manfredini, 625 ss; Chiovenda, 349; Mattirolo, § 83.

[2]) Объясн. къ 189 ст. уст. гражд. суд.: „Власть отмѣнять окончательныя рѣшенія судебныхъ мѣстъ, въ опредѣленныхъ закономъ случаяхъ, можетъ принадлежать одному только верховному судилищу, которое и учреждается для того именно, чтобы не рѣшая дѣлъ по существу, наблюдать за охраненіемъ точной силы закона и за единообразнымъ его исполненіемъ всѣми судебными мѣстами имперіи. Раздробленіе этой власти между палатами, т. е., предоставленіе имъ права толкованія законовъ и существенныхъ формъ и обрядовъ судопроизводства, умалило бы совершенно значеніе высшаго судилища и вмѣстѣ съ тѣмъ дало бы неизбѣжно поводъ къ различнымъ объясненіямъ закона, а сила и значеніе всякаго закона необходимо обусловливается единообразнымъ его исполненіемъ. Дозволить принесеніе жалобъ на окончательныя рѣшенія въ палаты, а не въ сенатъ, значитъ, допустить столько же различныхъ толкованій одного и того же закона, сколько будетъ палатъ, а разнообразное толкованіе закона поставитъ гражданъ въ такое положеніе, что имъ нельзя будетъ разсчитывать на силу гражданскаго закона, на его неприкосновенность и ненарушимость. Тогда, вмѣсто ожидаемыхъ отъ судебнаго преобразованія улучшеній, явится самое ужасное зло, потому что для гражданъ не можетъ быть большаго зла, когда они не знаютъ, что законно и что противно закону, когда они теряютъ сознаніе о своихъ правахъ и обязанностяхъ, между тѣмъ какъ всякое гражданское общество существуетъ прочно только подъ управленіемъ на твердомъ основаніи закона.“

въ Закавказьи, принципъ единства кассаціонной инстанціи былъ нарушенъ, и кассаціонныя функціи для мировыхъ и окружныхъ судовъ Закавказскаго края возложены на тифлисскую судебную палату (ст. 1470 уст. гр. суд.). Вскорѣ, въ виду массы дѣлъ, поступавшей въ сенатъ и изъ году въ годъ возраставшей, возникла мысль о необходимости облегчить работу сената, который совершенно не въ силахъ былъ справиться съ нею, посредствомъ передачи дѣлъ мировой подсудности на разсмотрѣніе судебныхъ палатъ. Но сенатъ отвергъ эту мысль ради сохраненія единства кассаціонной инстанціи. Такая же участь постигла проектъ объ учрежденіи особыхъ губернскихъ мировыхъ судовъ для кассаціоннаго пересмотра дѣлъ мировой подсудности. Противъ этого, выработаннаго министромъ юстиціи гр. Паленомъ проекта высказались какъ сенатъ, такъ и государственный совѣтъ. Взамѣнъ *созданія новой кассаціонной инстанціи государственный совѣтъ* призналъ желательнымъ раздѣленіе кассаціонныхъ департаментовъ сената на отдѣленія съ тѣмъ, чтобы поступающія по кассаціоннымъ жалобамъ дѣла разсматривались въ присутствіяхъ отдѣленій департамента и передавались на разрѣшеніе присутствія самого департамента только тогда, когда оказывается необходимымъ разъяснить точный смыслъ законовъ. Этотъ проектъ получилъ въ 1877 г. силу закона (ст. 802^{1-2} уст. гр. суд.). Вмѣстѣ съ тѣмъ для большаго облегченія сенаторовъ было разрѣшено какъ отдѣленіямъ департамента, такъ и общему его присутствію въ тѣхъ случаяхъ, когда они найдутъ нужнымъ, не составлять опредѣленій въ окончательной формѣ съ подробнымъ изложеніемъ мотивовъ, а ограничиваться краткими резолюціями (ст. 804^{2}). Но эти мѣры оказались и недостаточными, и нецѣлесообразными: недостаточными—потому, что сенатъ все-таки былъ заваленъ работой, нецѣлесообразными—потому, что отдѣленія департамента стали нерѣдко проводить различные и даже иной разъ прямо противоположные взгляды по однороднымъ дѣламъ, и что немотивированныя резолюціи не могли способствовать „поддержанію ни единства, ни высокаго авторитета кассаціоннаго суда“ [1]).

Реформа 1889 года еще болѣе подорвала единство кассаціи,

---

[1]) Даповскій, 61.

уничтоживъ мировыя судебныя учрежденія и создавъ для дѣлъ прежней мировой подсудности особыя кассаціонныя инстанціи—губернскія присутствія, которыя, вдобавокъ, по своему смѣшанному составу, совершенно непригодны для выполненія кассаціонной функціи. При введеніи судебныхъ уставовъ въ Сибири (въ 1896 г.) появилось еще нѣсколько кассаціонныхъ инстанцій въ лицѣ учрежденныхъ тамъ судебныхъ палатъ (ст. 2134 уст. гр. суд.)

Несмотря на то, что реформа 1889 г. облегчила работу сената, количество поступающихъ на его разсмотрѣніе жалобъ все-таки было такъ велико, что ежегодно оставалась неразрѣшенной масса дѣлъ [1]). Вслѣдствіе этого снова былъ возбужденъ вопросъ о передачѣ кассаціонныхъ функцій по менѣе цѣннымъ дѣламъ судебнымъ палатамъ. Совѣщаніе сенаторовъ гражданскаго кассаціоннаго департамента, однако, высказалось въ 1898 г. за сохраненіе единства кассаціонной инстанціи, находя, что безъ этого невозможно установленіе единообразія въ судебной практикѣ, а для облегченія труда сенаторовъ и ускоренія кассаціоннаго производства указало на необходимость увеличить личнаго состава сената и не допускать кассаціонныхъ жалобъ по малоцѣннымъ дѣламъ [2]).

По проекту новой редакціи устава гражд. суд., кассаціонной инстанціей для малоцѣнныхъ дѣлъ, подлежащихъ вѣдомству единоличныхъ судей, сдѣланы судебныя палаты (ст. 948); сенату же предоставлена только кассація рѣшеній судебныхъ палатъ (ст. 733). Кромѣ того, взамѣнъ кассаціоннаго залога, одинаковаго для всѣхъ дѣлъ, установлено исчисленіе размѣра за-

---

[1]) По свѣдѣніямъ комиссіи для пересмотра судебныхъ уставовъ, „къ 1 января 1896 года оставалось неразрѣшенныхъ дѣлъ 4807 и въ теченіе года поступило 7824; къ 1 января 1897 года оставалось 5666 дѣлъ и поступило въ теченіе года 8323 дѣла; къ 1 января 1898 года оставалось 6557, поступило въ теченіе года 9012 дѣлъ и оставалось нерѣшенныхъ къ 1 января 1899 года 8992; въ теченіе 1899 года поступило 9056 и къ 1 января 1900 года осталось 9944. Такимъ образомъ за послѣдніе четыре года количество неразрѣшенныхъ гражданскимъ кассаціоннымъ департаментомъ дѣлъ возросло чуть не вдвое. На каждаго сенатора приходится въ годъ около 350 дѣлъ, тогда какъ во Франціи число это не превышаетъ 35 въ chambre des requêtes и 25 въ chambre civile". Объясн. зап. къ проекту новой редакціи устава гражд. судопр., II, 154.

[2]) Объясн. зап., II, 253.

лога по таксѣ, въ зависимости отъ цѣны иска [1]). Порядокъ разсмотрѣнія дѣлъ въ сенатѣ оставленъ безъ измѣненія: дѣла разсматриваются въ отдѣленіяхъ департамента, кромѣ тѣхъ случаевъ, когда необходимо разъясненіе точнаго смысла закона для руководства къ единообразному ихъ толкованію и примѣненію (ст. 742, 747). Несомнѣнно, что проектируемое преобразованіе не только не поведетъ къ упроченію единообразія въ судебной практикѣ, но наоборотъ, еще болѣе ухудшитъ современное положеніе вещей, такъ какъ къ противорѣчіямъ между рѣшеніями отдѣленій гражданскаго департамента прибавятся еще противорѣчія между кассаціонными разъясненіями судебныхъ палатъ и возникнетъ опасность, что въ округѣ каждой палаты установится по малоцѣннымъ дѣламъ своя особая практика, несогласная ни съ практикой другихъ палатъ, ни съ разъясненіями сената по доходящимъ до него дѣламъ большей важности.

Между тѣмъ идея о раздробленіи кассаціонныхъ функцій, несмотря на явную свою нецѣлесообразоость, имѣла защитниковъ какъ въ литературѣ [2]), такъ и среди членовъ комиссіи по пересмотру судебныхъ уставовъ. Ихъ доводы заключались въ томъ, что сенатъ обремененъ работой; что и въ настоящее время единство кассаціонной инстанціи не выдержано, такъ какъ на ряду съ сенатомъ кассаціонныя функціи исполняются губернскими присутствіями и нѣкоторыми судебными палатами (на Кавказѣ и въ Сибири); что необходимо приблизить кассаціонную инстанцію къ населенію и ускорить производство въ ней; что сенатъ, менѣе обремененный дѣлами, сможетъ болѣе основательно сосредоточить свое вниманіе на наиболѣе важныхъ вопросахъ и давать тщательно разработанныя и обстоятельно мотивированныя разъясненія; что палаты будутъ слѣдовать выработаннымъ сенатомъ принципамъ.

Всѣ эти соображенія, за исключеніемъ указанія на обреме-

---

[1]) Когда цѣна иска не превышаетъ 5.000 руб. или искъ не подлежитъ оцѣнкѣ, взимается 50 руб.; по искамъ, цѣною отъ 5.000 до 10.000 руб.—100 руб., отъ 10.000 до 50.000—200 руб., отъ 50.000 до 100.000—300 руб., свыше 100.000 руб. за каждыя 100.000 руб.—500 руб. (прил. къ 738 ст.).

[2]) Арсеньевъ, указ. ст.; Даневскій, указ. ст.; Змировъ, указ. ст.; Змировъ. Единоличный судъ по проекту (Журн. М. Ю. 1901 № 1).

ненность сената дѣлами, не выдерживаютъ критики [1]). Если въ настоящее время существуетъ нѣсколько кассаціонныхъ инстанцій, то это—зло, которое нужно уничтожить; въ приближеніи кассаціоннаго суда къ населенію нѣтъ ни малѣйшей надобности, ибо онъ не разсматриваетъ дѣлъ по существу, не пзслѣдуетъ фактической ихъ стороны, а ограничивается провѣркой правильности примѣненія законовъ низшими судами; подчиненіе палатъ въ своей кассаціонной практикѣ устанавливаемымъ сенатомъ принципамъ не можетъ быть надлежащимъ образомъ обезпечено за невозможностью предоставить тяжущимся право обжалованія кассаціонныхъ рѣшеній палатъ. Что же касается необходимости облегчить работу сената, ставшую для него непосильной, то возложеніе кассаціонныхъ функцій на палаты не можетъ быть соотвѣтствующимъ цѣли не только потому, что поведетъ къ раздробленію кассаціонной инстанціи, но и потому, что послужитъ къ такому же обремененію палатъ. Сдѣлать это безъ усиленія личнаго состава палатъ невозможно, такъ какъ палаты и безъ того имѣютъ много работы. А если все равно нужно произвести извѣстный расходъ на увеличеніе числа членовъ палатъ, то гораздо раціональнѣе употребить эти суммы на увеличеніе состава сената, не только въ видахъ сохраненія единства кассаціонной инстанціи, но и потому, что сенатъ является болѣе авторитетнымъ и болѣе приспособленнымъ къ исполненію кассаціонныхъ функцій учрежденіемъ [2]).

---

[1]) Они подробно разобраны проф. Михайловскимъ (стр. 310 и сл.).

[2]) Михайловскій, 314—315: „Никогда ни одна палата не будетъ располагать такими средствами и силами, какъ сенатъ. Послѣдній имѣетъ въ своемъ составѣ крупныя ученыя силы, представляетъ собою значительную по числу членовъ корпорацію (что даетъ возможность обширнаго обмѣна мыслей), находится въ центрѣ духовной и государственной жизни страны. Все это въ связи съ большою служебной опытностью сенаторовъ, съ накопленными традиціями даетъ сенату такую силу для исполненія своей трудной задачи, о какой и мечтать не могутъ судебныя палаты съ ихъ количественно незначительными составами, завалепныя къ тому же работой и въ качествѣ апелляціонной инстанціи, и въ качествѣ *камеры преданія суду*, и какъ судъ первой инстанціи, и по надзору. Да и по качеству своему составъ судебныхъ палатъ не можетъ представлять тѣхъ гарантій основательнаго, научнаго знанія права, какія мы видимъ въ сенатѣ. Весьма важнымъ обстоятельствомъ является еще слѣдующее. Въ силу принципа раздѣленія труда сенатъ, какъ исключительно занятый *кассаціонными функціями*, будетъ всегда имѣть преимущество передъ судебными пала-

Кромѣ того, чтобы обезпечить единообразіе сенатской практики слѣдуетъ еще примѣнить къ гражданскому кассаціонному департаменту тотъ принципъ дѣленія, который употребленъ по отношенію ко всему сенату. Подобно тому, какъ въ сенатѣ образованы для разсмотрѣнія разныхъ категорій дѣлъ департаменты: для административныхъ—первый, для торговыхъ—судебный, для межевыхъ—межевой, для уголовныхъ—уголовный и т. д., точно такъ же нужно разбить гражданскій департаментъ на нѣсколько или на цѣлый рядъ отдѣленій, предоставивъ каждому изъ нихъ одну опредѣленную категорію дѣлъ: наслѣдственныя, напр., одному, вотчинныя—другому, охранительныя—третьему и т. д. Особыя отдѣленія должныя быть учреждены для разрѣшенія дѣлъ, къ которымъ примѣняются мѣстные законы. Сколько нужно составить группъ дѣлъ и какія именно группы, это нетрудно опредѣлить на основаніи статистическихъ свѣдѣній относительно поступающихъ въ сенатъ категорій дѣлъ. Такая система совмѣщаетъ всѣ выгоды раздѣленія труда съ ненарушимостью принципа единства кассаціонной инстанціи. Такъ какъ каждое отдѣленіе департамента будетъ ограничиваться разсмотрѣніемъ опредѣленной категоріи дѣлъ, то, во-первыхъ, станутъ невозможны противорѣчія между рѣшеніями разныхъ отдѣленій; затѣмъ, сенаторы каждаго отдѣленія получатъ возможность специализироваться въ тѣхъ отдѣлахъ законодательства, которые имъ придется постоянно примѣнять [1]), и, благодаря такой спе-

---

тами, которыя къ тому же, привыкши рѣшать дѣла по существу и занимаясь кассаціонными функціями между прочимъ, будутъ имѣть соблазнъ вводить въ кассаціонное производство элементы апелляціоннаго".

[1]) Такой способъ былъ рекомендованъ еще въ 1871 г. Филипповымъ (I, 561—562). Его же предлагалъ 29-му съѣзду германскихъ юристовъ, съ цѣлью облегчить работу имперскаго суда, Syring (Verhandlungen, d. 29 deuts. Juristentages, III, 138). Съ этой же цѣлью въ Германіи предлагались и многія другія мѣры: 1) увеличеніе ревизіонной суммы, т.-е., предѣльной цѣны исковъ, при которой допускается обжалованіе рѣшеній въ ревизіонномъ порядкѣ (это было бы несправедливымъ ограниченіемъ правъ лицъ малоимущихъ, которые ведутъ процессы на незначительныя суммы); 2) уменьшеніе числа членовъ присутствій имперскаго суда съ семи до трехъ (это повліяло бы неблагопріятно на авторитетность его рѣшеній); 3) недопущеніе ревизіоннаго обжалованія въ тѣхъ случаяхъ, когда судъ первой и судъ второй инстанцій постановили одинаковыя рѣшенія (при такомъ порядкѣ третья инстанція была бы лишена возможности руководить судебной практикой въ отдѣльныхъ округахъ, кото-

ціализаціи, дѣла будутъ разрѣшаться лучше и въ въ то же время скорѣе, такъ что основательность и быстрота разрѣшенія возрастутъ параллельно. Само собою понятно, что вопросы общаго характера, касающіеся предмета вѣдомства нѣсколькихъ отдѣленій, каковы, напр., вопросы общей части гражданскаго права, должны подлежать разсмотрѣнію въ общемъ собраніи подлежащихъ отдѣленій.

2. Такъ какъ на третью инстанцію возлагается руководство судебной практикой во всемъ государствѣ посредствомъ разъясненія истиннаго смысла законовъ, то она должна состоять изъ самыхъ выдающихся юристовъ, дѣйствительно способныхъ къ научной интерпретаціи права и могущихъ пріобрѣсти авторитетъ въ глазахъ населенія. Лучше всего примѣнить въ данномъ случаѣ систему кооптаціи съ тѣмъ, чтобы третья инстанція могла замѣщать открывающіяся въ ея средѣ вакансіи не только членами судовъ второй инстанціи, но и выставившими свои кандидатуры учеными юристами со степенью доктора гражданскаго или уголовнаго права и адвокатами, практиковавшими не менѣе 15 лѣтъ [1]).

рая устанавливалась бы однаковыми рѣшеніями первой и второй инстанцій); 4) установленіе штрафа за подачу неосновательныхъ жалобъ (это было бы ощутительно для бѣдныхъ тяжущихся и не удержало бы отъ подачи жалобъ богатыхъ); 5) предварительное исполненіе всѣхъ рѣшеній судовъ второй инстанціи (во многихъ случаяхъ проигравшая дѣло сторона могла бы понести невознаградимый ущербъ); 6) отмѣна или ограниченіе принципа устности въ производствѣ имперскаго суда (это было бы уничтоженіемъ одной изъ гарантій правильнаго отправленія правосудія). Объ этихъ и другихъ мѣрахъ трактуютъ Salinger, 5 ff.; Putzler. Die Ueberlastung des Reichsgerichts und die Abhilfevorschläge, 1910; „Der Kampf um ein geistig hochstehendes Reichsgericht", von einem Juristen, 1910. Дальнѣйшія указанія см. въ Zt. Zp. 39 B., 215, 217; 40 B., 431—434.

[1]) De la Grasserie (De la fonction, 122 ss.) предлагаетъ, чтобы члены кассаціоннаго суда выбирались изъ судей, адвокатовъ, профессоровъ, нотаріусовъ и членовъ государственнаго совѣта слѣдующимъ образомъ: первую открывающуюся вакансію замѣщаетъ парижская магистратура, выбравъ кандидата изъ числа судей (парижскихъ и провинціальныхъ), вторую—парижская адвокатура изъ числа французскихъ адвокатовъ, и т. д. Противъ этого нужно замѣтить, что главный контингентъ членовъ кассаціоннаго суда долженъ набираться изъ наиболѣе выдающихся членовъ апелляціонныхъ судовъ, ибо они лучше всего подготовлены своею служебной дѣятельностью къ исполненію кассаціонной функціи, а сравнительныя достоинства ихъ хорошо извѣстны членамъ кассаціоннаго суда, провѣряющимъ рѣшенія апелляціонныхъ судовъ. Только въ дополненіе къ нимъ желательно допустить замѣщеніе нѣкотораго количества вакансій юристами-теоретиками и адвокатами. Избирать ихъ можетъ съ успѣхомъ тотъ же кассаціонный судъ.

3. Третья инстанція должна провѣрять закономѣрность процессуальныхъ дѣйствій судовъ и постановленныхъ ими рѣшеній на основаніи жалобъ сторонъ, но не ограничиваясь сдѣланными въ этихъ жалобахъ указаніями, а выходя, въ случаѣ надобности, и за предѣлы ихъ.

Это положеніе вытекаетъ изъ задачи кассаціонной инстанціи. Разъ она учреждается для того, чтобы слѣдить за правильнымъ и единообразнымъ примѣненіемъ законовъ судами, то она не можетъ оставлять въ силѣ противорѣчащія этимъ требованіямъ рѣшенія судовъ только въ виду того, что стороны не замѣтили того или другого промаха суда, настолько существеннаго, что, не случись его, судъ постановилъ бы совершенно иное рѣшеніе.

Такое право предоставлено германскимъ уставомъ имперскому суду, который можетъ и долженъ производить оцѣнку всей юридической стороны дошедшаго до него по жалобѣ сторонъ дѣла, не стѣсняясь рамками жалобы. Другими словами, считается достаточнымъ, чтобы тяжущійся заявилъ неудовольствіе на рѣшеніе суда вслѣдствіе несоотвѣтствія его закону, указанія же его на допущенныя судомъ нарушенія необязательны для имперскаго суда, который долженъ самостоятельно удостовѣриться, имѣются ли въ обжалованномъ рѣшеніи какія-либо нарушенія закона.

Германскіе процессуалисты одобряютъ такой порядокъ, усматривая въ немъ наилучшую гарантію единообразія и закономѣрности судебной практики. „Несомнѣнно“, говоритъ Вахъ, “самыя вѣскія соображенія оправдываютъ такую конструкцію. Наше юридическое развитіе, слава Богу, отрѣшилось, наконецъ, отъ формализма. Какой позоръ для юстиціи, когда высшій въ государствѣ судъ долженъ оставлять въ силѣ явно незаконное рѣшеніе только потому, что заинтересованная сторона сдѣлала ошибку въ пониманіи закона“ [1]).

---

[1]) Wach, Vorträge, 293. Только по отношенію къ процессуальнымъ нарушеніямъ права имперскаго суда нѣсколько ограничены. Именно, по прежней редакціи устава онъ долженъ былъ оставлять безъ вниманія тѣ изъ этого рода нарушеній, которыя были извѣстны сторонамъ во время предшествовавшаго производства, но не были ими своевременно обжалованы. Новелла 1905 г. постановила, что поскольку просьба о ревизіи основывается на нарушеніи судомъ правилъ производства, импер-

Французское законодательство прибѣгло съ этой же цѣлью къ другой мѣрѣ, именно, оно ввело особый видъ кассаціи „въ интересахъ закона“ (dans l'interêt de loi). Въ тѣхъ случаяхъ, когда тяжущіеся не принесли кассаціонной жалобы, хотя рѣшеніе постановлено судомъ съ существеннымъ нарушеніемъ законовъ, генеральный прокуроръ кассаціоннаго суда можетъ подать протестъ. Если онъ основателенъ, то кассаціонный судъ отмѣняетъ рѣшеніе и даетъ суду разъясненіе, но для тяжущихся отмѣненное рѣшеніе не теряетъ силы, ибо они не жаловались на него [1]).

Нетрудно замѣтить, что эта система уступаетъ германской. Прежде всего, она приводитъ къ грубому внутреннему противорѣчію: кассаціонный судъ отмѣняетъ рѣшеніе, а оно все-таки остается въ силѣ. Какой же смыслъ имѣетъ его отмѣна? Только указанія суду на неправильность его дѣйствій и разъясненія закона на будущее время. Но первое могло быть съ большимъ удобствомъ сдѣлано кассаціоннымъ судомъ въ порядкѣ надзора, а второе—при разсмотрѣніи однороднаго дѣла, какъ только такое дѣло дойдетъ къ нему по жалобѣ сторонъ.

Затѣмъ, прокуратура кассаціоннаго суда, все равно, не въ состояніи услѣдить за всѣми гражданскими дѣлами, производящимися въ судахъ второй инстанціи. Не могутъ доставлять ей достаточныхъ свѣдѣній и состоящіе при этихъ судахъ прокуроры—какъ потому, что они принимаютъ участіе только въ немногихъ категоріяхъ гражданскихъ дѣлъ, такъ и потому, что не обладаютъ достаточной компетентностью въ вопросахъ гражданскаго права и процесса, чтобы критически оцѣнивать рѣшенія судовъ второй инстанціи. По необходимости кассація „въ интересахъ закона“ можетъ примѣняться только случайно, благодаря какимъ-либо особымъ обстоятельствамъ, обратившимъ вниманіе прокурорскаго надзора на то или иное дѣло.

Въ нашемъ уставѣ по этому вопросу нѣтъ никакого постановленія. Ст. 798 обязываетъ только жалобщика указывать, „что

ский судъ обязанъ ограничиться провѣркой указаній жалобщика (§ 559). Но это ограниченіе введено не по какимъ-либо принципіальнымъ соображеніямъ, а просто съ цѣлью облегчить работу имперскаго суда.

[1]) Garsonnet. Précis № 913. Поэтому кассацію „въ интересахъ закона“ называютъ „платонической“. De la Grasserie. De la fonction, 66.

именно онъ считаетъ незаконнымъ и подлежащимъ отмѣнѣ, и по какимъ основаніямъ", но не поясняетъ, имѣетъ ли право сенатъ обращать вниманіе и на такія нарушенія законовъ въ рѣшеніи палаты, которыхъ сами стороны не замѣтили. Сенатъ высказывалъ противорѣчивыя мнѣнія: обыкновенно заявлялъ, что „входитъ въ разсмотрѣніе правильности рѣшеній лишь въ предѣлахъ жалобъ на эти рѣшенія, ограничиваясь тѣми основаніями къ отмѣнѣ ихъ, которыя приводятъ сами просители въ своихъ жалобахъ" (1907 № 78, 1898 № 53) и оставлялъ „безъ уваженія указанія на нарушенія" законовъ, если въ жалобѣ не было пояснено, „въ чемъ именно и по какимъ основаніямъ" усматриваются такія нарушенія (1905 № 57), иногда же, наоборотъ, признавалъ, что нарушеніе закона палатой „и при неуказаніи на него въ кассаціонной жалобѣ", должно служить поводомъ къ отмѣнѣ рѣшенія (1903 № 2). Второе мнѣніе является болѣе правильнымъ, *потому* что если суды низшихъ инстанцій должны примѣнять законы, не стѣсняясь тѣмъ, указаны ли они тяжущимися, или нѣтъ (81 № 129, 79 № 43 и др.), то тѣмъ болѣе въ правѣ дѣлать это сенатъ, какъ верховный блюститель законности въ имперіи.

По проекту новой редакціи устава сенатъ провѣряетъ рѣшенія палатъ не только въ тѣхъ частяхъ, которыя обжалованы, но и въ тѣхъ, которыя находятся въ неразрывной связи съ обжалованными, а если дѣло вообще не подлежало вѣдомству судебныхъ учрежденій, то уничтожаетъ все производство и безъ указанія со стороны тяжущихся (ст. 751). Такая формулировка предѣловъ кассаціонной повѣрки не можетъ быть признана правильной, потому что она разсчитана только на случаи частичнаго обжалованія палатскихъ рѣшеній и не относится къ тѣмъ случаямъ, когда рѣшеніе палаты обжаловано цѣликомъ, и вопросъ идетъ о томъ, долженъ ли сенатъ ограничиться повѣркой указанныхъ жалобщикомъ нарушеній закона, или можетъ обратить вниманіе и на неуказанные имъ.

4. Если фактическая сторона дѣла установлена судомъ второй инстанціи съ полною достовѣрностью и не оспаривается тяжущимися, и если поводомъ къ обжалованію рѣшенія въ третью инстанцію *служило исключительно неправильное* толкованіе ма-

теріально-правовыхъ нормъ, такъ что дѣло можетъ былъ разрѣшено безъ новаго разсмотрѣнія его по существу, то третья инстанція должна, выяснивъ дѣйствительный смыслъ закона, сама примѣнить его и постановить рѣшеніе, безъ передачи дѣла для новаго разсмотрѣнія въ низшій судъ [1]).

При составленіи судебныхъ уставовъ имѣлось въ виду ввести такой порядокъ; но онъ не былъ принятъ въ силу цѣлаго ряда соображеній, изъ которыхъ большинство сводится къ указанію на нерациональность, неудобство и даже опасность предоставленія сенату права входить въ разсмотрѣніе дѣлъ по существу, и только нѣкоторыя направлены непосредственно противъ указаннаго предложенія, а именно: сенатъ-де принужденъ будетъ „обращаться къ подробному разсмотрѣнію дѣла, чтобы убѣдиться, что не требуется новаго производства по дѣлу, а также повѣрить сдѣланныя палатой выводы изъ обстоятельствъ дѣла, такъ какъ ограничиться при разсмотрѣніи дѣла по существу только примѣненіемъ закона къ заключенію палаты о фактической сторонѣ дѣла было бы несогласно ни съ правосудіемъ, ни съ достоинствомъ сената... Каждый изъ тяжущихся, имѣя въ виду, что въ сенатѣ можетъ послѣдовать окончательное рѣшеніе по его дѣлу, пожелаетъ изложить предъ сенатомъ лично свои права и для этого онъ долженъ будетъ пріѣзжать издалека, проживаться въ Петербургѣ и, въ случаѣ отсылки дѣла въ палату, предпринимать новое путешествіе. Кромѣ того, при такомъ порядкѣ тяжущіеся будутъ пользоваться правами, не во всѣхъ случаяхъ одинаковыми: одни изъ нихъ обязаны будутъ безусловно подчиняться рѣшительному приговору сената, другіе же получатъ возможность пользоваться вторичнымъ разсмотрѣніемъ ихъ дѣла въ палатѣ съ правомъ обжаловать ея рѣшеніе въ случаѣ допущенной въ немъ неправильности“ (объясн. къ 809 ст. уст. гр. с.).

Противъ перваго изъ этихъ возраженій нужно замѣтить, что если тяжущіеся не жалуются на неправильное установленіе палатой фактическихъ обстоятельствъ дѣла, то ни интересы правосудія, ни достоинство сената вовсе не требуютъ, чтобы сенатъ все-таки занялся повѣркой „выводовъ палаты изъ обстоятельствъ

[1]) De la Grasserie. De l'interprétation, 9; De la fonction, 48 ss.

дѣла": напротивъ, сенатъ даже не имѣетъ права входить въ обсужденіе правильности фактическихъ частей палатскаго рѣшенія, противъ которыхъ никто изъ тяжущихся не споритъ. Что касается необходимости для тяжущихся ѣхать въ Петербургъ для участія въ засѣданіи сената при разсмотрѣніи ихъ дѣлъ, то она совершенно одинакова во всѣхъ случаяхъ, когда дѣло переходитъ по кассаціонной жалобѣ въ сенатъ, потому что каждый разъ одной сторонѣ грозитъ опасность, что ея жалоба не будетъ уважена, и невыгодное для нея рѣшеніе палаты останется въ силѣ, а другой сторонѣ—что жалоба будетъ удовлетворена и рѣшеніе отмѣнено. Эта опасность нисколько не увеличится отъ того, что сенату будетъ дано право въ случаяхъ, когда фактическія обстоятельства дѣла не возбуждаютъ спора, не отмѣнять рѣшеніе палаты, а замѣнять его другимъ рѣшеніемъ. Конечно, когда сенатъ самъ постановитъ рѣшеніе, то тяжущіеся „будутъ лишены возможности воспользоваться вторичнымъ разсмотрѣніемъ ихъ дѣла въ палатѣ", но это обстоятельство имѣло бы значеніе въ томъ случаѣ, если бы фактическія обстоятельства дѣла представлялись имъ спорными и могли бы быть при новомъ разсмотрѣніи установлены болѣе правильно. А такъ какъ рѣчь идетъ о предоставленіи сенату права постановлять рѣшенія только тогда, когда стороны *не жалуются* на неправильное установленіе палатой фактическихъ обстоятельствъ, то во вторичномъ изслѣдованіи ихъ нѣтъ никакой надобности: оно только замедлитъ окончаніе дѣла и можетъ сопровождаться какими-либо новыми нарушеніями, которыя дадутъ поводъ къ новой кассаціонной жалобѣ и новой отмѣнѣ рѣшенія. И дѣйствительно, бывали случаи, что одно и то же дѣло по нѣсколько разъ восходило до сената именно потому, что при каждомъ новомъ разсмотрѣніи его совершались все новыя и новыя нарушенія законовъ или формъ производства.

По германскому уставу, имперскій судъ самъ постановляетъ рѣшеніе, не передавая дѣла въ другой судъ второй инстанціи, въ двухъ случаяхъ: 1) если рѣшеніе подлежитъ отмѣнѣ только вслѣдствіе неправильнаго примѣненія закона къ вполнѣ установленнымъ фактическимъ обстоятельствамъ, такъ что дѣло готово съ фактической стороны къ рѣшенію, и 2) если рѣшеніе

отмѣнено въ виду неподсудности или неподвѣдомственности дѣла данному суду (§ 565). Въ Австріи „ревизіонный судъ, по общему правилу, постановляетъ рѣшеніе по существу дѣла“ (§ 510 уст.) и только въ нѣкоторыхъ случаяхъ, когда необходимо новое разбирательство дѣла, передаетъ его въ судъ второй, а иногда и въ судъ первой инстанціи (§ 510). Во Франціи и Италіи кассаціонный судъ, въ случаѣ отмѣны рѣшенія, всегда передаетъ дѣло въ другой судъ 2 инстанціи; но тамъ это имѣетъ особый смыслъ въ виду того, что во Франціи и Италіи, въ противоположность порядку, существующему въ Германіи, Австріи и у насъ, второй судъ, которому передается для новаго разсмотрѣнія дѣло, не обязанъ слѣдовать даваемому кассаціоннымъ судомъ разъясненію относительно смысла законовъ, а можетъ постановить рѣшеніе, тождественное съ отмѣненнымъ. Возникающее такимъ образомъ разногласіе между кассаціоннымъ судомъ и двумя апелляціонными окончательно разрѣшается общимъ собраніемъ кассаціоннаго суда [1]). Благодаря этому, передача дѣла послѣ отмѣны рѣшенія на разсмотрѣніе новаго суда влечетъ за собой новое, третье по счету, изслѣдованіе юридической стороны дѣла, за которымъ можетъ послѣдовать и четвертое—въ общемъ собраніи кассаціоннаго суда. А такъ какъ у насъ вторая палата обязана подчиниться преподанному ей послѣ отмѣны рѣшенія первой палаты разъясненію сената, то для тяжущихся безразлично, кѣмъ будетъ примѣнено это разъясненіе къ окончательно установленнымъ фактическимъ обстоятельствамъ дѣла: самимъ сенатомъ или новой палатой.

5. Если вторая инстанція совершила какую-либо процессуальную погрѣшность при установленіи фактическихъ обстоятельствъ дѣла, такъ что необходимо новое изслѣдованіе ихъ, то третья инстанція, къ функціямъ которой не относится разсмотрѣніе дѣлъ по существу, должна, отмѣнивъ рѣшеніе, передать дѣло для вторичнаго разсмотрѣнія въ судъ второй инстанціи. Выборъ суда, которому передается дѣло, слѣдуетъ предоставить усмотрѣнію третьей инстанціи, которая должна обсудить, не представляется ли

[1]) Но общее собраніе все-таки не постановляетъ рѣшенія по существу, а отсылаетъ дѣло въ апелляціонный судъ, что операціонально и водетъ къ замедленію производства. Manfredini, 615.

въ каждомъ данномъ случаѣ опасность, что судъ, рѣшеніе котораго отмѣнено, будетъ дѣйствовать подъ вліяніемъ разъ составленнаго убѣжденія или пожелаетъ настоять на своей правотѣ и поведетъ вторичное разбирательство безъ должнаго безпристрастія.

Нашъ уставъ, по примѣру французскаго, предписываетъ сенату передавать дѣла, въ случаѣ отмѣны рѣшеній, для новаго разсмотрѣнія непремѣнно въ другой судъ второй инстанціи или въ другой составъ того же суда, рѣшеніе котораго отмѣнено. Эта система имѣетъ извѣстное основаніе во Франціи, такъ какъ, благодаря такому порядку, обнаруживается несогласіе въ пониманіи законовъ между кассаціоннымъ судомъ и двумя апелляціонными, послѣдовательно разсматривавшими то же дѣло, несогласіе, которое служитъ поводомъ къ передачѣ спорныхъ вопросовъ на разрѣшеніе общаго собранія кассаціоннаго суда. У насъ совсѣмъ не то: вторая палата обязана подчиниться кассаціонному разъясненію. И это вполнѣ раціонально (см. дальше). Вслѣдствіе этого нѣтъ никакой причины передавать дѣло непремѣнно другой палатѣ, ибо и та палата, которая впервые разбирала дѣло, можетъ съ равнымъ успѣхомъ постановить рѣшеніе, согласно данному сенатомъ разъясненію. Такая система существуетъ въ Германіи (§ 565) и Австріи (§ 510), и составители германскаго устава справедливо замѣчаютъ, что „нельзя считать несоотвѣтствующимъ достоинству суда, если онъ принужденъ исполнить имѣющее законную силу рѣшеніе“ [1]). Между тѣмъ обязательная передача дѣла въ другую палату влечетъ за собой большія неудобства для тяжущихся, которымъ приходится вести дѣло въ палатѣ другого округа, и эти неудобства увеличиваются еще больше, если рѣшенія кассируются нѣсколько разъ подъ рядъ и дѣло путешествуетъ изъ одного судебнаго округа въ другой. Конечно, передача дѣла на разсмотрѣніе другому суду можетъ быть полезна иной разъ, когда рѣшеніе отмѣняется не въ части, а цѣликомъ, и когда представляется опасность, что палата изъ предубѣжденія или упрямства не сохранитъ безпристрастія при вторичномъ разборѣ дѣла. Но для предотвращенія

[1]) Hahn. Die gesammten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, 1872, II, 372.

этого достаточно постановить, какъ сдѣлалъ германскій уставъ (§ 565), что дѣло *можетъ быть* передано, по усмотрѣнію третьей инстанціи, въ другой составъ суда второй инстанціи.

По проекту новой редакціи устава гражд. суд., сенатъ не передаетъ дѣла для постановленія новаго рѣшенія въ палату, если производство дѣла подлежитъ прекращенію, или вообще послѣ отмѣны рѣшенія палаты нѣтъ надобности въ постановленіи новаго рѣшенія или опредѣленія (ст. 755). Возвращая же дѣло для новаго разсмотрѣнія, сенатъ можетъ, по своему усмотрѣнію, направить его въ тотъ самый составъ палаты, которымъ постановлено отмѣненное рѣшеніе, или въ другой ея составъ, или, наконецъ, въ палату ближайшаго судебнаго округа (ст. 754).

6. Рѣшеніе суда третьей инстанціи должно быть обязательно для дѣла, по которому оно состоялось. Это само собой понятно по отношенію къ тѣмъ случаямъ, когда судъ третьей инстанціи не ограничивается отмѣной рѣшенія апелляціоннаго суда, а самъ разрѣшаетъ дѣло. Но точно такъ же должно быть обязательно его рѣшеніе и въ тѣхъ случаяхъ, когда онъ отмѣняетъ рѣшеніе второй инстанціи и, передавая дѣло на разсмотрѣніе другого суда, даетъ разъясненіе закона. Судъ, которому передано дѣло, *обязанъ подчиниться* разъясненію, такъ какъ оно исходитъ отъ суда, выше стоящаго въ служебной іерархіи и спеціально предназначеннаго для интерпретаціи законовъ.

Послѣднее положеніе не безспорно. Оно отрицалось на родинѣ кассаціоннаго суда, во Франціи, гдѣ былъ послѣдовательно испытанъ цѣлый рядъ системъ. По закону 1790 г., рѣшенія кассаціоннаго суда не были обязательны ни для одного суда. Даже тотъ судъ, на разсмотрѣніе котораго переходило дѣло послѣ кассаціи рѣшенія, могъ не подчиниться данному кассаціоннымъ судомъ разъясненію. Если дѣло снова доходило до кассаціоннаго суда и передавалось имъ новому суду, то и этотъ судъ не былъ обязанъ слѣдовать кассаціонному разъясненію. Но въ такомъ случаѣ — при двукратномъ неподчиненіи апелляціонныхъ судовъ—кассаціонный судъ имѣлъ право обратиться къ законодательному корпусу съ просьбой разрѣшить спорный вопросъ посредствомъ изданія новаго закона. Конституція III года республики ускорила эту процедуру, разрѣшивъ кассаціонному суду

обращаться къ законодательной власти послѣ того, какъ одинъ судъ не подчинился его разъясненію. Конституція VIII года устранила вмѣшательство законодательной власти и предоставила разсмотрѣніе второй кассаціонной жалобы на рѣшеніе суда, не подчинившагося кассаціонному разъясненію, общему собранію кассаціоннаго суда, не сдѣлавъ, однако, его рѣшенія обязательнымъ. Въ 1807 г. снова было допущено обращеніе къ законодательной власти послѣ двукратной кассаціи. Въ 1828 г. введенъ такой порядокъ, что правительство должно было представлять законодательнымъ палатамъ проектъ изъяснительнаго закона въ томъ случаѣ, когда три суда, послѣдовательно разбиравшіе дѣло, разошлись во мнѣніи съ кассаціоннымъ судомъ. Наконецъ, въ 1837 г. возстановлена система VIII г., съ тою разницей, что рѣшеніе общаго собранія кассаціоннаго суда сдѣлано уже обязательнымъ. Этотъ порядокъ сохранился по настоящее время, такъ что теперь французскіе суды не обязаны подчиняться разъясненіямъ кассаціоннаго суда даже при разрѣшеніи тѣхъ дѣлъ, по которымъ эти разъясненія даны, и только когда дѣло вторично дойдетъ до кассаціоннаго суда и будетъ разсмотрѣно въ общемъ собраніи его, разъясненіе общаго собранія окончательно разрѣшаетъ возникшее разногласіе.

Ни одна изъ этихъ системъ не можетъ быть признана раціональной. Тѣ изъ нихъ, въ которыхъ заключительной стадіей было обращеніе къ законодательной власти за разрѣшеніемъ даннаго конкретнаго дѣла, нарушали принципъ раздѣленія властей, согласно которому законодатель не долженъ непосредственно вмѣшиваться въ отправленіе правосудія точно такъ же, какъ судъ не можетъ издавать общихъ нормъ. Конституція VIII года совершенно подорвала значеніе кассаціоннаго суда, лишивъ обязательной силы не только рѣшенія гражданскаго департамента его, но и общаго собранія департаментовъ. Современная система тоже не можетъ быть признана раціональной. Она не только замедляетъ разрѣшеніе дѣлъ, дозволяя апелляціоннымъ судамъ не подчиняться разъясненію кассаціоннаго суда, но и нарушаетъ іерархическое соотношеніе между судами, ставя апелляціонные суды на одну линію съ кассаціоннымъ, допуская возможность спора между ними, какъ равно-

правными сторонами, и предоставляя разрѣшеніе такого спора общему собранію кассаціоннаго суда въ качествѣ какого-то третейскаго судьи. Разъ гражданскій департаментъ кассаціоннаго суда считается не болѣе компетентнымъ, чѣмъ апелляціонные суды, то слѣдуетъ его либо преобразовать, либо уничтожить, сдѣлавъ третьей инстанціей прямо общее собраніе кассаціоннаго суда. Но нераціонально создавать кассаціонный судъ для самого кассаціоннаго суда [1]).

7. Данныя судомъ третьей инстанціи по какому-либо дѣлу разъясненія смысла законовъ не имѣютъ обязательнаго значенія для судовъ при разрѣшеніи другихъ дѣлъ, а могутъ служить для нихъ только образцомъ и примѣромъ и съ этой цѣлью должны быть публикуемы.

Сдѣлать разъясненія третьей инстанціи обязательными для всѣхъ судовъ по всѣмъ однороднымъ дѣламъ значило бы придать имъ силу законовъ и присвоить третьей инстанціи законодательную власть. Это повело бы къ весьма вреднымъ послѣдствіямъ. Дѣло въ томъ, что третья инстанція не непогрѣшима. Она можетъ ошибаться и исправлять свои ошибки. Не только нашъ гражданскій кассаціонный департаментъ, обремененный массой работы и имѣющій дѣло съ весьма несовершеннымъ законодательствомъ, но и французскій кассаціонный судъ, поставленный въ обоихъ этихъ отношеніяхъ въ несравненно болѣе благопріятныя условія дѣятельности, не разъ мѣняли высказанные раньше взгляды, отступая въ позднѣйшихъ рѣшеніяхъ отъ разъясненій, которыя сами преподали раньше. Пока рѣшенія третьей инстанціи обязательны только по тѣмъ дѣламъ, по которымъ постановлены, подобныя колебанія практики столь же мало подрываютъ увѣренность гражданъ въ своихъ правахъ, какъ и колебанія въ практикѣ всякаго другого судебнаго учрежденія. Конечно, желательно, чтобы суды не ошибались и рѣшали одинаковыя дѣла одинаково. Но если иногда, при разрѣшеніи одного дѣла, судъ ошибется, то вполнѣ естественно и даже необходимо, чтобы, сознавъ свою ошибку, онъ исправилъ ее въ слѣдующій разъ, при разрѣшеніи другого дѣла. Отъ оши-

---

[1]) De la Grasserie. De la fonction, 44—48.

бочнаго рѣшенія страдаетъ только тотъ тяжущійся, по дѣлу котораго оно состоялось.

Совсѣмъ не то, когда разъясненія третьей инстанціи объявляются обязательными для всѣхъ судовъ. Тогда они получаютъ силу закона; ими руководствуются судьи и граждане. Всякое измѣненіе во взглядахъ третьей инстанціи становится равносильнымъ изданію новаго закона, съ тою лишь разницей, что новый законъ не имѣлъ бы обратнаго дѣйствія, т.-е., не примѣнялся бы къ тѣмъ дѣламъ и юридическимъ отношеніямъ между гражданами, которыя возникли до его изданія, а разъясненіе третьей инстанціи немедленно должно быть принято судами къ руководству при разрѣшеніи всѣхъ еще не оконченныхъ и будущихъ дѣлъ. Граждане, которые начали процессы или вообще совершили какія-либо юридическія дѣйствія, основываясь на прежнихъ разъясненіяхъ третьей инстанціи, понесутъ убытки вслѣдствіе того, что эта инстанція измѣнила свой взглядъ. А между тѣмъ они не могли не руководствоваться ея разъясненіями, ибо эти разъясненія обязательны для всѣхъ судовъ и должны были примѣняться ими при разрѣшеніи однородныхъ дѣлъ.

Словомъ, признаніе рѣшеній третьей инстанціи обязательными для всѣхъ судовъ ведетъ къ обходу принципа обратнаго бездѣйствія закона, а всякое нарушеніе этого принципа, поражая пріобрѣтенныя гражданами при дѣйствіи прежняго закона права подрываетъ въ нихъ вѣру въ справедливость и святость закона, лишаетъ ихъ чувства увѣренности въ своихъ законно пріобрѣтенныхъ правахъ [1]).

Какъ во Франціи, такъ и въ Германіи, Австріи, Бельгіи, Италіи и другихъ странахъ сила судебныхъ рѣшеній не распространяется за предѣлы тѣхъ дѣлъ, по которымъ они состоялись. Исключеніемъ является только Англія, гдѣ, при крайней сравнительно скудости кодифицированнаго права, судебныя рѣшенія имѣютъ значеніе самостоятельнаго источника права.

---

[1]) Чтобы предотвратить это, нужно было бы сдѣлать разъясненія третьей инстанціи, какъ предложилъ De la Grasserie (De la fonction, 59—65), обязательными для нея самой, воспретивъ ей измѣнять ихъ, но такое ограниченіе нежелательно по другимъ соображеніямъ (см. ниже).

Въ Англіи судебныя рѣшенія высшихъ судовъ считаются безусловно обязательными какъ для самихъ этихъ судовъ, такъ и для низшихъ судовъ при разрѣшеніи однородныхъ дѣлъ; рѣшенія же низшихъ или равныхъ другъ другу судовъ условно обязательны какъ для самихъ этихъ судовъ, такъ даже и для высшихъ. Условность ихъ обязательности выражается въ томъ, что высшіе суды могутъ отвергать рѣшенія низшихъ судовъ, если признаютъ ихъ неправильность, вслѣдствіе чего они теряютъ значеніе прецедентовъ; низшіе же и равные суды въ правѣ только не слѣдовать этимъ рѣшеніямъ, при чемъ если равный судъ постановляетъ рѣшеніе въ иномъ смыслѣ, то старое и новое рѣшенія имѣютъ одинаковую силу для низшихъ судовъ, которымъ предоставляется слѣдовать тому или другому изъ нихъ, по своему выбору [1]).

По нашему праву (815 уст. гражд. суд. и 933 уст. угол. суд.), „всѣ рѣшенія и опредѣленія кассаціонныхъ департаментовъ сената, которыми разъясняется точный смыслъ законовъ, публикуются во всеобщее свѣдѣніе, для руководства къ единообразному истолкованію и примѣненію оныхъ". Сенатъ разъяснилъ это правило въ томъ смыслѣ, что его рѣшенія и опредѣленія имѣютъ безусловно обязательную силу не только для суда, на разсмотрѣніе котораго передается кассированное дѣла, вызвавшее разъясненіе сената, но и для всѣхъ остальныхъ судовъ при разрѣшеніи ими однородныхъ дѣлъ. Несмотря на единодушную оппозицію литературы [2]), сенатъ упорно держится этого взгляда, проводя въ своей практикѣ слѣдующія положенія: 1) суды обязаны руководствоваться кассаціонными рѣшеніями, разъясняющими смыслъ законовъ, при разрѣшеніи однородныхъ дѣлъ (67 № 519; 70 № 1598; 72 № 899 и 974; 74 599; 79 № 3; 80 № 46; 99 № 105); 2) эта обязанность распространяется только на рѣшенія, напечатанныя въ офиціальномъ сборникѣ (93 № 86;

[1]) Демченко, 12—17.

[2]) Малышевъ, II, 68; Энгельманъ, 378—382; Азаревичъ, I, 96; Анненковъ, IV, 494—496; Вербловскій, 160 и сл.; Исаченко, IV, 621; Тальбергъ, I, 130; Таганцевъ, Фойницкій, Градовскій, Думашевскій, Гольмстенъ, Шершеневичъ, Малининъ и др. (Энгельманъ, 381, прим.); Чихачевъ, 43 и сл.; Шершеневичъ. Общая теорія права, II, 1911, 472—473.

99 № 105); 3) изъ двухъ противорѣчащихъ другъ другу рѣшеній суды должны отдавать преимущество позднѣйшему (70 № 1628; 79 № 143); 4) если, послѣ того какъ сенатъ далъ разъясненіе по данному дѣлу, появилось въ офиціальномъ сборникѣ рѣшеніе по другому однородному дѣлу съ совершенно иными разъясненіями того же вопроса, то судъ долженъ принять къ руководству напечатанное рѣшеніе (96 № 122); 5) кассаціонныя рѣшенія—не законы, а потому имѣютъ обратную силу, т.-е., должны служить руководствомъ при разрѣшеніи всѣхъ дѣлъ, хотя бы и начатыхъ до ихъ опубликованія (68 № 181; 73 № 1214) [1].

Въ доказательство мнѣнія объ обязательности сенатскихъ разъясненій для всѣхъ судовъ ссылаются: 1) на буквальный смыслъ 815 ст. уст. гражд. суд., по которой рѣшенія сената „публикуются во всеобщее свѣдѣніе для руководства къ единообразному истолкованію и примѣненію оныхъ", 2) на примѣчаніе къ 69 ст. осн. законовъ по продолж. 1869 г., гдѣ повторено правило 815 ст., и 3) на цѣль учрежденія верховнаго кассаціоннаго суда—водворять единообразіе въ судебной практикѣ—цѣль, которая не можетъ быть достигнута, если рѣшенія сената не признать общеобязательными [2].

---

[1]) Въ двухъ рѣшеніяхъ сената проскользнулъ было иной взглядъ на значеніе кассаціонныхъ разъясненій. Именно, въ рѣшеніяхъ 1889 г. №№ 106 и 107 было указано, что рѣшеніе сената по другому дѣлу „не можетъ стѣснять съѣздъ въ разрѣшеніи согласно съ закономъ другого, хотя и однороднаго дѣла, тѣмъ болѣе, что указанное рѣшеніе, бывъ постановлено въ отдѣленіи гражданскаго кассаціоннаго департамента, не опубликовано во всеобщее свѣдѣніе". Эта перемѣна во взглядѣ сената, вызвавшая одобреніе въ литературѣ (Исаченко, IV, 621), оказалась, однако, мнимой, такъ какъ черезъ нѣсколько лѣтъ сенатъ пояснилъ, что онъ имѣлъ въ виду только такія разъясненія которыя не напечатаны въ офиціальномъ сборникѣ. Такъ, въ рѣшеніи 1893 № 86 сенатъ говоритъ: „если въ рѣшеніяхъ 1889 г. (№№ 106 и 107) сенатъ высказалъ, что *опредѣленія, не опубликованныя во всеобщее свѣдѣніе*, не могутъ стѣснять судъ при разрѣшеніи дѣла, хотя бы и однороднаго съ тѣмъ, по которому такія опредѣленія послѣдовали, то изъ этого также не слѣдуетъ, чтобы принятіе подобныхъ опредѣленій въ соображеніе или въ основаніе при разрѣшеніи однороднаго дѣла могло быть разсматриваемо какъ нарушеніе 815 ст. уст. гражд. суд.". Другими словами, суды не обязаны, но могутъ руководствоваться и ненапечатанными рѣшеніями сената; о напечатанныхъ же рѣчи не было.

[2]) Подробный разборъ этихъ соображеній сдѣланъ Чихачевымъ (43 и сл).

Первое соображеніе совершенно неубѣдительно. Хотя законъ говоритъ, что рѣшеніе сената публикуется для руководства, но не прибавляетъ: „для *обязательнаго* руководства“ и не опредѣляетъ юридическихъ послѣдствій уклоненія судовъ отъ кассаціонныхъ разъясненій. Другими словами, правило 815 ст. не имѣетъ санкціи. Между тѣмъ, если бы законодатель желалъ придать кассаціоннымъ рѣшеніямъ обязательную силу для всѣхъ судовъ, то онъ ввелъ бы въ уставъ постановленіе, аналогичное правилу 813 ст. уст. гражд. суд., согласно которому палата, разсматривающая дѣло послѣ отмѣны рѣшенія сенатомъ, обязана подчиниться разъясненію сената, и „противъ постановленнаго на семъ основаніи второго рѣшенія кассаціонныя жалобы ни въ какомъ случаѣ не пріемлются“.

Далѣе, признаніе общеобязательности рѣшеній третьей инстанціи нисколько не способствуетъ упроченію единообразія въ судебной практикѣ. Колебанія въ судебной практикѣ обусловливаются вовсе не тѣмъ, что низшіе суды не слѣдуютъ разъясненіямъ третьей инстанціи, а тѣмъ, что она сама мѣняетъ свои разъясненія. Если бы она неуклонно проводила одни и тѣ же взгляды, отмѣняя несоотвѣтствующія имъ рѣшенія судовъ, то въ судебной практикѣ установилось бы полнѣйшее единообразіе. Примѣръ самого сената вполнѣ подтверждаетъ это: сенатъ постоянно провозглашалъ обязательность своихъ разъясненій для всѣхъ однородныхъ дѣлъ, но самъ же отступалъ отъ нихъ, то давая совершенно другія разъясненія по тѣмъ же вопросамъ, то снова возвращаясь къ первоначальнымъ, словомъ, проявлялъ такую неустойчивость во взглядахъ, которая только затрудняла суды, не знавшіе, какихъ именно взглядовъ сената держаться.

Между тѣмъ, признаніе рѣшеній третьей инстанціи обязательными для всѣхъ судовъ, чрезвычайно неблагопріятно отражается на дѣятельности низшихъ судовъ, лишая ихъ всякой самостоятельности и пріучая къ пассивному подчиненію разъясненіямъ третьей инстанціи [1]).

---

[1]) Шершеневичъ. Наука гражданскаго права въ Россіи, 1893, 235—236. „Судебная практика“, говоритъ проф. Шершеневичъ, „рабски ловитъ каждое замѣчаніе кассаціоннаго департамента, старается согласовать свою дѣятельность со взглядомъ сената. Эта масса рѣшеній, нарастающая съ каждымъ годомъ, все крѣпче и

Совсѣмъ не то наблюдается въ западной Европѣ. Во Франціи суды второй инстанціи нерѣдко отступаютъ отъ разъясненій кассаціоннаго суда, и ихъ упорное неподчиненіе не разъ побуждало кассаціонный судъ пересматривать свои разъясненія и отказываться отъ высказанныхъ взглядовъ. Такую же самостоятельность сужденія проявляютъ германскіе суды. Извѣстный процессуалистъ проф. Штейнъ свидѣтельствуетъ, что, перерабатывая комментарій Гаупна и изучая для этого изъ года въ годъ судебныя рѣшенія низшихъ и среднихъ инстанцій, онъ именно изъ нихъ получаетъ правильныя свѣдѣнія объ основоположеніяхъ дѣйствующаго права. „Если бы мы", продолжаетъ онъ, „когда-либо должны были устранить всю совокупность нашихъ судей отъ научнаго и духовнаго участія въ развитіи и усовершенствованіи нашего права, то это привело бы къ застою, регрессу, невознаградимому уменьшенію духовной производительности. И когда Адикесъ жалуется, что у насъ низшіе суды могутъ *оспаривать рѣшенія имперскаго суда* [1]), *то я говорю*: слава Богу, что наши суды настолько самостоятельны, что подчиняются рѣшеніямъ имперскаго суда только тогда, когда его мотивы убѣдительны, и что они высказываютъ свои убѣжденія даже тогда, когда знаютъ, что наивысшій авторитетъ другого мнѣнія. Противорѣчіе остается не безъ вліянія. Нашъ имперскій судъ, къ счастью, обладаетъ мужествомъ черезъ нѣсколько лѣтъ заявлять, что онъ ошибся, и отказываться отъ прежняго рѣшенія. Онъ не связываетъ себя, какъ англійскіе высшіе суды, онъ идетъ впередъ, и низшіе суды помогаютъ ему; происходитъ взаимное

крѣпче опутываетъ нашъ судъ, который, какъ левъ, запутавшійся въ сѣтяхъ, безсильно подчиняется своей участи, отказывается отъ борьбы и живетъ разумомъ высшей судебной инстанціи. Въ настоящее время вся задача практика заключается въ томъ, чтобы подыскать кассаціонное рѣшеніе на данный случай. Борьба передъ судомъ ведется не силою логики, не знаніемъ соотношенія конструкціи института и системы права, не искусствомъ тонкаго толкованія законовъ, а ссылкою на кассаціонныя рѣшенія. Печальную картину представляютъ теперь судебныя засѣданія, гдѣ мы видимъ, какъ адвокаты поражаютъ другъ друга кассаціонными рѣшеніями, и гдѣ торжествуетъ тотъ, кто нашелъ наиболѣе подходящее и притомъ позднѣйшее". Ср. Чихачевъ, 42.

[1]) Adickes (Grundlinien durchgreifender Justizreform, 1906), восхваляя англійскіе судебные порядки, рекомендовалъ принять ихъ за образецъ при реформѣ германскаго судоустройства и судопроизводства.

оплодотвореніе между высшей и низшей инстанціями, и было бы грубой ошибкой прекратить его" [1]).

Отсюда, однако, не слѣдуетъ, что разъясненія сената имѣютъ такое же значеніе, какъ рѣшенія всякаго иного суда или какъ мнѣніе, высказанное частными лицами—спеціалистами. Разъ рѣшенія сената публикуются во всеобщее свѣдѣніе съ цѣлью водворить единообразіе въ судебной практикѣ, то, значитъ, всѣ суды обязаны: во-1-хъ, знакомиться съ опубликованными рѣшеніями сената, и, во-2-хъ, принимать ихъ въ соображеніе при разрѣшеніи однородныхъ дѣлъ, отступая отъ нихъ только въ тѣхъ случаяхъ, когда твердо убѣждены въ ихъ неправильности. Что статья 815 должна быть понимаема именно въ такомъ смыслѣ, подтверждается ст. 804[2], *согласно которой въ резолюціяхъ присутствія кассаціоннаго департамента или его отдѣленія, когда онѣ не мотивируются подробно, должны быть указаны законы и* „принятыя въ соображенія кассаціонныя рѣшенія" (п. 4). Несомнѣнно, что если самому сенату предписано принимать въ соображенія свои прежнія рѣшенія, то тѣмъ болѣе обязательно это для низшихъ судовъ [2]). Поэтому ст. 815 нарушается судомъ не тогда, когда онъ не подчиняется разъясненію сената по однородному дѣлу, а тогда, когда игнорируетъ это разъясненіе или отвергаетъ его безъ мотивировки.

8. Такъ какъ судъ третьей инстанціи можетъ измѣнять свои разъясненія, когда убѣдится въ ихъ ошибочности, то колебанія въ судебной практикѣ все-таки будутъ встрѣчаться. Такимъ образомъ оказывается, что даже существованіе высшаго суда, спеціально созданнаго для водворенія единообразія въ судебной практикѣ, не въ состояніи обезпечить этого единообразія вполнѣ и безусловно. Чтобы достигнуть этой цѣли, нужно принять какія-либо дополнительныя мѣры. Онѣ могутъ состоять въ слѣдующемъ.

---

1) Stein. Zur Justizreform, 1907, 61—62. Въ Англіи, при бѣдности законодательныхъ постановленій, развитіе права совершается путемъ судебной практики, которая вслѣдствіе этого отличается большею устойчивостью и консерватизмомъ, чѣмъ практика континентальныхъ судовъ.

2) Малинин ъ. Теорія гражданскаго процесса, 1881, 83—84; Демченко, 227 и сл.

Во-1-хъ, можно воспретить верховному суду измѣнять свои разъясненія. Но это значило бы, съ одной стороны, заставить его упорствовать въ тѣхъ мнѣніяхъ, которыя призваны имъ ошибочными, и, съ другой стороны, поставить его въ худшее положеніе сравнительно съ низшими судами: его разъясненія не считались бы обязательными для низшихъ судовъ, которые сохраняли бы свободу своего убѣжденія при разрѣшеніи однородныхъ дѣлъ, и были бы въ тоже время обязательны для него самого, связывая его однажды навсегда.

Во-2-хъ, можно установить такой порядокъ, чтобы высшій судъ или, точнѣе говоря, его отдѣленіе, находя нужнымъ измѣнить свое разъясненіе, не могло сдѣлать этого своею властью, а должно было бы обратиться къ высшей судебной инстанціи, которая была бы еще болѣе авторитетной, чѣмъ оно. Такою высшей по отношенію къ отдѣленію инстанціей можетъ быть только общее собраніе всѣхъ отдѣленій.

Подобный порядокъ установленъ въ Германіи для тѣхъ случаевъ, когда одно отдѣленіе имперскаго суда желаетъ отступить отъ разъясненія, даннаго другимъ отдѣленіемъ или общимъ собраніемъ отдѣленій: тогда спорный юридическій вопросъ вносится на разрѣшеніе общаго собранія отдѣленій, постановленіе котораго обязательно для даннаго дѣла. Точно такъ же, если одно изъ отдѣленій гражданскаго департамента не соглашается съ даннымъ раньше разъясненіемъ отдѣленія или общаго собранія уголовнаго департамента, то разногласіе разрѣшается постановленіемъ общаго собранія обоихъ департаментовъ [1]).

Болѣе сложная система принята въ Австріи. По постановленію верховнаго суда, вносятся въ особый сборникъ (Spruchrepertorium) тѣ рѣшенія его, въ которыхъ устанавливается истинный смыслъ спорныхъ нормъ законодательства. Если затѣмъ при разсмотрѣніи какого-либо дѣла присутствіе верховнаго суда придетъ къ мнѣнію, несогласному съ внесеннымъ въ сборникъ разъясненій, то вопросъ разрѣшается верховнымъ судомъ въ составѣ 15 членовъ. Это рѣшеніе вносится въ книгу рѣшеній (Indicatenbuch) и является обязательнымъ для дѣла, по которому со-

---

[1]) GVG, § 137.

стоялось, но не для другихъ дѣлъ, такъ что если въ послѣдующемъ дѣлѣ присутствіе верховнаго суда найдетъ необходимымъ отступить отъ такого разъясненія, то вопросъ вновь пересматривается верховнымъ судомъ уже въ составѣ 21 члена. Однако сила такого разъясненія не больше, чѣмъ предыдущихъ: оно обязательно для даннаго дѣла, но можетъ быть оспорено при разсмотрѣніи другихъ и пересмотрѣно въ такомъ же порядкѣ, какъ состоялось [1]).

Нетрудно замѣтить, что и эта система не предотвращаетъ колебаній въ судебной практикѣ, ибо рѣшенія общаго собранія отдѣленій высшаго суда все-таки обязательны только для тѣхъ дѣлъ, по какимъ состоялись. Сдѣлать же ихъ общеобязательными значило бы опять-таки парализовать самодѣятельность низшихъ судовъ, столь желательную для нормальнаго отправленія правосудія.

Въ-3-хъ, наконецъ, наиболѣе правильный и цѣлесообразный способъ состоитъ въ томъ, чтобы пробѣлы и неясности въ законодательныхъ нормахъ, вызывающія разногласіе при практическомъ примѣненіи, исправлялись періодически въ законодательномъ порядкѣ, по возможности немедленно послѣ ихъ обнаруженія.

Съ этою цѣлью конституціонные законы нѣкоторыхъ государствъ установили обязательный пересмотръ кодексовъ черезъ опредѣленные промежутки времени. Съ этой же цѣлью нѣкоторые авторы предлагаютъ создать особое высшее учрежденіе, которое спеціально занималось бы толкованіемъ законовъ по сообщеніямъ судовъ, встрѣтившихъ затрудненія при разрѣшеніи дѣлъ, и разъясненія котораго были бы обязательны для всѣхъ судовъ, но не имѣли обратной силы [2]).

---

[1]) Schrutka, § 9; Демченко, 37—38. Въ Австріи законъ 1850 г. далъ право министру юстиціи въ случаѣ неправильнаго или неодинаковаго толкованія судами законовъ предлагать общему собранію верховнаго суда разъяснить истинный смыслъ законовъ. Эти разъясненія были, по закону 1850 г., обязательны для низшихъ судовъ. Но въ настоящее время такая обязательность считается устраненной, какъ противорѣчащая провозглашенному закономъ 1867 г. принципу независимости и самостоятельности судебной власти. Schrutka, ib.

[2]) Zeiler, Ein Reichsamt für Gesetzauslegung (Annalen d. deut. Reichs 1907, № 6, S. 436 ff.); Zeiler. Ein Gerichtshof für bindende Gesetzauslegung, 1911, 14—15 ff. (передѣлка предыдущей статьи).

Нельзя не замѣтить, что въ сущности такого рода разъясненія законовъ были бы изданіемъ новыхъ законовъ (пояснительныхъ), только внѣ общаго законодательнаго порядка, т.-е., въ конституціонныхъ странахъ безъ участія народнаго представительства. Въ этомъ обстоятельствѣ и заключается самая слабая и даже опасная сторона проекта [1]), ибо подъ видомъ пояснительныхъ законовъ могутъ проводиться совершенно новыя нормы. Правильнѣе поэтому просто создать при законодательныхъ учрежденіяхъ постоянную комиссію для выработки, на основаніи представленій судебныхъ мѣстъ, проектовъ дополненій и измѣненій въ дѣйствующихъ законахъ съ тѣмъ, чтобы эти проекты періодически вносились на разсмотрѣніе законодательныхъ учрежденій [2]).

§ 27.

Надзоръ за судьями [3]).

I. Судьи не могутъ быть ни безконтрольны, ни безотвѣтственны. Напротивъ, за ихъ дѣятельностью необходимъ бдительный надзоръ, а отвѣтственность за нарушеніе обязанностей службы

---

[1]) Другія возраженія приведены и разобраны въ брошюрѣ Цейлера.

[2]) De la Grasserie, De la fonction, 64, 84. Проф. Dyroff, снабдившій статью Цейлера одобрительнымъ предисловіемъ, указалъ на необходимость парламентскаго контроля надъ дѣятельностью учрежденія, разъясняющаго законы, и для того, чтобы облегчить задачу парламента, предложилъ такой порядокъ: разъясненія вносятся въ парламентъ, и если не будутъ никѣмъ изъ членовъ его оспорены въ теченіе опредѣленнаго періода времени, то публикуются во всеобщее свѣдѣніе. Dyroff. Moderne Rechtsweistümer (Annalen, ib., 435).

[3]) Филипповъ, I, 362 и сл.. Лопухинъ. Недостатки законоположеній о надзорѣ за судебными установленіями (Журн. Юрид. Общ. 1896 № 6). Стаматовъ. О надзорѣ за судебными установленіями (тамъ же, 1898 №№ 3, 4 и 5). Случевскій. Учебникъ уголовн. процесса, §§ 37—41. Сенатская практика по надзору и дисциплинарнымъ дѣламъ: Сборникъ опредѣленій соединенныхъ присутствій 1-го и кассац. департам. по надзору за суд. устан. (Подготовит. матеріалы комиссіи по пересмотру законополож. по судебной части, т. XII, 1896); Кармина. Сборникъ такихъ же опредѣленій за 1895—1901 гг., 1902; Быстровъ. Положенія, извлеченныя изъ опредѣленій высшаго дисциплин. присутствія съ 1885 г. (Журн. М. Ю. 1900 № 3). Съ 1898 г. опредѣленія соединен. присутствій печатались въ Журн. Мин. Юст. Въ изданіяхъ учрежденія судебныхъ установленій Шрейбера и Щегловитова (1910 г.) приведены извлеченія изъ напечатанныхъ и ненапечатанныхъ опредѣленій сената по надзору и дисципл. дѣламъ.

должна быть даже строже, чѣмъ для другихъ должностныхъ лицъ, въ виду особой важности возложенной на нихъ функціи. Вмѣстѣ съ тѣмъ однако надзоръ и порядокъ отвѣтственности должны быть организованы по отношенію къ судьямъ такимъ образомъ, чтобы самостоятельность ихъ дѣйствій въ области отправленія правосудія не потерпѣла ни малѣйшаго ущерба, чтобы они не попали въ прямую или косвенную зависимость отъ органовъ надзора и дисциплинарной власти. Иначе подвергнется испытанію судейское безпристрастіе.

Надзоръ за дѣятельностью судей будетъ, несомнѣнно, тѣмъ дѣйствительнѣе, чѣмъ большимъ числомъ органовъ станетъ осуществляться. Но необходимо при этомъ имѣть въ виду, что опасно было бы предоставлять органамъ надзора право самостоятельно подвергать судей какимъ-либо взысканіямъ: слѣдуетъ, чтобы они ограничивались только наблюденіемъ за дѣятельностью судей и привлеченіемъ ихъ, въ случаѣ надобности, къ уголовной или дисциплинарной отвѣтственности, потому что разсмотрѣніе дѣлъ о преступленіяхъ и проступкахъ судей должно быть обставлено надлежащими гарантіями основательности и безпристрастія.

Кромѣ этого, надзоръ долженъ ограничиваться внѣшней, такъ сказать, объективной стороной судейской дѣятельности, но не касаться внутренней стороны, т.-е., судейскаго убѣжденія, которое должно быть свободно. Въ самомъ дѣлѣ, судьи устанавливаютъ въ своихъ рѣшеніяхъ фактическія обстоятельства по свободному убѣжденію, на основаніи логической оцѣнки представленныхъ сторонами доказательствъ. Если при этомъ они впадаютъ въ ошибки, то рѣшенія ихъ могутъ быть пересмотрѣны, по жалобѣ сторонъ, высшими инстанціями и измѣнены. Но когда стороны этимъ путемъ почему-либо не воспользовались, то для принятія какихъ-либо мѣръ въ порядкѣ надзора въ данномъ случаѣ нѣтъ основанія: это повело бы къ стѣсненію свободы дѣйствій судей и могло бы побуждать ихъ къ нарушенію безпристрастія въ угоду органамъ надзора.

II. Во Франціи органами надзора за чинами судебнаго вѣдомства являются министръ юстиціи, прокуратура, апелляціонные суды и предсѣдатели судебныхъ мѣстъ. Министру юстиціи

принадлежитъ право наблюдать за дѣятельностью всѣхъ судей, не исключая и членовъ кассаціоннаго суда, вызывать ихъ къ себѣ для объясненій и дѣлать имъ замѣчанія. Предсѣдатели каждаго судебнаго мѣста имѣютъ надзоръ за надлежащимъ исполненіемъ всѣми членами его своихъ обязанностей. Въ случаѣ надобности они могутъ дѣлать виновнымъ предостереженія. Апелляціонные суды наблюдаютъ за всѣми судами своихъ округовъ и выражаютъ имъ одобреніе или порицаніе. Чины прокуратуры сообщаютъ о замѣченныхъ ими неправильныхъ дѣйствіяхъ судей предсѣдателямъ судовъ или министру юстиціи [1]).

Въ Германіи нѣтъ обще-имперскаго законодательства о надзорѣ и дисциплинарной отвѣтственности для судебнаго вѣдомства, а въ каждомъ изъ входящихъ въ составъ имперіи государствъ дѣйствуютъ мѣстныя узаконенія. Въ Пруссіи и нѣкоторыхъ другихъ государствахъ надзоръ за судебными учрежденіями принадлежитъ министру юстиціи и предсѣдателямъ судовъ обѣихъ инстанцій, каждому въ предѣлахъ округа его суда. Въ участковыхъ судахъ, состоящихъ изъ нѣсколькихъ судей, надзоръ поручается, за неимѣніемъ въ нихъ предсѣдателя, одному изъ судей, а если ихъ болѣе 15, то распредѣляется между нѣсколькими. Въ порядкѣ надзора судьямъ можетъ быть дѣлаемо только напоминаніе [2]).

Въ Австріи непосредственный надзоръ за единоличными участковыми судьями имѣютъ коллегіальные суды первой инстанціи и ихъ предсѣдатели, а также предсѣдатели судовъ второй инстанціи; за судами первой инстанціи—суды второй инстанціи и ихъ предсѣдатели; за судами второй инстанціи—министръ юстиціи, которому принадлежитъ также общій надзоръ за всѣми судами. Періодическія ревизіи дѣятельности судебныхъ учрежденій производятся предсѣдателями судовъ высшей инстанціи, а чрезвычайныя—министромъ юстиціи или другими лицами по его порученію. Право надзора выражается въ правѣ наблюдать за дѣятельностью судовъ, побуждать судей къ надлежащему исполненію служебныхъ обязанностей, устранять обна-

---

[1]) Garsonnet, I, §§ 32, 152, 187. Carisch, 92 ss.

[2]) Kleinfeller, § 18; Kade, 112—113, 198, 258—259 и др.

руженныя неправильности или сообщать о нихъ высшему суду, имѣющему право принимать надлежащія мѣры къ возстановленію нарушеннаго порядка. Верховный судъ можетъ указывать судамъ первой и второй инстанцій на замѣченныя въ ихъ производствѣ неправильности и сообщать объ этихъ неправильностяхъ и сдѣланныхъ для ихъ устраненія распоряженіяхъ министру юстиціи [1]). Сходная система надзора за судьями установлена въ Италіи [2]).

III. У насъ надзоръ за дѣятельностью общихъ судебныхъ мѣстъ принадлежитъ: судебнымъ коллегіямъ въ порядкѣ инстанцій, предсѣдателямъ судовъ, старшимъ предсѣдателямъ судебныхъ палатъ, чинамъ прокуратуры и министру юстиціи.

Инстанціонно-коллегіальный надзоръ осуществляется высшими, въ порядкѣ подчиненности, судами: окружными судами—за всѣми должностными лицами, принадлежащими къ ихъ составу и состоящими при нихъ, кромѣ предсѣдателей самихъ судовъ [3]); судебными палатами—за состоящими въ округѣ каждой изъ нихъ судебными учрежденіями и должностными лицами, кромѣ старшихъ предсѣдателей палатъ и предсѣдателей ихъ департаментовъ; кассаціонными департаментами и соединеннымъ присутствіемъ перваго и кассаціонныхъ департаментовъ сената [4])—за всѣми судами и должностными лицами судебнаго вѣдомства имперіи (ст. 249).

Внутренній надзоръ въ каждой судебной коллегіи за исполненіемъ всѣми служащими своихъ обязанностей принадлежитъ ея предсѣдателю (ст. 251), которому оказываютъ въ этомъ отношеніи свое содѣйствіе товарищи предсѣдателя, а въ палатахъ—предсѣдатели департаментовъ (о. с. 83 № 28).

Въ особое положеніе поставленъ старшій предсѣдатель судебной палаты, власть котораго по надзору распространяется и

---

[1]) Законъ объ учр. суд., §§ 74 и сл.; Schrutka, § 50.

[2]) Piola-Caselli, 345—346.

[3]) Они подлежатъ надзору палатъ (О. С. 83 № 15).

[4]) Надзоръ кассаціонныхъ департаментовъ ограничивается тѣми дѣлами, которыя доходятъ до нихъ въ порядкѣ кассаціоннаго производства; въ прочихъ случаяхъ надзоръ принадлежитъ соединенному присутствію на основаніи 1191 ст. учр. суд. уст. (угол. 86 № 48).

на должностныхъ лицъ окружныхъ судовъ округа данной палаты (ст. 251) [1].

Чины прокуратуры, задача которой состоитъ въ наблюденіи за тѣмъ, чтобы законы не нарушались, обязаны наблюдать и за исполненіемъ законовъ должностными лицами судебнаго вѣдомства (ст. 253).

Наконецъ, министръ юстиціи, какъ глава судебнаго вѣдомства, сосредоточиваетъ въ своихъ рукахъ надзоръ за всѣми учрежденіями и служащими этого вѣдомства (ст. 254).

Всѣ перечисленные органы надзора пользуются не одинаковыми правами. Объемъ предоставленной имъ власти зависитъ отъ ихъ служебнаго отношенія къ тѣмъ учрежденіямъ и лицамъ, за которыми имъ предоставленъ надзоръ.

Чины прокуратуры могутъ только сообщать о замѣченныхъ ими неправильныхъ дѣйствіяхъ судей предсѣдателямъ подлежащихъ судовъ, предлагать на обсужденіе суда, либо доносить своему начальству для дальнѣйшаго представленія министру юстиціи, въ зависимости отъ важности случая (ст. 253), т.-е., смотря потому, можетъ ли быть это упущеніе исправлено предсѣдателемъ суда, или же оно должно влечь за собою преданіе виновнаго дисциплинарному суду, или, наконецъ, требуетъ вмѣшательства министра юстиціи.

Шире права предсѣдателей судебныхъ мѣстъ: они могутъ обозрѣвать дѣлопроизводство членовъ своихъ судовъ, исправлять совершенныя ими нарушенія, поскольку это не превышаетъ ихъ власти [2], и возбуждать вопросъ о преданіи виновныхъ дисциплинарному суду (ст. 251). Старшему предсѣдателю палаты предоставлено, сверхъ того, сообщать предсѣдателямъ окружныхъ судовъ о неправильныхъ дѣйствіяхъ членовъ этихъ судовъ, дѣлать имъ и предсѣдателямъ самихъ окружныхъ судовъ напоминанія и указанія [3] и предлагать ихъ дѣйствія на обсужденіе

---

[1] Лонгиновъ, 54—56.

[2] Т.-е., поскольку нарушенія касаются внутренняго распорядка и дѣлопроизводства (времени открытія засѣданій, порядка веденія протоколовъ, изготовленія рѣшеній и т. п.). Стаматовъ (Журн. гражд. пр. 1898 № 5, стр. 12).

[3] Такого права не предоставлено судебной палатѣ, такъ что старшій предсѣдатель палаты имѣетъ больше власти, чѣмъ вся палата вмѣстѣ съ нимъ. Это проти-

палаты (ст. 251[1]) съ цѣлью привлеченія ихъ къ дисциплинарной отвѣтственности [1]).

Еще обширнѣе кругъ правомочій инстанціоннаго надзора. Высшая инстанція, обнаруживъ какія-либо неправильности или упущенія низшей, имѣетъ право потребовать представленія свѣдѣній и объясненій (ст. 249[1]), дать ей соотвѣтствующее разъясненіе, отмѣнить незаконное или неправильное постановленіе, не нарушая, однако, установленныхъ закономъ правилъ отмѣны судебныхъ постановленій и не выходя за предѣлы своей компетенціи, принять мѣры къ возстановленію нарушеннаго порядка и, наконецъ, возбудить противъ виновныхъ дисциплинарное производство (ст. 250). Но высшая инстанція не въ правѣ ни контролировать въ порядкѣ надзора судейское убѣжденіе, выразившееся въ рѣшеніи, ни отмѣнять рѣшенія и опредѣленія внѣ установленнаго закономъ порядка обжалованія ихъ [2]).

Сенатъ неоднократно разъяснялъ, что высшій судъ можетъ отмѣнять или измѣнять рѣшенія и опредѣленія подчиненныхъ

ворѣчіе создано закономъ 1885 г., усилившимъ власть председателя. Стаматовъ, 30—31. Аналогичное противорѣчіе замѣчается между 2 пунктомъ 249 ст. и второю половиною 251 ст., тоже взятой изъ закона 1885 г.: исключивъ председателей департаментовъ палатъ изъ-подъ надзора палатъ, законъ въ то же время подчинилъ ихъ надзору старшихъ председателей палатъ. Лонгиновъ, 53—54.

[1]) Распространеніе закономъ 1885 г. надзора старшаго председателя палаты на окружные суды и состоящихъ при нихъ должностныхъ лицъ мотивировалось необходимостью „децентрализаціи надзора“ и „усиленія его посредствомъ ссаданія на мѣстахъ такой единоличной власти, которая была бы уполномочена прекращать усматриваемые безпорядки и дѣлать всѣмъ подчиненнымъ чинамъ вызываемыя обстоятельствами указанія и напоминанія“. Такая идея возникала и при составленіи судебныхъ уставовъ, но она была отвергнута большинствомъ комиссіи, которое нашло, что и безъ того уже много органовъ надзора, что председатель палаты не имѣетъ никакой возможности слѣдить за дѣятельностью всѣхъ окружныхъ судовъ своего округа и состоящихъ при нихъ должностныхъ лицъ, что объ ихъ неправильныхъ дѣйствіяхъ онъ можетъ узнавать только изъ жалобъ на ихъ дѣйствія, подлежащихъ разсмотрѣнію всей палаты, и что предоставленіе председателю дѣлать распоряженія помимо палаты и притомъ распоряженія, заключающіяся лишь въ предложеніи председателямъ окружныхъ судовъ принять мѣры къ возстановленію порядка, не принесетъ существенной пользы, а между тѣмъ извратитъ служебную роль старшаго председателя палаты и сдѣлаетъ его какимъ-то судебно-административнымъ чиновникомъ. Филипповъ, I, 368. Точно также нецѣлесообразнымъ оказалось предоставленіе старшему председателю палаты надзора за всѣми департаментами палаты и ихъ председателями. Лонгиновъ, 52—56.

[2]) Стаматовъ (Журн. Ю. О. 1898 № 3, 29—30).

ему судовъ только тогда, когда они дошли до него въ порядкѣ инстанціоннаго обжалованія участвующими въ дѣлахъ лицами (о. с. 1904 № 41, 1901 № 9, 1800 № 25 и др.). Къ сожалѣнію, сенатъ отступалъ иногда отъ этого правильнаго взгляда и отмѣнялъ опредѣленія судовъ въ порядкѣ надзора, вопреки прямому смыслу 250 ст. учр. суд. уст. [1]).

Кассаціоннымъ департаментамъ сената представлено еще право дѣлать предостереженія и замѣчанія всему составу суда или судебнаго присутствія (ст. 265) [2]) и возбуждать вопросъ о производствѣ ревизіи судебныхъ установленій черезъ посредство сенаторовъ, представляя свое заключеніе объ этомъ, постановленное въ общемъ собраніи, черезъ министра юстиціи Государю (ст. 257). Дѣла по надзору разсматриваются высшими инстанціями въ распорядительныхъ засѣданіяхъ [3]) и не только присутствій департаментовъ и отдѣленій, но и общихъ собраній [4]).

Постановленія, сдѣланныя въ порядкѣ надзора, подлежатъ обжалованію въ слѣдующія инстанціи [5]).

---

[1]) Стаматовъ. Отмѣна окончательныхъ процессуальныхъ опредѣленій въ порядкѣ надзора (Журн. гражд. пр. 1893 № 6, стр. 78 и сл.); Стаматовъ. О надзорѣ (Жур. Ю. О. 1898 № 3, стр. 41 и сл.; Случевскій. § 37; Михайловскій. Порядокъ надзора или порядокъ инстанцій (Право 1899 № 35).

[2]) По мнѣнію сената (о. с. 72 № 81), даже безъ предварительнаго дисциплинарнаго производства. Съ мнѣніемъ сената трудно согласиться. Нельзя допустить, чтобы составители судебныхъ уставовъ имѣли въ виду дать кассаціоннымъ департаментамъ право дѣлать предостереженія и замѣчанія въ порядкѣ надзора, внѣ дисциплинарнаго производства, ибо, во-1-хъ, они помѣстили 265 ст. не въ главѣ о надзорѣ, а въ отдѣленіи о взысканіяхъ дисциплинарныхъ, вслѣдъ за 264 ст., говорящей о наказаніи „въ порядкѣ дисциплинарной отвѣтственности" отдѣльныхъ судей; во-2-хъ, разрѣшивъ подвергать предсѣдателей и членовъ судебныхъ мѣстъ въ дисциплинарномъ порядкѣ только предостереженіямъ, на томъ основаніи, что дѣлать имъ замѣчанія и выговоры безъ приговора уголовнаго суда не соотвѣтствовало бы ихъ достоинству и „могло бы поколебать то уваженіе, которое желательно и необходимо утвердить въ обществѣ къ званію судьи" (мотивы къ 264 ст.), составители уставовъ впали бы въ грубое противорѣчіе, если бы дали право кассаціоннымъ департаментамъ подвергать предостереженіямъ и замѣчаніямъ безъ дисциплинарнаго производства не отдѣльныхъ судей, а весь судъ въ полномъ составѣ или въ составѣ присутствія.

[3]) Опред. соед. прис. 22 дек. 1888, 10 окт. 1896, 8 нояб. 1901 (Шрейберъ, 290, п. 9, 292, п. 23).

[4]) Опред. соединен. прис. 20 янв. 1900 (Шрейберъ, 292, п. 22); Журн. М. Ю. 1901 № 4, 327.

[5]) Опр. соединен. прис. 8 ноября 1884, 7 сент. 1906 (Шрейберъ, 291, п. 18; 295, п. 44).

Министръ юстиціи имѣетъ право требовать отъ чиновъ судебнаго вѣдомства представленія объясненій письменно или лично (ст. 254); дѣлать имъ напоминанія и указанія; привлекать ихъ къ дисциплинарной отвѣтственности (ст. 255); предлагать предсѣдателямъ или прокурорамъ судебныхъ мѣстъ принимать мѣры къ устраненію замѣченныхъ безпорядковъ или неправильностей (ст. 255, 269); ревизовать судебныя учрежденія лично или поручать ревизію своему товарищу, а ревизію окружныхъ судовъ возлагать на членовъ судебныхъ палатъ (ст. 256); поручать обозрѣніе дѣлопроизводства окружныхъ судовъ членамъ консультаціи, оберъ-прокурорамъ кассаціонныхъ департаментовъ, ихъ товарищамъ, прокурорамъ судебныхъ палатъ и предсѣдателямъ окружныхъ судовъ (ст. 256); возбуждать въ высшемъ дисциплинарномъ присутствіи вопросъ объ увольненіи или перемѣщеніи судей (ст. 295 [1]).

Всѣ изложенныя правила относительно надзора распространяются на мировыя судебныя учрежденія (ст. 76 учр. суд. уст.), уѣздныхъ членовъ окружныхъ судовъ и городскихъ судей (ст. 11 прав. устр. суд. ч.), которые въ томъ, что касается надзора и дисциплинарной отвѣтственности, приравнены къ членамъ окружныхъ судовъ. Разница состоитъ лишь въ томъ, что органами надзора являются: мировые съѣзды—для мировыхъ судей своихъ округовъ, окружные суды—для городскихъ судей, кассаціонные департаменты сената и министръ юстиціи—для всѣхъ мировыхъ судей, съѣздовъ, предсѣдателей съѣздовъ и городскихъ судей (ст. 64 учр. суд. уст., ст. 10 и 11 прав. устр. суд. ч.).

IV. Проектъ новой редакціи учр. суд. уст. усиливаетъ надзоръ за судебными учрежденіями, предоставляя высшимъ инстанціямъ

---

[1]) Г. Стаматовъ справедливо замѣчаетъ по этому поводу: „Разъ принято начало подчиненности судебныхъ мѣстъ только судебнымъ же высшимъ мѣстамъ (249 и 250 ст. учр. суд. уст.), то дѣйствія даннаго судебнаго мѣста подлежатъ контролю только высшаго суда, а потому, обревизованіе окружнаго суда, равносильное и равнозначущее обозрѣнію его дѣлопроизводства, едва ли удобно поручать вообще лицамъ прокурорскаго надзора, а тѣмъ болѣе членамъ консультаціи, которыхъ судебные уставы 20 ноября 1864 года и не знаютъ, и которыхъ составители судебныхъ уставовъ совершенно основательно устранили отъ права производить ревизіи, по мотивамъ, изложеннымъ въ разъясненіи 256 ст." („Журн. гр. пр." 1895 № 5, 36).

и предсѣдателямъ судебныхъ мѣстъ право производить обозрѣніе дѣлопроизводства и разслѣдованіе дѣйствій подвѣдомственныхъ имъ судовъ и должностныхъ лицъ (ст. 340, 344, 345); сенату—право дѣлать предостереженія и замѣчанія какъ судебнымъ учрежденіямъ въ полномъ составѣ или въ составѣ присутствія, такъ и отдѣльнымъ членамъ его (ст. 342), и по собственному усмотрѣнію разъяснять точный смыслъ законовъ по возникающимъ на практикѣ вопросамъ (ст. 351).

V. Органами надзора по отношенію къ земскимъ начальникамъ являются губернаторъ, уѣздный предводитель дворянства и губернское присутствіе. Губернаторъ имѣетъ право ревизовать дѣлопроизводство земскихъ начальниковъ и уѣздныхъ съѣздовъ, давать земскимъ начальникамъ указанія къ единообразному примѣненію постановленій, опредѣляющихъ ихъ функціи, и предлагать на обсужденіе губернскаго присутствія объ ихъ неправильныхъ дѣйствіяхъ (ст. 94 полож. учр., зав. кр. д.). Уѣздному предводителю дворянства предоставлено право производить ревизію дѣлопроизводства земскихъ начальниковъ и предлагать свои заключенія на усмотрѣніе губернскаго присутствія (ст. 93). Въ губернскомъ присутствіи сосредоточенъ надзоръ за земскими начальниками и уѣздными съѣздами; ему принадлежитъ право назначать ревизію ихъ дѣлопроизводства черезъ непремѣнныхъ членовъ или другихъ членовъ присутствія—съ ихъ согласія (ст. 105).

VI. Надзоръ за волостными и верхними крестьянскими судами въ прибалтійскихъ губерніяхъ возложенъ на предсѣдателей этихъ судовъ и на съѣздъ мировыхъ судей. Предсѣдатели, замѣтивъ какія-либо упущенія, устраняютъ ихъ своими распоряженіями, если это не выходитъ за предѣлы ихъ власти, или сообщаютъ подлежащему съѣзду мировыхъ судей. Съѣзды мировыхъ судей назначаютъ ежегодно ревизіи волостныхъ и крестьянскихъ судовъ и издаютъ для нихъ инструкціи (ст. 43—46, кн. I вол. суд. уст. приб. губ.).

Въ мѣстностяхъ, гдѣ введены земскіе начальники, надзоръ за волостными судьями предоставленъ имъ (ст. 128 общ. пол. о крест.); въ прочихъ мѣстностяхъ онъ принадлежитъ мировымъ посредникамъ и учрежденіямъ по крестьянскимъ дѣламъ (ст. 142 и сл. пол. учр., зав. кр. д.).

VII. Гминные суды въ Царствѣ Польскомъ подлежатъ надзору тѣхъ же органовъ, что и мировые судьи (ст. 499 учрежд. суд. уст.).

§ 28.

Отвѣтственность судей [1]).

Подобно прочимъ должностнымъ лицамъ, судьи могутъ подлежать за неправильныя дѣйствія при исполненіи служебныхъ обязанностей троякаго рода отвѣтственности: уголовной, гражданской и дисциплинарной.

Въ уголовномъ порядкѣ они отвѣчаютъ за тяжкія нарушенія должностныхъ обязанностей, каковы: взяточничество, вымогательство, постановленіе завѣдомо неправильныхъ рѣшеній (ст. 366, 372 и др. улож. о нак.). Къ числу этихъ преступленій нашъ законъ относитъ и „ошибку судьи или неправильное, лишь по недоразумѣнію, толкованіе законовъ“ (ст. 370 улож.). Для преданія суду въ этихъ случаяхъ и для разсмотрѣнія дѣлъ установленъ по отношенію къ лицамъ судебнаго вѣдомства особый порядокъ (ст. 1080, 1084, 1085[1] и сл. уст. угол. суд.).

Гражданская отвѣтственность судей заключается въ вознагражденіи за убытки, причиненные ихъ неправильными дѣйствіями. Для нея тоже установленъ особый порядокъ производства (ст. 1331 и сл. уст. гражд. суд.).

Наконецъ, дисциплинарной отвѣтственности судьи подлежатъ за маловажные служебные проступки [2]), за нарушеніе внутрен-

---

[1]) Филипповъ, I, 350 и сл.. Бардзкій. Объ отвѣтственности должностныхъ лицъ судебнаго вѣдомства, 1884 Городысскій. Законъ 20 мая 1885 г. (Журн. гражд. пр. 1885 № 10) Джаншіевъ. Основы судебной реформы, 1891, 184 и сл. Волконскій. Отвѣтственность должностныхъ лицъ судебнаго вѣдомства за проступки служебнаго характера. Справочное практическое пособіе, 1895; Лазаревскій. Отвѣтственность за убытки, причиненные должностными лицами, 1905 Случевскій. Учебникъ угол. процесса, 1910 г., §§ 42—47. Коркуновъ. Русское госуд. право, II, 1909, §§ 69—71.

[2]) Провести теоретически точную границу между уголовными и дисциплинарными нарушеніями чрезвычайно трудно. Обзоръ разныхъ мнѣній сдѣланъ въ курсѣ Коркунова (§ 70). Изслѣдованіе этого вопроса *относится къ области* уголовнаго и государственнаго права. По смыслу нашего дѣйствующаго законодательства, какъ

няго распорядка, установленнаго въ сферѣ ихъ дѣятельности законами, наказами и распоряженіями подлежащихъ властей, а также за нарушеніе правилъ благопристойности и нравственности.

Уголовная и гражданская отвѣтственность судей подлежатъ изслѣдованію соотвѣтствующихъ наукъ. Для теоріи судоустройства представляетъ важность только принципіальный вопросъ о предѣлахъ той и другой. Въ этомъ отношеніи необходимо замѣтить, что они поставлены нашимъ дѣйствующимъ законодательствомъ слишкомъ широко, такъ какъ отвѣтственность судей распространена имъ на добросовѣстныя ошибки при толкованіи и примѣненіи законовъ, вслѣдствіе чего подвергается опасности свобода судейскаго убѣжденія.

Составители судебныхъ уставовъ имѣли въ виду ограничить гражданскую отвѣтственность судей случаями совершенія „намѣренно-пристрастныхъ дѣйствій съ цѣлью причинить вредъ“, т.-е., случаями умышленнаго неправосудія. Но при разсмотрѣніи проекта въ государственномъ совѣтѣ это положеніе было замѣнено другимъ, установившимъ отвѣтственность судей за убытки, „понесенные вслѣдствіе *неправильныхъ* или пристрастныхъ дѣйствій по производству дѣла или постановленію рѣшенія“ (ст. 1331 уст. гражд. суд.) [1]). Вмѣстѣ съ тѣмъ осталась въ силѣ и 370 статья уложенія о наказаніяхъ, каравшая судей за ошибки и неправильное, лишь по недоразумѣнію, толкованіе законовъ. Въ результатѣ вышло, что уголовная и гражданская отвѣтственность судей распространились на всѣ, даже вполнѣ добросовѣстно сдѣланныя судьями ошибки при толкованіи и примѣненіи законовъ. Такое положеніе вещей, бывшее нормальнымъ въ дореформенное время, оказалось въ рѣзкомъ противорѣчіи съ общимъ духомъ судебной реформы, создавшей независимый судъ, который призванъ рѣшать дѣла не по буквѣ, а по разуму и общему

разъяснилъ сенатъ, дисциплинарный порядокъ примѣнимъ къ судьямъ, „когда имѣетъ въ виду прямой ихъ вины, когда упущеніе сдѣлано безъ всякаго умысла и не вслѣдствіе явнаго небреженія или прямого уклоненія отъ исполненія служебныхъ обязанностей, а по ошибкѣ, недоразумѣнію, неосторожности или по другой болѣе или менѣе извинительной причинѣ, и вообще, когда по обстоятельствамъ, сопровождавшимъ упущеніе судьи, онъ не могъ ожидать и предполагать вредныхъ послѣдствій“ (о. с. 78 № 27).

[1]) Лазаревскій, 438, прим. 2.

смыслу законовъ (ст. 9 и 10 уст. гражд. суд.), и рѣшенія котораго, въ случаѣ, если тяжущіеся считаютъ ихъ неправильными, могутъ быть обжалуемы въ порядкѣ инстанцій (ст. 743, 745 уст. гражд. суд.), при чемъ задача самой высшей инстанціи (сената) состоитъ именно въ провѣркѣ правильности толкованія и примѣненія законовъ всѣми судами (ст. 793 уст. гражд. суд.). Въ виду явной невозможности примѣнять 1331 ст. по буквальному смыслу ко всѣмъ случаямъ неправильнаго толкованія законовъ, хотя бы и добросовѣстнаго, сенатъ ограничилъ примѣненіе ея тѣми случаями, когда „законъ изложенъ точно и ясно, а посему и не представляетъ сомнѣній, а неправильность его толкованія или примѣненія очевидна, такъ что эта неправильность можетъ быть объяснена не иначе, какъ причинами, лежащими внѣ категоріи чисто судейскаго толкованія законовъ... Недоразумѣніе въ такихъ случаяхъ не можетъ быть оправдываемо уже потому, что оно неминуемо обусловливается или явною небрежностью, или другими причинами, не имѣющими ничего общаго съ добросовѣстнымъ судейскимъ толкованіемъ и изслѣдованіемъ дѣла, *хотя эти причины могутъ и не относиться къ категоріи дѣйствій пристрастныхъ*“ (85 № 76).

Установленный сенатомъ въ этомъ рѣшеніи критерій—очевидная неправильность толкованія яснаго закона—въ сущности совпадаетъ съ проводившимся нѣкоторыми кодексами [1]) различіемъ между легкой и грубой виной судьи при постановленіи рѣшенія. Но подобно тому, какъ нельзя точно разграничить объ эти формы вины, такъ невозможно указать прочныхъ признаковъ „очевидности“ неправильнаго толкованія и „ясности“ закона: что для одного судьи очевидно и ясно, то другому можетъ казаться сомнительнымъ и двусмысленнымъ. Если бы судьи должны были разрѣшать дѣла по буквальному смыслу законовъ, тогда еще можно было бы привлекать ихъ къ отвѣтственности за отступленіе отъ яснаго и не допускающаго двоякаго способа пониманія закона, хотя въ дѣйствительности число такихъ законовъ незначительно. Но такъ какъ судамъ предписано руководствоваться

[1]) Прусскимъ земскимъ правомъ, саксонскимъ гражданскимъ уложеніемъ. Лазаревскій, 439. Проектъ нашего гражданскаго уложенія воспроизводитъ эту устарѣлую теорію. Лазаревскій, 443 и сл.

при разрѣшеніи дѣлъ не буквальнымъ смысломъ, а внутреннимъ „разумомъ“ закона и общимъ смысломъ ихъ, которые не очевидны съ перваго взгляда, а раскрываются посредствомъ болѣе или менѣе сложнаго процесса толкованія, связаннаго съ возможностью промаховъ и ошибокъ всякаго рода, то съ точностью опредѣлить, когда ошибки судьи извинительны, а когда представляютъ собою „очевидно неправильное толкованіе яснаго закона“, совершенно немыслимо [1]). Несмотря, однако, на явную неудовлетворительность правила 1331 ст. уст. гражд. суд., проектъ новой редакціи устава (ст. 1017) сохраняетъ его безъ измѣненія. Напротивъ, новое уголовное уложеніе, ставъ на вѣрный путь, караетъ судей только за постановленіе „завѣдомо неправаго рѣшенія“ (ст. 675), т.-е., за умышленное неправосудіе.

II. Организація дисциплинарной отвѣтственности судей можетъ быть признана цѣлесообразной при наличности слѣдующихъ условій: 1) если дисциплинарная власть надъ судьями принадлежитъ органамъ судебнаго вѣдомства; 2) если составъ дисциплинарнаго суда устраняетъ возможность личнаго усмотрѣнія и произвола; 3) если дисциплинарная отвѣтственность не распространяется на внутреннюю сторону судейской дѣятельности и не нарушаетъ свободы судейскаго убѣжденія; 4) если самое производство дисциплинарныхъ дѣлъ обставлено такимъ образомъ, что обезпечиваетъ постановленіе справедливыхъ приговоровъ.

Первое условіе вытекаетъ изъ принципа самостоятельности судебной власти и имѣетъ цѣлью оградить независимость судей. Хотя сразу можетъ показаться опаснымъ предоставлять самимъ судамъ дисциплинарную власть надъ своими членами, но безъ этого самостоятельность суда не была бы обезпечена [2]). Средствами противъ возможныхъ злоупотребленій въ смыслѣ слишкомъ снисходительнаго отношенія со стороны органовъ дисциплинарной власти къ проступкамъ своихъ товарищей могутъ служить: многочисленность состава этихъ органовъ и существованіе высшей дисциплинарной инстанціи въ видѣ высшаго дис-

---

[1]) Лазаревскій, 442—443.

[2]) Филипповъ, I, 353—354.

циплинарнаго суда, куда могутъ быть переносимы дѣла для вторичнаго разсмотрѣнія.

Второе условіе осуществляется коллегіальнымъ устройствомъ дисциплинарныхъ судовъ, которыми являются не предсѣдатели судебныхъ мѣстъ и министръ юстиціи, а общія собранія судебныхъ коллегій или образуемые изъ членовъ этихъ коллегій дисциплинарныя присутствія. Предсѣдателямъ же судовъ, министру, а также прокурорамъ предоставляется только право надзора и возбужденія дисциплинарнаго производства противъ судей.

Третье условіе является необходимымъ послѣдствіемъ и дополненіемъ того положенія, что внутренняя сторона судейской дѣятельности не подлежитъ надзору (стр. 222). Границы дисциплинарной отвѣтственности *должны совпадать* съ границами надзора. Поэтому судьи могутъ подвергаться дисциплинарной отвѣтственности: во-1-хъ, за служебные проступки, не влекущіе уголовнаго преслѣдованія, во-2-хъ, за нарушеніе внутренняго служебнаго распорядка и, въ 3-хъ, за предосудительные, роняющіе достоинство судейскаго званія поступки въ частной жизни. По поводу послѣднихъ возникаетъ важный принципіальный вопросъ о предѣлахъ вмѣшательства дисциплинарной власти въ частную жизнь судей. Съ одной стороны, частная жизнь каждаго человѣка должна быть неприкосновенной. Но, съ другой стороны, было бы нераціонально, если бы судьи, подвергаясь дисциплинарнымъ взысканіямъ за самыя незначительныя нарушенія служебныхъ обязанностей, оставались безнаказанными даже въ случаяхъ грубаго пренебреженія правилами приличія и порядочности, подрывающими въ обществѣ уваженіе къ нимъ и къ носимому ими званію. Поэтому поступки судьи въ частной жизни должны подлежать дисциплинарному преслѣдованію и наказанію, но лишь въ тѣхъ случаяхъ, когда ими роняется въ глазахъ общества достоинство судейскаго званія, а это бываетъ тогда, когда поступки судьи получаютъ огласку и становятся предметомъ обсужденія со стороны общественнаго мнѣнія. Другими словами, дисциплинарное вмѣшательство въ частную жизнь судей опредѣляется принципомъ *огласки*: нарушеніе судьями правилъ приличія, благопристойности, морали интересуетъ дисциплинарную власть не само по себѣ (индивидуальная нрав-

ственность составляетъ исключительное достояніе совѣсти и религіи каждаго человѣка), а лишь въ той мѣрѣ, въ какой оно отражается на достоинствѣ носимаго судьей званія. Одинъ и тотъ же поступокъ судьи можетъ быть наказуемъ или ненаказуемъ, смотря по тому, получилъ ли онъ огласку, или нѣтъ, ибо только въ случаѣ огласки онъ подрываетъ въ обществѣ уваженіе къ судейскому званію. И судья въ такомъ случаѣ не въ правѣ претендовать на вторженіе въ свою частную жизнь, такъ какъ самъ вынесъ соръ изъ своей избы и подвергъ свою частную жизнь обсужденію общества.

Наконецъ, четвертое условіе состоитъ въ надлежащей организаціи дисциплинарнаго производства, которое должно быть построено по образцу уголовнаго процесса, но съ нѣкоторыми отступленіями, обусловливаемыми большею простотой и общимъ характеромъ дисциплинарныхъ нарушеній. Эти отступленія сводятся, главнымъ образомъ, къ слѣдующему. Въ виду относительной простоты и маловажности дисциплинарныхъ нарушеній, не угрожающихъ общественному порядку, производство предварительнаго слѣдствія, формальный обрядъ преданія суду и составленіе обвинительнаго акта представляются излишними и могутъ быть замѣнены предварительнымъ разсмотрѣніемъ дѣла судебной коллегіей или дисциплинарнымъ судомъ и постановленіемъ ею опредѣленія о преданіи дисциплинарному суду. По тѣмъ же соображеніямъ излишне участіе въ дисциплинарныхъ дѣлахъ адвокатуры. Равнымъ образомъ и гласность, являющаяся какъ въ гражданскомъ, такъ и въ уголовномъ процессѣ важной гарантіей безпристрастнаго отправленія правосудія, представляетъ большія неудобства въ дисциплинарномъ производствѣ. Она подрываетъ въ обществѣ довѣріе къ подвергшемуся дисциплинарному преслѣдованію судьѣ и въ то же время, дѣлая его проступокъ предметомъ общественнаго вниманія, толковъ и пересудъ, усиливаетъ этимъ тяжесть налагаемаго на виновнаго наказанія. Притомъ, дисциплинарные процессы ничему публику не научаютъ и вовсе ея не устрашаютъ, такъ какъ предметомъ ихъ служатъ нарушенія не общихъ законовъ, а внутренняго служебнаго распорядка или совершеніе поступковъ, роняющихъ достоинство судейскаго званія. Однако, имѣя все-таки въ виду, что глас-

ность производства, а также и участіе, въ качествѣ защитника, профессіональнаго адвоката содѣйствуютъ постановленію судами правильныхъ и безпристрастныхъ приговоровъ, необходимо сдѣлать изъятіе для одного случая: когда самъ обвиняемый желаетъ, чтобы дѣло разбиралось гласно [1]), и проситъ къ защитѣ допустить адвоката.

III. Изложенныя условія раціональнаго судоустройства дисциплинарной отвѣтственности судей осуществлены не въ полной и не въ одинаковой мѣрѣ законодательствами европейскихъ государствъ.

Во Франціи дисциплинарнымъ судомъ является такъ называемый высшій совѣтъ магистратуры, представляющій собою не что иное, какъ общее собраніе кассаціоннаго суда. Привлеченіе къ дисциплинарной отвѣтственности зависитъ отъ министра юстиціи, по предписанію котораго генеральный прокуроръ кассаціоннаго суда возбуждаетъ и поддерживаетъ въ дисциплинарномъ судѣ обвиненіе. По поводу такого порядка не безъ основанія указывали, что онъ открываетъ широкій просторъ для проявленія произвола министра юстиціи, который можетъ, руководствуясь политическими или какими-либо иными побочными соображеніями, смотрѣть сквозь пальцы на неправильныя дѣйствія однихъ судей и привлекать за такія же дѣйствія къ дисциплинарной отвѣтственности другихъ [2]). Дисциплинарный судъ либо немедленно приступаетъ къ разрѣшенію дѣла, либо, если найдетъ его недостаточно выясненнымъ, поручаетъ произвести предварительное разслѣдованіе одному изъ своихъ членовъ, который можетъ возложить это порученіе на кого-нибудь изъ судей того судебнаго округа, гдѣ служитъ обвиняемый. Въ засѣданіе дисциплинарнаго суда, назначенное для разсмотрѣнія дѣла по существу, вызывается обвиняемый, который можетъ явиться въ сопровожденіи защитника изъ числа адвокатовъ, состоящихъ при кассаціонномъ судѣ. Разборъ дѣла происходитъ при закрытыхъ дверяхъ. Но судъ можетъ опубликовать свой приговоръ, если

---

[1]) Для обезпеченія интересовъ обвиняемаго достаточно было бы допускать въ засѣданіе нѣсколько лицъ по его указанію. Кулаевскій, Государственная служба, 1888, 85 и сл.

[2]) Carisch, 124.

найдетъ это нужнымъ для руководства судьямъ или для реабилитаціи оправданнаго судьи, дѣло о которомъ получило огласку. Проступки, за которые судьи привлекаются къ дисциплинарной отвѣтственности, относятся какъ къ служебной дѣятельности, такъ и къ частной жизни. Служебными проступками являются отлучка безъ отпуска, проживаніе не въ мѣстѣ служенія, нарушеніе правилъ несовмѣстимости и т. п. Образъ дѣйствій судьи въ частной жизни тоже влечетъ за собой дисциплинарную отвѣтственность, если роняетъ достоинство судейскаго званія. Въ частности законъ воспрещаетъ судьямъ „всякія демонстраціи и манифестаціи противъ принципа или формы республиканскаго правленія“ [1]). Дисциплинарный судъ можетъ налагать слѣдующія наказанія: замѣчаніе, выговоръ, съ которымъ связано лишеніе мѣсячнаго жалованья, временное устраненіе отъ должности съ лишеніемъ жалованья на время устраненія и удаленіе со службы. Обвиненный судья, если приговоръ былъ постановленъ безъ вызова его, въ правѣ подать въ недѣльный срокъ просьбу о пересмотрѣ дѣла [2]). Уголовной отвѣтственности судьи подлежатъ только за отказъ въ правосудіи и умышленное неправосудіе, а гражданской—какъ въ этихъ же случаяхъ, такъ и въ нѣсколькихъ другихъ, спеціально указанныхъ въ законѣ [3]).

Въ Пруссіи дисциплинарный судъ состоитъ изъ семи членовъ апелляціоннаго суда, а высшій дисциплинарный судъ—изъ 15-ти членовъ берлинскаго уголовнаго апелляціоннаго суда (Kammergericht). Производство построено по образцу уголовнаго. Оно устное, но негласное; возможно назначеніе предварительнаго слѣдствія черезъ одного изъ членовъ суда; кассація не допускается. Въ дисциплинарномъ порядкѣ подлежатъ преслѣдованію: нарушенія служебныхъ обязанностей, не наказуемыя уголовными законами, и несоотвѣтствующіе судейскому достоинству поступки какъ на службѣ, такъ и внѣ ея. Дисциплинарными наказаніями являются:

---

[1]) § 3 ст. 14 закона 1883 г. Carisch, De l'inamovibilité, 118.

[2]) Срокъ временнаго устраненія въ законѣ не опредѣленъ. На практикѣ онъ продолжается обыкновенно отъ нѣсколькихъ мѣсяцевъ до одного года, хотя бывали случаи, что устраненіе отъ должности длилось до пяти лѣтъ. Carisch, 108.

[3]) Carisch, ch. III, p. 81 ss.

[4]) Лазаревскій, 440. Carisch, 83.

предостереженіе, выговоръ, который можетъ быть соединенъ съ денежнымъ штрафомъ въ размѣрѣ не свыше мѣсячнаго жалованья, временное устраненіе отъ должности на срокъ отъ трехъ мѣсяцевъ до одного года съ лишеніемъ жалованья за это время, переводъ на равную должность, увольненіе отъ службы съ потерей титула, ранга и права на пенсію [1]).

По прусскому образцу организованы надзоръ и дисциплинарная отвѣтственность во многихъ другихъ германскихъ государствахъ [2]). Уголовная и гражданская отвѣтственность судей наступаютъ въ Германіи только въ случаѣ умышленнаго неправосудія, противозаконной медленности и отказа въ правосудіи [3]).

Въ Австріи дисциплинарная отвѣтственность судей регулируется дисциплинарнымъ закономъ 1868 г., составленнымъ по образцу прусскаго закона, откуда заимствованы многія положенія почти буквально. Участковые судьи и члены судовъ первой инстанціи подвѣдомственны дисциплинарному присутствію суда второй инстанціи, состоящему изъ предсѣдателя и четырехъ членовъ суда второй инстанціи, а предсѣдатели судовъ первой инстанціи, весь персоналъ судовъ второй инстанціи, члены и предсѣдатели департаментовъ верховнаго суда—подлежатъ компетенціи дисциплинарнаго присутствія верховнаго суда, которое является также второй инстанціей для низшаго дисциплинарнаго суда [4]). Гражданской отвѣтственности судьи подвергаются въ случаѣ если виновны въ причиненіи частнымъ лицамъ убытка неправильными дѣйствіями по службѣ, не могущими быть исправленными въ порядкѣ обжалованія высшей инстанціи [5]).

Въ Италіи, по закону 24 іюля 1908 года [6]), въ случаѣ совершенія судьями легкихъ проступковъ, министръ юстиціи и

---

[1]) Aubin, 27 ff. Schmidt, 213—214.

[2]) Aubin, 32 ff. Kade, 136—139, 176, 198, 261—262.

[3]) Герм. гражд. ул., § 839. Герм. угол. ул., §§ 334, 336. Лазаревскій, 440.

[4]) Aubin, 41 ff. Schrutka, § 51.

[5]) Schrutka, § 52.

[6]) Legge 24/VII 1908 sulle guarentigie e sulla disciplina della magistratura. Переводъ этого закона напечатанъ въ Annuaire de législation étrangère 1909, p. 330 ss. Оцѣнка его (поверхностная): Tambaro, Loi sur le statut des fonctionnaires italiens etc., 1908 (изъ Rev. du droit publ. 1908 № 4).

предсѣдатели судовъ, которымъ предоставленъ надзоръ за судьями, имѣютъ право дѣлать виновнымъ замѣчанія; но получившіе замѣчанія могутъ требовать преданія себя дисциплинарному суду. Болѣе строгія наказанія (выговоръ, лишеніе права старшинства, лишеніе права на повышеніе, устраненіе отъ должности съ пенсіей, увольненіе) налагаются дисциплинарными судами, которыми служатъ: для низшихъ судей—дисциплинарные суды при апелляціонныхъ судахъ въ составѣ пяти судей, а для высшихъ судей—верховный дисциплинарный судъ при министерствѣ юстиціи, состоящій изъ старшаго предсѣдателя римскаго кассаціоннаго суда, шести членовъ высшихъ судовъ и шести сенаторовъ, назначаемыхъ королемъ по представленію министра юстиціи, дѣлаемому послѣ обсужденія въ совѣтѣ министровъ. Составъ верховнаго дисциплинарнаго суда обновляется каждые два года, а дѣла разсматриваются присутствіями изъ семи членовъ. Дисциплинарное производство возбуждается прокуратурой по предложенію министра юстиціи. Дисциплинарный судъ можетъ, въ случаѣ надобности, поручить одному изъ своихъ членовъ производство предварительнаго слѣдствія и временно устранить обвиняемаго отъ должности. Разбирательство дѣла происходитъ примѣнительно къ правиламъ уголовнаго процесса; обвиняетъ прокуроръ; подсудимый можетъ имѣть защитника; приговоръ постановляется по свободному убѣжденію. Если судъ найдетъ обвиненіе недоказаннымъ, но усмотритъ изъ дѣла, что подсудимый все-таки утратилъ во мнѣніи общества то уваженіе и довѣріе, какихъ требуетъ его званіе, то предлагаетъ министру юстиціи уволить его. Приговоръ низшаго дисциплинарнаго суда можетъ быть обжалованъ сторонами въ верховный судъ, приговоры которой уже окончательны [1]).

---

[1]) Подобно прусскому закону, итальянскій объявляетъ подлежащими дисциплинарному преслѣдованію не только служебныя нарушенія, но и предосудительные поступки внѣ службы. При этомъ онъ перечисляетъ нѣкоторые подлежащія дисциплинарному преслѣдованію дѣйствія, а именно: нарушеніе служебной тайны; собираніе частныхъ свѣдѣній о производящемся дѣлѣ; вмѣшательство въ ходъ другихъ дѣлъ и вліяніе на ихъ разрѣшеніе просьбами и рекомендаціями, займы, не соотвѣтствующіе судейскому достоинству, въ особенности у лицъ, причастныхъ къ подлежащему его компетенціи дѣлу; пользованіе рекомендаціями другихъ лицъ, въ частности адвокатовъ съ цѣлью получить повышеніе по службѣ (ст. 7—10).

IV. Составители судебныхъ уставовъ ясно понимали, что дисциплинарная отвѣтственность судей должна быть построена на тѣхъ началахъ, которыя указаны выше (стр. 233) [1]), и послѣдовательно осуществили эти начала. Надзоръ за должностными лицами судебнаго вѣдомства они предоставили исключительно органамъ самого этого вѣдомства, а право дисциплинарнаго суда только судебнымъ коллегіямъ (ст. 270) и, вдобавокъ, общимъ собраніямъ ихъ (ст. 277). Обвиняемый долженъ былъ быть увѣдомленъ о времени разсмотрѣнія дѣла, могъ давать личныя объясненія (ст. 278), требовать слушанія дѣла при открытыхъ дверяхъ и въ такомъ случаѣ имѣть защитника (ст. 281). Стремясь оградить судейскую независимость, составители уставовъ пошли даже черезчуръ далеко. Такъ, они признали основаніемъ къ возбужденію дисциплинарнаго преслѣдованія только нарушеніе судьями своихъ служебныхъ обязанностей (ст. 263), тогда какъ дисциплинарный надзоръ долженъ простираться и на предосудительные поступки судей внѣ службы. Точно такъ же нецѣлесообразно было ограничить карательную власть дисциплинарныхъ судовъ правомъ налагать на судей одно только низшее взысканіе, посящее скорѣе предупредительный характеръ: предостереженіе (ст. 264). Достаточнымъ коррективомъ въ этомъ отношеніи не могло быть предоставленное сенату право предавать уголовному суду тѣхъ судей, которые, подвергшись въ теченіе одного года тремъ предостереженіямъ, совершили четвертое нарушеніе (ст. 293), ибо это правило не предотвращало повторенія служебныхъ нарушеній: судья могъ допускать постоянно самыя грубыя нарушенія своихъ обязанностей и отдѣлываться платоническими предостереженіями,—если только эти нарушенія не подлежали уголовному преслѣдованію и совершались не чаще трехъ разъ въ годъ.

Законъ 1885 г. значительно усилилъ дисциплинарную отвѣтственность судей, ухудшилъ порядокъ дисциплинарнаго производства и подорвалъ независимость судей. Онъ расширилъ права предсѣдателей прокурорскаго надзора и въ особенности старшаго предсѣдателя палаты; учредилъ высшее дисциплинарное присут-

---

[1]) Это видно изъ объясненій къ 249, 274 и 281 ст. учр. суд. уст.

ствіе, замѣнившее общее собраніе кассаціонныхъ департаментовъ сената; далъ дисциплинарнымъ судамъ право перемѣщать судей на равныя должности и увольнять со службы; совершенно устранилъ гласность и адвокатуру изъ дисциплинарнаго производства.

На отрицательное значеніе замѣны дисциплинарнымъ присутствіемъ общаго собранія кассаціонныхъ департаментовъ уже было указано (см. стр. 132).

Не выдерживаютъ критики и соображенія, которыми оправдывалось устраненіе гласности. „Практика показала", говорится въ представленіи министра юстиціи, „что этимъ правиломъ пользуются не лица, желающія гласнымъ оправданіемъ предотвратить всѣ могущія падать на нихъ нареканія по поводу несправедливо возбужденнаго обвиненія, а, напротивъ, лица, которыя, сознавая шаткость своего положенія и не имѣя никакого исхода, стремятся набросить тѣнь на другихъ или даже просто своимъ поведеніемъ на судѣ поставить въ непріятное положеніе судей, рѣшившихся предать ихъ отвѣтственности. Для обезпеченія правъ тѣхъ лицъ, которыя, будучи неправильно привлечены къ отвѣтственности, желаютъ полнаго возстановленія своей чести, достаточно было бы, взамѣнъ приведеннаго правила 231 ст., постановить, примѣнительно къ ст. 975 уст. уг. суд., что оправданный рѣшеніемъ суда можетъ требовать опубликованія сего рѣшенія въ сенатскихъ и въ губернскихъ вѣдомостяхъ по мѣсту его службы" [1]). Эти мотивы представляются неубѣдительными. Напечатаніе рѣшенія въ сенатскихъ и губернскихъ вѣдомостяхъ, которыхъ обыкновенная публика не читаетъ, не можетъ замѣнить гласнаго производства, отчеты о которомъ помѣщаются въ общей прессѣ. „Набросить тѣнь" на судей или другихъ лицъ легче именно при отсутствіи гласнаго разбирательства дѣлъ [2]), ибо свѣтъ гласности разгоняетъ всѣ темныя тѣни. Поведеніе же обвиняемаго на судѣ точно такъ же не можетъ поставить въ непріятное положеніе его обвинителей, какъ не можетъ поведеніе обыкновеннаго подсудимаго компрометировать прокурора, составившаго обвинительный актъ. А между тѣмъ гласность осо-

[1]) Представленіе мин. юстиціи (учр. суд. уст., изд. Шрейбера, стр. 321).

[2]) Юрид. Хроника Журн. гражд. пр. 1885, окт., 168—169.

бенно важна для невинно обвиняемаго, потому что она является одною изъ важныхъ гарантій правильнаго отправленія правосудія, и если онъ требуетъ гласнаго разбирательства своего дѣла, то ему въ этомъ не слѣдуетъ отказывать.

Точно также не можетъ быть оправдано безусловное недопущеніе участія адвокатуры въ дисциплинарномъ производствѣ. Участіе ея тоже служитъ одною изъ гарантій правильнаго отправленія правосудія. Не всякій можетъ защищать себя самъ. Наоборотъ, скромному человѣку труднѣе всего защищать именно самого себя. И если судья, обвиняемый въ дисциплинарномъ порядкѣ, желаетъ пригласить себѣ защитника, то не слѣдуетъ воспрещать ему это. Благодаря устраненію гласности и адвокатуры, „гарантіи правосудія дисциплинарнаго суда уменьшились обратно пропорціонально предоставленнымъ ему обширнымъ, почти ничѣмъ не ограниченнымъ полномочіямъ“ [1]).

Наконецъ, увеличивъ карательную власть дисциплинарныхъ судовъ и предоставивъ дисциплинарному присутствію перемѣщать и даже увольнять судей, законъ 1885 г. не далъ имъ, однако, права налагать менѣе строгія взысканія: замѣчанія, выговоры, штрафы. Притомъ, вопросъ о перемѣщеніи или увольненіи судей возбуждается и разсматривается не въ общемъ порядкѣ: возбужденіе его зависитъ отъ усмотрѣнія министра юстиціи, а разрѣшается онъ сокращеннымъ порядкомъ.

V. Современная организація дисциплинарной отвѣтственности членовъ общихъ судебныхъ мѣстъ, а также мировыхъ и городскихъ судей (ст. 11 прав. устр. суд. ч.) имѣетъ слѣдующій видъ.

Дисциплинарными судами являются: 1) высшее дисциплинарное присутствіе, состоящее изъ первоприсутствующихъ кассаціонныхъ департаментовъ, всѣхъ членовъ соединеннаго присутствія перваго и кассаціонныхъ департаментовъ (т.-е. первоприсутствующаго, двухъ сенаторовъ уголовнаго, двухъ сенаторовъ гражданскаго и двухъ сенаторовъ перваго департаментовъ) и четырехъ сенаторовъ кассаціонныхъ департаментовъ, назначаемыхъ ежегодно Государемъ по представленію министра юстиціи (ст. 1191. 4)

[1]) Дювернуа, Основы, 191.

2) общія собранія судебныхъ палатъ, и 3) общія собранія окружныхъ судовъ (ст. 270). Высшему дисциплинарному присутствію подвѣдомственны дѣла, возбуждаемыя противъ высшихъ чиновъ судебнаго вѣдомства, начиная съ предсѣдателей окружныхъ судовъ и кончая должностными лицами, состоящими при сенатѣ (п. 1 ст. 270); судебныя палаты разсматриваютъ дѣла о товарищахъ предсѣдателей и членахъ окружныхъ судовъ, а окружные суды—о состоящихъ при нихъ чинахъ (п. 2 и 3 270 ст.). Если дисциплинарное дѣло касается нѣсколькихъ должностныхъ лицъ судебнаго вѣдомства, изъ коихъ одни подвѣдомственны высшему, а другіе—низшему дисциплинарному суду, то всѣ они судятся, по общему правилу уголовнаго судопроизводства, высшимъ судомъ (ст. 271).

Порядокъ дисциплинарнаго производства двоякій: общій—для разсмотрѣнія нарушеній обязанностей службы и особый—для разрѣшенія, по предложенію министра юстиціи, вопроса о перемѣщеніи или увольненіи судей, которые въ виду своихъ служебныхъ упущеній или предосудительныхъ поступковъ оказались недостойными своего званія или внушаютъ сомнѣніе въ способности безпристрастно выполнять судейскія обязанности въ данномъ округѣ (ст. 295[2]).

Дисциплинарное производство въ общемъ порядкѣ возбуждается постановленіями судовъ, предложеніями чиновъ прокурорскаго надзора или министра юстиціи и распоряженіями предсѣдателей судовъ (ст. 272). Частныя лица, которыя считаютъ, что ихъ права нарушены неправильными дѣйствіями судей, имѣютъ право приносить жалобы на нихъ въ высшія инстанціи указаннымъ уставами уголовнаго и гражданскаго судопроизводства порядкомъ, но не могутъ обращаться непосредственно въ общія собранія судовъ съ требованіемъ о преданіи виновныхъ дисциплинарному суду. Ихъ жалобы могутъ служить для лицъ, имѣющихъ право возбуждать дисциплинарное производство, только поводомъ и матеріаломъ для его возбужденія (ст. 275, 249[1]). Не могутъ частныя лица принимать участія и въ дальнѣйшемъ дисциплинарномъ производствѣ [1]). Для привле-

[1]) Рѣш. общ. собр. 1 и касс. деп. 1879 № 21.

ченія къ дисциплинарной отвѣтственности установлена годичная давность (ст. 273), которая распространяется на всѣ служебныя нарушенія, подлежащія преслѣдованію въ общемъ дисциплинарномъ порядкѣ, но не относится къ предосудительнымъ поступкамъ, обсуждаемымъ, по предложенію министра юстиціи, въ особомъ порядкѣ (ст. 295², п. 2) [1].

Общій порядокъ производства распадается на двѣ стадіи: предварительное изученіе и обсужденіе дѣла въ распорядительномъ засѣданіи суда, которому оно подвѣдомственно (ст. 274), а затѣмъ, по наведеніи справокъ и истребованіи объясненій отъ обвиняемаго—разсмотрѣніе дѣла по существу (ст. 276, 277). Обвиняемый извѣщается о времени разсмотрѣнія его дѣла и можетъ (но не обязанъ) явиться для личныхъ объясненій (ст. 278, 279). Засѣданія происходятъ при закрытыхъ дверяхъ (ст. 281); порядокъ разбирательства опредѣляется самимъ судомъ, но предъ постановленіемъ рѣшенія судъ долженъ выслушать заключеніе прокурора и предоставить подсудимому послѣднее слово (ст. 282). Рѣшеніе объявляется явившемуся въ засѣданіе обвиняемому немедленно, а неявившемуся—по вызовѣ его, въ общемъ собраніи суда, если же онъ служитъ въ судѣ другого города, то въ общемъ собраніи того суда (ст. 284). На приговоры окружныхъ судовъ и палатъ допускаются жалобы обвиняемыхъ и протесты прокуратуры въ недѣльный срокъ (ст. 286, 287). Возможны также просьбы о возобновленіи дѣлъ по вновь открывшимся обстоятельствамъ [2].

Приговоры палатъ, постановленные ими въ качествѣ второй инстанціи, а также приговоры высшаго дисциплинарнаго присутствія не подлежатъ обжалованію (ст. 288). При разсмотрѣніи жалобъ въ высшей инстанціи соблюдаются такія же правила производства (ст. 289).

Особый порядокъ производства, установленный для разрѣшенія, по предложеніямъ министра юстиціи, вопроса о перемѣщеніи или увольненіи судей, гораздо проще: высшее дисциплинар-

[1] Опред. выст. дисц. прис. 23 янв. 1895 г. (Шрейборъ, 316, п. 5).

[2] Рѣш. выст. дисц. прис. 16 марта 1887 г. („Журн. М. Ю." 1900 № 3, 275); рѣш. общ. собр. 1902 № 15; опред. соед. прис. 4 дек. 1908 г. (Шрейборъ, 325, п. 5, 6).

ное присутствіе требуетъ объясненія отъ обвиняемаго и затѣмъ постановляетъ окончательный приговоръ (ст. 295²). Обвиняемый не вызывается въ засѣданіе, но можетъ явиться и представить устно свои объясненія [1]).

Въ общемъ дисциплинарномъ порядкѣ судьи могутъ быть приговариваемы къ вычету изъ жалованья въ случаѣ неявки на службу не долѣе четырехъ мѣсяцевъ (ст. 413—415 улож. о нак.) и къ предостереженіямъ—за тѣ служебные проступки, за которые уложеніемъ о наказаніяхъ назначены замѣчанія, выговоры безъ внесенія въ послужной списокъ и вычетъ изъ времени службы (ст. 264), а въ особомъ порядкѣ — увольненію отъ должности и перемѣщенію въ другую мѣстность на равную должность (ст. 295²).

VI. По проекту новой редакціи учр. суд. уст., дисциплинарная власть предоставляется: 1) дисциплинарнымъ присутствіямъ судебныхъ мѣстъ, образуемымъ изъ предсѣдателя судебнаго мѣста и его товарищей (въ палатахъ—изъ предсѣдателей департаментовъ), а если ихъ менѣе четырехъ, то съ привлеченіемъ добавочныхъ членовъ по выбору судебнаго мѣста (ст. 27 и 52), и 2) соединенному присутствію перваго и судебныхъ (кассаціонныхъ) департаментовъ сената (ст. 372). Порядокъ производства сохраняется прежній, съ незначительными измѣненіями (ст. 372 и сл.).

О нерациональности предположеннаго преобразованія высшаго дисциплинарнаго присутствія было говорено выше (стр. 186). Что касается замѣны общихъ собраній судовъ немногочисленными по составу дисциплинарными присутствіями, то она мотивируется тѣмъ, что въ обширныхъ коллегіяхъ „ослабляется вниманіе отдѣльныхъ членовъ и въ значительной степени утрачивается чувство отвѣтственности за принимаемое коллегіей по-

---

[1]) Опред. высш. дисципл. прис. 1906 г. 19 окт. (Шрейберъ, стр. 332, п. 4). Какъ ни желательно было бы распространить на особый порядокъ дисциплинарнаго производства всѣ правила общаго порядка, гораздо больше обезпечивающаго интересы обвиняемаго судьи, и въ частности правило о вызовѣ обвиняемаго въ засѣданіе (на примѣненіи этого правила настаиваетъ Трапезниковъ въ № 2 „Права“ за 1911 г.), но, къ сожалѣнію, это не соотвѣтствуетъ дѣйствительному смыслу закона 1885 г., который имѣлъ въ виду сдѣлать возможнымъ удаленіе судей „внѣ общаго дисциплинарнаго порядка“ (Шрейберъ, стр. 330). Случевскій, 182—183.

становленіе", и что „неизбѣжная измѣнчивость самого состава засѣданій общаго собранія обусловливаетъ собою, какъ о томъ свидѣтельствуетъ практика, шаткость воззрѣній и препятствуетъ установленію прочныхъ традицій" [1]). Этимъ соображеніямъ нельзя отказать въ справедливости. Дѣйствительно, опытомъ доказано, что черезчуръ многочисленныя коллегіи не пригодны для отправленія судейскихъ функцій [2]).

Но, съ другой стороны, основательно и указаніе меньшинства комиссіи на то, что постановленія всего состава суда являются для подвѣдомственныхъ имъ органовъ болѣе авторитетными въ нравственномъ отношеніи [3]). Это соображеніе представляется особенно вѣрнымъ въ примѣненіи къ тѣмъ случаямъ, когда судьи привлекаются къ дисциплинарной отвѣтственности не за служебные проступки, а за дѣйствія, не соотвѣтствующія достоинству носимаго ими званія. Несомнѣнно, что по такимъ вопросамъ болѣе важно мнѣніе всей коллегіи или большинства ея, чѣмъ нѣсколькихъ членовъ, образующихъ дисциплинарный судъ.

Примиряя объ указанныя точки зрѣнія, наиболѣе цѣлесообразно было бы предоставить дисциплинарную власть въ немногочисленныхъ коллегіяхъ (состоящихъ, напр., не болѣе, чѣмъ изъ 10 судей) самой коллегіи, а въ многочисленныхъ коллегіяхъ — дисциплинарнымъ судамъ, избираемымъ коллегіей изъ своей среды въ количествѣ 7 или 9 человѣкъ.

VII. Дисциплинарная власть надъ земскими начальниками принадлежитъ губернскому присутствію, которое можетъ приговаривать ихъ къ замѣчанію, выговору и временному устраненію

---

[1]) Объясните. зап., II, 339.

[2]) Оспаривая это, проф. Михайловскій указываетъ на западно-европейскіе парламенты, „которымъ Европа такъ много обязана", и на наши земскія собранія (стр. 289). Но парламенты и земскія собранія—не судебныя учрежденія, а если парламенты и исполняли иногда судебныя функціи, то крайне неудачно. „Извѣстно,—говоритъ Бентамъ,—что въ Англіи изъ всѣхъ судовъ самымъ несправедливымъ, самымъ пристрастнымъ была нижняя палата при разрѣшеніи дѣлъ о правильности выборовъ. Постоянная несправедливость ея рѣшеній была признана даже основаніемъ къ отреченію ея отъ судебной власти, и уменьшеніе числа судей съ пятисотъ на пятнадцать было главною чертой этой реформы" (стр. 46).

[3]) Объясн. зап., II, 341.

отъ должности, и министру внутреннихъ дѣлъ, имѣющему право увольнять ихъ отъ службы по представленіямъ губернскаго присутствія. Дисциплинарное производство возбуждается предложеніями губернатора или постановленіями губернскаго присутствія. Въ обоихъ случаяхъ губернское присутствіе требуетъ отъ обвиняемаго объясненія и, смотря по обстоятельствамъ, либо прекращаетъ дѣло, либо подвергаетъ обвиняемаго взысканію, либо представляетъ дѣло вмѣстѣ съ объясненіемъ его на усмотрѣніе министра внутреннихъ дѣлъ. Кромѣ того, губернское присутствіе можетъ входить къ министру внутреннихъ дѣлъ съ представленіями объ увольненіи земскихъ начальниковъ еще въ слѣдующихъ случаяхъ: 1) когда земскій начальникъ, несмотря на взысканія, которымъ онъ подвергался за служебныя упущенія, обнаруживаетъ явное нерадѣніе или неспособность къ успѣшному исполненію своихъ обязанностей; 2) когда онъ совершилъ внѣ службы такой поступокъ, который, получивъ огласку, роняетъ званіе земскаго начальника въ глазахъ общества; 3) когда земскій начальникъ былъ привлеченъ къ уголовной отвѣтственности и подвергнутъ какому-либо наказанію; 4) когда онъ объявленъ несостоятельнымъ должникомъ. Во всѣхъ этихъ случаяхъ, а также въ случаѣ привлеченія земскаго начальника къ уголовной отвѣтственности губернское присутствіе имѣетъ право временно устранить его отъ должности, доводя объ этомъ черезъ губернатора до свѣдѣнія министра внутреннихъ дѣлъ. На постановленія губернскаго присутствія по дисциплинарнымъ дѣламъ могутъ быть приносимы министру внутреннихъ дѣлъ жалобы, которыя разрѣшаются имъ по предварительномъ разсмотрѣніи въ совѣтѣ министра. Дисциплинарные проступки погашаются годичной давностью. Въ виленской, ковенской и гродненской губерніяхъ правами министра внутреннихъ дѣлъ пользуется генералъ-губернаторъ (ст. 129—135 пол. учр., зав. крест. дѣл., по прод. 1906).

VIII. Непремѣнные члены губернскихъ присутствій и назначаемые правительствомъ предсѣдатели уѣздныхъ съѣздовъ подвергаются дисциплинарнымъ взысканіямъ на основаніи общихъ законовъ—по распоряженію начальства, т.-е., замѣчаніямъ и выговорамъ—по распоряженію непосредственнаго начальства (гу-

бернатора), а вычетамъ изъ жалованья, перемѣщенію съ высшей должности на низшую, удаленію отъ должности и аресту до семи дней—по распоряженію того начальства, отъ котораго зависитъ назначеніе на эти должности, т.-е., министра внутреннихъ дѣлъ (ст. 126 пол. учр., зав. кр. д.).

IX. Уѣздные предводители дворянства въ качествѣ предсѣдателей уѣздныхъ съѣздовъ подлежатъ отвѣтственности по общимъ правиламъ, установленнымъ для предводителей дворянства (ст. 127 пол. учр., зав. кр. д.).

X. Въ прибалтійскихъ губерніяхъ предсѣдатели верхнихъ крестьянскихъ судовъ приравнены въ отношеніи къ дисциплинарной отвѣтственности къ мировымъ судьямъ, съ тою разницей, что они привлекаются къ дисциплинарной отвѣтственности мировыми съѣздами, а судятся окружными судьями. Для волостныхъ судей и предсѣдателей волостныхъ судовъ дисциплинарными судами служатъ мировые съѣзды. До постановленія приговора дисциплинарные суды обязаны истребовать отъ обвиняемыхъ письменное объясненіе или вызвать ихъ въ засѣданіе для устныхъ объясненій. Дисциплинарныя взысканія таковы: замѣчаніе, выговоръ, денежное взысканіе до пятнадцати рублей и арестъ до семи дней. Если обвиняемый приговоренъ къ аресту, то имѣетъ право обяаловать приговоръ въ судебную палату (ст. 55—59 кн. 1 вол. суд. уст. приб. губ.).

XI. Въ мѣстностяхъ, гдѣ существуютъ земскіе начальники, волостные судьи могутъ быть подвергаемы ими безъ всякаго формальнаго производства замѣчаніямъ, выговорамъ, штрафамъ до пяти руб. и аресту до 7 дней, а также временному устраненію отъ должности (ст. 58 полож. учр., зав. крест. д.). Увольненіе же ихъ отъ службы и преданіе уголовному суду производится, по представленію земскихъ начальниковъ, уѣздными съѣздами (тамъ же, ст. 90).

Въ прочихъ мѣстностяхъ, гдѣ примѣняется общее положеніе о крестьянахъ, волостные судьи подчинены дисциплинарной власти учрежденій, завѣдующихъ крестьянскими дѣлами (ст. 143, 217 и др. пол. устан., зав. крест. д.).

XII. Гминные судьи и лавники приравнены въ отношеніи дисциплинарной отвѣтственности къ мировымъ судьямъ, но дис-

циплинарными судами являются для нихъ окружные суды (ст. 503 учр. суд. уст.), а возбужденіе дисциплинарнаго производства зависитъ отъ мировыхъ съѣздовъ [1]).

§ 29 [2]).

Внутреннее устройство судовъ.

I. Общія судебныя учрежденія устроены въ видѣ коллегій. Окружные суды состоятъ изъ предсѣдателей, товарищей предсѣдателя и членовъ; судебныя палаты—изъ старшихъ предсѣдателей, предсѣдателей департаментовъ и членовъ; кассаціонные департаменты сената—изъ сенаторовъ и первоприсутствующихъ, назначаемыхъ для предсѣдательствованія въ департаментѣ, общемъ собраніи и соединенныхъ присутствіяхъ (ст. 77, 78, 112, 113, 114, 118 учр. суд. устр.).

Судебныя коллегіи раздѣляются на отдѣленія, называемыя въ примѣненіи къ судебнымъ палатамъ и сенату департаментами. Отдѣленія бываютъ гражданскія и уголовныя. Сообразно съ этимъ члены судебныхъ коллегій спеціализируются, какъ цивилисты и криминалисты. Распредѣленіе членовъ по отдѣленіямъ производится общимъ собраніемъ суда, которому законъ предписываетъ „наблюдать, чтобы составъ отдѣленій, по мѣрѣ возможности, обновлялся перемѣщеніемъ части членовъ изъ гражданскихъ отдѣленій въ уголовныя и обратно“ (ст. 78[3]). Это правило внесено въ учрежденіе судебныхъ установленій закономъ 1885 г. „въ видахъ устраненія той узкой спеціализаціи занятій, которая навсегда пріурочиваетъ судей къ разъ избранному ими роду дѣятельности и представляетъ нерѣдко затрудненія въ правильномъ разрѣшеніи возникающихъ по уголовнымъ дѣламъ вопросовъ гражданскаго права и наоборотъ“ [3]).

Мысль о періодическомъ перемѣщеніи предсѣдателей и членовъ судовъ изъ одного отдѣленія въ другое возникала и при

---

[1]) Опред. соедин. прис. 22 янв. 1887 г. (Шрейберъ, стр. 466).

[2]) Малышевъ, I, §§ 19—21; Wach, §§ 25—27; Hellwig, I, §§ 73—85; Canstein, § 10.

[3]) Представленіе министра юстиціи (Шрейберъ, стр. 112).

составленіи судебныхъ уставовъ, но была оставлена на томъ основаніи, что „періодическое перемѣщеніе судей можетъ лишить ихъ возможности пріобрѣтать основательныя практическія свѣдѣнія въ той отрасли законодательства, изученію которой они преимущественно себя посвятили, и такимъ образомъ затруднитъ ихъ въ правильномъ производствѣ и рѣшеніи ввѣренныхъ имъ дѣлъ. Членъ гражданскаго отдѣленія, готовившійся лишь къ занятію этой должности и потому изучавшій лишь гражданское право и занимавшійся въ продолженіе всей своей жизни лишь гражданскими процессами, будетъ весьма затрудненъ разборомъ дѣлъ уголовныхъ. Не занимаясь ими, не изучивъ вполнѣ, во всѣхъ подробностяхъ, уголовное законодательство, едва ли онъ будетъ въ состояніи разрѣшать эти дѣла одинаково правильно, какъ рѣшилъ бы ихъ судья, посвятившій дѣятельность всей своей прежней жизни или, по крайней мѣрѣ, многихъ лѣтъ исключительно уголовнымъ дѣламъ. Конечно, если бы оставить его въ уголовномъ отдѣленіи суда, то, быть можетъ, онъ и достигъ бы въ этомъ отношеніи большаго или меньшаго совершенства... Наконецъ, если бы это и было возможно, то судъ не школа. Допустить противное—значило бы развивать способности однихъ на счетъ другихъ, то-есть, что судьи образовывались бы на счетъ тяжущихся и подсудимыхъ, которые и должны были бы выносить на себѣ всѣ ихъ ошибки“ [1]). Эти соображенія вполнѣ правильны. Судьи—не кандидаты на судебныя должности или помощники присяжныхъ повѣренныхъ, которые должны еще учиться, и которымъ небезполезно ознакомиться со всѣми видами и формами права и процесса [2]). Извѣстно, въ какое затруднительное положеніе попадаютъ судебные слѣдователи и товарищи прокурора, назначаемые членами гражданскихъ отдѣленій окружныхъ судовъ: долгое время они чувствуютъ себя словно въ лѣсу. Неудобство такихъ перемѣщеній настолько выяснилось, что къ нимъ прибѣгаютъ очень рѣдко [3]).

II. Предсѣдатели и товарищи предсѣдателей окружныхъ судовъ назначаются Высочайшей властью, по представленію ми-

---

[1]) Объясн. къ 225 ст. учр. суд. уст.

[2]) Джаншіевъ. Основы суд. реф., 194—195.

[3]) Городысскій, 34.

нистра юстиціи, изъ лицъ, прослужившихъ въ судебномъ вѣдомствѣ не менѣе трехъ лѣтъ въ должностяхъ не ниже члена или прокурора окружнаго суда (ст. 206), а предсѣдатели судебныхъ палатъ—изъ лицъ, состоявшихъ не менѣе трехъ лѣтъ въ должностяхъ не ниже прокурора или члена судебной палаты, предсѣдателя или товарища предсѣдателя окружнаго суда (ст. 207).

При составленіи судебныхъ уставовъ было предложено, чтобы на должность предсѣдателя окружнаго суда избирались подлежащими судебными палатами два кандидата, которые представлялись бы черезъ министра юстиціи на Высочайшее утвержденіе, а должности предсѣдателей палаты замѣщались такимъ же порядкомъ изъ числа кандидатовъ, избранныхъ общимъ собраніемъ кассаціонныхъ департаментовъ сената. Но это было признано „неудобнымъ“ въ виду того, что коллегіи, которымъ предполагалось предоставить избраніе кандидатовъ, „не могутъ имѣть полныхъ свѣдѣній о тѣхъ лицахъ, которыя, принадлежа къ разряду мѣстныхъ судебныхъ дѣятелей, имѣли бы преимущественное право на полученіе вакантной должности. При такомъ порядкѣ члены того окружнаго суда, которые находятся въ одномъ городѣ съ судебною палатой, получили бы несомнѣнное преимущество предъ всѣми другими по той единственно причинѣ, что дѣятельность ихъ была бы ближе знакома избирателямъ... Всѣ эти соображенія относятся въ равной, если не въ большей еще мѣрѣ и къ предположеніямъ, объ избраніи предсѣдателей и членовъ судебныхъ палатъ общимъ собраніемъ кассаціонныхъ департаментовъ сената. Должности эти, по статьямъ 206 и 207, будутъ большею частью замѣщаемы судебными чинами окружныхъ судовъ, о дѣятельности коихъ кассаціонные департаменты не могутъ имѣть почти никакихъ свѣдѣній“ [1]). На основаніи такихъ соображеній составители судебныхъ уставовъ предоставили избраніе предсѣдателей судебныхъ мѣстъ министру юстиціи. Можно было, однако, примѣнить другой, болѣе цѣлесообразный способъ: такъ какъ успѣшное исполненіе обязанностей предсѣдателя въ каждомъ коллегіальномъ учрежденіи требуетъ обладанія нѣкоторыми спеціальными качествами, какихъ можетъ и не

[1]) Объясн. къ 213 ст. учр. суд. уст.

быть у многихъ, даже выдающихся судей,—энергіей, распорядительностью, словомъ, административными способностями,—то цѣлесообразнѣе всего было бы предоставить самимъ судебнымъ коллегіямъ избирать себѣ предсѣдателей на опредѣленные сроки, потому что члены коллегіи, близко зная другъ друга, лучше кого-либо могутъ судить, кто изъ нихъ болѣе способенъ къ несенію предсѣдательскихъ обязанностей. Кромѣ того, такимъ способомъ была бы устранена нежелательная зависимость предсѣдателей отъ назначающаго ихъ министра юстиціи,—зависимость, которая можетъ отражаться и на всей коллегіи, такъ какъ ближайшій надзоръ за ея дѣятельностью принадлежитъ ея предсѣдателю [1]). Избраніе предсѣдателей коллегіями принято въ высшихъ судахъ Бельгіи и именно потому, что, какъ выразился докладчикъ проекта этого закона, „вліяніе предсѣдателя слишкомъ сильно, чтобы можно было предоставить главѣ государства назначать имъ кого угодно“ [2]).

Предсѣдателю суда принадлежатъ троякаго рода права: 1) право непосредственнаго надзора за дѣятельностью суда и за исполненіемъ всѣми членами его своихъ обязанностей (ст. 251 учр. суд. уст.); 2) право предсѣдательствованія въ засѣданіяхъ отдѣленій; 3) нѣкоторыя самостоятельныя права по производству процессуальныхъ дѣйствій, какъ-то: по обезпеченію исковъ (ст. 598), по назначенію судебныхъ приставовъ для исполненія рѣшеній (ст. 938) и др.; 4) начальство надъ канцеляріей (ст. 218, 260, 267 учр.).

Члены судебныхъ коллегій исполняютъ по очереди обязанности докладчиковъ по вступившимъ въ судъ дѣламъ (ст. 271, 327, 768, 803 уст. гр. суд.), принимаютъ участіе въ разъясненіи обстоятельствъ дѣла во время засѣданій (ст. 335) и въ постановленіи рѣшеній (ст. 693 и сл.). Кромѣ того, члены судовъ имѣютъ право производить, по порученію суда и въ качествѣ его представителей, отдѣльныя процессуальныя дѣйствія (осмотры, допросъ свидѣтелей и пр.).

III. Засѣданія судебныхъ установленій раздѣляются: А) по составу участвующихъ въ нихъ судей—на общія собранія отдѣ-

---

[1]) Михайловскій, 133.

[2]) Eslande, 250.

леній, или департаментовъ, засѣданія присутствій, обыкновенныхъ, смѣшанныхъ и соединенныхъ; Б) по характеру разсматриваемыхъ дѣлъ—на судебныя, распорядительныя и судебно-дисциплинарныя [1]).

А. Въ общихъ собраніяхъ обязаны присутствовать всѣ наличные судьи; но составъ собранія считается законнымъ, если присутствуютъ двѣ трети всѣхъ членовъ судебнаго мѣста, и только въ петерпящихъ отлагательства случаяхъ разрѣшается открывать засѣданіе при участіи меньшаго числа судей (ст. 161 учр.). Обыкновенныя присутствія образуются изъ трехъ судей (ст. 140), а смѣшанныя и соединенныя—изъ большаго числа членовъ, неодинаковаго для отдѣльныхъ категорій дѣлъ (ст. 117, 117[1,2], 119[1], 119[3,4,5], учр. суд. уст., ст. 1320—1322, 1330[3—5] уст. гражд. суд. и др.). Присутствіе кассаціоннаго департамента состоитъ не менѣе чѣмъ изъ семи сенаторовъ (ст. 140[1] учр.); въ общихъ собраніяхъ и соединенныхъ присутствіяхъ сената число членовъ бываетъ еще больше (ст. 117, 117[1] учр.).

Увеличеніе числа членовъ присутствій желательно въ видахъ большей основательности и безпристрастія рѣшеній. Но финансовыя соображенія требуютъ возможнаго сокращенія судейскаго персонала. Въ виду этого по отношенію къ коллегіальнымъ судамъ первой инстанціи можно удовольствоваться тремя членами присутствія. Это число по исконной традиціи считается нормальнымъ для состава каждаго коллегіальнаго учрежденія (tres faciunt collegium) [2]). И дѣйствительно, оно имѣетъ то преимущество, что дѣлаетъ невозможнымъ раздѣленіе голосовъ поровну, не придаетъ присутствію громоздкости и въ то же время удовлетворяетъ назначенію коллегіальнаго обсужденія дѣлъ: провѣркѣ правильности мнѣнія одного лица другими [3]).

Но въ судахъ высшей инстанціи желателенъ болѣе много-

---

[1]) Ст. 150 учр. суд. уст. различаетъ засѣданія распорядительныя, судебныя и общихъ собраній. Но такая классификація неправильна по существу и не соотвѣтствуетъ частнымъ постановленіямъ закона, указаннымъ въ текстѣ. Лонгиновъ. Недостатки законоположеній о надзорѣ за судебными установленіями (Журн. Юрид. Общ. 1896 № 6, 51—52).

[2]) Общ. губ. учр., ст. 118: „рѣшеніе (присутствія) признается дѣйствительнымъ, когда участвовали въ немъ не менѣе трехъ членовъ".

[3]) Фойницкій, II, 291.

численный составъ присутствій,—и не только потому, что такимъ образомъ уменьшается вѣроятность промаховъ и увеличиваются безпристрастіе и независимость коллегіи, но и потому, что это придаетъ больше авторитетности рѣшеніямъ, которая особенно нуждается въ поддержаніи въ тѣхъ случаяхъ, когда высшая инстанція расходится во мнѣніяхъ съ низшей [1]). Въ самомъ дѣлѣ, если судъ первой инстанціи постановитъ рѣшеніе единогласно, а вторая инстанція отмѣнитъ его большинствомъ двухъ голосовъ противъ одного, то окажется, что два судьи измѣнили рѣшеніе четырехъ. Между тѣмъ, будь въ присутствіи второй инстанціи пять или семь судей,—подобнаго результата не могло бы получиться, такъ какъ большинство членовъ этого присутствія не было бы меньше, чѣмъ составъ суда первой инстанціи [2]).

Во Франціи присутствія коллегіальныхъ судовъ первой инстанціи рѣшаютъ дѣла въ составѣ трехъ членовъ, второй инстанціи—въ составѣ пяти (до 1883 г. было девять), а кассаціоннаго—одиннадцати. Въ Германіи присутствіе суда первой инстанціи состоитъ изъ трехъ судей, второй инстанціи—изъ пяти, третьей—изъ семи. Въ Австріи присутствія судовъ первой инстанціи всегда составляются изъ трехъ членовъ, а присутствія судовъ высшихъ инстанцій—иногда изъ трехъ, а иногда изъ пяти.

Б. Судебныя засѣданія имѣютъ задачей разборъ судебныхъ дѣлъ (ст. 153 учр.), распорядительныя—созываются для разрѣшенія вопросовъ внутренняго управленія и распорядка, какъ, напр., для выработки наказовъ, для совѣщанія о кандидатахъ на открывшіяся вакансіи, для разсмотрѣнія ежегодныхъ отчетовъ о движеніи судебныхъ дѣлъ и т. п. (ст. 151, 160 учр. суд. уст.) [3]), а судебно-дисциплинарныя—для разсмотрѣнія дѣлъ о

---

[1]) Coumoul, 376 ss.

[2]) Coumoul, 377. Этотъ авторъ идетъ слишкомъ далеко, находя, что вообще вторая инстанція представляетъ больше гарантій основательности рѣшеній только потому, что ея составъ *болѣе многочисленъ* (стр. 376), упуская изъ виду, что во вторую инстанцію должны назначаться наиболѣе выдающіеся судьи первой (см. стр. 141).

[3]) 4 пунктъ 151 ст. относитъ къ кругу вѣдомства распорядительныхъ засѣданій также разсмотрѣніе вопросовъ, которые по уставамъ уголовнаго и гражданскаго судопроизводства предписано разрѣшать въ распорядительныхъ засѣданіяхъ. Но въ дѣйствительности уставъ гражданскаго судопроизводства такихъ постановленій въ себѣ не содержитъ, такъ что всѣ вопросы, возникающіе при производствѣ граждан-

дисциплинарныхъ проступкахъ чиновъ судебнаго вѣдомства, присяжныхъ и частныхъ повѣренныхъ (ст. 151 п. 5, 160 п. 6, 376, 406[13.14] учр. суд. уст.).

Разница между этими тремя видами засѣданій состоитъ въ томъ, что каждому изъ нихъ присущъ особый порядокъ производства. Такъ, судебныя засѣданія происходятъ при открытыхъ дверяхъ и на основаніи правилъ устава гражданскаго судопроизводства; распорядительныя засѣданія негласны и подчиняются правиламъ дѣлопроизводства, обязательнымъ для всѣхъ правительственныхъ учрежденій; для дисциплинарнаго производства установлены особыя правила.

IV. Предсѣдательствующій въ присутствіи исполняетъ троякую функцію [1]).

Во-первыхъ, присутствіе, какъ коллективное цѣлое, нуждается въ представителѣ, который бы говорилъ и дѣйствовалъ отъ его имени. Такимъ представителемъ, или органомъ, коллегіи является предсѣдательствующій: онъ объявляетъ постановленія присутствія и является посредникомъ между присутствіемъ и тяжущимися (ст. 700, 701, 704 и др. уст. гр. суд.).

Во-вторыхъ, на предсѣдательствующемъ лежитъ управленіе ходомъ судебнаго засѣданія. Онъ опредѣляетъ способъ доклада дѣлъ членами суда (ст. 328 уст. гр. суд.), руководитъ словеснымъ состязаніемъ и прекращаетъ пренія (ст. 338), предлагаетъ тяжущимся вопросы для разъясненія дѣла, склоняетъ ихъ къ миру и т. д. (ст. 361).

Въ-третьихъ, предсѣдательствующему принадлежитъ дисциплинарная власть какъ надъ тяжущимися, такъ и надъ всѣми находящимися въ засѣданіи лицами. Онъ слѣдитъ за соблюденіемъ всѣми ими правилъ благопристойности, порядка и тишины (ст. 154), можетъ удалять виновныхъ въ нарушеніи этихъ правилъ изъ присутствія и подвергать задержанію подъ стражей не долѣе сутокъ (ст. 155), а если невозможно различить виновныхъ, то удалить всю публику (ст. 156). Если пару-

---

ских дѣлъ, подлежатъ разрѣшенію въ судебныхъ засѣданіяхъ. Исаченко, Коммент., I, 754—756.

[1]) Kleinfeller. Die Funktionen des Vorsitzenden, 1895; Wach, § 26; Сковинскій. Власть предсѣдателя въ уголовномъ процессѣ (Журн. М. Ю. 1908 № 2).

шителемъ указанныхъ правилъ является кто-либо изъ участвующихъ въ дѣлѣ лицъ или ихъ повѣренныхъ, то предсѣдательствующій имѣетъ право сдѣлать виновному предостереженіе или выговоръ, а въ случаѣ дальнѣйшихъ нарушеній—удалить его изъ присутствія (ст. 157, 158) [1]).

Предсѣдательствуетъ въ засѣданіяхъ либо предсѣдатель суда, либо его товарищъ, либо старшій по времени назначенія на должность членъ суда. Предсѣдатель суда избираетъ одно изъ отдѣленій для постояннаго предсѣдательствованія въ немъ (ст. 78[1]), остальныя распредѣляются между его товарищами по взаимному соглашенію между ними, а при отсутствіи соглашенія—по постановленію общаго собранія суда (ст. 78[1]). Кромѣ того, предсѣдатель суда имѣетъ право взять на себя предсѣдательствованіе въ опредѣленномъ засѣданіи любого отдѣленія, но въ такомъ случаѣ обязанъ предсѣдательствовать въ теченіе всего засѣданія, а состоящій въ отдѣленіи товарищъ предсѣдателя можетъ принимать участіе въ засѣданіи только при недостаточности наличнаго числа членовъ для образованія присутствія (ст. 78[2]). Въ случаѣ отсутствія предсѣдателя или его товарища предсѣдательствуетъ въ присутствіи отдѣленія старшій членъ суда (ст. 78[3]), при чемъ старшинство опредѣляется по времени назначенія на эту должность (о. с. 81 № 15). Въ кассаціонномъ департаментѣ и въ соединенномъ присутствіи 1-го и кассац. департамента сената предсѣдательствуетъ первоприсутствующій, назначаемый Высочайшей властью изъ сенаторовъ (*ст. 118 учр.*), а въ общемъ собраніи—одинъ изъ этихъ первоприсутствующихъ (ст. 119, 119[1] учр.).

V. Членами присутствія являются, по общему правилу, члены даннаго отдѣленія суда, а въ случаѣ недостатка ихъ пригла-

[1]) Предсѣдательствующіе въ присутствіи, какъ видно изъ изложеннаго, пользуются такими правами, которыхъ не имѣютъ предсѣдатели судовъ и, наоборотъ, первымъ не принадлежатъ тѣ права, какія предоставлены вторымъ. Между тѣмъ въ уставѣ тѣ и другіе одинаково именуются „предсѣдателями", вслѣдствіе чего иной разъ возникаетъ недоумѣніе, кого именно въ данномъ случаѣ имѣетъ въ виду законъ. Гораздо цѣлесообразнѣе поэтому было бы закрѣпить различіе между ними посредствомъ терминологіи и, по образцу германскаго устава, называть первыхъ предсѣдательствующими (Vorsitzende), а вторыхъ — предсѣдателями (Präsident). Такъ и сдѣлано въ проектѣ новой редакціи учрежд. суд. уст. (ст. 195 и сл.).

шается предсѣдательствующимъ членъ другого отдѣленія, младшій по времени назначенія на эту должность (ст. 145). Если почему-либо невозможно пополнить присутствіе членами другого отдѣленія того же суда, то въ засѣданіе окружнаго суда приглашается мѣстный судебный слѣдователь или, если онъ занятъ по службѣ, одинъ изъ почетныхъ мировыхъ судей, а въ засѣданіе судебной палаты—членъ мѣстнаго окружнаго суда по назначенію предсѣдателя этого суда (ст. 147).

Въ составъ присутствія не могутъ входить: 1) судьи, находящіеся между собой въ родствѣ по прямой линіи безъ ограниченія степеней, а въ боковыхъ линіяхъ—до четвертой и въ свойствѣ—до второй линіи включительно (ст. 149) и 2) судьи, участвовавшіе въ разрѣшеніи подлежащаго разбирательству дѣла въ низшей инстанціи (ст. 146).

При образованіи судебныхъ присутствій возможно вліяніе на разрѣшеніе дѣла въ томъ или иномъ направленіи посредствомъ подбора опредѣленнаго состава судей для опредѣленныхъ дѣлъ. Судьи различаются между собой большею или меньшею самостоятельностью характера, образомъ мыслей, политическими убѣжденіями и т. д. Имѣя въ виду эти различія, органъ власти, которому принадлежитъ право формировать судебныя присутствія (министръ юстиціи, предсѣдатель суда, назначенный министромъ), можетъ составлять ихъ такимъ образомъ, чтобы обезпечить разрѣшеніе того или другого дѣла въ желательномъ для себя смыслѣ [1]). Во избѣжаніе такого воздѣйствія составъ судебныхъ присутствій долженъ быть опредѣляемъ на извѣстный періодъ времени, въ теченіе котораго онъ оставался бы уже неизмѣннымъ. Это называютъ принципомъ устойчивости (Unverschiebbarkeit) въ коллегіальныхъ судахъ [2]). Распредѣленіе судей можетъ быть производимо либо предсѣдателями судовъ, либо президіумомъ (коллегіей, состоящей изъ пред-

---

[1]) Это практиковалось въ дѣйствительности преимущественно по отношенію къ уголовнымъ судамъ, когда имъ предстояло разрѣшать политическіе процессы. Такъ было, напр., въ 60-хъ годахъ въ Пруссіи, гдѣ „министръ юстиціи не стѣснялся образовывать уголовные департаменты чуть ли не для каждаго дѣла по своему усмотрѣнію". Aubin, 63.

[2]) Aubin, 61—62.

сѣдателя и товарищей предсѣдателя суда и одного или нѣсколькихъ членовъ, избранныхъ коллегіей, или старшихъ по службѣ), либо общимъ собраніемъ суда. Первый способъ принятъ въ Австріи, второй—въ Германіи, третій—у насъ. Изъ нихъ два послѣдніе цѣлесообразнѣе перваго, такъ какъ предупреждаютъ возможность проявленія предсѣдательскаго произвола [1]). Въ Австріи и Германіи распредѣленіе судей производится на одинъ годъ, а у насъ—безъ опредѣленія срока (ст. 78[4] учр. суд. уст.).

Обязанности членовъ присутствій сводятся къ участію въ разборѣ и разрѣшеніи дѣлъ. Поступающія въ судъ прошенія распредѣляются между ними по очереди для ближайшаго наблюденія за производствомъ дѣлъ (ст. 271 уст. гр. суд.); они докладываютъ дѣла въ засѣданіяхъ (ст. 327) и изготовляютъ рѣшенія и опредѣленія (ст. 710).

Кромѣ того, отдѣльные члены присутствія могутъ дѣйствовать въ качествѣ представителей всего присутствія, но не въ силу самаго закона, а по спеціальному порученію того присутствія, къ которому они принадлежатъ, или же присутствія другого суда. Это происходитъ въ случаяхъ, когда нужно произвести допросъ свидѣтелей, окольныхъ людей, повѣрку доказательствъ и т. п. (ст. 389, 413, 500[1—2] уст. гр. суд.). Присутствіе суда можетъ отрядить для производства этихъ дѣйствій одного изъ своихъ членовъ или поручить исполненіе ихъ другому судьѣ (мировому судьѣ, уѣздному члену). Отряженный членъ присутствія или дѣйствующій по порученію присутствія судья представляетъ въ своемъ лицѣ все присутствіе. Его дѣйствія равносильны дѣйствіямъ присутствія; его протоколы—не письменныя доказательства, подлежащія оцѣнкѣ суда, а официальные акты, констатирующіе совершеніе процессуальныхъ дѣйствій и одинаковые по значенію съ протоколами судебныхъ засѣданій. Только въ случаѣ жалобы на его дѣйствія судъ можетъ войти въ провѣрку содержанія протокола (ст. 389, 413, 504 уст. гр. суд.).

VI. При судебныхъ коллегіяхъ находятся канцеляріи, выполняющія часть работы по производству судебныхъ дѣлъ, такъ

[1]) Schrutka, Die Stellung, 76—77; Schmidt, Processrecht und Staatsrecht 1903, 59, Anm.

что между судьями и чинами канцелярій проведено раздѣленіе труда. Судьямъ предоставлено исполненіе чисто судейской функціи: направленіе процесса, воспріятіе и оцѣнка процессуальнаго матеріала, постановленіе рѣшенія. Остальныя дѣйствія, необходимыя при производствѣ дѣлъ, совершаются канцеляріей суда, которая ведетъ регистрацію поступающихъ въ судъ бумагъ, хранитъ ихъ, изготовляетъ протоколы засѣданій, постановленія суда и исполнительныя бумаги, посылаетъ тяжущимся повѣстки, копіи бумагъ и судебныхъ постановленій и т. д. [1]).

Канцелярія состоитъ изъ секретаря, его помощниковъ и писцовъ (ст. 120, 123 учр. суд. уст.); обязанности послѣднихъ могутъ исполнять и лица женскаго пола, но только по вольному найму и безъ правъ государственной службы [2]).

Секретари и ихъ помощники назначаются изъ числа лицъ, обладающихъ требуемымъ для занятія судейскихъ должностей образовательнымъ цензомъ, т.-е., получившихъ высшее юридическое образованіе или же доказавшихъ на службѣ свои познанія по судебной части (ст. 211 учр.). Въ окружныхъ судахъ и судебныхъ палатахъ они избираются и утверждаются въ должностяхъ предсѣдателями этихъ учрежденій (ст. 218). Въ сенатѣ оберъ-секретари назначаются министромъ юстиціи по представленію оберъ-прокуроровъ, а помощники оберъ-секретарей—самими оберъ-прокурорами (ст. 217).

Въ отношеніи надзора и дисциплинарной отвѣтственности секретари и ихъ помощники находятся въ такомъ же положеніи, какъ члены судовъ (ст. 249 и сл.), но могутъ быть подвергаемы дисциплинарнымъ взысканіямъ по усмотрѣнію назначившаго ихъ лица (ст. 266, 267). Только вычетамъ изъ времени службы и перемѣщенію съ высшей должности на низшую они могутъ подлежать не иначе, какъ по приговорамъ дисциплинарнаго суда, которымъ для нихъ служитъ общее собраніе того судебнаго мѣста, гдѣ они служатъ (ст. 268).

---

[1]) Малышевъ, I, § 2; Азаревичъ, I, 303—307; Завадскій и Ивановъ. Судебныя канцеляріи во Франціи, Италіи и Германіи (Журн. М. Ю. 1895 № 10).

[2]) Законъ 9 мая 1900 г. (Шрейберъ, 165—166).

Прочіе чиновники судебныхъ канцелярій назначаются предсѣдателями судовъ (ст. 218), а въ сенатѣ — оберъ-прокурорами (ст. 217).

VII. Секретарь является необходимымъ соучастникомъ суда при совершеніи большинства процессуальныхъ дѣйствій. Онъ присутствуетъ въ засѣданіяхъ (ст. 140 учр.), ведетъ протоколы этихъ засѣданій, общій журналъ о каждомъ засѣданіи и особые протоколы по каждому дѣлу (ст. 163, 164 учр., 835 уст. угол. суд.) и скрѣпляетъ своей подписью эти журналы, протоколы, а также рѣшенія и опредѣленія суда, копіи и выписки изъ нихъ (ст. 713, 717 уст. гражд. суд.). Выполненіе этихъ функцій придаетъ секретарю значеніе самостоятельнаго и необходимаго процессуальнаго дѣятеля. Если засѣданіе суда происходило безъ секретаря, то это обстоятельство является поводомъ къ отмѣнѣ рѣшенія (угол. деп. 79 № 51); если на перечисленныхъ бумагахъ и документахъ нѣтъ секретарской скрѣпы, то они не имѣютъ юридической силы (угол. 69 № 298). „Въ этой части своихъ функцій секретарь стоитъ рядомъ съ судьей, не ниже его, ибо онъ дѣлаетъ то, чего судьѣ дѣлать нельзя“ [1]).

Предсѣдатель суда *можетъ, напр., продиктовать* секретарю проектъ *протокола засѣданія, но не имѣетъ права приказать секретарю подписать его, и если* секретарь находитъ этотъ проектъ не точнымъ, то можетъ изложить свою оговорку, которая должна быть пріобщена къ протоколу (угол. 67 № 522), а судъ въ особомъ постановленіи обязанъ дать свое заключеніе по поводу происшедшаго разногласія (угол. 99 № 5).

Но дальше этихъ предѣловъ права секретаря не простираются. Онъ не можетъ принимать участія въ собираніи и оцѣнкѣ процессуальнаго матеріала, въ постановленіи рѣшеній, не можетъ даже излагать въ письмѣ резолюцій суда, такъ какъ законъ требуетъ, чтобы онѣ писались предсѣдателемъ присутствія (ст. 700 уст. гр. суд.; о. с. 75 № 44); наконецъ, предсѣдатель суда не въ правѣ поручать ему изготовленіе рѣшеній и опредѣленій, что́ составляетъ обязанность членовъ суда (о. с. 72 № 48).

---

1) Wach, 320.

Будучи членомъ присутствія съ самостоятельными правами, секретарь можетъ быть отводимъ сторонами и долженъ самъ себя устранять по тѣмъ же основаніямъ, какъ и члены суда. Такъ прямо и постановляютъ германскій (ст. 49) и австрійскій уставы (ст. 26 зак. объ отправл. правос.). Но въ нашемъ уставѣ такого правила нѣтъ, а сенатъ нашелъ, что отказъ въ просьбѣ тяжущагося объ устраненіи секретаря, участвовавшаго въ данномъ дѣлѣ въ качествѣ повѣреннаго одной изъ сторонъ, „не можетъ служить поводомъ къ отмѣнѣ рѣшенія, такъ какъ по уставу гражд. суд. секретари не принимаютъ участія въ рѣшеніи дѣла, и посему присутствованіе ихъ при слушаніи дѣла не можетъ имѣть вліянія ни на докладъ, ни на рѣшеніе дѣла“ (70 № 1870). Но секретарь присутствуетъ въ засѣданіи не пассивно, а удостовѣряетъ совершаемыя тамъ процессуальныя дѣйствія; поэтому представляется необходимымъ, чтобы онъ обладалъ качествами достовѣрнаго свидѣтеля [1]), т.-е., былъ безпристрастенъ. А такъ какъ отводъ и самоустраненіе являются средствами обезпеченія безпристрастія, то они должны имѣть примѣненіе и въ отношеніи секретарей.

VII. Современные иностранные кодексы опредѣляютъ функціи канцеляріи и секретарей такимъ же почти образомъ, нѣсколько расширяя кругъ дѣятельности секретарей [2]). Такъ, во Франціи секретари производятъ публичную продажу движимостей въ тѣхъ мѣстностяхъ, гдѣ нѣтъ спеціальныхъ аукціонистовъ [3]); въ Германіи—выдаютъ исполнительные листы, участвуютъ въ опредѣленіи суммы судебныхъ издержекъ и проч. [4]). Совершенно особое положеніе занимаютъ они въ Англіи, гдѣ исполняютъ часть судейскихъ функцій: на нихъ возложена подготовка дѣлъ къ слушанію, разрѣшеніе различныхъ необходимыхъ предваритель. ныхъ вопросовъ и даже постановленіе рѣшеній въ случаѣ не-

---

[1]) Wetzell, 432—433.

[2]) Франц. уст., ст. 1040. Garsonnet, I, § 209. Герм., §§ 163, 165, 315. Австр., ст. 213 (въ переводѣ Тура пропущено нѣсколько словъ), 418. Завадскій и Ивановъ, 22 и сл., 126—129. Gerland. Die englische Gerichtsverfassung, 1910 253 ff., 369 ff., 395 ff., 414 ff.

[3]) Завадскій и Ивановъ, 38.

[4]) Герм. уст., §§ 724 и сл., 105.

явки истца (а иногда и отвѣтчика) или признанія отвѣтчикомъ иска, а также по мелкимъ дѣламъ (до 20 руб.), и проч. [1]).

VIII. Порядокъ дѣлопроизводства судебныхъ мѣстъ, внутреннее устройство и дѣлопроизводство канцелярій опредѣляются общимъ наказомъ для всѣхъ судовъ и особыми наказами—для каждаго изъ нихъ въ отдѣльности (ст. 166 учр.). Общій наказъ до сихъ поръ не былъ изданъ. Его замѣняютъ временныя правила 15 марта 1866 г. относительно внутренняго распорядка въ судебныхъ установленіяхъ [2]), инструкціи и циркуляры высшихъ судебныхъ инстанцій и министра юстиціи (прим. къ 173 ст. учр.) [3]).

Особые наказы составляются окружными судами и судебными палатами въ распорядительныхъ засѣданіяхъ, утверждаются общими собраніями и препровождаются министру юстиціи, который, найдя необходимымъ сдѣлать въ нихъ какія-либо измѣненія, представляетъ объ этомъ соединенному присутствію 1-го и кассаціонныхъ департаментовъ сената (ст. 168 и сл. учр. суд. уст.).

По содержанію своему наказы касаются „внутренняго распорядка“ и „подробностей дѣлопроизводства“ (ст. 166 и 168 учр.). Они должны заключать въ себѣ не „существенныя основанія судопроизводства, нарушеніе которыхъ влекло бы за собою потерю права частными лицами“, а „наставленія, указывающія судьямъ лучшіе способы исполненія возлагаемыхъ на нихъ обязанностей“ (объясн. къ 168 ст.). Таковы, напр., правила о порядкѣ вступленія и движенія дѣлъ, о принятіи и храненіи денежныхъ суммъ, времени открытія засѣданій, очереди дежурства судей для принятія прошеній и т. д.

Особые наказы для того, чтобы имѣть обязательную силу

---

[1]) Stein. Zur Justizreform, 33 ff. Gerland, l. c. Насколько секретари облегчаютъ работу судей, видно изъ того, что 90—95% поступающихъ дѣлъ оканчиваются, не доходя до судей, и только 5—10% разрѣшаются судьями. Stein, 36—37.

[2]) Они напечатаны, между прочимъ, въ изданіяхъ учрежденія судебныхъ установленій Громачевскаго (стр. 124—128), Шрейбера (стр. 591) и Щегловитова (стр. 349).

[3]) По первоначальной редакціи 171 ст. учрежд. суд. уст. (20 ноября 1864 г.), измѣненія наказовъ дѣлались общимъ собраніемъ кассаціонныхъ департаментовъ, безъ участія 1-го департамента, не имѣющаго никакого отношенія къ судебному вѣдомству. Нынѣшній порядокъ введенъ закономъ 1885 г.

должны удовлетворять двумъ условіямъ: во-1-хъ, не противорѣчить законамъ (ст. 170 учр. суд. уст.) и, во-2-хъ, не противорѣчить общему наказу (ст. 170) или замѣняющимъ его временнымъ правиламъ 15 марта 1866 г.

Особые наказы публикуются во всеобщее свѣдѣніе (ст. 173) [1]) но это правило не имѣетъ безусловнаго значенія, такъ какъ съ нарушеніемъ его не связана недѣйствительность наказовъ, и такъ какъ наказы, относясь къ внутреннему распорядку и дѣлопроизводству судовъ и не затрагивая процессуальныхъ правъ частныхъ лицъ, обезпечиваемыхъ нормами устава судопроизводства, не требуютъ, по самому существу своему, обнародованія во всеобщее свѣдѣніе.

IX. Мировые судьи, городскіе судьи, земскіе начальники и уѣздные члены окружныхъ судовъ отправляютъ правосудіе единолично. Они имѣютъ канцеляріи, но сами завѣдуютъ своимъ дѣлопроизводствомъ, сами ведутъ протоколы своихъ засѣданій и сами пишутъ судебныя рѣшенія (ст. 101, 124, 139—143 уст. гражд. суд., ст. 93, 94, 100—102 прав. произв. суд. дѣлъ), не имѣя права поручать этихъ дѣйствій письмоводителямъ и писцамъ, какъ лицамъ неофиціальнымъ и не несущимъ самостоятельной отвѣтственности (о. с. 83 № 6) [2]). Почетные мировые судьи не имѣютъ ни опредѣленныхъ участковъ, ни канцелярій; они разбираютъ дѣла только въ тѣхъ случаяхъ, когда обѣ тяжущіяся стороны обратятся къ нимъ (ст. 46 учр. суд. уст.).

X. Низшіе суды второй инстанціи (мировые съѣзды, уѣздные съѣзды и верхніе крестьянскіе суды) устроены по образцу общихъ коллегіальныхъ судовъ. Они разрѣшаютъ дѣла въ составѣ трехъ членовъ и обладаютъ канцеляріями, во главѣ которыхъ стоятъ секретари, завѣдующіе дѣлопроизводствомъ (ст. 56, 59 учр. суд. уст., ст. 81 пол. земск. нач., ст. 126 прав. произв. суд. дѣлъ, ст. 31 кн. 1 вол. суд. уст. приб. губ.).

---

[1]) Они перечислены въ Указателѣ литературы Поворинскаго (т. I, № 3570 и сл., 4487—4489; т. II, №№ 1959, 1960).

[2]) Результатомъ такого положенія являются обремененіе единоличныхъ судей механической канцелярской работой, отнимающей у нихъ напрасно много времени и силъ. Учрежденіе должности штатнаго секретаря при единоличныхъ судахъ составляетъ насущную потребность. Ч. Канцеляріи мировыхъ судей (Журн. М. Ю. 1910 № 1, 132 и сл.).

Однако эти суды *отличаются отъ общихъ нѣкоторыми* важными особенностями. Такъ, членами съѣздовъ являются не особые судьи, а единоличные судьи первой инстанціи, засѣдающіе по очереди (ст. 51, 56[1] учр., ст. 67 и 68 пол. учр., зав. кр. д.). Въ составъ верхнихъ крестьянскихъ судовъ входятъ предсѣдатели волостныхъ судовъ, тоже приглашаемые по очереди (ст. 29 кн. 1 вол. суд. уст.).

Затѣмъ, въ мировыхъ съѣздахъ предсѣдатели выбираются мировыми судьями изъ своей среды на три года (ст. 53 учр.), а въ губерніяхъ: кіевской, подольской, волынской, прибалтійскихъ, въ Царствѣ Польскомъ, въ Вильнѣ и Астрахани назначаются правительствомъ (прим. къ 53 ст., ст. 505, 560, 563 учр. суд. уст.). Предсѣдателями уѣздныхъ съѣздовъ являются уѣздные предводители дворянства, а въ тѣхъ мѣстностяхъ, гдѣ нѣтъ дворянскаго представительства,—особо назначаемыя правительствомъ лица (ст. 72 пол. учр., зав. кр. д.). Верхніе крестьянскіе суды тоже имѣютъ особыхъ предсѣдателей (ст. 30 кн. 1 вол. суд. уст.).

Наконецъ, дѣлопроизводство въ мировомъ съѣздѣ возложено, кромѣ секретаря, еще и на непремѣннаго члена, который избирается мировыми судьями изъ своей среды (ст. 57 учр. суд. уст.). Непремѣнному члену предоставлены закономъ приготовительныя распоряженія по дѣламъ, подлежащимъ разсмотрѣнію съѣзда, какъ, *напр.*, пріемъ *всѣхъ подаваемыхъ тяжущимися* бумагъ (о. с. 74 № 47; 80 № 70), пріемъ денегъ и веденіе денежныхъ дѣлъ съѣзда (о. с. 80 № 70) и исполненіе другихъ обязанностей, возложенныхъ на нихъ правилами уставовъ гражданскаго и уголовнаго судопроизводства (ст. 57 учр.).

Обязанности непремѣннаго члена исполняютъ въ Царствѣ Польскомъ (ст. 518) и прибалтійскихъ губерніяхъ (ст. 577) предсѣдатели мировыхъ съѣздовъ; въ архангельской губерніи—члены окружныхъ судовъ или мировые судьи, по постановленію общихъ собраній окружныхъ судовъ (ст. 616), а въ азіатской Россіи—члены окружныхъ судовъ (ст. 636, 660). Въ уѣздныхъ съѣздахъ непремѣнныхъ членовъ пѣтъ. Ихъ обязанности исполняютъ уѣздные члены окружныхъ судовъ (ст. 71 пол. учр., зав. кр. д.).

Особые наказы для мировыхъ судей и съѣздовъ составляются по распоряженію съѣздовъ и утверждаются ими въ составѣ не

менѣе половины всѣхъ мировыхъ судей округа, а затѣмъ представляются, подобно наказамъ окружныхъ судовъ, министру юстиціи (ст. 74 учр. суд. уст.). Для городскихъ судей особые наказы составляются окружными судами (ст. 12 прав. устр. суд. ч.), а для уѣздныхъ съѣздовъ—самими съѣздами и, по разсмотрѣніи ихъ губернскими присутствіями, утверждаются министромъ внутреннихъ дѣлъ (ст. 83 и 110 пол. учр., зав. кр. д.).

XI. Губернскія присутствія, въ качествѣ третьей инстанціи судебно-административныхъ учрежденій, образованы изъ губернатора, являющагося въ нихъ предсѣдателемъ, вице-губернатора, губернскаго предводителя дворянства, прокурора окружнаго суда, двухъ непремѣнныхъ членовъ и предсѣдателя или члена окружнаго суда (ст. 97 пол. учр., зав. кр. д.). При губернскомъ присутствіи имѣются секретарь, назначаемый губернаторомъ, и канцелярія (ст. 100). Наблюденіе за дѣлопроизводствомъ лежитъ на непремѣнныхъ членахъ (ст. 103).

XII. Волостные суды организованы повсюду коллегіально и засѣдаютъ въ составѣ трехъ членовъ (ст. 21 кн. I вол. суд. уст. прибалт. губ., ст. 119, 154, п. 1 общ. пол. кр.). Предсѣдатель волостного суда въ прибалтійскихъ губерніяхъ выбирается волостными судьями изъ своей среды на три года и утверждается мировымъ съѣздомъ (ст. 10, 13 вол. уст.); въ мѣстностяхъ, гдѣ введены земскіе начальники, предсѣдателя волостного суда назначаетъ уѣздный съѣздъ, при чемъ можетъ выбрать его изъ числа волостныхъ судей или же назначить имъ волостного старшину (ст. 113 пол. объ учр.); о предсѣдателяхъ волостныхъ судовъ въ мѣстностяхъ, гдѣ примѣняется общее положеніе о крестьянахъ, законъ умалчиваетъ.

Дѣлопроизводствомъ въ волостныхъ судахъ завѣдуетъ волостной писарь (вол. суд. уст., кн. I, ст. 16, 112, 122, общ. пол. о крест., ст. 109, 112, 171) или одинъ изъ волостныхъ судей по назначенію земскаго начальника (тамъ же, ст. 121).

§ 30.

Второстепенные судебные дѣятели [1]).

Кромѣ канцелярій съ секретарями, ихъ помощниками и писцами, при коллегіальныхъ судахъ состоятъ еще чины прокуратуры [2]), адвокаты и нѣкоторыя должностныя лица низшихъ категорій, именно: судебные пристава, судебные разсыльные, присяжные переводчики, присяжные фотографы.

I. Судебные пристава являются органами судебной полиціи. Они исполняютъ троякаго рода функціи. Изъ нихъ основная и главная, ради которой они организованы въ видѣ особаго класса должностныхъ лицъ, заключается въ исполненіи судебныхъ рѣшеній и опредѣленій (ст. 60, 297, 545 учр. суд. уст., ст. 158, 937 и сл. уст. гр. суд.). Вторая функція ихъ состоитъ въ доставленіи тяжущимся и другимъ участвующимъ въ дѣлахъ лицамъ повѣстокъ и бумагъ изъ судовъ (ст. 321, 322 и 545 учр. суд. уст., ст. 278, 305 и 306 уст. гр. суд.), а третья—въ исполненіи распоряженій предсѣдателя и предсѣдательствующихъ въ засѣданіяхъ присутствій (ст. 143, 321 и 545 учр. суд. уст.).

Спеціальные органы для исполненія распоряженій и рѣшеній судовъ существовали уже въ Римѣ (executores) и въ средневѣковой Европѣ (nuntii, caualerii). Они были извѣстны и древней Россіи (отроки, мечники и дѣтскіе Русской Правды, приставы и подвойскіе судныхъ грамотъ и княжескаго Судебника). Но у насъ съ теченіемъ времени ихъ вытѣснила общая полиція, сдѣлавшаяся къ XVIII вѣку единственной исполнительницей судеб-

---

[1]) Малышевъ, §§ 90—91. Азаревичъ, I, 277 и сл. Гольмстенъ, 86—90. Нефедьевъ, §§ 34—35. Носенко. Судебные пристава общихъ судебныхъ учрежденій, 1899. Преображенскій. Руководство для судебныхъ приставовъ, чиновъ полиціи и взыскателей, 1911.

[2]) Главная обязанность прокурорскаго надзора, заключающаяся въ „обличеніи обвиняемыхъ“ въ преступныхъ дѣяніяхъ предъ судомъ (ст. 4 уст. гражд. суд.), относится къ области уголовнаго судопроизводства. Въ гражданскомъ же процессѣ дѣятельность прокуратуры ограничивается дачей заключеній по нѣкоторымъ категоріямъ дѣлъ и исполненіемъ роли тяжущейся стороны въ дѣлахъ брачныхъ и о законности рожденія. Поэтому устройство прокуратуры излагается въ наукѣ уголовнаго процесса. Объ адвокатурѣ будетъ рѣчь въ §§ 32 и 33.

ныхъ рѣшеній. Неудобства, связанныя съ такимъ порядкомъ, привели, при реформѣ 1864 г., къ созданію особаго класса судебныхъ приставовъ [1]).

А. Судебные пристава общихъ судебныхъ учрежденій назначаются на должности предсѣдателемъ того суда первой или второй инстанціи, при которомъ имѣютъ состоять, а пристава кассаціоннаго департамента сената—оберъ-прокуроромъ этого департамента (ст. 62 и 300 учр. суд. уст.).

Судебными приставами не могутъ быть: несовершеннолѣтніе; иностранно-подданные; объявленные несостоятельными должниками; состоящіе на государственной или общественной службѣ; подвергшіеся по судебному приговору ограниченію или лишенію правъ состоянія; лишенные духовнаго сана по приговору духовнаго суда; состоящіе подъ слѣдствіемъ по обвиненію въ преступленіяхъ, влекущихъ за собою лишеніе или ограниченіе правъ состоянія, или неоправданные судомъ по обвиненію въ такихъ преступленіяхъ; исключенные по суду изъ службы или изъ духовнаго вѣдомства за пороки или изъ среды обществъ и дворянскихъ собраній по приговорамъ сословій; лишенные по суду права быть повѣренными по чужимъ дѣламъ (ст. 299). Опредѣленнаго образовательнаго ценза отъ кандидатовъ въ судебные пристава не требуется, но лица, которымъ предоставлено замѣщеніе этихъ должностей, обязаны удостовѣряться „въ благонадежной нравственности и способностяхъ кандидатовъ къ исполненію принимаемыхъ ими на себя обязанностей“ (ст. 300).

Кандидаты, удостоившіеся избранія, допускаются къ исполненію обязанностей судебныхъ приставовъ по внесеніи денежнаго залога (обыкновенно въ размѣрѣ 600 руб.) для обезпеченія убытковъ, которые могутъ произойти отъ ихъ неправильныхъ дѣйствій по службѣ, и по принятіи установленной присяги (ст. 301, 302). Черезъ годъ, при условіи надлежащаго исполненія служебныхъ обязанностей, судебные пристава утверждаются въ должностяхъ (ст. 308). При исполненіи своихъ функцій они подлежатъ устраненію и обязаны устранять себя, если въ дѣлѣ

---

[1]) Объясн. къ 924 ст. уст. гр. суд. Подробное изложеніе правъ и обязанностей судебныхъ приставовъ по исполненію судебныхъ рѣшеній относится къ ученію объ исполнительномъ процессѣ.

участвуютъ ихъ жены или родственники до четвертой и свойственники до второй степени включительно (ст. 324). Дисциплинарная власть надъ ними принадлежитъ назначившимъ ихъ на должности лицамъ, которыя имѣютъ право подвергать ихъ замѣчаніямъ, выговорамъ и аресту до семи дней; болѣе строгія взысканія могутъ быть налагаемы тѣмъ судомъ, при которомъ пристава состоятъ, послѣ дисциплинарнаго производства (ст. 329). Убытки, причиненные неправильными дѣйствіями судебнаго пристава, возмѣщаются по судебному рѣшенію изъ залога, представленнаго приставомъ, а въ случаѣ недостаточности залога,— изъ прочаго имущества пристава (ст. 331).

Судебные пристава получаютъ содержаніе по штату и, кромѣ того, взимаютъ за исполненіе служебныхъ дѣйствій по просьбамъ частныхъ лицъ особое вознагражденіе по таксѣ. Это вознагражденіе вносится въ казначейства на счетъ спеціальныхъ средствъ министерства юстиціи и затѣмъ, по истеченіи каждой трети года, распредѣляется между всѣми приставами имперіи, судебными палатами или совѣтами судебныхъ приставовъ, гдѣ они существуютъ, „соразмѣрно ихъ трудамъ и мѣстнымъ обстоятельствамъ“ (ст. 312—314) [1]).

Судебнымъ приставамъ округа каждой палаты предоставлено право избрать изъ своей среды совѣтъ въ составѣ старшины и нѣсколькихъ (отъ 5 до 9, смотря по числу приставовъ въ данномъ округѣ) членовъ, безъ опредѣленія срока ихъ полномочій. По желанію не менѣе половины судебныхъ приставовъ округа, составъ совѣта возобновляется посредствомъ новыхъ выборовъ. Совѣтъ наблюдаетъ за дѣятельностью приставовъ, разбираетъ споры между ними и жалобы на нихъ со стороны частныхъ лицъ, распредѣляетъ между ними вознагражденіе, взысканное по таксѣ, имѣетъ право подвергать ихъ предостереженіямъ, замѣчаніямъ и выговорамъ и возбуждать вопросъ о наложеніи на нихъ болѣе строгихъ взысканій предсѣдателемъ суда или общимъ собраніемъ суда. На постановленія совѣта, за исключеніемъ налагающихъ на приставовъ дисциплинарныя наказанія,

[1]) Порядокъ внесенія этихъ суммъ въ казначейства и распредѣленія ихъ указанъ въ циркулярѣ министра юстиціи отъ 21 марта 1875 г., № 5213 (напечатанъ въ изданіи учр. суд. уст. Щ е г л о в и т о в а, стр. 166—167).

допускаются жалобы въ судебную палату въ двухнедѣльный срокъ (ст. 333—343) [1]).

Судебные пристава могутъ ходатайствовать [2]) черезъ посредство своихъ совѣтовъ *о разрѣшеніи имъ образовать товарищество* съ круговой порукой другъ за друга. Если при такомъ ходатайствѣ будутъ указаны источники для покрытія могущихъ произойти отъ неправильныхъ дѣйствій приставовъ убытковъ, то палата разрѣшаетъ образованіе товарищества и передаетъ совѣту внесенные приставами при назначеніи на должности залоги. Съ этого времени обязанность вознаграждать частныхъ лицъ за причиненные имъ неправильными дѣйствіями приставовъ убытки переходитъ цѣликомъ на совѣтъ, и вмѣстѣ съ тѣмъ расширяются его дисциплинарныя права: онъ получаетъ возможность безапелляціонно лишать приставовъ причитающагося на ихъ долю вознагражденія по таксѣ и штрафовать на суммы отъ пяти до ста рублей, увольнять ихъ по прошеніямъ, удалять по неблагонадежности и неспособности, принимать на ихъ мѣсто другихъ и добавлять къ штатнымъ приставамъ еще нештатныхъ, доводя о всякой перемѣнѣ въ составѣ приставовъ до свѣдѣнія предсѣдателей и прокуроровъ палаты и подвѣдомственныхъ ей *окружныхъ судовъ (ст. 344—352).*

Б. Изложенныя правила распространяются и на судебныхъ приставовъ варшавскаго коммерческаго суда (ст. 545, 546). Но пристава столичныхъ и одесскаго коммерческихъ судовъ, именуемые „присяжными“, находятся въ другомъ положеніи. Они назначаются по представленіямъ коммерческихъ судовъ, въ столицахъ—губернскими правленіями, а въ Одессѣ — градоначальникомъ (ст. 22 уст. суд. торг.), считаются состоящими на государственной службѣ и пользуются всѣми предоставляемыми ею правами (ст. 24). Никакихъ спеціальныхъ постановленій относительно требуемаго отъ нихъ ценза и отвѣтственности законъ не устанавливаетъ.

В. При уѣздныхъ съѣздахъ судебныхъ приставовъ нѣтъ. Ихъ обязанности исполняются общей полиціей или приставами окружныхъ судовъ (ст. 105 и 127 прав. произв. суд. д.). Точно также

---

[1]) Выбрали совѣтъ пока только пристава петербургскаго округа.

[2]) Такихъ ходатайствъ не послѣдовало.

нѣтъ судебныхъ приставовъ при губернскихъ присутствіяхъ, волостныхъ судахъ и верхнихъ крестьянскихъ судахъ. Но они могутъ быть назначаемы при мировыхъ съѣздахъ (ст. 60 учр. суд. уст.), при чемъ назначеніе производится предсѣдателемъ съѣзда, подъ надзоромъ котораго они и состоятъ, подчиняясь его дисциплинарной власти (ст. 62 учр.). Выборъ лицъ, пригодныхъ для исполненія обязанностей судебныхъ приставовъ, всецѣло зависитъ отъ предсѣдателя съѣзда, усмотрѣніе котораго ничѣмъ не ограничено. Внесеніе залога требуется отъ судебныхъ приставовъ только въ губерніяхъ кіевской, подольской и волынской, а также въ городахъ Вильнѣ и Астраханп—въ размѣрѣ не свыше 400 руб. (прим. къ 60 ст. учр.).

II. Судебные разсыльные. Въ помощь судебнымъ приставамъ могутъ быть назначаемы предсѣдателями судовъ и палатъ судебные разсыльные для врученія тяжущимся повѣстокъ и бумагъ, а также для исполненія, по порученію предсѣдателей судовъ, такихъ дѣйствій, которыя не относятся къ исполненію рѣшеній. Разсыльные не пользуются правами государственной службы, но получаютъ жалованье и, сверхъ того, вознагражденіе по особой таксѣ. Ихъ права и обязанности при исполненіи служебныхъ функцій и отвѣтственность опредѣляются правилами, установленными для судебныхъ приставовъ (ст. 352^{1-5}). Судебные разсыльные при столичныхъ и одесскомъ коммерческихъ судахъ называются присяжными служителями (ст. 4 уст. суд. торг.). Они назначаются и увольняются самимъ судомъ (ст. 23), но считаются состоящими на государственной службѣ (ст. 24).

III. Присяжные переводчики. Участіе въ процессахъ лицъ, не понимающихъ по-русски, сдѣлало необходимымъ учрежденіе особой должности присяжнаго переводчика при судахъ тѣхъ округовъ, гдѣ населеніе отличается смѣшаннымъ составомъ. Они назначаются министромъ юстиціи изъ русскихъ подданныхъ, совершеннолѣтнихъ, не опороченныхъ по суду или по общественному приговору и выдержавшихъ испытаніе въ иностранныхъ языкахъ. Ихъ дѣятельность состоитъ въ переводѣ бумагъ и провѣркѣ переводовъ съ тѣхъ языковъ и на тѣ языки, въ которыхъ они выдержали испытаніе, а также въ изготовленіи

и провѣркѣ копій съ писанныхъ на этихъ языкахъ документовъ. Должность присяжнаго переводчика несовмѣстима ни съ какой другой должностью, кромѣ должности нотаріуса. За исполненіе работъ по порученію судебныхъ и правительственныхъ учрежденій они получаютъ вознагражденіе по таксѣ, а за исполненіе работъ для частныхъ лицъ—либо по той же таксѣ, либо по соглашенію. Въ остальномъ ихъ дѣятельность и отвѣтственность опредѣляются по правиламъ, установленнымъ для нотаріусовъ (ст. 421 — 429). Спеціальные переводчики могутъ быть назначаемы и при уѣздныхъ съѣздахъ астраханской, оренбургской, ставропольской и вологодской губерній (прим. къ 74 ст. пол. учр., зав. кр. д.).

IV. Присяжный фотографъ для производства судебно-фотографическихъ изслѣдованій по уголовнымъ и гражданскимъ дѣламъ состоитъ при прокурорѣ петербургской палаты. У него имѣется помощникъ. По служебному положенію онъ приравнивается къ секретарю, а его помощникъ — къ помощнику секретаря при прокурорѣ палаты. Эти должности могутъ быть замѣщаемы по найму (ст. 429^{1-3}). Сверхъ жалованія фотографъ и его помощникъ получаютъ вознагражденіе наравнѣ съ экспертами (прим. къ ст. 860 уст. гр. суд.). Обращаться къ нимъ для производства судебно-фотографическихъ изслѣдованій по вопросамъ, касающимся подлинности документовъ, могутъ судебныя учрежденія не только петербургскаго, но и другихъ округовъ [1]).

§ 31.

Необходимыя реформы.

Въ предшествующихъ параграфахъ, при изложеніи современнаго устройства судовъ въ Россіи, были указаны его недостатки и намѣчено то направленіе, въ какомъ желательно было бы подвергнуть его преобразованію. Въ дополненіе къ этому не-

---

[1]) Цирк. мин. юст. 1892 № 31775, 1894 № 30729 (Шрейберъ, стр. 429; Щегловитовъ, стр. 225).

обходимо еще коснуться вопроса о спеціальныхъ судахъ и подробнѣе остановиться на реформѣ мѣстной низшей юстиціи.

I. Дѣла, касающіяся имущественныхъ и личныхъ отношеній между супругами, разрѣшаются обще-гражданскими судами (ст. 1337 уст. гражд. суд.). Но признаніе дѣйствительности или недѣйствительности самого брака, а также расторженіе его подлежатъ компетенціи духовныхъ судовъ. Этихъ судовъ столько же, сколько различныхъ вѣроисповѣданій въ Россіи, и каждый судъ организованъ иначе и руководствуется особыми правилами.

Такой порядокъ является естественнымъ результатомъ отсутствія у насъ гражданской формы совершенія брака. Пока она не будетъ введена, до тѣхъ поръ не можетъ быть рѣчи о подчиненіи дѣлъ, касающихся дѣйствительности и расторженія брака, свѣтскимъ судамъ.

II. Другая категорія спеціальныхъ судовъ—коммерческіе суды, отличающіеся отъ обыкновенныхъ судовъ какъ по своему составу (см. стр. 66), такъ и по примѣняемымъ ими правиламъ производства: вмѣсто устава гражданскаго судопроизводства они руководствуются уставомъ торговаго судопроизводства, изданнымъ еще въ 1832 г., во многихъ отношеніяхъ устарѣлымъ и построеннымъ на принципахъ, отвергнутыхъ при судебной реформѣ 1864 г. (только варшавскій судъ примѣняетъ правила устава гражданскаго суд.) [1]).

Существованіе особыхъ судовъ для разрѣшенія споровъ, возникающихъ изъ торговыхъ сдѣлокъ, не представляло и въ настоящее время не представляетъ повсемѣстнаго явленія. Такіе суды были въ древнемъ Египтѣ и въ Аѳинахъ, но ихъ не знали римляне. Въ средніе вѣка они развились въ торговыхъ городахъ Италіи и Испаніи, а затѣмъ и въ другихъ государствахъ. Въ послѣдующее время они то сливались съ общими судами, то снова обособлялись. Теперь они сохранились во Франціи, Бельгіи и отчасти въ Австріи. Напротивъ, въ другихъ государствахъ и, притомъ, такихъ, гдѣ торговля наиболѣе развита, они отсутствуютъ. Такъ, ихъ нѣтъ въ Англіи, Голландіи, Италіи, Соединенныхъ Штатахъ, а въ Германіи, гдѣ они существовали во мно-

1) Ст. 1629 уст. гражд. суд.

ихъ мѣстностяхъ раньше, ихъ замѣнили торговыя отдѣленія общихъ (земскихъ) судовъ.

Въ Россіи [1]) торговые суды стали появляться съ XII в. (новгородскій судъ ивановскаго купечества). Новоторговымъ уставомъ 1667 г. былъ учрежденъ особый приказъ для суда и расправы „купецкимъ людямъ“ и таможенные суды, которые Петръ I, уничтоживъ приказы, подчинилъ коммерцъ-коллегіи. По упраздненіи внутреннихъ таможенъ, таможенные суды сохранились только въ пограничныхъ и портовыхъ городахъ, а въ прочихъ ихъ мѣсто заняли словесные суды при магистратахъ и ратушахъ, удержавшіеся до судебной реформы 1864 г. Независимо отъ нихъ стали учреждаться въ началѣ XIX вѣка коммерческіе суды по французскому образцу. Первый судъ былъ открытъ въ Одессѣ (въ 1808 г.) по иниціативѣ мѣстной администраціи, которая поддержала ходатайство объ этомъ иностранныхъ купцовъ, проживавшихъ въ Одессѣ. Въ 1832 г. были изданы общее учрежденіе коммерческихъ судовъ и уставъ торговаго судопроизводства, сохранившіе силу и по настоящее время.

Съ введеніемъ въ дѣйствіе судебныхъ уставовъ 1864 г. всѣ виды торговыхъ судовъ были упразднены, кромѣ коммерческихъ. Для разрѣшенія вопроса объ ихъ дальнѣйшемъ существованіи была учреждена комиссія, которая пришла къ заключенію, что они совершенно излишни, такъ какъ торговыя дѣла могутъ быть съ полнымъ успѣхомъ разбираемы общими судами. Нѣсколько коммерческихъ судовъ было упразднено, но въ 1871 г. новая комиссія высказалась за сохраненіе ихъ и выработала проектъ устава торговаго судопроизводства. Однако онъ не получилъ утвержденія, и упраздненіе коммерческихъ судовъ продолжалось. При пересмотрѣ судебныхъ уставовъ въ 1904 и слѣд. годахъ опять былъ поставленъ на очередь вопросъ о судьбѣ этихъ судовъ и разрѣшенъ въ томъ смыслѣ, что 30-лѣтній опытъ ясно показалъ совершенную ненужность ихъ [2]). Послѣ этого было закрыто еще нѣсколько судовъ, такъ что въ настоящее время ихъ

[1]) Малышевъ, III, 215 и сл.; Федоровъ. Курсъ торговаго права, 1911, 89 и сл.; Шершеневичъ. Курсъ торговаго права, IV, 1912, § 175.

[2]) Объясн. зак. къ учр. суд. уст., II, 383 и сл.

осталось всего четыре: въ столицахъ, въ Одессѣ и Варшавѣ. Ихъ должна постигнуть та же участь [1]). Дѣйствительно, нѣтъ никакого основанія сохранять ихъ только въ четырехъ городахъ, тогда какъ они уничтожены во всѣхъ другихъ и даже такихъ, гдѣ торговля наиболѣе развита (напр., въ Нижнемъ-Новгородѣ, Ростовѣ, Ригѣ), при чемъ отсутствіе ихъ не приноситъ никакого вреда и не создаетъ никакихъ неудобствъ. Существующее же положеніе вещей, когда торговыя дѣла въ нѣсколькихъ мѣстностяхъ разбираются коммерческими судами, рѣзко отличающимися какъ по своему составу, такъ и по порядку судопроизводства отъ общихъ судовъ, а во всемъ остальномъ государствѣ—подлежатъ вѣдѣнію общихъ судовъ, не можетъ быть признано нормальнымъ. Вредъ, приносимый такой двойственностью, тѣмъ больше, что коммерческіе суды совершенно обособлены отъ общихъ и подчинены не гражданскому кассаціонному департаменту сената, а судебному департаменту, который нерѣдко расходится во взглядахъ съ гражданскимъ, вслѣдствіе чего одни и тѣ же законы толкуются и примѣняются коммерческими и общими судами не всегда одинаково, и однородныя дѣла разрѣшаются тѣми и другими различно. Такія противорѣчія въ судебной практикѣ *представляютъ собою крайне печальное явленіе*, такъ какъ подрываютъ единство правопорядка и нарушаютъ принципъ равенства гражданъ передъ закономъ.

III. Современное положеніе мѣстной юстиціи представляется безусловно ненормальнымъ. На территоріи Россіи дѣйствуютъ 12 типовъ мѣстныхъ судовъ, изъ коихъ нѣкоторые еще под-

---

[1]) Вопросъ о необходимости коммерч. судовъ возбудилъ много споровъ какъ на западѣ Европы, такъ и у насъ. Малышевъ, III, 209—211, 221—222. Денинъ. О необходимости отдѣльнаго существованія торг. суд. (Журн. гр. и торг. пр. 1871 № 1) Садовскій. Что дѣлать съ коммерч. судами (Журн. гр. и угол. пр. 1892 № 7; Шершеневичъ. Нѣсколько словъ о коммерческихъ судахъ (Ж. М. Ю. 1895 № 4); Туткевичъ. О нашихъ коммерческихъ судахъ (тамъ же, 1898 № 7); Вѣлицкій. По поводу предполагаемаго упраздненія коммерческихъ судовъ (Суд. Газ. 1899 №№ 38—40) О. Пергаментъ. Какъ быть съ коммерч. судами (Суд. Обозр. 1903 № 11) и др. Новѣйшая оцѣнка доводовъ въ пользу и противъ коммерч. судовъ сдѣлана Шершеневичемъ въ Курсѣ торговаго права (IV, § 177). Авторъ приходитъ къ выводу, что „торговыя дѣла должны быть переданы на разсмотрѣніе гражданскихъ судовъ“ (стр. 28).

раздѣляются на нѣсколько видовъ [1]). Вдобавокъ, въ предѣлахъ одного и того же округа имѣется нѣсколько судовъ, между которыми распредѣлены мелкія дѣла, и разграничить ихъ компетенцію иной разъ затруднительно даже для опытнаго юриста. А между тѣмъ мѣстный судъ, которому приходится регулировать юридическія отношенія по преимуществу низшихъ слоевъ населенія, долженъ быть устроенъ такъ, чтобы каждый простой человѣкъ могъ, по выраженію Бентама, столь же легко найти дорогу въ судъ, какъ находить ее въ церковь [2]).

Судебными уставами 1864 г. былъ созданъ одинъ типъ мѣстной юстиціи, именно выборныя мировыя учрежденія. Они явились естественно преемниками института мировыхъ посредниковъ, образованнаго при освобожденіи крестьянъ отъ крѣпостной зависимости и имѣвшаго задачей устроить жизнь крестьянъ на новыхъ началахъ и урегулировать ихъ отношенія къ помѣщикамъ, разбирая и разрѣшая споры между тѣми и другими. При составленіи судебныхъ уставовъ имѣлось въ виду, что должности мировыхъ посредниковъ будутъ, по мѣрѣ проведенія крестьянской реформы, упраздняться, и „многія изъ лицъ, оказавшихся способными при исполненіи сихъ должностей, могутъ быть избраны и въ мировые судьи“ [3]).

Сохраняя для мѣстныхъ судей названіе „мировыхъ“, составители уставовъ руководствовались не однимъ только желаніемъ отмѣтить связь новаго судебнаго учрежденія съ институтомъ мировыхъ посредниковъ, заслужившимъ популярность у населеленія: этимъ эпитетомъ они хотѣли обозначить характеръ новой судебной власти, призванной не столько судить и карать, сколько мирить и устранять споры [4]).

---

[1]) Обзоръ разныхъ типовъ мѣстнаго суда и проектовъ ихъ преобразованія сдѣланъ въ слѣдующихъ соч.: Анучковъ. Мировой судъ и преобразованіе мѣстныхъ судовъ, 1907; Генкинъ. Мѣстный судъ и его реформа, 1908; Голосовъ. Къ реформѣ мѣстнаго суда, 1912.

[2]) Бентамъ, 15.

[3]) Основныя полож. судоустр. (введ. къ учр. суд. уст., стр. II).

[4]) Объясн. къ 1 ст. учр. суд. уст.: „Въ лицѣ участковаго мирового судьи предполагается дать мѣстнымъ обывателямъ не только ближайшее средство для разрѣшенія дѣлъ, требующихъ прежде всего скораго рѣшенія на мѣстѣ, но вмѣстѣ съ тѣмъ и посредника для соглашенія требованій, которыя весьма часто только въ началѣ

Эта идея о выборномъ судьѣ-миротворцѣ была, по всей вѣроятности, заимствована изъ Франціи, гдѣ она получила осуществленіе въ революціонную эпоху [1]).

Исходя изъ такого взгляда на мировой институтъ, составители уставовъ дали ему соотвѣтственную организацію, многимъ отличающуюся отъ организаціи общихъ судовъ. Они уменьшили образовательный цензъ, требуемый отъ судей; назначеніе правительствомъ замѣнили выборами населеніемъ; вмѣстѣ съ тѣмъ ввели имущественный цензъ, какъ для того, чтобы ограничить кругъ избираемыхъ лицъ мѣстными жителями—землевладѣльцами, такъ и для того, чтобы обезпечить независимость судей отъ избирателей; мировые суды были обособлены отъ общихъ въ томъ отношеніи, что второй инстанціей для нихъ были сдѣланы мировые съѣзды, которые, съ цѣлью обезпеченія единообразія въ судебной практикѣ, подчинены сенату, какъ третьей инстанціи.

Созданіе мирового института на указанныхъ основаніяхъ явилось огромнымъ шагомъ впередъ сравнительно съ дореформеннымъ порядкомъ, такъ какъ мировые судьи были во всѣхъ отношеніяхъ выше прежнихъ уѣздныхъ судей [2]). Нужно принять

своемъ кажутся спорными, но, возникая изъ взаимныхъ недоразумѣній, могутъ быть соглашены разъясненіемъ этихъ недоразумѣній при посредствѣ лица, пользующагося довѣріемъ обѣихъ сторонъ...". Объясн. къ 10 ст. учр. суд. уст.: „Главнѣйшая задача его и высшее качество его правосудія—примиреніе. Для успѣшнаго исполненія такого важнаго призванія мировой судья долженъ пользоваться особымъ довѣріемъ мѣстныхъ жителей, а довѣріе это онъ можетъ заслужить не столько юридическимъ образованіемъ, сколько знаніемъ народныхъ понятій, правовъ и обычаевъ, вообще всѣхъ условій мѣстной жизни и въ особенности своимъ здравымъ умомъ, честнымъ характеромъ и безукоризненною жизнью".

1) *Въ мотивахъ къ новому закону о судоустройствѣ 16 августа 1790 г. говорятся о мировомъ судьѣ, какъ объ „отцѣ въ кругу своихъ дѣтей: онъ скажетъ одно слово, и несправедливости загладятся, раздоры утихнутъ, жалобы прекратятся; его постоянныя заботы обезпечатъ всеобщее счастье". Туро, набрасывая эту картину, думалъ, подобно своимъ коллегамъ, что среди деревенскаго населенія можетъ водвориться согласіе, благодаря бдительной магистратурѣ, дѣйствующей безъ всякаго формализма и черпающей въ своемъ сердцѣ принципы справедливости, которыя она будетъ примѣнять для блага человѣческаго рода гораздо чаще, чѣмъ статьи закона". Picot, 244.*

2) Михайловскій, 290: „Чтобы по достоинству оцѣнить институтъ мировыхъ судей, нужно припомнить положеніе низшей юстиціи въ дореформенное время и главнаго представителя этой юстиціи—уѣзднаго судью, низко поставленнаго чиновника,

въ соображеніе еще и то, что до реформы 1861 г. мелкіе споры подлежали вѣдомству полиціи, которая должна была разбирать ихъ словесно, записывая просьбы и рѣшенія въ особую книгу, а между тѣмъ при ревизіи полицейскихъ учрежденій эти книги оказывались незаполненными: обыватели предпочитали не имѣть дѣла съ полиціей [1]).

Мировыя судебныя учрежденія быстро завоевали любовь и уваженіе населенія [2]).

Въ первое время послѣ введенія судебныхъ уставовъ, благодаря общественному подъему, вызванному великими реформами 60-хъ годовъ, мировой институтъ привлекъ къ себѣ лучшія силы страны, весь „цвѣтъ уѣздной интеллигенціи". Принадлежа къ числу наиболѣе извѣстныхъ и уважаемыхъ членовъ мѣстнаго общества и въ то же время по большей части не обладая спеціальной юридической подготовкой, мировые судьи перваго призыва стремились осуществить идеалъ судьи-миротворца, задача котораго—не столько примѣнять положительное законода-

---

зависящаго отъ губернатора, не пользующагося никакимъ авторитетомъ, получающаго содержаніе 525 р. въ годъ. И вотъ на смѣну этому „судьѣ" *является мировой судья* судебныхъ уставовъ: особа 5 класса (т.-е., вмѣсто прежняго приниженнаго положенія поставленъ въ одномъ классѣ съ представителями высшей губернской администраціи), несмѣняемый, не только безусловно независимый отъ администраціи, но имѣющій право подвергать чиновъ полиціи дисциплинарнымъ взысканіямъ—предостереженіямъ, совершенно самостоятельный, обезпеченный содержаніемъ, которое законодатель не побоялся увеличить почти въ 4 раза сравнительно съ содержаніемъ прежняго уѣзднаго судьи. Отъ кандидатовъ на должность мирового судьи требуется высшее образованіе и лишь при недостаткѣ такового—среднее... Мировые судьи должны быть *избираемы всѣми сословіями изъ мѣстныхъ значительныхъ землевладѣльцевъ*".

[1]) Джаншіевъ. Изъ эпохи, 451.

[2]) „Съ перваго же приступа мировыхъ судей къ новому дѣлу,—засвидѣтельствовалъ въ годовомъ отчетѣ тогдашній министръ юстиціи Замятнинъ,—простота мирового разбирательства, полная гласность и отсутствіе обременительныхъ формальностей вызвали всеобщее къ мировому институту довѣріе. Въ особенности простой народъ, найдя въ мировомъ судѣ судъ скорый и справедливый для мелкихъ обыденныхъ своихъ интересовъ, не перестаетъ благословлять Верховнаго Законодателя за дарованіе Россіи суда, столь близкаго народу и вполнѣ соотвѣтствующаго его потребностямъ... Довѣріе къ мировымъ судьямъ доказывается въ особенности тѣмъ, что со времени открытія дѣйствій мировыхъ судебныхъ установленій возбуждено громадное число такихъ гражданскихъ исковъ, которые *или по своей малоцѣнности, или* по неимѣнію у истцовъ формальныхъ доказательствъ въ прежнихъ судахъ вовсе не возникали". Цитир. у Джаншіева, Изъ эпохи, 457.

то вѣсы, сколько возможно, начала справедливости, разрѣшая дѣла „по убѣжденію совѣсти" (ст. 129 уст. гр. суд.) и не стѣсняясь соблюденіемъ процессуальныхъ формальностей [1]). Но по мѣрѣ того какъ увлеченіе общества реформами остывало, а темныя силы реакціи поднимали голову; по мѣрѣ того какъ сенатъ отмѣнялъ рѣшенія мировыхъ судовъ вслѣдствіе неправильнаго примѣненія законовъ матеріальнаго права и формъ процесса, составъ мировыхъ судей началъ измѣняться. Старые судьи, охладѣвъ къ дѣлу, за которое было ревностно принялись, и чувствуя себя не въ силахъ освоиться съ огромной массой дѣйствующаго законодательства и кассаціонныхъ рѣшеній, которыя теперь приходилось примѣнять, уходили, а мѣсто ихъ занимали лица менѣе высокаго этическаго уровня. Вмѣстѣ съ тѣмъ стали обнаруживаться все ярче и ярче имѣвшіеся въ самой организаціи института мировыхъ судей недостатки [2]).

Въ числѣ этихъ недостатковъ немалое значеніе имѣла возможность избранія въ мировые судьи лицъ безъ высшаго юридическаго и даже безъ всякаго вообще образованія. Будь мировые судьи просто судьями „по совѣсти", своего рода третейскими посредниками при улаженіи споровъ между гражданами, они могли бы обойтись безъ спеціальной подготовки. Но по закону и сенатской практикѣ они являлись такими же органами суда, какъ и другіе судьи, съ тою лишь разницей, что обладали меньшей компетенціей, и что производство у нихъ было обставлено меньшимъ количествомъ формальностей. При такомъ характерѣ дѣятельности недостатокъ юридическаго образованія ставилъ ихъ въ крайне затруднительное положеніе. „Лицу, не

---

[1]) Берозинъ. Мировой судъ въ провинціи, 1883, стр. 16 и сл.; Даневскій, 37; Джаншіевъ, Изъ эпохи, 453 и сл., 457.

[2]) Обнинскій. Мировой институтъ (Юрид. Вѣсти. 1888 №№ 3 и 5); Березинъ. Мировой судъ въ провинціи, 1883; Закревскій. О желательныхъ измѣненіяхъ въ судебныхъ уставахъ (Журн. гражд. пр. 1882 № 2); Красовскій. О недостаткахъ нынѣшняго устройства мировыхъ судебныхъ установленій въ отношеніи уголовной юстиціи (тамъ же, 1885 №№ 4 и 5); Анциферовъ. Къ вопросу о реформѣ нашего мирового суда (тамъ же, 1885 № 2); Тютрюмовъ. Къ реформѣ мирового суда (Юрид. Вѣсти. 1886 № 1); Тальборгъ. Проектъ реформы мѣстнаго суда, 1909; Фуксъ. Мировой судъ (Русск. Вѣсти. 1885 № 8); Анненковъ. Желательныя измѣненія въ нашемъ судоустройствѣ (Журн. гражд. пр. 1887 № 12); Коробка. Записки мирового судьи, вып. VI, 1909; Гонкинъ, 25 и сл.

обладающему высшимъ юридическимъ образованіемъ, не только трудно, но и просто невозможно освоиваться и разбираться въ такой необыкновенно сложной сферѣ, какую представляетъ его юрисдикція въ сельскихъ участкахъ, требующая основательнаго знакомства со всѣми отраслями теоретическаго правовѣдѣнія, почти со всѣми томами положительнаго свода законовъ, съ ужасающимъ обиліемъ кассаціонныхъ рѣшеній, обязательныхъ постановленій, временныхъ правилъ, инструкцій, циркуляровъ и т. п.“ [1]).

Далѣе, примѣненіе выборной системы въ несовершенной формѣ выборовъ немногочисленными общеполитическими представительными собраніями (земскими собраніями и городскими думами) обнаружило дурныя стороны этой системы; некомпетентность избирателей въ оцѣнкѣ требуемыхъ отъ судьи качествъ, партійная борьба, зависимость судей отъ небольшого числа избравшихъ ихъ лицъ и угодничество передъ ними—сказались и у насъ на практикѣ не только въ провинціи, но даже въ столицахъ [2]).

---

[1]) Обнинскій (Юрид. Вѣсти. № 3, 409). У насъ повторилось то же, что было во Франціи. Picot, 246—247: „Турэ выразился, что порядочный человѣкъ съ небольшимъ запасомъ навыка и опыта можетъ быть мировымъ судьей. За 40 лѣтъ наши законы совершенно опровергли это утвержденіе: одного опыта недостаточно для разрѣшенія столь трудныхъ проблемъ, возбуждаемыхъ владѣльческими исками, эксцепціями, примѣненіемъ постановленій администраціи въ случаяхъ проступковъ. Всякому члену кассаціоннаго суда извѣстно, что въ силу своей компетенціи мировой судья долженъ продѣлывать умственную работу, иной разъ болѣе тонкую, чѣмъ членъ высшаго судебнаго мѣста“.

[2]) Карповичъ. Передъ выборами мировыхъ судей въ Петербургѣ (Наблюд. 1884 № 5, стр. 195): „Извѣстно, что нѣсколько лѣтъ тому назадъ выборъ въ Петербургѣ мировыхъ судей якобы городскою думою зависѣлъ въ сущности отъ произвола одного изъ гласныхъ, располагавшаго шарами такъ называемой „черной сотни“... Нерѣдко лица, домогающіяся въ Петербургѣ должности мирового судьи, разъѣзжаютъ для засвидѣтельствованія своего уваженія съ визитными карточками къ такимъ гласнымъ, на которыхъ они, не имѣя надобности, не обратили бы никакого вниманія вслѣдствіе слишкомъ скромнаго ихъ положенія, какъ мелкихъ торговцевъ и даже простыхъ приказчиковъ“. О выборахъ судей въ Петербургѣ см. еще Наблюд. 1886 № 2, стр. 47—49. Конп. Отрывки изъ воспоминаній (Вѣсти. Евр. 1909 № 1); Евреиновъ. Волостной судъ (Журн. М. Ю. 1910 № 8, стр. 107—109). Рѣзкую характеристику избирательныхъ собраній сдѣлалъ Обнинскій (Юр. В. № 3, 405—406): „Кто теперь у насъ выбираетъ мирового судью? Дѣйствительные представители большинства ввѣряемаго ему участка, т.-е., крестьяне—въ деревняхъ, мѣщане—въ

Зависимость судей отъ избирателей еще болѣе усугублялась краткосрочностью судейской службы. Чтобы ослабить эту зависимость, составители судебныхъ уставовъ ввели имущественный цензъ для мировыхъ судей [1]).

Но эта мѣра не достигла цѣли по двумъ причинамъ. Съ одной стороны, цензъ былъ слишкомъ низокъ, такъ что не обезпечивалъ матеріальнаго благосостоянія судей: въ столицахъ, напр., требовалось отъ судей обладаніе недвижимой собственностью, оцѣненной для взиманія налога не ниже шести тысячъ рублей, т.-е., „дающей какихъ-нибудь 400 руб. годового, да, пожалуй, и то не всегда вѣрнаго дохода“ [2]). Съ другой стороны, установивъ имущественный цензъ, законъ не принялъ никакихъ мѣръ къ предупрежденію обхода этого требованія. Вслѣдствіе этого на практикѣ широко развилась система созданія фиктивнаго ценза посредствомъ пріобрѣтенія недвижимостей, обремененныхъ залогами и въ дѣйствительности не приносящихъ никакого дохода, фиктивнаго перевода на имя кандидата въ судьи чужого имущества подъ обезпеченіе закладной или векселей и т. п. [3]).

городахъ и притомъ какъ тѣ, такъ и другіе, обрѣтающіеся въ самыхъ неблагопріятнѣйшихъ юридическихъ и экономическихъ условіяхъ и потому преимущественно предъ всѣмъ остальнымъ населеніемъ участка нуждающіеся въ защитѣ правосудія? Вовсе нѣтъ! Мировой судья выбирается: 1) ничтожнымъ меньшинствомъ избирательной коллегіи, составленнымъ изъ оскудѣвшихъ дворянъ, каждый изъ которыхъ, подталкиваемый чувствомъ самосохраненія, самъ стремится попасть въ судьи, о чемъ только и заботится; 2) купцами и фабрикантами, требованія которыхъ отъ правосудія достаточно извѣстны, и 3) подонками крестьянскаго сословія—кабатчиками, управителями, арендаторами, „богатѣями“ и „кулаками“, цѣли и вожделѣнія которыхъ не менѣе извѣстны каждому. Вотъ составъ преобладающаго типа нашей избирательной коллегіи и тѣ задачи, какія она обыкновенно преслѣдуетъ. И составъ, и эти задачи діаметрально *противоположны интересамъ большинства обывателей участка*. Въ этомъ же точно отношеніи къ этому большинству станетъ, конечно, и счастливый избранникъ коллегіи“. Конечно, въ этой картинѣ краски черезчуръ уже сгущены, что и было отмѣчено въ литературѣ (Даневскимъ и друг.). Впослѣдствіи самъ авторъ указалъ на происшедшій въ земствахъ прогрессъ и на „оздоровленіе прежней избирательной среды“ (Рус. Мысль 1896 № 12, 98).

1) Объясн. къ 19 ст. учр. суд. уст.

2) Карповичъ, 203.

3) Карповичъ, 203—204; Завадскій. О проектѣ министра юстиціи о преобразованіи мѣстнаго суда, 1908, 8; Арсеньевъ. Итоги судебной реформы (Вѣстн. Евр. 1871 № 5, 369—371).

Затѣмъ, обособленность мировыхъ судебныхъ учрежденій отъ общихъ привела къ отсутствію надлежащаго надзора за дѣятельностью мировыхъ судей. Общій надзоръ министра юстиціи и кассаціонныхъ департаментовъ сената не могъ быть достаточно бдительнымъ по причинѣ отдаленности этихъ инстанцій отъ мировыхъ судей; единственнымъ мѣстнымъ органомъ надзора былъ мировой съѣздъ, состоявшій изъ самихъ судей и являвшійся товарищескимъ судомъ, который по необходимости не могъ не быть слабымъ [1]).

Наконецъ, недостаткомъ организаціи мирового съѣзда многіе считали, и не безъ основанія, отсутствіе постояннаго предсѣдателя съ надлежащей юридической подготовкой, способнаго давать мировымъ судьямъ авторитетныя указанія [2]).

Подъ вліяніемъ всѣхъ этихъ причинъ, усугублявшихся еще ухудшеніемъ общихъ условій жизни, мировой институтъ сталъ въ 80-хъ годахъ клониться къ упадку.

Тѣмъ не менѣе онъ до самаго конца своего существованія функціонировалъ въ общемъ удовлетворительно и оставилъ по себѣ хорошую память въ населеніи.

„Черезъ мои руки,—говоритъ сенаторъ Кони,—прошло великое множество дѣлъ съ рѣшеніями и приговорами мировыхъ съѣздовъ со всѣхъ концовъ Россіи, и они свидѣтельствовали, что im Grossen und Ganzen мировая юстиція находилась въ Россіи въ добросовѣстныхъ рукахъ и исполняла свое предназначеніе“ [3]). Такой же отзывъ даютъ и другія компетентныя лица [4]).

---

[1]) Головачевъ. 10 лѣтъ реформъ, 1872, 330: „Если я сегодня контролирую ваши дѣйствія, а завтра вы—мои, то, безъ всякаго сомнѣнія, между нами установятся такого рода отношенія, что мы будемъ относиться довольно снисходительно къ ошибкамъ и упущеніямъ другъ друга“.

[2]) Башмаковъ. Законъ 12 іюля 1890 г. (Журн. гражд. пр. 1890 № 1, стр. 14): „Уже давно осуждена и на практикѣ и въ руководящихъ сферахъ идея такого предсѣдателя или непремѣннаго члена съѣзда, который является прежде всего участковымъ судьею, связь коего со съѣздомъ почти такъ же непостоянна и слаба, какъ связь его коллегъ, и положеніе коего до смѣшнаго противорѣчиво, коль скоро онъ является въ то же время подчиненнымъ тому съѣзду, который ввѣренъ его же наблюденію“.

[3]) Кони. Отрывки изъ воспоминаній (Вѣстн. Евр. 1909 № 1, 74).

[4]) Даневскій, 37; Обнинскій. Мѣстная юстиція и общіе суды (Рус. Мысль 1896 № 12, стр. 97); Арсеньевъ, уп. ст., 373; Евреиновъ. Волостной судъ (Журн. М. Ю. 1910 № 7, 125; № 8, 109).

Послѣдняя сенаторская ревизія въ началѣ 80-хъ годовъ тоже засвидѣтельствовала удовлетворительное состояніе мировыхъ судовъ [1]).

IV. Но вмѣсто того, чтобы сдѣлать въ организаціи мирового суда необходимыя улучшенія, правительство упразднило его въ большинствѣ внутреннихъ губерній и взамѣнъ ввело судебно-административныя учрежденія: земскихъ начальниковъ, городскихъ судей и уѣздныхъ членовъ окружныхъ судовъ. Изъ этихъ трехъ новыхъ органовъ суда городскіе судьи и уѣздные члены окружныхъ судовъ представляютъ собой органы судебной власти и обладаютъ тѣмъ преимуществомъ сравнительно съ мировыми судьями, что назначаются изъ лицъ съ высшимъ юридическимъ образованіемъ и практической подготовкой, пользуются наравнѣ съ членами общихъ судебныхъ мѣстъ въ извѣстной мѣрѣ несмѣняемостью и не находятся въ зависимости отъ избирателей.

Но центръ тяжести реформы 1889 г. лежалъ не здѣсь, а въ институтѣ земскихъ начальниковъ, призванныхъ регулировать юридическую жизнь сельскаго населенія. Главной особенностью и вмѣстѣ съ тѣмъ самымъ важнымъ недостаткомъ этого института было соединеніе въ рукахъ земскихъ начальниковъ судебной и административной властей.

Нужно замѣтить, что эта реформа вовсе не явилась неожиданностью. Она подготовлялась давно [2]) и основывалась не столько на желаніи улучшить отправленіе мѣстнаго правосудія, сколько на стремленіи создать „близкую къ народу твердую правительственную власть, которая соединяла бы въ себѣ попечительство надъ сельскими обывателями съ заботами по завершенію крестьянскаго дѣла и съ обязанностями по охраненію благочинія, об-

---

[1]) Джаншіевъ. Изъ эпохи, 465—466; Коробка, стр. 3, прим.: „Мы прочли сорокъ ревизій разныхъ мировыхъ округовъ... и убѣдились, что для уничтоженія мирового института нельзя найти основаній, и что мировой институтъ выполнилъ свое назначеніе въ жизни, которое имѣлъ въ виду законодатель".

[2]) Еще во время подготовительныхъ работъ по освобожденію крестьянъ возбуждались предложенія сдѣлать помѣщиковъ начальниками надъ сельскими обществами и учредить должности волостныхъ начальниковъ, волостныхъ попечителей и т. п. Подобные проекты продолжали вырабатываться и въ послѣдующее время. Кожухаръ. Земскіе начальники (Вѣсти. Пр. 1905 № 5, 112—113, 121 и др.). Леонтьевъ. Крестьянское право, 1909, 139 и сл.

щественнаго порядка, безопасности и правъ частныхъ лицъ въ сельскихъ мѣстностяхъ“ [1]).

Создавая такую „близкую и твердую власть“, правительство вмѣстѣ съ тѣмъ позаботилось о томъ, чтобы эта власть попала въ руки мѣстнаго дворянства и находилась подъ руководствомъ и контролемъ министерства внутреннихъ дѣлъ. Этими тенденціями и опредѣлился характеръ института земскихъ начальниковъ, какъ чиновниковъ министерства внутреннихъ дѣлъ, избираемыхъ преимущественно изъ дворянъ-землевладѣльцевъ, исполняющихъ главнымъ образомъ административныя обязанности и только въ дополненіе къ нимъ занимающихся также и разборомъ менѣе важныхъ судебныхъ дѣлъ [2]).

Какъ обнаружилось при изложеніи основныхъ принциповъ судоустройства, организація института земскихъ начальниковъ находится въ рѣзкомъ противорѣчіи со всѣми этими принципами.

Судебная власть должна быть, въ интересахъ правильнаго отправленія правосудія, отдѣлена отъ административной, а земскіе начальники являются одновременно и судьями, и административными чиновниками: они дѣлаютъ распоряженія и сами же судятъ нарушителей своихъ распоряженій [3]).

Далѣе, чтобы судьи могли сохранять безпристрастіе, они должны быть независимы отъ посторонннихъ властей и несмѣняемы. Между тѣмъ, земскіе начальники „подчиняются надзору и руководительству мѣстныхъ губернатора и губернскаго присутствія“ (ст. 66 пол.) и могутъ быть увольняемы отъ должности министромъ внутреннихъ дѣлъ по представленію губернскихъ присутствій [4]).

Наконецъ, необходимымъ условіемъ правильнаго судоустрой-

---

[1]) Высочайшій указъ о преобразованіи мѣстныхъ крестьянскихъ учрежденій и судебной части въ Имперіи 12 іюля 1889 г.

[2]) Даневскій, 11—12. Леонтьевъ, 145 и сл.

[3]) Понятно, что при такомъ положеніи земскіе начальники могутъ безнаказанно злоупотреблять властью. Примѣры: Гонкинъ. Мѣстный судъ, 1908, 58—59. Гессенъ. Реформа мѣстнаго суда. 1907, 27. Леонтьевъ. Крестьянское право, 149—151.

[4]) Бывали случаи, что земскіе начальники лишались службы за отказъ постановить, по приказанію начальства, неправильное рѣшеніе. Гонкинъ, 55.

ства являются общее образованіе и спеціальная теоретическая и практическая подготовка, въ особенности судей высшихъ инстанцій. Между тѣмъ земскими начальниками могутъ быть лица безъ всякой спеціальной подготовки, а во второй инстанціи — уѣздномъ съѣздѣ — предсѣдателемъ состоитъ предводитель дворянства, которымъ можетъ быть молодой человѣкъ, окончившій юнкерское училище, изъ числа же членовъ только городскіе судьи и уѣздный членъ окружнаго суда обладаютъ юридическимъ образованіемъ. Еще неудовлетворительнѣе составъ кассаціонной инстанціи — губернскаго присутствія, гдѣ только два члена—юристы и принадлежатъ къ судебному вѣдомству: предсѣдатель и прокуроръ окружнаго суда.

Недостаточность образовательнаго ценза и въ частности спеціально-юридическаго образованія крайне неблагопріятно отражается на дѣятельности судебно-административныхъ учрежденій [1]).

Словомъ, какъ правильно замѣтилъ проф. Михайловскій, „законъ 12 іюля, окончательно разрывая связь съ наукой и съ вѣковымъ опытомъ культурныхъ народовъ, не считаясь съ психологіей, создаетъ должности, пригодныя лишь для людей идеальныхъ, безгрѣшныхъ, не нуждающихся ни въ какихъ сдержкахъ, ни въ какомъ контролѣ, ни въ какой спеціальной подготовкѣ“ [2]).

V. Неудовлетворительность организаціи института земскихъ начальниковъ и вредныя послѣдствія, приносимыя ею на практикѣ, не разъ отмѣчались въ литературѣ [3]) и признаны правительствомъ [4]), поставившимъ на очередь вопросъ объ упраздненіи земскихъ начальниковъ и преобразованіи мѣстной юстиціи.

---

[1]) За 1899—1908 гг. 2 деп. сен. отмѣнилъ 77% окончательныхъ постановленій земскихъ начальниковъ и уѣздныхъ съѣздовъ. Евреиновъ. Волостной судъ (Журн. М. Ю. 1910 № 8, 90).

[2]) Михайловскій, 267.

[3]) Михайловскій, 266 и сл. Даневскій, 10 и сл. Кожухаръ, 110 и сл. Арсеньевъ. Вопросъ о сліяніи властей (Вѣсти. Европы 1886 № 12, 1887 № 2). Башмаковъ. Законъ 12 іюля 1889 г. (Журн. гражд. пр. 1890 № 1). Кремлевъ. О нѣкоторыхъ недостаткахъ реформы 12 іюля 1889 г. (Журн. Юрид. Общ. 1894 № 4). Петровъ. Земскіе начальники и судебная реформа (Сѣв. Вѣсти. 1894 № 10). Гепкинъ, 54 и сл. Голосовъ, 25 и сл.

[4]) Въ объяснительной запискѣ къ внесенному министромъ юстиціи въ думу второго созыва проекту преобразованія мѣстнаго суда засвидѣтельствовано, что послѣдствіемъ дѣятельности земскихъ начальниковъ „являются демораливація населенія, въ

Комиссія по пересмотру судебныхъ уставовъ этого вопроса еще не возбуждала—на томъ формальномъ основаніи, что земскіе начальники принадлежатъ не къ судебному вѣдомству, а къ вѣдомству министерства внутреннихъ дѣлъ. Комиссія предположила лишь ввести, на ряду съ ними, единоличныхъ участковыхъ судей, назначаемыхъ министромъ юстиціи изъ лицъ съ высшимъ юридическимъ образованіемъ и практической подготовкой (ст. 250, 262 учр.). Предѣлы ихъ вѣдомства расширены сравнительно съ компетенціей мировыхъ и городскихъ судей: имъ подлежатъ всѣ иски—какъ личные, такъ и вещные относительно движимости и недвижимости на сумму до одной тысячи рублей, а о понудительномъ исполненіи на всякую сумму (ст. 876 уст. гражд. суд.). На всѣ ихъ рѣшенія могутъ быть приносимы апелляціонныя жалобы въ уѣздныя и городскія отдѣленія окружныхъ судовъ (ст. 937 уст. гр. суд.), состоящія изъ мѣстныхъ участковыхъ и почетныхъ судей подъ предсѣдательствомъ членовъ окружныхъ судовъ (ст. 19 учр. суд. уст.). Кассаціонной инстанціей служатъ судебныя палаты (ст. 949 уст. гр. суд.). Помимо разрѣшенія гражданскихъ и уголовныхъ дѣлъ, на участковыхъ судей возложено проектомъ еще и производство предварительныхъ слѣдствій (ст. 31 и сл. учр. суд. уст.).

Этотъ проектъ вызвалъ рѣшительное осужденіе въ печати и юридическихъ обществахъ, главнымъ образомъ, въ виду сохраненія земскихъ начальниковъ, предоставленія участковымъ судьямъ слѣдственной функціи, зависимости ихъ служебнаго положенія отъ министра юстиціи и раздробленія кассаціонной функціи между судебными палатами [1]).

которомъ не можетъ, конечно, при такихъ условіяхъ развиться ни уваженіе къ чужимъ правамъ, ни чувство законности, и судъ вмѣсто того, чтобы имѣть воспитательное значеніе и служить проводникомъ нравственныхъ и культурныхъ началъ въ народной массѣ, развращаетъ ее, способствуетъ развитію сутяжничества, основаннаго на надеждѣ въ неправильно организованномъ судѣ выиграть и неправое дѣло, и вообще открываетъ широкій просторъ недобросовѣстности и произволу". Гессенъ. Реформа мѣстн. суда, 28.

[1]) Михайловскій, 296—320. Даневскій, 34 и сл. Гессенъ. Судебная реформа, 1905, 258 и сл. Кузьминъ-Караваевъ. Будущіе участковые судьи и земскіе начальники, 1901. Доклады въ юридическихъ обществахъ Свѣшникова, Гогеля и др. (Право 1900 № 43, 1901 №№ 2, 3, 7). Д. Л. Пересмотръ судебныхъ уставовъ (Рус. Бог. 1901 № 2). Вѣсти. Евр. 1894 № 10 (внутр. обозр.,

VI. По введеніи въ Россіи представительныхъ учрежденій министръ юстиціи внесъ въ думу второго созыва новый проектъ, значительно разнившійся отъ изложеннаго. Послѣ роспуска второй думы такой же проектъ (съ нѣкоторыми, впрочемъ, измѣненіями) былъ внесенъ въ думу третьяго созыва. Взамѣнъ участковыхъ судей по назначенію министерскій проектъ предлагалъ введеніе выборныхъ мировыхъ судей съ расширенной компетенціей изъ лицъ съ высшимъ юридическимъ образованіемъ или же съ высшимъ и среднимъ общимъ образованіемъ, при условіи обладанія трехлѣтнимъ служебнымъ цензомъ или выдержанія особаго экзамена. Кромѣ образовательнаго, кандидаты въ мировые судьи должны обладать также имущественнымъ цензомъ и принадлежать къ мѣстнымъ жителямъ. Срокъ службы судей удлиненъ до шести лѣтъ. Апелляціонной инстанціей служатъ городскія и уѣздныя отдѣленія окружныхъ судовъ, а кассаціонной—сенатъ. Надзоръ за мировыми судьями принадлежитъ предсѣдателямъ окружныхъ судовъ и палатъ, а также предсѣдателямъ отдѣленій окружныхъ судовъ; дисциплинарнымъ судомъ являются судебныя палаты. Во время службы, до истеченія срока избранія, судьи пользуются несмѣняемостью.

При обсужденіи этого проекта въ литературѣ (а также и въ законодательныхъ учрежденіяхъ) мнѣнія раздѣлились [1]). Одни отстаивали выборное начало, требуя демократизаціи избирательныхъ собраній [2]), другіе отдавали предпочтеніе системѣ назначенія правительствомъ [3]); одни находили нужнымъ объединить

---

821 и сл.). Въ защиту проекта выступилъ лишь Змирловъ (Журн. М. Ю. 1901 №№ 1 и 3).

[1]) Завадскій. О проектѣ министра юстиціи о преобразованіи мѣстнаго суда, 1908. Тауберъ. О реформѣ мѣстнаго суда, 1908. Гепкинъ. Мѣстный судъ и его реформа, 1908. Дукмасовъ. Къ вопросу о мѣстномъ судѣ, 1908. Арсеньевъ. Возвращеніе къ выборному мировому суду (Вѣсти. Евр. 1908 № 4). Арсеньевъ. Выборный мировой судъ (Вѣсти. Евр. 1908 № 6). Дерюжинскій. Мѣстный судъ, 1909. Тальбергъ. Проектъ реформы мѣстнаго суда, 1909. Коробка. Замѣтки мирового судьи, вып. VI, 1909. Голосовъ, 33 и сл.

[2]) Тауберъ, 6—9, 11. Гессенъ, 13—14, 43—45, 70—71 (резолюція съѣзда русской группы международнаго союза криминалистовъ). Гепкинъ, 84—85. Дукмасовъ, 9—12. Коробка, 12—15. Арсеньевъ, (В. Е. 1908 № 4, 763—764). Голосовъ, 49.

[3]) Завадскій, 13.

мѣстную юстицію съ общей, сдѣлавъ апелляціонной инстанціей для единоличныхъ судей окружные суды [1]), другіе высказывались въ пользу періодическихъ съѣздовъ мировыхъ судей [2]), причемъ нѣкоторые стояли за выборнаго предсѣдателя [3]), а нѣкоторые—за назначаемаго министромъ юстиціи [4]). Возникала даже мысль о привлеченіи къ участію въ отправленіи правосудія крестьянъ въ качествѣ засѣдателей, на подобіе лавниковъ въ гминныхъ судахъ, либо только въ первой инстанціи [5]), либо даже въ обѣихъ [6]). Только по вопросу о необходимости уничтоженія имущественнаго ценза обнаружилось полное единодушіе [7]).

VII. Основнымъ пунктомъ въ вопросѣ о преобразованіи организаціи мѣстнаго суда является, несомнѣнно, способъ комплектованія судей [8]). Если признать, что участковые судьи должны быть избираемы, то тотчасъ же возникаютъ вопросы о необходимости обособленія мѣстной юстиціи отъ общей, о созданіи второй инстанціи въ формѣ съѣзда выборныхъ судей съ выборнымъ же предсѣдателемъ, о пониженіи образовательнаго ценза въ виду недостаточности въ уѣздахъ лицъ съ юридическимъ образованіемъ, объ установленіи имущественнаго ценза и т. д. Если же предпочесть систему назначенія судей правительствомъ, то всѣ эти вопросы отпадаютъ: мировые судьи становятся просто низшими органами общихъ судебныхъ учрежденій наравнѣ съ городскими судьями и уѣздными членами окружнаго суда. Съ теоретической точки зрѣнія несомнѣнно, что заслуживаетъ пред-

---

[1]) Завадскій, 14.

[2]) Гессенъ, 17—18, 49—50, 71 (резол. съѣзда криминал.). Дерюжинскій, 9—10. Михайловскій, 292—293. Голосовъ, 57.

[3]) Дерюжинскій, 9—10. Генкинъ, 92. Арсеньевъ (В. Е. 1908 № 6 798—799). Голосовъ, 57—58.

[4]) Тальбергъ, 18 и сл.

[5]) Аничковъ, 43. Голосовъ, 44—48.

[6]) Генкинъ, 85—89. Нецѣлесообразность введенія такихъ крестьянскихъ засѣдателей показалъ Гессенъ (стр. 41—43, 72 и сл.).

[7]) Завадскій, 8. Гессенъ, 16, 45—48, 67—69, 71 (резол. съѣзда криминал.). Генкинъ, 90. Тауберъ, 10—11. Арсеньевъ (В. Е. 1908 № 4 768). Голосовъ, 53—55.

[8]) О дальнѣйшей судьбѣ министерскаго проекта въ законодательныхъ учрежденіяхъ: Голосовъ, 32 и сл. Завадскій. Объ измѣненіяхъ, внесенныхъ комиссіею госуд. думы въ проектъ министра юст. о преобраз. мѣстнаго суда, 1909.

почтенія вторая система. Этого не рѣшаются отрицать и защитники выборнаго начала. Высказываясь въ пользу выборнаго начала, они оговариваются, что исходятъ не изъ принципіальныхъ соображеній, которыя въ данномъ случаѣ противъ нихъ, а изъ условій современной русской дѣйствительности, имѣя въ виду то „глубоко укоренившееся недовѣріе общества къ правительству", при наличности котораго судьи по назначенію не могутъ пользоваться такимъ авторитетомъ, какъ судьи по избранію самого общества [1]). Это мнѣніе справедливо по отношенію къ системѣ назначенія судей по ничѣмъ не ограниченному усмотрѣнію правительства и при условіи служебной зависимости судей отъ того же самаго усмотрѣнія. Но если назначеніе производится по конкурсу, устроенному согласно требованіямъ теоріи (см. стр. 91—93), если судьи пользуются несмѣняемостью, а ихъ карьера обезпечена отъ всякихъ случайностей, основанныхъ на произволѣ начальства, словомъ, если мѣстная юстиція организована согласно основнымъ принципамъ раціональнаго судоустройства, то какъ бы недовѣрчиво ни относилось общество къ правительству, оно не можетъ не довѣрять судьямъ, избираемымъ изъ достойныхъ кандидатовъ и поставленнымъ въ совершенно независимое положеніе. Такая система въ несравненно большей степени гарантируетъ безпристрастіе судей и правильное отправленіе ими правосудія, чѣмъ выборная система, не обезпечивающая надлежащаго состава судейскаго персонала и ставящая судей въ зависимость отъ избирателей. Демократизація выборныхъ собраній въ данномъ случаѣ не только не поможетъ, но, наоборотъ, какъ показываетъ опытъ Соединенныхъ Штатовъ, еще больше повредитъ, сдѣлавъ судей игрушкой въ рукахъ политическихъ партій (см. стр. 79—81). Не нужно забывать, что мѣстная юстиція — тоже юстиція. Она отличается отъ общихъ судовъ только меньшимъ объемомъ своей компетенціи. Поэтому нѣтъ никакой надобности отступать при ея организаціи отъ тѣхъ началъ, которыми должна опредѣляться организація всякаго вообще суда, достойнаго этого имени. Мѣстные судьи должны быть назначаемы такимъ же порядкомъ, какъ и члены общихъ

[1]) Госсенъ, 43—44. Генкинъ, 84.

судовъ, и находиться въ такомъ же служебномъ положеніи. Въ интересахъ поддержанія единства правопорядка и единообразія судебной практики ихъ слѣдуетъ ввести въ систему общихъ судебныхъ учрежденій, подчинивъ окружнымъ судамъ (или городскимъ и уѣзднымъ отдѣленіямъ ихъ), въ качествѣ второй инстанціи, и гражданскому кассаціонному департаменту сената—въ качествѣ третьей [1]). Въ системѣ нашего нынѣшняго судоустройства имѣется уже типъ судей, который можетъ служить образцомъ для организаціи мѣстной юстиціи, это—уѣздный членъ окружнаго суда [2]).

Конечно, при такой организаціи единоличные судьи не всегда будутъ принадлежать къ числу мѣстныхъ жителей. Но это обстоятельство не имѣетъ столь важнаго значенія, какое ему обыкновенно приписываютъ. Получившій хорошую подготовку судья легко и быстро ознакомится съ особенностями мѣстнаго быта. А между тѣмъ у него не будетъ постоянныхъ близкихъ связей въ средѣ населенія, способныхъ вліять на его безпристрастіе при разрѣшеніи дѣлъ [3]).

VIII. Въ связи съ реформой единоличныхъ мѣстныхъ органовъ общей юстиціи находится и преобразованіе волостныхъ судовъ [4]).

---

[1]) Завадскій, 13—14.

[2]) Башмаковъ правильно усматриваетъ въ немъ „первый намекъ того будущаго развитія, которое, по всей вѣроятности, ожидаетъ наши суды" (стр. 17), если, нужно добавить, это развитіе пойдетъ нормальнымъ путемъ.

[3]) Завадскій. О проектѣ министра юстиціи, 1908, 10—11: „Эти связи, эта дружба, эти разговоры могутъ постоянно, совершенно невольно для судьи сказываться на его рѣшеніяхъ и, что еще хуже, давать постоянную пищу для подозрѣній... Поэтому заслуживаетъ быть отмѣченнымъ постановленіе новаго французскаго закона о мировыхъ судьяхъ 1905 г., давшаго право мэрамъ, членамъ управъ, conseillers généraux, пробывшимъ 10 лѣтъ въ этихъ должностяхъ, быть назначаемыми въ мировые судьи, хотя бы они и не имѣли юридическаго образованія, но только не въ тотъ кантонъ, гдѣ они занимали эти должности. Не менѣе любопытно отмѣтить и отмѣну съ 1897 г. непремѣнной связи съ мѣстностью въ формѣ земельнаго владѣнія и для англійскихъ мировыхъ судей. Настаиванія на томъ, чтобы судья былъ мѣстнымъ человѣкомъ, идутъ также не изъ техническихъ процессуальныхъ соображеній, а изъ политическихъ".

[4]) Зарудный. Законъ и жизнь. Итоги изслѣдованія крестьянскихъ судовъ, 1874. Оршанскій. Народный судъ и народное право (въ „Изслѣдованіяхъ по русскому праву, обычному и брачному", 1879). Калачовъ. О волостныхъ и сельскихъ судахъ въ древней и нынѣшней Россіи (Сборн. Госуд. Знаній, т. 8, 1880).

Современные волостные суды—созданіе новаго времени; ихъ историческіе корни не идутъ дальше 1838—1839 гг., когда были учреждены сельскія и волостныя расправы для государственныхъ крестьянъ [1]) и изданъ сельскій судебный уставъ [2]). Эти расправы послужили образцомъ для волостныхъ судовъ, которые были введены, въ качествѣ временнаго учрежденія, при освобожденіи крестьянъ отъ крѣпостной зависимости. Однако судебная реформа, послѣдовавшая черезъ нѣсколько лѣтъ, ихъ не коснулась, и они подверглись преобразованію только при введеніи института земскихъ начальниковъ (въ 1889 г.), которымъ были непосредственно подчинены. При изложеніи общихъ началъ судоустройства уже выяснилось, что организація волостныхъ судовъ какъ въ первоначальномъ видѣ, такъ и въ томъ, который имъ придала реформа 1889 г., представляется неудовлетворительной [3]).

Образовательнаго ценза отъ волостныхъ судей не требуется, вслѣдствіе чего они могутъ быть даже неграмотные; матеріальное положеніе судей не обезпечено, а въ служебномъ отношеніи

Денскій. Къ вопросу о преобразованіи волостныхъ судовъ (Русская Мысль 1881 №№ 4 и 5). Языковъ. О реформѣ волостныхъ судовъ (Журн. гражд. пр. 1882 № 1). Карцевъ. Сельское правосудіе (Вѣсти. Евр. 1882 №№ 1 и 2). Бразоль. Объ упраздненіи волостныхъ и сельскихъ судовъ, 1886. Тютрюмовъ. Къ вопросу о реформѣ крестьянскаго суда (Юрид. Вѣсти. 1886 № 11). Дружининъ. Крестьянскій судъ въ его послѣднемъ фазисѣ (Наблюд. 1892 №№ 2—4, 6). Илларіоновъ. Историческій очеркъ крестьянскаго суда, 1895. Леонтьевъ. Волостной судъ и юридическіе обычаи крестьянъ, 1895. Черниговъ. Волостной судъ (Вѣсти. Евр. 1896 № 6). Ефимовъ. Волостной судъ (тамъ же, № 8). Ловандовскій. Волостной судъ (Журн. М. Ю. 1899 № 1). Шишко. Наши волостные суды (тамъ же 1900 № 9). Маричевъ. Волостной писарь и волость (Вѣсти. Евр. 1902 № 5). Леонтьевъ. Волостной судъ (Журн. М. Ю. 1907 № 1). Европиновъ. Волостной судъ въ историческомъ развитіи (тамъ же, 1910 №№ 7 и 8). Голосовъ. Къ реформѣ мѣстнаго суда, 1912.

[1]) Карцевъ, 312 и сл. Леонтьевъ. Вол. судъ, 1895, 50 и сл. Шишко, 41—42. Голосовъ, 19—20. Екатерина II учредила было въ 1775 г. верхнюю и нижнюю крестьянскія расправы для разрѣшенія мелкихъ крестьянскихъ дѣлъ, но при Павлѣ онѣ были уничтожены (въ 1797 г.). Европиновъ (въ № 7, стр. 114 и сл.). Илларіоновъ, 7—8. Зарудный, 48—51.

[2]) Онъ былъ включенъ впослѣдствіи въ XII томъ Свода зак.

[3]) Это не относится къ волостнымъ судамъ прибалтійскихъ губерній, организованнымъ несравненно лучше. Дружининъ называетъ—и не безъ основанія—волостной судебный уставъ прибалтійскихъ губерній „замѣчательнымъ памятникомъ новѣйшаго законодательства" (Наблюд. 1891 № 2, 214).

они находятся въ полнѣйшей зависимости отъ земскихъ начальниковъ, которые, какъ случалось въ дѣйствительности, подвергаютъ ихъ наказаніямъ за постановленіе рѣшеній въ нежелательномъ для себя смыслѣ [1]). Вслѣдствіе этихъ условій составъ волостныхъ судовъ пополняется лицами невѣжественными и низкаго нравственнаго уровня, становящимися послушнымъ орудіемъ въ рукахъ земскихъ начальниковъ и волостныхъ писарей, а также волостныхъ старшинъ, міроѣдовъ и вообще власть имущихъ лицъ.

Эти недостатки въ устройствѣ волостныхъ судовъ являются общепризнанными, и необходимость если не полнаго упраздненія волостныхъ судовъ, то по меньшей мѣрѣ коренного ихъ преобразованія въ настоящее время никѣмъ не оспаривается. Спорнымъ представляется только вопросъ, чѣмъ ихъ замѣнить, или какимъ образомъ надо преобразовать. Одни думаютъ просто передать крестьянскія дѣла въ вѣдѣніе единоличныхъ мѣстныхъ судей [2]); другіе предлагаютъ преобразовать волостные суды по образцу такихъ же судовъ прибалтійскихъ губерній [3]) или по образцу гминныхъ судовъ Царства Польскаго, которымъ тоже было дано болѣе удовлетворительное устройство [4]), и которые функціонируютъ вполнѣ успѣшно [5]); высказывалось также мнѣніе, что цѣлесообразно было бы замѣнить волостные суды единоличными выборными волостными судьями, предоставивъ имъ разрѣшеніе самыхъ мелкихъ дѣлъ (до 50 руб.), а болѣе крупныя передавъ выборнымъ мировымъ судьямъ [6]).

---

[1]) Офиціально засвидѣтельствовано министромъ юстиціи, что бывали случаи примѣненія земскими начальниками ареста къ цѣлому составу волостного суда за неправильное, по его мнѣнію, рѣшеніе дѣлъ. Генкинъ, 58. Леонтьевъ. Крестьянское право, 1909, 151—152. Сенатъ, конечно, призналъ такой образъ дѣйствій земскихъ начальниковъ незаконнымъ. Ук. 2 деп. 1908 № 5346. (Волковъ. Сборникъ положеній о сельск. сост. 1910, с. 226.)

[2]) Гессенъ, 41 и сл. Министерскій проектъ преобраз. мѣстнаго суда (Гессенъ, 107—108). Резолюція съѣзда русской группы международнаго союза криминалистовъ (Гессенъ, 70). Евреиновъ (Журн. М. Ю. 1910 № 8, стр. 118) и др.

[3]) Коробка, 22.

[4]) Аничковъ, 42 и сл. Леонтьевъ (Журн. М. Ю. 1907 № 1, стр. 109).

[5]) Гессенъ, 42.

[6]) Арсеньевъ (Вѣсти. Евр. 1908 № 6, стр. 803—805). Раньше дѣлались и другія предложенія, напр., ввести судъ крестьянъ-стариковъ. Марковъ. Сельское

Наиболѣе правильнымъ и желательнымъ—въ видахъ объединенія юстиціи и послѣдовательнаго проведенія принципа равенства всѣхъ гражданъ передъ закономъ и судомъ—слѣдуетъ признать полное упраздненіе волостныхъ судовъ и передачу всѣхъ крестьянскихъ дѣлъ въ вѣдѣніе единоличныхъ правительственныхъ органовъ мѣстной юстиціи [1]). Главное возраженіе, выдвигаемое противъ этого проекта, состоитъ въ томъ, что пока на крестьянъ не распространено дѣйствіе общихъ гражданскихъ законовъ, и пока въ крестьянскомъ быту играютъ важную роль обычаи, до тѣхъ поръ необходимо существованіе особыхъ судовъ, состоящихъ изъ самихъ же крестьянъ, которымъ мѣстные обычаи и условія, конечно, извѣстны лучше, чѣмъ правительственнымъ судьямъ. Но не говоря уже о проблематичности существованія въ крестьянскомъ быту опредѣленныхъ и устойчивыхъ обычно-правовыхъ нормъ [2]), это возраженіе не убѣдительно, такъ какъ мѣстные обычаи въ тѣхъ случаяхъ, когда существованіе ихъ можетъ быть доказано, легко будутъ примѣнять и правительственные судьи.

правосудіе (Рус. Рѣчь 1881 № 7, 227 и сл.). О другихъ проектахъ: Зарудный, 191 и сл., Леонтьевъ. Вол. судъ, 1895, 45—47.

[1]) Правильности такого „разсѣченія Гордіева узла“ не отрицалъ и Зарудный, отстаивавшій особые волостные суды только потому, что „безусловное уравненіе всѣхъ сословій не признается возможнымъ именно и исключительно въ виду особенностей сельскаго быта“ (стр. 200). Съ того времени уравненіе правъ крестьянъ съ другими сословіями подвинулось настолько, что это соображеніе потеряло свой вѣсъ.

[2]) Существованіе такихъ нормъ рѣшительно отрицаютъ именно тѣ судебные дѣятели, которымъ, по обязанности службы, приходилось наблюдать за примѣненіемъ обычаевъ волостными и мировыми судами. Обнинскій, напр., заявляетъ на основаніи продолжительнаго опыта, что не вѣритъ въ существованіе юридическихъ обычаевъ у крестьянъ и считаетъ ихъ чѣмъ то въ родѣ тѣхъ привидѣній, о которыхъ говорятъ суевѣрные люди, но которыхъ въ дѣйствительности никто не видѣлъ. Указанія см. у Леонтьева. Вол. судъ, 9 и сл., Гессена, 35 и сл., Голосова, 36 и сл.

§ 32.

Адвокатура [1]).

I. Личное веденіе собственныхъ судебныхъ дѣлъ обыкновенно связано для тяжущихся, съ одной стороны, съ опасностью, съ другой стороны, съ неудобствомъ. Опасность состоитъ въ томъ, что тяжущійся легко можетъ проиграть любое, даже вполнѣ правое дѣло по недостаточному знанію гражданскихъ законовъ и формальностей производства, а равнымъ образомъ и по неумѣнію отстаивать свои права на судѣ подъ вліяніемъ робости или вслѣдствіе непривычки связно и толково излагать мысли. Поэтому для веденія сколько-нибудь сложнаго процесса тяжущіеся нуждаются въ помощи свѣдущаго и опытнаго въ судебныхъ дѣлахъ лица, которое поддержало бы ихъ совѣтомъ и словомъ, т.-е., оказало бы имъ юридическую помощь, или *правозаступничество.*

Съ другой стороны, личное веденіе судебныхъ дѣлъ представляетъ немалое неудобство уже въ виду того, что тяжущіеся должны отрываться отъ обычныхъ занятій для явки въ засѣданія суда, нерѣдко находящагося въ другомъ городѣ или даже въ другой губерніи. Кромѣ того, какъ указано еще въ Инсти-

---

[1]) Васьковскій. Организація адвокатуры, 1893 (здѣсь указана предшествующая русская и иностранная литература); Васьковскій. Основные вопросы адвокатской этики, 1895; Спасовичъ. Объ организаціи адвокатуры (Журн. М. Ю. 1896 г. № 3); Випаверъ. Очерки объ адвокатурѣ, 1902; Бенедиктъ. Адвокатура нашего времени, 1910.

Fouchier. Règles sur la profession d'avocat à Rome et dans l'ancienne législation française, 1896; Douxchamps. De la profession d'avocat et d'avoué, 1904; Labouret. Des honoraires des avocats, 1906; Vallier. Les avoués au XX siècle, 1908; Douay. Des devoirs de l'avocat, 1910.

Malachowski. Das Gerichtswesen und die Advocatur in Deutschland, 1896; Ettinger. Die Advocatur im modernen Verkehre, 1900; Lesse. Preussische Anwaltschaft in den letzten 50 Jahren (Festgabe d. Rechtsanwaltschaft für Wilke, 1900); Weissler. Geschichte der Rechtsanwaltschaft, 1905; Freimut. Rechtsanwälte und Anwaltskammern, 1908. Краткіе очерки современнаго положенія адвокатуры во многихъ государствахъ были сдѣланы разными авторами въ отвѣтахъ на вопросной листъ, разосланный организаціоннымъ комитетомъ перваго международнаго съѣзда адвокатовъ въ Брюссели. Premier congrès international des avocats, réponses aux questionnaire. Brux., 1897.

туціяхъ Юстиніана, „и болѣзнь, и возрастъ, и необходимое путешествіе, и многія другія причины часто мѣшаютъ вести дѣла лично“ [1]). Существуетъ, такимъ образомъ, потребность поручать исполненіе необходимыхъ процессуальныхъ дѣйствій другимъ лицамъ, которыя замѣнили бы тяжущихся въ процессѣ, т.-е., потребность въ *судебномъ представительствѣ*.

Исторія свидѣтельствуетъ, что правозаступничество появилось почти одновременно съ судомъ, на самыхъ низшихъ ступеняхъ культуры и первоначально въ формѣ родственнаго и сосѣдскаго: къ защитѣ интересовъ тяжущихся на судъ допускались прежде всего родные, а затѣмъ сосѣди ихъ. Такъ было въ древней Греціи и въ первое время существованія Рима; слѣды этого встрѣчаются также и въ начальный періодъ исторіи другихъ странъ (Англіи, Германіи, Россіи). Чѣмъ больше развивается цивилизація, чѣмъ сложнѣе и разнообразнѣе становятся жизненныя отношенія и опредѣляющія ихъ нормы, тѣмъ настоятельнѣе дѣлается потребность въ особомъ классѣ лицъ, который бы спеціально занимался изученіемъ этихъ нормъ, давалъ гражданамъ юридическіе совѣты и помогалъ имъ вести судебныя дѣла. Подъ вліяніемъ этой потребности возникаетъ особая профессія, которая получаетъ названіе адвокатуры, а лица, посвящающія себя занятію ею,—названіе адвокатовъ [2]).

Судебное представительство возникло, подобно правозаступничеству, первоначально тоже въ формѣ родственнаго или семейнаго представительства; на низшихъ ступеняхъ культуры повсюду господствовалъ принципъ личной явки въ судъ, такъ какъ отвлеченное понятіе представительства вообще недоступно для первобытнаго неразвитаго ума, и только замѣна тяжущагося, почему-либо не могущаго явиться лично въ судъ, его родственникомъ, опекуномъ или супругомъ не вызывала недоумѣнія и допускалась въ видѣ изъятія. Но чѣмъ больше развивалась экономическая

---

[1]) L. IV, t. X.

[2]) Этотъ терминъ происходитъ отъ латинскаго слова advocatus. Такъ римляне въ республиканскую эпоху называли родственниковъ и друзей тяжущагося, которые сопровождали его въ судъ и давали ему во время засѣданія совѣты или вообще выражали своимъ присутствіемъ сочувствіе ему. Во времена имперіи это слово пріобрѣло техническое значеніе, сохранившееся во многихъ языкахъ до настоящаго времени.

жизнь, чѣмъ интенсивнѣе становился гражданскій оборотъ, тѣмъ больше давала себя чувствовать потребность въ представительствѣ для заключенія сдѣлокъ и веденія судебныхъ дѣлъ. Юридическая эволюція привела въ результатѣ къ признанію свободы представительства и къ образованію особаго класса лицъ, спеціально занимающагося веденіемъ чужихъ судебныхъ дѣлъ, въ качествѣ профессіональныхъ *повѣренныхъ*, или *ходатаевъ по дѣламъ* (стряпчихъ).

Какъ адвокаты, такъ и повѣренные, являясь посредниками между тяжущимися и судьями, могутъ своимъ участіемъ содѣйствовать правильному отправленію правосудія, но могутъ и мѣшать ему. Государственная власть, будучи заинтересована въ нормальномъ ходѣ правосудія, должна принять мѣры къ тому, чтобы они своею дѣятельностью не затрудняли, а облегчали работу судей, чтобы они были не врагами, а союзниками суда. Въ виду этого занятіе адвокатурой и судебнымъ представительствомъ не можетъ быть разрѣшено всѣмъ желающимъ, а, наоборотъ, должно быть обставлено извѣстными условіями, касающимися образовательнаго и нравственнаго ценза кандидатовъ, и подчинено бдительному надзору. Говоря короче, какъ адвокатурѣ, такъ и судебному представительству необходимо дать опредѣленную организацію, которая для того, чтобы быть раціональной, должна соотвѣтствовать сущности и задачамъ каждой изъ этихъ двухъ профессій.

II. Какъ было только что указано, адвокатура, въ смыслѣ правозаступничества, удовлетворяетъ потребности гражданъ въ юридической помощи при веденіи ими судебныхъ дѣлъ. Она является, подобно врачебному или инженерному искусству, результатомъ раздѣленія труда и спеціализаціи знаній. Сообразно съ этимъ, задача адвоката состоитъ въ томъ, чтобы дополнять дѣятельность тяжущагося въ процессѣ посредствомъ подачи ему юридическихъ совѣтовъ, составленія судебныхъ бумагъ и произнесенія въ его защиту рѣчи въ засѣданіи суда. Словомъ, адвокатъ—спеціалистъ-юристъ и ораторъ, дѣйствующій наряду съ тяжущимся и помогающій ему вести дѣло.

Но процессуальная роль адвоката не ограничивается этимъ; на немъ лежитъ еще болѣе высокая миссія.

Въ гражданскомъ процессѣ борются между собою частныя лица изъ-за своихъ частныхъ интересовъ. Государство, какъ цѣлое, не заинтересовано непосредственно въ побѣдѣ одного изъ нихъ, и государственная власть не имѣетъ поэтому основанія вмѣшиваться въ ихъ борьбу; для нея важно только предотвратить самоуправство и насиліе между гражданами, давъ имъ возможность добиться защиты своихъ правъ, если они захотятъ и сумѣютъ сдѣлать это. Для этого она должна организовать надлежащимъ образомъ судебныя учрежденія и создать классъ спеціально подготовленныхъ къ веденію судебныхъ дѣлъ лицъ (адвокатовъ). Но на томъ и кончается ея задача. Остальное—дѣло самихъ спорящихъ сторонъ.

Иначе относится къ исходу процесса общество. Для него важно, чтобы побѣдила правая сторона, и чтобы никакія постороннія обстоятельства не препятствовали этому. Если же правая сторона проигрываетъ дѣло только потому, что противникъ болѣе свѣдущъ въ законахъ и болѣе опытенъ въ веденіи дѣлъ, то каждому изъ членовъ общества грозитъ опасность попасть при случаѣ въ такое же положеніе, и все общество не можетъ не испытывать чувства необезпеченности въ своихъ правахъ. „Свобода въ оборотахъ, нравственность народа и миръ въ семействахъ зависятъ отъ убѣжденія частныхъ лицъ въ справедливомъ и быстромъ окончаніи процессовъ“ (Миттермайеръ), а это убѣжденіе подрывается каждый разъ, когда правая сторона проигрываетъ дѣло. Здѣсь-то открывается для адвокатуры благородное поприще помочь своими знаніями и краснорѣчіемъ торжеству правой стороны. Выполняя такую миссію, адвокатъ является защитникомъ не только частныхъ интересовъ отдѣльнаго лица, но и интересовъ всего общества; онъ выступаетъ въ процессѣ не какъ представитель тяжущагося, а какъ представитель общественнаго интереса, дѣйствуя какъ бы по уполномочію общества. Онъ защищаетъ индивидуальныя права частнаго лица въ виду и во имя общественнаго блага [1]).

---

[1]) Еще рельефнѣе выступаетъ общественное значеніе адвокатуры въ уголовномъ процессѣ. Тамъ предъ судомъ, являющимся олицетвореніемъ закона, состязаются, съ одной стороны, прокуроръ, какъ представитель государственной власти въ ея карательной функціи, а съ другой стороны — частное лицо, обвиняемое въ преступленіи. Въ

Съ этой точки зрѣнія, адвокатъ—не обыкновенное частное лицо, помогающее тяжущимуся вести судебное дѣло, а самостоятельный дѣятель, играющій роль, аналогичную той, какую играетъ прокуроръ въ уголовномъ процессѣ, съ той разницей, что прокуроръ является представителемъ государственной власти, а адвокатъ—представителемъ *общества*. Вслѣдствіе *этого* адвокатура пріобрѣтаетъ значеніе одного изъ элементовъ правильной судебной организаціи на ряду съ судомъ и прокуратурой [1]).

Изъ такого воззрѣнія на сущность и задачи адвокатуры сами собою вытекаютъ главныя требованія, которымъ должна удовлетворять ея организація, а вмѣстѣ съ тѣмъ и основныя начала правильной организаціи.

Первое положеніе состоитъ въ томъ, что если адвокаты при-

такомъ видѣ эта борьба не можетъ быть названа равной: противъ единицы, противъ ничтожнаго и *безпомощнаго* атома стоитъ въ лицѣ прокурора могущественная государственная власть. „Процессъ, гдѣ обвиняемый поставленъ лицомъ къ лицу противъ обвинителя, вооруженнаго всесильной помощью государства, не достоинъ имени судебнаго разбирательства; онъ превращается въ травлю". (Фойницкій. Защита въ уголовномъ процессѣ, 1884, 15.) Между тѣмъ судьба обвиняемаго глубоко интересуетъ все общество. Каждый обвиняемый вѣдь членъ общества, призванный государственной властью къ отвѣту по обвиненію въ какомъ-либо проступкѣ. Если онъ пострадаетъ невинно или будетъ наказанъ сверхъ мѣры, то все общество почувствуетъ себя въ опасности, ибо каждый членъ его будетъ знать, что не сегодня—завтра его можетъ постигнуть такая же участь. Вслѣдствіе этого общество должно придти на помощь подсудимому въ неравной борьбѣ его съ представителемъ государственной власти и дать ему помощника, подобнаго тому, какого даетъ потерпѣвшему государственная власть. Сдѣлать это оно въ дѣйствительности не въ состояніи, такъ какъ не имѣетъ для этого ни самостоятельной отъ государства организаціи, ни принудительной власти. Но роль такихъ уполномоченныхъ общества могутъ и должны исполнять въ процессѣ адвокаты. Этотъ взглядъ на адвокатуру, впервые обстоятельно развитый въ примѣненіи къ уголовному процессу Фридманомъ (Frydmana. Systematisches Handbuch der Vertheidigung im Strafverfahren, 1878), положенъ мною въ основу изслѣдованія „Организація адвокатуры" (см. въ особенности т. II, стр. 1—18). Развитію его посвящена также блестящая рѣчь О. Пергамента (Общественныя задачи адвокатуры, 1904) и мое возраженіе Л. Гольдштейну („Вѣсти. Пр." 1900 г. № 3), оспаривавшему правильность такого пониманія задачъ адвокатуры (тамъ же, 1900 г. № 1). Къ Фридману присоединился въ нѣмецкой литературѣ Ortloff, Staats- und Gesellschaftsvertretung im Strafverfahren, 1892 (и въ „Gerichtssaal", 47 B.).

[1]) Судья и прокуроръ уполномочиваются къ выполненію своихъ функцій государственной властью. Адвокатъ не получаетъ прямого полномочія отъ общества, такъ какъ общество не имѣетъ отдѣльной отъ государства юридической организаціи. Адвокатъ поэтому долженъ быть разсматриваемъ какъ negotiorum gestor общества. Черношековъ. Право промышленной клиентелы, 1894, 8.

званы защищать на судѣ общественные интересы, то они не должны быть въ то же время представителями самихъ тяжущихся, интересы которыхъ далеко не всегда совпадаютъ съ интересами общества: каждая сторона стремится выиграть дѣло, но для общества важно, чтобы побѣдила правая, и этому долженъ содѣйствовать адвокатъ. Другими словами, выступая въ качествѣ уполномоченнаго общества, адвокатъ не долженъ быть повѣреннымъ тяжущагося, ибо нельзя служить одновременно двумъ господамъ безъ ущерба для одного изъ нихъ. Въ видахъ предотвращенія этого, адвокатъ долженъ быть только правозаступникомъ, судебное же представительство слѣдуетъ предоставить другому классу лицъ. Отсюда же вытекаетъ и верховный принципъ адвокатской этики: адвокатъ не долженъ принимать къ своей защитѣ юридически или нравственно неправыхъ дѣлъ [1]).

Второе положеніе заключается въ томъ, что для надлежащей защиты общественныхъ интересовъ адвокаты должны обладать независимостью и мужествомъ. Поэтому они не могутъ быть поставлены въ подчиненность ни административнымъ властямъ, ни прокуратурѣ, ни суду. А такъ какъ за дѣятельностью ихъ необходимъ надзоръ, чтобы они, являясь помощниками тяжущихся и обладая спеціальнымъ образованіемъ, не тормозили, а облегчали отправленіе правосудія, то слѣдуетъ дать адвокатурѣ корпоративное устройство, т.-е., образовать изъ адвокатовъ самоуправляющуюся коллегію (или рядъ коллегій) и предоставить надзоръ за ихъ дѣятельностью выборнымъ органамъ коллегіи.

Далѣе, преслѣдуя общественный интересъ и не будучи представителями интересовъ тяжущихся, адвокаты должны быть независимы и отъ тяжущихся. Эта независимость можетъ быть обезпечена, помимо запрещенія заниматься судебнымъ представительствомъ, еще запрещеніемъ состоять на службѣ у частныхъ лицъ и заключать предварительныя условія о гонорарѣ. Въ послѣднемъ отношеніи наиболѣе соотвѣтствуетъ значенію и достоинству адвокатуры, какъ стоящаго наравнѣ съ судомъ и прокуратурой элемента судебной организаціи, такой способъ воз-

---

[1]) Обоснованіе и развитіе этого принципа сдѣлано въ моей брошюрѣ: „Основные вопросы адвокатской этики", 1895.

награжденія, который принятъ по отношенію къ врачебной профессіи: гонораръ добровольно уплачивается получившимъ услугу лицомъ въ томъ размѣрѣ, какой оно находитъ соотвѣтствующимъ своему имущественному положенію и важности полученной услуги. Если же это лицо уклоняется отъ уплаты гонорара или дастъ вознагражденіе, явно не соотвѣтствующее своему имущественному положенію и важности полученной услуги, то слѣдуетъ адвокату дать право требовать гонорара или дополнительнаго вознагражденія посредствомъ иска, при чемъ размѣръ вознагражденія подлежитъ опредѣленію судовъ въ извѣстныхъ, установленныхъ закономъ предѣлахъ.

Наконецъ, имѣя задачей защиту чужихъ правъ и являясь въ то же время однимъ изъ элементовъ судебной организаціи наряду съ прокуратурой, адвокатура предполагаетъ наличность у своихъ членовъ надлежащей юридической подготовки и соотвѣтствующихъ нравственныхъ качествъ. Другими словами, для допущенія къ адвокатской практикѣ долженъ быть установленъ умственный и нравственный цензъ, въ общемъ одинаковый съ требуемымъ отъ судей и прокуроровъ. Но вмѣстѣ съ тѣмъ къ занятію адвокатурой должны быть допускаемы всѣ лица съ требуемымъ цензомъ, безъ всякаго ограниченія числа ихъ въ отдѣльныхъ округахъ и безъ пріуроченія ихъ дѣятельности только къ опредѣленнымъ округамъ. Такая система имѣетъ слѣдующія преимущества. Во-1-хъ, требованіе высокаго умственнаго и нравственнаго ценза гарантируетъ въ одинаковой степени какъ интересы частныхъ лицъ, поручающихъ адвокатамъ защиту своихъ правъ на судѣ, такъ и правильное отправленіе правосудія. Во-2-хъ, открытіе доступа къ профессіи всѣмъ, кто чувствуетъ призваніе къ ней и удовлетворяетъ установленнымъ въ законѣ требованіямъ, создаетъ широкое поприще для развитія талантовъ и для свободной конкуренціи, ведущей къ удешевленію и улучшенію качества адвокатскаго труда.

Къ довершенію всего весьма полезно, въ виду значенія адвокатуры, какъ необходимаго элемента въ судебной организаціи, установленіе постоянной и прочной связи между нею и судейскимъ сословіемъ въ томъ смыслѣ, чтобы безукоризненное исполненіе адвокатскихъ обязанностей въ теченіе извѣстнаго періода

времени давало адвокату право получить мѣсто въ судебномъ вѣдомствѣ. Перспектива занять почетную и обезпеченную должность судьи будетъ служить стимуломъ къ усердному и честному исполненію обязанностей, наградой за долгое и безупречное служеніе правосудію, возвысить адвокатуру во мнѣніи общества и создастъ извѣстную солидарность между судомъ и адвокатурой, которая послужитъ къ установленію нормальныхъ отношеній между ними и взаимному содѣйствію въ служеніи правосудію.

III. Иной характеръ судебнаго представительства, и другая организація должна быть дана ему.

Судебное представительство имѣетъ цѣлью избавлять тяжущихся отъ личнаго ходатайства по своимъ судебнымъ дѣламъ; оно существуетъ исключительно для удобства частныхъ лицъ; общество ничуть не заинтересовано въ томъ, чтобы вмѣсто того или другого тяжущагося явился въ судъ его повѣренный; суду же, для лучшаго раскрытія истины, даже предпочтительнѣе личная явка сторонъ.

Служа, такимъ образомъ, исключительно частнымъ интересамъ и не преслѣдуя никакихъ цѣлей высшаго порядка, не имѣя даже непосредственной задачей восполнять недостаточность юридическихъ познаній тяжущихся (это задача правозаступничества), судебное представительство не требуетъ отъ занимающихся имъ лицъ того высокаго умственнаго ценза, какимъ должны обладать адвокаты. Для повѣренныхъ достаточно практическаго знанія формъ и обрядовъ судопроизводства.

Точно такъ же не требуется сущностью представительства и независимость его отъ суда. Напротивъ, отождествляясь съ личностью тяжущагося, повѣренный стоитъ по отношенію къ суду въ такомъ же положеніи, какъ и самъ тяжущійся, и ни на какія преимущества не въ правѣ притязать, ибо иначе противная сторона, явившаяся въ судъ лично, оказалась бы, вопреки принципу равноправности, въ худшемъ положеніи. Отсюда слѣдуетъ, что надзоръ за дѣятельностью судебныхъ представителей можетъ быть предоставленъ судебнымъ учрежденіямъ, при которыхъ они практикуютъ. Однако въ дополненіе къ этому полезно ввести и корпоративную организацію, такъ какъ суды не могутъ усмѣдить за дѣятельностью повѣренныхъ внѣ засѣданій.

Неограниченный доступъ къ занятію профессіей для всѣхъ лицъ, обладающихъ надлежащимъ образовательнымъ и нравственнымъ цензомъ, полезный и даже необходимый по отношенію къ правозаступничеству, вреденъ для судебнаго представительства, такъ какъ результатомъ его было бы переполненіе класса повѣренныхъ, чрезмѣрная конкуренція и обусловливаемая ею деморализація. Напротивъ, гораздо цѣлесообразнѣе организовать судебное представительство въ видѣ замкнутой профессіи, т.-е., установить, на основаніи статистическихъ данныхъ о числѣ производящихся въ каждомъ округѣ судебныхъ дѣлъ, максимальное число повѣренныхъ, достаточное для удовлетворенія потребности тяжущихся въ судебномъ представительствѣ (комплектъ), и пріурочить дѣятельность каждаго повѣреннаго къ одному судебному округу (локализація). Комплектъ устранитъ опасность переполненія, а локализація ограничитъ и распредѣлитъ равномѣрнѣе конкуренцію и облегчитъ надзоръ суда за дѣятельностью повѣренныхъ. Если еще обязать ихъ вносить денежный залогъ, какъ установлено по отношенію къ нотаріусамъ, тогда интересы тяжущихся, ввѣряющихъ имъ цѣнные документы и деньги, будутъ вполнѣ обезпечены отъ злоупотребленій.

Стоя по образованію гораздо ниже адвокатовъ и служа только частнымъ интересамъ тяжущихся, судебные представители не могутъ притязать на связь съ судебной магистратурой и на роль одного изъ разсадниковъ ея. Самое большее, что можно допустить, это—назначеніе повѣренныхъ, по истеченіи опредѣленнаго числа лѣтъ практики, судебными приставами или нотаріусами.

Наконецъ, что касается вознагражденія повѣренныхъ, то ихъ чисто ремесленная дѣятельность легко можетъ быть оцѣнена и за каждое отдѣльное процессуальное дѣйствіе (подачу бумагъ, явку въ судъ, полученіе изъ суда документа и т. д.) установлено опредѣленное вознагражденіе по таксѣ [1]).

IV. Таковы основные принципы организаціи адвокатуры и судебнаго представительства, вытекающія изъ самой сущности и задачъ этихъ двухъ профессій. Эти принципы осуществлены съ

---

[1]) Подробное изслѣдованіе основныхъ началъ раціональнаго устройства институтовъ адвокатуры и судебнаго представительства сдѣлано во 2-й части моего соч. „Организація адвокатуры".

большею или меньшею послѣдовательностью законодательствами одной группы европейскихъ государствъ, именно Франціи, Бельгіи, Англіи и отчасти Испаніи. Въ этихъ странахъ лица, занимающіяся профессіонально веденіемъ чужихъ судебныхъ дѣлъ, раздѣляются на два класса: на адвокатовъ (avocats, barristers, abogados) и повѣренныхъ (avoués, attorneys, procuradores). Адвокаты—это лица съ высшимъ юридическимъ образованіемъ, занимающіяся подачей гражданамъ юридическихъ совѣтовъ, сочиненіемъ для нихъ важныхъ судебныхъ бумагъ и произнесеніемъ въ ихъ защиту рѣчей въ засѣданіяхъ судовъ. Они не замѣщаютъ своихъ кліентовъ въ процессахъ, не считаются ихъ представителями, а только помогаютъ имъ при веденіи дѣлъ своими знаніями и краснорѣчіемъ. Словомъ, они—юрисконсульты и судебные ораторы и ничего больше. Напротивъ, повѣренные, отъ которыхъ требуется не высшее юридическое образованіе, а только практическое знакомство съ нормами права и процесса, являются замѣстителями тяжущихся и исполняютъ вмѣсто нихъ всю остальную, черную работу, необходимую при веденіи судебныхъ дѣлъ: они собираютъ и подготовляютъ фактическій матеріалъ, разыскиваютъ свидѣтелей и документы, подаютъ и получаютъ судебныя бумаги, присутствуютъ въ засѣданіяхъ судовъ, приводятъ въ исполненіе судебныя рѣшенія и т. д. Такимъ образомъ, въ этихъ странахъ адвокатура представляетъ собою либеральную профессію, аналогичную профессіи врачей, архитекторовъ, инженеровъ и т. п., и пользуется общественнымъ уваженіемъ наравнѣ съ ними; судебное же представительство имѣетъ характеръ чисто ремесленной дѣятельности и стоитъ на ряду съ маклерствомъ, агентурой и другими видами посредничества. Кореннымъ различіемъ въ сферахъ дѣятельности, образовательномъ цензѣ и общественномъ положеніи обоихъ классовъ адвокатовъ и повѣренныхъ обусловливается и различіе въ деталяхъ ихъ организаціи.

Во Франціи [1]) къ занятію адвокатурой допускаются лица, получившія высшее юридическое образованіе, удостовѣряемое дипломомъ лиценціата правъ, отбывшія практическую подготовку

[1]) Устройство французской адвокатуры основывается на законахъ 1822, 1830, 1852 и 1870 гг. Подробное изложеніе его сдѣлано въ „Организаціи адвокатуры" (часть I, стр. 137 и сл.).

въ теченіе установленнаго времени и внесенныя въ списокъ одной изъ адвокатскихъ коллегій. Продолжительность практической подготовки (стажа) опредѣлена въ три года; но совѣты коллегій имѣютъ право, въ случаѣ надобности, удлинять этотъ срокъ. Подготовка состоитъ въ посѣщеніи судебныхъ засѣданій и участіи въ собраніяхъ стажіеровъ, гдѣ читаются и обсуждаются рефераты какъ по различнымъ юридическимъ вопросамъ, такъ и по вопросамъ адвокатской этики. По истеченіи двухъ лѣтъ подготовки стажіеры могутъ быть допускаемы къ занятію адвокатурой. Окончивъ подготовку, стажіеръ можетъ просить о принятіи его въ число членовъ той или иной адвокатской коллегіи. Принятіе зависитъ отъ дисциплинарнаго совѣта коллегіи, который при этомъ руководствуется свѣдѣніями, собранными однимъ изъ своихъ членовъ, относительно дѣятельности и нравственныхъ качествъ кандидата. На отказъ совѣта въ принятіи допускается жалоба въ подлежащій судъ какъ со стороны просителя, такъ и со стороны прокуратуры, обязанной слѣдить, чтобы „дисциплинарные совѣты не ставили препятствій свободному отправленію профессіи“. Адвокаты занимаются юридической консультаціей и устной защитой на судѣ, пользуясь правомъ выступать предъ всѣми судами государства. Они не обязаны принимать предлагаемыя имъ дѣла, а могутъ отказываться безъ объясненія причинъ и даже во время производства уже принятаго дѣла, если убѣдятся въ его неправотѣ. Имъ воспрещено пріобрѣтать на свое имя иски своихъ кліентовъ, брать на себя издержки производства или снабжать кліентовъ деньгами для веденія дѣла съ тѣмъ, чтобы подѣлиться плодами выиграннаго дѣла, разглашать ввѣренныя кліентами тайны. Не являясь представителемъ кліента, адвокаты не имѣютъ права принимать отъ нихъ довѣренностей на веденіе дѣлъ и не несутъ предъ ними гражданской отвѣтственности, вытекающей изъ договора порученія: адвокатъ отвѣчаетъ за свои совѣты не болѣе, чѣмъ судья—за свои рѣшенія. Адвокаты обязаны принимать гонораръ въ томъ размѣрѣ, въ какомъ предлагаютъ кліенты. Ни заключать условій о гонорарѣ, ни взыскивать его судомъ они не могутъ. На практикѣ вопросъ о вознагражденіи разрѣшается обыкновенно такимъ образомъ, что повѣренные (участіе которыхъ въ

гражданскихъ дѣлахъ, разбираемыхъ коллегіальными судами, обязательно) приглашаютъ для руководства веденіемъ дѣлъ и устной защиты адвокатовъ и уплачиваютъ имъ гонораръ, который затѣмъ имѣютъ право взыскать съ кліентовъ. Въ видахъ поддержанія независимости, безкорыстія и достоинства адвокатскаго сословія адвокатура признана несовмѣстимой съ государственной и частной службой, кромѣ профессуры, должности министра юстиціи, почетныхъ и безплатныхъ должностей, съ занятіемъ торговлей, агентурой, маклерствомъ, судебнымъ представительствомъ. Большинство изложенныхъ правилъ установлено не законодательствомъ, а издавна выработавшимися въ средѣ адвокатскаго сословія обычаями и рѣшеніями сословныхъ дисциплинарныхъ совѣтовъ [1]). Адвокаты раздѣляются на самоуправляющіяся коллегіи. Органами самоуправленія служатъ предсѣдатели коллегій и дисциплинарные совѣты. Эти совѣты существуютъ при апелляціонныхъ судахъ, а тамъ, гдѣ апелляціонныхъ судовъ нѣтъ, при судахъ первой инстанціи. Они избираются на одинъ годъ общимъ собраніемъ всѣхъ внесенныхъ въ списокъ даннаго суда адвокатовъ абсолютнымъ большинствомъ голосовъ. Вмѣстѣ съ совѣтомъ общее собраніе избираетъ предсѣдателя (bâtonnier). Члены совѣта выбираютъ изъ своей среды секретаря, казначея, библіотекаря и архиваріуса. Прокуратура можетъ опротестовать выборы, и обсужденіе правильности или неправильности ихъ предоставлено соединенному присутствію департаментовъ подлежащаго суда. Предсѣдателю принадлежитъ право созывать общее собраніе, предсѣдательствовать какъ въ немъ, такъ и въ совѣтѣ, являться представителемъ сословія во внѣшнихъ сношеніяхъ. На дисциплинарный совѣтъ возлагается: 1) разрѣшеніе вопросовъ, возникающихъ при внесеніи въ списокъ; 2) надзоръ, необходимый для поддержанія чести и интересовъ сословія; 3) исполненіе функцій дисциплинарнаго суда. Въ качествѣ дисциплинарнаго суда, совѣтъ обязанъ, согласно закону 1822 г.,

---

[1]) Эти правила сведены и систематизированы въ слѣд. соч.: Mollot. Règles de la profession d'avocat, I—II, 1866 (русскій переводъ вышелъ въ 1894 г.); Crosson. Usages et règles de la profession d'avocat, I—II, 1888; Liouville. Abrégé des régles de la professicn d'avocat, 1883; Crosson. Abrégé des usages et règles de la profession d'avocat, 3 éd., 1907.

заботиться о поддержаніи въ средѣ адвокатовъ „принциповъ умѣренности, безкорыстія и честности, на которыхъ основывается честь адвокатскаго сословія", руководствуясь при этомъ какъ законами, такъ и установившимися въ адвокатурѣ обычаями. Адвокаты подлежатъ дисциплинарной отвѣтственности не только за нарушеніе своихъ профессіональныхъ обязанностей, но и за предосудительные поступки въ частной жизни, при томъ условіи, если они получаютъ огласку и вслѣдствіе этого роняютъ достоинство адвокатскаго званія въ глазахъ общества. Дисциплинарными наказаніями являются: 1) предостереженіе; 2) выговоръ; 3) запрещеніе практики до 1 года, и 4) исключеніе изъ сословія. Эти наказанія могутъ быть налагаемы не иначе, какъ по вызовѣ обвиняемаго и выслушаніи его, если онъ явился. Приговоры дисциплинарнаго совѣта подлежатъ обжалованію въ суды, при которыхъ они состоятъ; но обвиненные адвокаты имѣютъ право апеллировать только въ томъ случаѣ, когда они приговорены къ временному запрещенію практики или исключенію изъ сословія; прокуратура же можетъ опротестовать любой приговоръ.

Иная организація дана французскимъ законодательствомъ [1]) сословію повѣренныхъ. Кандидаты въ повѣренные должны удовлетворять слѣдующимъ условіямъ: 1) имѣть не менѣе 25 лѣтъ; 2) пройти курсъ уголовнаго и гражданскаго права и процесса въ одной изъ юридическихъ школъ и выдержать экзаменъ изъ этихъ предметовъ; 3) заниматься въ теченіе пяти лѣтъ практикой при повѣренномъ. Число ихъ при каждомъ судѣ ограничено опредѣленнымъ комплектомъ, и тотъ, кто желаетъ вступить въ него, долженъ пріобрѣсти себѣ у какого-нибудь повѣреннаго его мѣсто. Прежній владѣлецъ мѣста или его наслѣдники имѣютъ право представлять правительству кандидата по своему избранію, и этотъ кандидатъ, если онъ удовлетворяетъ всѣмъ требуемымъ условіямъ, утверждается въ званіи повѣреннаго, по представленіи свидѣтельства о нравственной порядочности отъ камеры повѣренныхъ, и благопріятнаго заключенія суда и прокуратуры. Повѣренные продаютъ свои мѣста подобно тому, какъ купецъ отчуждаетъ свою торговую фирму. Интересы государства обезпечиваются

[1]) Именно, законами 1800, 1801, 1807, 1810, 1812, 1822 и др. годовъ. „Организація адвокатуры", I. 169 и сл.

тѣмъ, что покупать эти мѣста могутъ только лица, удовлетворяющія всѣмъ опредѣленнымъ закономъ условіямъ. Повѣренные, состоящіе при судѣ первой или второй инстанціи, образуютъ самоуправляющуюся коллегію. Органомъ ея служитъ камера, избираемая повѣренными изъ своей среды. Камера повѣренныхъ вполнѣ аналогична совѣту коллегіи адвокатовъ. Оба эти учрежденія представляютъ собой органы самоуправленія; оба они избираются общимъ собраніемъ коллегій; оба они имѣютъ почти одинаковыя функціи; обоимъ имъ, наконецъ, принадлежитъ поддержаніе внутренней дисциплины. Въ системѣ наказаній, въ порядкѣ дисциплинарнаго производства, способахъ обжалованія и нѣкоторыхъ другихъ отношеніяхъ организація коллегіи повѣренныхъ и сословія адвокатовъ не одинакова, тѣмъ не менѣе основныя черты внутренняго самоуправленія однѣ и тѣ же. Вознагражденіе повѣренныхъ представляетъ собой плату за личную услугу на основаніи договора довѣренности, опредѣляется, подобно другимъ судебнымъ издержкамъ, таксой и можетъ подлежать взысканію путемъ иска. Такса назначаетъ размѣръ вознагражденія за каждое отдѣльное дѣйствіе при веденіи процесса. Повѣренные имѣютъ право заниматься практикой только въ томъ судѣ, при которомъ они состоятъ. Другими словами, дѣятельность ихъ локализирована. Имъ принадлежитъ право представительства сторонъ на судѣ. Это право въ гражданскомъ процессѣ монопольно и притомъ въ двоякомъ отношеніи. Во-1-хъ, никто, кромѣ повѣренныхъ, не можетъ осуществлять его подъ страхомъ наказанія. Во-2-хъ, даже сами тяжущіеся не могутъ вести своихъ дѣлъ въ коллегіальныхъ судахъ лично, а должны приглашать повѣренныхъ. Зато и повѣренные обязаны совершать дѣйствія, входящія въ кругъ ихъ профессіи, по требованію каждаго тяжущагося, который обращается къ нимъ. Повѣренный имѣетъ право не принять дѣла только въ трехъ случаяхъ: 1) если состоитъ повѣреннымъ противной стороны; 2) если предлагаемое дѣло противозаконно, и 3) если оно направлено противъ него или близкихъ ему лицъ. Отношенія между повѣреннымъ и кліентомъ основываются на договорѣ довѣренности. Принимая на себя цѣликомъ все веденіе дѣла, повѣренный несетъ полную отвѣтственность за добросовѣстное исполненіе своихъ обязанностей.

При касаціонномъ судѣ существуютъ особые повѣренные, совмѣщающіе функціи адвокатовъ и повѣренныхъ, въ виду особаго характера кассаціоннаго производства. Они обладаютъ высшимъ юридическимъ образованіемъ и составляютъ коллегію, устроенную по типу адвокатскихъ.

По образцу французской адвокатуры организованы бельгійская и испанская: первая представляетъ собою почти точную копію французской, вторая въ нѣкоторыхъ отношеніяхъ значительно отклоняется отъ образца [1]).

Въ Англіи [2]) правозаступничество тоже отдѣлено отъ судебнаго представительства. Правозаступники называются барристерами, а повѣренные—атторнеями или солиситорами. Для принятія въ число барристеровъ необходимо достигнуть совершеннолѣтія и пробыть не менѣе трехъ лѣтъ членомъ-студентомъ одной изъ четырехъ судебныхъ корпорацій (inns of court). Молодые люди, желающіе вступить въ такую корпорацію, должны представить рекомендацію отъ двухъ барристеровъ въ своей порядочности, удостовѣрить, что не занимаются профессіями, которыя несовмѣстимы съ адвокатурой (каковы судебное представительство, торговля и др.), выдержать экзаменъ по англійскому и латинскому языкамъ и по исторіи, а затѣмъ сдѣлать денежный взносъ (довольно крупный). Отъ экзамена избавлены лица, выдержавшія раньше соотвѣтствующій государственный экзаменъ. Подготовка къ профессіи состоитъ въ слушаніи лекцій, устраиваемыхъ корпораціей, и удостовѣряется провѣрочнымъ экзаменомъ по англійскому и римскому праву. Кромѣ того, въ теченіе періода подготовки кандидатъ долженъ принять опредѣленное число разъ участіе въ общихъ обѣдахъ корпораціи. Это пастарн установленное обычаемъ правило имѣетъ цѣлью побудить членовъ корпораціи къ близкому общенію между собой. Посѣщеніе лекцій необязательно, а экзаменаціонная программа слишкомъ умѣренна. Но обыкновенно кандидаты поступаютъ

---

1) „Организація адвокатуры", I, 359—360, 371—374. Doux schamps, l. c. Réponses au Questionnaire, Belgique, Espagne.

2) „Организація адвокатуры", I, 194—227. Réponses au Questionnaire, Angleterre; Franqueville. Le Système judiciaire de la Grande Bretagne, I, 281—372, 458—490; Gerland. Die englische Gerichtsverfassung, 1910, 888 ff.

въ корпорацію, прослушавъ университетскій курсъ, а затѣмъ занимаются частнымъ образомъ у барристеровъ. Отбывъ срокъ подготовки, кандидатъ снова дѣлаетъ крупный взносъ и получаетъ званіе барристера и право заниматься судебной практикой. Званіе барристера считается почетнымъ и даетъ право на титулъ „эсквайра"; исключительно изъ числа барристеровъ избираются члены высшихъ судовъ (см. стр. 55). Барристеръ, составившій себѣ послѣ нѣсколькихъ лѣтъ практики имя въ адвокатурѣ, можетъ просить лорда канцлера о предоставленіи себѣ званія „королевскаго адвоката", сообщивъ предварительно о своемъ намѣреніи старшимъ по времени поступленія въ корпорацію барристерамъ, *если они еще не имѣютъ этого званія*. Лордъ канцлеръ, признавъ просителя достойнымъ такого отличія, дѣлаетъ соотвѣтствующее представленіе королю. Подобно обыкновеннымъ барристерамъ, королевскіе адвокаты могутъ заниматься частной практикой; но если имъ поручается введеніе дѣла противъ казны или защита въ уголовномъ дѣлѣ, то они должны каждый разъ испрашивать разрѣшенія правительства, что, впрочемъ, является простой формальностью. Королевскимъ адвокатамъ предоставлены нѣкоторыя привилегіи. Такъ, имъ присвоенъ особый костюмъ, они имѣютъ право сидѣть въ судѣ на первой скамьѣ, предсѣдательствовать въ судахъ присяжныхъ вмѣсто коронныхъ судей. Въ сколько-нибудь сложныхъ процессахъ принято приглашать ихъ для участія въ засѣданіи, при чемъ имъ уплачивается болѣе высокій гонораръ, чѣмъ *обыкновеннымъ барристерамъ*. Англійскіе адвокаты не составляютъ отдѣльнаго отъ магистратуры класса, а, напротивъ, вмѣстѣ съ нею образуютъ одно сословіе, имѣющее общіе органы самоуправленія, ибо барристеры и высшіе судьи, назначаемые изъ числа барристеровъ, всю жизнь продолжаютъ быть членами той судебной корпораціи, изъ которой вышли. Органомъ управленія въ каждой корпораціи является совѣтъ старшинъ, пополняемый посредствомъ кооптаціи изъ числа старѣйшихъ судей и адвокатовъ, принадлежащихъ къ корпораціи. Онъ имѣетъ дисциплинарную власть какъ надъ студентами, такъ и надъ судьями и адвокатами. Ни объемъ этой власти, ни роды наказаній, ни порядокъ дисциплинарнаго производства не указаны закономъ. Все основывается на обычаяхъ. На приговоръ

совѣта старшинъ допускается апелляція въ судъ; но въ дѣйствительности суды всегда утверждаютъ эти приговоры. Каждый барристеръ имѣетъ право выступать во всѣхъ судахъ Англіи. Но принято, чтобы барристеры пріурочивали свою дѣятельность къ опредѣленнымъ судамъ. Большинство ихъ избираетъ себѣ также одинъ изъ судебныхъ округовъ для веденія защитъ на выѣздныхъ сессіяхъ. Съ этой цѣлью каждый барристеръ вступаетъ въ корпорацію адвокатовъ, практикующихъ въ избранномъ имъ округѣ. Онъ долженъ представить рекомендацію отъ двухъ ея членовъ и подвергнуться баллотировкѣ. Корпорація можетъ его не принять, и, принявъ,—исключить въ случаѣ совершенія какого-либо поступка, не соотвѣтствующаго достоинству адвокатскаго званія. Вопросъ о гонорарѣ находится въ такомъ же положеніи, какъ во Франціи. Адвокатъ не имѣетъ права ни выговаривать себѣ гонораръ, ни требовать его посредствомъ иска. Кліентъ сносится съ адвокатомъ черезъ посредство атторнея, который, приглашая адвоката для веденія дѣла, опредѣляетъ размѣръ гонорара и уплачиваетъ его адвокату, а самъ взыскиваетъ его съ кліента. Полномочіе, которое дается барристеру на веденіе дѣла, не можетъ быть отнято у него до окончанія дѣла; но онъ самъ имѣетъ право сложить его. Это полномочіе не налагаетъ на барристера юридической отвѣтственности предъ кліентами, такъ что онъ не отвѣчаетъ ни за ошибки, ни за небрежность. Благодаря такому характеру отношеній къ кліентамъ, онъ пользуется полной свободой дѣйствій и можетъ болѣе объективно и справедливо относиться къ дѣламъ, не поддаваясь одностороннему увлеченію интересами своихъ кліентовъ. А такъ какъ, по обычаю, онъ обязанъ излагать въ судѣ не только фактическую, но и юридическую сторону дѣлъ, приводя законы и судебные прецеденты, то „по всему своему положенію въ процессѣ барристеръ является скорѣе помощникомъ судьи, чѣмъ представителемъ стороны“ [1]).

Атторнеи или солиситоры представляютъ собой второй, низшій классъ адвокатовъ—ремесленниковъ адвокатуры. Они занимаются

---

[1]) Gerland, 963. Ср. Stein. Zur Justizreform, 1907, 45—47.

судебнымъ представительствомъ и сродными ему видами посреднической дѣятельности: маклерствомъ, комиссіонерствомъ, агентурой, управленіемъ имуществами и проч., а также исполняютъ обязанности нотаріусовъ. Въ низшихъ судахъ они имѣютъ право замѣнять барристеровъ. Въ число атторнеевъ принимаются совершеннолѣтнія лица, занимавшіяся не менѣе пяти лѣтъ въ конторѣ какого-либо атторнея и выдержавшія въ теченіе этого періода времени три экзамена: вступительный, элементарный по ариѳметикѣ, географіи и языкамъ, затѣмъ, по отбытіи, половины стажа, второй — изъ англійскаго права и третій, заключительный — изъ англійскаго права и процесса. Для лицъ, получившихъ предварительное образованіе, эти условія облегчаются въ зависимости отъ его уровня. Во все время этой подготовки кандидатъ обязанъ вести себя, какъ „джентльменъ". По выдержаніи окончательнаго экзамена онъ можетъ просить о принятіи въ число атторнеевъ. Организація и производство экзаменовъ, устройство лекцій для кандидатовъ, допущеніе ихъ въ сословіе атторнеевъ, дисциплинарный надзоръ за атторнеями, привлеченіе къ дисциплинарной отвѣтственности и производство предварительнаго разслѣдованія, на основаніи котораго особое отдѣленіе высшаго суда постановляетъ дисциплинарные приговоры,—все это предоставлено закономъ такъ наз. юридическому обществу (Incorporated Law Society), являющемуся частной ассоціаціей атторнеевъ съ правами юридическаго лица. Эта ассоціація возникла еще въ 30-хъ годахъ XIX в. съ цѣлью поднятія нравственнаго и образовательнаго уровня сословія атторнеевъ. Ея дѣятельность была настолько плодотворна, что правительство предоставило ей обширныя полномочія по отношенію ко всѣмъ атторнеямъ, даже и не состоящимъ ея членами. Общество дѣйствуетъ подъ контролемъ высшаго суда. Атторнеи должны ежегодно выбирать свидѣтельство на право заниматься практикой. Число ихъ не ограничено нормой, а дѣятельность не локализована; но атторнеи, состоящіе при высшемъ судѣ, имѣютъ право практиковать во всѣхъ судахъ Англіи, провинціальные же атторнеи не могутъ практиковать въ Лондонѣ. Обыкновенно атторней, заканчивая свою дѣятельность, продаетъ свою контору, какъ это

дѣлается во Франціи, кому-либо изъ молодыхъ коллегъ. Атторнеи получаютъ вознагражденіе отчасти по таксѣ, установленной закономъ для нѣкоторыхъ случаевъ, отчасти по соглашенію съ кліентами или по выработавшимся въ практикѣ нормамъ. При веденіи спорныхъ гражданскихъ дѣлъ они представляютъ кліентамъ подробные счета, которые провѣряются секретарями суда и, въ случаѣ чрезмѣрности, уменьшаются. Въ отличіе отъ барристеровъ атторнеи имѣютъ право иска о гонорарѣ и въ то же время, являясь представителями тяжущихся, несутъ предъ ними отвѣтственность за ошибки и небрежность при веденіи дѣлъ. Но отвѣтственность снимается съ нихъ, если они дѣйствуютъ, испросивъ предварительно мнѣніе барристера. Въ то время какъ высшія должности судебной магистратуры замѣщаются барристерами, атторнеямъ доступны только второстепенныя должности, какъ по судебному вѣдомству (секретарей и другихъ низшихъ чиновниковъ), такъ и по административному.

V. Не такова во многихъ отношеніяхъ организація адвокатуры въ Германіи, Австріи и большинствѣ другихъ цивилизованныхъ государствъ. Она основана на совмѣщеніи обязанностей правозаступничества и судебнаго представительства въ рукахъ одного класса лицъ. Основная причина сліянія этихъ двухъ функцій, столь различныхъ по своему существу, заключается въ томъ, что обѣ онѣ тѣсно соприкасаются по сферѣ своей дѣятельности. Вслѣдствіе этого соединеніе обѣихъ представляетъ для тяжущихся несомнѣнное удобство: каждому тяжущемуся приходиться пользоваться услугами не двухъ лицъ, а только одного, которое довольствуется меньшимъ вознагражденіемъ и въ то же время несетъ полную и нераздѣльную отвѣтственность за добросовѣстное веденіе дѣлъ. Равнымъ образомъ, выгодно соединеніе обѣихъ функцій какъ адвокатамъ, избавляющимся отъ непріятной зависимости со стороны повѣренныхъ, такъ и повѣреннымъ, которые получаютъ возможность вести дѣла самостоятельно, безъ участія адвокатовъ. Этимъ обусловливается постоянно проявляющаяся въ исторіи адвокатуры тенденція къ сліянію правозаступничества съ судебнымъ представительствомъ. Уже въ императорскомъ Римѣ адвокаты стали исполнять обязанности повѣренныхъ. Та-

кое же соединеніе обѣихъ функцій произошло въ Германіи и происходитъ въ настоящее время въ Италіи [1]) и Голландіи [2]).

Въ *Германіи* [3]) для принятія въ число повѣренныхъ требуется такая же теоретическая и практическая подготовка, какъ и для назначенія на судейскія должности. Помимо этого положительнаго условія, для кандидатовъ въ повѣренные установлено еще отрицательное: отсутствіе обстоятельствъ, дѣлающихъ ихъ допущеніе въ сословіе адвокатовъ невозможнымъ. Эти обстоятельства распадаются на двѣ группы: абсолютныя препятствія, которыя безусловно лишаютъ данное лицо права быть повѣреннымъ, и относительныя, значеніе которыхъ въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ оцѣнивается подлежащимъ органомъ власти. Къ первымъ принадлежатъ: лишеніе по приговору уголовнаго суда права занимать общественныя должности; исключеніе изъ адвокатскаго сословія постановленіемъ дисциплинарнаго суда, или же такого рода поведеніе, которое могло бы повести за собою исключеніе; ограниченіе имущественной правоспособности; служба или дѣятельность, несовмѣстимыя съ профессіей или съ достоинствомъ адвоката; препятствующіе выполненію профессіональныхъ обязанностей тѣлесные недостатки или слабость тѣлесныхъ, либо умственныхъ силъ. Относительными недостатками являются: трех-

---

[1]) Въ Италіи существуютъ адвокаты и повѣренные, но законъ разрѣшаетъ совмѣщеніе функцій правозаступничества и судебнаго представительства лицамъ, удовлетворяющимъ условіямъ, которыя установлены для допущенія къ обѣимъ профессіямъ, а также адвокатамъ, практикующимъ больше двухъ лѣтъ, и повѣреннымъ со степенью доктора правъ, послѣ шестилѣтней практики. Вслѣдствіе этого большинство адвокатовъ являются вмѣстѣ съ тѣмъ и повѣренными. „Орган. адвок.“, I, 365—366; Mattirolo, § 102.

[2]) Въ Голландіи законъ 1879 г. дозволилъ заниматься одновременно адвокатурой и судебнымъ представительствомъ всѣмъ лицамъ, имѣющимъ степень доктора правъ, запретивъ принимать въ число повѣренныхъ лицъ безъ этой степени, вслѣдствіе чего однимъ представительствомъ занимаются въ Голландіи только старые повѣренные, начавшіе практиковать, не имѣя докторской степени. „Организ. адвок.“, I, 362; Réponses au Questionnaire, Pays-Bas, p. 26. Въ Соединенныхъ Штатахъ Америки обѣ профессіи тоже слиты въ одну.

[3]) Современная организація германской адвокатуры основывается на уставѣ 1878 г. (Rechtsanwaltsordnung v. 1 Juli 1878), дополненіемъ къ которому служитъ уставъ о вознагражденіи повѣренныхъ, 1879 (Gebührenordnung für Rechtsanwälte v. 7 Juli 1879). Комментированное изданіе: Friedländer. Kommentar zur RAO, 1908 (Nachtrag, 1910); „Организ. адвок.“, I, 259 и сл. Weissler, 597 ff.

лѣтній перерывъ въ юридической дѣятельности послѣ второго экзамена; временная утрата по приговору суда способности къ занятію государственныхъ и общественныхъ должностей; присужденіе въ теченіе послѣднихъ двухъ лѣтъ къ дисциплинарному наказанію не ниже выговора или штрафа въ 150 марокъ, а также наличность близкаго родства или свойства между просящимъ о допущеніи лицомъ и однимъ изъ членовъ того суда, при которомъ оно желаетъ практиковать. При наличности перечисленныхъ положительныхъ и отрицательныхъ условій проситель *долженъ* быть допущенъ къ занятію адвокатурой въ томъ государствѣ, гдѣ онъ выдержалъ второй экзаменъ, и *можетъ* быть допущенъ во всякомъ другомъ изъ германскихъ государствъ. Онъ допускается къ практикѣ при опредѣленномъ судѣ (принципъ локализаціи) по распоряженію подлежащаго министерства юстиціи, дѣлаемому по истребованіи заключенія совѣта мѣстной адвокатской коллегіи. Изъ принципа локализаціи сдѣлано изъятіе въ томъ отношеніи, что адвокатъ, состоящій при одномъ коллегіальномъ судѣ, можетъ быть допущенъ къ практикѣ и при другомъ судѣ, находящемся въ мѣстѣ его жительства, если это признано полезнымъ въ видахъ правильнаго отправленія правосудія. По принесеніи присяги „добросовѣстно исполнять обязанности повѣреннаго“, кандидатъ вносится въ списокъ повѣренныхъ того суда, при которомъ онъ допущенъ, и получаетъ право приступить къ занятію практикой. Профессіональная дѣятельность германскихъ повѣренныхъ заключается какъ въ правозаступничествѣ, такъ и въ судебномъ представительствѣ. Но границы обѣихъ этихъ функцій не совпадаютъ: съ одной стороны, принципъ локализаціи касается только представительства и не распространяется на правозаступничество, которымъ каждый адвокатъ имѣетъ право заниматься во всѣхъ судахъ Германіи; съ другой стороны, для дѣлъ, производящихся въ коллегіальныхъ судахъ, установленъ принципъ обязательнаго представительства (Anwaltszwang), согласно которому стороны не могутъ вести своихъ дѣлъ лично, а должны замѣщать себя повѣренными изъ числа допущенныхъ къ практикѣ при данномъ судѣ,—принципъ, тоже не относящійся къ правозаступничеству. Согласно этимъ правиламъ, повѣренный имѣетъ право выступать въ качествѣ право-

заступника во всѣхъ германскихъ судахъ, а въ качествѣ представителя сторонъ только у единоличныхъ судей, гдѣ представительство необязательно, и въ томъ судѣ, гдѣ онъ приписанъ. При имперскомъ судѣ состоитъ особая камера повѣренныхъ, которые допускаются къ практикѣ президіумомъ имперскаго суда, имѣющимъ право отказать въ допущеніи по своему усмотрѣнію. Повѣренные при имперскомъ судѣ не могутъ одновременно быть допущенными къ практикѣ при какомъ-либо другомъ судѣ; за то только они пользуются монополіей практики въ этомъ судѣ. Допущенные къ практикѣ въ округѣ суда второй инстанціи (высшаго земскаго суда) повѣренные составляютъ самоуправляющуюся корпорацію, именуемую адвокатской камерой. Общее собраніе камеры избираетъ изъ своей среды совѣтъ въ числѣ отъ 9 до 15 членовъ, смотря по численности камеры, на четыре года, при чемъ каждые два года производится перевыборы половины членовъ совѣта. Совѣтъ выбираетъ изъ своей среды предсѣдателя, товарища предсѣдателя, секретаря и товарища секретаря. Общее собраніе камеры вырабатываетъ инструкцію для совѣта, изыскиваетъ средства для покрытія расходовъ по дѣламъ камеры и опредѣляетъ размѣръ членскихъ взносовъ, а также провѣряетъ и утверждаетъ представляемые совѣтомъ отчеты. Совѣтъ наблюдаетъ за исполненіемъ членами камеры своихъ обязанностей; разбираетъ споры между ними, а также между ними и ихъ кліентами въ случаѣ просьбы послѣднихъ; даетъ заключенія по требованію министерства юстиціи или судовъ относительно споровъ между повѣренными и ихъ кліентами; управляетъ имуществомъ камеры и представляетъ общему собранію ея ежегодный отчетъ. Какъ общему собранію камеры, такъ и совѣту ея предоставлено право дѣлать представленія министерству юстиціи по вопросамъ, касающимся интересовъ правосудія или сословія адвокатовъ. Надзоръ за дѣятельностью совѣтовъ принадлежитъ предсѣдателю высшаго земскаго суда, а незаконныя дѣйствія камеры или ея совѣта могутъ быть отмѣняемы этимъ судомъ. Повѣренный не обязанъ принимать на себя веденіе каждаго предлагаемаго дѣла; но если не желаетъ принять, то долженъ немедленно объявить тяжущемуся о своемъ отказѣ подъ опасеніемъ возмѣщенія ему убытковъ отъ несвоевременнаго отказа. Тяжущемуся, который не

нашелъ себѣ повѣреннаго, можетъ быть назначенъ, по его просьбѣ, повѣренный судомъ, если дѣло не представляется недобросовѣстнымъ или безнадежнымъ. Точно такъ же назначается повѣренный и для веденія дѣла стороны, за которою признано право бѣдности. Размѣръ гонорара опредѣляется договоромъ между повѣреннымъ и довѣрителемъ, а за отсутствіемъ такого договора—по установленной закономъ таксѣ. Но выговоренный адвокатомъ гонораръ можетъ быть по иску кліента уменьшенъ до соотвѣтствующаго таксѣ размѣра, если судъ найдетъ его чрезмѣрнымъ. Въ этомъ случаѣ рѣшеніе суда постановляется по выслушаніи заключенія совѣта адвокатской камеры. Законная такса отличается чрезвычайной дробностью постановленій и опредѣляетъ вознагражденіе за исполненіе каждаго отдѣльнаго процессульнаго дѣйствія въ зависимости отъ цѣны иска. Въ дополненіе къ ней изданы въ отдѣльныхъ германскихъ государствахъ еще особыя правила относительно непредусмотрѣнныхъ въ ней случаевъ. Дисциплинарный судъ состоитъ изъ предсѣдателя совѣта, товарища его и трехъ членовъ совѣта, выбираемыхъ совѣтомъ. Онъ имѣетъ право приговаривать виновныхъ къ предостереженію, выговору, штрафу до трехъ тысячъ марокъ и исключенію изъ сословія. Дисциплинарное производство возбуждается въ случаѣ обвиненія повѣреннаго въ нарушеніи имъ своихъ обязанностей, которыя состоятъ въ добросовѣстномъ отправленіи профессіи и соотвѣтствующемъ достоинству его званія поведеніи какъ въ профессіональной дѣятельности, такъ и въ частной жизни. Къ дисциплинарному производству примѣняются общія правила уголовнаго процесса съ нѣкоторыми изъятіями, именно, дѣло можетъ быть начато безъ производства предварительнаго слѣдствія, если дисциплинарный судъ найдетъ это излишнимъ, или же съ производствомъ слѣдствія судьею, назначаемымъ предсѣдателемъ высшаго земскаго суда; предварительное заключеніе, арестъ и приводъ обвиняемаго не допускаются; дѣла разбираются не публично; личная явка обвиняемаго необязательна, но судъ можетъ вызвать его подъ угрозой не допустить къ участію въ дѣлѣ его защитника. Апелляціонной инстанціей является высшій дисциплинарный судъ, состоящій изъ предсѣдателя имперскаго суда, трехъ членовъ этого суда и

трехъ повѣренныхъ, избираемыхъ адвокатской камерой при имперскомъ судѣ изъ своей среды. Обвиненіе поддерживается представителями прокуратуры: высшаго земскаго суда—въ первой инстанціи дисциплинарнаго суда и имперскаго суда—во второй.

Въ Австріи [1]) для принятія въ число адвокатовъ необходимо имѣть степень доктора правъ, отбыть практическую подготовку въ теченіе одного года при судѣ и въ теченіе шести лѣтъ при судѣ или адвокатѣ, при чемъ не менѣе трехъ лѣтъ должно быть проведено, по полученіи докторской степени, при адвокатѣ, и, наконецъ, выдержать особый экзаменъ. Отъ необходимости пріобрѣтенія докторской степени, отъ практической подготовки и отъ экзамена избавлены лица, состоявшія въ теченіе пяти лѣтъ членами суда. Австрійскіе адвокаты приписываются къ опредѣленнымъ судамъ, но, въ отличіе отъ германскихъ, имѣютъ право вести дѣла во всѣхъ судахъ государства: принципъ локализаціи, существовавшій и въ Австріи до 1868 г., теперь отмѣненъ. Точно такъ же въ австрійскомъ правѣ отсутствуетъ то разграниченіе между функціями правозаступничества и представительства, которое производится въ Германіи: границы той и другой функціи здѣсь вполнѣ совпадаютъ. Поэтому, принципъ обязательнаго представительства въ коллегіальныхъ судахъ (Anwaltszwang) имѣетъ въ Австріи значеніе обязательнаго приглашенія для веденія дѣла какъ повѣреннаго, такъ и адвоката. Размѣръ гонорара можетъ быть опредѣленъ по соглашенію съ кліентомъ; при отсутствіи соглашенія вступаетъ въ дѣйствіе законный тарифъ, а по отношенію къ непредусмотрѣннымъ въ немъ случаямъ—общія правила гражданскихъ законовъ о договорѣ личнаго найма. Адвокатъ имѣетъ право иска о гонорарѣ; но прежде чѣмъ предъявлять такой искъ, онъ долженъ просить рѣшавшій данное дѣло судъ опредѣлить размѣръ причитающагося ему вознагражденія, принимая во вниманіе, насколько не-

---

[1]) Организація австрійской адвокатуры основывается на уставѣ 1868 г. и дисциплинарномъ законѣ 1872 г., измѣненномъ закономъ 16 ноября 1906 г., а относительно адвокатскаго гонорара дѣйствуетъ установленный министромъ юстиціи 11 декабря 1897 г. и 8 января 1899 г. тарифъ (Die Advokatenordnung v. 6 Juli 1868, samt dem Disziplinarstatute etc., 1885 (Wien, Manz); „Органи. адвокатуры", I, 285—305; Schrutka, §§ 90—96. Prischl. Advokatur u. Anwaltschaft, 1888.

обходимы были или насколько могутъ быть оправданы обстоятельствами дѣла совершенныя имъ процессуальныя дѣйствія. Корпоративное устройство австрійской адвокатуры тоже представляетъ нѣкоторыя отличія отъ устройства германской. Именно, совѣтъ избирается общимъ собраніемъ камеры на три года. Къ числу его функцій относится принятіе въ коллегію. На отказъ въ принятіи допускается жалоба въ общее собраніе камеры, а на постановленіе камеры—въ высшій земскій судъ. Дисциплинарная власть принадлежитъ особому дисциплинарному суду, избираемому общимъ собраніемъ камеры изъ своей среды на три года. Обязанности обвинителя исполняетъ не прокуратура, а одинъ изъ членовъ камеры по ея избранію. Въ числѣ дисциплинарныхъ наказаній нѣтъ предостереженія, но зато прибавлено запрещеніе практики на время не долѣе года. На приговоры дисциплинарнаго суда допускается подача апелляціи въ верховный судъ.

VII. Такимъ образомъ, существуютъ на западѣ Европы двѣ типичныя системы организаціи адвокатуры. Одна, принятая во Франціи, Бельгіи, Англіи и Испаніи, основана на отдѣленіи правозаступничества отъ судебнаго представительства; другая, господствующая въ Германіи, Австріи и большинствѣ остальныхъ государствъ, характеризуется, наоборотъ, сліяніемъ этихъ двухъ функцій въ рукахъ одного и того же класса лицъ. Первая система болѣе правильна съ теоретической точки зрѣнія, такъ какъ основные принципы ея ближе къ тѣмъ, какіе соотвѣтствуютъ сущности и задачамъ правозаступничества и судебнаго представительства. Вмѣстѣ съ тѣмъ и на практикѣ она принесла лучшіе результаты, создавъ благопріятную почву для выработки болѣе высокаго соціально-этическаго типа адвоката. Въ государствахъ первой группы адвокаты, избавленные отъ ремесленной работы ходатаевъ по дѣламъ, возложенной на особый классъ лицъ, могли сохранить характеръ правозаступниковъ въ чистомъ видѣ. Они являются только учеными знатоками права и судебными ораторами, преданными занятіямъ наукой, литературой и ораторскимъ искусствомъ. Не будучи представителями тяжущихся, не отождествляясь съ ними, не неся предъ ними отвѣтственности за свои совѣты и судебныя рѣчи и не имѣя

права ни выговаривать себѣ вознагражденія, ни требовать его судомъ, адвокаты указанныхъ государствъ издавна проникнуты взглядомъ на свою профессію, какъ на общественное служеніе, требующее упорнаго труда, безкорыстія и самоотверженности. Далеко не таковъ типъ адвоката въ государствахъ второй группы, гдѣ адвокаты являются и повѣренными сторонъ. Какъ только къ правозаступничеству присоединяется судебное представительство, по своей сущности кореннымъ образомъ отличающееся отъ него, призванное служить инымъ потребностямъ, требующее отъ занимающихся имъ лицъ другихъ качествъ (практической дѣловитости, ловкости, изворотливости), тотчасъ адвокатура пріобрѣтаетъ двойственный характеръ, душа адвоката раздваивается [1]), „къ его подошвамъ прикрѣпляются свинцовыя гири судебнаго представительства, не позволяющія ему, несмотря на всѣ усилія, подняться въ идеальный міръ права и постоянно заставляющія его опускаться въ область низменныхъ земныхъ побужденій“ [2]). Изъ ученаго эксперта по вопросамъ права и судебнаго оратора, какимъ онъ былъ въ качествѣ чистаго правозаступника, адвокатъ становится практическимъ дѣльцомъ, маклеромъ по юридической части, имѣющимъ тѣмъ больше успѣха въ публикѣ, чѣмъ больше смѣтливости, юркости и даже неразборчивости въ средствахъ онъ проявляетъ при устройствѣ матеріальныхъ интересовъ своихъ кліентовъ. Само собою понятно, что онъ не можетъ уже претендовать на то высокое довѣріе и уваженіе суда и общества, какими былъ окруженъ раньше, потому что „изъ-подъ его адвокатской тоги выглядываетъ портфель ходатая по дѣламъ“ [3]), имѣющаго право, вдобавокъ, требовать отъ кліента воз-

---

[1]) Ettinger, 5.

[2]) Prischl, 158. Авторъ новѣйшаго французскаго сочиненія о повѣренныхъ—Vallier, адвокатъ, занимавшійся раньше въ конторѣ повѣреннаго и лично изучившій обѣ профессіи, подробно характеризуетъ качества, требуемыя каждой изъ нихъ, и приходитъ къ заключенію, что эти качества несовмѣстимы, и что „почти всегда хорошій адвокатъ былъ бы жалкимъ повѣреннымъ, а хорошій повѣренный—посредственнымъ адвокатомъ“, какъ и наблюдается въ дѣйствительности во французскихъ провинціяхъ, гдѣ адвокатура и представительство (при недостаткѣ адвокатовъ) соединяются: „изъ провинціальныхъ адвокатовъ-повѣренныхъ одни—больше адвокаты, чѣмъ повѣренные, а другіе—и такіе преобладаютъ—больше повѣренные, чѣмъ адвокаты“ (стр. 187).

[3]) Prischl, 158.

награжденія за каждую написанную строчку, за каждый процессуальный шагъ [1]). Если во Франціи и Англіи адвокатура всегда стояла и теперь стоитъ выше, чѣмъ въ германскихъ государствахъ и въ Австріи; если она выставила несравненно больше выдающихся дѣятелей въ области юридической науки, ораторскаго искусства, въ рядахъ судебной магистратуры, на политическомъ поприщѣ и въ высшихъ должностяхъ государственной службы, то причиной этого [2]) является именно то обстоятельство, что въ первыхъ двухъ странахъ адвокатская профессія сохраня-

---

[1]) Различіе между двумя разсматриваемыми системами организаціи адвокатуры ярче всего сказывается въ вопросахъ о гонорарѣ и несовмѣстимости. Въ то время, какъ французскіе и англійскіе адвокаты, согласно изстари установившейся традиціи, имѣющей корни въ римскомъ воззрѣніи на адвокатскій гонораръ, какъ на добровольный и почетный даръ со стороны кліента, обязаны проявлять въ денежныхъ отношеніяхъ съ тяжущимися величайшую щепетильность, не имѣя права ни вступать въ соглашенія о гонорарѣ, ни требовать его путемъ иска, нѣмецкіе и австрійскіе адвокаты получаютъ вознагражденіе по соглашенію съ кліентами или по таксѣ, представляя имъ подробные счета, подлежащіе провѣркѣ суда и взысканію въ судебномъ порядкѣ, и германскому имперскому суду дважды пришлось обсуждать вопросъ, имѣетъ ли право адвокатъ внести въ счетъ пять пфенниговъ (2 коп.) за написаніе адреса на своемъ письмѣ. Приводя послѣдній фактъ, проф. Штейнъ справедливо замѣчаетъ, что онъ „не служитъ къ славѣ сословія" (Stein. Zur Justizreform, 71, Anm.). Такой же разительный контрастъ представляетъ постановка вопроса о несовмѣстимости. Во Франціи и Англіи адвокаты считаютъ свою профессію, какъ выразился одинъ изъ нихъ, „столь чистой, что малѣйшая примѣсь портитъ и искажаетъ ее". Согласно этому взгляду, сословные обычаи воспрещаютъ адвокатамъ, подъ угрозой исключенія изъ сословія, всѣ занятія, могущія хоть сколько-нибудь неблагопріятно отразиться на независимости и безкорыстіи адвоката, какъ-то: исполненіе обязанностей судебнаго представителя, въ частности при принудительномъ исполненіи судебныхъ рѣшеній, посредничество при заключеніи сдѣлокъ, участіе въ торговыхъ и промышленныхъ предпріятіяхъ и т. п. („Организ. адв.", I, 144, 146; Cresson, I, 74, II, tit. XII). Всѣ эти занятія разрѣшены германскимъ и австрійскимъ адвокатамъ, а судебное представительство и дѣйствія по исполненію рѣшеній, участіе въ конкурсахъ и проч. даже составляютъ ихъ законную обязанность (Friedländer, 27—28). Такимъ образомъ, французскіе и англійскіе адвокаты, чтобы уподобиться германскимъ и австрійскимъ, должны систематически нарушать правила сословной этики, и можно дать такое опредѣленіе германскимъ и австрійскимъ адвокатамъ: это—лица, подлежащія исключенію изъ сословія французскихъ или англійскихъ адвокатовъ за постоянное и грубое нарушеніе правилъ о гонорарѣ и несовмѣстимости.

[2]) Это признаютъ даже нѣкоторые изъ тѣхъ нѣмецкихъ и австрійскихъ авторовъ, которые находятъ невозможнымъ по разнымъ соображеніямъ раздѣленіе правозаступничества и судебнаго представительства у себя на родинѣ. Бенедиктъ, 113 и сл.; Ettinger, 8 ff., 14—15, Weinrich (Preuss. Jahrb., 99 B., 95 ff.).

лась въ чистомъ видѣ, что правозаступничество было отдѣлено отъ судебнаго представительства [1]).

Конечно, раздѣленіе этихъ функцій въ томъ видѣ, какъ оно исторически выработалось на практикѣ, сопряжено съ нѣкоторыми неудобствами. Но, во-1-хъ, эти неудобства могутъ быть

[1]) „Организ. адвокат.", I, 182, 223—224, 226—227, 276—277, 281—284, 303—305, 386 и сл.; II, 142 и сл. Другого мнѣнія новѣйшій историкъ германской адвокатуры Weissler. Признавая, что „французская адвокатура пользуется большимъ почетомъ" и представляетъ собою „духовную аристократію націи" (стр. 404, 405), что ее характеризуютъ „гордое самосознаніе, свято хранимыя традиціи, сильно развитое чувство солидарности", что „ея самоотверженность во времена революціи была запечатлѣна античнымъ духомъ" (стр. 405), Вейсслеръ подтверждаетъ, что германская адвокатура стоитъ гораздо ниже (стр. 614—616), но причину такой разницы видитъ не въ отдѣленіи адвокатуры отъ представительства во Франціи, а въ „склонности и способности галльскаго племени къ ораторскому искусству" (стр. 404), въ „любви французскихъ адвокатовъ къ своей профессіи" и въ „вѣрѣ ихъ въ свое призваніе" (стр. 405). Натянутость и поверхностность этого объясненія бьютъ въ глаза. Способность къ ораторскому искусству сама по себѣ не могла бы придать профессіи возвышеннаго характера и облагородить ея служителей. Если французскіе адвокаты не превратились въ наемныхъ софистовъ и продажныхъ прелюбодѣевъ слова, то, значитъ, были какія-то причины, которыя удержали ихъ отъ этого выгоднаго въ матеріальномъ отношеніи превращенія. Съ другой стороны, англійскіе адвокаты занимаютъ столь же, если не болѣе, почетное положеніе въ своемъ отечествѣ, какъ французскіе—въ своемъ. А между тѣмъ судебное краснорѣчіе въ Англіи всегда отличалось строго дѣловымъ характеромъ и далеко уступаетъ изысканному мастерству французскихъ адвокатовъ. Что касается любви французскихъ (и англійскихъ) адвокатовъ къ своей профессіи, къ своему сословію и вѣры въ свое высокое призваніе, то этотъ фактъ безспоренъ, но является прямымъ результатомъ отдѣленія адвокатуры отъ судебнаго представительства и родственныхъ ему видовъ посреднической дѣятельности. Французскому и англійскому адвокатамъ есть что любить, есть чѣмъ гордиться, есть во что вѣрить, потому что они живутъ въ идеальной сферѣ чистаго права, потому что ихъ сословіе имѣетъ блестящую исторію, потому что они—„рыцари закона и правосудія", какъ называли французскихъ адвокатовъ еще въ средніе вѣка, потому что они сознаютъ себя, по выраженію Лоренца Штейна, носителями правового развитія своего народа. А что любить, чѣмъ гордиться и во что вѣрить, кромѣ хорошаго заработка, германскому и австрійскому адвокатамъ, если они занимались и занимаются по преимуществу ходатайствомъ и посредничествомъ въ качествѣ представителей интересовъ частныхъ лицъ, если ихъ профессія представляетъ собою, какъ выразился одинъ изъ ихъ же земляковъ, „смѣсь всего, что только возможно, отъ веденія процессовъ до составленія довѣренностей и управленія домами, бюро для исполненія рѣшеній и продажи имуществъ, канцелярію для вексельныхъ протестовъ и защиты по уголовнымъ дѣламъ" (слова Шенка, цитир. Пришлемъ, 251), если такая профессія никогда не пользовалась особымъ уваженіемъ общества, если даже случалось въ старину, что ихъ ставили на одну линію съ „презрѣнными ремесленниками, каковы ткачи, музыканты, банщики, мѣдники, рѣзники свиней и т. п." (Weissler,

устранены или во всякомъ случаѣ значительно ослаблены [1]), а, во-2-хъ, вопросы удобства должны отступать на задній планъ тамъ, гдѣ идетъ рѣчь о созданіи необходимыхъ условій для нормальнаго развитія цѣлаго института, имѣющаго важное соціальное значеніе [2]).

§ 33.

Адвокатура въ Россіи [3]).

I. Въ Россіи, какъ и въ другихъ славянскихъ государствахъ, адвокатура существовала издавна не въ видѣ самостоятельной профессіи, а въ связи съ судебнымъ представительствомъ и подъ его личиной: судебное представительство, вначалѣ допускавшееся только по исключенію для нѣкоторыхъ категорій лицъ (дѣтей,

---

80—82). Ошибочность мнѣнія Вейсслера объясняется тѣмъ, что онъ не вникъ глубже въ принципіальную разницу между правозаступничествомъ и судебнымъ представительствомъ, ограничился изложеніемъ исторіи германской адвокатуры, гдѣ эта разница была съ давнихъ поръ замаскирована и сглажена, и только вскользь коснулся римской и французской адвокатуры, обойдя молчаніемъ исторію англійской адвокатуры.

[1]) „Организ. адвок.", II, 149 и сл.

[2]) Это обстоятельство постоянно упускается изъ виду противниками раздѣленія профессій, напирающими на практическія неудобства соединенія ихъ. Суть дѣла не въ этихъ неудобствахъ, не въ томъ, обходится ли тяжущимся веденіе дѣлъ немного дороже или дешевле, пріятнѣе ли и выгоднѣе ли адвокатамъ вступать въ личныя отношенія съ кліентами безъ посредничества повѣренныхъ и т. п., а въ принципіальномъ вопросѣ: представляется ли желательнымъ—въ интересахъ лучшаго отправленія правосудія, для юридическаго развитія націи, для водворенія законности въ странѣ—существованіе особаго класса образованныхъ юристовъ, всецѣло отдавшихся изученію правовѣдѣнія, избавленныхъ отъ всей черновой работы при веденіи судебныхъ дѣлъ и призванныхъ безкорыстно и самоотверженно помогать частнымъ лицамъ въ борьбѣ за право,—класса людей, который служилъ бы разсадникомъ общественныхъ и государственныхъ дѣятелей, изъ которыхъ, какъ выразился лордъ Сельборнъ объ адвокатахъ своего отечества, „одни могутъ служить государству въ качествѣ судей, другіе—въ качествѣ писателей-юристовъ, и которые бы всегда принимали большое участіе въ поддержаніи принциповъ свободы, независимости и достоинства закона"? *Повидимому, на этотъ вопросъ не можетъ быть двухъ отвѣтовъ.*

[3]) „Организація адвокатуры", I, 306—358. Сочиненіе П. Колляревскаго (Русская адвокатура и законъ, 1905) посвящено, главнымъ образомъ, обсужденію вопроса о правѣ присяжныхъ засѣдателей выносить оправдательные вердикты при доказанности совершенія подсудимымъ инкриминируемаго ему преступленія и при отсутствіи законныхъ причинъ невмѣненія.

женщинъ, стариковъ, монаховъ, глухихъ), получило впослѣдствіи свободное примѣненіе и обратилось въ профессіональное занятіе особаго класса лицъ, которыя, будучи лучше другихъ знакомы съ нормами права и процесса, стали въ то же время исполнять и роль правозаступниковъ. Но никакой организаціи этотъ классъ профессіональныхъ повѣренныхъ не имѣлъ. Даже Сводъ законовъ 1832 г., разрѣшивъ каждому вести дѣла при посредствѣ повѣреннаго, перечислилъ только группы лицъ, которыя не имѣли права заниматься ходатайствомъ по чужимъ дѣламъ (малолѣтніе, духовные, чиновники, удѣльные крестьяне и т. д.), не установивъ какихъ-либо положительныхъ условій для допущенія къ занятію представительствомъ и не давъ классу повѣренныхъ внутренней организаціи, такъ что до изданія судебныхъ уставовъ 1864 г. судебное представительство, соединенное съ адвокатурой, продолжало оставаться абсолютно свободной профессіей. Только въ прибалтійскихъ губерніяхъ, въ Литвѣ и Царствѣ Польскомъ существовала организованная по германскому образцу того времени адвокатура, а въ 1832 г. былъ изданъ законъ относительно повѣренныхъ при коммерческихъ судахъ, сводившійся только къ тому, что занятіе веденіемъ чужихъ дѣлъ въ этихъ судахъ предоставлено тѣмъ лицамъ, которыхъ коммерческій судъ, „по личномъ освѣдомленіи объ ихъ свойствахъ", внесетъ въ списокъ практикующихъ при немъ „присяжныхъ стряпчихъ", и которые могутъ быть исключены судомъ изъ списка „безъ всякихъ дальнѣйшихъ объясненій". Этими правилами опредѣляется организація института присяжныхъ стряпчихъ по настоящее время.

Отсутствіе требованія какого бы то ни было умственнаго и нравственнаго ценза, отсутствіе всякой организаціи, всякаго надзора и вдобавокъ письменный порядокъ судопроизводства, облеченный канцелярской тайной, привели къ тому, что веденіемъ судебныхъ дѣлъ, которое состояло преимущественно въ сочиненіи состязательныхъ бумагъ, стали заниматься прогнанные со службы чиновники и другія лица столь же сомнительной нравственности, успѣвшія какимъ-либо путемъ пріобрѣсти нѣкоторое знакомство съ законами. Преслѣдуя только свою выгоду и стремясь возможно больше запутывать и затягивать дѣла, они явля-

лись главными виновниками процвѣтанія кляузъ и ябедничества, характеризующихъ дореформенное правосудіе [1]). Суровыя наказанія, которыми облагалось ябедничество, начиная съ уложенія Алексѣя Михайловича, не достигали цѣли, такъ какъ для его развитія имѣлись слишкомъ благопріятныя условія. Чтобы пресѣчь зло въ корнѣ, необходима была коренная реформа всего судебнаго строя и судопроизводства, а затѣмъ созданіе офиціальной, надлежащимъ образомъ организованной адвокатуры. Это и было сдѣлано судебными уставами 1864 г., призвавшими къ жизни сословіе присяжныхъ повѣренныхъ.

Составители судебныхъ уставовъ хорошо понимали, что въ интересахъ правильнаго отправленія правосудія занятіе адвокатурой не можетъ быть предоставлено всѣмъ и каждому, а должно быть сосредоточено, по примѣру западно-европейскихъ государствъ, въ рукахъ отдѣльнаго класса лицъ, обладающихъ такимъ же умственнымъ и нравственнымъ цензомъ, какъ судьи и прокуроры (мотивы къ ст. 354, 356 и 387 учр. суд. уст.). Съ этой цѣлью и было рѣшено создать сословіе присяжныхъ повѣренныхъ. Но условія тогдашней жизни не позволили составителямъ уставовъ осуществить свои планы въ полномъ объемѣ. Сознавая, что въ первое время число лицъ съ требуемымъ для присяжныхъ повѣренныхъ цензомъ будетъ крайне ограниченно, и что, такимъ образомъ, потребность населенія въ юридической защитѣ останется въ значительной степени неудовлетворенной, они рѣшили предоставлять присяжнымъ повѣреннымъ монополію веденія дѣлъ только въ тѣхъ городахъ, гдѣ число ихъ достигнетъ извѣстнаго комплекта (ст. 387 и 388), а до этого вре-

---

[1]) „Одна изъ причинъ неуспѣшнаго хода гражданскихъ дѣлъ по правиламъ Свода 1857 г.", говорится въ мотивахъ къ 11 ст. учр. суд. уст., „заключается въ томъ что Сводъ не допускаетъ признаннаго правительствомъ сословія повѣренныхъ, которое какъ по знанію своего дѣла, такъ и по нравственнымъ качествамъ и юридическимъ познаніямъ своихъ членовъ удовлетворяло бы своему призванію. Отъ того наши повѣренные, остающіеся неизвѣстными, не всегда оправдываютъ назначеніе этого важнаго въ судебномъ вѣдомствѣ сословія. Для исправленія сей части нашего судоустройства необходимо ввести у насъ учрежденіе присяжныхъ повѣренныхъ, безъ которыхъ рѣшительно невозможно будетъ веденіе состязанія въ гражданскомъ и судебныхъ преній въ уголовномъ судопроизводствѣ, съ цѣлью раскрытія истины и предоставленія полной защиты тяжущимся и обвиняемымъ передъ судомъ".

мени дозволили заниматься веденіемъ чужихъ дѣлъ въ судахъ всѣмъ правоспособнымъ гражданамъ за немногими изъятіями (ст. 44, 45 уст. уг. суд., 1864 г., ст. 44, 245 и 246 уст. гр. суд.). Вслѣдствіе этого на ряду съ официальной присяжной адвокатурой не прекратила своей дѣятельности прежняя самозванная, закулисная адвокатура. Ряды послѣдней наполнились лицами, не имѣвшими необходимаго, а нерѣдко вообще никакого ценза, и принесшими тяжущимся и правосудію не мало вреда. Чтобы поставить предѣлъ ихъ размноженію, былъ созданъ въ 1874 г. институтъ частныхъ повѣренныхъ, и право заниматься профессіонально веденіемъ гражданскихъ дѣлъ предоставлено только присяжнымъ и частнымъ повѣреннымъ.

II. Присяжные повѣренные. Условія допущенія. Лица, желающія вступить въ ряды присяжной адвокатуры, должны быть русско-подданными (п. 1 ст. 355), не состоять на государственной или общественной службѣ въ какихъ-либо должностяхъ, кромѣ почетныхъ и безплатныхъ (п. 4. ст 355) и обладать опредѣленнымъ возрастнымъ, нравственнымъ и образовательнымъ цензомъ. Возрастной состоитъ въ достиженіи 25 лѣтъ отъ роду (ст. 355, п. 1). Нравственный цензъ—таковъ же, какъ требуется отъ судей, со слѣдующими отличіями. Законъ не запрещаетъ принимать въ число присяжныхъ повѣренныхъ лицъ, подвергшихся по судебному приговору заключенію въ тюрьмѣ или болѣе строгому наказанію и состоящихъ подъ опекой за расточительство, но не допускаетъ лишенныхъ духовнаго сана по приговору духовнаго суда, неисключенныхъ раньше изъ сословія присяжныхъ повѣренныхъ и тѣхъ, кому судомъ воспрещено ходатайство по чужимъ дѣламъ (ст. 355).

Образовательный цензъ слагается изъ высшаго юридическаго образованія и пятилѣтней практической подготовки, состоящей въ занятіи такого рода дѣятельностью, которая даетъ возможность пріобрѣсти практическія свѣдѣнія въ производствѣ судебныхъ дѣлъ. Такого рода дѣятельностью являются служба по судебному вѣдомству въ должностяхъ, при исполненіи которыхъ можно получить указанныя свѣдѣнія, или въ званіи кандидата на судебныя должности (ст. 354); занятія судебной практикой при присяжномъ повѣренномъ въ званіи его помощ-

ника [1]); веденіе судебныхъ дѣлъ въ качествѣ юрисконсульта правительственнаго учрежденія (о. с. 1906 № 9), а также въ качествѣ частнаго повѣреннаго (о. с. 84 № 7), но не присяжнаго стряпчаго (о. с. 75 № 56).

Помощники прис. повѣренныхъ. Большинство присяжныхъ повѣренныхъ выходитъ изъ числа помощниковъ. Но организація этого разсадника адвокатуры совершенно не опредѣлена закономъ, который ограничивается только указаніемъ, что помощники присяжныхъ повѣренныхъ „занимаются судебной практикой подъ руководствомъ присяжныхъ повѣренныхъ“ (ст. 354). Составители судебныхъ уставовъ считали невозможнымъ дозволить помощникамъ присяжныхъ повѣренныхъ самостоятельное веденіе дѣлъ, (объясн. къ 354 ст.); но законъ 1874 г. о частныхъ повѣренныхъ разрѣшилъ помощникамъ записываться въ частные повѣренные и получать свидѣтельства на право заниматься судебной практикой (ст. 406^{17}). Вслѣдствіе этого положеніе помощниковъ пріобрѣло двойственный характеръ. Съ одной стороны, они только кандидаты въ адвокатуру, занимающіеся подъ руководствомъ присяжныхъ повѣренныхъ, а съ другой стороны—настоящіе адвокаты, конкурирующіе съ присяжными повѣренными въ качествѣ частныхъ повѣренныхъ. Съ одной стороны, они, наравнѣ съ частными повѣренными, подлежатъ дисциплинарному надзору и дисциплинарной власти судовъ (ст. $406^{17, 13}$); съ другой стороны, какъ младшіе члены сословія присяжныхъ повѣренныхъ, „состоятъ подъ вѣдѣніемъ и ближайшимъ надзоромъ ихъ совѣтовъ“, которые имѣютъ право привлекать ихъ къ дисциплинарной отвѣтственности и подвергать дисциплинарнымъ взысканіямъ (о. с. 80 № 6) [2]).

Принятіе въ помощники присяжныхъ повѣренныхъ производится совѣтомъ присяжныхъ повѣренныхъ, имѣющимъ право отказывать въ немъ по неформальнымъ причинамъ, на основаніи неблагопріятныхъ свѣдѣній о нравственныхъ качествахъ.

---

[1]) Не достаточно помогать присяжному повѣренному фактически; нужно быть принятымъ совѣтомъ сословія въ число помощниковъ присяжныхъ повѣренныхъ. Опред. соед. прис. (Шрейберъ, 360, п. 9; Щегловитовъ, 177, п. 7).

[2]) Въ томъ же смыслѣ опредѣленія соед. прис. (Шрейберъ, 371, п. 3; Щегловитовъ, стр. 184—185, п. 12, 13, 23).

просителей, при чемъ основанный на такихъ соображеніяхъ отказъ совѣта не допускаетъ обжалованія (о. с. 85 № 13). Употребленное въ 354 статьѣ выраженіе, что помощники „занимаются судебной практикой подъ руководствомъ присяжныхъ повѣренныхъ въ *качествѣ ихъ помощниковъ*", истолковано на практикѣ въ томъ смыслѣ, что каждый помощникъ обязанъ приписаться къ опредѣленному присяжному повѣренному, который становится его патрономъ и долженъ наблюдать за дѣятельностью помощника даже при веденіи имъ дѣлъ въ качествѣ частнаго повѣреннаго [1]). Общій надзоръ за помощниками и опредѣленіе порядка ихъ дѣлопроизводства и отчетности принадлежатъ совѣтамъ, за которыми сенатъ призналъ право издавать правила „для всѣхъ подвѣдомыхъ имъ лицъ" (о. с. 94 № 14). Такъ какъ эти правила въ разныхъ округахъ не во всемъ совпадаютъ, то и положеніе помощниковъ не вездѣ одинаково.

Принятіе въ число присяжныхъ повѣренныхъ. Оно тоже зависитъ отъ совѣта этого округа, гдѣ желаетъ поселиться кандидатъ, или, за отсутствіемъ совѣта, отъ окружнаго суда. Совѣтъ, обсудивъ всѣ свѣдѣнія о кандидатѣ, какія найдетъ нужнымъ, въ томъ числѣ и о нравственныхъ качествахъ и предшествующей дѣятельности его, удовлетворяетъ ходатайство просителя или отказываетъ въ немъ (ст. 380). Въ случаѣ удовлетворенія, свидѣтельство совѣта представляется подлежащему окружному суду, который приводитъ вновь допущеннаго адвоката къ присягѣ (ст. 381). По отношенію къ лицамъ нехристіанскихъ исповѣданій Высочайшимъ повелѣніемъ 1889 г. постановлено, что они могутъ быть допускаемы въ число присяжныхъ повѣренныхъ не иначе, какъ съ разрѣшенія министра юстиціи, по представленіямъ совѣта или предсѣдателя суда, замѣняющаго совѣтъ (прим. къ 380 ст.). Постановленіе одного совѣта о принятіи или непринятіи просителя въ число повѣренныхъ даннаго округа не обязательно для другихъ совѣтовъ, такъ что лицо, зачисленное въ присяжную адвокатуру одного округа, можетъ быть, въ случаѣ желанія перевестись въ другой

[1]) Опред. соедин. прис. 4 мая 1895 г. (Шрейберъ, 360, п. 11; Щегловитовъ, 178, п. 12).

округъ, не принято совѣтомъ послѣдняго (о. с. 81 № 33). На постановленіе совѣта объ отказѣ въ принятіи по формальнымъ причинамъ, т.-е., въ виду того, что проситель не удовлетворяетъ указаннымъ въ законѣ условіямъ относительно подданства, ценза и несовмѣстимости, допускаются жалобы въ палату по общимъ правиламъ (ст. 376); но на отказъ совѣта, основанный на неформальныхъ причинахъ (на неблагопріятныхъ свѣдѣніяхъ относительно нравственныхъ качествъ просителя) жаловаться нельзя (о. с. 79 № 14, 81 № 33). Кромѣ того, судебная палата имѣетъ право отмѣнить постановленіе совѣта въ порядкѣ надзора, если усмотритъ, что имъ принято въ присяжные повѣренные лицо, не обладающее необходимыми формальными условіями (о. с. 1906 г. № 9)[1]).

Корпоративное устройство. Присяжные повѣренные приписываются къ судебнымъ палатамъ (ст. 356), образуютъ при каждой палатѣ особую коллегію, и если число членовъ коллегіи не менѣе двадцати, то входятъ въ палату съ просьбой о разрѣшеніи имъ избрать совѣтъ (ст. 358). Число членовъ совѣта точно не опредѣлено закономъ. Оно зависитъ отъ усмотрѣнія общаго собранія, но не должно быть меньше 5 и больше 15, включая предсѣдателя и товарища предсѣдателя (ст. 361). Если въ какомъ-либо городѣ, въ которомъ нѣтъ судебной палаты, имѣютъ мѣсто жительства болѣе десяти присяжныхъ повѣренныхъ, то они могутъ, съ разрѣшенія состоящаго при мѣстной судебной палатѣ совѣта присяжныхъ повѣренныхъ, избрать изъ своей среды отдѣленіе совѣта при окружномъ судѣ, въ такомъ составѣ и съ тѣми изъ принадлежащихъ совѣту правами, которыя будутъ имъ самимъ опредѣлены (ст. 366)[2]). Предсѣдатель и члены совѣта избираются на одинъ годъ (ст. 364). Для дѣйствительности выборовъ необходимо присутствіе не менѣе половины всѣхъ повѣ-

---

[1]) Въ такомъ же смыслѣ опред. соедин. прис. (Шрейберъ, 384; Щегловитовъ, 182).

[2]) Въ 1875 году было временно пріостановлено открытіе совѣтовъ въ тѣхъ округахъ, гдѣ они не успѣли открыться, а въ 1889 году точно такъ же пріостановлено открытіе новыхъ отдѣленій совѣтовъ. Первое запрещеніе было отмѣнено для нѣкоторыхъ округовъ въ 1906 году, такъ что въ настоящее время совѣты существуютъ въ столицахъ, Харьковѣ, Саратовѣ, Казани, Одессѣ, Новочеркасскѣ, Иркутскѣ и Омскѣ. Прим. 1 и 2 къ ст. 357; прим. къ ст. 366.

ренныхъ округа данной судебной палаты (ст. 359, 365; о. с. 1907 № 10). Если въ собраніе явится ихъ меньше, то назначается новое засѣданіе, а если и оно не состоится за отсутствіемъ требуемаго числа участвующихъ, то члены совѣта сохраняютъ свое званіе еще на годъ (ст. 365).

Совѣту предоставлено: разрѣшеніе просьбъ о принятіи въ число присяжныхъ повѣренныхъ и помощниковъ присяжныхъ повѣренныхъ (о. с. 85 № 13) даннаго округа, дисциплинарный надзоръ за всѣми ими, право изданія обязательныхъ правилъ, какъ относительно своего дѣлопроизводства, такъ и по надзору за подвѣдомственными ему лицами (о. с. 94 № 14), назначеніе повѣренныхъ для веденія дѣлъ лицъ, пользующихся правомъ бѣдности или обратившихся къ совѣту съ просьбой назначить повѣреннаго, опредѣленіе размѣра гонорара по таксѣ въ случаѣ отсутствія соглашенія между повѣреннымъ и тяжущимся и возникновенія между ними несогласія [1]), распредѣленіе процентнаго сбора между присяжными повѣренными, выдача имъ свидѣтельствъ о томъ, что они не подвергались осужденію въ дисциплинарномъ порядкѣ, исполненіе обязанностей дисциплинарнаго суда (ст. 367), принятіе мѣръ охраны бумагъ и имущества довѣрителей умершаго или заболѣвшаго присяжнаго повѣреннаго [2]).

Надзоръ за дѣятельностью совѣта принадлежитъ той судебной палатѣ, при которой онъ состоитъ [3]), и всѣ постановленія совѣта могутъ быть обжалуемы этой палатѣ въ двухнедѣльный срокъ со времени ихъ объявленія (ст. 376).

Въ тѣхъ мѣстностяхъ, гдѣ нѣтъ совѣта или отдѣленія его, ихъ обязанности исполняетъ мѣстный окружный судъ (ст. 378).

Несовмѣстимость. Званіе присяжнаго повѣреннаго несовмѣстимо съ нѣкоторыми видами общественной и частной

---

[1]) Въ случаѣ, если этотъ споръ, несмотря на опредѣленіе гонорара совѣтомъ, дойдетъ въ исковомъ порядкѣ до суда, судъ не обязанъ руководствоваться опредѣленіемъ совѣта: оно равнозначуще для него съ заключеніемъ экспертовъ, такъ какъ законъ не снабдилъ такихъ постановленій совѣтовъ прис. пов. силой судебныхъ рѣшеній (гражд. 79 № 55).

[2]) Опред. соед. прис. 30 сентября 1904 г. (Шрейберъ, 373, п. 18; Щегловитовъ, 185—186).

[3]) Опред. соед. прис. 24 апрѣля 1897 г. (Шрейберъ, 371, п. 1; Щегловитовъ, 182, п. 3).

дѣятельности. Законъ упоминаетъ прямо лишь о государственной и общественной службѣ, разрѣшая притомъ принимать въ присяжные повѣренные лицъ, занимающихъ почетныя и безплатныя общественныя должности (п. 4 ст. 355). Въ основѣ этого запрещенія лежитъ общее соображеніе о томъ, что отъ лицъ, состоящихъ на службѣ, „какъ подчиненныхъ различнымъ начальствамъ и несущимъ разныя обязанности, нельзя ожидать ни той независимости, которая признается необходимою для присяжнаго повѣреннаго, ни той свободы располагать своимъ временемъ, безъ которой невозможно исполнять многочисленныя обязанности, соединенныя съ званіемъ присяжнаго повѣреннаго“ (объясн. къ 355 ст.). Толкуя 4 пунктъ 355 ст. въ связи съ преслѣдуемой имъ цѣлью, нужно признать, что присяжные повѣренные не могутъ занимать даже почетныхъ и безплатныхъ должностей въ тѣхъ случаяхъ, когда онѣ налагаютъ на нихъ постоянныя обязанности, отнимающія много времени, или ставятъ ихъ въ подчиненность другимъ властямъ, кромѣ сословныхъ совѣтовъ, каковы, напр., должности предсѣдателя мирового съѣзда и почетнаго мирового судьи, подчиненныхъ надзору сената (о. с. 79 № 24), члена земской управы, не отказавшагося отъ вознагражденія за службу (о. с. 81 № 26), и т. п. О частныхъ занятіяхъ, несовмѣстимыхъ съ званіемъ присяжнаго повѣреннаго законъ умалчиваетъ. Но такъ какъ органы дисциплинарнаго надзора „въ правѣ слѣдить за тѣмъ, чтобы дѣятельность присяжныхъ повѣренныхъ соотвѣтствовала ихъ значенію и тому положенію, въ какое они поставлены закономъ“ (о. с. 77 № 27), то совѣты присяжныхъ повѣренныхъ могутъ и должны воспрещать повѣреннымъ такія занятія, которыя, по ихъ мнѣнію, не соотвѣтствуютъ обязанностямъ адвоката и достоинству носимаго имъ званія, каковы, напр., маклерство, комиссіонерство, торговля (о. с. 77 № 27) [1]. Изложенныя правила о несовмѣстимости относятся въ одинаковой мѣрѣ и къ помощникамъ присяжныхъ повѣренныхъ (о. с. 96 № 40; 1900 № 10).

Права. Присяжные повѣренные совмѣщаютъ въ своемъ лицѣ правозаступниковъ и судебныхъ представителей. Они дѣйству-

[1] Этимъ правомъ совѣты пользуются не въ достаточной степени. „Орган. адв.“, I, 338.

ютъ на основаніи договора довѣренности (ст. 390, 391) и вполнѣ замѣняютъ тяжущихся въ процессѣ (ст. 249 уст. гр. суд.). Они имѣютъ право вести судебныя дѣла во всѣхъ судебныхъ учрежденіяхъ имперіи [1]), при чемъ, если имъ приходится для этого выступать въ судѣ не того округа, къ которому они приписаны, то они подчиняются дисциплинарной власти мѣстнаго совѣта (ст. 384), или, за отсутствіемъ тамъ совѣта,—мѣстнаго окружнаго суда (ст. 384). Поэтому за проступки, совершенные во время пребыванія въ другомъ округѣ, повѣренные подлежатъ дисциплинарной отвѣтственности предъ совѣтомъ или судомъ этого округа [2]).

Присяжные повѣренные не пользуются монополіей веденія гражданскихъ дѣлъ [3]). Не говоря уже о томъ, что сами тяжу-

---

[1]) Составители судебныхъ уставовъ имѣли въ виду локализировать дѣятельность присяжныхъ повѣренныхъ, основываясь на томъ соображеніи, что они будутъ исполнять обязанности не только правозаступниковъ, но и судебныхъ представителей, которые, по свойству своихъ функцій, постоянно должны находиться въ томъ округѣ, гдѣ практикуютъ (объясн. къ 384 ст.). Осуществляя эту идею, составители уставовъ разрѣшили присяжнымъ повѣреннымъ вести гражданскія дѣла въ судебныхъ учрежденіяхъ округа той палаты, гдѣ они приписаны (ст. 383), а въ судахъ другихъ округовъ ходатайствовать только по тѣмъ дѣламъ, которыя начаты ими въ своемъ округѣ (ст. 384). Съ тою же цѣлью было постановлено въ ст. 385, что присяжные повѣренные, которымъ приходится для продолженія дѣла переѣхать въ другой городъ, обязаны передавать прочія свои дѣла кому-либо изъ товарищей, конечно, съ согласія довѣрителей. Но такъ какъ составители уставовъ принуждены были, впредь до введенія комплектовъ присяжныхъ повѣренныхъ въ отдѣльныхъ округахъ и предоставленія имъ монополіи веденія судебныхъ дѣлъ, разрѣшить это веденіе всѣмъ желающимъ (ст. 245 уст. гражд. суд.), то присяжные повѣренные получили право заниматься судебной практикой во всей имперіи (гражд. 72 № 881), и локализація осталась неосуществленной. Законъ 1874 года, вводя институтъ частныхъ повѣренныхъ, отмѣнилъ правило 245 ст. уст. гр. суд., но вмѣстѣ съ тѣмъ постановилъ, что „по дѣламъ гражданскимъ, производящимся какъ въ общихъ, такъ и въ мировыхъ судебныхъ установленіяхъ, повѣренными могутъ быть, *кромѣ присяжныхъ повѣренныхъ* и лицъ, указанныхъ въ статьѣ 389 (родителей, супруговъ, дѣтей тяжущихся, соучастниковъ въ процессѣ и завѣдующихъ дѣлами тяжущихся), также частные повѣренные" (ст. 4061). Такъ какъ здѣсь не сдѣлано ни оговорки о томъ, что присяжные повѣренные могутъ практиковать только въ мѣстѣ своей приписки, ни даже ссылки на 383 — 385 ст., то слѣдуетъ признать, что законъ 1874 года не подтвердилъ локализаціи, и что введеніе ея нужно считать отсроченнымъ до установленія комплектовъ присяжныхъ повѣренныхъ.

[2]) Опред. соед. прис. (Шрейберъ, 387—388; Щегловитовъ, 194).

[3]) Составители судебныхъ уставовъ предполагали, что присяжные повѣренные будутъ пользоваться монополіей веденія дѣлъ въ тѣхъ округахъ, гдѣ число ихъ достигнетъ извѣстнаго комплекта, который будетъ установленъ министромъ юстиціи

щіеся не лишены права лично вести свои дѣла (ст. 389), повѣренными могутъ быть близкіе родственники тяжущихся (ихъ супруги, родители, дѣти), соучастники въ тяжбѣ и завѣдующіе дѣлами тяжущихся (ст. 386) и, наконецъ, частные повѣренные (ст. 406[1]). Помимо того, по дѣламъ, производящимся въ мировыхъ судахъ, допускаются къ ходатайству всѣ правоспособные граждане (за исключеніемъ перечисленныхъ въ 45 ст. уст. гр. суд. лицъ), но не болѣе, чѣмъ по тремъ дѣламъ въ теченіе года въ предѣлахъ одного и того же мирового округа. При этомъ, если мировой судья усмотритъ, что кто-либо изъ такихъ лицъ не соотвѣтствуетъ условіямъ, требуемымъ отъ частныхъ повѣренныхъ, то представляетъ объ этомъ мировому съѣзду, который можетъ воспретить этому лицу веденіе чужихъ дѣлъ въ данномъ округѣ (ст. 406[17]).

Обязанности присяжныхъ повѣренныхъ, сверхъ вытекающихъ изъ договора довѣренности, заключаются, согласно тексту адвокатской присяги, въ томъ, что, они должны „исполнять въ точности и по крайнему своему разумѣнію (т.-е., по искреннему и добросовѣстному убѣжденію) законы имперіи, не писать и не говорить на судѣ ничего, что могло бы клониться къ ослабленію *православной церкви, государства, общества, семейства* и *доброй* нравственности, честно и добросовѣстно исполнять обязанности принимаемаго на себя званія, не нарушать уваженія къ судамъ и властямъ“ (прил. къ 381 ст.). Кромѣ того, законъ особо воспрещаетъ присяжнымъ повѣреннымъ: 1) пріобрѣтать на свое имя или на имя подставныхъ лицъ права по судебнымъ дѣламъ, которыя они ведутъ (ст. 400 учр.) [1]; 2) вести дѣла въ качествѣ повѣренныхъ противъ своихъ родителей, жены, дѣтей, родныхъ

въ особой табели (ст. 387—388). Но до сихъ поръ такая табель не была издана хотя во многихъ городахъ число присяжныхъ повѣренныхъ такъ значительно, что съ избыткомъ удовлетворяетъ потребность тяжущихся въ адвокатахъ.

[1]) Это правило постановлено „въ видахъ огражденія неопытныхъ тяжущихся, отъ неблагонамѣренныхъ дѣйствій присяжныхъ повѣренныхъ“ (объясн. къ 400 ст.), т.-е., чтобы предотвратить вовлеченіе присяжными повѣренными своихъ клієнтовъ въ невыгодныя сдѣлки. Поэтому слѣдуетъ признать, что ст. 400 воспрещаетъ присяжнымъ повѣреннымъ пріобрѣтать не только права по производящимся дѣламъ, т.-е., иски своихъ довѣрителей, но и исполнительные листы (гражд. 91 № 85). Савицкій. Настоящее и будущее 400 ст. (Журн. М. Ю. 1898 № 2, 180 и сл.).

братьевъ, сестеръ, дядей и двоюродныхъ братьевъ (ст. 401); 3) быть повѣреннымъ обѣихъ тяжущихся сторонъ [1]) или переходить, по одному и тому же дѣлу, отъ одной стороны къ другой (ст. 402) [2]); 4) разглашать ввѣренныя имъ довѣрителями тайны не только во время производства дѣла, но и по окончаніи его (ст. 403) [3]); 5) вести списки поручаемыхъ имъ дѣлъ и представлять эти списки совѣту, по его требованію (ст. 406).

Гонораръ присяжныхъ повѣренныхъ опредѣляется по соглашенію между ними и кліентами, которое должно быть письменнымъ (ст. 395), хотя можетъ быть и не облечено въ форму договора, а изложено въ простомъ письмѣ (гражд. 1907 № 105).

---

[1]) Это было бы нарушеніемъ адвокатской присяги, предписывающей присяжному повѣренному „охранять интересы своихъ довѣрителей".

[2]) Это могло бы повести къ нарушенію адвокатской тайны. Для предупрежденія этого представляется необходимымъ, чтобы присяжный повѣренный и состоящій при немъ помощникъ не принимали на себя обязанностей повѣренныхъ обѣихъ тяжущихся сторонъ и не являлись противниками въ одномъ и томъ же дѣлѣ (гражд. 84 № 129).

[3]) Иностранныя законодательства облагаютъ нарушеніе адвокатами профессіональной тайны уголовными наказаніями (франц. § 378; герм. § 300). Такъ какъ наше уложеніе о наказ. не упоминаетъ объ этомъ преступленіи, то нарушеніе 403 ст. можетъ служить основаніемъ только для дисциплинарной отвѣтственности присяжныхъ повѣренныхъ. Но нашъ законъ не опредѣляетъ, въ какой мѣрѣ принципъ сохраненія профессіональной тайны освобождаетъ присяжныхъ повѣренныхъ отъ общегражданской обязанности давать на судѣ свидѣтельскія показанія. Сопоставляя разсматриваемую статью съ правилами уст. гражд. судопр. относительно устраненія и отвода свидѣтелей, слѣдовало бы придти къ тому выводу, что адвокатъ не можетъ быть, по своей просьбѣ, совершенно устраняемъ отъ свидѣтельства судомъ, безъ отвода со стороны противника, такъ какъ подобнаго права суду не предоставлено закономъ, но что адвокатъ въ правѣ только уклоняться, въ виду 403 ст. учр. суд. уст., отъ показаній по тѣмъ обстоятельствамъ, которыя онъ узналъ въ качествѣ повѣреннаго, при исполненіи своихъ профессіональныхъ обязанностей, и которыя составляютъ тайну кліента. Въ такомъ смыслѣ этотъ вопросъ разрѣшенъ въ нѣкоторыхъ иностранныхъ государствахъ, напр., въ Германіи (п. 5 § 383 уст. гражд. суд.) и Австріи (п. 4 § 321 уст. гражд. суд.). Однако нельзя не замѣтить, что подобный порядокъ ставитъ адвокатовъ въ крайне затруднительное положеніе, такъ какъ, будучи допущены къ свидѣтельству, они должны принести присягу въ томъ, что по чистой совѣсти покажутъ все, что знаютъ по данному дѣлу, и ничего не утаятъ. Слѣдовательно, отказываясь отвѣчать на нѣкоторые вопросы, чтобы не разгласить профессіональной тайны, адвокаты нарушатъ присягу. Съ этимъ же затрудненіемъ встрѣтились и французскіе адвокаты, которымъ туземные юристы (Молло, Кресконъ) указали слѣдующій выходъ: принося свидѣтельскую присягу, адвокатъ долженъ сдѣлать оговорку, т.-е., заявить суду, что даваемое въ присягѣ обѣщаніе показать всю правду, не распространяется на обстоятельства, составляющія предметъ профессіональной тайны. Повидимому, этотъ выходъ является единственно возможнымъ и для нашихъ адвокатовъ.

Существуетъ и законная такса [1]), имѣющая двоякое значеніе. Судъ руководится ею, во-1-хъ, при исчисленіи количества издержекъ, подлежащихъ взысканію съ проигравшей стороны въ пользу выигравшей за наемъ повѣреннаго, и, во-2-хъ, при опредѣленіи размѣровъ гонорара повѣренныхъ въ томъ случаѣ, когда они не заключили письменнаго условія съ кліентами (ст. 396). Основнымъ принципомъ при опредѣленіи размѣра гонорара принята въ этой таксѣ цѣна иска: за ходатайство по дѣлу въ двухъ инстанціяхъ присяжный повѣренный получаетъ извѣстный процентъ со всей исковой суммы. Притомъ, высота процента уменьшается съ увеличеніемъ цѣны иска. По дѣламъ, не подлежащимъ оцѣнкѣ, и по охранительнымъ размѣръ гонорара опредѣляется судомъ. За веденіе дѣла въ одной инстанціи присяжный повѣренный получаетъ меньше. Точно такъ же уменьшается гонораръ въ случаѣ проигрыша имъ дѣла (прилож. къ 396 ст.). Изъ вознагражденія, которое слѣдуетъ присяжнымъ повѣреннымъ за веденіе гражданскихъ дѣлъ въ общихъ судебныхъ учрежденіяхъ, взимается 10% для составленія общей по всей Россіи суммы на вознагражденіе присяжныхъ повѣренныхъ за защиту подсудимыхъ по назначенію предсѣдателей судовъ (ст. 398) [2]).

Отвѣтственность. Присяжные повѣренные подлежатъ троякой отвѣтственности: уголовной, дисциплинарной и гражданской. Уголовному суду они предаются за умышленныя дѣйствія во вредъ своимъ довѣрителямъ (ст. 405), т.-е., наравнѣ со всѣми вообще повѣренными, злоупотребившими данными имъ другими лицами полномочіями. Къ числу такихъ „преступленій по довѣренностямъ“ уложеніе о наказаніяхъ относитъ: 1) злонамѣренное превышеніе предѣловъ полномочія и злонамѣренное вступленіе въ сношенія или сдѣлки съ противниками

---

1) Составители судебныхъ уставовъ предполагали, что на каждые три года и для каждаго судебнаго округа будетъ устанавливаться особая такса (ст. 396). Первая такса была издана въ 1868 года для присяжной адвокатуры обѣихъ столицъ и вслѣдъ затѣмъ распространена на присяжныхъ повѣренныхъ всѣхъ округовъ (прим. къ 396 ст.). Съ той поры она и дѣйствуетъ. Новыя таксы не издавались, да и потребности въ нихъ не было и нѣтъ.

2) Порядокъ взиманія и распредѣленія этого сбора опредѣленъ циркуляромъ министра юстиціи 22 апр. 1875 г. (Щегловитовъ, 198, п. 2; Громачевскій, 224, п. 2).

своего довѣрителя во вредъ ему (ст. 1709), каковы, напр., умышленное признаніе правильности голословнаго иска противной стороны (угол. 75 № 636), предоставленіе противнику разсрочки долга на продолжительное время въ ущербъ своему довѣрителю (угол. 73 № 770) и т. п.; 2) злонамѣренную передачу или сообщеніе повѣреннымъ переданныхъ ему документовъ противнику своего довѣрителя (ст. 1710), и 3) злонамѣренное истребленіе или поврежденіе, присвоеніе, утайку или растрату документовъ или имущества довѣрителей (ст. 1711). Кромѣ того, само собою понятно, присяжные повѣренные подвергаются уголовному преслѣдованію за совершеніе преступленій общаго характера. Къ числу такихъ преступленій относится, за отсутствіемъ положительнаго изъятія въ нашемъ законодательствѣ, оскорбленіе суда или участвующихъ въ дѣлѣ лицъ въ судебныхъ рѣчахъ или бумагахъ (угол. 67 № 322; 68, № 629; 72 № 672, и др.) [1].

Дисциплинарная отвѣтственность присяжныхъ повѣренныхъ распространяется на менѣе важныя нарушенія профессіональныхъ обязанностей, которыя не обложены уголовными наказаніями, а также на всякіе вообще противные нравственности, предосудительные и несоотвѣтствующіе достоинству адвокатскаго званія поступки. Совѣты, заботясь о поддержаніи чести сословія и о снисканіи ему уваженія общества, имѣютъ право привлекать присяжныхъ повѣренныхъ къ отвѣтственности за совершеніе дѣйствій, „не согласныхъ съ понятіями нравственности“ (о. с. 70 № 5), хотя бы и не предусмотрѣнныхъ уголовными законами (о. с. 80 № 5), и оцѣнивать поступки повѣренныхъ „съ точки зрѣнія достоинства носимаго ими званія“ (о. с. 1903 № 2). Дисциплинарная отвѣтственность распространяется и на дѣйствія, совершенныя присяжнымъ повѣреннымъ до вступленія въ сословіе (о. с. 80 № 30), ибо „въ противномъ случаѣ совѣтъ, допустивъ какую-нибудь ошибку при принятіи извѣст-

---

[1] Иностранные адвокаты находятся въ лучшемъ положеніи. Предоставляя имъ свободу слова, нѣкоторыя законодательства совершенно избавляютъ ихъ отъ уголовной отвѣтственности за оскорбленіе участвующихъ въ дѣлѣ (да и прочихъ частныхъ лицъ), а другія допускаютъ привлеченіе ихъ къ уголовному суду только съ разрѣшенія суда, въ засѣданіи котораго произнесена инкриминируемая рѣчь. Грузенбергъ. О свободѣ судебнаго слова (Труды петерб. юрид. общ., II, 1911, 128 и сл.).

наго лица въ присяжные повѣренные и впослѣдствіи удостовѣрившись въ этой ошибкѣ, лишенъ былъ бы возможности исправить ее возбужденіемъ вопроса о необходимости удалить изъ среды присяжныхъ повѣренныхъ лицо, которое, по мнѣнію самихъ представителей этого сословія, недостойно по своимъ нравственнымъ качествамъ общественнаго довѣрія" (о. с. 76 № 5). Точно такъ же не избавляетъ присяжнаго повѣреннаго отъ дисциплинарной отвѣтственности добровольный выходъ изъ сословія [1]).

Гражданская отвѣтственность присяжныхъ повѣренныхъ состоитъ въ обязанности возмѣщенія убытковъ, причиненныхъ кліентамъ, во-1-хъ, перечисленными выше преступленіями (ст. 1709—1711 улож. о нак.) и, во-2-хъ, вообще небрежнымъ исполненіемъ своихъ обязанностей, какъ-то: пропускомъ процессуальныхъ сроковъ и нарушеніемъ установленныхъ закономъ правилъ и формъ производства (ст. 404 учр. суд. уст.).

Дисциплинарная отвѣтственность имѣетъ совершенно самостоятельное значеніе и никакой зависимости между нею и гражданской нѣтъ. Поэтому обвиненіе или оправданіе присяжнаго повѣреннаго дисциплинарнымъ судомъ не лишаетъ частное лицо права взыскивать съ него вознагражденія за убытки, причиненные его неправильными дѣйствіями (ст. 374 учр.), и, наоборотъ, предъявленіе частнымъ лицомъ иска объ убыткахъ не освобождаетъ присяжнаго повѣреннаго отъ дисциплинарной отвѣтственности за неправильныя дѣйствія (о. с. 81 № 24).

Точно такъ же идутъ параллельно и независимо другъ отъ друга дисциплинарное и уголовное производства. Оправдательный приговоръ уголовнаго суда не предрѣшаетъ приговора дисциплинарнаго суда и наоборотъ, потому что „уголовные суды разсматриваютъ дѣянія повѣренныхъ, какъ преступленія и проступки частныхъ лицъ вообще, караемые уголовными наказаніями; совѣты же присяжныхъ повѣренныхъ обсуждаютъ тѣ же дѣянія только относительно ихъ предосудительности, несоотвѣтствія съ званіемъ повѣреннаго и съ важностью ввѣренныхъ ему интересовъ" (о. с. 82 № 31). Въ одномъ только отношеніи про-

---

[1]) Опред. соед. прис. 23 ноября 1895 г. (Шрейберъ 372, п. 15; Щеглов товъ, 184, п. 16).

является зависимость дисциплинарнаго производства отъ уголовнаго. Когда возбуждается противъ присяжнаго повѣреннаго уголовное преслѣдованіе, то объ этомъ должно быть сообщено совѣту, который имѣетъ право, если признаетъ нужнымъ, временно воспретить обвиняемому практику и даже исключить его изъ сословія (о. с. 82 № 31), по разсмотрѣніи вопроса въ порядкѣ дисциплинарнаго производства, при чемъ постановленіе совѣта подлежитъ обжалованію въ порядкѣ надзора (о. с. 1907 № 25).

Дисциплинарное производство возбуждается какъ по непосредственному усмотрѣнію совѣта, въ силу принадлежащаго ему надзора за дѣятельностью присяжныхъ повѣренныхъ (о. с. 80 № 5), такъ и по жалобамъ частныхъ лицъ (о. с. 81 № 24) и по сообщеніямъ судебныхъ учрежденій, прокуратуры и другихъ органовъ государственной власти. Уѣзднымъ съѣздамъ предоставлено спеціальнымъ закономъ право, въ случаѣ замѣченныхъ ими неправильныхъ и предосудительныхъ дѣйствій присяжныхъ повѣренныхъ при веденіи дѣлъ въ судебно-административныхъ учрежденіяхъ, сообщать объ этомъ прокурорамъ окружныхъ судовъ и, до окончанія возбужденнаго дисциплинарнаго производства, воспрещать имъ ходатайство по дѣламъ въ данномъ уѣздѣ (ст. 9 прав. произв. суд. д.).

Порядокъ дисциплинарнаго производства и система наказаній построены по французскому образцу. Присяжный повѣренный, привлеченный къ отвѣтственности, приглашается дать объясненіе къ извѣстному сроку. Если онъ не представитъ объясненія или не явится въ засѣданіе совѣта безъ уважительной причины, то совѣтъ постановляетъ приговоръ на основаніи имѣющагося у него матеріала (ст. 372). Но отъ совѣта зависитъ признать неявку обвиняемаго или непредставленіе имъ объясненія извинительными и отложить разсмотрѣніе дѣла (ст. 373). Дисциплинарными наказаніями являются: предостереженіе, выговоръ, запрещеніе практики на время не свыше одного года и исключеніе изъ числа присяжныхъ повѣренныхъ (ст. 368). Кромѣ того, совѣтъ можетъ возбуждать вопросъ о преданіи присяжныхъ повѣренныхъ уголовному суду (ст. 368, п. 5). Присяжный повѣренный, который дважды былъ приговариваемъ къ временному запрещенію практики, подлежитъ въ томъ случаѣ, если онъ въ

третій разъ совершитъ проступокъ, заслуживающій, по мнѣнію совѣта, такого же наказанія, исключенію изъ числа повѣренныхъ (ст. 369). Для дѣйствительности приговоровъ совѣта необходимо участіе въ засѣданіи не менѣе половины его членовъ. При равенствѣ голосовъ голосъ предсѣдателя даетъ перевѣсъ. Запрещеніе практики и исключеніе изъ сословія могутъ быть налагаемы только большинствомъ двухъ третей голосовъ присутствующихъ въ засѣданіи членовъ совѣта (о. с. 77 № 36).

Всѣ приговоры совѣта сообщаются прокурору подлежащей палаты (ст. 370). Подобно тому, какъ во Франціи, прокуроръ можетъ опротестовать каждый приговоръ, а обвиненный адвокатъ—только такой, которымъ онъ присужденъ къ запрещенію практики или исключенію изъ сословія (ст. 376). Протесты и жалобы приносятся подлежащей судебной палатѣ въ двухнедѣльный срокъ (ст. 376). Палата перевершаетъ дѣла, руководствуясь правилами, установленными для дисциплинарнаго производства въ судебныхъ учрежденіяхъ (о. с. 79 № 61; 82 № 44; 86 № 5, и др.). Опредѣленія палаты окончательны (ст. 377) и не подлежатъ обжалованію въ кассаціонномъ порядкѣ (о. с. 86 № 5), но на нихъ можно жаловаться въ порядкѣ надзора соединенному присутствію 1-го и кассац. департаментовъ сената (о. с. 1907 № 25). Возможны также подача просьбы о возобновленіи дѣлъ по вновь открывшимся обстоятельствамъ [1]).

III. **Частные повѣренные.** Другой классъ профессіональныхъ адвокатовъ образуютъ частные повѣренные. Они состоятъ при коллегіальныхъ судахъ первой и второй инстанціи (мировыхъ и уѣздныхъ съѣздахъ, окружныхъ судахъ и судебныхъ палатахъ). Желающій быть принятымъ въ число частныхъ повѣренныхъ долженъ удовлетворять слѣдующимъ условіямъ: 1) получить высшее юридическое образованіе въ Россіи [2]) или имѣть свидѣтельство другого суда на право ходатайства по

[1]) Опред. соед. прис. (Шрейберъ, 382, п. 11; Щегловитовъ, 192, п. 15). Въ случаѣ удовлетворенія просьбы о возобновленіи, дѣло разсматривается вторично судомъ первой инстанціи, т. - е., совѣтомъ, кромѣ того случая, когда отмѣняется только приговоръ второй инстанціи (о. с. 1902 № 15).

[2]) Опред. соедин. прис. 2 окт. 1908 (Шрейберъ, 404, п. 2; Щегловитовъ, 204, п. 4).

дѣламъ, или удостовѣрить судебное учрежденіе, при которомъ намѣревается практиковать, въ своихъ юридическихъ познаніяхъ (ст. 406[6]), т.-е., выдержать испытаніе, объемъ и порядокъ котораго опредѣляются самимъ судомъ, 2) не принадлежать къ лицамъ, которыя правиломъ ст. 246 уст. гр. суд. лишены права ходатайствовать въ судахъ [1]), и 3) быть благонадежнымъ въ нравственномъ отношеніи (ст. 406[7]). Кромѣ того, не могутъ быть частными повѣренными женщины (ст. 406[12]). Къ этимъ требованіямъ сенатъ, распространяя на частныхъ повѣренныхъ, по аналогіи, правило, установленное по отношенію къ присяжнымъ повѣреннымъ (2 и 4 п. 355 ст.), добавилъ еще два: 1) быть русскимъ подданнымъ (о. с. 81 № 2) и 2) не состоять на государственной или общественной службѣ (о. с. 90 № 33: 99 № 22).

Судъ производитъ кандидату, не получившему высшаго юридическаго образованія или не представившему свидѣтельства другого судебнаго мѣста, испытаніе, о чемъ составляетъ протоколъ [2]), и постановляетъ опредѣленіе о допущеніи или недопу-

---

[1]) Согласно 246 ст. уст. гражд. суд. „не могутъ быть повѣренными: 1) неграмотные; 2) не достигшіе совершеннолѣтія; 3) монашествующіе, кромѣ тѣхъ дѣлъ, въ коихъ они ходатайствуютъ за свои монастыри и обители или по порученію монастырскаго начальства; 4) священнослужители бѣлаго духовенства, кромѣ тѣхъ дѣлъ, въ коихъ они ходатайствуютъ за духовное вѣдомство или за жену и дѣтей своихъ, а также за питомцевъ, находящихся у нихъ на попеченіи; 5) признанные несостоятельными, до опредѣленія свойствъ ихъ несостоятельности; 6) ученики, воспитанники, студенты и слушатели, продолжающіе учебный или академическій курсъ, доколѣ не окончатъ его, за исключеніемъ лишь тѣхъ дѣлъ, въ коихъ они приняли бы на себя ходатайство вмѣсто ихъ родителей или братьевъ и сестеръ; 7) состоящіе подъ опекою; 8) члены судебныхъ установленій и чины прокурорскаго надзора, кромѣ тѣхъ дѣлъ, въ коихъ они ходатайствуютъ вмѣсто своихъ дѣтей, родителей, сестеръ или жены, если дѣла сіи производятся не въ томъ судѣ, въ которомъ они состоятъ, и не въ подвѣдомственныхъ оному мѣстахъ; 9) отлученные отъ церкви по приговору духовнаго суда; 10) лишенные всѣхъ правъ состоянія или всѣхъ особенныхъ, лично и по состоянію присвоенныхъ, правъ и преимуществъ, равно освобожденные отъ таковыхъ же наказаній силою Всемилостивѣйшаго манифеста; 11) лица, которыя, бывъ преданы суду по обвиненію въ преступленіяхъ, влекущихъ за собою потерю всѣхъ правъ состоянія или всѣхъ особенныхъ, лично и по состоянію присвоенныхъ, правъ и преимуществъ, не оправданы судебнымъ приговоромъ; 12) исключенные изъ службы по суду или изъ духовнаго вѣдомства за пороки, или же изъ среды обществъ и дворянскихъ собраній по приговорамъ тѣхъ сословій, къ которымъ они принадлежатъ; 13) всѣ тѣ, коимъ ходатайство по дѣламъ воспрещено судебнымъ приговоромъ".

[2]) Опред. соедин. прис. 9 янв. 1866 г. (Шрейберъ, 404, п. 1; Щегловитовъ, 204).

щеніи просителя въ число частныхъ повѣренныхъ. Онъ имѣетъ право отказать въ допущеніи не только въ виду несоотвѣтствія кандидата формальнымъ условіямъ, опредѣленнымъ въ законѣ, но и по неформальнымъ причинамъ, т.-е., по нравственной неблагонадежности просителя (о. с. 75 № 51). Въ первомъ случаѣ постановленіе суда должно быть мотивировано и подлежитъ обжалованію въ двухнедѣльный срокъ въ судебную палату (ст. 406[15]), а во второмъ случаѣ судъ не только можетъ, но и долженъ воздержаться отъ мотивировки, заключающей въ себѣ неодобрительное сужденіе о нравственныхъ качествахъ кандидата (о. с. 80 № 16; 79 № 76), и постановленія его окончательны (о. с. 80 № 16). Относительно пріема въ частные повѣренные *лицъ нехристіанскихъ исповѣданій требуется* каждый разъ особое разрѣшеніе министра юстиціи (прим. къ 380 ст.). Одно и то же лицо можетъ состоять частнымъ повѣреннымъ при нѣсколькихъ судебныхъ учрежденіяхъ сразу. Но каждое судебное мѣсто разрѣшаетъ вопросъ о допущеніи его совершенно самостоятельно, не стѣсняясь постановленіемъ другого суда (о. с. 80 № 18, 22), но не повторяя разъ выдержаннаго экзамена (ст. 406[3]). Лица, допущенныя въ число частныхъ повѣренныхъ, должны для того, чтобы имѣть право практиковать, взять отъ допустившаго ихъ суда свидѣтельство, оплачиваемое особымъ сборомъ въ размѣрѣ 40 руб. въ годъ, если его выдаетъ съѣздъ, и 75 руб., если его выдаетъ окружной судъ или палата (ст. 406[9]). Эти свидѣтельства берутся изъ каждаго суда отдѣльно и имѣютъ силу въ продолженіе одного года, по истеченіи котораго должны быть возобновляемы посредствомъ взноса установленной платы; если же лицо, принятое въ частные повѣренные, не взяло свидѣтельства или не возобновило его по истеченіи года, то считается выбывшимъ и можетъ быть вновь зачислено съ соблюденіемъ общихъ правилъ пріема, такъ что судъ въ правѣ отказать ему какъ по формальнымъ, такъ и по неформальнымъ причинамъ (о. с. 80 № 4; 81 № 51; 82 № 33).

Дѣятельность повѣренныхъ локализирована: они могутъ ходатайствовать только въ томъ судебномъ мѣстѣ, которое выдало имъ свидѣтельство (406[2]), за исключеніемъ двухъ случаевъ: 1) повѣренные, имѣющіе свидѣтельство отъ мирового съѣзда,

могутъ ходатайствовать и по дѣламъ, производящимся у мировыхъ судей (406[3]), и 2) повѣренные, получившіе свидѣтельство отъ съѣзда, окружнаго суда или палаты, имѣютъ право ходатайствовать въ сенатѣ, и не только по тѣмъ дѣламъ, которыя вели въ низшихъ инстанціяхъ (ст. 406[4]), но и по всѣмъ другимъ (гражд. 78 № 192, 1908 № 31)[1]).

Вознагражденіе частные повѣренные получаютъ по правиламъ, установленнымъ для присяжныхъ повѣренныхъ (ст. 406[16]), т.-е., по письменному соглашенію съ кліентами, а при отсутствіи его—по таксѣ (ст. 395, 396).

Обязанности частныхъ повѣренныхъ вытекаютъ изъ договора довѣренности. Адвокатской присяги они не приносятъ; объ ихъ профессіональныхъ обязанностяхъ законъ не упоминаетъ. Но эти пробѣлы восполнены сенатомъ, который, исходя изъ „однородности дѣятельности присяжныхъ и частныхъ повѣренныхъ“ (о. с. 80 № 29; 81 № 2), призналъ „однородность гарантій, установленныхъ закономъ противъ неблаговидныхъ дѣйствій повѣренныхъ“ (гражд. 91 № 85), и распространилъ на частныхъ повѣренныхъ запрещеніе пріобрѣтать права по тяжбамъ своихъ довѣрителей (гражд. 91 № 85). На томъ же основаніи слѣдуетъ также признать, что частные повѣренные обязаны хранить профессіональную тайну, не быть одновременно повѣренными обѣихъ тяжущихся сторонъ и вообще соблюдать правила профессіи, которыя установлены закономъ (ст. 400 и сл. учр.).

Уголовная и гражданская отвѣтственность частныхъ повѣренныхъ тоже не отличаются отъ такой же отвѣтственности присяжныхъ повѣренныхъ, такъ какъ опредѣляются общими для всѣхъ вообще дѣйствующихъ на основаніи договора довѣренности лицъ (см. стр. 333).

Дисциплинарная власть надъ частными повѣренными принадлежитъ тѣмъ судамъ, при которыхъ они состоятъ (ст. 406[13]).

---

[1]) Такое расширеніе правъ частныхъ повѣренныхъ, за предѣлы, точно означенные въ 406[4] ст., мотивируется сенатомъ тѣми соображеніями, что институтъ частныхъ повѣренныхъ созданъ закономъ съ цѣлью „возможно менѣе стѣснять и ограничивать тяжущихся въ выборѣ повѣренныхъ по дѣламъ въ виду малочисленности у насъ присяжныхъ повѣренныхъ“, и что особаго свидѣтельства на право веденія дѣлъ въ сенатѣ закономъ не установлено (89 № 192).

Поводомъ къ возбужденію дисциплинарнаго производства служатъ „неправильныя и предосудительныя дѣйствія“ (ст. 406[13]), т.-е., не только нарушенія профессіональныхъ обязанностей, но и поступки, противные нравственности (о. с. 78 № 20; 81 № 49), совершенные какъ по полученіи званія частнаго повѣреннаго, такъ и до этого (о. с. 81 № 49). При разсмотрѣніи этихъ дѣлъ суды руководствуются общими правилами дисциплинарнаго производства (о. с. 76 № 11; 81 № 48). Къ производству суды приступаютъ или по собственному усмотрѣнію, или же по предложенію членовъ прокуратуры (ст. 406[13]) и могутъ налагать на виновныхъ тѣ же наказанія, какія совѣты присяжныхъ повѣренныхъ налагаютъ на членовъ своего сословія, т.-е., предостереженіе, выговоръ, запрещеніе практики и исключеніе изъ числа повѣренныхъ (406[13]). На постановленіе о наложеніи двухъ тягчайшихъ наказаній (запрещенія практики и исключенія изъ числа повѣренныхъ) допускается аппеляція въ суды высшей инстанціи, которою для съѣздовъ и окружныхъ судовъ служатъ судебныя палаты, а для палатъ—сенатъ (ст. 406[14]). Кассаціонныя жалобы не принимаются (о. с. 86 № 5). Министру юстиціи предоставлено, кромѣ того, право воспрещать частнымъ повѣреннымъ ходатайство по судебнымъ дѣламъ за предосудительный образъ дѣйствій (ст. 406[15]).

Изложенныя правила о частныхъ повѣренныхъ при мировыхъ и общихъ судахъ распространены и на частныхъ повѣренныхъ при уѣздныхъ съѣздахъ со слѣдующей лишь разницей: лица, получившія свидѣтельство на право ходатайства отъ уѣзднаго съѣзда, имѣютъ право выступать у земскихъ начальниковъ и городскихъ судей, а также въ губернскомъ присутствіи, но лишь по тѣмъ дѣламъ, которыя возникли въ предѣлахъ округа даннаго съѣзда [1]); высшей инстанціей для съѣзда служитъ губернское присутствіе, которому можно жаловаться какъ на непринятіе въ частные повѣренные, такъ и на исключеніе изъ ихъ числа въ дисциплинарномъ порядкѣ; воспрещеніе практики за неблаговидные поступки производится министромъ юстиціи не едино-

[1]) Цирк. мин. внутр. д. 1890 № 18 (Чагинъ. Правила устр. суд. ч. II пр., 1911, 376).

лично, а по соглашенію съ министромъ внутреннихъ дѣлъ (прим. къ ст. 5 прав. произв. суд. д.).

IV. Какъ видно изъ изложеннаго, организація русской присяжной адвокатуры примыкаетъ, по лежащимъ въ ея основѣ принципамъ, къ австро-германской системѣ. Будучи осуществлена у насъ немногимъ раньше, чѣмъ въ названныхъ странахъ (австрійскій адвокатскій уставъ изданъ въ 1868 г., а германскій—въ 1878 г.), она привела къ такимъ же приблизительно результатамъ. Какъ по кругу своей дѣятельности, такъ и по общественному положенію и по значенію въ общемъ строѣ государственной жизни присяжные повѣренные стоятъ гораздо ближе къ германскимъ и австрійскимъ адвокатамъ, чѣмъ къ французскимъ и англійскимъ [1]). Совмѣщеніе правозаступничества съ судебнымъ представительствомъ воспрепятствовало выработаться болѣе высокому типу адвоката [2]). На измѣненіе къ лучшему въ будущемъ нѣтъ основанія разсчитывать; скорѣе слѣдуетъ опасаться, что дальнѣйшее размноженіе, а затѣмъ переполненіе сословія и чрезмѣрная конкуренція приведутъ къ пониженію нравственнаго уровня сословія [3]), какъ наблюдается въ Германіи и Австріи [4]).

Что касается сословія частныхъ повѣренныхъ, то его организація совершенно неудовлетворительна, а нравственное состояніе очень печально, такъ какъ составъ этого сословія пополняется лицами съ недостаточной юридической подготовкой и низкаго этическаго уровня, и такъ какъ за ихъ дѣятельностью судебныя учрежденія не въ силахъ слѣдить [5]).

V. Проектъ новой редакціи учрежденія судебныхъ установленій, оставляя безъ измѣненія основные принципы современной организаціи адвокатуры, ограничивается улучшеніемъ деталей и восполненіемъ пробѣловъ въ дѣйствующемъ законодательствѣ. Присяжные повѣренные, по проекту, продолжаютъ

---

[1]) Подробности см. въ „Организ. адвокатуры", I, 336 и сл.

[2]) Отдѣльныя исключенія только подтверждаютъ общее правило.

[3]) Васьковскій. Будущее русской адвокатуры, 1893.

[4]) Weissler, 613—615; Бенедиктъ, 110—111, 140 и сл.; „Организац. адвокатуры", I, 277 и сл., 304.

[5]) „Организ. адвокат.", I, 350 и сл.

совмѣщать въ своемъ лицѣ роли правозаступниковъ и судебныхъ представителей; ихъ гонораръ опредѣляется письменными условіями съ кліентами, а при отсутствіи такихъ условій—по таксѣ, (ст. 469, 471); остается въ силѣ и получаетъ дальнѣйшее развитіе корпоративное самоуправленіе; сохраняется институтъ частныхъ повѣренныхъ (ст. 394 и сл.). Хотя нѣкоторые члены комиссіи по пересмотру судебныхъ уставовъ указывали на необходимость раздѣлить профессіи правозаступничества и судебнаго представительства [1]) или, по меньшей мѣрѣ, избавить присяжныхъ повѣренныхъ отъ участія въ исполненіи судебныхъ рѣшеній, но большинство не согласилось съ этимъ.

---

[1]) Спасовичъ, Боровиковскій и авторъ настоящаго сочиненія.

ОТДѢЛЪ II.

Исковое производство [1]).

Введеніе.

§ 34.

Понятіе [2]).

I. Когда домовладѣлецъ взыскиваетъ наемную плату съ квартиранта, когда законный наслѣдникъ проситъ признать недѣйствительнымъ духовное завѣщаніе наслѣдодателя въ пользу посторонняго лица, когда помѣщикъ домогается возстановленія своего владѣнія участкомъ земли, который самовольно захваченъ его сосѣдомъ,—во всѣхъ этихъ случаяхъ, какъ и вообще въ каждомъ гражданскомъ дѣлѣ, задача суда состоитъ въ томъ, чтобы провѣрить, вытекаютъ ли требованія просителей изъ фактическихъ обстоятельствъ, на которыя они ссылаются, и изъ постановленій дѣйствующаго права, а затѣмъ окончательно опредѣлить ихъ правомѣрность или неправомѣрность, т.-е., установить, слѣдуютъ ли домовладѣльцу деньги съ квартиранта или не слѣдуютъ, дѣйствительно ли завѣщаніе или не дѣйствительно, имѣетъ ли право помѣщикъ требовать возстановленія владѣнія спорнымъ участкомъ земли или нѣтъ. Только послѣ того, какъ такая провѣрка совершена, судъ, смотря по ея результатамъ, либо удовлетворяетъ исковыя требованія, либо отказываетъ въ нихъ.

---

[1]) Литература указана въ §§ 4 и 6 (стр. 20—23, 26—31).

[2]) Gelb, Rechtsschutzbegehren und Anspruchsbethätigung, 1909. Wildhagen. Der bürgerliche Rechtsstreit, 1912. Остальную литературу см. на стр. 1.

Отсюда видно, что сущность искового судопроизводства, или гражданскаго процесса въ тѣсномъ, строгомъ смыслѣ слова, состоитъ въ *провѣркѣ и окончательномъ установленіи гражданскими судами правомѣрности требованій, заявляемыхъ одними лицами по отношенію къ другимъ.*

1. Гражданскій процессъ представляетъ собою провѣрку, т.-е., дѣятельность, совокупность дѣйствій, направленныхъ къ опредѣленной цѣли, производство (Verfahren, procédure) [1]).

2. Провѣрка и установленіе требованій производятся судами, т.-е., спеціальными органами государственной власти, которымъ граждане обязаны повиноваться. Отсюда—окончательный, неопровержимый характеръ результатовъ провѣрки для заинтересованныхъ частныхъ лицъ: судъ разрѣшаетъ вопросъ о правомѣрности требованій гражданъ окончательно и безповоротно либо въ положительномъ, либо въ отрицательномъ смыслѣ. Рѣшеніе суда, если оно не было обжаловано въ установленномъ порядкѣ, или если уже не подлежитъ обжалованію, имѣетъ силу закона для даннаго случая. Оно „обязательно не только для тяжущихся, но и для суда, постановившаго оное, а также для всѣхъ прочихъ судебныхъ и присутственныхъ мѣстъ и должностныхъ лицъ имперіи“ (ст. 893 уст. гражд. суд.).

3. Въ порядкѣ искового судопроизводства провѣрка и установленіе требованій производятся *гражданскими* судами. Однако гражданскимъ судамъ предоставлено право провѣрять не всѣ юридическія требованія: на ряду съ ними такою провѣркой занимаются уголовные суды, административные суды (въ тѣхъ государствахъ, гдѣ они уже введены) и органы общей администраціи. Но эти учрежденія не руководствуются правилами гражданскаго процесса: уголовные суды примѣняютъ правила уголовнаго судопроизводства; административные органы дѣйствуютъ на основаніи особыхъ законовъ. Какія именно юридическія требованія подлежатъ компетенціи гражданскихъ судовъ, выяснится при опредѣленіи границъ ихъ власти (см. § 53). Здѣсь нужно лишь замѣ-

[1]) Даже тѣ ученые, которые считаютъ процессъ юридическимъ отношеніемъ, признаютъ, что съ внѣшней стороны онъ представляетъ собою производство. Bülow. Die Lehre von den Processeinreden und Processvoraussetzungen, 1868, 4. Birkmeyer, § 1. О процессѣ, какъ юридическомъ отношеніи, будетъ рѣчь въ главѣ IV.

тить, что въ преобладающемъ большинствѣ случаевъ эти требованія касаются частно-правовыхъ отношеній; но изъ этого общаго правила существуютъ исключенія, вслѣдствіе чего въ опредѣленіе искового судопроизводства нельзя вводить, какъ обыкновенно дѣлается, указанія на частно-правовой характеръ провѣряемыхъ въ немъ требованій.

4. Въ исковомъ порядкѣ производства подлежатъ провѣркѣ требованія, заявленныя однимъ лицами противъ опредѣленныхъ другихъ лицъ. Судъ разсматриваетъ юридическія отношенія между ищущими его содѣйствія (истцами) и другими, призванными къ отвѣту лицами (отвѣтчиками). Отсюда—двусторонность гражданскаго процесса: всегда имѣются двѣ стороны съ противоположными интересами. Если въ дѣйствительности противной стороны въ нѣкоторыхъ случаяхъ нѣтъ, то она искусственно создается. Такъ, въ дѣлахъ о признаніи законности рожденія роль отвѣтчика, при отсутствіи родителей, къ которымъ могъ бы быть предъявленъ искъ, исполняется прокуроромъ (ст. 1354 уст. гр. суд.). Въ другихъ случаяхъ, когда, напр., отвѣтчикъ умеръ, а наслѣдники еще не приняли наслѣдства, для отвѣта по иску назначается опекунъ (ст. 751 и 752).

Наличность двухъ сторонъ въ процессѣ дѣлаетъ возможнымъ споръ между ними: отвѣтчикъ можетъ опровергать требованія истца. Но спора можетъ иногда и не быть, такъ какъ отвѣтчикъ, по крайней мѣрѣ, по современнымъ законодательствамъ [1]), вовсе не обязанъ вступать въ отвѣтъ: онъ воленъ не явиться въ засѣданіе суда или, явившись, не возражать противъ требованія истца и даже признать его правильнымъ. Поэтому часто встрѣчающееся опредѣленіе искового процесса, какъ правового спора (Rechtsstreit) [2]), представляется неточнымъ [3]).

5. Исковое производство служитъ разнымъ цѣлямъ. Иногда истецъ начинаетъ процессъ только для того, чтобы судъ выяснилъ и окончательно опредѣлилъ его юридическое отношеніе

---

[1]) По римскому праву процессъ дѣйствительно начинался „засвидѣтельствованіемъ спора“ между сторонами (litis contestatio), т.-е., вступленіемъ отвѣтчика въ процессъ.

[2]) Renaud, § 1. Wetzell, § 1. Bayer, S. 2. Planck, I, § 3. Birkmeyer, 3, 8—12. Wildhagen, 51 ff.

[3]) Bülow, Processeinreden, 4. Drechsler, 416. Weismann, § 3—III.

къ отвѣтчику, представляющееся неяснымъ или спорнымъ, какъ, напр., чтобы судъ призналъ договоръ прекращеннымъ или завѣщаніе недѣйствительнымъ. Въ другихъ случаяхъ истцу желательно, чтобы судъ придалъ его требованію къ отвѣтчику принудительную силу и предписалъ: „взыскать съ отвѣтчика въ пользу истца", „передать спорное имущество истцу" и т. п. Наконецъ, въ порядкѣ искового производства судъ можетъ въ указанныхъ закономъ случаяхъ произвести, по желанію заинтересованнаго лица, измѣненіе въ его юридическихъ отношеніяхъ къ отвѣтчику, напр., расторгнуть бракъ (ст. 1356[1] уст. гражд. суд.), увеличить размѣръ присужденнаго ему раньше срочнаго пособія за полученное при желѣзнодорожномъ крушеніи поврежденіе здоровья (п. 6 ст. 683 зак. гражд.), установить сервитутъ прохода и проѣзда (ст. 450 зак. гражд.) и т. п.

Такимъ образомъ, цѣлью искового процесса можетъ быть: 1) устраненіе неопредѣленности въ юридическихъ отношеніяхъ заинтересованныхъ лицъ; 2) снабженіе заявленныхъ требованій принудительной силой и, наконецъ, 3) преобразованіе юридическихъ отношеній, т.-е., уничтоженіе и измѣненіе уже существующихъ и созданіе новыхъ.

Многоразличіе цѣлей искового процесса обыкновенно упускается изъ виду большинствомъ ученыхъ, которые, приписывая ему одну цѣль, рѣзко расходятся между собой въ ея опредѣленіи. Одни считаютъ такою цѣлью только офиціальное, авторитетное установленіе наличности или отсутствія юридическихъ отношеній и правъ [1]). Въ противоположность этому мнѣнію другіе ученые полагаютъ, что главная задача гражданскаго процесса—принудительное осуществленіе правъ, и что распознаваніе и удостовѣреніе ихъ является только промежуточной ступенью, которая даже не всегда необходима [2]). Гельвигъ указываетъ

---

[1]) Гольмстенъ, 2. Schrutka, § 1. Weismann, § 3—II. Bülow. Klage und Urtheil, 1903, 55—56, 76.

[2]) Wach, § 1. Canstein 18, Anm. 1. Heyssler, Laband (Degenkolb, Beiträge Zum Zp., 1905,, 25, Anm. 1). Вахъ, критикуя мнѣніе о томъ, что цѣлью процесса служитъ „окончательное, неопровержимое формулированіе права", указываетъ, что „не вездѣ, гдѣ преслѣдуется эта цѣль, имѣется процессъ", и что, съ другой стороны, бываютъ процессы и безъ такой цѣли. Въ доказательство онъ приводитъ юридическія сдѣлки, третейскій судъ и охранительное производство, тоже служащія къ окон-

двѣ цѣли: установленіе и осуществленіе правъ [1]), упуская изъ виду прочія. Ближе подходитъ къ правильному мнѣнію Канштейнъ [2]), но и онъ не упоминаетъ о преобразованіи юридическихъ отношеній судомъ.

чательному установленію правъ, а съ другой стороны,— понудительное исполненіе, конкурсное производство и другіе случаи непосредственнаго осуществленія правъ безъ предварительнаго обсужденія ихъ (стр. 10—11). Но онъ упускаетъ изъ виду, что юридическія сдѣлки не являются способомъ окончательнаго, неопровержимаго установленія правъ, такъ какъ могутъ быть оспариваемы путемъ процесса; что третейскій судъ замѣняетъ съ разрѣшенія закона, при наличности опредѣленныхъ условій, государственный судъ и исполняетъ тождественную съ нимъ функцію; что опредѣленія, постановляемыя въ охранительномъ порядкѣ, подлежатъ, по общему правилу, оспариванію въ исковомъ порядкѣ, т.-е., не являются неопровержимыми; что понудительное конкурсное и другія формы безспорнаго производства существенно отличаются отъ искового производства, могутъ быть изъяты изъ вѣдѣнія судовъ и переданы другимъ органамъ государственной власти, что и дѣлается иногда на практикѣ. Суды существуютъ именно на случай споровъ между гражданами относительно ихъ правъ и обязанностей. Если бы законы были такъ ясны и способы удостовѣренія въ существованіи между гражданами любыхъ юридическихъ отношеній были такъ легки, что распознать эти отношенія можно было бы сразу, съ перваго взгляда, безъ всякаго дальнѣйшаго изслѣдованія, то суды оказались бы совершенно излишними, и осуществленіе гражданскихъ правъ частныхъ лицъ могло бы съ полнымъ успѣхомъ производиться органами административной власти. Справедливо говоритъ по этому поводу Плоссъ: „Конечно, нельзя отрицать, что болѣе отдаленною цѣлью процесса, ради которой онъ вообще существуетъ, въ качествѣ особаго юридическаго института, является осуществленіе гражданскихъ правъ, которыя нуждаются въ защитѣ, въ признаніи со стороны государства, и что вслѣдствіе этого процессъ безспорно слѣдуетъ считать учрежденіемъ для защиты права и средствомъ осуществленія наличнаго права. Но то обстоятельство, что этимъ средствомъ осуществленія служитъ именно процессъ, т.-е., значитъ, ближайшая, непосредственная, объясняющая существованіе процесса, причина заключается въ возможности недостовѣрнаго и сомнительнаго гражданскаго права, т.-е., въ томъ, что бываютъ споры, гдѣ обѣ стороны могутъ быть правы". Plosz. Beiträge zur Theorie des Klagerechts, 1880, стр. 6—7.

[1]) Гельвигъ: „гражданскій процессъ имѣетъ задачей создавать средства къ тому, чтобы конкретное юридическое положеніе, вытекающее изъ частно-правового порядка съ полнымъ авторитетомъ верховной государственной власти обязательнымъ образомъ устанавливалось, и чтобы нуждающееся въ удовлетвореніи право осуществлялось" (2). Аналогично: Degenkolb, Beiträge zum Zivilprozess, 1905, 24—26.

[2]) Канштейнъ: „цѣль гражданскаго процесса—юридическая защита права, которая, при наличности частно-правовыхъ и процессуальныхъ предположеній, должна вести къ установленію, охраненію, и удовлетворенію частно-правовыхъ требованій". Canstein, I, 18—19. Въ брошюрѣ, посвященной спеціально „цѣли процеса" (Der Zweck des Civilprocesses, 1902), Канштейнъ считаетъ ею „установленіе истины" (S. 6). Но это—цѣль только одной части процесса, именно изслѣдованія фактическихъ обстоятельствъ дѣла. См. § 36.

Нѣкоторые ученые, переходя на объективную точку зрѣнія, видятъ цѣль искового процесса въ конкретизаціи нормъ права или даже въ осуществленіи справедливости примѣнительно къ частнымъ случаямъ жизни, такъ какъ въ процессѣ одинаково охраняются судомъ права обѣихъ сторонъ, а не одного только истца [1]). Конечно, судъ конкретизируетъ въ гражданскомъ процессѣ объективное право, но лишь въ тѣхъ предѣлахъ, въ какихъ этого требуетъ истецъ, именно по отношенію къ тѣмъ фактическимъ обстоятельствамъ, которыя приведены истцомъ. Такимъ образомъ, непосредственная цѣль процесса—провѣрка правомѣр-

[1]) Wach, I, 4—5. Pollak, § 15. Chiovenda, 54—55. Bülow. Klage, 76 ff. „Неправильно,—говоритъ Вахъ,—смотрѣть на цѣль процесса съ субъективной точки зрѣнія. Она не совпадаетъ съ цѣлью, преслѣдуемой однимъ субъектомъ процесса и спеціально истцомъ. Цѣль иска—не цѣль процесса. Ею опредѣляется предметъ процесса, но не цѣль его. Въ процессѣ сталкиваются противорѣчивые интересы истца и отвѣтчика. Процессъ служитъ одинаково нападенію и защитѣ, утвержденію и отрицанію права. Двойственность цѣли, преслѣдуемой сторонами, коренится въ необходимости допущенія юридическихъ утвержденій въ качествѣ обосновывающихъ процессъ дѣйствій сторонъ. Чье утвержденіе правильно — вопросъ процесса, рѣшаемый процессомъ. Но правильнымъ можетъ быть только одно изъ нихъ. Отсюда слѣдуетъ, что цѣль только одной стороны дѣйствительно соотвѣтствуетъ праву и заслуживаетъ юридической защиты. Цѣль же процесса остается всегда одной и той же: осуществленіе справедливости посредствомъ отправленія правосудія. Оно достигается одинаково какъ отказомъ въ искѣ, такъ и удовлетвореніемъ его. Такимъ образомъ, цѣль сторонъ лишь постольку является объективной цѣлью процесса, поскольку совпадаетъ съ нею". Мнѣніе Ваха было бы правильно, если бы судъ самостоятельно изслѣдовалъ юридическія отношенія между тяжущимися и окончательно опредѣлялъ ихъ своимъ рѣшеніемъ. Тогда дѣйствительно судъ давалъ бы юридическую защиту обѣимъ сторонамъ, смотря по тому, какая изъ нихъ ея заслуживаетъ. Но на самомъ дѣлѣ судъ ограничивается провѣркой требованій истца, не выходя за ихъ предѣлы. Поэтому выигрышъ дѣла имѣетъ неодинаковое значеніе для истца и для отвѣтчика: для истца—положительное значеніе, потому что безповоротно устанавливаетъ правомѣрность его требованій по отношенію къ отвѣтчику, а для отвѣтчика—только отрицательное, ибо лишь избавляетъ его отъ притязаній истца, но не подтверждаетъ какихъ-либо его требованій. Такъ, напр., если судъ удовлетворилъ искъ о признаніи права собственности на домъ, то это значитъ, что истецъ признанъ собственникомъ этого дома; но если судъ отказалъ въ такомъ искѣ, то отсюда вовсе не слѣдуетъ, что право собственности на домъ признано за отвѣтчикомъ: о правѣ отвѣтчика въ рѣшеніи ничего не говорится,—тамъ лишь устанавливается, что это право не принадлежитъ истцу. А кому оно принадлежитъ въ дѣйствительности,—отвѣтчику или кому-либо другому,—этого вопроса судъ не разсматриваетъ. Въ виду этого, нельзя не смотрѣть на процессъ, вопреки мнѣнію Ваха, съ субъективной точки зрѣнія, именно съ точки зрѣнія истца, потому что о требованіяхъ истца только и постановляется рѣшеніе.

ности требованія истца, и достигается она путемъ конкретизаціи правопорядка [1]).

§ 35.

Система [1]).

Система изложенія каждаго предмета можетъ быть цѣлесообразной только тогда, когда она является естественной, т.-е., когда она соотвѣтствуетъ существу излагаемаго предмета [2]).

Анализъ опредѣленія искового процесса показываетъ, что въ понятіе процесса входятъ четыре основныхъ элемента: 1) судъ, 2) тяжущіеся, или стороны, 3) юридическія требованія, провѣряемыя судомъ, и 4) самая провѣрка, т.-е., судебное производство. По этимъ четыремъ рубрикамъ, образующимъ естественную систему процесса [3]), и должно быть, какъ кажется на первый взглядъ, излагаемо содержаніе процесса [4]). Однако при ближайшемъ разсмотрѣніи можно убѣдиться, что эта система нуждается въ исправленіи. Дѣло въ томъ, что требованія, которымъ должны удовлетворять судьи и стороны, чтобы ихъ процессуальныя дѣйствія имѣли юридическую силу, одинаковы во всѣхъ дѣлахъ: какое бы дѣло ни подлежало судебному разсмотрѣнію, всегда представляется необходимымъ, чтобы судъ былъ, по закону, уполномоченъ на разрѣшеніе его, т.-е., обладалъ надлежащей компетенціей, и чтобы стороны имѣли право вести свои дѣла въ судѣ, т.-е., обладали процессуальной правоспособностью и дѣеспособностью. Точно такъ же заявляемыя сторонами юридическія требованія должны для того, чтобы подлежать разсмотрѣнію и удовлетворенію въ порядкѣ гражданскаго процесса, обладать нѣкоторыми, общими имъ всѣмъ, свойствами и состоять изъ одинаковыхъ элементовъ: каждое требованіе, напр., должно быть направлено противъ опредѣленнаго лица, основано на опредѣленныхъ фактическихъ и юридическихъ данныхъ и т. д. Такимъ

---

[1]) Simoncelli, 6 ss., 13. Schmidt, 2. Geib, 7—8.

[2]) Menger. System d. oesterr. Cpr., § 16.

[3]) Menger, 206—207.

[4]) Такой системы придерживались, переставляя иногда рубрики, нѣмецкіе процессуалисты прежняго времени (Martin, Bayer, Linde и др.).

образомъ, ученіе о судѣ и сторонахъ, т.-е., о *субъектахъ процесса*, и ученіе о юридическихъ требованіяхъ, провѣряемыхъ въ процессѣ, т.-е., объ *объектахъ процесса*, запечатлѣны общимъ, универсальнымъ характеромъ и могутъ образовать въ теоріи процесса общую часть [1]). Иной характеръ ученія о судебномъ производствѣ. Производство не всегда одинаково; оно измѣняется и можетъ принимать разныя формы, въ зависимости отъ побочныхъ обстоятельствъ. Такъ, напр., наше законодательство различаетъ слѣдующіе порядки производства: общій, сокращенный, упрощенный и понудительный; кромѣ того, производство въ мировыхъ судахъ и судебно-административныхъ учрежденіяхъ во многомъ не таково, какъ въ общихъ судахъ. Поэтому изъ ученія о производствѣ нужно выдѣлить и присоединить къ ученію о субъектахъ и объектахъ процесса тѣ элементы, которые общи всѣмъ формамъ и типамъ производства. Такими элементами являются общія свойства процессуальныхъ правъ и обязанностей, осуществляемыхъ субъектами процесса въ производствѣ, и общія условія и формы ихъ осуществленія. Такъ какъ этими правами и обязанностями опредѣляются взаимныя отношенія между субъектами процесса, то отдѣлъ, посвященный ихъ изложенію, можно назвать *ученіемъ о процессуальныхъ отношеніяхъ*.

Сверхъ того, изложенію процесса по указанной системѣ необходимо предпослать критическое изслѣдованіе основныхъ принциповъ псковаго судопроизводства. Такое изслѣдованіе представляетъ важность въ трехъ отношеніяхъ.

Во-1-хъ, оно уяснитъ строеніе современнаго процесса, въ частности — нашего. Процессъ, по мѣткому выраженію Канштейна, походитъ на зданіе, возведенное въ опредѣленномъ стилѣ, который проявляется въ принципахъ, положенныхъ въ основаніе процесса. Поэтому, чтобы составить себѣ ясное понятіе объ общемъ характерѣ какой-либо процессуальной системы, объ ея „стилѣ“, нужно ознакомиться съ ея основными принципами [2]).

Во-2-хъ, правильное пониманіе и примѣненіе постановленій

---

1) Это обстоятельство тоже подмѣчено нѣкоторыми изъ старыхъ процессуалистовъ, напр., Osterloh, I, § 84.

2) Canstein. Die ration. Grundlagen d. Cpr., 1.

процессуальныхъ законовъ по частнымъ вопросамъ, къ особенности постановленій, страдающихъ неясностью, неполнотой и пробѣлами, возможно только при знакомствѣ съ тѣми принципами, которые проводитъ законодатель и которые представляютъ собою „духовные элементы, оживляющіе запутанную массу процессуальныхъ нормъ“ [1]). Эти принципы служатъ руководящими нитями въ лабиринтѣ положительнаго законодательства [2]).

Наконецъ, въ-3-хъ, критическое изслѣдованіе принциповъ процесса обнаружитъ, какіе изъ нихъ цѣлесообразны, а какіе не соотвѣтствуютъ цѣлямъ раціональнаго судопроизводства, и въ какомъ направленіи желательны измѣненія въ нашемъ дѣйствующемъ законодательствѣ.

Такимъ образомъ наиболѣе правильной системой изложенія искового процесса является слѣдующая.

А. Общая часть.

1. Основные принципы искового процесса.
2. Субъекты процесса: а) судъ, б) стороны.
3. Объекты процесса.
4. Процессуальныя отношенія.

Б. Особенная часть. Формы производства [3]).

---

[1]) Menger, 208.

[2]) Birkmeyer. Grundriss, 109.

[3]) Отъ этой естественной системы, установленной старыми нѣмецкими процессуалистами, отступилъ Вецель, за которымъ послѣдовали другіе. Самъ Вецель упразднилъ общую часть и распредѣлилъ матеріалъ крайне неудовлетворительно, разорвавъ связанныя между собою логически части и нарушивъ естественную послѣдовательность процессуальныхъ дѣйствій (Menger, 204—205). Столь же, если не болѣе, запутаны системы изложенія современныхъ германскихъ процессуалистовъ (Шмидта, Гельвига, Вайсмана). Немалую роль при этомъ, въ качествѣ побудительной причины, сыграло стремленіе примѣнить къ построенію системы процесса понятіе юридическаго отношенія, что проектировалъ сдѣлать Бюловъ, творецъ воззрѣнія на исковой процессъ, какъ на юридическое отношеніе, въ спеціальной статьѣ: Die neue Processrechtswissenschaft und die System des Cpr. (Zt. Zp., 27 B.). Объ этомъ воззрѣніи будетъ рѣчь въ главѣ IV. Такое же неблагопріятное вліяніе на систематизацію процессуальнаго матеріала оказало другое понятіе, выдвинутое новѣйшими германскими процессуалистами, именно, понятіе „права на судебную защиту“, осуществляемаго сторонами въ процессѣ. Объ этомъ будетъ сказано въ 3-й главѣ. Проще система у Клейнфеллера; но онъ включаетъ ученіе объ объектахъ процесса (искахъ) въ ученіе о движеніи производства. Къ естественной системѣ, которую рекомендовалъ возстановить Менгеръ, вернулись современные австрійскіе про-

ГЛАВА I.

Принципы процесса [1]).

§ 36.

Обзоръ принциповъ.

I. При обзорѣ гарантій правильнаго отправленія правосудія (стр. 104—109) было указано, что къ числу ихъ принадлежитъ также раціональная организація порядка судопроизводства. И дѣйствительно, недостаточно создать хорошій судейскій персоналъ; нужно еще обставить дѣятельность судей такими условіями, которыя, съ одной стороны, давали бы имъ возможность правильно разрѣшать дѣла, а съ другой стороны, обезпечивали бы тяжущихся отъ ихъ произвола. Самый идеальный судья не въ состояніи постановить, при всемъ своемъ желаніи, справед-

---

цессуалисты: Скедль (§ 2), Поллакъ и Шрутка. Французскіе процессуалисты излагаютъ процессъ въ порядкѣ его поступательнаго движенія, слѣдуя системѣ французскаго кодекса, по ученію о производствѣ предпосылаютъ ученіе о компетенціи судовъ и объ искахъ, а иногда еще нѣкоторые вопросы общаго характера, какъ-то: о процессуальныхъ дѣйствіяхъ, срокахъ и формальностяхъ (Гарсонне), объ основныхъ принципахъ процесса, недѣйствительности процессуальныхъ дѣйствій, срокахъ и пр. (Глассонъ). Въ такомъ выдѣленіи общихъ вопросовъ, хотя и проводимомъ недостаточно полно, сказывается стремленіе къ построенію естественной системы. Гораздо ближе придерживаются этой системы наши процессуалисты, отступающіе отъ нея въ немногихъ пунктахъ.

1) Нефедьевъ. Основныя начала гражданскаго судопроизводства, 1896.

Meyer. Esprit, origine et progrès des institutions judiciaires, VI, 1823, ch. 15; Bordeaux. Philosophie de la procédure civile, 1857; Menger. System d. oesterr. Civilprocessrechts, I, 1876; Canstein. Die rationellen Grundlagen des Civilprozesses, 1877; Birkmeyer. Grundriss, 1886; Kornfeld. Civilprocessuale Grundsätze, 1893; Skodl, I, §§ 3—12; Canstein. Das oesterr. Civilprocessrecht, I, § 3.

Принципы гражданскаго процесса обсуждались во многочисленныхъ монографіяхъ, брошюрахъ и статьяхъ, касающихся реформы судопроизводства въ разныхъ государствахъ. Къ числу ихъ принадлежатъ: Leonhardt. Zur Reform des Civilprocesses in Deutschland, 1865; Bar. Recht und Beweis im Civilprocesse. Ein Beitrag zur Kritik und Reform des deutschen Civilprocesses, 1867; Bar. Geschichte und Reform der deutschen Civiljustiz, 1871; Plathner. Die neue Konstruction des Processes in dem Entwurf der deutschen CPO, 1873; Klein. Pro futuro, Betrachtungen über Probleme der Civilprocessreform in Oesterreich, 1891; Horn. Zur Reform des deut-

ливаго рѣшенія, если у него связаны руки нецѣлесообразными правилами производства, препятствующими ему раскрыть истину. Но въ то же самое время нельзя обойтись совершенно безъ всякихъ правилъ производства, предоставивъ судьямъ поступать въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ такъ, какъ они сами сочтутъ нужнымъ и полезнымъ, ибо это значило бы открыть свободный просторъ проявленію безграничнаго, ничѣмъ неудерживаемаго произвола со стороны судей [1]). Вотъ почему дѣятельность судовъ должна быть поставлена въ опредѣленныя рамки, ей должны быть

---

schen Civilprocesses, 1893; Quenstedt. Zur Reform des Civilprocesses in Deutschland, 1894; Lang. Die wesentlichen Mängel der deutschen Reichs — CPO, 1894; Demelius. Kritische Studien zu den Gesetzentwürfen aus d. Jahre 1893, 1895; Quenstedt. Deutsche Gestaltung des Civilprocesses, 1896; Epstein. Die Grundsätze der neuen CPO, 1897; Schwartz. 400 Jahre deutscher C P — gesetzgebung, 1898; Klein. Zeit-und Geistesströmungen im Processe, 1902; Schwartz. Die Novelle v. 17/20 Mai 1898 und die künftige Civilprocessreform, 1902; Vierhaus. Ueber die socialen und wirtschaftlichen Aufgaben der Civilprocessgesetzgebung, 1903; Schneider. Treu und Glauben im Civilprocesse, 1903; Schmidt. Prozessrecht und Staatsrecht, 1903; Peters. Prozessverschleppung, Prozessumbildung und die Lehren der Geschichte, 1904; Kleinfeller. Beiträge zur Reform des Civilprocesses, 1907; Schmidt. Fragen der Justizreform in Civilsachen, 1907; Frank. Verkehrsleben und Rechtsentwickelung, 1907; Schwarz. Erneuerung deutscher Rechtspflege, 1908; Hellwig. Justizreform, 1908; Haeger. Der französische Zivilprocess und die deutsche Zivilprozessreform, 1908; Sauter. Betrachtungen über das Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, 1908; Goldmann. Die Novelle zur CPO, 1908; Detmold. Die Reform unserer Zivilrechtspflege, 1911.

Seligmann. Quelles sont les réformes dont la procédure civile est susceptible, 1855; Laviello. Etudes sur la procédure civile, 1862; De la Grasserie. Etude critique sur le projet de révision du code de procédure civile, 2 ed., 1901; Carabelli. La procedura civile dell'avvenire, 1897; Lessona. I doveri sociali del diritto giudiziario civile, 1897.

Для общей теоріи гражданскаго процесса имѣютъ также немалое значеніе труды криминалистовъ, занимавшихся изслѣдованіемъ основныхъ принциповъ уголовнаго процесса, во многомъ одинаковыхъ съ принципами гражданскаго процесса. Таковы слѣд. соч.: Тальбергъ. Русское уголовное судопроизводство, I, 1889; Фойницкій. Курсъ русскаго уголовнаго судопроизводства, I, 1902; Случевскій. Учебникъ русскаго уголовнаго судопроизводства, 1910; Щегловитовъ. Основные принципы уголовнаго судопроизводства (Журн. М. Ю. 1903 № 9); Zachariae. Handbuch des deutschen Strafprocesses, I, 1860; Glaser. Handbuch des Strafprocesses, I, 1883; Geyer. Lehrbuch des deut. Strafprocesses, 1880; John. Strafprocessordnung für das deutsche Reich, II, 1888, и др.

Нѣкоторые процессуальные вопросы общаго характера обсуждались въ сочиненіяхъ, касающихся реформъ въ судоустройствѣ и перечисленныхъ на 34 стр.

[1]) Михайловскій, 65. Bonconne, I, 3. Glasson, 78.

предписаны опредѣленныя формы, которыя, гарантируя наилучшимъ образомъ правильное разрѣшеніе дѣлъ, давали бы въ то же время возможность контролировать дѣйствія судей.

II. Нѣкоторые принципы раціональнаго судопроизводства предопредѣляются самою сущностью искового процесса—въ томъ смыслѣ, что ихъ нельзя замѣнить какими-либо иными, не извращая сущности и задачъ этого процесса. Такъ, исковой процессъ существуетъ для провѣрки и окончательнаго установленія правомѣрности юридическихъ требованій, заявляемыхъ одними гражданами по отношенію къ другимъ. Эти требованія вытекаютъ въ преобладающемъ большинствѣ случаевъ изъ гражданскихъ правъ, а такъ какъ всѣ гражданскія права, за малыми изъятіями, находятся въ полномъ распоряженіи у своихъ обладателей, которые вольны ихъ осуществлять или не осуществлять, передавать другимъ лицамъ и даже совершенно отказываться отъ нихъ, то отсюда вытекаетъ, что такая же свобода распоряженія должна быть предоставлена гражданамъ и по отношенію къ тѣмъ ихъ требованіямъ, которыя заявлены ими суду. Въ этомъ состоитъ принципъ *диспозитивности*.

Далѣе, въ каждомъ процессѣ участвуютъ двѣ стороны съ противоположными интересами—истецъ и отвѣтчикъ. Для осуществленія принципа равенства всѣхъ гражданъ предъ закономъ и судомъ, для лучшаго достиженія истины, въ виду, наконецъ, требованія элементарной справедливости необходимо предоставить обѣимъ сторонамъ одинаковую возможность пользоваться для защиты своихъ интересовъ въ процессѣ всѣми допускаемыми закономъ способами борьбы. Это достигается проведеніемъ въ процессѣ принципа *равноправности сторонъ*.

Наконецъ, конкретизація нормъ производится въ гражданскомъ процессѣ судомъ при содѣйствіи тяжущихся. Такъ какъ судъ—органъ государственной власти, то его дѣятельность регулируется закономъ. Вмѣстѣ съ тѣмъ подлежитъ регламентаціи и тѣсно связанная съ нею дѣятельность сторонъ. Тяжущіеся вольны начать процессъ или нѣтъ. Но разъ они начали, то обязаны подчиняться установленнымъ въ законѣ правиламъ производства и власти разбирающаго дѣло суда. Законодатель не можетъ предоставить усмотрѣнію сторонъ опредѣленіе порядка

и формъ процессуальной дѣятельности: это повело бы къ невообразимой путаницѣ, пагубной для правильнаго отправленія правосудія и несовмѣстимой съ достоинствомъ и государственнымъ характеромъ суда.

Отсюда вытекаютъ два принципа: 1) принципъ *процессальнаго формализма*, или *процессуальной строгости*, и 2) принципъ *формальнаго руководства суда*.

III. Четыре названныхъ принципа вытекаютъ изъ самаго существа гражданскаго искового процесса и потому заслуживаютъ названія *абсолютныхъ*, *фундаментальныхъ*, *коренныхъ*.

Но они опредѣляютъ порядокъ производства только въ самыхъ общихъ чертахъ и не указываютъ, должно ли быть оно устнымъ или письменнымъ, гласнымъ или тайнымъ, кѣмъ долженъ быть собираемъ фактическій матеріалъ процесса — судомъ или сторонами, какъ онъ долженъ быть оцѣниваемъ, и т. д. Необходимо поэтому подвергнуть изслѣдованію возможные способы конструкціи процесса и принципы, которые лежатъ въ основаніи каждаго способа.

Не подлежитъ сомнѣнію, что первое и главное требованіе, которому долженъ удовлетворять исковой процессъ, заключается въ томъ, чтобы онъ обезпечивалъ постановленіе судами правильныхъ рѣшеній. Правильность судебнаго рѣшенія состоитъ въ соотвѣтствіи его, съ одной стороны, дѣйствительному смыслу юридическихъ нормъ, а съ другой стороны — фактическимъ обстоятельствамъ каждаго разбираемаго дѣла [1]). Первое требованіе можно назвать *постулатомъ правомѣрности*, второе обыкновенно именуется *постулатомъ матеріальной правды*.

---

[1]) Верховнымъ постулатомъ (или принципомъ) процесса обыкновенно считаютъ справедливость (напр., Canstein, 2; Бентамъ. О судебныхъ доказательствахъ, 1876, 2—3, и др.). Но подъ этимъ понимаютъ не что иное, какъ соотвѣтствіе судебнаго рѣшенія нормамъ права и обстоятельствамъ дѣла. Нѣсколько дальше идетъ возникшее въ послѣднее время среди германскихъ юристовъ направленіе подъ именемъ „школы свободнаго права", признающее что судъ можетъ проявлять свободное творчество, разрѣшая вопросы, прямо не предусмотрѣнные законами, не посредствомъ логическаго развитія наличныхъ законодательныхъ нормъ, а по своему убѣжденію, на основаніи справедливой оцѣнки сталкивающихся въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ интересовъ тяжущихся сторонъ. Нѣкоторые представители этого направленія (Stampe) находятъ даже возможнымъ измѣненіе судомъ постановленій закона и разрѣшеніе дѣлъ вопреки имъ, когда законъ явно не соотвѣтствуетъ потребностямъ жизни. Про-

Правомѣрность судебныхъ рѣшеній гарантируется въ достаточной степени надлежащимъ устройствомъ судовъ: теоретической и практической подготовкой судей, коллегіальнымъ разрѣшеніемъ дѣлъ, принципомъ двухъ инстанцій, дисциплинарнымъ надзоромъ и въ особенности провѣркой юридической стороны рѣшеній въ кассаціонномъ порядкѣ.

Достиженіе матеріальной правды тоже обезпечивается судоустройствомъ, но далеко не въ столь полной мѣрѣ. Юридическая подготовка судейскаго персонала не играетъ при установленіи фактическихъ обстоятельствъ дѣлъ такой важной роли, какъ при юридической оцѣнкѣ ихъ. Главнымъ вѣдь доводомъ въ пользу введенія суда присяжныхъ въ гражданскомъ процессѣ служитъ именно то соображеніе, что фактическія обстоятельства лучше могутъ быть устанавливаемы не профессіональными судьями-спеціалистами, а обыкновенными гражданами, привлеченными къ отправленію правосудія (см. стр. 117). Точно такъ же не можетъ служить гарантіей въ этомъ отношеніи дисциплинарный надзоръ, такъ какъ онъ не распространяется на свободу судейскаго убѣжденія, особенно полно проявляющуюся именно при установленіи фактическихъ обстоятельствъ. Наконецъ, кассаціонная провѣрка ограничивается юридической стороной рѣшеній. Остаются, слѣдовательно, только принципы коллегіальности и двухъ инстанцій, благопріятствующія постановленію судебныхъ рѣшеній, правильныхъ какъ съ юридической, такъ и съ факти-

---

являющаяся въ воззрѣніяхъ школы свободнаго права тенденція—поставить судью наравнѣ съ законодателемъ и даже выше его—подрываетъ основной принципъ правового государства—подзаконность судебной власти (см. стр. 110, прим. 4), открывая просторъ для судейскаго произвола и лишая гражданъ увѣренности въ законно пріобрѣтенныхъ правахъ. Если законы отстали отъ жизни, то для устраненія этого зла имѣется другой, нормальный путь, который былъ уже указанъ выше (см. стр. 221). Ср. Лазерсонъ. Свободное судейское усмотрѣніе (Право 1911 № 52); Vierhaus. Ueber die Methode der Rechtssprechung, 1911, 74 ff.; Ельяшевичъ. Изъ иностранныхъ журналовъ (Журн. М. Ю. 1911 № 10, 287, 290, 292).

2) Это — постулаты, т.-е., необходимыя требованія, предположенія раціональнаго процесса, а не принципы (какъ обыкновенно выражаются), потому что принципы — общія положенія, проводимыя законодателемъ въ постановленіяхъ по частнымъ случаямъ. Принципы относятся къ постулатамъ, какъ средства къ цѣлямъ, и являются цѣлесообразными или нецѣлесообразными, смотря по тому, содѣйствуютъ ли осуществленію постулатовъ, или нѣтъ.

ческой стороны. Въ виду такихъ обстоятельствъ, достиженію матеріальной правды должно способствовать раціональное устройство судопроизводства.

Для надлежащаго установленія фактической стороны любого, сколько-нибудь сложнаго дѣла нужно, во-1-хъ, разыскать и собрать источники, откуда возможно было бы почерпнуть свѣдѣнія относительно обстоятельствъ, которыя подали поводъ къ возбужденію процесса, и которыя, относясь въ громадномъ большинствѣ случаевъ къ прошлому, должны быть возстановлены на основаніи документовъ, свидѣтельскихъ показаній и проч.; во-2-хъ, судъ долженъ ознакомиться съ этими источниками, и, въ-3-хъ, сдѣлать имъ критическую оцѣнку, чтобы установить на основаніи ихъ дѣйствительную картину фактическихъ обстоятельствъ дѣла.

Каждая изъ этихъ операцій допускаетъ различные способы выполненія.

Разысканіе и собираніе фактическаго матеріала могутъ быть, во-1-хъ, предоставлены самимъ тяжущимся или, во-2-хъ, возложены на судъ, или, въ-3-хъ, распредѣлены между тяжущимися и судомъ. Въ первомъ случаѣ процессъ будетъ построенъ на принципѣ *состязательномъ*, во второмъ—на принципѣ *слѣдственномъ*, или инквизиціонномъ, а въ третьемъ — на той или иной комбинаціи обоихъ принциповъ.

Воспріятіе фактическаго матеріала тоже можетъ производиться троякимъ образомъ: во-1-хъ, непосредственно тѣмъ самымъ судомъ, которому предстоитъ постановить рѣшеніе по данному дѣлу, или, во-2-хъ, другими должностными лицами, сообщающими впослѣдствіи суду результаты своихъ воспріятій (секретарями, отдѣльными членами того же или даже другого суда, отряженными для совершенія нѣкоторыхъ процессуальныхъ дѣйствій: допроса свидѣтелей, осмотра имуществъ и т. п.), или, въ-3-хъ, отчасти непосредственно самимъ судомъ, отчасти черезъ другихъ должностныхъ лицъ. Первый способъ основанъ на примѣненіи принципа *непосредственности*, второй—принципа *посредственности*, а третій—комбинаціи обоихъ названныхъ принциповъ.

Далѣе, фактическій матеріалъ можетъ быть воспринимаемъ судомъ какъ сразу, цѣликомъ, во всей полнотѣ, такъ и посте-

ленно, по частямъ. Въ первомъ случаѣ въ процессѣ проводится принципъ *концентраціи процессуальнаго матеріала*, во второмъ принципъ *формальнаго порядка производства*, или *раздѣленія процесса на стадіи*.

Для оцѣнки достовѣрности и доказательнаго значенія фактическаго процессуальнаго матеріала законодатель можетъ: 1) установить точно опредѣленныя правила, обязавъ судъ руководствоваться ими (наприм., предписавъ всегда отдавать предпочтеніе письменнымъ документамъ передъ показаніями свидѣтелей), или же 2) не стѣснять ничѣмъ свободы судейскаго убѣжденія и предоставить оцѣнку фактическаго матеріала безконтрольному усмотрѣнію суда, или, 3) предписать суду оцѣнивать доказательства по ихъ внутреннему значенію, мотивируя свои заключенія. Въ первомъ случаѣ въ процессѣ будетъ господствовать принципъ *формальныхъ доказательствъ*, во второмъ—принципъ безконтрольности внутренняго убѣжденія, а въ третьемъ—принципъ свободной (логической) оцѣнки доказательствъ.

Къ тремъ основнымъ операціямъ по установленію фактической стороны дѣла можетъ быть добавлена, въ видахъ лучшаго достиженія истины и облегченія работы суда, еще предварительная разработка процессуальнаго матеріала сторонами и ихъ адвокатами. Если такая разработка допущена, то процессъ принимаетъ форму состязанія сторонъ передъ судомъ; если она не допущена, то процессъ имѣетъ характеръ офиціальнаго изслѣдованія фактической стороны дѣла самимъ судомъ. Въ первомъ случаѣ принято говорить о *состязательной формѣ* процесса, во второмъ случаѣ—о *слѣдственной формѣ*.

Если процессъ построенъ закономъ въ видѣ состязанія сторонъ, то возникаетъ дальнѣйшій вопросъ: въ какой формѣ должно происходить это состязаніе—въ устной или письменной, или же частью письменной, частью устной? Смотря по смыслу, въ какомъ законодатель разрѣшаетъ этотъ вопросъ, процессъ является *устнымъ*, или *письменнымъ*, или *смѣшаннымъ*.

Допустивъ разработку процессуальнаго матеріала сторонами въ устной формѣ передъ судомъ, законодатель можетъ сдѣлать засѣданія суда гласными, открытыми для посторонней публики, или же тайными, доступными только для участвующихъ въ дѣлѣ

ницъ, т.-е., ввести принципъ *публичности* или принципъ *канцелярской тайны*.

Наконецъ, нельзя оставить безъ разсмотрѣнія и точнаго опредѣленія еще одной стороны въ конструкціи процесса, именно, поступательнаго движенія его отъ начальнаго момента, которымъ служитъ предъявленіе иска, до заключительнаго, выражающагося въ постановленіи рѣшенія. Движеніе процесса можетъ происходить либо по иниціативѣ тяжущихся сторонъ, либо по иниціативѣ самого суда, либо отчасти такъ, отчасти иначе. Сообразно этому различаютъ принципы *свободнаго почина сторонъ и офиціальнаго почина суда*. Возможна, разумѣется, и комбинація обоихъ принциповъ.

Итакъ, разсмотрѣніе операцій, изъ которыхъ состоитъ исковой процессъ, показываетъ, что онѣ могутъ производиться самымъ различнымъ образомъ, и что, слѣдовательно, въ основу конструкціи процесса могутъ быть положены различные, даже противоположные принципы. Сравнительная оцѣнка ихъ цѣлесообразности должна будетъ обнаружить, какимъ изъ нихъ слѣдуетъ отдать предпочтеніе, и какая ихъ комбинація въ состояніи наилучше обезпечить достиженіе матеріальной правды въ процессѣ. Но во всякомъ случаѣ ни одинъ изъ нихъ не вытекаетъ непосредственно съ логическою послѣдовательностью изъ сущности гражданскаго процесса, такъ что они, въ отличіе отъ абсолютныхъ, фундаментальныхъ принциповъ, могутъ быть названы *относительными, конструктивными*[1]).

IV. Второе требованіе, которое должно быть предъявлено

---

[1]) Дѣленіе принциповъ процесса на фундаментальные и конструктивные принято и Канштейномъ, но проведено имъ иначе. Фундаментальными принципами онъ считаетъ тѣ, изъ которыхъ слагается верховный принципъ процесса — справедливость. Таковы, по его мнѣнію, принципы равноправности сторонъ, матеріальной правды и свободной оцѣнки доказательствъ. Всѣ прочіе принципы не вытекаютъ изъ принципа справедливости, а опредѣляютъ строеніе процесса съ точки зрѣнія цѣлесообразности: они — только средства для достиженія цѣли (стр. 1—2). Но даже съ такой точки зрѣнія дѣленіе Канштейна неправильно, потому что принципъ свободной оцѣнки доказательствъ, несомнѣнно, является ничѣмъ инымъ, какъ однимъ изъ средствъ къ достиженію принципа матеріальной правды, а потому не можетъ быть поставленъ на ряду съ нимъ въ числѣ фундаментальныхъ принциповъ. Съ другой стороны, справедливость представляетъ собою не принципъ, а постулатъ процесса, верховную цѣль, достиженію которой должны обезпечивать всѣ конструктивные принципы.

гражданскому процессу, состоитъ въ удобствѣ его для тяжущихся и судей. Порядокъ судопроизводства долженъ быть такимъ, чтобы гражданинъ, нуждающійся въ защитѣ своего права, могъ быстро и легко получить ее, и въ то же время, чтобы судъ, къ которому гражданинъ обратился, былъ въ состояніи безъ излишней затраты труда удовлетворить его требованія. Чѣмъ короче и легче путь отъ предъявленія иска до судебнаго рѣшенія, тѣмъ процессъ совершеннѣе.

Удобство производства имѣетъ по сравненію съ правильностью рѣшеній второстепенное значеніе. Процессъ, въ которомъ дѣла разрѣшались бы скоро и легко, но неправильно, не представлялъ бы для гражданъ никакой цѣнности. Они всячески избѣгали бы обращенія къ суду и обращались бы къ другимъ способамъ разрѣшенія споровъ: третейскимъ судамъ, мировымъ сдѣлкамъ, самоуправству. Отсюда слѣдуетъ, что разъ удобство процесса имѣетъ побочное значеніе и не служитъ самостоятельной цѣлью, которая должна быть во что бы то ни стало достигнута при организаціи процесса, то оно не можетъ и быть основаніемъ для какого-либо самостоятельнаго принципа производства. Процессъ долженъ быть возведенъ на фундаментѣ, обезпечивающемъ прочность и безопасность зданія; ухудшать же фундаментъ, чтобы можно было скорѣе построить легкое, но хрупкое зданіе, было бы нецѣлесообразно.

Однако и удобство производства имѣетъ хотя и меньшее, но все же важное значеніе. Слишкомъ медленный, сложный и дорогой процессъ тоже отвратитъ отъ себя гражданъ и тоже побудитъ ихъ избѣгать обращенія къ судамъ [1]). Поэтому при сравнительной оцѣнкѣ значенія конструктивныхъ принциповъ процесса необходимо принимать въ соображеніе большее или меньшее практическое удобство тѣхъ формъ производства, которыя основываются на нихъ.

Требованіе удобства процесса представляетъ собою примѣне-

---

[1]) Такое явленіе набдюдается въ Англіи, гдѣ по причинѣ медленности и дороговизны процесса, а также отсутствія опредѣленныхъ законодательныхъ нормъ, въ широкихъ размѣрахъ примѣняется передача торговыхъ дѣлъ на разрѣшеніе третейскихъ судей. Gerland. Die englische Gerichtsverfassung und die deutsche Gerichtsreform, 1908, 54.

ніе къ области процесса общаго начала политической экономіи: съ наименьшими усиліями достигать наибольшихъ результатовъ. Поэтому его вполнѣ умѣстно назвать *постулатомъ процессуальной экономіи*.

Процессуальная экономія можетъ выражаться, во-1-хъ, въ сбереженіи времени, или быстротѣ, во-2-хъ, въ облегченіи труда, или простотѣ, и, въ-3-хъ, въ уменьшеніи расходовъ, или дешевизнѣ производства [1]). Изъ этихъ проявленій процессуальной экономіи второе не нуждается въ пояснепіи и отдѣльномъ разсмотрѣніи, такъ какъ простота производства является оборотной стороной принципа процессуальнаго формализма, въ связи съ которымъ должна быть разсмотрѣна. Что же касается быстроты и дешевизны производства, то необходимо выяснить въ общихъ чертахъ, какими способами онѣ могутъ быть обезпечены и обезпечиваются въ дѣйствующихъ законодательствахъ.

V. Обзоръ постулатовъ и возможныхъ принциповъ искового производства опредѣлилъ какъ содержаніе, такъ и порядокъ дальнѣйшаго изслѣдованія. Прежде всего необходимо выяснить и развить фундаментальные принципы процесса, именно принципы диспозитивности (§ 37), равноправности сторонъ (§ 38), процессуальнаго формализма (§ 39) и судейскаго руководства процессомъ (§ 40). Затѣмъ нужно подвергнуть сравнительной критической оцѣнкѣ конструктивные принципы: состязательности и слѣдственности (§ 41), непосредственности и посредственности, (§ 42), концентраціи и дѣленія производства на стадіи, (§ 43), формальной теоріи доказательствъ, безконтрольнаго усмотрѣнія суда и свободной оцѣнки доказательствъ (§ 44), состязательной и слѣдственной формъ (§ 45), устности и письменности (§ 46), публичности и непубличности засѣданій (§ 47), почина сторонъ и суда (§ 48). Въ заключеніе необходимо коснуться вопроса о процессульной экономіи и разсмотрѣть способы, которые могутъ быть примѣнены и примѣняются въ дѣйствительности совре-

---

[1]) Канштейнъ относитъ сюда также раздѣленіе труда между судьями, канцеляріей суда и судебными приставами (Das Civilprocessrecht, § 3, № 11). Но это, во-1-хъ, относится къ судоустройству, а не къ порядку производства, и, во-2-хъ, не можетъ быть примѣнено къ чисто судейскимъ функціямъ, которыя нельзя поручать никому иному, кромѣ самихъ судей.

менными процессуальными уставами съ цѣлью надлежащаго обезпеченія быстроты (§ 49) и дешевизны (§ 50) производства [1]).

---

[1]) Общее ученіе о верховныхъ принципахъ искового процесса не получило еще полной и исчерпывающей разработки въ научной литературѣ. Изъ иностранныхъ ученыхъ наиболѣе потрудился надъ выясненіемъ этихъ принциповъ австрійскій цивилистъ, проф. Канштейнъ, который посвятилъ разработкѣ ихъ указанную выше монографію, до сихъ поръ остающуюся единственной обстоятельной работой по этому предмету въ западной литературѣ, а потомъ излагалъ ихъ подробно въ своихъ курсахъ австрійскаго гражданскаго процесса. Въ своей монографіи Канштейнъ строитъ систему процессуальныхъ принциповъ такимъ образомъ. Верховный принципъ гражданскаго процесса—справедливость, состоящая въ томъ, что судебныя рѣшенія должны вполнѣ соотвѣтствовать гражданскимъ законамъ и истиннымъ фактическимъ обстоятельствамъ дѣла. Изъ этого принципа вытекаютъ три другихъ: равноправности сторонъ (выслушиванія ихъ обѣихъ) матеріальной правды и свободной оцѣнки доказательствъ. Это коренные, фундаментальные принципы процесса. Къ нимъ должны быть добавлены другіе принципы, касающіеся строенія (структуры) процесса и основанные на простой цѣлесообразности. Таковы: устность, непосредственность, гласность, возможность обжалованія рѣшеній и правильное судоустройство. Кромѣ того, въ гражданскомъ процессѣ имѣются еще спеціальные принципы, вытекающіе изъ свойства гражданскихъ правъ, которыя подлежатъ осуществленію въ процессѣ, именно изъ того, что эти права находятся въ полномъ распоряженіи своихъ обладателей. Такими принципами, свойственными спеціально гражданскому процессу, являются: 1) свободный починъ сторонъ, 2) диспозитивность и 3) состязательность. Но гражданскій процессъ преслѣдуетъ и публичный интересъ, а потому свобода самодѣятельности сторонъ ограничивается: раздѣленіемъ производства на стадіи, правомъ судейскаго руководства и обязательнымъ участіемъ повѣренныхъ. Наконецъ, отчасти въ публичномъ интересѣ, отчасти ради пользы сторонъ вводятся еще два ограниченія: принципъ эвентуальности (совмѣстнаго заявленія всѣхъ имѣющихся возраженій противъ иска) или замѣняющій его принципъ судейскаго суверенитета (право суда отвергать безъ разсмотрѣнія запоздалыя заявленія и доказательства) и система заочнаго производства (стр. 1—4). Въ новѣйшемъ своемъ курсѣ австрійскаго гражданскаго процесса (1905 г.) Канштейнъ излагаетъ основные принципы австрійскаго процесса въ такомъ порядкѣ: равноправность, матеріальная правда, диспозитивность, слагающаяся изъ права сторонъ распоряжаться требованіями и процессуальными средствами борьбы, состязательности и свободнаго почина, судейское руководство производствомъ, обязательное участіе повѣренныхъ, устность и письменность, непосредственность и посредственность, гласность и негласность, единство производства, концентрація, процессуальная экономія, обжалованіе рѣшеній, обезпеченіе возможности будущаго исполненія и соціально-политическое устройство процесса исполненія рѣшеній (§ 3). Авторъ другой монографіи о принципахъ процесса, Корнфельдъ, изслѣдуетъ примѣнительно къ проекту устава австрійскаго гражданскаго судопроизводства только принципы состязательности, письменности, быстроты и концентраціи производства. Авторы учебниковъ и курсовъ въ большинствѣ случаевъ не даютъ полнаго и связнаго изслѣдованія основныхъ принциповъ, а ограничиваются выдѣленіемъ и разсмотрѣніемъ нѣкоторыхъ изъ нихъ, причемъ обыкновенно излагаютъ ихъ поровнь въ разныхъ отдѣлахъ курсовъ: о состязательности, гласности, устности и письменности говорятъ въ ученіи о процессуальныхъ дѣйствіяхъ, о свободной оцѣнкѣ доказательствъ — въ ученіи о доказываніи и т. п. Очень немногіе посвящаютъ имъ спеціальныя главы, но разсматриваютъ далеко не всѣ принципы. Такъ, Мейеръ излагаетъ принципы состязательности, выслушиванія обѣихъ сторонъ,

§ 37.

Диспозитивность [1].

Отличительная черта гражданскихъ правъ состоитъ въ томъ, что они предоставлены въ полное распоряженіе своихъ обладо-

---

формальнаго и произвольнаго порядка производства, офиціальности, устности и письменности и непосредственности. Скель разсматриваетъ слѣдующіе принципы, на которыхъ, по его мнѣнію, построенъ современный австрійскій процессъ: матеріальнаго и формальнаго судейскаго руководства процессомъ, обязательной взаимопомощи сторонъ, единства производства, свободной оцѣнки доказательствъ, устности и письменности, заочнаго производства, обжалованія рѣшеній, обязательнаго участія адвокатуры и компетенціи судовъ (§§ 3—12). Глассонъ трактуетъ объ устности, публичности, состязательности, о процессуальномъ равенствѣ всѣхъ, въ томъ числѣ иностранцевъ, о формализмѣ, смѣшанномъ публично-частномъ характерѣ процесса, обратномъ дѣйствіи процессуальныхъ законовъ (§ 2). Маттироло касается принциповъ законности (*формализма*), состязательности, равноправности сторонъ, свободы преній (§ 157).

Въ русской литературѣ существуетъ только одна брошюра, посвященная принципамъ гражданскаго процесса и представляющая собою актовую рѣчь. Ея авторъ, проф. Нефедьевъ, даетъ характеристику и выясняетъ значеніе принциповъ письменности, устности, гласности и состязательности, указывая постановку ихъ во французскомъ, германскомъ, австрійскомъ и нашемъ уставахъ. Въ курсахъ и учебникахъ русскаго гражданскаго процесса излагаются далеко не всѣ принципы судопроизводства и, притомъ не въ совокупной связи, а вразбросъ, въ разныхъ отдѣлахъ. Такъ, проф. Малышевъ въ главѣ объ „основныхъ началахъ и формахъ производства“ говоритъ только объ устности и письменности, гласности и состязательности (стр. 335 и сл.). Проф. Гольмстенъ выдѣляетъ въ главу о „формѣ процессуальныхъ дѣйствій“ принципы устности, непосредственности и гласности (стр. 114 и сл.). Проф. Энгельманъ, говоря объ „условіяхъ судебныхъ дѣйствій сторонъ“, останавливается на состязательности, устности, письменности и гласности (стр. 164 и сл.). О тѣхъ же принципахъ трактуетъ проф. Яблочковъ (гл. I). Проф. Нефедьевъ въ своемъ учебникѣ добавляетъ къ нимъ еще принципъ „поочереднаго выслушиванія сторонъ“ (стр. 148 и сл.). Наиболѣе обстоятельно разработанъ вопросъ объ основныхъ началахъ процесса проф. Азаревичемъ, хотя его систематизація представляется странной, а нѣкоторые принципы все-таки упущены изъ виду. Такъ, слѣдственное и состязательное начала авторъ излагаетъ подъ рубрикой „формы производства“ (стр. 33) а устность, гласность, простоту, систему судебныхъ доказательствъ (?) и возмездность судебной помощи называетъ „признаками гражданскаго процесса“ (стр. 48). Кромѣ того, проф. Азаревичъ говоритъ еще объ „условіяхъ процесса“, выставляя, въ качествѣ таковыхъ, „судъ скорый, правый, милостивый“ (стр. 43).

[1]) Гольмстенъ. Состязательное начало (въ его „Юридическихъ Изслѣдованіяхъ“, 1894). Heidenfeld. Die Dispositionsbefugniss der Parteien im Civilprocess, 1868. Heinze. Dispositionsprincip und Officialprincip etc. (Arch. für preuss. Strafr. 24 B.). Canstein, Ration. Grundl., 185 ff. Bülow. Dispositives Civilprocessrecht etc. (Arch. civ. Pr., 64 B.).

телей. Граждане пользуются въ области своихъ частныхъ отношеній автономіей, ограничиваемой закономъ только въ видѣ изъятія, въ немногихъ случаяхъ. Каждый воленъ осуществлять свое частное право или не осуществлять, сохранять его за собою или отрекаться отъ него, требовать признанія его обязанными лицами или мириться съ неисполненіемъ ими соотвѣтствующихъ его праву обязанностей. Государство нисколько не заинтересовано въ томъ, чтобы домохозяева взимали наемную плату съ квартиропанимателей, а не позволяли имъ жить въ своихъ домахъ даромъ; чтобы литераторы получали гонораръ отъ издателей журналовъ, а не сотрудничали безвозмездно; чтобы наслѣдники принимали оставленное имъ наслѣдство, а не отрекались отъ него. Кто хочетъ осуществить свое право, долженъ самъ заботиться объ этомъ (vigilantibus jura scripta sunt).

Изъ этой частно-правовой автономіи вытекаютъ по отношенію къ процессу слѣдующія послѣдствія.

Во-первыхъ, если обладатель гражданскаго права воленъ совершенно отказаться отъ него, то тѣмъ болѣе онъ можетъ переносить нарушеніе своего права другимъ лицомъ. Иначе говоря, отъ самого обладателя права должно зависѣть разрѣшеніе вопроса, обратиться ли къ суду за защитой своего права или молча терпѣть его нарушеніе (volenti non fit injuria). Государство въ разрѣшеніи этого вопроса совершенно не заинтересовано; для него безразлично, порветъ ли кредиторъ выданное ему должникомъ заемное письмо или предъявитъ его ко взысканію.

Это положеніе выражается афоризмами: „никто не можетъ быть принужденъ къ предъявленію иска противъ своей воли“ (nemo invitus agere cogitur) и „нѣтъ судьи безъ истца“ (nemo judex sine actore). Оно лежитъ въ основаніи постановленій современныхъ процессуальныхъ уставовъ, но не выставляется ими въ формѣ общаго положенія.

У насъ, до реформы 1864 года, принципъ диспозитивности часто нарушался, благодаря тому, что не былъ формулированъ закономъ въ общемъ видѣ, хотя и лежалъ въ основаніи его постановленій. Дѣла о вознагражденіи за убытки отъ нарушенія правъ и о завладѣніи имуществомъ зачастую начинались поли-

ціей по ея непосредственному усмотрѣнію и пересылались въ суды [1]), а дѣла казны переходили изъ инстанціи въ инстанцію безъ жалобъ тяжущихся, сами собой [2]). Составители судебныхъ уставовъ, справедливо находя, что такой порядокъ „совершенно противенъ существу дѣлъ тяжебныхъ, которыя, касаясь исключительно интересовъ спорящихъ лицъ, должны не только начинаться, но и получать дальнѣйшее направленіе не иначе, какъ по волѣ сихъ лицъ“ (объясн. къ 13 ст. уст. гражд. суд.), провозгласили въ 4 ст. уст. гражд. суд.: „судебныя установленія могутъ приступать къ производству гражданскихъ дѣлъ не иначе, какъ вслѣдствіе просьбы о томъ лицъ, до коихъ тѣ дѣла касаются“. Примѣненіемъ этого общаго начала являются постановленія закона относительно возбужденія судебнаго производства исковыми прошеніями (ст. 51 и 256 уст. гр. суд., ст. 31 и 33 прав. произв. суд. д.).

2. На томъ же самомъ основаніи обладателю права предоставляется опредѣлять и размѣръ требуемой имъ отъ суда защиты. Государству опять-таки безразлично, взыщетъ ли кредиторъ съ должника всю сумму долга или только часть ея, ибо отъ кредитора зависитъ совсѣмъ не требовать уплаты долга. Это положеніе выражается афоризмомъ: „судъ не долженъ выходить за предѣлы требованій сторонъ“ (judex ne eat ultra petita partium, ultra petita non cognoscitur) [3]). Оно санкціонировано по отношенію къ окружному суду въ 706 ст.: („судъ не имѣетъ права ни постановлять рѣшенія о такихъ предметахъ, о коихъ не предъявлено требованія, ни присуждать болѣе того, что требовалось тяжущимися“); въ примѣненіи къ апелляціонному и кассаціонному производствамъ это начало установлено въ статьяхъ 773, 798 и 799 устава, по отношенію къ мировому суду—въ ст. 131, а по отношенію къ земскимъ начальникамъ и городскимъ судьямъ—въ ст. 88 прав. произв. суд. дѣлъ.

Воспрещеніе судамъ выходить за предѣлы требованій сторонъ

---

[1]) Гольмстенъ, 433—440.

[2]) Ст. 696, т. X, ч. 2 Св. Зак., 1857 г.

[3]) Javolenus: „ultra id, quod in judicium deductum est, excedere potestas judicis non potest.“. L. 17 D. com. divid. (10,3). Герм. уст., § 308; австр., § 405; венг., § 394. Проектъ новой ред., ст. 603.

не предрѣшаетъ вопроса о правѣ суда присудить вмѣстѣ со спорнымъ объектомъ также и приращенія его (плоды, проценты и т. д.), хотя бы и безъ просьбы стороны. По римскому праву, судъ не только имѣлъ право, но и былъ обязанъ присуждать побѣдившей сторонѣ издержки производства [1]). Нѣкоторые ученые, основываясь на другихъ мѣстахъ источниковъ [2]), распространяли это правило на всѣ процессуальные проценты, тогда какъ другіе считали его спеціальнымъ исключеніемъ. Германскій (§ 308) и венгерскій (§ 394) уставы постановляютъ, что судъ долженъ и безъ просьбы сторонъ распредѣлять судебныя издержки, но не можетъ присуждать процентовъ, плодовъ и прочихъ побочныхъ требованій. Австрійскій уставъ содержитъ такое же правило (ст. 405), добавляя, что для присужденія судебныхъ издержекъ сторона обязана своевременно представить счетъ ихъ (ст. 52—55).

Нашъ уставъ предписываетъ судамъ присуждать судебныя издержки только „по требованію стороны“ (ст. 138, 868). Поэтому нарушеніе судомъ этого правила составляетъ поводъ къ отмѣнѣ рѣшенія (1901 № 69). Но нельзя считать нарушеніемъ того случая, когда судъ, разрѣшая дѣло, укажетъ только, на комъ изъ тяжущихся лежитъ обязанность возмѣщенія судебныхъ издержекъ, но не опредѣлитъ самой суммы ихъ (76 № 243; 75 № 432).

3. Затѣмъ, если обладатель гражданскаго права можетъ свободно распоряжаться имъ до процесса и внѣ процесса, если онъ можетъ даже совершенно отказаться отъ него, то нѣтъ основанія лишать его такого же свободнаго распоряженія во время процесса. Хотя онъ обратился къ государственной власти въ лицѣ суда съ просьбой о защитѣ своего права, но никто больше него самого не заинтересованъ въ томъ, чтобы онъ получилъ желанную защиту, и государственная власть не имѣетъ никакого рѣшительно основанія настаивать на томъ, чтобы онъ велъ про-

---

1) C. 13, § 6, C. de judic. (3,1): „victum in expensarum causa victori esse condemnandum“. Это правило вошло во франц. (§ 130) и итал. (§ 370) уставы.

2) L. 49, § 1. D. de act. emti et. vend. (19,1): „pretii sorte, licet post moram, soluta, usurae peti non possunt, quum hae non sint in obligatione, sed officio judicis praestentur“. L. 54, pr. D. loc. cond. (19,2). L. 25, § 8, D. de aedil. edicto (19,1).

цессъ до конца. Поэтому истецъ не можетъ быть лишенъ права отказаться отъ иска (ст. 718, п. 2; 79 № 186; 75 № 249), помириться съ противникомъ (ст. 1357), признать его возраженія правильными (ст. 480) [1].

4. Наконецъ, если отъ обладателя права зависитъ добиваться ли его защиты путемъ процесса, т.-е., стремиться ли къ окончательной цѣли процесса, или нѣтъ, то въ его свободномъ распоряженіи должны находиться и тѣ процессуальныя средства, которыя ведутъ къ достиженію этой цѣли. Онъ воленъ начать дѣло, не начинать его или, начавъ, прекратить въ любой моментъ. Слѣдовательно, ему должно быть дано также право оспаривать возраженія противника или согласиться съ ними (ст. 314), приводить доказательства въ пользу своихъ требованій или нѣтъ, обжаловать судебное рѣшеніе въ высшую инстанцію или подчиниться ему (ст. 891, п. 1 и 2), обжаловать его цѣликомъ или въ части (ст. 773), подать жалобу на рѣшеніе суда и отказаться затѣмъ отъ нея (93 № 29; 77 № 287; 79 № 186) [2].

Всѣ перечисленныя послѣдствія частно-правовой автономіи сводятся къ праву распоряженія сторонъ, во-первыхъ, объектомъ процесса, т.-е., тѣми требованіями, которыя заявлены относительно даннаго права (res in judicium deducta), и, во-вторыхъ, процессуальными средствами защиты или нападенія (Rechtsmittel, Beweismittel).

Это право распоряженія сторонъ въ процессѣ носитъ названіе *принципа диспозитивности* (Dispositionsmaxime). Сообразно тому, разсматривается ли онъ въ примѣненіи къ объекту процесса или къ средствамъ процессуальной борьбы, различаютъ принципъ *матеріальной диспозитивности* и принципъ *формальной диспозитивности*, являющіеся двумя развѣтвленіями одного и того же принципа [3].

Принципъ диспозитивности принадлежитъ къ числу безусловъ-

---

[1] Аналогично: герм. уст. §§ 306, 307, 794, п. 1; австр. §§ 239, 266; венг., §§ 186, 390 и др.

[2] Герм. уст. §§ 346, 514, 566 и др.; австр., §§ 239 и сл., 472 и др.; венг. §§ 223, 410 и др.

[3] Вмѣсто термина „диспозитивность" часто употребляютъ терминъ „состязательность". Canstein, Rat. Grundl., 185, прим.

ныхъ и непреложныхъ началъ гражданскаго процесса—не потому, впрочемъ, чтобы онъ не могъ быть нарушенъ законодателемъ, а потому, что отступленія отъ него, если бы они и были сдѣланы въ законѣ, все равно не могутъ получить практическаго осуществленія безъ воли заинтересованныхъ лицъ. Хотя можно предписать судамъ начинать и продолжать производство гражданскихъ дѣлъ безъ просьбы сторонъ, но нельзя заставить тяжущагося воспользоваться плодами своей побѣды. „Принудьте истца продѣлать всѣ процессуальныя дѣйствія и онъ, если не желаетъ воспользоваться своимъ правомъ, не воспользуется имъ даже въ конечномъ актѣ судебнаго осуществленія, при исполненіи судебнаго рѣшенія; онъ можетъ продѣлать все, что прикажете, и все-таки, если желаетъ возвратить вещь, отобранную у отвѣтчика въ силу судебнаго рѣшенія и перешедшую къ нему, то воспрепятствовать ему нельзя“ [1]). А нельзя воспрепятствовать потому, что право собственности на вещь — его частное право, которымъ онъ воленъ распоряжаться по своему усмотрѣнію.

Но безусловность не означаетъ безпредѣльности. Право свободнаго распоряженія сторонъ въ процессѣ заключено въ опредѣленныя границы, въ чертѣ которыхъ его господство безусловно.

Во-1-хъ, будучи результатомъ частно-правовой автономіи, принципъ диспозитивности не можетъ выходить за ея предѣлы. Поэтому, если въ примѣненіи къ какому-либо праву эта автономія ограничена, если обладатель права стѣсненъ въ распоряженіи имъ внѣ процесса, то такому же стѣсненію онъ долженъ быть подвергнутъ и въ процессѣ, предметомъ котораго является это право [2]). Наприм., владѣлецъ заповѣднаго имѣнія лишенъ права продавать его (ст. 435 гр. зак.), а потому, ведя процессъ съ кѣмъ-либо объ этомъ имѣніи, не можетъ признать, что противная сторона купила у него это имѣніе, и не въ правѣ покончить дѣло миромъ съ такимъ условіемъ, чтобы отвѣтчикъ удержалъ за собой заповѣдное имѣніе, а ему выплатилъ какую-либо сумму денегъ. Такое признаніе и такая мировая сдѣлка будутъ недѣйствительны.

---

[1]) Гольмстенъ, Состяз. нач. 406.

[2]) Обзоръ ограниченій диспозитивности по германскому праву сдѣланъ въ статьѣ Биркмейера: Das Officialverfahren im Civilprozess (Zt. Zp. VII, 155 ff.).

По такой же причинѣ не допускается разрѣшеніе нѣкоторыхъ категорій дѣлъ посредствомъ принятія присяги одною изъ сторонъ (ст. 497) и третейскимъ судомъ (ст. 1968 и объясн. къ ней).

Во-2-хъ, каждая сторона можетъ осуществлять принадлежащее ей право распоряженія спорными объектами въ процессѣ, но не нарушая при этомъ правъ другой стороны. Такъ, истецъ, предъявивъ искъ, воленъ, по собственному желанію, взять его обратно, пока отвѣтчикъ не вступилъ въ дѣло, т.-е., пока *отвѣтчику* не вручена повѣстка о вызовѣ въ судъ или копія искового прошенія. Но разъ отвѣтчикъ вступилъ въ дѣло, онъ получаетъ право требовать его разрѣшенія (ст. 318, 320, 321, п. 2 ст. 718 уст. гражд. суд.) и право на возмѣщеніе судебныхъ издержекъ въ случаѣ отказа въ искѣ (ст. 868 и сл.). Поэтому дѣло уже можетъ быть прекращено по одностороннему заявленію истца только при томъ условіи, если истецъ желаетъ прекратить его навсегда, безъ права возобновленія, ибо такое прекращеніе, равносильное отказу въ искѣ по существу, служитъ только къ выгодѣ отвѣтчика и даетъ ему право на взысканіе съ истца судебныхъ издержекъ въ такомъ же размѣрѣ, какъ при отказѣ въ искѣ (1910 № 12). Но если истецъ проситъ только оставить свой искъ безъ разсмотрѣнія, съ сохраненіемъ права вторично предъявить его, то отвѣтчикъ имѣетъ право настаивать на разсмотрѣніи дѣла, такъ какъ прекращеніе производства дѣла на неопредѣленное время можетъ неблагопріятно отразиться на его правахъ (75 № 692; 73 № 742).

Тѣмъ же стремленіемъ закона оградить интересы противной стороны объясняется воспрещеніе истцу измѣнять исковыя требованія (ст. 332) и опровергать сдѣланное предъ судомъ признаніе въ пользу противника (ст. 480).

Въ-3-хъ, при осуществленіи своего права распоряженія стороны, само собою разумѣется, обязаны соблюдать установленныя закономъ процессуальныя формы. Такъ, мировая сдѣлка должна быть облечена въ форму нотаріальнаго акта или засвидѣтельствована мировымъ судьей, или изложена въ прошеніи, поданномъ суду, или въ протоколѣ судебнаго засѣданія (ст. 1859); отзывы на заочныя рѣшенія, апелляціонныя и кассаціонныя жалобы должны быть приносимы въ законные сроки; отводы и встрѣчные иски заявляемы не позже указанныхъ въ законѣ моментовъ, и т. д.

§ 38.

Равноправность сторонъ [1]).

Гражданскій процессъ отличается отъ другихъ формъ конкретизаціи правовыхъ нормъ наличностью двухъ сторонъ съ противоположными интересами. Въ то время какъ въ другихъ областяхъ государственнаго управленія органы государственной власти имѣютъ дѣло только съ однимъ заинтересованнымъ лицомъ, какъ, напр., казенная палата, или податной инспекторъ — съ плательщикомъ налога, воинское присутствіе — съ призваннымъ къ отбыванію воинской повинности и т. п., въ гражданскомъ процессѣ предъ судомъ выступаютъ истецъ, добивающійся признанія и удовлетворенія своего требованія къ отвѣтчику, и отвѣтчикъ, который старается опровергнуть домогательство истца. Такъ какъ государство совершенно не заинтересовано въ томъ, кто изъ нихъ побѣдитъ, и такъ какъ оно должно только позаботиться, чтобы побѣдилъ тотъ, кто правъ, то оно должно предоставить обѣимъ сторонамъ одинаковыя права въ процессѣ. Этотъ *принципъ равноправности* сторонъ сводится къ двумъ положеніямъ.

1) Судъ не можетъ постановить рѣшенія, не выслушавъ объясненій отвѣтчика (audiatur et altera pars), или, точнѣе говоря, не предоставивъ ему возможности дать объясненіе, ибо, если отвѣтчикъ не желаетъ высказаться, его нельзя принудить къ этому. Такъ, по ст. 4 устава гражд. суд., „судебныя установленія могутъ разрѣшать гражданскія дѣла не иначе, какъ по выслушаніи объясненія противной стороны, или по истеченіи назначеннаго для представленія онаго срока“.

2) Каждой сторонѣ должны быть предоставлены одинаковыя процессуальныя средства борьбы и дана одинаковая возможность ими пользоваться: истцу не можетъ быть дозволено то, что не разрѣшается отвѣтчику, и наоборотъ (non debet actori

---

[1]) Гольмстенъ. Учебникъ, 92—93; Нефедьевъ, § 71; Canstein, Rat. Grundl., 5—27; Wetzell, §§ 43—2, 60; Renaud, § 77; Bayer, § 12; Menger, § 22; Birkmeyer, § 65; Pollak, § 82.

licere, quod reo non permittitur). „Оружіе, которымъ они сражаются, должно быть равной мѣры, свѣтъ и тѣнь одинаково распредѣлены“ [1]). Отвѣтчикъ имѣетъ право подать столько состязательныхъ бумагъ, какъ истецъ (ст. 312); въ засѣданіи „предсѣдатель суда, когда онъ найдетъ, что дѣло достаточно разъяснено, прекращаетъ словесное состязаніе, но не прежде, какъ *по выслушаніи обѣихъ сторонъ въ равномъ числѣ изустныхъ объясненій*“ (ст. 338), и т. д.

Изъ сказаннаго видно, что принципъ процессуальнаго равноправія сторонъ слагается изъ принципа *выслушанія обѣихъ сторонъ* (Princip des beiderseitigen Gehörs) и принципа *равенства процессуальныхъ средствъ борьбы*. Но обыкновенно второй принципъ упускаютъ изъ виду и вмѣсто равноправія, или юридическаго равенства [2]), сторонъ говорятъ просто о принципѣ выслушанія обѣихъ сторонъ [3]).

Принципъ процессуальнаго равенства сторонъ столь же абсолютенъ, какъ и принципъ диспозитивности, и не только потому, что вытекаетъ изъ естественной справедливости, но и на томъ основаніи, что государство впало бы въ грубое противорѣчіе съ самимъ собой, если бы, предоставивъ частнымъ лицамъ устраивать свои взаимныя отношенія по собственной волѣ и не оказывая при этомъ особаго покровительства никому изъ нихъ, оно измѣняло бы этотъ образъ дѣйствій въ томъ случаѣ, когда между гражданами возникаетъ споръ по поводу своихъ взаимоотношеній, и дѣлалось бы союзникомъ одной изъ спорящихъ сторонъ. Поэтому принципъ равноправности послѣдовательно проводится процессуальными законодательствами, и если они разрѣшаютъ суду иногда постановлять рѣшенія или принимать мѣры обезпеченныя по односторонней просьбѣ истца, безъ выслушанія и даже

---

[1]) Jhering. Zweck im Recht, I, 1884, 396.

[2]) Jhering, ibid.

[3]) Каштейнъ (стр. 6 и сл.) различаетъ въ принципѣ выслушанія обоихъ тяжущихся формальную сторону, которая состоитъ въ предоставленіи каждому изъ нихъ одинаковой возможности защищаться, и матеріальную сторону, заключающуюся въ одинаковомъ правѣ сторонъ, а также и суда на выясненіе истины въ процессѣ. Но выясненіе истины составляетъ служебную обязанность суда, выполненія которой могутъ требовать тяжущіеся, и которая не находится въ зависимости отъ равноправія сторонъ.

безъ вызова отвѣтчика (при обезпеченіи иска — ст. 598, въ понудительномъ производствѣ), то и эти случаи, объясняемые особыми условіями, являются только кажущимися нарушеніями принципа равноправности сторонъ, такъ какъ отвѣтчикъ не лишенъ права оспаривать постановленія суда [1]).

§ 39.

Формализмъ [2]).

Процессъ—единоборство тяжущихся, но единоборство урегулированное, обставленное необходимыми гарантіями, съ цѣлью обезпеченія равенства условій борьбы, допускающее пользованіе только дозволенными средствами, происходящее въ опредѣленномъ порядкѣ, съ опредѣленной послѣдовательностью дѣйствій. Стороны могутъ сражаться только тѣмъ оружіемъ, которое означено въ законномъ инвентарѣ. Подобно тому, какъ въ настоящее время воспрещено употребленіе на войнѣ разрывныхъ пуль и отравленныхъ сабель, такъ не разрѣшается ведущимъ процессъ сторонамъ прибѣгать къ самоуправству, ссылаться на свидѣтельство ближайшихъ родныхъ, условливаться о разрѣшеніи спора жребіемъ или кулачнымъ боемъ, подвергать свидѣтелей пыткѣ, и т. д. Для процессуальныхъ дѣйствій закономъ устанавливаются обязательныя формы, сроки и способы выполненія.

Процессуальный формализмъ, при всей своей необходимости, представляетъ большую опасность для раскрытія въ процессѣ матеріальной правды. Если несоблюденіе тяжущимся установленной закономъ формы или срока для совершенія какого-либо дѣйствія (напр., для апелляціонной жалобы, ходатайства о вызовѣ свидѣтелей, объ истребованіи документовъ), влечетъ за собой ничтожность этого дѣйствія, то процессъ можетъ быть разрѣшенъ неправильно, и тяжущійся потерпитъ невознаградимый ущербъ. Въ виду этого законодатель, съ одной стороны, дол-

---

[1]) Wetzell, § 43.

[2]) Азаревичъ, I, 48—50; Wetzell, § 67; Birkmeyer, § 66; Bülow. Civilproc. Fictionen (Arch. civ. Pr., 62 B., 75 ff., 85 ff.).

жетъ устанавливать только такія формальности, безъ которыхъ рѣшительно невозможно обезпечить нормальное движеніе процесса, и, съ другой стороны, предоставить судамъ право допускать исправленіе тяжущимися непринятельныхъ упущеній.

Раціональное разрѣшеніе этой двойной задачи представляется нелегкимъ. Законодатель рискуетъ либо опутать тяжущихся напрасными стѣсненіями, либо открыть имъ легкій путь къ обходу формальностей. Но какъ чрезмѣрная строгость, такъ и излишняя снисходительность одинаково вредны. Съ одной стороны, „послѣдствіе каждаго упущенія ведетъ къ нарушенію матеріальнаго права ради формальнаго. Права тяжущихся поражаются иногда болѣе, иногда менѣе преклюзивными сроками и фикціями“ [1]). Съ другой стороны, „процессуальный законъ никогда не долженъ приспособляться къ небрежности и глупости: онѣ здѣсь, въ судѣ, какъ и повсюду въ жизни, должны влечь за собой, безъ нарушенія матеріальной справедливости, вредныя послѣдствія, въ томъ числѣ, при извѣстныхъ условіяхъ, потерю дѣйствительнаго права“ [2]).

Дѣйствующіе уставы, въ томъ числѣ и нашъ, стремятся къ гармоничному осуществленію обѣихъ этихъ тенденцій. Обставляя, напр., различными формальностями предъявленіе иска, они въ то же время даютъ истцу возможность исправлять сдѣланныя въ этомъ отношеніи упущенія, безъ вторичнаго предъявленія иска (ст. 270); устанавливая и предоставляя суду устанавливать сроки для совершенія тяжущимися процессуальныхъ дѣйствій, допускаютъ отсрочки и возстановленіе пропущенныхъ по уважительнымъ причинамъ сроковъ (ст. 832 и сл.).

Такимъ образомъ, при толкованіи постановленій закона относительно формальностей нужно исходить изъ того положенія, что онѣ вводятся „для того, чтобы упорядочить производство, а не съ цѣлью ставить сторонамъ ловушки и затруднять суду распознаваніе и защиту права“ [3]).

---

[1]) Birkmeyer, 290.

[2]) Wach (цит. у Биркмейера, 289).

[3]) Hellwig. Justizreform, 1908, 10.

§ 40.

Судейское руководство [1]).

Процессуальныя дѣйствія совершаются судомъ или сторонами предъ судомъ. Вслѣдствіе участія суда, являющагося органомъ государственной власти, гражданскій процессъ приближается по своему значенію къ другимъ формамъ конкретизаціи юридическихъ нормъ органами государственной власти — къ уголовному процессу, къ дѣятельности административныхъ учрежденій — и запечатлѣнъ публично-правовымъ характеромъ [2]). Хотя въ гражданскомъ процессѣ сторонамъ предоставлено право свободнаго распоряженія объектомъ спора и средствами борьбы (по принципу диспозитивности), хотя самодѣятельности ихъ открытъ широкій просторъ, но все-таки господствующее положеніе въ процессѣ принадлежитъ суду какъ потому, что онъ—представитель государственной власти, которой подчинены стороны, такъ и потому, что дѣйствія сторонъ сводятся, въ сущности, къ тому, чтобы возбудить дѣятельность суда и дать ему матеріалъ для постановленія правильнаго рѣшенія.

Въ виду такого характера процесса суду должна быть предоставлена руководящая роль при опредѣленіи порядка и хода производства. Это достигается принципомъ *судейскаго руководства* процессомъ.

Этотъ принципъ относится исключительно къ внѣшней, формальной сторонѣ процесса и не касается внутренней, матеріальной, опредѣляемой иными принципами (диспозитивности, состязательности и др.). Поэтому онъ обыкновенно именуется принципомъ *формальнаго руководства*, въ отличіе отъ принципа *ма-*

---

[1]) Малинин. Убѣжденіе судьи въ гражданскомъ процессѣ, 1873; Gönner, Handbuch, I, 234 ff.; Feuerbach. Betrachtungen über die Oeffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege, I, 1821, 103 ff.; Puchta. Das Processleitungsamt des deutschen Civilrichters, 1836; Canstein. Rat. Grundl., 230 ff.; Ude. Zur Lehre von der Sach-und Prozessleitung (Zt. Zp. 5 B.); Birkmeyer, 255 ff.; Skedl, § 4. Schneider. Treu und Glauben im Civilprozesse und der Steit über die Prozessleitung, 1903.

[2]) Это обстоятельство является въ настоящее время общепризнаннымъ.

теріальнаго руководства процессомъ, какъ нѣкоторые называютъ *инструкціонный принципъ* (см. § 41) [1]. Не распространяется руководство суда и на переходъ процесса изъ стадіи въ стадію, изъ инстанціи въ инстанцію: здѣсь дѣйствуетъ принципъ свободнаго почина сторонъ (см. § 48).

Судъ не можетъ указывать сторонамъ, какія требованія онѣ обязаны предъявить, какія средства защиты употребить, какія ходатайства возбудить, словомъ, не можетъ вынудить ихъ къ совершенію процессуальныхъ дѣйствій. Но если онѣ по собственной волѣ совершаютъ ихъ, то судъ наблюдаетъ, чтобы эти дѣйствія *были* совершены правильно, въ опредѣленномъ порядкѣ, безъ ущерба для нормальнаго и быстраго хода производства. Такимъ образомъ, принципъ судейскаго руководства процессомъ возлагаетъ на судъ заботу объ обезпеченіи правомѣрности, послѣдовательности, удобства и быстроты производства.

Выполняя эту задачу, судъ проявляетъ свою дѣятельность въ слѣдующихъ направленіяхъ.

Во-1-хъ, судъ или, въ качествѣ представителя коллегіи, предсѣдатель суда наблюдаетъ за исполненіемъ сторонами формальностей, которымъ должны, по закону, удовлетворять подаваемыя сторонами въ судъ письменныя прошенія, жалобы и другія бумаги (ст. 266, 269, 356, 800, 801 и др.).

Во-2-хъ, судъ провѣряетъ внѣшнюю правомѣрность процессуальныхъ дѣйствій сторонъ: ихъ своевременность, формальную правильность и т. д. (ст. 653, 654, 662, 349 и др.).

Въ-3-хъ, судъ заботится о соблюденіи сторонами условій, которыя установлены закономъ въ публичномъ интересѣ для обезпеченія правомѣрности процесса (ст. 584).

Въ 4-хъ, судъ (обыкновенно въ лицѣ предсѣдателя) управляетъ ходомъ судебныхъ засѣданій: руководитъ словеснымъ состязаніемъ сторонъ (ст. 336, 338, 361), опредѣляетъ очередь допроса свидѣтелей и руководитъ допросомъ (ст. 393, 399—401, 404).

---

[1]) Многіе, объединяя инструкціонный принципъ съ принципомъ формальнаго руководства, говорятъ вообще о судейскомъ руководствѣ процессомъ. Canstein, 231; Wach, Vorträge, 69—70; Birkmeyer, § 56; Schneider, 22, и др. Но это неправильно, такъ какъ формальное руководство можетъ существовать безъ матеріальнаго.

Въ-5-хъ, судъ принимаетъ мѣры къ безостановочному движенію процесса, устраняя мѣшающія этому препятствія. Такъ, судъ назначаетъ тяжущемуся повѣреннаго, если его повѣренный отказался отъ веденія дѣла, а онъ не успѣлъ пригласить другого (ст. 254), приглашаетъ переводчика для перевода показанія свидѣтеля, не говорящаго по-русски (ст. 395), или для провѣрки сдѣланнаго стороной перевода иностраннаго документа (ст. 539), и т. п.

Въ-6-хъ, судъ прилагаетъ старанія къ тому, чтобы движеніе процесса совершалось по возможности быстро. Съ этою цѣлью онъ назначаетъ тяжущимся сроки для совершенія процессуальныхъ дѣйствій, если такіе сроки не установлены напередъ закономъ (ст. 816).

Наконецъ, въ-7-хъ, судъ устраняетъ, въ интересахъ достиженія матеріальной правды, допущенныя тяжущимися нарушенія процессуальныхъ формальностей, если эти нарушенія являются извинительными. Такъ, онъ даетъ отсрочки для исполненія упущенныхъ дѣйствій (ст. 832), возстановляетъ пропущенные сроки (ст. 835), назначаетъ сроки для доставленія свѣдѣній и приложеній, требуемыхъ закономъ при подачѣ исковыхъ прошеній (ст. 270) и т. д. Въ этихъ случаяхъ судейское руководство смягчаетъ тяжелыя для сторонъ послѣдствія процессуальнаго формализма [1]).

Къ этимъ правомочіямъ суда по руководству ходомъ процесса иностранные уставы добавляютъ еще право соединять и раздѣлять производство по нѣсколькимъ исковымъ требованіямъ и побуждать тяжущихся къ своевременному совершенію процессуальныхъ дѣйствій возложеніемъ на нихъ судебныхъ издержекъ и штрафовъ [2]). Нѣкоторыя изъ этихъ мѣръ перенимаетъ проектъ новой редакціи нашего устава (ст. 193—194, 182).

---

1) Гольмстенъ. Правда и милость въ гражданскомъ процессѣ (Юрид. изслѣдованія, стр. 246).

2) Герм., §§ 145—157, 95; австр., §§ 44—45, 142, 187; венг., §§ 232, 233, 220. Постановленія германскаго устава сведены въ статьѣ U d e.

§ 41.

Состязательность [1]).

I. Задача собиранія процессуальнаго матеріала и рѣшеніе доказательствъ можетъ быть возложена закономъ: 1) исключительно на самихъ тяжущихся, 2) на судъ и 3) на тяжущихся и на судъ вмѣстѣ.

1) Въ первомъ случаѣ все предоставляется самодѣятельности тяжущихся, при пассивномъ положеніи суда. Подготовка фактическаго матеріала производится сторонами, а судъ даетъ ему

---

[1]) Малышевъ. Убѣжденіе судьи въ гражданскомъ процессѣ, 1873; Гольмстенъ. Состязательное начало (въ его „Юрид. Изслѣдов.“, 1894); Окольскій. Состязательный процессъ въ уставѣ гражданскаго судопроизводства (Журн. гр. и уг. пр. 1880 № 2, 3, 4); Азаревичъ. Правда въ гражданскомъ процессѣ (тамъ же, 1888 № 1); Анненковъ. Усмотрѣніе суда въ гражданскомъ процессѣ (тамъ же, 1889 № 4); Гредескулъ. Къ оцѣнкѣ теоріи состязательнаго начала въ гражд. процессѣ (Журн. Юридич. Общ. 1898 №№ 3, 4); Краевскій. Практическія замѣтки. о свойствахъ состязательнаго начала въ гражданскомъ судопроизводствѣ, 1897; Рейнке. О самодѣятельности суда въ состязательномъ процессѣ (Журн. Мин. Юст. 1895 № 11); Вербичевъ. Право тяжущихся и обязанность суда при избраніи порядка собиранія и повѣркй доказательствъ (тамъ же, 1901 № 6); Туткевичъ. О достиженіи матеріальной правды въ гражд. процессѣ (тамъ же, 1897, кн. 2); Гордонъ. Правда и скорость въ гражданскомъ процессѣ (Вѣстн. Пр. 1902 № 1); Малышевъ, I, § 74; Энгельманъ, § 31; Азаревичъ, I, 33 и сл.; Нефодьевъ, § 70; Нефодьевъ. Основныя начала гражд. суд. 1895, 28 и сл.

Gönner. Handbuch des deut. gem. Proz., 1801, I; Puchta. Ueber die Grenzen des Richteramts, 1819; Gärtner. Kritik des Untersuchungsprincipes des Preussischen Civilprocesses, 1832; Lotz. Ueber Die Vorzüge der Verhandlungsmaxime vor der Untersuchungsmaxime (Civil. Abhandlungen, 1832); Puchta. Das Processleitungsamt des deutschen Civilrichters, 1836; Sintenis. Vom Ergänzungsamte des Richters (Erläuterungen über verschieden Lehren des Civilprocesses, I, 1840); Zink. Ueber die Ermittellung des Sachverhaltes im französischen Civilprocesse, 1860; Heinze. Dispositionsprincip und Officialprincip, Verhandlungsform und Untersuchungsform (Archiv für preuss. Strafr. 24 B.); Birkmeyer. Das Officialverfahren im Civilprocess (Zt. Zp. 7 B.); Schneider. Ueber richterliche Ermittelung und Feststellung des Sachverhaltes im Civilprocesse, 1888; Pollak. Zur Lehre von der Stoffsammlung, 1901; Lutostański. Z badań nad pierwiastkiem prywatnym i publicznym w procesie cywilnym, 1907. Fränkel. Ein Vorschlag für Neugestaltung des Civilprocesses in Oesterreich (Grünh. Zt. XIX B.). Canstein. Rat. Grundl., 195 ff. Klein, Pro futuro, 10 ff. Kornfeld, Grunds., 9 ff. Wach, Vorträge, 52 ff. Schmidt. § 70. Hartzfeld. Der Streit der Parteien, 1911.

оцѣнку, принимая во вниманіе только то, что доставлено сторонами, и въ такомъ видѣ, какъ доставлено. Сами стороны несутъ отвѣтственность за полноту матеріала и за достовѣрность представленныхъ доказательствъ, такъ что если дѣло будетъ рѣшено судомъ неправильно вслѣдствіе недостаточности или негодности фактическаго матеріала, то проигравшая сторона должна будетъ пенять на самое себя.

Такой способъ собиранія и подготовки процессуальнаго матеріала носитъ названіе *состязательнаго начала*, или *принципа состязательности* (Verhanglundsmaxime, principium instructionis processus ad instantiam partium) въ собственномъ, тѣсномъ смыслѣ слова, именно въ смыслѣ отвѣтственности сторонъ за фактическій матеріалъ процесса [1]), или, говоря точнѣе, въ смыслѣ права сторонъ свободно распоряжаться фактическимъ матеріаломъ въ процессѣ [2]).

2. Законодатель можетъ поступить какъ разъ противоположнымъ образомъ: возложить обязанность собиранія и подготовки процессуальнаго матеріала всецѣло на судъ, совершенно независимо отъ воли и дѣятельности тяжущихся. Судъ становится тогда самостоятельнымъ изслѣдователемъ фактическихъ обстоятельствъ дѣла, а стороны, наравнѣ со свидѣтелями, пріобрѣтаютъ значеніе только средствъ, источниковъ, откуда судъ черпаетъ необходимыя ему свѣдѣнія. Въ этомъ состоитъ *слѣдственное*, или *инквизиціонное начало* (Untersuchungs—, Inquisitions-maxime). Оно обязываетъ судъ заботиться о всестороннемъ выясненіи всѣхъ фактическихъ данныхъ, говорящихъ какъ въ пользу истца, такъ и въ пользу отвѣтчика, и о разысканіи доказательствъ для установленія достовѣрности этихъ данныхъ. За надлежащее выполненіе этой задачи отвѣтственность лежитъ на судѣ, такъ что въ случаѣ, если судъ упуститъ изъ виду какое-либо обстоятельство, даже не указанное тяжущимися, рѣшеніе его подлежитъ отмѣнѣ.

3. Наконецъ, возможно построить процессъ на болѣе или менѣе равномѣрномъ сочетаніи состязательнаго и слѣдственнаго принциповъ.

---

[1]) Schneider, 22.

[2]) Canstein, Rat. Grundl., 198.

II. Въ пользу принципа состязательности говорятъ слѣдующія соображенія.

1. Прежде всего, фактическая сторона дѣла можетъ быть лучше установлена тѣмъ, кому она ближе знакома, кто знаетъ, какими доказательствами ее можно подтвердить, и гдѣ эти доказательства слѣдуетъ искать. Въ этомъ отношеніи тяжущіеся находятся въ неизмѣримо болѣе благопріятномъ положеніи, чѣмъ судьи, потому что никто не знаетъ лучше ихъ обстоятельствъ ихъ собственныхъ дѣлъ. Рѣдко кому бываютъ извѣстны всѣ подробности чужихъ юридическихъ отношеній: переговоры, которые вели между собою тяжущіеся, письма, которыми они обмѣнивались, сдѣлки, которыя они заключали и измѣняли, и т. д. Во всякомъ случаѣ судьи, которымъ приходится въ теченіе года разбирать сотни и тысячи дѣлъ между массой различныхъ лицъ, могутъ лишь въ видѣ изъятія, въ силу исключительныхъ условій, знать болѣе или менѣе точно обстоятельства какого-либо одного-двухъ дѣлъ.

2. Точно такъ же тяжущіеся больше кого бы то ни было и во всякомъ случаѣ больше суда заинтересованы въ выясненіи обстоятельствъ дѣла. Каждая сторона стремится къ выигрышу процесса и съ этой цѣлью старается отыскать и представить суду всѣ факты, говорящіе въ ея пользу и подрывающіе требованія противника. Если при этомъ она приведетъ ложный фактъ или исказитъ истинный, другая сторона не замедлитъ раскрыть его и возстановить истину: къ этому ее побуждаетъ собственная выгода, могущественнѣйшая пружина человѣческихъ поступковъ. Судъ же находится въ иномъ положеніи: онъ не заинтересованъ въ раскрытіи матеріальной правды ни лично, ни даже въ качествѣ представителя государственной власти, для которой, собственно, безразлично, кто изъ тяжущихся побѣдитъ въ процессѣ; для нея важно лишь, чтобы побѣда была одержана безъ нарушенія установленныхъ правилъ процессуальнаго поединка [1]).

3. Сущности гражданскаго процесса болѣе соотвѣтствуетъ принципъ состязательности. Задача суда—не самостоятельная

[1]) Schmidt, 417, 421; Gärtner, 69—71; Лаврентьевъ. Правда, 7—8.

конкретизація нормъ, а провѣрка выводовъ, дѣлаемыхъ тяжущимися изъ нормъ и фактическихъ обстоятельствъ [1]). Въ уголовномъ процессѣ изслѣдуется истинность самыхъ фактовъ преступныхъ дѣяній, съ которыми связаны юридическія послѣдствія, въ гражданскомъ же процессѣ—истинность заявленій сторонъ о фактахъ [2]).

Поэтому суду нѣтъ основанія разыскивать дѣйствительныя обстоятельства процесса: онъ обязанъ принять въ соображеніе лишь тѣ обстоятельства, изъ которыхъ дѣлаютъ выводы сами тяжущіеся.

4. Характеръ тѣхъ правъ, о которыхъ идетъ рѣчь въ гражданскомъ процессѣ, не допускаетъ примѣненія слѣдственнаго принципа. Частныя права опредѣляютъ отношенія между гражданами въ ихъ частной жизни. А вмѣшательство въ нее органовъ государственной власти, къ которымъ относится и судъ, нежелательно. Частная и въ особенности семейная жизнь должна быть неприкосновенна, *ибо если дать суду право самостоятельно производить въ ней розыски*, то граждане во многихъ случаяхъ предпочтутъ не обращаться къ суду, а разрѣшать юридическіе споры другими способами: третейскимъ судомъ, мировыми соглашеніями, а иной разъ даже прибѣгать къ самоуправству [3]).

5. Принципъ состязательности является дальнѣйшимъ развитіемъ принципа формальной диспозитивности. Обладая полной свободой распоряженія процессуальными средствами защиты, въ томъ числѣ и доказательствами, которыми подтверждаются и устанавливаются тѣ или иныя части процессуальнаго матеріала, тяжущіеся могутъ, по своему усмотрѣнію, увеличивать или уменьшать количество самаго матеріала. Естественно поэтому возложить на нихъ и отвѣтственность за полноту процессуальнаго матеріала.

Обыкновенно принципъ состязательности прямо выводится изъ принципа диспозитивности. Многіе полагаютъ, что онъ пред-

---

[1]) Canstein. Zweck des Civilpr., 15; Gürtner, 118.

[2]) Kornfeld, 19. Ср. объясн. къ 411 ст. уст.

[3]) Canstein. Zweck, 11—13, 18; Das Civilpr., 79; Klein. Pro futuro, 30; Kornfeld, 30—31.

ставляетъ логическое слѣдствіе послѣдняго, и называютъ даже состязательность оборотной стороной диспозитивности [1]).

Но это невѣрно. Изъ принципа диспозитивности вытекаетъ по отношенію къ собиранію фактическаго матеріала процесса только то, что судъ не въ правѣ разыскивать доказательства и требовать ихъ предъявленія вопреки явно выраженной волѣ сторонъ. Если, наприм., отвѣтчикъ признаетъ требованіе истца правильнымъ, или если истецъ отказался отъ допроса свидѣтеля, котораго раньше просилъ вызвать, то судъ не можетъ настаивать на представленіи доказательствъ въ пользу признаннаго отвѣтчикомъ требованія или на допросѣ свидѣтеля, такъ какъ то и другое было бы нарушеніемъ права свободнаго распоряженія сторонъ объектомъ процесса и процессуальными средствами защиты. Но тутъ это право и оканчивается. Дальше оно не идетъ и не мѣшаетъ суду устанавливать фактическую сторону дѣла [2]).

6. Слѣдственный принципъ заставляетъ судъ покидать роль спокойнаго созерцателя единоборства сторонъ и самому вмѣшиваться въ процессуальную борьбу. А такое вмѣшательство опасно и вредно. Судъ рискуетъ утратить соотвѣтствующія его званію хладнокровіе, безпристрастіе, объективность и стать въ положеніе помощника одной изъ сторонъ, правота которой представилась ему болѣе вѣроятной при предварительномъ изслѣдованіи обстоятельствъ дѣла [3]). Но если это даже не произойдетъ въ дѣйствительности, во всякомъ случаѣ одна возможность такого результата наброситъ на судъ тѣнь подозрѣнія въ пристрастіи и лишитъ его довѣрія гражданъ. Судья не только долженъ быть безпристрастнымъ, но и долженъ казаться таковымъ [4]). „Процессъ можетъ быть благодѣтельнымъ учрежденіемъ только тогда, когда стороны питаютъ такое же довѣріе къ гражданскому судьѣ, какъ къ третейскому, но не тогда, когда онѣ боятся его, какъ полицейскаго чиновника“ [5]).

---

[1]) Osterloh, § 28; Wetzell, § 43; Bolgiano, 43; Canstein. Rat. Grundl., 185; Birkmeyer, 271; Lotz, 5 ff; Gürtner, 19; Малышевъ, 357; Гольмстенъ, 404 и сл.; Нефедьевъ. Учебн., 159.

[2]) Schmidt, 421; Гродескулъ, 54—55.

[3]) Kornfeld, 33—34; Gürtner, 122.

[4]) Gürtner, 111.

[5]) Canstein. Civilproc., 79, Anm. 2.

Даже уголовный процессъ, гдѣ суду предоставлены болѣе обширныя права въ цѣляхъ раскрытія матеріальной правды, признано болѣе цѣлесообразнымъ построить на состязательномъ началѣ, устранивъ судъ отъ непосредственнаго участія въ розыскѣ процессуальнаго матеріала и поручивъ это особымъ органамъ (судебнымъ слѣдователямъ и прокуратурѣ) именно для того, чтобы обезпечить безпристрастіе суда и вселить къ нему довѣріе въ обществѣ.

7. Принятіе состязательнаго принципа имѣетъ еще ту выгоду, что ведетъ къ раздѣленію труда, всегда приносящему лучшіе плоды, чѣмъ исполненіе всей сложной работы однимъ лицомъ. Подготовка фактическаго матеріала производится двумя тяжущимися, изъ коихъ каждый подбираетъ все то, что служитъ въ его пользу, при чемъ обѣ стороны могутъ пользоваться помощью спеціалистовъ-юристовъ (адвокатовъ) [1]).

8. Принципъ состязательности открываетъ просторъ для самодѣятельности тяжущихся и побуждаетъ ихъ къ проявленію личной инціативы и энергіи. Напротивъ, слѣдственный принципъ отдаетъ ихъ въ опеку суда; ихъ усердіе ослабѣваетъ; они начинаютъ полагаться на помощь свыше, и если ошибаются въ расчетѣ, то нарекаютъ на судъ и заподозрѣваютъ его въ пристрастіи [2]). Съ точки зрѣнія воспитательнаго вліянія на гражданъ состязательный принципъ, поэтому, заслуживаетъ предпочтенія, хотя бы даже въ отдѣльныхъ случаяхъ они терпѣли отъ него ущербъ. Здравая идея состязательнаго процесса состоитъ, какъ выразился Планкъ въ томъ, что „лучше явная опасность свободы, чѣмъ сомнительная обезпеченность опеки“ [3]).

9. Наконецъ, послѣдовательное проведеніе слѣдственнаго принципа фактически невозможно, такъ какъ работа суда увеличилась бы въ десятки и сотни разъ, ставъ для него непосильнымъ бременемъ [4]). Если при господствѣ состязательнаго процесса, когда судъ получаетъ готовый фактическій матеріалъ изъ рукъ сторонъ и ихъ адвокатовъ, судьи завалены работой, то

---

[1]) Schmidt, 417, 420. Canstein, Zweck, 8.
[2]) Kornfeld, 33.
[3]) Kornfeld, 33.
[4]) Schneider, 21.

при слѣдственности нужно было бы удесятерить ихъ число, что явилось бы непосильнымъ для государственныхъ финансовъ.

III. Противъ принципа состязательности выставляются слѣдующія возраженія.

1. Въ защитѣ гражданскихъ правъ заинтересованы не только ихъ обладатели, но и государство, такъ какъ совокупность частныхъ правъ образуетъ правопорядокъ, а поддержаніе правопорядка составляетъ главную задачу государства. Поэтому, стремясь къ поддержанію правопорядка, государство должно заботиться, чтобы онъ былъ охраненъ въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, т.-е., чтобы каждый процессъ разрѣшался правильно, сообразно закону и дѣйствительнымъ обстоятельствамъ дѣла. Только тогда будутъ обезпечены свобода и неприкосновенность личности, лежащія въ основѣ правопорядка; только тогда у гражданъ не будетъ побудительной причины разрѣшать свои юридическіе споры путемъ самоуправства; только тогда они будутъ уважать судъ и чувствовать себя обезпеченными отъ незаконныхъ посягательствъ на свои права. А для этого необходимо, чтобы судъ могъ самостоятельно, не стѣсняясь заявленіями сторонъ, изслѣдовать фактическую сторону дѣлъ [1]).

Противъ этого нужно замѣтить, что государство непосредственно заинтересовано въ охраненіи *публично-правового* порядка, въ предупрежденіи и устраненіи преступныхъ посягательствъ на основные устои общежитія, защищаемые нормами публичнаго права. Для государства важно, чтобы не происходило убійствъ, изувѣченій, грабежей, насилій. Но для него не представляетъ непосредственнаго интереса осуществленіе частно-правового порядка [2]): государству совершенно безразлично, уплатитъ ли Ивановъ свой долгъ Петрову, внесетъ ли квартиронанниматель Ѳедоровъ наемныя деньги домовладѣльцу Григорьеву, и т. д. Поэтому государственная власть, принимая въ лицѣ своихъ административныхъ и судебныхъ органовъ необходимыя мѣры къ огражденію и возстановленію публично-правового порядка, можетъ ограничиться по отношенію къ осуществленію частно-правового

---

[1]) Нефедьевъ, 36—40; Lutostański, 40—41; Тутковичъ, 47; Лазаровичъ, Правда, 5.

[2]) Bülow, Das Gestündnissrecht, 1899, 229 ff. Canstein, Zweck, 14.

порядка надлежащей организаціей органовъ судебной власти. Государство сдѣлаетъ свое дѣло, создавъ учрежденія, обладающія надлежащей подготовкой и обставленныя всѣми необходимыми гарантіями для безпристрастнаго разрѣшенія споровъ между гражданами въ томъ случаѣ, если заинтересованныя лица сочтутъ нужнымъ обратиться къ ихъ посредничеству и представятъ достаточныя для ознакомленія съ обстоятельствами дѣла данныя. Дальше этого обязанность государства не простирается. Ни навязывать судебную защиту гражданамъ помимо ихъ просьбы, ни побуждать судъ вмѣшиваться во взаимныя отношенія между ними и самостоятельно устанавливать спорныя обстоятельства государство не имѣетъ рѣшительно никакого основанія [1]). Оно предоставляетъ только возможность каждому желающему получить судебную защиту въ случаѣ надобности, подобно тому какъ, устроивъ почтово-телеграфныя учрежденія, даетъ возможность гражданамъ сноситься между собою.

2. При господствѣ принципа состязательности судъ превращается въ бездушную машину, приводимую въ движеніе сторонами, дѣлается послушнымъ орудіемъ въ ихъ рукахъ. Онъ дѣйствуетъ только тогда, когда этого хотятъ стороны, и такъ, какъ онѣ хотятъ. Это положеніе не соотвѣтствуетъ значенію и достоинству его, какъ органа государственной власти. Каждому вѣдь органу государственной власти законъ предоставляетъ извѣстный кругъ функцій, который не можетъ быть измѣняемъ по волѣ частныхъ лицъ. „Касса страхованія больныхъ рабочихъ не принимаетъ какихъ-либо иныхъ страхованій“ [2]). Между тѣмъ, благодаря принципу состязательности, стороны получаютъ право заключать дѣятельность суда въ опредѣленныя рамки, по своему усмотрѣнію то суживая, то раздвигая границы судейскаго изслѣдованія фактическихъ обстоятельствъ дѣла.

Это возраженіе основано на недоразумѣніи. Принципъ состязательности вовсе не даетъ сторонамъ возможности измѣнять *кругъ функцій* суда. Функціи остаются неизмѣнными: стороны не могутъ, напр., заставить судъ совершать страховыя операціи или

---

[1]) Bülow. Civilprocessuale Fictionen (Arch. civ. Pr., 62 B., 86).

[2]) Klein. Pro futuro, 14.

какія-либо иныя дѣйствія, не относящіяся къ отправленію гражданской юрисдикціи. Отъ воли сторонъ зависитъ только *количество и составъ процессуальнаго матеріала*, надъ которымъ оперируетъ судъ. Отъ этого функціи суда не измѣняются. Мельница остается мельницей, приходится ли ей молоть весь пшеницы, или куль жита.

3. Принципъ состязательности заставляетъ судъ постановлять рѣшенія на *основаніи изслѣдованія не всѣхъ обстоятельствъ* дѣла, а только той части ихъ, которая доставлена сторонами въ качествѣ процессуальнаго матеріала, и въ томъ видѣ, какъ она доставлена. Въ результатѣ оказывается, что судебное рѣшеніе, въ которомъ фактическій процессуальный матеріалъ правильно подведенъ подъ юридическія нормы, представляется съ внѣшней, формальной стороны вполнѣ справедливымъ, тогда какъ по существу, съ внутренней стороны, можетъ совершенно не соотвѣтствовать всѣмъ дѣйствительнымъ обстоятельствамъ дѣла, т.-е., быть матеріально несправедливымъ [1]). Поэтому принципъ состязательности—не что иное, какъ право сторонъ на постановленіе судами несправедливыхъ рѣшеній [2]). Между тѣмъ рѣшенія должны быть внутренно справедливыми. Процессъ долженъ служить реальнымъ потребностямъ жизни [3]); судъ долженъ охранять дѣйствительно существующія правоотношенія, возстановлять истинное право, „а не воздвигать тронъ какому-либо призраку права, вызванному обманнымъ образомъ изъ личныхъ видовъ“ [4]). Для выполненія этой задачи судъ долженъ быть снабженъ соотвѣтствующими полномочіями: ему нужно предоставить право самому изслѣдовать фактическія обстоятельства.

Противъ этого разсужденія можно возразить слѣдующее.

Конечно, процессъ долженъ служить реальнымъ, а не призрачнымъ потребностямъ жизни. Но граждане испытываютъ потребность не въ томъ, чтобы ихъ взаимныя юридическія отноше-

---

[1]) Азаревичъ, 7; Туткевичъ, 44; Краевскій, 42; Lutostański, 46—52; Harzfeld, 58.

[2]) Klein. Pro futuro, 13—14.

[3]) Lutostański, 48.

[4]) Zum Bach. Vollständige Gegenüberstellung der Hauptmomente der preussischen und französischen bürgerl. Prozessordnungen, 1822, 39; Puchta. Beiträge zur Gesetzgebung und Praxis des bürg. Rechtsverfahrens, I, 1822, 28, 50.

нія въ области частной жизни изслѣдовались и устанавливались судомъ помимо и даже вопреки ихъ волѣ, а въ томъ, чтобы они, въ случаѣ надобности, могли обратиться къ посредничеству суда и при его содѣйствіи осуществить свои юридическія требованія [1]). Предъявляя требованіе къ отвѣтчику, истецъ выводитъ его изъ нормъ права и фактическихъ обстоятельствъ. Задача суда ограничивается провѣркой, дѣйствительно ли существуютъ эти обстоятельства въ томъ видѣ, какъ утверждаетъ истецъ, и правильно ли подведены они подъ нормы дѣйствующаго права. Если же судъ, не ограничиваясь этимъ, сталъ бы самъ разыскивать фактическія данныя и доказательства, а затѣмъ дѣлать примѣнительно къ нимъ выводы изъ дѣйствующаго права, то онъ сталъ бы въ положеніе стороны и въ судебномъ рѣшеніи долженъ былъ бы провѣрять свои собственные выводы [2]).

4. Для того, чтобы судъ былъ въ состояніи раскрыть матеріальную правду, онъ долженъ пользоваться неограниченной свободой изслѣдованія фактическаго матеріала дѣлъ. Связать же ему руки принципомъ состязательности значитъ, собственно говоря, признать, что цѣлью процесса является достиженіе не матеріальной, а только формальной правды.

Правильность этой дилеммы признаютъ и не боятся принять второе положеніе даже такіе тонкіе процессуалисты, какъ Вахъ и Бюловъ [3]). Но эта дилемма вовсе не вытекаетъ изъ обстоятельствъ спорнаго вопроса. Вѣдь самъ-то принципъ состязатель-

---

[1]) Lotz, 5—7; Gaertner, 117.

[2]) Gaertner, 118—121.

[3]) По словамъ Ваха, раскрытіе матеріальной истины „не составляетъ и не можетъ составлять цѣли процесса. Оно—желательный, но не обезпеченный результатъ. Матеріальная правда мыслима, въ качествѣ цѣли процесса, лишь при офиціальномъ производствѣ, въ такомъ процессѣ, гдѣ не только дается возможность исчерпывающаго воспроизведенія фактическаго матеріала, но и выставляется въ качествѣ служебной обязанности государственныхъ органовъ принципъ свободнаго изслѣдованія. А это можетъ быть только тамъ, гдѣ предметомъ процесса служитъ общественный интересъ. Въ гражданскомъ же процессѣ частноправная природа предмета спора устраняетъ изъ производства принципъ свободнаго изслѣдованія, а вмѣстѣ съ нимъ и объективное установленіе дѣйствительнаго фактическаго матеріала. Рѣшеніе представляетъ собой и можетъ представлять лишь оцѣнку подготовленнаго сторонами въ формѣ заявленій и доказательствъ матеріала". Wach. Vorträge, 199—200. Ср. Heinze, 283; Bülow (Arch. civ. Pr. 64 B., 204); Гольмстенъ. Состяз. нач., 408 и сл.

ности вводится главнымъ образомъ потому, что имъ лучше обезпечивается установленіе дѣйствительныхъ обстоятельствъ, т.-е., достиженіе матеріальной правды (см. стр. 380). Если въ отдѣльныхъ случаяхъ онъ, по исключенію, не ведетъ къ этой цѣли, то этимъ еще не умаляется его общее значеніе: исключенія только подтверждаютъ правило. Шмидтъ вѣрно замѣтилъ по этому поводу, что нельзя смѣшивать законодательнаго принципа, разсчитаннаго на большинство нормальныхъ случаевъ, съ результатами, получаемыми иногда при его примѣненіи въ отдѣльныхъ случаяхъ: вѣдь и въ уголовномъ процессѣ, несомнѣнно, преслѣдующемъ матеріальную правду, въ дѣйствительности зачастую достигается только формальная [1]).

5. Принципъ состязательности, оправдываемый интересами тяжущихся сторонъ, въ дѣйствительности не обезпечиваетъ этихъ интересовъ. Кто предъявляетъ искъ, тотъ, конечно, желаетъ выиграть дѣло и заинтересованъ въ томъ, чтобы судъ принялъ во вниманіе всѣ обстоятельства, говорящія въ его пользу, хотя бы даже самъ онъ упустилъ изъ виду какое-либо изъ нихъ. Между тѣмъ принципъ состязательности дѣлаетъ невозможнымъ вмѣшательство суда съ цѣлью оказать помощь той изъ сторонъ, которая въ ней нуждается и заслуживаетъ ея [2]).

Это соображеніе, несомнѣнно, основательно, но, взятое во всей полнотѣ, грѣшитъ преувеличеніемъ. Предъявляя искъ, гражданинъ вовсе не желаетъ дать суду carte blanche для производства разслѣдованій въ области своей частной жизни. Иной разъ онъ предпочтетъ проиграть дѣло и понести убытокъ—лишь бы только не были преданы гласности нѣкоторыя обстоятельства, касающіяся его личности или семьи, напр., интимная переписка. Такимъ образомъ, безъ спеціально выраженной просьбы и во всякомъ случаѣ противъ воли тяжущагося, судъ не долженъ вдаваться въ изслѣдованіе его юридическихъ отношеній.

6. Принципъ состязательности можетъ быть полезенъ и цѣлесообразенъ только при томъ условіи, если объ тяжущіяся стороны

---

[1]) Schmidt, 435 и прим. 2. Ср. Schneider, 22; Kornfeld, 19.

[2]) Gönner, I, 187; Zink, I, 356, 360; Schneider, 34—35; Азаревичъ, Правда, 9—10; Кравецкій, 40—41; Змирловъ. Къ вопросу о пересмотрѣ положенія уст. гр. суд. (Журн. М. Ю. 1897 № 2, стр. 130).

являются равносильными, одинаково подготовленными и умѣлыми противниками. Тогда суду остается только молча наблюдать ихъ единоборство и безпристрастно рѣшить, кто изъ нихъ побѣдилъ. Но если стороны не равносильны, если, напр., одною является образованный человѣкъ, а другою — неграмотный крестьянинъ, или если одному тяжущемуся помогаетъ адвокатъ, до тонкости изучившій всѣ пріемы и средства процессуальной борьбы и обладающій долговременнымъ навыкомъ, а другой тяжущійся защищается лично, будучи совершеннымъ новичкомъ, впервые выступающимъ въ процессѣ, то принципъ состязательности приведетъ лишь къ торжеству сильнаго надъ слабымъ, богача, имѣющаго возможность нанять хорошаго адвоката, надъ—бѣднякомъ, принужденнымъ вести свое дѣло лично. А это противно справедливости [1]).

Основательности этого соображенія нельзя отрицать. Оно-то и побудило иностранныхъ законодателей ввести обязательное участіе повѣренныхъ въ гражданскомъ процессѣ (въ дѣлахъ, разсматриваемыхъ коллегіальными судами), чтобы такимъ способомъ сгладить естественное неравенство силъ тяжущихся.

7. Принципъ состязательности ставитъ судей въ невыносимо тягостное нравственное положеніе. Не имѣя права помочь неумѣлому тяжущемуся, на сторонѣ котораго въ данномъ случаѣ правда, но который не способенъ отстоять ее, судъ принужденъ провозглашать побѣдителемъ того, кто, по его убѣжденію, вовсе этого не заслуживаетъ. Судъ долженъ оставаться хладнокровнымъ зрителемъ и даже пособникомъ юридическаго самоубійства, которое совершаетъ, по незнанію, неопытности или робости, одна изъ сторонъ [2]). Дальнѣйшимъ результатомъ пассивнаго поло-

---

[1]) Menger. Das bürgerliche Becht und die besitzlosen Volksklassen, 1890, 21; Klein. Pro futuro, 19, 21; Hartzfeld, 53—55; Туткевичъ, 45—46: „Принципъ полнаго невмѣшательства суда въ веденіе гражданскихъ дѣлъ сторонами и ихъ объясненія на судѣ,—принципъ умѣстный только тамъ, гдѣ, по составу населенія, тяжущіеся болѣе или менѣе интеллектуально равносильны, чего невозможно даже презюмировать у насъ, ибо наше населеніе состоитъ изъ гражданъ, начиная отъ „лицъ, которыя приближаются къ самымъ верхушкамъ человѣческой мысли", и кончая такими, „которые не ушли далеко отъ людей каменнаго и бронзоваго періодовъ".

[2]) Puchta. Processleit., 79—80, 82—86; Skedl. Die sociale Bedeutung der neuen Cpgosetzen, 1898, 8—9.

женія судей неизбѣжно явится формальное отношеніе ихъ къ дѣламъ и деморализація. [1]).

И это соображеніе заключаетъ въ себѣ долю истины. Дѣйствительно, было бы въ высшей степени печально, если бы суды постановляли сознательно и завѣдомо несправедливыя рѣшенія только потому, что одна изъ тяжущихся сторонъ не сумѣла отстоять своихъ правъ. Но все-таки выступленіе суда въ роли помощника этой стороны представляетъ опасность въ томъ отношеніи, что судъ можетъ нарушить безпристрастіе или, если не нарушить его въ дѣйствительности, то во всякомъ случаѣ возбудить подозрѣніе въ лицепріятіи. Судъ не въ состояніи, не выходя изъ своей законной роли, принимать на себя еще и роль защитника одной изъ сторонъ. Для исполненія этой второй роли существуетъ спеціальный классъ лицъ—адвокаты, которые, вдобавокъ, могутъ лучше судей справиться съ нею, такъ какъ имѣютъ профессіональную подготовку и побуждаются къ надлежащему выполненію своихъ обязанностей сознаніемъ своего профессіональнаго долга, а также матеріальной и дисциплинарной отвѣтственности [2]).

8. Состязательный принципъ можетъ быть вполнѣ цѣлесообразнымъ при добросовѣстности обѣихъ тяжущихся сторонъ. Но если одна изъ нихъ поступаетъ недобросовѣстно, скрываетъ невыгодные для себя факты, выставляетъ завѣдомо ложныя утвержденія и возраженія съ цѣлью затемнить истину и запутать дѣло, то другой, добросовѣстной сторонѣ очень трудно бороться съ этимъ. Противъ кляузъ противника у нея имѣется „лишь рѣдко достаточное средство—доказательства“ [3]). Помочь

---

[1]) „Если бы“, говорится въ мотивахъ къ австрійскому уставу, „судьѣ было вмѣнено въ обязанность хранить молчаніе, то это привело бы къ опасному столкновенію между его совѣстью и долгомъ службы, столкновенію, которое не могло бы остаться безъ важныхъ послѣдствій. Равнодушное отношеніе къ праву тяжущагося всего менѣе умѣстно въ учрежденіи, которое предназначено для защиты этого права. Тонкая чуткость судей къ попранному праву должна неизбѣжно притупиться, если судъ будетъ принужденъ рѣшать всякое дѣло по тѣмъ фактическимъ даннымъ, которыя изложили ему стороны, не заботясь вовсе о томъ, насколько это изложеніе вообще пригодно для постановленія справедливаго рѣшенія. „Materialien zu den neuen oesterr. CPgesetzen, I, 1897, 262.

[2]) Kornfeld, 14—15.

[3]) Puchta, Beiträge, 25 ff.

торжеству истины можетъ только судъ своевременнымъ вмѣшательствомъ и самостоятельнымъ изслѣдованіемъ дѣла.

Противъ этого нужно сказать, что недобросовѣстность одной изъ сторонъ нисколько не опаснѣе въ процессѣ, чѣмъ внѣ процесса—при заключеніи гражданами юридическихъ сдѣлокъ. Между тѣмъ никому не придетъ въ голову требовать, чтобы, въ предупрежденіе обмановъ всякаго рода, всѣ договоры совершались при участіи суда или иныхъ органовъ государственной власти, которые бы слѣдили за тѣмъ, чтобы договаривающіеся дѣйствовали добросовѣстно. Граждане сами должны заботиться объ огражденіи своихъ интересовъ. Законъ ограничивается тѣмъ, что даетъ имъ возможность требовать уничтоженія невыгодныхъ для нихъ послѣдствій обмана, которому они подверглись со стороны своего контрагента (посредствомъ оспариванія сдѣлокъ или въ нѣкоторыхъ, наиболѣе важныхъ, случаяхъ—посредствомъ привлеченія обманщика къ уголовной отвѣтственности). Аналогичныя мѣры достаточны и для процесса: если сторона, уличенная въ недобросовѣстномъ веденіи процесса, будетъ подвергаться наказанію въ видѣ уплаты судебныхъ издержекъ, то это послужитъ достаточно сильной побудительной причиной къ воздержанію отъ кляузничества [1]).

IV. Сравнивая преимущества и недостатки состязательнаго и слѣдственнаго принциповъ, необходимо прійти къ заключенію, что состязательность, лучше обезпечивая достиженіе матеріальной правды въ процессѣ, въ то же время соотвѣтствуетъ какъ частному характеру защищаемыхъ путемъ гражданскаго процесса правъ, такъ и принципу диспозитивности. Поэтому въ основу гражданскаго процесса долженъ быть положенъ принципъ состязательности. Но такъ какъ благодѣтельные результаты его могутъ быть парализованы неумѣніемъ тяжущихся надлежащимъ образомъ пользоваться своими процессуальными правами, то необходимо сдѣлать одно изъ двухъ: либо ввести обязательное участіе спеціалистовъ-юристовъ въ процессѣ, либо возложить на суды обязанность оказывать содѣйствіе сторонамъ при установленіи фактическихъ обстоятельствъ [2]).

---

[1]) Gärtner, 82 ff.

[2]) Завадскій, рец. въ Журн. М. Ю. 1896 № 5, стр. 309.

Первый способъ осуществленъ западно-европейскими законодательствами въ примѣненіи къ дѣламъ, разбираемымъ коллегіальными судами: во Франціи эти дѣла должны вестись тяжущимися при посредствѣ повѣренныхъ, а въ Германіи и Австріи—при посредствѣ адвокатовъ, исполняющихъ одновременно обязанности повѣренныхъ. Однако такой коррективъ къ принципу состязательности нельзя признать вполнѣ цѣлесообразнымъ по слѣдующимъ соображеніямъ. Во-1-хъ, опытъ показалъ, что обязательное участіе повѣренныхъ или адвокатовъ въ процессѣ не устраняетъ необходимости вмѣшательства суда въ подготовку и разработку фактическаго матеріала. Несмотря вѣдь на это участіе, въ названныхъ государствахъ возникъ вопросъ о необходимости расширить права суда. Во-2-хъ, хотя помощь спеціалистовъ-юристовъ при веденіи дѣлъ и полезна для тяжущихся, но отсюда вовсе не слѣдуетъ, что законъ долженъ навязывать имъ эту помощь, за которую, къ тому же, имъ придется платить. Въ гражданскомъ процессѣ тяжущіеся защищаютъ и осуществляютъ свои частныя права, преслѣдуютъ свои частные интересы. Государство въ исходѣ этихъ дѣлъ непосредственно не заинтересовано и выступать въ роли опекуна тяжущихся не имѣетъ основанія. Оно выполнитъ свою задачу по охранѣ правопорядка, если создастъ раціональнымъ образомъ устроенные суды и подготовленную къ веденію судебныхъ дѣлъ адвокатуру. Тяжущіеся вольны начинать дѣла или не начинать, доводить ихъ до конца или мириться среди процесса,—точно такъ же слѣдуетъ предоставить ихъ свободному усмотрѣнію веденіе дѣлъ лично или при помощи адвокатовъ. Нужно только принять мѣры, чтобы неимущія лица могли пользоваться услугами адвокатовъ безвозмездно, а для этого ввести институтъ назначенія безплатныхъ защитниковъ для лицъ, за которыми признано право бѣдности [1]).

Поэтому предпочтенія заслуживаетъ второй способъ: предоставленіе суду, въ видахъ раскрытія матеріальной истины, права матеріальнаго руководства процессомъ, т.-е., добавленіе къ принципу состязательности нѣкоторой дозы слѣдственнаго начала.

---

[1]) Въ пользу и противъ обязательнаго участія повѣренныхъ и адвокатовъ въ гражданскомъ процессѣ приводятся еще и другіе доводы. Оцѣнка ихъ сдѣлана въ моемъ соч. „Организація адвокатуры" (II, 195—196, 202—207).

Но тутъ возникаетъ важный вопросъ о взаимномъ отношеніи между обоими принципами, о той пропорціи, въ какой ихъ нужно смѣшать. Этотъ вопросъ долженъ быть разрѣшенъ слѣдующимъ образомъ. Процессъ необходимо построить, какъ уже замѣчено выше, на принципѣ состязательности; *вмѣшательство же суда допустимо въ той мѣрѣ, въ какой оно не противорѣчитъ принципу диспозитивности.* Именно, судъ не можетъ ни стѣснять тяжущихся въ распоряженіи объектомъ процесса, ни принуждать ихъ къ примѣненію процессуальныхъ средствъ защиты, пользованіе которыми предоставлено ихъ усмотрѣнію, ни самостоятельно примѣнять эти средства вопреки волѣ тяжущихся. Такъ напр., судъ обязанъ удовлетворить искъ, если отвѣтчикъ призналъ его правильнымъ, хотя бы, по мнѣнію суда, онъ былъ неоснователенъ; не въ правѣ принимать въ расчетъ при постановленіи рѣшенія факты, не указанные сторонами, но случайно извѣстные ему частнымъ образомъ; не въ правѣ доискиваться посредствомъ сношенія съ правительственными учрежденіями или частными лицами, нѣтъ ли у нихъ доказательствъ въ пользу спорныхъ фактовъ даннаго процесса, въ которомъ тѣ не участвуютъ; не въ правѣ распорядиться, чтобы у одной изъ сторонъ былъ произведенъ обыскъ и арестована ея переписка, и т. п.

Напротивъ, судъ можетъ обратить вниманіе сторонъ на необходимость установить какой-либо фактъ или разъяснить ихъ требованія и возраженія, можетъ самъ истребовать отъ стороны или отъ третьихъ лицъ документъ или вызвать не указанныхъ сторонами свидѣтелей, если только существованіе документа, имѣющаго значеніе для рѣшенія дѣла, и свидѣтелей, знающихъ спорные факты, сдѣлалось ему извѣстно не частнымъ образомъ, а официально, при исполненіи судейскихъ обязанностей, т.-е., обнаружилось во время производства даннаго или какого-либо другого дѣла [1]) и если, притомъ, стороны и въ частности та изъ

---

[1]) Тутковичъ, 49—50: „Для достиженія матеріально справедливыхъ рѣшеній слѣдуетъ допустить право суда вводить въ основаніе своихъ рѣшеній и то, что достовѣрно извѣстно судьѣ изъ иныхъ (внѣ представленныхъ сторонами данныхъ) источниковъ, напр., изъ другихъ дѣлъ. Автору нерѣдко приходилось испытывать чувство горечи отъ отсутствія такого узаконенія, особенно въ тѣхъ случаяхъ, когда не было возможности указать сторонѣ, въ подтвержденіе ея справедливаго заявленія, ей не вѣдомаго, но намъ изъ другихъ дѣлъ извѣстнаго доказательства. Когда же оно вно-

нихъ, въ пользу которой должно послужить новое доказательство, не заявитъ нежеланія воспользоваться имъ.

Словомъ, судъ долженъ только помогать тяжущимся при установленіи фактическихъ обстоятельствъ дѣла, но не можетъ при этомъ ни поступать наперекоръ волѣ заинтересованной стороны, ни производить самостоятельныхъ розысковъ процессуальнаго матеріала [1]).

Такъ какъ судъ все-таки только направляетъ и дополняетъ дѣятельность тяжущихся, то о примѣненіи слѣдственнаго принципа въ строгомъ смыслѣ здѣсь нельзя говорить [2]). Поэтому предпочтительнѣе употреблять терминъ „инструкціонный принципъ", хотя и отождествляемый многими со слѣдственнымъ [3]), но, несомнѣнно, имѣющій болѣе мягкій оттѣнокъ и точно опредѣляющій задачу суда, какъ инструкцію, направленіе процесса [4]). Какъ правильно замѣтилъ Шнейдеръ, инструкціонный принципъ нисколько не противорѣчитъ состязательному, ибо изъ того, что кто-либо объявленъ отвѣтственнымъ за свои дѣйствія, не слѣдуетъ, чтобы ему не могъ помогать кто-либо другой, напримѣръ, судья [5]). Инструкціонная дѣятельность суда заключается лишь въ томъ, что онъ руководитъ тяжущимися въ видахъ цѣлесообразнаго использованія ими своихъ процессуальныхъ правъ [6]).

слѣдствіи становилось извѣстнымъ и тяжущемуся, то вдвое либо перенесеніе лишняго дѣла въ апелляціонную инстанцію или просьбу о пересмотрѣ рѣшенія (по 794 ст. уст. гражд. суд.), либо возбужденіе новаго дѣла въ первой инстанціи, а иногда составляло лишь безплодный источникъ сожалѣнія для тяжущагося, когда, за истеченіемъ давности, не могло служить и надежнымъ основаніемъ для новаго возбужденія дѣла".

[1]) „Судья, отличай нежелающаго отъ неумѣющаго отстаивать свое право... Не навязывать судебной защиты нежелающему, вотъ это—состязательность; оставаться же безучастнымъ къ желающему, но не умѣющему защищаться—это не состязательность, а неправосудіе". Боровиковскій. Отчетъ судьи, III, 1894, 27; Ср. Wetzell, 521, прим. 45. Судъ, по замѣчанію Шнейдера, долженъ играть нѣкоторымъ образомъ роль акушера, содѣйствуя сторонамъ, когда ихъ требованія и заявленія проявляются недостаточно полно (18, Anm. 2).

[2]) На это указалъ еще Puchta, Processl., 69.

[3]) Schneider, 20.

[4]) Heinze, 267; Kornfeld, 22. Нѣкоторые употребляютъ въ такомъ же смыслѣ терминъ „принципъ матеріальнаго руководства" процессомъ въ отличіе отъ формальнаго (см. страницу 376).

[5]) Schneider, 23.

[6]) Heinze, 267; Schneider, 27—28. Состязательный, слѣдственный и инструкціонный принципы относятся къ той сторонѣ искового производства, которая со-

V. Необходимость сочетанія состязательнаго и слѣдственнаго началъ въ гражданскомъ процессѣ давно признана въ литературѣ. Уже Геннеръ указалъ на нецѣлесообразность построенія процесса на одномъ состязательномъ принципѣ и находилъ нужнымъ ограничить произволъ сторонъ вмѣшательствомъ суда, „поскольку это требуется особыми причинами", въ частности „цѣлесообразностью и полнотой производства" [1]). За Геннеромъ послѣдовали другіе авторы, такъ что состязательность въ безусловно чистомъ видѣ никѣмъ не защищалась. Споръ между процессуалистами шелъ и идетъ, собственно говоря, только о границахъ вмѣшательства суда въ состязаніе сторонъ: одни стремятся къ суженію ихъ (Вахъ, Канштейнъ, Корнфельдъ, Трутеръ, Штейнъ, Шмидтъ), — другіе — къ расширенію (Пухта, Цинкъ, Клейнъ, Фиргаузъ, Френкель, Поллякъ, Шнейдеръ, Оттъ) [2]); но

стоитъ въ собираніи и доставленіи фактическаго матеріала, долженствующаго служить основаніемъ для постановленія судомъ рѣшенія, или, говоря точнѣе, составить содержаніе малой посылки въ силлогизмѣ судебнаго рѣшенія. Встрѣчается однако и другое словоупотребленіе. Именно, терминами „состязательность" и „слѣдственность" характеризуется весь вообще процессъ. Въ „состязательномъ" процессѣ все—возбужденіе и движеніе производства, собираніе фактическаго матеріала, опредѣленіе предмета процесса—зависитъ отъ свободной инициативы и воли сторонъ, въ „слѣдственномъ" процессѣ все это составляетъ право и обязанность самого суда. Въ такомъ обширномъ смыслѣ терминъ „состязательность" обнимаетъ собою принципы диспозитивности, почина сторонъ и состязательности въ тѣсномъ смыслѣ. Начало этому словоупотребленію положилъ Геннеръ, впервые введшій термины „состязательность" (Verhandlungsmaxime) и „слѣдственность" (Untersuchungsmaxime). Хотя, производя первый терминъ отъ слова „Verhandlung", онъ разъяснилъ, что подъ „Verhandlung" нужно понимать установленіе малой посылки для судейскаго силлогизма („такихъ признаковъ, которые должны быть подведены подъ законъ", I, 192), но въ то же время, противопоставляя состязательный и слѣдственный принципы, онъ высказалъ положеніе, что при господствѣ перваго „судъ ничего не дѣлаетъ по собственному почину, и это правило, съ немногими изъятіями, опредѣляетъ судебное производство во всѣхъ его частяхъ" (I, 183). За Геннеромъ послѣдовали и другіе (Osterloh, § 29; Bayer § 12 и др.) и стали выражать содержаніе принципа состязательности латинскими афоризмами: 1) nemo judex sine actore, 2) nemo invitus ad agendum cogitur, 3) ne procedat judex ex officio, 4) ne eat judex ultra petita partium, 5) judex secundum allegata et probata judicare debet, 6) judici fit probatio. Какъ указалъ Канштейнъ (Rat. Grundl., 197), изъ этихъ афоризмовъ большинство относится къ принципамъ диспозитивности (первый, второй и четвертый) и почина сторонъ (третій). Возстановляя точный смыслъ термина „состязательности", Кан-

[1]) Gönner, I, 243 ff.

[2]) Гольмстенъ, 408 и сл.; Kornfeld, 12 и сл.; Skedl, 10—11 Schneider, 26 ff.

точную и теоретически правильную формулу пытались выставить очень немногіе. Изъ нихъ вполнѣ правильно опредѣлилъ границы судейскаго вмѣшательства Канштейнъ [1]). Другіе ограничиваются общими замѣчаніями о необходимости гармоническаго сочетанія обоихъ принциповъ [2]). Такъ же поступаютъ и русскіе процессуалисты [3]).

VI. Состязательное и слѣдственное начала комбинировались какъ въ римскомъ, такъ и въ основанномъ на немъ германскомъ общемъ процессѣ. Оба они были построены на состязательномъ принципѣ, но съ нѣкоторыми отступленіями въ сторону слѣдственнаго. Такъ, судьи могли и должны были разспрашивать тяжущихся, предлагать имъ принятіе присяги въ подтвержденіе сомнительныхъ фактовъ, назначать осмотръ вещественныхъ доказательствъ и экспертизу. На судьяхъ лежала такимъ образомъ

штейнъ опредѣлилъ сущность ея такимъ образомъ: въ силу принципа состязательности стороны состязаются передъ судомъ и являются хозяевами фактическаго матеріала процесса и доказательствъ, а не служатъ сами средствами изслѣдованія истины для суда (тамъ же, стр. 197). Эта терминологія и установилась въ настоящее время въ германской и австрійской литературѣ. Но во французской, итальянской и нашей литературѣ принципъ состязательности понимается обыкновенно въ обширномъ смыслѣ самодѣятельности сторонъ въ процессѣ. Малышевъ, I, 359 и сл.; Азаревичъ, I, 34 и сл.; Гольмстенъ. Состяз. нач., 413 и сл.; Нефедьевъ. Основн. нач., 18 и сл.; Яблочковъ, 34; Кавелинъ. Основныя начала русскаго судоустройства и гражданскаго судопроизводства отъ уложенія до учрежденія о губ., 1844, 104. Вмѣсто термина „состязательный" Кавелинъ употребляетъ терминъ „обвинительный", какъ дѣлаютъ криминалисты, противопоставляя слѣдственный и состязательный порядки производства въ уголовномъ процессѣ. Нѣкоторые криминалисты употребляютъ и терминъ „состязательность" (Случевскій, 68 и сл.).

[1]) Canstein, 42—43, Anm. 6.

[2]) Даже Бахъ: „Нельзя ни возвысить судью до самодержца въ процессѣ, низведя сторону изъ положенія субъекта процесса до положенія объекта и средства изслѣдованія истины, ни, наоборотъ, унизить судью до положенія маріонетки въ рукахъ сторонъ: нельзя ни поставить его въ невозможное положеніе адвоката стороны, ни забывать, что онъ долженъ помогать торжеству справедливости и истины". Vorträge, 52—53. Приблизительно точно указана наиболѣе цѣлесообразная комбинація обоихъ принциповъ Циникомъ (I, 365 ff., 376—378) и Клейномъ (Pro futuro, 32—35).

[3]) Малышевъ выражается очень неопредѣленно: „судъ не долженъ имѣть деспотическаго, инквизиціоннаго характера, но въ то же время онъ не долженъ быть слабъ и бездѣятеленъ, потому что слабый судъ былъ бы покровителемъ всякаго рода злоупотребленій въ гражданскомъ оборотѣ". Изъ разсужденій проф. Азаревича тоже нельзя усмотрѣть, до какихъ собственно границъ простирается право самодѣятельности суда: „понимать состязательность гражданскаго процесса слѣдуетъ такъ, что

обязанность дополнять дѣятельность сторонъ по выясненію фактической стороны дѣлъ (officium supletorium, nobile, Ergänzungsamt).

Неудовлетворительное состояніе отправленія правосудія въ области гражданскихъ дѣлъ въ концѣ XVIII вѣка, приписанное господству состязательнаго принципа, побудило прусскихъ монарховъ ввести въ гражданскій процессъ слѣдственный принципъ. Прусскій уставъ судоустройства 1793 г., развивая положенія Свода законовъ Фридриха II, предписалъ судамъ „изслѣдовать основательность или неосновательность фактическихъ обстоятельствъ дѣла, самостоятельно и непосредственно выясняя ихъ, насколько необходимо, для правильнаго примѣненія законовъ къ данному случаю“ (введ. § 7). Къ этому добавлялось, что „судья не связанъ заявленіями стороны, на которой лежитъ бремя доказыванія, но имѣетъ право и обязанъ примѣнять, даже безъ явнаго желанія сторонъ, и другія средства, которыя обнаружатся изъ ихъ заявленій или преній“ (§ 17). Кромѣ того, суду было предоставлено право допрашивать тяжущихся, которые дол-

---

отъ сторонъ зависитъ такое или иное установленіе притязанія въ процессѣ, но отданное, въ этомъ видѣ, на разсмотрѣніе притязаніе находится уже на попеченіи суда, т.-е., судъ долженъ примѣнить всѣ усилія для рѣшенія дѣла согласно дѣйствительности, и поэтому его усмотрѣнію долженъ былъ открытъ самый широкій путь“. „Для выполненія ожиданій, возлагаемыхъ на судъ, т.-е., для справедливаго рѣшенія предложеннаго спора, нѣтъ основанія ограничивать его въ средствахъ для раскрытія истины... Такая самодѣятельность суда подлежитъ ограниченію только волею сторонъ, дающей опредѣленную установку притязанія и опредѣленное же къ нему отношеніе“ (Судоустройство, I, 37, 38). Проф. Нефедьевъ находитъ, что „нѣтъ твердыхъ основаній для того, чтобы опредѣлить, насколько должно быть проводимо въ процессѣ начало состязательное и насколько—офиціальное“, и что „гармоничное сочетаніе ихъ можетъ быть найдено только путемъ опыта“, но въ то же время полагаетъ, что „наиболѣе правильно построено состязательное начало во французскомъ уставѣ“ (Учебникъ, 161; Начала, 40, 42). По словамъ проф. Энгельмана, „судъ не долженъ дѣйствовать по собственному усмотрѣнію только тамъ, гдѣ, по закону, сторона должна дѣйствовать сама“ (стр. 167). Но по закону, стороны нигдѣ не *должны* дѣйствовать: онѣ только *имѣютъ право* дѣйствовать. Проф. Гольмстенъ, признавая необходимость ограниченій состязательности, довольствуется общимъ замѣчаніемъ, что „законъ долженъ ихъ точно опредѣлить и отнюдь не допускать аналогическаго примѣненія ихъ на однородные случаи“ (стр. 411). Проф. Яблочковъ тоже считаетъ задачей законодателя „гармоническое сочетаніе обоихъ принциповъ“ (стр. 40). Наиболѣе приблизился къ правильному разрѣшенію этого вопроса Анненковъ въ указ. статьѣ.

жны были говорить правду подъ угрозою штрафа [1]). Однако эта реформа не принесла на практикѣ ожидавшихся плодовъ [2]), и состязательное начало было возстановлено въ прежнемъ видѣ сначала въ примѣненіи къ упрощенному производству и къ мелкимъ дѣламъ (въ 1833 г.), а затѣмъ и по отношенію ко всѣмъ прочимъ (въ 1846 г.). Другія нѣмецкія партикулярныя законодательства первой половины XIX в. проводили принципъ состязательности въ томъ видѣ, какъ онъ установился въ германскомъ общемъ процессѣ, съ болѣе или менѣе значительными видоизмѣненіями.

Изъ современныхъ процессуальныхъ уставовъ французскій и германскій примыкаютъ къ германскому общему процессу. Стоя принципіально на почвѣ состязательности, французскій уставъ даетъ суду право совершать по собственной инціативѣ нѣкоторыя дѣйствія съ цѣлью выясненія фактическихъ обстоятельствъ дѣла, какъ-то: требовать личной явки сторонъ и предлагать имъ вопросы, назначать осмотры вещественныхъ доказательствъ, экспертизу, допросъ свидѣтелей, указанныхъ сторонами, предлагать сторонѣ принять присягу въ подтвержденіе невполнѣ доказанныхъ фактовъ [3]). По германскому уставу судъ тоже имѣетъ право назначать осмотры и экспертизу, личную явку и присягу сторонъ, но не можетъ вызывать свидѣтелей безъ просьбы сторонъ; зато ему предоставлено требовать предъявленія документовъ, на которые сослался тяжущійся и которые имѣются у него, и торговыхъ книгъ, а главное, онъ въ правѣ и даже обязанъ посредствомъ разспроса сторонъ выяснять фактическія обстоятельства дѣла [4]). Значительно дальше въ сторону расширенія правъ суда пошелъ австрійскій уставъ. Онъ возлагаетъ на предсѣдательствующаго обязанность принимать мѣры, чтобы стороны „дали всѣ объясненія, которыя необходимы для уста-

---

[1]) Allg. Ger.-ordn., Einl., §§ 12, 14; III, 3 Tit., § 22. Уничтожая состязательность, уставъ сохранилъ однако диспозитивность (I, 10 Tit., § 285). Изъ этого видно, что оба принципа не связаны между собой неразрывно, а могутъ существовать и порознь.

[2]) Gürtner. Kritik etc.; Abegg. Versuch einer Geschichte der deutschen CPgesetzgebung, 1848, 188—189, 204. Peters, Prozessverschleppung, 72 ff.

[3]) Code de proced., art. 119, 254, 295, 302; Code civ., 1366 ss. Garsonnet, №№ 419, 423, 443, 444.

[4]) Герм. уст., §§ 130—144, 475; Wach. Vorträge, 72 ff; Weismann, I, § 40.

новленія, согласно съ истиной, фактическихъ обстоятельствъ, служащихъ основаніемъ заявленныхъ сторонами правъ и требованій" (§ 182). Съ этой цѣлью предсѣдательствующій можетъ требовать, чтобы стороны явились лично въ засѣданіе, и предлагать имъ вопросы; чтобы онѣ представили документы и вещественныя доказательства; можетъ назначить осмотръ, экспертизу и допросъ свидѣтелей по собственной иниціативѣ (§ 183). Кромѣ того, судъ имѣетъ право назначить, въ разъясненіе сомнительныхъ обстоятельствъ дѣла, допросъ самихъ тяжущихся какъ безъ присяги, такъ и подъ присягой (§§ 371 и сл.). Самодѣятельности суда положены два предѣла: 1) согласно принципу диспозитивности, судъ не можетъ требовать представленія документовъ и вызывать свидѣтелей, если обѣ стороны заявятъ, что онѣ этого не желаютъ (§ 183), и 2) о существованіи документовъ, вещественныхъ доказательствъ и свидѣтелей судъ долженъ узнать изъ ссылки на нихъ одной изъ сторонъ (§ 183), а не путемъ самостоятельныхъ розысковъ. Эти два ограниченія существеннымъ образомъ отличаютъ австрійскій уставъ отъ прусскаго устава 1793 г. [1]). Совершенно такимъ же образомъ комбинированы состязательное и слѣдственное начала въ венгерскомъ уставѣ, воспроизводящемъ постановленія австрійскаго безъ существенныхъ измѣненій (§§ 224—228, 288, 326, 340, 350).

VII. Русскій дореформенный процессъ основывался на состязательномъ началѣ, соединенномъ съ нѣсколько большею дозой слѣдственнаго, чѣмъ германскій общій процессъ, главнымъ образомъ въ томъ отношеніи, что суду было предоставлено собирать по собственной иниціативѣ „справки" по дѣлу, т.-е., выписки и копіи съ документовъ, не пріобщенныхъ къ дѣлу, а находящихся въ другихъ дѣлахъ. Благодаря неясности постановленій Свода, а также юридической неподготовленности и низкому нрав-

---

[1]) Skedl, 15. Неправильно поэтому нѣкоторые полагаютъ, что австрійскій процессъ построенъ на слѣдственномъ принципѣ. Kornfeld, 9 ff.; Canstein. Civilprocessr., 20; Schrutka. Stellung des Richters, 56 f., 84. Anm.; Schrutka, Grundriss, § 112 (слѣдственный принципъ въ состязательной формѣ). Contra: Pollak, Stoffsammlung, 12, Lehrb., 411—412. Еще шире кругъ самодѣятельности единоличныхъ участковыхъ судей, на которыхъ уставъ возлагаетъ обязанность разъяснять сторонамъ, не имѣющимъ адвокатовъ, процессуальные вопросы и давать имъ соотвѣтствующія наставленія (§§ 432, 435).

ственному уровню судей, на практикѣ собираніе справокъ превратилось въ средство безъ конца затягивать разрѣшеніе дѣлъ въ угоду вліятельнымъ отвѣтчикамъ или ихъ покровителямъ [1]).

Чтобы положить предѣлъ этому злу, составители судебныхъ уставовъ провозгласили въ 367 ст. уст. гражд. суд. принципъ состязательности съ категорической ясностью: „судъ ни въ какомъ случаѣ не собираетъ самъ доказательствъ или справокъ, а основываетъ рѣшеніе исключительно на доказательствахъ, представленныхъ тяжущимися". Развивъ это общее положеніе въ постановленіяхъ по частнымъ случаямъ (ст. 129, 132, 339, 589, 706 и др.), составители устава сохранили въ то же время нѣкоторую долю слѣдственнаго принципа, именно, дали право суду назначать, по собственному почину, осмотры (ст. 507) и экспертизу (ст. 515), а также „требовать объясненій отъ стороны, выражающейся неясно или неопредѣленно" (ст. 335), „предлагать тяжущимся вопросы для полнаго разъясненія дѣла" (ст. 361) и если „по нѣкоторымъ изъ приведенныхъ ими обстоятельствъ, существенныхъ для разрѣшенія дѣла, не представлено доказательствъ", объявлять объ этомъ сторонамъ, назначая имъ срокъ для выясненія такихъ обстоятельствъ (ст. 368).

Изъ приведенныхъ постановленій видно, что составители устава вовсе не желали провести въ процессѣ строгую состязательность и поставить судъ въ совершенно пассивное положеніе зрителя процессуальной борьбы сторонъ; напротивъ, они призвали судъ къ активному участію въ установленіи фактическаго матеріала разсматриваемыхъ дѣлъ, но только не въ качествѣ самостоятельнаго изслѣдователя, а въ роли помощника и совѣтника сторонъ. Судъ не въ правѣ самъ, по собственному почину, собирать доказательства и справки (ст. 367), но онъ долженъ заботиться о надлежащемъ выясненіи обстоятельствъ дѣла и съ этой цѣлью предлагать тяжущимся вопросы и указывать имъ на пробѣлы въ представленныхъ доказательствахъ. Такое содѣйствіе сторонамъ является не только правомъ, но и обязанностью суда [2]).

---

[1]) Гольмстенъ. Состяз. нач., 446—452, 467—472.

[2]) Анненковъ. Опытъ ком., II, 29—30; Боровиковскій. Отчетъ судьи, III, 1894, 29—31; Тютрюмовъ. Рец. въ Журн. Мин. Юст. 1897 № 6, 348—349; Исаченко. Коммент., II, 77 и сл.

Судъ не можетъ отказать въ искѣ на томъ основаніи, что требованіе истца осталось для него неяснымъ и непонятнымъ, или удовлетворить искъ потому, что отвѣтчикъ не представилъ доказательствъ въ подтвержденіе какого-либо обстоятельства, которое считалъ не имѣющимъ существеннаго значенія, тогда какъ, по мнѣнію суда, оно было очень важно. Если бы судъ поступилъ такимъ образомъ, то онъ постановилъ бы неправильное рѣшеніе вслѣдствіе того, что не исполнилъ возложенной на него закономъ обязанности выяснить фактическую сторону дѣла. Сенатъ истолковалъ однако ст. 368 въ противоположномъ смыслѣ изъ боязни нарушить принципъ состязательности [1]).

---

[1]) Рѣш. гр. деп. 67 № 171: „на основаніи состязательнаго порядка, составляющаго основное начало новаго судопроизводства, судъ не принимаетъ никакого участія въ направленіи дѣла, въ изысканіи и собираніи доказательствъ,—это лежитъ непосредственно на обязанности самихъ тяжущихся, и потому ст. 368 предоставляетъ судебнымъ мѣстамъ только право, но не возлагаетъ на нихъ обязанности. „Это разъясненіе подтверждалось въ послѣдующихъ рѣшеніяхъ (68 № 108 и 259, 69 № 48, 75 № 1022, 80 № 34, 81 № 172, 82 № 163). Въ нѣсколькихъ рѣшеніяхъ сената проскользнулъ, впрочемъ, правильный взглядъ, что судъ обязанъ примѣнить 368 ст., если существенный вопросъ, возникшій изъ объясненій сторонъ, ими не выясненъ (71 № 617, 85 № 62, 88 № 88, 90 № 22). Однако въ позднѣйшемъ рѣшеніи (93 № 21) гражданскій департаментъ вернулся къ прежнему мнѣнію, подтвержденному и общимъ собраніемъ сената (97 № 28). Ошибочное толкованіе 368 ст. точно такъ же, какъ и недостаточно энергичное примѣненіе судами 361 ст., явилось результатомъ невѣрнаго представленія о границахъ состязательности въ процессѣ. Справедливо замѣчаетъ по этому поводу проф. Гредескулъ, „что при иномъ направленіи теоретическихъ воззрѣній, чѣмъ то, какое на самомъ дѣлѣ господствовало, при болѣе правильномъ пониманіи состязательнаго начала, которое не отождествляло бы его съ пассивностью суда (благодаря чему боялись позволить суду лишній разъ пошевельнуть пальцемъ, чтобы не нарушить состязательныхъ основъ судопроизводства), одна эта статья (361) способна была бы развиться въ обширную и разумную практику... Въ этомъ случаѣ мы имѣемъ любопытнѣйшій образецъ того, какъ чисто теоретическое заблужденіе способно оказать сильнѣйшее вліяніе на практическое примѣненіе закона, хотя бы законъ и не отразилъ въ своемъ содержаніи этого заблужденія. На этомъ пунктѣ мы можемъ наблюдать любопытнѣйшую умственную ошибку, своего рода психологическій миражъ, при которомъ на дѣйствительномъ полѣ закона усматриваютъ цѣлую отраженную картину, которая свое истинное пребываніе имѣетъ не въ законѣ, а въ теоріи. Теоретическое заблужденіе, не получивъ доступа въ текстъ закона прямымъ и непосредственнымъ путемъ, проникло туда такъ, какъ проникаетъ въ безплодную песчаную пустыню картина зеленѣющаго оазиса: путемъ отраженія отъ выше лежащихъ слоевъ умственной атмосферы. Результаты этого умственнаго миража оказались совершенно такіе же, какіе бываютъ при аналогичномъ физическомъ явленіи; онъ существенно нарушилъ цѣлесообразность дѣйствій суда, совершенно извратилъ въ

VIII. Проектъ новой редакціи устава гражд. суд., воспроизводя правило 367 ст., санкціонирующее принципъ состязательности (ст. 206), и всѣ изъятія изъ него, существующія въ настоящее время (ст. 207, 188, 396, 405), добавляетъ къ нимъ еще три: предоставляетъ суду право вызывать стороны для разспроса (ст. 190), требовать представленія документовъ, о существованіи которыхъ суду стало извѣстно изъ объясненій сторонъ (ст. 208), и назначать повѣрку спорныхъ письменныхъ доказательствъ (ст. 348). Какъ было указано (стр. 393), суду слѣдуетъ предоставить еще нѣкоторыя правомочія въ видахъ лучшаго раскрытія матеріальной истины.

§ 42.

Непосредственность [1]).

I. Согласно постулату матеріальной правды, рѣшеніе суда должно соотвѣтствовать дѣйствительнымъ обстоятельствамъ дѣла. Но эти обстоятельства относятся къ прошедшему времени. Они заключаются въ разнаго рода фактахъ, которые произошли въ прошломъ: въ юридическихъ сдѣлкахъ между тяжущимися, въ дѣйствіяхъ отвѣтчика, нарушившихъ права истца, въ событіяхъ, оказавшихъ вліяніе на правоотношенія сторонъ (смерть общаго родственника, истеченіе срока давности), и т. п. Эти факты должны быть возстановлены въ процессѣ съ помощью сохранившихся отъ нихъ слѣдовъ въ матеріальныхъ предметахъ (документахъ, вещахъ) и въ памяти постороннихъ лицъ, должны быть возстановлены въ

этомъ направленіи судебную практику, которая вмѣсто того, чтобы слѣдовать дѣйствительному смыслу закона, приспособляетъ свой ходъ къ воображаемому его смыслу“ (Журн. Юр. О. № 4, 98, 99).

[1]) Гольмстенъ. Учебникъ, 117—119; Щегловитовъ. О значеніи началъ устности и непосредственности въ уголовномъ процессѣ (Журн. гражд. пр. 1888 № 8); Тальбергъ. Русское угол. судопр., §§ 22—25; Rupp. Der Beweis im Strafverfahren, 1884, § 13; Koffka, Mündlichkeit und Unmittelbarkeit im Civilprocess, 1887; Kries. Das Princip der Unmittelbarkeit im Beweisverfahren (Zeitschr f. die gesam. Strafrechtswiss. 1887, VI B.); Jahn. Das Princip d. Unmittelbarkeit im Strafprocess, 1903; Guttmann. Unmittelbarkeit und freie Beweiswürdigung, 1907; Menger, § 29; Schrutka, § 116; Kleinfeller, § 59.

томъ по возможности видѣ, какой они имѣли въ дѣйствительности. Отсюда видно, что задача процессуальнаго установленія фактическихъ обстоятельствъ такова же, какъ и задача всякаго историческаго изслѣдованія, и вполнѣ правильно та часть судебнаго рѣшенія, гдѣ излагаются обстоятельства дѣла, обычно называется „исторической": въ ней судъ излагаетъ исторію отношеній между сторонами, давшихъ поводъ къ процессу.

Отсюда, далѣе, слѣдуетъ, что возстановленіе фактическихъ обстоятельствъ дѣла должно производиться въ процессѣ согласно тѣмъ же правиламъ, какими обезпечивается достиженіе истины при всякомъ историческомъ изслѣдованіи. Такихъ правилъ два: первое состоитъ въ томъ, что всѣ свѣдѣнія должны быть черпаемы изъ первоисточниковъ и лишь при невозможности воспользоваться ими—изъ вторыхъ рукъ, а другое—въ томъ, что каждому источнику должно быть придаваемо то значеніе, какого онъ заслуживаетъ по своему внутреннему достоинству [1]). Первое правило — работать по первоисточникамъ — принято называть примѣнительно къ гражданскому (какъ и уголовному) процессу принципомъ *непосредственности* а второе—принципомъ *свободной оцѣнки доказательствъ*.

Принципъ непосредственности можетъ быть выраженъ такимъ положеніемъ: судъ долженъ устанавливать фактическія обстоятельства дѣла *по возможности на основаніи личнаго ознакомленія* съ относящимися къ нимъ доказательствами, давая при этомъ преимущество первоначальнымъ предъ производными, или, если употребить отрицательную формулировку: между судомъ и изслѣдуемыми фактами должно быть возможно меньше посредствующихъ инстанцій [2]).

---

[1]) Bernheim. Lehrbuch der historischen Methode und der Geschichtsphilosophie, 6 Aufl, 1908, 411 ff., 480 ff, 488.

[2]) Щегловитовъ, 135, 139; Тальбергъ, 35. Принципъ непосредственности относится къ той части производства, которая состоитъ въ установленіи судомъ фактическихъ обстоятельствъ дѣла, т.-е., къ воспріятію судомъ доказательствъ (Kries, 101; Glaser, I, 247; Kleinfeller, § 59). Но многіе понимаютъ непосредственность въ болѣе обширномъ смыслѣ и распространяютъ ее на состязаніе сторонъ, усматривая ее въ томъ, что стороны должны въ современномъ процессѣ устно излагать въ засѣданіи суда свои требованія, возраженія, заявленія и т. д. (Schmidt, 440, 442; Weismann, I, 7—8, и др.). На самомъ дѣлѣ въ этомъ случаѣ примѣняется принципъ не непосредственности, а устности, потому что принципъ непосредственности

Основаніе принципа непосредственности ясно: чѣмъ ближе подходитъ изслѣдователь къ факту, тѣмъ правильнѣе можетъ его узнать и описать; чѣмъ больше между ними посредствующихъ фактовъ, тѣмъ больше вѣроятность ошибки. Описаніе какого-либо событія, сдѣланное очевидцемъ, болѣе соотвѣтствуетъ дѣйствительности, чѣмъ описаніе того же событія другимъ лицомъ со словъ очевидца. Съ каждой дальнѣйшей передачей этого описанія новыми лицами картина событія все болѣе и болѣе отдаляется отъ истины, потому что каждый изъ передатчиковъ опускаетъ какую-либо подробность или даетъ той или иной части другую окраску, другой оттѣнокъ [1]). Лучи истины тѣмъ сильнѣе отклоняются, чѣмъ больше преломляющихъ средъ проходятъ.

Принципъ непосредственности не воспрещаетъ пользоваться посредствующими доказательствами за отсутствіемъ прямыхъ.

требовалъ бы, чтобы тяжущіеся давали суду объясненія лично, а не при посредствѣ повѣренныхъ. Другими словами, принципъ непосредственности въ приложеніи къ состязанію сторонъ означалъ бы воспрещеніе судебнаго представительства; а такъ какъ оно не только допускается, но даже иностранными уставами предписывается для большинства дѣлъ, то ясно, что о проведеніи принципа непосредственности въ состязаніи нельзя и говорить. Сами поборники употребленія термина „непосредственность" въ такомъ обширномъ смыслѣ признаютъ, что онъ нарушается участіемъ повѣренныхъ въ процессѣ (Schmidt, 443: „конечно, непосредственность подвергается ослабленію вслѣдствіе того, что вмѣсто сторонъ могутъ выступать ихъ повѣренные"). Но это *ослабленіе*, по германскому уставу, является общимъ правиломъ для дѣлъ, производящихся въ коллегіальныхъ судахъ, такъ что принципъ непосредственности въ этихъ судахъ замѣненъ *принципомъ обязательнаго представительства* (Katz. Schriftsätze und Anwaltszwang, 1883, 53; Schwartz. Die Novelle, 108—109).

Еще болѣе широкій смыслъ придаетъ непосредственности Коффка, различающій: 1) непосредственность *воспріятія* процессуальнаго матеріала судомъ, которая обусловливается отсутствіемъ всякой посредствующей инстанціи между судомъ и доказательствами; 2) непосредственность *формированія* (созданія) *процессуальнаго матеріала*, состоящая въ томъ, что этотъ матеріалъ образуется на глазахъ суда (свидѣтели являются и даютъ впервые предъ судомъ свои показанія; стороны устно излагаютъ свои доводы), и 3) непосредственность *состязанія*, которая проявляется въ томъ, что разработка процессуальнаго матеріала сторонами происходитъ въ томъ же засѣданіи, гдѣ этотъ матеріалъ предъявляется (51—53). Нетрудно замѣтить, что въ первомъ случаѣ имѣется непосредственность въ собственномъ смыслѣ слова, во второмъ случаѣ—отчасти непосредственность (по отношенію къ свидѣтелямъ), отчасти устность (по отношенію къ тяжущимся), а въ третьемъ случаѣ—концентрація процессуальнаго производства.

[1]) Щегловитовъ, 136.

Онъ лишь требуетъ, во 1-хъ: чтобы судъ не прибѣгалъ къ посредствующимъ доказательствамъ, если имѣетъ возможность ознакомиться съ непосредственными; во 2-хъ: чтобы изъ двухъ посредствующихъ доказательствъ, если одно изъ нихъ является воспроизведеніемъ другого, судъ предпочиталъ ближайшее, первоначальное, дальнѣйшему, производному [1]), и, въ 3-хъ: чтобы онъ знакомился съ доказательствами лично, а не при чьемъ-либо посредствѣ.

Напр., въ процессѣ о границахъ земельнаго участка судъ долженъ лично осмотрѣть спорный участокъ и только въ случаѣ невозможности этого удовлетвориться посредствующими доказательствами, отдавая преимущество ближайшимъ предъ дальнѣйшими: фотографическому снимку участка—предъ описаніемъ границъ, сдѣланнымъ на основаніи этого снимка; составленному землемѣромъ плану участка—предъ срисованной свидѣтелемъ копіей этого плана, и т. п. Но если посредствующія доказательства не зависятъ другъ отъ друга, то, хотя бы они были различны по степени близости къ объекту, къ которому они относятся, судъ долженъ войти въ разсмотрѣніе всѣхъ ихъ и опредѣлить достовѣрность каждаго на основаніи сравнительнаго изученія ихъ внутренняго достоинства [2]). Напр., въ подтвержденіе иска представлены письма умершаго уже лица и сдѣлана ссылка на свидѣтелей. Судъ не въ правѣ оставить безъ разсмотрѣнія письма по той причинѣ, что они — посредствующія доказательства, тогда какъ имѣются налицо прямыя (свидѣтели), не вправѣ оттого, что все это—самостоятельныя доказательства, не опирающіяся одно на другое, какъ было бы въ томъ случаѣ, если бы авторомъ писемъ былъ кто-либо изъ живыхъ свидѣтелей, вызванныхъ въ судъ [3]).

---

[1]) Поэтому не вполнѣ точна формула Криза: „предметомъ доказательства можетъ быть все, кромѣ содержанія другихъ доказательствъ“ (99), такъ какъ она устраняетъ пользованіе производными доказательствами.

[2]) Англійскіе юристы выражаютъ это правило въ такой формѣ: „производныя доказательства не имѣютъ степеней“. Владимировъ. Ученіе объ уголовныхъ доказательствахъ, 1910, 155. Столь общая формулировка не точна, такъ какъ не имѣютъ степеней только самостоятельныя по отношенію другъ къ другу доказательства, но не зависящія одно отъ другого. Напр., описаніе свидѣтелемъ спорнаго участка представляетъ собою производное доказательство первой степени, а пересказъ этого описанія другимъ лицомъ—производное доказательство второй степени.

[3]) Щегловитовъ, 140—141.

II. Принципъ непосредственности проявляетъ свое дѣйствіе въ трехъ направленіяхъ:

1. По отношенію къ самому суду изъ принципа непосредственности вытекаетъ, что весь фактическій матеріалъ дѣла, всѣ доказательства должны быть изслѣдованы и восприняты именно тѣмъ судьею или тѣми судьями, которымъ предстоитъ разрѣшить данное дѣло. Поэтому, если во время производства дѣла случится перемѣна въ составѣ суда, если одинъ судья будетъ по какой-либо причинѣ замѣненъ другимъ, то производство во всемъ, что касается установленія фактическихъ обстоятельствъ, должно быть повторено сызнова. Иначе новому судьѣ придется составлять себѣ понятіе объ обстоятельствахъ дѣла не на основаніи непосредственнаго изученія доказательствъ, а по изготовленнымъ другими судьями и секретаремъ протоколамъ допроса свидѣтелей, осмотра спорныхъ имуществъ, и т. д.

2. По отношенію къ вещественнымъ доказательствамъ принципъ непосредственности требуетъ, чтобы судъ лично, съ помощью своихъ внѣшнихъ чувствъ, ознакомился съ ними, не полагаясь на разсказы и описанія другихъ лицъ. Если, напр., дѣло идетъ объ убыткахъ, причиненныхъ имуществу истца отвѣтчикомъ, то судъ долженъ осмотрѣть это имущество и лично убѣдиться, насколько великъ вредъ; если производится взысканіе на основаніи документовъ, судъ долженъ прочесть ихъ и удостовѣриться въ законности ихъ содержанія и формы, и т. д.

3. Въ примѣненіи къ личнымъ доказательствамъ, т.-е., къ показаніямъ свидѣтелей, сообщающихъ свѣдѣнія относительно фактическихъ обстоятельствъ дѣла, принципъ непосредственности требуетъ, чтобы судъ вошелъ въ личное общеніе съ ними и самъ выслушалъ ихъ.

Особенно ярко обнаруживается значеніе принципа непосредственности именно въ примѣненіи къ допросу свидѣтелей. Между показаніемъ свидѣтеля, записаннымъ судьей или другимъ должностнымъ лицомъ въ протоколъ, и показаніемъ, даваемымъ въ публичномъ засѣданіи суда, лежитъ цѣлая пропасть. „Заочныя показанія никогда не могутъ вполнѣ замѣнить изустныхъ, какъ бы они ни были вѣрно записаны. Записывается только содержаніе и смыслъ свидѣтельскихъ показаній, а не

самыя слова ихъ. Кто можетъ видѣть изъ протокола, какъ свидѣтель колебался, какъ долго медлилъ онъ отвѣтомъ, и съ какимъ видомъ, послѣ какихъ увѣщаній давалъ его? Кто можетъ поручиться въ томъ, что онъ повторилъ бы свои показанія въ торжественномъ собраніи суда?“ [1]) Пониманіе важности внѣшней формы показаній привело въ дореформенномъ уголовномъ процессѣ Германіи къ требованію записывать въ протоколы не только слова допрашиваемаго лица, но и его манеру держать себя, интонацію, выраженіе лица и т. д. [2]) Само собой понятно, что это записываніе не могло быть ни полнымъ, ни точнымъ. Только соединеніе фонографа съ синематографомъ въ состояніи воспроизвести, какъ слѣдуетъ, картину допроса свидѣтеля.

---

[1]) Баршевъ. Объ устности и гласности (Рус. В. 1857 № 7, стр. 192), „Кому хоть разъ въ жизни приходилось“, говоритъ г. Бардзкій объ уголовномъ процессѣ, гдѣ принципъ непосредственности имѣетъ еще болѣе важное значеніе, чѣмъ въ гражданскомъ, „присутствовать на мало-мальски серьезномъ процессѣ уголовномъ, тотъ отлично знаетъ и понимаетъ всю разницу, какая существуетъ между письменнымъ показаніемъ извѣстнаго лица, записаннымъ судебнымъ слѣдователемъ въ протоколѣ на предварительномъ слѣдствіи, и словеснымъ показаніемъ, даннымъ изустно на судѣ, сначала въ формѣ разсказа, а затѣмъ въ видѣ отвѣтовъ на вопросы, предложенные путемъ перекреснаго допроса. Тамъ—все мертвящая холодная бумага; тутъ—жизнь со всѣми ея мелочами, оттѣнками и неуловимыми варіаціями. И выходятъ на судѣ вещи невѣроятныя: черное вдругъ дѣлается бѣлымъ, а бѣлое—чернымъ. Въ письменномъ показаніи свидѣтеля—одно, на судѣ—прямо противоположное. И судьи рѣшаютъ участь человѣка подъ вліяніемъ этого слышаннаго ими живого разсказа, въ память ихъ врѣзывается всякая мимолетная, на первый взглядъ ничего не значущая мелочь; на зрѣніе ихъ дѣйствуетъ жестикуляція его, выраженіе его лица, блескъ его глазъ,—однимъ словомъ, всѣ эти малозначущіе petits riens, коими полна жизнь и которыя такъ искусно скрываются за бумажной ширмой, гдѣ одни сухія фразы да стереотипные отвѣты. И сколько разнообразныхъ причинъ вліяетъ на то или другое содержаніе, даже на тотъ или иной тонъ письменнаго, бумажнаго свидѣтельскаго показанія? Даже иногда повидимому ясный, точный и категорическій отвѣтъ, данный свидѣтелемъ одной изъ сторонъ, при подробномъ разспросѣ его другой стороной получаетъ совершенно другой смыслъ, другую окраску, другое значеніе. Но и помимо этого даже показаніе вполнѣ точное и не представляющее сомнѣній и двусмысленности, но данное завѣдомо ложно, можетъ получить надлежащую окраску только при сравненіи его съ другими показаніями, путемъ очной ставки, путемъ предложенія побочныхъ вопросовъ, съ цѣлью уличить свидѣтеля во лжи, и проч., не говоря уже объ интонаціи голоса, о томъ невольномъ впечатлѣніи, которое производитъ добросовѣстное, хотя неточное иногда показаніе въ сравненіи съ показаніемъ заученнымъ, ловко обдуманнымъ и даваемымъ безъ запинокъ, рѣшительно и бойко“. Бардзкій. Предѣлы устности въ судѣ уголовномъ (Журн. гражд. пр. 1889 № 3, стр. 5—6, 8).

[2]) Тальбергъ, 37.

Изъ сказаннаго ясно, что принципъ непосредственности требуетъ *личнаго* и *устнаго* допроса свидѣтелей судомъ. Только въ тѣхъ случаяхъ, когда устный допросъ совершенно невозможенъ, напр., когда свидѣтель нѣмъ, судъ въ правѣ прибѣгнуть къ предложенію письменныхъ вопросовъ и отобранію показаній на письмѣ. Но что недопустимо, такъ это—замѣна личнаго допроса свидѣтелей прочтеніемъ присланныхъ ими письменныхъ показаній или писемъ: это является грубымъ нарушеніемъ принципа непосредственности [1]).

---

[1]) Нѣкоторые авторы не усматриваютъ существенной разницы между устнымъ допросомъ свидѣтелей и прочтеніемъ сдѣланнаго ими внѣ суда письменнаго изложенія обстоятельствъ дѣла. Такъ, напр., Рушъ говоритъ: „въ одномъ случаѣ свидѣтель, дѣлая свое сообщеніе, говоритъ, въ другомъ случаѣ—пишетъ. Судья воспринимаетъ это сообщеніе въ одномъ случаѣ, слушая его, въ другомъ—читая, послѣ чего въ обоихъ случаяхъ истолковываетъ свое чувственное воспріятіе согласно смыслу словъ“ *(стр. 144)*. „Доказательствомъ,—замѣчаетъ г. Щегловитовъ,—является для суда въ сущности не разсказъ свидѣтеля, а то впечатлѣніе, которое онъ получилъ, тѣ факты, которые онъ сообщаетъ; по отношенію къ этому впечатлѣнію и фактамъ устный и письменный разсказъ являются одинаково посредствующими инстанціями“ *(стр. 137)*. Но принципъ непосредственности требуетъ, чтобы судья вошелъ въ личное общеніе со свидѣтелями, а это вполнѣ достигается только при устномъ допросѣ ихъ. Дѣло вѣдь въ томъ, что доказательствомъ служитъ не показаніе свидѣтеля и даже не полученное имъ отъ фактическихъ обстоятельствъ впечатлѣніе, а самъ свидѣтель, какъ живая личность, хранящая въ себѣ слѣды прошлыхъ воспріятій относительно обстоятельствъ дѣла, подобно тому, какъ письменнымъ доказательствомъ служитъ не содержаніе документа, не письменные знаки, изображенные на бумагѣ, а самъ документъ, сама бумага со всѣми своими физическими и химическими свойствами. Въ самомъ дѣлѣ, судъ не можетъ удовольствоваться однимъ ознакомленіемъ съ содержаніемъ документа, ибо въ такомъ случаѣ точная копія документа вполнѣ замѣнила бы подлинникъ; недостаточно для суда и прочесть письменные знаки, начертанные на документѣ, ибо въ такомъ случаѣ фотографическій снимокъ съ документа имѣлъ бы одинаковое доказательное значеніе съ самимъ документомъ. Суду необходимо ознакомиться *непосредственно* съ *самимъ подлиннымъ документомъ*, чтобы имѣть возможность подвергнуть всестороннему изслѣдованію его достовѣрность. Такое изслѣдованіе можетъ иной разъ совершенно подорвать доказательную силу самаго яснаго по содержанію документа, если, напр., обнаружится изъ фабричныхъ водяныхъ знаковъ на бумагѣ или изъ ея химическаго состава, что она выпущена съ фабрики послѣ той даты, которою помѣчена положенная въ документѣ сдѣлка, т.-е., что документъ совершенъ заднимъ числомъ, подложно. Таково же значеніе и свидѣтеля. Онъ—живой документъ, живой памятникъ прошлаго. Онъ воспринялъ съ помощью своихъ внѣшнихъ чувствъ извѣстные факты; слѣды этихъ воспріятій хранятся въ его памяти, какъ письмена на бумагѣ; по этимъ слѣдамъ судъ долженъ возстановить воспріятія свидѣтеля, а по воспріятіямъ—факты. Для этого суду недостаточно прочесть письменное показаніе свидѣтеля. Вѣдь свидѣтель можетъ неточно и неполно передать свои впечатлѣнія, обративъ вниманіе на

III. Принципъ непосредственности выражается современными иностранными уставами въ формѣ трехъ положеній: 1) рѣшеніе должно быть постановляемо тѣми судьями, которые непосредственно воспринимали фактическій матеріалъ дѣла, такъ что если составъ присутствія измѣняется, то засѣданіе, въ которомъ дѣло разсматривалось по существу, должно быть повторено

одной подробности, почему-либо остановившія на себѣ его вниманіе, и упустивъ изъ виду другія; мало того, его память могла вслѣдствіе своихъ природныхъ особенностей ясно запечатлѣть въ себѣ слѣды однихъ воспріятій (напр., зрительныхъ) и не удержать или слабо сохранить слѣды другихъ (напр., слуховыхъ); наконецъ, самыя воспріятія не у всѣхъ людей одинаковы, а обусловливаются состояніемъ органовъ внѣшнихъ чувствъ, степенью вниманія и наблюдательности, подготовкой къ наблюденію даннаго рода явленій и т. п. (Bernheim, 480 ff.). Поэтому судъ долженъ не только ознакомиться съ содержаніемъ свидѣтельскаго показанія, но и опредѣлить степень его достовѣрности и точности, зависящія отъ состоянія органовъ чувствъ свидѣтеля, свойствъ памяти, способности передавать свои впечатлѣнія и ряда внѣшнихъ условій, которыми сопровождалось воспріятіе интересующихъ судъ фактовъ. Наконецъ, только при устномъ допросѣ судъ имѣетъ возможность дѣлать очныя ставки свидѣтелямъ, давшимъ противорѣчивыя показанія относительно однихъ и тѣхъ же фактовъ, и опредѣлять достовѣрность ихъ показаній въ зависимости отъ того, какимъ образомъ они ихъ даютъ. Все это при письменности показаній недостижимо, такъ какъ тутъ, по справедливому замѣчанію Криза, „между судомъ и свидѣтелемъ оказывается имѣющій самостоятельное существованіе документъ. Что онъ представляетъ собою доказательство, этого никакъ нельзя отрицать, а въ такомъ случаѣ посредствомъ находящагося въ рукахъ суда доказательства устанавливается содержаніе другого—отсутствующаго доказательства“ (стр. 101). Судъ принужденъ ограничиваться изъясненіемъ письменнаго показанія свидѣтеля подобно тому, какъ онъ толкуетъ завѣщаніе умершаго лица.

Въ пользу приравненія письменныхъ показаній свидѣтелей къ устному допросу ихъ приводятъ то соображеніе, что иногда первыя могутъ быть болѣе достовѣрны, чѣмъ вторыя. Если, напр., письменное описаніе свидѣтеля сдѣлано имъ безъ предвидѣнія того, что будетъ представлено въ судъ, то оно можетъ быть „признано болѣе близкимъ къ истинѣ, чѣмъ устный разсказъ того же свидѣтеля передъ судомъ, такъ какъ этотъ послѣдній разсказъ можетъ быть заученный и умышленно ложный или можетъ быть данъ подъ вліяніемъ смущенія или замѣшательства передъ официальной обстановкой судебнаго слѣдствія, или, наконецъ, подъ давленіемъ слишкомъ придирчиваго допроса которою-либо изъ сторонъ“ (Щегловитовъ, 137). Но даже и въ такомъ случаѣ судъ, имѣя предъ собой два противорѣчивыхъ показанія свидѣтеля—устное и письменное,—можетъ опредѣлить сравнительную достовѣрность каждаго не иначе, какъ посредствомъ тщательнаго, повторнаго допроса свидѣтеля, очной ставки съ другими свидѣтелями, сопоставленія его показаній съ прочими доказательствами и т. п., не говоря уже о томъ, что только при устномъ допросѣ могутъ быть выяснены важныя для разрѣшенія дѣла подробности, упущенныя свидѣтелемъ изъ виду въ письменномъ показаніи, и возможна оцѣнка правдивости и добросовѣстности самого свидѣтеля. Mittermaier. Mündlichkeit, 248, 251; Barrot, 102 ss., 184.

передъ новымъ составомъ присутствія [1]); 2) воспріятіе доказательствъ происходитъ, по общему правилу въ засѣданіи суда, которому предстоитъ постановить рѣшеніе [2]), и 3) письменныя доказательства, на которыя ссылаются тяжущіеся, должны быть представляемы ими въ подлинникахъ [3]).

Въ нашемъ уставѣ гражд. судопроизводства первое положеніе отсутствуетъ [4]). Но изъ общаго смысла статей 324 и сл. о слушаніи дѣла и статьи 693 и слѣдующихъ о порядкѣ постановленія рѣшеній видно, что въ постановленіи рѣшенія должны участвовать именно тѣ судьи, которые присутствовали при слушаніи дѣла и словесномъ состязаніи сторонъ въ послѣднемъ предъ разрѣшеніемъ дѣла засѣданіи (75 № 180). Второе положеніе выставлено въ уставѣ въ видѣ общаго правила по отношенію къ допросу свидѣтелей (ст. 385) и повѣркѣ доказательствъ (ст. 500), а третьяго положенія нѣтъ.

IV. Строгое проведеніе принципа непосредственности иногда невозможно, а иногда, хотя и возможно, но связано съ большими неудобствами для участвующихъ лицъ или для судей. Вслѣдствіе этого становятся неизбѣжны отступленія отъ названнаго принципа.

Прежде всего, конечно, физическая невозможность непосредственнаго воспріятія фактовъ заставляетъ судъ довольствоваться производными доказательствами. Если, напр., спорный товаръ сгорѣлъ или подлинный документъ утраченъ, то суду приходится основываться на описаніи товара, дѣлаемомъ свидѣтелями, и на копіи утерянnаго документа (ст. 441).

Затѣмъ, трудно обойтись безъ нарушенія принципа непосредственности въ апелляціонномъ производствѣ, такъ какъ передопросъ всѣхъ свидѣтелей въ засѣданіи судебной палаты, обыкновенно находящейся въ другомъ городѣ, и осмотръ палатой

---

[1]) Герм. уст., §§ 309, 329; австр., §§ 412, 276; венг., § 242; итал., § 357. Garsonnet, № 622; Boitard, I, № 250.

[2]) Герм., § 355; австр., § 276; венг., § 274; франц., § 1035.

[3]) Герм., §§ 420, 434 (Weismann, I, 165); австр., § 299; венг., § 334.

[4]) Оно имѣется въ уставѣ уголовнаго судопроизводства (ст. 596). Проектъ новой редакціи устава гр. суд. вводитъ первое положеніе (ст. 592) и подтверждаетъ второе по отношенію къ допросу свидѣтелей (ст. 241); опредѣленіе же способа провѣрки письменныхъ доказательствъ предоставлено усмотрѣнію суда (ст. 349).

спорныхъ недвижимостей чрезвычайно затруднили бы участвующихъ въ дѣлѣ лицъ и судей и замедлили разрѣшеніе дѣлъ. Въ виду этого палатамъ приходится обыкновенно знакомиться съ процессуальнымъ матеріаломъ по протоколамъ судовъ первой инстанціи и, въ случаѣ надобности, произвести повѣрку доказательствъ, поручать ее членамъ судовъ первой инстанціи или единоличнымъ судьямъ (ст. 771).

Но и суды первой инстанціи не всегда могутъ воспринимать процессуальный матеріалъ непосредственно. Зачастую это очень неудобно, такъ что имъ приходится отряжать съ этой цѣлью кого-либо изъ своихъ членовъ или же обращаться къ содѣйствію единоличныхъ судей. Но такъ какъ все-таки принципъ непосредственности имѣетъ немалое значеніе для раскрытія матеріальной правды, то уклоненія отъ него могутъ быть допускаемы только въ крайнихъ случаяхъ, когда въ этомъ чувствуется настоятельная надобность. На такой точкѣ зрѣнія стояли составители судебныхъ уставовъ. Ст. 500 уст. гр. суд. въ первоначальной редакціи дозволяла поручать повѣрку доказательствъ отряженному члену суда только по исключенію, „въ указанныхъ закономъ случаяхъ“, а 386 ст. указывала, при какихъ условіяхъ свидѣтели могли быть допрашиваемы внѣ засѣданія суда однимъ изъ его членовъ. Но въ обоихъ случаяхъ судъ дѣйствовалъ черезъ одного изъ своихъ членовъ, который лично участвуя въ разсмотрѣніи дѣла, „служилъ какъ бы проводникомъ той же непосредственности“ [1]). Законъ 1896 г. ухудшилъ положеніе, разрѣшивъ окружнымъ судамъ поручать допросъ свидѣтелей и совершеніе повѣрочныхъ дѣйствій уѣзднымъ членамъ окружныхъ судовъ и мировымъ судьямъ (ст. 386, 500, 501[1] въ современной редакціи) [2]).

---

[1]) Сабининъ. Нарушеніе принципа непосредственности (Суд. Газ. 1898 № 13).

[2]) Сабининъ, тамъ же: „Исполняя данныя порученія суда, уѣздные члены и мировые судьи являются посторонними органами, не принимающими никакого участія въ рѣшеніи дѣлъ, и результаты ихъ исполненій доходятъ до окружныхъ судовъ въ формѣ бумажныхъ протоколовъ, за которыми скрыта отъ суда непосредственность. Занятые своимъ дѣломъ уѣздные члены и мировые судьи неизбѣжно смотрятъ на порученія окружныхъ судовъ, какъ на постороннее дѣло, а при такомъ взглядѣ не можетъ быть той энергіи и вниманія въ исполненіи ихъ, которыя необходимы для успѣха работы. Наконецъ, исполненіе порученій окружныхъ судовъ, несомнѣнно, требуетъ

Само собою разумѣется, что производимая въ этихъ случаяхъ замѣна первоначальныхъ доказательствъ производными должна быть обставлена такими условіями, которыя все-таки обезпечивали бы достиженіе истины. Такъ, если судъ ради удобства и ускоренія дѣла поручаетъ допросъ свидѣтелей или осмотръ спорнаго имущества одному изъ своихъ членовъ, то стороны должны быть увѣдомлены объ этомъ (ст. 501), имъ слѣдуетъ дать право слѣдить за правильнымъ производствомъ этихъ дѣйствій, за точною записью ихъ въ протоколъ засѣданія и обжаловать дѣйствія производящаго ихъ судьи (ст. 588)[1]).

Но принципъ непосредственности не можетъ быть ограничиваемъ по желанію сторонъ. Принципы диспозитивности и состязательности даютъ имъ право распоряжаться объектомъ процесса, средствами процессуальной борьбы и фактическимъ матеріаломъ, который долженъ быть положенъ судомъ въ основу рѣшенія, но не предоставляютъ имъ предписывать суду тотъ или иной способъ ознакомленія съ этимъ матеріаломъ. Иностранные уставы послѣдовательно проводятъ это положеніе, разрѣшая судамъ отступать отъ непосредственнаго воспріятія процессуальнаго матеріала только въ особо указанныхъ случаяхъ, совершенно независимо отъ желанія или нежеланія сторонъ [2]), и давая судамъ право требовать по собственной инціативѣ представленія подлинныхъ документовъ, если ими представлены копіи [3]). Нашъ уставъ такимъ же точно образомъ разрѣшаетъ вопросъ о повѣркѣ доказательствъ (ст. 500) и допросѣ свидѣте-

---

также опыта или хорошаго знанія гражданской практики судовъ, иногда весьма сложной, и во всякомъ случаѣ обстоятельнаго и серьезнаго знакомства съ тѣмъ дѣломъ, по которому дано порученіе, чего также вообще недостаетъ уѣзднымъ членамъ и мировымъ судьямъ, занятымъ, какъ мы замѣтили выше, своими собственными дѣлами. И вотъ въ результатѣ получаются иногда неудовлетворительныя, спѣшныя исполненія, неполные или неясные осмотры, допросы свидѣтелей и дѣло возвращается обратно для дополненія, почему оно останавливается въ своемъ движеніи. Такимъ образомъ нарушеніе принципа непосредственности, иногда неудовлетворительность исполненій и затѣмъ медленность производства дѣлъ—послѣдствія крайне широкаго примѣненія порученій уѣзднымъ членамъ и мировымъ судьямъ".

[1]) Krieg, 112, 118; Герм. уст., §§ 357, 365, 367 и др.; австр., §§ 207 и сл.; франц., ст. 252 и сл.; венг., §§ 279 и сл.

[2]) Герм., §§ 355, 361 и др.; австр., § 276; венг., § 274; франц., § 1035.

[3]) Герм., § 435; австр., § 299; венг., § 333.

лей (ст. 386). Но относительно права судовъ требовать представленія документовъ въ подлинникахъ онъ умалчиваетъ, предоставляя такое право только сторонамъ (ст. 441). Отсюда сенатъ вывелъ, „что судъ, руководствуясь правилами состязательнаго процесса (ст. 367), не имѣетъ права требовать представленія подлинныхъ документовъ, если это не дѣлаютъ тяжущіеся“ (68 № 806, 76 № 300, и др.), хотя бы копія не была засвидѣтельствована надлежащимъ образомъ (73 № 1519, 77 № 44, 79 № 80), или противникъ тяжущейся стороны, представившей копію, выразилъ сомнѣніе въ ея точности, не требуя представленія оригинала (79 № 320). Однако принципъ состязательности, выставленный въ 367 ст., на которую ссылается сенатъ, здѣсь не при чемъ: онъ воспрещаетъ суду разыскивать и принимать въ соображеніе новыя, не указанныя тяжущимися доказательства, но не препятствуетъ ему провѣрять тѣ, которыя уже имѣются въ дѣлѣ. Напротивъ, ст. 499 прямо разрѣшаетъ суду назначать по своей иниціативѣ повѣрку доказательствъ, по которымъ объявленъ споръ. А такъ какъ истребованіе подлинника, въ случаѣ представленія тяжущимся копіи, дѣлается судомъ для того, чтобы провѣрить точность копіи, то общее правило 499 ст. вполнѣ примѣнимо и къ этому случаю. Слѣдовательно, если тяжущійся выражаетъ сомнѣніе въ точности копіи, представленной противной стороной, то судъ можетъ потребовать отъ нея представленія подлинника [1]).

§ 43.

Концентрація [2]).

I. Заявленія сторонъ и доказательства, на основаніи которыхъ суду необходимо установить фактическую сторону дѣла, могутъ

---

[1]) Наши процессуалисты раздѣляютъ точку зрѣнія сената. Анненковъ, Коммент., II, 188; Гольмстенъ, 209; Исаченко, Комм., II, 462.

[2]) Wach. Vorträge, 15 ff; Canstein, 20 ff., 245 ff., Bar. Recht und Beweis 1867, 62 ff.; Miecк. Das civilprocessuale Konzentrationsprincip, 1901; Fierich. O władzy dyskrecyonalnej sędziego, 1891; Birkmeyer, 199 ff.; Rupp, Der Beweis im Strafverfahren, 1884, § 15; Goyer, § 4; Schmidt, § 61; Skedl, 54 ff; Pollak, § 92; Shrutka, § 114.

быть восприняты имъ сразу и цѣликомъ или же по частямъ, въ извѣстной, установленной закономъ послѣдовательности. Первый способъ именуется концентраціей процессуальнаго матеріала, второй — дѣленіемъ производства на самостоятельныя стадіи.

Судъ можетъ составить себѣ гораздо болѣе ясное и правильное представленіе о дѣлѣ въ томъ случаѣ, когда онъ въ одномъ и томъ же засѣданіи, непосредственно передъ постановленіемъ рѣшенія, допроситъ всѣхъ свидѣтелей, сдѣлаетъ имъ очныя ставки въ случаѣ разногласія между ихъ показаніями, разсмотритъ всѣ документы, сопоставитъ ихъ между собой и со свидѣтельскими показаніями, потребуетъ разъясненія по поводу ихъ у сторонъ и свидѣтелей, чѣмъ тогда, когда онъ выслушаетъ въ одномъ засѣданіи часть свидѣтелей, въ другомъ засѣданіи, черезъ болѣе или менѣе значительный промежутокъ времени,— остальныхъ свидѣтелей, въ третьемъ — ознакомится съ письменными доказательствами, въ четвертомъ—осмотритъ предметъ спора, въ пятомъ—выслушаетъ заключеніе экспертовъ, а въ послѣднемъ—пренія сторонъ по поводу всѣхъ обстоятельствъ дѣла и доказательствъ, воспринятыхъ частями въ предшествующихъ засѣданіяхъ. При концентраціи процессуальнаго матеріала въ умѣ судьи сама собой, автоматически вырисовывается живая и цѣльная картина дѣла; при изслѣдованіи матеріала по частямъ судъ принужденъ сшивать бѣлыми нитками не всегда приходящіеся другъ къ другу клочки смутныхъ воспоминаній, сохранившихъ въ его умѣ отдѣльные эпизоды процесса.

Нельзя даже требовать отъ судей, чтобы въ сколько-нибудь сложныхъ и продолжительное время разбираемыхъ дѣлахъ, они помнили все, что происходитъ во всѣхъ засѣданіяхъ. Приходится поэтому, допустить одно изъ двухъ: либо чтобы въ заключительномъ засѣданіи было сызнова повторено, хотя бы въ сокращенномъ видѣ, все, что было уже произведено въ предшествующихъ засѣданіяхъ, т.-е., чтобы были передопрошены свидѣтели и эксперты, опять произведенъ осмотръ вещественныхъ доказательствъ и т. д., либо, чтобы по каждому засѣданію велся подробный протоколъ, который затѣмъ прочитывался бы въ послѣднемъ засѣданіи. Но въ первомъ случаѣ предварительныя

судебныя засѣданія утратили бы всякое значеніе и вели бы къ напрасному осложненію процесса, а во второмъ случаѣ былъ бы подорванъ принципъ непосредственности, потому что судъ, постановляя рѣшеніе, долженъ былъ бы руководствоваться исключительно тѣмъ, что занесено въ протоколъ, хотя бы тамъ не были воспроизведены какіе-либо важныя данныя по недосмотру или вслѣдствіе того, что первоначально онѣ казались неимѣющими значенія для дѣла [1]).

II. Принципъ концентраціи обладаетъ, однако, и тѣневою стороной.

Сосредоточеніе всего фактическаго матеріала для одновременнаго изслѣдованія въ одномъ и томъ же засѣданіи суда чрезвычайно затруднительно и даже иной разъ совершенно невозможно въ тѣхъ случаяхъ, когда разбираемое дѣло очень сложно, когда въ немъ соединенъ цѣлый рядъ юридическихъ требованій, подкрѣпляемый многочисленными, не связанными другъ съ другомъ доказательствами. Суду не легко въ такихъ случаяхъ разобраться въ противорѣчащихъ другъ другу и взаимно перекрещивающихся требованіяхъ сторонъ и въ необозримой грудѣ фактическаго матеріала. Гораздо удобнѣе и раціональнѣе обслѣдовать этотъ матеріалъ по частямъ. Особенно же цѣлесообразно раздѣленіе производства въ тѣхъ случаяхъ, когда процессуальный матеріалъ распадается на части, изъ которыхъ одна обусловливаетъ другую. Тогда изслѣдованіе одной части можетъ сдѣлать излишнимъ изслѣдованіе другой, зависящей отъ нея. Такъ, напримѣръ, если

---

[1]) Bar, 50. Нѣкоторые считаютъ принципъ концентраціи процессуальнаго матеріала просто слѣдствіемъ устности и непосредственности (Bierkmeyer, 209, 214). Но это невѣрно, такъ какъ кругъ примѣненія всѣхъ этихъ принциповъ различенъ: непосредственность относится къ способу воспріятія судомъ фактическаго матеріала, устность опредѣляетъ форму, въ какой должно происходить состязаніе сторонъ, а концентрація имѣетъ въ виду преподнесеніе суду матеріала не по частямъ, а сразу. Вслѣдствіе этого производство не перестанетъ быть устнымъ и непосредственнымъ только отъ того, что разсмотрѣніе дѣла будетъ произведено не сразу, а въ нѣсколькихъ засѣданіяхъ, если только судъ будетъ лично воспринимать доказательства, а стороны—вести пренія устно. Наоборотъ, письменное и посредственное производство можетъ быть сконцентрировано въ одномъ засѣданіи. Не вытекая, такимъ образомъ, прямо изъ устности и непосредственности, концентрація процессуальнаго матеріала только содѣйствуетъ достиженію тѣхъ цѣлей, къ которымъ стремятся эти принципы, а потому является особымъ, отличнымъ отъ нихъ, хотя и родственнымъ принципомъ.

отвѣтчикъ, возражая противъ иска о возвратѣ занятыхъ имъ у истца денегъ, возражаетъ, что отработалъ ему долгъ и ссылается на свидѣтелей, а въ то же время возбуждаетъ вопросъ о неподсудности дѣла данному суду, то вполнѣ цѣлесообразно было бы, чтобы судъ сначала рѣшилъ споръ о подсудности и только послѣ того, какъ признаетъ дѣло подсуднымъ себѣ, назначилъ разсмотрѣніе его по существу и вызвалъ указанныхъ отвѣтникомъ свидѣтелей: вѣдь если отводъ о неподсудности окажется правильнымъ, то незачѣмъ будетъ разсматривать искъ по существу и допрашивать свидѣтелей.

Помимо этого концентрація процессуальнаго матеріала связана съ правомъ сторонъ приводить новыя доказательства вплоть до момента постановленія рѣшенія, а это открываетъ широкій просторъ для умышленнаго затягиванія производства. Стоитъ одной изъ сторонъ, послѣ того какъ обстоятельства дѣла казались уже вполнѣ выясненными и дѣло готовымъ къ разрѣшенію по существу, указать на новыя обстоятельства и привести новыя доказательства, чтобы судъ долженъ былъ отложить разсмотрѣніе дѣла и въ новомъ засѣданіи повторить все производство сызнова.

Указанныя неудобства принципа концентраціи несомнѣнны. Но они не подрываютъ его значенія, такъ какъ проявляются не всегда, а при наличности особыхъ условій, каковы сложность дѣлъ, чрезвычайное обиліе фактическаго матеріала, недобросовѣстность сторонъ, стремящихся затянуть производство, и т. д. Вредное же вліяніе этихъ особыхъ условій можетъ быть предотвращено спеціальными мѣрами, къ числу которыхъ относятся: воспрещеніе соединять въ одномъ исковомъ прошеніи нѣсколькихъ требованій, не связанныхъ тѣсной внутренней связью, предварительная письменная подготовка дѣла тяжущимися посредствомъ обмѣна состязательными бумагами, возложеніе на сторону, виновную въ умышленномъ затягиваніи дѣлъ судебныхъ издержекъ и штрафа, и т. д. (ст. § 49).

Въ общемъ же слѣдуетъ признать вмѣстѣ съ проф. Вахомъ, что „сосредоточеніе всего процессуальнаго матеріала, всѣхъ заявленій и состязанія сторонъ, воспріятія всѣхъ доказательствъ въ одномъ судебномъ засѣданіи представляетъ собою идеалъ,

который зачастую не можетъ быть достигнутъ вполнѣ, но къ достиженію котораго можно и необходимо приблизиться“ [1]).

III. Важное значеніе принципа концентраціи для раскрытія матеріальной истины въ процессѣ ясно указывается весьма немногими процессуалистами. Прочіе либо обходятъ его полнымъ молчаніемъ, либо упоминаютъ о немъ лишь мимоходомъ, обыкновенно въ качествѣ средства къ ускоренію производства. Послѣднюю точку зрѣнія проводятъ даже Канштейнъ [2]) и авторъ единственной монографіи о принципѣ концентраціи—Микъ [3]).

---

[1]) Wach, Vorträge, 15. Принципъ концентраціи производства имѣетъ въ уголовномъ процессѣ еще больше значенія, чѣмъ въ гражданскомъ, потому что при разрѣшеніи гражданскихъ дѣлъ суды принимаютъ во вниманіе только юридически существенныя обстоятельства, а при постановленіи уголовныхъ приговоровъ—всю бытовую обстановку, въ которой дѣйствовалъ правонарушитель, мотивы, которыми онъ руководствовался, среду, которая на него вліяла и т. д., словомъ, многое такое, что не представляетъ никакого значенія въ глазахъ гражданскаго суда. Поэтому принципъ концентраціи, какъ и принципъ непосредственности, проводятся въ уголовномъ процессѣ болѣе строго и послѣдовательно, чѣмъ въ гражданскомъ: весь процессуальный матеріалъ представляется и разрабатывается въ такъ называемомъ главномъ засѣданіи, и судъ постановляетъ приговоръ исключительно на основаніи того, что имъ непосредственно воспринято въ этомъ засѣданіи. Rupp, 150—151, 152; Zachariae, I, 52; Glaser, I, 248—249. Ср. объясненія къ 633 статьѣ устава уголовнаго судопроизводства. Вслѣдствіе тѣсной связи между принципами непосредственности, концентраціи и устности въ уголовномъ процессѣ они иногда объединяются и разсматриваются, какъ проявленіе одного принципа непосредственности, или устности. Палаузовъ. Къ вопросу о формѣ участія народнаго элемента въ уголовной юстиціи, 1876, 14—15.

[2]) Canstein, 245—246.

[3]) Mieck, X; Schrutka, § 114. Вмѣсто термина „концентрація матеріала“ нѣкоторые употребляютъ терминъ „единство производства, единство главнаго засѣданія“, а криминалисты говорятъ обыкновенно о „непрерывности судебнаго слѣдствія или производства“ (Щегловитовъ, 151—152; Случевскій, 57). Подъ единствомъ производства нѣкоторые разумѣютъ внутреннее единство гражданскаго процесса, въ силу котораго все производство, хотя бы растянувшееся на много засѣданій, раздѣленныхъ болѣе или менѣе значительными промежутками времени, все-таки разсматривается какъ одно цѣлое (Canstein, 78, Anm.; Birkmeyer, 214; Weisman, 200; Skedl, 30). Практическимъ результатомъ такого воззрѣнія является признаніе за сторонами права приводить новые доводы и доказательства вплоть до конца заключительнаго устнаго засѣданія (Skedl, 29 ff.; Birkmeyer, 197 ff.). Въ этомъ отношеніи принципу единства производства противополагается принципъ *формальнаго порядка производства* (Pr. der formalen Ordnung), согласно которому производство дѣлится на нѣсколько самостоятельныхъ стадій, изъ которыхъ каждая посвящена установленію какой-либо опредѣленной части процессуальнаго матеріала. Такъ, напри-

IV. Дѣйствующіе процессуальные уставы не формулируютъ принципа концентраціи въ видѣ общаго положенія и даже не употребляютъ этого термина. Но при опредѣленіи порядка производства они принимаютъ нѣкоторыя мѣры къ тому, чтобы воспріятіе судомъ процессуальнаго матеріала могло быть сосредоточено въ одномъ засѣданіи, и притомъ, непосредственно предшествующемъ постановленію рѣшенія. Нашъ уставъ въ этомъ отношеніи отстаетъ отъ западно-европейскихъ. Онъ устанавливаетъ только предварительную письменную подготовку сложныхъ дѣлъ въ состязательныхъ бумагахъ (ст. 312, 363) и требуетъ отъ сторонъ представленія относящихся къ дѣлу документовъ при самомъ заявленіи своихъ притязаній и возраженій (ст. 263, 264, 316, 353). Но и соблюденіе этихъ правилъ не безусловно обязательно, потому что нарушеніе ихъ не связано съ какими-либо невыгодными послѣдствіями: тяжущіеся въ правѣ уклониться отъ обмѣна состязательными бумагами (ст. 320), а новыя доказательства могутъ быть предъявляемы въ продолженіе всего производства, вплоть до постановленія судомъ рѣшенія (80 № 313, 78 № 77, и др.).

По германскому уставу предварительная письменная подготовка тоже необязательна (§ 129); однако, если вслѣдствіе этого

мѣръ, первоначально въ германскомъ общемъ процессѣ производство распадалось на двѣ стадіи, являясь, по выраженію Гепнера, драмой въ двухъ актахъ, изъ которыхъ каждый заканчивался рѣшеніемъ суда: сначала выяснялся предметъ спора—требованія и возраженія сторонъ, а затѣмъ судъ постановлялъ опредѣленіе о томъ, какія обстоятельства и чѣмъ изъ тяжущихся должны быть доказаны, послѣ чего начинался второй актъ—производство по доказыванію, завершавшееся уже рѣшеніемъ дѣла по существу (Birkmeyer, 198). Нецѣлесообразность такого раздѣленія процесса на самостоятельныя стадіи, создающая искусственное препятствіе къ достиженію матеріальной истины, давно признана и никѣмъ въ настоящее время не опровергается. Германскій и австрійскій уставы, уничтоживъ существовавшее въ прежнемъ процессѣ дѣленіе процесса на стадіи, предоставили судамъ право, по мѣрѣ надобности, соединять и раздѣлять процессуальныя дѣйствія. Это преобразованіе характеризуется многими авторами, какъ замѣна принципа формальнаго порядка производства принципомъ *произвольнаго порядка* (Menger, 319—320; Schrutka, § 113; Ullman. Grundriss. oester. Cp. § 26. Но такая характеристика не вѣрна. Принципу дѣленія производства на стадіи противоположенъ принципъ единства производства. Право же суда дѣлать измѣненія въ порядкѣ совершенія процессуальныхъ дѣйствій не противорѣчитъ дѣленію процесса на стадіи, потому что можетъ быть предоставлено суду въ каждой изъ стадій въ отдѣльности.

дѣло не будетъ надлежащимъ образомъ подготовлено, то, по просьбѣ противной стороны, судъ можетъ отложить засѣданіе, возложивъ на виновную сторону судебныя издержки или подвергнувъ ее штрафу [1]). Затѣмъ, судъ имѣетъ право назначать подготовительное (расчетное) производство (§ 348), соединять и раздѣлять производство по нѣсколькимъ исковымъ требованіямъ (§§ 145—147), устранять несвоевременно представленныя доказательства (§§ 279, 374, 402, 433), удерживать тяжущихся отъ попытокъ замедлить движеніе процесса возложеніемъ на нихъ судебныхъ издержекъ (§ 95) и штрафовъ (§ 49 зак. о суд. изд.). Ко всѣмъ этимъ мѣрамъ австрійскій уставъ присоединилъ еще предварительное производство предъ предсѣдателемъ или членомъ суда для разрѣшенія разныхъ предварительныхъ вопросовъ (отводовъ о неподвѣдомственности дѣла судамъ, неподсудности дѣла данному суду, о нахожденіи того же иска на разсмотрѣніи другого суда, о разрѣшеніи того же иска послѣдовавшимъ раньше рѣшеніемъ) и для постановленія рѣшенія въ виду признанія отвѣтчикомъ иска или отказа истца отъ иска (§ 239) [2]). Сходныя, хотя и не тождественныя правила даетъ новый венгерскій уставъ (§§ 178 и сл., 222 и сл.).

Проектъ новой редакціи устава гражданскаго судопроизводства дополняетъ дѣйствующія нынѣ постановленія нѣкоторыми новыми правилами по образцу германскаго устава, предоставляя суду право соединять и раздѣлять производство по нѣсколькимъ требованіямъ (ст. 193, 194) и возлагать судебныя издержки на ту изъ сторонъ, которая несвоевременнымъ представленіемъ доказательствъ вызвала отсрочку засѣданія (ст. 182).

---

[1]) Weismann, I, 191—192.

[2]) Существованіе такого предварительнаго производства не только не нарушаетъ принципа концентраціи процессуальнаго матеріала, но, напротивъ, способствуетъ его примѣненію, потому что въ предварительномъ производствѣ разрѣшаются вопросы о правильности предъявленія иска и возможности принятія дѣла къ производству для постановленія рѣшенія по существу. Такимъ образомъ, предварительное производство, или „производство по принятію процесса“ (Prozessaufnahmeverfahren), какъ его назвалъ венгерскій уставъ, обезпечиваетъ, по замѣчанію мотивовъ къ этому уставу „успѣшность главнаго засѣданія, выключая изъ него то, что можетъ быть разрѣшено отдѣльно, чтобы не перегрузить главное засѣданіе матеріаломъ“ (Gottl. Ungarische CPO, 1911, 139).

Что касается принятаго въ Австріи предварительнаго производства, то комиссія сочла его непригоднымъ для Россіи, главнымъ образомъ потому, что оно можетъ быть полезно только „при близости суда къ населенію и при обязательности посредничества адвокатуры"; въ виду же отсутствія у насъ этихъ условій явка въ судъ, „какъ доказано опытомъ, составляетъ у насъ самое тяжкое бремя для тяжущихся" [1]).

§ 44.

Оцѣнка доказательствъ [2]).

I. Фактическій матеріалъ, собранный и представленный сторонами, долженъ быть критически провѣренъ судомъ. Принять слѣпо на вѣру все, на что стороны нашли полезнымъ сослаться, судъ не можетъ уже потому, что стороны обыкновенно противорѣчатъ другъ другу и взаимно опровергаютъ себя.

Кромѣ того, постулатъ матеріальной правды требуетъ, чтобы судъ стремился по возможности къ обнаруженію истины, къ установленію фактическихъ обстоятельствъ, на почвѣ которыхъ возникъ процессъ, въ томъ видѣ, какой они въ дѣйствительности имѣли.

Законодатель можетъ придать этого рода дѣятельности суда, направленной на оцѣнку процессуальнаго матеріала, троякій характеръ: 1) либо снабдить судей точными критеріями для измѣренія сравнительной силы доказательствъ, 2) либо предоста-

---

[1]) Объяснит. Зак., I, 131. Въ нашей литературѣ этотъ вопросъ споренъ (см. тамъ же, стр. 131 и 132, прим.).

[2]) Владимировъ. Ученіе объ уголовныхъ доказательствахъ, 3 изд., 1910, стр. 15—98; Малышевъ, I, § 61; Азаровичъ, I, 55—61; Энгельманъ, § 42, п. 3; Нефедьевъ, 183—187; Endemann. Die Beweislehre des Civilprocesses, 1860; Zink. Ueber die Ermittelung des Sachverhaltes, 1860, I, 11 ff.; Kroll. Ueber die Beweiswürdigung im Cpr., 1862; Bar. Recht und Beweis im Cpr., 1867; Canstein. Die Grundlagen d. Beweisrechts (Zt. Zp. 2 B.); Ude. Freie Beweiswürdigung (Zt. Zp. 6 B.); Bühr. Die Grenzen der freien Beweistheorie (Jahrb. f. Dogm. 25 B.); Wach, Vorträge, 213 ff.; Canstein, Rat. Grundl., 52 ff.; Birkmeyer, 295 ff.; Schmidt, § 82; Weismann, §§ 44, 44a; Skedl, § 7.

вить оцѣнку ихъ свободному и безконтрольному убѣжденію судей, 3) либо обязать судей оцѣнивать доказательства по ихъ внутреннему значенію и мотивировать свои выводы.

При первой системѣ судъ долженъ опредѣлять силу представленныхъ сторонами доказательствъ, руководствуясь преподанными ему формальными правилами, въ родѣ, напримѣръ, такихъ: судъ обязанъ считать фактъ установленнымъ, если онъ подтверждается двумя свидѣтелями; письменные документы достовѣрнѣе показаній свидѣтелей; въ случаѣ разногласія между свидѣтелями слѣдуетъ болѣе достовѣрными считать показанія мужчинъ, чѣмъ показанія женщинъ, и т. п.

При второй системѣ судъ устанавливаетъ фактическую сторону дѣла по своему убѣжденію, на основаніи общаго впечатлѣнія, которое произвели на него представленныя сторонами данныя, не указывая, почему онъ пришелъ именно къ такому, а не къ иному убѣжденію.

При третьей системѣ судъ оцѣниваетъ значеніе доказательствъ по ихъ внутреннему достоинству, руководствуясь при этомъ законами логики, выводами наукъ и данными житейскаго опыта, и приводя основанія, по какимъ признаетъ доказанными или недоказанными тѣ либо иные факты.

Первая система связываетъ дѣятельность суда при установленіи фактическихъ обстоятельствъ дѣла формальными, напередъ указанными въ законѣ правилами и потому называется *системой (или теоріей) формальныхъ, законныхъ доказательствъ.* Вторая система открываетъ неограниченный просторъ судейскому усмотрѣнію и заслуживаетъ названія системы *свободнаго внутренняго убѣжденія судьи.* А третья система носитъ имя системы *свободной оцѣнки доказательствъ,* или *матеріальной теоріи доказательствъ* [1]).

Первая система наиболѣе обезпечиваетъ тяжущихся отъ судейскаго произвола при оцѣнкѣ доказательствъ, и съ этой точки зрѣнія она заслуживала бы предпочтенія, если бы не страдала существеннымъ недостаткомъ, подрывающимъ ея значеніе. Этотъ

---

[1]) Вторую систему обыкновенно упускаютъ изъ виду, противопоставляя первую третьей.

недостатокъ состоитъ въ томъ, что она затрудняетъ и даже зачастую дѣлаетъ невозможнымъ раскрытіе матеріальной истины. Какъ ни соблазнительна мысль напередъ установить объективныя мѣрила для опредѣленія силы доказательствъ, но осуществить эту мысль невозможно [1]), потому что значеніе доказательства опредѣляется цѣлымъ рядомъ условій, которыя не подлаются ни точному измѣренію, ни даже исчерпывающему перечисленію и, вдобавокъ, комбинируются между собой въ различныхъ случаяхъ самымъ различнымъ образомъ. Достовѣрность свидѣтельскаго показанія, напримѣръ, зависитъ отъ его ясности, точности, обстоятельности, отъ условій, при которыхъ свидѣтель воспринялъ сообщаемые имъ суду факты, отъ состоянія его органовъ чувствъ и всего организма вообще во время воспріятія, отъ душевнаго настроенія, отъ степени остроты памяти и т. д. Обобщить всѣ эти условія и выразить въ отвлеченныхъ формулахъ, которыя бы годились для каждаго отдѣльнаго случая, рѣшительно немыслимо. Можно, напримѣръ, сказать, что согласное показаніе двухъ свидѣтелей достовѣрнѣе противоположнаго показанія одного свидѣтеля *при равенствѣ всѣхъ прочихъ условій*, т.-е., если нѣтъ никакихъ основаній признать одно показаніе болѣе достовѣрнымъ, чѣмъ другое. Но такого равенства всѣхъ условій въ дѣйствительности не бываетъ: если показаніе одного свидѣтеля точнѣе показанія другого, зато показаніе другого подробнѣе; если одинъ свидѣтель былъ ближе къ наблюдаемому событію, то у другого зрѣніе или слухъ лучше, и т. д.

Поэтому, если даже нѣкоторыя правила формальной теоріи доказательствъ вѣрны въ большинствѣ случаевъ, являясь результатомъ продолжительнаго житейскаго опыта, тѣмъ не менѣе они не могутъ претендовать на значеніе обще-обязательныхъ нормъ. Они даже въ лучшемъ случаѣ „представляютъ собою только приблизительныя обобщенія, допускающія множество исключеній. Поэтому возведеніе ихъ въ обязательныя для судей правила—такая же нелѣпость, какъ если бы законодатель призналъ

---

[1]) L. 3, § 2. D. de test. (22,5): „Quae argumenta ad quem modum probandae cuique rei sufficiant, nullo certo modo satis definiri potest". Canstein, Die Grundl. d. Beweisr., 356 ff.

для поведенія людей обязательными пословицы, также составляющія наслѣдія вѣковъ“ [1]). Связывая суду руки изъ опасенія судейскаго произвола, формальная система доказательствъ тѣмъ самымъ лишаетъ его свободы дѣйствій, необходимой для раскрытія матеріальной правды.

Вторая система — полной свободы судейскаго убѣжденія — исключаетъ возможность провѣрки правильности сдѣланной судомъ оцѣнки доказательствъ и вслѣдствіе этого открываетъ широкій просторъ для судейскаго произвола. Не будучи обязаны мотивировать свои рѣшенія, судьи получаютъ возможность недобросовѣстно и небрежно относиться къ исполненію своихъ обязанностей, уклоняться отъ всесторонняго и тщательнаго изслѣдованія и сопоставленія доказательствъ и довольствоваться общимъ впечатлѣніемъ, которое произведено на нихъ даннымъ процессомъ. Въ виду этого вторая система примѣнима только *по отношенію* къ такимъ судьямъ, которые, въ силу какихъ-либо условій, могутъ быть избавлены отъ контроля. Таковы присяжные засѣдатели. Если имъ, какъ вѣрно указано въ объясненіяхъ къ 411 ст. уст. гражд. суд., „предоставляется въ уголовныхъ дѣлахъ руководствоваться исключительно своимъ внутреннимъ убѣжденіемъ и не давать отчета въ основаніяхъ постановленнаго ими рѣшенія, то на это есть разумныя причины: невозможность установить для уголовныхъ дѣлъ, по внутреннему ихъ существу, какую-либо удовлетворительную систему доказательствъ и особенное довѣріе къ присяжнымъ, какъ представителямъ общественной совѣсти“.

Третья система свободна отъ недостатковъ, свойственныхъ двумъ первымъ. Не ставя искусственныхъ преградъ свободѣ судейскаго изслѣдованія истины и въ то же время не открывая дороги судейскому произволу, она вполнѣ соотвѣтствуетъ одному изъ основныхъ правилъ историческаго изслѣдованія, заключающемуся въ томъ, что каждому источнику слѣдуетъ придавать то значеніе, какого онъ заслуживаетъ по своему внутреннему значенію (см. стр. 403).

Вмѣстѣ съ тѣмъ она не даетъ суду возможности ограничиваться

---

[1]) Владимировъ, 71—72.

поверхностнымъ ознакомленіемъ съ дѣломъ и удовольствоваться общимъ, нерѣдко смутнымъ и неопредѣленнымъ впечатлѣніемъ, выносимымъ изъ производства, а побуждаетъ разбираться въ этомъ впечатлѣніи, уяснять себѣ, на чемъ оно основано, и излагать эти основанія въ рѣшеніи для того, чтобы другія лица и въ особенности высшія судебныя инстанціи могли провѣрить правильность заключеній суда [1]).

II. Въ республиканскомъ Римѣ гражданскій процессъ основывался на принципѣ свободной оцѣнки доказательствъ. Но когда отправленіе правосудія перешло въ руки чиновниковъ, начали появляться ограниченія этого принципа: законодатели стали опредѣлять въ общей формѣ сравнительное значеніе отдѣльныхъ видовъ доказательствъ. Съ паденіемъ нравовъ въ византійской имперіи и возраставшимъ недовѣріемъ къ судейскому сословію, теорія формальныхъ доказательствъ все болѣе развивалась и достигла, подъ вліяніемъ схоластической философіи, пышнаго расцвѣта въ средніе вѣка какъ въ каноническомъ, такъ и въ свѣтскомъ правѣ.

Изъ западныхъ законодательствъ она проникла и въ нашъ Сводъ Законовъ. Вторая часть X тома раздѣляла доказательства на полныя, или совершенныя, и половинныя, требовавшія дополненія другими доказательствами (ст. 329 и сл.); при разногласіи между свидѣтелями дѣло должно было разрѣшаться на основаніи показаній большинства ихъ, а при раздѣленіи по-

---

[1]) Canstein, Bat. Gr., 54—55. Въ такомъ видѣ принципъ свободной оцѣнки доказательствъ, по выраженію Вахa, „не возводитъ судейскаго произвола на тронъ. Убѣжденіе судьи должно быть мотивировано объективными данными... Представляется естественнымъ и даже неизбѣжнымъ, что впечатлѣніе, производимое личностью тяжущагося, его манера говорить, отношеніе къ утвержденіямъ противника,—все это не можетъ остаться безъ вліянія на тотъ умственный процессъ, какимъ является образованіе судейскаго убѣжденія. Но никогда не слѣдуетъ упускать изъ виду, что смутное довѣріе къ личности не можетъ при этомъ играть никакой роли. Основой для сужденія объ истинности утвержденій могутъ служить только фактическіе опорные пункты, объективныя данныя. Точно такъ же должно быть отвергнуто прославутое „общее впечатлѣніе", самоочевидность раскрывающагося при устномъ разбирательствѣ фактическаго матеріала. Этимъ словомъ очень легко прикрываются туманныя представленія и распущенная мысль. „Общее впечатлѣніе"—не доказательство и не основа для сужденія. Мы должны отдавать отчетъ себѣ и сторонамъ относительно тѣхъ посылокъ, изъ которыхъ извлекаемъ заключеніе объ истинѣ". (Vorträge, 214—215). Ср. Bähr, 399.

ровну судъ обязанъ былъ отдавать предпочтеніе мужчинамъ предъ женщинами, знатнымъ предъ незнатными, ученымъ предъ неучеными, духовнымъ предъ свѣтскими (ст. 404, 405) и т. п.

Дѣйствующіе процессуальные уставы предоставляютъ судамъ оцѣнивать доказательства по внутреннему убѣжденію, обязывая ихъ въ то же время мотивировать свои выводы [1]).

Нашъ уставъ не формулируетъ этого положенія въ общемъ видѣ, но изъ постановленій по частнымъ вопросамъ (ст. 102, 411, 437, 533, 711, 774 и др.), а также изъ объясненій къ 411 и 711 статьямъ видно, что составители судебныхъ уставовъ отступили отъ господствовавшей въ дореформенномъ процессѣ системы формальныхъ доказательствъ и предпочли принципъ матеріальныхъ доказательствъ.

Такъ, въ объясненіяхъ къ 411 ст. устава говорится: „по правиламъ, предначертаннымъ въ уставѣ гражданскаго судопроизводства, опредѣленіе достовѣрности и силы свидѣтельскихъ показаній (ст. 411), а также силы и преимущества письменныхъ доказательствъ, между собою несогласныхъ (ст. 459), предоставляется усмотрѣнію суда, который не обязанъ подчиняться и мнѣнію свѣдущихъ людей, если почитаетъ его несогласнымъ съ достовѣрными обстоятельствами дѣла“ (ст. 533). Приведя затѣмъ возраженія противниковъ, предложившихъ совсѣмъ иныя правила, составители устава замѣчаютъ, что эти правила „принадлежатъ къ остаткамъ отживающей теоріи законныхъ доказательствъ, въ коей формѣ отдается предпочтеніе предъ существомъ дѣла, и жизнь стѣсняется мертвыми формами“.

Вмѣстѣ съ тѣмъ составители устава нашли, что „для того, чтобы рѣшеніе не имѣло вида произвольнаго приказанія судьи, а содержало въ себѣ изъясненіе и удостовѣреніе въ правильности онаго, надлежитъ вмѣнить судебнымъ мѣстамъ въ обязанность излагать въ рѣшеніи тѣ соображенія, на коихъ оно основано“ (объясн. къ 711 ст.). Сообразно съ этимъ, 2 пунктъ 711 ст. и соотвѣтствующій ему 4 пунктъ 142 ст. поста-

---

[1]) Герм., § 286; австр., § 272; венг., § 270; франц., § 140; ит., § 360[2].

повляютъ, что рѣшеніе должно заключать въ себѣ „соображенія суда“ [1]).

III. Но принципъ свободной оцѣнки доказательствъ не можетъ быть проведенъ въ гражданскомъ процессѣ безусловно послѣдовательно. Особыя свойства гражданскаго процесса, характеръ правъ, составляющихъ его объектъ, и разныя другія соображенія побуждаютъ законодателя ограничить въ нѣкоторыхъ отношеніяхъ право свободнаго изслѣдованія суда [2]).

1. Прежде всего, преграда свободной дѣятельности суда при оцѣнкѣ доказательствъ можетъ быть поставлена самими тяжущимися. Имѣя, въ силу принципа формальной диспозитивности, право распоряжаться средствами процессуальной борьбы, тяжущійся можетъ не оспаривать фактовъ, приводимыхъ противной стороной въ подтвержденіе ея требованій и утвержденій, а признать ихъ вѣрными. Въ такомъ случаѣ и судъ обязанъ признать эти факты доказанными, потому что такова воля обѣихъ сторонъ, имѣющая, при данныхъ условіяхъ, рѣшающее значеніе (ст. 480). Далѣе, законъ дозволяетъ сторонамъ условиться о разрѣшеніи спора присягой, такъ что если такое условіе состоится и будетъ осуществлено, то подтвержденные присягой факты должны считаться окончательно установленными (ст. 498). Точно также могутъ тяжущіеся придать, съ обоюднаго согласія, рѣшающее значеніе дознанію черезъ окольныхъ людей (ст. 422).

2. Другую преграду свободному изслѣдованію фактическихъ обстоятельствъ судомъ ставятъ нормы матеріальнаго гражданскаго права, предписывающія для нѣкоторыхъ юридическихъ сдѣлокъ обязательную форму совершенія. Такъ, напр., сдѣлки, касающіяся вещныхъ правъ на недвижимыя имущества, должны быть совершаемы крѣпостнымъ порядкомъ (ст. 66 нотар. пол.), договоры займа должны быть облекаемы въ письменную форму, и т. д. Этими правилами обязанъ руководствоваться и судъ. Онъ не можетъ, напр., признать дѣйствительной продажу дома по домаш-

---

[1]) Проф. Нефедьевъ ошибочно полагаетъ, будто „судъ имѣетъ отношеніе къ доказательствамъ, сходное съ отношеніемъ къ нимъ со стороны присяжныхъ засѣдателей“ (Учебникъ, стр. 186).

[2]) Canstein, Rat. Grundl., 62—63; Die Grundl. d. Beweisr., 308 ff.

ней росписки или допустить въ доказательство займа допросъ свидѣтелей [1]).

3. Далѣе, не подлежатъ повѣркѣ гражданскаго суда вошедшія въ законную силу рѣшенія другихъ гражданскихъ судовъ, приговоры уголовныхъ и дисциплинарныхъ судовъ, а въ нѣкоторыхъ случаяхъ и постановленія административныхъ властей (ст. 5, 6, 893 и др.).

4. Наконецъ, законодатель устанавливаетъ для отдѣльныхъ случаевъ предположенія относительно доказанности тѣхъ или иныхъ фактовъ, предположенія либо безусловно обязательныя для суда, либо подлежащія примѣненію лишь тогда, когда не были опровергнуты сторонами. Такъ, напр., въ силу 531 ст. 1 ч. X т. Св. зак., владѣлецъ движимости считается ея собственникомъ, пока не доказано противное; согласно 119 ст. той же части X тома, дѣти, рожденныя въ законномъ бракѣ, признаются законными, и т. д.

IV. Принципъ свободной оцѣнки доказательствъ относится, строго говоря, ко всему процессуальному матеріалу, на основаніи котораго судъ долженъ установить фактическую сторону дѣла, т.-е., не только къ доказательствамъ, представленнымъ тяжущимися въ подтвержденіе своихъ требованій и утвержденій, но и ко всѣмъ утвержденіямъ, заявленіямъ и логическимъ доводамъ сторонъ. Судъ долженъ составить себѣ убѣжденіе относительно истинности фактовъ на основаніи всего того, что имъ воспринято при производствѣ. Это признано какъ иностранными уставами [2]), такъ и нашимъ. Именно, по ст. 339 рѣшеніе суда должно быть основано на представленныхъ сторонами документахъ и „на доводахъ, изъясненныхъ при устномъ состязаніи“; ст. 711 постановляетъ, что судъ обязанъ привести въ рѣшеніи „обстоятельства, на которыхъ оно основано“, а ст. 129 предпи-

---

[1]) Best. Grundzüge des englischen Beweisrechts, 1851, 28: „Власть суда сдѣлалась бы вскорѣ абсолютной, хотя бы нормы матеріальнаго права предусматривали все до мельчайшихъ подробностей, если бы отъ усмотрѣнія суда зависѣло объявлять факты доказанными или недоказанными. Сообразно съ этимъ мы видимъ, что законы каждаго благоустроеннаго государства устанавливаютъ правила относительно качества, а нерѣдко и количества доказательствъ, которыя могутъ быть положены въ основу судебныхъ рѣшеній“.

[2]) Герм., § 286; австр., § 272; венг., §§ 270, 376, 401. Udc, 423 ff.

сываетъ мировымъ судьямъ „принимать въ соображеніе всѣ приведенныя по дѣлу обстоятельства“. Во всѣхъ этихъ статьяхъ говорится не объ однихъ лишь доказательствахъ, но вообще объ „обстоятельствахъ“ и „доводахъ“, т.-е., о фактическихъ утвержденіяхъ (хотя и безъ доказательствъ) и логическихъ соображеніяхъ сторонъ [1]).

Судъ не лишенъ права признать доказаннымъ и такой утверждаемый стороной фактъ, въ пользу котораго ею не приведено никакихъ доказательствъ, если только справедливость утвержденія стороны обнаруживается изъ достаточныхъ логическихъ или психологическихъ основаній [2]), если, напр., данный фактъ представляется въ какомъ-либо отношеніи невыгоднымъ для стороны, такъ что слѣдуетъ полагать, что она не сослалась бы на него, если бы онъ не соотвѣтствовалъ истинѣ [3]).

Въ виду этого нѣкоторые справедливо полагаютъ, что вмѣсто свободной оцѣнки доказательствъ правильнѣе было бы говорить вообще о свободной оцѣнкѣ фактовъ, или свободномъ изслѣдованіи истины [4]).

§ 45.

Состязательная форма.

Въ исковомъ процессѣ провѣряются судомъ юридическія требованія, предъявляемыя однимъ гражданиномъ къ другому и касающіяся преимущественно ихъ частныхъ отношеній. Какъ наличность двухъ сторонъ съ противоположными интересами, такъ и характеръ объекта спора, не представляющій непосредственнаго интереса для государственной власти, предопредѣляютъ внѣшнюю форму искового производства, придавая ему видъ состязанія, борьбы сторонъ передъ судомъ. Такая форма настолько естественна для искового процесса, что сама собою подразумѣ-

---

[1]) Псачонко. Коммент., IV, 80—82.

[2]) Cicero. De republ., I, 38: „Apud bonum judicem argumenta plus quam testes valent“.

[3]) Bar, 8.

[4]) Schrutka, 191; Wehli (Skodl, 39, прим. 4).

вается, такъ что весьма немногіе упоминаютъ о ней въ числѣ основныхъ принциповъ процесса [1]). Между тѣмъ мыслима и другая, слѣдственная форма производства, при господствѣ которой разработка процессуальнаго матеріала дѣлалось бы не сторонами, а самимъ судомъ, стороны же являлись бы такимъ же источникомъ свѣдѣній о фактической сторонѣ дѣлъ, такимъ же объектомъ изслѣдованія, какъ свидѣтели и документы. Слѣдственная форма производства, конечно, болѣе свойственна процессу, построенному на слѣдственномъ началѣ; однако она возможна и при состязательномъ началѣ—точно такъ же какъ, наоборотъ, состязательная форма совмѣстима со слѣдственнымъ или инструкціоннымъ принципами, возлагающими на судъ обязанность заботиться о полнотѣ процессуальнаго матеріала [2]).

Преимущество состязательной формы предъ слѣдственной состоитъ въ томъ, что она ведетъ къ раздѣленію труда въ производствѣ, и притомъ къ такого рода раздѣленію, при которомъ каждому изъ тяжущихся предоставлено выполненіе той части работы, которая его наиболѣе интересуетъ, которая ему наилучше извѣстна и которую вслѣдствіе этого онъ въ состояніи наиболѣе успѣшно выполнить (см. стр. 330—330).

Благодѣтельныя послѣдствія такого раздѣленія труда увеличиваются въ значительной степени въ томъ случаѣ, когда тяжущимся оказываютъ помощь спеціалисты-адвокаты [3]). . . . суда тогда еще больше облегчается, ибо адвокаты подвергаютъ бытовой матеріалъ процесса, преподносимый имъ тяжущимся, предварительной юридической обработкѣ, просѣиваютъ его, отдѣляютъ зерна отъ плевелъ и представляютъ его суду уже въ готовомъ, легко усваиваемомъ видѣ [3]). Судъ воспринимаетъ этотъ

---

[1]) Heinze (статья, указ. на стр. 378); Schneider, 19, Anm.; Lutostański, 7—8; Schrutka. Stellung des Richters, 56; Stein. Das private Wissen des Richters, 1893, 87.

[2]) Lutostański, ib.; Schrutka, ib., 56.

[3]) De la Grasserie. De la fonction et des jurisdictions de cassation, 1911, 122: „Чѣмъ былъ бы судья безъ адвоката? Адвокатъ приготовляетъ дѣло съ самаго начала, фактическую и юридическую стороны его; онъ терпѣливо выслушиваетъ тяжущихся, разбирается въ ихъ рѣчахъ, разспрашиваетъ ихъ, часто отыскиваетъ свидѣтелей, подбираетъ всѣ доводы, говорящіе въ пользу клиента, придумываетъ военныя хитрости, старается изо всѣхъ силъ, доставляетъ дѣло въ засѣданіе продуманнымъ,

матеріалъ и даетъ ему юридическую квалификацію. При господствѣ же слѣдственнаго принципа дѣятельность суда совмѣщаетъ въ себѣ дѣятельность истца, отвѣтчика, ихъ адвокатовъ и самого суда. Удовлетворительное выполненіе всѣхъ этихъ ролей однимъ и тѣмъ же лицомъ сразу превышаетъ силы обыкновеннаго человѣка [1]).

Современные процессуальные уставы, въ томъ числѣ и нашъ, придаютъ исковому процессу состязательную форму. Необходимой и важнѣйшей частью производства является разработка фактическаго матеріала дѣлъ сторонами и ихъ адвокатами въ состязательныхъ бумагахъ и въ устныхъ преніяхъ на судѣ.

§ 46.

Устность и письменность [2]).

I. При состязательной формѣ производства процессуальный матеріалъ сообщается суду и разрабатывается передъ нимъ тяжущимся, которые могутъ дѣлать это устно или письменно,

---

протертымъ, [illegible], приспособляетъ его къ желудку судьи, слѣдитъ за нимъ съ самаго [illegible] инстанціи, до апелляціонной и дальше, по всѣмъ извилинамъ процесса, дѣла, которое онъ изучаетъ, можетъ быть, цѣлый годъ, выслушивается въ одинъ день, но оно такъ обработано, что судья можетъ уяснить его себѣ въ одну минуту. Безъ адвоката судья часто чувствовалъ бы себя покинутымъ: онъ привыкъ къ такому сотрудничеству. Самъ онъ былъ бы не въ силахъ отыскивать и находить доводы за и противъ. Адвокатъ привыкъ даже указывать ему страницы и строки обширныхъ юридическихъ компиляцій, которыми онъ могъ бы воспользоваться при постановленіи рѣшенія".

[1]) Canstein. Zweck, 9: „Судья долженъ стоять на своемъ пьедесталѣ, выше тяжущихся, и безпристрастно провѣрять, оправдываются ли заявленныя ими требованія доказательствами. Быть одну минуту представителемъ одной стороны, другую минуту—представителемъ противной стороны, а третью минуту возвыситься надъ сторонами и постановлять рѣшеніе въ качествѣ безпристрастнаго судьи,—это превосходитъ человѣческія силы, а сверхчеловѣкомъ не является и судья".

[2]) Баршевъ. Объ устности и гласности уголовнаго судопроизводства (Рус. Вѣсти. 1857 № 7); Кн. Багратіонъ-Мухранскій. О словесномъ судѣ и письменномъ производствѣ (Журн. М. Ю. 1862 № 5); Миттермайеръ. Законодательство и юридическая практика въ новѣйшемъ ихъ развитіи, 1864; Щегловитовъ. О значеніи началъ устности и непосредственности въ уголовномъ процессѣ (Журн. гражд. пр. 1888 № 8); Бардскій. Предѣлы устности на судѣ уголовномъ (тамъ же,

или же частью устно, частью письменно. Но отъ законодателя зависитъ потребовать, чтобы стороны примѣняли обязательно только одну изъ этихъ формъ.

Такъ, законодатель можетъ предписать, чтобы судъ, устанавливая фактическую сторону дѣла, имѣлъ въ виду только тѣ обстоятельства, которые сообщены ему сторонами устно въ засѣданіи, оставляя безъ вниманія все то, что заключается въ письменныхъ документахъ, имѣющихся въ производствѣ, протоколахъ допроса свидѣтелей, осмотра и проч., если никто изъ тяжущихся не повторилъ устно содержанія этихъ актовъ. Тогда то, что не изложено устно въ засѣданіи, будетъ считаться несуществующимъ. Въ этомъ состоитъ *принципъ устности* въ чистомъ его видѣ.

Въ противоположность этому, законодатель можетъ потребовать, чтобы процессуальный матеріалъ былъ облекаемъ въ письменную форму, т.-е., чтобы судъ принималъ въ соображеніе только то, что заключается въ поданныхъ тяжущимися бумагахъ и въ судебныхъ протоколахъ, игнорируя словесныя за-

---

1889 № 3); Рихтеръ. Значеніе письменности въ словесномъ процессѣ (Журн. М. Ю. 1900 № 5); Нефедьевъ. Основныя начала, 6—25.

Малышевъ, I, § 72; Азаревичъ, I, 50—54; Гольмстенъ, 114—117; Энгельманъ, § 32; Нефедьевъ, § 68; Яблочковъ, 29—32.

Feuerbach. Betrachtungen über die Oeffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeits-pflege, I, 1821, 193 ff.; Mittermaier. Die Mündlichkeit, das Anklageprincip, die Oeffentlichkeit und das Geschwornengericht, 1845; Wiest. Die Nothwendigkeit und die Bedingungen der Mündlichkeit im Strafverfahren, 1844; Leonhardt. Zur Reform des Cpr., 1865; Sonnenschmidt. Ueber das... Princip der Mündlichkeit (Zt. Zp. 2B); Vierhaus. Der Grundsatz der M. (ib.); Bähr. Der deutsche Civilprocess in praktischer Bethätigung (Jahrb. f. Dogm., 23 B.); Bähr. Noch ein Wort zum deut. CP. (ib. 24 B.); Krăwel. Die Mundlichkeit (ib.); Koffka. Mündlichkeit und Uumittelbarkeit im Civilprocess, 1887; Kries. Das Princip der Unmittelbarkeit im Beweisverfahren (Zeitschr. f. die gesam. Strafrechtswiss. 1887, VI B.); Jahn. Das Princip d. Unmittelbarkeit im Strafprocess, 1903; Wach. Die civilprocessuale Enquête, 1887; Wach. Die CPO und die Praxis, 1888; Klein. Mündlichkeitstypen (Algem. österr. Gerichtszeitung 1894 № 36); Kornfeld. Wort und chrift im mündlichen Cpr., 1895; Wach. Die Mündlichkeit im öster. Cprentwurf, 1895; Coith. Ueber das wahre Wesen und die Schattenseiten der Mündlichkeit (Sächs. Arch. für bürg. R., XI B.); Goldenring, Begriff und Durchführung d. Mönd. im. Cp. (Zt. Zp. 14 B.).

Canstein. Rat. Grundl., 72 ff.; Wach. Vorträge, 1—51; Birkmeyer, 123 ff. Schmidt, § 74; Weismann, I, §§ 47—52; Skedl, § 8.

явленія сторонъ. При такомъ порядкѣ требованія и возраженія сторонъ должны быть воспринимаемы судомъ въ томъ видѣ, какой имъ приданъ письменнымъ изложеніемъ въ состязательныхъ бумагахъ и протоколахъ. Чего нѣтъ въ актахъ производства, то признается несуществующимъ: quod non est in actis, non est in mundo. Таково требованіе *принципа письменности.*

Устность и письменность представляютъ собою, такимъ образомъ, среду, черезъ которую процессуальный матеріалъ доходитъ до суда [1]).

При устности центръ тяжести лежитъ въ словесномъ состязаніи сторонъ, при письменности — въ обмѣнѣ письменными бумагами [2]); въ первомъ случаѣ матеріалъ для постановленія судебнаго рѣшенія долженъ быть представленъ суду устно, во второмъ—на письмѣ [3]); въ первомъ случаѣ судъ основывается на томъ, что сохранилось у него въ памяти послѣ засѣданія и преній сторонъ, во второмъ—на томъ, что закрѣплено на бумагѣ [4]); словомъ, при устности рѣшающее значеніе имѣетъ *сказанное* слово, а при письменности—*написанное* [5]).

Возможно, конечно, и одновременное, совмѣстное примѣненіе обѣихъ формъ въ разныхъ сочетаніяхъ [6]).

Устность производства слѣдуетъ строго отличать отъ непосредственности, а письменность—отъ документальности. Уст-

---

[1]) Koffka, 47.

[2]) Kornfeld. Wort und Schrift, 6—7.

[3]) Weismann, 182; Birkmeyer, 125.

[4]) Canstein, 75.

[5]) Canstein, 78.

[6]) Изъ сказаннаго видно, что устность и письменность относятся не къ моменту представленія сторонами доказательствъ, а къ моменту ихъ воспріятія судомъ. По этому, принципъ устности не нарушается тѣмъ, что стороны подаютъ въ судъ письменныя прошенія, объясненія и заявленія, а также представляютъ разные документы, если только законъ требуетъ, чтобы стороны изложили устно въ судебномъ засѣданіи *содержаніе* всѣхъ такихъ бумагъ, и предписываетъ суду принимать во вниманіе только то, что изложено сторонами устно. Равнымъ образомъ, и принципъ письменности не нарушается въ томъ случаѣ, когда стороны даютъ свои объясненія лично и въ словесной формѣ, если только все это заносится въ протоколы, и судъ имѣетъ въ виду, при постановленіи рѣшенія, лишь то, что записано въ протоколахъ, и въ такомъ видѣ, какъ оно записано. Zachariae, 49—50. Canstein, Rat. Gr., 76, Anm. 4.

ность опредѣляетъ внѣшнюю форму, въ какой процессуальный матеріалъ долженъ быть представленъ суду и воспринимаемъ имъ, а непосредственность—способъ воспріятія матеріала: личное ознакомленіе съ нимъ по первоисточникамъ [1]).

---

[1]) Въ литературѣ устность часто отождествляется съ непосредственностью. Такъ, въ мотивахъ къ германскому уставу гражд. с. говорится: „устность производства хотя и ходячее, но неправильное выраженіе. Правильнѣе говорятъ о принципѣ непосредственности и понимаютъ подъ этимъ, что состязаніе сторонъ передъ постановляющимъ рѣшеніе судомъ должно быть устнымъ". Hahn. Die ges. Mater. II, 124. Ср. Азаревичъ, I, 54; Энгельманъ, § 32; Leonhardt, 56—57; Mittermaier, Mündlichkeit, 246; Миттермайеръ. Законодательство, 247—248. Zachariae, Dochow, Ullmann, Fuchs и др. (Kries, 102, прим.; Jahn, 20 ff.). Такого словоупотребленія ни въ коемъ случаѣ нельзя оправдать, ибо сфера примѣненія обоихъ принциповъ совершенно различна: непосредственность неприменима къ устному состязанію сторонъ, такъ какъ она влекла бы за собой воспрещеніе судебнаго представительства; наоборотъ, устность пріурочивается къ состязанію сторонъ, но не имѣетъ прямого отношенія къ воспріятію судомъ доказательствъ. Въ самомъ дѣлѣ, разница между устностью и письменностью основана на противоположеніи устной и письменной рѣчи, воспринимаемыхъ слухомъ или зрѣніемъ судьи. Но существуютъ доказательства, не облеченныя ни въ форму устной, ни въ форму письменной рѣчи и воспринимаемыя не слухомъ или зрѣніемъ, а другими чувствами судей. Возьмемъ, напримѣръ, процессъ о доставкѣ тухлой рыбы или прокислаго вина. Рыба и вино—не письменныя и не устныя доказательства, и ознакомиться съ ихъ свойствами, имѣющими рѣшающее значеніе для процесса, судъ можетъ не слухомъ или зрѣніемъ, а обоняніемъ и вкусомъ. Въ большей степени примѣнимы понятія устности и письменности къ случаямъ посредственнаго воспріятія судомъ доказательствъ, когда судъ знакомится съ ними изъ сообщеній другихъ лицъ, которыя могутъ дѣлать ихъ словесно или письменно. Однако, посредствующей инстанціей между судомъ и доказательствами бываютъ не только лица, но и предметы, которые въ нѣкоторыхъ случаяхъ должны быть воспринимаемы не зрѣніемъ или слухомъ, а другими чувствами. Если, напримѣръ, судьѣ нужно ощупать гипсовый слѣпокъ статуи или понюхать реактивъ, съ помощью котораго была изслѣдована какая-либо жидкость, то ни объ устности, ни о письменности здѣсь нельзя говорить. „При личныхъ доказательствахъ производство можетъ быть устнымъ, хотя и посредственнымъ; но при вещественныхъ доказательствахъ (вещахъ и документахъ) никогда не можетъ быть рѣчи объ устности, даже въ случаѣ непосредственности" (Kries, 104).

Употребленіе термина „устность" германскими юристами въ такомъ обширномъ смыслѣ явилось результатомъ желанія обозначить однимъ терминомъ сущность современнаго процесса, гражданскаго и уголовнаго, въ отличіе отъ прежняго, построеннаго на принципѣ письменности, устранявшемъ непосредственное воспріятіе судомъ доказательствъ. „Непосредственность и устность", говоритъ Рупъ, „были, какъ извѣстно, девизами во время борьбы съ устарѣлыми формами производства... Но девизы, особенно имѣющіе политическую окраску, всегда страдаютъ нѣкоторою неясностью; поэтому-то непосредственность и устность часто представляются туманнымъ пятномъ, способнымъ окутывать самыя разнообразныя вещи до полной неразличимости". Rupp,

Письменность тоже касается разработки доказательствъ сторонами и формы предъявленія ихъ суду, но она не имѣетъ никакого отношенія къ вопросу о записываніи уже представленныхъ доказательствъ. Этотъ вопросъ составляетъ часть болѣе общаго вопроса относительно облеченія въ письменную форму, документированія, протоколированія судебнаго производства, которое требуется въ виду необходимости закрѣпить на письмѣ важнѣйшіе акты и моменты производства на случай обжалованія рѣшенія суда, чтобы сдѣлать возможной провѣрку правильности рѣшенія [1]). Для лучшаго достиженія этихъ цѣлей желательно было бы сохранять точный письменный слѣдъ отъ всѣхъ процессуальныхъ дѣйствій, въ какой бы формѣ они первоначально ни совершались, такъ, чтобы все производство (показанія свидѣтелей, пренія сторонъ, постановленія суда) было дословно воспроизведено въ протоколахъ. Если бы это было достижимо путемъ фонографированія или стенографированія судебныхъ засѣданій, то вопросъ о письменности и устности въ примѣненіи къ дѣйствіямъ суда и протоколированію производства упразднился бы, ибо все безъ изъятія заносилось бы въ протоколы. Только техническія и финансовыя затрудненія, вызываемыя сплошнымъ протоколированіемъ всего процесса, заставляютъ удовольствоваться закрѣпленіемъ въ письменной формѣ важнѣйшихъ процессуальныхъ дѣйствій и порождаютъ вопросъ о томъ, какія именно изъ нихъ считать болѣе важными, а какія менѣе важными, и кѣмъ, какимъ образомъ, съ какими формальностями должны вестись протоколы [2]).

II. Какъ устность, такъ и письменность имѣютъ свои свѣтлыя и темныя стороны. Преимущества устности состоятъ въ слѣдующемъ.

125; Wach. Vorträge, 1. Какъ правильно указалъ Коффка, принципъ устности, понимаемый столь широко, обозначаетъ сразу три понятія: 1) непосредственность воспріятія доказательствъ, 2) Непосредственность устнаго состязанія сторонъ и 3) посредственное устное производство (чтеніе сторонами документовъ). Koffka. Mündlichkeit, 54. Но и въ столь широкомъ значеніи терминъ „устность" не характеризуетъ вполнѣ современнаго процесса, такъ какъ не заключаетъ въ себѣ указанія на другіе принципы его: свободную оцѣнку доказательствъ, гласность, состязательность.

[1]) Тальбергъ, 38.

[2]) Письменность и документальность недостаточно различаются многими авторами Kleinfeller, 179; Энгельманъ, § 32; Мадышевъ, § 72, и др.

1. Устное производство дѣлаетъ возможнымъ личное общеніе суда съ тяжущимися, что представляетъ такую же важность для выясненія истинныхъ обстоятельствъ дѣла, какъ и личный допросъ свидѣтелей судомъ. Судъ въ состояніи посредствомъ разспросовъ выяснить вполнѣ точно и безъ излишней траты времени сущность заявленій сторонъ: чего именно одна требуетъ отъ другой, чѣмъ подтверждаетъ свои требованія, какіе факты приводитъ въ опроверженіе заявленій противника [1]). Все это при письменности процесса можетъ остаться неяснымъ. Бумага не краснѣетъ, и въ состязательныхъ бумагахъ тяжущимся нетрудно безъ всякаго риска извращать факты, дѣлать завѣдомо ложныя заявленія, прибѣгать къ двусмысленному и уклончивому способу выраженія своихъ фактическихъ утвержденій. Судъ принужденъ будетъ требовать отъ тяжущихся дополнительныхъ письменныхъ объясненій, которыя вновь могутъ оказаться недостаточными, вслѣдствіе чего возникнетъ дальнѣйшая переписка, которой нельзя положить напередъ опредѣленной границы безъ опасности преградить суду путь къ достиженію матеріальной правды. Поэтому, при желаніи одного изъ тяжущихся, которому выгодно оттянуть разрѣшеніе дѣла, процессъ можетъ длиться безъ конца [2]).

2. Столь же благопріятное вліяніе оказываетъ устность производства на образъ дѣйствій повѣренныхъ сторонъ. „Непосредственное общеніе повѣренныхъ между собою и съ судомъ уменьшаетъ въ нихъ охоту къ сутяжничеству, облегчая заключеніе выгодныхъ для обѣихъ сторонъ мировыхъ сдѣлокъ“ [1]). Кромѣ того, въ присутствіи суда они станутъ воздерживаться отъ такихъ уловокъ и недобросовѣстныхъ пріемовъ борьбы, на которые могли бы согласиться, подъ давленіемъ своихъ кліентовъ, въ письменномъ производствѣ — при посредствѣ „не краснѣющей“ бумаги [3]).

3. При устномъ производствѣ судъ можетъ воспринять весь фактическій матеріалъ процесса сразу и во всей полнотѣ. Этотъ матеріалъ создается сторонами тутъ же, въ засѣданіи, на глазахъ судей, въ живомъ и непрерывномъ судебномъ состязаніи [4]).

---

[1]) Миттермайеръ. Законод., 246—247; Rupp, 145; Bühr, CP, 39.

[2]) Нефедьевъ. Осн. нач., 17—18.

[3]) Wach. Die CPO, 57—58.

[4]) Wach. Die CPO, 54.

Совсѣмъ не то при письменности производства. Поданныя тяжущимися бумаги и протоколы осмотровъ и допросовъ не въ состояніи воспроизвести съ детальной полнотой всего фактическаго матеріала, а заключаютъ въ себѣ только болѣе или менѣе удачно сдѣланное, но едва ли когда-нибудь безукоризненно точное извлеченіе изъ фактическаго матеріала. Въ письменномъ процессѣ господствуетъ поверхностность подъ тяжеловѣснымъ покровомъ кажущейся основательности, въ устномъ—основательность при легкости формы [1]).

4. Устная форма производства гораздо удобнѣе для тяжущихся, чѣмъ письменная, ибо громадное большинство людей легче выражаетъ свои мысли словесно, нежели письменно. Требовать, чтобы тяжущіеся вели судебное состязаніе письменно, значитъ напрасно утруждать ихъ, осложнять производство и вмѣстѣ съ тѣмъ дѣлать его дороже, ибо для надлежащей формулировки своихъ заявленій стороны принуждены въ большинствѣ случаевъ обращаться къ помощи спеціалистовъ, опытныхъ въ составленіи судебныхъ бумагъ. „Письменность, въ качествѣ принципа судопроизводства, можно сравнить съ костылями человѣка, обладающаго вполнѣ здоровыми ногами, но вообразившаго себя парализованнымъ и потому прибѣгнувшаго къ помощи костылей“ [2]).

5. Устность производства придаетъ процессу подвижность. Судъ имѣетъ возможность направлять его по своему усмотрѣнію, раздѣлять, соединять, прерывать, смотря по надобности и ради удобства и ускоренія дѣла [3]). Словомъ, только при устности производства осуществимо формальное руководство процессомъ со стороны суда (см. стр. 376).

6. Устная форма производства необходима для проведенія въ процессѣ принципа публичности. Хотя можно представить себѣ и письменный процессъ публичнымъ (если бы всѣ судебныя бумаги и всѣ акты производства оглашались въ публичномъ засѣданіи суда), но это была бы гласность наполовину, такъ какъ авторы бу-

---

[1]) Rupp, 76.
[2]) Rupp, 76.
[3]) Wach, CPO, 58—60.

магъ были бы скрыты отъ взоровъ публики и не давали бы своихъ объясненій и показаній въ присутствіи постороннихъ лицъ. Потому-то письменность производства всегда вела на практикѣ къ устраненію публичности, утрачивавшей реальное значеніе [1]).

III. Въ свою очередь и письменность обладаетъ рядомъ достоинствъ.

1. Требованія и заявленія тяжущихся должны быть выражены ясно и точно, а сдѣлать это можно гораздо лучше на письмѣ, чѣмъ на словахъ [2]). Чтобы точно формулировать даже вполнѣ продуманное и ясно себѣ представляемое положеніе, нужно прибѣгнуть къ помощи пера и бумаги: въ устной рѣчи, слишкомъ подвижной, непрерывно текущей и легко уклоняющейся въ сторону подъ вліяніемъ внезапныхъ ассоціацій идей, очень легко упустить не только какую-либо деталь, но и существенныя обстоятельства. Мало того, изложеніе мысли на письмѣ содѣйствуетъ ясности уразумѣнія ея самимъ пишущимъ. „Я каждый разъ убѣждаюсь", говоритъ Іерингъ, „что даже тѣми мыслями, которыя я годами носилъ въ себѣ и перерабатывалъ въ своей головѣ, я вполнѣ овладѣваю только тогда, когда изложу ихъ письменно" [3]). Справедливость этого замѣчанія можетъ подтвердить каждый писатель.

2. Письменное производство представляетъ большія удобства для тяжущихся. Вмѣсто того, чтобы лично являться въ засѣданія суда, находящагося иной разъ далеко отъ ихъ постояннаго мѣста жительства, или нанимать повѣренныхъ, которые выступали бы въ судѣ вмѣсто нихъ, тяжущіеся могутъ ограничиться посылкой по почтѣ письменныхъ заявленій и объясненій. Благодаря этому, они сберегаютъ какъ время, такъ и деньги.

3. Другое удобство письменнаго производства для тяжущихся состоитъ въ томъ, что оно даетъ возможность каждой сторонѣ хорошо обдумать возраженія противника и составить надлежащій отвѣтъ. Между тѣмъ при устномъ состязаніи недостаточно сообразительный тяжущійся всегда подвергается опасности, что

---

[1]) Нефедьевъ, 18—19. Объясненія къ 13 ст. уст. гр. суд.

[2]) Bähr, 393—394; Нефедьевъ, 14.

[3]) Ihering, Scherz und Ernst in der Iurisprudenz, 1884, 350.

противникъ огорошить его какимъ-нибудь совершенно непредвидѣннымъ и неожиданнымъ доводомъ или доказательствомъ, которое поставитъ его втупикъ. Опытные адвокаты на это и разсчитываютъ, приберегая самые сильные доводы для заключительнаго устнаго состязанія, чтобы привести противника въ замѣшательство.

4. Устность производства требуетъ отъ тяжущихся дара слова и хорошей памяти, способной удержать всѣ обстоятельства дѣла: они должны умѣть свободно и точно излагать свои мысли и быть полными хозяевами фактическаго матеріала процесса. Если же они ни тѣмъ, ни другимъ не обладаютъ, то принуждены обращаться къ помощи адвокатовъ, т.-е., нести излишніе расходы. Но и не каждый адвокатъ удовлетворяетъ этимъ условіямъ, такъ что даже участіе его въ процессѣ не обезпечиваетъ тяжущагося отъ проигрыша дѣла только вслѣдствіе того, что его адвокатъ не обладалъ достаточной емкостью памяти и свободою рѣчи.

Письменное производство дѣлаетъ все это излишнимъ, такъ какъ тяжущемуся дается достаточно времени, чтобы на досугѣ освоиться съ обстоятельствами дѣла и письменно изложить свои объясненія [1]).

5. Аналогичныя удобства представляетъ письменность и для судей. Въ то время какъ устное производство требуетъ отъ нихъ напряженнаго вниманія, чтобы не пропустить чего-либо мимо ушей, способности сосредоточиться и удержать въ памяти все, что выслушано въ теченіе засѣданія, и умѣнія сейчасъ же разобраться во всей массѣ юридическаго и фактическаго матеріала, сразу подпесеннаго ему сторонами, письменность открываетъ судьямъ возможность постепенно и не спѣша изучить дѣло, вникнуть во всѣ обстоятельства, всесторонне и неоднократно обдумать ихъ и постановить рѣшеніе по тщательномъ и зрѣломъ обсужденіи дѣла [2]). Если суду приходится разобрать въ одномъ засѣданіи цѣлый рядъ дѣлъ, среди которыхъ встрѣчаются очень сложныя и запутанныя, то безъ предварительнаго ознакомленія съ письменными документами, представленными сторонами, судья не въ

---

[1]) Krüwel, 820.

[2]) Mittermaier. Mündlichkeit, 260; Bähr, Der dout. Civilpr., 394—396; Krüwel, 820.

состояніи вполнѣ сознательно отнестись къ дѣлу [1]). Въ результатѣ строгая устность состязанія можетъ привести къ тому, что судьи вовсе не станутъ вникать въ пренія сторонъ, а будутъ постановлять рѣшенія на основаніи документовъ [2]).

6. При господствѣ принципа устности засѣданія судовъ нерѣдко откладываются по причинѣ неявки сторонъ, а также по просьбѣ адвокатовъ обѣихъ сторонъ, которые охотно прибѣгаютъ къ этому, если одинъ изъ нихъ занятъ въ тотъ же день въ другомъ судѣ. Въ результатѣ этого является медленность въ отправленіи правосудія. Письменность производства устраняетъ это нежелательное явленіе, ибо рѣшеніе постановляется исключительно на основаніи письменныхъ документовъ.

7. Наконецъ, при письменности процесса все производство закрѣпляется на бумагѣ; всякое процессуальное дѣйствіе оставляетъ прочный слѣдъ, тогда какъ при устности — не остается ничего, кромѣ болѣе или менѣе неясныхъ и неточныхъ воспоминаній присутствовавшихъ въ засѣданіи лицъ. Благодаря этому, письменность производства облегчаетъ перевершеніе дѣла высшей судебной инстанціей. Такъ какъ всѣ обстоятельства дѣла, всѣ заявленія и требованія тяжущихся уже закрѣплены на письмѣ, то нѣтъ надобности вызывать тяжущихся въ засѣданіе новаго суда, а равнымъ образомъ, не можетъ оказать неблагопріятнаго вліянія на успѣшность вторичнаго разбирательства дѣла невозможность явки кого-либо изъ нихъ.

IV. Сопоставляя изложенныя преимущества устности и письменности, нельзя не прійти къ убѣжденію, что ни та, ни другая не заслуживаютъ абсолютнаго предпочтенія, и что исключительное проведеніе въ судопроизводствѣ одной изъ нихъ представляло бы существенныя неудобства. Требовать, чтобы стороны повторяли въ засѣданіи содержаніе тѣхъ документовъ, которые представлены ими раньше въ судъ, подъ угрозой, что иначе судъ будетъ игнорировать ихъ, является столь же нераціональнымъ нарушеніемъ принципа непосредственности, какъ и противопо-

---

[1]) Это удостовѣряютъ сами судьи. Niedner. Zur Frage einer durchgreifender Iustizreform, 1906, 12—14.

[2]) Leonhardt. Zur Reform, 63; Bühr, Das Rechtsmittel 2 Instanz, 1871, 60—61.

ложное требованіе — облекать въ письменную форму устныя показанія свидѣтелей съ тѣмъ, чтобы судъ придавалъ значеніе только тѣмъ изъ нихъ, которыя записаны, и принималъ въ томъ видѣ, какъ они записаны. Чрезмѣрная устность въ первомъ случаѣ, какъ и преувеличенная письменность во второмъ, одинаково препятствуютъ достиженію матеріальной правды, создавая между судомъ и доказательствами посредствующую инстанцію и подставляя суду взамѣнъ дѣйствительнаго процессуальнаго матеріала несовершенное воспроизведеніе его [1]).

Кромѣ того, проводить въ процессѣ строго принципъ устности,—значитъ заставлять тяжущихся переливать въ подвижную форму текучей рѣчи весь процессуальный матеріалъ, который вслѣдствіе этого неминуемо утратилъ бы твердость и опредѣленность очертаній; значитъ ставить тяжущихся и судъ въ опасность быть подавленными грудой фактовъ, необозримой сразу; значитъ „строить судебное рѣшеніе на воздухѣ“ [2]) и дѣлать невозможной провѣрку правильности дѣйствій суда по установленію фактическихъ обстоятельствъ; словомъ, значитъ уподобить производство „дикому горному потоку, который, не будучи сдерживаемъ русломъ, свободно разливается во всѣ стороны по полямъ и лугамъ, а когда выльется весь, оставляетъ послѣ себя только безплодные камни“ [3]).

Наоборотъ, строить производство на одномъ принципѣ письменности —значитъ воздвигать между судомъ и тяжущимися непроницаемую бумажную стѣну, значитъ открывать широкій просторъ для кляузничества и крючкотворства со стороны недобросовѣстныхъ тяжущихся и ихъ повѣренныхъ, избавляя ихъ отъ благодѣтельнаго контроля гласности, и дать имъ возможность безъ конца обмѣниваться возраженіями и опроверженіями, затягивая производство дѣлъ.

Такимъ образомъ, рѣчь не способна замѣнить въ процессѣ писаніе, а бумага не должна прикрывать собою живыхъ лицъ [4]).

---

[1]) Krăwel, 456.
[2]) Bühr, 395.
[3]) Feuerbach, I, 308.
[4]) Krăwel, 445.

„То, что можетъ быть свойственно хорошему процессу, недостижимо ни съ помощью одной рѣчи, ни съ помощью письма“ [1]).

Необходимо, слѣдовательно, сочетать принципъ устности съ принципомъ письменности и каждому изъ нихъ отвести въ процессѣ то мѣсто, какого онъ заслуживаетъ по своему достоинству [2]).

Письменная форма имѣетъ преимущество точности и прочности. Слѣдовательно, она должна быть примѣнена къ тѣмъ заявленіямъ сторонъ, гдѣ онѣ формулируютъ свои юридическія требованія, изслѣдованіе и провѣрка которыхъ судомъ составляетъ задачу процесса. Напротивъ, устность необходима тамъ, гдѣ нужно достигнуть концентраціи производства и обезпечить возможность личнаго общенія суда со сторонами, т.-е., значитъ, въ заключительномъ засѣданіи суда передъ постановленіемъ рѣшенія.

Затѣмъ, въ сложныхъ процессахъ, изобилующихъ фактическимъ матеріаломъ и возбуждающихъ много запутанныхъ юридическихъ вопросовъ, чрезвычайно полезной и даже иной разъ совершенно необходимой является предварительная письменная подготовка къ устному засѣданію, т.-е., представленіе тяжущимися суду и обмѣнъ между ними самими письменныхъ объясненій. „Устная форма можетъ вмѣстить въ себя опредѣленное количество процессуальнаго матеріала; но какъ только это количество превышено, она разрывается отъ перегрузки, и на подмогу ей должна быть призвана письменность“ [3]). А такъ какъ нѣтъ возможности перечислить напередъ въ законѣ тѣ категоріи дѣлъ, которыя, по своей сложности, требуютъ письменной подготовки, то приходится предоставить усмотрѣнію сторонъ и суда разрѣшеніе вопроса о необходимости ея въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ. Другими словами, обмѣнъ состязательными бумагами долженъ составлять право, но не обязанность сторонъ, и только въ тѣхъ случаяхъ, когда онѣ этимъ правомъ не воспользуются, а между тѣмъ дѣло будетъ представляться суду сложнымъ и

---

1) Klein. Mündl., 294.

2) Это положеніе признано большинствомъ процессуалистовъ. Canstein, 74 ff.; Birkmeyer, 130; Wach, 4; Kleinfeller, 179; Skedl, 53; Goldenring, 55 ff.

3) Klein. Mündlichkeitstypen, 294²; Ср. Skedl, 54 ff.; Canstein, 79—81.

труднымъ, судъ можетъ назначить предварительную письменную подготовку. Съ другой стороны, слѣдуетъ предоставить тяжущимся, которымъ затруднительно явиться въ засѣданіе суда, право ограничиться обмѣномъ состязательными бумагами—съ тѣмъ, чтобы судъ могъ, въ случаѣ надобности, вызвать ихъ для устныхъ объясненій [1]).

V. На практикѣ были испробованы принципы устности и письменности какъ въ чистомъ своемъ видѣ, такъ и въ различныхъ сочетаніяхъ. Смотря по своему отношенію къ этимъ принципамъ, процессуальныя системы сводятся къ пяти главнымъ типамъ.

Первый типъ характеризуется господствомъ принципа устности въ чистомъ видѣ. Это—начальная ступень въ исторіи гражданскаго (и уголовнаго) процесса у каждаго народа. Судопроизводство повсюду было первоначально устнымъ просто вслѣдствіе отсутствія или недостаточнаго развитія грамотности. Въ этой первобытной формѣ усмотрѣли идеалъ и сдѣлали попытку къ ней вернуться послѣ многовѣковой исторической эволюціи германскіе процессуальные уставы XIX вѣка: ганноверскій, баденскій, вюртембергскій и, наконецъ, дѣйствующій обще-имперскій. Принципъ устности проведенъ въ немъ наиболѣе послѣдовательно, съ самыми незначительными, безусловно уже неизбѣжными отступленіями. Онъ обязываетъ суды постановлять рѣшенія исключительно на основаніи того, что словесно изложено сторонами въ засѣданіи суда, игнорируя содержаніе письменныхъ актовъ, имѣющихся въ производствѣ, если стороны не повторили его устно [2]).

---

[1]) Въ пользу такого свободнаго распредѣленія устности и письменности въ производствѣ начинаютъ раздаваться голоса въ Германіи. Kade. Ein Ueberblick über die zur Neugestaltung des bürg. Rechtsstreitverfahrens neuerdings gemachten Vorschläge (Arch. bürg. R., 30 B., 194); Sauter, 31—32; Horn. Zur Reform, 98—99. Noest. Vorschläge zur Verbesserung unseres Processverfahrens, 1911, 10—12.

[2]) По германскому уставу, стороны обязаны изложить суду какъ свои требованія, такъ и обстоятельства дѣла, содержаніе представленныхъ документовъ и протоколовъ воспріятія доказательствъ отряженнымъ членомъ суда (§§ 137—285). Предварительный обмѣнъ состязательными бумагами хотя и требуется, но не безусловно, такъ что если одна изъ сторонъ не представитъ письменнаго объясненія, то это не отразится на исходѣ дѣла, а можетъ повлечь за собой только возложеніе на нее судебныхъ

Столь прямолинейное примѣненіе принципа устности, безъ вниманія къ удобству тяжущихся и судей, не разъ подвергалось осужденію въ литературѣ и навлекло на составителей устава упрекъ въ доктринерствѣ, формализмѣ, фанатизмѣ — въ томъ, что они одержимы „энтузіазмомъ къ устности", что они „обожествили" принципъ устности, превратили его въ „фетишъ" и принесли ему въ жертву интересы участвующихъ въ дѣлахъ лицъ и самого правосудія [1]).

держекъ и штрафа въ томъ случаѣ, когда судъ найдетъ нужнымъ отложить засѣданіе вслѣдствіе недостаточной подготовки дѣла; кромѣ того, виновный въ такомъ упущеніи лишается права просить о постановкѣ заочнаго рѣшенія (§§ 95, 129, 335, п. 3). Письменная форма сохранена и сдѣлана обязательной только для исковыхъ прошеній, апелляціонныхъ и ревизіонныхъ жалобъ, отзывовъ и нѣкоторыхъ другихъ процессуальныхъ дѣйствій, которыми открывается производство (§§ 253, 518, 553 и др.). Эти же правила примѣняются и въ апелляціонномъ производствѣ (§ 524 и сл.). Новелла 1909 г. нѣсколько смягчила строгую устность, разрѣшивъ сторонамъ не повторять устно заявленныхъ въ состязательныхъ бумагахъ требованій, а лишь ссылаться на нихъ (доп. къ § 297).

[1]) Послѣ Зонненшмидта (ук. ст.) наиболѣе рѣшительно указалъ на вредъ строгой устности Bähr въ указ. ст. За нимъ послѣдовали и другіе: Krăwell (b. c.; Horn. Zur Reform, 97 ff. Quenstedt, Zur Reform, 22—24; Deutsche Gestaltung, 64—65; Schwartz. Die Novelle, 44 ff., и др. Бэру возражала многіе (см. указ. у Goldenring'a, 55, Anm.; и прежде всѣхъ Вахъ (Die CPO; Enquête). Надо, впрочемъ, замѣтить, что Вахъ толкуетъ эти правила слишкомъ свободно, смягчая въ значительной степени строгое примѣненіе принципа устности. Такъ, онъ полагаетъ, что судъ обязанъ знакомиться съ протоколами воспріятія доказательствъ, составленными отдѣльными отряженными членами суда, ex officio, хотя бы стороны не изложили ихъ содержаніе устно (Vorträge, 7 ff.), тогда какъ § 285 устава категорически предписываетъ сторонамъ „докладывать суду результаты воспріятія доказательствъ отряженными членами суда" (Birkmeyer, 161; Weismann, I, 188; Goldenring, 63 ff.). Точно такъ же по мнѣнію Вахъ, апелляціонный судъ долженъ при разрѣшеніи дѣла принимать въ соображеніе акты производства суда первой инстанціи, независимо отъ ссылки на нихъ сторонъ (Vorträge, 11—12, 249 ff.), вопреки предписанію § 526 устава (Birkmeyer, 162; Weismann, I, 433; Goldenring, 66 ff.). Наиболѣе рельефно выставилъ хорошія стороны устнаго производства предсѣдатель кельнской палаты Hamm на 26 съѣздѣ нѣмецкихъ юристовъ: „Въ нашемъ производствѣ установилась практика, что въ апелляціи не приводится никакихъ основаній, и что впослѣдствіи либо совершенно не происходитъ обмѣна состязательныхъ бумагъ, либо стороны обмѣниваются очень краткими. Поэтому предварительное ознакомленіе суда съ тѣмъ, что будетъ представлено во второй инстанціи, по большей части вовсе невозможно. Ознакомиться съ дѣломъ можно лишь изъ устнаго состязанія въ засѣданіи. Это обстоятельство въ необычайной степени увеличиваетъ интересъ суда къ устному производству. Предсѣдатель, быть можетъ, читалъ документы и узналъ изъ нихъ хотя бы то, что происходило въ первой инстанціи. Но никто изъ участвующихъ въ засѣданіи судей не знаетъ, на кого изъ нихъ будетъ впослѣдствіи возложено составленіе рѣшенія. Само собой

Вторая типичная форма процесса—чистая письменность. Она начала вытѣснять устность въ средніе вѣка въ каноническомъ и свѣтскомъ процессахъ, а съ рецепціей римскаго права окончательно утвердилась въ Германіи и Австріи. Какъ германскій общій процессъ, такъ и австрійскій процессъ по судебному

понятно, что рѣшеніе никогда не составляется до засѣданія; не выслушивается даже докладъ дѣла. Каждый членъ суда внимательно сидитъ съ перомъ въ рукѣ за устнымъ изложеніемъ адвокатовъ, такъ какъ каждый знаетъ, что если онъ не сдѣлаетъ себѣ замѣтокъ, то потомъ, когда получатъ акты производства, ничего въ нихъ не разберетъ. Вслѣдствіе этого и адвокатъ говоритъ совершенно иначе, ибо знаетъ, что судьи еще абсолютно не предубѣждены. Я могу только сказать, что всегда съ удовольствіемъ слушаю рѣчи адвокатовъ въ кельнской палатѣ. Какъ въ то время, когда я былъ молодымъ референдаріемъ, такъ и теперь, уже старикъ, я испытываю истинное наслажденіе, слушая умныя и содержательныя рѣчи адвокатовъ. Въ нихъ исчерпывающимъ образомъ развивается юридическая сторона дѣла и до тончайшихъ оттѣнковъ излагается фактическая и, притомъ, не однимъ докладчикомъ, который нейтраленъ, а двумя докладчиками, которые являются сторонами. Вслѣдствіе этого производство приближается къ идеалу—къ производству у единоличнаго судьи, передъ которымъ стоятъ сами стороны и излагаютъ свое дѣло. Только дѣло излагается въ красивой, художественной формѣ, и фактическій составъ выходитъ на свѣтъ со всѣми своими оттѣнками, со всѣмъ своимъ колоритомъ. Судъ бываетъ на мгновеніе увлеченъ словами адвоката. И то, что внушено суду однимъ адвокатомъ, должно быть исторгнуто другимъ. Такимъ путемъ создается живое пониманіе фактическаго состава не только у докладчика и предсѣдателя, но и у всѣхъ членовъ суда. Фактическій составъ обрисовывается предъ ними такъ, какъ будто они сами его пережили. Благодаря яркому воспроизведенію содержанія дѣла съ двухъ различныхъ точекъ зрѣнія, судьи получаютъ стереоскопическое, полное осязательности изображеніе. Ничего подобнаго я никогда не встрѣчалъ въ судахъ старыхъ провинцій, ни въ окружныхъ, ни въ палатахъ. Тамъ работаютъ преимущественно на основаніи актовъ производства. Когда судъ выходитъ въ засѣданіе, то предсѣдатель и докладчикъ, изучивши весь фактическій составъ и прочитавши всѣ документы, обыкновенно знаютъ все, что произойдетъ въ засѣданіи, и даже нерѣдко обнаруживаютъ неудовольствіе, если сторонами представляется что-либо новое. Я утверждаю, что въ старыхъ провинціяхъ нѣтъ почти ни одного окружнаго суда, ни одной палаты, гдѣ докладчикъ не имѣлъ бы въ карманѣ готоваго рѣшенія или хотя бы доклада. Онъ уже составилъ себѣ мнѣніе. Мы же прежде выслушиваемъ, въ чемъ состоитъ дѣло. О документахъ часто говорилось: бумага не краснѣетъ. На бумагѣ гораздо легче дѣлать ложныя заявленія, чѣмъ передъ судомъ въ присутствіи противника. То же самое относится къ софизмамъ и искусственнымъ хитросплетеніямъ. Если къ нимъ прибѣгаютъ въ устномъ состязаніи, то предсѣдатель просто говоритъ: „любезный г. адвокатъ, я ничего не понялъ, не можете ли вы намъ повторить эти тонкости?“ Адвокатъ большей частью настолько уменъ, что, смѣясь, отвѣчаетъ: „подобныхъ объясненій нельзя давать дважды“. (Verhandlungen d. 26 deut. Juristent., III, 495—496.)

Недостатки такого производства очевидны. Оно годится для дѣлъ небольшихъ и несложныхъ, въ которыхъ судьи легко и сразу могутъ ориентироваться. Но если об-

уставу 1781 г. были безусловно письменными. Такую же форму имѣлъ и нашъ процессъ по Своду законовъ [1]). Повсюду она привела къ печальнымъ результатамъ, къ полному упадку правосудія и къ процвѣтанію кляузничества.

Третья типичная форма процесса основывается на сочетаніи обоихъ принциповъ съ преобладаніемъ принципа письменности. Таковъ былъ, напримѣръ, прусскій сокращенный процессъ по закону 1833 г.: послѣ обмѣна состязательными бумагами происходило словесное разбирательство, но стороны могли только разъяснять и развивать то, что было изложено ими въ бумагахъ, не имѣя права дѣлать измѣненій и дополненій. Вслѣдствіе

стоятельства дѣла запутаны, если пренія сторонъ продолжаются часами, если въ дѣлѣ возникаетъ рядъ трудныхъ юридическихъ вопросовъ, то предварительная письменная подготовка дѣла является не только полезной, но и прямо необходимой. Затѣмъ, при такомъ порядкѣ разбирательства судъ не можетъ надлежащимъ образомъ осуществлять свое право разспроса сторонъ съ цѣлью выясненія обстоятельствъ дѣла, потому что для успѣшнаго пользованія этимъ правомъ требуется близкое знакомство съ дѣломъ, и если въ совѣщательной комнатѣ, при ознакомленіи съ актами, у судей возникнутъ какія-либо сомнѣнія или разногласія относительно того или другого фактическаго обстоятельства, то они уже не могутъ устранить ихъ посредствомъ разспроса сторонъ. Наконецъ, строгое примѣненіе принципа устности къ сложнымъ дѣламъ неизбѣжно ведетъ къ тому, что, по выслушаніи преній сторонъ, въ совѣщательной комнатѣ дѣлается однимъ изъ судей, ознакомившимся раньше съ обстоятельствами дѣла по письменнымъ актамъ производства, докладъ присутствію суда, такъ что дѣло слушается дважды: въ засѣданіи суда и въ совѣщательной комнатѣ (Leonhardt, 63). При этомъ постановленіе рѣшеній неизбѣжно откладывается (Wach, CPO, 24), а производимый въ совѣщательной комнатѣ черезъ нѣсколько дней, по разборѣ многихъ другихъ дѣлъ, докладъ въ отсутствіи сторонъ, которыя могли бы внести въ него фактическія поправки, можетъ страдать неполнотой и неточностью. Рихтеръ, 32 и сл. Германскій уставъ не указываетъ, обязаны ли судьи знакомиться съ содержаніемъ состязательныхъ бумагъ и вообще актовъ производства до засѣданія, вслѣдствіе чего судебная практика не вездѣ одинакова: въ однихъ мѣстностяхъ съ этими актами знакомится только предсѣдатель суда, въ другихъ—предсѣдатель и одинъ изъ членовъ которому прійдется писать рѣшеніе), въ иныхъ всѣ судьи, въ прочихъ (гдѣ раньше дѣйствовалъ французскій уставъ)—никто. Wach Enquête, 46 ff.. Weismann, I, 190.

[1]) Состязаніе сторонъ состояло въ обмѣнѣ письменными объясненіями и возраженіями, число которыхъ не было ограничено. На основаніи этихъ состязательныхъ бумагъ составлялась секретаремъ докладная записка, которая сообщалась тяжущимся для провѣрки и подписи, при чемъ имъ предоставлялось право просить о дополненіи ея. Разборъ дѣла состоялъ въ томъ, что докладная записка прочитывалась секретаремъ суду въ присутствіи сторонъ, которыя имѣли право только указывать на пропуски, сдѣланные секретаремъ, но ни въ какія пренія не могли вступать. (2 ч. X т. Св. зак., ст. 242 и сл., 445 и сл., 461 и сл.).

этого устное состязаніе было лишено самостоятельнаго значенія, и стороны избѣгали его, ограничиваясь обмѣномъ состязательными бумагами [1]).

Четвертый типъ процесса — комбинація письменности и устности съ преобладаніемъ устности. Эта форма господствуетъ во французскомъ и австрійскомъ процессахъ: матеріалъ для установленія фактическихъ обстоятельствъ судъ заимствуетъ какъ изъ актовъ производства, такъ и изъ словесныхъ преній сторонъ, при чемъ въ этихъ преніяхъ стороны имѣютъ право приводить новыя обстоятельства и измѣнять сдѣланныя въ бумагахъ заявленія относительно фактической стороны дѣлъ; но если стороны не явятся въ засѣданіе, то рѣшеніе можетъ быть постановлено и на основаніи письменныхъ объясненій и актовъ производства [2]).

---

[1]) Опасеніе такого результата и побудило составителей германскаго устава предписать судамъ постановлять рѣшенія исключительно на основаніи того, что изложено сторонами въ словесномъ состязаніи. Hahn, II, 118.

[2]) Французскій процессъ издавна основывается на сочетаніи принциповъ устности и письменности. Производство начинается письменнымъ вызовомъ въ судъ, передаваемымъ повѣреннымъ истца отвѣтчику черезъ судебнаго пристава, съ означеніемъ предмета иска и доказательствъ. Въ недѣльный срокъ отвѣтчикъ долженъ выбрать себѣ повѣреннаго, который можетъ обмѣняться съ повѣреннымъ противной стороны письменными объясненіями, но это не обязательно, а въ суммарномъ производствѣ не допускается, и во всякомъ случаѣ судъ такихъ предварительныхъ бумагъ не читаетъ. Въ засѣданіи суда повѣренные сторонъ прочитываютъ или импровизируютъ устно свои „заключенія" (conclusions), т.-е., точно формулированныя и мотивированныя требованія и возраженія противъ нихъ, а затѣмъ передаютъ въ письменной формѣ секретарю. Въ слѣдующемъ засѣданіи происходятъ устныя пренія сторонъ или ихъ адвокатовъ. Но до начала преній повѣренные имѣютъ право измѣнять и дополнять свои первоначальныя заключенія, такъ что рѣшающее значеніе имѣетъ то, что ими заявляется въ послѣднемъ устномъ засѣданіи. Поэтому неправильно говорить, что „французскій уставъ отдаетъ предпочтеніе началу письменности предъ началомъ устности" (Рихтеръ, 13): документированіе заявленій повѣренныхъ, дѣлаемыхъ устно, не превращаетъ производства въ письменное. Матеріаломъ при постановленіи рѣшеній служатъ судамъ, во-1-хъ, заключенія повѣренныхъ, во-2-хъ, протоколы допроса свидѣтелей и воспріятія другихъ доказательствъ и, въ-3-хъ, пренія сторонъ, если они были (это не обязательно). Таково же въ общемъ производство въ апелляціонной и кассаціонной инстанціяхъ. Существуетъ еще исключительно письменное производство, гдѣ пренія сторонъ замѣняются подачей состязательныхъ бумагъ, на основаніи которыхъ однимъ изъ членовъ суда дѣлается докладъ, при чемъ сторонамъ предоставляется только указывать на неполноту и неточность его. Но эта форма производства примѣняется крайне рѣдко. Code de proc., art. 59 ss., 404 ss., 443 ss.; Garsonnet, №№ 334 ss., 500 ss.,

Наконецъ, пятая система придаетъ одинаковое значеніе какъ устной, такъ и письменной формѣ состязанія сторонъ. Это—система нашего дѣйствующаго устава. При постановленіи рѣшенія судъ обязанъ основываться какъ на доводахъ и доказательствахъ, изложенныхъ сторонами въ словесномъ состязаніи, такъ и на поданныхъ ими состязательныхъ бумагахъ и вообще на имѣющихся въ дѣлѣ письменныхъ актахъ (ст. 339), не упуская изъ виду ни одного изъ нихъ (ст. 456). Но ни обмѣнъ состязательными бумагами, ни устныя пренія не обязательны. Стороны могутъ не подать письменныхъ объясненій и прямо явиться въ засѣданіе для устнаго состязанія (ст. 312 и сл.): въ такомъ случаѣ процессъ будетъ чисто устнымъ. Наоборотъ, стороны въ правѣ обмѣняться письменными объясненіями и не прибыть въ засѣданіе (ст. 719 и 719[1]): въ этомъ случаѣ производство будетъ чисто

---

838 ss., 886 ss. Австрійскій уставъ подобно французскому, комбинируетъ устность и письменность, но нѣсколько иначе. Принципіально онъ стоитъ на почвѣ устности. „Рѣшеніе должно быть постановлено на основаніи словеснаго разбирательства“ (§ 414) и должно заключать въ себѣ „изложеніе обстоятельствъ дѣла, извлеченныхъ изъ словеснаго разбирательства“ (§ 417). Чтеніе письменныхъ объясненій вмѣсто устнаго изложенія воспрещено (§ 177), а прочтеніе документовъ, на которые ссылаются стороны, дозволяется только въ томъ случаѣ, если они не извѣстны суду или противной сторонѣ, или если буквальное содержаніе ихъ имѣетъ значеніе для дѣла (§ 177). Результатъ подготовительнаго производства, если оно было, и результаты воспріятія и повѣрки доказательствъ отряженнымъ членомъ излагаются предсѣдателемъ или членомъ суда устно (§§ 262, 286, 287). Въ случаѣ неявки стороны, присланныя ею письменныя объясненія не подлежатъ прочтенію (§ 397). Обезпечивая этими правилами устность производства, австрійскій уставъ, съ другой стороны, дѣлаетъ рядъ существенныхъ уступокъ письменности: устанавливаетъ письменную форму для искового прошенія и отвѣта на него, который обязателенъ (§§ 226, 229, 243, 258); допускаетъ представленіе дополнительныхъ письменныхъ объясненій (§ 258); даетъ право предсѣдательствующему, по просьбѣ сторонъ или по собственному усмотрѣнію, распорядиться, чтобы стороны изложили свои требованія и объясненія въ формѣ записокъ, которыя прочитываются, провѣряются судомъ и пріобщаются къ протоколу (§ 265). Наконецъ, если стороны обмѣнялись состязательными бумагами и одна изъ нихъ не явится въ засѣданіе, то другая можетъ просить о постановленіи рѣшенія, и въ такомъ случаѣ судъ разрѣшаетъ дѣло на основаніи письменныхъ актовъ, имѣющихся въ производствѣ (§ 399). Въ апелляціонномъ производствѣ преобладаетъ письменность; въ ревизіонномъ она господствуетъ почти исключительно, такъ какъ словесное состязаніе сторонъ допускается только по особому постановленію суда (§§ 480 и сл., 509). Skeld, § 8; Pollak, § 85; Schrutka, § 115. Правила австрійскаго устава послужили образцомъ для венгерскаго (§§ 129, 136, 137, 178, 195, 203, 219, 254, 281, 401, 445, 484, 489, 492, 497, 512 и др.).

письменнымъ. Однако суду принадлежитъ право, въ случаѣ надобности, назначать предварительный обмѣнъ письменными объясненіями (ст. 362) и требовать личной явки сторонъ (ст. 719, 719¹). Апелляціонное и кассаціонное производства могутъ быть чисто письменными, въ случаѣ неявки сторонъ, но могутъ основываться какъ на письменныхъ актахъ, такъ и на устныхъ преніяхъ (ст. 768, 770, 804).

Эта система является наиболѣе цѣлесообразной. Превосходство ея надъ всѣми другими состоитъ въ томъ, что она не навязываетъ тяжущимся какой-либо одной формы производства для всѣхъ дѣлъ, независимо отъ ихъ простоты или сложности, а даетъ возможность сторонамъ избирать, подъ контролемъ суда, такую форму, которая наиболѣе соотвѣтствуетъ характеру каждаго отдѣльнаго дѣла: если обстоятельства дѣла настолько неясны и запутаны, что требуется изученіе его по письменнымъ объясненіямъ сторонъ, то стороны, по собственному почину или по требованію суда, обмѣняются состязательными бумагами; наоборотъ, простыя и легкія дѣла могутъ быть разрѣшаемы сразу, на основаніи устнаго состязанія или же, если явка въ судъ для сторонъ затруднительна, а личныя объясненія ихъ не нужны,— то на основаніи ихъ письменныхъ объясненій. Опасность такой системы заключается только въ томъ, что она можетъ, при желаніи сторонъ или адвокатовъ и при пассивномъ отношеніи судовъ, выродиться въ чисто письменное производство. Но устное разбирательство настолько удобнѣе для тяжущихся, для адвокатовъ и для самихъ судей, что такая перспектива представляется мало вѣроятной; по крайней мѣрѣ, до настоящаго времени подобной тенденціи къ превращенію устнаго производства въ письменное совершенно незамѣтно.

Эту систему сохраняетъ и проектъ новой редакціи устава (ст. 165 и сл., 174 и сл., 183 и сл., 626 и сл., 706 и сл., 776).

§ 47.

Публичность [1]).

I. Дѣятельность судовъ, какъ и другихъ органовъ государственной власти, можетъ быть либо окружена непроницаемой для частныхъ лицъ тайной, либо совершаться въ большей или меньшей степени открыто. Въ первомъ случаѣ въ процессѣ господствуетъ принципъ *канцелярской тайны*, во второмъ—принципъ *гласности*.

Смотря по кругу лицъ, имѣющихъ право знакомиться съ процессуальной дѣятельностью суда, различаютъ гласность для сторонъ (Parteiöffentlichkeit), если это право принадлежитъ только ведущимъ данный процессъ лицамъ, или гласность въ тѣсномъ смыслѣ слова, и гласность общую (Volksöffentlichkeit), которая распространяется на всѣхъ желающихъ, или *публичность*.

Гласность въ тѣсномъ смыслѣ слова не представляетъ собою самостоятельнаго принципа, а является слѣдствіемъ, съ одной стороны, принциповъ непосредственности и устности, требующихъ, чтобы судъ входилъ въ личное общеніе съ тяжущимися, а съ другой стороны, — принциповъ состязательности и равноправности, изъ которыхъ первый возлагаетъ на самихъ тяжущихся подготовку процессуальнаго матеріала, а второй — даетъ имъ одинаковыя средства защиты и нападенія. Проведеніе всѣхъ четырехъ названныхъ принциповъ [2]) было бы совершенно невоз-

---

[1]) Яневичъ-Яновскій. О публичности и устности уголовнаго судопроизводства, 1857; Варшевъ. Объ устности и гласности уголовнаго судопроизводства (Рус. Вѣсти. 1857, іюнь, т. X); Оксъ. О публичности или гласности суда, 1889 (и въ Трудахъ Одесскаго юрид. общ. 1887, т. IV); Нефедьевъ. Основныя начала, 25—28; Малышевъ, I, § 73; Азаревичъ, I, 54—58; Энгельманъ, § 33; Гольмстенъ, 119—121; Нефедьевъ, § 69; Бентамъ. О судоустройствѣ, 133 и сл.; О судебныхъ доказательствахъ, 1876, 74—85.

Meyer. Esprit, origine etc., VI, ch. 7; Feuerbach. Betrachtungen über die Oeffentlichkeit und Mündlichkeit, II, 1821; Bordeaux, 262 ss.; Canstein, Rat. Grundl., 100 ff.; Friedmann. Die Oeffentlichkeit der Gerichtsverhandlungen, 1887; Friedmann. Geheime Verhandlungen und Wahrung von Geheimnissen, 1895; Kleinfeller. Die Oeffentlichkeit (Gerichtssaal, 1887, 39 B.). Старая литература указ. у Виркмейера (§ 43) и Канштейна (стр. 100, 102).

[2]) А не одного лишь принципа непосредственности, какъ думаютъ нѣкоторые (Kleinfeller, 421; Geyer, 14).

можно, если бы дѣйствія одной стороны и вызванная ими дѣятельность суда были неизвѣстны другой сторонѣ [1]). Поэтому принципъ гласности для сторонъ имѣетъ безусловное значеніе и не терпитъ никакихъ изъятій. Стороны имѣютъ право присутствовать при всѣхъ дѣйствіяхъ суда въ засѣданіяхъ (ст. 13 уст. гр. суд.), при допросѣ свидѣтелей и всѣхъ повѣрочныхъ дѣйствіяхъ внѣ засѣданій (ст. 390, 414, 501 и др.), обозрѣвать въ канцеляріи суда все дѣлопроизводство по своимъ дѣламъ (ст. 271) и получать копіи съ процессуальныхъ бумагъ (ст. 854). Стороны не могутъ только присутствовать при совѣщаніи судей въ совѣщательной комнатѣ (ст. 693), потому что это вовсе не требуется тѣми принципами процесса, для осуществленія которыхъ нужна гласность.

Публичность, наоборотъ, не вытекаетъ изъ другихъ принциповъ процесса, не является даже необходимой спутницей гласности для сторонъ, а представляетъ собою совершенно самостоятельный принципъ, нуждающій въ спеціальномъ разсмотрѣніи и обоснованіи. Важнѣйшимъ проявленіемъ его является право печатанія отчетовъ о дѣлахъ въ прессѣ. Благодаря этому, публичность получаетъ серьезное практическое значеніе. Лично посѣщать засѣданія судовъ въ состояніи очень немногіе; благодаря же газетнымъ отчетамъ, каждый желающій можетъ слѣдить за тѣмъ, что происходитъ въ судахъ.

II. Публичность производства имѣетъ огромное значеніе для правильнаго отправленія правосудія.

Во-1-хъ, она даетъ возможность обществу контролировать дѣятельность судей. Благодаря ей, отправленіе правосудія совершается, такъ сказать, всенародно, на глазахъ у всего населенія и даже, при современномъ развитіи періодической печати, разно-

---

1) Отсюда, однако, не слѣдуетъ, чтобы въ опредѣленіе гласности можно было вводить указаніе на осуществленіе сторонами своихъ процессуальныхъ правъ, какъ дѣлаетъ Клейнфеллеръ: „гласность сторонъ есть предоставленная сторонамъ по закону возможность непосредственнаго воспріятія процессуальныхъ фактовъ, *связанная съ даннымъ сторонамъ правомъ самостоятельнаго вмѣшательства въ производство путемъ немедленныхъ заявленій, объясненій и постановки вопросовъ* „(стр. 419—420). Въ подчеркнутыхъ словахъ рѣчь идетъ уже не о гласности, а о пользованіи процессуальными *средствами* защиты.

сящей свѣдѣнія во всѣ концы цивилизованнаго міра, на глазахъ всего культурнаго человѣчества [1]). Вслѣдствіе этого судьи, сознавая, что ихъ дѣятельность находится у всѣхъ на виду и подвергается свободной критикѣ, стараются возможно лучше исполнять свои обязанности. Не только явное пристрастіе, вымогательство, взяточничество становятся невозможными или, по меньшей мѣрѣ, очень затруднительными, но и вообще все производство ведется правильнѣе, тщательнѣе, съ соблюденіемъ всѣхъ установленныхъ закономъ формальностей. „Гласность—это вожжи для страстей и узда для плохихъ судей“ [2]).

2. Значеніе хорошаго отправленія правосудія удваивается, если оно отправляется публично. Тайное судопроизводство всегда возбуждаетъ подозрѣніе, хотя бы даже оно было въ дѣйствительности безупречно: всегда найдутся лица, которыя останутся недовольны постановленными по ихъ дѣламъ рѣшеніями и будутъ приписывать эти рѣшенія несправедливости и недобросовѣстности судей. Другіе граждане, слушая такія обвиненія, станутъ придавать имъ вѣру, не имѣя возможности провѣрить ихъ личнымъ наблюденіемъ за дѣятельностью судей [3]).

3. Публичность оказываетъ благотворное вліяніе и на тяжущихся. Боязнь общественнаго мнѣнія, стыдъ предъ знакомыми и земляками удерживаютъ ихъ отъ недобросовѣстныхъ исковъ, отъ завѣдомо ложныхъ заявленій, отъ неосновательнаго отрицанія справедливыхъ требованій противной стороны, отъ кляузъ и крючкотворства [4]).

4. Публичность производства отражается благопріятнымъ образомъ и на другихъ участвующихъ въ процессѣ лицахъ: свидѣтеляхъ, экспертахъ, адвокатахъ. Боязнь общественнаго осужденія

---

[1]) За ходомъ процесса Дрейфуса слѣдилъ весь міръ.

[2]) Слова Ayrault (Bordeaux, 263). Ср. Meyer, 120 ss.; Бентамъ. О судебныхъ доказательствахъ, 1876, 76—79; Mittermaier. Mündlichkeit, 338—340; Friedmann. Oeffentl., 11; Geheime Verh., 2, 3.

[3]) Бентамъ. О суд. доказ., 78: „Чѣмъ болѣе суды были тайные, тѣмъ были они ненавистнѣе. Средневѣковый тайный судъ, инквизиція, совѣтъ десяти опозорили тѣ правительства, которыя ихъ установили. Имъ приписали, можетъ быть, во сто разъ болѣе преступленій, нежели они совершили“.

[4]) Canstein, 101; Нефедьевъ. Основныя начала, 27; Окольскій. Состязательность (ст. I, стр. 171).

побуждаетъ всѣхъ ихъ къ добросовѣстному выполненію своихъ функцій [1]).

5. Публичность имѣетъ большое значеніе для юридическаго развитія общества. Благодаря ей, граждане получаютъ возможность слѣдить за отправленіемъ правосудія и знакомиться съ дѣйствующимъ правомъ въ его практическомъ осуществленіи. Они проникаются сознаніемъ важности правильнаго отправленія правосудія и стараются содѣйствовать ему, когда имъ приходится выступать въ роли свидѣтелей или экспертовъ [2]).

6. При публичности производства отдѣльные граждане получаютъ возможность оказывать непосредственные услуги отправленію правосудія: узнавъ о возникшемъ процессѣ, каждый бывшій случайнымъ свидѣтелемъ какихъ-либо фактовъ, которые должны быть установлены въ этомъ процессѣ, можетъ объявить объ этомъ заинтересованной сторонѣ и быть вызваннымъ для дачи показанія. Въ Англіи, напримѣръ, бывали случаи, что во время разбора уголовныхъ дѣлъ постороннія лица, присутствовавшія въ засѣданіи въ качествѣ публики, сообщали суду очень важныя свѣдѣнія, вліявшія на исходъ процесса [3]).

7. Публичность производства благопріятствуетъ развитію науки права. Ученые получаютъ возможность знакомиться съ судебными рѣшеніями и пользоваться судебной практикой при своихъ теоретическихъ изслѣдованіяхъ. Благодаря этому, теорія сближается съ практикой, что одинаково полезно для обѣихъ [4]).

---

[1]) Бентамъ. О суд. доказ., 75: „Ложь можетъ быть смѣлой при секретномъ допросѣ: трудно допустить, чтобы она была смѣлой передъ публикой; это даже невѣроятно со стороны человѣка, еще не совсѣмъ развращеннаго. Всѣ взоры, направленные на свидѣтеля, смущаютъ его, если онъ имѣетъ планъ обмануть; онъ чувствуетъ ложь, можетъ встрѣтить обличителя въ каждомъ слушателѣ. Знакомое лицо и много незнакомыхъ одинаково его безпокоятъ, и противъ воли онъ воображаетъ, что истина которую онъ старается подавить, выйдетъ изъ этой аудиторіи и подвергнетъ его всѣмъ опасностямъ ложнаго свидѣтельства; по крайней мѣрѣ, онъ чувствуетъ, что есть наказаніе, котораго не избѣгнетъ,—заключающееся въ стыдѣ на глазахъ толпы зрителей". Ср. Mittermaier, Mündl., 337—340; Законодат., 259; Zachariae, I, 61; Friedmann, Geh. Verh., 1.

[2]) Бентамъ. О судоустр., 135: „Какая школа можетъ лучше судебнаго мѣста служить къ образованію опытныхъ гражданъ, способныхъ обсуждать юридическіе вопросы и взвѣшивать человѣческія дѣянія на вѣсахъ правосудія?" Ср. Mittermaier, Mündl., 342; Законодательство, 259; Zachariae, I, 61; Friedmann, Geh. Verh., 2.

[3]) Миттермайеръ. Законодательство, 259; Friedmann. Geh. Verh., 1.

[4]) Нефодьевъ. Осн. нач., 27.

S. Публичность процесса соотвѣтствуетъ современнымъ понятіямъ о необходимыхъ условіяхъ каждой общественной дѣятельности. „Начало это признается во всѣхъ важнѣйшихъ функціяхъ правового государства“ [1]). Особенно же важное значеніе оно имѣетъ по отношенію къ дѣятельности судовъ, которою обезпечивается правопорядокъ. „Правосудіе—дѣло свѣта, а не тьмы“ [2]).

Діаметрально противоположными свойствами обладаетъ и къ совершенно инымъ результатамъ приводитъ принципъ канцелярской тайны. Онъ прикрываетъ отъ глазъ общества непроницаемой ширмой судей и участвующихъ въ процессѣ лицъ, и подъ его покровомъ свободно развиваются взяточничество, подкупы судей и свидѣтелей, затягиваніе дѣлъ въ угоду вліятельнымъ отвѣтчикамъ, постановленіе неправильныхъ рѣшеній [3]).

III. Несмотря однако на всю очевидность благодѣтельнаго вліянія, которое долженъ оказывать на отправленіе правосудія принципъ публичности, находятся писатели, относящіеся къ нему отрицательно.

Прежде всего, говорятъ, что публичность производства является весьма сомнительнымъ средствомъ контроля надъ дѣятельностью судовъ въ виду некомпетентности публики въ вопросахъ права [4]).

---

[1]) Тальбергъ, 42.

[2]) Frain du Tremblay. Parfait Magistrat (цит. у Bordeaux, 263).

[3]) Малышевъ, I, 353: „Таинственность судопроизводства представляетъ большія выгоды для канцеляріи и для судей. При отсутствіи посторонннхъ лицъ, они располагаются въ судѣ, какъ у себя дома, и каждый чиновникъ, угождая своему непосредственному начальнику и живя въ мирѣ съ товарищами, не обязанъ владѣть другими талантами или обремепять себя трудомъ, а предается служебнымъ занятіямъ только по любви или интересу. Надзоръ высшихъ установленій не проникаетъ далѣе формы, а внезапныя ревизіи являются только рѣдкою и временною тревогою. За доступъ къ тайнамъ производства можно брать деньги и подъ покровомъ тайны наживать себѣ состояніе. Интересы многихъ тяжущихся и ходатаевъ также совпадаютъ съ этой обстановкой процесса, потому что не всякую роль въ процессѣ можно показывать публикѣ съ удовольствіемъ; тайные ходы часто выгоднѣе открытой борьбы: сторона неправая всегда предпочтетъ ихъ“.

[4]) Баршевъ. Основанія угол. судопроизв., 1841, 67: „Народъ, стекающійся на мѣсто суда, можетъ быть только худымъ контролеромъ судебныхъ дѣйствій, потому что онъ имѣетъ самую малую часть тѣхъ свѣдѣній, которыя необходимы, чтобы судить о полнотѣ и формальности слѣдствія и о правильности приговора“. Основательность такого соображенія признаетъ и Миттермайеръ: „Никто не можетъ серьезно думать, что случайно собравшееся, состоящее, быть можетъ, изъ малоспособ-

Но суть не въ дѣйствительномъ контролѣ со стороны случайной и некомпетентной публики, а въ возможности контроля со стороны лицъ, знающихъ обстоятельства разбираемыхъ дѣлъ [1]), и, главное, со стороны представителей печати и спеціалистовъ юристовъ, которые могутъ слѣдить за разбирательствомъ дѣлъ по отчетамъ прессы [2]).

Другое возраженіе противъ публичности судопроизводства состоитъ въ томъ, что она, дѣлая возможной критику судебныхъ рѣшеній со стороны всѣхъ и каждаго, подрываетъ ихъ авторитетность и умаляетъ престижъ суда [3]).

Противъ этого нужно замѣтить, что если судебныя рѣшенія хороши, то критика невѣждъ не уменьшитъ ихъ достоинствъ въ глазахъ прочихъ гражданъ, а компетентные люди-спеціалисты, близко знакомые съ дѣятельностью судовъ, сумѣютъ воздать имъ должное и составить имъ надлежащую репутацію въ обществѣ. Съ другой стороны, тайное отправленіе правосудія не предотвратитъ критической оцѣнки его; разница только въ томъ, что эта оцѣнка не можетъ быть вѣрной за отсутствіемъ точныхъ и достовѣрныхъ свѣдѣній о дѣятельности суда [4]).

ныхъ къ правильному сужденію людей, зачастую небольшое число слушателей въ состояніи осуществлять дѣйствительный контроль надъ отправленіемъ правосудія". (Mündlichkeit, 333.) Bayer, 43—44; Martin, Haimerl и др. (Birkmeyer, 184—185).

[1]) Friedmann. Oeffentl, 18—19: „Достаточно простого факта, что не только лица, причастныя къ дѣлу по долгу службы или въ качествѣ обвиняемыхъ, свидѣтелей или экспертовъ, присутствуютъ въ засѣданіи, но что и другіе тоже присутствуютъ или даже только могутъ присутствовать, если пожелаютъ. Достаточно, если должностныя лица, на отвѣтственности которыхъ лежитъ исполненіе закона, не только чувствуютъ эту отвѣтственность въ глубинѣ своей собственной груди, но и постоянно подвергаются возможности дѣйствовать подъ контролемъ чужихъ ушей и глазъ. Чрезвычайно важно также сознаніе судьи, что во всякомъ почти дѣлѣ за ходомъ засѣданія слѣдятъ друзья и враги обвиняемаго (почти никто вѣдь не одинокъ на свѣтѣ), которые вдвойнѣ чувствуютъ всякое уклоненіе судьи отъ пути права и, по причинѣ своей субъективной заинтересованности въ дѣлѣ, особенно чутки ко всякой ошибкѣ суда".

[2]) На основаніи изученія судебныхъ отчетовъ англійской прессы проф. Мендельсонъ-Бартольди написалъ обстоятельное изслѣдованіе о состояніи гражданскаго правосудія въ Англіи. Mendelssohn-Bartholdy. Das Imperium des Richters, 1908.

[3]) Буше д'Аржи (цит. у Бентама; О суд. докав., 80).

[4]) Бентамъ. О доказ., 81: „Народный судъ, при всей его неспособности судить, все-таки судитъ. Помѣшать ему судить—это домогаться невозможнаго: не можно

Приводятся еще нѣкоторыя возраженія противъ публичности судопроизводства, но они относятся спеціально къ уголовному процессу [1]).

IV. Публичность относится только къ судебнымъ засѣданіямъ, но не распространяется на процессуальныя дѣйствія суда внѣ засѣданій. Постороннія лица имѣютъ право присутствовать въ засѣданіяхъ суда и слушать то, что тамъ говорится и читается. Но имъ нельзя дать права являться въ канцелярію суда и разсматривать акты дѣлопроизводства: это не только было бы излишне, такъ какъ содержаніе этихъ актовъ излагается въ засѣданіи суда членомъ-докладчикомъ и разбирается сторонами, и могло бы вредно отразиться на сохраненіи актовъ въ цѣлости и

помѣшать ему правильно судить, и все, что дѣлается для того, чтобы скрыть отъ него свѣдѣнія о судопроизводствѣ, приводитъ только къ умноженію ошибочныхъ сужденій. Итакъ, заблужденія народа и даже ложныя обвиненія, возводимыя имъ на судей, мрачныя мысли, составляемыя имъ о судахъ, сочувствіе, оказываемое имъ къ обвиненнымъ, ненависть къ законамъ, всѣ эти важныя бѣдствія—дѣло тѣхъ, которые отмѣняютъ публичность доказательствъ. Когда общественный судъ воздерживается отъ сужденія, это значитъ, что онъ отъ избытка невѣжества и отчаянія впалъ въ совершенный индиферентизмъ. Эта апатія для государства служитъ знакомъ крайняго несчастія. Въ тысячу разъ лучше, если народъ судитъ худо, нежели если онъ перестаетъ интересоваться общественными дѣлами: всякій уединяется и сосредоточивается въ себѣ, и національная связь разрывается. Какъ только публика говоритъ: „какое мнѣ дѣло?"—нѣтъ больше ничего, кромѣ владыкъ и рабовъ". Ср. Meyer, VI, 133 ss.

[1]) Они изложены и разобраны Бентамомъ (О доказ., 79—80). Нѣкоторые ученые, признавая полезность публичнаго производства, находятъ въ то же время, что „преимущества публичности не настолько значительны, чтобы признать ее безусловно необходимой" и причислить къ основнымъ началамъ процесса (Canstein. Grundriss, 101). Конечно, публичность не служитъ сама по себѣ безусловной гарантіей правильнаго отправленія правосудія, и нельзя не признать преувеличенія въ словахъ Мирабо, сказавшаго: „дайте мнѣ какого хотите судью — пристрастнаго, корыстолюбиваго, даже моего врага, лишь бы онъ дѣйствовалъ въ виду публики" (Бентамъ. О судоустр., 66). Исторія учитъ, что публичность производства не всегда удерживала судей отъ злоупотребленій, и что во времена упадка общественной нравственности судебное разбирательство, не смотря на присутствіе посторонней публики и представителей прессы, иной разъ представляло собой прямое надѣвательство надъ правосудіемъ (Meyer, 126, note). Но не слѣдуетъ упускать изъ виду, что если это было возможно при гласности производства, то безъ нея было бы въ тысячу разъ хуже. Притомъ, нужно обратить вниманіе еще и на то, что такія злоупотребленія судей являлись по большей части результатомъ давленія на нихъ со стороны административной власти и были бы невозможны, если бы судьи пользовались полной самостоятельностью и независимостью, не боясь мести власть имущихъ и не ожидая награды съ ихъ стороны.

порядкѣ, но и вовсе не требуется для достиженія той цѣли, ради которой вводится публичность,—для контроля надъ дѣятельностью суда и участвующихъ въ процессѣ лицъ [1]). Для этой цѣли совершенно достаточно, чтобы публика могла присутствовать въ судебномъ засѣданіи, и если судомъ или участвующими лицами были совершены какія-либо неправильныя дѣйствія внѣ засѣданія, то стороны укажутъ на это во время производства.

Публичность можетъ распространяться на всѣ дѣйствія суда въ судебномъ засѣданіи, въ томъ числѣ и на постановленіе имъ рѣшеній и предшествующія этому совѣщанія судей, или же ограничиваться только стадіей разбирательства дѣла, или судебнымъ засѣданіемъ, не идя дальше преній сторонъ. Въ первомъ случаѣ внимательное отношеніе судей къ разбираемымъ дѣламъ гарантируется въ большей мѣрѣ, чѣмъ во второмъ. Но присутствіе публики при совѣщаніи судей нежелательно по другимъ соображеніямъ, которыя изложены выше (см. стр. 165).

V. Принципъ публичности тѣсно связанъ съ принципомъ устности и постоянно сопровождаетъ его. Въ тѣхъ процессуальныхъ системахъ, которыя построены на принципѣ устности, господствуетъ и публичность производства: словесное состязаніе сторонъ происходитъ въ открытомъ засѣданіи суда [2]). Наоборотъ, письменный процессъ всегда былъ тайнымъ, да это и понятно: если судъ разрѣшаетъ дѣло на основаніи письменныхъ актовъ, безъ устныхъ преній сторонъ, безъ допроса свидѣтелей въ засѣданіи, то публичность оказывается совершенно излишней. Нашъ дореформенный процессъ, какъ и другія процессуальныя системы прежняго времени, построенныя на принципѣ письменности, былъ тайнымъ. Составители судебныхъ уставовъ въ корнѣ измѣнили этотъ порядокъ, провозгласивъ въ 153 статьѣ учр. суд. уст., что „судебныя засѣданія для рѣшенія уголовныхъ и гражданскихъ дѣлъ происходятъ публично", и повторивъ въ

---

[1]) Неправильно, поэтому, говорить, что публичность обезпечиваетъ посторонникъ лицамъ „чувственное воспріятіе процессуальныхъ дѣйствій" (Kleinfeller, 419): это вѣрно только относительно дѣйствій, совершаемыхъ въ засѣданіи суда.

[2]) Франц. уст., § 87; герм. уст. судоустр., § 170; австр., § 171; венг., § 206.

324 ст. уст. гражд. суд., что „докладъ дѣла и словесное состязаніе тяжущихся происходятъ въ открытомъ засѣданіи суда“ [1]).

Однако публичность засѣданія иногда очень непріятна для тяжущихся, если, напримѣръ, дѣло касается ихъ семейныхъ отношеній. Съ другой стороны, бываетъ, что публичное разбирательство грозитъ нарушеніемъ общественнаго порядка или оскорбленіемъ нравственнаго и религіознаго чувства. Въ этихъ случаяхъ разсмотрѣніе дѣла должно происходить при закрытыхъ дверяхъ [2]), но все-таки съ тѣмъ, чтобы въ засѣданіе было допущено нѣсколько постороннихъ лицъ, по желанію тяжущихся, для того, чтобы дѣятельность суда и другихъ участвующихъ лицъ не была совершенно избавлена отъ общественнаго контроля. Объ этихъ отступленіяхъ отъ принципа публичности будетъ рѣчь въ особенной части курса.

§ 48.

Починъ сторонъ и суда [3]).

I. Процессъ представляетъ собою динамическое явленіе. Онъ движется и развивается, переходя постепенно отъ начальнаго пункта, которымъ служитъ предъявленіе иска, до конечнаго, какимъ является постановленіе судомъ рѣшенія. Между этими крайними пунктами находится болѣе или менѣе значительное число, смотря по степени сложности процесса, промежуточныхъ процессуальныхъ стадій, черезъ которыя послѣдовательно проходитъ процессъ.

Поступательное движеніе процесса можетъ совершаться, по-

---

[1]) Признавая важное значеніе публичности производства, императоръ Александръ I допустилъ ее задолго до судебной реформы въ военныхъ судахъ. Яневичъ-Яневскій, 13—14.

[2]) Feuerbach, I, 174 ff.; Canstein, 102—103; Бентамъ. О доказ. 83—84.

[3]) Canstein. Rat. Grundl., 169 ff.; Wach. Vorträge, 63 ff.; Pollak. Richterbetrieb und Parteibetrieb (Zt. Zp. 31 B.); Kohler. Process als Rechtsverhältniss, 1891, § 5; Lang. Die Mängel, § 1; Hartzfeld. Der Streit der Parteien, 1911; Birkmeyer, 230 ff.; Schmidt, § 54; Weismann, I, § 76; Schrutka, § 111.

добно собиранію и подготовкѣ процессуальнаго матеріала, тремя образомъ.

Во-1-хъ, законъ можетъ предоставить все свободному почину сторонъ. Въ такомъ случаѣ судъ не предпринимаетъ ничего самъ, безъ предварительной просьбы одного изъ тяжущихся: не назначаетъ засѣданій, не вызываетъ въ засѣданіе противной стороны и свидѣтелей, не разрѣшаетъ процессуальныхъ вопросовъ. Онъ уподобляется машинѣ, которая приходитъ въ движеніе только тогда, когда ее заводятъ тяжущіеся. Отъ соглашенія сторонъ зависитъ также задержать дѣйствіе судебной машины посредствомъ отсрочки назначеннаго засѣданія и пріостановленія на любое время производства. При такомъ устройствѣ въ процессѣ господствуетъ принципъ *свободнаго почина сторонъ* (freier Parteibetrieb, Privatbetrieb), выражаемый положеніемъ: судъ не долженъ дѣйствовать по обязанности (ne procedat judex ex officio) [1].

Во-2-хъ, починъ сторонъ можетъ быть замѣненъ иниціативой суда. Въ такомъ случаѣ судъ не долженъ и не смѣетъ выжидать заявленія тяжущимися просьбъ относительно совершенія тѣхъ или иныхъ дѣйствій, а самъ обязанъ заботиться о безостановочномъ движеніи процесса. Онъ дѣйствуетъ по обязанности (ex officio), и процессъ развивается по его офиціальному почину (Officialbetrieb).

Въ-3-хъ, оба указанные принципа допускаютъ совмѣстное примѣненіе такимъ образомъ, что починъ сторонъ дополняется самостоятельною дѣятельностью суда.

II. Въ пользу принципа свободнаго почина сторонъ говорятъ тѣ же приблизительно соображенія, какими оправдывается принципъ состязательности.

Стороны или, во всякомъ случаѣ, одна изъ нихъ (обыкновенно истецъ) больше кого бы то ни было заинтересованы въ скорѣйшемъ разрѣшеніи дѣла; поэтому вполнѣ естественно предоставить заботу о движеніи процесса имъ самимъ. Это будетъ

---

[1] Нѣкоторые добавляютъ къ этому положенію еще другое: „nemo judex sine actore“, но оно представляетъ въ дѣйствительности проявленіе принципа диспозитивности (см. стр. 365) и потому можетъ сохранять полную силу и при господствѣ въ процессѣ принципа офиціальнаго почина.

вполнѣ соотвѣтствовать также принципамъ диспозитивности и состязательности: вѣдь движеніе процесса обусловливается, между прочимъ, подачей тяжущимися жалобъ, апелляцій, предъявленіемъ частныхъ требованій и т. д., а эти средства процессуальной борьбы находятся въ ихъ полномъ распоряженіи. Затѣмъ, только тяжущіеся знаютъ, когда ими исчерпанъ весь фактическій матеріалъ дѣла и представлены всѣ необходимыя доказательства, и когда, слѣдовательно, дѣло созрѣло для окончательнаго разрѣшенія. Точно такъ же только имъ извѣстно, могутъ ли они немедленно предъявить то или другое доказательство, или же имъ нужно время и сколько именно времени, чтобы раздобыть его. Поэтому назначеніе дѣла къ слушанію и вообще назначеніе засѣданій по дѣлу лучше всего поставить въ зависимость отъ желанія сторонъ, такъ какъ если бы предоставить это усмотрѣнію суда, то сплошь и рядомъ пришлось бы откладывать разбирательство для дополненія фактическаго матеріала, а отсюда возникло бы замедленіе производства.

Словомъ, подобно тому, какъ на тяжущихся лежитъ отвѣтственность за полноту процессуальнаго матеріала, должна быть возложена на нихъ и отвѣтственность за нормальный ходъ производства [1]).

---

[1]) Принципъ свободнаго почина сторонъ относится къ движенію процесса. Но нерѣдко его распространяютъ также и на способъ взаимнаго сношенія между сторонами: если тяжущіеся сообщаютъ другъ другу документы, повѣстки съ вызовомъ въ засѣданія и т. п. безъ посредничества суда, то въ этомъ видятъ направленіе процесса сторонами; если же сношенія между ними происходятъ при посредствѣ суда, то тутъ усматриваютъ принципъ офиціальнаго почина (Canstein, 172—173). Первая система принята во Франціи и (съ ограниченіями) въ Германіи; вторая—въ Австріи и у насъ. Но для такого пониманія принципа свободнаго почина сторонъ нѣтъ достаточнаго основанія, такъ какъ онъ нисколько не подрывается посредничествомъ суда въ сношеніяхъ между сторонами: вызываетъ ли истецъ отвѣтчика въ судебное засѣданіе самъ, посылая ему повѣстку черезъ судебнаго пристава или по почтѣ, производится ли этотъ вызовъ по распоряженію суда, согласно просьбѣ истца, суть дѣла нисколько не измѣняется: въ обоихъ случаяхъ силой, движущей процессъ, служитъ починъ истца (Weisman, I, 257; Birkmeyer, 245). Притомъ, большая или меньшая степень участія суда въ качествѣ передаточной инстанціи между сторонами обусловливается не тѣми соображеніями, на которыя опираются принципы офиціальнаго и частнаго почина, а просто желаніемъ избавить судъ отъ излишней работы, тяжущихся же отъ ненужныхъ формальностей и расходовъ (Wach. Vorträge, 63). Опытъ Франціи и Германіи обнаружилъ нецѣлесообразность совершеннаго устраненія суда отъ посредничества между тяжущимися (Bähr. Noch ein Wort, 50 ff.; Schwartz. Novelle,

Съ другой стороны, нельзя отрицать, что было бы опасно и нецѣлесообразно ставить движеніе процесса исключительно въ зависимость отъ доброй воли тяжущихся. Въ скорѣйшемъ окончаніи дѣла по большей части заинтересована одна сторона, именно та, которая домогается осуществить какое-либо юридическое требованіе къ противнику при помощи суда; противной же сторонѣ, обязанной выполнить это требованіе (напримѣръ, уплатить долгъ, возвратить имущество) желательно, наоборотъ, оттянуть непріятный для себя финалъ. Вслѣдствіе этого заботится о безостановочномъ движеніи процесса обыкновенно только одна сторона, другая же противодѣйствуетъ этому.

Кромѣ того, если дѣла ведутся повѣренными то разбирательство ихъ нерѣдко затягивается вслѣдствіе того, что повѣренные, по небрежности или умышленно, запаздываютъ съ представленіемъ состязательныхъ бумагъ и документовъ, или же откладываютъ разсмотрѣніе дѣлъ по взаимному соглашенію: какъ только одному изъ нихъ почему либо неудобно или нежелательно, чтобы дѣло слушалось въ томъ засѣданіи, на которое назначено, онъ проситъ своего противника-коллегу отложить дѣло, что тотъ и исполняетъ по чувству товарищества, въ ущербъ интересамъ кліента [1]).

Необходимо дать суду возможность устранять такія злоупотребленія процессуальными правами и принимать мѣры къ возстановленію нормальнаго движенія производства. Съ этой цѣлью

---

34 ff.; Lang, Die Mündel, 2 ff.) и побудилъ составителей австрійскаго устава предпочесть противоположную систему, существовавшую въ германскомъ общемъ процессѣ и нѣкоторыхъ партикулярныхъ уставахъ (Wach, ib., 63 ff; Birkmeyer, 247; Canstein, 176). Эту же систему принялъ венгерскій уставъ (§§ 140, 200 и др.).

Съ другой стороны, принципъ официальнаго почина часто смѣшиваютъ съ принципомъ формальнаго руководства процессомъ (Ude, 328). Но такое руководство ходомъ процесса можетъ принадлежать суду и при господствѣ принципа свободнаго почина сторонъ: передвиженіе процесса со ступени на ступень, изъ стадіи въ стадію, изъ инстанціи въ инстанцію можетъ составлять исключительное право сторонъ, а руководительство производствомъ на каждой ступени процесса, въ каждой стадіи, въ каждой инстанціи должно принадлежать суду, какъ органу государственной власти. Отъ тяжущихся зависитъ, напримѣръ, обжаловать рѣшеніе низшаго суда или нѣтъ; но если рѣшеніе обжаловано, то порядокъ производства уже опредѣляется судомъ.

[1]) Это явленіе называютъ постоянныя жалобы въ германской литературѣ. Lang, 16 ff.; Peters, Processverschleppung, 12 ff.; Wach, Die Mündlichkeit, 15—16.

принципъ свободнаго почина сторонъ долженъ быть соединенъ съ принципомъ офиціальнаго почина суда.

III. Наиболѣе строго проведенъ принципъ свободнаго почина сторонъ во французскомъ процессѣ: судъ проявляетъ дѣятельность только по ходатайствамъ сторонъ и, разрѣшивъ возбужденный ими вопросъ, пріостанавливаетъ производство впредь до новаго ходатайства. Этотъ же принципъ былъ принятъ въ германскомъ общемъ процессѣ, но смягчался тѣмъ, что судъ могъ проявлять свою инициативу тамъ, гдѣ примѣшивался публичный интересъ, или гдѣ можно было предположить, что одна изъ сторонъ желаетъ вмѣшательства суда [1]).

Дѣйствующій германскій уставъ комбинируетъ принципы почина сторонъ и суда. Отъ сторонъ зависитъ возбудить движеніе процесса исковымъ прошеніемъ (§ 253, п. 3), условиться о пріостановленіи производства (§ 251), возобновить прерванное въ силу закона или постановленія суда производство (§ 250). Въ остальномъ движеніе процесса происходитъ по почину суда, безъ просьбъ сторонъ (§§ 136, 156, 206, 336, 356, 361 и сл., 370 и другіе [2]).

Австрійскій уставъ еще больше ограничилъ починъ сторонъ и значительно усилилъ офиціальный починъ суда. Выставивъ общее положеніе, что „засѣданіе назначается, за исключеніемъ особо указанныхъ въ законѣ случаевъ, судомъ, по просьбѣ одной изъ сторонъ“ (§ 130), онъ не разрѣшилъ однако отсрочки засѣданій по соглашенію сторонъ [3]).

---

[1]) Wetzell, § 43, 1a; Osterloh, § 87.

[2]) На 26 съѣздѣ германскихъ юристовъ въ 1902 г. Neukamp сдѣлалъ докладъ о сравнительномъ достоинствѣ обоихъ разсматриваемыхъ принциповъ (Neukamp. Ueber die Frage der Abgrenzung vom Richterrecht und Parteibetrieb, Verhandl. d. 26 deut. Juristent., I, 1902, 125 ff.) и, указавъ на небрежное пользованіе и злоупотребленіе правомъ почина со стороны повѣренныхъ, предложилъ замѣнить его починомъ суда. Съѣздъ хотя и не согласился съ этимъ предложеніемъ, но призналъ въ своей резолюціи, что необходимо принять мѣры противъ постояннаго откладыванія дѣлъ. Предложеніе Нейкампа поддержали въ литературѣ Pollak (l. c., 427 ff.); Vierhaus. Ueber die socialen und wirthschaftlichen Aufgaben der Zivilprozessgesetzgebung, 1903, 40—41, 50. Въ пользу принципа офиціальнаго почина еще раньше высказывались нѣкоторые, напр., Lang (22—24).

[3]) Она допускается только въ исключительныхъ случаяхъ, а именно: 1) когда сторона не можетъ явиться въ засѣданіе или принять въ немъ участія вслѣдствіе

Венгерскій уставъ слѣдуетъ за австрійскимъ, предоставляя право назначенія засѣданій предсѣдателю суда независимо отъ ходатайства сторонъ (§§ 14, 15, 192 и др.), но не стѣсняетъ въ такой степени воли сторонъ. Именно, отсрочка засѣданія допускается имъ, во-1-хъ, по взаимному соглашенію сторонъ, заявленному суду за недѣлю до дня засѣданія (§ 240), во-2-хъ, по просьбѣ одной стороны, если судъ признаетъ ее уважительной (§§ 238, 239), и, въ-3-хъ, по усмотрѣнію суда при наличности какой-либо важной причины (§ 241).

IV. Въ нашемъ уставѣ нѣтъ общаго положенія относительно того, кому принадлежитъ возбужденіе поступательнаго движенія

„непреодолимыхъ препятствій" и притомъ, если безъ отсрочки засѣданія она понесетъ невознаградимые убытки; затѣмъ, 2) если судъ по уважительнымъ причинамъ не можетъ приступить къ разсмотрѣнію дѣла; 3) если нужно отложить засѣданіе для провѣрки доказательствъ или истребованія документовъ, и, наконецъ, 4) если дѣло не можетъ быть разобрано въ одномъ засѣданіи (§§ 134—135). Но при отсрочкѣ засѣданія судъ самъ же немедленно назначаетъ день новаго засѣданія, не выжидая просьбы сторонъ (§ 137). Стороны, которымъ желательно почему-либо отсрочить засѣданіе при отсутствіи „непреодолимыхъ препятствій" къ явкѣ, могутъ достигнуть этого однимъ изъ двухъ способовъ: ходатайствовать о пріостановленіи производства или не явиться въ засѣданіе. Въ обоихъ случаяхъ производство пріостанавливается впредь до подачи одною изъ сторонъ просьбы о возобновленіи его, при чемъ въ томъ случаѣ, когда пріостановка произошла по ходатайству сторонъ, она длится не менѣе трехъ мѣсяцевъ. Послѣднее обстоятельство, а также другія невыгодныя послѣдствія пріостановки (перерывъ теченія всѣхъ процессуальныхъ сроковъ, ничтожность процессуальныхъ дѣйствій, совершенныхъ во время пріостановки) дѣлаютъ отсрочку засѣданій посредствомъ пріостановки производства неудобной для тяжущихся (§§ 168—170, 163). Skedl, 22—23. Такое стѣсненіе сторонъ въ правѣ откладывать дѣла по взаимному соглашенію вызвало осужденіе со стороны нѣкоторыхъ процессуалистовъ, упрекавшихъ составителей австрійскаго устава въ непрошенной опекѣ надъ тяжущимися, въ стремленіи „защищать ихъ отъ самихъ себя" (Demelius. Kritische Studien, I, 28; Kornfeld. Grundsätze, 120 ff.; Wach. Mündlichkeit, 15 ff.). Напротивъ, другіе оправдывали правила австрійскаго устава, указывая, что быстрота въ отправленіи правосудія имѣетъ важное значеніе не только для самихъ тяжущихся, но для всего общества, и что откладываніе дѣлъ, въ особенности, внезапное, представляетъ большое неудобство для судей, которые тратили время на подготовку къ нимъ, и нарушаетъ интересы другихъ лицъ, чьи дѣла находятся въ производствѣ и могли бы быть назначены къ слушанію (Skedl, 18, Anm. 2; Klein. Pro futuro, 81 ff.). Обѣ спорящія стороны въ данномъ случаѣ правы, и потому необходимо прибѣгнуть къ компромиссу: разрѣшивъ откладываніе дѣлъ по взаимному соглашенію тяжущихся, назначить срокъ для заявленія ими ходатайствъ объ этомъ (напримѣръ, за недѣлю до засѣданія), а въ прочихъ случаяхъ предоставить суду оцѣнку основательности мотивовъ, по которымъ стороны ходатайствуютъ объ отложеніи дѣла. Ср. Wach. Mündlichkeit, 18; Skedl, 20—21. Такъ и поступаетъ венгерскій уставъ.

процесса: суду или сторонамъ. Ст. 4, въ которой нѣкоторые усматриваютъ воспрещеніе суду проявлять свою процессуальную дѣятельность безъ просьбы о томъ одной изъ сторонъ, на самомъ дѣлѣ, какъ видно изъ ея текста и изъ помѣщенныхъ подъ нею объясненій составителей устава, имѣетъ въ виду не все вообще движеніе процесса, а только начало его, т.-е., формулируетъ правило: „nemo judex sine actore", а не правило „ne procedat judex ex officio" (ст. 4: „судебныя установленія могутъ *приступать къ производству* гражданскихъ дѣлъ не иначе, какъ вслѣдствіе просьбы о томъ лицъ, до коихъ тѣ дѣла касаются"). Въ постановленіяхъ по частнымъ случаямъ законъ иногда предоставляетъ инициативу возбужденія хода процесса сторонамъ, иногда суду, а иногда оставляетъ вопросъ открытымъ. Такъ, при обмѣнѣ состязательными бумагами въ общемъ порядкѣ производства, „съ пропущеніемъ одною изъ сторонъ срока на представленіе своего объясненія, противная сторона можетъ просить предсѣдателя суда о назначеніи засѣданія для слушанія дѣла" (ст. 320, ср. 317—319, 321); отъ взаимнаго соглашенія сторонъ зависитъ отсрочка засѣданій (ст. 356, 357, 365[11]) и пріостановленіе производства (ст. 681), а отъ одной изъ нихъ или отъ обѣихъ возобновленіе пріостановленнаго производства (ст. 681). Напротивъ, инициативѣ суда предоставлено назначеніе перваго засѣданія по дѣламъ, разбираемымъ въ порядкахъ сокращеннаго (ст. 350), упрощеннаго (ст. 365[11]), апелляціоннаго (ст. 767), кассаціоннаго (ст. 802), и разсчетнаго (ст. 904 и сл.) производства. Что же касается порядка назначенія послѣдующихъ засѣданій при отсрочкѣ, послѣ произведенныхъ допроса свидѣтелей, осмотра на мѣстѣ и повѣрочныхъ дѣйствій отряженнымъ членомъ суда или другимъ судьей (ст. 387, 512, 506 и др.), а также послѣ разрѣшенія судомъ частныхъ вопросовъ (ст. 588, 791), то уставъ не указываетъ, дѣлается ли это по ходатайству тяжущихся или же по инициативѣ самого суда. Молчаніе закона истолковывается судебной практикой и литературой въ томъ смыслѣ, что окружной судъ не долженъ приступать къ дальнѣйшему производству безъ требованія сторонъ, а палата должна.

Проектъ новой редакціи устава вводитъ принципъ почина суда (ст. 122, 165, 170—172, 183, 184, 628, 630, 640 и др.),

не допускаетъ откладываніе дѣлъ по взаимному соглашенію сторонъ [1]).

V. Принципы диспозитивности, состязательности и почина сторонъ (а иногда и состязательная форма) очень часто объединяются вмѣстѣ подъ общимъ названіемъ состязательности [2]) (см. прим. на стр. 395). Дѣйствительно, у нихъ имѣется общая черта: всѣ они представляютъ собой проявленія самодѣятельности сторонъ въ процессѣ. Тѣмъ не менѣе такого объединенія ихъ нельзя одобрить. Какъ показало изслѣдованіе каждаго изъ нихъ въ отдѣльности, самодѣятельность сторонъ проявляется въ нихъ неодинаково; каждый изъ нихъ имѣетъ самостоятельное значеніе и можетъ существовать безъ другихъ. Такъ, принципъ диспозитивности безусловенъ и долженъ быть проводимъ въ гражданскомъ процессѣ всегда, даже при господствѣ принци-

---

[1]) Прямого постановленія по этому вопросу въ проектѣ нѣтъ, но изъ объяснительной записки (I, 160) видно, что составители его полагали, что исключаемое ими „правило ст. 336 устава—о допущеніи по дѣламъ сокращеннаго порядка отсрочки болѣе одного раза лишь съ взаимнаго согласія обѣихъ сторонъ—вытекаетъ изъ 832 ст. устава", опредѣляющей случаи, когда вообще дается отсрочка для совершенія процессуальныхъ дѣйствій. Но во избѣжаніе недоразумѣнія слѣдовало бы особо оговорить право сторонъ откладывать разсмотрѣніе дѣлъ по взаимному соглашенію и притомъ обставить его осуществленіе указанными выше ограниченіями (см. примѣч. на стр. 462).

[2]) Употребляются и другіе термины: право распоряженія сторонъ (Canstein, 169, Anm., 189, Anm.), диспозитивный принципъ (Heinze, 270; Chiovenda, 595), право процессуальнаго самоопредѣленія (Bülow, Arch. civ. Pr. 62, B., 39), начало личной автономіи тяжущихся (Гольмстенъ. Состяз. нач., 404). Состязательному началу въ обширномъ смыслѣ слова противополагаютъ офиціальное начало, заключающееся въ томъ, что какъ возбужденіе производства, такъ и дальнѣйшее движеніе, а равнымъ образомъ, и распоряженіе объектомъ процесса изъяты изъ власти частныхъ лицъ: вмѣсто нихъ дѣйствуетъ судъ по собственной инициативѣ въ силу служебной обязанности. Такимъ офиціальнымъ характеромъ былъ запечатлѣнъ, напримѣръ, слѣдственный уголовный процессъ прежняго времени (Canstein, 169, Anm.; Heinze, 273). Возможно примѣненіе офиціальнаго начала въ большей или меньшей степени и въ гражданскомъ процессѣ. Такъ, по германскому уставу, назначеніе опеки надъ умалишенными, расточителями и пьяницами дѣлается судомъ въ порядкѣ искового производства, но съ примѣненіемъ почти исключительно офиціальнаго начала (Weismann, I, § 120). Другіе случаи сведены въ статьѣ Биркмейера, указ. на стр. 369). Въ нашемъ процессѣ тоже проявляются, какъ было выяснено выше, нѣкоторые элементы офиціальнаго начала, именно инструкціонный принципъ, офиціальный починъ суда и др. Терминъ „офиціальное начало" употребляется и криминалистами, но не всѣми въ одинаковомъ значеніи (Canstein, l.); Menger, System, 16, Anm. 8).

повъ слѣдственности и судейскаго почина (стр. 368). Точно такъ же принципъ состязательности не связанъ неразрывно съ принципомъ свободнаго почина сторонъ, а можетъ существовать и при офиціальномъ починѣ.

§ 49.

Быстрота [1]).

I. Быстрота производства необходима, прежде всего, въ качествѣ одного изъ условій правильности судебныхъ рѣшеній, для лучшаго достиженія матеріальной правды. Судебное рѣшеніе должно соотвѣтствовать дѣйствительнымъ фактическимъ обстоятельствамъ, а они могутъ быть установлены тѣмъ полнѣе и точнѣе, чѣмъ меньше времени прошло со времени ихъ наступленія, ибо съ теченіемъ времени сглаживаются слѣды, оставленные ими во внѣшнихъ предметахъ и въ памяти свидѣтелей, утрачиваются письменныя доказательства и т. п. [2]).

Далѣе, помощь, которую судъ оказываетъ гражданину, просящему у него защиты права, тѣмъ цѣннѣе, чѣмъ быстрѣе она дается. Сторублевый вексель, по которому можно произвести взысканіе въ теченіе трехъ дней, цѣнится въ оборотѣ выше, чѣмъ такой же вексель, требующій для своей реализаціи три недѣли, ибо время—деньги [3]).

Наконецъ, всякій процессъ создаетъ временную неопредѣленность правъ, которая, съ одной стороны, вызываетъ болѣе или менѣе значительную, смотря по важности процесса, замшку въ дѣятельности тяжущихся, а съ другой стороны, вредно отража-

---

[1]) Гордонъ. Правда и скорость въ гражданскомъ процессѣ (Вѣстн. Пр., 1909 № 1). Азаревичъ, I, 44—46. Исаченко. Причины судебной волокиты (Право 1911, №№ 22, 23). Fierich. O władzy dyskrecyonalnej sędziego, 1891. Klein. Pro futuro, 72 ff. Mieck. Das civilprocessuale Koncentrationsprincip, 1901. Peters. Processverschleppung, Processumbildung und die Lehren der Geschichte, 1904. Peters. Die Beschleunigung und Vereinfachung des bürg. Streitverfahrens, 1908. Kleinfeller, Beiträge zur Reform d. Cpr., 1907, 3—26. Pacaud. Lenteurs et frais de justice civile, 1899.

[2]) Peters, Processverschleppung, 17, Anm.

[3]) Vierhaus, 65.

ется и на всѣмъ гражданскомъ оборотѣ. Владѣлецъ земли, о которой идетъ процессъ, воздерживается отъ затратъ на нее, не зная, будетъ ли она присуждена ему; кредиторъ, претензія котораго оспаривается должникомъ, лишенъ возможности пустить ее въ оборотъ; капиталъ, о которомъ спорятъ нѣсколько лицъ, не участвуетъ въ производствѣ; пока между родителями идетъ процессъ о правѣ воспитанія ребенка, ребенокъ рискуетъ остаться безъ всякаго воспитанія [1]).

За этими непосредственными результатами медленнаго производства слѣдуетъ цѣлый рядъ дальнѣйшихъ: „Потеря времени, увеличеніе издержекъ, продленіе агоніи истца, поддержаніе озлобленія сторонъ, обезсиленіе правъ, разореніе вслѣдствіе долгаго ожиданія, вынужденныя мировыя сдѣлки, осуществленіе обманныхъ замысловъ, уничтоженіе объектовъ судебнаго рѣшенія, парализованіе напередъ его исполненія,—таковы пагубныя послѣдствія обычно медленнаго отправленія правосудія; они равносильны (немногаго нехватаетъ для этого) самому бѣдствію неправосудія“ [2]).

II. Существуетъ только одинъ радикальный и безусловно вѣрный способъ обезпечить быстроту разрѣшенія дѣлъ судами и притомъ даже точно опредѣленную степень быстроты. Съ этою цѣлью необходимо напередъ назначить въ законѣ періодъ времени, въ теченіе котораго каждый процессъ непремѣнно долженъ быть оконченъ. Такая мѣра была примѣнена въ римскомъ процессѣ, гдѣ для одной категоріи дѣлъ (legitima judicia) былъ установленъ полуторагодовой срокъ, а для другой (judicia, quae imperio continentur)—срокъ службы того магистрата, который далъ истцу формулу. Дѣло, незаконченное въ теченіе этого періода времени, прекращалось, „умирало“ [3]). Такая „процессуальная давность“ (Prozessverjährung) была извѣстна и русскому дореформенному процессу. Такъ, словесные суды въ частяхъ города должны были оканчивать производство всякаго дѣла не позже трехъ дней, подъ страхомъ взысканія (Св. зак. т. X, ч. 2, ст. 1235).

---

[1]) Klein. Zeitström, 23—25.

[2]) Мотивы къ женевскому уставу гражд. суд., цитиров. Бордо (стр. 256).

[3]) Keller, Röm. Cpr., § 45.

Нерацiональность установленiя такой давности очевидна. „Что дѣлать, когда какой-нибудь свидѣтель отлучится, когда какой-нибудь документъ затеряется, когда нужно искать доказательства въ отдаленной странѣ, когда какое-нибудь дѣло находится въ зависимости отъ нѣсколькихъ другихъ? Опредѣлить напередъ продолжительность процесса столько же возможно, сколько возможно напередъ опредѣлить продолжительность болѣзни или морского путешествiя“ [1]). Давность процесса потеряла силу въ римскомъ правѣ съ измѣненiемъ формъ суда, въ которыхъ примѣнялась. Вслѣдствiе этого Юстинiанъ прибѣгъ къ другому средству противъ умышленнаго затягиванiя процессовъ. Именно, онъ постановилъ, что въ первой инстанцiи, по истеченiи трехъ лѣтъ съ начала процесса, тяжущiйся можетъ требовать постановленiя рѣшенiя, хотя бы противная сторона не закончила представленiя своихъ доказательствъ. Въ такомъ случаѣ только производился въ теченiе 10 дней троекратный вызовъ противной стороны [2]). Въ позднѣйшей новеллѣ (115) Юстинiанъ, не упоминая уже о трехлѣтнемъ срокѣ, прямо предписалъ судамъ, въ случаѣ, когда одна изъ сторонъ прекращаетъ дальнѣйшее представленiе доказательствъ, трижды назначать другой сторонѣ мѣсячный срокъ для осуществленiя средствъ защиты и затѣмъ постановлять рѣшенiе [3]). Но и этотъ способъ ускоренiя дѣлъ былъ нецѣлесообразенъ, такъ какъ не считался съ индивидуальными особенностями отдѣльныхъ случаевъ, не обращалъ вниманiя на большую или меньшую сложность процесса и не затрагивалъ вопроса о необходимости или извинительности промедленiя тяжущагося въ томъ или иномъ случаѣ.

III. Въ каноническомъ процессѣ зародился, а въ германскомъ и австрiйскомъ развился особый способъ пресѣченiя умышленнаго затягиванiя процесса, извѣстный подъ названiемъ *эвентуальнаго принципа* (Eventualprincip). Сущность его состояла въ требованiи одновременнаго представленiя тяжущимся всѣхъ

---

[1]) Бентамъ. Судоустр., 164, прим.

[2]) L. 13 C. de jud. (3, 1).

[3]) Wetzell, § 71. Постановленiя Юстиниана, впрочемъ, понимаются не всѣми одинаково. Новѣйшая работа по этому вопросу: Thor. Die mors litis im röm. Formularverfahren, 1906.

средствъ защиты, какія онъ можетъ выдвинуть, хотя бы удачное примѣненіе одного изъ нихъ дѣлало излишними другія. Положимъ, напримѣръ, что отвѣтчикъ по данному иску въ правѣ, во-1-хъ, заявить отводъ о неподсудности, во-2-хъ, сослаться на истеченіе давности и, въ-3-хъ, потребовать зачета искового требованія съ имѣющимся у него требованіемъ къ истцу. Каждое изъ этихъ средствъ защиты ему удобно представить отдѣльно и послѣдовательно: сначала отводъ о неподсудности, который можетъ сразу повлечь за собою прекращеніе дѣла; затѣмъ, если онъ будетъ отвергнутъ судомъ, выдвинуть возраженіе о давности, а если и оно не увѣнчается успѣхомъ, то потребовать зачета. Но представленіе всѣхъ этихъ возраженій порознь требовало при господствовавшемъ въ прежнее время письменномъ производствѣ много времени: не успѣлъ истецъ выяснить неосновательность одного возраженія, какъ отвѣтчикъ выдвигалъ другое, быть можетъ, завѣдомо неосновательное, лишь бы осложнить дѣло и отдалить его разрѣшеніе. Между тѣмъ, если бы всѣ средства защиты, которыми желаетъ воспользоваться отвѣтчикъ, были предъявлены сразу, то истецъ въ первой отвѣтной бумагѣ могъ бы сразу опровергнуть ихъ. На такомъ именно соображеніи и основывалось требованіе эвентуальнаго принципа предъявлять не только стоящія на первомъ планѣ возраженія, но и другія на *тотъ случай* (in hunc eventum), если первыя не достигнутъ цѣли [1]).

Эвентуальный принципъ, развившійся въ письменномъ процессѣ, только въ немъ имѣлъ смыслъ и приносилъ пользу, уменьшая количество состязательныхъ бумагъ. Но при господствѣ въ процессѣ устности, когда происходитъ живое состязаніе сторонъ въ присутствіи суда, онъ скорѣе затрудняетъ, чѣмъ облегчаетъ движеніе процесса. Если, напримѣръ, отвѣтчикъ въ приведенномъ выше примѣрѣ не связанъ принципомъ эвентуальности, то онъ сначала заявитъ отводъ о неподсудности и только въ томъ случаѣ, когда онъ будетъ отвергнутъ судомъ, перейдетъ къ дальнѣйшимъ возраженіямъ. При господствѣ же эвентуальнаго принципа отвѣтчику приходится предъявлять и

---

[1]) Bayer, 36—37; Renaud, § 79.

доказывать всѣ свои возраженія сразу, а истцу — опровергать ихъ тоже сразу, хотя уже перваго изъ нихъ, быть можетъ, было бы достаточно въ глазахъ суда для отказа въ искѣ [1]).

Вотъ почему въ современномъ процессѣ, по преимуществу устномъ, эвентуальный принципъ можетъ имѣть только ограниченное примѣненіе и въ дѣйствительности примѣняется законодательствами только къ отводамъ (ст. 574 уст. гражд. суд.) [2]).

Помимо того, эвентуальный принципъ недостаточенъ, потому что онъ направленъ на устраненіе одной только причины замедленія производства, заключающейся въ запаздываніи тяжущихся съ представленіемъ возраженій и доказательствъ. Между тѣмъ существуютъ и другія причины медленности процесса.

IV. Близкимъ къ эвентуальному принципу, по своему значенію, является другой принципъ, издавна установившійся во французской и англійской судебной практикѣ подъ именемъ *судейскаго суверенитета*, или *дискреціонной власти суда*. Онъ состоитъ въ правѣ суда отклонять и оставлять безъ вниманія заявленія тяжущагося о новыхъ обстоятельствахъ и доказательствахъ, если судъ найдетъ, что тяжущійся умышленно запоздалъ съ ихъ представленіемъ, для того, чтобы затянуть производства дѣла [3]). Этотъ принципъ, принятый теперь также германскимъ, австрійскимъ и венгерскимъ уставами [4]), имѣетъ однако опасную сторону потому, что не только даетъ просторъ судейскому произволу [5]), но и уполномочиваетъ судъ постановлять рѣшенія на основаніи недостаточнаго матеріала, съ полнымъ сознаніемъ,

---

[1]) Canstein. Rat. Grundl., 248—249; Kleinfeller. Reitrage, 8—9. Поэтому предложеніе Петерса возстановить эвентуальный принципъ въ германскомъ процессѣ встрѣтило основательный отпоръ со стороны Клейнфеллера (ук. с., 9 и сл).

[2]) Fierich, 7 и прим.

[3]) Canstein, 247, Anm.; Zink. Ermittel. d. Sachverh., 157 ff; 194 ff.; Bar, Recht und Beweis, 1867, 67 ff.

[4]) Германскій уставъ даетъ суду право осуществлять свой суверенитетъ только по просьбѣ сторонъ (§ 279), а австрійскій (§ 179) и венгерскій (§ 222) и ex officio. Принципъ суверенитета имѣетъ многихъ защитниковъ (Fierich, 26—34; Kleinfeller, Beiträge. 18 ff.; Skedl, 30 ff.; Klein, Pro fut., 75, и др.). Но нѣкоторые изъ нихъ сознаютъ его опасность и рекомендуютъ судамъ осторожно пользоваться имъ (Skedl, 35)

[5]) Kornefeld, 100 ff., Leonhardt, Wach (цитировано у Бирк мейера, 237). Впослѣдствіи Вахъ измѣнилъ мнѣніе (Vorträge, 34—35).

что рѣшеніе можетъ быть неправильнымъ. Цѣлесообразнѣе поэтому предупреждать затягиваніе производства другимъ, менѣе строгимъ средствомъ: возложеніемъ издержекъ производства и штрафовъ на сторону, умышленно запоздавшую съ предъявленіемъ средствъ защиты.

V. Процессуальная давность — единственное радикальное и универсальное средство обезпечить быстроту производства[1]). За невозможностью примѣнить его, законодателю приходится обратиться къ другимъ, частичнымъ мѣрамъ, направленнымъ противъ отдѣльныхъ причинъ медленности производства. А эти причины весьма разнообразны.

Медленность судопроизводства можетъ быть результатомъ: неправильнаго судоустройства, нерадѣнія судей, злоупотребленія процессуальными правами со стороны тяжущихся и ихъ адвокатовъ, нецѣлесообразнаго порядка производства.

Судоустройство обусловливаетъ медленность процесса, главнымъ образомъ, въ тѣхъ случаяхъ, когда личный составъ судей плохо подготовленъ или не соотвѣтствуетъ по численности количеству возникающихъ дѣлъ, а затѣмъ, когда число инстанцій черезчуръ велико. Раціональный способъ комплектованія судейскаго персонала, учрежденіе достаточнаго числа судовъ и осуществленіе принципа двухъ инстанцій, вотъ, очевидно, средства, которыми могутъ быть устранены эти недостатки судоустройства.

Другая причина медленнаго движенія дѣлъ—нерадѣніе судей. Противъ него имѣются два средства: право тяжущихся приносить жалобы на медленность производства (ст. 166 и 784 уст. гражд. суд.) и привлеченіе судей къ отвѣтственности органами надзора.

Далѣе, производство дѣлъ можетъ быть умышленно затягиваемо сторонами, преимущественно отвѣтчиками. Изобрѣтательность ихъ въ этомъ отношеніи, какъ свидѣтельствуетъ опытъ,

---

[1]) Впрочемъ, кромѣ процессуальной давности, предлагались и другія мѣры общаго характера съ цѣлью ускоренія производства, какъ-то: сдѣлать законы столь ясными и простыми, чтобы примѣненіе ихъ къ частнымъ случаямъ не составляло никакого труда, уничтожить всѣ рѣшительно процессуальныя формальности и т. п. Но эти предложенія столь наивны, что не стоятъ разбора. О нихъ см. у Pacaud. 19 ss.

„нерѣдко доходитъ до виртуозности“ [1]). Уклоненіе отъ принятія повѣстокъ, возбужденіе завѣдомо неосновательныхъ отводовъ, возраженій и ходатайствъ, запоздалое представленіе доказательствъ, вотъ главнѣйшіе изъ употребляемыхъ ими пріемовъ. Чтобы обезвредить ихъ, нуженъ цѣлый рядъ спеціальныхъ мѣръ: установленіе раціональнаго порядка врученія повѣстокъ, назначеніе закономъ или, при отсутствіи постановленій въ законѣ, судомъ сроковъ для совершенія процессуальныхъ дѣйствій; примѣненіе въ извѣстной мѣрѣ эвентуальнаго принципа; возложеніе издержекъ и штрафовъ на сторону, умышленно запоздавшую съ представленіемъ возраженій или доказательствъ или заявлявшую явно и завѣдомо неосновательныя возраженія, и др.

Наравнѣ съ тяжущимися могутъ быть виновниками медленности производства ихъ повѣренные не только потому, что, замѣняя тяжущихся въ процессѣ, они въ состояніи совершать тѣ же злоупотребленія процессуальными правами, какъ и тяжущіеся, но и потому, что они могутъ затягивать движеніе производства, даже въ ущербъ интересамъ своихъ кліентовъ, небрежнымъ осуществленіемъ принципа свободнаго почина (преимущественно неаккуратнымъ заявленіемъ просьбъ о назначеніи засѣданій) и откладываніемъ дѣлъ по соглашенію съ противниками. Какъ уже было указано въ предыдущемъ §, устранить это можно введеніемъ офиціальнаго почина и ограниченіемъ права сторонъ откладывать дѣла по соглашенію.

Къ этимъ мѣрамъ австрійскій (§ 179) и венгерскій (§ 222) уставы присоединяютъ еще одну: даютъ суду право штрафовать адвокатовъ за умышленно запоздалое представленіе возраженій и доказательствъ. Нельзя не признать такую мѣру излишней и крайне обидной для достоинства адвокатскаго сословія. Если ее нашли возможнымъ ввести въ Австріи и Венгріи, то это обстоятельство ясно свидѣтельствуетъ, что туземная адвокатура не пользуется довѣріемъ и уваженіемъ въ такой степени, какъ было бы желательно. Ни во Франціи, ни въ Англіи, ни въ Бельгіи, гдѣ адвокатура стоитъ на высотѣ призванія и окружена почетомъ, ничего подобнаго не могло бы произойти. Во всякомъ

---

[1]) Псачевко, ук. ст. (Право, 1911, № 22, стр. 1259—1260).

случаѣ для борьбы съ умышленнымъ затягиваніемъ адвокатами дѣлъ, какъ и съ другими нарушеніями ими профессіональныхъ обязанностей, имѣются нормальные способы: привлеченіе къ дисциплинарной отвѣтственности и наложеніе взысканій сословными дисциплинарными судами, а также имущественная отвѣтственность предъ кліентами въ общемъ порядкѣ гражданскаго судопроизводства.

Наконецъ, причина медленности производства можетъ лежать въ самой организаціи его: въ излишнемъ формализмѣ, въ обремененности судей письменной работой, въ примѣненіи коллегіальнаго начала тамъ, гдѣ можно обойтись единоличнымъ (см. стр. 171); въ нецѣлесообразномъ примѣненіи принциповъ устности, концентраціи, почина сторонъ и т. д. Въ самой формулировкѣ этихъ недостатковъ заключается указаніе на средства къ ихъ устраненію.

VI. Такимъ образомъ, ускореніе производства можетъ быть достигнуто только цѣлымъ рядомъ мѣръ [1]). Современныя законодательства примѣняютъ ихъ не въ одинаковой степени. Наиболѣе отсталымъ въ этомъ отношеніи является французскій уставъ. Поставивъ судъ въ совершенно почти пассивное положеніе, возложивъ заботу о движеніи процесса исключительно на повѣренныхъ, проводя наиболѣе строго принципъ состязательности, французскій уставъ недостаточно обезпечиваетъ правильное и быстрое движеніе дѣлъ. Дальше пошелъ германскій уставъ, снабдившій суды нѣкоторыми спеціальными средствами для борьбы съ попытками тяжущихся замедлять производство (стр. 419), и еще больше такихъ средствъ далъ судамъ австрійскій уставъ (стр. 419). И опытъ вполнѣ подтвердилъ ихъ дѣйствительность. Судебная статистика свидѣтельствуетъ, что наиболѣе продолжительны процессы во Франціи, меньше длятся въ Германіи и еще меньше въ Австріи [2]).

---

[1]) Совокупность этихъ мѣръ Микъ объединяетъ подъ именемъ „принципа концентраціи“ (стр. 2); но, слѣдя за ихъ осуществленіемъ въ различныхъ процессуальныхъ системахъ, онъ упускаетъ изъ виду многія изъ нихъ.

[2]) Такъ, болѣе года производилась въ судахъ первой инстанціи въ 1897 г. во Франціи—треть дѣлъ, въ Германіи—21,2%, а въ Австріи только 2,8% (Verhadl. d. 26 dout. Juristentages, 1902, II, 3 ff.). Въ 1901 г. германскіе участковые судьи закончили въ

У насъ отправленіе гражданскаго правосудія совершается очень вяло, и жалобы на это раздаются со всѣхъ сторонъ [1]). Причины медленнаго движенія дѣлъ заключаются преимущественно въ недостаточномъ личномъ составѣ судовъ, въ обремененности ихъ работой, затѣмъ въ отсутствіи у нихъ законныхъ мѣръ къ пресѣченію затягиванія дѣлъ недобросовѣстными тяжущимися и, наконецъ, въ нецѣлесообразности нѣкоторыхъ процессуальныхъ правилъ. Проектъ новой редакціи устава, расширяя права суда по руководству движеніемъ процесса и внося поправки въ процессуальныя правила, обнаружившія на практикѣ свою неудовлетворительность, несомнѣнно, въ большей степени обезпечиваетъ скорость производства.

§ 50.

Дешевизна [2]).

I. Не разъ высказывалось мнѣніе, что идеаломъ процесса была бы полная безвозмездность его. И дѣйствительно, на первый взглядъ кажется, что, давая гражданамъ возможность принудительнаго осуществленія ихъ правъ при помощи судебныхъ учрежденій, государство не должно было бы взимать съ нихъ

теченіе трехъ мѣсяцевъ производство 58,4% дѣлъ, а австрійскіе—97,8%, германскіе земскіе суды—28,2%, а австрійскіе—96,2%. Vierhaus, l. c., 68. Мнѣнія относительно причинъ медленности гражданскаго процесса въ Германіи и о средствахъ къ устраненію ея сведены Петерсомъ (Prozessverschleppung, 33 ff.). О томъ же, примѣнительно къ французскому законодательству, подробно трактуетъ Pacaud.

[1]) Л—въ. О причинахъ медленности въ производствѣ гражданскихъ дѣлъ (Журн. гражд. пр. 1887 кн. 4); Сар. Практическая замѣтка о судеб. уставахъ (тамъ же, 1888, кн. 5); Цухановъ. Причины медленности нашего гражд. процесса (Журн. М. Ю. 1895 № 7); Шамониныъ. Главнѣйшіе недостатки гражд. судопр. (Журн. Ю. О. 1898 № 2); Краевскій. Практическія замѣтки по вопросу о достиженіи скорости въ гражд. судопр., 1898; Гордонъ. Къ вопросу объ ускореніи нашего гражд. процес. (Журн. М. Ю. 1903 № 5); Посенко. Очерки по гражд. процес. (тамъ же, 1903 № 10) и др.

[2]) Малышевъ, I, § 23. Аварковичъ, I, 61—64. Энгельманъ, § 27. Birkmeyer, Grundr., § 76. Bordeaux. Philosophie de la procédure civile, 1857, 232 ss. Pacaud. Lenteurs et frais de justice civile, 1899.

взамѣнъ никакой платы, ибо это умепьшаетъ цѣнность самихъ правъ. Сторублевый вексель, напр., взысканіе по которому обходится въ пять рублей, будетъ стоить въ оборотѣ на пять руб. дешевле.

Но осуществленіе этого идеала практически невозможно. Дѣло въ томъ, что содержаніе многочисленнаго судейскаго персонала, необходимаго для быстраго отправленія гражданскаго правосудія, обходится современнымъ государствамъ очень дорого; судебные пристава и адвокаты также оказываютъ тяжущимся услуги, безъ которыхъ зачастую нельзя обойтись, не безплатно; наконецъ, частныя лица, содѣйствующія отправленію правосудія въ роли свидѣтелей и экспертовъ тоже нуждаются въ вознагражденіи за отвлеченіе отъ своихъ прямыхъ занятій и потерю рабочаго времени. Словомъ, каждое гражданское дѣло, производящееся въ судѣ, связано съ расходами какъ для государства, содержащаго на свой счетъ судебныя учрежденія, такъ и для тяжущихся, которымъ приходится оплачивать услуги адвокатовъ и приставовъ, такъ и для лицъ, являющихся свидѣтелями и экспертами [1]).

Разумѣется, всѣ эти расходы можно было бы принять на *общегосударственныя средства*, т.-е., возложить ихъ, иначе говоря, на всѣхъ плательщиковъ государственныхъ налоговъ, на все населеніе. Въ пользу такого рѣшенія вопроса приводятъ, во-1-хъ, то соображеніе, что существованіе хорошо организованныхъ судовъ приноситъ пользу не только сравнительно немногочисленной группѣ лицъ, которая ведетъ судебныя дѣла, но и всѣмъ гражданамъ даннаго государства, потому что одна возможность быстрой и безпристрастной защиты правъ придаетъ гражданскому обороту устойчивость и предупреждаетъ нарушеніе правъ [2]).

---

[1]) Jeanvrot. La magistrature, 1883, II, 95.

[2]) „Было бы большой ошибкой думать, что гражданскіе суды служатъ только тяжущимся. Каждый членъ общества испытываетъ на себѣ ихъ благодѣтельное вліяніе. Если онъ и его семья находятся въ обезпеченномъ положеніи, если его право собственности уважается, если онъ съ увѣренностью вступаетъ въ договоры, если онъ мирно пользуется наслѣдствомъ своихъ предковъ или плодами собственнаго труда, то всѣмъ этимъ онъ обязанъ той, всегда готовой охранять права и обезпечивать исполненіе обязательствъ, судебной власти, которая не столько прекращаетъ, сколько предупреждаетъ попытки злоупотребленія и обмана и даже самую мысль о нихъ, и вліяніе которой будетъ тѣмъ дѣйствительнѣе и обширнѣе, чѣмъ лучше будетъ она сама организована" Слова составителя женевскаго устава Bellot (цитир. у Bordeaux, 235).

Во-2-хъ, говорятъ, что хотя принудительное осуществленіе правъ судомъ прежде всего и непосредственно служитъ къ выгодѣ обладателей этихъ правъ, но въ то же время оно укрѣпляетъ весь правопорядокъ. Права гражданъ, говорятъ, основаны на юридическихъ нормахъ, а эти нормы создаются для того, чтобы примѣняться въ жизни. Правовая норма, которая никогда не примѣняется, не можетъ, по словамъ Іеринга, притязать на имя права, она — „негодная пружина въ машинѣ права". Но примѣненіе нормъ гражданскаго права всецѣло зависитъ отъ инціативы и самодѣятельности частныхъ лицъ. Поэтому, отстаивая свои права, частное лицо содѣйствуетъ осуществленію юридическихъ нормъ, т.-е., поддерживаетъ правовой порядокъ и тѣмъ приноситъ пользу всему обществу [1]).

Но если первое соображеніе слѣдуетъ признать вполнѣ вѣрнымъ, если, дѣйствительно, существованіе правильно функціонирующихъ судовъ обезпечиваетъ прочность гражданскаго оборота и является полезнымъ для всего населенія, то второе соображеніе неосновательно приписываетъ такое же общеполезное значеніе каждому отдѣльному проявленію дѣятельности судовъ. Прочность гражданскихъ правъ зависитъ не отъ того, что всѣ ихъ обладатели энергично борются за свои права, а отъ того, что органы государственной власти функціонируютъ правильно и даютъ надлежащую охрану всякому, кто обращается къ нимъ за помощью. Если я предъявляю искъ на основаніи векселя, то мое юридическое положеніе не улучшится и не ухудшится вслѣдствіе того, что одновременно со мною приступятъ къ осуществленію своихъ правъ еще тысячи векселедержателей, или же, наоборотъ, не приступитъ ни одинъ изъ нихъ; лишь бы судъ не отказалъ мнѣ въ защитѣ моего законнаго и доказаннаго мною права. Вотъ, если онъ откажетъ, тогда я утрачу вѣру въ законный порядокъ и почувствую шаткость своихъ правъ. Отсюда ясно, что для поддержанія авторитета закона и правового порядка вовсе не нужно, чтобы всякій гражданинъ энергично за-

---

[1]) Развитіе этого положенія составляетъ, какъ извѣстно, содержаніе знаменитой рѣчи Іеринга: „Борьба за право". Исходя изъ аналогичныхъ соображеній, Бентамъ считалъ даже справедливымъ вознаграждать тяжущихся за веденіе дѣлъ. Garsonnet, Cours, II, 250.

щищать всѣ свои права: для этого вполнѣ достаточно, если граждане знаютъ, что, въ случаѣ надобности, получатъ надлежащую охрану со стороны органовъ государственной власти [1]).

Поэтому нельзя требовать, чтобы государство взяло на себя всѣ расходы по отправленію гражданскаго правосудія [2]). Напротивъ, нужно признать, что оно имѣетъ право, создавъ надлежащимъ образомъ устроенныя судебныя учрежденія, взимать съ лицъ, пользующихся ихъ услугами, особую плату, которая шла бы на покрытіе части указанныхъ расходовъ. Кромѣ того, вознагражденіе адвокатамъ, приставамъ, свидѣтелямъ и экспертамъ должно быть уплачиваемо самими тяжущимися сторонами. Только неимущія лица *должны быть освобождены* отъ взноса судебныхъ издержекъ. „Процессы — такія же бѣдствія, какъ болѣзни, а между тѣмъ доктора обязанъ вознаграждать больной. Общество призвано помочь больному только въ двухъ случаяхъ: когда бѣдность не позволяетъ ему лѣчиться, и когда врачъ прибѣгаетъ къ злоупотребленіямъ, чтобы принудить къ слишкомъ щедрой оплатѣ своихъ услугъ“ [3]).

Кромѣ *принципіальныхъ соображеній*, въ пользу возложенія нѣкоторой части судебныхъ издержекъ на самихъ тяжущихся говоритъ еще одно практическое соображеніе: боязнь уплаты судебныхъ издержекъ будетъ удерживать гражданъ отъ легкомысленнаго возбужденія неосновательныхъ или сомнительныхъ дѣлъ, которыя, при полной безвозмездности юстиціи, могутъ расплодиться до чудовищныхъ размѣровъ [4]). Правильность этого *соображенія неоднократно подтверждалась* на практикѣ. Въ 1818 г. въ женевскомъ кантонѣ были значительно уменьшены сборы по веденію дѣлъ, и тотчасъ же количество дѣлъ значительно воз-

---

[1]) Коренная ошибка Іеринга и Бентама состоитъ въ приравненіи частно-правовыхъ нормъ къ публично-правовымъ. См. выше стр. 384—385.

[2]) По такимъ же точно соображеніямъ нельзя отнести ихъ и на счетъ болѣе мелкихъ *общественныхъ союзовъ*, членами которыхъ *являются* тяжущіеся, т.-е., на средства городовъ, сельскихъ общинъ, дворянскихъ обществъ и т. п., нельзя именно потому, что и эти союзы непосредственно не заинтересованы въ каждомъ отдѣльномъ гражданскомъ процессѣ.

[3]) Bordeaux, 237.

[4]) Wetzell, Renaud, Kohler, Planck (Birkmeyer, Grundr., 316).

росло [1]). Во Франціи дешевизна производства по жалобамъ на неправильности при составленіи избирательныхъ списковъ привела къ тому, что гражданскій департаментъ кассаціоннаго суда, которому онѣ подвѣдомственны въ качествѣ третьей инстанціи, былъ буквально засыпаемъ ими, при чемъ большая часть кассаціонныхъ жалобъ была совершенно не мотивирована [2]). У насъ первоначально за производство въ мировыхъ судахъ не взимались судебныя пошлины, но уже въ 1877 г. было признано нужнымъ уничтожить эту льготу, поощрявшую сутяжничество.

II. Но если отправленіе гражданскаго правосудія не можетъ производиться безвозмездно, то во всякомъ случаѣ оно не должно обходиться тяжущимся дорого,—иначе граждане будутъ уклоняться отъ передачи своихъ юридическихъ споровъ на разрѣшеніе судовъ, а станутъ примѣнять другіе способы разрѣшенія ихъ.

Въ видахъ удешевленія процесса нужно, во-1-хъ, взимать судебныя пошлины въ умѣренномъ, необременительномъ для малоимущихъ лицъ размѣрѣ; во-2-хъ, не требовать обязательнаго участія адвокатовъ, наемъ которыхъ не всѣмъ тяжущимся по средствамъ, и, въ-3-хъ, уменьшить по возможности число должностныхъ лицъ, услугами которыхъ приходится пользоваться тяжущимся при веденіи дѣлъ, а именно, не требовать коллегіальнаго разсмотрѣнія малоцѣнныхъ дѣлъ, допустить сношенія между судомъ и тяжущимся при посредствѣ почтовыхъ учрежденій, безъ обязательнаго участія судебныхъ приставовъ, и т. д. [3]).

Далѣе, сторонѣ, выигравшей дѣло, слѣдуетъ дать право на возмѣщеніе понесенныхъ ею расходовъ, такъ какъ несправедливо заставлять гражданъ покупать защиту своихъ, дѣйствительно существующихъ правъ цѣною уплаты судебныхъ издержекъ.

Наконецъ, граждане, которые совершенно не имѣютъ средствъ

---

[1]) Pascaud, 40.

[2]) Pascaud, 40—41.

[3]) Дороговизна процесса во Франціи обусловливается въ значительной степени именно многочисленностью персонала, принимающаго участіе въ производствѣ дѣлъ. Такъ, въ любомъ, даже незначительномъ дѣлѣ, если оно проходитъ черезъ три инстанціи, должны послѣдовательно принять участіе не менѣе 25 человѣкъ (судей, адвокатовъ, повѣренныхъ, приставовъ, секретарей). Pascaud, 223—224.

для несенія расходовъ по производству дѣлъ, должны быть избавлены отъ уплаты издержекъ посредствомъ признанія за ними такъ наз. права бѣдности. Объ этомъ правѣ и вообще о взиманіи и распредѣленіи судебныхъ издержекъ будетъ рѣчь въ особенной части курса.

§ 51.

Сочетанія принциповъ[1].

1. Конструктивные принципы искового процесса могутъ комбинироваться между собою самымъ различнымъ образомъ. Состязательное производство можетъ быть устнымъ или письменнымъ, гласнымъ или тайнымъ, непосредственнымъ или посредственныхъ, и т. д. Но и слѣдственный принципъ совмѣстимъ какъ съ устностью, такъ и съ письменностью, какъ съ публичностью, такъ и съ канцелярской тайной.

Однако между нѣкоторыми принципами существуетъ болѣе или менѣе близкая связь, вслѣдствіе чего одни изъ нихъ обусловливаются другими и сопутствуютъ имъ. Такъ, публичность, концентрація процессуальнаго матеріала, судейское руководство ходомъ производства, непосредственность, свободная оцѣнка доказательствъ тяготѣютъ къ принципу устности и не согласуются или плохо согласуются съ письменнымъ производствомъ. Поэтому въ дѣйствительности осуществлялись далеко не всѣ возможныя комбинаціи принциповъ [2].

Сдѣланное въ предшествующихъ параграфахъ критическое изслѣдованіе возможныхъ принциповъ процесса обнаружило, что наиболѣе цѣлесообразной комбинаціей ихъ является слѣдующая: состязательность, умѣренная инструкціонной дѣятельностью суда; состязательная форма разработки фактическаго матеріала сторонами, смотря по сложности дѣлъ и удобству для тяжущихся, письменно или словесно или же тѣмъ и другимъ способомъ;

---

[1]) Wetzell, §§ 2, 3; Wach. Handbuch, I, § 10 ff.; Schmid, § 5 ff.; Engelmann. Civilprocess, II. B.; Schwartz. 400 Jahre deutscher Civilprocessgesetzgebung, 1898; Weismann, §§ 7, 8; Kleinfeller, §§ 2, 3.

[2]) Goldschmidt (Zt. Zp. 14 B., 57).

концентрація этого матеріала и воспріятіе его судомъ непосредственно, по возможности въ одномъ засѣданіи, происходящемъ публично; свободная оцѣнка доказательствъ по ихъ внутреннему значенію; поступательное движеніе производства по почину сторонъ, дополняемому починомъ суда.

На такой именно комбинаціи принциповъ—съ немногими отклоненіями въ деталяхъ—построенъ, какъ было изложено выше, исковой процессъ въ Германіи, Австріи, Франціи и другихъ странахъ, гдѣ дѣйствуютъ кодексы, созданные подъ вліяніемъ французскаго, а также и въ Россіи [1]). Эта же комбинація положена въ основу новѣйшихъ кодификаціонныхъ попытокъ въ области гражданскаго процесса: новаго венгерскаго устава (1911 г.) [2]) и проекта финляндскаго устава (1901 г.) [3]).

Но къ этой процессуальной системѣ законодательства пришли не сразу. Раньше всего она была осуществлена во Франціи, гдѣ уже въ ордонансѣ 1667 г. намѣчены основные черты современной организаціи производства [4]). Другія же государства ввели ее только въ XIX вѣкѣ. Непосредственно передъ тѣмъ въ германскихъ государствахъ, въ Австріи и у насъ исковой процессъ

---

[1]) Англійскій гражданскій процессъ очень близокъ къ французскому, но отличается, какъ и англійское судоустройство нѣкоторыми своеобразными особенностями, которыя объясняются историческими условіями. Сжатый очеркъ англійскаго процесса сдѣланъ по сочиненію Франкиля Леонтьевымъ въ статьѣ „Гражданскій судъ въ Англіи“ (Журн. Мин. Юст. 1899 № 9).

[2]) Составленіе венгерскаго устава было поручено въ 1880 г. извѣстному процессуалисту проф. Плоху, который сначала изготовилъ проектъ сокращеннаго производства, утвержденный и введенный въ дѣйствіе въ 1893 г. Въ томъ же году былъ законченъ проектъ всего устава, который, послѣ переработки на основаніи представленныхъ спеціалистами замѣчаній, былъ въ 1901 г. внесенъ въ парламентъ, но санкцію получилъ только въ прошломъ году. Ближе всего онъ стоитъ къ австрійскому уставу. Par. Entwurf einer ungar. CPO (Zt. Zp. 31 B., 167 ff.).

[3]) Финляндскій проектъ тоже очень близокъ къ австрійскому уставу. Онъ проводитъ инструкціонно-состязательный принципъ, комбинируетъ устность съ письменностью, требуетъ непосредственнаго воспріятія матеріала и предоставляетъ суду починъ въ движеніи процесса и право свободной оцѣнки доказательствъ (даже въ большей мѣрѣ, чѣмъ другіе кодексы). Gründahl. Der Entwurf einer neuen CPO für Finnland (Zt. Zp. 31 B., 435 ff.). Сандеръ. Судебная реформа въ Финляндіи. (Вѣстн. Пр. 1902 № 2).

[4]) Оттого французскіе юристы мало занимаются принципами процесса. Goldenring, 53, Anm. 3. Garsonnet, Traité, II, § 536.

основывался на совершенно иной комбинаціи принциповъ, именно, на принципахъ строгой письменности, канцелярской тайны, формальной системы доказательствъ, отсутствіи концентраціи и непосредственнаго воспріятія процессуальнаго матеріала, воспринимавшагося по частямъ и на основаніи протоколовъ производства; только состязательность, состязательная форма и свободный починъ сторонъ существовали и тамъ, при чемъ даже проводились съ большею послѣдовательностью.

Такимъ именно характеромъ былъ запечатлѣнъ такъ наз. германскій общій процессъ. Онъ представлялъ собою сложную смѣсь началъ римскаго, древне-германскаго и каноническаго процессовъ, рецепированныхъ въ томъ видѣ, какой былъ придавъ имъ судебной практикой и статутами верхне-итальянскихъ городовъ, и въ какой его разрабатывали глоссаторы и комментаторы [1]. Германская судебная практика и законодательство внесли сюда еще начала туземнаго процессуальнаго права, сохранившіяся въ саксонскомъ процессѣ. Образовавшаяся такимъ образомъ процессуальная система получила въ XVIII вѣкѣ повсемѣстное распространеніе въ Германіи и была воспроизведена съ небольшими измѣненіями баварскимъ уставомъ 1753 г. и австрійскимъ 1781 г.

Практическіе результаты, принесенные этой процессуальной системой, были плачевны: она привела къ полному упадку правосудія.

„Письменность, исключавшая непосредственное общеніе суда съ тяжущимися и непосредственное воспріятіе процессуальнаго матеріала, отнимала у судьи возможность вникнуть въ истинную волю сторонъ и въ дѣйствительное содержаніе матеріала доказательствъ. Теорія формальныхъ доказательствъ, которою въ связи съ письменностью опредѣлялась оцѣнка доказательствъ, лишала его возможности слѣдовать собственному убѣжденію.

---

[1]) Германскій общій процессъ не имѣлъ съ римскимъ процессомъ непосредственной связи. *Римскій формулярный процессъ конца республики былъ построенъ на иныхъ принципахъ:* производство предъ присяжнымъ судьей, къ которому преторъ отсылалъ тяжущихся съ формулой, происходило устно и публично, доказательства воспринимались судьей непосредственно и оцѣнивались по внутреннему убѣжденію. Въ императорскій періодъ, хотя присяжные судьи были замѣнены правительственными чиновниками, порядокъ производства все-таки оставался прежнимъ; ограниченію подверглась только публичность производства, и вошло въ обычай протоколированіе засѣданій.

Строгіе и необходимые для порядка въ письменномъ производствѣ механическіе принципы послѣдовательности и эвентуальной оцѣнки средствъ нападенія и защиты обременяли процессъ невыносимой тяжестью излишняго матеріала, плодили недобросовѣстность, которая беззастѣнчиво прикрывалась необходимостью предотвращенія преклюзивныхъ послѣдствій, и зачастую, въ союзѣ съ длинной цѣпью инстанцій, убивали безконечной продолжительностью процесса здоровое право. Чуждый языкъ, трудность источниковъ и негласность производства вызвали непріязненное отношеніе къ нему въ народѣ“ [1]).

Первая попытка реформы процесса была сдѣлана въ Пруссіи судебнымъ уставомъ 1793 г. Но такъ какъ корень зла былъ усмотрѣнъ исключительно въ господствѣ состязательнаго начала и свободнаго почина сторонъ, то реформа ограничилась замѣной ихъ слѣдственнымъ началомъ и офиціальнымъ починомъ; принципы же письменности и формальная система доказательствъ были сохранены. Неудача, постигшая эту попытку, показала, что улучшенія гражданской юстиціи нужно было искать въ другомъ направленіи, именно въ томъ, которое давно было указано французскимъ законодательствомъ. На этотъ путь и вступили германскія государства въ XIX в. Ознакомившись съ преимуществами французскаго процесса, провѣренными на практикѣ въ тѣхъ частяхъ Германіи, гдѣ былъ введенъ во время Наполеоновыхъ войнъ французскій уставъ (по лѣвую сторону Рейна), правительства германскихъ государствъ стали, одно за другимъ, реформировать гражданское судопроизводство по французскому образцу (Баварія уже въ 1819 г., Бременъ—въ 1820 г., Баденъ—въ 1831 г. и т. д.). По тому же направленію пошли и составители обще-германскаго устава, построившіе его на принципахъ французскаго процесса съ нѣкоторыми измѣненіями и дополненіями [2]). Австрійскій уставъ представляетъ собой, въ сущности, переработку германскаго на основаніи результатовъ почти 20-тилѣтняго

---

[1]) Wach. Handbuch, I, 132—133.

[2]) Отдѣльные процессуальные институты нормированы по образцу германскаго общаго процесса. Но отсюда не слѣдуетъ, что уставъ „возведенъ на основѣ общаго процесса“ (Planck, I, 499): основа, т.-е., основные принципы тѣ же, что во французскомъ кодексѣ: устность, гласность, свободная оцѣнка доказательствъ.

примѣненія его на практикѣ. Смягчивъ крайній формализмъ въ проведеніи принципа устности, расширивъ инструкціонныя функціи суда и дополнивъ починъ сторонъ официальнымъ починомъ суда, австрійскій уставъ гораздо полнѣе осуществилъ наиболѣе цѣлесообразную комбинацію принциповъ.

II. Нашъ дореформенный процессъ былъ построенъ на тѣхъ же принципахъ, какъ германскій общій процессъ: письменность, канцелярская тайна и формальная система „доказательствъ" безограничено господствовали въ немъ и приносили тѣмъ худшіе плоды, что судейскій персоналъ былъ плохо подготовленъ, вслѣдствіе чего главную роль играла канцелярія съ секретаремъ [1]), и вдобавокъ, замѣнявшіе официальную адвокатуру подпольные адвокаты-ходатаи развивали въ чудовищныхъ размѣрахъ кляузничество. Подъ покровомъ канцелярской тайны кляуза и взятка свили себѣ прочное гнѣздо въ храмѣ правосудія. Очистить его отъ осквернѣнія можно было только коренной реформой, и ее произвели судебные уставы 1864 г.

Предъ составителями устава гражданскаго судопроизводства

---

[1]) Верблювскій. О сокращеніи письменной работы въ гражданскомъ судѣ (Юр. В. 1888 № 3, стр. 427—428: „Движущею силою прежняго судебнаго аппарата была канцелярія съ могущественнымъ, неутомимымъ секретаремъ во главѣ. Онъ былъ главнымъ, можно сказать, жрецомъ въ храмѣ Ѳемиды: всѣ нити дѣла были въ его рукахъ; онъ почти одинъ управлялъ всѣмъ движеніемъ процесса, склонялъ вѣсы правосудія въ ту или другую сторону, и, благодаря его опытности и проницательному уму, воздѣйствіе его на развязку дѣла было рѣшительно и неотразимо. Вспомнимъ знаменитыя „докладныя записки", составлявшіяся въ канцеляріяхъ судебныхъ мѣстъ „съ присовокупленіемъ къ оному (какъ выражается законъ) приличныхъ законовъ", докладъ записки присутствію, состоявшій въ чтеніи ея секретаремъ, и картина тогдашней юстиціи ярко обрисовывается передъ нами... Правда, законъ рекомендовалъ судьямъ „при докладѣ тяжебнаго дѣла прилежно наблюдать, дабы ничего изъ дѣла и законовъ пропущено не было, и докладъ учиненъ былъ съ точностью, чистосердечно и сходно съ истиною" (ст. 466). Но одного даже самаго прилежнаго наблюденія мало. Для того, чтобы вѣрно судить о дѣлѣ, нужно воспринимать всѣ его составные, иногда весьма сложные элементы и вникнуть во всѣ его детали, нужно его изучить. Кто же изъ тогдашнихъ судей могъ состязаться съ всемогущимъ секретаремъ, вооруженнымъ сводомъ законовъ и всею его казуистикою, до совершенства искусившимся въ подысканіи приличныхъ всевозможнымъ случаямъ законовъ. Едва ли ошибемся если скажемъ, что тогдашніе судьи, за немногими исключеніями, только присутствовали при докладѣ и рѣшеніи дѣла, только слушали чтеніе записки; дѣйствительнымъ же рѣшителемъ судебъ и хозяиномъ юстиціи былъ всевѣдущій секретарь". Ср. Гессенъ. Судебная реформа, 1905, 15—16.

было нѣсколько образцовъ, которымъ они могли подражать: французскій уставъ, женевскій уставъ 1819 г., представлявшій самостоятельную переработку французскаго, прусскіе законы 1833 и 1846 гг., модифицировавшіе германскій общій процессъ, ганноверскій уставъ 1850 г. Составители нашего устава не увлекались слѣпымъ подражаніемъ по отношенію къ какому-либо одному изъ названныхъ кодексовъ, а взяли изъ каждаго то, что считали наиболѣе цѣлесообразнымъ и соотвѣтствующимъ условіямъ русской жизни, не останавливаясь передъ существенными передѣлками и измѣненіями. При этомъ, перестраивая процессъ на новыхъ началахъ, они сумѣли соблюсти мѣру и не впали, при осуществленіи ихъ, въ крайность, какъ случилось позже съ редакторами германскаго устава. Благодаря этому, созданный ими кодексъ, послѣ полувѣкового почти примѣненія, сохранилъ полную жизнеспособность и нуждается только въ улучшеніи деталей. И вполнѣ основательно, при выработкѣ проекта новой редакціи устава, было поставлено цѣлью удержать „начала дѣйствующаго устава о гласности, устности, непосредственности и состязательности процесса, какъ вполнѣ оправдавшіяся опытомъ и сдѣлавшіяся дорогимъ достояніемъ нашего народа, развивая и укрѣпляя эти начала и допуская въ нихъ лишь такія усовершенствованія, которыя, по указаніямъ опыта, вызываются настоятельными жизненными нуждами и потребностями“ [1]).

---

[1]) Объяснит. зак., I, V.

ГЛАВА II.

Субъекты процесса.

A. Суды.

§ 52.

Компетенція судовъ [1]).

Примѣненіе юридическихъ нормъ къ частнымъ случаямъ жизни производится цѣлымъ рядомъ судебныхъ, судебно-административныхъ и административныхъ учрежденій и должностныхъ лицъ. При этомъ, во избѣжаніе столкновеній между ними, каждому изъ нихъ отведенъ опредѣленный кругъ дѣятельности, въ границахъ котораго ему предоставлено право и вмѣстѣ съ тѣмъ вмѣнено въ обязанность совершать опредѣленныя дѣйствія. Этотъ кругъ дѣятельности называется *компетенціей*.

Предѣлы компетенціи судовъ устанавливаются закономъ въ слѣдующихъ направленіяхъ.

Во-1-хъ, законъ разграничиваетъ область вѣдѣнія судебныхъ и административныхъ учрежденій, предоставляя первымъ конкретизацію юридическихъ нормъ въ однихъ случаяхъ, а вторымъ—въ другихъ. Право судебныхъ учрежденій разбирать извѣстную категорію дѣлъ называется *судебной юрисдикціей* (jurisdictio Gerichtbarkeit), *судебнымъ разбирательствомъ* или *властью суда*.

Во-2-хъ, въ сферѣ судебной юрисдикціи различаются юрисдикція *гражданская* (Civilgerichtsbarkeit) и *уголовная*, смотря по тому, разбираютъ ли суды споры между гражданами по поводу ихъ взаимныхъ правоотношеній или же осуществляютъ карательную власть государства.

Въ-3-хъ, вѣдомство каждаго отдѣльнаго гражданскаго суда опредѣляется съ трехъ сторонъ:

А) Законъ указываетъ, какія именно категоріи гражданскихъ

---

1) Wach Handbuch, I, § 28; Schmidt, § 43. Renaud, Zur Lehre v. d. ger. Zuständigkeit (Zt. Zp. 5 B.). Hellmer, id. (ib., 31 B.).

дѣлъ подлежатъ вѣдѣнію даннаго рода судовъ. Такъ, наприм., дѣла о расторженіи браковъ (кромѣ раскольничьихъ) отнесены нашимъ закономъ къ вѣдѣнію духовныхъ судовъ; иски о вещныхъ правахъ на недвижимости—къ компетенціи окружныхъ судовъ, и т. п. Въ этомъ состоитъ *объективная, предметная компетенція* судовъ (competentia ratione materiale, objective, sachliche Zuständigkeit), или *родовая подсудность, подсудность по роду дѣлъ*.

Б) Законъ опредѣляетъ, какія именно изъ процессуальныхъ дѣйствій имѣетъ право совершать данный судъ, т.-е., указываетъ его функціи. Это — *функціональная компетенція* (funktionelle Kompetenz) [1]). Напр., судебнымъ палатамъ предоставлено перевершеніе дѣлъ, рѣшенныхъ окружными судами; сенату—отмѣна рѣшеній палатъ, и т. д.

В) Наконецъ, компетенція каждаго отдѣльнаго суда опредѣляется въ отношеніи пространства, ограничиваясь извѣстными частями государственной территоріи. Такъ, власть мирового судьи распространяется на его участокъ; власть окружнаго суда—на округъ, и т. д. Такое пространственное разграниченіе компетенціи судебныхъ учрежденій именуется *личной*, или *субъективной компетенціей* (competentia ratione personae, subjective Kompetenz), или *подсудностью* (forum, Gerichtstand), а также *личной подсудностью*, въ отличіе отъ родовой.

Такимъ образомъ, компетенція гражданскихъ судовъ обнимаетъ собою: 1) судебную юрисдикцію (въ отличіе отъ административной), 2) гражданскую юрисдикцію (въ отличіе отъ уголовной), 3) объективную компетенцію (по роду дѣлъ), 4) функціональную компетенцію (по кругу функцій) и 5) пространственную компетенцію (по округамъ).

При опредѣленіи вѣдомства каждаго суда необходимо сообразоваться съ границами, установленными для него закономъ во всѣхъ перечисленныхъ направленіяхъ. Для того, напр., чтобы данное дѣло подлежало вѣдѣнію московскаго окружнаго суда, необходимы слѣдующія условія. Это дѣло должно: 1) вообще подлежать власти судебныхъ учрежденій (а не административ-

---

[1]) Этотъ терминъ предложенъ Бахомъ (Handbuch, 350) и принятъ другими учеными.

ныхъ, 2) относиться къ компетенціи подсудныхъ, а не третейскихъ судовъ и 3) притомъ, судовъ той категоріи, къ которой принадлежитъ данный судъ (т.-е., окружныхъ), 4) возникнуть въ округѣ именно московскаго, а не какого-либо иного окружнаго суда, и 5) требовать въ данномъ случаѣ исполненія именно тѣхъ дѣйствій, на которыя московскій судъ уполномоченъ закономъ.

Изъ этихъ видовъ компетенціи одна, именно функціональная, не имѣетъ самостоятельнаго значенія, такъ какъ она отчасти обусловливается раздѣленіемъ судовъ по инстанціямъ, отчасти же связана съ распредѣленіемъ судовъ по различнымъ категоріямъ. Такъ, напр., функціональная компетенція мирового съѣзда опредѣляется, во-1-хъ, тѣмъ, что онъ—судъ второй инстанціи, и, во-2-хъ, тѣмъ, что онъ—мировой, а не какой-либо иной судъ. Въ качествѣ суда второй инстанціи онъ перевершаетъ рѣшенія мировыхъ судей, чего не могутъ дѣлать суды первой инстанціи (окружные, коммерческіе и другіе); въ качествѣ же мирового суда, онъ можетъ, по желанію тяжущихся, разрѣшать дѣла не по законамъ, а по мѣстнымъ обычаямъ (ст. 130 уст. гражд. суд.), чего не въ правѣ дѣлать другіе суды второй инстанціи (судебныя палаты, судебный департаментъ сената). Вслѣдствіе этого функціональная компетенція выяснится при изложеніи порядка производства въ судахъ различныхъ категорій (см. особенную часть) [1].

Въ настоящемъ мѣстѣ подлежатъ, слѣдовательно, разсмотрѣнію три вида компетенціи, имѣющіе самостоятельное значеніе: 1) гражданская юрисдикція, 2) объективная компетенція и 3) пространственная компетенція. Во избѣжаніе недоразумѣній въ по-

---

[1] Многочисленность этихъ категорій у насъ дѣлаетъ неудобнымъ изложеніе правилъ, опредѣляющихъ вѣдомство судовъ, въ такой степени, какъ предложилъ Гефнеръ. Именно, онъ дѣлитъ эти правила на двѣ группы: къ одну входятъ тѣ, которыми компетенція судовъ устанавливается *непосредственно* (напр., „судъ первой инстанціи"), а другую образуютъ тѣ, которыя опредѣляютъ компетенцію судовъ только въ связи съ другими постановленіями (напр., „земскій судъ разрѣшаетъ въ апелляціонномъ порядкѣ тѣ дѣла, *которыя* рѣшены въ первой инстанціи участковыми судьями"). По второй группѣ, далѣе, различаются правила, разграничивающія кругъ дѣятельности судовъ (функціональную и объективную компетенцію), и правила, опредѣляющія ихъ пространственную компетенцію (подсудность). Hellmann (Zt. Zp. 34, B., 465 ff.).

слѣдующемъ изложеніи будетъ примѣняться однообразная терминологія: именно, гражданская юрисдикція, въ отличіе отъ уголовной и административной, будетъ именоваться „властью гражданскаго суда"; для обозначенія объективной компетенціи будетъ употребляться терминъ „вѣдомство", а для пространственной—„подсудность" [1].

Эти виды компетенціи имѣютъ неодинаковое юридическое значеніе. Именно, пространственная компетенція судовъ рѣзко отличается отъ ихъ компетенціи во всѣхъ другихъ направленіяхъ. Въ то время какъ предѣлы власти судовъ, въ отличіе отъ прочихъ правительственныхъ учрежденій, являются осуществленіемъ публично-правового принципа раздѣленія властей и установлены, слѣдовательно, въ публичномъ интересѣ; въ то время какъ разграниченіе категорій дѣлъ, предоставленныхъ вѣдѣнію разнородныхъ судовъ, и установленіе функцій каждаго суда тоже обусловливаются соображеніями публично-правового характера относительно наилучшей организаціи судебной власти,—пріуроченіе дѣятельности однородныхъ судовъ къ опредѣленнымъ частямъ территоріи имѣетъ въ виду преимущественно удобство тяжущихся и сдѣлано въ ихъ частномъ интересѣ [2].

---

[1] Въ нашей юридической литературѣ нѣтъ прочно установившейся терминологіи. Обыкновенно компетенція судовъ во всѣхъ ея направленіяхъ называется *вѣдомствомъ*, а принадлежность дѣлъ къ компетенціи того или иного суда—*подсудностью*. Нерѣдко, однако, терминъ „подсудность" употребляется по отношенію спеціально къ пространственной компетенціи, а компетенція во всѣхъ отношеніяхъ называется вѣдомствомъ. Точно такъ же не выдержана и терминологія въ нашемъ уставѣ гражд. суд. Гражданская юрисдикція называется иногда вѣдѣніемъ (прим. къ I ст., ст. 1287), иногда—властью (п. 3 ст. 186, п. 3. ст. 793), иногда вѣдомствомъ (статья 240), иногда судебнымъ производствомъ (ст. 237), а въ учрежденіи судебныхъ установленій—также разбирательствомъ (статьи 46—51). Вѣдомствомъ именуется какъ компетенція по роду дѣлъ (ст. 28, 29, 31, 38, 39, 202, 1289, 1310), такъ и по пространству (ст. 208, 214, 215, 216, 217, 220, 222, 223, 226, 1305, 1438). Для обозначенія родовой компетенціи употребляется также терминъ „власть" (ст. 65 учр. суд. уст.), а для пространственной—„вѣдѣніе" (ст. 1409, 1451). Подсудностью называется принадлежность дѣлъ къ числу подвѣдомственныхъ данному суду какъ по своему роду (ст. 42, 236, 584, п. 1), такъ и по пространству (ст. 37, 40, 41, 43, 230—232, 234, 571, п. 1., 574, 584, п. 2, 1275), такъ и въ обоихъ этихъ отношеніяхъ вмѣстѣ (рубрика: пререканія о подсудности, ст. 69, п. 1, ст. 209). Въ проектѣ новой редакціи устава эта терминологическая путаница сохранена въ неприкосновенности.

[2] Такова же точка зрѣнія французскаго устава. Garsonnet. Traité, II, §§ 401 ss.; Précis, №№ 143—148; Glasson, I, § 25. Напротивъ, германскій уставъ

Отсюда вытекаютъ слѣдующія важныя въ практическомъ отношеніи послѣдствія.

1. Предѣлы вѣдомства судовъ во всѣхъ отношеніяхъ, кромѣ пространственнаго, *являются безусловными и не могутъ быть* измѣняемы тяжущимися по соглашенію между собой. Тяжущіеся, напр., не могутъ условиться, чтобы ихъ бракоразводный процессъ разрѣшался коммерческимъ судомъ, а искъ о милліонномъ наслѣдствѣ—мировымъ судьей. Напротивъ, пространственная компетенція можетъ быть измѣняема по желанію сторонъ, которыя въ правѣ, напр., войти между собою въ соглашеніе о томъ, чтобы ихъ споры о взысканіи по исполненію договора страхованія, подсудные петербургскому окружному суду, разбирались московскимъ (ст. 227 уст. гр. суд.).

2. За соблюденіемъ границъ компетенціи во всѣхъ отношеніяхъ, кромѣ пространственнаго, обязаны слѣдить сами суды, не принимая къ своему разсмотрѣнію дѣлъ, имъ неподвѣдомственныхъ. Пространственная же компетенція составляетъ исключеніе: заботиться о соблюденіи ея можетъ только отвѣтчикъ (ст. 571, п. 1, 574, 584 уст. гр. суд.).

3. На нарушеніе судомъ всякой компетенціи, кромѣ пространственной, могутъ указывать и *объ стороны* въ теченіе всего производства; нарушеніе же судомъ пространственной компетенціи даетъ *одному только отвѣтчику* право заявить отводъ о *неподсудности* дѣла — и то въ самомъ началѣ процесса (ст. 574, 584, 793, п. 3).

Изъ этихъ трехъ общихъ положеній существуютъ однако изъятія (см. § 65).

и германская литература не проводитъ принципіальнаго различія между предметной и пространственной компетенціей, приписывая имъ одинаково обязательное значеніе. Это объясняется укоренившимся со временъ германскаго общаго процесса привычкой. Fitting (Z. Zp. 6 B., 358 ff.).

§ 53.

Предѣлы власти гражданскихъ судовъ [1]).

Гражданскіе суды учреждены для провѣрки и установленія правомѣрности требованій, вытекающихъ изъ юридическихъ отношеній гражданъ между собою, т.-е., изъ отношеній между отдѣльными частными лицами, какъ самостоятельными, равноправными, координированными субъектами. Такія требованія называются гражданско-правовыми [2]). Имъ противоположны требованія публично-правовыя, возникающія, во-1-хъ, изъ отношеній между частными лицами съ одной стороны и органами государственной власти — съ другой, т.-е., между субъектами неравноправными, субординировными, находящимися въ подчиненіи одинъ другому, и, во-2-хъ, изъ отношеній органовъ власти между собою. Публично-правовыя требованія подлежатъ разсмотрѣнію уголовныхъ судовъ, административныхъ судовъ въ тѣхъ странахъ, гдѣ они введены, и общихъ административныхъ учрежденій [3]).

---

[1]) Думашевскій. Предметъ гражд. судопроизв. и предѣлы вѣдомства гражд. суда (Суд. Журн. 1874 № 1); Лазаревскій. Отвѣтственность за убытки, причиненные должностными лицами, 1905; Азаревичъ, I, 195 и сл.; Нефедьевъ, §§ 19—21; Гольмстенъ, 52—55; Исаченко. Основы гражданскаго процесса, 1904, 22 и сл.; Анненковъ. Опытъ комментарія, I, 8—25.

Uebel. Ein Beitrag zur Feststellung des Begriffs und Umfangs von bürg. Rechtsstreitigkeiten nach CPO (Zt. Zp. 1 B.); Pražak. Die prinzipielle Abgrenzung der Kompetenz der Gerichte und der Verwaltungsbehörden, 1889; Wach, § 8; Hellwig, I, § 10; Pollak, § 3.

[2]) Таково господствующее въ литературѣ мнѣніе. Wach, 94—95; Hellwig, I, 61; Weismann, I, § 12; Schrutka, § 2; Pollak, § 3; Kleinfeller, § 1—V. Uebel, l. c.; Малышевъ, I, 15; Азаревичъ, I, 205—206; Гольмстенъ, 10—11. Дальнѣйшія указанія и разборъ другихъ мнѣній см. въ Курсѣ гражд. права Шершеневича (I, 1901, 50 и сл.), въ его же Общей теоріи права (III, 1912, 513 и сл.) и въ моемъ Учебникѣ гражд. права (I, 1894, стр. 2 и сл.).

[3]) Взаимныя требованія, возникающія между разными органами государственной власти, не подчиненными другъ другу, разрѣшаются либо по взаимному соглашенію главныхъ начальниковъ соотвѣтствующихъ вѣдомствъ, либо, если соглашенія не послѣдовало, высшимъ административнымъ органомъ—первымъ департаментомъ сената (ст. 1297 уст. гражд. суд.). Публично-правовыя требованія, принадлежащія органамъ государственной власти по отношенію къ частнымъ лицамъ, осуществляются принудительными мѣрами администраціи, безъ предварительной провѣрки ихъ судомъ. Въ

Такимъ образомъ, по общему правилу, власть гражданскихъ судовъ распространяется на всѣ гражданско-правовыя требованія, но и только на нихъ. Таковъ именно и смыслъ 1 ст. уст. гражд. суд.: „всякій споръ о правѣ гражданскомъ подлежитъ разрѣшенію судебныхъ установленій". Подъ словомъ „споръ" понимается въ этомъ случаѣ „искъ". Это доказывается сопоставленіемъ 1 ст. съ тѣми статьями устава, съ которыми она соприкасается по своему содержанію [1]).

Однако изъ этого общаго положенія законодательства устанавливаютъ рядъ изъятій, отчасти расширяя предѣлы власти гражданскихъ судовъ, отчасти суживая ихъ, отчасти предоставляя

этомъ смыслѣ они признаются закономъ „безспорными" и осуществляются въ особомъ порядкѣ административнаго производства, опредѣленномъ въ Положеніи о взысканіяхъ по безспорнымъ дѣламъ казны (ч. 2 XVI т. Св. зак. изд. 1910 г.). Къ такимъ требованіямъ принадлежатъ, напр., относящіяся къ уплатѣ государственныхъ налоговъ, податей и другихъ сборовъ (ст. 1 указ. полож.). Этотъ же порядокъ примѣняется и къ осуществленію публично-правовыхъ требованій органовъ общественнаго самоуправленія: городскихъ управленій, земскихъ учрежденій и т. д. (прим. къ ст. 1 полож.). Однако частныя лица не лишены возможности оспаривать распоряженія органовъ государственной власти и общественнаго самоуправленія, дѣлаемыя съ цѣлью осуществленія публично-правовыхъ требованій. Только это оспариваніе облекается въ форму жалобы по начальству (ст. 1, 5, 125, 126 полож. о взыск.) и не останавливаетъ начатаго производства по осуществленію требованій (ст. 127 полож.). Точно такъ же и публично-правовыя требованія частныхъ лицъ къ государственной власти (напр., о возвращеніи неправильно взысканныхъ сборовъ), въ случаѣ невыполненія ихъ подлежащими ея органами добровольно, осуществляются посредствомъ подачи жалобъ по начальству. См. объясн. къ 244 ст. уст. гражд. суд.

[1]) Въ 1 статьѣ выставлено общее положеніе о подвѣдомственности всѣхъ споровъ о правѣ гражданскимъ судамъ. При опредѣленіи же круга вѣдомства отдѣльныхъ гражданскихъ судовъ уставъ употребляетъ безразлично термины „искъ" и „споръ". Такъ, ст. 29 гласитъ, что „вѣдомству мирового судьи подлежатъ: 1) *иски* по личнымъ обязательствамъ... 2) *иски* о вознагражденіи... 3) *иски* о личныхъ обидахъ и оскорбленіяхъ..." и т. д. Ст. 202 постановляетъ: „окружнымъ судамъ подсудны всѣ *иски*, не подлежащіе вѣдомству мировыхъ судей". Такія же выраженія употреблены въ ст. 229, 1287, 1288, 1291, 1305, 1315, 1317, 1336 и др. А въ ст. 31, 215, 216, 222, 227, 228, 1298 и др. говорится вперемежку то объ „искахъ", то о „спорахъ".

Тождественный результатъ даетъ и сопоставленіе 1 ст. съ тѣми постановленіями устава, которыя опредѣляютъ компетенцію гражданскихъ судовъ съ отрицательной стороны, указывая, что̀ не подлежитъ ихъ вѣдѣнію. Именно, въ примѣчаніи къ 1 статьѣ говорится, что подлежатъ вѣдѣнію не судебныхъ, а административныхъ установленій „такія *требованія*, коимъ законъ присвоилъ свойство *безспорныхъ*, не допускающихъ возраженій въ состязательномъ порядкѣ". Отсюда слѣдуетъ, что компетенціи судовъ подлежатъ *требованія спорныя*, допускающія возраженія противной

заинтересованнымъ лицамъ выборъ между гражданскими судами и уголовными или между гражданскими судами и административными учрежденіями [1]).

I. Область гражданскаго процесса расширяется включеніемъ въ компетенцію гражданскихъ судовъ нѣкоторыхъ публично-правовыхъ требованій имущественнаго характера между частными лицами и органами государственной власти.

1. Къ числу этихъ требованій принадлежатъ, прежде всего, тѣ, которыя возникаютъ изъ такихъ отношеній, гдѣ органы государственной власти выступаютъ не въ качествѣ носителей государственнаго суверенитета, а въ качествѣ представителей казны, какъ юридическаго лица, участвующаго въ гражданскомъ оборотѣ на правахъ обыкновеннаго частнаго лица.

Подчиненіе такихъ требованій юрисдикціи гражданскихъ судовъ — явленіе новаго времени. Въ римскомъ правѣ до самаго конца существованія имперіи взаимныя требованія, возникавшія изъ юридическихъ сдѣлокъ между частными лицами и казной, осуществлялись такимъ же порядкомъ, какъ всѣ вообще публично-правовыя требованія: именно, „если контрагентъ казны

стороны, т.-е., иски. Ст. 2, предоставляя частнымъ лицамъ и обществамъ обращаться къ судебной защитѣ въ случаѣ нарушенія ихъ правъ правительственными учрежденіями и должностными лицами, прямо употребляетъ терминъ „иска". Такъ же поступаетъ и ст. 3, предписывающая административнымъ учрежденіямъ и должностнымъ лицамъ не разсматривать спорныхъ обстоятельствъ, возникшихъ при обсужденіи какого-либо дѣла и подвѣдомственныхъ судебнымъ учрежденіямъ, а объявлять просителямъ, что они могутъ обратиться съ *искомъ* въ подлежащій судъ. Ср. ст. 1297, 1298, 1302, 1307, 1308.

[1]) Число такихъ изъятій на западѣ Европы гораздо значительнѣе, чѣмъ у насъ. Въ Австріи они направлены въ сторону сужения компетенціи судовъ въ пользу административныхъ учрежденій, при чемъ, однако, допускается во многихъ случаяхъ послѣдующее оспариваніе административныхъ распоряженій путемъ иска. Canstein, Civilproc., I, 158 ff.; Schrutka, §§ 44, 45. Въ Германіи, наоборотъ, больше изъятій въ сторону расширенія предѣловъ власти судовъ. Въ частности, къ ихъ вѣдомству отнесены имущественныя требованія судей, вытекающія изъ служебныхъ отношеній, а въ Пруссіи — такія же требованія всѣхъ вообще чиновниковъ. Hellwig, 59 ff. У насъ подобныя требованія должностныхъ лицъ (объ уплатѣ жалованія или пенсіи), какъ вытекающія изъ публично-правовыхъ отношеній по государственной службѣ, не подлежатъ, вопреки мнѣнію нѣкоторыхъ авторовъ (Малышевъ, I, 29; Аваревичъ, I, 209), власти судебныхъ учрежденій (о. с. 1907 № 10). Но лица, служащія въ правительственныхъ учрежденіяхъ по частному найму, имѣютъ право иска о жалованіи. Исаченко. Основы, 39—40.

не исполнилъ своего обязательства, казна сама его къ тому принуждала; если свое обязательство не исполнила казна, то ея контрагентъ могъ обращаться съ жалобой лишь къ самой казнѣ" [1]). Этотъ же порядокъ продолжалъ существовать и въ теченіе среднихъ вѣковъ. Но онъ представлялъ немалое неудобство, которое особенно сильно стало чувствоваться въ новое время, когда, съ развитіемъ государственности и расширеніемъ задачъ управленія, государственной власти все чаще и чаще приходилось заключать сдѣлки съ частными лицами. Чтобы частныя лица не уклонялись отъ вступленія въ сдѣлки съ органами государственной власти, нужно было дать имъ увѣренность, что государственная власть будетъ соблюдать условія подобно любому частному лицу, и что въ случаѣ возникновенія спора онъ будетъ разрѣшаться такъ же, какъ споры между частными лицами. Съ другой стороны, и государственная власть, выступая въ роли контрагента въ гражданскихъ сдѣлкахъ, можетъ заключать ихъ на выгодныхъ для себя условіяхъ—тоже только при томъ условіи, если частныя лица будутъ увѣрены въ прочности этихъ сдѣлокъ и справедливомъ разрѣшеніи возникающихъ изъ нихъ споровъ [2]).

Это подчиненіе государственной власти общимъ нормамъ гражданскаго права и процесса получило юридическое объясненіе въ теоріи *казны* (фиска), какъ особаго отъ государства юридическаго лица, являющагося носителемъ имущественно-правовыхъ отношеній государства въ области гражданскаго оборота. Будучи основана на несостоятельномъ съ научной точки зрѣнія раздѣленія единаго государства на двѣ половины — публично-правовую и гражданско-правовую [3]),—теорія казны представляла однако немалое практическое удобство, такъ какъ давала достаточно ясный критерій для опредѣленія того круга юридическихъ

---

[1]) Лазаревскій, 6 и сл.; Хвостовъ. Исторія римскаго права, 2 изд., 1905, 135.

[2]) „Государство", какъ сказано въ одномъ указѣ Директоріи, „посредствомъ великолѣпной фикціи слагаетъ съ себя свой суверенитетъ и въ лицѣ своихъ органовъ становится передъ безпристрастнымъ судомъ, обсуждаетъ предъ нимъ свое право и заранѣе подчиняется тому же рѣшенію, которое могло бы касаться и простого частнаго человѣка". Лазаревскій, 63.

[3]) Лазаревскій, 31 и сл.; Шершеневичъ. Общая теорія права, III, 1912, § 57.

отношеній, въ которомъ органы государственной власти подчинены нормамъ гражданскаго права и процесса. Вслѣдствіе этого теорія казны получила широкое распространеніе въ литературѣ и законодательствахъ [1]). Ее раздѣляли и составители судебныхъ уставовъ 1864 г. [2]). Ее же проводитъ въ судебной практикѣ сенатъ, установившій такое общее положеніе: „Если казенное установленіе является представителемъ или защитникомъ имуществъ, принадлежащихъ казнѣ, споръ признается подвѣдомственнымъ судебнымъ установленіямъ; если же, напротивъ того, оно дѣйствуетъ, какъ власть, въ предѣлахъ функцій, ему предоставленныхъ по управленію государственными дѣлами, споръ является подвѣдомственнымъ установленіямъ административнымъ“ (о. с. 1903 № 34, 1906 № 23; гражд. 92 № 43 и др.).

2. Органы общественнаго самоуправленія (городскія управленія, земскія учрежденія, дворянскія общества и пр.) приравнены по своему значенію къ казнѣ: когда они дѣйствуютъ въ качествѣ носителей принудительной власти, то ихъ требованія къ частнымъ лицамъ осуществляются въ административномъ порядкѣ (прим. къ ст. 1 полож. о взыск. по безспорн. дѣл. казны); когда же они выступаютъ въ роли представителей общественныхъ союзовъ, какъ юридическихъ лицъ частно-правового характера, ихъ дѣла съ частными лицами подлежатъ разсмотрѣнію судебныхъ учрежденій (прим. 2 и 4 къ 1282 ст. уст. гражд. суд.). Это положеніе тоже твердо установлено въ сенатской практикѣ (о. с. 1906 № 23 и др.).

3. Тѣ соображенія, которыми обусловливается подчиненіе власти гражданскихъ судовъ между казною и частными лицами, не имѣютъ силы въ примѣненіи къ спорамъ между различными органами казны. Поэтому, имущественно-правовые споры между казенными управленіями подлежатъ разрѣшенію не въ судебномъ, а въ административномъ порядкѣ, т.-е., по соглашенію между главными начальниками этихъ управленій, а если соглашенія между ними не послѣдуетъ, то разрѣшаются высшимъ административнымъ мѣстомъ—первымъ департаментомъ сената

---

[1]) Лазаревскій, 79 и сл.

[2]) Объясн. къ 244 ст. уст. гражд. суд.

(ст. 1297) [1]). Только для нѣкоторыхъ вѣдомствъ сдѣлано изъятіе изъ этого общаго положенія, именно для удѣльнаго и духовныхъ. Они *являются* обладателями самостоятельныхъ имуществъ, не входящихъ въ общій составъ казенныхъ, а потому правило 1297 ст. на нихъ не распространено, такъ что подлежатъ власти гражданскихъ судовъ: 1, имущественно-правовые споры между удѣльнымъ и духовными вѣдомствами съ казенными управленіями; 2, такіе же споры духовныхъ вѣдомствъ различныхъ исповѣданій между собою, и 3, споры духовныхъ вѣдомствъ съ удѣльнымъ (ст. 1298).

Точно такъ же не могутъ быть разрѣшаемы административными учрежденіями споры объ имуществѣ между казенными управленіями, съ одной стороны, и городскими либо земскими учрежденіями—съ другой (77 № 308), а равнымъ образомъ и споры между городскими и земскими учрежденіями, потому что ихъ имущества не принадлежатъ къ составу казенныхъ.

4. Равнымъ образомъ, подлежатъ вѣдѣнію гражданскихъ судовъ требованія возмѣщенія убытковъ, причиненныхъ не преступными, не наказуемыми въ уголовномъ порядкѣ, а просто неправильными дѣйствіями должностныхъ лицъ (ст. 1316, 1330[1], 1331). Но когда такіе убытки покрываются, въ силу закона, изъ особо назначенныхъ для того суммъ и когда за неправильное дѣйствіе виновный можетъ быть подвергнутъ дисциплинарному наказанію, безъ преданія уголовному суду (ст. 1068 уст. угол. суд.), то взысканіе убытковъ производится въ административномъ порядкѣ. При этомъ должностное лицо, подвергнутое такому взысканію, можетъ просить о преданіи себя уголовному суду, и если пред-

---

[1]) Правило 1297 ст. мотивируется въ объясненіяхъ къ ней тѣмъ, что разрѣшеніе споровъ между казенными управленіями „должно всегда зависѣть отъ высшихъ *правительственныхъ соображеній*, что вмѣшательство суда въ такихъ случаяхъ можетъ только замедлить ходъ дѣла и затруднить дѣйствія правительства". Но высшія правительственныя соображенія могутъ имѣть значеніе и при разрѣшеніи споровъ между казной и частными лицами, такъ что, съ этой точки зрѣнія, слѣдовало подчинить и ихъ административному порядку производства. Дѣло здѣсь вовсе не въ этомъ, а въ томъ, что казенныя управленія являются органами одной и той же казны, „для которой безразлично—то или другое казенное управленіе будетъ завѣдывать спорнымъ казеннымъ имуществомъ, такъ какъ послѣднее все-таки останется принадлежностью *казны*". *Мытъ*. Казенный интересъ въ суд. дѣлахъ (Журн. Ю. О. 1891 № 8, 21—22).

ставитъ надлежащее обезпеченіе въ размѣрѣ взыскиваемой суммы, то производство взысканія пріостанавливается (ст. 1069 уст. угол. суд.).

II. Съ другой стороны, область гражданской юрисдикціи сужена изъятіемъ нѣкоторыхъ требованій частныхъ лицъ къ казнѣ изъ вѣдѣнія гражданскихъ судовъ, а именно.

1. Требованія о возмѣщеніи судебныхъ издержекъ по производству уголовныхъ дѣлъ, заявляемыя свидѣтелями, экспертами и другими участвовавшими въ дѣлахъ лицами, разрѣшаются тѣми же уголовными судами, которые разсматривали данныя дѣла (ст. 192 и сл., 876 и сл. уст. угол. суд.).

2. Споры, возникающіе между казенными управленіями и частными лицами *во время исполненія* договоровъ подряда и поставки, подлежатъ разрѣшенію въ административномъ порядкѣ, т.-е., разсматриваются подлежащимъ административнымъ начальствомъ, на распоряженіе котораго можно приносить жалобы въ первый департаментъ сената (ст. 23, 28—30 пол. о взыск. по безсп. дѣл., ст. 1301 уст. гражд. суд.).

III. Наконецъ, въ нѣкоторыхъ случаяхъ законъ предоставляетъ гражданамъ выборъ между гражданскими судами и административными учрежденіями или между гражданскими и уголовными судами.

1. Споры, возникающіе между казенными управленіями и частными лицами *послѣ выдачи* казеннымъ управленіями окончательнаго расчета по договорамъ подряда и поставки, могутъ быть, по желанію частнаго лица, либо представляемы на разрѣшеніе въ административномъ порядкѣ (ст. 5 полож. о взыск.), либо заявляемы суду въ исковомъ порядкѣ (ст. 1302 уст. гр. суд.).

2. Споры между казенными управленіями и частными лицами по договорамъ объ отдачѣ въ аренду казенныхъ оброчныхъ статей *какъ во время исполненія* договора, *такъ и послѣ выдачи* окончательнаго расчета подлежатъ разсмотрѣнію, по желанію арендатора, либо въ административномъ порядкѣ либо въ судебномъ (ст. 1307).

3. Иски о вознагражденіи за убытки, причиненные уголовно-наказуемыми дѣяніями, могутъ быть предъявляемы въ уголовномъ судѣ, во время производства уголовнаго дѣла (ст. 5 уст.

гражд. суд.), до открытія судебнаго засѣданія (ст. 7 уст. угол. суд.) [1]). Но потерпѣвшіе имѣютъ право предъявлять такіе иски въ теченіе давностнаго срока и отдѣльно, въ гражданскомъ судѣ, который приступаетъ къ производству только послѣ того, какъ уголовное дѣло будетъ окончено, или въ томъ случаѣ, когда оно пріостановлено въ виду душевной болѣзни обвиняемаго либо по перозыску его, или же когда оно прекращено по указаннымъ въ законѣ причинамъ (ст. 5, 6 уст. гражд. суд., ст. 7, 16—18 уст. угол. суд.).

4. Лица, привлеченныя къ уголовной отвѣтственности и оправданныя судомъ, имѣютъ право предъявить въ уголовномъ судѣ, разбиравшемъ дѣло, или же въ гражданскомъ судѣ, по общимъ правиламъ подвѣдомственности, искъ о вознагражденіи за убытки, причиненные неосновательнымъ возбужденіемъ уголовнаго преслѣдованія, къ тѣмъ частнымъ лицамъ, которыя возбудили это преслѣдованіе (ст. 32, 121, 780—782 уст. угол. суд.) [2]).

---

[1]) При разрѣшеніи гражданскаго иска уголовный судъ примѣняетъ уложеніе о наказ. и гражданскіе законы (ст. 779 уст. уг. суд.); въ порядкѣ же производства руководствуется уставомъ уголовнаго судопроизводства и только тѣми правилами устава гражданскаго судопроизводства, которыя не противорѣчатъ установленнымъ для разбирательства уголовныхъ дѣлъ правиламъ (рѣш. угол. касс. деп. 96 № 4, 89 № 43).

[2]) По вопросу о подвѣдомственности этихъ исковъ въ сенатской практикѣ были колебанія. Сенатъ признавалъ ихъ подвѣдомственными то исключительно гражданскому суду (угол. 1872 № 156), то исключительно уголовному (гражд. 1900 № 34; 73 № 126), но въ концѣ концовъ пришелъ къ правильному мнѣнію, что они могутъ быть предъявляемы въ уголовномъ судѣ, разбиравшемъ дѣло, согласно точному смыслу 121 ст. уст. угол. суд., но если истецъ не сдѣлаетъ этого, то не лишается права обратиться въ гражданскій судъ на общемъ основаніи, согласно 574 ст. I ч. X т. (Гражд. 1900 № 82). Если привлеченіе къ уголовной отвѣтственности послѣдовало вслѣдствіе неправильныхъ дѣйствій должностныхъ лицъ, то оправданный подсудимый можетъ взыскивать съ нихъ убытки въ порядкѣ, опредѣленномъ въ 1316—1336 ст. уст. гражд. суд.

§ 54.

Разграниченіе вѣдомства гражданскихъ судовъ [1]).

Какъ было указано выше (стр. 38), существующіе у насъ въ настоящее время гражданскіе суды раздѣляются на двѣ группы: на суды *обыкновенные*, или *нормальные*, которымъ подвѣдомственны всѣ вообще граждане и всѣ гражданскія дѣла, поскольку въ законѣ не установлено какихъ-либо изъятій, и на *спеціальные*, или *особенные*, къ вѣдѣнію которыхъ отнесены только опредѣленныя категоріи лицъ и опредѣленные разряды дѣлъ. Обыкновенными судами являются общія, мировыя и судебно-административныя учрежденія, а особенными—духовные, коммерческіе, волостные и однородные съ волостными низшіе суды (станичные, инородческіе и др.).

Какъ видно уже изъ самыхъ названій обѣихъ группъ судовъ, обыкновенные находятся въ такомъ же отношеніи къ особеннымъ, въ какомъ общее правило, общая норма находится къ спеціальному исключенію. Отсюда слѣдуетъ, что для установленія границъ вѣдомства обыкновенныхъ судовъ нужно опредѣлить кругъ дѣлъ, подлежащихъ вѣдѣнію особенныхъ судовъ, и тогда всѣ остальныя дѣла составятъ компетенцію обыкновенныхъ судовъ.

Нужно замѣтить, что одинаковое значеніе съ особенными судами имѣютъ смѣшанныя присутствія общихъ судебныхъ учрежденій, образуемыя изъ судей и представителей административныхъ вѣдомствъ для разрѣшенія спеціальной категоріи дѣлъ: требованій о вознагражденіи за убытки, причиненные неправильными дѣйствіями должностныхъ лицъ. Такія присут-

---

[1]) Малышевъ, I, § 25 и сл.; Азаревичъ, I, 210 и сл.; Гольмстенъ, 49 и сл.; Энгельманъ, §§ 14, 15; Нефедьевъ, §§ 48, 49; Яблочковъ, 46 и сл.; Анненковъ. Опытъ комментарія, I, 25 и сл.; Псаченко. Комментарій, I, 1 и сл.

Wach, § 29 ff.; Schmidt, § 44; Hellwig, I. § 15 ff., II, § 94 ff.

Weismann, I, § 28; Kleinfeller, §§ 24, 25; Pollak, § 46 ff.; Schrutka, § 15 ff.; Garsonnet. Traité, II, § 397 ss; Glasson, I, § 26; Boitard, I, № 71 ss. Simoncelli, c. IV; Chiovenda, §§ 27—28.

ствія образуются какъ въ окружныхъ судахъ, такъ и въ палатахъ и сенатѣ, при чемъ смѣшанныя присутствія палатъ являются не только апелляціонной инстанціей для присутствій окружныхъ судовъ, но и разрѣшаютъ нѣкоторыя дѣла въ качествѣ первой инстанціи. Точно такъ же смѣшанныя присутствія сената совмѣщаютъ функціи апелляціонной инстанціи для дѣлъ, рѣшенныхъ присутствіями судебныхъ палатъ, и первой инстанціи для другихъ дѣлъ. Въ этихъ случаяхъ нарушается инстанціонное соотношеніе судовъ.

Разсматривая правила дѣйствующаго законодательства относительно подвѣдомственности дѣлъ обыкновеннымъ судамъ, можно замѣтить, что законъ точно опредѣляетъ кругъ дѣлъ, подлежащихъ вѣдѣнію каждаго изъ нихъ, за исключеніемъ только гражданскихъ отдѣленій окружныхъ судовъ. Дѣла, подвѣдомственныя имъ, прямо не перечислены, такъ что ихъ компетенція должна быть формулирована слѣдующимъ положеніемъ: вѣдомству гражданскихъ отдѣленій окружныхъ судовъ подлежатъ всѣ дѣла, на которыя распространяется власть гражданскихъ судовъ, и которыя не отнесены закономъ къ вѣдомству никакого иного судебнаго или судебно-административнаго учрежденія. Въ этомъ отношеніи ихъ компетенція представляется *неограниченной* (illimitata). Таковъ дѣйствительный смыслъ 202 ст. уст. гражд. суд., хотя она формулирована крайне неточно [1]).

Слѣдуя пріему, употребленному въ законодательствѣ, можно произвести разграниченіе вѣдомства отдѣльныхъ гражданскихъ

---

1) Въ ней говорится: „окружнымъ судамъ подсудны всѣ иски, не подлежащіе вѣдомству мировыхъ судей". Но изъ сопоставленія ея съ другими правилами закона, опредѣляющими подвѣдомственность гражданскихъ дѣлъ прочимъ судебнымъ и судебно-административнымъ учрежденіямъ, слѣдуетъ, во-1-хъ, что ст. 202, говоря вообще объ окружныхъ судахъ, на самомъ дѣлѣ имѣетъ въ виду только гражданскія ихъ отдѣленія, такъ какъ предѣлы вѣдомства уголовныхъ отдѣленій и смѣшанныхъ присутствій указаны закономъ въ другихъ статьяхъ устава (6, 1316 и сл.) Во-2-хъ, упоминая только о мировыхъ судахъ, она въ дѣйствительности отграничиваетъ вѣдомство окружныхъ судовъ отъ вѣдомства какъ мировыхъ, такъ и всѣхъ иныхъ судовъ, учрежденій и должностныхъ лицъ, которымъ предоставлено разрѣшеніе какихъ-либо гражданскихъ дѣлъ, опять-таки потому, что ихъ вѣдомство опредѣлено закономъ *исчерпывающимъ образомъ*, такъ что на долю гражданскихъ отдѣленій окружныхъ судовъ остаются только тѣ гражданскія дѣла, которыя не отнесены уже къ чьему-либо вѣдомству.

судовъ такимъ образомъ: очертить послѣдовательно кругъ вѣдомства особенныхъ, мировыхъ и судебно-административныхъ учрежденій, а также смѣшанныхъ присутствій окружныхъ судовъ, палатъ и сената, и тогда сами собой установятся границы вѣдомства гражданскихъ отдѣленій окружныхъ судовъ.

§ 55.

Вѣдомство духовныхъ судовъ [1]).

Вѣдомству духовныхъ судовъ подлежатъ: 1) дѣла брачныя, 2) споры между лицами духовнаго званія относительно церковной собственности и 3) иски къ духовнымъ лицамъ о вознагражденіи за личныя оскорбленія.

1. Русское брачное право основывается на вѣроисповѣдномъ принципѣ. Бракъ разсматривается какъ таинство и совершается обязательно въ церковной формѣ; регистрація браковъ, а вмѣстѣ съ тѣмъ и рожденій предоставлена духовенству (изъятіе сдѣлано только для раскольничьихъ браковъ). Результатомъ такого отношенія законодательства къ институту брака является подчиненіе дѣлъ, касающихся брачнаго права, духовнымъ судамъ.

Къ брачнымъ дѣламъ относятся: 1) дѣла о признаніи браковъ недѣйствительными по причинѣ отсутствія требуемыхъ закономъ условій относительно возраста, непринужденнаго согласія, вѣроисповѣданія и проч. (ст. 37 т. X ч. I Св. зак.) и 2) дѣла о расторженіи браковъ по указаннымъ въ законѣ причинамъ: въ случаѣ прелюбодѣянія одного изъ супруговъ, лишенія его правоспособности, безвѣстнаго отсутствія (ст. 45 т. X ч. I Св. зак.).

Духовные суды должны ограничиваться только признаніемъ браковъ дѣйствительными или недѣйствительными и расторгнутыми, т.-е., разрѣшеніемъ вопроса о существованіи или несуществованіи въ данномъ случаѣ законнаго брака. Дѣла же, касающіяся послѣдствій брака, т.-е., вытекающихъ изъ него личныхъ

---

1) Малышевъ, I, § 26; Лазаревичъ, I, 218 и сл.; Гольмстенъ, 52; Иванюко. Коммент., I, 20—26.

и имущественныхъ правъ супруговъ и ихъ дѣтей, подлежатъ вѣдомству общихъ судовъ (ст. 1337 уст. гр. суд.).

Подвѣдомственность указанныхъ категорій брачныхъ дѣлъ духовнымъ судамъ установлена по отношенію къ православнымъ ст. 148 уст. дух. конс. [1]), а по отношенію къ католикамъ, протестантамъ и лицамъ другихъ вѣроисповѣданій—уставомъ иностр. исповѣданій [2]).

По исключенію къ вѣдомству гражданскихъ судовъ отнесены брачные дѣла раскольниковъ (ст. 1356[1] уст.), а въ Царствѣ Польскомъ—дѣла о недѣйствительности и расторженіи браковъ лицъ, не принадлежащихъ къ православному, католическому, уніатскому и евангелическому вѣроисповѣданіямъ (ст. 1619 уст. гр. суд.).

2. Споры между лицами духовнаго званія: а) возникающіе изъ пользованія церковной собственностью, движимой и недвижимой, и б) касающіеся церковныхъ доходовъ (ст. 148, I ч. п. 5, и 197 уст. дух. конс.; ст. 64, I, п. 2; 250, I, п. 2; 533, п. 16; 760 и др. уст. иностр. испов.).

Изъ выраженій, употребленныхъ въ 148 ст., и изъ сопоставленія ихъ съ 197 ст. слѣдуетъ, что духовнымъ судамъ подвѣдомственны не только дѣла о правѣ пользованія церковной собственностью, но и иски, вытекающіе изъ нарушенія этого права, т.-е., о возвращеніи неправильно полученныхъ доходовъ, причиненныхъ убытковъ и пр. (81 № 68).

3. Иски о вознагражденіи за личныя оскорбленія, нанесенныя духовными лицами православнаго исповѣданія, и за причиненные этими оскорбленіями убытки (п. *в* второй части 148 ст. уст. дух. конс.), т.-е., а) иски о платежѣ такъ наз. безчестія, или частнаго штрафа въ пользу обиженнаго лица, въ размѣрѣ отъ

---

[1]) Въ пунктѣ *в* второй части 148 ст. уст. дух. конс. говорится еще о „случаяхъ, въ которыхъ нужно удостовѣреніе о дѣйствительности событія рожденія отъ законнаго брака". Но здѣсь имѣются въ виду только такіе случаи, когда нѣтъ спора о законности или незаконности рожденія, такъ какъ уставомъ гражд. суд. всѣ такіе споры подчинены вѣдомству окружныхъ судовъ (ст. 1346—1356). Этотъ взглядъ усвоенъ практикой Сената (79 № 152, 82 № 155) и Синода. Григоровскій, 179.

[2]) Т. XI ч. I Св. Зак., ст. 64—II; 250—II; 356 и сл.; 1188, п. 6; 1289; 1325, п. 3; 1399, п. I; 1418, 1500, 1514, п. 3; 1567, 1615, 1629, п. 3, и др. Эти законы сведены въ сборникахъ Григоровскаго (Законы о бракѣ и разводѣ, 1909) и Максимова (Законы о разводѣ, 1909).

1 до 50 руб. (ст. 667 т. X ч. I Св. зак.) и б) иски о вознагражденіи за убытки, причиненные личной обидой кредиту или имуществу потерпѣвшаго (ст. 670 т. X ч. I Св. зак.) [1].

По отношенію къ духовенству римско-католическаго и армяно-католическаго исповѣданія такіе иски могутъ быть предъявляемы какъ въ духовныхъ консисторіяхъ, такъ и въ гражданскихъ судахъ (ст. 64, п. 3 ч. I, ст, 250, п. 5 ч. I уст. иностр. исп.), а по отношенію къ духовнымъ лицамъ прочихъ исповѣданій—только въ гражданскихъ судахъ (ст. 1281, 1351, 1693, 553 a contrario, 1188 и др. уст. иностр. испов.).

§ 56.

Вѣдомство коммерческихъ судовъ [2].

I. Вѣдомство каждаго коммерческаго суда распространяется на тотъ городъ, гдѣ онъ находится, и на уѣздъ этого города (ст. 47 уст. суд. торг.) [3].

Ограниченіе вѣдомства коммерческихъ судовъ опредѣленнымъ округомъ имѣетъ, по закону, то значеніе, что дѣло можетъ под-

---

[1] Тѣмъ же пунктомъ (в) 148 ст. отнесены къ вѣдомству духовныхъ судовъ иски къ духовнымъ лицамъ, вытекающіе изъ безспорныхъ обязательствъ. Этимъ постановленіемъ было сдѣлано изъятіе для духовенства изъ общаго порядка взысканія долговъ полиціей, существовавшаго до судебной реформы 1864 г. Но эта привилегія духовенства утратила силу съ введеніемъ въ дѣйствіе устава гражданскаго судопроизводства, уничтожившаго разницу между спорными и безспорными дѣлами и подчинившаго всѣ гражданскія дѣла судебнымъ учрежденіямъ, такъ что всѣ иски изъ безспорныхъ обязательствъ слѣдуетъ считать изъятыми изъ вѣдомства духовныхъ судовъ (77 № 157, 79 № 246).

[2] Депнъ. О торговыхъ судахъ, о подсудности (Журн. гражд. и торг. пр. 1872 № 3). Мелнкъ-Оганджановъ. Разграниченіе подсудности комм. судовъ отъ подсудности суд. учр., общихъ и мировыхъ, 1880. Нефедьевъ. Судопроизводство торговое и конкурсный процессъ, 1908, § 4. Шершеневичъ. Курсъ торговаго права, т, IV, 1912, § 178. Малышевъ, I, § 27. Азаревичъ, I, 210—217. Гохьмстенъ, 49—51. Исаченко. Комментарій, I, 27—41. Сенатская практика сведена въ сборникахъ Носенко (1878—1882), Вильсона (1896—1897), Гребнера (1896—1897) и Добровольскаго (1908).

[3] Коммерческіе суды существуютъ только въ столицахъ, Одессѣ и Варшавѣ. Въ остальныхъ мѣстностяхъ дѣла, подвѣдомственныя коммерческимъ судамъ, разрѣшаются общими судами, которые въ такихъ случаяхъ дѣйствуютъ на основаніи правилъ

лежать компетенціи коммерческаго суда только при наличности одного изъ трехъ условій, именно: 1, если отвѣтчикъ живетъ или, по крайней мѣрѣ, временно пребываетъ въ округѣ даннаго суда, 2, если въ томъ же округѣ находится предметъ процесса (товары, суда и т. д.) или 3, если при заключеніи договора контрагенты согласились, чтобы ихъ споры разбирались въ округѣ даннаго коммерческаго суда (ст. 47, 151—156).

Искъ, направленный противъ нѣсколькихъ отвѣтчиковъ, живущихъ въ различныхъ округахъ, можетъ быть предъявленъ по мѣсту жительства любого изъ нихъ (ст. 157), т.-е., значитъ, въ коммерческомъ судѣ, если такой судъ имѣется въ мѣстѣ жительства того изъ отвѣтчиковъ, на котораго на и выборъ истца, или въ общемъ судѣ, если въ данномъ округѣ нѣтъ коммерческаго суда [1]). Точно такъ же, если предметъ процесса находится въ округѣ коммерческаго суда, а отвѣтчикъ живетъ въ другомъ округѣ, искъ можетъ быть предъявленъ по тому или по другому основанію подсудности, хотя бы въ мѣстѣ жительства отвѣтчика не было коммерческаго суда; въ такомъ случаѣ дѣло придется разбирать общему суду [2]).

II. Но вѣдомству коммерческихъ судовъ подлежатъ не всѣ гражданскія дѣла, возникающія въ ихъ округахъ, а только три категоріи ихъ, именно: 1) торговыя дѣла на сумму свыше 150 р., за исключеніемъ споровъ по куплѣ товаровъ за наличныя деньги въ торговыхъ помѣщеніяхъ (въ магазинахъ, на базарахъ, на яр-

---

устава гражданскаго судопроизводства (ст. 28 уст. гражд. суд.), причѣмъ, однако, *постановленія матеріальнаго торговаго права, заключающіяся въ уставѣ торговомъ, въ тѣхъ случаяхъ, на которые распространяется его дѣйствіе, ибо къ юридическимъ отношеніямъ должны быть примѣнены тѣ нормы, которыя для нихъ установлены.* Исаченко. Основы гражд. процесса, 1904, 575—576.

[1]) Суд. 98 № 1146, 1901 № 2339 (Добровольскій, I, 140).

[2]) Сенатъ высказалъ противоположный взглядъ, признавъ, что правило 156 ст. „обязательно для такого истца, который предъявляетъ искъ къ отвѣтчику, не имѣющему жительства или пребыванія въ городѣ, въ коемъ учрежденъ коммерческій судъ, но товаръ коего, составляющій предметъ тяжбы, находится въ округѣ послѣдняго". Суд. 95 № 1289, 98 № 1041 (Добровольскій, I, № 137). Никакихъ доводовъ сенатъ однако не высказалъ. Между тѣмъ, по общему началу подсудности, одинаково принятому какъ уставомъ торговаго (ст. 154), такъ и уставомъ гражданскаго судопроизводства (ст. 203, 206, 219 и др.), иски о движимомъ имуществѣ могутъ быть предъявляемы *по мѣсту жительства или по мѣсту пребыванія отвѣтчика, совершенно независимо отъ того, гдѣ находится спорное имущество.*

маркахъ и т. д.), 2) вексельныя дѣла на сумму свыше 500 руб. и 3) дѣла о торговой несостоятельности (ст. 40, 43).

1 Торговыми дѣлами называются всякаго рода „споры по торговымъ оборотамъ“ (ст. 40, п. 1), т.-е., иски, вытекающіе изъ торговыхъ отношеній и сдѣлокъ торговаго оборота [1]).

Подъ торговымъ оборотомъ понимается совокупность возмездныхъ юридическихъ сдѣлокъ, заключаемыхъ въ видѣ промысла съ цѣлью посредничества между производителями и потребителями при обращеніи экономическихъ благъ.

Поэтому въ понятіе торговой сдѣлки входятъ четыре признака.

1. Торговыя сдѣлки заключаются *съ цѣлью посредничества* между производителями экономическихъ благъ и потребителями. Отсюда слѣдуетъ, во-1-хъ, что сдѣлки между производителями и потребителями, заключаемыя ими непосредственно, не входятъ въ область торговаго оборота. Таковы, напр., продажа помѣщикомъ сѣна или дровъ изъ своего имѣнія другому помѣщику для его надобностей. Во-2-хъ, сдѣлки между производителями и посредниками или между потребителями и посредниками являются торговыми для посредниковъ и неторговыми для ихъ контрагентовъ. Такъ, продажа помѣщикомъ хлѣба и другихъ продуктовъ своего хозяйства скупщику, пріобрѣтающему ихъ для дальнѣйшей продажи, имѣетъ торговый характеръ для скупщика, но не имѣетъ его для помѣщика. Въ-3-хъ, торговыми сдѣлками для обѣихъ сторонъ являются лишь тѣ, которыя заключаются между посредниками, ибо только въ этомъ случаѣ оба контрагента преслѣдуютъ посредническую цѣль. Таковы сдѣлки между профессіональными купцами, пріобрѣтающими товары другъ у друга не для личнаго потребленія, а съ цѣлью перепродажи.

Иски изъ двусторонникъ торговыхъ сдѣлокъ подлежатъ вѣ-

---

[1]) Торговыя сдѣлки перечислены въ уставѣ судопроизводства торговаго и въ уставѣ о прямыхъ налогахъ (т. V Св. зак. изд. 1903 г.). Но оба эти перечня далеко не полны. Кромѣ того, въ уставѣ о прямыхъ налогахъ къ торговымъ дѣйствіямъ отнесены нѣкоторые виды промышленности. Поэтому, при опредѣленіи сдѣлокъ, за которыми долженъ быть признанъ характеръ торговыхъ, слѣдуетъ исходить изъ анализа понятій торговли и торговаго оборота. Употребленіе такого пріема оправдывается первымъ пунктомъ 40 ст. уст. суд. торг., постановляющимъ, что „къ вѣдомству коммерческаго суда принадлежатъ всѣ споры и иски по торговымъ оборотамъ, договорамъ и обязательствамъ словеснымъ и письменнымъ, *торговли свойственнымъ*“.

домству коммерческихъ судовъ безусловно всѣ же изъ односторонне-торговыхъ сдѣлокъ, по установившемуся въ нашей судебной практикѣ взгляду, могутъ быть предъявляемы въ коммерческихъ судахъ только въ томъ случаѣ, когда имѣютъ торговый характеръ по отношенію къ отвѣтчику [1]).

2. Къ торговому обороту относятся не всѣ сдѣлки съ посредническою цѣлью, а только тѣ изъ нихъ, которыя совершаются *въ видѣ промысла*, какими сдѣлки профессіональныхъ торговцевъ, банкировъ, маклеровъ и т. д. Напротивъ, случайное посредничество, напр., покупка капиталистомъ-помѣщикомъ урожая сосѣдняго имѣнія съ цѣлью перепродать его, не составляетъ торговой сдѣлки и не подлежитъ вѣдѣнію коммерческаго суда. Такимъ образомъ, внѣшнимъ критеріемъ промышленнаго характера торговыхъ сдѣлокъ является не частая повторяемость ихъ, ибо и продажа *одной вещи* торговцемъ [2]), открывшимъ магазинъ, который вслѣдъ затѣмъ сгоритъ, будетъ, несомнѣнно, торговой, а принадлежность контрагентовъ къ числу лицъ, профессіонально занимающихся торговлей [3]).

3. Посредническая дѣятельность для того, чтобы быть торговой, должна *преслѣдовать корыстную цѣль*, т.-е., матеріальную

---

[1]) По этому вопросу существуетъ разногласіе между бывшимъ 4-мъ, нынѣ судебнымъ, департаментомъ Сената и гражданскимъ кассаціоннымъ. Первый придерживается того мнѣнія, что для подвѣдомственности дѣла коммерческому суду достаточно, чтобы оно вытекало изъ сдѣлокъ, имѣющихъ торговый характеръ по отношенію къ *одному* отвѣтчику (95 № 1068, 96 № 167 и др.). Второй, напротивъ, считаетъ подлежащими вѣдомству коммерческихъ судовъ только двусторонне-торговыя сдѣлки (1902 № 69, 84 № 69, 82 № 23, 74 № 761). Результатомъ такого противорѣчія въ практикѣ двухъ департаментовъ сената является возможность предъявленія неторговцами исковъ изъ сдѣлокъ, торговыхъ *для отвѣтчика*, какъ въ коммерческомъ, такъ и въ окружномъ судѣ, въ зависимости отъ желанія истца. Во французскомъ кодексѣ нѣтъ по этому вопросу прямого постановленія, а судебная практика пришла къ такому же положенію, какъ и нашъ судебный департаментъ (Garsonnet, № 162). Напротивъ, германскій уставъ судоустройства относитъ къ вѣдомству торговыхъ отдѣленій земскихъ судовъ только двусторонне-торговыя сдѣлки (§ 101 п. 1). Въ Австріи иски изъ торговыхъ сдѣлокъ подвѣдомственны коммерческимъ судамъ, когда отвѣтчикомъ является торговое товарищество или купецъ, фирма которыхъ внесена въ реестръ, производительное либо хозяйственное общество, тоже зарегистрированное, и если, притомъ, сдѣлка представляетъ для отвѣтчика торговый характеръ (Законъ объ учр. судовъ, §§ 51, 52. Schrutka, §§ 19, 20).

[2]) Нефедьевъ, 14.

[3]) Хотя бы они не имѣли патента на право торговли. Гражд. 72 № 236.

выгоду. Всякаго рода благотворительное посредничество, напр., по пріисканію занятій безработнымъ, а также предпріятія, устраиваемыя съ научной или художественной цѣлью, напр., выставки [1]), стоятъ внѣ торговаго оборота. Но корыстный характеръ долженъ быть присущъ вообще дѣятельности даннаго лица, а не каждой отдѣльной его сдѣлкѣ, которая, по исключенію, можетъ быть для него *невыгодной* [2]).

4. Торговое посредничество касается *экономическихъ* благъ, а не какихъ-либо иныхъ. Дѣятельность артистовъ—музыкантовъ, пѣвцовъ, драматическихъ актеровъ и т. д.,—занимающихся исполненіемъ чужихъ произведеній и являющихся посредниками между сочинителями и публикой, не относится къ торговому обороту даже въ томъ случаѣ, когда составляетъ постоянную профессію всѣхъ этихъ лицъ. Нельзя считать торговой дѣятельностью и театральную или музыкальную (концертную) антрепризу [3]), потому что цѣль ея состоитъ хотя и въ полученіи денежной выгоды, но не въ содѣйствіи обращенію экономическихъ благъ. Напротивъ, изданіе [4]) и взятіе литературныхъ и музыкальныхъ сочиненій на коммиссію носятъ характеръ торговый [5]), будучи направлены на распространеніе въ публикѣ не произведеній духовнаго творчества самихъ по себѣ, а отдѣльныхъ матеріальныхъ вещей—книгъ, нотъ,—имѣющихъ экономическую цѣнность и являющихся товаромъ.

Экономическими благами, фигурирующими въ оборотѣ, служатъ: а) товары, б) деньги и цѣнныя бумаги (фонды) и в) трудъ. Сообразно съ этимъ торговыя сдѣлки распадаются на три вида: одни заключаются въ посредничествѣ при обращеніи товаровъ, другія—при обращеніи денегъ и фондовъ, третьи—при обращеніи труда [6]).

А. Посредничество при обращеніи товаровъ проявляется въ

---

[1]) Суд. 1907 № 2545 (Право 1908 № 17).

[2]) Федоровъ, 137.

[3]) Суд. 1901 № 1106 (Добровольскій, I, № 114).

[4]) Ст. 57 уст. торг.

[5]) Конечно, для издателя и коммиссіонера, а не для автора (гражд. 1902 № 89).

[6]) Излагаемая въ текстѣ система торговыхъ сдѣлокъ представляетъ собою модификацію той, которая установлена проф. Шершеневичемъ въ его Курсѣ торговаго права (I, § 8) и въ Учебникѣ того же права (§ 6).

куплѣ съ цѣлью перепродажи или извлеченія выгоды посредствомъ отдачи въ пользованіе другимъ лицамъ (ст. 41, п. 1, 4; ст. 43, п. 1), поставкѣ (ст. 41, п. 4), храненіи въ складахъ (уст. торг. ст. 766 и сл.), перевозкѣ (ст. 41, п. 4) и коммисіонерствѣ, экспедиторствѣ, маклерствѣ, агентурѣ (ст. 41, п. 4, ст. 214 п. 2).

Б. Посредничество въ кредитномъ и денежномъ обращеніи обнимаетъ банкирскія сдѣлки и биржевыя операціи по куплѣ и продажѣ цѣнныхъ бумагъ, страхованію ихъ отъ тиражей, учету векселей, денежнымъ переводамъ, сдѣлкамъ на разность и т. д. (ст. 41, п. 5 и 42 п. 3; уст. о прям. нал., ст. 214, п. 3, 5).

В. Посредничество въ обращеніи труда имѣетъ мѣсто во всякаго рода обрабатывающей промышленности—ремесленной, заводской и фабричной (ст. 41, п. 2), гдѣ примѣняется наемный трудъ (ст. 43, п. 1), при подрядахъ для построекъ и совершенія иныхъ работъ (ст. 41, п. 4, 42, п. 4), при наймѣ рабочихъ, прислуги и проч. (ст. 41, п. 4; уст. о прям. нал. ст. 214, п. 7). Напротивъ, ремесленная дѣятельность, не связанныя съ примѣненіемъ наемнаго труда, не имѣетъ торговаго характера, и дѣла между ремесленниками и заказчиками по поводу платы за личный трудъ не подлежатъ вѣдомству коммерческихъ судовъ, если не сопровождаются поставкой матеріала или оказаніемъ кредита (ст. 43, п. 1).

Кромѣ торговыхъ сдѣлокъ, образующихъ непосредственное содержаніе торговаго оборота, къ области послѣдняго относятся еще: 1) организація торговыхъ предпріятій со всѣми вытекающими изъ нея правоотношеніями между хозяевами и служащими у нихъ лицами (прикащиками, спдѣльцами, артельщиками, корабельщиками, матросами и т. п.) (ст. 42, п. 1 и 4), между членами товариществъ (ст. 42, п. 2), но не акціонерныхъ компаній (прим. къ 154 ст.; гражд.—82 № 15); 2) сдѣлки, необходимыя для осуществленія торговой дѣятельности, какъ-то: постройка, покупка, починка и наемъ купеческихъ судовъ (ст. 41, п. 3; 45, п. 4; уст. о прям. нал., ст. 214, п. 1), пріобрѣтеніе матеріала и дровъ для фабрикъ и заводовъ [1]), наемъ помѣщеній для торговли [2]),

---

[1]) Носенко, II, №№ 444—460, 464—466, 469—470. Противоп. взглядъ въ рѣш. общ. собр. сен. 1905 № 25.

[2]) Добровольскій, I, №№ 64—68. Примѣчаніе къ 42 ст. относитъ къ вѣдомству одесскаго коммерческаго суда иски изъ договоровъ найма строеній, назна-

и т. д., 3) правоотношенія, возникающія при осуществленіи или прекращеніи торговыхъ предпріятій: возмѣщеніе убытковъ, причиненныхъ при эксплуатаціи предпріятій, наприм., при кораблекрушеніи или столкновеніи судовъ (ст. 42, п. 5), и 4) сдѣлки, являющіяся придаточными по отношенію къ торговымъ и потому становящіяся торговыми въ силу приращенія. Сюда относятся сдѣлки по обезпеченію торговыхъ обязательствъ: поручительство за кредитоспособность другого лица и по всякой торговой сдѣлкѣ [1]), неустоечная запись, закладъ товара или цѣнныхъ бумагъ въ обезпеченіе обязательства изъ торговой сдѣлки (ст. 42, п. 5: бодмерея), страхованіе при перевозкѣ морской (ст. 42, п. 5), но не сухопутной [2]).

Таковы, по смыслу нашего дѣйствующаго законодательства, сдѣлки и правоотношенія, входящія въ составъ „торговаго оборота".

Но не всѣ иски, возникающіе изъ нихъ, подвѣдомственны коммерческимъ судамъ. Четыре изъятія установлены закономъ. Первое обусловлено цѣною исковъ: дѣла на сумму менѣе ста пятидесяти рублей не подвѣдомственны коммерческимъ судамъ (ст. 43, п. 2). Второе изъятіе касается торговли въ спеціально для этого отведенныхъ мѣстахъ (въ лавкахъ, на рынкахъ и ярмаркахъ). Именно, споры по покупкѣ и продажѣ товаровъ въ этихъ мѣстахъ за наличный расчетъ подлежатъ вѣдѣнію обыкновенныхъ судовъ—окружныхъ, мировыхъ, городскихъ и т. д., въ зависимости отъ цѣны иска и другихъ обстоятельствъ (ст. 43, п. 1). Точно такъ же не подлежатъ разбору коммерческихъ судовъ споры ремесленниковъ между собою и съ заказчиками относительно платы за личный трудъ, при томъ условіи, если не было

ченныхъ для торговли (магазиновъ, амбаровъ и т. п.). Сенатъ истолковалъ это правило въ томъ смыслѣ, что въ Одессѣ коммерческому суду подвѣдомственны всѣ иски, вытекающіе изъ найма означенныхъ помѣщеній, какъ предъявляемые хозяевами помѣщеній къ нанимателямъ, такъ и наоборотъ, между тѣмъ какъ въ столицахъ вѣдомство коммерческихъ судовъ простирается, по общему правилу, только на первую категорію исковъ вслѣдствіе того, что во второй категоріи отвѣтчикомъ является лицо, для котораго наемъ помѣщенія не представляется торговой сдѣлкой. (Добровольскій, I, №№ 64—68, 108—111.)

[1]) Добровольскій, I, №№ 17—19, 21.

[2]) Сух. 1901 №№ 1921 и 2239 (Добровольскій, I, № 123).

ии поставки матеріала со стороны ремонтнаго, ни оцѣночныя (ст. 43, п. 1). Наконецъ, четвертое изъятіе сдѣлано для нѣкоторыхъ желѣзнодорожныхъ дѣлъ, именно для исковъ, вытекающихъ изъ перевозки пассажировъ, багажа и грузовъ: эти иски не подлежатъ вѣдѣнію коммерческихъ судовъ (прим. къ 123 ст. уст. жел. дор.) [1].

II. Вторую категорію дѣлъ, подлежащихъ коммерческимъ судамъ, составляютъ вексельныя дѣла на сумму свыше 500 рублей (ст. 40, п. 3; 41, п. 5), т.-е., иски, основанные на векселяхъ, такъ какъ особенности вексельнаго процесса обусловливаются тѣмъ значеніемъ, какое законъ придаетъ написаннымъ по установленной формѣ векселямъ. Поэтому коммерческимъ судамъ подлежатъ взысканія по векселямъ какъ съ векселедателей, такъ и съ надписателей (ст. 157), и поручителей [2], все равно, были ли векселя протестованы, или нѣтъ [3], выданы ли они въ Россіи, или за границей [4], и, наоборотъ, не подвѣдомственны иски, хотя и касающіеся векселей, но не основанные на нихъ, каковы, напр., иски по распискѣ о разсрочкѣ платежа по векселю [5], о взысканіи вексельнаго долга съ поручителя по отдѣльно совершенному обязательству [6], и т. д.

III. Наконецъ, коммерческимъ судамъ подвѣдомственны дѣла о несостоятельности торговой, т.-е., неоплатности долговъ, явившейся результатомъ торговыхъ операцій лица, взявшаго купеческое или промысловое свидѣтельство (ст. 386) [7].

---

[1] Первоначально сенатъ считалъ подвѣдомственными обыкновеннымъ судамъ всѣ дѣла, въ которыхъ одною изъ сторонъ является управленіе какой-либо желѣзной дороги, но затѣмъ правильно разъяснилъ, что прим. къ 125 ст. уст. жел. дор. имѣетъ въ виду только иски, указанные въ 125—130 ст. этого устава. Добровольскій, I, № 14.

[2] 90 № 523 (Добровольскій, I, № 22). Гражд. 1876 № 403.

[3] 90 № 72 (Добровольскій, I, № 78). Гражд. 1867 № 50; 1868 № 289 и 540.

[4] 97 № 440 (Добровольскій, I, № 83).

[5] 76 № 1712 (Носенко, II, № 512).

[6] Ст. 1560 т. X ч. I Св. зак. Добровольскій, I, § 23.

[7] Исаченко. Русское гражд. судопр., II, § 263.

§ 57.

Вѣдомство волостныхъ судовъ [1]).

Предѣлы вѣдомства волостныхъ судовъ не вездѣ одинаковы. Въ этомъ отношеніи различаются: 1) мѣстности, гдѣ институтъ земскихъ начальниковъ не введенъ, 2) мѣстности, гдѣ онъ введенъ, и 3) прибалтійскія губерніи.

I. Въ тѣхъ мѣстностяхъ, гдѣ земскіе начальники не введены, вѣдомству волостныхъ судовъ подлежатъ:

1) иски цѣною до 100 руб., между крестьянами, вытекающіе изъ обязательствъ или касающіеся правъ на имущества, какъ движимыя, такъ и недвижимыя, въ предѣлахъ крестьянскаго надѣла (общее полож. о крест., ст. 159), а также иски о возстановленіи нарушеннаго владѣнія (о. с. 1901 № 12);

2) иски цѣною свыше 100 руб., иски между крестьянами и лицами другихъ сословій, а также иски относительно правъ на недвижимость внѣ надѣла, — при условіи, если отвѣтчикъ не потребуетъ, чтобы дѣло разсматривалось общими судами (тамъ же, ст. 160);

3) всѣ иски безъ ограниченія цѣны, какъ между крестьянами, такъ и между крестьянами и лицами другихъ сословій, при томъ условіи, если стороны согласились передать ихъ на разрѣшеніе волостного суда (ст. 161). Согласіе сторонъ должно быть подтверждено ими въ засѣданіи и занесено въ протоколъ (прим. 2 къ 161 ст.).

Всѣ эти иски подвѣдомственны волостному суду и въ томъ случаѣ, когда одною изъ сторонъ является цѣлое крестьянское общество (о. с. 1907 № 2); но иски между сельскими обществами разсматриваются общими судами (о. с. 1907 № 2, 1903 № 4).

II. Въ мѣстностяхъ, гдѣ существуютъ земскіе начальники [2]),

---

[1]) Малышевъ, I, § 28; Исаченко. Коммент., I, 3 и сл.; Волжинъ. Подсудность гражд. дѣлъ волостному суду по 15 ст. врем. прав. о вол. судѣ (Журн. Юрид. Общ. 1897 № 10); Чихачевъ. Споры о надѣльной землѣ и дѣла по наслѣдованію въ волостныхъ судахъ (Журн. М. Ю. 1904 № 4).

[2]) Постановленія закона по этому вопросу не отличаются точностью формулировки. Дружининъ. Крестьянскій судъ въ его послѣднемъ фазисѣ (Наблюд. 1892 № 3, 238 и сл.).

компетенція волостного суда гораздо шире. Она расширена въ двухъ направленіяхъ: въ отношеніи круга подлежащихъ имъ волостныхъ судомъ лицъ и въ отношеніи цѣны иска. Именно, волостнымъ судамъ въ означенныхъ мѣстностяхъ подсудственны:

1) всѣ иски между крестьянами, объ имуществѣ, входящемъ въ составъ крестьянскаго надѣла, независимо отъ ихъ цѣны (ст. 125, п. 1 общ. пол. о крест.);

2) дѣла по наслѣдованію и раздѣлу наслѣдства между крестьянами относительно наслѣдственнаго имущества, не входящаго въ составъ крестьянскаго надѣла, но стоящаго не болѣе 500 руб. (ст. 125, п. 4 б);

3) всякаго рода иски между крестьянами, мѣщанами, поселянами, ремесленниками и цеховыми, имѣющими постоянное жительство въ селеніяхъ, цѣной до 300 руб. [1]), за исключеніемъ исковъ о правѣ собственности или правѣ владѣнія недвижимостью, основанномъ на крѣпостномъ или нотаріальномъ актѣ (ст. 125, п. 2, прим. 1 къ ст. 77);

4) иски, указанные въ предыдущемъ пунктѣ, если они предъявляемы неподвѣдомственными волостному суду лицами къ подвѣдомственнымъ, которые согласятся на разрѣшеніе дѣлъ волостнымъ судомъ (п. 3 той же статьи).

Эти правила не распространяются на евреевъ въ западныхъ губерніяхъ (виленской, витебской, гродненской, ковенской, минской и могилевской) и на инородцевъ ставропольской губ. (прим. къ 125 ст.).

III. Волостнымъ судамъ въ прибалтійскихъ губерніяхъ подвѣдомственны слѣдующіе иски между членами волостныхъ обществъ: 1) личные—на сумму до ста руб., 2) вещные о движимыхъ вещахъ—на такую же сумму, 3) владѣльческіе—относительно имущества, находящагося въ предѣлахъ волости, въ теченіе одного года со времени нарушенія владѣнія и 4) о возстановленіи нарушеннаго пользованія сервитутами въ предѣлахъ волости—тоже въ теченіе года (ст. 7 волости. суд. уст. прибалт. губ.). Кромѣ того, эти же иски между лицами, не состоящими чле-

[1]) *Въ томъ числѣ и по вексе́лямъ* (о. с. 96 № 49).

нами волостныхъ обществъ, а также между дворянами, чиновниками, священно- и церковно-служителями, почетными гражданами и купцами могутъ быть разбираемы волостными судами по взаимному согласію сторонъ (тамъ же, ст. 8).

§ 58.

Вѣдомство смѣшанныхъ присутствій [1]).

Для разбора исковъ о вознагражденіи за убытки, причиненные частнымъ лицамъ неправильными дѣйствіями чиновъ администраціи, образуются въ составѣ общихъ судебныхъ учрежденій смѣшанныя присутствія изъ судей и представителей различныхъ вѣдомствъ. Необходимость изъятія этихъ дѣлъ изъ вѣдѣнія обыкновенныхъ судовъ и передачи ихъ въ такія смѣшанныя коллегіи мотивируется составителями судебныхъ уставовъ тѣмъ, что судьи, дѣятельность которыхъ состоитъ въ примѣненіи точныхъ и опредѣленныхъ нормъ права къ отдѣльнымъ случаямъ жизни, „не въ состояніи взвѣсить всѣ отношенія и мотивы, по коимъ дѣйствуетъ администрація“, руководствующаяся соображеніями цѣлесообразности, и не могутъ самостоятельно опредѣлить, правильно или неправильно поступилъ въ томъ или иномъ случаѣ чиновникъ администраціи, вслѣдствіе чего нужно усилить составъ суда чинами администраціи, „чтобы обсужденіе распоряженія административнаго лица могло происходить и съ полнымъ безпристрастіемъ при уравнительномъ участіи элементовъ судебнаго и административнаго, и съ полнымъ знаніемъ свойства сдѣланнаго административнымъ лицомъ распоряженія“ (объясн. къ 1322 ст. уст. гражд. суд.).

Предѣлы вѣдомства смѣшанныхъ присутствій очерчиваются слѣдующими условіями (ст. 1316 и 1330[1]).

1. Предметомъ иска должно быть вознагражденіе за убытки.

2. Отвѣтчиками могутъ быть только должностныя лица административнаго вѣдомства, къ числу которыхъ относятся и служащіе

---

[1]) Лазаревскій. Отвѣтственность за убытки, причиненные должностными лицами, 1905.

по выборамъ въ общественныхъ и сословныхъ учрежденіяхъ (городскихъ, земскихъ и дворянскихъ (ст. 1330[1]), но не сельскихъ (ст. 1330[2]) [1]).

3. Дѣйствія должностного лица, подавшія поводъ къ искУ, не должны принадлежать къ числу преступленій по службѣ, влекущихъ за собою уголовное преслѣдованіе, а должны быть просто „неправильными".

Ст. 1316 говоритъ о „нерадѣніи, несмотрительности и медленности должностного лица". Медленность и нерадѣніе предусмотрѣны уложеніемъ о наказаніяхъ и влекутъ за собой дисциплинарныя наказанія (ст. 410), а въ особо важныхъ случаяхъ и преданіе суду (ст. 411). Но о несмотрительности уложеніе умалчиваетъ. Изъ сопоставленія 1316 ст. съ указанными статьями уложенія и со ст. 1070 уст. гр. суд. („взысканіе съ должностныхъ лицъ вознагражденія за вредъ и убытки, приписываемые преступнымъ ихъ дѣйствіямъ по должности, совершеннымъ вслѣдствіе корыстныхъ или иныхъ личныхъ видовъ, производится не иначе, какъ по преданіи обвиняемыхъ суду въ порядкѣ, ниже сего постановленномъ"), а также со ст. 1068 которая говоритъ о *„неправильныхъ дѣйствіяхъ"*, *подлежащихъ наказанію въ* дисциплинарномъ порядкѣ,—изъ сопоставленія всѣхъ этихъ статей слѣдуетъ вывести, что ст. 1316 имѣетъ въ виду всякаго рода неправильныя дѣйствія должностныхъ лицъ, т.-е., служебныя нарушенія, не составляющія уголовно наказуемыхъ преступленій по должности [2]). Этотъ выводъ подтверждается 783 и 781 ст. уст. угол. суд., которыя даютъ право подсудимому, оправданному судомъ, взыскивать въ порядкѣ, установленномъ 1316 и сл. статьями, вознагражденіе съ должностныхъ лицъ, дѣйствовавшихъ „пристрастно, притѣснительно безъ законнаго повода и основанія, или же вообще недобросовѣстно".

4. Неправильность дѣйствій должностного лица, давшихъ поводъ къ предъявленію иска, не должна быть установлена его начальствомъ. Если же она уже установлена, то вторичное изслѣ-

---

[1]) Къ числу судебнаго вѣдомства иски предъявляются съ предварительнаго разрѣшенія судебныхъ палатъ или сената, которые назначаютъ тотъ окружный судъ, гдѣ долженъ быть предъявленъ искъ (ст. 1330 и сл. уст. гр. суд.).

[2]) Лазаревскій, 423. О. с. 1903 № 80, 1904 № 67, 1885 № 27.

дованіе ея въ смѣшанномъ присутствіи представляется излишнимъ, и потерпѣвшее убытки лицо можетъ отыскивать ихъ въ гражданскомъ судѣ по общимъ правиламъ (о. с. 1908 № 26, 1903 № 26) [1].

5. Истцами могутъ быть частныя лица, не связанныя съ отвѣтчиками служебными отношеніями. Напротивъ, должны быть предъявляемы по общимъ правиламъ подвѣдомственности иски правительственныхъ или общественныхъ учрежденій къ подчиненнымъ имъ должностнымъ лицамъ (90 № 84), а также иски подчиненныхъ къ начальникамъ, дѣйствія которыхъ признаны неправильными высшимъ начальствомъ (о. с. 1908 г. 26) [2].

6. Для предъявленія этихъ исковъ установлены краткіе сроки: трехмѣсячный, считая со времени объявленія истцу распоряженія должностного лица, признаваемаго имъ неправильнымъ, и шестимѣсячный—со времени приведенія этого распоряженія въ дѣйствіе, если оно было исполнено безъ предварительнаго объявле-

---

[1] Сопоставленіе изложенныхъ на стр. 494 и 495 правилъ подвѣдомственности исковъ къ должностнымъ лицамъ о вознагражденіи за причиненные ихъ дѣйствіями убытки приводитъ къ слѣдующимъ положеніямъ: 1) если убытки причинены преступными, уголовно наказуемыми дѣйствіями должностныхъ лицъ, то искъ можетъ быть предъявленъ, по желанію потерпѣвшаго, либо въ уголовномъ, либо въ гражданскомъ судѣ по общимъ правиламъ подвѣдомственности; 2) если дѣйствія должностного лица не подлежатъ уголовному преслѣдованію, а являются просто неправильными, то различаются три случая: *а*, убытки, по спеціальному предписанію закона, подлежатъ возмѣщенію изъ особо назначенныхъ суммъ,—тогда они возмѣщаются въ административномъ порядкѣ; *б*, начальство должностного лица уже признало дѣйствія его, причинившія убытокъ, неправильными,—тогда потерпѣвшій убытки можетъ предъявить искъ въ гражданскомъ судѣ по общимъ правиламъ подвѣдомственности; *в*, неправильность дѣйствій должностного лица еще не установлена начальствомъ,—тогда искъ потерпѣвшаго подлежитъ вѣдомству смѣшаннаго присутствія.

[2] Въ текстѣ закона прямо не сказано, кто можетъ предъявлять иски объ убыткахъ къ должностнымъ лицамъ. Но изъ выраженія статьи 1318: „срокъ на предъявленіе иска полагается трехмѣсячный со дня объявленія *просителю* распоряженія, признаваемаго имъ нарушающимъ *его права*, или шестимѣсячный со дня приведенія такого распоряженія въ дѣйствіе", видно, что законъ имѣетъ въ виду нарушеніе правъ частныхъ лицъ распоряженіями должностныхъ лицъ, потому что терминъ „проситель" не былъ бы употребленъ по отношенію къ должностнымъ лицамъ, потерпѣвшимъ убытки отъ своихъ начальниковъ или подчиненныхъ. Этотъ выводъ подтверждается объясненіями къ 1322 ст. устава, гдѣ говорится: „только при установленіи означеннаго порядка можно надѣяться, что *частныя лица* будутъ ограждены отъ нарушенія ихъ гражданскихъ правъ, а административныя власти будутъ дѣйствовать въ предѣлахъ законности".

нія (ст. 1318). По истеченіи этихъ сроковъ право иска къ должностнымъ лицамъ утрачивается (о. с. 1908 № 22).

При наличности изложенныхъ условій иски объ убыткахъ разсматриваются: 1, въ особыхъ смѣшанныхъ присутствіяхъ окружныхъ судовъ [1])—противъ должностныхъ лицъ до 9 класса включительно; 2, въ особыхъ присутствіяхъ палатъ [2])—противъ должностныхъ лицъ, занимающихъ должности отъ 8 до 5 класса включительно, а также противъ уѣздныхъ предводителей дворянства, городскихъ головъ, предсѣдателей и членовъ городскихъ и земскихъ управъ, и 3, въ соединенномъ присутствіи гражданскаго кассаціоннаго департамента съ первымъ департаментомъ сената—противъ должностныхъ лицъ выше 5 класса и губернскихъ предводителей дворянства (ст. 1317, 1320—1322, 1330[1], 1330[2-4] уст. гражд. суд.).

---

[1]) Присутствія окружнаго суда образуются, подъ предсѣдательствомъ предсѣдателя суда, изъ вице-губернатора, двухъ членовъ суда и двухъ членовъ изъ чиновъ мѣстныхъ управленій. Отъ мѣстныхъ управленій приглашаются въ составъ сего присутствія: или 1) начальникъ отдѣленія казенной палаты и состоящіе въ управленіи государственными имуществами въ губерніи чиновникъ особыхъ порученій или лѣсной ревизоръ, по усмотрѣнію управляющаго, или же 2) старшій изъ сихъ лицъ, по службѣ, и ближайшій начальникъ того управленія, къ которому принадлежитъ отвѣтчикъ (ст. 1320). Если отвѣтчикъ служитъ по выборамъ, то въ присутствіе приглашаются, вмѣсто чиновъ казеннаго управленія, мѣстные уѣздный предводитель дворянства (а гдѣ дворянскаго представительства нѣтъ, — предсѣдатель губернской земской управы) и товарищъ городского головы или членъ городской управы, назначенный думой для исполненія его обязанностей (ст. 1330[2]).

[2]) Присутствіе палаты составляется, подъ предсѣдательствомъ старшаго предсѣдателя палаты, изъ мѣстнаго губернатора, двухъ членовъ судебной палаты, управляющаго казенною палатою и управляющаго государственными имуществами, или же старшаго изъ сихъ послѣднихъ по службѣ и ближайшаго начальника того управленія, къ которому принадлежитъ отвѣтчикъ (ст. 1321). Если отвѣтчикъ состоитъ на службѣ по выборамъ, то въ присутствія приглашаются, вмѣсто чиновъ казеннаго управленія: губернскій предводитель дворянства и городской голова того города, гдѣ палата находится (ст. 1330[2]). Въ случаѣ предъявленія иска противъ головы того города, въ которомъ находится судебная палата, мѣсто его въ особомъ присутствіи занимаетъ членъ городской управы, назначенный для временнаго исполненія его обязанностей, или товарищъ головы (ст. 1330[4]). Въ составъ особаго присутствія одесской судебной палаты приглашается одесскій уѣздный предводитель дворянства, а въ случаѣ предъявленія иска противъ него—избранный отъ одесскаго уѣзда депутатъ дворянства или старшій по балламъ засѣдатель мѣстной дворянской опеки (ст. 1330[4]).

§ 59.

Вѣдомство мировыхъ судовъ [1]).

Предѣлы вѣдомства мировыхъ судебныхъ учрежденій опредѣлены уставомъ двояко: съ положительной стороны—въ 29 статьѣ, указывающей, какіе дѣла и иски подлежатъ ихъ компетенціи, и съ отрицательной—въ 31 ст., которая перечисляетъ иски, изъятые изъ ихъ компетенціи. При этомъ, однако, нѣкоторыя категоріи исковъ не упомянуты ни въ той, ни въ другой статьѣ. Не будь въ уставѣ 31-й статьи, всѣ иски, отсутствующіе въ ст. 29, нужно было бы считать подвѣдомственными окружнымъ судамъ, согласно 202 статьѣ, по которой „окружнымъ судамъ подсудны всѣ иски, не подлежащіе вѣдомству мировыхъ судей". Но при наличности 31 статьи, прямо перечисляющей иски, которые *не* подлежатъ вѣдомству мировыхъ судей, вопросъ о подвѣдомственности непредусмотрѣнныхъ въ 29 статьѣ исковъ рѣшается не такъ просто. Чтобы разграничить вѣдомство окружныхъ и мировыхъ судовъ, недостаточно истолковать 29 статью, а необходимо сопоставить ее съ 31 и затѣмъ, непредусмотрѣнные ни въ той, ни въ другой иски подвести, по аналогіи, подъ одну изъ нихъ, руководствуясь ихъ сходствомъ по существу съ тѣми исками, которые предусмотрѣны въ законѣ. Тогда иски, однородные съ указанными въ 29 статьѣ, войдутъ въ число подвѣдомственныхъ мировымъ судамъ, а однородные съ перечисленными въ 31 статьѣ будутъ включены въ компетенцію окружныхъ судовъ.

Такъ, первый пунктъ 29 статьи относитъ къ вѣдомству мировыхъ судовъ „иски по личнымъ обязательствамъ и договорамъ цѣною не свыше 500 рублей", противопоставляя „личныя обязательства" „договорамъ". Это дѣленіе соотвѣтствуетъ тому, которое установлено въ гражданскихъ законахъ (I ч. X т.), гдѣ различаются обязательства по договорамъ на имущества и обязательства личныя по договорамъ, при чемъ ко вторымъ причислены обязательства по договорамъ личнаго найма

[1]) Малышевъ, I, § 26. Анненковъ, I, 25 исл. Исаченко, I, 50 исл.

и довѣренности. Нѣтъ никакого сомнѣнія, что составители судебныхъ уставовъ позаимствовали въ данномъ случаѣ терминологію изъ гражданскихъ законовъ, и что въ 1 пунктѣ 29 статьи подъ исками по личнымъ обязательствамъ и договорамъ имѣютъ въ виду иски, вытекающіе изъ всѣхъ обязательствъ по договорамъ, какъ личныхъ, такъ и имущественныхъ [1]). Но обязательства возникаютъ не только изъ договоровъ, а и изъ правонарушеній, изъ односторонняхъ сдѣлокъ (завѣщаній), изъ неосновательнаго обогащенія, изъ брачныхъ и семейныхъ отношеній. Обязательства изъ правонарушеній предусмотрѣны во 2 пунктѣ 29 статьи; объ остальныхъ же ни въ 29, ни въ 31 ст. ничего не говорится. Но такъ какъ они однородны съ обязательствами по договорамъ, такъ какъ изъ нихъ вытекаютъ тоже личные, а не вещные иски, то, примѣняя къ нимъ по аналогіи первый пунктъ 29 статьи, нужно признать, что они тоже должны быть отнесены къ вѣдомству мировыхъ судовъ, если ихъ цѣна не превышаетъ 500 руб. Къ такому выводу пришли наши юристы и сенатъ, который призналъ подлежащими вѣдомству мировыхъ судовъ иски между супругами, родителями и дѣтьми о содержаніи (71 № 1232, 83 № 28, 95 № 44, 1904 № 112), о вознагражденіи за находку (69 № 73), о судебныхъ издержкахъ (69 № 1033, 71 № 183) и т. д. Неподвѣдомственны мировымъ судамъ только иски о личныхъ правахъ, вытекающихъ изъ брачныхъ и семейныхъ отношеній, такъ какъ они не подлежатъ денежной оцѣнкѣ и не могутъ быть подведены подъ категорію исковъ „на сумму менѣе 500 руб.“ (83 № 20, 1908 № 56). [2])

Другой существенный пробѣлъ въ 29 и 31 статьяхъ касается исковъ объ авторскомъ правѣ на литературныя, музыкальныя и художественныя произведенія, о правѣ на фирму, на отличительные знаки, на фабричные рисунки и модели. Всѣ эти иски по существу своему однородны съ предусмотрѣнными въ 4 пунктѣ 31 ст. „спорами о правѣ на открытія и изобрѣтенія“, такъ какъ всѣ они касаются одного и того же класса правъ—исключительныхъ, или на нематеріальные объекты. Такое мнѣніе высказалъ

---

[1]) Малышевъ, I, 145 - 146; Анненковъ, 48; Исаченко, 1, 31.

[2]) Исаченко, I, 61; Анненковъ, I, 47—48.

относительно исковъ объ авторскомъ правѣ и сенатъ (88 № 22) [1]). При этомъ сенатъ нашелъ что „по 217 ст., исключительному вѣдѣнію окружнаго суда подлежатъ не только иски о признаніи за истцомъ права литературной собственности, но вообще всѣ дѣла о нарушеніи этой собственности". Это невѣрно. Изъ авторскаго права могутъ вытекать не только абсолютные, вещные иски (о признаніи и возстановленіи авторскаго права), но и личные (объ уплатѣ издателемъ условленной суммы денегъ, о вознагражденіи за убытки, причиненные перепечаткой). Къ вѣдомству окружныхъ судовъ слѣдуетъ относить только абсолютные иски относительно авторскаго и прочихъ исключительныхъ правъ, потому что ближе всего они подходятъ къ вещнымъ искамъ о недвижимости, отнесеннымъ къ вѣдомству окружныхъ судовъ, и къ „спорамъ о привилегіяхъ на открытія и изобрѣтенія", тоже изъятымъ изъ вѣдѣнія мировыхъ судовъ. Но личные иски, вытекающіе изъ авторскаго и другихъ исключительныхъ правъ, и иски о вознагражденіи за нарушеніе этихъ правъ подходятъ подъ 1 и 2 пункты 29 ст., а потому ихъ слѣдуетъ признать подвѣдомственными мировымъ судамъ.

Далѣе, 1 пунктомъ 31 статьи изъемлются изъ мировой подсудности „иски о правѣ собственности и о правѣ на владѣніе недвижимостью, утвержденномъ на формальномъ актѣ". Въ этомъ правилѣ возбуждаетъ сомнѣніе вторая половина: что слѣдуетъ понимать подъ правомъ на владѣніе? Только вещное право на

---

[1]) Но сенатъ основывается не на аналогическомъ примѣненіи 4 пункта 31 ст., а на 217 ст., изъ которой такого вывода вовсе нельзя сдѣлать, такъ какъ она разграничиваетъ только *подсудность*, т.-е., пространственную компетенцію отдѣльныхъ окружныхъ судовъ, и не касается вѣдомства окружныхъ и мировыхъ судовъ. Она лишь предоставляетъ истцу на выборъ, предъявить ли искъ о нарушеніи авторскаго права по мѣсту жительства отвѣтчика, или по мѣсту нарушенія права. Но изъ того, что это правило не повторено въ отдѣлѣ о подсудности мировой, вовсе не слѣдуетъ, будто иски авторовъ на сумму до 500 руб. не могутъ подлежать разсмотрѣнію мировыхъ судовъ. Вѣдь и многія другія правила судопроизводства, въ томъ числѣ опредѣляющія подсудность (напр., ст. 208, 209, 210, 215 и др.), установлены только по отношенію къ окружнымъ судамъ, однако это не мѣшаетъ примѣненію ихъ мировыми судами, ибо, согласно 80 ст. устава, мировые суды обязаны руководствоваться правилами, установленными для общихъ судовъ, во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда для нихъ не преподаны особыя правила, и когда примѣненіе общихъ правилъ не противорѣчитъ особенностямъ мирового судопроизводства (92 № 73, 76 № 17, 72 № 254).

недвижимость (серпгутн, залогъ, право вѣчнаго владѣнія и пользованія и проч.) или также и право владѣнія, основанное на обязательственныхъ отношеніяхъ между собственникомъ недвижимости и посторонним лицомъ (по договору найма, аренды)?

Если принять во вниманіе, что по 1 пункту 29 статьи всѣ личные иски входятъ въ компетенцію мировыхъ судовъ, и что иски о правѣ на владѣніе недвижимостью, основанномъ на обязательственныхъ отношеніяхъ, являются исками личными, то нужно прійти къ заключенію, что они подвѣдомственны мировымъ судамъ, и что подъ „исками о правѣ на владѣніе, основанномъ на формальныхъ актахъ", законъ разумѣетъ только иски вещные. Правильность такого вывода подтверждается, во-1-хъ, объясненіями къ 4 пункту 29 ст., гдѣ сказано, что „изъ дѣлъ, касающихся непосредственно [1]) недвижимыхъ имѣній, мировымъ судьямъ могутъ быть предоставлены, по закону, только споры о завладѣніи имуществомъ и о другихъ нарушеніяхъ права законнаго владѣнія... съ тѣмъ, чтобы они, *не входя въ разсмотрѣніе вопроса о самомъ правѣ на владѣніе*, только удостовѣрялись, въ чьемъ владѣніи и въ какомъ состояніи находился спорный предметъ".

Употребляя выраженіе „дѣла, касающіяся непосредственно недвижимаго имущества", составители устава, несомнѣнно, имѣли въ виду иски о вещныхъ правахъ на недвижимость, потому что у вещныхъ правъ непосредственнымъ объектомъ является имущество. У обязательственныхъ же между вещью и обладателемъ права находится непосредственный объектъ — дѣйствіе другого лица, а имущество—только дальнѣйшій, посредственный объектъ [2]). Такъ, собственникъ имѣетъ право на вещь, а наниматель—только право требовать отъ хозяина, чтобы онъ передалъ ему вещь во владѣніе и не препятствовалъ пользоваться ею. Во-2-хъ, совершеніе формальныхъ (крѣпостныхъ) актовъ требуется только для вещныхъ правъ на недвижимость (ст. 66 нотар. положж.); обязательственныя же права по имуществамъ могутъ

---

[1]) Въ текстѣ сказано: „по непосредственно", но это очевидная опечатка, такъ какъ всѣдъ затѣмъ рѣчь идетъ о завладѣніи имуществомъ и другихъ нарушеніяхъ владѣнія имъ, а это касается непосредственно имущества.

[2]) См. мой учебникъ гражд. права, вып. 2, § 1.

быть устанавливаемы и доказываемы домашними актами и даже нерѣдко словесными договорами. Въ 3-хъ, въ объясненіяхъ къ 228 ст. составители устава проводятъ „различіе между исками личными и исками о недвижимыхъ имуществахъ", понимая подъ вторыми, очевидно, вещные иски.

Такова и практика сената, признавшаго неподвѣдомственными мировымъ судамъ иски о правѣ пожизненнаго владѣнія (73 № 1440), правѣ безсрочнаго пользованія (79 № 226, 78 № 241), чиншевомъ правѣ (77 №№ 109, 111, 114—119), сервитутахъ (90 № 106). Наоборотъ, иски о недвижимости, вытекающіе изъ обязательственныхъ отношеній, правильно отнесены сенатомъ къ вѣдомству мировыхъ судовъ (1880 № 300, 75 № 914). По аналогичнымъ соображеніямъ слѣдуетъ признать, что иски о залоговомъ правѣ (о признаніи его дѣйствительности или недѣйствительности, опредѣленіи объема, и т. д.) относительно недвижимаго имущества подвѣдомственны окружнымъ судамъ (87 № 34, 92 № 54), а иски о взысканіи долга по закладнымъ, какъ требованія личныя, подлежатъ компетенціи мировыхъ судей, если, разумѣется, не превышаютъ 500 р. (75 № 508, 86 № 25).

По восполненіи такимъ образомъ пробѣловъ въ 29 и 31 статьяхъ, можно съ точностью установить кругъ дѣлъ, подвѣдомственныхъ мировымъ судамъ. Группируя эти дѣла, нетрудно замѣтить, что они распадаются на двѣ категоріи: одна всегда и обязательно подлежитъ вѣдомству мировыхъ судовъ, другая—только при наличности нѣкоторыхъ дополнительныхъ условій. Такимъ образомъ, слѣдуетъ различать *обязательную*, или *безусловную*, подвѣдомственность и *необязательную*, или *условную*.

I. Обязательная подвѣдомственность распространяется, во-1-хъ, на иски о личныхъ обидахъ и оскорбленіяхъ (п. 3 ст. 29). Размѣръ вознагражденія (такъ наз. „безчестье") не можетъ превышать 50 руб. (ст. 667 гр. зак.). Это вознагражденіе установлено закономъ въ видѣ возмѣщенія за причиненный оскорбленіемъ нравственный ущербъ достоинству и чести обиженнаго лица. Что же касается матеріальныхъ убытковъ, которые иногда бываютъ результатомъ такого оскорбленія, въ частности клеветы (ст. 670 гр. зак.), то они могутъ быть взыскиваемы по общимъ правиламъ, т.-е., иски о нихъ подлежатъ вѣ-

домству общихъ или мировыхъ судовъ, въ зависимости отъ своей цѣны [1]).

Во-2-хъ, въ мировыхъ судахъ должны быть предъявляемы иски о вознагражденіи за убытки, размѣръ которыхъ не можетъ быть напередъ извѣстенъ даже приблизительно (п. 2 ст. 29).

Въ-3-хъ, кромѣ исковыхъ дѣлъ, указанныхъ выше, мировымъ судьямъ подвѣдомственны просьбы объ обезпеченіи доказательствъ по дѣламъ, подлежащимъ разсмотрѣнію въ мировыхъ (п. 6 ст. 29) и коммерческихъ судахъ (1902 № 73). По остальнымъ дѣламъ, отнесеннымъ къ компетенціи окружныхъ судовъ, онѣ могутъ быть заявляемы какъ мировымъ судьямъ, такъ и окружнымъ судамъ (ст. 369') [2]).

II. Условная подвѣдомственность бываетъ трояkаго рода: А) въ зависимости отъ времени предъявленія иска, Б) въ зависимости отъ цѣны иска и В) въ зависимости отъ соглашенія тяжущихся.

А. Временемъ предъявленія опредѣляется подвѣдомственность: 1) *искомъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія* и 2) *искомъ о правѣ участія частнаго.*

1. Иски о возстановленіи нарушеннаго владѣнія подлежатъ вѣдомству мировыхъ судей, если предъявляются не позже шести мѣсяцевъ со времени нарушенія (п. 4 ст. 29).

Самъ законъ не опредѣляетъ, что собственно слѣдуетъ понимать подъ этими исками. Но изъ сопоставленія 1 пункта 31 ст. устава, изъемлющей изъ вѣдомства мировыхъ судей иски о правѣ собственности на недвижимое имущество и на владѣніе недвижимостью, основанномъ на формальномъ актѣ, со ст. 73, воспрещающей мировому судьѣ входить, при разрѣшеніи дѣлъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія, въ разсмотрѣніе документовъ, доказывающихъ право собственности на спорное имущество, слѣдуетъ, что законъ имѣетъ въ виду владѣльческіе, или поссессорные, иски. Это подтверждается объясненіями къ 4 пункту 29 ст., гдѣ говорится: „мировой судья, въ дѣлахъ сего рода, не входя въ разсмотрѣніе самаго права на владѣніе, долженъ ограничиться

---

[1]) Анненковъ, I, 49—50.

[2]) Исаченко, I, 70—71. Въ прибалтійскихъ губерніяхъ къ вѣдомству мировыхъ судей относятся еще иски о предъявленіи для осмотра движимыхъ вещей и просьбы объ обезпеченіи будущихъ исковъ (ст. 1806, п. 3 и 4 уст. гражд. суд.).

возвращеніемъ имущества тому, въ чьемъ владѣніи оно состояло до нарушенія".

Владѣльческіе иски могутъ быть направлены либо на возвращеніе владѣнія (interdicta recuperandae possessionis), либо на устраненіе нарушенія владѣнія (inderdicta retinendae possessionis), смотря по тому, отнялъ ли отвѣтчикъ у истца владѣніе совсѣмъ (напр., занявъ и отгородивъ его участокъ земли), или же только нарушилъ владѣніе истца, напр., устроилъ улей въ его лѣсу (75 № 757), примкнулъ плотину къ его берегу (79 № 3012) [1].

Особый видъ владѣльческихъ исковъ составляютъ иски о возстановленіи нарушенныхъ земельныхъ границъ генеральнаго межеванія: судья обязанъ въ этихъ случаяхъ возстановлять границы исключительно на основаніи межевыхъ плановъ и книгъ (ст. 11 прил. 1 къ 1400 ст.).

По истеченіи шести мѣсяцевъ иски о возстановленіи нарушеннаго владѣнія становятся подвѣдомственными окружнымъ судамъ (ст. 212, 213, 1312) [2], которые, въ отличіе мировыхъ, имѣютъ право входить въ разсмотрѣніе документовъ, удостовѣряющихъ права отвѣтчика на владѣніе спорнымъ имуществомъ, такъ какъ правило 73 статьи не повторено въ отдѣлѣ устава, посвященномъ производству въ окружныхъ судахъ (84 № 44). Вслѣдствіе этого владѣльческій процессъ утрачиваетъ въ окружномъ судѣ свой специфическій характеръ спора о фактѣ и соединяется со споромъ о правѣ вопреки самому существу владѣльческаго процесса, не допускающему такого соединенія (possessorium cum petitorio non cumulatur) [3].

2. Иски о правѣ участія частнаго подвѣдомственны мировому суду въ теченіе одного года со времени послѣдовавшаго нару-

---

[1] Что подъ искомъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія нужно понимать оба эти иска, это подтверждается какъ объясненіями къ 4 пункту 29 статьи, въ которыхъ говорится, что мировымъ судьямъ должны быть подвѣдомственны „споры о завладѣніи имуществомъ и о другихъ нарушеніяхъ законнаго владѣнія", такъ и статьей 1310, различающей среди дѣлъ казенныхъ управленій „иски" о „завладѣніи недвижимымъ имуществомъ" и о „нарушеніяхъ владѣнія" имъ (92 № 18).

[2] Эти статьи прямо указываютъ на подвѣдомственность владѣльческихъ исковъ окружнымъ судамъ, опровергая противоположное мнѣніе Малышева (I, 154) и составителей объяснительной записки къ проекту новой редакціи уст. гр. суд. (II—III, 31—33).

[3] См. мой Учебникъ гражд. права, вып. 2, § 3.

шенія этого права отвѣтчикомъ (п. 5 ст. 29). По прошествіи этого срока они переходятъ въ вѣдомство окружныхъ судовъ.

Подъ исками о правѣ участія частнаго слѣдуетъ понимать, согласно сдѣланной въ 5 пунктѣ 29 ст. ссылкѣ на 442, 445—451 ст. гражд. зак., иски, вытекающіе изъ сервитутнаго права, или изъ законныхъ ограниченій права собственности (легальныхъ сервитутовъ). Таковы, напр., иски объ уничтоженіи запруды, устроенной сосѣдомъ, владѣющимъ землей у верхняго теченія рѣки (п. 1 ст. 442 гр. зак.), о задѣлкѣ оконъ, сдѣланныхъ сосѣднимъ домовладѣльцемъ въ стѣнѣ своего дома, находящейся на границѣ владѣній истца (ст. 446, 99 № 74), о возстановленіи права проѣзда черезъ землю сосѣда на отхожіе промыслы (ст. 448) [1]).

По аналогіи слѣдуетъ отнести къ мировой подсудности и другіе иски о нарушеніи ограниченій права собственности, хотя и не предусмотрѣнныхъ въ 442, 445—451 статьяхъ гражд. законовъ, но по существу сходныхъ съ предусмотрѣннымп, каковы, напр., пристройка кузницы къ стѣнѣ дома (74 № 673), ограниченія права собственности, установленныя въ положеніи о крестьянахъ (73 № 508), и т. д.

Напротивъ, искъ собственника или вообще владѣльца имущества объ устраненіи ограниченія его права собственности постороннимъ сосѣдомъ, неправильно присвоившимъ себѣ легальный сервитутъ (напр., право прохода или проѣзда черезъ землю истца), является не искомъ о правѣ участія частнаго, а искомъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія или объ устраненіи нарушенія права собственности (actio negatoria). Другими словами,

---

[1]) Такъ какъ въ ст. 29 сдѣлана ссылка на 450 и 451 ст. гражд. зак., гдѣ рѣчь идетъ о правѣ смежнаго поземельнаго владѣльца требовать отвода ему дороги черезъ землю сосѣда, то, значитъ, къ искамъ о правѣ участія частнаго законъ относитъ и искъ объ установленіи сервитута проѣзда. Но эти иски возникаютъ не изъ нарушенія права участія частнаго, которое до рѣшенія суда объ установленіи сервитута еще не существуетъ. А между тѣмъ 5 пунктъ 29 ст. ограничиваетъ возможность предъявленія всѣхъ такихъ исковъ въ мировыхъ судахъ годичнымъ срокомъ со времени нарушенія этого права. Какъ же быть? Анненковъ полагаетъ, что указанный срокъ къ искамъ объ отводѣ дорогъ совсѣмъ непримѣнимъ (I, 82). Но правильнѣе будетъ исчислять его съ того времени, когда создалось фактическое положеніе, дающее право владѣльцу требовать установленія сервитута въ чужомъ имуществѣ, ибо иски возникаютъ не только тогда, когда нарушается право, но и тогда, когда фактическое положеніе вещей вообще начинаетъ несоотвѣтствовать предписаніямъ права.

въ процессѣ о правѣ участія частнаго истцомъ можетъ быть лицо, требующее признанія такого права за собою въ чужомъ имуществѣ; владѣлецъ же этого имущества можетъ фигурировать только въ роли отвѣтчика (79 № 302, 304, 89 № 91, 99 № 74) [1]).

Иски о правѣ участія слѣдуетъ строго отличать отъ споровъ о правѣ участія общаго (ст. 434—441 гражд. зак.) и о правѣ угодій (ст. 452—466 гражд. зак.). Первые вовсе неподвѣдомственны судебнымъ учрежденіямъ, такъ какъ право участія общаго представляетъ собою ограниченіе права собственности частныхъ лицъ въ общественномъ интересѣ, а потому о соблюденіи его собственниками должна заботиться административная власть, принимая соотвѣтствующія мѣры и привлекая виновныхъ къ уголовной отвѣтственности (уст. о наказ., налаг. мир. суд., ст. 73 и сл.).

Такъ, неподвѣдомственны судебнымъ учрежденіямъ иски объ открытіи общей дороги (75 № 829), уничтоженіи запруды на сплавной рѣкѣ (78 № 20, 1906 № 39), о воспрещеніи запашки большой дороги (79 № 220) и т. п. [2]). Иски же о правѣ угодій, т.-е., о вещ-

---

[1]) Въ рѣшеніи 1899 г. № 74 сенатъ вовсе не отступилъ отъ этого взгляда, какъ думаетъ Псаченко (Основы, 116), а, напротивъ, подтвердилъ, что въ „искахъ о правѣ участія частнаго истецъ защищаетъ не фактъ владѣнія своимъ имѣніемъ, а принадлежащее ему право пользованія въ выгодахъ чужого имѣнія". Въ томъ, что собственникъ имѣнія, въ которомъ сосѣдъ незаконно присвоилъ себѣ право участія частнаго, лишенъ возможности предъявить искъ по 5 пункту 29 ст., нѣтъ, вопреки мнѣнію Псаченко (Основы, 116—117), ничего страннаго и несправедливаго, ибо этотъ собственникъ можетъ воспользоваться искомъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія (въ теченіе шести мѣсяцевъ у мирового судьи, а позже въ окружномъ судѣ) или негаторнымъ искомъ объ устраненіи нарушенія своего права собственности.

[2]) Въ нѣсколькихъ рѣшеніяхъ сенатъ высказалъ противоположный взглядъ, найдя подвѣдомственными судамъ иски о возстановленіи проселочной дороги, уничтоженной собственникомъ земли, черезъ которую она пролегала (70 № 414), и о признаніи за обществомъ крестьянъ права прохода и проѣзда по улицѣ села, являющейся частью большой дороги (86 № 9), на томъ основаніи, будто въ такихъ случаяхъ дѣло идетъ не о возстановленіи права участія общаго, а о защитѣ основаннаго на этомъ правѣ—частнаго права пользованія. Эту точку зрѣнія оправдываетъ Псаченко: „коль скоро право участія общаго установлено и существуетъ, вслѣдствіе чего пользованіе имъ является уже частнымъ правомъ каждаго, то почему нельзя требовать возстановленія этого права судебнымъ порядкомъ?.." (Основы, 120). Конечно, потому, что это право хотя и принадлежитъ частному лицу, но является не гражданскимъ, а публичнымъ правомъ и состоитъ въ возможности требовать отъ административной власти, чтобы она заставила собственника имущества, въ которомъ установлено легальное ограниченіе въ публичномъ интересѣ (напр., большая дорога, бечевникъ), соблюдать это ограниченіе, а посторонникъ лицъ—не нарушать его.

ныхъ правахъ на недвижимыя имущества, подлежатъ, въ силу 1 пункта ст. 31 уст., вѣдомству окружныхъ судовъ (90 № 166, 76 № 595).

Изъ споровъ, касающихся права участія общаго, судебнымъ учрежденіямъ подвѣдомственны только двѣ категоріи исковъ, именно, во-1-хъ, иски собственниковъ недвижимыхъ имуществъ, въ которыхъ установлены ограниченія въ публичномъ интересѣ (большая дорога, бечевникъ и проч.), къ посторонним лицамъ, превысившимъ предѣлы этихъ ограниченій. Такъ какъ собственникъ обязанъ терпѣть ограниченіе своего права только въ указанныхъ закономъ предѣлахъ, то если постороннее лицо преступитъ ихъ (если, напр., кто-либо, не довольствуясь проѣздомъ по большой дорогѣ, построитъ на ней зданіе или рельсы),—собственникъ можетъ предъявить къ нарушителю искъ о возстановленіи своего владѣнія или права собственности (83 № 101, 91 № 114 и 48). Во-2-хъ, если собственникъ имущества, въ которомъ установлено право участія общаго, или постороннее лицо помѣшаетъ кому-либо воспользоваться этимъ правомъ и причинитъ этимъ убытокъ, то требованіе о взысканіи такого убытка, а равнымъ образомъ и особой пени за задержаніе товара на путяхъ общаго пользованія (ст. 674 гражд. зак.) подлежитъ предъявленію въ гражданскомъ судѣ по общимъ правиламъ подвѣдомственности, такъ какъ относится къ числу исковъ, вытекающихъ изъ проступковъ (ст. 664 гражд. зак.), именно, изъ нарушенія правилъ о путяхъ сообщенія и бечевникахъ (1906 № 39).

Б. По цѣнѣ подвѣдомственны мировымъ судамъ всѣ личные иски и всѣ вещные иски о движимомъ имуществѣ (п. 1 и 2 ст. 29), кромѣ тѣхъ, въ которыхъ одною изъ тяжущихся сторонъ или обѣими являются казенныя управленія (п. 2 ст. 31). По исключенію къ вѣдомству мировыхъ судовъ отнесены: 1) иски о вознагражденіи за поврежденія имѣній вѣдомства министерства госуд. имуществъ; 2) дѣла управленій казенныхъ желѣзныхъ дорогъ (прим. 1 къ 1289 ст.); 3) иски о вознагражденіи за убытки и поврежденіе здоровья, причиненные вольнонаемнымъ мастеровымъ рабочимъ и служащимъ въ артиллерійскихъ заведеніяхъ военнаго вѣдомства, въ государственной и сенатской типографіяхъ, въ предпріятіяхъ фабрично-заводской, горной и горно-

заводской промышленности вѣдомства кабинета Его Величества и удѣловъ, въ казенныхъ предпріятіяхъ торговыхъ портовъ, въ адмиралтействахъ, заводахъ и техническихъ заведеніяхъ морского вѣдомства; 4) иски семействъ всѣхъ перечисленныхъ лицъ о вознагражденіи и о производствѣ пенсій (уст. о пром., ст. 156[20–24]; прим. 3 къ 1289 ст. уст. гражд. суд.), и 5) иски, вытекающіе изъ страхованія доходовъ и капиталовъ черезъ посредство государственныхъ сберегательныхъ кассъ (прим. 4 къ 1289 ст.).

Предѣльная цѣна иска, которою ограничивается компетенція мировыхъ судовъ,—500 руб. Въ Царствѣ Польскомъ она уменьшена до 300 руб., а въ Закавказьи, Черноморской губ., Архангельской губ., Сибири, въ областяхъ Сыръ-Дарьинской, Самаркандской, Ферганской, Семирѣченской, Закаспійской, Акмолинской, Семипалатинской, Уральской и Тургайской увеличена до 2 тысячъ, при чемъ до этой суммы подчинены вѣдомству мировыхъ судовъ и вещные иски о недвижимости, а иски по взысканіямъ въ упрощенномъ порядкѣ даже на всякую сумму (ст. 1462, 1489, 1481[1], 2099, 2100, 2122, 2125, 2126, 2151, 2153, 2154).

В. По соглашенію сторонъ на разрѣшеніе мировыхъ судей могутъ быть передаваемы иски между сельскими обывателями, подвѣдомственные ихъ сословнымъ судамъ (п. 3 ст. 31). Это соглашеніе можетъ быть какъ явнымъ, выраженнымъ въ формѣ договора, такъ и молчаливымъ, проявляющимся въ томъ, что истецъ предъявляетъ искъ у мирового судьи, а отвѣтчикъ вступаетъ въ дѣло, не заявляя отвода (77 № 88, 73 № 208).

§ 60.

Вѣдомство судебно-административныхъ учрежденій [1]).

Судебно-административныя учрежденія, замѣнившія во внутреннихъ губерніяхъ мировые суды, унаслѣдовали отъ нихъ всю

---

[1]) Гольмстенъ, 61—65; Азаревичъ, I, 234 и сл.; Загоровскій. Очерки гражданскаго судопроизводства въ новыхъ административно-судебныхъ и судебныхъ учрежденіяхъ, 1892, 25 и сл.; Асосковъ. О подсудности судебныхъ дѣлъ уѣзднымъ членамъ окружныхъ судовъ, зем. нач. и проч., 2 изд. 1905.

ихъ компетенціи въ гражданскихъ дѣлахъ, при чемъ часть этихъ дѣлъ приписана на долю земскихъ начальниковъ и городскихъ судей, а часть—на долю уѣздныхъ членовъ окружныхъ судовъ.

I. Изъ дѣлъ, входящихъ въ обыкновенную компетенцію мировыхъ судовъ, земскимъ начальникамъ и городскимъ судьямъ подвѣдомственны: 1) иски о личныхъ обидахъ и оскорбленіяхъ (ст. 20, п. 5 прав. о произв. суд. дѣлъ), и 2) просьбы объ обезпеченіи доказательствъ (ст. 20, п. 6). Кромѣ того, земскимъ начальникамъ предоставлено разрѣшеніе исковъ, предъявляемыхъ въ порядкѣ понудительнаго исполненія (ст. 141, 142 прав.).

Изъ условно подвѣдомственныхъ мировымъ судамъ выдѣлены земскимъ начальникамъ и городскимъ судьямъ: 1) иски о возстановленіи нарушеннаго владѣнія въ теченіе 6-тимѣсячнаго срока со времени нарушенія (ст. 20, п. 2); 2) иски по найму земельныхъ угодій, оброчныхъ и доходныхъ статей [1]), по личному найму на сельскохозяйственныя должности и работы, а также иски о потравахъ и другихъ поврежденіяхъ луговъ, полей и иныхъ угодій—на сумму не свыше 500 руб. (ст. 20, п. 1 и 3); 3) всѣ остальные личные иски—на сумму не свыше 300 руб. (ст. 20, п. 4).

4 пунктъ 20 статьи воспроизводитъ правило, изложенное въ 1 пунктѣ 29 ст. устава гражд. судопроизводства, но съ перестановкой словъ, именно вмѣсто „исковъ по личнымъ обязательствамъ и договорамъ“ сказано „иски по личнымъ договорамъ и обязательствамъ“. Эта перестановка не сдѣлана умышленно, съ цѣлью отнести къ вѣдомству земскихъ начальниковъ и городскихъ судей только иски по личнымъ договорамъ (довѣренности и личному найму) и изъять изъ ихъ компетенціи иски по имущественнымъ договорамъ. Это видно изъ того, что въ 48 статьѣ полож. о зем. нач. есть трехъ пунктовъ, буквально тождественныхъ съ тремя первыми пунктами 20 ст. правилъ о произв., говорилось: „всѣ прочіе иски на сумму не свыше 300 руб., означенные въ статьѣ 20 устава гражд. суд.“ [2]). Такъ какъ статья 20 правилъ издана не въ отмѣну, а лишь въ развитіе 48 статьи

[1]) Къ искамъ по найму угодій относятся и иски о вознагражденіи за убытки причиненные нарушеніемъ договора найма (1905 № 34).

[2]) Гольмстенъ, 63—64.

положенія, то она должна быть толкуема въ соотвѣтствіи съ 48 статьей положенія.

Подобныя перестановки словъ при воспроизведеніи постановленій устава гражданскаго судопроизводства постоянно встрѣчаются въ правилахъ производства у зем. нач. и являются чисто редакціонными, не всегда удачными измѣненіями [1]). Поэтому имъ нельзя придавать существеннаго значенія [2]).

Имѣя въ виду, что 4 пунктъ 20 статьи подчиняетъ компетенціи земскихъ начальниковъ и городскихъ судей всѣ личные иски, слѣдуетъ признать, что въ число этихъ исковъ входятъ также иски по договору найма недвижимостей какъ въ уѣздахъ, такъ и въ городахъ. Этотъ выводъ подтверждается 2 пунктомъ 141 ст. правилъ.

Однако для того, чтобы перечисленные иски подлежали вѣдомству земскихъ начальниковъ и городскихъ судей, необходимы еще три отрицательныхъ условія: 1) чтобы они не предъявлялись противъ лицъ, мѣсто жительства или пребыванія которыхъ неизвѣстно, или которые проживаютъ за границей; 2) чтобы эти иски не были подвѣдомственны волостному суду, или чтобы тяжущіеся согласились предоставить свое дѣло на разрѣшеніе земскаго начальника или городского судьи, и 3) чтобы ни одинъ изъ отвѣтчиковъ (если ихъ нѣсколько) не подлежалъ вѣдомству мирового судьи (ст. 21, п. 3, 5, ст. 22).

II. Уѣзднымъ членамъ окружныхъ судовъ подвѣдомственны возникающія въ уѣздахъ дѣла мировой компетенціи, за вычетомъ отнесенныхъ къ вѣдомству земскихъ начальниковъ и городскихъ судей (ст. 29 правилъ объ устройствѣ суд. части въ мѣстн., гдѣ введены зем. нач.), т.-е., значитъ: 1) иски о правѣ участія частнаго, если со времени нарушенія его прошло не болѣе года; 2) всѣ личные иски на сумму отъ 300 до 500 руб., 3) иски о вознагражденіи за убытки, количество которыхъ во время предъявленія иска неизвѣстно (п. 1, 2, 5 ст. 29 уст. гр. суд.; ст. 21, п. 6 прав. произв.); 4) иски, предъявляемые въ порядкѣ упрощеннаго судопроизводства, на всякую сумму (1 п. ст. 365[2] уст.).

---

[1]) Барздкій. Подсудность по имущественнымъ сдѣлкамъ и договорамъ (Право 1904 № 41).

[2]) Гольмстенъ, 64.

§ 61.

Вѣдомство гражданскихъ отдѣленій окружныхъ судовъ.

Всѣ иски, не подвѣдомственные ни особеннымъ судамъ, ни смѣшаннымъ присутствіямъ судебныхъ учрежденій, ни мировымъ и замѣнившимъ ихъ судебно-административнымъ учрежденіямъ, подлежатъ вѣдомству гражданскихъ отдѣленій окружныхъ судовъ.

Если преобразовать эту отрицательную формулировку въ положительную, то получится такое положеніе.

Обязательная подвѣдомственность гражданскимъ отдѣленіямъ окружныхъ судовъ обнимаетъ: 1) вещные и смѣшанные иски о недвижимомъ имуществѣ (п. 1 ст. 31); 2) абсолютные иски объ исключительныхъ правахъ (п. 4 ст. 31 по аналогіи); 3) иски о личныхъ правахъ, вытекающихъ изъ брачныхъ и семейныхъ отношеній; 4) иски казенныхъ управленій и къ казеннымъ управленіямъ, кромѣ исковъ о потравѣ и другихъ убыткахъ въ имѣніяхъ вѣдомства министерства государственныхъ имуществъ и указанныхъ въ примѣчаніяхъ къ 1289 ст. исковъ къ нѣкоторымъ казеннымъ управленіямъ; 5) иски о расторженіи и недѣйствительности раскольничьихъ браковъ (ст. 1356[1], 1400).

Условно подвѣдомственны окружнымъ судамъ: 1) по времени предъявленія—владѣльческіе иски, если со времени нарушенія владѣнія прошло болѣе шести мѣсяцевъ, и иски о правѣ участія частнаго, если со времени нарушенія его прошло больше года (п. 4 и 5 29 ст.); 2) по цѣнѣ—всѣ личные иски на сумму свыше 500 руб., кромѣ исковъ объ убыткахъ, причиненныхъ неправильными дѣйствіями должностныхъ лицъ административнаго вѣдомства (ст. 1316) и служащихъ по выборамъ въ городскихъ, земскихъ и дворянскихъ общественныхъ учрежденіяхъ (ст. 1330[1]).

§ 62.

Виды подсудности [1]).

I. Подсудность дѣлъ въ тѣсномъ, собственномъ смыслѣ слова, то же самое, что пространственная компетенція однородныхъ судовъ (forum, Gerichtsstand, competentia ratione personae).

Ограниченіе вѣдомства каждаго суда опредѣленнымъ округомъ обусловливается невозможностью подчинить всѣ дѣла, возникающія на пространствѣ государственной территоріи, одному центральному суду. Исключеніе составляетъ только высшій судъ, сенатъ, не разсматривающій дѣлъ по существу, а наблюдающій за правильнымъ примѣненіемъ судами матеріальныхъ и процессуальныхъ законовъ. Его вѣдомство „распространяется на всю Имперію" (ст. 4 учр. суд. уст.), за исключеніемъ только Финляндіи.

Такъ какъ всѣ однородные суды обладаютъ одинаковой организаціей и одинаковой предметной и функціональной компетенціей, то каждый изъ нихъ точно такъ же способенъ къ правильному разрѣшенію дѣлъ, какъ и любой другой. Поэтому, съ точки зрѣнія успѣшнаго отправленія правосудія, совершенно безразлично, какой именно изъ нихъ будетъ разбирать то или другое дѣло. Только въ виду какихъ-либо особыхъ обстоятельствъ можетъ быть необходимо отступленіе отъ этого правила [2]).

Отсюда вытекаютъ слѣдующія общія положенія.

1. Обязательная подсудность можетъ быть установлена только для нѣкоторыхъ категорій дѣлъ въ виду наличности условій, дѣлающихъ желательнымъ разсмотрѣніе ихъ именно тѣми, а не иными изъ однородныхъ судовъ.

---

[1]) Малышевъ, I, §§ 30 и сл.; Азаревичъ, I, 239 и сл.; Гольмстенъ, 65 и сл.; Энгельманъ, § 16; Нефедьевъ, §§ 53—55; Яблочковъ, 51 и сл.; Гордонъ, Система, 60—66.

Savigny. System d. heut. röm. R., VIII, § 350 ff.; Wetzell, § 40; Renaud, § 29; Osterloh, § 74 ff.; Wach, I, § 33 ff.; Hellwig, II, § 98 ff.; Weismann, I, § 29 ff.; Schmidt, § 45; Kleinfeller, § 26; Canstein, I, § 8; Pollak, § 58 ff.; Schrutka, § 45.

Garsonnet. Traité, II, § 458 ss. Précis, №№ 163 ss.; Chiovenda, § 30.

[2]) Fitting (Zt. Zp. 6. B., 358 ff.). Бентамъ, О судоустр., 20—22. См. стр. 487.

2. По отношенію ко всѣмъ прочимъ дѣламъ можно предоставить тяжущимся избирать, по взаимному соглашенію, для разрѣшенія своихъ дѣлъ одинъ изъ судовъ, которымъ такого рода дѣла подвѣдомственны (ст. 227, 228).

3. Истецъ имѣетъ право предъявить искъ въ любомъ изъ однородныхъ судовъ, компетентныхъ для разрѣшенія даннаго рода дѣлъ, и если отвѣтчикъ не заявитъ отвода о неподсудности, то судъ обязанъ приступить къ разсмотрѣнію этого дѣла (ст. 571, п. 1, 574).

4. Если между сторонами не состоялось соглашенія относительно подсудности даннаго дѣла, то подсудность его опредѣляется по мѣсту постояннаго жительства отвѣтчика (actor sequitur forum rei). Предпочтеніе должно быть отдано интересамъ отвѣтчика въ виду слѣдующихъ обстоятельствъ. Во-1-хъ, отвѣтчику удобнѣе защищаться отъ притязаній истца въ мѣстѣ своего постояннаго жительства, гдѣ ему легче собрать доказательства и найти свидѣтелей въ свою пользу. Во-2-хъ, первоначальныя издержки по веденію дѣла, какъ-то: уплата судебной пошлины и другихъ сборовъ, а равнымъ образомъ и расходы, связанные съ производствомъ дѣла въ судѣ другого округа, должны падать на истца, такъ какъ отъ него зависитъ предъявленіе иска, и онъ долженъ нести послѣдствія неосновательности или недоказанности своего иска. Наконецъ, въ-3-хъ, если бы дать истцамъ возможность предъявлять иски не по мѣсту жительства отвѣтчиковъ, то это повело бы къ тому, что предъявлялись бы нерѣдко совершенно неосновательные иски съ цѣлью причинить отвѣтчикамъ безпокойство и вовлечь ихъ въ излишніе расходы, которые не всегда можно возмѣстить съ истцовъ.

5. Истцу предоставляется право начать дѣло въ болѣе удобномъ для себя судѣ, если имѣются на лицо особыя обстоятельства, оправдывающія нарушеніе интересовъ отвѣтчика въ пользу интересовъ истца, если, напр., отвѣтчикъ не имѣетъ постояннаго мѣста жительства, или если оно неизвѣстно истцу; если искъ касается исполненія договора, который, по своему существу или по соглашенію сторонъ, подлежитъ исполненію въ опредѣленномъ мѣстѣ, и т. п.

6. Подсудность дѣла опредѣляется по моменту предъявленія

иска: дѣло подлежитъ разсмотрѣнію того суда, которому оно подсудно въ моментъ предъявленія иска. Если въ теченіе производства основаніе подсудности, которымъ руководствовался истецъ, возбуждая дѣло, отпадетъ, судъ все-таки долженъ довести дѣло до конца (ubi coeptum est semel judicium, ibi et finem accipere debet). Напр., искъ былъ предъявленъ правильно по мѣсту постояннаго жительства отвѣтчика; во время производства отвѣтчикъ переѣхалъ на жительство въ другой судебный округъ; это обстоятельство никакого значенія не имѣетъ (68 № 762, 69 № 440). Допустить противное—значило бы замедлить производство дѣлъ и дать отвѣтчикамъ средство затягивать ихъ.

7. Если искъ предъявленъ съ нарушеніемъ правилъ подсудности, но это нарушеніе устранилось до разрѣшенія судомъ заявленнаго отвѣтчикомъ отвода, то дѣло должно быть признано подсуднымъ данному суду, такъ какъ интересы отвѣтчика не будутъ нарушены: дѣло будетъ производиться въ томъ именно судѣ, которому оно во время производства подсудно [1]). Разрѣшеніе этого вопроса въ противоположномъ смыслѣ было бы проявленіемъ чрезмѣрнаго формализма и вело бы къ замедленію производства и неосновательному обогащенію отвѣтчика [2]).

II. Фактическія обстоятельства, которыми опредѣляется подсудность дѣлъ, называются основаніями подсудности. Они чрезвычайно разнообразны и могутъ быть классифицируемы различнымъ образомъ [3]). Нашъ уставъ выставляетъ въ качествѣ общаго правила подсудность исковъ по мѣсту постояннаго жительства от-

---

[1]) Hollwig, § 67, I, 1a. Такое разъясненіе далъ и германскій имперскій судъ (ib.). Нашему сенату не приходилось высказываться по этому вопросу; но въ аналогичномъ случаѣ сенатъ поступилъ такимъ точно образомъ, признавъ, что искъ, неподвѣдомственный мировымъ судамъ по первоначально показанной въ исковомъ прошеніи цѣнѣ, становится подвѣдомственнымъ имъ, если истецъ уменьшитъ цѣну до постановленія рѣшенія въ первой инстанціи (1902 № 58, 87 № 52).

[2]) Судъ прекратилъ бы дѣло по отводу отвѣтчика; истцу пришлось бы предъявлять вторично тотъ же искъ въ томъ же судѣ и вторично вносить судебныя пошлины, а отвѣтчикъ могъ бы взыскать съ него судебныя издержки по прекращенному дѣлу. И все это для того, чтобы тотъ же самый искъ былъ разсмотрѣнъ тѣмъ же самымъ судомъ. Вотъ одинъ изъ случаевъ, гдѣ принципъ процессуальнаго формализма долженъ отступить предъ принципомъ процессуальной экономіи. См. стр. 374.

[3]) Обыкновенно противопоставляютъ подсудность *добровольную*, или *договорную*, (forum conventionale, prorogatum), обусловливаемую соглашеніемъ сторонъ, и *законную* (f. legale), *основанія* которой указаны въ самомъ законѣ, а законную подраздѣ-

вѣтчика; прочія основанія подсудности называетъ исключеніями изъ этого общаго правила (ст. 203). Однако, разсматривая эти исключенія, можно убѣдиться, что они имѣютъ далеко не одинаковое значеніе. Нѣкоторыя основанія подсудности, напр., мѣсто нахожденія недвижимости, совершенно устраняютъ возможность примѣненія общаго основанія—по мѣсту жительства отвѣтчика (ст. 212, 228), не допускаютъ измѣненія по волѣ сторонъ (ст. 228) и подлежатъ соблюденію судами независимо отъ указанія отвѣтчика (ст. 384, п. 2). Другія основанія подсудности примѣняются только при невозможности руководствоваться общимъ основаніемъ, именно, когда отвѣтчикъ не имѣетъ постояннаго мѣста жительства въ Россіи, или когда оно истцу неизвѣстно (ст. 210, 215). Существуютъ и такія основанія подсудности, которыя въ указанныхъ закономъ случаяхъ конкурируютъ съ общимъ основаніемъ, такъ что выборъ одного изъ нихъ принадлежитъ усмотрѣнію истца (ст. 209, 217, 219). Поэтому слѣдуетъ различать, сообразно дѣйствительному юридическому значенію отдѣльныхъ основаній подсудности: 1) *исключительную*, безусловно обязатель-

---

ляютъ на *общую* (f. commune, generale), примѣнимую ко всѣмъ дѣламъ, и *особенную* (f. speciale), относящуюся къ нѣкоторымъ опредѣленнымъ категоріямъ дѣлъ, при чемъ особенная можетъ быть *исключительной* (f. exclusivum), безусловно обязательной, или же *элективной* (f. electivum), предоставленной на выборъ истца. Малышевъ, I, 165, 171; Гольмстенъ, 66; Лазаревичъ, I, 240; Нефедьевъ, § 53. Сходныя классификаціи преобладаютъ и въ западной литературѣ: Bayer, § 62; Osterloh, § 75; Weismann, I, § 29; Schrutka, § 28; Pollak, § 58; Chiovenda, § 30. Вахъ различаетъ общія и особенныя основанія, а среди особенныхъ а) обусловливаемыя характеромъ исковъ, б) обусловливаемыя процессуальными моментами и в) диспозитивныя, опредѣляемыя соглашеніемъ сторонъ (§ 33). Сходной, но болѣе сложной системы держится Гельвигъ (§§ 99—106). Шмидтъ проводитъ различіе между тремя группами основаній подсудности, изъ которыхъ первая характеризуется непосредственнымъ отношеніемъ лица къ опредѣленному округу и примѣняется ко всѣмъ искамъ, предъявленнымъ къ данному лицу; другую группу образуютъ основанія подсудности, *опредѣляемыя* отношеніемъ не лица, а искового требованія или юридическаго отношенія къ судебному округу и, наконецъ, третью—тѣ, которыя хотя и коренятся въ отношеніи лица къ округу, но распространяются только на нѣкоторыя группы дѣлъ. Такимъ образомъ, Шмидтъ излагаетъ основанія подсудности по тремъ рубрикамъ: 1) общія личныя, 2) предметныя и 3) особенныя личныя (Schmidt, 341). Господствующая классификація правильнѣе, такъ какъ въ основаніи ея лежитъ сравнительное *юридическое* значеніе разныхъ способовъ опредѣленія подсудности, тогда какъ Вахъ, Гельвигъ и Шмидтъ строятъ свои классификаціи на такихъ признакахъ, которые не имѣютъ непосредственнаго юридическаго значенія. Но господствующая классификація нуждается въ улучшеніи, что и сдѣлано въ текстѣ.

ную и неизмѣнную подсудность, 2) условно обязательную, подлежащую измѣненію по соглашенію сторонъ и подраздѣляющуюся на *общую*, примѣнимую ко всѣмъ искамъ, кромѣ подчиненныхъ исключительной подсудности, и *особенную*, которая установлена только для нѣкоторыхъ, опредѣленныхъ категорій исковъ. Общая, въ свою очередь, дѣлится на *оговорную*, основывающуюся на соглашеніи сторонъ, и *законную* (легальную), установленную въ законѣ. Спеціальная подсудность конкурируетъ съ общей подсудностью въ тѣхъ случаяхъ, для которыхъ установлена, и потому является *элективной*, *факультативной*.

§ 63.

Исключительная подсудность.

I. *Мѣсто нахожденія недвижимаго имущества* (forum rei sitae) опредѣляетъ безусловно обязательнымъ образомъ подсудность нѣкоторыхъ категорій исковъ относительно этого имущества и его принадлежностей, а именно, во-1-хъ, вещныхъ исковъ о недвижимости. Ст. 212 по буквальному своему смыслу („иски о правѣ собственности, владѣніи или пользованіи и о всякомъ иномъ правѣ“) обнимаетъ и личные иски. Но изъ сопоставленія ея съ 29 и 31 ст., а также изъ объясненій къ ней составителей устава слѣдуетъ, что дѣйствительный ея смыслъ болѣе узокъ, и что она имѣетъ въ виду только вещные иски. И въ самомъ дѣлѣ, если бы относить ее къ личнымъ искамъ о недвижимости, то оказалось бы, что такіе иски, когда цѣна ихъ меньше 500 руб., подсудны мировымъ судамъ по мѣсту жительства отвѣтчиковъ (п. 1 ст. 29), а когда цѣна ихъ больше 500 руб., то подсудны окружнымъ судамъ по мѣсту нахожденія спорной недвижимости. Такого ничѣмъ необъяснимаго противорѣчія нельзя приписывать законодателю. Поэтому нужно толковать 212 ст. ограничительно и признать, что она относится только къ вещнымъ искамъ о недвижимости [1]).

---

[1]) Малышевъ, I, 171; Исаченко, I, 140 и сл.; Аваревичъ, I, 250; Яблочковъ, 53. Contra: Анненковъ, I, 140, 144.

2. Изъ общаго правила 212 ст. явствуетъ, что вещные иски относительно земельныхъ пріисковъ подлежатъ предъявленію по мѣсту нахожденія этихъ пріисковъ. Но отсюда еще вытекаетъ, ст. 212[1] распространяетъ установленное въ 212 ст. основаніе подсудности на иски о всякомъ правѣ на золотые пріиски, даже *находящіеся не въ землѣ*, не признавая вещной отвѣтчику по праву собственности.

3. По мѣсту нахожденія недвижимости должны быть предъявляемы иски о возстановленіи нарушеннаго владѣнія (ст. 213, 213[1]), которые становятся не подвѣдомственными окружнымъ судамъ по истеченіи 6-тимѣсячнаго срока со времени нарушенія владѣнія (см. стр. 521).

4. Точно такъ же по этому основанію подсудности предъявляются иски о вознагражденіи за убытки, причиненные недвижимому имуществу (п. 2 ст. 213, 213[1]) самовольными дѣйствіями отвѣтчика [1]), но не нарушеніемъ договора съ истцомъ (94 № 27).

5. Иски по закладнымъ (ст. 214), т.-е., не иски о самомъ залоговомъ правѣ, которые, въ качествѣ вида вещныхъ исковъ, подходятъ подъ 212 ст., но иски о взысканіи занятыхъ подъ закладныя суммъ, т.-е., личные иски изъ договоровъ, обезпеченныхъ залогомъ. Когда ихъ цѣна не превышаетъ 500 руб., они подвѣдомственны мировымъ судамъ (стр. 519) или замѣняющимъ ихъ судебно-административнымъ учрежденіямъ; въ противномъ же случаѣ переходятъ въ вѣдомство окружныхъ судовъ.

Всѣ эти иски [2]) могутъ быть предъявляемы только въ томъ

---

[1]) Неченко (I, 180) полагаетъ, что эта подсудность не обязательна, такъ какъ она установлена исключительно въ интересахъ истца, который воленъ въ правѣ не воспользоваться ею, а предъявить искъ по общимъ правиламъ. Съ этимъ нельзя *согласиться. Для опредѣленія* размѣра убытковъ суду необходимо произвести осмотръ недвижимости и допросъ свидѣтелей на мѣстѣ, а это удобнѣе сдѣлать тому суду, въ округѣ котораго находится данная недвижимость, такъ что ст. 213 имѣетъ въ виду не только интересы истца, но и процессуальное удобство, точно такъ же, какъ и 212 ст. Поэтому подсудность по 213 ст. безусловно обязательна, и за соблюденіемъ ея должны слѣдить суды ex officio (п. 2 ст. 584), что и призналъ сенатъ относительно 34 ст., содержащей аналогичное правило (70 № 1916). Ср. Азаревичъ, I, 250—251.

[2]) Къ нимъ ст. 213[1], внесенная въ уставъ послѣ изданія закона 6 января 1869 г., присоединила еще „иски управленія желѣзной дороги на владѣльцевъ земель вдоль линіи желѣзной дороги по уничтоженію или перенесенію сооруженій, складовъ, расковокъ и разсадокъ". *Но это правило—плодъ недоразумѣнія*, такъ какъ требованія желѣз-

судѣ, въ округѣ котораго находится спорная недвижимость. Сами суды обязаны слѣдить за соблюденіемъ этой подсудности и оставлять предъявленные, вопреки ей, иски безъ разсмотрѣнія (ст. 584, п. 4). Отступленіе отъ нея по соглашенію сторонъ не допускается (ст. 228).

Придавая такое безусловно обязательное значеніе этому основанію подсудности, составители судебныхъ уставовъ руководствовались слѣдующими соображеніями: „мѣсто нахожденія имѣнія, о коемъ споръ происходитъ, составляетъ такой признакъ подсудности, который, съ одной стороны, по своей простотѣ, точности и опредѣлительности, не допускаетъ никакихъ споровъ и возраженій, а съ другой, по справедливости своей внутренней цѣли,—охраняетъ не только права самихъ тяжущихся, но и другихъ лицъ, могущихъ предъявить какое-либо право къ тому имуществу. Независимо отъ сего строгое соблюденіе сего закона имѣетъ въ виду упрощеніе и ускореніе разсмотрѣнія вообще дѣлъ о недвижимыхъ имѣніяхъ, требующихъ нерѣдко мѣстнаго осмотра, допроса свидѣтелей на мѣстѣ и т. п.“ (объясн. къ 228 ст.) [1]).

подорожныхъ управленій объ уничтоженіи и перенесеніи указанныхъ сооруженій и приспособленій, если таковыя существовали при проведеніи дороги, разрѣшаются въ административномъ порядкѣ, а если сдѣланы послѣ и безъ дозволенія надлежащей власти, то—въ порядкѣ уголовнаго судопроизводства (ст. 66[1], 68 уст. о наказ., ст. 1227, 1235 уст. угол. суд.) Псаченко, I, 182—183.

[1]) Въ римскомъ процессѣ это основаніе подсудности получило примѣненіе только въ позднѣйшее время (IV в.) *по отношенію* какъ къ недвижимымъ, такъ и къ движимымъ имуществамъ въ качествѣ не обязательнаго, а факультативнаго основанія на ряду съ мѣстомъ жительства отвѣтчика. Въ Германіи это основаніе подсудности играло важную роль. Оно примѣнялось къ недвижимымъ имуществамъ и отличалось обязательнымъ характеромъ, такъ какъ обладаніе землей было связано съ подданствомъ феодальному владѣльцу и подчиненностью его суду. Этотъ характеръ сохранило оно въ нѣкоторыхъ частяхъ Германіи и послѣ рецепціи римскаго права (Ветцель, § 41, III). Напротивъ, въ другихъ частяхъ восторжествовала точка зрѣнія факультативности, получившая признаніе въ нѣкоторыхъ партикулярныхъ кодексахъ. По дѣйствующему германскому уставу мѣсто нахожденія недвижимаго имущества служитъ исключительнымъ основаніемъ подсудности для исковъ, касающихся вещныхъ правъ, установленія границъ раздѣла и владѣльческихъ исковъ (§ 24). Аналогично: австр. зак. объ отправл. прав., § 81; венг. уст., § 39. Французскій кодексъ подчиняетъ суду мѣста нахожденія спорнаго имущества всѣ вещные иски (ст. 59, § 2), но французскіе юристы и судебная практика относятъ это правило къ однѣмъ недвижимостямъ, ссылаясь на то, что кодексъ часто смѣшиваетъ понятіе „вещности“ и „недвижимости“, и что по существу движимыя вещи не имѣютъ опредѣленнаго мѣста нахожденія. Garsonnet. Traité, II, § 460.

II. Мѣсто нахожденія движимаго имущества служитъ основаніемъ исключительной подсудности только въ одномъ спеціальномъ случаѣ: для исковъ объ освобожденіи имущества отъ описи и продажи за чужіе долги (ст. 1092 уст.).

Иски, касающіеся движимаго имущества, подсудны вообще тому суду, въ округѣ котораго проживаетъ отвѣтчикъ, въ томъ, очевидно, предположеніи, что движимость обыкновенно находится при своемъ хозяинѣ (mobilia sequuntur personam). Но когда она описана за долги и подвергнута аресту, тогда это предположеніе отпадаетъ, и мѣсто нахожденія движимости пріобрѣтаетъ самостоятельное значеніе. Потому-то законъ и придаетъ ему въ этомъ случаѣ значеніе основанія подсудности и, притомъ, подсудности исключительной. Послѣднее обстоятельство хотя и не оговорено въ законѣ, но вытекаетъ изъ смысла 1092 ст. Въ самомъ дѣлѣ, искъ объ освобожденіи имущества долженъ быть предъявленъ противъ должника и взыскателя, но они могутъ жить не въ томъ округѣ, гдѣ находится арестованное имущество, и оба не въ одномъ округѣ. Постановляя, что „лицо, находящее, что ему принадлежитъ какое-либо право на описанное имущество, **обязано** предъявить искъ въ судѣ по мѣсту наложенія ареста", ст. 1092 тѣмъ самымъ лишаетъ истца предоставленнаго ему ст. 218 права обратиться съ искомъ въ судъ по мѣсту жительства одного изъ отвѣтчиковъ [1]).

III. **Мѣсто открытія наслѣдства** сдѣлано основаніемъ подсудности для „исковъ о наслѣдствѣ, споровъ наслѣдниковъ какъ между собою, такъ и противъ подлинности и дѣйствительности завѣщаній и исковъ о раздѣлѣ". Но ст. 215, устанавливающая эту подсудность, редактирована такъ неточно, что возбуждаетъ цѣлый рядъ вопросовъ.

1. Прежде всего, она не опредѣляетъ, что̀ слѣдуетъ понимать подъ мѣстомъ открытія наслѣдства. Такъ какъ и въ гражданскихъ законахъ на этотъ счетъ нѣтъ указанія, то въ литературѣ

---

[1]) Наши процессуалисты не считаютъ подсудность, установленную въ 1092 ст., обязательной (Нефедьевъ, 107; Гольмстенъ, 66; Исаченко, V, 642). Изъ нихъ только Исаченко мотивируетъ свое мнѣніе, именно тѣмъ соображеніемъ, что это—подсудность не родовая, а мѣстная. Но и мѣстная подсудность бываетъ обязательной, какъ указано въ текстѣ.

произошло разногласіе. Одни считаютъ мѣстомъ открытія наслѣдства мѣсто нахожденія наслѣдственнаго имущества, другіе—послѣднее мѣсто постояннаго жительства наслѣдодателя. Въ подтвержденіе перваго мнѣнія приводятъ статьи 1226 гр. зак. („опись оставшемуся послѣ умершаго имуществу и опечатаніе онаго производится, когда при открытіи наслѣдства наслѣдниковъ на лицо не будетъ") и ст. 1401 и 1408 уст. гр. суд., согласно которымъ вызовъ наслѣдниковъ дѣлается по распоряженію того мирового судьи, въ участкѣ котораго находится наслѣдственное имущество, а просьбы объ утвержденіи въ правахъ наслѣдства должны быть предъявляемы по общимъ правиламъ подсудности [1]). Но изъ этихъ постановленій никакого вывода относительно мѣста открытія наслѣдства нельзя сдѣлать. Предписывая принимать мѣры охраны наслѣдственнаго имущества по мѣсту его нахожденія, законъ руководствуется просто соображеніями удобства: умершій могъ оставить нѣсколько имуществъ въ разныхъ концахъ государства, и вполнѣ естественно, что каждое изъ этихъ имуществъ охраняется отъ расхищенія до явки наслѣдниковъ тѣмъ судомъ, въ округѣ котораго оно находится, совершенно независимо отъ того, въ какомъ мѣстѣ открылось наслѣдованіе. Что же касается 1408 ст., то она говоритъ о „подсудности исковъ по роду и по цѣнѣ", а не по округамъ судовъ, т.-е., имѣетъ въ виду не подсудность въ собственномъ смыслѣ слова, какъ пространственную компетенцію, а подвѣдомственность. При отсутствіи, такимъ образомъ, положительныхъ указаній въ законѣ, необходимо опредѣлить понятіе мѣста открытія наслѣдства, исходя изъ сущности наслѣдованія. Именно, если наслѣдованіе представляетъ собой преемство во всѣхъ юридическихъ отношеніяхъ умершаго, то нужно заключить, что оно открывается тамъ, гдѣ эти отношенія были сосредоточены, т.-е., въ послѣднемъ мѣстѣ постояннаго жительства наслѣдователя. Таково господствующее въ нашей литературѣ мнѣніе [2]), принятое и сенатомъ (85 № 131). Въ такомъ же смыслѣ разрѣшается этотъ вопросъ и западно-европейскими кодексами [3]).

---

[1]) Гольмстенъ, 74.

[2]) Малышевъ, I, 169; Азаревичъ, I, 257—258; Анненковъ, I, 155; Исаченко, I, 185—186.

[3]) Герм. § 28. Австр. зак. объ отпр. правос. §§ 77, 105, 106. Напол. код., ст. 110.

2. Но наслѣдователь могъ имѣть осѣдлость въ нѣсколькихъ мѣстахъ. Въ такомъ случаѣ „мѣстомъ послѣдняго постояннаго жительства должно почитаться, примѣнительно къ указанію 1285 ст. X т. I ч., то мѣсто осѣдлости, гдѣ умершій имѣлъ пребываніе въ послѣднее время" (85 № 1311).

3. Можетъ также случиться, что наслѣдователь въ послѣдніе годы жизни не имѣлъ постояннаго мѣста жительства въ предѣлахъ Россіи, путешествуя, напр., все время за границей, или что мѣсто его жительства неизвѣстно наслѣдникамъ. Такъ какъ въ уставѣ на этотъ счетъ нѣтъ никакихъ правилъ, то не остается ничего иного, какъ, принявши 210 ст. по аналогіи, признать за наслѣдниками право предъявлять иски по мѣсту нахожденія недвижимаго имущества наслѣдователя или, если послѣ него такого имущества не осталось, по послѣднему извѣстному имъ мѣсту жительства умершаго [1]).

4. Наслѣдованіе открывается не только смертью, но и лишеніемъ правоспособности при поступленіи въ монашество и присужденіи уголовнымъ судомъ къ наказанію, связанному съ лишеніемъ всѣхъ правъ состоянія (ст. 1222, 1223 зак. гражд.), а также объявленіемъ безвѣстно отсутствующимъ (92 № 97, 90 № 129). Въ первыхъ двухъ случаяхъ мѣстомъ открытія наслѣдства нужно считать, за отсутствіемъ какихъ-либо иныхъ указаній въ уставѣ, тоже послѣднее мѣсто постояннаго жительства наслѣдователя [2]). Въ третьемъ случаѣ всѣ иски, перечисленные въ 215 ст., должны быть предъявляемы въ томъ судѣ, гдѣ производилось дѣло о безвѣстномъ отсутствіи (ст. 1455, 1459).

5. Подъ „исками о наслѣдствѣ" нужно понимать иски о признаніи права наслѣдованія, т.-е., иски наслѣдниковъ другъ къ другу, предъявляемые до вступленія кого-либо изъ нихъ во владѣніе наслѣдственнымъ имуществомъ, потому что наслѣдникъ, принявшій наслѣдство, тотчасъ становится самостоятельнымъ собственникомъ наслѣдственнаго имущества, и иски къ нему должны быть направляемы по общимъ правиламъ подсудности [3]).

6. „Споры наслѣдниковъ между собою" въ дѣйствительности

---

[1]) Анненковъ, I, 155—156.
[2]) Анненковъ, I, 155.
[3]) Невченко, I, 187—188; Анненковъ, I, 161.

не что иное, какъ тѣ же самые, упомянутые въ предыдущемъ пунктѣ „иски о наслѣдствѣ“ [1]).

7. Иски о признаніи завѣщаній недѣйствительными представляютъ собою одинъ видъ споровъ между наслѣдниками. Они могутъ быть предъявляемы какъ до утвержденія завѣщаній судомъ, такъ и послѣ, въ теченіе двухлѣтняго срока (ст. 1066[12] гражд. зак.).

8. Иски о признаніи завѣщаній дѣйствительными не упомянуты въ 215 ст. Но такъ какъ предъявленіе ихъ допускается въ тѣхъ случаяхъ, когда судъ или палата отказали въ утвержденіи завѣщанія въ охранительномъ порядкѣ (1066[11, 12] ст. зак. гр.), и такъ какъ для этихъ исковъ не установлено особаго основанія подсудности, то, по аналогіи, слѣдуетъ признать, что они должны быть предъявляемы тоже по мѣсту открытія наслѣдства [2]). Иски основанные на завѣщаніи (о выдачѣ легатовъ и вообще объ исполненіи завѣщательныхъ распоряженій), предъявляются, по общимъ правиламъ подсудности, къ душеприкащикамъ и наслѣдникамъ, на которыхъ возложено исполненіе завѣщанія (ст. 24).

9. Иски о раздѣлѣ наслѣдства нашимъ уставомъ не допускаются: раздѣлъ наслѣдства либо производится по взаимному соглашенію между сонаслѣдниками (ст. 1315 зак. гражд.), либо, если соглашенія не состоялось, совершается судомъ въ порядкѣ охранительнаго производства (ст. 1332 зак. гр., ст. 1409 уст. гр. суд.). Недовольные судебнымъ раздѣломъ наслѣдники могутъ предъявлять иски о передѣлѣ, но для этихъ исковъ установлена въ ст. 216 особая подсудность—по мѣсту совершенія раздѣла. Такимъ образомъ, подъ указанными въ 215 ст. исками о раздѣлѣ наслѣдства остается понимать только иски отдѣльныхъ наслѣдниковъ о выдѣлѣ имъ частей изъ наслѣдственнаго имущества, но не всѣхъ наслѣдниковъ [3]), а только такихъ, въ пользу которыхъ закономъ установлены указныя доли, т.-е., дѣтей женскаго пола и супруговъ (ст. 1130—1132, 1148 и сл., 1152, 1154 зак. гр.), потому что прочіе наслѣдники, желающіе выдѣлиться, должны заявлять просьбы о раздѣлѣ въ охранительномъ порядкѣ (ст. 1318

---

[1]) Анненковъ, I, 162.

[2]) Исаченко, I, 186.

[3]) Такъ ошибочно думаетъ Анненковъ, I, 158.

ник. пр.: „двухлѣтній срокъ, назначенный для полюбовнаго раздѣла между наслѣдниками, считается съ того времени, когда отъ всѣхъ или кого-либо изъ нихъ подано будетъ о раздѣлѣ прошеніе").

10. Всѣ перечисленные иски предъявляются по мѣсту открытія наслѣдства до тѣхъ поръ, пока у истца нѣтъ въ виду опредѣленнаго отвѣтчика, т.-е., пока наслѣдство не принято никѣмъ изъ наслѣдниковъ, или не захвачено посторонними лицомъ. Но разъ оно уже поступило въ чье-либо владѣніе, то личность отвѣтчика опредѣлилась, и искъ долженъ быть направленъ противъ владѣльца по общимъ правиламъ подсудности (85 № 1691, 95 № 47).

IV. Мѣсто производства другого дѣла обусловливаетъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ подсудность, имѣющую съ этимъ дѣломъ тѣсную связь. Такъ, искъ о взысканіи убытковъ, доходовъ и судебныхъ издержекъ предъявляется въ судѣ, гдѣ производилось главное дѣло (ст. 898); искъ кліента къ присяжному повѣренному о вознагражденіи за убытокъ, причиненный его упущеніями,—въ судѣ, гдѣ разсматривалось дѣло, которое велъ присяжный повѣренный (ст. 404 учр. суд. уст.); искъ о передѣлѣ наслѣдства—въ судѣ, которымъ совершенъ раздѣлъ (ст. 216); искъ безвѣстно отсутствовавшаго—въ судѣ, гдѣ производилось дѣло объ его безвѣстномъ отсутствіи (ст. 1459). Установленіе такой подсудности объясняется тѣмъ соображеніемъ, что это иски—дополнительные, которые лучше всего могутъ быть разрѣшены судомъ, разсматривавшимъ главные иски (объясн. къ 898 ст). Отсюда вытекаетъ обязательный характеръ этой подсудности [1]).

V. Мѣсто жительства истца служитъ основаніемъ подсудности въ тѣхъ случаяхъ, когда законъ допускаетъ предъявленіе иска, несмотря на отсутствіе лица, обязаннаго отвѣчать по этому иску. Это возможно въ дѣлахъ о личныхъ и имущественныхъ правахъ, связанныхъ съ существованіемъ законнаго брака (ст. 1339 и 1356^2, п. 1). Роль отвѣтчика въ такихъ случаяхъ исполняетъ прокуроръ (ст. 1344).

VI. Мѣсто записи брака въ метрическую книгу опредѣляетъ подсудность исковъ о признаніи недѣйствительности и расторженіи браковъ между раскольниками (ст. 1356^3, п. 2—4).

[1]) Анненковъ, I, 135.

VII. Мѣсто нахожденія товарищества или общества, т.-е., значитъ, мѣсто нахожденія ихъ правленія (ст. 220) признано закономъ основаніемъ подсудности для тѣхъ исковъ между членами товарищества или общества, которые возникаютъ изъ учредительскаго договора (ст. 222). Это основаніе введено не въ интересахъ тяжущихся, которые во время предъявленія иска могутъ не жить въ мѣстѣ нахожденія товарищества или общества, а ради процессуальнаго удобства, которое требуетъ, чтобы дѣло разбиралось тамъ, гдѣ сосредоточены необходимыя доказательства. Поэтому подсудность, обусловливаемая этимъ основаніямъ, должна быть разсматриваема, какъ исключительная [1]).

VIII. Мѣсто нарушенія права (forum delicti commissi) является основаніемъ подсудности для исковъ частныхъ лицъ о вознагражденіи за убытки, причиненные дѣйствіями должностныхъ лицъ административнаго вѣдомства (ст. 1317) и служащихъ по выборамъ въ дворянскихъ, городскихъ и земскихъ учрежденіяхъ (ст. 1130[2]).

IX. Мѣсто службы должностного лица, причинившаго своими неправильными дѣйствіями кому-либо убытки, опредѣляетъ подсудность исковъ объ этихъ убыткахъ только по отношенію къ нѣкоторымъ должностнымъ лицамъ, а именно: нотаріусамъ (ст. 64 нотар. полож.) и присяжнымъ переводчикамъ (ст. 429 учр. суд. устан.).

X. По указанію высшей инстанціи опредѣляется подсудность исковъ частныхъ лицъ къ чинамъ судебнаго вѣдомства о возмѣщеніи убытковъ, причиненныхъ неправильными или пристрастными дѣйствіями отвѣтчиковъ (ст. 1335 уст. гр. суд.).

Во всѣхъ перечисленныхъ въ пунктахъ III—VIII подсудность имѣетъ, по смыслу установившихъ ее нормъ закона, обязательный характеръ.

---

1) Таково, повидимому, мнѣніе Исаченко (I, 241). Другіе процессуалисты не затрагивали этого вопроса.

§ 64.

Общая подсудность.

I. Главнымъ основаніемъ общей подсудности является мѣсто постояннаго жительства ответчика (forum domicilii). По этому основанію могутъ быть предъявлены всѣ иски, кромѣ только тѣхъ, для которыхъ установлена исключительная подсудность (ст. 203).

Мѣстомъ постояннаго жительства является судебный округъ, гдѣ ответчикъ „имѣетъ осѣдлость или домашнее обзаведеніе" (ст. 205), т.-е., гдѣ у него постоянная квартира и его личное хозяйство. Въ нашемъ законодательствѣ терминъ „мѣсто жительства" употребляется въ двоякомъ смыслѣ: въ *формальномъ*, т.-е., въ смыслѣ мѣста, гдѣ лицо числится по службѣ или по приписке къ сословію, цеху, гильдіи и т. п. (уст. о пасп., ст. 2), и въ *матеріальномъ*, т.-е., въ смыслѣ мѣста дѣйствительной, фактической осѣдлости. Въ уставѣ гражд. суд. придается ему второй смыслъ, и хотя 204 ст., говоря, что постоянное мѣсто жительства полагается тамъ, гдѣ кто-либо „имѣетъ осѣдлость или домашнее обзаведеніе", добавляетъ: „по своимъ занятіямъ, промысламъ или по своему имуществу, либо по службѣ военной или гражданской", но эта прибавка имѣетъ значеніе указанія на причины осѣдлости или домашняго обзаведенія въ опредѣленномъ мѣстѣ. Центръ тяжести этого правила лежитъ въ словахъ „осѣдлость или домашнее обзаведеніе" [1]). Перечисленіе же причинъ сдѣлано только для поясненія. Вдобавокъ, оно неполно, такъ какъ въ немъ упущена изъ виду служба по выборамъ въ общественныхъ учрежденіяхъ и по духовному вѣдомству.

Изъ этого вытекаютъ слѣдующія положенія:

1) Если у ответчика два мѣста постояннаго жительства, *одно—формальное, по мѣсту службы*, другое—фактическое, по мѣсту дѣйствительнаго проживанія (напр., во время продолжительной служебной командировки), то искъ долженъ быть предъявленъ по фактическому мѣсту жительства [2]); 2) если искъ

[1]) Анненковъ, I, 110—112; Неволинъ, I, 108—109

[2]) Анненковъ, I, 112—113.

предъявленъ по мѣсту службы отвѣтчика, то отвѣтчикъ не лишенъ права доказывать, что фактически живетъ въ другомъ мѣстѣ, и если докажетъ, то искъ долженъ быть оставленъ безъ разсмотрѣнія; 3) мѣсто приписки отвѣтчика, само по себѣ, не можетъ служить основаніемъ для опредѣленія подсудности, и предъявленный въ такомъ мѣстѣ искъ долженъ быть оставленъ, по требованію отвѣтчика, безъ разсмотрѣнія, разъ только отвѣтчикъ удостовѣритъ, что въ данномъ мѣстѣ не живетъ.

Такъ какъ лица, лишенныя дѣеспособности и состоящія подъ опекой, не могутъ вести своихъ судебныхъ дѣлъ, и такъ какъ ихъ процессуальное мѣсто занимаютъ опекуны, то иски къ нимъ должны быть предъявляемы въ лицѣ ихъ опекуновъ, по мѣсту постояннаго жительства послѣднихъ [1]).

Юридическія лица не могутъ обладать мѣстомъ постояннаго жительства въ смыслѣ осѣдлости и домашняго обзаведенія. Поэтому по отношенію къ нимъ общимъ основаніемъ подсудности должна служить какая-либо аналогичная постоянному жительству связь юридическаго лица съ тѣмъ или инымъ судебнымъ округомъ. Такая связь создается мѣстомъ нахожденія органовъ управленія юридическаго лица: иски противъ юридическихъ лицъ должны быть предъявлены по мѣсту нахожденія ихъ правленія или фирмы (ст. 220), присутственнаго мѣста или должностнаго лица, которое является представителемъ казеннаго управленія (ст. 1288), и т. д. [2]).

II. Предъявленіе иска по мѣсту постояннаго жительства отвѣтчика не всегда возможно, прежде всего потому, что отвѣт-

---

[1]) Анненковъ, I. 98—99; Псаченко, I, 97—98; Гордонъ, 62.

[2]) Подсудность исковъ противъ юридическихъ лицъ опредѣляется въ уставѣ только примѣнительно къ „компаніямъ, обществамъ и товариществамъ“ (ст. 221), т.-е., частнымъ юридическимъ лицамъ, возникающимъ на основаніи договора. Въ виду этого нѣкоторые авторы полагаютъ, что иски противъ остальныхъ юридическихъ лицъ (городскихъ, дворянскихъ, земскихъ, сельскихъ обществъ, а также всякаго рода учрежденій, имѣющихъ права юридическихъ лицъ: пріютовъ, больницъ, библіотекъ и т. п.) должны быть предъявляемы, согласно 203 ст., по мѣсту осѣдлости, т.-е., нахожденія самихъ этихъ лицъ (Малышевъ, I, 169; Анненковъ, I, 102—103). Но правильнѣе примѣнить въ этихъ случаяхъ правило 1283 ст. Псаченко, I, 226. Проектъ новой редакціи устава санкціонируетъ этотъ выводъ (ст. 46).

чикъ можетъ не имѣть постояннаго жительства въ предѣлахъ Россіи, напр., если онъ постоянно живетъ за границей и только временами пріѣзжаетъ въ Россію, или если вообще онъ по характеру своей профессіи вовсе не имѣетъ домашняго обзаведенія, что бываетъ, напр., съ комми-вояжерами и артистами. Затѣмъ, мѣсто жительства отвѣтчика, хотя и имѣющееся у него, можетъ быть неизвѣстно истцу. Для этихъ случаевъ изъяты вспомогательныя основанія общей подсудности, именно слѣдующія.

1. Мѣсто временнаго пребыванія отвѣтчика. Истецъ имѣетъ право предъявить искъ въ томъ судѣ, въ которомъ отвѣтчикъ временно пребываетъ (ст. 206). Но для того, чтобы истецъ не злоупотреблялъ этимъ правомъ, заставляя отвѣтчика вести дѣло внѣ мѣста его постояннаго жительства, отвѣтчику предоставляется просить о переводѣ дѣла въ судъ по мѣсту своего постояннаго жительства (ст. 207). Эта просьба подлежитъ удовлетворенію при наличности трехъ условій: 1) если отвѣтчикъ не застигнутъ искомъ въ томъ округѣ, гдѣ подлежалъ исполненію договоръ, на которомъ основанъ искъ (ст. 208), 2) если отвѣтчикъ укажетъ мѣсто своего постояннаго жительства (ст. 207), и 3) если судъ найдетъ, что дѣло, по своему свойству, не требуетъ немедленнаго разсмотрѣнія и можетъ быть отложено (ст. 580). Удовлетворяя просьбу о переводѣ дѣла, судъ въ правѣ, по просьбѣ истца, обезпечить искъ (ст. 581). Иначе говоря, искъ, предъявленный по мѣсту временнаго пребыванія отвѣтчика, разсматривается судомъ только въ томъ случаѣ, когда отвѣтчикъ не имѣетъ или не можетъ удостовѣрить мѣста постояннаго жительства въ предѣлахъ Россіи (ст. 207), либо, когда дѣло представляется суду нетерпящимъ отлагательства (ст. 580), либо когда дѣло подсудно тому же суду по мѣсту исполненія договора (ст. 208). Внѣ этихъ случаевъ предъявленіе иска по мѣсту временнаго пребыванія отвѣтчика влечетъ за собой, по отводу отвѣтчика, возвращеніе искового прошенія истцу. Но производство не считается прекращеннымъ и прерываетъ теченіе исковой давности, если истецъ въ теченіе трехъ мѣсяцевъ подастъ исковое прошеніе въ судъ по мѣсту постояннаго жительства отвѣтчика (ст. 583).

Отъ временнаго пребыванія отвѣтчика въ какомъ-либо мѣстѣ слѣдуетъ отличать „кратковременную остановку по случаю проѣзда", которая не можетъ служить основаніемъ подсудности (ст. 206), такъ что искъ, предъявленный въ томъ мѣстѣ, гдѣ отвѣтчикъ остановился проѣздомъ, долженъ быть оставленъ судомъ, по требованію отвѣтчика, безъ разсмотрѣнія. При этомъ отвѣтчикъ не обязанъ удостовѣрять, что имѣетъ мѣсто постояннаго жительства въ Россіи [1]).

Временное пребываніе отличается отъ кратковременной остановки не большею продолжительностью, а наличностью какой-либо особой цѣли, ради которой отвѣтчикъ отлучился изъ мѣста своего постояннаго жительства и пребываетъ въ данномъ мѣстѣ (напр., для выполненія какого-либо торговаго предпріятія, покупки имѣнія, лѣченія и т. д.). Долго ли находился отвѣтчикъ въ данномъ мѣстѣ,—не важно, такъ какъ и остановка по случаю проѣзда можетъ затянуться вслѣдствіе непредвидѣнныхъ причинъ (болѣзни, наводненія) [2]).

---

[1]) Псаченко, I, 115. Другого мнѣнія Анненковъ, полагающій, что если отвѣтчикъ не имѣетъ постояннаго жительства въ какомъ-либо мѣстѣ Россіи, то не въ правѣ возражать противъ привлеченія его къ отвѣту по мѣсту кратковременной остановки (I, 117—118). Но это условіе установлено въ законѣ только по отношенію къ случаямъ предъявленія иска по мѣсту временнаго пребыванія отвѣтчика (ст. 207). Распространять же его, по аналогіи, на случаи предъявленія иска по мѣсту кратковременной остановки было бы возможно, если бы въ уставѣ не было правила для опредѣленія подсудности исковъ къ лицамъ, не имѣющимъ постояннаго жительства въ Россіи. Но такое правило существуетъ въ ст. 210.

[2]) Западные кодексы иначе разрѣшаютъ вопросъ о замѣнѣ мѣста постояннаго жительства другими основаніями подсудности. Германскій уставъ (§ 16) дозволяетъ предъявлять иски къ отвѣтчику, не имѣющему постояннаго мѣста жительства, по мѣсту его фактическаго нахожденія, а если оно неизвѣстно, то по послѣднему мѣсту его постояннаго жительства (точно такъ же венг., § 21). Австрійское законодательство воспроизводитъ это правило съ двумя измѣненіями: 1) иски къ отвѣтчику, который не имѣетъ мѣста постояннаго жительства, и мѣсто нахожденія котораго неизвѣстно, могутъ быть предъявляемы не только по послѣднему мѣсту его постояннаго жительства, но и по послѣднему мѣсту его нахожденія; 2) но это правило примѣняется не ко всѣмъ искамъ, а только къ искамъ по обязательствамъ, заключеннымъ или подлежащимъ исполненію въ Австріи (§ 67 зак. объ отнр. правос.). Французскій кодексъ разрѣшаетъ предъявленіе исковъ къ отвѣтчику, не имѣющему мѣста постояннаго жительства (domicile), по мѣсту его пребыванія (résidence) (§ 59), умалчивая о томъ случаѣ, когда у отвѣтчика нѣтъ болѣе или менѣе опредѣленнаго мѣста пребыванія, а онъ переѣзжаетъ съ мѣста на мѣсто, какъ напр., странствующій торговецъ или комедіантъ. По мнѣнію нѣкоторыхъ французскихъ процессуалистовъ, въ

2. Мѣсто нахожденія недвижимаго имущества отвѣтчика служитъ вспомогательнымъ основаніемъ общей подсудности въ тѣхъ случаяхъ, когда истецъ не въ состояніи воспользоваться главнымъ основаніемъ (ст. 210, 222[1]), именно, когда мѣсто жительства отвѣтчика ему неизвѣстно (ст. 210, 222[1]).

3. Мѣсто послѣдняго жительства отвѣтчика, мѣсто заключенія и мѣсто исполненія договора могутъ, по выбору истца, опредѣлять подсудность иска, если онъ не можетъ быть предъявленъ ни по главнымъ основаніямъ общей подсудности, ни по мѣсту нахожденія недвижимаго имущества отвѣтчика (ст. 210).

4. Мѣсто открытія наслѣдства, т.-е., послѣднее мѣсто постояннаго жительства отвѣтчика, являющееся основаніемъ исключительной подсудности для споровъ между наслѣдниками

этомъ случаѣ иски могутъ быть предъявляемы по мѣсту жительства истца, а другіе полагаютъ, что по мѣсту нахожденія (demeure) отвѣтчика. Второе мнѣніе правильнѣе, такъ какъ соотвѣтствуетъ общему принципу, лежащему въ основѣ 59 ст.: actor sequitur forum rei. Garsonnet. Traité, § 461, 3. Оно воспроизведено итальянскимъ уставомъ (ст. 90) и имѣлось въ виду при составленіи нашего устава, но не было принято, главнымъ образомъ, на томъ основаніи, будто „установленіе этихъ терминовъ (жительство, пребываніе, нахожденіе) имѣетъ мало практическаго значенія", и будто „отличіе мѣста пребыванія отъ мѣста нахожденія относится къ тѣмъ отвлеченнымъ понятіямъ, которыя могутъ быть предметомъ юридическихъ изслѣдованій, а не положительнаго закона" (объясн. къ 205 ст.). Эти доводы совершенно неубѣдительны. Всѣ юридическія понятія отвлеченны, и разница между мѣстомъ пребыванія и мѣстомъ нахожденія нисколько не отвлеченнѣе, чѣмъ разница между мѣстомъ пребыванія и мѣстомъ кратковременной остановки, проведенная составителями устава въ 206 ст. Что же касается практическаго значенія всѣхъ этихъ понятій, то оно, несомнѣнно, имѣется. Изъ принципа „actor sequitur forum rei" слѣдуетъ, что искъ долженъ быть предъявленъ въ удобномъ для отвѣтчика мѣстѣ. Такимъ мѣстомъ является прежде всего мѣсто постояннаго жительства отвѣтчика; если отвѣтчикъ не имѣетъ его, или если оно истцу неизвѣстно, то искъ можетъ быть предъявленъ по мѣсту пребыванія отвѣтчика; если и это представляется невозможнымъ, то слѣдуетъ допустить предъявленіе иска по мѣсту фактическаго нахожденія отвѣтчика, такъ какъ возможно, что для отвѣтчика удобнѣе защищаться противъ иска въ такомъ мѣстѣ, чѣмъ переѣзжать съ этой цѣлью въ какое-либо другое мѣсто, напр., въ послѣднее мѣсто своего постояннаго жительства (ст. 210). Конечно, отвѣтчикъ могъ бы просить о переводѣ иска въ судъ по мѣсту своего постояннаго жительства или временнаго пребыванія. Такой порядокъ, соотвѣтствуя интересамъ отвѣтчика, представлялъ бы удобство и для истца, такъ какъ давалъ бы ему возможность застигать отвѣтчика, хотя бы ни мѣсто его постояннаго жительства, ни мѣсто временнаго пребыванія не были извѣстны. Проектъ новой редакціи устава сохраняетъ ст. 206 безъ измѣненія (ст. 42).

о правѣ наслѣдованія (стр. 536), служитъ вспомогательнымъ основаніемъ общей подсудности для постороннихъ лицъ, имѣющихъ какія-либо юридическія требованія къ отвѣтчику, но не успѣвшихъ осуществить ихъ при его жизни.

Это основаніе подсудности введено закономъ по слѣдующимъ соображеніямъ. Пока собственникъ живъ, до тѣхъ поръ всѣ иски, касающіеся его имущества, предъявляются, само собой понятно, по общимъ правиламъ подсудности. Тѣ же правила вступаютъ въ силу въ тотъ моментъ, когда имущество умершаго собственника перешло къ наслѣдникамъ. Остается, слѣдовательно, промежутокъ времени между моментомъ открытія наслѣдства (т.-е., смерти собственника) и моментомъ принятія его, промежутокъ, когда наслѣдство остается безъ хозяина, и когда примѣненіе общихъ правилъ подсудности оказывается невозможнымъ. Для этихъ-то случаевъ и устанавливается особое основаніе подсудности — по послѣднему мѣсту жительства наслѣдодателя, гдѣ были сосредоточены юридическія отношенія его и гдѣ, поэтому, хранятся документы и другія доказательства, касающіеся этихъ отношеній.

Отсюда слѣдуетъ, что это основаніе подсудности имѣетъ временный характеръ: оно примѣняется до тѣхъ поръ, пока у истца нѣтъ въ виду опредѣленнаго отвѣтчика въ лицѣ наслѣдниковъ, утвержденныхъ судомъ въ правахъ наслѣдства или, по крайней мѣрѣ, фактически принявшихъ наслѣдство. Другими словами, послѣднее мѣсто жительства наслѣдодателя является основаніемъ подсудности на время безхозяйности наслѣдственнаго имущества [1]).

3. Послѣднее мѣсто нахожденія юридическаго лица имѣетъ такое же значеніе для опредѣленія подсудности къ нему, когда оно уже прекратило свое существованіе, какъ послѣднее мѣсто жительства физическаго лица для исковъ къ лицу умершаго (ст. 222). Мѣстомъ же нахожденія юридическаго лица считается, согласно 220 ст., мѣсто нахожденія представительнаго его органа (см. стр. 543).

III. Вспомогательныя основанія подсудности установлены закономъ на тотъ случай, когда невозможно примѣненіе главнаго—

---

[1]) Анненковъ, I, 161.

по мѣсту жительства отвѣтчика. Они вызваны крайней необходимостью и представляютъ собой отступленія отъ общаго правила. Въ виду такого характера ихъ, а также для того, чтобы предупредить злоупотребленія со стороны истцовъ, которые могутъ уклоняться отъ предъявленія исковъ по мѣсту постояннаго жительства отвѣтчика подъ тѣмъ предлогомъ, будто оно имъ неизвѣстно, или будто отвѣтчикъ живетъ за границей, или, наконецъ, признавъ за отвѣтчикомъ и то, если искъ предъявленъ къ лицу умершаго, то для сего истцами [1]) право просить о переводѣ дѣла, въ случаѣ предъявленія иска по вспомогательнымъ основаніямъ подсудности,—въ судъ мѣста своего жительства (ст. 211, п. 10-2-хъ), допускать примѣненіе вспомогательныхъ основаній только по провѣркѣ наличности указанныхъ въ законѣ условій для ихъ примѣненія. Первое положеніе прямо выставлено закономъ (ст. 211); второе проводитъ сенатъ, разъяснившій, что судья и безъ отвода со стороны отвѣтчика обязанъ провѣрять, соблюдены ли требованія 210 ст. уст. гражд. суд. (76 №№ 201 и 252), такъ что если, напр., изъ представленныхъ истцомъ документовъ будетъ видно, что мѣсто постояннаго жительства или пребыванія отвѣтчика извѣстно, то судъ не долженъ принимать дѣла къ производству (76 № 252).

§ 65.

Особенная подсудность.

I. Кромѣ общей подсудности, распространяющейся на всѣ иски, съ изъятіемъ тѣхъ, которые подчинены исключительной подсудности, закономъ установлены для нѣкоторыхъ категорій исковъ спеціальныя основанія подсудности. Предъявленіе исковъ по этимъ основаніямъ необязательно, такъ что особенная подсудность не устраняетъ общей въ тѣхъ случаяхъ, для которыхъ введена, а конкурируетъ съ нею, и отъ истца зависитъ, какою изъ нихъ воспользоваться.

[1]) Неволинъ I, 198.

1. Мѣсто правонарушенія, обусловливающее иногда исключительную подсудность (см. стр. 541), въ двухъ случаяхъ является основаніемъ спеціальной, факультативной подсудности: во-1-хъ, для исковъ, вытекающихъ изъ нарушенія авторскаго права (ст. 217), и, во-2-хъ, для исковъ къ управленіямъ желѣзныхъ дорогъ о вознагражденіи за личный вредъ (ст. 127 уст. желѣзн. дор.). Тѣ и другіе могутъ быть предъявляемы либо по мѣсту нарушенія права, либо по мѣсту жительства отвѣтчика.

2. Мѣсто нахожденія конторы или агента отвѣтчика, или вообще мѣсто управленія его дѣлами (forum gestae administrationis) можетъ служить основаніемъ для подсудности исковъ, вытекающихъ изъ договоровъ, которые были заключены истцомъ съ конторой, агентомъ или управляющимъ дѣлами отвѣтчика (ст. 224 уст.). Но это основаніе введено нашимъ уставомъ только для „компаній, обществъ или товариществъ", т.-е., для частныхъ юридическихъ лицъ, образуемыхъ по договору, и для желѣзнодорожныхъ управленій (ст. 127 уст. жел. дор.). Отсюда нужно вывести a contrario, что ст. 221 непримѣнима ни къ остальнымъ юридическимъ лицамъ, ни къ физическимъ лицамъ (75 № 988). Равнымъ образомъ, изъ указанія закона на то обстоятельство, что подсудность по 221 ст. относится къ искамъ, возникающимъ изъ *договоровъ* съ мѣстными агентами и конторами, нужно заключить, что другіе иски, вызванные дѣйствіями мѣстныхъ представителей юридическаго лица, подлежатъ общимъ правиламъ подсудности (79 № 7, 72 № 347, 78 № 282) [1]).

3. Мѣсто исполненія договора (forum contractus vel solutionis) является основаніемъ подсудности для всѣхъ исковъ, вытекающихъ изъ договоровъ.

---

[1]) Противоположное мнѣніе высказалъ Анненковъ (I, 101—103), считающій болѣе правильнымъ примѣненіе ст. 221 по аналогіи. Но это было бы возможно при томъ условіи, если бы 203 ст. прямо не постановляла, что „искъ предъявляется суду, въ округѣ коего отвѣтчикъ имѣетъ постоянное жительство", и что „изъ сего исключаются положительно указанные въ законѣ случаи". А такъ какъ въ числѣ этихъ случаевъ нѣтъ такого, когда разрѣшалось бы предъявлять всякіе вообще личные иски по мѣсту нахожденія представителей всѣхъ отвѣтчиковъ, а имѣется только спеціальное правило 221 ст., то внѣ предѣловъ дѣйствія этой статьи должно примѣняться общее положеніе 203 ст. о подсудности исковъ по мѣсту жительства отвѣтчика.

Всякое обязательство разсчитано на исполненіе; въ моментъ возникновенія и въ моментъ исполненія оно осуществляется, получаетъ реальное воплощеніе; если исполненіе не послѣдуетъ добровольно, то должникъ можетъ быть вынужденъ, при помощи судебной власти, исполнить свое обязательство или вознаградить за убытки, причиненные кредитору своею неисправностью. Естественно поэтому предоставить кредитору право предъявить искъ въ случаѣ неисполненія должникомъ обязательства тамъ, гдѣ должно было произойти исполненіе.

Но предъявленіе иска по мѣсту исполненія договора допускается при томъ условіи, если договоръ долженъ былъ исполненъ въ опредѣленномъ мѣстѣ, а это бываетъ въ тѣхъ случаяхъ, когда въ самомъ договорѣ было обусловлено мѣсто его исполненія, или когда исполненіе, по самому свойству обязательства или по спеціальному постановленію закона, должно произойти въ опредѣленномъ мѣстѣ (ст. 209) [1]. Если ни одного изъ этихъ условій нѣтъ налицо, то искъ долженъ быть предъявленъ по какому-либо иному основанію подсудности, примѣненіе котораго соотвѣтствуетъ обстоятельствамъ даннаго случая.

По мѣсту исполненія договора могутъ быть предъявляемы всѣ „иски, возникающіе изъ договора", все равно, касаются ли они исполненія договора или вознагражденія за неисполненіе или ненадлежащее исполненіе его, а также иски о признаніи договора недѣйствительнымъ или прекратившимъ свою силу (1908 № 5) [2].

---

[1]) Mayer. Zur Lehre v. Gerichtsstande des Erfüllungsortes (Zt. Zp. 14 B., 250ff.). Ст. 209 не упоминаетъ о третьемъ случаѣ, но несомнѣнно, что если законъ указываетъ, гдѣ должны быть исполняемы тѣ или другіе договоры, то иски, касающіеся исполненія ихъ, могутъ быть предъявляемы по правилу 209 ст.

[2]) Сенатъ долгое время толковалъ 209 ст. въ болѣе узкомъ смыслѣ, считая, что она разрѣшаетъ предъявлять по мѣсту исполненія договора только иски объ исполненіи его (77 № 283, 76 № 142. 74 № 543, 73 № 553). Это мнѣніе защищаетъ и Анненковъ (I, 123), приводя 209 ст. въ связь съ 208 статьей, по которой переводъ дѣла въ судъ по мѣсту жительства отвѣтчика не допускается, безъ согласія истца, „если отвѣтчикъ застигнутъ искомъ о неисполненіи договора въ томъ судебномъ округѣ, въ вѣдомствѣ коего надлежало, по силѣ договора, учинить исполненіе". Отсюда Анненковъ заключаетъ, что употребленное въ 209 ст. выраженіе „иски, возникающіе изъ договора" нужно понимать въ смыслѣ „исковъ о неисполненіи договора" (ст. 208), т.-е., исковъ о понужденіи къ исполненію договора. Но изъ

Но истецъ сохраняетъ право воспользоваться для предъявленія этихъ исковъ и общею подсудностью, потому что ст. 209 имѣетъ значеніе льготы, которая установлена въ интересахъ истца, и отъ которой онъ воленъ отказаться (1903 № 134). Это заключеніе подтверждается 208 статьей, по которой отъ воли истца зависитъ допустить переводъ дѣла въ судъ по мѣсту жительства отвѣтчика, когда искъ, вытекающій изъ договора, предъявленъ по мѣсту исполненія послѣдняго, и когда отвѣтчикъ пребываетъ въ этомъ мѣстѣ. Но если отъ истца зависитъ согласиться на переводъ начатаго дѣла въ судъ по мѣсту жительства отвѣтчика, то тѣмъ болѣе онъ въ правѣ прямо начать дѣло въ этомъ судѣ [1]). Наконецъ, изъ мотивовъ къ 209 ст. видно,

---

этихъ двухъ статей (208 и 209) главною является 209 ст., такъ какъ она устанавливаетъ особое основаніе подсудности, а 208 ст. представляетъ собою только примѣненіе его къ частному случаю, именно къ тому случаю, когда отвѣтчикъ временно пребываетъ въ мѣстѣ, гдѣ долженъ быть исполненъ договоръ, на основаніи котораго предъявленъ искъ. Въ этомъ частномъ случаѣ возникаетъ особый вопросъ: имѣетъ ли право отвѣтчикъ просить, въ силу ст. 206, о переводѣ дѣла въ судъ по мѣсту своего постояннаго жительства? Ст. 208 и постановляетъ, что не можетъ. Въ виду этого слѣдуетъ толковать ст. 208 въ смыслѣ 209, какъ основной и главной, а не наоборотъ. Шевченко (I, 126—127) примиряетъ несоотвѣтствіе терминовъ въ 208 и 209 ст. иначе, именно, такимъ образомъ, что по мѣсту исполненія договора могутъ быть предъявляемы *всѣ* иски, вытекающіе изъ этого договора, но отвѣтчикъ, застигнутый такимъ искомъ въ мѣстѣ своего пребыванія, имѣетъ право просить о переводѣ дѣла по мѣсту своего постояннаго жительства только въ одномъ случаѣ: если искъ направленъ на понужденіе его къ исполненію договора. Но такое толкованіе приводитъ къ страшному результату: если отвѣтчикъ, къ которому предъявленъ искъ по мѣсту исполненія договора, не имѣетъ въ этомъ мѣстѣ временнаго пребыванія, то онъ лишенъ права просить о переводѣ дѣла въ судъ по мѣсту своего жительства; если же онъ пребываетъ въ этомъ мѣстѣ, то можетъ просить объ этомъ, по крайней мѣрѣ, въ большинствѣ случаевъ. Между тѣмъ очевидно, что ему легче защищаться противъ иска въ мѣстѣ своего временнаго пребыванія, чѣмъ тамъ, гдѣ онъ даже временно не пребываетъ. Оказывается, такимъ образомъ, будто законодатель больше заботится объ отвѣтчикѣ въ томъ случаѣ, когда онъ находится въ лучшемъ положеніи, чѣмъ въ томъ случаѣ, когда его положеніе хуже. Приписывать законодателю такой нераціональный способъ дѣйствій нѣтъ необходимости, если представляется полная возможность дать 208 и 209 статьямъ другое, самое простое и естественное толкованіе, именно, признать, что обѣ онѣ имѣютъ въ виду одно и то же: всѣ иски, вытекающіе изъ договоровъ. Тогда смыслъ 208 ст. будетъ таковъ: переводъ дѣла въ судъ по мѣсту жительства отвѣтчика возможенъ лишь съ согласія истца, если отвѣтчикъ застигнутъ искомъ въ мѣстѣ своего пребыванія, и если мѣсто пребыванія совпадаетъ съ мѣстомъ исполненія договора, такъ что данный искъ, все равно, могъ быть предъявленъ по мѣсту исполненія договора.

[1]) Анненковъ, I, 124—125.

что изложенное въ ней правило представляетъ собой обобщеніе существовавшихъ ранѣе частныхъ постановленій о подсудности тяжбъ и дѣлъ между Царствомъ Имперіи съ жителями Царства Польскаго, о такихъ постановленіяхъ подсудность по мѣсту нахожденія недвижимости, говоря вмѣстѣ факультативный характеръ имѣетъ и иски по мѣсту постояннаго жительства ответчика [1].

4. Связь иска съ другимъ производящимся уже дѣломъ (points connexitatis) можетъ служить основаніемъ для совмѣстнаго разсмотрѣнія ихъ обоихъ въ тѣхъ случаяхъ, когда предметомъ иска является предметъ другого процесса, какъ наприм., когда третье лицо заявляетъ свои самостоятельныя права на предметъ, о которомъ идетъ уже процессъ между двумя лицами (ст. 665), или когда искъ предъявляется ответчикомъ съ цѣлью защиты противъ требованій истца, т.-е., когда ответчикъ заявляетъ встрѣчный искъ (ст. 226). Въ первомъ случаѣ одновременное разсмотрѣніе обоихъ дѣлъ тѣмъ же самымъ судомъ необходимо во избѣжаніе противорѣчивыхъ, другъ друга исключающихъ судебныхъ рѣшеній, а во-второмъ случаѣ—для упрощенія и ускоренія производства.

Какъ искъ третьяго лица, такъ и встрѣчный искъ ответчика могутъ быть предъявлены либо по общимъ правиламъ подсудности, либо въ томъ судѣ, гдѣ производится первоначальный искъ, съ цѣлью совмѣстнаго съ нимъ разсмотрѣнія. Но само собой понятно, что въ послѣднемъ случаѣ не должны быть нарушены предѣлы вѣдомства суда. Ст. 226 прямо требуетъ, чтобы встрѣчный искъ не былъ „по своему роду подвѣдомъ другому суду", а 1 пунктъ 584 ст. предписываетъ судамъ слѣдить за соблюденіемъ предѣловъ своего вѣдомства. Точно такъ же недопустимо нарушеніе исключительной подсудности какъ по мѣсту нахожденія недвижимости (2 п. 584 ст.), такъ и по другимъ основаніямъ.

Изъ этого общаго положенія существуетъ, однако, изъятіе. Ст. 39 постановляетъ, что если встрѣчный искъ неразрывно связанъ съ первоначальнымъ, предъявленнымъ у мироваго судьи, и превышаетъ, по своей цѣнѣ, компетенцію этого судьи, то оба они

---

[1] Неволинъ, I, 128—129.

подлежать вѣдомству окружнаго суда. Это постановленіе, повторенное въ 30 ст. прав. пропзв. суд. д. по отношенію къ земскимъ начальникамъ и городскимъ судьямъ, выражаетъ въ казуистической формѣ общій принципъ „при стеченіи въ одномъ производствѣ нѣсколькихъ предметовъ, изъ коихъ одни подсудны низшему, а другіе — высшему суду, все дѣло, въ цѣломъ объемѣ, подлежитъ разсмотрѣнію высшаго суда“ (69 № 1311). Основаніе этого принципа [1]) заключается въ томъ, что судъ, который признанъ закономъ, по своему составу, организаціи и порядку производства, способнымъ къ разрѣшенію болѣе важныхъ дѣлъ, способенъ и къ разрѣшенію менѣе важныхъ дѣлъ [2]). Примѣняя этотъ принципъ во всей полнотѣ, слѣдуетъ признать, что искъ, подвѣдомственный низшему суду, подлежитъ разсмотрѣнію высшаго суда, если заявленъ въ качествѣ встрѣчнаго. Это положеніе примѣнимо и къ коммерческимъ судамъ, которые, являясь по объему своей компетенціи высшими по отношенію къ волостнымъ, мировымъ и судебно-административнымъ судамъ, стоятъ ниже окружныхъ судовъ, такъ какъ имъ подвѣдомственны только торговыя и вексельныя дѣла, а окружнымъ—не только эти дѣла въ тѣхъ мѣстностяхъ, гдѣ нѣтъ коммерческихъ судовъ, но и всѣ вообще гражданскія дѣла за немногими изъятіями [3]).

Особымъ случаемъ связи между дѣлами является тотъ, когда отвѣтчикъ предъявляетъ искъ объ освобожденіи себя отъ отвѣт-

---

[1]) Онъ формулированъ въ общемъ видѣ въ уставѣ угол. суд. Ст. 207: „если одни изъ соучастниковъ въ преступленіи или проступкѣ подсудны высшему, а другіе низшему суду, то дѣло о всѣхъ обвиняемыхъ подлежитъ рѣшенію высшаго суда“.

[2]) Wach, 363—364. Германскій уставъ *прямо* постановляетъ, что рѣшеніе земскаго суда не можетъ быть оспариваемо на томъ основаніи, что дѣло было подвѣдомственно участковому суду (§ 10).

[3]) Пачченко, I, 282—283. Въ рѣшеніи 70 № 349 сенатъ, разъясняя, что если встрѣчный искъ неразрывно связанъ съ первоначальнымъ, то они не могутъ быть разрѣшаемы отдѣльно, справедливо замѣчаетъ: „допустивъ противное, надлежало бы признать, что одно и то же дѣло, по различію возникающихъ требованій сторонъ изъ одного и того же договора или сдѣлки, можетъ подлежать, соображаясь съ подсудностью заявленныхъ требованій, послѣдовательному разсмотрѣнію нѣсколькихъ судебныхъ установленій, т.-е., судовъ мировыхъ, общихъ, торговыхъ и волостныхъ. Такой порядокъ имѣлъ бы неминуемымъ *послѣдствіемъ замедленіе хода дѣлъ*, возбужденіе пререканій между судебными мѣстами и *стѣсненіе* судовъ въ правильномъ разборѣ споровъ, ибо предшествовавшее постановленіе суда неизбѣжно заключало бы предрѣшеніе вопросовъ, подлежащихъ обсужденію другого суда“.

ственности по присужденному въ упрощенномъ порядкѣ требованію, или объ обратномъ взысканіи увлеченной суммы. Такой искъ можетъ быть предъявленъ въ судъ, постановившемъ оспариваемое рѣшеніе, въ трехмѣсячный срокъ, или же въ судѣ по мѣсту исполненія рѣшенія, въ теченіе года, но при условіи, что исполненіе еще продолжается (ст. 365^{24}).

II. Каждый разъ, когда нужно предъявить искъ, принадлежащій къ такой категоріи, для которой установлена специальная подсудность, возникаетъ *стеченіе основаній подсудности*. Истецъ можетъ предъявить его по любому изъ этихъ основаній. Такъ, напр., искъ, вытекающій изъ договора, можетъ быть предъявленъ либо по мѣсту постояннаго жительства отвѣтчика, либо по мѣсту исполненія договора.

Но, кромѣ того, возможно стеченіе основаній одной и той же подсудности. Такъ, когда у отвѣтчика не одно, а нѣсколько мѣстъ постояннаго жительства (ст. 205), то происходитъ стеченіе основаній общей подсудности. То же самое имѣетъ мѣсто, когда искъ предъявляется къ нѣсколькимъ отвѣтчикамъ, живущимъ въ разныхъ округахъ (ст. 218). Возможно также стеченіе нѣсколькихъ исключительныхъ основаній подсудности, если, напр., искъ относится къ нѣсколькимъ недвижимымъ имуществамъ, находящимся въ разныхъ округахъ (ст. 218).

Выборъ между конкурирующими основаніями подсудности принадлежитъ истцу, если только, конечно, они равносильны, потому что исключительная подсудность устраняетъ всякую иную, а договорная—устраняетъ общую и спеціальную. Для одного только случая стеченія исключительной и общей подсудности закономъ сдѣлано изъятіе: когда искъ относится къ недвижимому имуществу совокупно съ движимымъ, находящимся въ другомъ округѣ, то отъ истца зависитъ обратиться въ судъ по мѣсту нахожденія недвижимости или по мѣсту жительства отвѣтчика (ст. 219).

§ 66.

Договорная подсудность [1]).

I. Какъ было указано выше (стр. 530), подсудность гражданскихъ дѣлъ, за исключеніемъ только тѣхъ случаевъ, когда она опредѣлена въ законѣ безусловно обязательнымъ образомъ, можетъ быть измѣняема по соглашенію сторонъ. Воспрещать имъ это нѣтъ никакого основанія, ибо разграниченіе пространственной компетенціи судовъ сдѣлано въ громадномъ большинствѣ случаевъ въ интересахъ сторонъ, такъ что если онѣ находятъ въ томъ или иномъ случаѣ болѣе удобнымъ для себя передать дѣло на разрѣшеніе не того суда, которому оно подлежало бы по правиламъ легальной подсудности, а другому—однородному, то имъ слѣдуетъ предоставить полную свободу выбора. Опасеніе, высказывавшееся нѣкоторыми авторами, что въ результатѣ свободнаго примѣненія договорной подсудности можетъ явиться неравномѣрное распредѣленіе дѣлъ между судами, такъ какъ тяжущіеся будутъ предпочитать однихъ судей и избѣгать другихъ [2]), не оправдывается на практикѣ въ тѣхъ государствахъ, гдѣ допущено опредѣленіе подсудности по договору сторонъ.

Соглашеніе о подсудности называется обыкновенно *пророгаціей* (prorogatio), или *пророгаціоннымъ договоромъ* [3]).

---

[1]) Малышевъ, I, § 33; Азаревичъ, I, 264 и сл.; Гольмстенъ, 76—88; Шефдьевъ, § 54; Гольмстенъ. Юридическія изслѣдованія и статьи, 1894 286 и сл. Анненковъ, I, 185 и сл.; Исаченко, I, 284 и сл.

Wach. Das Princip des gewillkürten Gerichtsstandes, 1879 (переиеч. въ дополненномъ видѣ въ Arch. f. civ. Pr. 62 B.); Fitting. Zur Lehre v. d. vereinb. Gerichtsstande (ib. 63 B.); Amsberg. Prorogatio fori und Contumacia (ib. 65 B.); Renaud. Zur Lehre v. d. ger. Zuständigkeit (Zt. Zp. 5 B.); Vierhaus (ib.); Birkmeyer (ib.); Fitting. Ueber die prinz. Grundlagen d. vereinb. Gerichtsstandes (Zt. Zp. 6 B.); Adam. Die civilproc. Zuständigkeitsvereinbarung in geschichtl. Entwickelung, 1888. Kraus. Die Vereinbarung üb. die Zuständ. d. Gerichte, 1888; Deybeck. Der Gerichtsstand der Vereinbarung, 1888; Sperl. Vereinbarung der Zuständigkeit und Gerichtsstand des Erfüllungsortes, 1897; Wach, I, § 43; Hellwig, II, § 106; Weismann, I, § 31; Pollak, § 56; Schrutka, § 36; Garsonnet, II, § 403.

[2]) Что вышло бы, говоритъ, напр., Гарсонне (Traité, II, § 403), „если бы позволить всѣмъ тяжущимся во Франціи назначать другъ другу свиданіе въ сенскомъ судѣ?“

[3]) Авторъ новѣйшей монографіи о немъ—Шперль—пытается доказать, что договорной подсудности въ сущности нѣтъ, и что соглашеніе о подсудности вовсе не

II. Римскому процессу былъ неизвѣстенъ предварительный пророгаціонный договоръ; но некомпетентный по общимъ правиламъ подсудности судья становился компетентнымъ, если стороны явно или молчаливо соглашались подчиниться его рѣшенію. Въ такой формѣ примѣнялась пророгація и въ германскомъ общемъ процессѣ. Въ современныхъ процессуальныхъ уставахъ Германіи и Австріи область примѣненія свободной воли сторонъ при установленіи подсудности дѣлъ расширена въ томъ отношеніи, что сторонамъ дано право заключать договоры о подсудности напередъ—какъ для одного опредѣленнаго дѣла, такъ и для ряда дѣлъ, вытекающихъ изъ одного юридическаго отношенія. Кромѣ того, по обоимъ уставамъ соглашеніемъ сторонъ можетъ быть измѣнена не только подсудность, но отчасти и подвѣдомственность дѣлъ (въ Германіи—относительно участковыхъ судей и земскихъ судовъ, въ Австріи—еще и относительно общихъ, торговыхъ, морскихъ и горныхъ судовъ, но съ разными ограниченіями). Съ другой стороны, тяжущіеся стѣснены въ правѣ измѣнять подсудность нѣкоторыхъ исковъ (въ Германіи—исковъ, не представляющихъ имущественной цѣнности) [1]. Французскій уставъ прямо разрѣшаетъ пророгацію только по отно-

---

договоръ, такъ какъ оно не направлено на установленіе или прекращеніе какого-либо юридическаго отношенія, а просто совпаденіе двухъ одинаковыхъ односторонихъ волеизъявленій, двухъ процессуальныхъ дѣйствій—истца и отвѣтчика,—тождественныхъ по содержанію. Это совпаденіе волеизъявленій представляетъ собою фактическій составъ, съ которымъ законъ связываетъ юридическое послѣдствіе—опредѣленіе подсудности, и является такимъ же критеріемъ для распознаванія законной подсудности, какъ и всякое иное указанное въ законѣ основаніе подсудности: мѣсто жительства отвѣтчика, мѣсто нахожденія недвижимости и проч. (стр. 64—67). Взялъ Шперля вызвалъ справедливое замѣчаніе, что съ такой точки зрѣнія всякое соглашеніе, заключаемое на основаніи диспозитивной нормы, порождаетъ обязательство изъ закона, а не изъ договора, такъ какъ сила каждаго договора покоится въ концѣ-концовъ на законѣ (Canstein. Cpr., 337, Anm. 2). Въ дѣйствительности соглашеніе о подсудности является договоромъ, потому что представляетъ собою согласное волеизъявленіе двухъ лицъ, направленное на юридическое послѣдствіе: подчиненіе дѣла опредѣленному суду, которому безъ этого соглашенія оно было бы неподсудно. Если это юридическое послѣдствіе не представляетъ собою возникновенія или прекращенія правоотношенія, то просто потому, что пророгаціонный договоръ направленъ не на матеріально-правовыя, а на процессуальныя послѣдствія.

[1] Герм., § 38 [39]; австр. зак. объ огран. суда, § 101. Schrutka, § 25. Belg., § 45.

шенію къ мировымъ судьямъ (ст. 7); но судебная практика распространила это правило и на окружные суды, признавая, однако, за ними право не принимать къ своему разсмотрѣнію исковъ, неподсудныхъ имъ по общимъ правиламъ закона [1]).

III. Нашъ уставъ, допуская опредѣленіе подсудности по соглашенію сторонъ, разрѣшаетъ имъ дѣлать выборъ только между судами первой инстанціи (ст. 227, 228, 37). Отсюда вытекаютъ слѣдующія ограниченія пророгаціоннаго договора.

Во-1-хъ, тяжущіеся не въ правѣ обратиться прямо въ судъ второй инстанціи, минуя первую и выбравъ для разрѣшенія дѣла какую-либо судебную палату или гражданскій департаментъ сената (70 № 507).

Во-2-хъ, стороны не могутъ нарушать правилъ подвѣдомственности дѣлъ, такъ что соглашеніе сторонъ о передачѣ торговаго дѣла, подвѣдомственнаго коммерческому суду, или малоцѣннаго дѣла, подвѣдомственнаго мировому суду, на разсмотрѣніе окружнаго суда, недѣйствительно (76 № 461, 90 № 26). Однако изъ этого положенія сдѣлано нѣсколько изъятій для низшихъ судовъ (см. стр. 509).

Въ-3-хъ, точно такъ же недѣйствительно соглашеніе о передачѣ дѣла, подсуднаго русскимъ судамъ, на разрѣшеніе иностраннаго суда: отвѣтчикъ въ правѣ отказаться отъ исполненія такого условія (90 № 26) [2]).

Кромѣ того, соглашеніемъ сторонъ можетъ быть измѣняема только общая и спеціальная подсудность, но не исключительная, которая безусловно обязательна, такъ какъ установлена не столько въ интересахъ сторонъ, сколько въ видахъ лучшаго

---

[1]) Garsonnet, II, § 403. Правильность такого вывода изъ 7 ст. оспариваетъ проф. Гольмстенъ (Юр. Изсл., 290—291).

[2]) Другого мнѣнія Анненковъ (I, 188), полагающій, что эти условія не противорѣчатъ 288 ст. Но дѣло въ томъ, что русскіе законы о пророгаціонномъ договорѣ относятся и могутъ относиться только къ русскимъ судамъ; признать же пророгаціонный договоръ о передачѣ дѣла на разрѣшеніе иностраннаго суда дѣйствительнымъ значило бы иными словами сказать, что иностранные суды должны руководствоваться русскими процессуальными законами. Во-2-хъ, право обращаться къ русскимъ судамъ за защитой въ случаѣ надобности представляетъ собою неотъемлемое публичное право каждаго лица, пребывающаго на территоріи Россіи, и отказъ тотъ этого права не имѣетъ юридической силы (90 № 26).

отправленія правосудія. Уставъ прямо оговариваетъ это по отношенію къ подсудности по мѣсту нахожденія недвижимости (ст. 228); но такое же безусловно обязательное значеніе слѣдуетъ признать и за прочими основаніями исключительной подсудности.

Наконецъ, предметомъ соглашенія можетъ быть подсудность одного опредѣленнаго дѣла (ст. 228) или цѣлой группы дѣлъ, которыя могутъ возникнуть въ будущемъ изъ совершаемаго сторонами договора (ст. 227); но нельзя заключить условія о подсудности всѣхъ вообще своихъ дѣлъ одному окружному суду.

Для соглашенія сторонъ относительно подсудности не установлено обязательной формы. Поэтому оно можетъ быть облекаемо въ любую форму. Такъ, лица, заключающія какой-либо договоръ, въ правѣ внести въ него условіе относительно подсудности всѣхъ будущихъ исковъ изъ этого договора опредѣленному окружному суду (ст. 227); далѣе, соглашеніе о подсудности можетъ быть облечено въ форму отдѣльнаго договора (84 № 96), или выражено въ одностороннемъ письменномъ заявленіи отвѣтчика о согласіи на разборъ дѣла тѣмъ судомъ, въ которомъ предъявленъ искъ, и, наконецъ, даже въ устномъ заявленіи отвѣтчика о томъ же въ засѣданіи суда.

Соглашеніе о подсудности представляетъ собою договоръ, а потому требуетъ, для своей дѣйствительности, наличности всѣхъ тѣхъ условій, которыя необходимы для дѣйствительности каждаго вообще гражданско-правового договора: правоспособности и дѣеспособности сторонъ, свободы обоюднаго волеизъявленія и проч. Отсутствіе одного изъ этихъ условій даетъ отвѣтчику право оспаривать дѣйствительность пророгаціи. Такъ, напр., помѣщаемая въ полисахъ страховыхъ обществъ оговорка о томъ, что всѣ споры по заключенному договору страхованія должны быть представляемы на разрѣшеніе опредѣленнаго суда, не имѣетъ обязательной силы, какъ одностороннее волеизъявленіе одного контрагента, если другой не выразилъ въ какой-либо формѣ своего согласія на эту оговорку (84 № 96). По той же причинѣ соглашеніе о подсудности можетъ быть игнорируемо не участвовавшимъ въ немъ лицомъ, если оно не является правопреемникомъ одного изъ контрагентовъ (86 №№ 2, 65). Обязательная сила соглашенія о подсудности выражается въ

томъ, что если истецъ предъявитъ искъ въ какомъ-либо другомъ судѣ, то отвѣтчикъ въ правѣ заявить отводъ о неподсудности, и наоборотъ, когда искъ предъявленъ въ избранномъ по соглашенію судѣ, то отвѣтчикъ лишается права отвода, хотя бы дѣло, по общимъ правиламъ подсудности, подлежало вѣдѣнію другого суда.

IV. Къ такому же послѣдствію—измѣненію законной подсудности—можетъ вести и незаявленіе отвѣтчикомъ своевременно отвода о неподсудности: если искъ предъявленъ съ нарушеніемъ правилъ подсудности, и отвѣтчикъ не возразитъ противъ этого немедленно, то производство дѣла будетъ продолжаться такъ же, какъ если бы оно было подсудно данному суду (ст. 571, п. 1). Этотъ случай наши процессуалисты считаютъ особымъ видомъ пророгаціи, именно молчаливымъ, безмолвнымъ соглашеніемъ сторонъ [1]). Но въ дѣйствительности образъ дѣйствій истца и отвѣтчика можетъ быть результатомъ не сознательнаго желанія подчинить данное дѣло юрисдикціи опредѣленнаго суда, а просто ошибки или небрежности, если, напр., истецъ обратился съ искомъ въ извѣстный судъ, ошибочно думая, что отвѣтчикъ живетъ въ округѣ этого суда, или если отвѣтчикъ пропустилъ срокъ на заявленіе отвода по небрежности. Конечно, законъ могъ бы предписать судамъ разсматривать молчаніе отвѣтчика въ такихъ случаяхъ какъ выраженіе согласія на сдѣланное истцомъ измѣненіе подсудности. Но это было бы прямо оговорено въ законѣ, какъ сдѣлано, напр., въ германскомъ уставѣ [2]).

Нашъ уставъ подобнаго правила въ себѣ не содержитъ, вслѣдствіе чего незаявленіе отвода о неподсудности дѣлаетъ искъ подсуднымъ данному суду не потому, что состоялось мол-

---

[1]) Гольмстенъ, 76—78; Нефедьевъ, § 54; Исаченко, I, 296; Гордонъ, Система, 65. Анненковъ (I, 190—191) выражается неопредѣленно.

[2]) § 39: „если отвѣтчикъ, не заявляя отвода о неподсудности, вступитъ въ устное состязаніе по существу дѣла, то нужно считать, что состоялось молчаливое соглашеніе". Несмотря, однако, на категорическое предписаніе устава, нѣкоторые германскіе процессуалисты видятъ въ этомъ случаѣ не пророгацію, а односторонній отказъ отвѣтчика отъ права отвода (Bülow въ Arch. civ. Pr. 62 B., 41 ff.; Fitting, ib., 63 B., 250) или пресѣкательное дѣйствіе срока (Wach, тамъ же, 63 B., 383 ff.; впослѣдствіи Вахъ перемѣнилъ мнѣніе: Handb., 500 ff.).

чалливое соглашеніе между сторонами, а потому, что отвѣтчикъ не воспользовался предоставленнымъ ему правомъ отвода и долженъ подчиниться рѣшенію суда. Другими словами, точка зрѣнія нашего устава такова: каждый изъ однородныхъ судовъ компетентенъ разрѣшить каждое отнесенное къ кругу вѣдомства этихъ судовъ дѣло; но отвѣтчикъ имѣетъ право требовать, чтобы его дѣла разбирались тѣмъ судомъ, которому они подсудны по закону; это право срочное, и если отвѣтчикъ не осуществитъ его въ теченіе установленнаго срока, то лишается его и уже не можетъ возражать противъ нарушенія истцомъ правилъ подсудности [1]).

Между двумя изложенными взглядами имѣется не только теоретическая, но и практическая разница. Если незаявленіе отвѣтчикомъ отвода считать молчаливой прорагаціей, то-есть, договоромъ, то оно должно обсуждаться по правиламъ, имѣющимъ силу для всѣхъ вообще договоровъ. Напротивъ, если здѣсь видѣть непользованіе отвѣтчикомъ своимъ процессуальнымъ правомъ отвода, то нужно примѣнять правила относительно процессуальныхъ правъ. Исходя изъ первой конструкціи, придется признать за отвѣтчикомъ право оспаривать юридическое значеніе своего молчанія по всѣмъ тѣмъ основаніямъ, по какимъ допускается оспариваніе дѣйствительности всякаго волеизъявленія, т.-е., доказывать, что онъ не заявилъ отвода не потому, что желалъ подчиниться рѣшенію даннаго суда, а потому, что ошибся, былъ обманутъ, невмѣняемъ и т. п. [2]). Съ точки зрѣнія второй конструкціи пропускъ отвѣтчикомъ срока на заявленіе отвода погашаетъ право отвода безусловно, по какой бы причинѣ ни произошелъ, и единственно о чемъ можетъ просить отвѣтчикъ въ такомъ случаѣ, это—о возстановленіи срока, если, напр., его письменное объясненіе съ заявленіемъ отвода, по винѣ почты, было доставлено въ судъ послѣ срока (ст. 835) [3]).

---

[1]) Такую точку зрѣнія приписывалъ германскому уставу Фиттингъ (Arch. civ. Pr. 63 B., 245 ff.; Zt. Zp. 6 B., 368—369), но, конечно, неосновательно въ виду яснаго постановленія § 39; Renaud, l. c. (Zt. Zp. 5 B., 29 ff.).

[2]) Это и допускалось въ римскомъ и германскомъ общемъ процессѣ. Osterloh, § 74.

[3]) Wach, ib., 382. Если считать незаявленіе отвѣтчикомъ отвода молчаливымъ согласіемъ на измѣненіе подсудности, то возникаетъ вопросъ, какъ быть суду въ

§ 67.

Соотношеніе основаній подсудности.

Общій результатъ изслѣдованія основаній установленныхъ нашимъ законодательствомъ видовъ подсудности можетъ быть выраженъ слѣдующими положеніями.

I. Если искъ принадлежитъ къ числу такихъ, для которыхъ установлена исключительная подсудность, то онъ долженъ быть предъявленъ съ соблюденіемъ этой подсудности.

II. При стеченіи нѣсколькихъ основаній исключительной подсудности, выборъ между ними принадлежитъ истцу.

III. Для разсмотрѣнія исковъ, не подчиненныхъ исключительной подсудности, стороны могутъ, по взаимному соглашенію, избрать любой изъ окружныхъ судовъ.

IV. При непримѣнимости исключительной подсудности и при отсутствіи соглашенія между сторонами, искъ можетъ быть предъявленъ либо по основаніямъ особенной подсудности, если они подходятъ къ данному случаю, либо по основаніямъ общей подсудности, которыя принимаются къ руководству въ слѣдующемъ порядкѣ.

А. Для исковъ противъ физическихъ лицъ:

1) мѣсто постояннаго жительства отвѣтчика или мѣсто временнаго пребыванія (отвѣтчикъ можетъ требовать перевода дѣла по мѣсту своего постояннаго жительства);

2) при неизвѣстности мѣста постояннаго жительства отвѣтчика,—мѣсто временнаго его пребыванія или мѣсто нахожденія его недвижимаго имущества (отвѣтчикъ имѣетъ право требовать перевода дѣла);

3) при неизвѣстности мѣста нахожденія недвижимаго имуще-

случаѣ неявки отвѣтчика въ засѣданіе по неизвѣстной причинѣ и непредставленіи письменнаго объясненія. Долженъ ли судъ и тутъ видѣть пророгацію подсудности или же, не зная причины неявки отвѣтчика, считать, что пророгаціи нѣтъ, и провѣрить подсудность дѣла себѣ? Этотъ вопросъ вызвалъ много споровъ въ германской литературѣ. Въ пользу перваго рѣшенія его высказалось большинство авторовъ, а также имперскій судъ. Amsberg, l. c.; Vierhaus, l. c.; Wach. Handb., § 43; Fitting. Lehrb., § 16, II.

ства отвѣтчика,—либо мѣсто послѣдняго извѣстнаго истцу жительства отвѣтчика, либо мѣсто заключенія договора, либо мѣсто исполненія договора (во всѣхъ случаяхъ, кромѣ послѣдняго, отвѣтчикъ имѣетъ право перевода дѣла);

4) въ случаѣ смерти отвѣтчика до предъявленія иска и при отсутствіи принявшихъ наслѣдство наслѣдниковъ или душеприкащиковъ,—мѣсто послѣдняго постояннаго жительства отвѣтчика.

Б. Для исковъ противъ юридическихъ лицъ: мѣсто нахожденія представительнаго органа.

V. При стеченіи нѣсколькихъ основаній общей или особенной подсудности или же той и другой вмѣстѣ, право выбора между ними принадлежитъ истцу.

VI. Такова подсудность дѣлъ, подлежащихъ вѣдѣнію окружныхъ судовъ; что же касается пространственной компетенціи мировыхъ и судебно-административныхъ учрежденій, то о ней будетъ рѣчь при изложеніи особенностей производства въ этихъ учрежденіяхъ.

§ 68.

Устраненіе судей [1].

I. Возбужденіе дѣла въ судѣ, которому оно подвѣдомственно и подсудно, даетъ этому суду право и вмѣстѣ съ тѣмъ налагаетъ на него обязанность приступить къ разбору этого дѣла. Правильное и безпристрастное разрѣшеніе дѣлъ обезпечивается основными началами судоустройства, опредѣляющими цензъ и служебное положеніе судей. Но эти начала, касающіяся общихъ условій дѣятельности судей, не въ состояніи устранить неблагопріятнаго вліянія случайныхъ обстоятельствъ, встрѣчающихся въ нѣкоторыхъ отдѣльныхъ процессахъ и способныхъ побудить того

---

[1] Нефедьевъ. Устраненіе судей въ гражданскомъ процессѣ, 1885; Нефедьевъ, Учебникъ, § 32; Малышевъ, I, § 23; Азаревичъ, I, 184—190; Гольмстенъ, 46—47; Энгельманъ, § 12; Анненковъ, III, § 274 и сл.; Исаченко, III, 831 и сл.; Keller, § 11; Wetzell, § 36; Osterloh, § 52—55; Wach, § 27; Schmidt, § 35, V; Hellwig, II, §§ 79—80; Weismann, I, § 83. Pollak, 230—232; Schrutka, § 53; Garsonnet, Traite, II, § 747 ss.; Chiovenda, § 33.

или другого судью склонять вѣсы правосудія въ сторону одного изъ тяжущихся. Чтобы предотвратить эту опасность, необходимо воспретить судьямъ участіе въ разборѣ такихъ дѣлъ, въ исходѣ которыхъ они почему-либо заинтересованы. Съ этою цѣлью законодательства, съ одной стороны, даютъ тяжущимся право требовать устраненія отъ участія въ дѣлѣ заинтересованнаго судьи, а съ другой—налагаютъ на судей обязанность устранять себя въ такихъ же случаяхъ. Въ этомъ состоитъ институтъ *устраненія* (recusatio, Ausschliessung) и *самоустраненія судей* (excusatio, dêport, Selbstausschliessung).

II. Источники римскаго права различаютъ три категоріи лицъ, которыя могли быть устраняемы отъ исполненія судейскихъ обязанностей: 1) такихъ, которыя вообще лишены права быть судьями (не достигшіе 18 лѣтъ, женщины, рабы, умалишенные, глухіе, слѣпые, нѣмые), 2) лично заинтересованныхъ въ исходѣ дѣла и 3) внушающихъ тяжущимся недовѣріе по какой-либо основательной причинѣ. [1]) Это тройственное раздѣленіе причинъ устраненія судей перешло изъ римскихъ источниковъ, дополненныхъ каноническимъ правомъ, въ германскій общій процессъ и нѣмецкую процессуальную литературу, выработавшую три соотвѣтствующихъ понятія: абсолютной неспособности, относительной неспособности и подозрительности. Абсолютно неспособными (absolut unfähig) къ исполненію судейскихъ обязанностей считались судьи, не обладающіе качествами, необходимыми для занятія судейскихъ должностей, и лишившіеся этихъ качествъ во время службы (напр., сошедшіе съ ума, оглохшіе, ослѣпшіе). Участіе такихъ судей въ производствѣ дѣлъ вело въ общемъ германскомъ процессѣ къ ничтожности судебнаго рѣшенія и всѣхъ процессуальныхъ дѣйствій. Относительно неспособными (inhabilis, relativ unfähig) считались судьи, неспособные къ справедливому разрѣшенію опредѣленныхъ дѣлъ вслѣдствіе личной заинтересованности въ ихъ исходѣ, а подозрительными (suspectus, verdächtig, befangen)—тѣ, безпристрастіе которыхъ представлялось тяжущимся сомнительнымъ въ силу

---

[1]) L. 12 § 2 D. de jud. (5,1), L. 17 h. t. L. 1 § 11 D. qu. appel. (49, 4). L. 5 pr. D. de injur. (47, 10). C. 12 C. de jud. (3, 1).

какой-либо иной основательной причины. Какъ относительная неспособность, такъ и подозрительность могли служить причиной къ устраненію судьи только по требованію сторонъ или по заявленію самого судьи. Разница между ними состояла въ томъ, что основанія неспособности были точно опредѣлены правомъ, и, при наличности ихъ, устраненіе судьи было обязательно, тогда какъ основанія подозрительности не были перечислены, и въ доказательство ея тяжущіеся могли ссылаться на всевозможныя обстоятельства [1]), при чемъ должны были доказать наличность такихъ обстоятельствъ или подтвердить ихъ присягой (juramentum perhorrescentiae), вопросъ же о томъ, насколько указанныя обстоятельства свидѣтельствуютъ о подозрительности судьи, разрѣшался тѣмъ судомъ, къ составу котораго принадлежалъ отводимый судья, или же высшимъ въ порядкѣ подчиненности.

Дѣйствующій германскій уставъ считаетъ основаніями устраненія и самоустраненія судей неспособность, подъ которой понимаетъ относительную неспособность и подозрительность. Объ абсолютной неспособности онъ умалчиваетъ, но такъ какъ и она можетъ встрѣчаться на практикѣ, то не остается ничего иного, какъ примѣнять въ этихъ случаяхъ по аналогіи правила, установленныя для относительной неспособности [2]). Сходныя постановленія объ устраненіи судей содержатся въ австрійскомъ законодательствѣ, которое, въ отличіе отъ германскаго устава, не только

---

[1]) Tancredus: „Causa recusationis unica est, sc. suspicio, quae consurgit multis ex causis“ (Wetzell, 423, Anm. 21).

[2]) Wach, 334, Anm. 5; Hellwig, § 79 1 d. Разница между неспособностью и подозрительностью судьи проявляется въ четырехъ отношеніяхъ. Во-1-хъ, причины первой перечислены въ законѣ, а о второй просто сказано, что она „имѣетъ мѣсто, при наличности причины, способной оправдать недовѣріе къ безпристрастію судьи“. Во-2-хъ, неспособный судья устраняется отъ участія въ дѣлѣ самимъ судомъ, какъ по отводу стороны, такъ и безъ него, а подозрительный—по отводу стороны или заявленію самаго судьи. Въ-3-хъ, отводъ противъ неспособнаго судьи можетъ быть заявленъ въ теченіе всего производства, а противъ подозрительнаго только въ началѣ процесса. Въ-4-хъ, участіе въ дѣлѣ судьи, подлежавшаго, по закону, устраненію, является основаніемъ къ обжалованію рѣшенія въ ревизіонномъ порядкѣ и къ предъявленію иска о недѣйствительности судебнаго рѣшенія, если отводъ противъ судьи не былъ оставленъ безъ послѣдствій при производствѣ дѣла; участіе же подозрительнаго судьи можетъ быть основаніемъ къ обжалованію въ указанномъ порядкѣ только въ томъ случаѣ, когда судья былъ по отводу устраненъ, но все-таки продолжалъ участвовать въ дѣлѣ (§§ 41—48, 551, п. 2, 579, п. 2).

даетъ судьѣ право, но и обязываетъ его заявить о существованіи причинъ, по которымъ стороны могли бы возбудить отводъ въ виду его неспособности или подозрительности [1]). Такъ же поступаетъ и венгерскій уставъ.

На другой точкѣ зрѣнія стоитъ французскій уставъ: онъ совершенно не проводитъ различія между неспособностью и подозрительностью судей, а прямо указываетъ основанія, которыя даютъ сторонѣ право заявить отводъ противъ судьи, и обязываютъ самого судью возбудить вопросъ о своемъ устраненіи. Отводъ долженъ быть заявленъ въ началѣ процесса, за исключеніемъ того случая, когда причина устраненія возникла или стала извѣстна тяжущемуся позже. Если отводъ не былъ заявленъ или былъ оставленъ безъ послѣдствій, то участіе судьи въ производствѣ дѣла не влечетъ недѣйствительности рѣшенія и не служитъ поводомъ къ его обжалованію. Сторона, заявившая неосновательный отводъ, подвергается штрафу въ размѣрѣ не ниже 100 франковъ (ст. 378—396).

Наше дореформенное законодательство не формулировало вполнѣ опредѣленно разницы между неспособностью и подозрительностью, но она лежала въ основѣ его постановленій. Такъ, перечисливъ въ 8 пунктахъ „причины подозрѣнія со стороны истца и отвѣтчика“, которыя „пріемлются въ уваженіе“ (ст. 299 2 части X тома Свода зак.), законъ добавлялъ: „сверхъ означенныхъ причинъ подозрѣнія, истецъ и отвѣтчикъ могутъ приводить и другія, о которыхъ разумный судья самъ разсудить можетъ, ибо законами всѣхъ оныхъ опредѣлить въ точности невозможно“ (ст. 300). Вмѣстѣ съ тѣмъ законъ предписывалъ судьямъ въ двухъ изъ указанныхъ имъ случаяхъ подозрѣнія, именно при наличности родства или свойства (до внучатнаго) между судьей и тяжущимся, устранять себя независимо отъ отвода сторонъ, а въ двухъ другихъ случаяхъ—при наличности болѣе отдаленнаго свойства или дружбы съ тяжущимся—„объявлять о семъ прочимъ членамъ суда, отъ которыхъ зависитъ разрѣшеніе, быть ли въ такомъ случаѣ судьѣ при слушаніи дѣла, или не быть“ (ст. 303).

---

[1]) Зак. объ учрежд. суд., § 22; зак. объ отпр. суда, §§ 19—25; уст. суд., § 529, и. 1. Венг., §§ 59—63.

Составители судебныхъ уставовъ предпочли послѣдовать примѣру французскаго устава, уничтожили отводъ судей по подозрѣнію и перечислили въ самомъ законѣ основанія неспособности, при наличности которыхъ судьи обязаны устранять себя отъ участія въ производствѣ дѣла, а тяжущіеся имѣютъ право отводить ихъ.

III. Дѣйствующій уставъ различаетъ слѣдующія основанія къ отводу и самоустраненію судей.

1. Судья подлежитъ устраненію отъ участія въ производствѣ такого дѣла, въ которомъ онъ самъ, его жена, усыновленный имъ или его усыновитель, близкіе родственники (въ прямой линіи безъ ограниченія степеней, а въ боковыхъ—до четвертой степени включительно) и свойственники (первыхъ трехъ степеней) участвуютъ въ дѣлѣ (ст. 667, п. 1). Такъ какъ по терминологіи устава участвующими въ дѣлѣ лицами являются истецъ, отвѣтчикъ и третьи лица (ст. 660, 792, п. 3, 797, п. 3, 799), а за лицъ, состоящихъ подъ опекой „ищутъ и отвѣчаютъ на судѣ ихъ опекуны“ (ст. 16), за несостоятельныхъ должниковъ—конкурсныя управленія и администраціи (ст. 21, 22), за юридическихъ лицъ—ихъ представители (ст. 26), то подъ лицами, „принимающими участіе въ дѣлѣ“, слѣдуетъ понимать какъ тяжущихся, такъ и ихъ представителей и третьихъ лицъ. Противъ такого пониманія разсматриваемой статьи нельзя возражать, что она, какъ имѣющее значеніе исключенія, не подлежитъ распространительному толкованію [1]), ибо каждому закону долженъ быть придаваемъ тотъ смыслъ, который соотвѣтствуетъ его дѣйствительному значенію и преслѣдуемой имъ цѣли, а съ этой точки зрѣнія, въ видахъ лучшаго огражденія безпристрастія судей, ради чего и введено разсматриваемое правило, предпочтительнѣе широкое толкованіе его. Въ такомъ смыслѣ высказался и сенатъ, признавшій, что близкое родство (70 № 1191) и свойство (72 № 517) между судьей и повѣреннымъ тяжущагося являются основаніями къ устраненію судьи отъ участія въ производствѣ дѣла.

---

[1]) Анненковъ, III, 283—284. Это традиціонное правило толкованія ошибочно. См. мое „Ученіе о толкованіи законовъ“, 1901, стр. 274—275, 286—287, 307—308.

Подъ родствомъ слѣдуетъ понимать не только законное родство, основанное на происхожденіи отъ законнаго брака, но и естественное—въ тѣхъ, конечно, предѣлахъ, въ какихъ законъ придаетъ ему юридическое значеніе [1]), именно, родство между внѣбрачнымъ ребенкомъ и 1) его родителями (ст. 132[4—7] зак. гражд.), 2) его нисходящими и 3) его единоутробными внѣбрачными братьями и сестрами съ ихъ законными нисходящими (ст. 132[14]).

Что касается отношеній по усыновленію, то законъ упоминаетъ только о томъ случаѣ, когда судья является усыновителемъ, а тяжущійся—его усыновленнымъ. Но это правило слѣдуетъ распространить по аналогіи и на противоположный случай: когда судья—усыновленный одного изъ тяжущихся, ибо такимъ образомъ, по справедливому замѣчанію Анненкова, „не устанавливается какое-либо новое основаніе отвода, въ законѣ не предусмотрѣнное", а примѣняется указанное закономъ основаніе (усыновленіе) къ непредусмотрѣнному частному случаю [2]).

2. Другимъ основаніемъ къ устраненію судьи законъ считаетъ отношенія по опекѣ: когда судья состоитъ опекуномъ котораго-либо изъ тяжущихся (ст. 667, п. 2). Законъ говоритъ только объ опекѣ и умалчиваетъ о попечительствѣ. Этотъ пробѣлъ долженъ быть восполненъ по аналогіи въ томъ смыслѣ, что судья не можетъ участвовать въ разрѣшеніи такого дѣла, въ которомъ однимъ изъ тяжущихся является лицо, состоящее подъ его попечительствомъ. Хотя попечитель и „мало заинтересованъ въ дѣлахъ несовершеннолѣтняго" [3]), но все-таки заинтересованъ, а главное, долженъ контролировать дѣйствія несовершеннолѣтняго при заключеніи имъ юридическихъ сдѣлокъ (ст. 220 гражд. зак.).

3. Такое же значеніе имѣютъ отношенія по управленію дѣлами: если судья управляетъ дѣлами одного изъ тяжущихся или, наоборотъ, одинъ изъ тяжущихся состоитъ управляющимъ

---

[1]) Гольмстенъ, 46.

[2]) Анненковъ, III, 282. Подтвержденіемъ правильности такого вывода служитъ 3 п. 373 ст., по которому устраняются по отводамъ тяжущихся отъ свидѣтельства одинаково усыновители и усыновленные противной стороны, сдѣлавшей ссылку на нихъ.

[3]) На этомъ основаніи Анненковъ рѣшаетъ вопросъ въ противоположномъ смыслѣ (III, 285).

дѣлами судьи, то судья обязанъ устранить себя отъ участія въ дѣлѣ (ст. 667, п. 2). Законъ говоритъ объ „управленіи дѣлами или имѣніемъ судьи", т.-е., *всѣми* дѣлами и *всѣмъ* имуществомъ, имѣя въ виду близкія отношенія, при которыхъ судья и тяжущійся настолько связаны общностью матеріальныхъ интересовъ, что юридически отождествляются. Это бываетъ, напр., въ слѣдующихъ случаяхъ: когда судья выдалъ тяжущемуся полную довѣренность на управленіе всѣми своими дѣлами; когда судья состоитъ предсѣдателемъ правленія общества взаимнаго кредита, являющагося стороной въ данномъ дѣлѣ (86 № 76), или предсѣдателемъ земской управы, предъявившей у него искъ (72 № 569). Напротивъ, нельзя считать основаніемъ къ устраненію судьи, если одною изъ сторонъ являются управляющій домомъ или арендаторъ имѣнія судьи (74 № 604), повѣренный судьи по другому дѣлу (70 № 985), земство, гласнымъ котораго онъ состоитъ (70 № 505).

4. Судья не можетъ участвовать въ разборѣ дѣла, если онъ или его жена являются ближайшими законными наслѣдниками одного изъ тяжущихся (ст. 667, п. 3).

5. Причиной устраненія судьи служитъ также то обстоятельство, что судья или его жена состоятъ противниками одного изъ тяжущихся въ другомъ дѣлѣ (ст. 667, п. 3). Законъ употребляетъ терминъ: „когда судья или жена его... имѣютъ съ однимъ изъ тяжущихся тяжбу". Подъ „тяжбами" въ уставѣ гражд. судопр., какъ и вообще въ судебныхъ уставахъ, разумѣются только гражданскія дѣла (см. стр. 592). Но въ данномъ случаѣ дѣйствительному смыслу закона больше соотвѣтствуетъ пониманіе этого термина въ обширномъ смыслѣ всякаго спорнаго дѣла, которое ведется судьей или его женой съ однимъ изъ тяжущихся въ одномъ учрежденіи—не только судебномъ, но и административномъ и церковномъ, такъ какъ основаніемъ разсматриваемаго правила служитъ то соображеніе, что всякій процессъ вызываетъ въ спорящихъ сторонахъ чувство непріязни, обиды и раздраженія, препятствующее имъ относиться другъ къ другу спокойно и объективно.

Но ьо всѣхъ такихъ процессахъ судья долженъ принимать участіе въ качествѣ частнаго лица, такъ какъ если онъ выступаетъ въ роли органа государственной власти, то для личной

вражды къ противной сторонѣ нѣтъ столь сильнаго побужденія. Поэтому не можетъ служить поводомъ къ устраненію судьи то обстоятельство, что одинъ изъ тяжущихся оказалъ неуваженіе къ судьѣ какъ должностному лицу, и что объ этомъ производится уголовное дѣло (80 № 6).

Другое ограниченіе состоитъ въ томъ, что для устраненія судьи по причинѣ производящагося между нимъ и одною изъ тяжущихся сторонъ дѣла необходимо, чтобы это дѣло возникло раньше того, въ которомъ заявляется отводъ противъ судьи, такъ какъ въ противномъ случаѣ тяжущіеся могли бы по произволу устранять нежелательныхъ для нихъ судей, возбуждая противъ нихъ завѣдомо неосновательныя дѣла, вслѣдствіе чего „для нѣкоторыхъ дѣлъ могло бы не найтись ни одного судьи“ [1]). Равнымъ образомъ, не могутъ служить поводомъ къ устраненію судьи уже оконченныя дѣла между нимъ и одною изъ тяжущихся сторонъ (74 № 864).

6. Судья подлежитъ устраненію, если онъ участвовалъ въ разрѣшеніи его въ низшей инстанціи (ст. 146 учр. суд. уст. и 180 ст. уст. гражд. суд.).

Основаніе этого правила заключается въ томъ, что судья не можетъ съ полнымъ безпристрастіемъ провѣрять правильность своихъ собственныхъ дѣйствій. Но это основаніе отпадаетъ въ тѣхъ случаяхъ, когда судья не участвовалъ въ постановленіи рѣшенія, а совершалъ въ низшей инстанціи только отдѣльныя процессуальныя дѣйствія, напр., производилъ допросъ свидѣтелей, если только на эти его дѣйствія не принесена жалоба, подлежащая разсмотрѣнію въ высшей инстанціи (68 №№ 303, 495).

IV. Вотъ и всѣ основанія къ устраненію судей, перечисленныя въ дѣйствующемъ законодательствѣ. Несомнѣнно, что этотъ перечень недостаточенъ, ибо существуютъ другія, не менѣе, а иногда и болѣе важныя основанія. Такъ, судья можетъ быть лично заинтересованъ въ исходѣ дѣла вслѣдствіе того, что онъ связанъ съ однимъ изъ тяжущихся общностью правъ или обязанностей, напр., состоитъ соучастникомъ въ общей собственности или въ товариществѣ, является легатаріемъ по завѣщанію, о дѣйствительности котораго идетъ споръ, несетъ отвѣтственность предъ

---

[1]) Исаченко, 840.

тяжущимся въ силу регресса [1]), и т. п. Далѣе, возможно, что судья участвовалъ въ данномъ процессѣ въ качествѣ свидѣтеля или эксперта [2]); что судья, его жена или близкіе родственники ведутъ въ другомъ судѣ аналогичный процессъ [3]); что судья состоитъ кредиторомъ или должникомъ одной изъ сторонъ [4]); что онъ находится въ явно дружескихъ или враждебныхъ отношеніяхъ съ тяжущимся [5]); что онъ имѣетъ процессъ, гдѣ будетъ судьей одинъ изъ тяжущихся [6]). Наконецъ, мыслимы и такіе случаи, когда судья является женихомъ или сожителемъ истицы или отвѣтчицы, когда жена судьи бросила его и живетъ съ однимъ изъ тяжущихся, и т. д. [7]). Всѣхъ такихъ обстоятельствъ нельзя даже предусмотрѣть напередъ, а между тѣмъ не подлежитъ сомнѣнію, что они способны неблагопріятнымъ образомъ вліять на разрѣшеніе дѣлъ. Въ виду этого и сенату пришлось, несмотря на молчаніе закона, допустить отводъ судьи, когда онъ является соучастникомъ въ общей собственности съ одною изъ сторонъ, хотя бы лично не предъявлялъ иска (70 № 1561), или если онъ давалъ свидѣтельское показаніе по разбираемому дѣлу (70 № 822). Вмѣстѣ съ тѣмъ сенатъ призналъ за судьями право возбуждать вопросъ о своемъ устраненіи и въ непредусмотрѣнныхъ закономъ случаяхъ (72 № 172) [8]).

---

[1]) Герм. уст., § 41, п. 1. Австр. уст. судоустр., § 20, п. 1. Венг., § 59, п. 1.

[2]) Германскій уст., § 41, п. 4, 6. Австр., § 20, п. 4, 5. Франц., ст. 378, п. 8. Венг., § 59, п. 5. Нашъ уст. угол. суд., ст. 600, п. 2.

[3]) Франц., ст. 378, п. 3. 2 ч. X т. Св. зак., ст. 299 п. 6.

[4]) Франц., ст. 378, п. 4.

[5]) Франц., ст. 378, п. 8, 9.

[6]) 2 ч. X т. Св. зак., ст. 299, п. 7.

[7]) Нѣкоторые процессуалисты присоединяютъ сюда еще тѣ случаи, когда въ рѣшеніи дѣла участвуютъ „мнимые судьи", т.-е., лица, не назначенные судьями въ законномъ порядкѣ (присвоившіе себѣ судебную власть), или же судьи, уже уволенные отъ должности (Wach, 334, Anm. 5; Малышевъ, I, 109). Но какъ тѣ, такъ и другіе—вовсе не судьи. Ихъ столь же неправильно называть судьями, какъ причислять, напр., къ женатымъ людямъ—жениховъ или вдовцовъ. Что касается слѣпоты и глухоты, которыя считались въ Римѣ причинами абсолютной неспособности судей, то современныя законодательства о нихъ умалчиваютъ. Поэтому, онѣ имѣютъ такое же значеніе, какъ всякія иныя фактическія обстоятельства, нарушающія правильный ходъ производства, въ родѣ, напр., того, что одинъ изъ судей заснулъ во время засѣданія. Hellwig, § 79, 1 d.

[8]) Проектъ новой редакціи устава гражд. суд. вноситъ нѣсколько дополненій въ 667 ст., прибавляя къ числу указанныхъ въ ней основаній къ устраненію судей еще

V. Послѣдствія участія въ процессѣ судьи, подлежавшаго устраненію, не указаны въ уставѣ. Имѣя въ виду, что законъ предоставляетъ тяжущимся право заявить отводъ противъ судей въ перечисленныхъ 667 ст. случаяхъ не позже перваго засѣданія по существу дѣла, послѣ чего заявленіе отвода допускается только при томъ условіи, если причина къ устраненію возникла въ теченіе производства (ст. 669), необходимо прійти къ выводу, что если тяжущійся своевременно не заявилъ отвода, то участіе въ разсмотрѣніи дѣла такого судьи, который могъ быть отве-

---

близкое родство или свойство судьи съ повѣреннымъ одной изъ сторонъ и участіе судьи въ предшествовавшемъ производствѣ дѣла въ качествѣ свидѣтеля, свѣдущаго лица или повѣреннаго (ст. 557). Но и этого, конечно, недостаточно—въ виду того, что проектъ новой редакціи, какъ и дѣйствующая редакція устава, не допускаютъ отвода судей по подозрительности. Обойтись безъ понятія „подозрительности" невозможно, хотя вовсе не потому, что между нею и неспособностью имѣется принципіальная разница, какъ думаетъ, напр., Нефедьевъ, по мнѣнію котораго „въ интересѣ государства устраняется судья относительно неспособный, въ интересѣ тяжущихся—судья подозрительный" (Устраненіе, стр. 8). Съ такой точки зрѣнія оказалось бы, что государство заинтересовано въ томъ, чтобы судья не проявилъ пристрастія въ дѣлѣ своей жены или своего племянника, но не заинтересовано въ томъ, чтобы онъ справедливо разрѣшилъ дѣло своей невѣсты или друга дѣтства. Очевидно, это невѣрно. Государству важно, чтобы правосудіе отправлялось безпристрастно во всѣхъ дѣлахъ. Точно такъ же и каждому тяжущемуся желательно, чтобы судья не покривилъ душой въ пользу противной стороны по какому бы то ни было поводу. Поэтому устраненіе какъ неспособныхъ судей, такъ и подозрительныхъ необходимо въ интересахъ и государства, и тяжущихся; если же приходится проводить различіе между неспособностью и подозрительностью, то просто потому, что одни обстоятельства въ огромномъ большинствѣ случаевъ (близкое родство и свойство, бракъ, отношенія по опекѣ, управленію дѣлами и проч.), при нормальныхъ условіяхъ, должны оказать вліяніе на отношеніе судьи къ дѣлу, а другія обстоятельства (напр., дальнее родство, пріятельскія отношенія и т. п.) иногда могутъ побудить судью къ пристрастію, но могутъ и не повліять на него. Какія именно обстоятельства должны быть включены въ первую группу, этотъ вопросъ разрѣшенъ на основаніи долгаго практическаго опыта германскимъ и австрійскимъ уставами почти одинаково, такъ что выработанные ими перечни могутъ быть воспроизведены безъ измѣненія. Составители судебныхъ уставовъ ограничили право тяжущихся отводить судей только по указаннымъ въ 667 статьѣ основаніямъ—изъ боязни, „что предоставленіе тяжущимся слишкомъ широкаго права просить объ устраненіи судей можетъ повести на практикѣ къ заявленію безконечныхъ и самыхъ неосновательныхъ притязаній, служащихъ къ напрасному обремененію судебныхъ мѣстъ, а иногда и къ самому замедленію дѣла" (объясн. къ 667 ст.). Но не говоря уже о томъ, что лучше допустить нѣсколько неосновательныхъ отводовъ судей, чѣмъ открыть просторъ для нарушенія судейскаго безпристрастія, существуютъ средства противъ злоупотребленій тяжущихся въ видѣ разрѣшенія заявлять отводы только въ началѣ дѣла и угрозы денежнымъ штрафомъ за явно неосновательныя заявленія.

день, не влечетъ недѣйствительности рѣшенія и не можетъ служить поводомъ къ его обжалованію: молчаніе тяжущагося должно быть разсматриваемо какъ отказъ отъ права отвода (86 № 76, 75 № 188, 72 № 332, и др.). Что касается судьи, не возбудившаго вопроса о самоустраненіи, то онъ можетъ быть привлеченъ къ дисциплинарной отвѣтственности за неисполненіе своей служебной обязанности (67 № 422) [1].

Б. Стороны [2].

§ 69.

Положеніе сторонъ.

I. Такъ какъ исковой процессъ представляетъ собою провѣрку судомъ юридическаго требованія, заявленнаго однимъ лицомъ по отношенію къ другому, то субъектами процесса являются, кромѣ суда, два лица: во-первыхъ, заявившее какое-либо юридическое требованіе и, во-вторыхъ, другое, по отношенію къ которому это требованіе заявлено. Первое ищетъ судебной помощи, второе должно держать отвѣтъ предъ судомъ. Поэтому первое называется истцомъ, а второе—отвѣтчикомъ [3].

---

[1]) Исаченко, III, 841—842.

[2]) Малышевъ, I, §§ 36, 37; Азаревичъ, I, 336 и сл., Гольмстенъ, 91—96. Энгельманъ, §§ 18. 23; Нефедьевъ, §§ 56—59; Исаченко. Основы гражданскаго процесса, 1904.

Barazetti. Zur Lehre von der Processfähigkeit, 1885; Stegemann. Die Parteien im Process (Zt. Zp., 17 B.); Petersen. Ueber den Parteibegriff (ib., 18 B); Bunsen. Die Parteien im Civilprocesse (ib., 26); Ehemann. Der Parteibegriff, 1898; Schott. Das Armenrecht mit Beitrag zur Lehre vom Parteibegriff, 1900; Rosenthal, Die Sachlegitimation, 1903; Thiele. Wer ist Partei (Arch. civ. Pr. 82 B.). Fuchs. Zur Lehre von der Processfähigteit etc. (Gruchot's Beitr., 38 B.); Thiele. Jd. (ib., 39 B.).

Bayer, § 18 ff.; Renaud, § 45 ff.; Wetzell, § 5 ff.; Osterloh, § 109; Wach, §§ 46—48; Schmidt, § 50. Hellwig, I, § 23, 43 ff.; II, § 111 ff; Weismann, I, § 22 ff.; Kleinfeller, § 37 ff.; Canstein, § 11; Skedl, § 13 ff.; Pollak, § 21 ff.; Schrutka, § 66 ff., Chiovenda, § 34.

[3]) Въ прежнихъ процессуальныхъ законахъ (2 ч. X т. Св. зак., ст. 160) эти термины опредѣлялись такъ: „истецъ есть тотъ, кто отыскиваетъ свое право или ищетъ

Истецъ—активная, наступающая сторона. Онъ возбуждаетъ процессъ; онъ дѣйствуетъ; онъ домогается судебной помощи; онъ жалуется суду на отвѣтчика. Оттого въ иностранныхъ языкахъ онъ именуется дѣятелемъ (actor), просителемъ (demandeur), жалобщикомъ (Kläger).

Отвѣтчикъ—сторона пассивная, обороняющаяся (défendeur), обвиняемая (reus, Beklagte). Онъ не нападаетъ, а только отражаетъ нападаніе истца, не проситъ судебной помощи, а старается, чтобы она не была оказана истцу.

Истецъ и отвѣтчикъ носятъ вмѣстѣ названіе сторонъ (parties, parties, Parteien), или тяжущихся (litigantes), а также—тяжущихся сторонъ (Streittheile).

Положеніе въ процессѣ сторонъ, въ отличіе отъ судей и другихъ принимающихъ участіе въ производствѣ лицъ (свидѣтелей, повѣренныхъ, экспертовъ, третьихъ лицъ, приставовъ и проч.), характеризуется слѣдующими признаками: 1) стороны ведутъ процессъ отъ своего собственнаго имени („дѣло Иванова съ Петровымъ"); 2) на ихъ имя выносится судебное рѣшеніе („разсмотрѣвъ дѣло по иску Иванова къ Петрову, судъ постановилъ..."); 3) на нихъ распространяется въ полной мѣрѣ сила судебнаго рѣшенія; 4) на нихъ падаютъ издержки производства; 5) въ случаѣ смерти или потери правоспособности кѣмъ-либо изъ нихъ, его мѣсто въ процессѣ занимается его наслѣдниками [1]).

Напротивъ, повѣренные, свидѣтели, эксперты, и проч. принимаютъ участіе въ чужомъ процессѣ, не связываются лично законной силой рѣшенія, не несутъ судебныхъ издержекъ, не передаютъ своей процессуальной роли наслѣдникамъ. Исключеніе составляютъ третьи лица—пособники, которые во многомъ приравниваются къ сторонамъ. Объ этомъ будетъ рѣчь въ особенной части курса.

Такимъ образомъ, сторонами являются лица, отъ имени которыхъ ведется процессъ [2]).

что-либо на другомъ поданнымъ о томъ въ судъ прошеніемъ. Отвѣтчикъ есть тотъ, кто долженъ дать въ судѣ *отвѣтъ на поданное истцомъ прошеніе*". Въ дѣйствующемъ уставѣ такого опредѣленія нѣтъ.

[1]) Hellwig, § 111; Canstein, § 11, II; Petersen, 39 ff. Bunsen, 212 ff.

[2]) Опредѣленіе понятія „сторонъ" вызвало много споровъ въ нѣмецкой и австрійской литературѣ. Старые писатели держались того мнѣнія, что подъ „сторонами"

Взаимное отношеніе сторонъ опредѣляется *принципомъ равноправности* (стр. 371—372).

Однако естественное различіе между наступленіемъ и обороной не можетъ не сказываться на ихъ процессуальномъ положеніи. Въ общемъ положеніе отвѣтчика выгоднѣе, ибо легче защищаться, чѣмъ нападать (favorabiliores sunt partes rei quam actoris). Отвѣтчикъ можетъ пассивно ожидать, чтобы истецъ доказалъ правильность своего требованія, и ограничиться отпариpованіемъ его доказательствъ и доводовъ, причемъ если требованіе истца не будетъ доказано, отвѣтчикъ считается побѣдившимъ (actore non probante reus absolvirtur) и можетъ взыскать съ истца судебныя издержки.

слѣдуетъ понимать активныхъ и пассивныхъ субъектовъ того матеріально-правового отношенія, которое изслѣдуется судомъ въ процессѣ (res in judicium deducta), или, говоря точнѣе, тѣхъ лицъ, которыя выдаютъ себя за субъектовъ этого матеріальнаго правоотношенія. (Bayer, § 19; Wetzell, §§ 5, 9; Renaud, §§ 45, 46 и др., а изъ позднѣйшихъ процессуалистовъ: Planck, I, 199—200, 206; Canstein, § 11, A, Engelmann, III, 189; Skedl, § 13; Thiele (Arch., 38, 43, 50; Gruch., 602); у насъ: Гольмстенъ, 91; Энгельманъ, 100; Нефедьевъ, § 56). Видоизмѣненіемъ этого опредѣленія является другое, по которому сторонами называются лица, осуществляющія въ процессѣ свой юридическій интересъ отъ собственнаго имени. (Bolgiano, Handbuch, I, 108; Barazetti, 3; Petersen, 15; Bunsen, 203; Fuchs, 261; Азаревичъ, I, 338). Принимая такое опредѣленіе, Вахъ указалъ вмѣстѣ съ тѣмъ, что оно непримѣнимо къ тѣмъ случаямъ, когда въ роли стороны выступаетъ не субъектъ спорнаго матеріально-правового отношенія, а кто-либо другой, что возможно, по германскому уставу, въ процессахъ, гдѣ одною изъ сторонъ является такое коллективное цѣлое (общество, товарищество, компанія), за которымъ не признается характера юридическаго лица. Въ этихъ случаяхъ субъектами правъ, о которыхъ идетъ процессъ, являются отдѣльныя лица, образующія коллективное цѣлое, а стороной въ процессѣ выступаетъ это цѣлое черезъ своихъ представителей, подобно юридическому лицу. Отсюда Вахъ заключилъ, что необходимо различать формальное и матеріальное понятія „стороны". Въ формальномъ смыслѣ ею является всякій, ведущій процессъ отъ своего имени, а въ матеріальномъ смыслѣ—тотъ, „въ чьемъ интересѣ оказывается судебная защита, кто объявилъ себя активнымъ или пассивнымъ субъектомъ матеріальнаго правоотношенія, составляющаго предметъ спора" (стр. 518). Такое раздвоеніе понятія „стороны" можно было бы допустить если бы послѣдствія дѣятельности формальной стороны (представителя коллективнаго цѣлаго) не выходили за предѣлы процесса и не отражались на гражданско-правовомъ положеніи матеріальной стороны (отдѣльныхъ лицъ, составляющихъ коллективное цѣлое). Но такъ какъ формальная сторона, ведущая процессъ, имѣетъ право, въ силу принципа диспозитивности, распоряжаться судьбой объекта процесса (посредствомъ признанія, мировой сдѣлки, отказа отъ средствъ защиты), то, значитъ, она является вмѣстѣ съ тѣмъ и субъектомъ спорнаго матеріально-правового отношенія

Съ другой стороны, положеніе истца лучше въ томъ отношеніи, что съ него не можетъ быть присуждено въ пользу отвѣтчика ничего, кромѣ судебныхъ издержекъ (actor non condemnatur) [1]).

Изъ самаго существа спорнаго, или искового, производства слѣдуетъ, что каждый процессъ предполагаетъ наличность двухъ сторонъ съ противоположными интересами.

Отсюда вытекаютъ слѣдующія положенія.

Во-первыхъ, роли истца и отвѣтчика не могутъ быть совмѣщаемы въ одномъ лицѣ точно такъ же, какъ несовмѣстимы роли кредитора и должника. Если такое сліяніе произойдетъ, напр., вслѣдствіе того, что истецъ сталъ наслѣдникомъ умершаго во время производства отвѣтчика, то процессъ долженъ прекратиться. Въ самомъ дѣлѣ, „если бы процессъ продолжался, то оказалось бы, что истецъ ведетъ тяжбу съ самимъ собой, и что каково бы ни было судебное рѣшеніе, онъ ничего не выиграетъ и не проиграетъ отъ него“ [2]) т.-е., процессъ превратился бы въ пустую забаву безъ всякаго реальнаго значенія.

(см. стр. 580). Вмѣсто раздвоенія понятія „стороны“ нѣкоторые предложили совершенно упразднить матеріальное понятіе и ограничиться однимъ формальнымъ, разумѣя подъ „сторонами“ просто „лицъ, ведущихъ процессъ“. (Oetker, Jurist. Literaturblatt, 1890, 189: „res in judicium deducens und is contra quem res in judicium deducitur“; Stegemann, 357; Kohler, Grundr., § 16). Противъ такого опредѣленія справедливо возражали, что оно чересчуръ широко, такъ какъ подъ него подойдутъ опекуны, душеприказчики и другія лица, ведущія процессы не отъ своего имени и не несущія ни судебныхъ издержекъ, ни матеріально-правовыхъ послѣдствій судебнаго рѣшенія (Petersen, 8 ff.; Bunsen, 201). Устранить этотъ недостатокъ формальнаго опредѣленія можно, дополнивъ его указаніемъ, что стороны ведутъ процессъ „отъ собственнаго имени“ (Petersen, 39; Rosenthal, 17—18; Chiovenda, 481). Но добавлять сюда еще, что стороны имѣютъ юридическій интересъ въ разрѣшеніи дѣла, нѣтъ надобности, такъ какъ наличность юридическаго интереса не является субъективнымъ качествомъ лицъ, ведущихъ процессы, а представляетъ собою одно изъ объективныхъ условій (предположеній) процесса. Еще менѣе основанія указывать въ опредѣленіи „сторонъ“, что онѣ должны быть субъектами спорнаго матеріально-правового отношенія. Это—одно изъ доказательствъ наличности юридическаго интереса.

[1]) Присужденіе съ истца возможно только въ случаѣ предъявленія отвѣтчикомъ встрѣчнаго иска. Но производство по встрѣчному иску представляетъ особый процессъ, гдѣ отвѣтчикъ является истцомъ.

[2]) Малышевъ, I, 184. Однако нѣкоторые полагаютъ, что иногда одно и то же лицо бываетъ какъ истцомъ, такъ и отвѣтчикомъ, и указываютъ на дѣла о возстановленіи нарушеннаго владѣнія, гдѣ владѣніе можетъ быть присуждено или истцу или отвѣтчику, а также на дѣла о раздѣлѣ общаго имущества, гдѣ истецъ можетъ

Во-вторыхъ, въ тѣхъ случаяхъ, когда истецъ обязанъ, по закону, предъявить искъ для огражденія своихъ правъ, а между тѣмъ противной стороны, т.-е., лица, заинтересованнаго въ оспариваніи правъ истца, либо совершенно нѣтъ, либо временно нельзя опредѣлить, законъ искусственно создаетъ отвѣтную сторону, чтобы сдѣлать возможнымъ исковое производство. Это бываетъ въ дѣлахъ брачныхъ, гдѣ роль отвѣтчика, за отсутствіемъ такового, исполняетъ прокуроръ, и въ искахъ „къ лицу умершаго“ (ст. 215), гдѣ интересы наслѣдниковъ, еще не вступившихъ во владѣніе наслѣдственнымъ имуществомъ, защищаетъ опекунъ.

II. Предъявить искъ можетъ каждый: и восьмилѣтній ребенокъ, и сумасшедшій, и лишенный всѣхъ правъ состоянія. Равнымъ образомъ, искъ можетъ быть направленъ противъ каждаго: и противъ новорожденнаго младенца, и противъ безвѣстно отсутствующаго, и противъ запрещеннаго закономъ сообщества. Но для того, чтобы вести начатое дѣло дальше, чтобы оно не было прекращено въ самомъ началѣ, а дошло до разрѣшенія по существу, необходимо обладать: 1) способностью быть стороной въ процессѣ (Parteifähigkeit), или, иначе, процессуальной правоспособностью, и 2) способностью самостоятельно вести процессъ, т.-е., процессуальной дѣеспособностью (Prozessfähigkeit, legitima persona standi in judicio).

быть принужденъ къ уступкѣ части общаго имущества другимъ соучастникамъ. (Азаревичъ, I, 339; Малышевъ, I, 186). Это вѣрно по отношенію къ римскому и германскому общему процессу, гдѣ въ указанныхъ случаяхъ судъ дѣйствительно могъ постановить двойственное рѣшеніе (judicia duplicia) и, не довольствуясь отказомъ въ искѣ, присудить объектъ спора цѣликомъ или въ части отвѣтчику (Wetzell, § 46 в.). Но нашему процессу такіе случаи неизвѣстны. Дѣла о возстановленіи нарушеннаго владѣнія заканчиваются либо удовлетвореніемъ иска, либо отказомъ въ немъ, но никакъ не присужденіемъ владѣнія отвѣтчику, потому что, согласно принципу диспозитивности, судъ не въ правѣ выходить за предѣлы требованій сторонъ (ст. 706) и могъ бы присудить владѣніе отвѣтчику только въ томъ случаѣ, если бы тотъ заявилъ объ этомъ требованіе въ формѣ встрѣчнаго иска. Что же касается исковъ о раздѣлѣ общаго имущества (точнѣе: общаго наслѣдства, т. к. уставъ предусматриваетъ только его въ ст. 1409 и сл.), то они разбираются въ порядкѣ охранительнаго производства, а исковому подлежать только иски о передѣлѣ, которые въ сущности представляютъ собою требованія о дополнительномъ надѣлѣ (ст. 1332 гражд. зак.; ст. 1420 уст. гр. суд.; 77 №№ 142, 201) и могутъ оканчиваться тоже только удовлетвореніемъ или отказомъ.

Въ нашемъ уставѣ термины „правоспособность и дѣеспособность“ не употребляются, а для обозначенія обоихъ этихъ понятій безразлично примѣняются выраженія: „способность отыскивать и защищать на судѣ свои права“ (ст. 17, 18), „право искать и отвѣчать на судѣ“ (ст. 20, 21, 26, 27, 69, п. 4, 571, п. 4) и даже „право ходатайствовать въ судѣ“ (ст. 584, п. 3) [1]). Въ виду такой неустойчивости терминологіи, необходимо въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ устанавливать, идетъ ли рѣчь о правоспособности или о дѣеспособности [2]).

§ 70.

Процессуальная правоспособность.

Процессуальная правоспособность соотвѣтствуетъ гражданской правоспособности: подобно тому, какъ послѣдняя представляетъ собой способность быть субъектомъ юридическихъ отношеній, носителемъ гражданскихъ правъ и обязанностей, такъ и процессуальная правоспособность заключается въ возможности быть субъектомъ процесса, стороной, обладать процессуальными правами.

Процессуальная правоспособность—одно изъ проявленій гражданской правоспособности, именно отраженіе ея въ процессѣ. Въ самомъ дѣлѣ, разъ за кѣмъ-либо признана способность вступать въ юридическія отношенія и обладать правами, то ему должна быть предоставлена и возможность обращаться къ суду въ случаѣ надобности защитить свои права отъ нарушенія: иначе его права не имѣли бы никакой цѣны, никакого реальнаго значенія, и самое существованіе ихъ было бы поставлено въ зависимость отъ доброй воли другихъ лицъ, которыя могли бы безнаказанно нарушать ихъ. Поэтому процессуальная правоспособность должна сопутствовать гражданской: каждое правоспособное лицо должно имѣть право быть субъектомъ процесса.

---

[1]) Въ проектѣ новой редакціи устава эта путаница не устранена (ст. 24—31).

[2]) Малышевъ (1, 186 и сл.) смѣшиваетъ правоспособность съ дѣеспособностью. Сенатъ иногда называетъ дѣеспособность правоспособностью (72 № 1049, 95 № 58, и др.).

Вмѣстѣ съ тѣмъ, такъ какъ гражданская правоспособность не у всѣхъ лицъ одинакова, то и процессуальная не можетъ быть одинаковой: она не можетъ идти дальше гражданской правоспособности. Допустить противное значило бы разрѣшить гражданамъ начинать процессы о такихъ правахъ, какими они не могутъ обладать, и которыхъ судъ не можетъ за ними признать, т.-е., слѣдовательно, напрасно обременять суды совершенно безплодной работой.

Отсюда слѣдуетъ, что *каждый можетъ быть стороной въ процессѣ въ предѣлахъ своей гражданской правоспособности* [1]).

Это положеніе выражено въ ст. 17 и 18 уст. гр. суд. По 17 ст. „каждый признается способнымъ отыскивать и защищать на судѣ свои права; исключенія изъ сего правила означены въ нижеслѣдующихъ статьяхъ", а по 18 ст. „лишенные всѣхъ правъ состоянія, со времени объявленія имъ окончательнаго судебнаго о томъ приговора, не могутъ искать и защищать на судѣ тѣ *права, которыхъ они лишены*". Послѣднія, подчеркнутыя слова показываютъ, что процессуальная правоспособность простирается только до границъ гражданской. Такъ, напр., если монахи лишены права наслѣдованія (ст. 1109 X т. I ч.), то они не могутъ вести наслѣдственныхъ процессовъ; юридическое лицо обладаетъ лишь имущественной правоспособностью, а слѣдовательно, не можетъ быть стороной въ брачномъ процессѣ [2]).

Отсюда вытекаетъ, что процессуальной правоспособностью обладаютъ: 1) физическія лица и 2) юридическія лица. Какъ тѣмъ, такъ и другимъ процессуальная правоспособность принадлежитъ въ той мѣрѣ, въ какой за ними признана гражданская правоспособность. Поэтому для опредѣленія предѣловъ ихъ процессуальной правоспособности необходимо обращаться къ нормамъ матеріальнаго права.

---

[1]) Вепг. уст., § 70: „стороной можетъ быть тотъ, кто правоспособенъ въ силу гражданскаго права". Аналогично, герм. уст., § 50.

[2]) Въ 18 статьѣ бросается въ глаза несоотвѣтствіе между началомъ ея („лишенные *всѣхъ* правъ состоянія") и концомъ („*тѣ права*, которыхъ они лишены"). Казалось бы, что если кто-либо лишенъ всѣхъ правъ, то, значитъ, онъ не можетъ искать и защищать на судѣ никакихъ правъ. Это несоотвѣтствіе объясняется тѣмъ обстоятельствомъ, что лишенные всѣхъ правъ могутъ вновь пріобрѣтать нѣкоторыя права въ мѣстѣ ссылки (уст. о ссыльн., ст. 422 и сл.), а слѣдовательно, могутъ и защищать ихъ судебнымъ порядкомъ.

Исключеніе сдѣлано закономъ только для иностранцевъ, пользующихся правомъ внѣземельности, т.-е., входящихъ въ составъ иностранныхъ посольствъ и облеченныхъ дипломатическимъ званіемъ (95 № 15): къ нимъ не могутъ быть предъявляемы иски о взысканіи денегъ. Съ такими требованіями кредиторы должны обращаться въ министерство иностранныхъ дѣлъ, которое принимаетъ мѣры къ удовлетворенію ихъ (ст. 224).

Наоборотъ, не имѣютъ процессуальной правоспособности, во-1-хъ, союзы людей и общества, не являющіяся, по закону, юридическими лицами, и, во-2-хъ, имущества, временно не имѣющія собственника, но не признаваемыя закономъ юридическими лицами.

1. Общества и союзы, за которыми не признано закономъ значенія юридическихъ лицъ, представляютъ собою совокупности физическихъ лицъ, хотя и объединенныхъ какою-нибудь общей цѣлью, но съ юридической точки зрѣнія не составляющія одного цѣлаго, отличнаго отъ входящихъ въ его составъ членовъ. Ни самостоятельнаго имущества, ни самостоятельныхъ правъ или обязанностей такія общества или союзы не могутъ имѣть; все принад-

---

Въ нашемъ правѣ имѣется постановленіе, разсматриваемое нѣкоторыми (А з а р е в и ч ъ, I, 344), какъ ограниченіе одной лишь процессуальной правоспособности. Это—запрещеніе дѣтямъ предъявлять къ своимъ родителямъ иски о вознагражденіи за личныя обиды (ст. 168 гр. зак.), т.-е., иски о безчестіи (ст. 667—669 гр. зак.) и о вознагражденіи за ущербъ въ кредитѣ или имуществѣ, происшедшій вслѣдствіе личной обиды (ст. 670 гр. зак.). Въ дѣйствительности здѣсь имѣется не ограниченіе процессуальной правоспособности, а нѣчто совсѣмъ иное. Законъ предоставляетъ всякому потерпѣвшему отъ преступленія, въ томъ числѣ отъ личной обиды (оскорбленія чести) лицу право получить съ виновника вознагражденіе за причиненные его преступнымъ дѣяніемъ убытки (ст. 644 гр. зак.). Въ этихъ случаяхъ въ пользу потерпѣвшаго возникаетъ обязательство изъ преступнаго нарушенія его права (obligatio ex delicto), которое можетъ быть осуществлено путемъ предъявленія иска (т. назыв. деликтнаго). Но дѣти лишены права предъявлять деликтные иски въ случаѣ нанесенія имъ личной обиды ихъ родителями. Почему? Потому, что это, съ точки зрѣнія нашего закона, несовмѣстимо съ существованіемъ родительской власти надъ дѣтьми, независимо отъ возраста послѣднихъ (ст. 164 гр. зак.); потому, что никакія дѣйствія родителей по отношенію къ своимъ дѣтямъ не могутъ считаться оскорбительными для дѣтей, которыя „должны оказывать родителямъ чистосердечное почтеніе, послушаніе, покорность и любовь... и сносить родительскія увѣщанія и исправленія терпѣливо и безъ ропота“ (ст. 177 зак. гр.); словомъ, потому, что родители не могутъ совершать по отношенію къ дѣтямъ преступленія, именуемаго личной обидой подобно тому, какъ не могутъ совершать такого же преступленія по отношенію другъ къ другу супруги (угол. 69 №№ 551, 612). Слѣдовательно, деликтный искъ дѣтей къ

лежитъ отдѣльнымъ лицамъ, образующимъ ихъ, а потому быть стороной въ процессѣ могутъ только эти лица, всѣ совокупно [1]).

родителямъ изъ-за личныхъ обидъ недопустимъ просто вслѣдствіе невозможности такого преступленія со стороны родителей. Разсматривать этотъ случай, какъ ограниченіе процессуальной правоспособности, все равно, что относить къ числу такихъ ограниченій недопустимость иска о вознагражденіи за убытки, причиненные лицомъ, дѣйствующимъ въ предѣлахъ своего права или по законному требованію правительства (ст. 684 гр. зак.).

[1]) Въ германскомъ правѣ процессуальная правоспособность признавалась раньше и признается теперь за лишенными гражданской правоспособности обществами и союзами (торговыми товариществами и разнаго рода другими обществами, не имѣющими правъ юридическаго лица). Такіе общества и союзы могутъ быть субъектами процесса, хотя, не будучи юридическими лицами, не являются субъектами тѣхъ правъ, которыя защищаются ими въ процессѣ, и которыми обладаютъ въ дѣйствительности отдѣльныя физическія лица, входящія въ составъ этихъ обществъ и союзовъ. Вслѣдствіе такого отдѣленія процессуальной правоспособности отъ гражданской, возникаетъ рядъ вопросовъ, затруднительныхъ для разрѣшенія: считать ли членовъ общества или союза участвующими въ дѣлѣ лицами, могутъ ли они быть въ этомъ дѣлѣ свидѣтелями, могутъ ли вступать въ него въ качествѣ третьихъ лицъ, распространяется ли на нихъ сила судебнаго рѣшенія, можетъ ли взысканіе по этому рѣшенію быть обращено непосредственно на ихъ имущество, и т. д. Число этихъ недоразумѣній увеличилось еще больше послѣ изданія новеллы 1898 г., которая признала за обществами и союзами, не получившими правъ юридическаго лица, процессуальную правоспособность только въ половинномъ размѣрѣ, дозволивъ имъ быть отвѣтчиками, но не упомянувъ о правѣ быть истцами (§ 50 герм. устава: „стороной способенъ быть тотъ, кто правоспособенъ; допускается предъявленіе иска къ союзу, не обладающему правоспособностью; онъ занимаетъ въ процессѣ положеніе правоспособнаго союза“). Догматическая конструкція этихъ случаевъ вызвала большое разногласіе въ литературѣ. Одни считаютъ дѣйствительными субъектами процесса все-таки всѣхъ отдѣльныхъ членовъ коллективнаго цѣлаго (Petersen, 59 ff.), другіе—самые союзы и общества (Schmidt, 328; Bunsen, 275); третьи — тѣхъ лицъ, которыя выступаютъ въ процессѣ отъ имени обществъ и союзовъ, т.-е., органы ихъ (Stegemann, 373); четвертые—самостоятельныя имущественныя массы, принадлежащія этимъ обществамъ и союзамъ и приравниваемыя въ процессуальномъ отношеніи къ юридическимъ лицамъ (Hellwig, I, § 45). Бахъ (§ 46, II) считаетъ такіе союзы субъектами не въ матеріальномъ смыслѣ, а только въ формальномъ. Нельзя не согласиться со Скедлемъ (§ 13, прим. 2), что въ признаніи за союзомъ процессуальной правоспособности въ какихъ-либо предѣлахъ заключается само собою и признаніе его гражданской правоспособности въ тѣхъ же предѣлахъ просто потому, что въ самостоятельномъ правѣ искать и отвѣчать по суду содержится право распоряжаться лежащими въ основаніи иска матеріальными правами. Въ самомъ дѣлѣ, въ силу принципа диспозитивности, тяжущійся имѣетъ полную возможность распоряжаться объектомъ процесса: прекращать дѣло мировой сдѣлкой, дѣлать на судѣ уступки и признанія, отказываться отъ иска или отъ средствъ защиты противъ иска, и т. д. Но если такъ, если, напр., повѣренный общества признаетъ на судѣ правильнымъ предъявленный къ обществу искъ о платежѣ наемныхъ денегъ за квартиру, и

2. Лишены процессуальной правоспособности также имущественныя массы, хотя и составляющія одно хозяйственное цѣлое и временно не имѣющія собственника, но въ то же время не признаваемыя закономъ юридическими лицами.

Онѣ принимаютъ участіе въ экономическомъ оборотѣ, благодаря тому, что управленіе ими предоставляется, по закону, особымъ лицамъ—опекунамъ и душеприказчикамъ. Эти лица могутъ вести и процессы, касающіеся управляемыхъ ими имуществъ, но не въ качествѣ самостоятельныхъ субъектовъ, не отъ своего личнаго имени и не за свой собственный счетъ, а отъ имени отсутствующихъ собственниковъ и за счетъ управляемаго имущества, изъ котораго покрываются издержки производства и на которое распространяются матеріальныя послѣдствія судебныхъ рѣшеній [1]).

это признаніе ставится судомъ въ основу рѣшенія, значитъ судъ, удостовѣряетъ, что общество состоитъ должникомъ истца, съ которымъ заключило договоръ найма квартиры, что оно, слѣдовательно, способно пріобрѣтать права и обязанности изъ договоровъ, т.-е., правоспособно. Поэтому, если законъ даетъ кому-либо право выступать въ тѣхъ или иныхъ случаяхъ стороной въ процессѣ, то это въ сущности представляетъ собою косвенное признаніе за даннымъ лицомъ гражданской правоспособности въ извѣстныхъ предѣлахъ. Съ этой точки зрѣнія постановленіе § 50 германскаго устава, снабжающее лишенные гражданской правоспособности союзы и общества пассивной процессуальной правоспособностью, постановленіе, вызванное политическими соображеніями, именно стремленіемъ побудить союзы къ регистраціи (Schmidt, 329) является юридической уродливостью, свидѣтельствующей о томъ, что законодатель не желаетъ прямо и въ полной мѣрѣ признать гражданскую правоспособность за всѣми обществами и союзами, а, уступая настоятельнымъ потребностямъ гражданскаго оборота, удѣляетъ имъ частицу ея, и то косвенно, подъ маской пассивной процессуальной правоспособности.

1) На вопросъ, отъ чьего имени выступаютъ душеприказчики и опекуны, даются процессуалистами самые различные отвѣты (Petersen, 12 ff.; Bunsen, 253 ff.; Skedl, 122 Anm.). Но вдаваться въ оцѣнку споровъ по этому предмету было бы въ курсѣ процесса неумѣстно, потому что опекуны и душеприказчики дѣйствуютъ не только въ процессѣ, но и внѣ его, завѣдуя и управляя имущественными массами, такъ что опека и душеприказчичество—институты не процессуальные, а матеріально-правовые, конструкція которыхъ относится къ матеріальному гражданскому праву.

§ 71.

Процессуальная дѣеспособность.

Процессуальная дѣеспособность аналогична гражданской дѣеспособности и состоитъ въ возможности самостоятельно осуществлять свою правоспособность какъ личными своими дѣйствіями, такъ и черезъ посредство уполномочиваемыхъ на это лицъ. Говоря иначе, процессуальная дѣеспособность представляетъ собою признанную закономъ за даннымъ лицомъ способность осуществлять принадлежащія ему процессуальныя права [1]).

Не всякое правоспособное лицо дѣеспособно: новорожденный младенецъ или безумный, запертый въ домѣ для умалишенныхъ, могутъ имѣть права, но не въ состояніи лично осуществлять ихъ. Точно такъ же и процессуальная правоспособность не всегда сопровождается процессуальной дѣеспособностью. Процессуальная дѣеспособность по существу своему аналогична способности къ совершенію сдѣлокъ. Кого законъ признаетъ способнымъ вступать въ договоры и принимать на себя обязательства, того нѣтъ основанія лишать права самостоятельнаго веденія своихъ судебныхъ процессовъ, потому что результатомъ неудачнаго веденія ихъ можетъ быть въ худшемъ случаѣ потеря спорнаго права и возникновеніе обязанности уплатить судебныя издержки. Еще менѣе раціонально было бы обратное: признать процессу-

---

[1]) Разница между дѣеспособными и недѣеспособными въ процессуальномъ отношеніи лицами состоитъ не въ томъ, что первыя могутъ лично совершать юридическія дѣйствія, а вторыя дѣйствуютъ черезъ представителей. Дѣеспособныя лица тоже могутъ имѣть представителей (повѣренныхъ). Дѣло не въ этомъ, а въ томъ, что дѣеспособныя лица могутъ дѣйствовать какъ лично, такъ и уполномочивать на это другихъ лицъ, а недѣеспособнымъ не предоставлено ни то, ни другое: они всегда замѣняются *законными* представителями, избраніе которыхъ не зависитъ отъ ихъ воли. Нѣкоторые вводятъ въ опредѣленіе дѣеспособности указаніе на возможность веденія не только своихъ, но и чужихъ процессовъ (напр., Бахъ, стр. 533: „способность совершать имѣющія юридическую силу процессуальныя дѣйствія за себя или за другихъ лицъ, лично или черезъ избраннаго представителя“). Но это можетъ повести къ неправильному выводу, будто каждому, имѣющему право вести свои дѣла, разрѣшается вести и чужія, тогда какъ, при существованіи спеціальнаго класса адвокатовъ, прочіе граждане лишены права заниматься веденіемъ чужихъ дѣлъ, за немногими только изъятіями.

альную дѣеспособность за тѣмъ, кто лишенъ гражданской. Если кто-либо не имѣетъ права обязываться по договорамъ и распоряжаться своимъ имуществомъ, то непослѣдовательно предоставить ему право вести самостоятельно свои судебныя дѣла, изъ которыхъ могутъ возникать для него обязательства, и гдѣ онъ можетъ прямо (посредствомъ мировой сдѣлки) или косвенно (путемъ отказа отъ требованія, признанія, пренебреженія средствами защиты) распорядиться своимъ имуществомъ, составляющимъ предметъ процесса.

По этимъ основаніямъ иностранные уставы признаютъ процессуальную дѣеспособность за каждымъ въ той мѣрѣ, въ какой онъ можетъ обязываться договорами [1]).

Но два элемента, входящіе въ составъ понятія процессуальной дѣеспособности — права личнаго ходатайства по дѣламъ и право поручать его повѣренному по своему выбору—иногда отдѣляются одно отъ другого такимъ образомъ, что первый элементъ отпадаетъ, а сохранятся только второй. Въ такомъ случаѣ говорятъ, что данное лицо не имѣетъ *права личнаго ходатайства* въ судѣ (jus postulandi, Postulationsfähigkeit). Въ Римѣ, напр., были лишены этого права несовершеннолѣтніе до 17 лѣтъ и глухіе, а въ современныхъ государствахъ континентальной Европы (во Франціи, Германіи, Австріи и др.)—всѣ тяжущіеся, имѣющія дѣла въ коллегіальныхъ судахъ обязаны дѣйствовать черезъ представителей-адвокатовъ.

Нашъ уставъ не содержитъ въ себѣ какого-либо общаго опредѣленія процессуальной дѣеспособности и ея предѣловъ, а его постановленія относительно отдѣльныхъ категорій лицъ, ограниченныхъ въ дѣеспособности или совершенно лишенныхъ ея, страдаютъ неполнотой и пробѣлами. Такъ, говоря въ 19 ст. о несовершеннолѣтнихъ, состоящихъ подъ опекой, онъ умалчиваетъ о несовершеннолѣтнихъ, состоящихъ подъ попечительствомъ; упоминая въ той же статьѣ о безумныхъ и умалишенныхъ, онъ упускаетъ изъ виду нѣмыхъ и глухонѣмыхъ; обязывая расточителей увѣдомлять опекунское учрежденіе о каждомъ возникшемъ дѣлѣ (ст. 20), онъ не указываетъ послѣд-

---

[1]) Герм., § 52; австр., § 1; венг., § 71.

ствій исполненія и неисполненія этой обязанности, и т. д. Въ виду этого правила устава должны быть толкуемы въ связи съ постановленіями гражданскихъ законовъ и въ соотвѣтствіи съ ними. Въ результатѣ примѣненія такого пріема оказывается, что и по нашему дѣйствующему законодательству границы процессуальной и общегражданской договорной дѣеспособности совпадаютъ.

Необходимо различать два разряда лицъ, ограниченныхъ въ процессуальной дѣеспособности: одни не имѣютъ ея совершенно, такъ что никогда и ни при какихъ условіяхъ не могутъ самостоятельно вести своихъ судебныхъ дѣлъ, другія же не имѣютъ права вести только нѣкоторыя изъ своихъ судебныхъ дѣлъ или совершать нѣкоторыя, особенно важныя процессуальныя дѣйствія. Первыя *лишены процессуальной дѣеспособности*, вторыя—*ограничены* въ ней.

I. *Лишенными процессуальной дѣеспоспособности* являются, по нашему праву: 1) несовершеннолѣтніе, не достигшіе 17 лѣтъ, 2) душевнобольные, состоящіе подъ опекой, 3) глухонѣмые и нѣмые, не достигшіе 21 года или, хотя и достигшіе, но состоящіе подъ опекой, и 4) юридическія лица.

1. Ст. 19 говоритъ: „за всѣхъ, состоящихъ подъ опекою какъ по несовершеннолѣтію, такъ и по душевнымъ или физическимъ недугамъ, ищутъ и отвѣчаютъ на судѣ ихъ родители или опекуны". Согласно гражданскимъ законамъ, надъ несовершеннолѣтними, не достигшими 14 лѣтъ и обыкновенно называемыми малолѣтними (ст. 213), назначаются опекуны (ст. 225), которые совершаютъ вмѣсто малолѣтнихъ и отъ ихъ имени всѣ юридическія сдѣлки (ст. 217, 218, 266 и сл.) и ведутъ ихъ процессы (ст. 274 и 282: „опекунъ обязанъ имѣть ходатайство по всѣмъ судебнымъ дѣламъ малолѣтняго"). Въ одинаковомъ юридическомъ положеніи съ малолѣтними находятся несовершеннолѣтніе, въ возрастѣ отъ 14 до 17 лѣтъ, которые хотя и могутъ просить о замѣнѣ опеки надъ ними попечительствомъ, но все-таки остаются недѣеспособными и не въ правѣ самостоятельно вступать въ юридическія сдѣлки (ст. 219). Только по достиженіи 17 лѣтъ они пріобрѣтаютъ нѣкоторую долю дѣеспособности и переходятъ въ разрядъ лицъ, не лишенныхъ дѣеспособности, а

только ограниченныхъ въ ней (ст. 220). До назначенія опекуновъ, право ходатайствовать на судѣ за малолѣтнихъ принадлежитъ ихъ родителямъ (74 № 243, 95 № 96).

2. Надъ душевнобольными опека назначается по предварительномъ офиціальномъ освидѣтельствованіи ихъ (ст. 368 гр. зак.), такъ что до этого они являются дѣеспособными наравнѣ со всѣми совершеннолѣтними лицами (ст. 221), хотя бы ихъ болѣзнь была несомнѣнна (75 № 250).

3. Глухонѣмые и нѣмые считаются состоящими подъ опекой до совершеннолѣтія (ст. 381), т.-е., значитъ, приравниваются къ малолѣтнимъ до 14 л. По достиженіи 21 г. они подвергаются освидѣтельствованію, результатомъ чего можетъ быть либо объявленіе ихъ дѣеспособными, либо назначеніе къ нимъ попечителей, либо оставленіе ихъ подъ опекой (ст. 381). Въ послѣднемъ случаѣ они продолжаютъ быть лишенными дѣеспособности, при чемъ опекуны надъ ними пользуются тѣми же правами, какъ и опекуны надъ малолѣтними (ст. 381) [1]).

4. Не обладаютъ процессуальной дѣеспособностью и юридическія лица. Отъ ихъ имени судебныя дѣла ведутся ихъ представительными органами, которые, въ свою очередь, лишены права личнаго ходатайства на судѣ, а могутъ только избирать для веденія дѣлъ особыхъ повѣренныхъ. Такъ, всякаго рода

---

[1]) Въ этихъ постановленіяхъ гражданскихъ законовъ относительно глухонѣмыхъ и нѣмыхъ имѣется существенный пробѣлъ: здѣсь ничего не говорится о положеніи тѣхъ глухонѣмыхъ и нѣмыхъ, которые не были освидѣтельствованы по достиженіи 21 года. Сенатъ высказалъ по этому вопросу слѣдующія положенія: 1) глухонѣмые и нѣмые, не освидѣтельствованные по достиженіи совершеннолѣтія, предполагаются недѣеспособными, пока не будутъ признаны дѣеспособными посредствомъ освидѣтельствованія (83 № 51), или пока ихъ дѣеспособность не установлена въ каждомъ данномъ случаѣ другимъ способомъ (76 № 593, 96 № 44), 2) грамотные глухонѣмые и нѣмые считаются дѣеспособными на общемъ основаніи (99 № 116). Для такого противопоставленія неграмотныхъ глухонѣмыхъ грамотнымъ нѣтъ никакого основанія въ законахъ, по смыслу которыхъ глухонѣмые и нѣмые предполагаются недѣеспособными, пока не доказано противное. Анненковъ. Система гражд. права, I, 1910, 219 и сл. Примѣняя это положеніе къ процессу, слѣдуетъ признать, что неосвидѣтельствованные глухонѣмые и нѣмые не могутъ быть допущены судомъ къ совершенію процессуальныхъ дѣйствій (подачѣ прошеній, жалобъ, объясненій и другихъ бумагъ отъ собственнаго своего имени), но имѣютъ право вести свои дѣла черезъ повѣренныхъ, если нотаріусы совершатъ отъ ихъ имени довѣренности, установивъ предварительно наличность у нихъ сознательной воли (ст. 106 и сл. нотар. пол.).

частныя общества, товарищества и компаніи допускаются къ участію въ дѣлахъ „не иначе, какъ въ лицѣ особаго повѣреннаго“ (ст. 27); казенныя управленія, являющіяся органами казны (1907 №№ 6 и 9), „ищутъ и отвѣчаютъ на судѣ не иначе, какъ въ лицѣ особыхъ уполномоченныхъ“ (ст. 1285); то же самое правило должно быть распространено по аналогіи на городскія и земскія учрежденія, а также на прочія юридическія лица (прим. къ 1282 ст., 81 № 189, 83 № 41, 74 № 836, 85 № 90, и др.).

Но изъ этого положенія существуютъ изъятія.

Первое изъятіе сдѣлано для полныхъ товариществъ (торговыхъ и неторговыхъ) и для торговыхъ домовъ, имѣющихъ торговую фирму. Отъ имени первыхъ могутъ вести дѣла тѣ изъ товарищей, которымъ предоставлено учредительскимъ договоромъ право распоряженія дѣлами товарищества, а отъ имени вторыхъ—лица, хотя и не состоящія товарищами, но получившія, въ силу учредительскаго договора, такое право распоряженія дѣлами торговаго дома (ст. 26) [1]).

Другое изъятіе имѣется въ томъ случаѣ, когда, за отсутствіемъ лица, къ которому можетъ быть предъявленъ искъ о законности рожденія, или въ дѣлахъ брачныхъ, роль отвѣтчика исполняетъ прокуроръ (ст. 1344, 1900 № 35). Прокуроръ выступаетъ здѣсь отъ имени государства, какъ публично-правового юридическаго лица, а не отъ имени казны.

II. Ограничены въ процессуальной дѣеспособности: 1) несовершеннолѣтніе, достигшіе 17 лѣтъ, 2) глухонѣмые и нѣмые, состоящіе подъ попечительствомъ, 3) лица, взятыя подъ опеку за расточительность, и 4) лица, объявленныя несостоятельными должниками.

1. Ст. 19 уст. гражд. суд. говоритъ вообще о несовершеннолѣтнихъ, безъ различія возраста, и поручаетъ веденіе ихъ судебныхъ дѣлъ опекунамъ, не упоминая о попечителяхъ, тогда какъ несовершеннолѣтніе, по достиженіи 17 лѣтъ, имѣютъ уже не опекуновъ, а попечителей. Молчаніе закона сенатъ сначала толковалъ въ томъ смыслѣ, что съ достиженіемъ 17 лѣтъ несо-

[1]) Нужно замѣтить, что вопросъ о томъ, являются ли товарищества полное и на вѣрѣ юридическими лицами, споренъ. Сенатъ рѣшаетъ его въ утвердительномъ смыслѣ (1887 № 42, 1908 № 49).

вершеннолѣтніе остаются процессуально недѣеспособными, а затѣмъ признанъ, что они пріобрѣтаютъ полную процессуальную дѣеспособность, такъ что могутъ вести свои судебныя дѣла самостоятельно, безъ участія попечителей (79 № 118, 76 № 203, 75 № 205). Но болѣе правильнымъ представляется толкованіе 19 ст. въ соотвѣтствіи съ постановленіями гражданскихъ законовъ, ибо изъ мотивовъ къ ст. 19 видно, что составители устава, въ виду ожидавшагося введенія новаго устава объ опекахъ, рѣшили „до окончательнаго утвержденія этого проекта, вошедшія въ сводъ 1857 г. и въ продолженія къ нему постановленія по сему предмету оставить безъ измѣненія". А это именно тѣ постановленія, которыя донынѣ сохранились въ гражданскихъ законахъ. Согласно имъ, несовершеннолѣтніе по достиженіи 17 л. пріобрѣтаютъ право самостоятельно управлять своимъ имуществомъ (ст. 220), а слѣдовательно, совершать необходимыя въ цѣляхъ управленія сдѣлки и вести возникающія отсюда судебныя дѣла. Въ остальныхъ отношеніяхъ они остаются ограниченными въ дѣеспособности и обязаны дѣйствовать не иначе, какъ съ согласія своихъ попечителей, а потому и вести свои процессы должны при участіи попечителей [1]).

Подъ понятіе управленія имущественными дѣлами подходитъ также извлеченіе дохода изъ своего личнаго труда, а потому несовершеннолѣтніе имѣютъ права самостоятельно заключать договоры личнаго найма (ст. 2202 гр. зак. воспрещаетъ это только несовершеннолѣтнимъ, состоящимъ подъ опекой), въ частности найма на фабричныя и сельскія работы (ст. 90 и 98 уст. промышл., 10 и 11 полож. о наймѣ на сельск. раб.).

2. Глухонѣмые и нѣмые, состоящіе подъ попечительствомъ,

---

[1]) Гольмстенъ, 94—95; Нефедьевъ, 115—116 (источно изложена сенатская практика); Исаченко, Основы, 401—404. Анненковъ (Система гражд. права, I, 214) присоединяется къ мнѣнію сената, съ тою оговоркой, высказанной раньше Побѣдоносцевымъ (Суд. рук., № 250), что для дѣйствительности мировыхъ соглашеній, признанія и другихъ актовъ, имѣющихъ характеръ распоряженія имуществомъ, необходимо согласіе попечителей. Однако уставъ объ этомъ молчитъ, и представляется даже неизвѣстнымъ, какимъ образомъ можетъ быть изъявляемо попечителями согласіе на то, чтобы несовершеннолѣтній, ведущій самостоятельно процессъ, не подалъ апелляціи на неблагопріятное для него рѣшеніе суда или не оспаривалъ вѣрности какого-либо фактическаго утвержденія противника.

находятся въ такомъ же юридическомъ положеніи, какъ и имѣющіе попечителей несовершеннолѣтніе, т.-е., могутъ вступать въ сдѣлки и вести свои судебныя дѣла только при участіи и съ согласія попечителей (ст. 381 гр. зак., 99 № 116).

3. Лица, надъ имуществомъ которыхъ учреждена опека вслѣдствіе признанія ихъ расточителями, сохраняютъ полную процессуальную дѣеспособность въ отношеніи къ дѣламъ, касающимся ихъ личныхъ правъ (наприм., семейныхъ, брачныхъ). Процессы же объ имуществѣ они могутъ вести только съ вѣдома своихъ опекуновъ и не въ правѣ безъ положительно выраженнаго тѣми согласія избирать повѣреннаго, оканчивать дѣла примиреніемъ, дѣлать на судѣ какія-либо уступки, предъявлять споръ о подлогѣ акта и вступать въ отвѣтъ по такому спору (ст. 20). Для этого они обязаны о каждомъ возникшемъ дѣлѣ доводить до свѣдѣнія опекунскаго учрежденія, такъ что пока расточитель не увѣдомилъ опекунскаго учрежденія, судъ не можетъ приступить къ разсмотрѣнію его иска, а если расточитель является отвѣтчикомъ, то судъ долженъ потребовать отъ истца копію искового прошенія и препроводить ее опекунскому учрежденію [1]). По полученіи такого увѣдомленія опекунъ, завѣдующій имуществомъ расточителя, имѣетъ право принять участіе въ процессѣ, начатомъ расточителемъ, на ряду съ самимъ расточителемъ, подобно тому, какъ тяжущійся можетъ вести процессъ совмѣстно со своимъ повѣреннымъ. Исполняя свою обязанность охранять имущественные интересы расточителя, опекунъ долженъ слѣдить за веденіемъ дѣла расточителемъ и исправлять его процессуальныя упущенія (напр., просить о вызовѣ дополнительныхъ свидѣтелей, представлять новые документы, подавать апелляціонныя, кассаціонныя и частныя жалобы, если расточитель не подалъ ихъ, и т. д.). Къ такому мнѣнію пришелъ сенатъ (90 № 66, 03 № 126), сначала отрицавшій за опекунами надъ расточителями право вмѣшиваться въ процессы послѣднихъ (73 № 801, 75 № 1013). Мало того, если для охраненія имущественныхъ интересовъ необходимо предъявленіе иска, а самъ расточитель этого не сдѣлалъ, или если искъ, касающійся имущества расточителя,

---

[1]) Шершеневичъ, Основы, 439—440.

предъявленъ кѣмъ-либо не къ расточителю, а къ опекуну, то опекунъ не только въ правѣ, но и обязанъ взяться за веденіе дѣла (90 № 66), такъ какъ въ противномъ случаѣ на него падетъ отвѣтственность за убытки, которые будутъ причинены имуществу расточителя по причинѣ „нерадѣнія“ опекуна (ст. 290 гр. зак.).

4. Лица, впавшія въ несостоятельность, по объявленіи ихъ несостоятельными должниками посредствомъ публикаціи (79 № 366), ограничиваются въ процессуальной дѣеспособности. Право вести судебныя дѣла объ ихъ имуществѣ переходитъ, смотря по обстоятельствамъ: 1) къ администраціи, если она учреждена (ст. 22), 2) къ присяжному попечителю совмѣстно съ наличными кредиторами, если должникъ уже объявленъ несостоятельнымъ, но конкурсъ еще не учрежденъ (ст. 428 уст. суд. торг., 1900 № 111), 3) къ конкурсному правленію (ст. 21) или, при невозможности избрать его, къ присяжному попечителю (ст. 15, прил. III къ 1400 ст. уст. гр. суд., 1903 № 36).

Но такъ какъ ограниченіе процессуальной дѣятельности несостоятельнаго должника установлено закономъ исключительно въ интересахъ его кредиторовъ съ цѣлью обезпечить имъ возможность покрыть свои долговыя требованія изъ имущества должника, то должникъ сохраняетъ право самостоятельно вести тѣ свои судебныя дѣла, которыя не грозятъ ущербомъ для кредиторовъ, а 1) именно дѣла относительно своихъ личныхъ правъ, какъ-то: семейныхъ, брачныхъ и др. (99 № 5, 80 № 279), 2) тѣ дѣла по имуществу, отъ веденія которыхъ отказались конкурсное правленіе (ст. 21) или, до учрежденія конкурса, присяжный попечитель вмѣстѣ съ наличными кредиторами (по аналогіи со ст. 21, 84 № 44), и 3) дѣла относительно имуществъ, не входящихъ, по закону, въ конкурсную массу (80 № 279 [1]).

---

[1]) Въ дополненіе къ понятіямъ процессуальной правоспособности и дѣеспособности Колеръ вводитъ понятіе процессуальнаго заступительства (Processstandschaft), а Гельвигъ—понятіе права веденія процесса (Processführungsrecht). Эти понятія представляются названнымъ ученымъ необходимыми для того, чтобы ввести въ догматическую систему процесса тѣ случаи, когда въ качествѣ сторонъ выступаютъ въ процессѣ лица, не являющіяся субъектами спорныхъ матеріально-правовыхъ отношеній, а дѣйствующія вмѣсто этихъ субъектовъ, но не въ качествѣ ихъ представителей. Такъ, по германскому праву, мужъ имѣетъ право въ нѣкоторыхъ случахъ самостоя-

ГЛАВА III.

Объекты искового процесса.

§ 72.

Искъ и его элементы [1]).

I. Объектомъ каждаго искового процесса служитъ то юридическое требованіе или тѣ юридическія требованія, которыя заявлены истцомъ. Они составляютъ предметъ спора между сто-

---

тельно, безъ полномочія, предъявлять иски въ защиту права собственности своей жены и производить взысканіе по принадлежащимъ ей обязательствамъ отъ своего имени (BGB § 1380); тяжущійся, отчудившій во время процесса спорное имущество или исковое требованіе другому лицу, продолжаетъ оставаться стороною въ процессѣ и вести его дальше, хотя уже переставъ быть субъектомъ спорнаго матеріальнаго правоотношенія (CPO §§ 265, 325); въ такомъ же положеніи находится опекунъ, назначенный для отвѣта по иску (CPO §§ 58, 494, 787), душеприказчикъ и проч. Kohler. Process als Rechtsverhältniss, 95 ff., Gesam. Beiträge, 1894, 295 ff; Hellwig, I, § 25—III, 4; §§ 48 ff. Но предложенныя этими учеными понятія совершенно излишни при правильномъ взглядѣ на „стороны въ процессѣ", которыми слѣдуетъ считать всѣхъ, кто ведетъ процессъ отъ своего имени, безразлично, касается ли дѣло его собственнаго правоотношенія или чужого. Тѣ же лица, которыя ведутъ дѣла не отъ своего имени (опекуны, душеприказчики и др.), являются не сторонами, а представителями сторонъ. Притомъ, понятія „процессуальнаго замѣстительства" и „права веденія дѣла" объединяютъ разнородные случаи ходатайствъ по чужому дѣлу, не объясняя причинъ, по которымъ это допускается, и которыя далеко не всегда одинаковы. Schmidt, 314—315.

[1]) Гольмстенъ. Принципъ тождества (Юрид. изслѣд., 1894, 276 и сл.); Гордонъ. Основаніе иска въ составѣ измѣненія исковыхъ требованій, 1902; Гордонъ. Иски о признаніи, 1906; Нефедьевъ. Ученіе объ искѣ, 1895; Малышевъ, I, § 50 и сл.; Гольмстенъ, 136—143, 147—152; Азаревичъ, II, 1—19; Нефедьевъ. Курсъ, §§ 1 и сл.; Яблочковъ, 1—9; Windscheid. Die Actio des röm. Civilrechts v. Standpunkt d. heut. R., 1856; Weismann. Die Feststellungsklage, 1879; Plosz. Beiträge zur Theorie des Klagerechts, 1880; Fischer. Recht und Rechtsschutz, 1889; Wach. Der Feststellungsanspruch. 1889; Ott. Die Feststellungsklage, 1899; Langheinecken. Der Urtheilsanspruch, 1899; Hellwig. Anspruch und Klagrecht, 1900; Bülow. Klage und Urtheil, 1903; Kisch. Beiträge zur Urtheilslehre, 1903; Eltzbacher. Die Unterlassungsklage, 1906; Stephan. Die Unterlassungsklage, 1908; Hölder. Ueber das Privatrecht als Objekt gerichtlicher Geltendmachung, 1909; Leonhard. Der Anspruchsbegriff (Zt. Zp. 15 B.); Oertmann. Die Incidentfeststellungsklage (ib., 22 B.); Flechtheim. Die Struktur der negativen Feststellungsklage (ib., 25); Oppermann. Zur Lehre von der Aende-

ронами; ихъ правомѣрность старается доказать истецъ и стремится опровергнуть отвѣтчикъ; ихъ изслѣдуетъ судъ; о нихъ постановляется рѣшеніе; они, въ случаѣ признанія ихъ правомѣрности, приводятся въ осуществленіе принудительнымъ путемъ. Словомъ, вокругъ нихъ, какъ вокругъ оси, вертится все судебное производство [1]).

---

rungsklage (ib., 38 B.); Heinsheimer. Klage und Widerklage (ib., 38 B.); Bolze. Der Anspruch (Gruchot's Beitr., 46 B.); Hellmann. Klagerecht etc. (Jahrb. f. Dogm. 31 B.); Schlossmann. Anspruch, Klage etc. (ib., 45 B.); Hölder. Ueber das Klagrecht (ib., 46 B.).

Wach, § 2; Hellwig, I, §§ 1, 8—10, 32, 33, 37—38, 57—62; Schmidt, § 64, 111—114; Weissmann, I, §§ 17—21; Kleinfeller, § 75; Canstein, § 4; Pollak, § 2; Schrutka, §§ 147—149; Garsonnet, Traité, II, § 289 ss.; Précis, № 68 ss.; Glasson, § 27; Boncenne, ch. V; Chiovenda, § 1; Simoncelli, c. III.

Windscheid, Pand., I, § 37 ff.; Dernburg, Pand. I, § 127; Regelsberger, I, § 13 ff; Unger. System. d. oesterr. Privatr., II, § 113 ff.

[1]) Старые писатели считали предметомъ процесса дѣйствія суда и сторонъ, упуская изъ виду, какъ правильно замѣтилъ Ветцель, что самъ-то процессъ представляетъ собою не что иное, какъ совокупность этихъ дѣйствій (стр. 35). Нѣкоторые причисляютъ къ объектамъ процесса доказательства, представляемыя тяжущимися. Но они служатъ въ дѣйствительности только средствами, съ помощью которыхъ судъ провѣряетъ правильность требованій сторонъ. Предметомъ процесса можетъ быть названо только то, что подвергается судебному изслѣдованію: никто же не называетъ объектомъ химическаго изслѣдованія манипуляцій самого химика или реактивовъ и инструментовъ, посредствомъ которыхъ онъ опредѣляетъ составъ и свойства анализируемаго вещества. Вахъ считаетъ объектомъ процесса, съ одной стороны, то матеріальное гражданское правоотношеніе, къ которому относится искъ, а съ другой стороны—право на судебную защиту, т.-е., „право истца, а также и отвѣтчика на оказаніе имъ юридической защиты путемъ процесса“ (§ 2, п. II и IV). По поводу послѣдняго Гельвигъ справедливо замѣтилъ, что судъ провѣряетъ требованіе истца, касающееся матеріальнаго правоотношенія, вслѣдствіе чего и судебное рѣшеніе распространяется на это отношеніе, а вовсе не на право истца или отвѣтчика требовать судебной защиты (I, 150, прим. 2). Но и матеріальное правоотношеніе не является само по себѣ объектомъ процесса, потому что судъ провѣряетъ его лишь постольку, поскольку оно служитъ основаніемъ для заявленнаго истцомъ требованія (см. ниже). Самъ Гельвигъ въ текстѣ курса смѣшиваетъ объектъ процесса съ предметомъ иска (I, стр. 150), а въ примѣчаніи на той же страницѣ (150) высказываетъ мнѣніе, будто „требованіе въ процессуальномъ смыслѣ есть каждое юридическое утвержденіе, представленное на разсмотрѣніе суда и тѣмъ сдѣлавшееся предметомъ процесса“, между тѣмъ какъ требованіе представляетъ собою не утвержденіе, а ходатайство, притязаніе, домогательство. Нѣкоторые процессуалисты называютъ объектомъ процесса „гражданское дѣло“ или „гражданско-процессуальное дѣло“, не опредѣляя въ точности, что слѣдуетъ разумѣть подъ этимъ терминомъ (Schrutka, § 101; Weismann, I, § 12; Pollak, § 3).

Требованія истца называются **исковыми** или просто **искомъ** (actio, action, Klage). Они заявляются суду въ формѣ просьбы, которая именуется **исковой** (libellus, demande, ajournement, citation, Klagbitte) или тоже **искомъ**. Вслѣдствіе этого терминъ „искъ" употребляется въ процессуальной теоріи [1]) и законодательствахъ въ двухъ значеніяхъ: формальномъ и матеріальномъ. Въ формальномъ смыслѣ, съ внѣшней стороны, искъ представляетъ собою ходатайство, съ которымъ истецъ обращается къ суду, домогаясь провѣрки и окончательнаго установленія правомѣрности своего требованія. Нашъ уставъ употребляетъ для означенія этого понятія выраженія „исковая просьба" (ст. 51, 55—58, 197), „просьба" (ст. 74, 349, п. 3, 52, 54, 29, п. 6) и „исковое прошеніе", если просьба заявляется въ письменной формѣ (ст. 53, 256, 257 и сл., 665, 666, 332). Въ матеріальномъ смыслѣ, т.-е., по содержанію и существу, искомъ называется самое требованіе, заявляемое въ исковой просьбѣ, т.-е., предметъ ея. Въ такомъ именно, матеріальномъ смыслѣ примѣняется терминъ „искъ" въ нашемъ уставѣ (ст. 366, 722, 146, 2, 3, 5, 6, 24, 25, 29—36, 38, 39 и др. [2]).

---

[1]) Другое значеніе придается термину „искъ" въ наукѣ гражданскаго права (см. дальше въ текстѣ).

[2]) „Искъ" иногда прямо противопоставляется „исковой просьбѣ", напр. въ ст. 55: „цѣною **иска** признается сумма, показанная въ **исковой просьбѣ**". Ср. ст. 258: „по каждому отдѣльному **иску** должно быть подано особое **исковое** прошеніе". Ср. ст. 340—342, 29, п. 6.

Для означенія понятія „требованіе" уставъ употребляетъ какъ самый терминъ „требованіе" (ст. 57, 69, п. 3, 131, 142, п. 3, 146, 314, 332—336, 571, п. 3, 694, 706, 722 и др.), такъ и описательныя выраженія: „что отыскиваетъ" (ст. 54, п. 4), „то, о чемъ онъ проситъ судъ постановить рѣшеніе" (ст. 257, п. 6), а также терминыы „предметъ иска" (ст. 61, п. 1), претензія (ст. 222), просьба (ст. 74, 349, п. 3). Въ гражд. законахъ встрѣчается еще слово „притязаніе" (ст. 558).

Для означенія отдѣльнаго процесса въ уставѣ обыкновенно употребляются термины „дѣло", „гражданское дѣло", „судебное дѣло" (ст. 4, 6, 10—16, 21, 23, 28, 37, 68 и мн. др.), „споръ" (ст. 222, 1298, 1307, 1340 и др.), „тяжба" (ст. 86, п. 4, 373, п. 4, 667, п. 3).

Проф. Нефедьевъ указалъ, что подъ искомъ въ нашемъ законодательствѣ понимается также вся дѣятельность истца въ теченіе всего процесса (Ученіе объ искѣ, 7—11). Но приведенные имъ примѣры изъ устава гражд. суд. и гражданскихъ законовъ свидѣтельствуютъ, что въ этомъ значеніи употребляется часто глаголъ „искать", существительное же „искъ" крайне рѣдко (только въ 1352 ст. уст., 566 и п. 7 ст. 683 гражд. зак.).

II. Когда собственникъ имущества, основываясь на своемъ правѣ собственности, требуетъ возвращенія этого имущества отъ незаконнаго владѣльца; когда отецъ предъявляетъ искъ о признаніи рожденнаго его женою ребенка незаконнымъ въ виду того, что тотъ прижитъ не съ нимъ; когда помѣщикъ домогается установленія въ свою пользу права проѣзда черезъ имѣніе сосѣда, такъ какъ его имѣніе окружено со всѣхъ сторонъ чужими владѣніями,—то каждый изъ этихъ истцовъ, въ сущности, требуетъ чтобы судъ постановилъ рѣшеніе опредѣленнаго содержанія („присудить", „признать", „установить") относительно опредѣленнаго предмета („требованія возвратить", „незаконнорожденности", „права проѣзда") на указываемомъ основаніи (въ виду „обладанія правомъ собственности", „прижитія ребенка съ другимъ лицомъ", „отсутствія выхода изъ имѣнія").

Такимъ образомъ въ каждомъ искѣ слѣдуетъ различать три составныя части: содержаніе, предметъ и основаніе [1]).

1. Содержаніемъ иска (иначе: цѣлью) является то дѣйствіе суда, котораго истецъ требуетъ, т.-е., постановленіе рѣшенія опредѣленнаго рода [2]).

Истецъ можетъ требовать, чтобы судъ призналъ за нимъ право собственности, право владѣнія или какое-либо иное право, присудилъ опредѣленную вещь, извѣстную сумму денегъ и т. д. Всѣ эти разнообразныя дѣйствія суда, а потому и направленные на нихъ иски сводятся къ тремъ группамъ.

А. Первую группу образуютъ иски, направленные на принудительное осуществленіе гражданскихъ правъ или, точнѣе, на признаніе требованій, вытекающихъ изъ субъективныхъ гражданскихъ правъ, правомѣрными и подлежащими принудительному осуществленію. Такой смыслъ имѣютъ, напр., иски собственника

---

[1]) Къ числу элементовъ иска иногда относятъ истца и отвѣтчика на томъ основаніи, что искъ вытекаетъ изъ юридическихъ отношеній между опредѣленными лицами. Но истецъ и отвѣтчикъ—субъекты процесса, а не иска. Существо виндикаціоннаго иска не измѣняется въ зависимости отъ того, предъявилъ ли его Ивановъ къ Петрову или Павловъ къ Сидорову. Гордонъ, Основаніе иска, 208 и сл.

[2]) Hellmann, 98; Hölder (Jahrb. 46 B., 276); Hellwig, I, § 1—III; II, § 64—III. Гордонъ, Основаніе иска, 1, 108 и сл.; Иски о признаніи, 3—5 (здѣсь дальнѣйшія литературн. указ.).

о возвращеніи захваченной отвѣтчикомъ вещи, кредитора—о взысканіи отвѣтчикомъ суммы, автора объ уплатѣ гонорара издателемъ.

Ст. 17 устава предоставляетъ каждому „отыскивать и защищать свои права". Въ гражданскихъ законахъ это общее положеніе повторяется въ конкретной формѣ примѣнительно къ отдѣльнымъ категоріямъ правъ. Такъ, ст. 690 постановляетъ: „каждый имѣетъ право отыскивать свое имущество изъ чужого неправильнаго владѣнія". Ст. 693 даетъ каждому право „искать удовлетворенія и вознагражденія посредствомъ суда въ случаѣ неисполненія по договорамъ и обязательствамъ, а также въ случаѣ обидъ, ущербовъ и убытковъ". Въ цѣломъ рядѣ другихъ статей (122, 131, 175, 274, 282, 532, 572, 609 и сл., 644 и сл., 683, 1529 и др.) говорится о правѣ требовать судебной защиты въ частныхъ случаяхъ.

Такъ какъ признаніе судомъ требованій истца подлежащими принудительному осуществленію равносильно присужденію отвѣтчика къ исполненію обязанностей, лежащихъ на немъ, то эти иски заслуживаютъ названія исковъ о присужденіи, исковъ съ исполнительной силой, или просто исполнительныхъ (actiones cum condemnatione, Verurtheilungs-, Leistungs-, Vollstreckungs-klagen). Точнѣе всего было бы назвать ихъ исками о присужденіи. Но такъ какъ удобнѣе употреблять, въ качествѣ опредѣленія, прилагательное, а терминъ „присудительный" не въ духѣ русскаго языка, то лучше остановиться на терминѣ „исполнительный", тѣмъ болѣе, что онъ употребляется въ нашемъ уставѣ именно для обозначенія производства по присужденію съ отвѣтчика опредѣленной суммы (ст. 896), —въ отличіе отъ предварительнаго признанія за истцомъ права на взысканіе.

Б. Второй разрядъ требованій, годный служить объектомъ гражданскаго процесса, образуютъ тѣ, которые направлены на признаніе, или, иначе, установленіе, подтвержденіе (констатированіе) судомъ наличности или отсутствія юридическаго отношенія. Напр., истецъ требуетъ признанія законности своего рожденія (ст. 1346 и сл.); недѣйствительности сдѣлки, заключенной подъ вліяніемъ принужденія или обмана; подтвержденіе обязанности собственника возобновить арендный контрактъ, срокъ котораго истекъ, и т. п.

Не будучи направлены на присужденіе отвѣтчика къ исполненію, а имѣя въ виду только предварительное установленіе или офиціальное признаніе правоотношеній, за которымъ еще можетъ послѣдовать искъ о присужденіи, эти иски носятъ названіе исковъ *безъ присужденія* (act. sine condemnatione), *предварительныхъ*, *преюдиціальныхъ* (praejudiciales) *установительныхъ*, или о *признаніи* (Feststellungs-, Anerkennungs-klage). Наиболѣе подходящимъ и удобнымъ для нихъ является терминъ: „установительные иски".

В. Наконецъ, третій разрядъ исковъ составляютъ тѣ, которые направлены на преобразованіе судомъ юридическихъ отношеній. Въ этихъ искахъ дѣло идетъ не о томъ, чтобы судъ помогъ истцу осуществить право, и не о томъ, чтобы судъ просто удостовѣрилъ существованіе или несуществованіе какого-либо юридическаго отношенія, а о томъ, чтобы судъ создалъ новое правоотношеніе или измѣнилъ, либо уничтожилъ уже существующее. Такіе иски называются преобразовательными (Rechtsgestaltungsklagen, Bewirkungsklagen).

Такъ, напр., если собственникъ земельнаго участка не имѣетъ доступа къ своей пашнѣ или къ своему лѣсу, лежащимъ внѣ участка и окруженнымъ владѣніями другихъ лицъ, то онъ можетъ предъявить искъ къ одному изъ этихъ лицъ о предоставленіи ему права проѣзда (ст. 450 гр. зак.). Судъ, найдя его требованіе основательнымъ, установитъ дорогу черезъ чужую землю, т.-е., создастъ новое, не существовавшее раньше правоотношеніе между истцомъ и отвѣтчикомъ, предоставивъ истцу такое право, какого у него до того не было: сервитутъ проѣзда. Точно такъ же судъ можетъ уничтожить существующее правоотношеніе, напр., расторгнуть бракъ раскольника по его просьбѣ (ст. 1356[1]).

2. Предметомъ иска служитъ все то, относительно чего истецъ домогается судебнаго рѣшенія. Съ этой стороны исполнительные иски рѣзко отличаются отъ установительныхъ и преобразовательныхъ. Предъявляя исполнительный искъ, тяжущійся добивается присужденія и принудительнаго осуществленія своего матеріально-правового требованія къ отвѣтчику: собственникъ требуетъ возврата своего имущества, кредиторъ—уплаты долга. Слѣдовательно, предметъ исполнительнаго иска—матеріально-правовое требованіе истца къ отвѣтчику (Anspruch). Установи-

тельные и преобразовательные иски направлены на признаніе наличности или отсутствія, на созданіе, измѣненіе и прекращеніе юридическихъ отношеній. Поэтому, предметомъ этихъ двухъ группъ исковъ слѣдуетъ считать юридическія отношенія [1]).

Предметъ иска, т.-е., матеріально-правовое требованіе или юридическое отношеніе, въ свою очередь, характеризуется извѣстнымъ содержаніемъ, а въ многихъ случаяхъ еще и особымъ предметомъ. Такъ, когда собственникъ требуетъ возвращенія своего имущества, а кредиторъ—уплаты долга, то содержаніемъ ихъ требованій являются опредѣленнаго рода дѣйствія отвѣтчика, который долженъ „возвратить", уплатить" и т. д., а предметомъ—матеріальный объектъ, относительно котораго дѣйствіе отвѣтчика должно быть совершено (имущество, деньги). Точно такъ же отношенія брака и законнорожденности, составляющія предметъ установительныхъ или преобразовательныхъ исковъ, различаются между собой своимъ содержаніемъ, хотя и не имѣютъ особаго—матеріальнаго или нематеріальнаго объекта [2]).

Въ виду этого необходимо отличать предметъ иска въ собственномъ смыслѣ, или *ближайшій, непосредственный предметъ*, отъ матеріальнаго объекта (res de qua agitur), или *матеріальнаго предмета* иска [3]). Эти понятія очень часто смѣшиваются [4]).

---

[1]) Гордонъ. Иски о признаніи, 31 и сл., 45.

[2]) Эти отношенія слагаются изъ правъ и обязанностей, направленныхъ на опредѣленные предметы. Такъ, напр., отношеніе брака само по себѣ безъобъектно: нельзя же считать, какъ правильно замѣчаетъ Гельвигъ, объектомъ самихъ супруговъ, которые являются субъектами отношенія (III, стр. 29, прим. 69). Но брачное отношеніе состоитъ изъ ряда взаимныхъ правъ и обязанностей супруговъ—личныхъ и по имуществамъ.

[3]) Примѣры: собственникъ заявляетъ въ искѣ требованіе (предметъ иска) о возвращеніи (содержаніе требованія) своего имущества (предметъ требованія, или матеріальный предметъ иска). Кредиторъ требуетъ (предметъ иска) уплаты (содержаніе требованія) занятой отвѣтчикомъ суммы (предметъ требованія, или матеріальный предметъ иска). Артистъ проситъ судъ уничтожить (содержаніе иска) ангажементный контрактъ (предметъ иска: юридическое отношеніе опредѣленнаго содержанія, именно отношеніе личнаго найма). Собственникъ имѣнія проситъ признать недѣйствительнымъ (содержаніе иска) арендный контрактъ (предметъ иска: арендное правоотношеніе) на свое имѣніе (матеріальный объектъ иска).

[4]) Даже проф. Гельвигъ, глубже другихъ анализирующій понятіе иска, иногда впадаетъ въ ошибки. Такъ, спрашивая: „что является предметомъ брачнаго *отношенія*,

Матеріально-правовыя требованія, составляющія предметъ исполнительныхъ исковъ, изслѣдуются въ наукѣ гражданскаго права. Такъ, изъ договора займа выводится требованіе кредитора къ должнику о возвратѣ занятыхъ замѣнимыхъ вещей, изъ права собственности — требованіе собственника къ каждому самовольному фактическому владѣльцу о возвратѣ собственной вещи, и т. д. Если эти требованія могутъ быть осуществляемы принудительнымъ путемъ при содѣйствіи суда, то они называются исками въ матеріально-правовомъ смыслѣ слова. Такимъ образомъ, въ наукѣ гражданскаго права подъ исками разумѣются требованія, основанныя на гражданскихъ правахъ и допускающія принудительное осуществленіе при помощи суда [1]).

или *иска* о преобразованіи юридическаго отношенія?" (III, стр. 21, прим. 22), онъ въ первомъ случаѣ говоритъ о предметѣ *юридическаго отношенія*, составляющаго предметъ иска, а во второмъ случаѣ—о предметѣ самого *иска*. Въ другомъ мѣстѣ (III, стр. 27, прим. 57) онъ замѣчаетъ по поводу права требовать преобразованія юридическихъ отношеній: „предметомъ этого *права* могло бы быть названо то правоотношеніе, на которое оно направлено, какъ-то: предметомъ *иска* о разводѣ—бракъ, предметомъ *иска* объ устраненіи недостойнаго наслѣдника—наслѣдственное право этого наслѣдника". Здѣсь тоже, самъ того не видя, Гельвигъ подставляетъ понятія *иска* подъ понятіе *права:* начавъ рѣчь о предметѣ *права*, онъ внезапно замѣняетъ „право" „искомъ". А на стр. 150 перваго тома Гельвигъ отожествляетъ предметъ процесса съ предметомъ иска: „предметомъ *процесса* является въ установительномъ *искѣ* утверждаемое или отрицаемое правоотношеніе, въ исполнительномъ *искѣ*—требованіе, направленное на настоящее или будущее дѣйствіе отвѣтчика, въ преобразовательномъ—право на измѣненіе юридическаго положенія".

[1]) Терминъ „требованіе" (Anspruch) введенъ въ употребленіе Виндшейдомъ. До него цивилисты употребляли, по примѣру римскихъ юристовъ, терминъ „искъ" (actio, Klage). Виндшейдъ выяснилъ, что современному правосознанію чужда точка зрѣнія римскаго права, ставившаго на первый планъ понятіе „иска", такъ какъ это зависѣло отъ особенности римскаго юридическаго быта. Преторы, какъ извѣстно, не были связаны нормами права, а сами создавали нормы, объявляя напередъ въ своихъ эдиктахъ, что будутъ давать защиту тѣмъ или инымъ правоотношеніямъ. „Actionem dabo" провозглашалъ преторъ. Точно такъ же онъ и „отнималъ иски", лишая судебной защиты нѣкоторыя права, которыя становились тогда „голыми" (nuda jura), т.-е., превращались въ фактическія отношенія, не охраняемыя отъ нарушеній (qui nudum jus in servo habet, is potestatem habere non intelligitur). Вслѣдствіе этого въ римскомъ правѣ первенствующую роль играли иски (Windscheid. Actio, 4). Согласно же нашему правосознанію, искъ является просто результатомъ и принадлежностью субъективнаго права. „Для римлянъ искъ былъ „вещью въ себѣ" съ самостоятельнымъ существованіемъ и жизнью, реальной сущностью, ибо онъ былъ вписанъ въ преторскій эдиктъ; для насъ—онъ только тѣнь права, нѣчто, заключающееся въ правѣ и получающее жизнь только отъ него" (ib., 229). Поэтому, „выраженіе „нѣкто

3. Основаніе иска образуютъ тѣ данныя, изъ которыхъ истецъ выводитъ свое исковое требованіе. Онѣ не одинаковы въ исполнительныхъ, установительныхъ и преобразовательныхъ искахъ.

А. Исполнительные иски имѣютъ цѣлью осуществленіе гражданско-правовыхъ требованій, т.-е., требованій, вытекающихъ изъ субъективныхъ гражданскихъ правъ. Поэтому основаніемъ у этихъ исковъ являются субъективныя гражданскія права. Такъ, собственникъ, предъявившій искъ о возстановленіи владѣнія своимъ имуществомъ, ссылается на свое право собственности; писатель, требующій вознагражденія за контрафакцію, на свое авторское право; дряхлый отецъ, просящій о присужденіи сына къ выдачѣ ему денегъ на содержаніе,—на свое алиментарное право.

Но конкретныя гражданскія права не имѣютъ самостоятельнаго существованія въ объективной формѣ: истецъ не можетъ доставить въ засѣданіе суда и показать судьямъ своего права собственности, авторскаго права или права на алименты; онъ не можетъ даже привести статьи закона, гдѣ было бы прямо сказано, что ему, Иванову, принадлежитъ право собственности или какое-либо иное право. Въ законѣ указываются только въ общей и отвлеченной формѣ тѣ факты, тѣ „фактическіе составы", которые влекутъ за собою возникновеніе правъ и опредѣляютъ

имѣетъ искъ" въ переводѣ на языкъ нашего правосознанія, для котораго судебная осуществимость является слѣдствіемъ права, означаетъ: нѣкто имѣетъ юридически признанное требованіе", или просто „требованіе" (ib., 6, Pand., § 44). Послѣ Виндшейда понятіе „требованія" разрабатывалось Тономъ, Регельсбергеромъ, Колеромъ и др., и вошло въ германское гражданское уложеніе, опредѣляющее его какъ „право требовать отъ другого лица дѣйствія или воздержанія отъ дѣйствія" (§ 194). Очень часто употребляется слово „требованіе" въ такомъ же смыслѣ и въ нашихъ гражданскихъ законахъ, (ст. 442, 445, 570, 574, 632, 1547, 1548 и др.). Взаимное отношеніе между требованіемъ и искомъ въ матеріальномъ смыслѣ таково: требованіе есть притязаніе, допускающее принудительное осуществленіе всякими дозволеннымъ закономъ способами (путемъ самопомощи, зачета, ретенціи), а искъ есть притязаніе, осуществляемое при помощи судебной власти. Искъ—самая важная, самая частая, самая рѣшительная форма требованія. Отсюда вытекаетъ, что требованіе можетъ существовать безъ иска. Таковы напр., натуральныя обязательства: кредиторъ можетъ представить ихъ къ зачету, но не можетъ требовать осуществленія ихъ искомъ. О понятіи требованія въ матеріально-правовомъ смыслѣ: Windscheid, Pand., I, §§ 43, 44, 47, 107; Thon. Rechtsnorm und subjectives Recht, 1878, 223 ff.; Fischer, § 8; Langheinecken, 121 ff.; Hellwig, Anspruch, § 1 ff.; Lehrb., I, § 30 ff. Гриммъ. Курсъ рим. права, 1 вып., 1904.

ихъ содержаніе и предметъ (напр., права собственности или залога на движимости и недвижимости, авторскаго права на литературныя, музыкальныя и художественныя произведенія, и т. д.). Каждое отдѣльное лицо узнаетъ о существованіи своихъ правъ, подводя свои фактическія отношенія подъ формулированные въ законѣ фактическіе составы (см. стр. 1 и сл.). Такимъ образомъ, конкретныя субъективныя права являются результатомъ логической операціи, результатомъ вывода изъ юридическихъ нормъ и фактическихъ обстоятельствъ и основываются, съ одной стороны, на юридическихъ нормахъ, а съ другой—на фактическихъ составахъ, подходящихъ подъ опредѣленія нормъ.

Отсюда слѣдуетъ, что истецъ можетъ удостовѣрить существованіе своего матеріальнаго права, на которомъ онъ основываетъ искъ, не иначе, какъ установивъ наличность, во-первыхъ, опредѣленнаго фактическаго состава, и, во-вторыхъ, юридическихъ нормъ, предусматривающихъ этотъ составъ и связывающихъ съ нимъ возникновеніе даннаго права.

Но въ современномъ процессѣ истецъ не обязанъ указывать суду юридическія нормы, подтверждающія его требованіе. Судъ самъ обязанъ знать ихъ (jura novit curia) и примѣнять тѣ, которыя подходятъ къ данному случаю, хотя бы истецъ вовсе на нихъ не сослался или указалъ не относящіяся къ данному случаю нормы. Истецъ долженъ только изложить фактическія обстоятельства дѣла, дать суду только меньшую посылку для силлогизма; отыскать же соотвѣтствующіе законы и построить изъ нихъ большую посылку составляетъ задачу суда (da mihi factum, dabo tibi jus) [1].

---

[1] Хотя 5 пунктъ 257 ст. требуетъ, чтобы въ исковомъ прошеніи были указаны „законы, на коихъ искъ основанъ“, но неисполненіе этого требованія не влечетъ за собой никакихъ послѣдствій: ни возвращенія искового прошенія, ни оставленія его безъ движенія (ст. 266 и 269). Въ другихъ же статьяхъ устава основаніемъ иска называются только обстоятельства, приведенныя истцомъ. Такъ, въ ст. 314 говорится: „въ отвѣтѣ должно быть выражено положительно, признаетъ ли отвѣтчикъ или отвергаетъ требованія истца и тѣ обстоятельства, на коихъ сіи требованія основаны“. Въ ст. 330, 331 и 335 тоже идетъ рѣчь объ „обстоятельствахъ, на коихъ основаны требованія“ истца и обѣихъ сторонъ. Ср. ст. 72 и 129. Поэтому сенатъ правильно разъяснилъ, что суды обязаны примѣнять соотвѣтствующіе законы, не стѣсняясь указаніями сторонъ (86 № 33, 79 № 33, 76 № 195 и др.). Такова же точка зрѣнія иностранныхъ уставовъ и практика судовъ. Гордонъ. Основаніе иска, 60 и сл.

Истецъ можетъ ограничиться представленіемъ доказательствъ того, что онъ, напр., купилъ или получилъ въ наслѣдство спорную вещь, что онъ написалъ сочиненіе, самовольно изданное отвѣтчикомъ, что онъ законный отецъ отвѣтчика, и т. п. Подвести эти обстоятельства подъ нормы закона и установить, что истецъ имѣетъ право собственности, авторское право или алиментарное право, обязанъ самъ судъ. Въ виду этого подъ основаніемъ субъективнаго права нужно понимать только тѣ *фактическіе составы, изъ которыхъ истецъ выводитъ возникновеніе своего права,* и которые можно назвать правопроизводящими фактами [1]).

Итакъ, исполнительные иски обосновываются субъективными правами, а субъективныя права, въ свою очередь,—правопроизводящими фактами. Поэтому, субъективныя права образуютъ ближайшее основаніе, а правопроизводящіе факты — отдаленное [2]).

---

[1]) Терминъ „правопроизводящіе факты" слѣдуетъ понимать въ самомъ обширномъ смыслѣ, т.-е, въ смыслѣ всякаго рода фактическихъ обстоятельствъ, которыя дѣлаютъ исковое требованіе заслуживающимъ удовлетворенія, такъ что подъ это понятіе подходятъ и правонарушительные факты (нарушенія правъ истца отвѣтчикомъ, порождающія деликтныя обязательства), и правопрекращающіе (напр., погашеніе обязательства давностью даетъ право должнику требовать возвращенія его себѣ), и правопрепятствующіе (напр., наличность ошибки въ предметѣ купли даетъ покупателю право требовать возвращенія покупной цѣны или задатка). Гордонъ. Основаніе, 128 и сл.

[2]) Подъ основаніемъ иска нѣкоторые понимаютъ то юридическое отношеніе, изъ котораго вытекаетъ искъ. Wach, Vorträge, 23; Анненковъ, I, 275; Исаченко, I, 272 и др.).

Такъ опредѣлялъ основаніе иска неоднократно и сенатъ (73 № 1311; 88 №№ 1, 50; 89 № 66; 1900 № 74). Но и этотъ взглядъ приводитъ къ такому же точно результату. Юридическимъ отношеніемъ въ обширномъ смыслѣ называется фактическое отношеніе, нормируемое правомъ, т.-е., совокупность фактовъ, съ которыми нормы права связываютъ юридическія послѣдствія. Подъ юридическимъ отношеніемъ въ тѣсномъ смыслѣ разумѣютъ соотвѣтствіе права одного лица и обязанности другого. Но въ какомъ бы смыслѣ ни употреблять терминъ „*юридическое отношеніе*", во всякомъ случаѣ въ понятіе его входятъ два элемента: совокупность тѣхъ или иныхъ фактическихъ обстоятельствъ (фактическій составъ), подходящій подъ тѣ или иныя нормы объективнаго права. Но указаніе нормъ не обязательно для сторонъ и не избавляетъ судъ отъ обязанности самостоятельнаго розысканія ихъ. Поэтому основаніемъ иска въ процессуальномъ смыслѣ нужно считать только фактическій составъ юридическаго отношенія, т.-е., опять-таки только фактическія обстоятельства. Гордонъ, Основаніе, 39 и сл., 53 и сл. Нужно, впрочемъ, замѣтить, что по существу этотъ взглядъ невѣренъ: въ установительныхъ и преобразовательныхъ искахъ юридическія отношенія являются предметомъ, а не основаніемъ.

Въ наукѣ гражданскаго права подъ основаніемъ иска (causa actionis) разумѣютъ не тѣ обстоятельства, изъ которыхъ истецъ выводитъ свой искъ (хотя бы и ошибочно), а тѣ субъективныя гражданскія права и юридическія отношенія, изъ которыхъ его искъ дѣйствительно вытекаетъ. Если, напр., истецъ, требуя съ отвѣтчика 100 рублей, ссылается на заключенный ими въ словесной формѣ договоръ личнаго найма, тогда какъ такой договоръ недѣйствителенъ, и уплата этой суммы можетъ быть требуема на основаніи незаконнаго обогащенія, то съ процессуальной точки зрѣнія основаніемъ иска является договоръ найма, а съ матеріально-правовой—незаконное обогащеніе [1]).

Это матеріально-правовое понятіе основанія иска въ процессѣ, построенномъ на состязательномъ началѣ, непримѣнимо. Судъ самъ не изслѣдуетъ юридическихъ отношеній между сторонами и не доискивается дѣйствительнаго основанія требованій истца, а только провѣряетъ наличность того основанія, которое приведено истцомъ, такъ что матеріально-правовое понятіе основанія иска можетъ имѣть въ процессѣ только косвенное значеніе въ томъ смыслѣ, что судъ, усмотрѣвъ несовпаденіе дѣйствительнаго основанія иска съ тѣмъ, которое выставлено истцомъ, убѣждается въ неправильности заявленія истца.

Поэтому слѣдуетъ строго различать основаніе иска въ процессуальномъ смыслѣ (fundamentum agendi), т.-е., правопроизводящіе факты, указываемые истцомъ, и въ матеріально-правовомъ смыслѣ (causa actionis), т.-е., правопроизводящіе факты, изъ которыхъ данный искъ дѣйствительно вытекаетъ [2]).

---

[1]) Unger, II, §§ 114, 123. Въ рѣшеніи 1900 г. № 35 сенатъ отчетливо провелъ разницу между матеріально-правовымъ и процессуальнымъ понятіями основанія иска: „Въ смыслѣ матеріальнаго права основаніе иска составляетъ то правоотношеніе, изъ котораго искъ проистекаетъ, а въ процессуальномъ смыслѣ — совокупность обстоятельствъ, оправдывающихъ по закону исковое требованіе и подлежащихъ указанію въ исковомъ прошеніи".

[2]) Основаніемъ иска часто называютъ также тѣ письменные документы, которые представляются истцомъ въ доказательство правильности его требованія. Такъ говорятъ, что искъ основанъ на векселѣ, что основаніемъ иска служитъ закладная или купчая крѣпость, и т. п. Такого словоупотребленія слѣдуетъ избѣгать, такъ какъ оно ведетъ къ смѣшенію понятій „основаніе иска" и „доказательства въ пользу иска".

Субъективныя гражданскія права, служащія основаніемъ исполнительныхъ исковъ, различаются между собой по содержанію и по матеріальному предмету. Содержаніе права собственности не таково, какъ права пожизненнаго владѣнія или права залога, а предметъ залога иной, чѣмъ заклада. Содержаніе и предметъ исковыхъ требованій иногда совпадаютъ съ содержаніемъ и предметомъ субъективныхъ правъ, изъ которыхъ эти требованія выводятся, а иногда не совпадаютъ. Первое имѣетъ мѣсто преимущественно въ обязательственныхъ правахъ, содержаніе которыхъ часто исчерпывается однимъ требованіемъ кредитора къ должнику (напр., при договорѣ займа), которое и осуществляется путемъ иска. Напротивъ, во многихъ случаяхъ содержаніе и предметъ субъективнаго права и искового требованія, основаннаго на этомъ правѣ, различны. Когда, напр., собственникъ имѣнія взыскиваетъ убытки, причиненные этому имѣнію отвѣтчикомъ, то содержаніе и предметъ иска (уплата денежной суммы) не тождественны съ содержаніемъ и предметомъ права собственности.

Б. Установительные и преобразовательные иски не направлены на осуществленіе гражданско-правовыхъ требованій, а потому и не основываются на субъективныхъ гражданскихъ правахъ. Основаніемъ у нихъ служатъ только фактическія обстоятельства: въ установительныхъ искахъ о признаніи наличности правъ или юридическихъ отношеній и въ преобразовательныхъ искахъ, направленныхъ на созданіе правъ,—правопроизводящіе факты; въ установительныхъ искахъ о несуществованіи правъ и юридическихъ отношеній и въ преобразовательныхъ искахъ объ уничтоженіи правоотношеній—правопрекращающіе факты; въ преобразовательныхъ искахъ объ измѣненіи юридическихъ отношеній—правопрекращающіе и правопроизводящіе факты вмѣстѣ, потому что измѣненіе отношенія можетъ быть разсматриваемо, какъ прекращеніе существующаго и возникновеніе новаго [1]).

Примѣры: кто проситъ признанія своего права собственности, тотъ долженъ указать, какимъ способомъ пріобрѣлъ его; кто

---

[1]) Многіе включаютъ въ основаніе иска также нарушеніе отвѣтчикомъ права истца, побудившее истца обратиться къ судебной защитѣ, и называютъ его пассивнымъ основаніемъ иска въ отличіе отъ активнаго, обнимающаго собою правопроизводящіе факты. Малышевъ, I, 247; Гольмстенъ, 171; Wetzell, 150,

домогается уничтоженія сдѣлки, тому слѣдуетъ привести обстоятельства, обусловливающія по закону ея прекращеніе.

III. Изслѣдованіе элементовъ иска обнаружило, во-1-хъ, что искъ въ процессуальномъ смыслѣ—понятіе не простое, а весьма сложное; во-2-хъ, что по составу всѣ иски распадаются на три группы, и, въ-3-хъ, что термины, которыми означаются элементы иска („содержаніе", „предметъ", „основаніе") употребляются и въ наукѣ гражданскаго права по отношенію къ матеріально-правовымъ требованіямъ и субъективнымъ правамъ. Послѣднее обстоятельство создаетъ благопріятную почву для всевозможныхъ недоразумѣній, чѣмъ, главнымъ образомъ, и объясняются безчисленные споры по поводу понятія иска и его элементовъ [1]).

Въ виду этого небезполезно резюмировать все сказанное объ искѣ и представить въ наглядной таблицѣ составъ иска и соотношеніе его элементовъ.

Искъ въ процессуальномъ смыслѣ представляетъ собою требованіе, облеченное въ форму исковой просьбы *(иска въ формальномъ смыслѣ)*, о постановленіи судомъ опредѣленнаг о рѣшенія. Въ исполнительныхъ искахъ истецъ домогается присужденія ему гражданско-правового требованія *(или иска въ смыслѣ гражданскаго права)* къ отвѣтчику, выводимаго имъ изъ своего субъективнаго права *(ближайшаго основанія иска)*, которое, въ свою очередь, выводится изъ правопроизводящихъ фактовъ *(отдаленнаго основанія)*. Въ установительныхъ искахъ дѣло идетъ о подтвержденіи судомъ наличности или отсутствія юридическаго отношенія на основаніи приведенныхъ истцомъ правопроизводящихъ или правопрекращающихъ фактовъ. Преобразовательные иски направлены на созданіе, измѣненіе или прекращеніе юридическихъ отношеній на основаніи такихъ же фактовъ.

и др. Но, во-1-хъ, установительные и преобразовательные иски не вызываются нарушеніемъ права, а, во-2-хъ, нарушеніе правъ истца—не основаніе иска, а поводъ къ нему, который не входитъ въ составъ иска, не индивидуализируетъ его, а оправдываетъ только предъявленіе иска, дѣлая его своевременнымъ. Наличность повода къ иску необходима для разсмотрѣнія иска по существу. Гордонъ. Основаніе иска, 216 и сл.

[1]) Другой причиной путаницы понятій и разногласій служитъ неустойчивость терминологіи: содержаніе иска часто называютъ предметомъ или цѣлью иска (Гордонъ, Иски о признаніи, 1 и сл.), а содержаніе субъективнаго гражданскаго права—объектомъ его, существомъ, природой и т. п. См. указанія у Гольмстена. Принципъ тождества, стр. 276 и сл. Ср. Unger, II § 115.

Какъ матеріально-правовыя требованія, такъ и субъективныя права и, равнымъ образомъ, юридическія отношенія характеризуются опредѣленнымъ содержаніемъ и могутъ имѣть матеріальные объекты, при чемъ содержаніе, предметы и матеріальные объекты у матеріально-правовыхъ требованій и субъективныхъ правъ, изъ которыхъ они выводятся, не всегда совпадаютъ.

Такимъ образомъ, терминъ „искъ“ употребляется въ трояkомъ смыслѣ: *матеріально-процессуальномъ* (требованіе къ суду), *формально-процессуальномъ* (исковая просьба) и *матеріально-правовомъ* (гражданско-правовое требованіе, основанное на субъективномъ гражданскомъ правѣ). Взаимное отношеніе между ними таково, что искъ въ матеріально-процессуальномъ смыслѣ составляетъ предметъ иска въ формально-процессуальномъ, а искъ въ матеріально-правовомъ смыслѣ является предметомъ исполнительнаго иска въ матеріально-процессуальномъ смыслѣ.

Затѣмъ, нужно различать содержаніе иска въ матеріально-процессуальномъ смыслѣ (дѣйствіе, требуемое отъ суда), содержаніе матеріально-правового требованія (дѣйствіе обязаннаго лица) и содержаніе субъективнаго гражданскаго права или юридическаго отношенія (дѣйствія обязанныхъ лицъ), не всегда совпадающія съ тѣми дѣйствіями, которыя составляютъ содержаніе матеріально-правового требованія.

Наконецъ, не слѣдуетъ смѣшивать понятій: *предметъ процесса* (искъ въ матеріально-процессуальномъ смыслѣ), *предметъ иска* (въ исполнительныхъ искахъ — матеріально-правовое требованіе, въ прочихъ юридическія отношенія), *матеріальный объектъ* гражданско-правового требованія и *матеріальный объектъ* субъективнаго права или юридическаго отношенія, не всегда тождественные въ обоихъ случаяхъ.

Искъ въ матеріально-процессуальномъ смыслѣ (*требованіе въ процессуальномъ смыслѣ*, заявленное въ формѣ просьбы къ суду):

Что сдѣлать? (*Содержаніе иска.*)	Относительно чего? (*Предметъ иска.*)	На основаніи чего? (*Основаніе иска.*)	
		(*Ближайшее.*)	(*Отдаленное.*)
Присудить (*исполнительный искъ*).	Матеріально-правовое требованіе (*требованіе, или искъ, въ матеріальномъ смыслѣ*) опредѣленнаго содержанія (*содержаніе матеріально-правового требованія*), относительно опредѣленнаго предмета (*предметъ матеріально-правового требованія*).	Субъективнаго права опредѣленнаго содержанія (*содержаніе права*), относительно опредѣленнаго предмета (*объектъ права*) на основаніи: (*основаніе права*)	Правопроизводящихъ или правопрекращающихъ фактовъ.
Подтвердить наличность или отсутствіе (*установительный искъ*).	Юридическаго отношенія опредѣленнаго содержанія (*содержаніе юридич. отношенія*) относительно опредѣленнаго предмета (*предметъ юридическаго отношенія*).	Нѣтъ.	
Преобразовать (*преобразовательный искъ*).	То же.	Нѣтъ.	

§ 73.

Виды исковъ.

Какъ обнаружилось изъ сдѣланнаго въ предыдущемъ § изслѣдованія составныхъ частей иска, существуютъ три главныхъ вида исковъ, различающіеся между собою по содержанію, предмету и основанію. Каждый изъ этихъ видовъ допускаетъ, въ свою очередь, дальнѣйшія подраздѣленія.

1. Исполнительные иски направлены на присужденіе опредѣленнаго гражданско-правового требованія. Вслѣдствіе этого исполнительные иски тѣсно связаны съ матеріально-правовыми тре-

бованіями, или исками въ матеріально-правовомъ смыслѣ, представляютъ собою ихъ процессуальную форму и отражаютъ на себѣ ихъ юридическій характеръ.

Цивилисты съ давнихъ поръ установили нѣкоторыя подраздѣленія исковъ. Такъ, они различаютъ иски вещные, личные и смѣшанные, петиторные, поссессорные и т. д. Точно такъ же за нѣкоторыми отдѣльными исками утвердились еще со временъ римскихъ юристовъ спеціальныя названія. Такъ, искъ, основанный на правѣ собственности и направленный на возвращеніе вещи изъ чужого владѣнія, именуется виндикаціоннымъ; искъ, основанный на томъ же правѣ и имѣющій цѣлью устранить нарушеніе его постороннимъ лицомъ, носитъ названіе негаторнаго, и т. д. Но эта номенклатура не проведена послѣдовательно, не обнимаетъ всѣхъ возможныхъ исковъ, да и самые термины возникли случайно и часто не характеризуютъ существенныхъ признаковъ тѣхъ исковъ, къ которымъ относятся. Поэтому обойтись ими невозможно, и при индивидуализаціи исполнительныхъ исковъ необходимо указывать ихъ предметъ, содержаніе и лежащее въ ихъ основаніи субъективное право [1]).

2. Установительные иски могутъ быть двоякаго рода. Одни направлены на официальное признаніе наличности юридическаго

---

[1]) Мнѣнія ученыхъ относительно практическаго значенія римской номенклатуры исковъ весьма различны. Въ качествѣ представителей двухъ діаметрально противоположныхъ взглядовъ можно привести Савинья, который выразился, что „она представляетъ *собою для системы практическаго права почти то же*, что грамматика для языка“ (System des heut. röm. R., V, § 224), и съ другой стороны—Бентама, давшаго о ней слѣдующій ѣдкій отзывъ: „здѣсь названій вовсе нѣтъ, тамъ же, гдѣ достаточно было бы одного, ихъ нѣсколько. Многія изъ нихъ непонятны, другія выражаютъ понятія наполовину, нѣкоторыя даютъ ложныя понятія. Въ нихъ нѣтъ ни ясности, ни аналогіи, ни симметріи. Эти названія часто произвольны, они взяты то изъ одного источника, то изъ другого; иногда они происходятъ отъ названія преступленія (actio de sepulcro violato); иногда отъ основанія, которымъ подтверждается просьба (actio ex fidejussione); иногда отъ состоянія тяжущихся (actio tutelae); иногда названіемъ служатъ нѣсколько словъ, заимствованныхъ изъ закона (actio ex lege si contendat); часто иску придается имя законодателя (actio Pauliana, Publiciana, Serviana); *иногда названіемъ служитъ предполагаемое основаніе иска* (condictio ex moribus); иногда это просто галиматья, которая не пропускаетъ ни одного луча свѣта (actio praejudicialis, actio praescriptis verbis, actio confessoria); есть нѣкоторыя названія, которыми старались какъ-нибудь выразить предметъ просьбы (hereditatis petitio, actio de communi dividunda, interdictum ne quid in loco sacro fiat). Но эти многознаменательныя названія являются весьма рѣдко“ (О судоустройствѣ, 212).

отношенія или части его (права или обязанности), другія—на такое же признаніе отсутствія юридическаго отношенія или части его. Первые именуются положительными, вторые—отрицательными.

Иностранные уставы допускаютъ еще одинъ видъ установительныхъ исковъ, именно, иски о признаніи документа подлиннымъ или неподлиннымъ [1]). Но нашему законодательству такіе иски, представляющіе собою въ сущности одинъ изъ способовъ обезпеченія доказательствъ для возможнаго въ будущемъ процесса, неизвѣстны.

Установительные иски имѣютъ совершенно самостоятельное значеніе, не являясь, подобно исполнительнымъ, процессуальной формой матеріально-правовыхъ требованій, или исковъ въ матеріальномъ смыслѣ. Этимъ, главнымъ образомъ, и объясняется тотъ фактъ, что установительные иски подверглись спеціальному изученію и были введены въ систему процесса только въ недавнее время. Какъ положительныя законодательства, такъ и теоретики, исходя изъ убѣжденія въ тѣсной связи гражданскаго права съ процессомъ, игнорировали ихъ и строили процессъ примѣнительно къ однимъ только исполнительнымъ искамъ.

Между тѣмъ установительные иски существовали уже въ римскомъ процессѣ подъ именемъ „преюдиціальныхъ исковъ", хотя допускались, по всей вѣроятности, только для установленія правъ состоянія. Въ средніе вѣка сфера примѣненія была нѣсколько расширена. Но постановленія современныхъ законодательствъ относительно установительныхъ исковъ находятся въ непосредственной связи не съ этими преюдиціальными исками, а съ такъ наз. провокаціоннымъ производствомъ, которое было создано на основаніи отрывочныхъ постановленій римскаго права глоссаторами и получило широкое распространеніе въ законо-

---

[1]) Герм., § 256; австр., § 228, венг., § 130. Они примѣняются на практикѣ очень рѣдко, вслѣдствіе чего комиссія по выработкѣ проекта новой редакціи устава гражд. суд. нашла излишнимъ вводить ихъ, тѣмъ болѣе, что въ случаѣ надобности обезпечить такое доказательство „могутъ быть примѣнены общіе способы обезпеченія доказательствъ—допросъ свидѣтелей и экспертовъ" (Объясн. Зап., I, 23). Такое же мнѣніе высказали Змирловъ (Журн. М. Ю. 1897 № 1, 112) и проф. Гордонъ, исходящій изъ принципіальнаго соображенія, что установленіе голыхъ фактовъ не можетъ входить въ задачу суда (стр. 48 и сл.).

дательствахъ, гдѣ существовало до половины XIX в. Сущность провокаціоннаго процесса состояла въ томъ, что въ нѣкоторыхъ случаяхъ лицо, юридически заинтересованное въ немедленномъ выясненіи спорнаго правоотношенія къ другому лицу, могло просить судъ потребовать отъ противника предъявленія соотвѣтствующаго иска, подъ угрозой, въ случаѣ неисполненія этого требованія, утратить навсегда право на этотъ искъ [1]).

Коренной недостатокъ провокаціоннаго производства состоялъ въ томъ, что оно нарушало основной принципъ гражданскаго процесса, именно, принципъ диспозитивности (nemo invitus agere cogitur), такъ какъ возбуждалось съ цѣлью принудить другое лицо къ предъявленію иска, дабы судъ выяснилъ и окончательно установилъ сомнительное правоотношеніе. Между тѣмъ этого результата можно было, не нарушая принципа диспозитивности, достигнуть другимъ путемъ: тотъ, кто заинтересованъ въ выясненіи спорнаго правоотношенія, долженъ былъ бы предъявить искъ объ установленіи его. Другими словами, слѣдовало взамѣнъ провокаціоннаго производства ввести установительные иски. Такъ и произошло въ дѣйствительности: установительные иски, сперва существовавшіе на ряду съ провокаціоннымъ производствомъ (въ германскомъ общемъ процессѣ, въ баденскомъ уставѣ 1851 г.), затѣмъ окончательно вытѣснили его, такъ что современные уставы уже не упоминаютъ о провокаціонномъ производствѣ, а разрѣшаютъ предъявленіе исковъ объ установленіи наличности или отсутствія правоотношеній всякому, кто имѣетъ въ этомъ юридическій интересъ [2]).

---

[1]) Провокаціонное производство могло быть возбуждаемо въ двухъ случаяхъ: 1) если кто-либо хвалился, что имѣетъ юридическое требованіе къ данному лицу, и 2) если у даннаго лица были такія возраженія противъ возможнаго въ будущемъ иска, которыя могли потерять силу вслѣдствіе истеченія времени. Первый случай формально выводился изъ конституціи Діоклетіана и Максиміана, начинавшейся словомъ „Diffamari“ (L. 5 C. 7, 14) и потому носилъ названіе „provocatio ex lege diffamari“. Второй случай опирался на фрагментъ Дигестъ, начинавшійся словами „Si contendat“ (L. 28 D. 46, 1) и потому именовался „provocatio ex lege si contendat“.

[2]) Герм., § 256; австр., § 228; венг., § 130. Французскій уставъ не упоминаетъ объ установительныхъ искахъ, но судебная практика допускаетъ ихъ при наличности у истца юридическаго интереса. Garsonnet, № 82. По мнѣнію нѣкоторыхъ французскихъ авторовъ возможно и провокаціонное производство. Гордонъ. Иски о признаніи, X, прим.

Нашъ уставъ не предусматриваетъ въ общей формѣ установительныхъ исковъ, а говоритъ о нихъ только въ отдѣлѣ, посвященномъ судопроизводству въ Прибалтійскомъ краѣ (ст. 1801). Это обстоятельство въ связи съ ошибочнымъ пониманіемъ 1 статьи уст., гласящей, что „всякій споръ о правѣ гражданскомъ подлежитъ разрѣшенію судебныхъ установленій", дало основаніе мнѣнію, будто установительные иски по дѣйствующему уставу недопустимы [1]). Такого мнѣнія прежде держался и сенатъ (75 №№ 246, 1052; 79 № 154). Однако оно совершенно невѣрно. Во-1-хъ, дѣйствующими законами прямо допускается предъявленіе установительныхъ исковъ въ частныхъ случаяхъ. Таковы, напримѣръ, иски о признаніи законности или незаконности рожденія (ст. 1346 и сл.), недѣйствительности раскольничьихъ браковъ (ст. 1356[1]), договоровъ по имѣнію (ст. 1100), дѣйствительности и недѣйствительности завѣщаній (ст. 1066[10, 11] гражд. зак.), недѣйствительности сдѣлокъ, заключенныхъ подъ вліяніемъ принужденія (ст. 703 гражд. зак.), недѣйствительности купчихъ и закладныхъ крѣпостей по истеченіи 7 дней (ст. 1424 и 1648 гражд. зак.). Во всѣхъ этихъ случаяхъ искъ направляется не на присужденіе какого-либо матеріально-правового требованія, а на офиціальное подтвержденіе наличности или отсутствія того или другого юридическаго отношенія. Во-2-хъ, ст. 1 ничуть не препятствуетъ допущенію установительныхъ исковъ. Если даже понимать употребленный въ ней терминъ „споръ" буквально [2]), то и въ такомъ случаѣ подъ нее вполнѣ подходятъ споры о наличности или отсутствіи правъ и юридическихъ отношеній [3]). Вдобавокъ, изъ того, что, согласно этой статьѣ, „всякій споръ о правѣ гражданскомъ подлежитъ разрѣшенію судебныхъ установленій", вовсе не слѣдуетъ, будто ихъ компетенція распространяется только на споры [4]): этого ограниченія въ ней нѣтъ, а другими

---

[1]) Анненковъ. Система гражд. пр., 1, 642—644 (здѣсь указана предшеств. литература); Исаченко. Основы, 18—20.

[2]) Въ дѣйствительности подъ „споромъ" здѣсь разумѣется „искъ". См. примѣч. на стр. 490—491.

[3]) Гессенъ, 239. Германскій искъ объ установленіи (Журн. М. Ю. 1898 № 6).

[4]) Дѣлать изъ ст. 1 такой выводъ все равно, что изъ положенія „всякій гусь имѣетъ двѣ ноги" заключать, что только гуси двуногія животныя.

статьями устава къ вѣдѣнію гражданскихъ судовъ отнесены какъ охранительныя дѣла, гдѣ никакого „спора“ нѣтъ, такъ и нѣкоторые перечисленные выше установительные иски. Поэтому никакихъ препятствій къ допущенію установительныхъ исковъ, по смыслу устава, нѣтъ, какъ и признано другими процессуалистами [1]) и новѣйшей практикой сената (82 № 82, 93 № 6, 1900 № 35).

3. Преобразовательные иски направлены на созданіе, измѣненіе и прекращеніе юридическихъ отношеній. Участіе суда въ этой сторонѣ гражданскаго оборота происходитъ обыкновенно въ порядкѣ охранительнаго производства (см. стр. 6—7), такъ что примѣненіе искового порядка представляется явленіемъ исключительнымъ. Поэтому преобразовательные иски могутъ быть допускаемы только въ тѣхъ случаяхъ, когда это спеціально разрѣшено закономъ.

По своему содержанію преобразовательные иски распадаются на три категоріи: правосозидающіе, правоизмѣняющіе и правопрекращающіе. Кромѣ того, изъ числа правоизмѣняющихъ исковъ можно выдѣлить въ особую группу [2]) тѣ, которые имѣютъ цѣлью измѣненіе правоотношеній, опредѣленныхъ раньше состоявшимся постановленіемъ суда. Сюда относятся, напр., иски о передѣлѣ уже раздѣленнаго судомъ наслѣдственнаго имущества (ст. 1332 гражд. зак., ст. 1420 уст.); объ измѣненіи размѣра срочнаго пособія, присужденнаго въ видѣ вознагражденія за убытокъ, причиненный при эксплоатаціи желѣзнодорожнаго или пароходнаго предпріятія (п. 5 б. и 6 ст. 683 гражд. зак.); объ освобожденіи отъ отвѣтственности по присужденному въ упрощенномъ порядкѣ требованію (ст. 365^{22} устава); объ уничтоженіи рѣшенія третейскаго суда (ст. 1397).

Отличительная черта этой группы исковъ состоитъ въ томъ, что они замѣняютъ собою обычные способы обжалованія судебныхъ постановленій; вмѣсто апелляціи или просьбы объ отмѣнѣ рѣшенія по вновь открывшимся обстоятельствамъ, законъ

---

[1]) Гольмстенъ, 138 и сл.; Энгельманъ, 201, прим.; Гордонъ, 260 и сл.
[2]) Hellwig, Anspruch, § 59; Lehrb. § 62; Schrutka § 147.

даетъ заинтересованному лицу право предъявить новый искъ объ измѣненіи судебнаго постановленія, хотя бы уже вошедшаго въ законную силу [1]).

§ 74.

Право на искъ [2]).

Слово „искъ“ употребляется нерѣдко въ смыслѣ „права на искъ“, или права на судебную защиту. Такъ, говорятъ: „владѣльцу имущества принадлежитъ искъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія; заимодавецъ имѣетъ искъ о возвратѣ заня-

---

[1]) Вопросъ о взаимномъ отношеніи трехъ указанныхъ категорій исковъ до сихъ поръ возбуждаетъ разногласія. Нѣкоторые отрицаютъ самостоятельное значеніе преобразовательныхъ исковъ. По мнѣнію Кашштейна, ихъ слѣдуетъ считать исполнительными исками, такъ какъ они, „по общему правилу, связаны съ требованіемъ присужденія отвѣтчика“ (I, 150). Но это не доказываетъ ихъ несамостоятельности, для признанія которой важно только, что они могутъ быть предъявляемы и отдѣльно. Вайсманъ, напротивъ, думаетъ, что преобразовательные иски являются видомъ установительныхъ (I, 61), но это невѣрно, такъ какъ, въ отличіе отъ установительныхъ исковъ, ихъ цѣлью является не констатированіе, а измѣненіе юридическихъ отношеній.

Точно такъ же спорно взаимное отношеніе между установительными и исполнительными исками. По мнѣнію Гельвига, въ исполнительномъ искѣ содержится implicite—требованіе признанія наличности юридическаго отношенія, изъ котораго вытекаетъ искъ (I, 47). Съ такой точки зрѣнія исполнительные иски представляютъ собой только видъ установительныхъ. Такъ думаетъ и Шрутка (§ 147), раздѣляющій установительные иски на исполнительные и установительные въ тѣсномъ смыслѣ. Но съ этимъ нельзя согласиться, потому что въ установительныхъ искахъ право или юридическое отношеніе служатъ предметомъ иска, а въ исполнительныхъ—ближайшимъ основаніемъ.

Другіе, напротивъ, считаютъ установительные и преобразовательные иски видами исполнительныхъ исковъ на томъ основаніи, что всѣ они направлены на осуществленіе опредѣленнаго матеріально-правоваго требованія, т.-е., права на дѣйствіе или воздержаніе отъ дѣйствія со стороны отвѣтчика. Kleinfeller, § 75. Но и это невѣрно, такъ какъ цѣлью установительныхъ и преобразовательныхъ исковъ служатъ дѣйствія не отвѣтчика, а суда (офиціальное подтвержденіе или преобразованіе юридическихъ отношеній).

Что же касается исковъ о прекращеніи дѣйствій или воздержаніи отъ дѣйствій (Unterlassungsklagen), то они составляютъ видъ исполнительныхъ исковъ, такъ какъ предметомъ ихъ является матеріально-правовое требованіе отрицательнаго содержанія: воздерживаться отъ дѣйствій. Hellwig, Anspruch, §§ 50, 54.

[2]) Гордонъ. Иски о признаніи, 1906, 73 и сл.; Гольмстенъ. Объ отношеніи гражд. судопр. къ гражд. праву (Юрид. изслѣдованія и статьи, 1894, 232 и сл.);

тыхъ денегъ; въ моментъ нарушенія права у его обладателя возникаетъ искъ". Во всѣхъ этихъ случаяхъ идетъ рѣчь о правѣ на искъ, о возможности требовать судебной защиты [1]).

Но при ближайшемъ опредѣленіи этого понятія мнѣнія расходятся. Три главныя теоріи существуютъ на этотъ счетъ.

1. Правомъ на искъ называютъ присущую субъективнымъ гражданскимъ правамъ возможность принудительнаго осуществленія при помощи судебной власти. Кто имѣетъ право собственности, тому принадлежитъ и право на искъ въ защиту его отъ нарушенія; кто имѣетъ право требовать отъ другого лица возвращенія занятыхъ денегъ или вознагражденія за убытки, тотъ можетъ предъявить объ этомъ искъ въ судѣ.

Нефедьевъ. Ученіе объ искѣ, 1895; Курсъ, § 4 и сл.; § 8 и сл. Гриммъ. Курсъ римскаго права, вып. 1, 1904.

Degenkolb. Einlassungszwang und Urtheilsnorm, 1877; Plosz. Beiträge zur Theorie des Klagerechts, 1880; Fischer. Recht und Rechtsschutz, 1889; Langheinecken. Der Urtheilsanspruch, 1899. Hellwig. Anspruch und Klagrecht, 1900; Schmidt. Processrecht und Staatsrecht, 1903; Stein. Voraussetzungen des Rechtsschutzes, 1903; Bülow. Klage und Urtheil; 1903; Hellwig. Klagrecht und Klagmöglichkeit, 1905; Degenkolb. Der Streit über den Klagrechtsbegriff, 1905 (перепеч. въ его „Beiträge zum Civilprocess", 1905). Goldschmidt. Materielles Justizrecht (Festgabe für Hübler, 1905). Geib. Rechtschutzbegehren und Anspruchsbethätigung, 1909. Schmidt. Der Prozess und die staatsbürgerlichen Rechte, 1910.

Bülow. Die neue Prozessrechtswissenschaft (Zt. Zp. 27 B.); Affolter. Die celsinische Actio und der Anspruch d. BGB (ib. 31 B.); Wach. Der Rechtsschutzanspruch (ib., 32 B.); Kohler, Jd. (ib., 33 B.). Grosse. Der R-anspruch des Beklagten (ib. 36 B.). Bolze. Der Anspruch (Gruchot's Beiträge 46 B.); Hellmann Klagrecht, Feststellungsklage und Anspruch (Jahrb. f. Dogm. 31 B.); Eisele. Civilistische Kleinigkeiten (ib.); Schlossmann. Anspruch, Klage etc. (ib. 45 B.); Hölder. Ueber das Klagrecht (ib., 46 B.); Seuffert. Recht, Klage, Zwangsvollstreckung (Grünh. Zt. 12 B.); Kohler. Grundlagen des Civilprocesses (Arch. civ. Pr. 97 B.); Pagenstecher. Der Rechtschutsanspruch des Beklagten (ib.).

Diana. Dei rapporti processuali, 1901. Chiovenda. L'azione nel sistema dei diritti, 1903. Manfredini, 55 ss.

[1]) Основаніемъ для такого словоупотребленія послужило изреченіе Цельза: „Искъ—не что иное, какъ право требовать судомъ того, что тебѣ слѣдуетъ" (nihil aliud est actio, quam jus, quod sibi debeatur, judicio persequendi).

Въ нашихъ законахъ слово „искъ" въ такомъ смыслѣ не употребляется. Какъ въ уставѣ гражд. суд., такъ и въ I ч. X т. Св. зак. говорится въ этихъ случаяхъ о „правѣ на искъ", „правѣ отыскивать", „правѣ предъявить искъ" и т. п. Напр., ст. 7 уст.: „истецъ не лишается права на искъ..." Ст. 589: „Отвѣтчикъ, утверждающій, что самое право на искъ не принадлежитъ истцу..." Ср. ст. 18, 921, 1304 уст., ст. 691—694 и 5 п. прим. къ 694 ст. I ч. X т. Св. зак.

Съ этой точки зрѣнія „право на искъ“ разсматривается въ наукѣ гражданскаго права, для которой право на искъ представляетъ интересъ лишь постольку, поскольку имъ охраняется матеріальное гражданское право. Поэтому такое понятіе права на искъ можно назвать, какъ и дѣлается въ литературѣ, матеріально-правовымъ. Взаимное отношеніе между правомъ на искъ и субъективнымъ гражданскимъ правомъ опредѣляется цивилистами весьма различно. Одни считаютъ право на искъ особымъ гражданскимъ правомъ, возникающимъ вслѣдствіе нарушенія субъективнаго права [1]), другіе называютъ искъ придаткомъ субъективнаго права [2]), элементомъ его, свойствомъ [3]), наконецъ, самимъ правомъ въ его особомъ—динамическомъ, боевомъ положеніи [4]).

Но какую бы изъ этихъ формулировокъ ни предпочесть, во всякомъ случаѣ сущность матеріально-правовой теоріи сводится къ тому, что она устанавливаетъ тѣсную и неразрывную, доходящую до тождества связь права на искъ съ субъективнымъ гражданскимъ правомъ.

Такая точка зрѣнія естественна и цѣлесообразна въ наукѣ гражданскаго права: изучая абстрактные типы правъ, цивилисты могутъ выражать присущую этимъ правамъ возможность принудительнаго осуществленія при помощи судебной власти терминомъ „право на искъ“ и говорить, что всякій обладатель гражданскаго права имѣетъ и право на искъ въ защиту его.

Но въ теоріи процесса это понятіе „права на искъ“ непримѣнимо, ибо ведетъ къ неправильному воззрѣнію на сущность процесса. Въ самомъ дѣлѣ, съ точки зрѣнія матеріально-правового понятія права на искъ, гражданскій процессъ опредѣляется, какъ принудительное осуществленіе субъективныхъ гражданскихъ правъ: такъ какъ каждому субъективному праву присуще и право на искъ, то, въ случаѣ нарушенія права, обладатель его обра-

---

1) Savigny. System, V, § 205: „возникающее изъ нарушенія права отношеніе называется правомъ на искъ или также искомъ“.

2) Puchta. Pand., § 81; Arndts. Pand., § 96; Gierke. Deutsches Privatrecht, I, 323.

3) Dernburg, Pand., § 127; Regelsberger, Pand., § 191; Bruns, Wächter (Bolze, 772—773); Unger, System, § 113; Mattirolo, § 10.

4) Unger, System, § 113; Garsonnet, № 69.

щается къ суду, который устраняетъ нарушеніе и возстановляетъ право.

Но такая конструкція процесса разсчитана только на исполнительные иски, ибо только они направлены на принудительное осуществленіе требованій, вытекающихъ изъ субъективныхъ правъ (см. стр. 593). Однако и по отношенію къ исполнительнымъ искамъ она покрываетъ лишь тѣ сравнительно немногочисленные случаи, когда отвѣтчикъ не оспариваетъ наличности права у истца, не отрицая, напр., что истецъ — собственникъ спорнаго участка, или что онъ имѣетъ право произвести взысканіе по представленному обязательству. Но если отвѣтчикъ оспариваетъ наличность права истца, если онъ, напр., утверждаетъ, что право собственности на спорный участокъ принадлежитъ не истцу, а ему самому, или что представленное истцомъ ко взысканію обязательство недѣйствительно, то задача суда состоитъ вовсе не въ томъ, чтобы просто присудить истцу заявленное имъ требованіе и возстановить его право, а въ томъ, чтобы провѣрить, кто изъ спорящихъ правъ, и дѣйствительно ли истцу принадлежитъ то право, которое онъ себѣ присваиваетъ.

Такимъ образомъ матеріально-правовая теорія права на искъ приводитъ къ непримиримому внутреннему противорѣчію: съ одной стороны, для того, чтобы процессъ начался, и судъ приступилъ къ дѣятельности, необходимо, чтобы истецъ обладалъ правомъ на данный искъ, а съ другой стороны, процессъ и дѣятельность суда въ томъ именно и состоятъ, чтобы обнаружить, имѣетъ ли истецъ право на искъ, или нѣтъ. Въ результатѣ получается настоящій заколдованый кругъ, въ родѣ, напр., такого: не слѣдуетъ читать книгъ, которыя не заключаютъ въ себѣ ничего оригинальнаго, а для того, чтобы узнать, оригинальна ли книга, необходимо ее прочесть [1]).

---

[1]) Проф. Гольмстенъ чрезвычайно удачно охарактеризовалъ, съ точки зрѣнія матеріально-правовой теоріи, разницу между отдѣломъ гражданскаго права, посвященнымъ изученію осуществленія субъективныхъ правъ, и процессомъ слѣдующимъ образомъ. „Предметомъ ученія объ исковомъ правѣ является право въ судебномъ его осуществленіи; предметомъ же гражданскаго судопроизводства — судебное осуществленіе права. Различіе между предметами этихъ двухъ ученій то же, что напр., между тѣломъ, разсматриваемымъ въ его движеніи, и самымъ движеніемъ тѣла, между

Недостаточность матеріально-правовой теоріи для объясненія сущности гражданскаго процесса давно была подмѣчена нѣкоторыми процессуалистами [1]), но все-таки она продолжала господствовать въ учебникахъ процесса, пока ей не нанесли рѣшительнаго удара Дегенкольбъ, Зомъ, Вахъ и Плочъ [2]).

II. Если для предъявленія иска въ судѣ и для полученія судебнаго рѣшенія вовсе не нужно быть обладателемъ того права, объ осуществленіи котораго заявляется просьба; если судъ обязанъ войти въ разсмотрѣніе всякой исковой просьбы, удовлетворяющей формальнымъ требованіямъ закона, значитъ, каждое правоспособное лицо имѣетъ право обращаться къ суду

птицею, наблюдаемою нами во время полета, и самымъ полетомъ птицы" (Юрид. изслѣд., 241). Пользуясь этимъ мѣткимъ сравненіемъ, можно возразить противъ матеріально-правовой теоріи, что въ процессѣ зачастую вовсе не изслѣдуется полетъ птицы, а разрѣшается вопросъ, дѣйствительно ли существуетъ та птица, о которой говоритъ истецъ, или это просто плодъ его вымысла, либо галлюцинація, а на самомъ дѣлѣ никакой птицы не было и нѣтъ.

[1]) Такъ напр., Ветцелль говоритъ: „Изъ нарушенія гражданскаго права возникаетъ спорное отношеніе, которое римляне называютъ искомъ въ матеріальномъ смыслѣ. Но съ процессуальной точки зрѣнія понятіе иска должно быть опредѣлено шире. Такъ какъ наличность права и нарушенія его можетъ быть формально обязательнымъ образомъ установлена только посредствомъ судебнаго рѣшенія, то пока это не установлено, въ процессѣ подъ искомъ понимается требованіе, выводимое изъ утверждаемаго, т.-е., дѣйствительнаго или мнимаго нарушенія" (стр. 38, ср. стр. 36, 134, 822).

[2]) Degenkolb. Einlassungszwang, 11—12: „Право истца на благопріятное рѣшеніе обусловливается, съ точки зрѣнія процессуальныхъ нормъ, не наличностью у него права, а состояніемъ процессуальнаго матеріала,—фактовъ, выставленныхъ въ искѣ, и возраженіяхъ, доказанностью или недоказанностью распредѣленныхъ по процессуальнымъ правиламъ утвержденій сторонъ. Поэтому самъ законъ допускаетъ возможность проигрыша дѣла истцомъ, хотя бы право было на его сторонѣ, и, наоборотъ, выигрыша имъ дѣла, хотя бы его требованіе не существовало въ дѣйствительности". Ср. стр. 26 ff., 74 ff. Plósz, 14: „Для возбужденія процесса вовсе не нужно, чтобы существовало гражданское право. До окончательнаго рѣшенія суда его существованіе сомнительно, и оно не можетъ быть осуществлено. Впрочемъ, только что сказанное вовсе не ново, поскольку всѣми признано, что для предъявленія иска необходимо только утвержденіе о гражданскомъ правѣ, а не наличность его". Wach, I, 19 ff.; Feststellungsanspruch, 15 ff. Sohm. Der Begriff des Forderungsrechts (Grünh. Zt. 4 B., 467 ff). Ср. Langheinecken, 2—3; Hellwig, Anspruch, § 17; Chiovenda, 42 ss.; Manfredini, 58 ss. Нефедьевъ. Ученіе объ искѣ, 12 и сл.; Курсъ, § 4.

Однако, матеріально-правовая теорія до сихъ поръ господствуетъ во французской и итальянской литературѣ. Garsonnet, № 69; Glasson, § 27; Boncenne, ch. V; Mattirolo, § 10 и др.

за защитой, имѣетъ право на искъ въ абстрактномъ смыслѣ (abstraktes Klagrecht), или абстрактное право на судебную защиту (abstr. Rechtsschutzanspruch) [1]). Это право опредѣляется различно: какъ „право на юридическую помощь“ [2]), какъ „право на полученіе судебнаго рѣшенія“ [3]), какъ „право посредствомъ предъявленія иска поставить судъ въ необходимость разрѣшить дѣло согласно закону“ [4]) и т. п. [5]).

---

[1]) Введенный въ употребленіе Вахомъ терминъ „Rechtsschutzanspruch“ неточенъ, такъ какъ имъ означается не требованіе (Anspruch), а право. Правильнѣе термины: Klagrecht, Schutzrecht, Gerichtsschutzrecht (Langheineckeп, 15, Anm. 4).

[2]) Heyssler, 29.

[3]) Seuffert, 626.

[4]) Hellmann, 102.

[5]) *Хотя* понятіе абстрактнаго права на искъ впервые формулировали Гассе (въ 1853 г.), а затѣмъ Мутеръ (въ 1857 г.), но оно не привилось (Degenkolb, Beiträge 6; Гордонъ, 76), и отцомъ этой теоріи считаютъ Дегенкольба, который, выразившись, что въ правѣ на искъ заключается только „ожиданіе судебнаго рѣшенія“ (Einlassungszwang, стр. 26), пояснилъ это такъ: „Наличное право стремится къ осуществленію и, въ качествѣ чистѣйшаго частнаго права,—къ осуществленію частнымъ образомъ: самимъ управомоченнымъ субъектомъ. Самопомощь—и только она одна—вытекаетъ изъ частнаго права... Но въ устроенномъ государствѣ взамѣнъ самопомощи управомоченный субъектъ получаетъ искъ; за эту цѣну онъ отказывается отъ самопомощи... Истецъ требуетъ въ процессѣ осуществленія своего конкретнаго права лишь весьма условно; гораздо безусловнѣе требуетъ онъ, чтобы судъ его выслушалъ и тѣмъ засвидѣтельствовалъ юридическое значеніе его правосознанія и его правовой воли“ (31, 32, 35—36). Эти и подобныя имъ выраженія дали основаніе заключить, что Дегенкольбъ считаетъ право на искъ абстрактнымъ правомъ на судебную защиту. Однако въ послѣдующемъ изложеніи онъ устанавливаетъ границы праву на искъ и находитъ, что оно принадлежитъ не всякому правоспособному лицу, а только такому, которое домогается судебной защиты, честно (добросовѣстно) утверждая, что ему принадлежитъ опредѣленное матеріально-правовое требованіе, и что оно потревожено отвѣтчикомъ въ пользованіи своимъ правомъ (ib., §§ 7—10). Поставивъ въ такія границы право на искъ, Дегенкольбъ подошелъ очень близко къ теоріи конкретнаго права на искъ, что онъ и призналъ въ позднѣйшемъ своемъ сочиненіи, отклонивъ отъ себя честь „отцовства абстрактной теоріи права на искъ“ (Beiträge, 44—47). Дѣйствительнымъ авторомъ ея нужно считать скорѣе Плоча, который впервые употребилъ и терминъ „абстрактное право на искъ“. Онъ говоритъ слѣдующее: „Разсматривая дѣйствительную жизнь безъ предвзятыхъ мыслей, можно составить себѣ слѣдующее представленіе о современномъ правѣ на искъ. Каждый, кто вообще можетъ выступать въ качествѣ истца въ данномъ государствѣ, имѣетъ самостоятельное право призывать другого по поводу опредѣленныхъ утвержденій на судъ и требовать, чтобы тотъ вступилъ съ нимъ въ процессъ, и чтобы судъ предпринялъ изслѣдованіе и разрѣшеніе его утвержденія. Это право не частное, а, скорѣе, публичное... Если у меня есть право на искъ, то это не значитъ, что я имѣю также и матеріальное право. Такъ какъ процессуальное право на искъ отвлечено отъ реальнаго существо-

Теорія абстрактнаго права на искъ совершенно вѣрно подмѣтила тотъ фактъ, что въ современныхъ государствахъ предъявлять иски и вести гражданскія дѣла можетъ каждое правоспособное лицо.

Суды обязаны разсматривать всѣ заявляемыя съ соблюденіемъ необходимыхъ формальностей исковыя требованія, хотя бы безусловно и явно неосновательныя, и постановлять по нимъ рѣшенія. За исполненіемъ судьями этой обязанности, какъ и другихъ обязанностей службы, слѣдятъ органы надзора, принимающіе въ нужныхъ случаяхъ тѣ мѣры, на которыя они уполномочены закономъ. Кромѣ того, частныя лица, заявляющія судамъ требованія по отношенію другъ къ другу, могутъ настаивать, чтобы суды разсматривали и разрѣшали ихъ. Съ этой точки зрѣнія можно сказать, что частныя лица имѣютъ право на судебную защиту, или абстрактное право на искъ.

Это право—публичное, потому что направлено противъ органа государственной власти — суда [1]) и, притомъ, не голое, не ли-

---

вания права, то его можно назвать абстрактнымъ правомъ на искъ, а матеріально-правовое—конкретнымъ“ (стр. 15, 40). Матеріальное право необходимо только для выигрыша дѣла: „оно является условіемъ побѣды въ процессѣ“ (стр. 42). Нельзя однако не замѣтить, что Плоссъ, противорѣча себѣ, заявляетъ, будто матеріальное право на искъ тождественно съ процессуальнымъ, но разсматривается съ другой точки зрѣнія, въ связи съ субъективнымъ правомъ (стр. 31, 40). Другіе приверженцы теоріи абстрактнаго права на искъ: Sohm (Grünh. Zt. 4 B., 466 ff.), Löning, Rocholl (Langheinecken, 3—5), Гольмстенъ, 137.

[1]) Многіе полагаютъ, что оно направлено не противъ судовъ, а противъ самого государства: Wach, Hellwig, Schmidt, Degenkolb и др. (Langheinecken, 13—15, 19—20; Гордонъ, 76 и сл.). Конечно, можно сказать, что если государство воспрещаетъ самопомощь, то оно принимаетъ на себя обязанность защищать права гражданъ, и что, значитъ, граждане имѣютъ право требовать отъ государства защиты своихъ субъективныхъ правъ. Но, выражаясь такимъ образомъ, мы употребляемъ терминъ „право“ въ смыслѣ голаго, естественнаго или нравственнаго права, потому что оно ничѣмъ рѣшительно не обезпечено, и если государство не захочетъ въ томъ или другомъ случаѣ оказать защиту законнымъ требованіямъ гражданина, то онъ противъ этого ничего не можетъ подѣлать. Поэтому многіе не безъ основанія находятъ, что говорить о правѣ гражданъ на юридическую защиту со стороны государства нельзя. „Цѣлямъ юридической защиты“, замѣчаетъ Клейнфеллеръ, „служитъ не только отправленіе правосудія, и не только гражданскаго правосудія, но также отправленіе уголовнаго правосудія, примѣненіе полицейской и военной власти. Несмотря на это, отдѣльный подданный не имѣетъ права требовать отъ государства наложенія опредѣленнаго наказанія, опредѣленнаго устройства полиціи, содержанія постоянной арміи, солдатскихъ упражненій, посылки военныхъ судовъ въ чужіе края и т. п., а государ-

шенное защиты право, а охраняемое отъ нарушенія подобно другимъ публичнымъ правамъ, посредствомъ жалобъ высшимъ властямъ. Если судья или коллегіальный судъ не принимаетъ прошенія или другой процессуальной бумаги, которою возбуждается производство у этого суда, то проситель имѣетъ право подать жалобу на это высшей судебной инстанціи (ст. 166, 167, 268, 784 уст. гражд. суд.). Точно такъ же въ случаѣ уклоненія суда отъ разрѣшенія дѣла [1]) или даже неосновательнаго промедленія, тяжущіеся могутъ жаловаться высшей инстанціи въ общемъ порядкѣ (ст. 166, 784 уст. гражд. суд.) или въ порядкѣ надзора (ст. 275 учр. суд. уст.). Въ этихъ случаяхъ судьи под-

---

ство создаетъ и поддерживаетъ эти учрежденія точно такъ же, какъ судебную организацію, въ интересахъ собственнаго самосохраненія. Защита правъ для него необходимость, условіе его существованія. „(Zt. Zp. 34 B., 378). Аналогично: Kohler, Eisele, Bülow и др. (указ. см. у Гордона, стр. 85 и сл.). Кромѣ того, многіе гражданскіе иски могутъ быть предъявляемы не только въ отечественныхъ, но и въ иностранныхъ судахъ, такъ что одинъ и тотъ же искъ можетъ, смотря по мѣсту пребыванія отвѣтчика, подлежать вѣдѣнію французскаго, англійскаго или какого-либо иного суда, напередъ неизвѣстно даже какого именно, ибо заранѣе неизвѣстно, гдѣ будетъ жить отвѣтчикъ въ моментъ предъявленія иска. „Что же это за право, если оно направлено противъ всѣхъ государствъ и судовъ всего міра или, можетъ, въ томъ случаѣ, когда отвѣтчикъ поселился въ странѣ, отказывающей въ юридической защитѣ иностранцамъ, не направлено ни противъ одного изъ государствъ? (Bülow Zt. Zp., 27 B., 244; Klage, 13 ff.). Въ виду неточности термина „право на искъ“ были предложены разные другіе термины для означенія этого же понятія: Klagbefugniss, Berechtigung, Macht и др. (Гордонъ, 95—97; Bülow, Klage, 18 ff.). Но никакой надобности въ нихъ нѣтъ, такъ какъ понятіе „права на искъ“ въ смыслѣ абстрактнаго права на судебную защиту, тождественно съ понятіемъ процессуальной правоспособности.

[1]) Ст. 10 уст. гражд. суд. постановляетъ, что „за пріостановку рѣшенія дѣла подъ предлогомъ неполноты, неясности, недостатка или противорѣчія законовъ виновные подвергаются отвѣтственности, какъ за отказъ въ правосудіи“. Но въ уложеніи о наказ. особаго преступленія „отказа въ правосудіи“ нѣтъ. Точнѣе выражается 13 ст. уст. угол. суд., воспроизводящая такое же правило по отношенію къ уголовнымъ судамъ: она грозитъ имъ отвѣтственностью за „противузаконное бездѣйствіе власти“ по 341—343 ст. улож. о нак. Ст. 10 уст. гражд. суд. представляетъ собою переводъ 4 статьи французскаго гражданскаго кодекса. Подъ отказомъ въ правосудіи, о которомъ говорится въ этой статьѣ, французскій уставъ (ст. 505, п. 4, 506—508) понимаетъ тѣ случаи, когда судъ, несмотря на двукратное ходатайство тяжущихся, не приступаетъ къ разрѣшенію дѣла или отказывается судить подъ предлогомъ молчанія, темноты или недостатка закона. Въ такихъ случаяхъ судьи подлежатъ, какъ и у насъ, уголовной (угол. код., ст. 175, 177, 183, 185), дисциплинарной и гражданской отвѣтственности. Garsonnet, Traité, I, § 140.

лежатъ, смотря по обстоятельствамъ, уголовной или дисциплинарной отвѣтственности за нерадѣніе и медленность по службѣ, а также гражданской отвѣтственности за причиненные частнымъ лицамъ убытки (см. стр. 280 и сл.).

Однако никакого примѣненія изъ этого понятія абстрактнаго права на искъ нельзя сдѣлать въ системѣ процесса въ виду того, что оно лишено самостоятельнаго значенія и совпадаетъ съ понятіемъ процессуальной правоспособности. Въ самомъ дѣлѣ, если бы въ современномъ процессѣ требовались, помимо процессуальной правоспособности, еще какія-либо дополнительныя условія для предъявленія иска и разрѣшенія его судомъ, если бы, напр., лицо, желающее начать дѣло и пользоваться процессуальными правами, должно было предварительно установить свою добросовѣстность или вѣроятность своего искового требованія (присягой или какимъ-либо инымъ способомъ), въ такомъ случаѣ право на искъ имѣло бы значеніе самостоятельнаго права, должно было бы получить мѣсто въ системѣ процесса и подвергнуться изслѣдованію, въ качествѣ одного изъ условій возникновенія процесса. Но такъ какъ никакихъ дополнительныхъ условій для предъявленія иска и осуществленія процессуальныхъ правъ не установлено, а единственно, что требуется, это — наличность у истца процессуальной правоспособности, совпадающей съ общегражданской правоспособностью (см. стр. 577), то ясно, что вводить понятіе „права на искъ въ абстрактномъ смыслѣ“ въ систему процесса совершенно излишне [1]). Его вполнѣ замѣняетъ понятіе „процессуальной правоспособности“, обладающее, вдобавокъ, тѣмъ преимуществомъ, что характеризуетъ право на судебную защиту не только истца, но и отвѣтчика, которому оно принадлежитъ въ такой же точно мѣрѣ.

III. Подъ правомъ на искъ многіе понимаютъ предоставленную закономъ каждому гражданину возможность требовать судебной защиты дѣйствительно принадлежащихъ ему субъективныхъ гражданскихъ правъ, т.-е., право на благопріятное рѣшеніе, на побѣду въ процессѣ. Это уже не отвлечен-

---

[1]) Wach, I, 22; Hellwig, I, 147; II, 10; Kohler, Rechtsschutzanspruch, 211 ff.; Bülow (Zt. Zp. 27 B., 243 ff.).

ное право на искъ, направленное на разрѣшеніе судомъ всякаго искового требованія, хотя бы и неосновательнаго, а право дѣйствительно управомоченнаго лица на удовлетвореніе своего основательнаго требованія. Въ отличіе отъ абстрактнаго права на искъ, оно носитъ названіе конкретнаго.

Эту теорію основалъ и развилъ Вахъ [1]). За Вахомъ послѣдовалъ цѣлый рядъ процессуалистовъ, привнося въ нее болѣе или менѣе значительныя измѣненія, такъ что она является въ настоящее время господствующей, хотя формулируется не всѣми одинаково [2]). Но общій смыслъ всѣхъ этихъ опредѣленій одинъ

---

1) Wach. Handbuch, I, § 2; Feststell., 15 ff.; Der. Rechtschutzanspruch (Zt. Zp. 32 B.).

2) Вахъ: „это — связанное закономъ съ внѣпроцессуальнымъ фактическимъ составомъ требованіе по отношенію къ государству — удовлетворить въ установленной процессуальной формѣ интересъ въ юридической защитѣ противъ отвѣтчика, а по отношенію къ отвѣтчику — требованіе, чтобы онъ претерпѣлъ мѣры защиты... Право на судебную защиту не является функціей субъективнаго права, ибо не обусловливается имъ и существуетъ не только тамъ, гдѣ есть такое право. Такъ наз. отрицательный искъ о признаніи преслѣдуетъ удостовѣреніе и охраненіе не только субъективнаго гражданскаго права, но и всего правового положенія истца цѣликомъ... Сообразно съ различными формами судебной защиты можно различать право на признаніе, на присужденіе, на исполненіе, на арестъ, на предварительное или окончательное рѣшеніе и т. д." (I, стр. 19, 20, 21). Гельвигъ: „Не допуская самопомощи и опредѣляя условія, при которыхъ суды обязаны оказывать юридическую помощь въ той или иной формѣ, государство признаетъ такую защиту своею обязанностью и предоставляетъ тому частному лицу, у котораго имѣется въ данномъ случаѣ опредѣленная закономъ потребность въ юридической защитѣ, право требовать отъ государства выполненія принятой имъ на себя обязанности защиты. Это полномочіе добиваться посредствомъ иска опредѣленнаго рѣшенія и требовать исполненія рѣшенія представляетъ собою публичное право" (Klagrecht und Klagmöglichkeit, 1—2; Lehrbuch, I, 146; Anspruch, § 22). Лангейникенъ: „право на юридическую защиту — субъективное право, направленное на судебную защиту въ гражданско-правовыхъ спорахъ, направленное противъ государства въ его судебной функціи" (стр. 15—16), или, иначе: „публичное субъективное право на оказаніе государствомъ юридической защиты опредѣленнаго рода въ гражданскомъ дѣлѣ, согласно нормамъ процессуальнаго права" (стр. 44). Смотря по роду защиты, Лангейникенъ различаетъ, подобно Ваху, право на судебное рѣшеніе (благопріятное), на арестъ (какъ мѣру обезпеченія), на открытіе конкурса и т. д. (стр. 44 и сл.).

Шмидтъ: „Право на юридическую защиту означаетъ, что рѣшеніе и исполненіе его не оставлены на произволъ государства, а составляютъ содержаніе его обязанности, которая налагается на государство нормами процессуальнаго права. Само собою понятно, что эта обязанность исполняется и осуществляется только отдѣльными органами, создаваемыми государствомъ для отправленія правосудія, и что только въ те-

и тотъ же: онъ сводится къ тому, что каждый гражданинъ имѣетъ право требовать, чтобы судъ оказалъ ему защиту въ той мѣрѣ, въ какой онъ дѣйствительно заслуживаетъ ея, согласно закону и фактическимъ обстоятельствамъ даннаго случая.

Изъ этого ясна разница между абстрактнымъ и конкретнымъ правомъ на искъ. Первое сводится къ возможности требовать, чтобы судъ разсмотрѣлъ предъявленный съ соблюденіемъ необходимыхъ формальностей искъ и постановилъ рѣшеніе; второе, не ограничиваясь этимъ требованіемъ, заключаетъ въ себѣ еще и другое,—чтобы судъ не только постановилъ рѣшеніе, но и постановилъ его въ благопріятномъ для истца смыслѣ [1]).

Теорія „конкретнаго права на искъ“ представляется неправильной въ двоякомъ отношеніи. Во-1-хъ, она характеризуетъ только положеніе истца, тогда какъ право на судебную защиту принадлежитъ и отвѣтчику, и, во-2-хъ, она примѣнима только къ истцу, заявляющему основательное требованіе, а между тѣмъ до конца процесса вовсе неизвѣстно, насколько требованіе истца основательно, потому что процессъ состоитъ именно въ провѣркѣ правомѣрности исковыхъ требованій. Въ послѣднемъ отношеніи она страдаетъ тѣмъ же недостаткомъ, какъ и матеріально-

---

ченіе каждаго отдѣльнаго производства, при посредствѣ иска, преній, представленія доказательствъ и юридической оцѣнки фактическаго матеріала выясняется, лежитъ ли въ данномъ случаѣ на государствѣ обязанность оказать юридическую помощь“ (Lehrbuch, 15—16). Ср. его же: Processrecht und Staatsrecht, 9 ff.

Canstein: „Конечно, Бюловъ правильно замѣтилъ, что въ процессѣ все сводится къ доказыванію: „si paret, dare oportere“; но доказываніе предполагаетъ существованіе внѣпроцессуальнаго факта, который долженъ быть доказанъ, и изъ котораго прежде всего вытекаетъ исковое требованіе или возраженіе, подлежащее защитѣ въ процессѣ при наличности предположеній процесса и при томъ условіи, если правообразующій фактъ частно-правового требованія будетъ утверждаемъ и доказанъ“ (I, 19, Anm.). Ср. Stein, 1 ff.; Pollak, 1 ff.

[1]) Разницу между этими двумя понятіями Лангейнекенъ (стран. 47) поясняетъ такимъ сравненіемъ. Въ уголовномъ процессѣ предсѣдатель суда имѣетъ право предлагать вопросы подсудимому и свидѣтелямъ, которые обязаны отвѣчать. Но подсудимый можетъ ограничиться формальнымъ отвѣтомъ, что „не желаетъ представить объясненій по данному обстоятельству“; свидѣтели же обязаны отвѣчать по существу и сообщать все, что знаютъ по дѣлу. Подобнымъ же образомъ отвлеченному праву на искъ соотвѣтствуетъ формальная обязанность суда постановить рѣшеніе, каково бы оно ни было, хотя бы и противъ истца, а конкретное право на искъ состоитъ въ правѣ получить рѣшеніе въ свою пользу.

правовая теорія, отъ которой она отличается лишь болѣе общей формулировкой, охватывающей не только исполнительные, но также установительные и преобразовательные иски. Поэтому противъ нея справедливо возражали, что до предъявленія иска не можетъ быть рѣчи о правѣ истца на благопріятное судебное рѣшеніе, потому что искомъ только начинается производство, рѣшеніе же есть окончательный результатъ его, который обусловливается дѣйствіями истца и отвѣтчика. Притомъ, „существованіе еще до процесса у истца права на благопріятное рѣшеніе можно было бы допустить, если бы всѣ необходимыя для его существованія условія имѣлись налицо до начала процесса“ [1]). Между тѣмъ условія права на искъ обсуждаются по моменту постановленія рѣшенія и могутъ раньше отсутствовать [2]). Выходитъ, что „право на искъ существуетъ до возникновенія условій своего существованія“ [3]). Но и послѣ предъявленія иска подобное право у истца не возникаетъ; будетъ ли рѣшеніе суда для него благопріятно или нѣтъ, это зависитъ не только отъ того, правъ ли онъ объективно, но и отъ того, сумѣетъ ли онъ надлежащимъ образомъ воспользоваться своими процессуальными правами и убѣдить судъ въ своей правотѣ [4]).

Говорить о правѣ истца на благопріятное рѣшеніе суда все равно, что признавать за экзаменующимся, знающимъ предметъ, право на хорошую отмѣтку: онъ ее получитъ, если сумѣетъ обнаружить достаточныя знанія. Экзаменующійся имѣетъ право только на добросовѣстное и безпристрастное отношеніе къ себѣ экзаменаторовъ [5]). Но это право сводится къ возможности жаловаться на нарушеніе экзаменаторами служебныхъ обязанностей ихъ начальству. Точно такимъ же образомъ съ предъявленіемъ иска какъ у истца, такъ и у отвѣтчика возникаетъ право требовать, чтобы судъ разрѣшилъ дѣло добросовѣстно и безпристрастно, т.-е., чтобы онъ „на основаніи согласнаго съ процессуальными нормами разсмотрѣнія и провѣрки фактическаго матеріала каса-

---

[1]) Bülow. Klage 40.

[2]) Это признаютъ и защитники конкретной теоріи. Hellwig, I, 187.

[3]) Bülow. Klage 41.

[4]) Bülow, Klage, 48 ff.; Weismann, I, 63; Гордонъ, 109 и сл.

[5]) Kohler. Rechtsschutzanspruch, 213.

тельно подлежащаго обсужденію гражданскаго права, вынесъ соотвѣтствующее гражданскимъ законамъ рѣшеніе“ [1]). Другими словами, единственный реальный смыслъ, какой можно придать термину „конкретное право на искъ“, состоитъ въ томъ, чтобы понимать подъ нимъ право тяжущихся на закономѣрную дѣятельность судовъ. Такое право дѣйствительно имъ принадлежитъ, такъ какъ они, несомнѣнно, могутъ требовать, чтобы суды разрѣшали ихъ дѣла правильно, т.-е., согласно съ законами и обстоятельствами дѣлъ и съ соблюденіемъ установленнаго законами порядка. Это право осуществляется ими, во-1-хъ, путемъ примѣненія общихъ процессуальныхъ способовъ обжалованія дѣйствій судовъ въ порядкѣ инстанцій, во-2-хъ, путемъ жалобъ на дѣйствія судей въ порядкѣ надзора. Кромѣ того, тяжущіеся могутъ, въ случаѣ причиненія имъ неправильными дѣйствіями суда убытковъ, взыскивать съ судей вознагражденіе.

Однако понимаемое въ такомъ смыслѣ конкретное право на судебную защиту, подобно абстрактному, не имѣетъ самостоятельнаго значенія, такъ какъ принадлежитъ каждому обладающему процессуальной правоспособностью лицу. Вслѣдствіе этого оно тоже представляется въ системѣ гражданскаго процесса излишнимъ. Въ самомъ дѣлѣ, поскольку оно состоитъ въ правѣ тяжущихся пользоваться всѣми установленными закономъ процессуальными средствами борьбы, постольку оно заключается въ общей процессуальной правоспособности; поскольку оно выражается въ правѣ жаловаться въ уголовномъ или дисциплинарномъ порядкѣ на нарушеніе судьями своихъ служебныхъ обязанностей, постольку оно опять-таки совпадаетъ съ этой правоспособностью; наконецъ, его третья составная часть—право взыскивать съ судей вознагражденія за убытки, понесенные отъ ихъ неправильныхъ дѣйствій, представляетъ собою особый видъ обязательственныхъ правъ, возникающихъ изъ правонарушеній (деликтовъ) и разсматриваемыхъ въ наукѣ гражданскаго права. Въ системѣ гражданскаго процесса можетъ идти рѣчь только

---

[1]) Bülow, Die neue Prozess.-r.-w., 218—219. Гордонъ, 112: „Право на искъ надлежитъ представлять себѣ не иначе, какъ право на объективно-правильное судебное рѣшеніе“.

объ одномъ: о порядкѣ взысканія этихъ убытковъ, который имѣетъ особенности, отличающія его отъ общаго порядка производства гражданскихъ дѣлъ. Объ этомъ и будетъ рѣчь въ своемъ мѣстѣ. [1])

IV. Три изложенныя воззрѣнія на право иска нерѣдко комбинируются различнымъ образомъ, такъ что кромѣ основныхъ теорій существуетъ еще рядъ смѣшанныхъ, посредствующихъ [2]), которыя, однако, не нуждаются въ отдѣльномъ разборѣ, ибо не имѣютъ самостоятельнаго значенія, являясь только сочетаніями основныхъ.

V. Предшествующее изложеніе показало, что понятіе „права на искъ", или „на судебную защиту", какой бы оттѣнокъ ему ни придавать, является [въ системѣ гражданскаго процесса совершенно излишнимъ. Оно вполнѣ замѣняется понятіемъ „процессуальной правоспособности", въ которомъ содержится какъ право на предъявленіе любого иска, такъ и право добиваться всѣми законными способами благопріятнаго рѣшенія суда и требовать признанія и осуществленія матеріальнаго гражданскаго права, если оно дѣйствительно принадлежитъ истцу [3]).

---

[1]) Чтобы защитить свою теорію отъ убійственной критики Бюлова, Вахъ долженъ былъ призвать на помощь метафизику. По его словамъ, Бюловъ стоитъ на эмпирической точкѣ зрѣнія, а право на искъ въ конкретномъ смыслѣ представляетъ собою метафизическое понятіе, такъ какъ имъ выражается самая сущность, идея судебной защиты, состоящая въ томъ, что судъ обязанъ оказывать защиту только дѣйствительно существующимъ правамъ (Zt. Zp. 32 B., 4 ff.).

Но Вахъ упускаетъ изъ виду, что сущность, идея искового процесса, о которомъ идетъ рѣчь въ данномъ случаѣ, заключается въ выясненіи, дѣйствительно ли существуетъ то право, на которое ссылается истецъ; защита же праву дается уже послѣ того, какъ оно установлено судомъ, и дается путемъ исполнительнаго производства (см. стр. 1 и сл., 344 и сл.).

[2]) Чаще всего соединяются абстрактное и конкретное понятія права на искъ, такъ что оно опредѣляется, съ одной стороны, какъ право на выслушаніе судомъ и на судебное рѣшеніе, а съ другой стороны—какъ право на благопріятное рѣшеніе. Dernburg, Pand., I, § 127; Hellmann, Canstein и др. (Langheinecken, 6—8).

Другіе ученые соединяютъ абстрактное и матеріально-правовое понятія (Азаревичъ, II, 3; Regelsberger, Pand., § 191; Hölder, Pand., I, 324, 334, 335).

Иногда комбинируются даже всѣ три понятія (Planck, II, 3 ff.).

[3]) Поэтому споръ нѣмецкихъ процессуалистовъ о понятіи „права на судебную защиту" не имѣетъ для гражданскаго процесса ни практическаго, ни теоретическаго значенія, и небезосновательно одинъ авторъ приравнялъ его къ безплоднымъ схоластическимъ спорамъ въ родѣ того, сколько ангеловъ можетъ умѣститься на остріѣ иглы. Fuchs. Recht und Wahrheit in unserer heutigen Justiz, 1908, 102.

ГЛАВА IV.

Процессуальныя отношенія.

§ 75.

Положеніе суда [1]).

Судъ—органъ государственной власти, призванный къ выполненію одной изъ функцій государственнаго управленія. Съ этою цѣлью ему отведенъ закономъ опредѣленный кругъ дѣятельности, въ границахъ которой онъ имѣетъ право и обязанъ дѣйствовать. Вмѣстѣ съ тѣмъ закономъ установлены и правила, которыми судъ долженъ руководствоваться въ своей дѣятельности. Этимъ обусловливается характерная черта процессуальнаго положенія суда, состоящая въ томъ, что процессуальныя права суда являются вмѣстѣ съ тѣмъ и его обязанностями. Судъ не только въ правѣ совершать извѣстныя дѣйствія при наличности указанныхъ въ законѣ условій, но и обязанъ къ этому. Если, напр., обнаружилось, что истецъ лишенъ правоспособности, то судъ имѣетъ право и вмѣстѣ съ тѣмъ обязанъ прекратить дѣло; если искъ оказался неосновательнымъ, то судъ не только можетъ, но и долженъ отказать въ немъ.

Поэтому неосуществленіе судомъ своихъ процессуальныхъ правъ, вопреки имѣющимся для этого условіямъ, равносильно нарушенію имъ служебныхъ обязанностей, которое является основаніемъ для обжалованія его дѣйствій въ установленномъ порядкѣ, а въ болѣе важныхъ случаяхъ можетъ повести къ возбужденію противъ судей уголовнаго или дисциплинарнаго преслѣдованія. Даже тѣ немногочисленныя нормы, которыя предоставляютъ совершеніе или несовершеніе нѣкоторыхъ процессуальныхъ дѣйствій усмотрѣнію суда, вовсе не открываютъ простора для проявленія судейскаго произвола; судъ всегда обязанъ

---

[1]) Гольмстенъ, 129 и сл.; Wach, Vorträge, 98 ff.; Schmidt, § 91 ff.; Weismann, § 79. Canstein, I, § 16.

поступать разумно, справедливо, цѣлесообразно, прилагая заботу къ поддержанію быстраго и правильнаго хода производства и охраняя законные интересы обѣихъ сторонъ. Такъ, напр., уставъ предоставляетъ усмотрѣнію суда отсрочку засѣданія для предъявленія встрѣчнаго иска (ст. 341), назначеніе осмотра на мѣстѣ (ст. 507) и экспертизы (ст. 515). Но это не значитъ, что судъ воленъ принять эти мѣры или не принять, какъ ему вздумается. Судъ можетъ и обязанъ принимать ихъ только тогда, когда это является, по его добросовѣстному убѣжденію, необходимымъ въ виду обстоятельствъ дѣла (76 № 54) [1]).

Такъ какъ судебная функція состоитъ въ провѣркѣ и окончательномъ установленіи правомѣрности требованій, предъявляемыхъ тяжущимися другъ къ другу, то права и обязанности суда въ гражданскомъ процессѣ направляются на совершеніе дѣйствій, прямо или косвенно ведущихъ къ этой цѣли. По степени своей близости къ ней процессуальныя дѣйствія суда распадаются на три группы, и сообразно съ этимъ права суда дѣлятся на три категоріи.

1. Первую категорію образуютъ права суда на совершеніе та-

---

[1]) Въ статьяхъ нашего устава, посвященныхъ процессуальной дѣятельности суда, чаще всего употребляется изъявительное наклоненіе глаголовъ, означающихъ тѣ дѣйствія, о которыхъ идетъ рѣчь. Такъ, въ уставѣ говорится, что судъ „прекращаетъ производство дѣла“ (ст. 39), „предлагаетъ истцу] разсказать обстоятельства дѣла“ и „выслушиваетъ объясненія отвѣтчика“ (ст. 72), „выдаетъ тяжущемуся, по его просьбѣ, свидѣтельство“ (ст. 76), „принимаетъ въ соображеніе“, „постановляетъ рѣшеніе“ (ст. 129) и т. д. Такимъ способомъ дѣйствительно точнѣе всего обозначается двойственный характеръ дѣятельности суда: указывая просто, какое дѣйствіе судъ совершаетъ, законодатель тѣмъ самымъ даетъ понять, что судъ имѣетъ право и въ то же время обязанъ совершить это дѣйствіе. На ряду съ такимъ способомъ выраженія въ уставѣ употребляются и другіе: именно, весьма часто вспомогательный глаголъ „мочь“ (ст. 4: „судебныя установленія могутъ приступать къ производству дѣлъ...“; ст. 60: „въ случаѣ личной явки обѣихъ сторонъ къ мировому судьѣ, онъ можетъ немедленно приступить...“); рѣже глаголы: „быть обязаннымъ“ (ст. 9: „всѣ судебныя установленія обязаны рѣшать дѣла...“, ст. 140: „мировой судья обязанъ объяснить тяжущемуся...“); „долженствовать“ (ст. 142: „рѣшеніе... должно заключать въ себѣ...“; 339: „рѣшеніе... должно быть основано“); „имѣть право“ (ст. 127: „мировой судья имѣетъ право, по просьбѣ истца, потребовать отъ отвѣтчика...“, ст. 128: „въ случаѣ неисполненія такого требованія, мировой судья имѣетъ право наложить арестъ...“); „быть въ правѣ“ (ст. 80, п. 2, 238), а также различные синонимы, какъ-то: „отъ суда зависитъ“ (ст. 138[3], 145[2], 362, 719, 741, 836), „суду дозволяется“ (ст. 377, 702), и т. п.

кихъ дѣйствій, которыя непосредственно направлены на провѣрку требованій сторонъ и заключаются въ воспріятіи и оцѣнкѣ процессуальнаго матеріала, установленіи фактической стороны дѣлъ и постановленіи рѣшеній [1]).

Въ эту категорію правъ суда входятъ и тѣ, которыя касаются выясненія фактическаго матеріала процесса въ силу инструкціоннаго принципа, какъ-то: право разспроса сторонъ, назначенія осмотра, экспертизы и проч. (см. стр. 391 и сл.).

2. Вторую категорію составляютъ права по управленію ходомъ процесса, принадлежащія суду согласно принципу формальнаго руководства процессомъ (см. стр. 376).

3. Ко второй группѣ примыкаетъ, въ качествѣ необходимаго дополненія, право принимать мѣры къ поддержанію внѣшняго порядка, приличія и благопристойности во время засѣданій (см. стр. 255—256).

Сообразно этимъ тремъ направленіямъ, въ которыхъ проявляется процессуальная дѣятельность суда, различаютъ въ судебной власти: 1) власть рѣшающую (Urtheilsgewalt), 2) направляющую процессъ (processleitende Gewalt) и 3) дисциплинарную (Disciplinargewalt).

Помимо этихъ трехъ основныхъ и главныхъ функцій, на суды возложенъ цѣлый рядъ другихъ, болѣе или менѣе тѣсно связанныхъ съ ними. Такъ, судъ обязанъ закрѣплять въ письменной формѣ свои дѣйствія или, по крайней мѣрѣ, важнѣйшія изъ нихъ, чтобы обезпечить возможность провѣрки ихъ правомѣрности высшими инстанціями [2]).

---

[1]) Такъ, судъ имѣетъ право и обязанъ выслушивать требованія и объясненія сторонъ (ст. 4, 52, 72, 129, 368, 561), принимать отъ нихъ прошенія и другіе документы (ст. 53, 57, 152, 164, 168, 265, 267, 353 и др.), предлагать вопросы тяжущимся и свидѣтелямъ (ст. 93—95, 361, 400, 401 и др.), разсматривать представленные документы и провѣрять ихъ подлинность (105, 107, 547, 548, 456 и др.), производить осмотръ спорнаго имущества (ст. 507 и сл.), выслушивать заключеніе экспертовъ (ст. 515 и сл.), оцѣнивать доказательную силу документовъ и свидѣтельскихъ показаній (ст. 102, 129, 411, 459 и др.), обсуждать всѣ вообще обстоятельства дѣла и разрѣшать какъ самое дѣло, такъ и возникающіе при производствѣ частные вопросы и споры (ст. 129, 145, 146, 693 и сл., 160, 161, 229, 566 и др.).

[2]) Мировой судья, напр., обязанъ „записывать свои рѣшенія или въ особый по каждому дѣлу протоколъ, или въ общую книгу“ (ст. 143); результаты каждаго дѣйствія по провѣркѣ доказательствъ—осмотра спорнаго имущества, допроса свидѣтелей

Далѣе, судъ (въ коллегіальныхъ судахъ предсѣдатель) выдаетъ тяжущимся копіи своихъ постановленій, исполнительные листы, удостовѣренія, справки и т. п., документы, относящіеся къ производству даннаго дѣла (ст. 53, 74, 76, 136, 157, 144, 452, 453, 454, 455, 716 и др.), опредѣляетъ размѣръ судебныхъ издержекъ, вознагражденія свидѣтелей и экспертовъ (ст. 104, 498, 530 и др.); хранитъ документы (ст. 271, 311 и др.); исполняетъ судебныя порученія другихъ судовъ (ст. 500 и др.); сносится съ прокуратурой и другими судебными и правительственными учрежденіями (ст. 110, 165, 563, 564, 267, 454, 540 и др.); сносится съ тяжущимися, сообщая имъ свои постановленія и судебныя бумаги (ст. 233, 317, 318, 492, 557, 559, 600, 656 и др.); предлагаетъ сторонамъ покончить дѣло миромъ (ст. 70, 177, 337, 361, 490 и др.). и т. д.

§ 76.

Положеніе сторонъ [1]).

I. Законъ предоставляетъ гражданамъ, обращающимся къ судамъ для провѣрки и окончательнаго установленія правомѣрности своихъ юридическихъ требованій, цѣлый рядъ процессуальныхъ правъ. Но осуществленіе этихъ правъ необязательно. Это обстоятельство, рѣзко отличающее положеніе сторонъ отъ положенія суда въ процессѣ, является прямымъ послѣдствіемъ принциповъ диспозитивности и состязательности. Процессуальныя права предоставляются сторонамъ въ ихъ частномъ интересѣ, съ цѣлью дать имъ возможность добиться опредѣленія своихъ частно-правовыхъ отношеній другъ къ другу. Поэтому пользованіе или непользованіе процессуальными правами должно зависѣть исключительно отъ усмотрѣнія ихъ обладателей.

и т. д.—должны быть занесены въ протоколъ тѣмъ судомъ или судьей, который это дѣйствіе совершилъ (ст. 101, 124, 406, 434, 503 и др.); рѣшенія и опредѣленія судовъ излагаются въ письменной формѣ (ст. 719 и др.), и т. д.

[1]) Гольмстенъ, 129—132; Гордонъ. Понятіе процесса въ наукѣ гражданск. судоир., 1901.

Bülow. Civilprocessualische Fictionen und Wahrheiten (Arch. civ. Pr. 62 B.).

Конечно, бездѣйствіе тяжущагося можетъ принести ему вредъ и даже быть причиной проигрыша дѣла. Но изъ того, что ему было бы полезно и выгодно совершить какое-либо процессуальное дѣйствіе, еще не вытекаетъ юридическая обязанность совершенія его. Процессуальныя дѣйствія представляютъ собою только средства, которыми стороны могутъ пользоваться съ цѣлью защиты своихъ правъ въ процессѣ, и которыя необходимы для достиженія этой цѣли точно такъ же, какъ необходимо, напр., землепашцу посѣять зерна, чтобы взошелъ хлѣбъ. Нельзя, однако, назвать эту необходимость обязанностью и сказать, что землепашецъ юридически *обязанъ* производить посѣвы: его побуждаетъ къ этому только собственный интересъ, но не станутъ принуждать органы государственной власти.

„Кто не охраняетъ своихъ юридическихъ интересовъ", говоритъ Бюловъ, „своевременными дѣйствіями, протестами, оспариваніемъ, опроверженіемъ, тотъ всегда рискуетъ лишь тѣмъ, что процессъ будетъ продолжаться и безъ его содѣйствія, безъ вниманія къ предоставленнымъ ему, быть можетъ, средствамъ защиты, и что рѣшеніе будетъ построено судомъ на односторонникъ увѣреніяхъ противника... Но ни къ какому дѣйствію ни истецъ, ни отвѣтчикъ не обязаны. По отношенію къ защитѣ имѣетъ силу такой же принципъ, какъ и по отношенію къ предъявленію иска: nemo invitus agere cogitur" [1]).

Итакъ, тяжущіеся не обязаны проявлять дѣятельности въ процессѣ; они могутъ относиться къ нему совершенно пассивно и не принимать въ производствѣ ни малѣйшаго участія: истецъ, подавъ исковое прошеніе, въ правѣ не ударить больше пальцемъ о палецъ, чтобы добиться скорѣйшаго разрѣшенія дѣла въ свою пользу, отвѣтчикъ же воленъ совершенно игнорировать производящееся дѣло. Въ этомъ смыслѣ можно сказать, что стороны имѣютъ только процессуальныя права, но не несутъ никакихъ процессуальныхъ обязанностей.

Но если стороны принимаютъ участіе въ производствѣ дѣла, то въ такомъ случаѣ онѣ подчиняются формальному руководительству и дисциплинарной власти суда и обязаны исполнять

---

[1]) Bülow, Fictionen, 61, 74.

его распоряженія. Разъ судъ, напр., постановилъ отложить дѣло или прекратить пренія сторонъ (ст. 338), то стороны не могутъ вступать съ нимъ въ пререканія и продолжать свои объясненія, такъ какъ рискуютъ быть удаленными изъ залы засѣданія [1]).

II. Вопросъ о существованіи у сторонъ процессуальныхъ обязанностей до сихъ поръ возбуждаетъ споры въ литературѣ. Многіе ученые рѣшаютъ его въ отрицательномъ смыслѣ [2]).

---

[1]) Терминологія нашего устава въ общемъ согласуется съ этимъ положеніемъ. Говоря о дѣйствіяхъ сторонъ, уставъ чаще всего употребляетъ выраженія: „*могутъ*“ (ст. 15, 18, 20, 26, 27, 82[1], 106, 108, 145[1], 152[1], 154, 166, 170, 195, 206, 207, 211, 227, 228, 251, 268, 317, 318, 320, 331, 332, 365[2], 365[10, 22], 378, 389, 422, 440, 479, 481, 483, 510, 512, 555, 571, 576, 578, 612, 652[1], 654, 659, 663, 664, 680, 692, 715, 716, 718[1], 719, 732, 734, 780, 814, 921 и др.), „*имѣютъ право*“ (ст. 14, 25, 69, 151, 321, 340, 356, 365[13, 20], 390, 430, 439, 589, 601, 619, 652, 727, 743, 770, 906 и др.), „*въ правѣ*“ (ст. 82[1], 155[1], 310, 332, 365[13, 23]), „*дозволяется*“ (ст. 426), „*допускается*“ (ст. 13, 82[1], 109, 118, 149, 169, 186—188, 208, 239, 356, 365[11], 512, 543, 586, 587, 660, 662, 673, 721, 730, 733, 768, 783, 794, 795, 908, 910 и др.), „*не запрещается*“ (ст. 115, 485), „*предоставляется*“ (ст. 23, 26, 205, 431, 572, 752, 764, 766 и др.). Иногда встрѣчается въ уставѣ просто изъявительное наклоненіе глаголовъ, означающихъ дѣйствія, на которыя стороны имѣютъ право (ст. 19: „ищутъ и отвѣчаютъ“, ст. 46: „тяжущіеся заявляютъ“, 57: „истецъ передаетъ“, 164, 167, 168, 189, 199, 655, 674, 744, 746 и др.). Наконецъ, въ нѣкоторыхъ статьяхъ уставъ выражается о тяжущихся, что они „должны“ или „обязаны“. Но во всѣхъ этихъ статьяхъ рѣчь идетъ не о томъ, *что* имъ нужно дѣлать, а о томъ, *какъ* слѣдуетъ дѣлать, т.-е., предписывается не совершеніе процессуальныхъ дѣйствій, зависящее отъ доброй воли сторонъ, а форма, способъ, срокъ, которые должны быть соблюдены при ихъ совершеніи (ст. 54: „какъ въ просьбѣ письменной, такъ и при просьбѣ словесной, истецъ *обязанъ* 1) указать званіе, имя, отчество...“; ст. 87: „отводы свидѣтелей *должны быть* предъявлены до приведенія ихъ къ присягѣ...“; ст. 116: „тяжущіеся о согласіи своемъ на рѣшеніе дѣла присягою *обязаны* подать особое прошеніе...“, ст. 163, 257, 258, 262, 264, 314, 315, 365[1], 353, 375, 443, 446, 495, 729, 745, 747, 790 и др.). Въ одномъ только случаѣ уставъ выражается такъ, какъ будто требуетъ совершенія тяжущимися процессуальныхъ дѣйствій, — именно, когда говоритъ о распредѣленіи между ними бремени доказыванія (ст. 81 и 366: „истецъ *долженъ* доказать свой искъ; отвѣтчикъ, возражающій противъ требованій истца, *обязанъ* доказать свои возраженія“). Но и здѣсь идетъ рѣчь не о юридической обязанности къ совершенію дѣйствій, а о фактической необходимости совершить ихъ, если тяжущійся желаетъ остаться побѣдителемъ въ процессѣ.

[2]) Bülow (Zt. Zp. 27 B., 231): „Стороны въ гражданскомъ процессѣ *не имѣютъ* юридическихъ обязанностей ни по отношенію къ суду, ни *одна* по *отношенію* къ другой. Онѣ *не обязаны* ни къ явкѣ въ судъ, ни къ вступленію въ отвѣтъ, ни къ опроверженію заявленій противника, ни къ признанію, ни къ отрицанію, ни къ доказыванію, ни къ присягѣ и т. д. Сторона не обязана совершать этихъ дѣйствій ни по отношенію къ государству, ни по отношенію къ своему противнику и тѣмъ болѣе не понуждается къ совершенію ихъ. Если она упуститъ обезпечить въ достаточной степени свой юридическій интересъ и не воспользуется представляющеюся ей возмож-

Напротивъ, другіе признаютъ существованіе болѣе или менѣе значительнаго числа процессуальныхъ обязанностей сторонъ. Такъ, Вахъ считаетъ обязанностью сторонъ—обязанность защищаться [1]).

ностью дѣйствовать, слѣдствіемъ этого будетъ ухудшеніе ея процессуальнаго положенія, а въ силу воздѣйствія исхода процесса на гражданско-правовыя отношенія, ухудшеніе и ея матеріально-правового положенія: cum liceat sui juris persecutionem deteriorem constituere (L. 46 D. de pactis, 2, 14)"; Schmidt, 350—351: „Стороны дѣйствуютъ не въ качествѣ представителей высшей власти согласно объективнымъ правиламъ, выполненіе которыхъ онѣ принимаютъ на себя офиціально, подобно судебному органу при назначеніи на должность. Онѣ дѣйствуютъ на собственный страхъ, по субъективнымъ соображеніямъ цѣлесообразности, т.-е., произвольно. Потому-то именно ихъ отвѣтственность за направленіе процесса, поскольку оно ожидается отъ нихъ, является не юридической, а чисто фактической, основанной исключительно на свободномъ выборѣ между дѣятельной заботливостью о своихъ юридическихъ интересахъ и косным пренебреженіемъ къ нимъ по соображеніямъ личнаго удобства... Сторонѣ предоставляется на выборъ либо дѣйствовать въ своемъ собственномъ эгоистическомъ интересѣ, либо принять на себя невыгодныя послѣдствія своего бездѣйствія. Стороны должны предпринять трудъ, необходимый при предъявленіи иска, заявленіи фактическихъ утвержденій, представленіи доказательствъ, возраженіи противъ утвержденій противника, сообщеніи противнику благопріятныхъ рѣшеній и т. д., если онѣ желаютъ обратить ходъ процесса къ своей выгодѣ; но онѣ могутъ не предпринимать этого, если не желаютъ обратить движеніе процесса въ свою пользу. Называть такое отношеніе обязанностью значило бы злоупотреблять этимъ понятіемъ. Законъ устанавливаетъ обязанность и принужденіе тамъ, гдѣ требуетъ дѣйствія ради объективныхъ цѣлей права, а не тамъ, гдѣ дѣйствіе требуется только въ качествѣ средства для достиженія частной эгоистической цѣли. Процессуальная дѣятельность ставитъ сторону въ такое положеніе, которое нерѣдко вытекаетъ изъ соціальнаго общенія и необходимости утвердиться въ немъ, и которое вообще можетъ быть означено, какъ связанность, бремя или просто отвѣтственность. Во всякомъ случаѣ фактически отвѣтственная дѣятельность стороны стоитъ въ рѣшительномъ противорѣчіи съ юридически отвѣтственной, основанной на служебномъ долгѣ дѣятельностью чиновника судебнаго вѣдомства". Hellwig: „Современный процессъ разсчитанъ лишь на возможность, но не на необходимость спора. Ни возникновеніе процесса, ни завершающая его побѣда истца не обусловливаются какимъ бы то ни было участіемъ отвѣтчика; если же истецъ совсѣмъ или отчасти прекращаетъ свое нападеніе, то побѣдителемъ становится безъ всякаго труда отвѣтчикъ... Конечно, бездѣйствіе стороны влечетъ для нея невыгодныя послѣдствія. Но они точно такъ же не представляютъ собою наказанія, какъ въ области гражданскаго права тѣ невыгоды, которыя связаны съ воздержаніемъ отъ оспариванія сдѣлки или отъ перерыва исковой либо пріобрѣтательной давности... Если въ этихъ случаяхъ говорятъ объ обязанности дѣйствовать, то лишь въ смыслѣ обязанности по отношенію къ самому себѣ, т.-е., о необходимости совершать дѣйствія, если желаетъ воспользоваться ихъ выгодами" (II, 33, прим. 28). Въ такомъ же смыслѣ; Kleinfeller, § 62,3; Geib, Rechsschutzbegehren, 1909, § 25; Kohler, Grundriss, § 44 (признаетъ только обязанность возмѣщенія противнику судебныхъ издержекъ)

[1]) Wach, I, 34 ff. и въ Grünh. Zt. 6 B., 315 ff.; 7 B., 147 ff.

Планкъ—обязанность явки и выдачи документовъ [1]); Канштейнъ насчитываетъ даже цѣлый рядъ обязанностей и раздѣляетъ ихъ на три группы: 1) публично-правовыя обязанности повиновенія суду и уваженія къ нему, какъ къ органу государственной власти, 2) публично-правовыя обязанности по отношенію къ суду, изъ коихъ нѣкоторымъ соотвѣтствуетъ право противной стороны избавлять отъ исполненія ихъ обязанное лицо въ виду того, что онѣ установлены въ ея интересахъ (таковы, напр., обязанности принятія присяги, представленія доказательствъ, выдачи документовъ), а другимъ такое право не соотвѣтствуетъ (обязанность соблюдать при совершеніи процессуальныхъ дѣйствій правила относительно времени и мѣста ихъ совершенія, защищать свои права только при помощи средствъ судебнаго производства, давать объясненія по поводу утвержденій и заявленій противника, и др.); наконецъ, 3) обязанности только по отношенію къ противной сторонѣ, каковы возмѣщеніе судебныхъ издержекъ, представленіе обезпеченія иностранцемъ и исполненіе суд. рѣшенія [2]).

Разногласіе между корифеями процессуальной науки по столь существенному вопросу объясняется тѣмъ, что въ западныхъ кодексахъ имѣются постановленія, которыя могутъ быть съ большимъ или меньшимъ основаніемъ толкуемы въ смыслѣ возложенія на тяжущихся процессуальныхъ обязанностей [3]).

---

[1]) Planck, II, 250; I, 47 ff.

[2]) Canstein, I, 726 ff. Признаютъ существованіе процессуальныхъ обязанностей сторонъ также Pollak (§ 93) и Skedl (§ 5).

[3]) Такъ, по германскому уставу, *неявка истца въ засѣданіе ведетъ къ отказу въ искѣ* (§ 330), а неявка *отвѣтчика приравнивается къ признанію имъ правильности* приведенныхъ истцомъ фактовъ (§ 331). Слѣдовательно, въ то время какъ у насъ, при неявкѣ одной изъ сторонъ, другая сторона все-таки должна представить суду доказательства въ пользу своихъ требованій и заявленій, и судъ имѣетъ право присудить только „доказанныя требованія" (ст. 722), въ Германіи неявка одной стороны избавляетъ другую отъ бремени доказыванія. Отсюда выводятъ, что, значитъ, на сторонахъ лежитъ *обязанность* защищаться (Defensionspflicht) или вступать въ процессъ (Einlassungspflicht), ибо неисполненіе этой обязанности влечетъ за собою спеціальныя процессуальныя послѣдствія (Degenkolb, Einlassungszwang, 15 ff.; Plosz, Beiträge, 158; Wach, l. c.; Canstein, l. c.).

Противъ такого вывода небезосновательно возражаютъ, что врядъ ли можно усматривать обязанность въ томъ, что установлено закономъ въ интересахъ самой стороны, а не ея противника. Законъ даетъ каждому тяжущемуся право защищаться *отъ нападенія противника, и какія бы вредныя послѣдствія ни грозили тому, кто не хо-*

Существуютъ такого рода постановленія, хотя и менѣе многочисленныя, и въ нашемъ уставѣ.

Сюда относится прежде всего лежащая на проигравшей дѣло сторонѣ обязанность возмѣстить противнику судебныя издержки. Ст. 868 прямо говоритъ, что „тяжущійся, противъ котораго постановлено рѣшеніе, обязанъ, по требованію противной стороны, возвратить ей судебныя издержки". Но право на полученіе судебныхъ издержекъ и обязанность ихъ уплатить возникаютъ только по окончаніи дѣла и опредѣляются исходомъ его: во время процесса неизвѣстно, кто кому долженъ будетъ возмѣстить издержки. Затѣмъ, по общему правилу, возмѣщеніе издержекъ производится не въ теченіе процесса, а по окончаніи его, такъ что является не процессуальнымъ, а послѣпроцессуальнымъ дѣйствіемъ. Наконецъ, даже въ тѣхъ случаяхъ, когда оно происходитъ въ теченіе процесса (при уплатѣ издержекъ за двѣ инстанціи, если дѣло перешло въ сенатъ), оно не является процессуальнымъ дѣйствіемъ, потому что не имѣетъ

четъ защищаться, все-таки нельзя сказать, что онъ *обязанъ* защищаться (Weismann, I, § 85—IV; Bülow, Fictionen, 61 ff.): кто въ поединкѣ не отражаетъ ударовъ шпаги противника, тотъ рискуетъ быть убитымъ, но отсюда не слѣдуетъ, что онъ *обязанъ* драться.

Затѣмъ, принимаемыя германскимъ и австрійскимъ уставами мѣры противъ умышленнаго затягиванія дѣлъ тяжущимися равносильны признанію обязанности сторонъ своевременно представлять доказательства и совершать нѣкоторыя другія процессуальныя дѣйствія. Однако въ этихъ случаяхъ можно видѣть не обязанность, а срочное право сторонъ, погашеніе котораго съ истеченіемъ срока приноситъ ущербъ своему обладателю, ибо „невыгодныя послѣдствія являются результатомъ не только неисполненія обязанности, но и неосуществленія права" (Bülow, Fictionen, 73).

Наконецъ, къ числу процессуальныхъ обязанностей сторонъ относятъ также обязанность правдивости въ заявленіяхъ и фактическихъ сообщеніяхъ (Wahrheitspflicht). Но и этотъ случай допускаетъ другое толкованіе: вмѣсто обязанности сторонъ говорить правду можно усматривать здѣсь воспрещеніе злоупотреблять процессуальными правами (см. § 81).

Нѣкоторые авторы объединяютъ обязанность правдивости, обязанность выдачи документовъ и обязанность отвѣчать на разспросы суда подъ общимъ именемъ обязанности „взаимопомощи сторонъ". (Skedl, § 5).

Столь же споренъ былъ вопросъ о существованіи процессуальныхъ обязанностей у тяжущихся въ германскомъ общемъ процессѣ. Въ то время какъ одни перечисляли цѣлый рядъ такихъ обязанностей (Renaud, 486, 487), другіе отрицали ихъ существованіе и давали этимъ случаямъ иное объясненіе (Bülow, Fictionen, 27 ff.).

ни прямого, ни косвеннаго отношенія къ сущности процесса—провѣркѣ требованій истца: уплатитъ ли сторона издержки, присужденныя противнику или нѣтъ, это никакого вліянія на послѣдующее производство во второй инстанціи не будетъ имѣть.

Второй случай, въ которомъ можно усмотрѣть наличность процессуальной обязанности, это—постановленіе 5 пункта 571 ст., по которому если искъ предъявленъ иностранно-поданнымъ, не состоящимъ на русской государственной службѣ и не владѣющимъ въ Россіи недвижимостью, то отвѣтчикъ имѣетъ право потребовать отъ него обезпеченія возможныхъ издержекъ и убытковъ по дѣлу. Изъ этого какъ будто вытекаетъ, что на иностранно-подданныхъ истцахъ лежитъ спеціальная обязанность по отношенію къ отвѣтчикамъ. Но это невѣрно. Хотя дѣйствительно отвѣтчику принадлежитъ процессуальное право, но только не право требовать обезпеченія отъ истца, потому что, въ случаѣ неисполненія этого требованія, отвѣтчикъ не можетъ просить о принудительномъ взысканіи обезпеченія съ истца, а право требовать отъ суда прекращенія дѣла вслѣдствіе несоблюденія истцомъ правилъ предъявленія иска [1]). Подобнымъ же образомъ отвѣтчикъ можетъ требовать оставленія иска безъ разсмотрѣнія по неподсудности (ст. 571, п. 1) или по нарушенію установленныхъ для исковыхъ прошеній формальностей (ст. 579). Однако изъ этого не слѣдуетъ, что у отвѣтчика имѣется право по отношенію къ истцу: оно направлено не противъ истца, а противъ суда и состоитъ въ возможности требовать, чтобы каждое дѣло разсматривалось компетентнымъ судомъ и съ соблюденіемъ установленныхъ закономъ формальностей.

Наконецъ, третій случай содержится въ правилѣ 442 ст.: „каждая сторона обязана, по требованію своего противника, представлять находящіеся у нея документы, служащіе къ подтвержденію спорныхъ обстоятельствъ дѣла“. Однако такое же точно право требовать представленія документовъ тяжущіеся имѣютъ и по отношенію къ постороннимъ, не участвующимъ въ процессѣ лицамъ и даже по отношенію къ правительственнымъ учрежденіямъ (ст. 442, 453). Это обстоятельство показываетъ, что

---

[1]) Bülow, Fictionen, 67.

въ данномъ случаѣ имѣется не процессуальная обязанность сторонъ, а обще-гражданская обязанность содѣйствовать отправленію правосудія [1]), аналогичная обязанности давать показанія въ качествѣ свидѣтеля. Притомъ, право тяжущагося требовать представленія документовъ направлено не противъ другой стороны, а противъ суда: тяжущійся можетъ просить, чтобы судъ вытребовалъ документъ отъ противника или отъ посторонняго лица. Поэтому и въ данномъ случаѣ стороны не находятся въ непосредственномъ отношеніи другъ къ другу, а каждая изъ нихъ находится въ отношеніи къ суду: одна требуетъ отъ суда выполненія извѣстнаго дѣйствія, другой предлагается судомъ доставить документъ. Но послѣдняя имѣетъ право либо удовлетворить это требованіе, либо нѣтъ, рискуя въ послѣднемъ случаѣ подвергнуться невыгоднымъ послѣдствіямъ, заключающимся въ томъ, что судъ можетъ признать доказанными обстоятельства, въ подтвержденіе которыхъ сдѣлана ссылка на требуемые документы (ст. 444).

Въ виду изложеннаго слѣдуетъ признать, что, согласно нашему дѣйствующему уставу, у тяжущихся нѣтъ процессуальныхъ обязанностей (не считая, конечно, тѣхъ, которыя соотвѣтствуютъ правамъ суда по формальному руководству процессомъ и поддержанію порядка въ засѣданіяхъ) и въ частности нѣтъ никакихъ процессуальныхъ обязанностей по отношенію другъ къ другу [2]).

II. Процессуальныя права тяжущихся распадаются по своему содержанію на двѣ группы. Въ одну входятъ тѣ, которыя заключаются въ возможности вліять своими волеизъявленіями на дѣятельность суда и, слѣдовательно, на судьбу процесса, а въ другую — тѣ, которыя направлены на содѣйствіе суду при исполненіи имъ своихъ функцій по производству дѣла.

А. Къ первой группѣ принадлежатъ слѣдующія права.

---

[1]) Гольмстенъ, 132.

[2]) Таково же мнѣніе проф. Гольмстена (Учебникъ, 130—131), Нефедьева (Къ ученію о сущности, 161, прим.) и Гордона (Понятіе процесса, 12—13). Проф. Яблочковъ упоминаетъ объ „обязанности содѣйствовать достиженію цѣли, преслѣдуемой судомъ, и подчиняться его распоряженіямъ“ (стр. 10), не поясняя, въ чемъ выражается первая изъ этихъ обязанностей. Прочіе процессуалисты не высказывались по этому вопросу.

1. Право возбуждать ходатайства (Anträge), т.-е., обращаться къ суду съ просьбами (требованіями) относительно совершенія опредѣленныхъ дѣйствій, какъ-то: предъявлять иски (ст. 4, 51, 526), ходатайствовать о допросѣ свидѣтелей и повѣркѣ доказательствъ (ст. 369), объ истребованіи документовъ (ст. 447), о перевершеніи дѣла (ст. 743) и т. п.

Этому праву сторонъ соотвѣтствуетъ обязанность суда провѣрять правомѣрность заявленныхъ ходатайствъ и, если они правомѣрны, удовлетворять ихъ. Такъ, судъ обязанъ присудить истцу требованія, доказанныя имъ (ст. 693 и сл., 722), и постановить опредѣленіе о допросѣ свидѣтелей и повѣркѣ доказательствъ, объ истребованіи документовъ, объ обезпеченіи иска и т. д., если признаетъ, что соотвѣтствующія ходатайства сторонъ удовлетворяютъ указаннымъ въ законѣ требованіямъ (ст. 369, 443, 591 и др.). Въ случаѣ отказа въ ходатайствѣ, сторона имѣетъ право обжаловать постановленіе суда въ высшую инстанцію.

2. Право распоряжаться объектомъ процесса, т.-е., заявляемыми суду юридическими требованіями: истецъ можетъ отказаться отъ иска, отвѣтчикъ—признать правильность требованій истца. Въ этомъ проявляется принципъ диспозитивности (см. стр. 367—377).

3. Право вступать между собою въ соглашенія съ цѣлью повліять на ходъ процесса или на регулированіе отдѣльныхъ процессуальныхъ вопросовъ. Такъ, стороны могутъ окончить дѣло миромъ (ст. 1357) или договоромъ о третейскомъ судѣ (ст. 1373 и сл.), условиться о рѣшеніи дѣла присягой (ст. 485) или на основаніи показаній окольныхъ людей (ст. 422), вступить въ соглашеніе о пріостановленіи производства (ст. 681, п. 1), отсрочкѣ засѣданія (ст. 356), избраніи экспертовъ (ст. 518), освобожденіи свидѣтелей отъ присяги (ст. 395) и проч.

Это право сторонъ является тоже выраженіемъ принципа диспозитивности. Ему соотвѣтствуетъ обязанность суда дѣлать согласныя съ волеизъявленіемъ сторонъ, облеченнымъ въ требуемую закономъ форму, постановленія. Если, напр., стороны заключили мировую сдѣлку и представили засвидѣтельствованную нотаріусомъ запись, то судъ обязанъ прекратить производство дѣла (ст. 1359, 1366); если обѣ стороны выразили суду же-

ланіе отложить разсмотрѣніе дѣла, судъ обязанъ постановить опредѣленіе объ отсрочкѣ засѣданія (ст. 356), и т. д.

Б. Вторую группу процессуальныхъ правъ тяжущихся составляютъ слѣдующія.

1. Право приводить фактическія обстоятельства въ подтвержденіе своихъ ходатайствъ и опроверженіе ходатайствъ противника.

Такъ, въ исковомъ прошеніи могутъ и даже „должны быть указаны обстоятельства дѣла, изъ коихъ искъ проистекаетъ“ (4 п. 257 ст.); въ отвѣтѣ „должны быть изложены обстоятельства, на коихъ основанъ споръ отвѣтчика“ (ст. 315); въ засѣданіи сначала истецъ, а затѣмъ отвѣтчикъ излагаютъ „какъ требованія, такъ и обстоятельства и доводы, на коихъ сіи требованія основаны“ (ст. 330); въ апелляціонной жалобѣ „должно быть объяснено, какими обстоятельствами дѣла или законами опровергается правильность рѣшенія“ (2 п. 745 ст.).

Этому праву сторонъ соотвѣтствуетъ обязанность суда воспринимать фактическія сообщенія и заявленія сторонъ своими внѣшними чувствами, т.-е., выслушивать ихъ, если они дѣлаются устно, и прочитывать, если представляются въ письменной формѣ. Судъ можетъ постановить рѣшеніе „не иначе, какъ по выслушаніи объясненія противной стороны“ (ст. 4); предсѣдатель и члены суда могутъ требовать отъ тяжущихся объясненій (ст. 335); судъ, найдя, по выслушаніи сторонъ, что какія-либо существенныя обстоятельства дѣла остались невыясненными, назначаетъ сторонамъ срокъ для разъясненія ихъ (ст. 368), и т. д.

2. Право представлять доказательства въ подтвержденіе указанныхъ фактическихъ обстоятельствъ, а именно предъявлять документы, на которыхъ основаны требованія (п. 1 ст. 263, 316), доставлять въ засѣданіе суда свидѣтелей (ст. 379), принимать присягу (ст. 485 и сл.), и пр.

Съ своей стороны, судъ обязанъ воспринимать и оцѣнивать значеніе этихъ доказательствъ, согласно постановленіемъ закона (ст. 339, 409, 410, 411, 498 и др.).

3. Право давать объясненія по дѣлу, т.-е., обсуждать, развивать и разъяснять юридическими и логическими соображеніями требованія, возраженія, фактическія обстоятельства и по-

становленія законовъ, относящіяся къ данному дѣлу. Осуществленіе этого права происходитъ преимущественно въ засѣданіяхъ суда въ формѣ „словесныхъ объясненій" (ст. 512, 721, 770) или „словеснаго состязанія сторонъ" (ст. 324, 329, 570, 768 и др.), которое „заключается въ изложеніи требованій, обстоятельствъ и доводовъ, на которыхъ сіи требованія основаны" (ст. 330). Но стороны не лишены права представлять такія объясненія и въ письменныхъ бумагахъ, которыя подаются ими въ судъ: въ исковыхъ и иныхъ прошеніяхъ, апелляціонныхъ, частныхъ, кассаціонныхъ жалобахъ и т. д. Это видно изъ 331 статьи, по которой „при словесномъ состязаніи тяжущіеся могутъ приводить новые доводы въ разъясненіе обстоятельствъ дѣла, изложенныхъ въ поданныхъ ими суду бумагахъ".

Судъ обязанъ выслушивать и прочитывать объясненія сторонъ. Предсѣдатель суда, руководя словеснымъ состязаніемъ, можетъ прекратить его только тогда, когда „дѣло достаточно разъяснено", и стороны представили „равное число изустныхъ объясненій" (ст. 338), а рѣшеніе суда „должно быть основано не только на документахъ и другихъ доказательствахъ", но и „на доводахъ, изъясненныхъ при устномъ состязаніи" (ст. 339).

4. Право выяснять фактическія обстоятельства дѣла посредствомъ активнаго содѣйствія суду при воспріятіи и повѣркѣ доказательствъ. Такъ, при допросѣ свидѣтелей и окольныхъ людей стороны имѣютъ право предлагать допрашиваемымъ вопросы (ст. 400, 436); при осмотрѣ на мѣстѣ—„обращать вниманіе лица, производящаго осмотръ, на предметы, требующіе осмотра" (ст. 510), и т. д.

5. Право слѣдить за всѣми дѣйствіями по производству дѣла. Это право представляетъ собою проявленіе принципа гласности процесса для сторонъ (см. стр. 449—450).

Судъ обязанъ предоставлять тяжущимся возможность осуществлять это право, извѣщая ихъ о времени своихъ засѣданій и производства повѣрочныхъ дѣйствій, сообщая имъ копіи документовъ, представленныхъ противной стороной, и выдавая копіи своихъ постановленій (ст. 275 и сл., 501, 854 и др.).

6. Право требовать соблюденія судомъ, противной стороной и другими участвующими въ дѣлѣ лицами правилъ производ-

ства. Такъ, тяжущійся можетъ „указывать на нарушеніе въ исковомъ прошеніи предписанныхъ закономъ формъ“ (ст. 579), „доводить до свѣдѣнія суда о существованіи законныхъ причинъ къ устраненію прокурора“ (ст. 680), „дѣлать оговорки на протоколѣ о замѣченныхъ въ немъ неправильностяхъ“ (ст. 512, 543), „указывать на неправильности, допущенныя при составленіи списка окольныхъ людей“ (ст. 426), и т. д.

Судъ обязанъ обсуждать эти требованія и указанія сторонъ, и если они основательны, принимать указанныя въ законѣ мѣры (ст. 680, 427, 1 п. 793).

§ 77.

Судьбы процессуальныхъ правъ.

Процессуальныя права суда и тяжущихся, подобно матеріальнымъ гражданскимъ правамъ, возникаютъ и прекращаются, могутъ быть осуществляемы, нарушаемы и защищаемы.

1. Возникновеніе процессуальныхъ правъ какъ у суда, такъ и у сторонъ происходитъ постепенно. Они не существуютъ всѣ одновременно съ самаго начала процесса, а появляются одни за другими, послѣдовательно смѣняя другъ друга. Каждое изъ нихъ обусловливается наступленіемъ извѣстныхъ фактическихъ обстоятельствъ, извѣстныхъ фактическихъ составовъ, которые можно назвать, по аналогіи съ юридическими фактами матеріальнаго гражданскаго права, процессуальными фактами[1]). Эти факты могутъ заключаться, во-первыхъ, въ дѣйствіяхъ субъектовъ процесса. Такъ, съ подачей искового прошенія у суда возникаетъ право и обязанность приступить къ производству; врученіе копіи искового прошенія отвѣтчику даетъ ему право представить суду письменный отвѣтъ противъ иска, и т. д.

Во-вторыхъ, такое же правопроизводящее вліяніе могутъ имѣть дѣйствія постороннихъ участвующихъ въ процессѣ лицъ:

---

[1]) Обыкновенно терминъ „процессуальные факты“ употребляется въ болѣе обширномъ смыслѣ обстоятельствъ, нормируемыхъ процессуальными законами и ведущихъ къ процессуальнымъ послѣдствіямъ (*Wach*, § 3, *Hellwig*, § 1). Но правильнѣе придавать этому термину тотъ смыслъ, какой имѣетъ терминъ „юридическіе факты“ въ гражданскомъ правѣ.

неявка свидѣтеля, напр., ведетъ къ возникновенію у суда права и обязанности оштрафовать его и вызвать вновь (ст. 383).

Наконецъ, процессуальными фактами являются независящія ни отъ чьей воли событія. Таковы, напр., смерть или сумасшествіе тяжущагося, ведущія къ пріостановкѣ производства (ст. 681).

Изъ этихъ трехъ категорій процессуальныхъ фактовъ наиболѣе важное значеніе имѣетъ первая. Въ громадномъ большинствѣ случаевъ возникновеніе процессуальныхъ правъ у одного изъ субъектовъ процесса является результатомъ осуществленія или неосуществленія правъ другими субъектами. Какъ только истецъ подастъ исковое прошеніе, у предсѣдателя суда возникаетъ право провѣрить соблюденіе истцомъ установленныхъ въ законѣ формальностей для предъявленія иска и, смотря по результату провѣрки, либо возвратить прошеніе, либо оставить безъ движенія, либо дать ему ходъ (ст. 265 и сл.). Если предсѣдатель распорядился возвратить истцу прошеніе, то истецъ получаетъ право предъявить искъ вторично или принести жалобу судебной палатѣ (ст. 268); если прошеніе оставлено безъ движенія, предсѣдатель обязанъ извѣстить объ этомъ истца и назначить ему срокъ на исправленіе формальныхъ погрѣшностей въ прошеніи (ст. 270), а истецъ получаетъ право исправить ихъ; буде же онъ этотъ срокъ пропуститъ, предсѣдатель имѣетъ право и обязанъ возвратить ему прошеніе (ст. 270). Если прошеніе составлено правильно, и предсѣдатель нашелъ возможнымъ дать ему ходъ, то онъ имѣетъ право и обязанъ сообщить его копію отвѣтчику, у котораго возникаетъ право дать письменный отвѣтъ на исковое прошеніе (ст. 313), и т. д. Словомъ, процессъ представляетъ собою постепенно развертывающуюся цѣпь взаимно переплетающихся процессуальныхъ правъ.

Такъ какъ по мѣрѣ движенія производства одни процессуальныя права прекращаются, а другія возникаютъ, то каждая такая перемѣна ставитъ субъектовъ процесса въ новое юридическое взаимоотношеніе, въ новое процессуальное положеніе [1]).

---

[1]) Этотъ терминъ, хотя и не получилъ прямого признанія въ наукѣ процесса, но примѣняется процессуалистами, напр., Гельвигомъ (стр. 14, 15, 34, 35, 36, 37, 46), такъ какъ удачно характеризуетъ измѣняющееся взаимоотношеніе сторонъ въ про-

Вслѣдствіе этого процессъ разлагается на цѣлый рядъ процессуальныхъ положеній, переходящихъ одно въ другое.

Находясь во взаимной зависимости и обусловливая другъ друга, процессуальныя права въ то же время не вытекаютъ одно изъ другого, не опираются одно на другое: каждое изъ нихъ возникаетъ самостоятельно, въ качествѣ первоначальнаго права. Другими словами, процессуальныя права подлежатъ лишь первоначальному способу пріобрѣтенія и не допускаютъ производнаго: судъ не можетъ передать какихъ-либо своихъ правъ тяжущимся, а тяжущіеся не могутъ взаимно пріобрѣтать ихъ другъ отъ друга, точно такъ же, какъ не могутъ передавать отдѣльныхъ правъ постороннимъ лицамъ (возможно только общее преемство въ процессѣ). Въ этомъ отношеніи процессуальныя права неотчуждаемы. Это свойство обусловливается ихъ публично-правовымъ характеромъ: права суда являются вмѣстѣ съ тѣмъ его обязанностями, а правамъ тяжущихся соотвѣтствуютъ обязанности суда.

2. Прекращеніе процессуальныхъ правъ является, во—1, результатомъ ихъ осуществленія, если они не допускаютъ, по своему содержанію, возможности многократнаго осуществленія, а погашаются уже однократнымъ осуществленіемъ. Такъ, право обжалованія судебнаго рѣшенія во вторую инстанцію прекращается съ подачей апелляціи, а право требовать обезпеченія

цессѣ. Въ болѣе узкомъ смыслѣ употребляетъ терминъ „процессуальное положеніе" проф. Колеръ, впервые предложившій (безуспѣшно) ввести его въ теорію процесса. Именно, Колеръ понимаетъ подъ нимъ только „такое неизмѣняемое" положеніе, которое оказываетъ существенное вліяніе на окончательное рѣшеніе дѣла. Подобныя процессуальныя положенія создаются, напр., предъявленіемъ иска, обжалованіемъ рѣшенія въ высшую инстанцію, признаніемъ иска, отказомъ отъ иска, судебнымъ рѣшеніемъ и т. п. Юридическое значеніе такихъ процессуальныхъ положеній состоитъ, по мнѣнію Колера, въ томъ, что они остаются неизмѣнными при перемѣнѣ субъектовъ процесса вслѣдствіе преемства (при вступленіи въ процессъ вмѣсто тяжущагося его наслѣдника или правопреемника). Kohler, Process als Rechtverh., 62 ff.; Zt. Zp. 29 B., 1 ff.; Grundriss, § 43. Однако не только эти, но и всѣ вообще процессуальныя положенія обладаютъ такимъ же свойствомъ: лицо, вступающее въ процессъ вмѣсто одного изъ его первоначальныхъ субъектовъ, пріобрѣтаетъ тѣ только права, которыя принадлежали его предшественнику въ моментъ преемства. Поэтому, хотя выдѣленныя Колеромъ процессуальныя положенія оказываютъ болѣе сильное вліяніе на исходъ процесса, чѣмъ всѣ другія, но ни къ какимъ особымъ процессуальнымъ послѣдствіямъ не ведутъ.

иска можетъ быть осуществляемо неограниченное число разъ (ст. 592).

Другимъ способомъ прекращенія процессуальныхъ правъ является истеченіе срока, ибо преобладающее большинство ихъ срочно, такъ что существованіе почти каждаго напередъ ограничено извѣстнымъ періодомъ времени, указаннымъ въ законѣ или установленнымъ судомъ. Какъ только этотъ періодъ истекъ, тотчасъ неосуществленное право погашается (ст. 816).

Но при наличности указанныхъ въ законѣ обстоятельствъ, извиняющихъ бездѣйствіе тяжущагося, срокъ существованія права можетъ быть продленъ судомъ, а прекратившееся уже право возобновлено посредствомъ возстановленія срока (ст. 835).

3. Нарушеніе правъ выражается въ неисполненіи обязанными лицами своихъ обязанностей, соотвѣтствующихъ этимъ правамъ. Сообразно взаимному положенію субъектовъ процесса, тяжущіеся могутъ нарушать только тѣ права суда, въ которыхъ проявляется его власть по руководству ходомъ процесса и поддержанію внѣшняго порядка въ засѣданіяхъ (стр. 629), а права тяжущихся допускаютъ нарушеніе судомъ, такъ какъ ихъ правамъ соотвѣтствуютъ обязанности суда (стр. 635). Но взаимное нарушеніе сторонами своихъ правъ невозможно вслѣдствіе того, что онѣ не имѣютъ обязанностей по отношенію другъ къ другу (стр. 635).

4. Защита процессуальныхъ правъ производится принятіемъ принудительныхъ мѣръ, если нарушенію подверглось право суда (стр. 630), и обжалованіемъ дѣйствій суда, если ими нарушены права тяжущагося (стр. 636 и сл.).

5. Осуществленіе процессуальныхъ правъ выражается въ совершеніи ихъ обладателями соотвѣтствующихъ содержанію правъ дѣйствій.

Объ этомъ будетъ рѣчь въ слѣдующихъ §§.

§ 78.

Процессуальныя дѣйствія [1]).

I. Какъ судъ, такъ и тяжущіеся совершаютъ, въ силу принадлежащихъ имъ процессуальныхъ правъ, различныя дѣйствія: тяжущіеся, напр., подаютъ бумаги, заявляютъ устно ходатайства, сообщаютъ факты, приводятъ доказательства; судъ читаетъ состязательныя бумаги, допрашиваетъ свидѣтелей, дѣлаетъ постановленія и т. д. Всѣ такія дѣйствія субъектовъ процесса заслуживаютъ названія процессуальныхъ. Слѣдовательно, подъ процессуальными дѣйствіями въ точномъ смыслѣ слова нужно понимать *дѣйствія субъектовъ процесса, совершаемыя ими съ цѣлью осуществленія своихъ процессуальныхъ правъ* [2]).

---

[1]) Нефедьевъ. Къ ученію о сущности гражданскаго права. Соучастіе въ гражданскомъ процессѣ 1891, 142 и сл.; 169 и сл.; Энгельманъ, § 30.

Klein. Die schuldhafte Parteihandlung, 1885; Trutter. Processualische Rechtsgeschäfte, 1890; Pollak. Gerichtliches Geständniss, 1893; Bülow. Das Geständnissrecht. Ein Beitrag zur allgem. Theorie der Processhandlungen, 1899; Rosenberg. Stellvertretung im Process, 1908, 27 ff., 54 ff.; Nussbaum. Die Processhandlungen, 1908. Hellwig. Processhandlung und Rechtsgeschäft, 1910.

Kohler. Processhandlungen mit Civilrechtswirkungen (Zt. Zp. 29 B.); Sintenis. Der simulirte Process (ib., 30 B.); Schneider. Anfechtung wegen Irrthums im Laufe des Processes (ib., 31 B.). Bunsen. Processrechtsgeschäfte (ib., 35 B.); Bülow. Civilproc. Fictionen und Wahrheiten (Arch. civ. Pr. 62 B.); Wach. Geständniss (ib., 64); Walsmann. Der Irrthum im Processrecht (ib., 102 B.).

Schmidt, §§ 51—57; Weismann, §§ 75—76; Kleinfeller, §§ 51, 62; Pollak, § 74 ff.; Canstein, I, §§ 13—17; Schrutka, § 118 ff.

[2]) Предложенныя въ литературѣ опредѣленія понятія „процессуальныхъ дѣйствій“ чрезвычайно разнообразны: „дѣйствія, изъ которыхъ слагается процессъ“ (*Weismann*, I, § 75, 1), „дѣйствія субъектовъ процесса, направленныя на юридическія послѣдствія, которыя должны касаться процессуальнаго положенія сторонъ, но могутъ имѣть и матеріально-правовое значеніе“ (*Wach*, 25), „дѣйствія, способныя вести къ процессуальнымъ послѣдствіямъ“ (*Hellwig*, 6—7), „дѣйствія, направленныя на возникновеніе, движеніе и окончаніе процесса“ (*Kleinfeller*, § 51; *Canstein*, 206, *Pollak* § 74); „направленныя на достиженіе процессуальной цѣли, т.-е., на постановленіе рѣшенія“ (*Bülow*, Geständn., 76 ff., *Schmidt*, § 3); „направленныя непосредственно на возбужденіе процесса и способныя по закону вести къ этой цѣли“ (Walsmann, 22, Rosenberg, 63) и т. п. Во всѣхъ этихъ опредѣленіяхъ упускается изъ виду самая существенная и характерная черта процессуальныхъ дѣйствій, именно та, что они являются способами осуществленія процессуальныхъ правъ. Нашъ уставъ не употребляетъ термина „процессуальныя дѣйствія“, а говоритъ о „дѣйствіяхъ по производству дѣла“

Какъ видно изъ этого опредѣленія, процессуальныя дѣйствія характеризуются двумя признаками.

Во-1-хъ, они совершаются субъектами процесса, т.-е., судомъ и сторонами, а также, разумѣется само собою, замѣняющими ихъ или приравниваемыми къ нимъ лицами, каковы: предсѣдатель суда, отдѣльные члены суда и единоличные судьи, исполняющіе порученія суда, представители сторонъ, прокуроры, замѣняющіе отсутствующую сторону, третьи лица—пособники.

Напротивъ, къ числу процессуальныхъ дѣйствій въ собственномъ смыслѣ слова не принадлежатъ дѣйствія другихъ участвующихъ въ производствѣ лицъ (свидѣтелей, экспертовъ, священниковъ, приводящихъ къ присягѣ, переводчиковъ и проч.). Ихъ дѣйствія могутъ быть называемы процессуальными только въ обширномъ, не техническомъ смыслѣ.

Во-2-хъ, процессуальныя дѣйствія являются способами осуществленія процессуальныхъ правъ.

Какъ судъ, такъ и стороны могутъ совершать въ процессѣ не всѣ дѣйствія, какія покажутся имъ пригодными для достиженія цѣли процесса—разрѣшенія дѣла, а только тѣ, на которыя уполномочены закономъ, т.-е., которыя соотвѣтствуютъ ихъ процессуальнымъ правамъ, Судъ, напр., не смѣетъ произвести обыскъ въ квартирѣ отвѣтчика, подвергнуть свидѣтелей пыткѣ, распорядиться о приводѣ въ судъ повѣреннаго стороны. Точно также не въ правѣ тяжущіеся условиться, чтобы дѣло было разрѣшено судомъ по жребію или на основаніи исхода кулачнаго поединка между ними; истецъ не можетъ требовать, чтобы судъ арестовалъ отвѣтчика, намѣревающагося уѣхать за-границу, и т. д.

II. Между процессуальными дѣйствіями суда и сторонъ имѣется разница въ трехъ отношеніяхъ.

1. Совершеніе или несовершеніе процессуальныхъ дѣйствій сторонами зависитъ исключительно отъ ихъ доброй воли. Другими словами, процессуальныя дѣйствія сторонъ—ф а к у л ь т а т и в н ы. Это ихъ свойство является результатомъ отсутствія у

(ст. 16) и просто „дѣйствіяхъ“, при чемъ имѣетъ въ виду какъ дѣйствія суда (ст. 13: „при всѣхъ дѣйствіяхъ судебныхъ установленій“, ст. 389: „на дѣйствія лица, производившаго допросъ“), такъ и дѣйствія тяжущихся (ст. 16: „всѣ дѣйствія по производству дѣла, о коихъ упоминается въ семъ уставѣ, могутъ быть совершаемы не только тяжущимися, но и ихъ повѣренными“; ст. 50, 249, 151, 317, 324, 332).

тяжущихся процессуальныхъ обязанностей (стр. 635). Напротивъ, процессуальныя дѣйствія суда *обязательны* въ томъ смыслѣ, что судъ не только можетъ, но, при наличности указанныхъ въ законѣ условій, долженъ совершать ихъ, потому что его права являются вмѣстѣ съ тѣмъ и обязанностями (стр. 625).

2. Другая разница между процессуальными дѣйствіями суда и сторонъ состоитъ въ томъ, что первыя ведутъ къ юридическимъ послѣдствіямъ *непосредственно*, а вторыя—только черезъ посредство первыхъ.

Дѣло въ томъ, что цѣль процесса—провѣрка и установленіе правомѣрности требованій сторонъ судомъ. Слѣдовательно, главнымъ дѣйствующимъ лицомъ является судъ: стороны же только возбуждаютъ его дѣятельность и доставляютъ матеріалъ для нея. Вслѣдствіе этого на первомъ планѣ стоятъ въ процессѣ дѣйствія суда; въ нихъ заключается существо процесса; ими непосредственно вызываются процессуальныя послѣдствія; они служатъ ближайшей причиной этихъ послѣдствій. Дѣйствія же сторонъ имѣютъ значеніе поводовъ, вызывающихъ дѣйствія суда и вліяющихъ на нихъ; они призводятъ процессуальныя послѣдствія черезъ посредство дѣйствій суда; они служатъ отдаленною причиной, причиною причины [1]).

Такъ, стороны, желая пріостановить производство дѣла, подаютъ объ этомъ прошеніе суду, который, провѣривъ формальную сторону прошенія (наличность подписи сторонъ, полномочіе повѣреннаго, если сторона не подписала прошеніе лично, и т. п.), постановляетъ опредѣленіе о пріостановленіи производства, и въ результатѣ такого опредѣленія производство пріостанавливается. Истецъ ходатайствуетъ о допросѣ свидѣтелей; судъ постановляетъ опредѣленіе о допросѣ и затѣмъ производитъ допросъ. Отвѣтчикъ представляетъ возраженія противъ иска и проситъ отказать въ немъ: судъ провѣряетъ возраженія и отказываетъ въ искѣ или же удовлетворяетъ его.

3. Однако въ другомъ отношеніи дѣйствія суда являются несамостоятельными, по крайней мѣрѣ, въ большинствѣ случаевъ. Въ силу принциповъ диспозитивности, состязательности и по-

---

[1]) Hellwig, II, 349. Нефедьевъ, 172—173.

чина сторонъ, судъ не можетъ ни приступить къ производству, ни совершать послѣдующихъ процессуальныхъ дѣйствій безъ ходатайства и содѣйствія сторонъ. Съ этой точки зрѣнія можно сказать, что *дѣйствія сторонъ обусловливаютъ* дѣятельность суда и являются необходимыми поводами для нея.

Въ общемъ отношеніе между дѣйствіями суда и сторонъ такое же, какъ между заводомъ, перерабатывающимъ сырые продукты, и механиками, кочегарами и рабочими: переработку производитъ заводъ, но подкладываютъ топливо въ печи, регулируютъ ходъ машинъ и доставляютъ сырой матеріалъ—люди.

Въ виду существеннаго различія между процессуальными дѣйствіями суда и сторонъ, они должны быть разсмотрѣны отдѣльно.

§ 79.

Процессуальныя дѣйствія суда [1]).

I. Судъ осуществляетъ свои процессуальныя права и обязанности двоякимъ способомъ: либо высказывая сужденія (признаетъ искъ доказаннымъ или недоказаннымъ, подлежащимъ удовлетворенію или нѣтъ, находитъ просьбу о вызовѣ свидѣтелей или обезпеченіи иска основательной или неосновательной и т. п.), либо совершая тѣ или другія фактическія дѣйствія (производитъ осмотръ имущества, допрашиваетъ свидѣтелей, выслушиваетъ заявленія сторонъ).

Въ первомъ случаѣ дѣятельность суда — логическая: онъ строитъ сужденія, т.-е., дѣлаетъ логическія заключенія изъ нормъ объективнаго права и фактическихъ обстоятельствъ. Во второмъ случаѣ его дѣятельность фактическая.

Между этими двумя видами судейской дѣятельности имѣется существенное различіе. Первая оказываетъ непосредственное вліяніе на процессъ: на передвиженіе его изъ стадіи въ стадію, на окончательную судьбу какъ самаго иска, такъ и побочныхъ, возникающихъ въ теченіе производства требованій; вторая же

---

[1]) Кромѣ литературы, указанной на стр. 643, еще: Wach, Vorträge 98 ff.

сводится только къ подготовкѣ фактическаго матеріала для первой. Поэтому дѣятельность перваго рода требуетъ особаго разсмотрѣнія.

II. Сужденія, высказываемыя судомъ, носятъ совершенно особенный характеръ: они отличаются отъ сужденій другихъ участвующихъ въ процессѣ лицъ и отъ сужденій всѣхъ вообще гражданъ двумя важными свойствами.

Во-1-хъ, они обязательны. Законъ придаетъ имъ, при наличности нѣкоторыхъ внѣшнихъ условій, значеніе непререкаемыхъ истинъ, не допускающихъ оспариванія аксіомъ. Если судъ рѣшитъ, что повѣренный истца не имѣетъ достаточнаго полномочія для веденія дѣла, что представленные отвѣтчикомъ документы лишены доказательной силы, что исковыя требованія не доказаны, и если задѣтая этими сужденіями сторона не добьется измѣненія ихъ въ установленномъ закономъ порядкѣ, то они пріобрѣтаютъ значеніе непреложныхъ истинъ, хотя бы въ дѣйствительности, объективно, были совершенно ошибочны. Это свойство обязательности, непререкаемости сужденій, высказываемыхъ судомъ, сообщается имъ должностнымъ положеніемъ суда, который при разрѣшеніи гражданскихъ дѣлъ осуществляетъ возложенную на него государственной властью функцію—конкретизировать нормы права [1]).

Во-2-хъ, высказываемыя судомъ мнѣнія являются не только логическими выводами, но и выраженіями воли.

Въ юридическихъ нормахъ выражаются желанія законодателя, его волевая дѣятельность. Грамматическая форма, въ какую облечены нормы, не измѣняетъ ихъ авторитетнаго характера. Говорится ли въ законѣ, что „запрещается“ вступать въ бракъ монахамъ (гр. зак., ст. 2), или, что желающій вступить въ бракъ „долженъ“ подать соотвѣтствующее заявленіе священнику (ст. 25 гр. зак.), или, что по такому заявленію „производится“ въ церкви оглашеніе (ст. 26), или, что „главнымъ доказательствомъ брачнаго союза „признаются“ приходскія (метрическія) книги“—

---

[1]) Wach, Vorträge, 98—99: „Судья *судитъ*, *признаетъ*, поскольку онъ подводитъ специальный фактическій составъ подъ законъ, поскольку раскрываетъ въ немъ норму закона... Но онъ дѣлаетъ это въ качествѣ органа государственной власти. Его устами говоритъ законъ. Поэтому судъ говоритъ авторитетно. Положеніе суда, какъ органа государства, сообщаетъ его постановленіямъ и въ частности рѣшеніямъ силу закона“.

во всѣхъ этихъ случаяхъ законодатель предписываетъ желательный для него образъ дѣйствій, изъявляетъ свою волю относительно того, какъ *должны* поступать при указанныхъ въ законѣ обстоятельствахъ тѣ лица, къ которымъ обращаются его велѣнія. А такъ какъ судъ дѣлаетъ умозаключенія изъ нормъ права, т.-е., изъ велѣній законодателя, то и его сужденіямъ сообщается такой же волевой характеръ: его сужденія являются вмѣстѣ съ тѣмъ и волеизъявленіями [1]). „Въ судебномъ рѣшеніи проявляется черезъ уста суда абстрактное велѣніе закона въ конкретной формѣ“ [2]).

Мыслительный и волевой элементы могутъ сочетаться различнымъ образомъ: въ нѣкоторыхъ сужденіяхъ преобладаетъ мыслительный элементъ, если, наприм., судъ послѣ провѣрки противорѣчивыхъ заявленій сторонъ признаетъ неправильность требованія стороны; въ другихъ же сужденіяхъ на первый планъ выступаетъ волевой элементъ, а мыслительный стушевывается, именно, когда судъ дѣлаетъ простыя распоряженія, касающіяся направленія процесса („исключить дѣло изъ доклада“, пріостановить производство“, „отложить дѣло“) [3]). Но и въ томъ и въ другомъ случаѣ имѣются оба элемента, хотя и не въ равномѣрномъ сочетаніи.

Въ виду своего волевого характера и обязательной силы, сужденія, высказываемыя судомъ, называются вообще постановленіями (Dekrete). Смотря по своему значенію, они носятъ разныя наименованія. По нашему дѣйствующему уставу различаются: 1) постановленія, касающіяся самого объекта процесса, т.-е., разрѣшающія по существу, въ томъ или иномъ смыслѣ, исковыя требованія, и 2) постановленія по всякаго рода частнымъ вопросамъ, возникающимъ въ теченіе производства. Постановленія перваго рода называются рѣшеніями, а второго рода—част-

---

[1]) Волевой характеръ судебныхъ сужденій выражается въ повелительной формѣ, въ какую они облекаются. Судъ не говоритъ „признаю за истцомъ право“, „нахожу, что отвѣтчикъ долженъ уплатить 100 руб.“, „считаю искъ неосновательнымъ“, а выражается рѣшительно: „признать за истцомъ право“, „взыскать съ отвѣтчика 100 р.“, „отказать въ искѣ“.

[2]) Wach, I, 314. Ср. Нефедьевъ, Ученіе объ искѣ, 28—29.

[3]) Для обозначенія сужденій перваго рода старые нѣмецкіе процессуалисты употребляли термины „sententia“ и „interlocutiones vim definitivam habentes“, а для сужденій второго рода—терминъ „interlocutiones meræ“. Gönner, I, §§ 22—26.

ными опредѣленіями (ст. 705) или просто опредѣленіями, а изрѣдка, преимущественно въ тѣхъ случаяхъ, когда они исходятъ отъ единоличныхъ органовъ судебной власти,—распоряженіями (ст. 137, 148, 268, 275, 378) [1].

Рѣшенія и опредѣленія облекаются въ двоякую форму. Они излагаются, во-1, въ видѣ краткихъ немотивированныхъ постановленій съ указаніемъ только времени судебнаго засѣданія, участвовавшихъ въ немъ судей и тяжущихся (ст. 701), и, во-2, въ видѣ мотивированнаго разсужденія съ изложеніемъ обстоятельствъ дѣла и соотвѣтствующихъ законовъ (ст. 711, 712). Въ первомъ случаѣ они называются резолюціями, въ второмъ—рѣшеніями и опредѣленіями въ окончательной формѣ (ст. 141, 142). Въ резолюціи содержится, такимъ образомъ, резолютивная, императивная часть рѣшенія.

Между рѣшеніями и частными опредѣленіями существуетъ важное различіе. Первыя, со времени объявленія резолюціи, не могутъ быть ни отмѣняемы, ни измѣняемы постановившимъ ихъ судомъ, а допускаютъ только обжалованіе въ порядкѣ инстанцій. Напротивъ, свои частныя опредѣленія судъ въ правѣ отмѣнять и измѣнять въ случаѣ измѣненія обстоятельствъ, въ виду которыхъ они были постановлены (ст. 891).

III. Волеизъявленія суда, составляющія содержаніе его постановленій, могутъ страдать такими же недостатками, какъ и сдѣлки частныхъ лицъ, посредствомъ которыхъ они опредѣляютъ свои взаимныя гражданско-правовыя отношенія.

Прежде всего, возможно несовпаденіе дѣйствительной воли суда съ употребленнымъ въ постановленіи способомъ выраженія вслѣдствіе, напр., ошибки или описки: вмѣсто взыскиваемыхъ 2,500 р. присуждено 2,050 р.; вмѣсто свидѣтеля „Ивановскаго“ вызванъ „Ивановъ“, и т. п.

Затѣмъ возможно, что волеизъявленіе суда страдаетъ внутренними пороками: сдѣлано въ пьяномъ видѣ, въ припадкѣ

---

[1] Простота и выдержанность этой терминологіи выгодно отличаютъ нашъ уставъ отъ германскаго и австрійскаго, которые употребляютъ для означенія судебныхъ постановленій цѣлый рядъ терминовъ безъ точнаго разграниченія круга ихъ примѣненія (Entscheidungen, Anordnungen, Befehle, Verfügungen, Beschlüsse, Urtheile). Wach, Vortr., 101 ff.

безумія, подъ вліяніемъ психическаго принужденія (угрозъ), заблужденія (допросъ свидѣтеля Иванова вмѣсто Ивановскаго), обмана (пріостановленіе производства на основаніи ложнаго заявленія стороны о смерти ея повѣреннаго) [1]).

Исправленіе такихъ волеизъявленій суда, страдающихъ какимъ-нибудь порокомъ, можетъ быть производимо какъ самимъ судомъ, такъ и высшей инстанціей.

Первый способъ—самоисправленіе—допустимъ по отношенію, во-1-хъ, къ чисто механическимъ погрѣшностямъ въ способахъ волеизъявленія, т.-е., опискамъ и очевиднымъ ошибкамъ [2]), и, во-2-хъ, къ постановленіямъ, принадлежащимъ къ числу измѣняемыхъ, т.-е., къ частнымъ опредѣленіямъ, если, притомъ, произошла перемѣна въ обстоятельствахъ дѣла, въ виду которыхъ они были сдѣланы судомъ (ст. 891).

Второй способъ—обжалованіе въ высшую инстанцію—примѣнимъ ко всѣмъ постановленіямъ суда на общемъ основаніи. Если, наприм., судъ по ошибкѣ вызвалъ не тѣхъ свидѣтелей, которыхъ указала сторона, или постановилъ рѣшеніе, основываясь на ошибочно понятомъ сообщеніи свидѣтеля, то тяжущійся, противъ котораго постановлено рѣшеніе, въ правѣ обжаловать его установленнымъ въ законѣ порядкомъ.

IV. Судъ въ своихъ постановленіяхъ, какъ и законодатель въ своихъ нормахъ, обращается къ опредѣленнымъ лицамъ или кругамъ лицъ, предписывая имъ то или иное поведеніе, тотъ или другой образъ дѣйствій. Нѣкоторыя постановленія судъ дѣ-

---

[1]) Симуляція и шутки въ постановленіяхъ суда, конечно, недопустимы. Если бы онѣ, паче чаянія, встрѣтились, то послужили бы поводомъ къ обжалованію постановленій и къ возбужденію противъ судей дисциплинарнаго преслѣдованія. Но онѣ возможны въ предварительныхъ дѣйствіяхъ суда, предшествующихъ постановленіямъ, въ видѣ шутливыхъ вопросовъ тяжущимся или ироническихъ заявленій (напр., предсѣдатель, считая искъ явно неосновательнымъ, предлагаетъ истцу не давать объясненій, такъ какъ его правота очевидна, а затѣмъ судъ отказываетъ въ искѣ). Если отъ такихъ дѣйствій суда пострадали права тяжущагося, то онъ можетъ жаловаться въ порядкѣ инстанцій и въ порядкѣ надзора.

[2]) Сенатъ разъяснилъ, что судъ имѣетъ право исправлять свои постановленія въ порядкѣ, который установленъ для толкованія рѣшеній (ст. 101, 966, 967 уст. гражд. суд.), если ошибка является „случайнымъ искаженіемъ не самаго существа, а лишь внѣшней формы рѣшенія, а потому, несомнѣнно, подлежитъ устраненію въ видахъ возстановленія дѣйствительнаго значенія рѣшеній“ (90 № 11).

лаетъ для самого себя, предопредѣляя свой собственный образъ дѣйствій въ будущемъ или предписывая совершеніе опредѣленныхъ дѣйствій своимъ членамъ, когда, напр., постановляетъ прекратить или пріостановить производство, вызвать свидѣтелей, произвести осмотръ, и проч. Иногда судъ обращается къ другимъ органамъ судебной власти, поручая имъ исполненіе вмѣсто себя опредѣленныхъ процессуальныхъ дѣйствій, относящихся къ повѣркѣ доказательствъ. Въ нѣкоторыхъ случаяхъ суду предоставлено право требовать совершенія опредѣленныхъ дѣйствій и отъ должностныхъ лицъ несудебнаго вѣдомства, каковы: полиція, волостныя и сельскія власти (ст. 158, 280). Но чаще всего судъ обращается со своими постановленіями къ участвующимъ въ дѣлѣ лицамъ, въ особенности къ тяжущимся сторонамъ или одной изъ нихъ.

Всѣ, къ кому обращены постановленія суда, обязаны исполнять ихъ, такъ какъ они исходятъ отъ органа государственной власти, дѣйствующаго въ предѣлахъ своей компетенціи. Неисполненіе этихъ постановленій влечетъ за собою либо прямое принужденіе со стороны уполномоченныхъ на то органовъ власти, либо наказаніе или иное невыгодное послѣдствіе для ослушника. Такъ, по ст. 154, 155 и 156 учр. суд. уст., предсѣдатель суда имѣетъ право распорядиться объ удаленіи изъ зала засѣданія такого лица, которое не подчинилось его распоряженію относительно соблюденія порядка, тишины и благопристойности, а если это лицо не участвуетъ въ данномъ дѣлѣ, то и подвергнуть его аресту не долѣе сутокъ. Точно такъ же судъ можетъ оштрафовать свидѣтеля или эксперта, не явившагося безъ уважительной причины по вызову въ засѣданіе; сообщить о дѣйствіяхъ судебнаго пристава предсѣдателю суда (ст. 329, 330, 272 учр. суд. уст.). и т. д. Если самъ судъ не исполнитъ сдѣланнаго имъ для самого себя постановленія, то это будетъ нарушеніемъ служебной обязанности и можетъ повлечь за собой соотвѣтствующія послѣдствія (см. стр. 500).

Въ совершенно особомъ положеніи находятся стороны. Не всѣ постановленія суда обязательны для нихъ. Онѣ обязаны повиноваться распоряженіямъ суда, въ которыхъ проявляется его дисциплинарная власть, и, въ случаѣ неповиновенія, могутъ под-

вергнуться замѣчанію, выговору или удаленію изъ засѣданія (ст. 157 и 158 учр. суд. уст.). Точно такъ же обязаны онѣ исполнять постановленія суда, дѣлаемыя имъ при осуществленіи его права формальнаго руководства ходомъ процесса, подъ опасеніемъ подвергнуться удаленію изъ засѣданія.

Но для тяжущихся не имѣютъ обязательной силы постановленія суда, которыми предоставляется или предписывается имъ совершеніе какихъ-либо процессуальныхъ дѣйствій. Сторонамъ принадлежитъ право выбора между подчиненіемъ и неподчиненіемъ постановленіямъ суда. Ни мѣръ прямого принужденія, ни какихъ-либо спеціальныхъ невыгодныхъ послѣдствій съ такимъ неповиновеніемъ не связано, сверхъ тѣхъ, которыя вообще могутъ наступить вслѣдствіе несовершенія этихъ дѣйствій, независимо отъ требованія суда.

Если, напр., отвѣтчикъ не явится въ засѣданіе суда, то рискуетъ, что судъ удовлетворитъ исковыя требованія, доказанныя истцомъ (ст. 722). Но такое же самое послѣдствіе грозитъ отвѣтчику и тогда, когда онъ явится, но ничего не возразитъ противъ иска или упуститъ изъ виду существенныя возраженія. Слѣдовательно, проигрышъ дѣла будетъ результатомъ неполь-зованія или неумѣлаго пользованія процессуальными правами защиты, а не простой неявки. Точно такъ же сторона, не участвовавшая въ осмотрѣ на мѣстѣ, не можетъ оспаривать акта осмотра, но не потому, что не явилась на осмотръ, а потому, что возраженія противъ акта осмотра могутъ быть дѣлаемы только при составленіи его, такъ что и участвовавшій въ осмотрѣ тяжущійся не имѣетъ „права возраженія противъ того, что актомъ осмотра установлено, и что при составленіи онаго сторонами оговорено не было“ (ст. 512). Даже отказъ тяжущагося представить требуемый судомъ документъ ведетъ только къ тому, что „судъ *можетъ* (значитъ, не безусловно обязанъ) признать доказанными тѣ обстоятельства, въ подтвержденіе коихъ была сдѣлана ссылка на документъ“ (ст. 444). Другими словами, изъ отказа стороны представить документъ, на который ссылается противникъ, судъ можетъ заключить, что этимъ документомъ дѣйствительно устанавливаются указанныя противной стороной обстоятельства. И такое заключеніе, по существу своему, вполнѣ

естественно, такъ что судъ, согласно принципу свободной оцѣнки доказательствъ, могъ бы сдѣлать его и при отсутствіи въ уставѣ правила 444 ст.

§ 80.

Процессуальныя дѣйствія сторонъ [1]).

I. Процессуальныя дѣйствія сторонъ являются способами осуществленія процессуальныхъ правъ [2]). Вслѣдствіе этого они отражаютъ на себѣ присущія этимъ правамъ свойства. Два такихъ свойства были уже указаны выше: факультативность и несамостоятельность (стр. 644). Кромѣ нихъ, процессуальныя дѣйствія сторонъ обладаютъ еще двумя свойствами: срочностью и отмѣнимостью.

---

[1]) Литература указ. на стр. 643. Общая теорія процессуальныхъ дѣйствій стала разрабатываться только во второй половинѣ XIX вѣка. Но и до сихъ поръ она не установлена вполнѣ и возбуждаетъ много споровъ. Основнымъ пунктомъ разногласія служитъ вопросъ о томъ, распространяются ли на процессуальныя дѣйствія сторонъ правила матеріальнаго гражданскаго права относительно юридическихъ сдѣлокъ, или же они—совершенно самостоятельная, своеобразная категорія явленій, подчиняющаяся особеннымъ нормамъ. Въ первомъ смыслѣ вопросъ разрѣшался до недавняго времени всѣми. Но постепенно стало получать преобладаніе противоположное воззрѣнію, впервые рѣшительно выдвинутое австрійскими процессуалистами Клейномъ (Schuldh. Parteihandl., 27 ff.) и Поллякомъ (Gerichtliches Geständniss, 1892, 32 ff.), за которыми послѣдовали и другіе, въ частности Бюловъ (Geständn., 74 ff.) и Гелльвигъ (Anspruch und Klagrecht, 1900, 157 ff., 211—212). Ср. Weismann, I, § 74,4; Pollak, § 74; Rosenberg, 57 ff., Hellwig, Processhandl, 5 ff., 60 ff.

Насколько ученіе о процессуальныхъ дѣйствіяхъ стоитъ въ наукѣ шатко, лучше всего свидѣтельствуетъ тотъ фактъ, что нѣкоторые процессуалисты, какъ, наприм., Шмидтъ (стр. 353—354), высказываются противъ созданія особой категоріи „процессуальныхъ дѣйствій", находя, что невозможно установить общихъ принциповъ относительно ихъ формы, значенія и послѣдствій.

Въ русской литературѣ общая теорія процессуальныхъ дѣйствій совершенно не разрабатывалась.

[2]) Это обстоятельство, дающее ключъ къ пониманію истинной природы процессуальныхъ дѣйствій сторонъ и объясняющее всѣ ихъ особенности сравнительно съ юридическими сдѣлками матеріальнаго гражданскаго права, упускается изъ виду процессуалистами (см. прим. на стр. 643). Хотя отъ вниманія многихъ не ускользнуло, что тяжущимся разрѣшается совершеніе только опредѣленныхъ, перечисленныхъ въ законѣ дѣйствій, но это отмѣчается лишь мимоходомъ и остается безъ вліянія на общую конструкцію процессуальныхъ дѣйствій. Наиболѣе близко подошелъ къ правильному мнѣнію Трутторъ. Онъ вполнѣ правильно указалъ, что содержаніе про-

1. Факультативность процессуальныхъ дѣйствій состоитъ въ томъ, что тяжущіеся имѣютъ право, но не обязаны совершать ихъ (стр. 628, 644, 652).

2. Несамостоятельность процессуальныхъ дѣйствій выражается въ томъ, что они не ведутъ непосредственно, сами своею силой къ юридическимъ послѣдствіямъ, а только возбуждаютъ дѣятельность суда и доставляютъ для нея матеріалъ (стр. 645).

3. Срочность. Существованіе процессуальныхъ правъ ограничивается опредѣленными промежутками времени, въ теченіе которыхъ они должны быть использованы своими обладателями. Какъ только право погашено истеченіемъ срока, отпадаетъ и возможность совершенія дѣйствій, основанныхъ на немъ. Въ этомъ состоитъ принципъ срочности, или преклюзивности [1]).

4. Отмѣнимость [2]). Такъ какъ процессуальныя дѣйствія— не что иное, какъ способы осуществленія процессуальныхъ правъ, и такъ какъ тяжущіеся не обязаны осуществлять ихъ, то, слѣдовательно, отъ воли тяжущихся зависитъ начать осуществленіе права или не начинать, прервать въ любой моментъ, возобновить, опять прекратить и т. д. Если тяжущійся, предъявивъ искъ, вслѣдъ затѣмъ раздумаетъ и предпочтетъ не судиться съ отвѣтчикомъ, то нѣтъ основанія воспрещать ему прекратить дѣло. Точно такъ же, если онъ воленъ избрать для веденія своего дѣла повѣреннаго (ст. 16), то отъ него должно зависѣть „во

цессуальнаго отношенія образуютъ процессуальныя права и соотвѣтствующія имъ обязанности, что процессуальныя права уполномочиваютъ на совершеніе процессуальныхъ дѣйствій, которыя раздѣляются на фактическія дѣйствія, на сообщенія и на волеизъявленія (Rechtsgeschäfte, 37 ff., 45 ff.; Bona fides, 123 ff.). Но затѣмъ Трутеръ заявляетъ, что, кромѣ обыкновенныхъ волеизъявленій, возможны еще процессуальныя сдѣлки, которыя отличаются тѣмъ, что не основываются на опредѣленныхъ процессуальныхъ правахъ, а являются осуществленіемъ предоставленной сторонамъ по закону возможности правосозидающей дѣятельности (Rechtsgeschäfte, 8 ff., 100 ff.; Bona fides, 97—98, Anm.). Такимъ выдѣленіемъ процессуальныхъ сдѣлокъ Трутеръ подорвалъ свою теорію процессуальныхъ правъ и подготовилъ себѣ почву для ошибочныхъ заключеній. На самомъ дѣлѣ процессуальныя сдѣлки тоже представляютъ собою способы осуществленія процессуальныхъ правъ, потому что праву сторонъ совершать ихъ соотвѣтствуетъ обязанность суда сообразоваться съ выраженной въ нихъ волей сторонъ (Klein, рец. въ „Grünh. Zt." 19 B., 436—437).

[1]) Bülow, Fictionen, 59 ff.

[2]) Bülow, Geständn., 213 ff.; Hellwig, 22—23, 31—33, 35, 42—43, 64.

всякое время прекратить уполномочіе, данному повѣренному" (ст. 251); если онъ можетъ представлять документы въ подтвержденіе своихъ требованій или возраженій (ст. 263, 264, 316), то ему принадлежитъ право и отказаться отъ пользованія представленными документами (ст. 546, 557).

Однако отмѣнимость процессуальныхъ дѣйствій не можетъ быть безграничной, такъ какъ привела бы къ напрасному обремененію судовъ работой и къ нарушенію правъ противной стороны. Поэтому ей должны быть положены предѣлы во времени.

Общимъ предѣломъ отмѣнимости всякаго процессуальнаго дѣйствія нужно считать наступленіе того юридическаго послѣдствія, ради котораго дѣйствіе было совершено. Такъ, напримѣръ, цѣль ходатайствъ о допросѣ свидѣтелей, обезпеченіи иска, истребованіи документовъ состоитъ въ томъ, чтобы судъ допросилъ свидѣтелей, обезпечилъ искъ, истребовалъ документы. Пока эти цѣли не достигнуты, тяжущійся въ правѣ взять свое ходатайство назадъ, хотя бы судъ уже совершилъ предварительныя дѣйствія: постановилъ опредѣленія о вызовѣ и даже вызвалъ свидѣтелей, постановилъ опредѣленіе объ обезпеченіи иска и истребованіи документовъ. Но разъ свидѣтели допрошены, мѣры обезпеченія приняты, документы истребованы, то цѣль ходатайствъ достигнута, право стороны возбудить ихъ погашено осуществленіемъ, а потому и отказъ отъ ходатайствъ невозможенъ.

Конечно, тяжущійся въ правѣ просить объ исключеніи показаній допрошенныхъ свидѣтелей и вытребованныхъ документовъ изъ числа доказательствъ (ст. 478) и объ измѣненіи мѣры обезпеченія (ст. 612). Но это будетъ не отмѣна прежнихъ ходатайствъ, а заявленіе новыхъ, направленныхъ на совершенно иные предметы: на исключеніе доказательствъ и принятіе другихъ мѣръ обезпеченія.

Многія процессуальныя дѣйствія могутъ быть совершаемы въ теченіе всего производства въ обѣихъ инстанціяхъ, вплоть до постановленія окончательнаго судебнаго рѣшенія по существу, каковы: представленіе новыхъ доказательствъ, документовъ, повтореніе ходатайства о вызовѣ свидѣтелей, и др. Для этихъ дѣйствій предѣломъ отмѣнимости служитъ постановленіе судомъ

окончательнаго рѣшенія [1]) или, говоря точнѣе, конецъ послѣдняго засѣданія предъ постановленіемъ такого рѣшенія [2]).

Для нѣкоторыхъ дѣйствій установлены закономъ особые предѣлы ради соблюденія, главнымъ образомъ, принципа равноправности сторонъ. Такъ, истецъ, предъявивъ искъ, воленъ прекратить дѣло съ правомъ возобновленія, пока отвѣтчикъ не вступилъ въ процессъ (см. стр. 370); предъявивъ искъ въ судѣ, которому онъ неподсуденъ, истецъ въ правѣ взять его обратно, но лишь до изъявленія отвѣтчикомъ согласія подчиниться рѣшенію этого суда, такъ какъ по изъявленіи имъ согласія осуществляется пророгаціонный договоръ (стр. 558) [3]).

Существуютъ, наконецъ, процессуальныя дѣйствія, которыя допускаютъ отмѣну только при наличности какихъ-либо добавочныхъ условій или сопровождаются наступленіемъ невыгодныхъ для тяжущагося послѣдствій. Такъ, признаніе, сдѣланное въ пользу противной стороны, считается безповоротнымъ и можетъ быть опровергаемо лишь въ нѣкоторыхъ случаяхъ (ст. 481); согласіе принять присягу въ подтвержденіе правильности своего требованія или возраженія можетъ быть взято назадъ какъ до постановленія судомъ опредѣленія о допущеніи присяги, такъ и послѣ; но въ первомъ случаѣ отказъ отъ присяги не влечетъ за собой никакихъ спеціальныхъ, невыгодныхъ для отказавшагося послѣдствій, а во второмъ случаѣ—разсматривается, какъ признаніе правильности противоположнаго утвержденія противной стороны (ст. 492). Тяжущійся воленъ отказаться отъ представленнаго имъ въ доказательство своихъ заявленій документа,

---

[1]) Planck, I, 248; Walsmann, 82.

[2]) Bülow, Geständn., 213.

[3]) Бюловъ (Geständn., 213—214), одинъ изъ немногихъ процессуалистовъ, коснувшихся вопроса о предѣлахъ отмѣнимости процессуальныхъ дѣйствій, распредѣляетъ процессуальныя дѣйствія на 4 группы: 1) отмѣнимыя до конца послѣдняго засѣданія передъ постановленіемъ окончательнаго рѣшенія, 2) отмѣнимыя до начала воспріятія судомъ доказательствъ, 3) отмѣнимыя до вступленія противной стороны въ дѣло и 4) отмѣнимыя до изъявленія противникомъ согласія. Но эта классификація не обнимаетъ всѣхъ случаевъ (Walsmann, 83) и, главное, не даетъ общаго критерія для опредѣленія границъ отмѣнимости тѣхъ дѣйствій, о которыхъ нѣтъ спеціальнаго упоминанія въ законахъ. Общимъ предѣломъ отмѣнимости процессуальныхъ дѣйствій нужно считать, какъ указано въ текстѣ, достиженіе той цѣли, ради которой дѣйствіе совершается.

однако этотъ документъ не устраняется изъ числа доказательствъ и можетъ служить къ подтвержденію правъ противной стороны (ст. 478).

II. Сообразно двумъ группамъ процессуальныхъ правъ сторонъ (стр. 635), процессуальныя дѣйствія тоже распадаются на двѣ категоріи. Одну составляютъ **волеизъявленія**, имѣющія цѣлью повліять на дѣятельность суда, а черезъ нее и на судьбу процесса. Вторая категорія обнимаетъ **фактическія дѣйствія**, направленныя на доставленіе суду матеріала для постановленія рѣшенія и на оказаніе ему помощи при установленіи фактической и юридической сторонъ дѣла [1]).

Хотя исходъ процесса зависитъ отъ выполненія тяжущимися какъ тѣхъ, такъ и другихъ дѣйствій, но дѣйствія второй категоріи, по своему чисто фактическому характеру (разъясненіе тяжущимися обстоятельствъ дѣла, приведеніе доказательствъ, участіе въ допросѣ свидѣтелей, и т. п.), являются болѣе простыми и въ то же не направлены **непосредственно** ни на какія особыя процессуальныя послѣдствія, а подготовляютъ только почву для окончательнаго судебнаго рѣшенія по существу дѣла. Въ виду этого они часто обходятся молчаніемъ, а нѣкоторые процессуалисты прямо исключаютъ ихъ изъ числа процессуальныхъ дѣйствій, относя къ такимъ дѣйствіямъ только волеизъявленія тяжущихся [1]). Однако это невѣрно, такъ какъ, съ одной стороны, фактическія дѣйствія тяжущихся по доставленію и разработкѣ матеріала тоже представляютъ собою осуществленіе процессуальныхъ правъ, а съ другой стороны, и въ нихъ проявляется воля тяжущихся: истецъ, напримѣръ, представляетъ документы въ подтвержденіе своего требованія, допрашиваетъ свидѣтелей, толкуетъ законы потому, что **хочетъ** дѣлать это,— иначе онъ ничего не предпринималъ бы.

Слѣдовательно, и въ фактическихъ дѣйствіяхъ сторонъ имѣется волевой элементъ, съ тою, конечно, разницей, что воля сторонъ направлена не на возбужденіе и направленіе дѣятельности суда, а на подготовку ему матеріала для рѣшенія.

---

[1]) Klein, 16 ff., 20 ff.; Hellwig, 14 ff., 23 ff.; Pollak, § 75.

[1]) Rosenberg, 63; Walsmann, 22.

Процессуальныя дѣйствія первой категоріи, т.-е., волеизъявленія сторонъ, въ свою очередь, могутъ быть двоякаго рода, смотря по степени своей обязательности для суда. Иногда судъ, прежде чѣмъ удовлетворить требованіе стороны, подвергаетъ его провѣркѣ по существу и только въ томъ случаѣ, если найдетъ его правомѣрнымъ и соотвѣтствующимъ обстоятельствамъ дѣла, удовлетворяетъ его.

Въ такихъ случаяхъ процессуальныя послѣдствія не всегда наступаютъ въ томъ видѣ, какъ желаетъ сторона; бываетъ, напримѣръ, что судъ, разсмотрѣвъ просьбу стороны о вызовѣ свидѣтелей, вызываетъ только часть ихъ, найдя вызовъ другихъ излишнимъ, такъ какъ обстоятельства, которыя должны быть установлены, не имѣютъ значенія для дѣла. Или судъ можетъ удовлетворить исковое требованіе истца о взысканіи денегъ съ отвѣтчика въ половинной суммѣ, если признаетъ, что только въ этомъ размѣрѣ оно доказано истцомъ.

Въ другихъ случаяхъ судъ ограничивается провѣркой требованій сторонъ съ формальной стороны, удостовѣряясь только, заявлены ли они въ установленной закономъ формѣ, и, если убѣдится, что эта форма соблюдена, удовлетворяетъ ихъ, не входя въ оцѣнку ихъ правильности по содержанію [1]). Въ такихъ случаяхъ процессуальныя послѣдствія наступаютъ, хотя и по постановленію суда, но согласно волеизъявленію стороны и въ томъ видѣ, какъ она желаетъ. Если, напримѣръ, тяжущійся, по пропускѣ противной стороной срока на представленіе письменнаго объясненія, заявитъ ходатайство о назначеніи засѣданія для слушанія дѣла (ст. 320—321), или, если обѣ стороны подадутъ прошенія о пріостановленіи, прекращеніи или возобновленіи производства (ст. 681—687), о разрѣшеніи дѣла присягой одной изъ нихъ или допросомъ окольныхъ людей (ст. 486, 422), то судъ, провѣривъ наличность и подлинность подписей сторонъ на прошеніяхъ, обязанъ удовлетворить ихъ ходатайства.

Эта категорія процессуальныхъ дѣйствій очень походитъ, по своему характеру, на юридическія сдѣлки. Подобно тому, какъ волеизъявленія гражданъ, заключающіяся въ завѣщаніяхъ, куп-

---

[1]) Pollak, 364—365.

чихъ крѣпостяхъ, векселяхъ и т. п., опредѣляютъ ихъ взаимныя юридическія отношенія, такъ и заявленія сторонъ о назначеніи засѣданій, пріостановленіи, возобновленіи, прекращеніи производства, разрѣшеніи дѣла присягой и т. п. вызываютъ желаемыя сторонами юридическія послѣдствія, если дѣлаются въ установленной закономъ формѣ. Поэтому ихъ называютъ процессуальными сдѣлками. Однако, употребляя этотъ терминъ, не слѣдуетъ думать, что юридическія и процессуальныя сдѣлки тождественны. Напротивъ, между ними имѣется существенная разница въ трехъ отношеніяхъ.

1. Юридическія сдѣлки вызываютъ наступленіе юридическихъ послѣдствій непосредственно, въ силу состоявшагося волеизъявленія заинтересованнаго лица или заинтересованныхъ лицъ, а процессуальныя сдѣлки опредѣляютъ непосредственно только образъ дѣйствій суда; юридическія же послѣдствія (въ видѣ пріостановленія и прекращенія дѣла, допущенія разрѣшить дѣло присягой и проч.) являются результатомъ постановленій суда [1]).

2. Гражданскіе законы не перечисляютъ сдѣлокъ, совершеніе которыхъ дозволяется гражданамъ, а разрѣшаютъ каждому правоспособному и дѣеспособному лицу совершать любыя сдѣлки, лишь бы онѣ не были противозаконны или безнравственны; въ области гражданскаго оборота дѣйствуетъ правило: „все, что не воспрещено, считается дозволеннымъ“. Напротивъ, въ процессѣ тяжущіеся могутъ совершать только тѣ процессуальныя сдѣлки, которыя указаны въ законѣ; здѣсь имѣетъ силу обратное правило: „все считается воспрещеннымъ, что прямо не дозволено“. Такъ, тяжущійся, напримѣръ, проигравъ дѣло, въ правѣ обжа-

[1]) На этомъ основаніи Бюловъ даже отрицалъ за сторонами право распоряженія объектомъ процесса, указывая, что ихъ процессуальныя дѣйствія только подготовляютъ судебное рѣшеніе, которымъ собственно опредѣляются матеріально-правовыя послѣдствія процесса, что процессуальныя дѣйствія могутъ быть отмѣняемы и въ такомъ случаѣ ни къ какимъ послѣдствіямъ не приведутъ (Geständn., 75 ff.). Но, во-1-хъ, дѣйствія сторонъ, направленныя на распоряженіе объектомъ процесса (мировыя сдѣлки, отказъ отъ иска, признаніе иска), разъ они облечены въ установленную закономъ форму, обязательны для суда и предопредѣляютъ содержаніе его постановленій; во-2-хъ, отмѣнимость юридическихъ дѣйствій не лишаетъ ихъ самостоятельнаго характера: духовныя завѣщанія тоже могутъ быть уничтожаемы и измѣняемы составителемъ ихъ, однако, если завѣщаніе не уничтожено, оно проявитъ свое дѣйствіе, и выраженная въ немъ воля составителя будетъ осуществлена.

ловать рѣшеніе во вторую инстанцію, но не можетъ, минуя ее, обратиться съ жалобой прямо въ сенатъ; стороны могутъ условиться, чтобы споръ о владѣніи недвижимостью былъ разрѣшенъ на основаніи показаній окольныхъ людей (ст. 422), но ихъ соглашеніе о томъ, чтобы такимъ же образомъ былъ разрѣшенъ споръ объ арендномъ правѣ, недѣйствительно; стороны не могутъ требовать, чтобы искъ о законности рожденія былъ разсмотрѣнъ коммерческимъ судомъ, или чтобы судъ разрѣшилъ дѣло на основаніи заключенія трехъ профессоровъ. Ограниченіе свободы самоопредѣленія сторонъ объясняется тѣмъ, что процессуальныя сдѣлки представляютъ собой видъ процессуальныхъ дѣйствій, а всѣ процессуальныя дѣйствія—способы осуществленія процессуальныхъ правъ (стр. 644). Отсюда вытекаетъ, что тяжущіеся могутъ совершать только такія дѣйствія, которыя соотвѣтствуютъ содержанію ихъ процессуальныхъ правъ. Въ этомъ отношеніи положеніе тяжущихся напоминаетъ положеніе повѣренныхъ въ гражданскомъ правѣ, которые могутъ заключать только тѣ сдѣлки, на которыя уполномочены довѣренностью [1]).

3. Такъ какъ волеизъявленія сторонъ вызываютъ процессуальныя послѣдствія не непосредственно, а черезъ посредство поста-

---

[1]) По вопросу о процессуальныхъ сдѣлкахъ мнѣнія процессуалистовъ расходятся. Одни считаютъ всѣ или многія процессуальныя дѣйствія сдѣлками (см. стр. 653, 687). Другіе, наоборотъ, совершенно отрицаютъ существованіе процессуальныхъ сдѣлокъ въ виду того, что дѣйствія тяжущихся въ процессѣ не имѣютъ того самостоятельнаго значенія, какое присуще гражданско-правовымъ сдѣлкамъ, а съ другой стороны, еще и потому, что между такъ наз. процессуальными сдѣлками и остальными процессуальными дѣйствіями тяжущихся нѣтъ никакой разницы ни въ условіяхъ совершенія, ни въ послѣдствіяхъ. Bülow, Geständn., 86 ff., 153 ff.; Canstein, I, 553, Anm. 1; Pollak, Gest., 63 ff.; Pollak, CPR, 355; Kleinfeller, 218; Rosenberg, 87 ff.

Какъ однимъ, такъ и другимъ воззрѣніемъ игнорируется существенная разница между двумя группами процессуальныхъ дѣйствій, формулированная въ текстѣ. Для обозначенія этой разницы полезно выдѣлить изъ процессуальныхъ дѣйствій одну категорію, характеризуемую первенствующимъ значеніемъ воли сторонъ, и дать ей названіе процессуальныхъ сдѣлокъ. Weismann, I, 298; Schmidt, § 55.

Разногласіе между процессуалистами по поводу процессуальныхъ сдѣлокъ проявляется еще и въ томъ, что нѣкоторые считаютъ не процессуальными, а гражданско-правыми сдѣлки, направленныя на процессуальныя послѣдствія, но совершаемыя внѣ процесса (пророгаціонный договоръ, соглашеніе о пріостановленіи производства, третейскій договоръ и др.). Bunsen, 400 ff. Kohler (Gruch. Beit., XXXI B.). Hellwig, 47.

новленій суда, то стороны должны обращаться со своими волеизъявленіями къ суду. Такъ, истецъ можетъ написать прошеніе о прекращеніи дѣла, но пока оно не подано суду, никакого дѣйствія оно не проявитъ; обѣ стороны могутъ подписать соглашеніе или объявить при свидѣтеляхъ, что кончаютъ дѣло миромъ или пріостанавливаютъ производство на годъ, но пока объ этомъ не доведено до свѣдѣнія суда, производство будетъ продолжаться.

Отсюда слѣдуетъ, во-1, что соглашенія между тяжущимися, направленныя на процессуальныя послѣдствія, или процессуальные договоры, завершаются только въ моментъ доведенія ихъ до свѣдѣнія суда, и, во-2, что одинаковое значеніе съ заранѣе заключенными между тяжущимися соглашеніями имѣютъ односторонніе ихъ заявленія суду, согласныя по содержанію. Такъ, если, напр., истецъ подалъ прошеніе объ отсрочкѣ засѣданія, о пріостановленіи производства, о разрѣшеніи дѣла присягой или о назначеніи экспертомъ проф. Иванова, а отвѣтчикъ, не зная о дѣйствіяхъ истца, возбудилъ точно такія же ходатайства, то судъ удовлетворитъ ихъ, хотя между тяжущимися никакого предварительнаго соглашенія не было,—удовлетворитъ потому, что обѣ стороны желаютъ такого процессуальнаго послѣдствія, наступленіе котораго, по закону, зависитъ отъ ихъ обоюдной воли [1]).

III. Воля сторонъ, проявляющаяся въ процессуальныхъ дѣйствіяхъ, можетъ страдать такими же пороками, какъ и воля каждаго совершающаго гражданско-правовую сдѣлку. Тяжущійся можетъ совершить процессуальное дѣйствіе (напр., подписать заявленіе о признаніи требованія или утвержденія противника правильнымъ, объ отказѣ отъ иска, объ отсрочкѣ засѣданія, прекращеніи или пріостановленіи дѣла), въ состояніи опьяненія или

---

[1]) На этомъ основаніи нѣкоторые отрицаютъ существованіе процессуальныхъ договоровъ, утверждая, что всѣ процессуальныя дѣйствія односторонни. Rosenberg, 102—104. Ср. Bülow, Gest., 216, Anm.

Но изъ того, что два явленія вызываютъ въ одномъ отношеніи одинаковыя послѣдствія, еще не слѣдуетъ, что они тождественны. Ихъ послѣдствія могутъ вѣдь быть различны въ другихъ отношеніяхъ. Несомнѣнно, наприм., что когда тяжущійся связалъ себя договоромъ съ противникомъ, то онъ обязанъ соблюдать его и отвѣчаетъ за неисполненіе или нарушеніе, тогда какъ въ односторонніхъ дѣйствіяхъ онъ свободенъ и можетъ отмѣнять ихъ по своему усмотрѣнію.

умопомѣшательства, подъ вліяніемъ физическаго насилія или угрозъ со стороны противника или другого лица, по ошибкѣ (думая, что подписываетъ другую бумагу), наконецъ, вслѣдствіе обмана со стороны противника или другого лица, убѣдившихъ его какими-нибудь ложными увѣреніями или обѣщаніями въ необходимости сдѣлать это.

Случаи такихъ порочныхъ въ какомъ-либо отношеніи волеизъявленій встрѣчаются въ гражданскомъ процессѣ рѣже и имѣютъ меньше практическаго значенія, чѣмъ въ области гражданскаго оборота, по двумъ причинамъ.

Во-1, большинство процессуальныхъ дѣйствій совершается въ присутствіи и при участіи суда, вслѣдствіе чего такіе способы воздѣйствія одной стороны или постороннихъ лицъ на волю другой стороны, какъ насиліе, угрозы и обманъ, невозможны или чрезвычайно затруднительны.

Во-2, стороны совершаютъ въ огромномъ большинствѣ случаевъ процессуальныя дѣйствіяхъ исключительно въ своемъ интересѣ, для огражденія своихъ правъ. Поэтому надобность въ опроверженіи и исправленіи дѣйствій возникаетъ у нихъ лишь по отношенію къ тѣмъ немногимъ сравнительно дѣйствіямъ, которыя для нихъ вредны, каковы: отказъ отъ иска, признаніе, отказъ отъ средствъ защиты и т. п.

Тѣмъ не менѣе случаи противозаконнаго воздѣйствія на волю тяжущагося со стороны противника или посторонняго лица возможны и въ процессѣ.

Въ области гражданскаго оборота сдѣлки, страдающія подобными недостатками, подлежатъ оспариванію посредствомъ иска о признаніи ихъ недѣйствительными. Но по отношенію къ процессуальнымъ дѣйствіямъ такой способъ обезсиленія непримѣнимъ не только потому, что былъ бы связанъ съ практическими затрудненіями (по поводу отдѣльныхъ процессуальныхъ дѣйствій, чтобы оспорить ихъ силу, пришлось бы возбуждать новые процессы), но и по другой причинѣ принципіальнаго характера. Нужно вспомнить, что процессуальныя дѣйствія представляютъ собою способы осуществленія процессуальныхъ правъ. Слѣдовательно, если тяжущійся подъ вліяніемъ ошибки, обмана, принужденія, совершаетъ не то процессуальное дѣйствіе, какое въ

дѣйствительности совершилъ бы, не будь одной изъ этихъ препятствующихъ сознательному и свободному проявленію воли причинъ, то, значитъ, онъ не воспользовался своимъ процессуальнымъ правомъ надлежащимъ образомъ по независящимъ отъ него обстоятельствамъ. Поэтому онъ можетъ добиваться осуществленія этого права или возстановленія его, если оно уже прекратилось, общими способами, къ которымъ процессуальные законы разрѣшаютъ тяжущимся прибѣгать съ цѣлью огражденія своихъ правъ.

Прежде всего, если процессуальное право тяжущагося, осуществленное ненадлежащимъ образомъ, еще не прекратилось, то тяжущійся въ правѣ отмѣнить свое дѣйствіе и совершить вмѣсто него другое. Истецъ, напр., перепутавшій въ прошеніи о вызовѣ свидѣтелей ихъ фамиліи, можетъ подать новое прошеніе и въ немъ исправить свою ошибку; если онъ, подъ вліяніемъ обмана или угрозы, подписалъ прошеніе о пріостановленіи производства или прекращеніи дѣла, то онъ имѣетъ право немедленно подать новое прошеніе противоположнаго содержанія.

Далѣе, когда процессуальное право уже прекратилось, такъ что отмѣна совершеннаго дѣйствія невозможна, тяжущемуся предоставляется просить судъ объ отсрочкѣ или возстановленіи срока (ст. 832, 835), или объ измѣненіи, въ виду вновь открывшихся обстоятельствъ (ошибки, обмана и пр.), постановленнаго судомъ частнаго опредѣленія (ст. 891). Если ни то, ни другое невозможно или недостаточно, тяжущійся въ правѣ обжаловать постановленіе суда въ высшую инстанцію, гдѣ, по закону, могутъ быть приводимы новыя обстоятельства, доказательства и доводы, благодаря чему тяжущіеся имѣютъ возможность исправлять промахи, сдѣланные въ первой инстанціи: представлять документы, которые, по ошибкѣ, не были представлены раньше, указывать свидѣтелей, фамиліи которыхъ были перепутаны, опровергать утвержденія противника, противъ которыхъ не выставлялись возраженія въ первой инстанціи по ошибкѣ или недоразумѣнію, и т. п.

Наконецъ, послѣ того, какъ дѣло завершилось окончательнымъ судебнымъ рѣшеніемъ, вошедшимъ въ законную силу, у тяжущихся остается еще одинъ способъ устраненія невыгодныхъ

послѣдствій своихъ процессуальныхъ дѣйствій, основанныхъ на какомъ-либо дефектѣ воли, именно, просьбы о пересмотрѣ рѣшенія (ст. 794), которыя могутъ быть приносимы въ случаяхъ извинительной ошибки, когда тяжущійся не сослался на благопріятныя для него обстоятельства или не представилъ говорящихъ въ его пользу документовъ, не зная объ ихъ существованіи (85 № 75, 80 №№ 12 и 87, 67 №№ 37 и 97), въ случаѣ представленія противной стороной подложныхъ документовъ (ст. 794) или невѣрныхъ справокъ изъ правительственныхъ учрежденій (74 № 182) [1]).

IV. Несоотвѣтствіе волеизъявленія тяжущагося дѣйствительной его волѣ бываетъ также умышленнымъ. Это происходитъ въ случаяхъ такъ наз. умолчанія (reservatio mentalis), шутки и притворства, или симуляціи.

А. Умолчаніе. Волеизъявленія тяжущихся обращаются къ суду и принимаются имъ въ соображеніе тогда, когда сдѣланы въ установленной закономъ формѣ. Поэтому, если тяжущійся, скрывая свою истинную волю, дѣлаетъ несогласное съ нею волеизъявленіе (напр., одобряетъ сдѣланный противной стороной вы-

---

[1]) Нашъ уставъ не упоминаетъ въ числѣ поводовъ къ пересмотру рѣшеній о тѣхъ случаяхъ, когда рѣшеніе суда основано на дѣйствіяхъ тяжущагося (напр., признаніи), совершенныхъ подъ вліяніемъ обмана или принужденія со стороны противника. Въ этихъ случаяхъ тяжущемуся остается привлечь къ уголовной отвѣтственности виновное лицо и взыскать съ него убытки.

Германскій (§ 580) и австрійскій (§ 530) уставы, а за ними и проектъ новой редакціи нашего устава (§ 773) говорятъ не только о представленіи подложныхъ документовъ, но вообще о преступныхъ, т.-е., уголовно-наказуемыхъ дѣйствіяхъ стороны или ея повѣреннаго. Однако и это недостаточно, такъ какъ остаются непредусмотрѣнными случаи ненаказуемаго обмана и принужденія. Именно, въ виду этого обстоятельства германскій имперскій судъ призналъ допустимыми иски о поворотѣ исполненія, послѣдовавшаго по такимъ рѣшеніямъ, которыя основывались на недобросовѣстныхъ дѣйствіяхъ противной стороны (обманѣ, злоупотребленіи бѣдственнымъ положеніемъ должника и т. п.), если, конечно, рѣшеніе уже вошло въ законную силу и не подлежитъ обжалованію. Эта практика имперскаго суда вызвала полемику въ литературѣ. Одни ученые оправдывали ее; другіе осуждали, находя, что она подрываетъ принципъ законной силы судебныхъ рѣшеній. Обзоръ разныхъ мнѣній сдѣлалъ: Dalberg. Rechtskräftiges Urtheil und Verstoss gegen die guten Sitten (Zt. Zp. 40 B., 5 ff.). По мнѣнію Дальберга, слѣдуетъ расширить предѣлы отмѣны рѣшеній и допустить ее въ тѣхъ случаяхъ, „когда рѣшеніе явилось результатомъ умышленнаго, противнаго добрымъ нравамъ образа дѣйствій побѣдившей стороны“ (стр. 47). См. ниже § 81.

боръ эксперта, хотя втайнѣ желаетъ, чтобъ экспертизу произвело другое лицо), то впослѣдствіи не можетъ оспаривать своего волеизъявленія [1]), ибо имѣлъ возможность выразить свою дѣйствительную волю, и если упустилъ это, то долженъ пенять на самого себя [2]).

Но само собою понятно, что тяжущійся въ правѣ отмѣнить свое волеизъявленіе и замѣнить его другимъ, соблюдая условія и предѣлы отмѣнимости даннаго рода дѣйствій.

Б. Шутка. Точно такъ же не можетъ тяжущійся оспаривать своего волеизъявленія на томъ основаніи, что оно было сдѣлано имъ въ шутку, если судъ не распозналъ шутки и отнесся къ его словамъ серьезно: процессъ—не мѣсто для шутокъ. Но, конечно, въ томъ случаѣ, когда шутка распознана судомъ, волеизъявленію тяжущагося не должно быть придаваемо значенія. Такъ, напр., отвѣтчикъ, считая искъ явно неосновательнымъ, иронически заявляетъ, что противъ такого святого требованія ничего не можетъ возразить. Если судъ пойметъ шутку, то обязанъ считать заявленіе тяжущагося отрицаніемъ правильности иска; если же не пойметъ и, истолковавъ слова отвѣтчика въ смыслѣ признанія иска, удовлетворитъ искъ, то отвѣтчикъ не въ правѣ оспаривать свое волеизъявленіе и ссылаться на желаніе пошутить. Неумѣло воспользовавшись своимъ правомъ дѣлать въ процессѣ волеизъявленія, онъ опять-таки долженъ винить самого себя [3]).

В. Что касается симуляціи, то она можетъ принимать въ процессѣ различныя формы, а потому и имѣть неодинаковыя послѣдствія. Необходимо отличать полную симуляцію, въ которой участвуютъ всѣ три субъекта процесса (судъ и сто-

---

[1]) Hellwig, 63.

[2]) Въ виду этого говорятъ, что къ процессуальнымъ дѣйствіямъ примѣняется теорія изъявленія воли, а не теорія воли. Hellwig, 60 ff. Walsmann, 33 ff., 42, Anm. 49.

Но дѣло здѣсь вовсе не въ этомъ, а въ томъ, что процессуальныя дѣйствія представляютъ собою способы осуществленія процессуальныхъ правъ, вслѣдствіе чего выраженіе стороною не той воли, какую она имѣла въ дѣйствительности, является просто ненадлежащимъ осуществленіемъ ею процессуальнаго права обращаться къ суду съ волеизъявленіями. А такъ какъ въ этомъ она сама виновата, то должна принять на себя всѣ невыгодныя послѣдствія своего упущенія.

[3]) Walsmann, 28—29, 73; Hellwig, 63, Anm.

роны), и неполную, когда симулируютъ только стороны или же судъ съ одною изъ сторонъ.

1. Полная симуляція можетъ быть вызвана желаніемъ сторонъ замѣнить судебнымъ рѣшеніемъ юридическую сдѣлку [1]) или причинить ущербъ третьимъ лицамъ—кредиторамъ отвѣтчика. Напр., А желаетъ продать Б участокъ своей земли. Такъ какъ совершеніе крѣпостного акта почему-либо невозможно или неудобно (напр., за неимѣніемъ у продавца формальныхъ документовъ или въ виду желанія сторонъ избѣжать уплаты крѣпостныхъ пошлинъ), то они условились съ судьями, что Б предъявитъ къ А искъ о правѣ собственности по давности владѣнія, А признаетъ искъ правильнымъ, и судъ удовлетворитъ его, не провѣряя. Другой примѣръ: пріятель несостоятельнаго должника предъявляетъ къ нему искъ по фиктивному обязательству, чтобы принять участіе въ распредѣленіи денегъ должника между кредиторами, и, получивъ какую-либо сумму, отдать ее должнику, а судъ, зная о фиктивности обязательства, удовлетворяетъ искъ.

Судъ, въ качествѣ органа государственной власти, не долженъ оказывать содѣйствія обходу законовъ. Поэтому, вступая въ соглашеніе съ тяжущимися и освящая своимъ рѣшеніемъ ихъ притворныя дѣйствія, онъ нарушаетъ свой служебный долгъ и подлежитъ отвѣтственности либо дисциплинарной, либо даже, въ случаѣ полученія взятки или явнаго неправосудія, уголовной (см. стр. 231). Его рѣшеніе допускаетъ обжалованіе по общимъ правиламъ и подлежитъ отмѣнѣ, если высшая инстанція обна-

---

[1]) Процессы, возбуждаемые съ такою цѣлью, принято называть, по примѣру Іеринга, мнимыми (Scheinprocesse). Они представляютъ собою суррогаты юридическихъ сдѣлокъ и въ обширныхъ размѣрахъ практикуются на первоначальныхъ ступеняхъ юридическаго развитія. Такова была въ древнемъ Римѣ, напр., in jure cessio: притворный процессъ о правѣ собственности. Jhering. Geist d. röm. R., III, § 56 ff.; Дормидонтовъ. Юридическія фикціи и презумпціи, 1895, 76 и сл. Существовали такіе же типичные формы мнимыхъ процессовъ и у другихъ народовъ, являясь способами обхода строгаго формализма при заключеніи сдѣлокъ: „это—иногда слишкомъ искусственныя, натянутыя, но признанныя закономъ техническія средства для достиженія вполнѣ законныхъ цѣлей, которыхъ стороны не могутъ почему-либо достигнуть болѣе простымъ способомъ“ (Дормидонтовъ, 78). Такъ какъ въ современномъ гражданскомъ правѣ господствуетъ принципъ свободы договоровъ, и такъ какъ требуемыя при совершеніи ихъ формальности сведены до минимума, то законодательства въ настоящее время не разрѣшаютъ гражданамъ прибѣгать къ мнимымъ процессамъ взамѣнъ заключенія соотвѣтствующихъ сдѣлокъ. Sintenis, 367 ff.

ружитъ наличность симуляціи. Но когда оно вошло въ законную силу, то уже не можетъ быть оспорено сторонами потому что онѣ сами участвовали въ симуляціи и не въ правѣ сослаться на нее, какъ на вновь открытое обстоятельство (ст. 794) [1]). Только третьи лица, права которыхъ нарушены такимъ рѣшеніемъ, могутъ требовать отмѣны его (ст. 795) и взыскивать понесенные убытки съ судей (ст. 677 гражд. зак.) и тяжущихся (ст. 684 гражд. зак.).

2. Симуляція суда съ одною изъ сторонъ во вредъ интересамъ другой стороны подвергаетъ судей отвѣтственности за неправосудіе (ст. 366 улож. о нак.), а противная сторона, потерпѣвшая ущербъ, имѣетъ право обжаловать рѣшеніе или, если оно вошло въ законную силу до обнаруженія симуляціи, просить объ его отмѣнѣ по вновь открывшемуся обстоятельству (ст. 794), а также взыскивать убытки съ судей и противной стороны [2]).

3. Симуляція сторонъ безъ участія суда принадлежитъ къ наиболѣе часто встрѣчающимся на практикѣ случаямъ симуляціи въ процессѣ. Стороны прибѣгаютъ къ ней для тѣхъ же цѣлей, ради которыхъ предпринимается и полная симуляція, т.-е., во-1-хъ, чтобы достигнуть желательнаго юридическаго результата (напр., передачи права), не совершая необходимой для этого сдѣлки, либо, чтобы достигнуть какого-либо чисто фактическаго (экономическаго) результата, напр., сохраненія части имущества несостоятельнаго должника отъ кредиторовъ.

---

[1]) Синтенисъ полагаетъ, что такое рѣшеніе само по себѣ ничтожно, безъ всякаго даже оспариванія, и приравниваетъ его къ рѣшеніямъ съ противозаконнымъ содержаніемъ (напр., „предоставить истцу право вырѣзать фунтъ мяса изъ тѣла отвѣтчика“) или постановленнымъ судьей въ припадкѣ умопомѣшательства (стр. 418—422). Но, во-первыхъ, между этими случаями имѣется существенная разница: въ симулятивномъ процессѣ рѣшеніе постановляется судомъ съ согласія сторонъ и въ желательномъ для нихъ смыслѣ, а потому онѣ и не въ правѣ оспаривать его. Во-вторыхъ, современнымъ процессуальнымъ законодательствамъ вообще неизвѣстенъ институтъ ничтожности судебныхъ рѣшеній. Обставляя назначеніе судей на должности и дѣятельность ихъ цѣлымъ рядомъ гарантій (образовательный и нравственный цензъ, коллегіальное устройство судовъ, система двухъ инстанцій, кассаціонная провѣрка правомѣрности рѣшеній и проч.), законодательства не упоминаютъ о ничтожности судебныхъ рѣшеній, считая, очевидно, невозможнымъ, чтобы явно незаконныя или безсмысленныя рѣшенія не были обжалованы заинтересованными лицами и измѣнены высшими инстанціями. Ср. Bülow, Fictionen, 76.

[2]) Sintenis, 415—418.

Если симуляція сторонъ не раскрыта и неизвѣстна суду, она не оказываетъ никакого вліянія на процессъ. Конечно, пока судебное рѣшеніе не вошло въ законную силу, каждая изъ сторонъ имѣетъ право обжаловать его и, разоблачивъ симуляцію, требовать постановленія другого рѣшенія, соотвѣтствующаго дѣйствительной волѣ сторонъ и дѣйствительнымъ обстоятельствамъ процесса. Но разъ рѣшеніе вошло въ законную силу, оно становится незыблемымъ, и стороны не могутъ просить о пересмотрѣ его по вновь открывшимся обстоятельствамъ, такъ какъ о своей симуляціи онѣ, очевидно, знали раньше [1]). Такимъ образомъ симуляція сторонъ, не разоблаченная до вступленія рѣшенія въ законную силу, остается безъ всякаго вліянія на процессъ [2]). Оспаривать рѣшеніе могутъ лишь третьи лица, если оно нарушаетъ ихъ права.

Но если судъ знаетъ о симуляціи сторонъ, то долженъ игнорировать притворныя дѣйствія, не соотвѣтствующія ихъ дѣйствительной волѣ,—подобно тому, какъ игнорируетъ ихъ шутливыя заявленія. Поэтому, обнаруживъ симулятивный характеръ иска, судъ долженъ оставить его безъ разсмотрѣнія, за отсутствіемъ дѣйствительнаго искового требованія („спора“), подлежащаго разсмотрѣнію судебныхъ учрежденій (ст. 1 уст. гражд. суд.). [3]). Въ противномъ случаѣ судъ сталъ бы соучастникомъ сторонъ и нарушилъ свои служебныя обязанности точно такъ же, какъ при полной симуляціи — по предварительному соглашенію съ тяжущимися.

---

[1]) Sintenis, 391 ff.; Geib. Rechtschutzbegehren und Anspruchsbethätigung, 1909, 209.

[2]) Въ виду этого многіе отказываются признавать процессы, гдѣ симулируютъ только стороны, симулятивными, считая таковыми только случаи полной симуляціи— сторонъ совмѣстно съ судомъ. Sintenis, 392 ff.; Hellwig, 63, примѣч.; Geib, 209, прим.

[3]) Geib, 209; Kohler. Process als Rechtsverhältniss, 1888, 94. Синтенисъ думаетъ, что если симуляція обнаружилась не въ самомъ началѣ процесса, а во время производства, то судъ долженъ отказать въ искѣ по существу, а не просто прекратить дѣло, ибо „процессуальное отношеніе было установлено правильно, и судъ не можетъ внезапно отказать въ своемъ содѣйствіи“ (стр. 464), тѣмъ болѣе, что мотивы, побуждающіе истца къ предъявленію иска, и въ частности серьезность его намѣреній не имѣютъ значенія для возникновенія процесса (тамъ же, прим.). Но съ этимъ нельзя согласиться: разъ нѣтъ на лицо настоящаго искового требованія, судъ долженъ прекратить дѣло, какъ прекращаетъ всѣ вообще неподвѣдомственныя себѣ дѣла (80 № 253).

Такъ какъ симуляція сторонъ, если она не разоблачена, не оказываетъ никакого вліянія на процессъ, то судебное рѣшеніе имѣетъ полную силу даже въ случаяхъ, когда имъ удовлетворяется фиктивный искъ (напр., по безденежному обязательству). Чтобы оградить себя отъ исполнительныхъ мѣръ по такому рѣшенію, отвѣтчики обыкновенно заключаютъ съ истцами предварительныя соглашенія о неприведеніи рѣшенія суда въ исполненіе или объ отсрочкѣ исполненія до наступленія извѣстнаго обстоятельства. Такія условія, если, конечно въ нихъ нѣтъ чего-либо противнаго закону или нравственности, слѣдуетъ считать дѣйствительными, такъ какъ выигравшая дѣло сторона имѣетъ право, но не обязана требовать исполненія рѣшенія, а потому вольна и отказаться отъ этого права или подвергнуть его ограниченіямъ [1]).

§ 81.

Злоупотребленіе правами. [2])

1. Предъявить любой искъ и вести любой процессъ можетъ каждое правоспособное лицо, совершенно независимо отъ того, убѣждено ли оно въ своей правотѣ или сознаетъ неосновательность иска. Точно такъ же каждое правоспособное лицо, ставъ

---

[1]) Geib, 208—209, 210; Kohler, 94; Sintenis, 400 ff., 406 ff.

[2]) Гедда. Недобросовѣстность сторонъ въ гражданскомъ процессѣ (Журн. Мин. Юст. 1910 № 1); Бугаевскій. Ложь въ гражд. судѣ (Право 1909 № 12); Розинъ. Ложь въ процессѣ (Право 1910 № 48).

Degenkolb. Einlassungswang und Urtheilsnorm, 1877, 41 ff. (contra: Wach въ Grünh. Zt. VI B.); Menger. Rechte und Pflichten der Processparteien (Grünh. Zt. VII B.); Klein. Die schuldhafte Parteihandlung, 1885; Trutter. Bona fides im Civilprozesse, 1892; Kade. Der Eid und das Recht auf Wahrheit, 1895; Michel. Der strafbare Betrug im Cpr., 1897. Schneider. Treu und Glauben im Cpr. und Streit über die Processleitung, 1903; Degenkolb. Beiträge zum Cpr., 1905, 8 ff.; 63 ff.; Bursztyn. Die Wahrheitspflicht der Parteien im Cpr., 1906; Geib. Rechtsschutzbegehren und Anspruchsbethätigung, 1909, 195 ff.; Görres. Ueber das Verschulden im Prozesse (Zt. Zp. 34 B.); Hellwig. Die Lüge im Prozess (Woche 1908 № 40); Neumann. Ein Wort der Abwehr (Jur. Wochenschr. 1908 № 19); Hellwig (ib., № 20); Schmidt. Die Lüge im Prozess (Deut. Jur. Zt. 1909 № 1); Hellwig (ib, № 2); Binding (ib., № 3). Wetzell, § 30; Bayer, § 28 ff.; Osterloh, §§ 118, 160; Renaud, § 54 ff.; Birkmeyer, §§ 72—76; Planck, I, § 65; Hellwig, I, § 71; Weismann, I, § 85, X; Pollak, §§ 11, 12; Schrutka, § 107.

стороной въ процессѣ, имѣетъ возможность пользоваться всѣми процессуальными правами, предоставленными закономъ тяжущимся, и примѣнять всѣ основанныя на этихъ правахъ средства защиты, хотя бы вполнѣ понимало правоту противной стороны. Благодаря такой ничѣмъ неограниченной возможности возбужденія и веденія гражданскихъ дѣлъ, открытъ широкій просторъ для злоупотребленій процессуальными правами.

Недобросовѣстныя лица могутъ предъявлять завѣдомо неосновательные иски, если знаютъ, что у отвѣтчика нѣтъ доказательствъ, способныхъ опровергнуть ихъ требованія (что, напр., онъ потерялъ платежную росписку, что умеръ единственный свидѣтель, которому были извѣстны обстоятельства дѣла и т. п.). Точно такъ же возможно обжалованіе рѣшеній суда въ полномъ сознаніи ихъ правильности и возбужденіе безцѣльныхъ ходатайствъ только для проволочки процесса (напр., о вызовѣ свидѣтелей, которые въ дѣйствительности ничего по дѣлу не знаютъ или даже не существуютъ), заявленіе завѣдомо неправильныхъ отводовъ и т. д. Равнымъ образомъ, стороны могутъ сообщать суду ложныя фактическія свѣдѣнія и представлять фальшивыя доказательства (поддѣльные документы, подкупленныхъ свидѣтелей и проч.), извращать обстоятельства дѣла, сбивать судъ юридическими и логическими софизмами и т. д. Нѣкоторые виды этихъ дѣйствій, напр., подлогъ документовъ, предусмотрѣны уложеніемъ о наказаніяхъ (ст. 1690 и сл.) и подвергаютъ виновныхъ уголовной отвѣтственности, но прочія уголовно ненаказуемы.

II. Съ недобросовѣстностью сторонъ боролось уже римское право. Въ источникахъ его злоупотребленіе процессуальными правами носитъ общее названіе „кляузы“ (calumnia), которымъ означаются: 1, процессуальная ложь, т.-е., завѣдомо невѣрныя фактическія сообщенія и утвержденія (mendacium), 2, завѣдомо неправомѣрныя требованія (improba petitio) и, 3, умышленное употребленіе дозволенныхъ средствъ защиты съ цѣлью замедленія или затрудненія производства (fraus, frustratio). [1])

---

[1]) Къ такому результату пришелъ въ своемъ изслѣдованіи Клейнъ (65 ff., 105). Мнѣнія другихъ авторовъ по этому вопросу не вполнѣ одинаковы. Klein, 105, Anm.

Противъ этихъ злоупотребленій въ римскомъ правѣ примѣнялись двѣ мѣры: предупредительная—присяга (jusjurandum calumniae) и карательная—штрафы въ разной формѣ. Присяга могла быть общей, которая приносилась въ началѣ процесса, и спеціальной, предшествовавшей совершенію отдѣльнаго процессуальнаго дѣйствія. Отказъ отъ принесенія присяги лишалъ тяжущагося права совершить процессуальное дѣйствіе, которому она должна была предшествовать. Со временъ Юстиніана общая присяга сдѣлалась обязательной для всѣхъ тяжущихся: предъ началомъ каждаго процесса истецъ долженъ былъ присягнуть, что предъявляетъ искъ не съ цѣлью кляузы, а съ сознаніемъ своей правоты, отвѣтчикъ же долженъ былъ поклясться, что возражаетъ противъ иска добросовѣстно. [1]) Адвокатамъ тоже предписывалось присягать, что они приложатъ всѣ усилія къ тому, чтобы оправдать законныя и справедливыя требованія кліентовъ, и не замедлятъ отказаться отъ веденія дѣла, какъ только замѣтятъ его нечестность или безнадежность [2]).

Оба вида присяги сторонъ перешли въ каноническій процессъ, а затѣмъ и въ германскій общій процессъ, гдѣ сохранилась до послѣдняго времени только спеціальная присяга, назначавшаяся судомъ какъ по собственному усмотрѣнію, такъ и по просьбѣ одной изъ сторонъ. Дѣйствующему германскому уставу, какъ и другимъ современнымъ процессуальнымъ кодексамъ, ни общая, ни спеціальная присяга сторонъ неизвѣстны. [3])

Кара за злоупотребленіе процессуальными правами состояла въ денежныхъ штрафахъ, которые имѣли разную форму и назначались въ разномъ размѣрѣ. Одни носили частно-правовой характеръ и поступали въ пользу противной стороны обыкновенно въ размѣрѣ 10% съ суммы иска; другіе были наказаніемъ въ уголовномъ смыслѣ; особый штрафъ взимался за неправую апелляцію первоначально въ размѣрѣ четверной суммы издержекъ

---

[1]) L. 2 pr. C. de jurej. (II, 59).

[2]) L. 14 § 1 C. de jud. (3, 1).

[3]) Введенный нѣкоторыми изъ нихъ допросъ сторонъ подъ присягой имѣетъ значеніе не предварительнаго удостовѣренія добросовѣстности сторонъ, а одного изъ способовъ доказыванія спорныхъ фактовъ.

по дѣлу, а впослѣдствіи въ размѣрѣ, опредѣляемомъ судомъ по своему усмотрѣнію.[1])

Процессуальные штрафы удержались и въ послѣдующее время какъ въ каноническомъ и германскомъ общемъ процессѣ, такъ и въ партикулярныхъ германскихъ уставахъ.

III. Отношеніе современныхъ процессуальныхъ законодательствъ къ злоупотребленію процессуальными правами со стороны тяжущихся неодинаково. Французскій уставъ совершенно не реагируетъ противъ недобросовѣстности сторонъ, и хотя назначаетъ штрафъ въ нѣкоторыхъ частныхъ случаяхъ, какъ-то при заявленіи неосновательнаго отвода противъ судей (см. стр. 565) и неправильнаго спора о подлинности документа (ст. 213, 246 фр. уст.), но совершенно независимо отъ того, дѣйствовалъ ли тяжущійся добросовѣстно или нѣтъ.

Германскій уставъ не содержитъ въ себѣ общаго правила о недопустимости злоупотребленія процессуальными правами, но устанавливаетъ невыгодныя послѣдствія для нѣкоторыхъ отдѣльныхъ проявленій недобросовѣстности сторонъ, предоставляя суду право: отклонять заявленія тяжущихся о новыхъ обстоятельствахъ и доказательствахъ, если тяжущійся не представилъ ихъ своевременно съ цѣлью замедлить разрѣшеніе дѣла (см. стр. 467); возлагать судебныя издержки вполнѣ или въ части на выигравшую дѣло сторону, если она замедляла производство несвоевременнымъ осуществленіемъ средствъ защиты (§ 91); возлагать судебныя издержки на истца, выигравшаго дѣло, если отвѣтчикъ не далъ повода къ предъявленію иска (§§ 93, 94); штрафовать сторону, по винѣ которой отложено засѣданіе, и т. п. [2]). Эти постановленія въ связи съ другими, имѣющими задачей обезпечить раскрытіе судомъ истины (наказаніе за лжесвидѣтельство, поддѣлку документовъ и проч.), послужили для нѣкоторыхъ процессуалистовъ основаніемъ къ заключенію, что германскій уставъ принципіально требуетъ отъ сторонъ добросовѣстнаго образа дѣйствій въ процессѣ [3]).

---

[1]) Keller, § 58; Bayer, § 30.

[2]) Weismann, I, 201, 267, 346; II, 269.

[3]) Hellwig, § 71; Geib, 199 ff. Въ обстоятельной статьѣ Гёррса сведены всѣ мѣры, которыя могутъ быть принимаемы противъ недобросовѣстности тяжущихся по германскому законодательству.

Австрійскій уставъ присоединилъ къ этимъ мѣрамъ еще рядъ другихъ. На первомъ планѣ должно быть поставлено принципіальное требованіе отъ тяжущихся правдивости въ сообщеніи фактовъ: „каждая сторона обязана указать полно, опредѣленно и *согласно истинѣ* всѣ фактическія обстоятельства, требуемыя въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ для обоснованія ея ходатайствъ“ (§ 178) [1]). Хотя общею санкціей это предписаніе не снабжено, но нарушеніе его обставлено невыгодными послѣдствіями въ частныхъ случаяхъ. Такъ, „если судъ найдетъ, что проигравшая дѣло сторона вела его явно недобросовѣстно, то можетъ присудить ее, по просьбѣ противника, къ уплатѣ ему соотвѣтствующаго вознагражденія за убытки“ (§ 408). Затѣмъ, недобросовѣстная, только съ цѣлью замедленія процесса, подача частной или ревизіонной жалобъ можетъ повести къ оштрафованію тяжущагося или его повѣреннаго (§§ 512, 528). Точно такъ же судъ въ правѣ присудить повѣреннаго къ возмѣщенію издержекъ, причиненныхъ вслѣдствіе его грубой вины (§ 49) [2]). Штрафы за недобросовѣстные поступки налагаются въ размѣрѣ до 300 гульденовъ (240 руб.) и, въ случаѣ несостоятельности виновнаго, замѣняются арестомъ до 10 дней (§ 220).

Еще болѣе рѣшительно требуетъ отъ сторонъ добросовѣстности венгерскій уставъ: „Кто завѣдомо ложно утверждаетъ относящійся къ дѣлу и явно невѣрный фактъ, кто явно неосновательно отрицаетъ относящійся къ дѣлу фактъ, или явно неосновательно ссылается на доказательство, того судъ караетъ штрафомъ въ размѣрѣ до 600 кронъ. Если повѣренный стороны не можетъ въ этомъ отношеніи оправдаться полученнымъ отъ нея указаніемъ, то штрафъ падаетъ на него безъ права обратнаго взысканія съ тяжущагося“ (§ 222). Особо предусмотрѣнъ тотъ случай, когда истецъ, предъявляя искъ, скроетъ, что ему извѣстно мѣстопребываніе отвѣтчика или его наслѣдниковъ: по обнаруженіи обмана, все производство уничтожается, и истецъ уплачиваетъ не только судебныя издержки, но и штрафъ до 1000 кронъ (§ 175). Установленъ штрафъ и за явно неоснова-

---

[1]) Русскій переводъ этого постановленія въ изданіи Т у р а неточенъ.

[2]) Въ русскомъ переводѣ пропущена средняя часть 49 статьи.

тельныя ревизіонныя жалобы, если обѣ предшествующія инстанціи постановили одинаковыя рѣшенія, или если въ данномъ случаѣ законъ явно не допускаетъ обжалованія въ ревизіонномъ порядкѣ (§ 544). Кромѣ этихъ мѣръ, венгерскій уставъ примѣняетъ и тѣ, которыя введены съ цѣлью предупредить затягиваніе производства германскимъ и австрійскимъ уставами (§§ 221, 431, 496 и др.).

IV. Нашъ уставъ, подобно французскому, не содержитъ въ себѣ ничего подобнаго приведеннымъ постановленіямъ. Во всѣхъ случаяхъ, когда тяжущійся подвергается невыгоднымъ послѣдствіямъ въ видѣ уплаты судебныхъ издержекъ, возмѣщенія убытковъ, потери кассаціоннаго залога, эти послѣдствія обусловливаются неосновательностью его требованій и заявленій, все равно, завѣдомой или нѣтъ, т.-е., значитъ, наступаютъ несмотря на то, что тяжущійся дѣйствовалъ вполнѣ добросовѣстно (ст. 601, 800 и прил., ст. 868 и сл.). Единственный случай, когда уставъ обращаетъ вниманіе на недобросовѣстность тяжущихся, имѣется въ 562 ст., согласно которой штрафъ за неосновательный споръ о подложности документа [1]) увеличивается, если „судъ признаетъ о споръ подлогѣ недобросовѣстнымъ".

V. Различное отношеніе современныхъ законодательствъ къ злоупотребленію процессуальными правами дѣлаетъ безусловно необходимымъ теоретическое изслѣдованіе этого вопроса. Но и между представителями современной процессуальной теоріи царитъ на этотъ счетъ полное разногласіе. Тогда какъ одни считаютъ добросовѣстность сторонъ самоочевиднымъ постулатомъ и находятъ, что стороны обязаны быть правдивыми [2]), что въ области процесса должны имѣть полное примѣненіе общія положенія

---

[1]) Это единственный случай, когда гражданскому суду принадлежитъ право, по дѣйствующему уставу, штрафовать тяжущихся. Существовавшіе въ дореформенномъ процессѣ штрафы за неправые иски и апелляціи (2 ч. X т. Св. зак., ст. 227 и сл., 665—671, 746, 759), сохранившіеся отчасти въ уставѣ торг. судопр. (ст. 177—180, 267—268, 382), не вошли въ уставъ гражд. суд. Впрочемъ, они не обусловлены недобросовѣстностью сторонъ и не направлены непосредственно на борьбу съ нею.

[2]) Hellwig, 44: „Обязанность процессуальной правды принадлежитъ къ разряду такихъ юридическихъ истинъ, которыя на столько элементарны, что законъ не долженъ выражать ихъ въ общей формѣ. Она вытекаетъ изъ цѣли процесса—оказывать правосудіе".

гражданскаго права относительно добросовѣстности въ гражданскомъ оборотѣ [1]), другіе, наоборотъ, стоятъ за полную свободу дѣйствій сторонъ [2]), не находятъ возможнымъ требовать отъ нихъ добросовѣстности, считая даже ложь въ процессѣ естественнымъ и этически безразличнымъ явленіемъ [3]).

Такое разногласіе объясняется главнымъ образомъ неправильной постановкой вопроса. Когда вопросъ ставится въ такой формѣ: „обязаны ли тяжущіеся говорить правду или нѣтъ“ [4]), то, при всемъ желаніи отвѣтить утвердительно, невольно возбуждается сомнѣніе, можно ли нравственную обязанность правдивости превращать въ юридическую, и можно ли возлагать ее на тяжущихся, непосредственно заинтересованныхъ въ выигрышѣ дѣла, когда законъ разрѣшаетъ отказываться отъ дачи свидѣтельскихъ показаній родственникамъ тяжущихся, и лицамъ, чьи выгоды зависятъ отъ исхода дѣла, именно чтобы избавить ихъ отъ тягостной „борьбы между чувствомъ долга и чувствомъ родственной привязанности или денежнымъ интересомъ“ (объясн. въ 370 ст.) [5]), и когда, по аналогичнымъ соображеніямъ, допускается въ широкихъ размѣрахъ устраненіе свидѣтелей тяжущагося по отводу противной стороны (ст. 373)?

Точно такъ же неправильна и другая постановка вопроса: „обязаны ли тяжущіеся поступать добросовѣстно?“ Конечно, можно и даже слѣдуетъ сказать, что обязаны. Но что это будетъ значить? Развѣ терминъ „добросовѣстность“ можетъ имѣть здѣсь такое значеніе, какъ въ области матеріальнаго права?

---

[1]) Trutter, 8 ff.; Schwartz, Die Novelle v. 1898 und die künftige Civilprocessreform, 1902, 156 ff.

[2]) Wach, l. c.

[3]) Schmidt (D. Jur. Zt. № 43).

[4]) Такая постановка вопроса была дана въ полемикѣ между Гельвигомъ, къ которому присоединился Биндингъ, и Шмидтомъ (въ указ. ст.). Гельвигъ рѣшительно высказался за существованіе юридической обязанности тяжущихся говорить на судѣ правду и за необходимость наказывать ихъ въ случаѣ нарушенія этой обязанности, а Шмидтъ отрицалъ то и другое. Обзоръ этой полемики сдѣланъ Бугаевскимъ (ук. ст.), который сталъ на сторону Гельвига, и Розинымъ (ук. ст.), присоединившимся къ Шмидту. Признаютъ существованіе обязанности сторонъ говорить правду также Weismann, Degenkolb, Klein, Kade, Vierhaus, Görres, Bursztyn (Geib, 196, Anm. 2).

[5]) Schmidt, Der Process und die staatsbürg. Rechte, 1910, 19—20.

Вѣдь между гражданскимъ процессомъ и сдѣлками гражданскаго оборота существуетъ коренное различіе. Въ области гражданскаго оборота добросовѣстный образъ дѣйствій соотвѣтствуетъ интересамъ самого совершающаго сдѣлку: торговецъ, обманывающій покупателей и неаккуратный въ исполненіи своихъ обязательствъ, рискуетъ потерять и кліентовъ, и кредитъ. Вслѣдствіе этого интересы лицъ, заключающихъ сдѣлки, не противорѣчатъ другъ другу, а идутъ, такъ сказать, параллельно: „въ этихъ отношеніяхъ имѣется мирное сосуществованіе участвующихъ лицъ, связанныхъ между собою интенсивной солидарностью интересовъ“ [1]). Наоборотъ, въ гражданскомъ процессѣ происходитъ рѣзкое столкновеніе интересовъ обѣихъ сторонъ; о солидарности ихъ нѣтъ рѣчи; каждый стремится къ полному пораженію противника. Очевидно, примѣненіе къ процессу матеріально-правового понятія добросовѣстности „равносильно некритическому отождествленію совершенно разнородныхъ институтовъ [2]).

Единственно правильной является слѣдующая постановка вопроса: „позволительно ли тяжущимся злоупотреблять своими процессуальными правами?“ Чтобы разрѣшить этотъ вопросъ и вмѣстѣ съ тѣмъ выяснить истинный смыслъ выраженія „злоупотребленіе правомъ“, необходимо взять исходной точкой сущность и задачи гражданскаго процесса.

Государство создаетъ гражданскіе суды для того, чтобы они конкретизировали нормы права, примѣняя ихъ къ частнымъ случаямъ жизни. Эта конкретизація совершается въ формѣ провѣрки и установленія правомѣрности юридическихъ требованій, заявляемыхъ гражданами другъ къ другу. Суды обязаны производить провѣрку правильно, т.-е., согласно съ нормами права (постулатъ правомѣрности) и дѣйствительными обстоятельствами дѣлъ (постулатъ матеріальной правды). Государство могло бы возложить исполненіе всѣхъ дѣйствій по провѣркѣ юридическихъ требованій на однихъ судей, построивъ производство на принципахъ слѣдственности и офиціальнаго почина суда. Но современныя законодательства считаютъ вполнѣ основательно болѣе цѣлесообраз-

---

[1]) Görres, 6.
[2]) Görres, 7.

нымъ предоставить широкій просторъ самодѣятельности тяжущихся, чтобы лучше обезпечить раскрытіе матеріальной правды и, слѣдовательно, правильность судебныхъ рѣшеній (см. стр. 379 и сл.). Отсюда видно, что процессуальныя права даны закономъ тяжущимся для содѣйствія суду при разсмотрѣніи дѣлъ, для содѣйствія ихъ правильному разрѣшенію, и что каждый разъ, когда тяжущійся совершаетъ какое-либо процессуальное дѣйствіе не съ этой цѣлью, а для достиженія какихъ-либо постороннихъ цѣлей (для введенія судей въ заблужденіе, для проволочки дѣла, для причиненія затрудненія противнику), онъ выходитъ за предѣлы дѣйствительнаго содержанія своего права, т.-е., говоря иначе, злоупотребляетъ имъ.

Такимъ образомъ, подъ злоупотребленіемъ процессуальными правами слѣдуетъ понимать осуществленіе ихъ тяжущимися для достиженія цѣлей, несогласныхъ съ цѣлью процесса—правильнымъ и скорымъ разрѣшеніемъ дѣлъ.

Въ самомъ этомъ опредѣленіи [1]) содержится указаніе на необходимость умысла тяжущихся для наличности злоупотребленія правами: разъ дѣйствія совершаются ими съ опредѣленной цѣлью, значитъ, они дѣйствуютъ умышленно. И дѣйствительно, было бы неправильно приравнивать неосторожность или небрежность тя-

---

[1]) Сходны съ нимъ опредѣленія нѣкоторыхъ другихъ авторовъ. Гедда, 7—8: „Всякое дѣйствіе тяжущагося, заключающееся въ томъ, чтобы путемъ пользованія установленными въ законѣ возможностями либо совершенно воспрепятствовать отысканію правды и возстановленію права, либо *отдалить* ихъ на время какъ можно больше, если, конечно, все это дѣлается сознательно, мы называемъ недобросовѣстностью". Болѣе кратко выражается Клейнъ: „Подъ виною стороны мы понимаемъ всякую вмѣняемую, противную закону дѣятельность въ процессѣ" (стр. 220). Гельвигъ опредѣляетъ обязанность правдивости, какъ „воспрещеніе выставлять невѣрныя утвержденія и оправдывать ими неосновательныя требованія" (стр. 41). Гёрресъ не даетъ общаго опредѣленія, а перечисляетъ четыре способа злоупотребленія процессуальными правами: 1) завѣдомо неправыя требованія; 2) завѣдомо невѣрныя фактическія утвержденія съ цѣлью обмануть другого; 3) совершеніе дозволенныхъ дѣйствій съ противной закону цѣлью, и 4) совершеніе недозволенныхъ дѣйствій съ такою же цѣлью (стр. 13—14). По словамъ Планка, стороны должны „избѣгать умышленнаго или неосторожнаго причиненія затрудненій суду или противнику",— умышленнаго, если сторона „сознаетъ, что осуществленіе процессуальнаго права или способъ его осуществленія для защиты права безполезны, а для противника или суда связаны съ потерей времени, труда и денегъ", и неосторожнаго, „если этого можно было избѣгнуть при нѣкоторой заботливости" (I, 358).

жущихся при осуществленіи своихъ процессуальныхъ правъ къ злоупотребленію. Стороны не обязаны осуществлять своихъ процессуальныхъ правъ; онѣ могутъ ровно ничего не дѣлать; тѣмъ менѣе онѣ обязаны заботиться объ интересахъ противника или объ облегченіи работы суда. Достаточнымъ наказаніемъ за неосторожность и небрежность (напр., за предъявленіе неосновательнаго иска по легкомыслію, за сообщеніе принятыхъ на вѣру, но ложныхъ фактовъ, и т. п.) является проигрышъ дѣла и уплата судебныхъ издержекъ. Подвергать ихъ еще какимъ-либо инымъ невыгоднымъ послѣдствіямъ нѣтъ основанія за отсутствіемъ у нихъ злой воли. Притомъ, отъ легкомыслія и небрежности ихъ будетъ удерживать опасеніе, какъ бы судъ не усмотрѣлъ въ ихъ дѣйствіяхъ умысла [1]).

Не слѣдуетъ думать, что воспрещеніе умышленнаго злоупотребленія процессуальными правами, ограничивая свободу дѣйствій сторонъ, не согласуется съ принципомъ состязательности [2]). Во-1-хъ, принципъ состязательности принятъ въ гражданскомъ процессѣ вовсе не въ силу какого-либо присущаго ему абсолютнаго совершенства, а просто потому, что имъ лучше обезпечивается достиженіе матеріальной правды въ процессѣ. Слѣдовательно, въ тѣхъ случаяхъ, когда онъ къ этой цѣли не ведетъ, его можно и нужно ограничивать, что и дѣлается путемъ смягченія его инструкціоннымъ принципомъ (стр. 391 и сл.). Во-2-хъ, принципъ состязательности предоставляетъ сторонамъ заботиться о полнотѣ фактическаго матеріала, обязывая судъ ограничиваться изслѣдованіемъ того матеріала, который собранъ и представленъ тяжущимися (стр. 379 и сл.). Но отсюда вовсе не слѣдуетъ, что стороны въ правѣ подсовывать суду вымышленные факты и вводить его въ заблужденіе [3]). Еще менѣе можетъ быть оправды-

---

[1]) Поэтому нельзя признать правильнымъ приведенное выше опредѣленіе Планка.

[2]) Wach (Grünh. Zt. 6 B., 547 ff.).

[3]) Гедда, 13: „Едва ли вообще можно говорить о томъ, что человѣкъ не пользуется полною свободой потому, что ему, напр., запрещается совершать преступленія или вообще безнравственныя дѣйствія, убивать, красть, клеветать, лгать... Но если бы даже и признать, что обязанность говорить на судѣ правду и дѣйствовать только добросовѣстно и являлась нѣкоторымъ стѣсненіемъ тяжущихся, то съ этимъ нужно примириться ради достиженія конечной цѣли гражд. процесса—матеріальной правды". Ср. Klein, 125 ff.; Geib, 205.

ваемо принципомъ состязательности заявленіе тяжущимися завѣдомо неосновательныхъ ходатайствъ (исковъ, частныхъ требованій, жалобъ), такъ какъ онъ относится только къ подготовкѣ фактическаго процессуальнаго матеріала.

Нельзя также ссылаться на то, что процессуальное право—право войны, а на войнѣ дозволяется примѣненіе такихъ средствъ борьбы, которыя въ мирное время недопустимы, но отъ которыхъ трудно удержаться сражающимся въ пылу раздраженія [1]). Во-1-хъ, и на войнѣ многаго нельзя дѣлать: запрещается вѣдь употребленіе разрывныхъ пуль, отравленныхъ сабель и т. п., а по мѣрѣ развитія культуры число такихъ ограниченій все больше возрастаетъ. Во-2-хъ, если воюющія государства прибѣгаютъ къ нечестнымъ способамъ борьбы, то это объясняется тѣмъ, что надъ ними нѣтъ высшей власти, которая была бы въ состояніи заставить ихъ воздерживаться отъ такихъ дѣйствій. Между тѣмъ надъ сторонами въ процессѣ стоитъ судъ, могущій пресѣкать ихъ злоупотребленія. Наконецъ, въ-3-хъ, отъ тяжущихся не требуется проявленія какого-либо геройскаго великодушія или необычной умѣренности: они должны воздерживаться только отъ умышленнаго злоупотребленія своими процессуальными правами, отъ завѣдомо ложныхъ заявленій, сообщеній и требованій.

Но если, такимъ образомъ, нужно признать, что умышленное злоупотребленіе процессуальными правами со стороны тяжущихся недопустимо, то, спрашивается, какими же способами слѣдуетъ съ нимъ бороться? Кромѣ общихъ процессуальныхъ мѣръ, каковы: примѣненіе судомъ инструкціоннаго принципа съ цѣлью разъясненія заявленій сторонъ и обстоятельствъ дѣла, обжалованіе постановленій суда, въ томъ числѣ просьбы объ отмѣнѣ ихъ въ виду обнаружившихся недобросовѣстныхъ дѣйствій противника и пр., на практикѣ были испробованы еще четыре спеціальныя мѣры, прямо направленныя противъ злоупотребленія процессуальными правами со стороны тяжущихся: предварительное удостовѣреніе тяжущимися своей добросовѣстности посредствомъ принесенія присяги, возложеніе издержекъ производства на виновную въ недобросовѣстномъ веденіи дѣла

---

[1]) Schwartz, Novelle, 202—203, Anm. 80; Schneider, 2 ff.

сторону, возмѣщеніе ею причиненныхъ этимъ противнику убытковъ и штрафъ, замѣняемый въ случаѣ несостоятельности арестомъ.

Присяга сторонъ давно признана нецѣлесообразной мѣрой. Для человѣка вѣрующаго чрезвычайно тягостно призывать имя Господа всуе, ради достиженія матеріальной выгоды, обыкновенно являющейся конечной цѣлью процесса; невѣрующаго принятіе присяги не удержитъ отъ недобросовѣстныхъ поступковъ и въ то же время, прикрывъ его личиной честности, облегчитъ ему обманъ судей. Кромѣ того, каждаго неопороченнаго по суду человѣка нужно считать честнымъ, пока не доказано противное. Требовать же, чтобы тяжущійся предъ началомъ процесса удостовѣрялъ присягой свою добросовѣстность, значитъ нарушать это естественное предположеніе и наносить ему личное оскорбленіе безъ всякаго повода съ его стороны [1]).

Остальныя три мѣры заслуживаютъ одобренія и внесенія въ уставъ. Представляется вполнѣ естественнымъ, чтобы издержки по производству дѣла, вызванныя злоупотребленіемъ процессуальными правами, пали на виновную въ этомъ сторону. Точно такъ же цѣлесообразно и справедливо предоставить тяжущемуся, потерпѣвшему убытки отъ неодобросовѣстныхъ дѣйствій противника, право взыскивать эти убытки съ противника [2]).

Наконецъ, штрафы, замѣняемые въ случаѣ несостоятельности виновнаго арестомъ, тоже способны служить хорошимъ средствомъ для предупрежденія злоупотребленій процессуальными правами. Они должны быть налагаемы въ тѣхъ случаяхъ, когда дѣйствія тяжущагося нарушаютъ нормальный ходъ отправленія правосудія, затягивая производство или напрасно затрудняя судей, такъ какъ въ этихъ случаяхъ они являются посягательствомъ на публично-правовыя нормы, обезпечивающія правиль-

---

[1]) Trutter, 53–55.

[2]) Съ этою цѣлью слѣдовало бы, по примѣру австрійскаго устава (§§ 408 и 273), установить такое правило: „постановляя рѣшеніе, судъ можетъ, по просьбѣ стороны, предоставить ей право взыскивать съ противника въ порядкѣ исполнительнаго производства убытки, причиненные имъ злоупотребленіемъ своими процессуальными правами, причемъ размѣръ убытковъ, въ случаѣ невозможности или трудности доказать его, опредѣляется судомъ по своему убѣжденію".

ное функціонированіе государственныхъ учрежденій—судовъ и даютъ достаточный поводъ для возбужденія карательной дѣятельности государства [1]).

Что касается повѣренныхъ сторонъ, замѣняющихъ ихъ въ процессѣ, то необходимо отличать случайныхъ, непрофессіональныхъ повѣренныхъ (напр., родственниковъ, управляющихъ дѣлами тяжущагося) отъ профессіональныхъ адвокатовъ (присяжныхъ повѣренныхъ, ихъ помощниковъ и частныхъ повѣренныхъ). Первые должны быть подвергаемы вмѣсто тяжущихся всѣмъ послѣдствіямъ, къ какимъ ведетъ злоупотребленіе процессуальными правами, если не представятъ доказательствъ, что слѣдовали въ данномъ случаѣ прямому указанію своихъ довѣрителей.

Въ иномъ положеніи находятся адвокаты. Злоупотребленіе процессуальными правами съ ихъ стороны является нарушеніемъ профессіональныхъ обязанностей и профессіональной этики, а потому должно влечь за собой дисциплинарную отвѣтственность. Кромѣ того, за лицами, понесшими убытки отъ неправильныхъ дѣйствій адвокатовъ, слѣдуетъ признать право на взысканіе этихъ убытковъ въ общемъ порядкѣ. Но возложеніе судомъ издержекъ производства и штрафовъ [2]) непосредственно на адвокатовъ (по крайней мѣрѣ, на присяжныхъ повѣренныхъ и ихъ помощниковъ) нельзя признать желательнымъ (см. стр. 471—472).

Изъ всѣхъ перечисленныхъ мѣръ противъ недобросовѣстности

---

[1]) Въ этомъ отношеніи злоупотребленіе процессуальными правами существеннымъ образомъ отличается отъ злоупотребленія матеріальными гражданскими правами обыкновенно именуемаго „шикапой“ (la chicane, die Schicane). Хотя понятіе шиканы до сихъ поръ спорно въ наукѣ и нѣкоторыми считается даже излишнимъ, но если придавать ему, какъ уже дѣлается многими, обширный смыслъ пользованія своимъ правомъ, несогласно съ той цѣлью, какую имѣлъ въ виду законодатель, т.-е., несогласно съ экономическимъ и соціальнымъ предназначеніемъ даннаго права (Saleilles, Porcherot, Charmot, Ramdohr), то и въ такомъ случаѣ злоупотребленіе процессуальными правами слѣдуетъ считать особымъ, квалифицированнымъ видомъ шиканы, такъ какъ оно направлено противъ органа государственной власти—суда, по отношенію къ которому предпринимаются тяжущимися процессуальныя дѣйствія. Новѣйшая литература о шиканѣ: Porcherot. De l'abus du droit, 1902; Charmot. L'abus du droit (Rev. trimestr. de droit civ. 1902, I, 113 ss.); Ramdohr. Rechtsmissbrauch (Gruch. Beitr. 46 B., 577 ff.); Trueb. Der Rechtsmissbrauch (Schikane) im modernen Recht, 1909.

[2]) Введеніе такихъ штрафовъ австрійскимъ и венгерскимъ уставами опровергаетъ мнѣніе тѣхъ авторовъ, которые полагаютъ, что для пресѣченія недобросовѣстности тяжущихся достаточно признать обязательнымъ участіе адвокатовъ въ процессѣ.

тяжущихся проектъ новой редакціи устава гражд. суд. вводитъ только одну, а именно, возложеніе издержекъ производства на сторону, дѣйствовавшую недобросовѣстно (ст. 847, 850, 852). Что же касается злоупотребленій профессіональныхъ адвокатовъ, то они предусмотрѣны и дѣйствующимъ правомъ (см. стр. 333 и сл.).

§ 82.

Процессъ, какъ юридическое отношеніе [1]).

I. Если субъекты процесса имѣютъ процессуальныя права, и если на нихъ лежатъ извѣстныя обязанности, то, спрашивается, нельзя ли разсматривать процессъ, какъ юридическое отношеніе?

Этотъ вопросъ былъ впервые прямо и ясно поставленъ проф. Бюловымъ [2]) и разрѣшенъ имъ же въ утвердительномъ смыслѣ. „Никто еще не выражалъ сомнѣнія,—говоритъ онъ,—что процессуальное право опредѣляетъ права и обязанности суда и сторонъ въ ихъ взаимныхъ отношеніяхъ. Но этимъ самымъ говорится, что процессъ есть соотношеніе правъ и обязанностей, т.-е., юридическое отношеніе". Однако это не частно-правовое отношеніе. „Такъ какъ процессуальныя права и обязанности существуютъ

---

[1]) Гольмстенъ. Принципъ тождества (Юридич. Изслѣд., 1894, 251 и сл.); Гольмстенъ. Учебникъ, 1—12, 129—135; Нефедьевъ. Къ ученію о сущности гражд. процесса; Соучастіе въ гражд. процессѣ, 1891, 81 и сл.; Гредескулъ. Къ ученію объ осуществленіи права, 1900, 189 и сл.; Гордонъ. Понятіе процесса въ наукѣ гражд. судопроизводства, 1901; Рознинъ. Процессъ, какъ юридическая наука (Журн. М. Ю. 1910 № 8); Нефедьевъ. Курсъ, § 5, Учебникъ § 3; Яблочковъ, 10—11.

Bülow. Die Lehre von den Processeinreden und die Processvoraussetzungen, 1868; Kohler. Process, als Rechtsverhältniss, 1888. Schwalbach. Die Processvoraussetzungen ((Arch. civ. Pr. 63 B.); Bülow. Die neue Processrechtswissenschaft (Zt. Zp. 27 B.); Birkmeyer, §§ 2, 3; Wach, § 4; Schmidt, § 4. Hellwig, II, §§ 63, 69—70; Kleinfeller, § 12; Canstein, § 18; Pollak, § 19; Schrutka, § 132. Diana. Dei rapporti processuali, 1901.

[2]) И до него многіе употребляли въ примѣненіи къ процессу терминъ „юридическое отношеніе", но это дѣлалось мимоходомъ, случайно, безъ попытки вывести отсюда какія-либо дальнѣйшія заключенія. Впервые Бюловъ подробно развилъ это воззрѣніе и примѣнилъ его къ разрѣшенію нѣкоторыхъ частныхъ процессуальныхъ вопросовъ въ своемъ сочиненіи о процессуальныхъ отводахъ.

между государственными учрежденіями и гражданами, такъ какъ въ процессѣ проявляется дѣятельность должностныхъ лицъ, и такъ какъ стороны разсматриваются только въ ихъ отношеніи къ дѣятельности этихъ лицъ и съ точки зрѣнія содѣйствія этой дѣятельности, то само собою понятно, что процессъ входитъ въ область публичнаго права: процессъ есть публично-правовое отношеніе". Отъ другихъ юридическихъ отношеній онъ отличается тѣмъ, что, возникнувъ, не остается неизмѣннымъ и неподвижнымъ, а, наоборотъ, развивается и движется вплоть до окончательнаго разрѣшенія. Субъектами процессуальнаго отношенія являются судъ и стороны; но по отношенію другъ къ другу стороны не имѣютъ процессуальныхъ правъ и обязанностей: онѣ имѣютъ по отношенію къ суду лишь права, которымъ соотвѣтствуютъ обязанности суда [1]). Въ одной изъ позднѣйшихъ своихъ статей Бюловъ выражаетъ это положеніе такъ: „процессъ—трехстороннее, весьма сложное, юридическое цѣлое, состоящее изъ разнообразныхъ элементовъ, частью изъ взаимной правовой связанности сторонъ, частью изъ обязанностей суда къ совершенію дѣйствій и соотвѣтствующихъ этимъ обязанностямъ правъ сторонъ" [2]).

Идея Бюлова встрѣтила почти всеобщее сочувствіе [3]). Представлялось — и не безъ основанія — весьма соблазнительнымъ воспользоваться для построенія системы процесса понятіемъ юридическаго отношенія, которое съ такимъ успѣхомъ примѣняется въ наукѣ гражданскаго права, и при его помощи подвергнуть процессуальные институты строго догматической обработкѣ. Однако, при ближайшемъ опредѣленіи сущности того юридическаго отношенія, которымъ-де является процессъ, мнѣнія рѣзко разошлись. Одни процессуалисты всецѣло примкнули къ Бюлову, другіе же больше или меньше уклонились отъ его формулировки, такъ что въ результатѣ образовалось четыре воззрѣнія на сущность процесса.

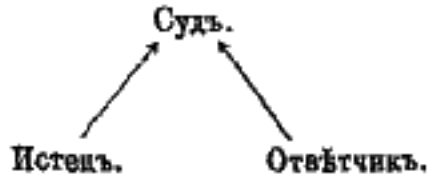
---

[1]) Bülow, Die Lehre, 1, 2, 3, 55 ff.

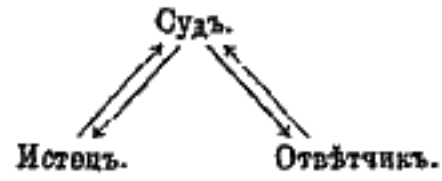
[2]) Zt. Zp. 27 B., 233.

[3]) Съ Бюловымъ не согласились только: Menger, System, 293 ff.; Planck, I, 199 ff.; Bekker, Pand., I, 46, и немногіе другіе. Въ нашей литературѣ послѣдователями Бюлова являются проф. Гольмстенъ, Гордонъ, Яблочковъ и др. Разборъ его теоріи сдѣланъ проф. Нефедьевымъ и Гредескуломъ.

1) Согласно одному, котораго придерживается самъ Бюловъ и его прямые послѣдователи, процессъ представляетъ собою трехстороннее юридическое отношеніе, въ которомъ стороны имѣютъ только права и то по отношенію къ одному суду, судъ же имѣетъ только обязанности [1]). Схематически это воззрѣніе должно быть изображено такъ:

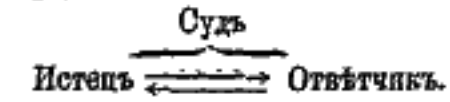


2) Другіе, соглашаясь, что стороны не имѣютъ по отношенію другъ къ другу ни правъ, ни обязанностей, полагаютъ, что судъ обладаетъ не только обязанностями, но и правами. Согласно такому мнѣнію, начертанная схема видоизмѣняется такъ:



Такой схемой изображаетъ свой взглядъ проф. Гельвигъ, замѣчая, что „судъ имѣетъ по отношенію къ сторонамъ право и обязанность“ проявлять принадлежащую ему, какъ органу государства, власть [2]).

3) Нѣкоторые процессуалисты находятъ, что судъ, не преслѣдуя въ процессѣ самостоятельныхъ интересовъ, не является и субъектомъ процессуальнаго отношенія, а, въ качествѣ органа государственной власти, стоитъ выше сторонъ, надъ ними [3]). Схема этой теоріи такова:

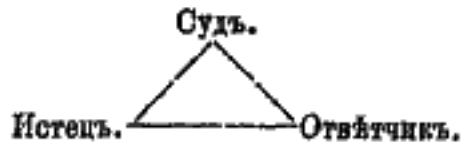


[1]) Bülow, l. c.; Schmidt, § 4, Engelmann, § 49; Гольмстенъ, ук. м.; Гордонъ, ук. м.

[2]) Hellwig, II, 34—35; Яблочковъ, 10.

[3]) Kohler. Process als Rechtsv., 6—7: „Процессъ является правоотношеніемъ между сторонами, ибо между ними и только между ними возникаютъ права, а также и обязанности, поскольку процессу извѣстны обязанности... Содѣйствіе органа государства не превращаетъ чиновника или государство въ соучастника юридической сдѣлки или правоотношенія: государство, какъ публичное, предназначенное къ охраненію культурной жизни учрежденіе, стоитъ слишкомъ высоко для того, чтобы вступать въ такія постоянныя правоотношенія съ отдѣльными лицами. Когда осу-

4) Наконецъ, рядъ писателей, высказывающійся за существованіе процессуальныхъ обязанностей сторонъ, полагаетъ, что всѣ три субъекта процесса—судъ и стороны—истецъ и отвѣтчикъ взаимно связаны правами и обязанностями [1]). Съ такой точки зрѣнія процессъ имѣетъ слѣдующій видъ:



Разногласіе между приверженцами теоріи Бюлова не ограничилось однимъ основнымъ вопросомъ о сущности того юридическаго отношенія, какимъ, по ихъ мнѣнію, является гражданскій процессъ, а распространилось дальше—на вопросъ, представляетъ ли процессъ одно отношеніе или слагается изъ нѣсколькихъ и какихъ именно? Одни держатся перваго мнѣнія [2]); другіе, признавая единство процесса, въ то же время различаютъ въ немъ „три, отдѣляющіяся другъ отъ друга относительной самостоятельностью своихъ цѣлей, правоотношенія: подготовительное, главное и исполнительное“ [3]); нѣкоторые довольствуются двумя правоотношеніями, соотвѣтственно двумъ основнымъ стадіямъ производства—по разрѣшенію дѣла и по исполненію рѣшенія [4]).

дарство воздѣйствуетъ на стороны посредствомъ судебнаго рѣшенія, оно дѣлаетъ это не въ качествѣ равноправнаго съ ними фактора, не въ силу спеціальнаго отношенія, въ которое оно вступило со сторонами, и не въ силу возникшей для него изъ этого отношенія обязанности,—нѣтъ, оно дѣлаетъ это въ качествѣ стоящей надъ сторонами величины: оно не вступаетъ въ договоры со сторонами, не совершаетъ съ ними сдѣлокъ, а рѣшаетъ и повелѣваетъ“. Сходно: Sperl. Succession in den Process, 1895, 6 ff. Ошибка Колера состоитъ въ томъ, что онъ упускаетъ изъ виду разницу между гражданско-правовыми и публично-правовыми отношеніями. Конечно, между тяжущимися и судомъ нѣтъ частно-правового отношенія, но между ними имѣется, несомнѣнно, публично-правовое отношеніе.

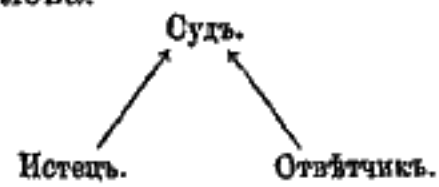
1) Wach, 38—39; Canstein, 418 ff.; Kleinfeller, § 12; Bunsen (Zt. Zp. 26 B., 202); Diana, 21 ss. Рознинъ, 28. Страннымъ образомъ къ Ваху присоединился въ позднѣйшемъ сочиненіи Бюловъ (Das Geständ., 79, Anm.), оговариваясь, что „у сторонъ въ ихъ отношеніяхъ другъ къ другу и къ суду нѣтъ обязанностей“, и не замѣчая, что эта оговорка рѣзко отдѣляетъ его точку зрѣнія отъ взгляда Ваха, признающаго существованіе процессуальныхъ обязанностей сторонъ.

2) Hellwig, II, 31; Гольмстенъ. 3.

3) Wach, 38.

4) Canstein, 697.

II. Изслѣдованіе юридическаго положенія суда и сторонъ въ процессѣ показало, что стороны имѣютъ только процессуальныя права, но не несутъ никакихъ чисто процессуальныхъ обязанностей, и что правамъ сторонъ соотвѣтствуютъ обязанности суда (см. стр. 629). Такъ какъ соотвѣтствіе права одного лица и обязанности другого составляетъ юридическое отношеніе въ тѣсномъ, техническомъ смыслѣ, то, значитъ, въ гражданскомъ процессѣ существуютъ два юридическихъ отношенія: 1) между истцомъ и судомъ и 2) между отвѣтчикомъ и судомъ. Стороны же не состоятъ между собой въ юридическомъ отношеніи, потому что процессуальнымъ правамъ одной не соотвѣтствуютъ обязанности другой. Такимъ образомъ слѣдуетъ признать, что гражданскій исковой процессъ, по своему внутреннему строенію, представляетъ собою соединеніе двухъ двусторонникъ правоотношеній и можетъ быть изображенъ схемой, соотвѣтствующей теоріи самого Бюлова:



Такъ какъ однимъ изъ субъектовъ въ каждомъ изъ этихъ отношеній является судъ, то оба отношенія объединяются тождествомъ существеннаго элемента и образуютъ одно цѣлое. Вслѣдствіе этого процессъ пріобрѣтаетъ внутреннее единство. Чтобы оттѣнить это его свойство, можно называть весь процессъ какъ цѣлое, юридическимъ отношеніемъ [1]). Но при этомъ нужно имѣть въ виду, во-1-хъ, что это—не простое, а сложное отношеніе, слагающееся изъ двухъ правоотношеній; во-2-хъ, что въ немъ три субъекта, но между двумя изъ нихъ нѣтъ соотвѣтствія правъ и обязанностей, т.-е., непосредственнаго отношенія; въ-3-хъ, что, слѣдовательно, процессъ, какъ цѣлое, можетъ быть названъ юридическимъ отношеніемъ не въ строгомъ, техническомъ смыслѣ, а въ обширномъ смыслѣ фактическаго отношенія, нормируемаго правомъ, и, въ-4-хъ, что это отношеніе публично-правовое, такъ

[1]) Weismann, I, § 83, Anm. 34: „Это понятіе выражаетъ въ сущности лишь то же самое, что и понятіе единаго производства и юридическаго положенія участвующихъ въ единомъ производствѣ лицъ".

какъ однимъ изъ его субъектовъ является органъ государственной власти—судъ, который дѣйствуетъ по долгу службы.

Въ какой именно мѣрѣ можетъ быть использовано понятіе процесса, какъ юридическаго отношенія, въ системѣ процесса, выяснится въ особенной части курса. [1])

III. Кромѣ теоріи Бюлова, были и другія попытки охарактеризовать внутреннюю сторону искового процесса. [2]) Именно, процессъ опредѣляли, какъ совокупность юридическихъ сдѣлокъ, [3]) и какъ властеотношеніе. [4]) Противъ перваго опредѣленія нужно сказать, что только очень немногія процессуальныя дѣйствія, изъ которыхъ слагается процессъ, походятъ на юридическія сдѣлки (см. стр. 659), а противъ второго, что судъ проявляетъ

---

[1]) Нельзя не отмѣтить странной судьбы, постигшей теорію Бюлова въ западноевропейской литературѣ. Почти въ каждомъ учебникѣ гражданскаго процесса выставляется заслуга Бюлова и процессъ торжественно провозглашается юридическимъ отношеніемъ. Но дальше этого формальнаго признанія, соединеннаго часто съ разными оговорками, дѣло не идетъ, и понятіе юридическаго отношенія не оказываетъ ни какого почти вліянія на конструкцію отдѣльныхъ процессуальныхъ институтовъ за исключеніемъ только того, что изложенію порядка производства предпосылается ученіе о предположеніяхъ процесса, развитое еще самимъ Бюловымъ. Такъ, напр., въ первомъ томѣ курса Канштейна, который наиболѣе широко использовалъ теорію Бюлова, изъ 1026 страницъ ученію о процессуальномъ отношеніи посвящены стр. 700—738 и 982—1021, а въ остальныхъ мѣстахъ курса о немъ упоминается только случайно.

То, чего не сдѣлали ни самъ Бюловъ, ни его западные послѣдователи выполнено блестящимъ образомъ въ нашей литературѣ проф. Гольмстеномъ, который, положивъ въ основаніе своего учебника понятіе процесса, какъ юридическаго отношенія, построилъ на немъ съ неуклонной послѣдовательностью всю систему процесса. Въ этомъ отношеніи учебникъ проф. Гольмстена представляетъ огромный научный интересъ, какъ наглядная демонстрація сильныхъ и слабыхъ сторонъ теоріи Бюлова.

[2]) Что съ внѣшней стороны процессъ представляетъ собою совокупность дѣйствій, или производство, это признаютъ всѣ, не исключая Бюлова (Processeinr., 4). Ср. Birkmeyer, § 1; Hellwig, I, 3, Anm. 14; Canstein, 1.

[3]) Schultze. Privatrecht und Process in ihrer Wechselbeziehung, 1883, 48; Schultze. Begriff d. Cpr. (Zt.Zp. 12 B., 475 ff.). Первоначально Шульце назвалъ даже гражданскій процессъ просто „юридической сдѣлкой", но впослѣдствіи отказался отъ этого мнѣнія и опредѣлилъ процессъ, какъ совокупность юридическихъ сдѣлокъ.

На попыткахъ охарактеризовать гражданскій процессъ посредствомъ уподобленія его поединку (Bordeaux, 13), машинѣ (Rossi, Canstein, I, 70), драмѣ (Planck, I, 205) и т. п. нѣтъ надобности останавливаться, такъ какъ въ этихъ опредѣленіяхъ примѣняются къ процессу понятія, не имѣющія юридическаго значенія.

[4]) Нефедьевъ. Къ ученію о сущности, 142 и сл.; Курсъ, §§ 5, 6.

свою власть по отношенію къ сторонамъ только въ формальномъ руководствѣ ходомъ процесса и поддержаніи внѣшняго порядка въ засѣданіяхъ, и что во всемъ прочемъ стороны не только не подчинены его власти, но, наоборотъ, могутъ требовать отъ него исполненія указанныхъ въ законѣ дѣйствій, ибо имѣютъ по отношенію къ суду только права и не несутъ никакихъ чисто процессуальныхъ обязанностей (стр. 628 и сл., 635, 651—653).

Алфавитный указатель.

(Цифры означаютъ страницы.)

Автономія (сторонъ въ процессѣ)—364, 464.

Адвокатура: понятіе — 293—297; принципы организаціи—297—300; во Франціи—302 - 307; въ Англіи —307—311; въ Германіи—311—316; въ Австріи—316 — 317; въ Италіи—312; въ Голландіи—312; отдѣленіе отъ представительства—317—321; въ Россіи 321—343.

Административная власть: отдѣленіе отъ судебной—106, 109, 283; компетенція—484, 489.

Апелляціонная инстанція—172, 181.

Безвозмездность процесса—473.

Быстрота производства—361, 465.

Власть гражданскихъ судовъ —484, 489.

Власть судебная (отдѣленіе отъ другихъ властей)—106, 109, 283.

Верхній крестьянскій судъ—39, 68, 135, 229, 248, 263.

Волостной судъ — 39, 70, 103, 135, 159, 229, 248, 265, 289, 509.

Выборная система—72, 99, 103, 275, 287.

Вѣдомство: администрат. учрежденій—484, 489, 493, 495; судовъ вообще—484; гражд. судовъ—489; волостныхъ—509; гражд. отдѣл. окружн. судовъ — 528; духовныхъ—499; коммерческихъ—501; мировыхъ—515; смѣшанныхъ присутствій—511; судебно-администр. учрежденій—525.

Гласность процесса—449, 108, 165, 359, 481, 482.

Гминный судъ — 39, 70, 104, 135, 230, 248, 291.

Городскіе судьи — 38, 67, 103, 135, 153, 159, 194, 228, 242, 263, 282, 525.

Гражданскій искъ—см. искъ.

Гражданскій процессъ: понятіе—1, 344; исковой—4, 344; исполнительный—5; охранительный—6; какъ юридическое отношеніе—675.

Губернскія присутствія — 38, 69, 103, 198, 229, 247, 265.

Давность (процесса)—466.

Дешевизна (процесса)—362, 473.

Дискреціонная власть суда—469.

Диспозитивный принципъ—355, 364.

Дисциплинарная власть суда—255.

Дисциплинарная отвѣтственность судей—230, 233; адвокатовъ—333, 341.

Доказательства (оцѣнка ихъ судомъ)—420.

Духовные суды—39, 272, 499.

Дѣеспособность (процессуальная)—576, 582.

Дѣйствія (процесс.): понятіе—643; суда—646; сторонъ—653.

Единоличное начало—163.

Жалованіе судей—157, 141, 146.

Законы (проц.)—10; русскіе—13.

Замѣщеніе судейскихъ должностей—71; въ Россіи—93.

Засѣданія суда — 252.

Земскіе начальники — 38, 68, 103, 153, 159, 194, 229, 246, 263, 282, 525.

Злоупотребленіе правами — 669.

Инквизиціонный принципъ — см. слѣдственное начало.

Инородческіе суды—40.
Инстанціонная система—36, 107, 172.
Исковой процессъ—4, 344.
Искъ: понятіе—590; элементы—591; содержаніе—593; предметъ—595; основаніе—598; виды—605; право на искъ—611.
Исполненіе рѣшеній—5.
Исполнительный процессъ—5.
Источники процесс. права—10; русскаго—13.

Казенныя управленія (дѣла ихъ)—493, 495, 524, 528.
Казна—491.
Кандидаты на судебныя должности—60.
Канцеляріи—258.
Канцелярская тайна—360, 453, 454, 482.
Кассаціонная инстанція—174, 195.
Кассаціонныя рѣшенія (значеніе ихъ)—12, 214.
Коллегіальное начало—107, 161.
Коммерческіе суды—39, 66, 104, 272, 501.
Компетенція судовъ—484. См. еще вѣдомство.
Концентрація производства—359, 413.
Кооптація—84, 96.

Лавники—70, 104, 135, 248.
Литература (проц.) русская—20, иностранная—26.
Ложь въ процессѣ—673.

Матеріальное вознагражденіе судей—156.
Матеріальная правда—356, 387.
Мировые суды—36, 67, 99, 101, 103, 135, 153, 154, 159, 194, 228, 242, 263, 275, 515.
Мѣстные суды—274, 284.

Награды—141, 149.
Надзоръ за судьями—221.
Наказы—11, 262, 264.
Назначеніе судей—89.
Недобросовѣстность сторонъ—669.
Непосредственность—358, 402, 432.
Неотъемлемость—107, 120.
Неспособность судей—563.
Несовмѣстимость судейской службы—106, 152.
Обжалованіе рѣшеній—172.
Обманъ въ процессѣ—662, 670.
Обычай—10.
Объекты процесса—590.
Опредѣленія суда—649.
Основаніе иска—598.
Основанія подсудности—529, 531, 561.
Основные принципы процесса — см. принципы.
Опека въ рѣшеніи—650.
Отводъ судей—562.
Отводы о неподсудности—488, 530.
Отвѣтственность судей—230.
Отмѣнимость проц. дѣйствій—654.
Охранительное производство—7.
Оцѣнка доказательствъ—420.
Ошибка суда—650; сторонъ—662.

Пенсіи судей—160.
Письменность—430, 478.
Повышенія по службѣ—108, 137.
Подготовка судей—45.
Подсудность: понятіе—485, 487, 488, 529; общія правила—529; основанія—531; исключительная—533, общая—542, особенная—548, договорная—555, соотношеніе основаній—561. См. еще вѣдомство.
Понятіе процесса—1, 344.
Помощники присяжныхъ повѣренныхъ—325.
Постановленія суда—648.
Починъ сторонъ—360, 457, 464.
Починъ суда—360, 458, 460.
Права процессуальныя—639; суда—625; сторонъ—628, 635.
Право бѣдности—478.
Право на искъ—611.
Право на судебную защиту—611.
Правоспособность процессуальная—576, 577.
Предметъ иска—595; процесса—590.
Представительство—см. адвокатура.
Предсѣдатель суда—250, 252, 255.
Предѣльный возрастъ—129, 134.
Принужденіе въ процессѣ—650, 662.
Принципы процесса: 353; диспозитивность—364; равноправность сторонъ—

371; формализмъ—373; судейское руководство—375; состязательность—378, 464; слѣдственность — 384; непосредственность — 402; концентрація — 413; оцѣнка доказательствъ—420; состязательная форма—428; устность и письменность—430; публичность—449, починъ сторонъ и суда—457; эвентуальность — 467; судейскій суверенитетъ—469; сочетанія принциповъ—478.
Принципъ двухъ инстанцій—181.
Присяга сторонъ—399, 671.
Присяжные засѣдатели—116.
Присяжные переводчики—270.
Присяжные повѣренные—324.
Присяжные фотографы—271.
Провокаціонное производство—607.
Процессуальная давность—468.
Процессуальныя дѣйствія: понятіе—643; сторонъ—653; суда—646.
Процессуальныя права—см. права.
Процессуальная экономія—362.
Процессъ—см. гражданскій процессъ.
Публичность—359, 449.

Равноправность сторонъ—371.
Раздѣленіе властей—110.
Рѣшенія суда—648.

Самодѣятельность сторонъ—378, 464.
Самостоятельность суда—106, 109.
Самопомощь—2, 5.
Самоустраненіе судей—562.
Свободная оцѣнка доказательствъ—359, 403, 421, 425.
Сдѣлки процессуальныя—659.
Секретарь суда—259, 260.
Сенатъ—37, 103, 136, 147, 196, 197, 202, 204, 214, 224, 225.
Симуляція суда—650, 665; сторонъ—665.
Система гражд. процесса—9, 350.
Слѣдственное начало — 359, 379, 384, 395, 481.
Составъ судебныхъ присутствій—253.
Составъ судебныхъ коллегій—249.
Состязательное начало—358, 378, 400, 464.
Состязательная форма—359, 428.
Споръ о правѣ гражданскомъ—490.
Справедливость (какъ постулатъ процесса)—356.
Стороны: понятіе — 572; положеніе въ процессѣ—572; права—635; обязанности—629; правоспособность—572; дѣеспособность—582; дѣйствія—653.
Суверенитетъ суда—469.
Судебная власть—106, 109, 283, 484, 489.
Судебная практика—12.
Судебные приставa—266.
Судебные уставы 20 ноября 1864 г.—13, 17.
Судейская карьера—137.
Судейское руководство—356, 375.
Судоустройство: задачи—44; русское—36; иностранное—40.
Судъ присяжныхъ—116.
Суды: компетенція—484; процессуальное положеніе—625.

Третейскій судъ—3.
Третья инстанція—174, 195.

Умолчаніе—664.
Усмотрѣніе суда—625.
Устность—430.
Устраненіе судей—502.
Уѣздный членъ окружнаго суда—527.

Формализмъ процессуальный—373.
Формальная правда—387.

Церковные суды—см. духовные.

Частныя опредѣленія—648.
Частные повѣренные—337.
Чины—149.

Штрафы процессуальные—671.
Шутка (въ процессѣ)—суда—650 прим., сторонъ—665.

Эвентуальный принципъ—467.

ДРУГІЯ СОЧИНЕНІЯ

Е. В. Васьковскаго.

Организація адвокатуры. 1893. Ц. 3 р. 50 к. Содержаніе: Часть I. Очеркъ всеобщей исторіи адвокатуры.—Часть II. Изслѣдованіе принциповъ организаціи адвокатуры.

Будущее русской адвокатуры. Къ вопросу о предстоящей реформѣ. 1893. Ц. 30 к.

Учебникъ гражданскаго права. Выпускъ I-й (распроданъ). Вып. II-й. Вещное право, 1896. Ц. 1 р. 25 к.

Основные вопросы адвокатской этики. 1895. Ц. 50 к.

Теорія владѣнія Іеринга, сокращенный переводъ соч. „Der Besitzwille". 1895. Ц. 50 к.

Французская философія 1-й половины XIX вѣка, соч. Тэна, перев. съ 6-го французск. изданія *Ю. В.* подъ редакціей *Е. Васьковскаго.* 1896. Ц. 1 р. 50 к.

Цивилистическая методологія. Часть I. Ученіе о толкованіи и примѣненіи гражданскихъ законовъ. 1901. Ц. 3 р. (Распродано.)

Перлъ ученой критики. Отвѣтъ проф. А. И. Загоровскому, изд. 2-е. 1904. Ц. 40 к.

Задачи по русскому гражданскому праву, 3-е изданіе. 1912. Ц. 60 к.

Учебникъ морского торговаго законовѣдѣнія. Сочин. проф. Е. В. Васьковскаго и прис. пов. О. Я. Пергамента. Изданіе Министерства Торговли и Промышленности. 1906. (Распродано.)

Задачи по русскому гражданскому процессу. 1907. Ц. 60 к.

Учебникъ гражданскаго процесса. Ц. 2 р. 25 к. въ перепл. (Печатается.)

Руководство къ толкованію и примѣненію законовъ для начинающихъ юристовъ. Ц. 1 р. (Печатается.)