

ДМИТРИЙ АЗАРЕВИЧЪ.

СУДОУСТРОЙСТВО И СУДОПРОИЗВОДСТВО

ПО

ГРАЖДАНСКИМЪ ДѢЛАМЪ.

УНИВЕРСИТЕТСКИЙ КУРСЪ.

Томъ I.

ВЫПУСКЪ ПЕРВЫЙ.

ВВЕДЕНИЕ.



ВАРШАВА.

Въ Типографіи Маріи Земкевичъ.

Краковское-Предмѣстье N. 17.

1891.

DUBLET BG FUW
NIE DO SPRZEDAŻY



Печатано по опредѣленію Совѣта ИМПЕРАТОРСКАГО
Варшавскаго Университета.

Ректоръ И. Щелковъ.



ПРЕДИСЛОВІЕ.

Издаю курсъ гражданскаго процесса въ томъ видѣ, въ какомъ излагалъ его своимъ слушателямъ.

При этомъ имѣю цѣлью на будущее избѣгнуть обычной въ нашихъ университетахъ записки слушателями чтеній, записки не всегда точной и обязательно замедляющей преподаваніе.

Охотно отложилъ бы настоящее изданіе до болѣе тщательной и полной обработки, еслибъ могъ приурочить свои чтенія къ одному изъ напечатанныхъ русскихъ курсовъ гражданскаго процесса. Но курсы эти составляютъ теперь большую рѣдкость и кромѣ того во многихъ отдѣлахъ устарѣли послѣ значительныхъ реформъ процесса, отмѣченныхъ за послѣдніе нѣсколько лѣтъ.

Д. Азаревичъ.

Варшава 31 Марта 1891 г.

ОГЛАВЛЕНИЕ.

<i>Источники</i>	стр. 1, 2
<i>Пособія</i>	2—6

Введение.

Судебная власть.—Происхождение судебной власти.—Отношение судебной власти къ другимъ государственнымъ властямъ.—Отграничение судебной власти отъ прочихъ властей.—Административная юрисдикція.—Дѣленіе судебной юрисдикціи на гражданскую и уголовную стр. 6—11

Гражданскій процессъ.

Понятіе.—Общіе способы защищать гражданскія права.—Формальность судопроизводства.—Спорное и охранительное производство.—Различныя процедуры въ спорныхъ дѣлахъ.—Гражданскій процессъ какъ правоотношеніе.—Публичная и частная природа гражданского процесса.—Значеніе гражданского суда.—Отношеніе гражданского процесса къ гражданскому праву.—Отличіе гражданского процесса отъ уголовного стр. 11—33

Форма производства.—Начало слѣдственное и состязательное—Судъ присяжныхъ для гражданскихъ дѣлъ—стр. 33—43

Основныя начала гражданского процесса.

Общія условія.—Судъ скорый.—Судъ правый.—Судъ милостивый стр. 43—48

Признаки гражданского процесса.—Простота производства.—Устность гражданского процесса.—Гласность гражданского процесса.—Система судебныхъ доказательствъ.—Возмездность судебной помощи стр. 48—64

Источники процессуального права.

Гражданскіе процессуальныя законы.—Составъ.—Дѣленіе и санкція процессуальныхъ законовъ. *Приложеніе процессуального закона по времени.—Пространство дѣйствія процессуального закона по мѣсту. *Пространство дѣйствія процессуального закона относительно лицъ. — Приложеніе процессуального закона по содержанію стр. 64—93

Гражданскіе процессуальныя обычаи.—Судебный обычай.—Кассационныя рѣшенія. — Административныя правила. Наказы стр. 93—99

Теоретическое изученіе процесса стр. 99—100

Мѣсто, задача и элементъ гражданскаго процессуального права.—Элементъ исторической.—Элементъ сравнительный.—Элементъ практической.—Элементъ критической стр. 100—105

Система науки гражданскаго права стр. 105—107

ИСТОЧНИКИ.

Судебные Уставы Императора Александра Второго изд. 1883 съ продолженіями 1886, 1887 и 1889 г. ¹⁾.

Уставъ гражданскаго судопроизводства съ объясненіями по рѣшеніямъ гражд. кассац. д-та Сената. Состав. *Боровиковскій*. 2 изд. 1889 г.

Уставъ гражданскаго судопроизводства изд. *А. Рошковскаго* 1884 г. (имѣеть особенное значеніе для округа варшавской судебной палаты).

Уставъ гражданскаго судопроизводства со включеніемъ измѣненій и дополненій для прибалтійскихъ губерній и статей свода мѣстныхъ узаконеній губерній остзейскихъ. Изд. *П. Каменградскій* и *Н. Бановуць* 1890 г. ²⁾.

¹⁾ Для познанія историческаго хода работъ по составленію проекта Уставовъ, основныхъ ихъ началъ и мотивовъ см. Записку Государственной Канцеляріи объ основныхъ началахъ судопроизводства и судопроизводства гражданскаго и уголовнаго; Соображенія Государственной Канцеляріи объ основныхъ началахъ судопроизводства по проекту, составленному II-мъ Отдѣленіемъ etc.; Мнѣнія, высказанныя въ Общемъ Собраніи Государственнаго Совѣта о преобразованіи судебной части; Изданіе Судебныхъ Уставовъ Государственной Канцеляріей съ изложеніемъ разсужденій, на коихъ они основаны.—Изъ частныхъ изданій: *И. Игумновъ*. Судебные уставы Императора Александра II съ законодательными мотивами и разьясненіями. Изданіе юбилейное (1864—1889 г.) 1890 г.

²⁾ См. также *Гасманъ и бар. Нолькенъ*. Положенія о преобразованіи судебной части и крестьянскихъ присутственныхъ мѣсть въ прибалтійскихъ губерніяхъ и т. д. Изд. 2 1890 г.

Законъ 12-го Юля 1889 г. и Правила 29-го Декабря 1889 года. Изд. съ приложеніями *С. Чижевскій* 1890 г. Другія изданія того же закона: *В. Коломина* 1890 г., *М. Шимановскаго* 1890 г., *Вербловскаго* 1891 г. и др.

Code de procédure civile 1806 г. съ послѣдующими измѣненіями и дополненіями. Изъ новѣйшихъ изданій, напр., *Tripiet* 1889 г.

Ordinamento giudiziario 1865 г. съ измѣненіями отъ 1875, 1877 и 1878 г.—Codice di procedura civile 1865 г.

Codice di procedura civile illustrato con le princip. decisioni delle Corti del Regno per cura di *T. Bruno*. Firenze 1889 ¹⁾.

Gerichtsverfassungsgesetz und Civilprozessordnung 1877 г. ²⁾.

На основѣ англійскаго Common-Law составленъ Code of civil. procedure of the State of New-York. Ed. with notes by *Throop*, cont. all the amendments to and incl. 1888.

ПОСОБІЯ.

Побьдоносцевъ. Судебное Руководство 1872 г.

Мальцевъ. Курсъ гражданскаго судопроизводства т. I — III отъ 1875—1879 г.

Гольмстенъ. Учебникъ русскаго гражданскаго судопроизводства 1885 г.—Дополненія къ учебнику 1890 г.

¹⁾ Изъ комментаріевъ, напр., *Cuzzeri*, *Foschini*, *Borsari*.

²⁾ Изъ массы комментаріевъ назовемъ, напр., изданія *Petersen*, *Seuffert*, *Struckmann-Koch*, *Wilmowski-Levy* и особенно *Gaupp*. Die Civilprozessordnung f. d. Deutsche Reich. 2 Aufl. 5 Lief. 1889—1890 г.

Анненковъ. Опытъ комментарія къ уставу гражданскаго судопроизводства т. I—VII новое изданіе съ 1887 г.

Вербловскій. Движеніе русскаго гражданскаго процесса, изложенное на одномъ примѣрѣ. 2 изд. 1888 г.

Неогонченъ:

Фальковскій. Лекціи судоустройства и гражданскаго судопроизводства (въ Юридическомъ Вѣстникѣ за 1875, 1876 гг.).

Малининъ. Теорія гражданскаго процесса. I вып. 1881.

Цитовичъ. Гражданскій процессъ. Конспектъ лекцій. 2 изд. 1890 г.

Исаченко. Гражданскій процессъ. Практ. комментарий на вторую книгу Устава гр. судопр. Томъ I съ 1890 г. ¹⁾.

Boncenne. Théorie de la procédure civile v. 7, 1837 sq. *Carré* (et *Chauveau Adolphe*). Lois de la procédure civile et administrative, 4 éd. v. 11, 1872.

Boitard. Leçons de procédure civile 14 éd. par *Glasson* 2 v. 1885.

Mourlon. Répétitions écrites sur l'organisation judiciaire, la compétence et la procédure en matière civile et commerciale. 5 éd. par *Naquet* 1885.

Garsonnet. Précis de procédure civile 1885.

Garsonnet. Traité théorique et pratique de procédure. Organisation judiciaire, compétence et procédure en matière civile et commerciale v. I—III. 1882—1888.

Bonfils. Traité élémentaire d'organisation judiciaire de compétence et de procédure en matière civile et commerciale 1885.

Rousseau et Laisney. Dictionnaire théorique et pratique de procédure civile, commerciale, criminelle et administrative. 9 vol. 2 éd. 1886.

¹⁾ Прежнюю литературу см. у *Малинина* cit. стр. 98, 99.

Wetzell. System des ordentlichen Civilprocesses 3 Aufl. 1878.

Renaud. Lehrbuch des gemeinen deutschen Civilprocessrechts. 2 Aufl. 1873.

Endemann. Der deutsche Civilprozess. Bd. 3, 1878—1879.

Bolgiano. Handbuch des Reichscivil- Prozessrechts. Allgemeiner Theil 1879.

Fitting. Der Reichscivilprozess 7 Aufl. 1890.

Schelling. Lehrbuch des deutschen Civilprocesses 1880.

Bar. Das deutsch. Civilprocessrecht 1882.

Rintelen. Systematische Darstellung des gesammten neuen Prozessrechts 3 Bde 1881—1883.

Hellmann. Lehrbuch des deutschen Civilprocessrechts 1885.

Wach. Handbuch des deutschen Civilprozessrechts 1 Bd. 1885.

Planck. Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts 1 Bd. 1887.

Kohler. Prolegomena zu einem System des Civilprocesses 1888.

Menger. System des oesterreichischen Civilprocessrechts 1 Bd. 1876.

Canstein. Die rationellen Grundlagen des Civilprocesses. 1 Abth. 1877.

Canstein. Lehrbuch der Geschichte und Theorie des oesterreichischen Civilprocessrechts 3 Bd. 1880, 1882.

Canstein. Das Civilprozessrecht 1885, 1889.

Ullmann. Das oesterreichische Zivilprozessrecht 1885 ¹⁾.

¹⁾ Больше подробное изложение германской литературы по гражданскому процессу в исторической последовательности у *Wetzell* § 3 и *Wach* § 14.

Ballerini. Elementi di diritto e di procedura civile 3 ed. 1885.

Gargiulo. Corso elementare di dritto giudiziario civile 1888.

Pelacchi. Manuale teorico-pratico di procedura civile, commerciale e penale 4 ed. 1889.

Rüttimann. Der englische Civil-Process 1851.

Schuster. Die bürgerliche Rechtspflege Englands 1887.

Roscoe. Outlines of civil procedure 1876.

Lawson. Rights, remedies, and practice at law, in equity, and under the codes: a treatise on American law in civil causes; with a digest of illustrative cases 1890 ¹⁾.

Періодическія изданія:

Журналь гражданского и уголовного права.

Юридическій Вѣстникъ.

Юридическая Лѣтопись.

Судебная Газета.

Gazeta sądowa warszawska.

Gazette des tribunaux.

La France judiciaire.

Jurisprudence générale.

Archiv für civilistische Praxis.

Zeitschrift für deutschen Civilprozess.

Allgemeine oesterreichische Gerichtszeitung.

Archivio giuridico.

The law times.

¹⁾ См. также *А. Кустяковскій.* Очеркъ англійскаго процесса въ Журналь Министер. Юстиціи 1860 кн. 4.

ВВЕДЕНИЕ.

Судебная власть.

Происхождение судебной власти. Необходимымъ условіемъ государственнаго быта представляется правовой порядокъ. Подъ правовымъ порядкомъ понимается совокупность дѣйствующихъ въ государствѣ началъ, опредѣляющихъ внѣшнія отношенія людей между собою, отдѣльнаго лица къ другому, и въ связи ихъ съ семьей, родомъ, народомъ, обществомъ, корпораціей, государствомъ ¹⁾.

Государственный бытъ изъ себя вырабатываетъ тѣ начала, которыя предназначаются господствовать надъ внѣшними жизненными отношеніями и тѣмъ обезпечивать этотъ бытъ. Существо и самое признаніе государственнаго быта направляютъ общую волю къ самому широкому устройенію жизни государственными началами, т. е. положительнымъ правомъ.

Отсюда, для понятія правовой нормы является существеннымъ ея дѣйствительность, ея соблюденіе подъ охраной государственной принудительной власти. Въ существѣ положительнаго права содержится требованіе неукоснительнаго его осуществленія человѣческой дѣятельностью. Требованіе это заключается въ томъ, чтобы человѣческая дѣятельность соотвѣтствовала правовому порядку, чтобы люди, преслѣдуя и осуществляя свои интересы, соблюдали пове-

¹⁾ *Sarwey. Allgemeines Verwaltungsrecht* въ Marquaden's. Handbuch 1 p. 11.

лѣнія и запрещенія, заключающіяся въ правовомъ порядкѣ, субъективныя права другихъ и собственныя правовыя обязанности. Однимъ словомъ, правовой порядокъ не требуетъ ничего иного, какъ правомѣрности выраженія воли.

Сохраненіе правового порядка, правовая надежность будетъ въ интересѣ всѣхъ; безъ этого совмѣстная жизнь людей была бы невозможна ¹⁾. Поэтому вездѣ одну изъ функций государственной власти составляетъ охраненіе правопорядка отъ нарушеній. Особый органъ государственной власти, судъ, имѣетъ своюю исключительную задачею устанавливать то, что соотвѣтствуетъ правовому порядку, т. е. даже принужденіемъ противной воли осуществлять правовой порядокъ во внѣшнемъ мірѣ.

Отношеніе судебной власти къ другимъ государственнымъ властямъ. Однимъ изъ основныхъ началъ публичнаго права признается дѣленіе государственной власти и притомъ, по господствующему воззрѣнію, на три отрасли: власть законодательную, власть исполнительную и власть судебную ²⁾. Дѣленіе это никоимъ образомъ не разрушаетъ единства государственной воли; указанныя власти понимаются, какъ особыя ея выраженія особыми органами, при тѣсномъ соотношеніи другъ съ другомъ ³⁾. Каждая изъ этихъ властей отправляетъ свои опредѣленныя самостоятельныя функціи, не захватывая функцій другой власти ⁴⁾, но въ тоже время каждая изъ этихъ властей уравнивается другими, — освѣщается и

¹⁾ *Д. Азаревичъ. Соблюденіе законовъ. Рѣчь 1890 г.*

²⁾ Дѣленіе государственной власти было уже извѣстно въ древности, какъ-то см. Аристотель Политика 4, 2. Господствующее же въ современной наукѣ ученіе объ этомъ ведетъ свое начало съ *Montesquieu. L'esprit des lois* liv. XI ch. IV, VI.—Сводъ воззрѣній, въ томъ или другомъ отступающихъ отъ этого ученія, см. у *Saint-Girons. Essai sur la séparation des pouvoirs* 1881 p. 135—144.

³⁾ *Laband. Reichsstaatsrecht* Bd. 2 p. 7.

⁴⁾ Въ числѣ другихъ и наше законодательство стремится къ строгому отмежеванію областей для отдѣльныхъ властей. См. Журналъ соединен. департ. госуд. совѣта о преобразованіи судебной части стр. 54—56 ст. 63, 66.

сдерживается ими ¹⁾. Но въ общемъ всё эти функціи, — законодательство, управление (администрація) и юрисдикція, — суть только формы, въ которыхъ выражается высшая юстиція ²⁾, составляющая саму государственную власть въ ея направленіи къ осуществленію права, какъ основы государственнаго порядка ³⁾. Раздѣленіе власти вытекаетъ изъ органическаго ея развитія, согласно различнымъ цѣлямъ, преслѣдуемымъ государствомъ.

Отграниченіе судебной власти отъ прочихъ властей.

Юрисдикція, какъ общая функція судебной власти, обнимаетъ право и обязанность отправлять правосудіе чрезъ посредство назначенныхъ для того судовъ и отъ имени Высшей Власти ⁴⁾. Юрисдикція переносится закономъ отъ Высшей Власти на суды; суды имѣютъ такъ сказать производную юрисдикцію ⁵⁾.

Юрисдикцію слѣдуетъ отличать отъ такъ называемаго управления юстиціею ⁶⁾, которое имѣетъ своею задачею организаторскую и надзирающую дѣятельность, устраненіе внѣшнихъ препятствій, установленіе условій для отправленія суда (отграниченіе судебныхъ округовъ, организація судовъ, ихъ замѣщеніе, опредѣленіе дѣлопроизводства, отправленіе дисциплины и надзора надъ судами).

Въ общемъ судебная власть отличается отъ законодательной и исполнительной власти тѣмъ, что послѣднія устрояютъ настоящее и будущее, тогда какъ первая борется съ наличными затрудненіями отдѣльныхъ лицъ, не предупреждая ихъ возможность ⁷⁾. Отсюда

¹⁾ Не касаемся вопроса, какъ избѣгнуть взаимной нейтрализаціи властей въ преслѣдованіи ими положительныхъ своихъ цѣлей.

²⁾ Potestas judiciaria suprema s. sublimis.

³⁾ Gaupp. Die Civilprozessordnung I. p. 1.

⁴⁾ См. форму исполнительнаго листа (по указу Его Императорскаго Величества) въ прилож. къ ст. 927 У. гр. с.; ср. напр. Cod. di proced. civ. art. 54.

⁵⁾ Warmuth, Handbuch d. deutsch. Civilprozessrecht B. 1, 1881 p. 12, 13.

⁶⁾ L'administration de la justice; Justizverwaltung.

⁷⁾ S. Girons. Separat. des pouvoirs p. 411.

прежде всего, органы судебной власти не могутъ присваивать себѣ ни прямо, ни косвенно никакой части въ отправленіи законодательной власти ¹⁾, ни препятствовать, ни задерживать исполненіе постановленій законодательной власти ²⁾. Но засимъ судъ несомнѣнно составляетъ часть государственнаго управленія въ обширномъ смыслѣ этого слова ³⁾; судебная власть имѣетъ тѣсную связь съ властью исполнительной, такъ какъ она обезпечиваетъ выполненіе закона. Приэтомъ однако задачи той и другой власти иныя ⁴⁾.

Многіе признаютъ въ государствѣ только двѣ власти, — законодательную и исполнительную, — относя къ послѣдней и власть судебную, по тому разсужденію, что исполнительная власть имѣетъ своимъ общимъ назначеніемъ примѣненіе законовъ, а это совершается въ формѣ управленія, администраціи и юстиціи. Изъ процессуалистовъ см. напр. Garsonnet. Traité de procédure t. I ch 1; Bonfils. Procédure n. 59, 61—63.

Такъ, назначеніе судебной власти заключается въ окончательномъ и принудительномъ примѣненіи закона къ частнымъ опредѣленнымъ случаямъ ⁵⁾. Судъ, охраняя такимъ примѣненіемъ правовой порядокъ, не заботится ни о какомъ другомъ интересѣ. Чистое же управленіе есть та свободная дѣятельность государственной власти, которой осуществляются публичные интересы внутри государственнаго правопорядка. Хотя дѣятельность эта объективно и содержитъ въ себѣ выполненіе правовыхъ нормъ, примѣненіе ихъ къ конкретнымъ случаямъ, но своею непосредственною задачею она не имѣетъ охраненіе, установленіе права, какъ такового; задача ея — лишь охраненіе публичныхъ интересовъ ⁶⁾. Для суда охраненіе права есть единственная цѣль, для управленія же — средство для цѣли.

¹⁾ Ст. 51 основн. зак. Ср. ст. 68, 69 осн. зак.

²⁾ Code civil art. 5; Code pénal art. 127.

³⁾ Sarwey въ Marquardsen's Handb. p. 12.

⁴⁾ Ihering. Zweck im Recht 1 p. 379—383.

⁵⁾ Suiotis. Le droit naturel 1888 p. 621, 622.

⁶⁾ Gaupp. D. Civilprozessordn. 1 p. 4 и п. 11.

Затѣмъ, и предположенія для дѣятельности той и другой власти инныя. Судъ предполагаетъ дѣйствительное или мнимое правонарушение. Управление же приступаетъ къ мѣропріятіямъ не потому, что правовая норма нарушена, а потому, что того требуетъ публичный интересъ ¹⁾.

Административная юрисдикція. — Но исполнительная власть имѣетъ также свою юрисдикцію. Вездѣ, гдѣ публичная власть будетъ дѣйствовать для охраны публичныхъ интересовъ, она можетъ прійти въ столкновение съ волею отдѣльнаго лица. Можно даже сказать, что большая часть ея задачи состоитъ именно въ этомъ вторженіи въ сферу воли и права отдѣльнаго лица. Предоставить эти случаи на разсмотрѣніе суда, какъ въ столкновенияхъ частныхъ волей, нельзя, такъ какъ предъ публичною властью отдѣльное лицо не равноправно. По существу исполнительной власти распоряженія ея подлежатъ выполнению отдѣльнымъ лицомъ и даже могутъ быть проведены принудительно, совсѣмъ какъ судебныя постановленія. Очевидно значитъ, органы управления имѣютъ свою юрисдикцію, называемую въ отличіе отъ юрисдикціи судебныхъ органовъ, административною. Какова организація этой юрисдикціи и какъ ее отграничить отъ судебной — будетъ изложено позднѣе.

Дѣленіе судебной юрисдикціи на гражданскую и уголовную. — Итакъ получаютъ двѣ юрисдикціи: — юрисдикція судебной власти и юрисдикція административная.

Но, затѣмъ, отправленіе судебной власти неодинаково, смотря потому въ области какого права произошло нарушеніе.

Теорія и законодательства различаютъ двѣ сферы правъ — публичныхъ и частно-гражданскихъ. Первыя выражаютъ интересы всего общегитія, вторыя — непосредственно интересы только отдѣльнаго лица.

Лишь нарушеніе интересовъ частнаго лица даетъ право на защиту путемъ такъ называемаго гражданского процесса. Нарушеніе же публичнаго права ведетъ къ уголовному процессу ²⁾.

¹⁾ *Sarwey. cit. p. 13.*

²⁾ См. напр. *Rintelten. Prozessrecht* 1 §§ 1, 2.

ГРАЖДАНСКІЙ ПРОЦЕССЪ.

ПОНЯТІЕ.

Гражданскимъ процессомъ опредѣляется способъ судебного осуществленія, судебного преслѣдованія гражданскихъ правъ.

Такое осуществленіе, по общему правилу, предполагаетъ споръ о правѣ въ матеріальномъ смыслѣ. Поводъ къ правовому спору содержится въ стремленіи отдѣльнаго лица къ удовлетворенію своихъ потребностей. Такое стремленіе даетъ извѣстное направленіе воли, ставящее лицо въ тѣ или другія отношенія къ другимъ членамъ государственнаго общегитія. Регулировать эту волю, въ сферѣ гражданскихъ интересовъ, со стороны мѣры ея проявленія, составляетъ задачу гражданского права. Нарушеніе нормъ послѣдняго выражается въ нарушеніи субъективныхъ правъ и ведетъ къ спору.

Существо спора о правѣ состоитъ въ томъ, что обѣ спорящія стороны, ссылаясь на объективное право (на законъ и т. д.), выставляютъ противоположныя утвержденія о сущности притязаній. Отсюда судебное устроеніе спора, выражающееся въ признаніи права за однимъ изъ спорящихъ и неправа за другимъ.

Гражданское неправое есть ничто иное, какъ нарушеніе гражданскихъ нормъ чрезъ невыполненіе гражданско-правовыхъ обязанностей путемъ виновнаго (*doLus, culpa*) или только случайнаго причиненія ущерба частнымъ интересамъ, или же путемъ неосновательнаго оспариванія чужихъ гражданскихъ правъ. Последнее можетъ быть вызвано также тѣмъ, что при установленіи гражданскихъ правъ воля была неясно, неточно выражена, недостаточно фор-

мулирована; частью тѣмъ, что самыя нормы закона не полны, ясно не опредѣляютъ данное правоотношеніе и поэтому даютъ поводъ сомнѣваться въ законности дѣйствій воли ¹⁾. Но обыновенно правовой споръ вызывается дѣйствительнымъ нарушеніемъ субъективнаго права, т. е. когда, вопреки воли управомоченнаго, праву вообще несоотвѣтствуетъ фактическое состояніе, когда фактическое состояніе не согласуется съ правовымъ.

Нарушеніе гражданскаго права выражается или въ оспариваніи его, или въ фактическомъ посягательствѣ на него. Общими формами нарушенія будутъ или дѣйствія или упущенія (бездѣйствія).

Послѣдствіемъ всякаго нарушенія гражданскаго права будетъ притязаніе потерпѣвшаго на признаніе, въ обширномъ смыслѣ слова, за нимъ права.

Опредѣляя болѣе близко притязанія управомоченнаго, можно различить притязаніе на признаніе въ тѣсномъ смыслѣ и на выполненіе. Первое притязаніе можетъ быть направлено на признаніе за управомоченнымъ самого состава права (т. наз. положительное признаніе), или — на признаніе несуществованія права противника (такъ наз. отрицательное признаніе). Притязаніе на выполненіе имѣетъ въ виду осуществить соотвѣтствующую праву обязанность, т. е. положительное дѣйствіе (*dare, facere, restituere, exhibere*), или воздержаніе отъ дѣйствія, или допущеніе дѣйствія управомоченнаго, или возмѣщеніе ущерба, или, наконецъ, то и другое дѣйствіе вмѣстѣ. Кромѣ того притязаніе можетъ идти на представленіе обезпеченія (*cautio*), а иногда, какъ при дѣлѣжѣ имущества, расторженіи брака и т. д., на установленіе извѣстнаго правового отношенія или состоянія.

Общее же назначеніе спора о гражданскомъ правѣ сводится къ стремленію удержать за управомоченнымъ ему слѣдующее и предоставить ему то чего онъ былъ лишенъ. Вновь права не приобрѣтаются этимъ путемъ.

Для разрѣшенія споровъ по гражданскимъ правамъ открыто нѣсколько путей.

¹⁾ *Малининъ. Убѣжденіе судьбы* стр. 15—17.

1) *Общіе способы защищать гражданскія права.* — Прежде всего, пока посягательство на чужія права еще не повлекло за собою измѣненія въ фактическомъ ихъ состояніи, всего естественнѣе отражать такое нападеніе самому управомоченному и тѣмъ предупредить дѣйствительное нарушеніе его правъ. Такая защита правъ носитъ названіе самообороны (*inculcata tutela*), какъ необходимой обороны противъ наличнаго противуправнаго нападенія, и всегда разрѣшалась, какъ противъ людей, такъ и вещей (животныхъ), притомъ въ формѣ даже отраженія силы силою: *vim vi repellere licet* ¹⁾, напр., для удержанія владѣнія. Только превышеніе необходимой обороны считается недозволеннымъ дѣяніемъ и какъ таковое наказуемо ²⁾.

Ст. 690 прим. т. X ч. 1; ст. 101 Улож. о наказ.; ст. 152 Устава (нак. нал. мир. судъ. — Св. мѣстн. узак. губ. Остзейск. ч. III ст. 683.

2) Затѣмъ, если произошло измѣненіе въ фактическомъ состояніи правъ, вызванное нарушеніемъ ихъ, и если это нарушеніе не было устранено ни отказомъ отъ притязанія, ни мировымъ соглашеніемъ и тому подобными мирными путями, то потерпѣвшему открывается нѣсколько путей для возстановленія нарушеннаго права, а именно: онъ можетъ прибѣгнуть къ самопомощи, или же обратиться къ третейскому суду, или же, наконецъ, искать помощи у государственной власти, которая, чрезъ опредѣленныхъ органовъ, въ опредѣленныхъ формахъ и обрядахъ, улаживаетъ споры о правѣ.

Самопомощь, или самоуправство, (*sibi jus dicere*) есть осуществленіе дѣйствительнаго или мнимаго права со стороны извѣстнаго лица путемъ нападенія на лице или имущество другого лица. По мѣрѣ развитія государственнаго начала эта форма удовлетворенія постепенно исчезаетъ ³⁾. Ближайшая причина запрещенія самопомощи заключается въ необходимости предупредить всякое на-

¹⁾ L. 1 C. unde vi 8, 4; L. 1 § 27 D. 43, 16.

²⁾ *Unger. System d. oest. Privatr.* II § 111.

³⁾ Уже у Римлянъ см. *Азаревичъ Система римскаго права* т. 1 стр. 270, 271.

силіе, т. е. посягательство на личную свободу, а также обеспечить публичный миръ. Предоставить каждому принимать рѣшеніе и выполнять его значило бы установить полную анархію, которая сдѣлалась бы причиною гибели общества. Засимъ, допущенная самопомощь не обезпечиваетъ безпристрастнаго и правильнаго отношенія потерпѣвшаго, а кромѣ того онъ рѣдко будетъ достаточно сильнымъ, чтобы вынудить противника къ выполненію его обязанностей. Частная воля, сама по себѣ, лишена принудительной силы и поэтому исполненіе рѣшеній ея будетъ зависеть отъ доброй воли однихъ и противодѣйствія другихъ ¹⁾. По всему этому самопомощь, за нѣкоторыми оговорками ²⁾, вообще запрещается подѣ страхомъ наказанія.

Ст. 690 т. X ч. 1; ст. 142 Уст. о нак. нал. Миров. Суд.; ст. 531 т. X ч. 1. — Ср., напр., прил. къ ст. 31 Полож. о крестьян. (потравы). — Св. узак. Остз. ч. III ст. 683 въ концѣ.

Что касается третейскаго суда, то прибѣгать къ нему не всегда возможно по той причинѣ, что для установленія его требуется согласіе противника, а кромѣ того этотъ судъ представляетъ то неудобство, что, не имѣя официального значенія, онъ лишентъ принудительной власти ³⁾.

Поэтому обыкновенно когда идетъ рѣчь о возстановленіи нарушеннаго гражданскаго права, то подразумѣвается возстановленіе его судебнымъ порядкомъ, т. е. черезъ посредство государства ⁴⁾. Потерпѣвшему, для защиты своихъ правъ, открытъ нормально только путь обращенія къ судебной власти (*judicium*) ⁵⁾. Органы этой власти — суды. Право отпавленія судебной власти — юрисдикція.

Jurisdictio, отъ *jus dicere, declarare*, употребляется

¹⁾ *Suliotis. Le droit naturel* 1888 p. 621.

²⁾ L. 3 § 9 D. 43, 16; L. 29 § 1 D. 9, 2.

³⁾ Ученіе о третейскомъ судѣ см. ниже.

⁴⁾ См. уже у Римлянъ L. 2 § 13 D. 1, 2 ...*judicio*...; L. 51 D. 44, 7. — Уст. гр. суд. ст. 1.

⁵⁾ L. 25 § 2 D. 9, 2.

и въ другихъ переносныхъ смыслахъ. *Mourlon. Répétit. écrites* p. 1 n. 1.

Формальность судопроизводства. — Дѣятельность судовъ по изслѣдованію притязаній сторонъ и принудительному ихъ осуществленію обставлена опредѣленными формами, обрядами, которыя въ извѣстной мѣрѣ представляются даже необходимыми принадлежностями гражданскаго процесса. Въ общемъ формы — это приведеніе права въ дѣйствіе ¹⁾. Потребность для процесса въ формахъ, т. е. въ *процедурѣ*, вытекаетъ изъ требованія, чтобы всѣ были судимы одинаково, въ порядкѣ, разумно, безъ насилія ²⁾. Поэтому формы процесса представляются такими гарантіями правосудія, которыя въ теченіи вѣковъ постепенно выработывались умомъ и опытомъ человѣка. Ими обезпечивается порядокъ, контроль въ охранѣ правъ, граждане ограждаются отъ произвола судебной власти, а въ общемъ они способствуютъ правильному рѣшенію дѣлъ ³⁾. Подѣ суровой оболочкой формъ заключаются самыя драгоценныя гарантіи правосудія ⁴⁾. Поэтому всему судѣ призванъ не просто судить, но судить въ опредѣленномъ порядкѣ ⁵⁾, т. е. по извѣстнымъ формамъ, обрядамъ.

Совокупность формъ, которымъ долженъ слѣдовать всякій тяжущійся для полученія правосудія и суды для оказанія его, носитъ названіе *судопроизводства*, или *процесса*.

Выраженіе „*processus*“, отъ слова „*procedere*“, является впервые въ западномъ каноническомъ правѣ и обозначаетъ тамъ по преимуществу судейскія дѣйствія. Затѣмъ канонисты распространили слово „*processus*“ вообще на производство передѣ судомъ. Въ римскомъ же правѣ это выраженіе имѣло совсѣмъ иное значеніе; оно обозначало тамъ вообще развитіе, движеніе впередѣ (L. 2

¹⁾ Формы суть жизнь закона, сказала д'Агессо.

²⁾ *Bordeaux. Philosophie de la procédure civile* 1857 p. 9.

³⁾ *Маллшевъ. Курсъ* 1 стр. 19; *Garsonnet. Précis* p. 8.

⁴⁾ *Boncompagni. Théorie de la procédure civile. Introd. ch.* 2 p. 28.

⁵⁾ *Non satis est quod judex sciat, sed ut ordine sciat.*

р. D. 1, 2), так *processus juris* — тоже что исторія права. Для обозначенія судопроизводства римляне не имѣли особаго технического термина, равно какъ не знали и особаго процессуальнаго права, въ качествѣ самостоятельной части права. Для обозначенія того, что мы называемъ процессомъ, у римлянъ употреблялись выражения: *judicium*, *ordo judiciorum privatorum*, *lis, controversia*, или просто *(lege) agere*. — Въ обыденной жизни въ практикѣ, а также въ наукѣ слову „процессъ“ даютъ и другой смыслъ, а именно: 1) какъ совокупность процессуальныхъ законовъ страны: процессъ русскій, французскій и т. п.; 2) какъ наука процесса: преподаю гражданскій процессъ; 3) какъ отдѣльный правовой споръ: я имѣю процессъ о вознагражденіи вреда съ такимъ-то. См. *Drechsler. Ueber die Begriffe Civilprozess etc.* въ *Archiv f. civ. Praxis Bd. 62 p. 410 sq.*, *Volgiano. Handbuch p. 7, 8.*

Итакъ гражданскій процессъ есть совокупность дѣйствій, которыя должны предпринимать, по опредѣленнымъ законамъ, правиламъ, стороны и закономъ же призванный къ тому судъ для установленія и принудительнаго исполненія спорныхъ гражданскихъ притязаній¹⁾. Совокупность же правоположеній, касающихся гражданского процесса, представляетъ гражданское процессуальное право. Систематическое изложеніе данныхъ нормъ составляетъ теорію гражданского процесса.

Процессуальные законы въ обширномъ смыслѣ слова обнимаютъ судебную организацію, теорію исковъ, ихъ подсудность, доказательства и производство въ собственномъ смыслѣ слова; въ тѣсномъ же значеніи они ограничиваются только двумя послѣдними вопросами.

Гражданскій процессъ есть государственное учрежденіе. Цѣль его заключается въ томъ, чтобы отъ имени государства изслѣдовать, затѣмъ установить за даннымъ лицомъ и въ опредѣленномъ объемѣ право и, при нуждѣ, способствовать принудительными мѣрами въ полученіи правомочнымъ слѣдуемаго.

¹⁾ *Canstein. Lehrbuch p. 1;* въ п. 1 приведены различныя другія опредѣленія.

По общему понятію процесса нельзя изъ его области исключать принудительнаго исполненія; ибо послѣднее по преимуществу предназначено къ тому, чтобы устранять нарушенія въ правовой жизни и чрезъ судебную принудительную власть вызывать такое фактическое состояніе, которое соотвѣтствовало бы праву (см. у *Drechsler* въ *Archiv f. d. civ. Praxis* 62 p. 409, 410).

Для отправленія такой функціи государство имѣетъ суды, т. е. такіе органы государственной власти, на которыхъ возложена задача давать рѣшенія объ осуществляемыхъ частныхъ правахъ. При этомъ способъ, которымъ суды отправляютъ свою дѣятельность и дѣйствія сторонъ передъ судомъ подчинены опредѣленнымъ формамъ, правиламъ. Поэтому изъ понятія гражданского процесса исключается улаживаніе спорныхъ дѣлъ чрезъ третейскихъ судей. Третейскій судья (*arbiter*) устанавливается самими сторонами, а не государствомъ, по взаимному соглашенію сторонъ (*compromissum*) и сторонъ съ судьей (*receptum sc. arbitrium*)¹⁾, а самое производство есть только выполненіе этого частнаго соглашенія, а за всѣмъ тѣмъ оно не подчинено какимъ либо опредѣленнымъ формамъ. Какъ гражданскую сдѣлку въ наукѣ третейскій судъ, въ главномъ его ученіи, относятъ обыкновенно къ гражданскому праву²⁾. Въ законодательствахъ же даютъ о немъ болѣе или менѣе подробныя положенія въ процессуальныхъ кодексахъ.

Уст. Гражд. Суд. ст. 1367—1400.—D. P. Ordn. V. X §§ 831—872. — Code de proc. civ. art. 1003—1028.—Codice di proc. civ. art. 8—34.

Послѣднее вполне правильно, ибо третейское производство и третейскія рѣшенія имѣютъ цѣлью, подобно публичному производству и судейскому рѣшенію, установленіе нарушеннаго права, и въ этомъ они приближаются къ нормамъ гражданского процесса. Поэтому уже не лишне отводить этому производству мѣсто въ заключительной части теоріи гражданского процесса.

¹⁾ *Азаревичъ. Система римскаго права т. I стр. 324, 345.*

²⁾ *Drechsler. Ueber die Begriffe Civilprozess u. Rechtsstreit etc.* въ *Archiv f. d. civ. Praxis Bd. 62 p. 433, 434.*

Отдѣльный гражданскій процессъ, какъ совокупность правовыхъ дѣйствій, отмѣчается слѣдующими тремя стадіями: изслѣдованіе истиннаго содержанія существующаго отношенія между сторонами (собраніе матеріала), установка полученнаго результата (рѣшеніе), дѣйствительное фактическое его осуществленіе (принудительное исполненіе) ¹⁾.

Этимологія самого слова „процессъ“, „процедура“, указываетъ на постепенность разрѣшенія борьбы (*Bor-deaux Philosophie d. pr. civ. p. 15*).

Но для прохожденія всѣхъ этихъ стадій предполагается споръ о томъ, что касается права сторонъ на благо охраняемое гражданскимъ правовымъ порядкомъ. Въ понятіи же гражданскаго процесса не лежитъ необходимо представленіе о правовомъ спорѣ. Такъ, напр., онъ прилагается и къ тѣмъ случаямъ, когда кредиторъ жалуется на своего должника и этотъ послѣдній тотчасъ же признаетъ свой долгъ, въ полномъ его объемъ; а также — при заочномъ производствѣ, когда отвѣтчикъ вовсе не появляется передъ судомъ и, слѣдовательно, вовсе не споритъ съ истцомъ ²⁾.

Изъ приведенныхъ примѣровъ очевидно, что гражданскій процессъ возможенъ и безъ предварительнаго нарушенія права, и безъ правового спора. См. *Bolghano. Handbuch d. Reichs-Civil-Prozessrechts* p. 5 n. 4.—Ст. 1 Уст. гражд. судопр. понимаетъ слово „споръ“ въ смыслѣ вообще иска (См. *Анненковъ* Комментарій т. I стр. 11). По нашему праву лишь въ одномъ случаѣ необходима наличность спора, чтобы дѣло разсматривалось въ судѣ, а именно при взысканіяхъ вознагражденія за убытки, причиненные желѣзною дорогою. Здѣсь предлагается предварительно обращаться прямо къ отвѣтчику за удовлетвореніемъ и только при отказѣ — предъявлять въ судѣ искъ; въ противномъ случаѣ, при признаніи требованія желѣзною дорогою, истецъ обязуется уплатить судебныя и за веденіе дѣла издержки (Общ. у. ж. д. ст. 121—124). *Гольмстенъ*. Дополненія стр. 3.

¹⁾ *Planck. Civilproz.* p. 193.

²⁾ *Hellmann. Civilproz.* p. 2.

Спорное и охранительное производство. — Задача гражданскаго суда не ограничивается однимъ устраненіемъ уже наступившихъ правонарушеній; на немъ лежитъ также охрана правъ, въ ихъ составѣ, противъ угрожающихъ опасностей насколько гражданскіе законы предоставляютъ притязаніе на такую охрану ¹⁾. Последняя равнымъ образомъ содержится въ понятіи юрисдикціи, какъ такой дѣятельности государственной власти, которая вообще предназначена осуществлять положительное право путемъ судебнаго устроенія конкретныхъ фактовъ ²⁾. Такимъ образомъ гражданскую юрисдикцію можно подраздѣлить на *jurisdictio contentiosa* и *jurisdictio voluntaria* ³⁾ (*nobile officium judicis*), т. е. на спорное и добровольное или охранительное производство ⁴⁾.

Въ области добровольной юрисдикціи вообще нѣтъ рѣчи о проведеніи гражданскихъ правъ, она не имѣетъ цѣлью полагать конецъ спорамъ, поднятымъ сторонами, заинтересованными по предмету ихъ взаимныхъ правъ, а слѣдовательно здѣсь отпадаетъ и примѣненіе государственнаго принужденія. Предметъ добровольной юрисдикціи составляетъ обезпеченіе гражданскихъ правъ отъ возможныхъ покушеній, обезпеченіе достигаемое безъ какого либо принужденія противъ третьихъ лицъ ⁵⁾. Назначеніе этого производства — охранить гражданскія права до спора и на случай возможныхъ нарушеній и споровъ ⁶⁾. Сюда будутъ относиться, напримѣръ, установленіе опеки, охраненіе наследства, имущества безвѣстно отсутствующаго, ипотеки, нотаріальныя дѣла и т. д.

Уст. гр. суд. кн. IV отъ ст. 1401—1460; Положеніе о нотаріальной части; Ипотечные уставы (въ Царствѣ Польск.) 1818 и 1825 г.

¹⁾ *Drechsler* въ *Archiv f. civ. Praxis* 62 p. 408, 409.

²⁾ *Gaupp. Civilprozessordnung* 1 p. 3.

³⁾ Оба выраженія имѣютъ своимъ источникомъ L. 2 pr. D. 1, 16.

⁴⁾ *Jurisdiction contentieuse, gracieuse; Streitige, freiwillige Gerichtsbarkeit.*

⁵⁾ Ср. *Planck. Lehrb.* p. 199.

⁶⁾ *Warmuth. Handb. d. deutsch. Civilproz.* p. 13.

Всѣ подобныя производства имѣютъ своею задачею, подобно спорной юрисдикціи, также осуществлять правопорядокъ по отдѣльнымъ жизненнымъ отношеніямъ. Но засимъ различіе между спорной и добровольной юрисдикціей заключается главнымъ образомъ въ цѣли той и другой. Тогда какъ спорная юрисдикція защищаетъ, обеспечиваетъ наличный гражданскій правовой порядокъ, добровольная юрисдикція выражается въ такой дѣятельности государственной власти, которая имѣетъ цѣлью дать видъ, форму конкретному правопорядку, т. е. установить или развить его, а не охранить отъ наступившихъ нарушеній ¹⁾. Отсюда уже вытекаетъ и различіе обѣихъ юрисдикцій въ предположеніяхъ, условіяхъ и послѣдствіяхъ ²⁾.

Въ германской литературѣ иногда предлагаютъ (напр. *Menger. Oesterr. Civilpr.* 1 p. 20) называть добровольную юрисдикцію превентивной юстиціей (*Mohl. System der Präventivjustiz etc.* 1834), а спорную — репрессивной юстиціей. Но на это указывали, что при извѣстныхъ обстоятельствахъ добровольная юрисдикція можетъ служить къ принужденію и къ подавленію правонарушеній, напр., по охранѣ наслѣдства; а съ другой стороны и спорная юрисдикція дѣйствуетъ предупредительно, охраняетъ отъ будущаго правонарушенія; такой цѣли служить, напр., арестъ движимаго имущества. Кромѣ того не будетъ точно приписывать спорной юрисдикціи лишь устраненіе правонарушеній, а добровольной юрисдикціи — предохраненіе отъ правонарушеній; первая встрѣчается и тогда, когда вовсе нѣтъ правонарушенія (см. выше), а вторая служить не одному только предохраненію отъ правонарушенія; такъ, напр., назначеніе опеки имѣетъ чисто установительное, а не предупредительное, значеніе (*Ullmann. D. oesterr. Zivilpr.* § 1).

Въ дѣлахъ охранительнаго производства нѣтъ собственно процесса, оканчиваемаго въ судѣ, нѣтъ ни противника, ни возраже-

¹⁾ См. *Wetzell. System* p. 513 sq.; *Wach. Handb.* p. 47—53; *Gaupp. Civilproc.* 1 p. 3, 4.

²⁾ См. *Drechsler. Ueber die Begriffe Civilpr. u. Rechtsstreit etc.* въ *Archiv f. civ. Pr.* 62 p. 406, 407.

ній. Они относятся къ такъ наз. судебному управленію въ обширномъ смыслѣ слова ¹⁾ и могутъ быть поручаемы не только судамъ, но и другимъ учрежденіямъ и должностнымъ лицамъ ²⁾ (напр. нотариусамъ, ипотечнымъ учрежденіямъ). На этомъ основаніи весьма часто въ изложеніи гражданского процесса не касаются совокупности нормъ объ участіи судовъ, или уравниваемыхъ, въ этомъ отношеніи, съ ними должностныхъ лицъ, при установленіи или удостовѣреніи гражданскихъ правоотношеній ³⁾.

Изъ редакціи ст. 1 У. гр. суд. слѣдуетъ, что вѣдомству суда гражданского принадлежать лишь дѣла спорныя — исковыя (Рѣш. гр. касс. суда 1875 г. N. 1052); дѣла же охранительнаго производства относятся къ этому вѣдомству лишь въ силу особыхъ постановленій закона (*Анненковъ. Комментар.* т. 1 стр. 11, 12).

Различныя процедуры въ спорныхъ дѣлахъ. — Для различной категоріи спорныхъ дѣлъ признаются разные роды производства, процедуры. Такъ:

Рядомъ съ обыкновеннымъ процессомъ существуетъ сокращенный процессъ ⁴⁾, котораго законодательное основаніе — ускореніе въ разсмотрѣніи и рѣшеніи извѣстнаго класса спорныхъ дѣлъ ⁵⁾.

По инымъ основаніямъ устанавливается особенное производство для опредѣленныхъ только дѣлъ. Въ нашемъ Уставѣ рядомъ съ общимъ порядкомъ гражданского судопроизводства указаны слѣдующія изыятія изъ него: дѣла казеннаго управленія (ст. 1282—1315), дѣла о взысканіи вознагражденія за вредъ и убытки, причиненные распоряженіями должностныхъ лицъ (ст. 1316—1336), дѣла брачныя и о законности рожденія (ст. 1337—1356⁹⁾), прими-

¹⁾ Ст. 496 пр. т. X ч. 2; *E. G. V. G.* § 4.

²⁾ Ср. *Puchta. Handb. d. gerichtl. Verf. in Sachen d. freiwill. Gerichtsbarkeit* 2 Ausg. 1831 I, 7.

³⁾ *Bar. D. deutsch. Civilpr.* p. 2; *Rintelen. Ges. Prozessr.* 1 p. 3, 4.

⁴⁾ Уст. гр. суд. ст. 348—365. См. ниже.

⁵⁾ См. *Renaud. Lehrbuch* § 1.

348-365
1282-1315
1316-1336
1337-1356
1357-1400

рительное разбирательство (ст. 1357 — 1400). Не упомянуто здесь производство по делам о несостоятельности.

Ср. напр. Codice di proc. civ. (dei vari procedimenti speciali) art. 778—950. — Для Германии перечисление у Wach. Handb. p. 45, 46.

Гражданский процесс как правоотношение. — Гражданский процесс, имея своим назначением установление и принудительное проведение гражданского права, выражается в действиях частных лиц и государственных органов, суда. Эти действия (поступки, меры, упущения) имеют правовыми последствиями установление, изменение, уничтожение прав сторон. Поэтому каждый отдельный гражданский процесс представляется правоотношением, в котором вступают частные лица к суду и между собою с целью установить и провести гражданские права. Устанавливающими это правоотношение обстоятельствами будут процессуальные события, действия, упущения. Содержанием его будут права и обязанности процессуальной природы, т. е. касательно действий, которые готовят и выполняют разрешение правового спора. Конечная цель его — осуществление субъективного гражданского права. По составу правоотношение это сложное; оно обнимает собою много других правоотношений вызванных к жизни отдельными процессуальными актами.

Впервые Бюлов определил процесс, как „последовательно, шаг за шагом, развивающееся правоотношение“ (Bülow. Lehre v. d. Prozesseinreden u. Prozessvoraussetzungen p. 1—9 и p. 285—296; Bülow в Archiv f. d. civ. Praxis Bd. 62 p. 14 sq.). При этом он же установил и понятие единства этого правоотношения (см. также, напр., Canstein. Lehrbuch 1 p. 4 sq.; Wach. Handbuch p. 34 — 37). Согласно этому взгляду данное правоотношение, в своем развитии, создает лишь новые притязания, подобно тому, как, напр., из единого отношения по товариществу рождаются разнообразные требования (Plösz. Beiträge zur Theorie des Klagerechts 1880 p. 6 n.). — Но другие процессуалисты полагают, что процесс не есть какое либо единое правоотношение,

а есть скорее целая цепь отдельных правоотношений, которая следуют друг за другом, не сливаясь в одно юридическое целое, так что взаимно они связаны лишь фактически, в силу фактического единства цепи (см., напр., Menger. System d. oesterr. Civilpr. 1 p. 292, 293; Planck. Lehrbuch p. 205 sq.). Но именно это единство цепи и дает этим правовым отношениям печать единства (Wach. Handb. p. 36). Отдельные процессуальные действия и устанавливаемые ими правоотношения направлены на один и тот же начатый процесс и каждый из этих актов служит ему лишь предположением (см. Kohler. Der Prozess als Rechtsverhältniss 1888 p. 2—6). — За такую множественность правоотношений в процесс высказывается большинство современных процессуалистов.

Против того, что процесс есть правоотношение не только между сторонами, но и между сторонами и судом, иногда высказывают такое соображение: всякое участие в правоотношении определяется каким нибудь интересом, а такового судья имеет в процесс не может, следовательно он должен стоять вне какого либо правоотношения к сторонам (Kohler cit. p. 6 sq.). Но ведь, с другой стороны, из различных отношений лишь всех трех участников, — истца, ответчика и суда, — выступают различные стороны процессуального правоотношения. Для него имеют значение не только акты сторон, но и акты суда (Wach. Handbuch p. 39).

Публичная и частная природа гражданского процесса. — Гражданское процессуальное право соприкасается с областью и государственного права, и гражданского права. Выражаясь в деятельности государственной власти на пользу гражданского права, предполагаемого нарушенным, гражданский процесс, с этой стороны, отличается публичным характером. Само гражданское процессуальное право обнимает правовые начала, определяющие свойство и деятельность образованных для отправления гражданской юрисдикции органов государства, судов, — и потому представляет часть публичного права ¹⁾. Следовательно, отношение суда, как

¹⁾ Savigny. System 1 p. 26 sq.

государственного органа, къ сторонамъ и къ предмету процесса, также какъ и отношеніе сторонъ къ суду есть публично правовое отношеніе ¹⁾). Но съ другой стороны въ силу свойства правъ, защищаемыхъ въ гражданскомъ процессѣ, на послѣднее необходимо кладется отпечатокъ частной природы, лишаются многіе процессуальные законы абсолютнаго значенія, становятся диспозитивными. Такимъ частнымъ характеромъ гражданскій процессъ отличается со стороны отношенія тяжущихся между собою и къ предмету спора ²⁾).

Вопросъ о томъ, къ какой области права относится гражданскій процессъ, въ наукѣ крайне споренъ. Большинство процессуалистовъ относятъ его къ публичному праву, но другіе видятъ въ немъ только частное право, наконецъ, третьи болѣе правильно считаютъ его частью публичной, частью частной природы. См. у *Hellmann*. *Deutsch. Civilpr.* p. 5.

Общие выводы изъ публичной и частной природы гражданского процесса. — Публичная сторона гражданского процесса дѣлаетъ соотвѣтственныя законныя предписанія для сторонъ непреодолимыми и судомъ проводимыми по обязанности. Стороны не могутъ по своей волѣ обходить предписанія процессуальнаго закона и судъ не имѣетъ права принимать подобнаго желанія къ руководству.

Jus publicum privatorum pactis mutari non potest. L. 38 D. 2, 14; L. 45 § 1 D. 50, 17.—*Non autem jurisdictionis mutare formam, vel juri publico derogare cuiquam permissum est* L. 13 C. 6, 23; L. 27 D. 50, 17. — См. *Bülow* въ *Archiv f. civ. Pr.* 64 p. 69 sq., 100 sq.; *Wach. Handb.* p. 220 sq.

Иначе говоря, предъ судомъ не допускается конвенціональнаго процесса. Разъ судья имѣетъ дѣло съ спорнымъ отношеніемъ, какъ органъ государственной власти, то онъ связанъ данными предписаніями государства, имѣющими въ виду не отдѣльный какой либо

¹⁾ *Planck. Lehrb.* 1 p. 17; *Wach. Handb.* p. 115—117.

²⁾ *Bolgiano. Handb.* p. 34 n. 5.

правовой споръ, а вообще интересы всего общегитія со стороны улаживанія спора о правахъ. Поэтому и стороны имѣютъ выборъ только между установленными положительнымъ правомъ страны родами производства, не могутъ предписывать судѣ отправленіе правосудія по чужестраннымъ или ими самими избраннымъ процессуальнымъ нормамъ. Такъ, если закономъ страны установлены гласность и устность производства, то стороны не могутъ, по своему произволу, требовать негласности и письменности производства; если закономъ опредѣлена извѣстная юрисдикція по спорнымъ дѣламъ, то нельзя отступать отъ нее, требуя, напр., разсмотрѣніе дѣла въ административномъ, а не въ гражданскомъ, порядкѣ и наоборотъ ¹⁾).

Если судья, при отправленіи правосудья, отвѣчаетъ лишь желаніямъ сторонъ, то онъ ужъ не государственный (официальный, публичный) судья, а судья третейскій.

Но въ числѣ процессуальныхъ предписаній имѣются такія, которыя установлены не въ публичномъ интересѣ, а исключительно въ интересѣ сторонъ, какъ напр. предписанія о подсудности по мѣсту жительства отвѣтчика. Въ подобныхъ случаяхъ стороны могутъ отказываться отъ правъ предоставляемыхъ имъ процессуальными порядками и, какъ въ приведенномъ примѣрѣ, выбирать по своей волѣ тотъ или другой путь осуществленія своего права ²⁾). Но и тутъ судья не можетъ собственной волею отступать отъ предписаній закона, освободить одну сторону отъ формъ установленныхъ въ интересѣ другой, или самому слѣдовать инымъ формамъ; онъ не можетъ замѣнить законы своею волею. Однако если предписанія касаются лишь формы процедуры или несущественныхъ дѣйствій, т. е. дѣйствій, которыя имѣютъ цѣлью лишь дать тѣ или другія гарантіи самому судѣ, и неосуществленіе которыхъ не противорѣчитъ цѣли всего производства ³⁾), — то за такими предписа-

¹⁾ *Gaupp. Die Civilprozessordn.* 1 p. 9.

²⁾ *Planck. Lehrb.* 1 p. 18.

³⁾ Ср. L. 5 § 6 C. 7, 63; L. 3 § 4 C. 12, 30.—См. указаніе на такія дѣйствія у *Bolgiano. Handb.* p. 35.

ніямн нельзя признать абсолютнаго характера ¹⁾, какъ то необходимо для установленныхъ въ публичномъ интересѣ, подобно предписаніямъ, напр., о томъ, что судебныя дѣйствія не должны совершаться ночью, или не компетентнымъ судьей. Законъ можетъ уполномочить судью слѣдовать или неслѣдовать извѣстнымъ приемамъ и формамъ ²⁾ предписаннымъ не въ публичномъ интересѣ, хотя отличить предписанія съ такимъ признакомъ не всегда бываетъ легко безъ указанія самого закона ³⁾.

Только частно-гражданская сторона процессуальнаго правоотношенія, по общему началу, находится въ полномъ распоряженіи тяжущихся ⁴⁾. Сама природа спорнаго права открываетъ дѣятельности и произволу сторонъ самый широкій просторъ, такъ, напр., отказъ имѣть тутъ большое примѣненіе ⁵⁾.

Значеніе гражданскаго суда. — Въ области гражданскихъ правъ съ особенной осязательностью проявляются послѣдствія устойчивости, обеспеченности правового порядка, которую даетъ своею дѣятельностью судъ ⁶⁾.

Частные интересы, о которыхъ тутъ идетъ дѣло, слишкомъ близки намъ, чтобы малѣйшее нарушеніе ихъ не отзывалось болѣзненно. Эта же близость частныхъ интересовъ заслоняетъ или только отстраняетъ интересы общіе. Защищая гражданскія права, мы озабочены цѣлостью лишь своего права, а не права вообще ⁷⁾; только въ отношеніи собственнаго права мы особенно глубоко чувствуемъ нарушеніе правъ всякаго иного лица, ибо каждое потрясеніе субъективныхъ правъ колеблетъ чувство надежности, увѣренности ⁸⁾.

1) *Hellmann. Civilpr.* p. 6, 7.

2) *Carré-Chauveau. Lois de la procéd.* 1 Introd. n. 43—45.

3) *Garsonnet. Traité* 2 p. 15, 16.

4) *Canstein. Lehrb.* p. 4, 5.

5) См. ниже о диспозитивномъ характерѣ частныхъ правъ.

6) *Bar. Recht und Beweis im Civilprocesse* 1867 § 18.

7) *Ihering. D. Zweck im Recht* Bd. 1 p. 370.

8) *Azarewicz. Соблюденіе законовъ* 1890 стр. 2.

Да, и самая цѣна частныхъ интересовъ главнымъ образомъ обусловливается обеспеченностью ихъ. Такъ, цѣна вещи зависитъ не только отъ реальной ея употребляемости, цѣна земли — отъ ея плодородности, цѣна всякаго иного имущества, требованія и т. д. отъ его состава, — но существенно обусловливается цѣна всего этого правовой и фактической обеспеченностью ихъ утвержденія ¹⁾.

Уже послѣднее показываетъ, что хорошее гражданское процессуальное законодательство имѣетъ громадное значеніе для всей совокупной жизни народа. Хорошій, по возможности несложный, порядокъ судопроизводства необходимъ не только для пользы частныхъ людей, но и для поддержанія общественнаго кредита и для охраненія благосостоянія въ народѣ ²⁾.

Безъ хорошаго суда не можетъ быть полнаго довѣрія къ законамъ, въ жизни утверждается ненадежность въ правахъ, что содѣйствуетъ ослабленію дѣятельной его силы, замедленію его развитія. Торговля, промышленность, всякія хозяйственныя усовершенствованія и полезныя предпріятія существенно заинтересованы въ хорошемъ гражданскомъ судѣ. Известно, что возрожденіе гражданскаго оборота въ Европѣ, въ значительной степени, обусловливалось установленіемъ правовой надежности.

При всемъ томъ хорошій гражданскій судъ имѣетъ воспитательную силу для народа. Заставляя виновнаго въ грубой небрежности или въ обманѣ вознаградить причиненный ущербъ, гражданскій судъ достигаетъ искорененія подобныхъ явленій едва ли не лучше, чѣмъ уголовный судъ и полицейская власть ³⁾.

Итакъ хорошій гражданскій судъ составляетъ существенную потребность всякаго общества.

Правильная постановка суда имѣетъ особенное значеніе для нашей русской жизни, въ которой чувство законности до сихъ поръ весьма слабо. См. *Ярошъ. Чувство законности и мировая юстиція* 1888 г.

1) *Ihering. D. Zweck* 1 p. 373.

2) *Записка Государств. Канцеляріи* стр. 30.

3) *Bar. Das deutsch. Civilprocessrecht* p. 3.

Отношение гражданского процесса къ гражданскому праву ¹⁾. — Различіе гражданского процессуальнаго права отъ гражданского права слѣдуетъ искать въ содержаніи правовыхъ нормъ ²⁾. Гражданское процессуальное право имѣетъ дѣло только съ тѣми правовыми нормами о судоустройствѣ и судопроизводствѣ, которыя предназначены къ разрѣшенію гражданскихъ правовыхъ споровъ, т. е. которыя имѣютъ дѣло съ предположеніями, содержаніемъ, формою осуществленія, развитіемъ и удовлетвореніемъ притязанія на правовую защиту. Гражданское же право имѣетъ дѣло съ правовыми нормами, опредѣляющими самое то правоотношеніе, которое можетъ составить предметъ процессуальнаго спора, т. е. его предположенія, форму, содержаніе, измѣненіе и прекращеніе ³⁾.

При всемъ этомъ различіи гражданское и процессуальное права стоятъ во взаимной тѣсной связи другъ съ другомъ. Такъ, прежде всего гражданское субъективное право само принадлежитъ къ предположеніямъ притязанія на судебную защиту. Мало того, однимъ изъ послѣдствій процессуальнаго дѣйствія можетъ быть установленіе гражданскихъ правъ, какъ напримѣръ исполненіе рѣшенія можетъ вести къ установленію закладнаго права. Съ другой же стороны каждое гражданское право отмѣчается признакомъ принудительнаго осуществленія въ случаѣ его нарушенія. Искъ рождается и существуетъ вмѣстѣ съ правомъ.

Не слѣдуетъ смѣшивать ^{Klass} искъ съ притязаніемъ ^{Anspruch} ⁴⁾, которое, по общему правилу, устанавливается также вмѣстѣ съ правомъ, но не всегда. Въ понятіи притязанія заключается признакъ права опредѣленнаго содержанія въ его направленіи къ осуществленію противъ третьяго лица. Въ этомъ его признакъ притязаніе весьма рѣдко

¹⁾ См. *Мальшевъ*. Курсъ 1 стр. 16—21; *Гольмстенъ*. Объ отношеніи гражд. судопроизводства къ гражд. праву (въ Жур. гр и уг. пр. 1879 кн. 4 стр. 77 и слѣд.). *Schultze*. Privatrecht u. Process in ihrer Wechselbeziehung 1884.

²⁾ *Wach*. Handbuch p. 118, 119.

³⁾ *Planck*. Lehrbuch 1 p. 17.

⁴⁾ По нѣмецки Anspruch.

устанавливается вмѣстѣ съ правомъ (въ такъ назыв. относительныхъ правахъ), какъ-то въ безсрочныхъ обязательствахъ на совершеніе извѣстнаго дѣйствія;—обыкновенно же оно рождается съ момента нарушенія права какимъ либо лицомъ (въ такъ назыв. абсолютныхъ и ограничено абсолютныхъ правахъ), какъ-то въ вещныхъ правахъ и въ обязательствахъ на несовершеніе дѣйствія; до нарушенія этихъ правъ притязанія не существуетъ. См. *Азаревичъ*. Система римскаго права 1 стр. 288—291; *Canstein*. Das Civilprozessrecht 1 p. 2, 3.

Искъ составляетъ силу, мочь права. Въ осуществленіи гражданского права заключается весь его интересъ для управомоченнаго, вся его жизненность. Поэтому кто дѣлаетъ употребленіе изъ своего права, тотъ никому не причиняетъ неправа ¹⁾, даже когда онъ силой устраняетъ попытку воспрепятствовать ему въ томъ. Наставить на осуществленіи права противъ чужого нападенія есть силой сопровождаемый (потенцированный) родъ осуществленія ²⁾. Засимъ, каждое право имѣетъ то качество, что, въ случаѣ ^{еще} фактическое состояніе не соотвѣтствуетъ его содержанію, оно можетъ быть осуществлено со стороны его субъекта принудительно, путемъ процесса. Въ этомъ выражается такъ называемое исковое право, т. е. право на судебную защиту, основанную на гражданскомъ правѣ. Исковое право есть тоже гражданское право, но только со стороны его судебного осуществленія ³⁾.

Иногда исковое право признаютъ за самостоятельный классъ правъ. См. *Muther*. Actio § 12.

Все сказанное свидѣтельствуетъ, какъ глубоко взаимное отношеніе процессуальнаго и гражданского права.

Оснотельно, поэтому, предлагаютъ избѣгать выраженій „формальное и матеріальное гражданское право“

¹⁾ Nullus videtur dolo facere, qui suo jure utitur L. 55 D. 50, 17.

²⁾ См. выше о самооборонѣ стр. 13.

³⁾ *Plösz*. Beiträge zur Theorie des Klagerechts p. 32.

для обозначенія процессуальнаго и гражданскаго правъ.
Wach. Handbuch p. 114.

Но при всемъ томъ слѣдуетъ строго разграничивать притязаніе въ процессуальномъ смыслѣ отъ притязанія въ смыслѣ гражданскаго права, ибо первое можетъ быть и безъ втораго. Для основанія процесса не требуется существованія гражданскаго права. Наличие его представляется вопросомъ вплоть до постановленія окончательнаго рѣшенія. Для установленія иска необходимо только утверженіе, а не фактическое бытіе права ¹⁾. Затѣмъ, отношеніе къ спорному предполагаемому праву иное въ гражданскомъ правѣ, иное въ процессѣ. Первое разсматриваетъ право въ судебномъ его осуществленіи, второе — само судебное осуществленіе права. Въ частности эта различная точка зрѣнія послѣдовательно проводится на каждомъ вопросѣ, затрагиваемомъ тѣмъ и другимъ правомъ. Такъ теорія обѣихъ правъ разсматриваетъ иски, возраженія, доказательства, рѣшеніе, исполненіе ²⁾:

Подъ искомъ съ точки зрѣнія гражданскаго процесса разумѣется процессуальное дѣйствіе, которымъ одно лице, истецъ, призываетъ въ защиту судъ противъ опредѣленнаго противника, отвѣтника, съ тѣмъ, чтобы заставить послѣдняго признать право, на которое притязаетъ истецъ, и понудить отвѣтника на соотвѣтствующее отношеніе къ истцу. Съ точки же зрѣнія гражданскаго права, подъ искомъ разумѣется право призвать, въ извѣстныхъ случаяхъ, защиту суда для осуществленія правового притязанія, т. е. право на искъ въ процессуальномъ отношеніи; исковое право. Въ этомъ смыслѣ говорятъ собственникъ, кредиторъ имѣетъ искъ.

Возраженія разсматриваются въ процессуальномъ правѣ со стороны дѣятельности, направленной къ оборонѣ противъ иска; гражданское же право занимается ими только въ смыслѣ права стороны, какъ возможность осуществленія своего притязанія путемъ обороны.

Доказательства со стороны предъявленія средствъ къ убѣжде-

¹⁾ См. *Гольмстенъ cit.* и подробно у *Wach. Handbuch* p. 121—129.

²⁾ *Plösz. Beiträge* p. 14.

нію суда и отношенія къ нимъ суда относятся къ процессуальному праву; въ гражданскомъ же правѣ они разсматриваются въ смыслѣ совокупности оснований, говорящихъ въ пользу даннаго заявленія и безотносительно къ роли суда.

Выходя изъ такого разграниченія, вполнѣ правильно поступаетъ, напр., французское законодательство, излагая доказательства со стороны ихъ существа и значенія въ гражданскомъ кодексѣ (*code civil art. 1315 sq.*), а со стороны порядка представленія и принятія ихъ въ процессѣ — въ кодексѣ судопроизводственномъ (*code de procédure civ. art. 193 sq.*). Но многіе французскіе цивилисты и процессуалисты полагаютъ, что теорію доказательствъ слѣдуетъ всецѣло излагать въ процессѣ (см. напр. *Aubry et Rau. Droit civ. t. 8 p. 151 sq.; Bonnier. Des preuves* 1 п. 4). Объ этомъ воззрѣніи см. *Анненковъ. Комментарій* 2 стр. 6—8.

4) Судебное рѣшеніе въ процессуальномъ правѣ разсматривается со стороны дѣятельности въ постановленіи его и условій законной его силы, т. е. подлежитъ ли оно обжалованію и какими средствами, обладаетъ ли исполнимостью, объемъ его обязательности для сторонъ. Въ гражданскомъ правѣ на судебное рѣшеніе смотрятъ какъ на актъ, признающій, или непризнающій возможности непосредственнаго осуществленія права, какъ рѣшительный моментъ въ судьбѣ права; однимъ словомъ тутъ изучается значеніе рѣшенія для осуществляемаго права.

5) Принудительное исполненіе со стороны предположеній, формъ, средствъ и дѣйствій относится къ процессуальному праву. Со стороны же вліянія его на гражданское правоотношеніе оно относится къ гражданскому праву.

Отличіе гражданскаго процесса отъ уголовнаго. — Однимъ изъ общихъ началъ судебной организаціи по современнымъ законодательствамъ признается единство юрисдикціи гражданской и уголовной ¹⁾, т. е. одни и тѣже суды вѣдаютъ гражданскія и уголовныя дѣла ²⁾.

¹⁾ *L'unité de la juridiction civile et de la juridiction criminelle.*

²⁾ Только коммерческіе суды не отправляютъ каратель-

Это единство юрисдикции и одни и тѣже гарантіи правосудія въ гражданскомъ и уголовномъ процессѣ ¹⁾ давали поводъ предлагать объединеніе гражданского и уголовного судопроизводства. Исторія представляетъ нѣкоторые примѣры такого объединенія. Такъ римляне разсматривали уголовное судопроизводство только какъ особенный видъ гражданского процесса и называли его процессомъ экстраординарнымъ. Затѣмъ въ феодальной Европѣ для дѣлъ гражданскихъ и уголовныхъ былъ одинъ общій процессъ ²⁾.

Въ настоящее время такого объединенія не допускаютъ ³⁾, сознавая, что гражданскія дѣла имѣютъ иной характеръ, чѣмъ дѣла уголовныя. Гражданское дѣло касается гражданского правонарушенія, т. е. такихъ дѣйствій и упущеній, которыя мѣшаютъ осуществленію гражданского права, — и назначеніе суда въ этихъ случаяхъ состоитъ въ охраненіи нарушеннаго права. Уголовное же дѣло касается нарушенія уголовного закона и судъ имѣетъ назначеніемъ бороться путемъ наказанія съ преступностью. Гражданскія дѣла отличаются объективнымъ характеромъ и переходятъ по преемству; уголовныя — чисто индивидуальнымъ характеромъ и прекращаются вмѣстѣ съ личностью преступника.

Отсюда отправленіе гражданской юрисдикціи иное, чѣмъ отправленіе уголовной юрисдикціи. Такъ, искъ гражданскій, какъ частный, не можетъ имѣть той же формы, что искъ уголовный; доказательства, допускаемыя въ гражданскихъ спорахъ иныя, чѣмъ въ уголовныхъ (напр. свидѣтельскія показанія не имѣютъ въ гражданскихъ дѣлахъ того значенія какъ въ уголовныхъ); исполненіе въ гражданскомъ процессѣ иное, чѣмъ въ уголовномъ, ибо матеріалъ тамъ и тутъ совсѣмъ иной; и т. д. ⁴⁾.

ной юрисдикціи. Затѣмъ, особый видъ чисто уголовного суда — судъ военный.

¹⁾ Равноправность сторонъ, независимость суда, право обжалованія, обязательное примѣненіе точнаго смысла закона.

²⁾ *Esmein. Histoire de la procédure criminelle en France 1882 p. 43.*

³⁾ *Фойницкій. Курсъ уголовного судопроизводства т. 1 1884 стр. 179—181.*

⁴⁾ *Bordeaux. Philosophie d. l. proc. civ. p. 112—114.*

Поэтому всему разрѣшеніе уголовного дѣла въ гражданскомъ порядкѣ и наоборотъ не допускается (см. ниже). Только въ качествѣ изъятія допускается положительными законодательствами, изъ практическихъ соображеній, совмѣстное разрѣшеніе гражданского и уголовного дѣла (т. наз. соединенный процессъ) ¹⁾, а именно, когда дѣяніе уголовного характера нарушаетъ въ тоже время гражданскія права. Но и при такомъ соединеніи оба дѣла сохраняютъ свою самостоятельность и поэтому отреченіе отъ претензіи гражданской не влечетъ за собою прекращеніе производства объ уголовной отвѣтственности ²⁾.

Различіе дѣлъ гражданскихъ отъ уголовныхъ въ общемъ ведетъ къ различію формъ производства, а въ частности къ изъятію дѣлъ гражданскихъ отъ суда присяжныхъ.

Форма производства.

Гражданскія дѣла могутъ производиться по одному изъ извѣстныхъ типовъ процесса — слѣдственнаго и состязательнаго. Различіе между тѣмъ и другимъ заключается въ слѣдующемъ ³⁾.

Судѣ предстоитъ покончить споръ о правѣ постановленіемъ рѣшенія послѣ предварительнаго ознакомленія съ сущностью дѣла. Къ этому же закономъ можетъ быть открытъ ему двойкій путь: 1) Законъ можетъ уполномочить судью на то, чтобы онъ предпринималъ по собственному побужденію и усмотрѣнію все то, что онъ будетъ считать необходимымъ для раскрытія дѣла; напримѣръ, по собственному усмотрѣнію вызывать свидѣтелей и выслушивать ихъ. 2) Законъ можетъ, въ этомъ отношеніи, поставить судью въ зависимость отъ спорящихъ сторонъ. Законъ можетъ установить, что судья долженъ черпать свои свѣдѣнія и составлять свое убѣжденіе только изъ матеріала, который ему представляютъ сами стороны.

Первая система называется слѣдственнымъ (розыскнымъ, in-

¹⁾ Adhäsionsprocess. См. ниже.

²⁾ Уст. угол. суд. ст. 19.

³⁾ См. напр. *Glaser. Handbuch d. Strafprozesses 1883 p. 27 sq.*

quisitorial) принципомъ (Untersuchungsmaxime или Officialprinzip), вторая — согласительнымъ ¹⁾ (contradictoire) принципомъ (Verhandlungsmaxime или = prinzip) ²⁾. (Gönnér) Состязательная система въ общемъ выражается въ томъ, что судья занимаетъ къ заинтересованнымъ въ спорѣ такъ сказать пассивное положеніе. Онъ не выступаетъ по обязанности (ex officio), но предполагается, что заинтересованные сами должны заботиться объ охраненіи и защитѣ своихъ правъ (vigilantibus jura sunt scripta).

Такое отношеніе судьи къ гражданскому спору ведетъ къ слѣдующимъ выводамъ:

1) Судья не проявляетъ своей дѣятельности до тѣхъ поръ пока не будетъ къ нему о томъ обращенія. Судья не долженъ ex officio отправлять судейскихъ обязанностей, открывать гражданскій процессъ (nemo iudex sine actore) ³⁾ и продолжать открытый процессъ (iudex ne procedat ex officio). Последнее значитъ, что судья не долженъ и въ процессѣ уже начатомъ дѣйствовать по обязанности. Но, конечно, все что требуется для правильного хода процесса судья долженъ предпринимать безъ особой просьбы сторонъ, какъ напримѣръ: сообщать исковую просьбу отвѣтчику, отклонять неосновательныя предложенія, заботиться о правовой дѣйствительности своихъ дѣйствій (напр. не допускать до процесса процессуально недѣеспособныхъ) и т. д. ⁴⁾.

2) Вызванный сторонами къ судейской дѣятельности судья не долженъ переступать границъ предъявленныхъ претензій: iudex

¹⁾ О выраженіи „слѣдственный“, „согласительный“, см. Фойницкій. Курсъ уголов. судопроизводства 1 стр. 36 п. 2.

²⁾ Выраженіе впервые введенное Gönnér'омъ. Handbuch d. gemeinen Civilprozesses 1 p. 183. См. объ этомъ Bolgiano. Handbuch p. 42 п. 1.

³⁾ Въ римскомъ правѣ рядомъ съ началомъ: nemo invitus agere cogitur (L. un. C. 3, 7),—извѣстенъ былъ вызовъ на предъявленіе иска (провокація) помимо желанія истца (см. ниже).

⁴⁾ Bar. D. deutsch. Civilpr. p. 6.

ne eat ultra petita partium, т. е. судья не можетъ признать за истцомъ большаго, чѣмъ значится въ исковомъ прошеніи, но судья можетъ признать меньшее какъ заключающееся въ большемъ. Поэтому нельзя безъ просьбы присудить плоды, проценты, судебныя издержки. Не имѣетъ права судья также присудить чего либо иного кромѣ просимаго, или на основаніи возраженія отвѣтчика присудить истца ¹⁾.

3) Судья не долженъ брать во вниманіе чего либо не предъявленнаго въ процессѣ, хотя бы лично ему и извѣстнаго: quod non in actis, non in mundo. Онъ долженъ при постановленіи рѣшенія основываться лишь на матеріалѣ данномъ сторонами, т. е. долженъ судить secundum allegata et probata, а не secundum conscientiam, не на евоемъ случайномъ знакомствѣ съ обстоятельствами дѣла. Только правовыя начала судья примѣняетъ по обязанности ²⁾.

Вотъ важнѣйшія положенія состязательной системы; ихъ примѣненіе въ процессѣ самое многочисленное ³⁾. Обосновываютъ это примѣненіе, главнымъ образомъ, самой природой правъ осуществляемыхъ въ гражданскомъ процессѣ. Гражданскія права находятся на полномъ распоряженіи ихъ субъектовъ ⁴⁾. Разъ же, по общему началу, управомоченный можетъ свободно распоряжаться своимъ частнымъ имуществомъ, то нѣтъ основанія ограничивать его въ такомъ правѣ и на случай процесса. Поэтому отъ управомоченнаго зависитъ вовсе отказаться отъ защиты своего нарушеннаго права

¹⁾ Объ изъятіяхъ при т. наз. judicia duplicia см. ниже.

²⁾ См. Laurent. Principes d. droit civil. v. XIX p. 83.

³⁾ Bolgiano. Handbuch p. 44, 45.

⁴⁾ Dispositionsbefugnis. См. Heidenfeld. Die Dispositions-befugnisse der Parteien im Civilprozess 1868.—Въ нѣмецкой литературѣ слово „Dispositionsbefugnisse“ употребляется обыкновенно въ томъ же смыслѣ что и слово „Verhandlungsmaxime“, но иногда подъ послѣднимъ разумѣютъ обратную сторону перваго, т. е. вытекающее изъ права распоряженія несеніе сторонами послѣдствій ихъ процессуальныхъ актовъ. См. у Schneider. Ueber richterl. Ermittlung 1888 p. 19.

Судья не можетъ брать во вниманіе чего либо не предъявленнаго въ процессѣ, хотя бы лично ему и извѣстнаго: quod non in actis, non in mundo. Онъ долженъ при постановленіи рѣшенія основываться лишь на матеріалѣ данномъ сторонами, т. е. долженъ судить secundum allegata et probata, а не secundum conscientiam, не на евоемъ случайномъ знакомствѣ съ обстоятельствами дѣла.

или уменьшить свое требование, дать то или другое фактическое обоснование ему; отъ стороны же зависит воспользоваться всеми или только некоторыми обстоятельствами, отлагающими, уничтожающими, дѣлающими недействительнымъ право противника, или вовсе умолчать о нихъ; въ его волѣ вообще защищаться, или защищаться только въ одной инстанціи, признать или оспорить утверждение противника ¹⁾; и т. д.

За состязательный процессъ говорить и то, что при такомъ объективномъ отношеніи судьи къ дѣлу будетъ большее довѣріе къ его непристрастию, чѣмъ въ слѣдственномъ процессѣ, когда онъ выступаетъ активно ²⁾.

Высказываясь за состязательность гражданского процесса, теорія, однако, сознаетъ, что провести ее строго послѣдовательно по всемъ процессуальнымъ стадіямъ невозможно.

Такъ, послѣдовательное проведеніе состязательнаго начала, даетъ основаніе думать, что въ гражданскомъ процессѣ въ отличіе отъ уголовнаго, вопросъ идетъ только о формальной, а не о матеріальной правдѣ ³⁾, т. е. что цѣлью гражданского процесса не будетъ достиженіе полного соответствія действительному положенію дѣла, что послѣднее можетъ быть только случайнымъ его результатомъ ⁴⁾. Но такой выводъ, въ цѣломъ, противенъ правовому чувству ⁵⁾. Процессуальное производство, способствующее побѣдѣ неправу, будетъ всегда признаваться несовершеннымъ ⁶⁾. Правовое притязаніе, предъявленное въ гражданскомъ процессѣ, должно быть

¹⁾ L. 46 D. 2, 14:—quum liceat sui juris persecutionem deteriorem constituere.

²⁾ Другія обоснованія см. у *Bähr*. Noch ein Wort p. 34.

³⁾ Напр. см. *Wargha*. Das Strafprocessrecht 1885 p. 31, 32.

⁴⁾ *Wash*. Vorträge p. 149.

⁵⁾ *Bar*. D. deutsch. Civilpr. 2, 3.

⁶⁾ Здѣсь не касаемся необходимыхъ изъятій изъ принципа матеріальной правды, которыя представляютъ т. наз. предустановленныя доказательства и презумпціи. См. *Canstein*. Die ration. Grundl. p. 44, 45.

разрѣшено въ немъ, какъ къ этому стремятся въ уголовномъ процессѣ, согласно действительному праву ¹⁾. Только въ гражданскомъ процессѣ, въ силу частнаго свойства правъ, о которыхъ идетъ въ немъ рѣчь, не можетъ быть устранена самодѣятельность сторонъ при установленіи и проведеніи своихъ притязаній; право свободнаго распоряженія сторонами спорнымъ предметомъ и процессомъ не можетъ быть отмѣнено ²⁾. Но это не значитъ, что судья будетъ вполне пассивно относиться къ дѣлу и тѣмъ ставить исходъ его въ зависимость отъ ловкости или небрежности дѣйствующихъ предъ нимъ сторонъ. Такой судъ, въ массѣ случаевъ, не оправдалъ бы своего назначенія — охранять установленныя права. Кто прибѣгаетъ къ судебной помощи или ищетъ защиты судьи противъ неправильныхъ притязаній своего противника, тотъ долженъ желать, чтобы судья располагалъ всеми средствами для действительнаго раскрытія дѣла ³⁾.

Поэтому всему состязательность гражданского процесса слѣдуетъ понимать такъ, что 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 действительности, и поэтому его усмотрѣнію долженъ быть открытъ самый широкій путь ⁴⁾.

Въ настоящее время уже многіе процессуалисты весьма сильно высказываются противъ такого приложенія состязательнаго начала въ гражданскомъ судѣ, когда судья низводится до простой машины, приводимой въ дѣйствіе только по волѣ сторонъ и безучастно выполняющей работу (см. напр. *Wieding*. Justinianischer

¹⁾ *John*. Strafprozessordn. Bd. 1 1884, p. 19; *Фоймлинскій*. Курсъ уголовн. судопр. 1 стр. 37 пр. 2.

²⁾ *Canstein*. Die rationellen Grundlagen d. Civilproz. p. 27—52.

³⁾ *Zink* Sachverhalt im französ. Civilprozesse p. 356.

⁴⁾ *Schneider*. Ueber richterliche Ermittlung u. Feststellung des Sachverhaltes im Civilprozesse 1888 p. 155—159.

Libellprozess p. 706, другія подобныя возраженія сведены у *Schneider*. Ueber richterl. Ermittl. u. Feststell. d. Sachverh. p. 29, 30). Препрежне увлеченіе состязательностью смѣняется воззрѣніемъ на нее, только какъ на цѣлесообразное учрежденіе, которое должно переставать дѣйствовать тамъ, гдѣ официальный принципъ даетъ большія гарантіи для достиженія цѣли процесса (*Kohler* въ *Kritische Vierteljahresschrift* 22 p. 473). И въ нашей литературѣ высказывался взглядъ за болѣе или менѣе активную роль суда при разсмотрѣніи и рѣшеніи установленнаго предъ нимъ дѣла (Юридич. Вѣстникъ 1879 стр. 399 Хроника; *Ярошъ*. Чувство законности и мировая юстиція стр. 47—49; *Азаровичъ*. Правда въ гражданскомъ процессѣ 1888 (Журн. гражд. и угол. права кн. 1 г. 1888). Но срав. *Анненковъ*. Усмотрѣніе суда въ гражд. процессѣ (Журн. гр. и уг. пр. кн. 4 1889 стр. 59—63).

Для выполненія ожиданій, возлагаемыхъ на судъ, т. е. для справедливаго рѣшенія предложеннаго ему спора, нѣтъ основанія ограничивать его въ средствахъ для раскрытія истины. Поэтому слѣдуетъ допустить за судомъ право брать во вниманіе данныя и не представленныя сторонами, суду извѣстныя ¹⁾, или имъ самимъ собираемыя ²⁾, какъ, на примѣръ, право производить всякій осмотръ, требовать предъявленія нужныхъ документовъ, дѣлать ссылку на истеченіе давности притязанія и вообще на всѣ такія обстоятельства, которыя могли быть извѣстны самому суду, но которыя не были приведены, по невѣдѣнію, сторонами. Такая самостоятельность суда подлежитъ ограниченію только волей сторонъ, дающей определенную установку притязанія и определенное же къ нему отношеніе. Однимъ словомъ, за состязательнымъ принципомъ можно признать теперь значеніе только руководящей идеи.

Согласно съ теоріей и всѣ современныя законодательства построили гражданскій процессъ на состязательномъ началѣ, но въ

¹⁾ Данное изъятіе для фактовъ общеизвѣстныхъ (т. наз. notorium) дѣлалъ уже Куяцій. См. *Lomonaco*. Delle obbligazioni e dei contratti in genere. Parte 3 1888 p. 12—22.

²⁾ См. *Wach*. Vorträge p. 6 sq., p. 184.

тоже время допущены отступленія отъ него, въ пользу самостоятельнаго руководства судьей процессомъ съ цѣлью должнаго раскрытія дѣла ¹⁾. Судъ предоставляется право ex officio прибѣгать ко всѣмъ средствамъ, которыя могли бы ему выяснить дѣло, какъ, напр., къ допросу сторонъ, разъясняющей смыслъ ихъ заявленій (см. ниже). Законодатель стремится къ гармоническому сочетанію свободы въ процессуальныхъ дѣйствіяхъ тяжущихся съ свободой въ дѣйствіяхъ суда.

Современный гражданскій процессъ построенъ, по образцу французскаго кодекса, на состязательномъ началѣ. Въ исторіи русскаго процесса состязательность не составляетъ чего нибудь новаго; на ней былъ построенъ процессъ уже въ Судной Псковской Грамотѣ. Затѣмъ только временами проявлялась слѣдственность, какъ, напр., въ Указѣ Петра В. 1697 г. (розмыскъ), возстановившаго потомъ снова, указомъ 1723 г. о формѣ суда, состязательный процессъ. Но въ послѣдующее время слѣдственность постепенно брала верхъ, доходя до того, что полагали будто дѣла гражданскія должны производиться такимъ же образомъ какъ и уголовныя и на основаніи этого отправляли отвѣтчиковъ въ застѣнокъ на пытку и всякимъ инымъ способомъ вынуждали ихъ къ признанію справедливости иска; вообще же на судей возлагали обязанность объяснять дѣло всѣми потребными обстоятельствами и пополнять его надлежащими справками. За немногими изъятіями слѣдственность господствовала въ гражданскомъ судѣ вплоть до реформы 1864 г. (см. ст. 441 т. X ч. 2 изд. 1857 г.). Редакторы Уставовъ остановились рѣшительно на состязательномъ началѣ (см. напр. Записку Госуд. Канцеляріи стр. 50, или мотивы къ ст. 13 У. Гр. Суд. изд. Госуд. Канцел.), которыми и проникнуть нашъ современный гражданскій процессъ.

¹⁾ Отступленія для русскаго процесса отмѣчены у пр. *Окольскаго*. Состязательный процессъ въ уставѣ гр. судопр. 20 Ноября 1864 г. 1879 (см. къ этому *Анненковъ* въ Журн. гр. и угол. права кн. 4 1889 стр. 54—116.—Для германскаго процесса отступленія отъ состязательности приведены у *Bolghiano*. Handb. p. 46—51.

Такъ, судъ приступаетъ къ производству гражданскихъ дѣлъ не иначе, какъ по просьбѣ заинтересованныхъ лицъ; причемъ разрѣшаются эти дѣла не иначе, какъ по выслушаніи объясненій тяжущихся, или по истеченіи назначеннаго для представленія оныхъ срока. Ст. 4, 13, 256 У. Гр. Суд. Затѣмъ, судъ не имѣетъ права ни постановлять рѣшенія о такихъ предметахъ, о коихъ не предъявлено было требованія, ни присуждать болѣе того, что требовалось тяжущимися. Ст. 131, 706 У. Гр. Суд.; ст. 88 Прав. Наконецъ, судъ основываетъ свои рѣшенія исключительно на доказательствахъ представленныхъ тяжущимися. Ст. 81, 82 1), 366, 367, 706 У. Гр. Суд.; ст. 52 Прав. — Отступленія отъ строгой состязательности будутъ отмѣнены при изложеніи производства. *в. Шубинскаго*

Судъ присяжныхъ для гражданскихъ дѣлъ 2). — Основную идею суда присяжныхъ составляетъ отдѣленіе вопросовъ права отъ вопросовъ факта. Первые представляются на разрѣшеніе особому судейскому сословію (de jure respondent iudices), а только вторые — присяжнымъ (de facto respondent iuratores).

Что касается гражданскихъ дѣлъ, то полного отдѣленія вопросовъ права отъ вопросовъ факта достигнуть невозможно 3). Предлагаемый, въ этихъ случаяхъ, присяжнымъ вопросъ будетъ сводиться къ тому: слѣдуетъ-ли изъ данныхъ обстоятельствъ установленіе истцу спорнаго права? Такимъ образомъ общій вердиктъ будетъ необходимо заключительнымъ выводомъ какъ изъ фактовъ даннаго дѣла, такъ и изъ положительнаго закона, т. е. вмѣстѣ съ фактами подвергаются разсмотрѣнію и разрѣшенію присяжныхъ всѣ соединенные съ нимъ вопросы права.

По самому свойству гражданскихъ дѣлъ почти никогда нельзя отдѣлить вопросъ факта отъ правовыхъ элементовъ. Даже въ такихъ случаяхъ, какъ владѣльческіе иски и требованія объ убыткахъ, когда отдѣлить фактъ и право, казалось бы, весьма легкимъ

1) Ср. ст. 104 у. уг. судопр.

2) *Азаревичъ*. Правда въ гражданскомъ процессѣ въ Журналѣ Гражд. и Угол. права 1 кн. 1888 г. стр. 17—21.

3) *Suliotis*. Le droit naturel 1888 p. 626.

Въ дѣлѣ, въ которомъ добровольно прекращаетъ процессъ, Судъ не долженъ разсматривать и решать также вопросы права, которыми стороны представляютъ свои гражданск.

дѣломъ, и тутъ приходится высказываться о существованіи и характерѣ правонарушенія, рѣшать вопросъ, не пользовался ли нанесшій ущербъ законнымъ своимъ правомъ 1).

При самой простой установкѣ отдѣльныхъ фактовъ въ гражданскомъ спорѣ нельзя устранить рѣшеніе по многимъ вопросамъ права. Такъ, вопросъ факта: купилъ ли А домъ у Б.? — можетъ заключать въ себѣ слѣдующіе, напримѣръ, вопросы права: были ли контрагенты дѣеспособны, совершали ли они сдѣлку съ серьезнымъ намѣреніемъ, получила ли ихъ воля достаточно определенное выраженіе, соблюдены ли формы, требуемыя для продажи недвижимости 2).

Но тутъ выдвигается общеизвѣстное затрудненіе, состоящее въ томъ, что для неюрисстовъ правильный анализъ факта съ правовой стороны представляется, во многихъ случаяхъ, весьма нелегкимъ дѣломъ 3). Поэтому есть основаніе опасаться, что судъ присяжныхъ въ гражданскихъ дѣлахъ легко нарушитъ единообразіе рѣшеній, а слѣдовательно и твердое одинаковое примѣненіе положеній права. Судъ присяжныхъ въ гражданскихъ дѣлахъ способенъ давать самыя различныя рѣшенія по одному и тому же спору, ибо главнымъ мѣриломъ для него будетъ субъективное чувство права 4). Такое же отношеніе къ дѣламъ прямо противорѣчитъ правовому порядку общегитія, который не можетъ терпѣть подобнаго шаткаго, неуѣреннаго положенія субъективныхъ правъ.

По приведеннымъ причинамъ судъ присяжныхъ въ гражданскихъ дѣлахъ представляется нежелательнымъ.

Судъ присяжныхъ для гражданскихъ дѣлъ, въ настоящее время, существуетъ въ Англии, Шотландіи, Ирландіи (см. *Schuster*. Die bürgerl. Rechtsprf. in England. p. 155—157), въ Соединенныхъ Штатахъ Сѣверной Америки, затѣмъ въ Канадѣ, Австраліи и въ другихъ ан-

1) *Garsonnet*. Traité de procédure I p. 80, 81.

2) См. примѣры у *Bar*. Zur Frage der Geschwornen u. Schöffenrichte 1873 p. 13, 14.

3) *Westerkamp*. Soll die Jury in den deutsch. Civilprozess eingeführt werden въ Verhandl. d. XII deutsch. Juristentag. B. 1 p. 106.

4) *Ihering*. Der Zweck im Recht 1 Bd. 1877 p. 404--407.

гійскихъ колоніяхъ. Кромѣ того, онъ извѣстенъ для опредѣленнаго разряда дѣлъ въ Португаліи, въ Швеціи. Но въ послѣднее время во всѣхъ упомянутыхъ странахъ проявляется все болѣе и болѣе сильное сознание несостоятельности такого суда и если до сихъ поръ его вполнѣ и не отмѣнили, за то обставили разными ограничительными условіями (см. *Garsonnet. Traité de procédure* 1 p. 83 n. 28). Въ Англіи, на практикѣ, замѣчается сильное теченіе къ изытію гражданскихъ споровъ отъ суда присяжныхъ (*Schuster cit. p. 156*; см. цифры у *Ribot. Notice sur l'organisation judiciaire en Angleterre* въ *Annuaire de législat. étrang.* 1874 t. III p. 10 n. 2; p. 14 n. 1). — Затѣмъ, всѣ попытки ввести подобный судъ въ другихъ странахъ до сихъ поръ не имѣли никакого успѣха. Такъ, во Франціи, начиная съ 1789 г., насчитывается довольно большое число защитниковъ суда присяжныхъ въ гражданскихъ дѣлахъ. Къ нимъ причисляются, между прочимъ, такія имена, какъ *Cambacérés, Jousserandot, Tocqueville, Odilon Barrot*. Изъ новѣйшихъ укажемъ, для примѣра, на *Colfavru. La réforme judiciaire* 1884 p. 34 — 40. И въ Германіи не разъ на съѣздахъ юристовъ поднимали голоса извѣстные ученые за судъ присяжныхъ въ гражданскихъ дѣлахъ (см. напр., *Pfeiffer* въ *Verhandl. d. deutsch. Juristent.* V, 2; *Brunner* въ *Verhandl. d. d. Juristent.* IX Bd. 2 p. 317—358). Всѣ защитники такого суда полагаютъ, что „судъ присяжныхъ есть тотъ идеаль, къ которому рано или поздно приблизится и гражданскій судъ“ (слова *Prévost-Paradol* (liv. 2 chap. 7 p. 171), повторенныя у насъ г. *Муромцевымъ* въ *Юридич. Вѣстникѣ* 1880 N. 11 стр. 392). — На указанные недостатки отвѣчаютъ обыкновенно посторонними доводами. Такъ, на затрудненіе раздѣлить вопросъ факта и права приводятъ непремѣнное требованіе въ законахъ такого отдѣленія судьей (*Colfavru cit. p. 40, 41*). Но практика уже достаточно выяснила, что такое отдѣленіе весьма трудно даже для кассационнаго суда, въ который дѣло поступаетъ уже разработаннымъ и выясненнымъ. Затѣмъ, говорятъ, что если не допускать суда присяжныхъ въ гражданскихъ дѣлахъ, то нѣтъ основанія удерживать таковой и въ уголовныхъ дѣлахъ. Такая ссылка на уголовный судъ весьма неосновательна. На

вопросы о виновности и обстоятельствахъ для снисхожденія нетрудно дать должный отвѣтъ людямъ добросовѣстнымъ и обладающимъ простымъ здравымъ смысломъ. Далеко не такъ легко, безъ спеціальной подготовки въ гражданскомъ правѣ, рѣшать соотвѣтствующіе вопросы, въ которыхъ рѣчь идетъ о констукціи данныхъ отношеній согласно извѣстнымъ правовымъ понятіямъ, чисто объективнымъ, извѣстнымъ предположеніямъ правового института (см. *Bar* въ *Verhandl. d. IX deutsch. Juristent.* Bd. 2 p. 318, 319). — На сколько трудно довѣрять правовому сознанію присяжныхъ видно уже изъ того, что сами защитники этого суда измышляли различные способы разъясненія присяжнымъ права. Такъ, напримѣръ, хотѣли открыть доступъ въ совѣщательную комнату присяжныхъ особому совѣтнику изъ числа членовъ суда; хотѣли предоставить присяжнымъ право обращаться къ суду съ вопросами о правовыхъ положеніяхъ, необходимыхъ для вердикта и т. д. (см. *Азаревичъ. Правда* стр. 19). Въ Англіи предѣдательствующій судья даетъ присяжнымъ самъ наставленіе въ правѣ (*charge*), изъ чего состоитъ главная часть производства въ гражданскихъ дѣлахъ. Изъ этого наставленія обыкновенно уже можно предвидѣть рѣшеніе присяжныхъ. Судья какъ бы указываетъ пальцемъ на рѣшеніе, на которомъ должны остановиться присяжные (*Bordeaux. Philosophie de la proc. civ.* p. 270). — Одно вѣрно, что судъ присяжныхъ въ гражданскихъ дѣлахъ способенъ поколебать правовой порядокъ, или, — что все равно, — какъ выражаются его защитники, сдѣлать юриспруденцію болѣе реалистическою, освободить ее отъ абстрактивныхъ понятій (*Bar. Recht u. Beweis* p. 221).

Основные начала гражданского процесса.

Общія условія.

Первыя требованія заявляемыя къ гражданскому процессу, сводятся къ слѣдующему: судъ скорый, правый и милостивый ¹⁾.

¹⁾ Указъ 20 Ноября 1864 г.

Судъ скорый. — Интересы публичнаго мира не допускаютъ долгихъ процессовъ и до безконечности отлагаемыхъ рѣшеній. Для скорого же возстановленія нарушеннаго права необходимы два условія: доступность суда и быстрота въ отправленіи имъ правосудія.

Необходимымъ требованіемъ всякаго хорошаго процесса будетъ доступность суда, легкость въ судебномъ преслѣдованіи своего права. Въ этомъ отношеніи сдѣлано весьма много въ Судебныхъ Уставахъ и въ послѣдующемъ законодательствѣ ¹⁾, хотя въ общемъ остается еще многого желать ²⁾. Такъ, исканіе правосудія въ мѣстѣ постоянного нахождения суда, при сравнительно обширномъ судебномъ округѣ, ставитъ потерпѣвшаго нерѣдко въ тяжелое положеніе. Поэтому положительно слѣдуетъ признать полезнымъ учрежденіе перевѣжающихъ судовъ, которые приносили бы свою помощь къ самымъ дверямъ жилища потерпѣвшаго, ибо лучше заставлять дѣлать перевѣзды судей, чѣмъ тяжущихся и свидѣтелей ³⁾. — Но затѣмъ на сколько доступность суда желательна при дѣйствительномъ нарушеніи правъ, на столько же она можетъ способствовать развитію сутяжничества, предъявленію неосновательныхъ исковъ. Противъ послѣдняго зла и теорія и законодательство обыкновенно указываютъ лишь на одно средство способное его сдержать, а именно — на разныя денежные уплаты въ видѣ покрытія всѣхъ судебныхъ издержекъ по дѣлу ⁴⁾, или просто штрафа.

Уже въ римскомъ правѣ принимались мѣры противъ сутяги (Inst. Tit. de poena temere litigantium 4, 17), подъ которымъ разумѣется тотъ, qui intelligit, se non recte agere sed vexandi adversarii gratia actionem instituit potiusque ex iudicis errore vel iniquitate victoriam sperat quam ex causa veritatis (Gajus 4 § 178). По

¹⁾ Въ Положенія о земскихъ участковыхъ начальникахъ.

²⁾ См. Ярошъ. Чувство закон. и мировая юстиція стр. 41—43.

³⁾ Bertrand. Les cours de comté en Angleterre. Bulletin d. l. Societé de lég. comparée 1873 t. II p. 386.

⁴⁾ См. различныя теоріи судебныхъ издержекъ у Waldner. Die Lehre v. d. Prozesskosten 1883 p. 4.

нѣкоторымъ современнымъ законодательствамъ вчиняющій завѣдомо неправильный искъ (*calumnia*) подвергается, въ видѣ наказанія, не только денежному штрафу, но и личному аресту и другимъ послѣдствіямъ, какъ, напр., по австрійскому праву (см. *Menger. Rechte und Pflichten der Processparteien* въ *Zeitschrift f. d. Privat- u. Oeffentl. Recht* 1880 Bd. 7 p. 653—655).

Взысканіе штрафа, извѣстное прежнимъ нашимъ судопроизводственнымъ законамъ ¹⁾, въ случаяхъ неправаго предъявленія иска и подачу апелляціи, признано редакторами Уставовъ нецѣлесообразнымъ, въ виду возможнаго заблужденія истца и апеллятора въ своемъ правѣ ²⁾, и поэтому отмѣнено ³⁾. Такимъ образомъ при доступности суда предъявленіе неправыхъ исковъ не останавливается ничѣмъ инымъ, какъ уплатой судебныхъ издержекъ ⁴⁾. Но то, что можетъ составлять затрудненіе для несостоятельнаго истца, не будетъ имѣть значенія для богатаго лица. Поэтому можно сомнѣваться въ достаточности подобныхъ средствъ противъ сутяжничества.

Въ наукѣ уже давно измышляются разные приемы противъ этого зла. Такъ, напр., предлагалось, чтобы всякій искъ предварительно подлежалъ изслѣдованію въ судѣ и, по оказавшейся неосновательности, не допускался бы до разбирательства. *Selves. Mort aux procès* 1840).

Отъ суда требуется по мѣрѣ возможности быстраго отправленія правосудія. Разумѣется, быстрота производства не должна идти въ ущербъ основательности изслѣдованія и рѣшенія дѣла, но, соблюдая это требованіе, судъ не долженъ допускать волокиты, столь извѣстной въ нашей прежней судебной практикѣ ⁵⁾. Помимо того, что промедленіе есть само по себѣ несправедливость, для гражда-

¹⁾ Ст. 227—241 т. X ч. 2 изд. 1857.

²⁾ Записка Госуд. Канц. стр. 50, 51; мотивы къ ст. 13 У. гр. суд.

³⁾ Тоже въ Германіи. См. *Bar. D. deutsch. Civilpr. p. 34.* Но въ Австріи штрафы еще практикуются. См. *Ullmann. Oesterr. Zivilpr. p. 81—83.*

⁴⁾ См. ниже о возмездности судебной помощи.

⁵⁾ Соображенія госуд. канцеляріи 1862 г. стр. 1, 2.

нина не можетъ быть ничего столь тягостнаго и давящаго, какъ неизвѣстность въ своихъ правахъ, не говоря уже о томъ, что такая неизвѣстность задерживаетъ его въ распоряженіи своимъ имуществомъ. Медленный судъ рождаетъ увѣренность въ дѣйствительность судебной помощи и заставляетъ его избѣгать, отдавая въ жертву свои поправныя права ¹⁾. Поэтому всему законодательству предоставляютъ тяжущимся подавать жалобу на проволочку судовъ (*querela protractae justitiae*) ²⁾ и подвергаютъ виновныхъ въ томъ взысканію ³⁾.

Замедленіе въ производствѣ можетъ истекать не только отъ суда, но и отъ тяжущихся. Въ силу состязательности гражданского процесса фактическій матеріалъ и доказательства представляются самими сторонами, которыя этимъ могли бы затягивать производство, если бы не было установлено начало своевременности ⁴⁾ (судебные сроки), по которому не предъявленное въ опредѣленныя стадии производства не берется въ немъ во вниманіе ⁵⁾.

Судъ правый.— При осуществленіи права судомъ, послѣдній обязанъ проявлять ту силу воли и тѣ нравственныя начала, которыя устраняли бы въ его дѣятельности вліяніе ненависти или дружбы, состраданія или страха передъ людьми, и тому подобныхъ чисто личныхъ мотивовъ. Въ этомъ заключается справедливость въ субъективномъ смыслѣ слова ⁶⁾.

Римляне ее опредѣляли, какъ *constans ac perpetua voluntas suum cuique tribuendi* L. 10 pr. D. 1, I.

¹⁾ См. Ярошичъ Чув. зак. и мир. юстиція стр. 52—56.

²⁾ Ст. 167, 168, 784, 785 У. гр. суд. См. ниже.

³⁾ Уже у Римлянъ см. L. 13 § 8 С. 3, 1; Nov. 17 с. 3; Nov. 86 с. 1. *Wetzell.* System § 38 n. 10; § 61 n. 9 sq.—*Cod. di pr. civ. art. 61.*

⁴⁾ *Eventualmaxime (= princip).*

⁵⁾ *Rintelten.* Prozessr. 1 p. 11. — О происхожденіи этого принципа и его значеніи въ прежнемъ судопроизводствѣ см. *Albrecht.* Die Ausbildung des Eventualprinzips im gemeinen Civilprocess 1837.

⁶⁾ *Ihering.* Zweck im Rechte 1 p. 389, 390.

Въ основныхъ началахъ нашего положительнаго права постановлено, что вообще, „законы должны быть исполняемы безпристрастно, не смотря на лица и не внимая ничьимъ требованіямъ и предложеніямъ“ ¹⁾.

Въ основныхъ началахъ нашего положительнаго права постановлено, что вообще, „законы должны быть исполняемы безпристрастно, не смотря на лица и не внимая ничьимъ требованіямъ и предложеніямъ“ ¹⁾.

Ст. 64 основ. зак.

Судъ милостивый.— По общему назначенію гражданского суда дѣятельность его направлена на признаніе правъ согласно положительнымъ нормамъ. Судъ не можетъ отказывать въ этомъ признаніи иначе, какъ на законномъ основаніи; всякое иное отношеніе къ частному праву ему закрыто. Лишь самъ управомоченный можетъ поступиться своимъ правомъ; отказаться отъ него въ цѣломъ или въ части. Но засимъ, какія бы суровыя послѣдствія для отвѣтчика ни влекло за собою признаніе права истца, судъ не можетъ въ этомъ отказать только въ силу сердечнаго участія. Не даромъ Фемиды изображена съ повязкой на глазахъ; она не должна впадать въ чувствительность, чтобы не погрѣшить противъ безпристрастія ²⁾.

Изъ сказаннаго, однако, не слѣдуетъ, чтобы все дѣло суда ограничивалось однимъ голымъ признаніемъ правъ. Какъ общественный органъ, предназначенный устранять извѣстныя жизненныя отношенія, судъ обязанъ, не нарушая законовъ, считаться съ господствующими этическими началами челоуѣчности. Онъ не долженъ успокаиваться на извѣстномъ афоризмѣ: „да совершится правосудіе, а тамъ погибай весь міръ“ ³⁾, со всеми его суровыми послѣдствіями; наоборотъ онъ долженъ удовлетворить общественной морали, внося въ свою дѣятельность возможное милосердіе, считааясь съ началами гуманитарными. Поэтому, присуждая отвѣтчика, судъ не долженъ подавлять его всею тяжестью общественной власти, но обязанъ считаться съ частными условіями, въ которыя онъ будетъ поставленъ процессомъ и рѣшеніемъ, и сдѣлать все необходимое для облегченія созданнаго этимъ положенія, если послѣдствія его могутъ оказаться чрезмѣрно тяжкими.

¹⁾ Ст. 64 основ. зак.

²⁾ *Азаревичъ.* Соблюденіе законовъ стр. 5.

³⁾ *Fiat justitia, pereat mundus.*

67 Судъ милостивый признаетъ въ положительномъ законѣ, если онъ объявляетъ опредѣленныя права гражданамъ, то онъ не долженъ отказывать въ этомъ признаніи иначе, какъ на законномъ основаніи. Судъ не долженъ отказывать въ этомъ признаніи иначе, какъ на законномъ основаніи. Судъ не долженъ отказывать въ этомъ признаніи иначе, какъ на законномъ основаніи.

На Западѣ проводится и противное отношеніе къ должникамъ. Такъ пр. Терингъ энергично возстаетъ противъ всякаго послабленія гражданскому отвѣтчику. Онъ весь становится на сторону кредитора: „должно заботиться лишь о томъ, чтобы кредиторъ осуществилъ свое право, хотя бы чрезъ это должникъ разорился“ (Thering. Kampf um's Recht p. 80, 88, 94. Ср. Азаревичъ. Рудольфъ фонъ Терингъ въ Журн. Гражд. и Уг. права 1882 г. кн. 9 стр. 114—117).

Съ этой цѣлью судъ истолковываетъ законъ въ смыслѣ снисхожденія ¹⁾, дѣлаетъ разрочку платежа ²⁾, пытается рѣшить споръ соглашеніемъ тяжущихся, ихъ примиреніемъ ³⁾, и тому подобными путями лишаетъ осуществленіе правъ характера жестокаго, немилосерднаго акта.

Въ этомъ заключается назначеніе суда—быть не только правымъ, но и милосерднымъ ⁴⁾. Нашъ законодатель не разъ провозглашалъ: „да правда и милость царствуютъ въ судахъ“ ⁵⁾.

Манифестъ 19 марта 1856. Указъ 20 ноября 1857 г.

Признаки гражданского процесса.

Изложенныя до сихъ поръ требованія къ гражданскому процессу,—судъ скорый, правый и милостивый,—обусловливаютъ извѣстные формальные его признаки.

Простота производства.—Прежде всего производство въ гражданскихъ судахъ должно по мѣрѣ возможности отличаться ббльшей простотой и слѣдовательно избѣгать излишняго формализма.

Не подлежитъ сомнѣнію, что извѣстныя правила и формальности процедуры не только полезны, но и необходимы въ интересѣ

- 1) Benignius leges interpretandae sunt L. 18 D. 1, 3.
- 2) Уст. гражд. суд. ст. 136.
- 3) Уст. гражд. суд. ст. 70, 337, 361.
- 4) Гольмстенъ. „Правда и милость“ въ гражданскомъ судѣ. Юридическая Лѣтопись 1890 Январь стр. 6—21.
- 5) Манифестъ 19-го Марта 1856 г.; Указъ 20 Ноября 1864 года.

Въ виду того, что при современном состоянии права, особенно въ области гражданского процесса, наблюдается тенденція къ усложненію формальныхъ признаковъ, необходимо стремиться къ тому, чтобы эти признаки не превратились въ самоцѣль, а служили лишь средствомъ для достиженія справедливости и быстроты правосудія.

отправленія правосудія и въ интересѣ сторонъ. Они устраняютъ беспорядокъ, произволь, путаницу въ производствѣ, способствуютъ тому, что гражданинъ получаетъ судью указанного закономъ, предупреждаютъ судебныя ошибки, излишнія затрудненія для сторонъ, и въ общемъ обезпечиваютъ правильность рѣшенія, давая судѣ чувствовать во всемъ производствѣ господство закона ¹⁾.

По выраженію Теринга (Geist d. heut. röm. Rechts Bd. 3 p. 164), форма, будучи заклятымъ врагомъ произвола, есть однолѣтняя сестра свободы.

Но при всей необходимости формъ производства слѣдуетъ избѣгать ихъ излишества ²⁾. Не надо забывать, что формальности судебного производства — только средства для достиженія цѣлей правосудія. Если они этому не соответствуютъ, или даже идутъ далѣе того, то они становятся тягостными, затрудняютъ осуществленіе права и тѣмъ становятся несправедливыми. Поэтому лишь цѣлесообразныя формальности должны быть соблюдаемы, несущественныя же могутъ быть опущены.

Въ извѣстные періоды развитія правовыхъ институтовъ, сложности и многочисленности законовъ процедура легко вырождается и служитъ источникомъ всякой несправедливости ³⁾. На Западѣ такими свойствами отличался формализмъ феодальный, господствовавшій, въ смягченномъ видѣ, еще недавно въ англійскихъ судахъ ⁴⁾. Излишекъ процедуры во Франціи отъ 16—18 вѣка включительно заставлялъ смотрѣть на судебныя формы, какъ на такія искусственныя средства, которыя способствуютъ торжеству неправа ⁵⁾. За

1) Carré-Chauveau. Lois de la proc. v. I. Introd. n. 10; Garsonnet. Traité 2 p. 6, 7.

2) См. уже Montesquieu. Esprit des lois liv. VII ch. 2; liv. XXIX ch. 1.

3) Въ этихъ случаяхъ, по выраженію французовъ, la forme emporte le fond.

4) До акта 5 Августа 1873 г. for the constitution of a supreme court of England.

5) См. напр. Brunner. Wort und Form der altfranzösischen Prozesse (въ Sitzungsber. d. Akad. der Wissensch. Bd. 57 p. 738 sq.).

Въ виду того, что при современном состоянии права, особенно въ области гражданского процесса, наблюдается тенденція къ усложненію формальныхъ признаковъ, необходимо стремиться къ тому, чтобы эти признаки не превратились въ самоцѣль, а служили лишь средствомъ для достиженія справедливости и быстроты правосудія.

437

тѣмъ, кто не слышалъ о злоупотребленіяхъ формою въ нашихъ дореформенныхъ судахъ. Вотъ подобныя явленія вызывали временами нападки на процедуру, какъ на вредное измышленіе, и зарождали попытки освободить судебное производство отъ какихъ либо формъ ¹⁾. Крайность подобнаго отношенія къ процедурѣ должна была уступить передъ жизненною необходимостью судебныхъ формъ при сознаніи нецѣлесообразнаго ихъ развитія ²⁾.

Было время въ 18-омъ вѣкѣ, когда публицисты, видя злоупотребленія судей и тяжущихся, доходили до отрицанія необходимости процессуальныхъ формъ и вообще судебныхъ установленій. Въ 1793 г. во Франціи семейные совѣты и публичные посредники (*arbitres publics*) на цѣлыхъ 4 года почти отмѣнили суды. Но въ концѣ концовъ вся эта попытка признана была чистою утопіей. *Bordeaux. Philosophie* p. 9.

Устность гражданскаго процесса ³⁾.— Устность производства можно понимать въ двоякомъ смыслѣ: 1) Устность можетъ выражаться въ томъ, что уже существующій процессуальный матеріалъ подлежитъ, въ присутствіи суда и сторонъ, устному разъясненію; стороны лично излагаютъ суду ихъ точку зрѣнія на этотъ матеріалъ и судъ лично знакомится съ такимъ отношеніемъ сторонъ. Такова была устность въ нѣкоторыхъ прежнихъ процессуальныхъ законодательствахъ (напр. въ прусскомъ) ⁴⁾. 2) Устное производство можетъ состоять въ томъ, что судъ рѣшающій споръ пріобрѣтаетъ основу для рѣшенія впервые изъ

¹⁾ *Bordeaux. Philosophie* d. l. p. 56—58.

²⁾ Насколько получило примѣненіе такое сознаніе въ нашихъ Уставахъ будетъ изложено ниже; а пока см., напр., *Яросл. Чув. зак. и мир. юстиція* стр. 43—52.

³⁾ См. *Feuerbach. Betrachtungen ueber die Oeffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege* 2 Bd. 1823, 1825; *Kopezky. Ueber Mündlichkeit u. Schriftlichkeit des Gerichtsverfahrens bei Civil-Rechtsstreitigkeiten* 1847. *Koffka. Mündlichkeit u. Unmittelbarkeit in Civilprozess* 1887.

⁴⁾ См. *Garsonnet. Traité* 2 p. 85 n. 11.

словеснаго обмѣна мысли со сторонами (ихъ представителями), со свидѣтелями, свѣдующими людьми. Тутъ стороны впервые и на словахъ устанавливають передъ судомъ спорныя обстоятельства и тѣмъ впервые дѣлають ихъ процессуальнымъ матеріаломъ, и судъ не долженъ брать во вниманіе ничего того, что не было предъявлено ему въ словесномъ производствѣ. — Въ этомъ второмъ смыслѣ признана устность новѣйшими законодательствами, какъ общій принципъ гражданскаго процесса.

Уст. Гр. Суд. ст. 4, 329 слѣд. и особенно ст. 339; Правила 29 Дек. 1889 ст. 2. — D. C. Pr. Ordn. §§ 119, 280.— Code de proc. civ. art. 93—115.— Cod. di proc. civ. art. 348 sq.

Притомъ, однако, ни въ одномъ изъ современныхъ законодательствъ устность въ послѣднемъ смыслѣ не проведена строго послѣдовательно; сторонамъ нерѣдко приходится давать устные объясненія по готовому уже процессуальному матеріалу, какъ-то въ тѣхъ случаяхъ, когда ранѣе составленный протоколъ является основой рѣшенія ¹⁾. Напр., предъ кассационнымъ судомъ объясненія, добаваемыя сторонами суть только комментаріи къ предъявленнымъ бумагамъ ²⁾.

Противоположность устному производству составляетъ письменное производство. По началу письменности основа рѣшенія состоитъ въ письменномъ закрѣпленіи притязаній сторонъ и результата доказательствъ. Письменное производство будетъ тогда, когда весь обмѣнъ мыслей, касающійся рѣшенія правового спора, между судомъ и сторонами происходитъ на письмѣ и только этимъ путемъ получаетъ правовую дѣйствительность ³⁾. Въ письменномъ процессѣ принимается правило: quod non est in actis non est in mundo, — въ томъ его смыслѣ, что помимо содержанія актовъ судья не имѣетъ права давать значеніе какимъ либо инымъ обстоятельствамъ и доказательствамъ. Въ западной Европѣ письменность

¹⁾ *Koffka* cit. p. 5—9.

²⁾ *Garsonnet. Traité* 2 p. 84. См. ниже.

³⁾ *Kopezky* cit. p. 33.

2387 Там же где упоминается
 оговоро на документ и т.д.
 мабимши у ашра, прораба
 и т.д.

процесса возникла и развилась под влиянием канонического права ¹⁾. У нас эта форма производства окончательно утвердилась въ дореформенномъ судѣ ²⁾.

Итакъ въ устномъ производствѣ споръ рѣшается только на основаніи сказаннаго, въ письменномъ — на основаніи написаннаго. Поэтому сущность устности заключается не въ томъ, чтобы въ процессѣ не было никакихъ письменныхъ дѣйствій сторонъ, чтобы вообще ничего не было писано, а въ томъ, чтобы письмо не служило основой производства. Устность производства можетъ не сопровождаться вовсе какою либо письменностью, какъ, напр., въ низшихъ судахъ (у мировыхъ судей, земскихъ начальниковъ и др.). Въ другихъ случаяхъ устного процесса, какъ-то въ судахъ общихъ, многое подлежитъ занесенію на письмѣ, но послѣднее, въ современныхъ законодательствахъ, имѣетъ особыя цѣли, а именно: или подготовки къ производству (обмѣнъ состязательныхъ бумагъ между сторонами), или сохраненія того, что происходило въ словесномъ производствѣ (документальная отмѣтка о судебныхъ дѣйствіяхъ).

Не всегда, однако, предъявленіе письменныхъ актовъ имѣетъ приготовительное значеніе. Иногда письменный актъ связываетъ стороны и служитъ обязательной основой для постановленія судомъ рѣшенія. Таково значеніе, напр., искового прошенія, жалобы на отмѣну рѣшенія и другихъ тому подобныхъ просьбъ, подаваемыхъ суду письменно. Хотя содержаніе этихъ актовъ и можетъ быть, въ извѣстной степени, измѣнено въ устномъ производствѣ (см. ниже), но въ общемъ они связываютъ стороны и полагаются въ основу судебного рѣшенія, опредѣленія. Тутъ нельзя не видѣть отступленія отъ начала устности процесса (см. *Endemann. D. deutsch. Civilpr.* 1 p. 444, 445; *Garsonnet. Traité* p. 85). Иногда же законодатель допускаетъ разсмотрѣніе и рѣшеніе дѣла по существу на основаніи однихъ писанныхъ актовъ (иска и объясненія) безъ всякаго словеснаго объясненія

¹⁾ *Huc. Etudes histor. sur la procédure civile* въ *Revue crit. d. législat. et d. jurisprud.* t. 9 p. 19 sq.

²⁾ Т. X ч. 2 изд. 1857 г. ст. 456, 467 и др.

7332.333.
34.

тяжущихся (Законъ 12 Іюня 1890 г. ст. 718 п. 3 У. гр. суд. о рѣшеніи при неявкѣ обѣихъ сторонъ). Если же въ спорѣ объ имуществѣ одна изъ сторонъ явится о разрѣшеніи спора безъ участія др. стороны, то въ этомъ не подлежитъ возм. осп.

Современная теорія обыкновенно отдаетъ преимущество устному процессу передъ письменнымъ. Въ устности она видитъ лучшее средство какъ къ ускоренію хода процесса, такъ въ особенности также къ установленію матеріальной правды ¹⁾.

Иногда въ литературѣ высказывается воззрѣніе и за преимущество письменнаго процесса передъ устнымъ (см. у *Bordeaux. Philosophie de la proc. civ.* p. 266 — 268; *Bähr. Der deutsch. Civilprozess in praktischer Bethätigung* въ *Jahrb. f. die Dogmatik d. heut. röm. u. deutsch. Privatr.* Bd. 23 N. F. 11). Сторонники письменности думаютъ, что обстоятельства дѣла выясняются лучше при чтеніи письменныхъ объясненій, чѣмъ при выслушиваніи рѣчей, особенно адвокатовъ, часто преднамѣренно запутывающихъ дѣло (см. напр. *Plathner. Gutachten d. 2 Juristent.* 2 Bd. p. 116—122). Наоборотъ, защитники устности полагаютъ, что устная защита дѣла, въ живыхъ соображеніяхъ и рѣчахъ способствуетъ лучшему выясненію дѣла (*Bar* въ *Gutachten d. 9 Juristent.* 2 Bd. p. 9 sq.). Правильнѣе думаютъ тѣ, которые рекомендуютъ смѣшанное производство изъ письменнаго и устнаго, причемъ обстоятельства спора были бы устанавливаемы въ письменныхъ документахъ, а разъясненія и правовые выводы давались бы въ устномъ производствѣ (*Gneist. Verhandl. d. 9 Juristent.* 3 Bd. p. 251). Письменное объясненіе, всегда взвѣшанное, серьезно мотивированное, служитъ большимъ пособіемъ для суда и оказываетъ немалое влияние на редакцію рѣшенія. Въ сложныхъ дѣлахъ оно помогаетъ памяти судей при всякихъ неожиданностяхъ и мимолетности устныхъ преній. Но съ другой стороны нельзя ограничиться одною письменностью уже потому, что нѣтъ лучшаго способа для выясненія дѣла, какъ живое слово; а кромѣ того нѣтъ никакой гарантіи, чтобы письменное объясненіе было составлено съ должною ясностью, безъ явной попытки ввести въ заблужденіе, а затѣмъ,—чтобы оно было серьезно изучено, особен-

¹⁾ *Canstein. Die ration. Grundlag* p. 72.

но въ коллегіальномъ судѣ, въ которомъ дѣло поручается одному изъ членовъ, преподносящему остальнымъ лишь одно извлеченіе (см. ниже о докладѣ). См. *Lippmann* въ Arch. f. d. civ. Praxis Bd. 70 p. 82—103).

Устность производства всегда совпадаетъ съ непосредственностью производства. Последняя состоитъ въ томъ, что производство происходитъ непосредственно передъ судомъ; оборотъ между сторонами, свидѣтелями, свѣдующими людьми и судьей совершается прямо, безъ всякаго посредничества; предметы, подлежащіе сужденію, представляются судѣ на осмотръ по мѣрѣ возможности въ наличности или въ формѣ отчета о нихъ. Однимъ словомъ, въ непосредственномъ производствѣ подлежащій разсмотрѣнію матеріалъ процессуальный одновременно предлагается и объясняется; это — производство съ образованіемъ матеріала. Устное производство не можетъ быть инымъ, какъ непосредственнымъ; ибо разъ слово записано и въ этомъ видѣ представлено суду, то это уже не будетъ актомъ устного производства ¹⁾. Съ другой стороны непосредственность не совпадаетъ съ устностью; возможно непосредственное письменное производство. Оно будетъ состоять въ томъ, что производство закрѣпляется судомъ въ протоколѣ и только такимъ путемъ письменно установленное берется во вниманіе при рѣшеніи.

Вопросъ объ отношеніи устности къ непосредственности производства (*Mündlichkeit und Unmittelbarkeit der Verhandlung*) въ наукѣ споренъ. Одни процессуалисты отождествляютъ ихъ (*Bar. D. d. Civilpr. p. 9*), другіе различаютъ (*Menger. Oesterr. Civilpr. p. 389 sq.*); причемъ устанавливаются самые разнообразныя признаки той и другой (см. у *Koffka cit. p. 49—55*).

Гласность гражданского процесса ²⁾. — Съ устностью про-

¹⁾ *Canstein. Die ration. Grundl. p. 77. Cp. Koffka cit. p. 55—68.*

²⁾ *Friedmann. Die Oeffentlichkeit der Gerichtsverhandlungen 3 Af. 1887; Kleinfeller. Die Oeffentlichkeit des Gerichtsverfahrens въ Gerichtssaal 39 p. 417—470.*

цесса тѣсно связана гласность его. Подъ гласностью разумѣется такая сторона процесса, по которой процессуальные акты и дѣйствія открыты и доступны заинтересованнымъ лицамъ и публикѣ. Итакъ гласность можетъ быть двоякого рода: гласность относительно тяжущихся сторонъ и гласность внѣшняя или публичность ¹⁾.

Первая выражается въ томъ, что стороны имѣютъ доступъ въ засѣданіе суда, въ канцеляріи, могутъ осматривать всѣ бумаги, касающіяся ихъ, и требовать копій и справокъ со всѣхъ актовъ. Всякое требованіе и объясненіе одной стороны по существу дѣла имѣетъ быть сообщено другой сторонѣ для свѣдѣнія и возраженія. Публичность выражается въ доступности судебныхъ засѣданій для публики, т. е. для неучаствующихъ въ дѣлѣ лицъ, и въ правѣ печатать судебныя рѣшенія и извѣстія о всемъ, что происходило въ судебномъ засѣданіи. Публичность всегда соединена съ гласностью для сторонъ ²⁾, но не наоборотъ; последняя, имѣя въ основѣ начало непосредственности вполне самостоятельна отъ публичности процесса ³⁾.

Гласность признана общимъ началомъ въ современныхъ процессуальныхъ законодательствахъ, въ отличіе отъ прежней „канцелярской тайны.“

Учрежд. Суд. Уст. ст. 153; Уст. Гр. Суд. ст. 13, 324; Правила 29 Дек. 1889 г. ст. 2 (но въ засѣданія губернскихъ присутствій постороннія лица не допускаются ст. 135). — Code de proc. civ. art. 8, 87. — Codice di proc. civ. art. 52. — Deutsch. Gerichtsverf. §§ 170, 174.

Однако изъ этого начала гласности, по разнымъ основаніямъ, допускаются изъятія. Такъ гласность касается производства въ присутствіи суда по дѣлу; поэтому, прежде всего, во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда судъ не появляется въ публичномъ засѣданіи, дѣйствія его недоступны не только для публики, но иногда и для сто-

¹⁾ *Parteienöffentlichkeit u. Volksöffentlichkeit.*
²⁾ *Feuerbach. Betracht ueber Oeffentlichkeit p. 96, 147.*
³⁾ *Kleinfeller cit. p. 420, 421.*

4153. Свойства гражданскаго процесса, устная и письменная, гласность и тайна. Судья и стороны имеютъ право присутствовать въ засѣданіи суда. Тайна судопроизводства. Тайна канцелярской тайны. Судья и стороны имеютъ право присутствовать въ засѣданіи суда. Тайна судопроизводства. Тайна канцелярской тайны.

51. У. С. У.
 как составление
 распорядительных заседаний.
 52. У. С. У.
 моральные застенки
 перед лицом закона
 63. У. Т. С.
 сокращенное слово
 составлений, судья
 не в состоянии
 на суд, или, обидели
 мажоранты, не сра-
 дики по одному
 ент.
 325 У. С.
 по особому распоря-
 жению за
 когда бы предостере-
 жения, объявлять по
 правомерности, то суд
 в отношении
 обещания
 в постановлениях
 и не должно
 + двери. Восточ-
 но всегда объявляе-
 ть и замечается в
 заседаниях.
 68
 производство дел у М. С.
 слодия публицист и на словах,
 или заседаний морей
 негласное, если бы
 и одна сторона прося
 отомля мировой судья
 просьбу удовлетворить.

ронъ. Обсужденіе и голосованіе судей при постановленіи рѣшенія, распорядительныя засѣданія происходят негласно.

Учрежд. Суд. Уст. ст. 151, 152; Уст. Гр. Суд. ст. 693). — D. Gerichtsverfass. § 195. — Въ Англии голосованіе судей можетъ происходить и публично, и въ этомъ едва ли можно видѣть какую либо опасность для правосудія или умаленіе достоинства суда.

Затѣмъ, при самомъ разсмотрѣнн дѣла можетъ быть сдѣлано прямое отступленіе отъ начала гласности въ интересахъ религіи, общественнаго порядка или нравственности. Иногда такое ограниченіе публичности требуется ради правильности самого рѣшенія дѣла, такъ какъ и сами стороны и свидѣтели могутъ стѣсняться, давая передъ толпой извѣстнаго рода показанія ¹⁾.

У. Гр. С. ст. 325; Прав. 29 Дек. 1889 ст. 3—D. G. V. § 173. — Code de proc. art. 87.

Производство можетъ быть негласнымъ по просьбѣ сторонъ, когда судъ признаетъ эту просьбу уважительною, какъ, напр., въ брачныхъ дѣлахъ. Въ этихъ случаяхъ интересъ сторонъ можетъ быть признанъ выше тѣхъ гарантій, которыя предоставляются имъ гласностью и отъ которыхъ они сами отказываются.

У. Гр. С. ст. 68, 326; Прав. 29 Дек. 1889 г. ст. 3.— D. G. V. §§ 171, 172.— Code civ. art. 241.

Негласное производство должно сохраняться въ полной тайнѣ, никоимъ образомъ не подлежитъ опубликованію въ печати ²⁾.

Но по какому бы основанію ни было производство при закрытыхъ дверяхъ, рѣшеніе всегда провозглашается публично ³⁾.

У. Гр. С. ст. 700.—D. G. V. § 174.—Code de proc. civ. art. 862.—Противъ публичнаго объявленія рѣшенія по дѣламъ производившимся при закрытыхъ дверяхъ высказывалось такое возраженіе: въ нѣкоторыхъ процессахъ (напр. по семейнымъ спорамъ) невозможно форму-

1) *Friedmann cit. p. 19—21.*
 2) *Kleinfeller cit. p. 448 sq.*
 3) *Ср. Friedmann cit. p. 34 sq.*

Ст. 700
 Воспитывается по тому же
 суда инагласно не публично
 стужається, поднимается на
 или, какъ и въ томъ рѣшеніи
 гласно объявляемымъ въ
 откровенно, заседанияхъ судъ
 хотя бы словесно (сосредоточенно)
 происходило и при закры-
 тыхъ дверяхъ. Со времени подлинно
 резолюции, судья не в праве

Ст. 326.
 Судное заседание морей
 производится при закрытыхъ
 дверей и в томъ случаѣ
 когда бы стороны будучи
 обѣ стороны просили и судъ
 признать и удовлетворить

лировать рѣшеніе такимъ образомъ, чтобы не оскорбить чувство стыда и нравственности. Въ этихъ случаяхъ казалось бы всего правильнѣе сообщать сторонамъ состоявшееся рѣшеніе въ письменной формѣ. Но на это отвѣчаютъ, что всегда зависитъ отъ такта судьи дать рѣшенію такую формулировку, которая устраняла бы всякую возможность оскорбленія нравственнаго чувства (*Friedmann cit. p. 25—26*).

Затѣмъ, извѣстные разряды лицъ вообще не допускаются въ засѣданіе суда, какъ-то малолѣтніе, учащіеся въ учебныхъ заведеніяхъ, а также всѣ находящіеся въ неприличномъ видѣ.

Законъ 12 Февраля 1887 г., (ст. 620¹ У. уг. суд. Прав. 29 Дек. 1889 г. пр. у. зем. у. н. ст. 2. Ср. D. G. V. § 176 и австрійскій законъ 1873.—Запрещеніе общес- для всѣхъ учащихся представляется иногда непонятнымъ, какъ-то по отношенію къ студентамъ, особенно юридическихъ факультетовъ (*Тютрюмовъ въ Юр. Вѣст. 1890 г. т. 5 кн. 1, 2 стр. 249—251*). Для послѣднихъ несомнѣнно посѣщенія судебныхъ засѣданій содѣйствуютъ успѣху ихъ учебныхъ занятій, а потому едва ли можно требовать еще особаго на то разрѣшенія предсѣдателя (прим. къ 620¹ У. уг. суд.).

Наконецъ, въ случаяхъ злоупотребленія публичностью для нарушенія судебного производства, для причиненія всякихъ затрудненій суду въ отправленіи имъ своихъ обязанностей, зала засѣданія можетъ быть очищена отъ лицъ, замѣченныхъ въ непристойномъ поведеніи.

Ст. 154-158 У. С. У. Учрежд. С. Уст. ст. 154—158.—Code de proc. civ. art. 89.—D. Ger. V. §§ 173—185.

Теорія рѣшительно высказывается за гласность производства. Совершенно основательно полагаютъ, что юстиція есть дѣло свѣта, а не потемковъ. Въ гласности видать ¹⁾ узду для страстей и для дурныхъ судей. Гласность ставитъ всѣхъ дѣйствующихъ въ процесѣ лицъ подъ самый дѣйствительный контроль. Она въ своемъ родѣ есть участіе народа въ судебномъ установленіи права. Судьи,

1) *Bordeaux. Philosophie ch. 20 p. 262—266.*

Ст. 4. У. С.
 в судѣ
 малолѣтнихъ и
 учащихся в учебн.
 заведеніяхъ.
 Д. Г. V. § 176
 и австрійскій законъ
 1873.—Запрещеніе
 общес-
 для всѣхъ учащихся
 представляется
 иногда непонятнымъ,
 какъ-то по отношенію
 къ студентамъ,
 особенно юридическихъ
 факультетовъ
 (Тютрюмовъ въ Юр.
 Вѣст. 1890 г.
 т. 5 кн. 1, 2 стр.
 249—251).
 Для послѣднихъ
 несомнѣнно
 посѣщенія судебныхъ
 засѣданій содѣйствуютъ
 успѣху ихъ учебныхъ
 занятій, а потому
 едва ли можно
 требовать еще
 особаго на то
 разрѣшенія
 предсѣдателя
 (прим. къ 620¹
 У. уг. суд.).
 Судьи.
 Совершенно
 основательно
 полагаютъ,
 что юстиція
 есть дѣло
 свѣта,
 а не потемковъ.
 Въ гласности
 видать
 узду для
 страстей и
 для дурныхъ
 судей.
 Гласность
 ставитъ
 всѣхъ
 дѣйствующихъ
 въ процесѣ
 лицъ
 подъ самый
 дѣйствительный
 контроль.
 Она въ своемъ
 родѣ
 есть
 участіе
 народа
 въ
 судебномъ
 установленіи
 права.
 Судьи,
 лируютъ
 рѣшеніе
 такимъ
 образомъ,
 чтобы
 не
 оскорбить
 чувство
 стыда
 и
 нравственности.
 Въ
 этихъ
 случаяхъ
 казалось
 бы
 всего
 правильнѣе
 сообщать
 сторонамъ
 состоявшееся
 рѣшеніе
 въ
 письменной
 формѣ.
 Но
 на
 это
 отвѣчаютъ,
 что
 всегда
 зависитъ
 отъ
 такта
 судьи
 дать
 рѣшенію
 такую
 формулировку,
 которая
 устраняла
 бы
 всякую
 возможность
 оскорбленія
 нравственнаго
 чувства
 (Friedmann
 cit. p. 25—26).

отправляя свои обязанности, находятся под надзоромъ народа въ лицѣ не только присутствующихъ въ судѣ, но и тѣхъ, кто могъ присутствовать въ немъ 1). Поэтому гласность служить побужденіемъ для самыхъ судей къ тщательному разсмотрѣнію дѣлъ и правосудному ихъ рѣшенію 2). По словамъ Бентама публичность есть самое естественное и самое дѣйствительное средство для подчиненія судей закону и всѣмъ распоряженіямъ въ немъ заключающимся 3). — Нравственный авторитетъ судебныхъ рѣшеній во многомъ зависитъ отъ публичности засѣданій; рѣшенія, поставленныя послѣ публичнаго разсмотрѣнія дѣла, внушаютъ большее довѣріе 4), чѣмъ рѣшенія, вынесенныя изъ тайной лабораторіи 5) — Наконецъ, гласность производства имѣетъ для народа большую воспитательную силу; она способствуетъ распространенію и утвержденію въ публикѣ истинныхъ правовыхъ понятій.

Вотъ всѣ эти интересы, соединенныя съ гласностью, заставляютъ лицъ, взывающихъ о судебной помощи къ государству, дѣлать свое дѣло дѣломъ публичнаго интереса.

Система судебныхъ доказательствъ. — Одно изъ рѣшительныхъ влияній на общее положеніе процесса оказываетъ принятая для него система судебныхъ доказательствъ.

Для установленія фактической стороны дѣла открыты различные пути. Для дѣйствующаго права они обусловливаются нравами, образомъ мышленія, степенью образованности, и, въ извѣстной мѣрѣ, публичною жизнью даннаго народа. Но все возможное ихъ разнообразіе сводится къ двумъ системамъ: *формальной* (легальной) и *матеріальной* (логической) системѣ доказательствъ.

1) *Friedmann cit. p. 11.*

2) Журналь Госуд. Сов. 1862 г. N. 65.

3) Бентамъ говорилъ: „если великіе судьи Англіи—лучшіе судьи въ свѣтѣ, то это потому, что они подъ лучшимъ надзоромъ.“

4) См. мотивы къ ст. 620 У. Угол. Суд.

5) *Garsonnet. Traité 2 p. 93.*

Амстери по дороборителю свидѣтелей, поименно и въ формѣ показаній, отъ мировыхъ судей.

Первая принуждаетъ судью принимать истинными факты, когда имѣются разъ на всегда предписанныя закономъ требованія для доказыванія, и не признавать ихъ таковыми, если не имѣется меньшаго изъ предписанныхъ доказательствъ (такъ наз. положительная и отрицательная формальная теорія). Вторая система направлена на то, чтобы опредѣлить убѣжденіе судьи относительно обстоятельствъ даннаго случая 1). „Формальная система вводитъ роль судьи въ оцѣнкѣ доказательствъ въ опредѣленные законные предѣлы, тогда какъ матеріальная основана на свободѣ убѣжденія судьи, на по оцѣнкѣ убѣжденію совѣсти“.

На Западѣ и у насъ въ прежнее время господствовала формальная система доказательствъ. На основаніи этой системы стороны давали суду уже готовые результаты доказательствъ; такъ судъ долженъ былъ постановить рѣшеніе согласно присяги сторонъ, исходя поединка, пробѣ раскаленнымъ желѣзомъ и т. п.

По Судной псковской грамотѣ и Судебникамъ судебныя поединки допускались не только между тяжущимися но и между свидѣтелями (послухи), при несогласіи ихъ показаній. Яркіе примѣры формальной системы доказательствъ даетъ еще дореформенный судъ, какъ напр. въ ст. 405 т. X ч. 2 изд. 1857 г. предписывалось, въ случаѣ противорѣчія свидѣтельскихъ показаній, „давать преимущество мушцінѣ передъ женщиною, знатному передъ незнатнымъ, ученому передъ неученымъ, духовному передъ свѣтскимъ.“

Наоборотъ, уже въ римскомъ правѣ и затѣмъ во всѣхъ современныхъ законодательствахъ принята *матеріальная система* доказательствъ, на основаніи которой судья долженъ самъ извлекать результаты изъ критической оцѣнки свидѣтельскихъ показаній, документовъ и т. д.

Уст. гр. суд. ст. 102, 411; 129, 437, 459; 533 и др.—Civ. Proz. Ordn. § 259.—Code de proc. civ. art. 254, 295, 322 др.; Code civil. art. 1366.

При этой системѣ первоначальныя утвержденія сторонъ

1) *Bar. D. deutsch. Civilprocessrecht p. 7—9.*

Ст. 411. Сама свѣдѣнія, а не показаній, а не доверчивости кѣмъ, доказательствъ, и вѣроятности ея заимѣ, опредѣляе судью, который вѣдываетъ нѣтъ рѣшенію осп. по тому свѣдѣн. примѣръ, и за вѣрность, или дано здѣсь рѣшеніе одного свѣдѣн. въ предѣлѣ по ка...

в. в. в. в.

п. в.

Ст. 459. Определеніе суда и преимущественно формальныхъ и др. реформированныхъ свѣдѣн. отъ земскихъ судей. Ст. 533 Судъ не обязанъ принимать мнѣніе свѣтскихъ мотивъ, неслучайному...

гутъ быть модифицированы согласно результатамъ приведенныхъ доказательствъ, а кромѣ того самъ судъ сохраняетъ свободу дѣйствія до окончательнаго сужденія о приведенныхъ доказательствахъ.

Теорія рѣшительно высказывается въ пользу матеріальной системы доказательствъ ¹⁾; ибо только эта система обеспечиваетъ достиженіе матеріальной истины. Всякая истина можетъ установиться и сохраняться лишь въ представленіи, въ сознаниіи. Поэтому оцѣнка доказательствъ, для достиженія матеріальной истины, должна быть свободной, руководимой однимъ убѣжденіемъ судьи. — Формальная система доказательствъ, въ общемъ вытекающая изъ недоувѣрія къ судьямъ, далеко не всегда ведетъ къ установленію матеріальной истины; она служитъ только къ тому, чтобы установить, есть ли на лице, или нѣтъ, то, что законъ требуетъ для признанія истины.

Начало свободной судейской оцѣнки доказательствъ заключается въ требованіи, чтобы судьямъ предоставлено было судить только по законамъ логики о доказательной способности доказательныхъ средствъ, о доказательной силѣ доказательныхъ основаній, об истинности или невѣрности доказательнаго положенія, — и согласно съ такимъ сужденіемъ постановлять свое рѣшеніе ²⁾.

Подъ свободною оцѣнкою доказательствъ, однако, не слѣдуетъ разумѣть произволь, или право руководствоваться однимъ чувствомъ. Такъ какъ доказательство содержитъ въ себѣ разсудочное заключеніе, то такую же разсудочною операціею должна быть оцѣнка доказательствъ судьей; она не должна быть безсознательнымъ чувствомъ. Судья долженъ дать отчетъ въ тѣхъ средствахъ и путяхъ, которые привели его къ убѣжденію въ истинѣ. Въ своихъ заключеніяхъ онъ руководствуется только законами логики.

Изъ начала свободной оцѣнки доказательствъ признаются нѣкоторыя изъятія, требуемая самой природой вещей, и потому представ-

¹⁾ См. предложеніе *Endemann'a* въ *Verhandl. des 3 d. Juristent.* II p. 527, 534. Ero же *Beweislehre* p. 633 — 652. *Ср. Bar. Recht u. Beweis* p. 35.

²⁾ *Canstein. Die rationell. Grundl.* p. 54, 55.

ляющимися необходимыми и даже желательными. Такъ, напр., частные документы, составленные при соблюденіи закономъ предписанныхъ формальностей, публичные акты, общеизвѣстные факты и др. считаются имѣющими полную доказательную силу ¹⁾. Но большинство этихъ доказательствъ не имѣетъ ничего общаго съ формальными (легальными) доказательствами, такъ какъ въ дѣйствительности они соотвѣтствуютъ матеріальному положенію вещей.

Сказанное имѣетъ особенное значеніе для т. назыв. предустановленныхъ доказательствъ (*preuves préconstituées*), т. е. преуготовленныхъ нѣкоторымъ образомъ впередь для гарантіи сторонъ, нуждающихся въ сохраненіи слѣда того или другаго соглашенія или событія. Таковы письменные акты должнымъ образомъ совершенные, какъ доказательство заключенной сдѣлки, напр., купли-продажи недвижимаго имущества. Судья въ этихъ случаяхъ обязывается основывать рѣшеніе на данныхъ актахъ, но въѣдъ они въ дѣйствительности соотвѣтствуютъ предъявляемому праву (*Bonnier. Traité des preuves 1888* p. 109, 110). Въ этомъ смыслѣ ст. 409, 410 У. гр. суд. не составляютъ отклоненія отъ признанной матеріальной системы доказательствъ.

Возмездность судебной помощи ¹⁾. — Общимъ началомъ современныхъ процессуальныхъ законодательствъ устанавливаются въ пользу государства опредѣленные поборы съ тяжущихся. Безвозмездна судебная помощь лишь въ томъ смыслѣ, что судья не можетъ требовать или получать отъ сторонъ ни денегъ, ни предоставленій натурой, въ качествѣ платы или подарка. Взиманіе такое составляетъ преступленіе по должности. Государство обязано оказывать гражданамъ правосудіе, оно же, слѣдовательно, и вознаграждаетъ тѣхъ лицъ, которые дѣйствуютъ отъ его имени въ отправленіи суда ²⁾. Но затѣмъ опасенія за развитіе судьяничества и сообра-

¹⁾ *Canstein. Die rationell. Grundl.* p. 62, 63.

²⁾ См. *Menger. Von den Processkosten* въ *Grünhut's Zeitschr.* Bd. 7, 1880 p. 656 — 664; *Waldner. Die Lehre von den Processkosten 1883.*

³⁾ *Garsonnet. Traité 2* p. 86.

Содержаніе
лишней до
оперов, усра
квиль порядк
именно или за
проект вавант
моф вавт орове
тказаніемъ сви
за исключеніемъ
о помят
Ср. 409
Свид. показаніи
нмаюфер, на
Жауа, лишь до
такая свобода
не предѣлахъ
документа. См
Заслуженіи

когда
ншн
составлен
видим
нотии

711

женія фискальныя заставляють государство удерживать начало возмездности ¹⁾, т. е. требовать отъ тяжущихся извѣстныхъ выдачъ за пользованіе юстиціей, какъ государственнымъ учрежденіемъ. Плата эта взимается въ различной формѣ: какъ судебная пошлина по цѣнѣ иска, какъ сборъ за гербовую бумагу и многіе другіе поборы производства ²⁾. Однако, если тяжущійся не имѣетъ средствъ для покрытія этихъ издержекъ, то государство не можетъ на этомъ основаніи отказывать въ правосудіи, т. е. отказывать въ исполненіи своего назначенія — охранять своими средствами права гражданъ и тѣмъ устранять самоуправство, признаваемое опаснымъ для правового порядка. Поэтому всѣ законодательства поступаютъ своими фискальными интересами для людей бѣдныхъ. Подъ послѣдними слѣдуетъ разумѣть всѣхъ тѣхъ, кто получаетъ, изъ какого либо источника, неболѣе необходимаго для дневного пропитанія. Лица эти пользуются правомъ бѣдности ³⁾, въ силу котораго суду вмѣняется въ обязанность оказывать имъ судебную помощь безъ взиманія положенныхъ поборовъ ⁴⁾.

Armenrecht

люди и фискация

Въ наукѣ начало возмездности для гражданского процесса далеко не бесспорно. Нерѣдко высказываются за противоположное начало — безвозмездности судебной помощи. Изъ новѣйшихъ см., напр., *Huffel. Guerre aux frais de justice, justice gratuite.* 2 éd. 1889. Были попытки установить безвозмездность и законодательнымъ путемъ. Такъ во Франціи предполагалось внести въ конституцію 1848 г. начало: „юстиція отправляется даромъ отъ имени французскаго народа“. — Находятъ, что судебные сборы вообще противны разуму и справедливости, не говоря уже о тѣхъ случаяхъ, когда они превышаютъ расходы государства на содержаніе судовъ. Д'Агессо говорилъ:

1) *Bar. D. deutsch. Civilpr. p. 7.*
 2) Уст. гр. суд. ст. 200—201; 839—890. См. ниже.
 3) *Linde. Ueber das Armenrecht im Civilprozesse* въ *Zeitsch. f. Civilpr. u. Proc.* 1 p. 58.
 4) Ст. 200⁷, 880 Уст. гр. суд. — Во Франціи по закону 22 Января 1851 г. учреждены т. наз. конторы d'assistance judiciaire. См. *Garsonnet. Traité* p. 89—92.

880
 отъ имени
 судей или
 государства
 или
 самихъ
 гражданъ
 или
 государства

муров. урфавова: суд. пошлина и сборъ с бумаги - в пользу Замства, и сборъ с бумаги
 и приростовъ и приростовъ) в пользу канцелярии дамской муров. урфавовкии.
 обш. суд. муров: гербовая пошлина, судебная пошлина канцеляр. пошлина и
 ра по производству дела

„первая обязанность правительства — оказывать право судіе своимъ подданнымъ. Потому оно не вполне исполняетъ свой долгъ, когда въ какой либо формѣ продаетъ то, что обязано было предоставлять“ (*d'Aguesseau. Oeuvres complètes t. XIII p. 217*). Бентамъ (*Bentham. Protest again law taxes 1817*) видѣлъ главный недостатокъ налоговъ на процессы въ томъ, что они падаютъ на лице въ такое время, когда ему всего труднѣе нести это бремя. Впродолженіи процесса онъ задержанъ въ своемъ производствѣ, лишень, хотя на время, тѣхъ источниковъ, на которые могъ разчитывать; и при этихъ-то гнетущихъ условіяхъ охранители его правъ заставляютъ платить за каждый актъ, которымъ онъ ищетъ удержать свои права или возстановить ихъ вновь. Тутъ судебные поборы будутъ налогами на несчастіе; ихъ можно уподобить налогамъ по поводу града, пожара, кораблекрушенія. Съ другой стороны было бы большимъ заблужденіемъ думать, что институтъ гражданскихъ судей служитъ только однимъ спорящимъ сторонамъ; всякій членъ общества испытываетъ его благодѣянія въ обезпеченности всѣхъ своихъ частныхъ благъ, на стражѣ которыхъ стоитъ судебная власть. Мало того, лице, защищающее свое частное право судебнымъ порядкомъ, борется на свой страхъ за безопасность всѣхъ, въ интересѣ всего общества. Тѣмъ, что на данномъ судѣ будетъ рѣшенъ сомнительный случай, отклонена такая-то несправедливая претензія и т. п., — тѣмъ предупреждается судебный споръ по подобнымъ дѣламъ и для всѣхъ прочихъ. Такимъ образомъ значеніе судебного вмѣшательства никогда не ограничивается тѣмъ лицомъ, которое его проситъ. — На подобныя разсужденія отвѣчаютъ такими возраженіями. Прежде всего возмездность или безвозмездность судебной помощи есть вопросъ государственныхъ финансовъ, вопросъ фискальный, и въ этомъ отношеніи онъ ничѣмъ не отличается отъ вопроса о возмездности другихъ актовъ государственной дѣятельности. Затѣмъ, всѣ граждане участвуютъ въ несеніи налоговъ на общую защиту правъ, которую должно имъ оказывать государство; особые же расходы на оказаніе правосудія въ частномъ дѣлѣ, по справедливости, должны нести тяжущіеся, а не постороннія лица, быть можетъ, никогда не имѣю-

пця съ судами дѣла (см. *Kopetzky. Ueber Mündlichkeit u. Schriftlichkeit* p. 26, 27). Даже судебныя рѣшенія непосредственно хороши только для тѣхъ лицъ, для которыхъ они составлены, а затѣмъ на сколько они будутъ полезны для всего общества, это подлежитъ большому сомнѣнiю. Есть основанiе думать, что процессы приносятъ обществу болѣе зла, чѣмъ добра. Процессы — такія же несчастія, какъ болѣзнь; пусть потому самъ больной и платитъ исцѣлителю, котораго дастъ ему государство. Наконецъ, помимо всего замѣчено, что какъ только падаютъ судебныя пошлины, такъ вмѣстѣ увеличивается число процессовъ (см. обо всемъ у *Bordeaux. Philosophie d. I. procéd. civ. 16*). Слѣдовательно, возмездность судебной помощи въ известной мѣрѣ обезпечиваетъ отъ сутяжничества. — Такимъ образомъ возмездность судебной помощи основана на требованіяхъ государственнаго бюджета и на опасеніи сутяжничества (*Garsonnet. Traité 2 p. 88*).

Источники процессуальнаго права.

Источниками процессуальнаго права могутъ служить не только законы, но и обычаи, какъ, напр., у насъ, въ Россіи. Въ нѣкоторыхъ западныхъ государствахъ обычаи, какъ источникъ процессуальнаго права, признается съ большими ограниченіями, или даже не признается вовсе. Тамъ, гдѣ законодательство широко овладѣваетъ правовую жизнь, тамъ обычному праву не можетъ быть отведено значительнаго мѣста. Такъ, во Франціи съ изданіемъ процессуальнаго кодекса 1807 г. всѣ процессуальные обычаи были отмѣнены ¹⁾. Тоже произошло и въ Австріи ²⁾.

Гражданскіе процессуальные законы.

Составъ. — Въ Россіи гражданскіе процессуальные законы не для всѣхъ мѣстностей одни и тѣже. Прежде всего, въ нѣкоторыхъ

¹⁾ *Code de proc. civ. art. 1041.*

²⁾ *Canstein. Das Civilprozessrecht* § 6. Наоборотъ см. *Menger. System* § 8 p. 83 sq. — Для Германіи см. *Hellmann. Civilpr.* § 4.

областяхъ дѣйствуютъ еще прежніе судопроизводственные законы, т. е. часть 2 т. X св. законовъ, съ известными послѣдующими измѣненіями (изд. 1876 г.). Таково положеніе гражданского процесса, напр., въ Сибири. Другія области имѣютъ свое мѣстное процессуальное законодательство, какъ Финляндія.

Затѣмъ, въ остальныхъ мѣстностяхъ Россіи была постепенно введена болѣе или менѣе полно ¹⁾ реформа 20-го ноября 1864 г., такъ называемые нынѣ Судебные Уставы Императора Александра II-го. Къ нашему предмету относятся слѣдующія части Уставовъ: Уставъ гражданского судопроизводства, Учрежденіе судебныхъ установленій, Положеніе о нотаріальной части.

Особыя политическія условія, административныя особенности и отличное гражданское право вызвали для нѣкоторыхъ областей болѣе или менѣе значительныя измѣненія въ Уставѣ. Особенно многочисленнымъ оговоркамъ подверглись Уставы при введеніи ихъ въ Царствѣ Польскомъ въ 1875 г. ²⁾, а также въ Прибалтійскихъ губерніяхъ въ 1889 г. ³⁾.

Затѣмъ, законъ 12-го іюля и правила 29 декабря 1889 г. во многомъ отклоняются отъ началъ Судебныхъ Уставовъ. Законъ этотъ, предназначенный къ введенію въ 36 губерніяхъ, содержитъ въ себѣ: Положеніе о земскихъ участковыхъ начальникахъ и Правила объ устройствѣ судебной части въ мѣстностяхъ, въ которыхъ

¹⁾ Напр., въ Архангельской губерніи до сихъ поръ введенъ только мировой судъ (прил. къ ст. 12 Учр. суд. у. по прод. 1889 г.), для котораго вторую инстанцію (вмѣсто мирового съѣзда) составляетъ Палата Уголовнаго и Гражданскаго Суда, преобразованная изъ прежнихъ палатъ (см. особыя правила 1868, 1869 г.), а для послѣдней второй инстанціей остается старый департаментъ Сената (по продолж. 1889 г. Уст. гр. суд.).

²⁾ Уст. гр. суд. ст. 1482—1798; Учр. суд. уст. ст. 462—555; Полож. о нот. части ст. 218—270.

³⁾ Положеніе о преобразованіи судебной части въ Прибалтійскихъ губерніяхъ и Правила о приведеніи въ дѣйствіе этихъ законоположеній 1889 г.

- 2) См. 1799—2017, — О судопроизводствѣ в губерніяхъ Прибалтійскихъ
 - 3) См. 1461—1481 — О судопроизводствѣ в Забалтійскомъ краѣ
- Министръ о Мор. промыв. в Заб. краѣ и др. В. С. С. 1889 г. в Суд. — в 3 редакціяхъ.

введено положение о земскихъ участковыхъ начальникахъ. 29-го Дек. 1889 г. изданы Правила о производствѣ судебныхъ дѣлъ, подвѣдомственныхъ земскимъ начальникамъ и городскимъ судьямъ.

Кромѣ перечисленныхъ общихъ законовъ, обязательныхъ для всѣхъ судебныхъ установлений данной области, существуютъ еще отдѣльные уставы и правила для особыхъ судовъ и для опредѣленнаго рода дѣлъ (Учр. суд. уст. ст. 2 прим.).

Такъ, для коммерческихъ судовъ имѣется особый Уставъ судопроизводства торговаго (сводъ зак. т. XI ч. 2 (4) изд. 1887 1). Для Царства Польскаго — французскій Торговый Кодексъ 1807 г.

Для крестьянскихъ волостныхъ судовъ существуютъ особые правила, помѣщенные въ Положеніи о крестьянахъ 19-го Февраля 1861 г., а затѣмъ 12-го Юля 1889 г. изданы „Временныя Правила о волостномъ судѣ въ мѣстностяхъ, въ которыхъ введено положение о земскихъ участковыхъ начальникахъ“ 2).

Особый Уставъ для духовныхъ консисторій для производства по брачнымъ дѣламъ лицъ православнаго исповѣданія 1841 г. 3); для подобныхъ же дѣлъ между лицами иностранныхъ исповѣданій — Уставы духовныхъ дѣлъ иностранныхъ исповѣданій (сводъ закон. т. XI ч. 1).

Затѣмъ, для производства по известнымъ разрядамъ дѣлъ изданы, въ дополненіе къ Судебнымъ Уставамъ, многіе отдѣльные законы, какъ то: законъ о судебно-межевомъ разбирательствѣ 16-го Января 1868 г. (прил. IV къ ст. 1400 прим. У. гр. суд.); о произ-

1) Носенко. Уставъ судопроизводства торговаго 1889.

2) Временныя правила о волостномъ судѣ въ мѣстностяхъ, въ которыхъ введено положение о земск. участк. начальникахъ. Изд. П. М. Мартынова 1890; Воронцовъ-Вельяминовъ. Сборникъ законоположеній о крестьянахъ для губерній, на кои распространяется дѣйствіе положенія о земскихъ начальникахъ и т. д. 1890 г.; Муравьевъ Руководство для волостныхъ судовъ 1890 г.

3) Уставъ духовныхъ консисторій изд. 1884. — Ливановъ. Уставъ духовныхъ консисторій, изъясненный съ приложеніемъ подлиннаго текста изд. 3, 1874 г.

водствѣ по дѣламъ о чиншевомъ владѣніи 25-го Мая 1882 г. 1) (прил. IV къ ст. 1400 прим. У. гр. суд.); о производствѣ по дѣламъ о несостоятельности и о личномъ задержаніи должниковъ 1-го Юля 1868 г. 2) (прил. VI къ ст. 1400 прим. У. гр. суд.).

Дѣленіе и санкція процессуальныхъ законовъ. — Выхода изъ природы процессуальныхъ отношеній, всѣ процессуальные законы дѣлятся на абсолютные, или повелительные, и диспозитивные, или дозволительные 3). Первыми предписываются такія дѣйствія и формы, которыя не могутъ быть обойдены волею ни самого суда, ни сторонъ. По вторымъ известны процессуальныя дѣйствія поставлены въ зависимость отъ усмотрѣнія суда или тяжущихся сторонъ 4).

Абсолютные законы касаются публичной стороны процессуальнаго отношенія и поэтому дѣйствія и формы ими предписанныя признаются существенными. Отсюда нарушеніе такихъ законовъ ведетъ къ недействительности процессуальнаго акта, который уничтожается не только на основаніи заявленія стороны, противъ которой онъ совершенъ, но и безъ того, самимъ судомъ ex officio. Сюда, напр., относится случай, когда суду предлагается на разсмотрѣніе дѣло, ему не подсудное по самому роду (ratione materiae) 5).

Диспозитивные законы устанавливаются въ интересъ частныхъ лицъ, сторонъ 6), поэтому нарушеніе ихъ ведетъ къ недействительности предписанныхъ процессуальныхъ актовъ только по заявленію сторонъ. Отъ тяжущихся зависитъ отказаться отъ соблюденія данныхъ законовъ или покрыть это несоблюденіе своимъ молчаніемъ. Такъ, напр., тяжущіеся могутъ освободить свидѣтелей,

1) Шимановскій. Законъ о чиншевикахъ 1886 г.

2) Проектированъ новый уставъ о несостоятельности 1889 г.

3) Bülow. Dispositives Civilprozessrecht u. die verbindliche Kraft der Rechtsordnung въ Archiv f. d. civ. Praxis 1881 Bd. 64 p. 8, 9.

4) См. Civilprozessordn. §§ 247 Abs. 3; 267 Abs. 2.

5) У. гр. с. ст. 584 п. 1.—Code de proc. civ. art. 170.

6) Bülow cit. p. 41 n.; 94.

Кв. II 1282 - 1400
ст. 1400 - постановленіе ст. 1400 о производстве судебного, в частности о том
III обз. издѣлѣхъ и т. обз. мѣстн. град. судопроизводства
(разд. I о суд. уст., ? II о вѣстк. возм. гр. и др. и др., при этомъ
рассмотр. дѣлъ. и т. д.) о судопроизв. по званію браки и о званіи рожден
и разд. IV о примир. разбирательствѣ и др. ст. 1400 и др. ст. 1400

571. *Дивитися можливість
для об'єкції до процесу
пред'являть об'єкцію до експертів*

*якщо вимога не до суду
а до іншого суду*

експертів отъ присяги. Сюда же относится случай, когда суду предлагается на рассмотрение дѣло, подсудное другому суду одного (ratione personae) ¹⁾.

Изъ общаго характера процессуальнаго отношенія главный составъ процессуальныхъ законовъ относится къ разряду диспозитивныхъ ²⁾.

Нарушеніе процессуальнаго закона, помимо ничтожности акта, можетъ вести и къ другимъ послѣдствіямъ. Такъ иногда законодатель не считаетъ нарушение особенно важнымъ, чтобы вызвать ничтожность акта, и поэтому даетъ закону иную санкцію, какъ-то присуждаетъ виновныхъ въ нарушении его должностныхъ лицъ къ уплатѣ штрафа, къ покрытію причиненныхъ убытковъ, издержекъ; иногда же подвергаетъ ихъ прямо дисциплинарному взысканію. Къ взысканіямъ за неправильныя дѣйствія могутъ быть присуждены и тяжущіяся стороны, и прочія участвующія въ процессѣ лица, какъ-то свидѣтели, свѣдующіе люди. — Затѣмъ, особую форму санкціи представляютъ законы о процессуальныхъ срокахъ. Они ведутъ за собою потерю права на опредѣленное срокомъ дѣйствіе. Сроки, въ которые дозволяется или запрещается совершать опредѣленные акты, составляютъ главный источникъ потери процессуальныхъ правъ. Устанавливаются они не только въ публичномъ интересѣ (см. выше стр. 46), но и въ интересѣ самихъ сторонъ, а именно, чтобы не подвергать ихъ всякимъ неожиданностямъ и дать время на подготовку къ борьбѣ. Тѣже послѣдствія (потеря правъ) ³⁾ при упущеніи извѣстныхъ формъ.

Законодательства опредѣляютъ самымъ разнообразнымъ образомъ характеръ нарушенной въ данномъ случаѣ нормы и соответствующія тому послѣдствія. Нашъ Уставъ гр. суд., не указывая нарушение какихъ статей влечетъ за собою недействительность процессуальныхъ дѣйствій, предоставляетъ самому суду, рѣшающему дѣло, и затѣмъ особенно кассационному, опредѣлить характеръ

¹⁾ У. гр. суд. ст. 571 п. 1.
²⁾ *Bulow. cit. p. 13.*
³⁾ *Exclusio a foro, déchéance.*

нарушенной нормы и вмѣстѣ существенность или несущественность данныхъ процессуальныхъ дѣйствій ¹⁾. При этомъ сужденіи судъ долженъ исходить изъ представленія о правосудіи ²⁾. Существенными дѣйствіями для него будутъ такія, которыя, по мысли законодателя, могутъ оказывать вліяніе на обнаруженіе истины, а слѣдовательно и на правильное рѣшеніе дѣла ³⁾.

Противъ системы, принятой нашимъ законодательствомъ, въ теоріи высказывается лишь одно опасеніе — не слишкомъ ли много предоставляется ею на личное усмотрѣніе судьи (*Garsonnet. Traité 2 p. 19*) и вообще едва ли желательно оставлять исполненіе постановленій закона безъ всякой санкціи (*Анненковъ. Опытъ коммент. 1 стр. 4*). Наоборотъ, во французскомъ законодательствѣ отмѣчены существенныя процессуальныя требованія, опущеніе которыхъ ведетъ за собою ничтожность (*à peine de la nullité*; см. напр. art. 1029, 1030 C. de pr. civ.), и несущественныя требованія, которыя не сопровождаются такимъ послѣдствіемъ. Такимъ образомъ судья является связаннымъ самимъ текстомъ закона; онъ не можетъ ни примѣнять ничтожности къ дѣйствію, производству, когда она не оговорена въ кодексахъ, — ни отступать отъ такого признанія, когда имѣется на то предписаніе закона. Но подобное указаніе, если бы оно и могло исчерпывать (см. напр. C. de proc. civ. art. 1, 116 и др. *Bonfils. Procéd. p. 327*) всѣ существенныя нарушенія процессуальнаго закона, признается весьма многими нецѣлесообразнымъ (см. напр. *Toullier. Droit civil. t. 7 p. 626 sq.*). Такая система можетъ способствовать увеличенію расходовъ для сторонъ и проволочкѣ въ производствѣ, налагая на судей непремѣнное обязательство уничтожать акты, которые не причинили никому ущерба, и ставя въ необходимость совершившаго ихъ приступать къ новому ихъ исполненію. Въ виду этого французская судебная

¹⁾ *Малининъ. Теорія гр. проц. стр. 56.*
²⁾ *Ср. Carré. Lois de la proc. civ. t. VI p. 1099.*
³⁾ У. гр. суд. ст. 186 п. 2; 793 п. 2 и касс. рѣшенія къ ней у Боровиковскаго. Правила о пр. суд. д. у зем. н. и гор. суд. ст. 129 п. 2.

186 *Проблема о кассации рѣшеній двужурового,*

*1) — в случаѣ нарушенія об'єкції и формъ судопроизводства
статьи 571 Устава, чини вольновольнїи не владѣють
на кассационно примѣно примѣно в кассационно судѣ*

практика сама старается смягчить строгое применение этого правила (*Garsonnet. Traité 2 p. 20, 21*). Отсюда последовательно заключение, что всего правильнее поражать недействительностью только те акты, которых неправильность причинила ущерб тяжущейся стороне, и она принесла на то жалобу; иначе — нет ничтожности без жалобы и ущерба (*pas de nullité sans grief*). Но эта система сводится к тому же, что никто иной, как судья, будет судить, имеет ли сторона, просящая об уничтожении акта, достаточный в том интерес (ср. *Bonfils. Procéd. p. 326*). Одним словом принятая нашим уставом система должна считаться вполне целесообразной. — Сводь систем по данному вопросу см. у *Berriat-Saint-Prix. Observations sur la législation, relative aux nullités des actes de procédure* в *Mémoires de l'Académie des sciences morales et politiques t. 4 p. 539 sq.*

Процессуальный закон
время
на защиту прав
на будущее
не законно

Приложение процессуального закона по времени. — Прежде всего, закон бесспорно господствует над процессами и процессуальными действиями падающими в его время ⁴⁻⁵⁾ 1). Время установления гражданского права, образующего спорный предмет, безразлично для применения процессуального закона 2). Это слѣдует из различия гражданского притязания и публичного притязания на защиту прав 3). Последнее притязание направлено на оказание защиты праву по существующему в данное время порядку защиты. Вместе с установлением гражданского права не приобретается и право на определенный способ, на определенную форму защиты его. Суды обязаны класть в основу их деятельности действующее публичное право государства, каковым считается процессуальное право 4). Поэтому новые процессуальные законы применяются не только к будущим, но и к прежде установленным правоотношениям. Государство, издавая новые процессуаль-

1) Ст. 59 основ. зак.

2) См. Рѣшенія Гр. Касс. Д-та 1867 г. N. 194; 1870 г. N. 546.

3) *Wach. Handbuch p. 211.*

4) *Planck. Lehrbuch p. 20.*

ные законы, должно выходить из предположения, что указанный ими новый путь к судебному осуществлению правъ будет лучшим, болѣе вѣрнымъ, чѣмъ прежній. Судебныя стороны имѣютъ лишь право требовать установления истины, действительнаго правового состоянія; а дѣло законодателя изыскивать лучшіе къ тому способы 1). Поэтому если новый законъ устанавливаетъ иныя предположенія того, или другаго порядка (напр., сокращеннаго) производства, то уже вѣ слѣдующемъ процессѣ не могутъ быть взяты во вниманіе предположенія прежняго закона. Съ другой стороны, если новый законъ открываетъ до сихъ поръ непризнанное средство защиты права (напр., новый способъ доказательства), то оно становится тотчасъ доступнымъ по каждому не только устанавливаемому впередъ, но и по уже существующему гражданскому правоотношенію.

XXX
XXXX
процесс
время
нот

Таково несомнѣнное применение процессуального закона къ судебнымъ дѣламъ начатымъ при его господствѣ. Несомнѣнно также, что процессъ уже законченный по старому праву остается внѣ вліянія новаго закона 2). Последствие такого процесса составляютъ приобретенныя права, и нарушеніе ихъ новымъ закономъ выражалось бы обратное его дѣйствіе, противъ чего будутъ начала всѣхъ законодательствъ, выходящихъ изъ того взгляда, что уваженіе къ приобретеннымъ правамъ составляетъ необходимое требованіе правового порядка. Правда, законодатель можетъ дать процессуальному закону обратное дѣйствіе, распространить его на вопросы законно уже порѣшенные 3), но такое дѣйствіе будетъ оскорбленіемъ правовому сознанию, вообще всякому нравственному чувству.

Подобные случаи встрѣчаемъ, напр., во Франціи въ періодъ первой революціи. Такъ, декретомъ 28 Августа 1792 г. было отмѣнено дѣйствіе судебныхъ рѣшеній, которыми, при феодальной системѣ, были лишены въ пользу господъ общины владѣній, издревле находившихся у нихъ въ пользованіи на правахъ собственности. *Garsonnet. Précis p. 32, 33.*

1) *Bonfils. Procédure n. 633.*

2) Рѣшеніе Гр. Касс. Д-та 1871 г. N. 103.

3) *Planck. Lehrb. p. 20, 21.*

По общему началу законодательства ¹⁾ законы дѣйствуютъ только на будущее время ²⁾. Законы считаются дѣйствующими обратнo тогда, когда они поражаютъ права уже приобретенныя отдѣльными лицами. Судопроизводственный законъ получаетъ такую обратную силу, когда онъ повлечетъ за собою лишеніе правъ приобретенныхъ или возстановленіе правъ потерянныхъ по прежнему закону. Приобретенными же правами въ процессуальномъ смыслѣ слѣдуетъ считать права, которыя изначала стоятъ въ тѣсной связи съ гражданскими правами, выражая ту или другую дѣйствительность судебной ихъ защиты. Сюда относятся: исковое право, исковая давность (сроки обжалованія рѣшеній), привилегіи въ защитѣ и въ извѣстной степени доказательныя средства ³⁾.

Доступность и сила данного доказательства зависятъ отъ закона дѣйствовавшаго въ то время, когда совершался актъ, подлежащій доказыванію ⁴⁾ (*Gargiuto Corso di diritto giud. civ.*, p. 7). Закрытъ закономъ для тяжущагося одно изъ доказательныхъ средствъ, на которое онъ рассчитывалъ при заключеніи акта, значитъ несомнѣнно поразить приобретенное право (*Bonnier. Des preuves* n. 923), какъ, напр., если бы лишить новымъ закономъ кредитора права доказывать свое требованіе свидѣтельскими показаніями, тогда какъ во время установленія данного долгового обязательства не было необходимости заручаться письменными актами. — Но, конечно, законодатель можетъ отвергнуть вполне, разъ на всегда, извѣстныя доказательства, какъ источникъ скорѣе безнравственныхъ явленій, скандала, чѣмъ дѣйствительныхъ выгодъ; тогда это запрещеніе имѣетъ силу и для интересовъ, установленныхъ ранѣе изданія закона (см. *Bonnier. Des preuves* n. 921, 925).

¹⁾ См. ст. 60, 61 т. 1 св. зак. основ.; Code civil. art. 2; C. pén. art. 4; C. de proc. civ. art. 1041; Codice civ. tit. preliminar. art. 1. — Уже римляне L. 7 C. 1, 14.

²⁾ *А. Градовскій*. О дѣйствіи законовъ во времени въ Журн. Гражд. и Угол. права 1873 кн. 4 стр. 1—47.

³⁾ *Малининъ*. Теорія стр. 27 и слѣд.

⁴⁾ Arg. L. 18 C. de testib. 4, 20.

Распространить на эти правомочія новый процессуальный законъ значитъ придать ему обратное дѣйствіе, равно какъ и въ тѣхъ случаяхъ, когда потерянное по прежнему закону право на предьявленіе даннаго иска было бы возстановлено по новому закону ¹⁾.

Засимъ, въ общемъ судопроизводственные законы, сами по себѣ, не устанавливаютъ и не отмѣняютъ никакихъ правъ; они даютъ только правила изслѣдованія истины, порядокъ разрѣшенія спора, и т. д. Поэтому, съ этой точки зрѣнія, не можетъ быть подымаемъ вопросъ объ обратномъ дѣйствіи процессуальнаго закона ²⁾, такъ какъ не можетъ быть рѣчи о полученіи кѣмъ либо права судиться въ такомъ, а не другомъ, трибуналѣ, или по такимъ, а не инымъ, формамъ ³⁾. Поэтому же теоретически нѣтъ препятствія къ примѣненію новаго процессуальнаго закона къ дѣламъ уже начатымъ, при его изданіи, въ судѣ, тѣмъ болѣе, что измѣненія внесенныя имъ въ законодательство имѣютъ своимъ назначеніемъ лучше обезпечить открытіе истины ⁴⁾. Такимъ образомъ, напримѣръ, законы о подсудности гражданскихъ дѣлъ примѣняются тотчасъ, если законодатель не выразилъ противнаго ⁵⁾; равнымъ образомъ тотчасъ примѣняются и форма предьявленія доказательства и вновь открытыя средства доказательныя ⁶⁾. Въ наукѣ такое примѣненіе новаго закона къ начатымъ дѣламъ называютъ обратнымъ его дѣйствіемъ, что слѣдуетъ понимать не въ собственномъ смыслѣ этого выраженія ⁷⁾.

Французское процессуальное право различаетъ вопросы, касающіеся основанія процесса (*le fond du procès*), и вопросы, касающіеся формы. Для первыхъ выста-

¹⁾ См. у *Малинина*. Теорія стр. 27 п. ^{2а}.

²⁾ *Градовскій* cit. стр. 25.

³⁾ См. Рѣшеніе Гражд. Касс. Д-та 1879 г. N. 158.

⁴⁾ *Garsonnet. Traité* 2 p. 12, 13 и п. 22.

⁵⁾ На это законодатель можетъ имѣть вѣскія основанія въ намѣреніяхъ и удобствахъ сторонъ (*Garsonnet Traité* 2. p. 13).

⁶⁾ *Bonnier. Des preuves* n. 924.

⁷⁾ *Mourlon. Répét. écrit.* p. 310.

Малининъ
Градовскій

Грама
наказаніе
но не слѣд.
мужьямъ
Грама

А. 60. 61.
0. 3.

вляется обязательность законовъ времени совершения акта (*tempus regit actum*), для вторыхъ примѣняются тѣ законы, которые дѣйствовали при отправленіи суда. См. *Merlin. Répert. v. Effet rétroactif, sect. 3 § 8.*

Но примѣненіе общаго теоретическаго начала, по которому процессуальныя дѣйствія должны совершаться по тому закону, при господствѣ котораго эти дѣйствія по времени приходится совершать, — въ частностяхъ можетъ представить большія затрудненія. На то или другое примѣненіе даннаго начала будетъ имѣть рѣшающее значеніе само содержаніе новаго процессуальнаго закона и отношеніе его къ прежнимъ процессуальнымъ правамъ, т. е. насколько правовыя послѣдствія прежнихъ процессуальныхъ дѣйствій будутъ отражаться въ дальнѣйшемъ ходѣ процесса. Поэтому процессуальный законъ, который разъясняетъ, дополняетъ или измѣняетъ въ отдѣльныхъ опредѣленіяхъ дѣйствующее процессуальное право, долженъ и можетъ быть тотчасъ примѣняемъ. При значительныхъ же преобразованіяхъ судопроизводства всего лучше, если самъ законодатель, руководствуясь практическою цѣлесообразностью, установитъ переходными законами то или другое приложеніе новыхъ началъ къ начатымъ уже дѣламъ ¹⁾.

Въ наукѣ большое разногласіе по вопросу, съ какого момента слѣдуетъ примѣнять новый процессуальный законъ къ дѣламъ уже начатымъ въ судѣ (см. *Canstein. D. Civilpr. p. 30, 31; Wach. Handb. p. 214, 215*). Одни процессуалисты желаютъ тотчасъ приложить новый законъ къ неоконченнымъ процессамъ, выходя изъ воззрѣнія на процессъ, какъ на совокупность изолированныхъ актовъ. Но это неосновательно, ибо совершенныя уже процессуальныя дѣйствія могутъ оказать вліяніе неустранимое и существенное на дальнѣйшій ходъ процесса. — Другіе процессуалисты, наоборотъ, изъемяютъ вовсе начатый судебный споръ отъ дѣйствія новаго закона, основываясь на томъ, что съ началомъ процесса стороны приобрѣтаютъ право довести ихъ споръ до конца по прежнимъ процессуальнымъ законамъ. Но прежде всего, какъ ука-

¹⁾ *Var. D. deutsch. Civilpr. p. 4.*

зано выше, такого права сторонъ на окончаніе процесса по судопроизводственнымъ законамъ, дѣйствовавшимъ при началѣ его, не существуетъ, а кромѣ того тутъ упускается изъ виду, что послѣдующія процессуальныя дѣйствія не будутъ чистыми послѣдствіями начала процесса, а будутъ тѣми или другими обстоятельствами, обусловленными искомъ. Поэтому разсматривать судебный споръ со стороны единства будетъ не совсѣмъ основательно. — Наконецъ, третьи процессуалисты различаютъ въ процессѣ самостоятельные отдѣлы и считаютъ возможнымъ примѣнять новый законъ только по окончаніи опредѣленнаго отдѣла производства (см. *Nov. 115 c. 1*). На практикѣ всего удобнѣе такое примѣненіе новаго закона, ибо каждый законченный отдѣлъ представляетъ сумму готовыхъ правовыхъ послѣдствій.

При общихъ реформахъ процессуальнаго законодательства, на самомъ дѣлѣ всегда издавались переходныя правила, опредѣлявшія порядокъ примѣненія новыхъ началъ производства. Таковы у насъ: Высочайше утвержденное 19-го Октября 1865 г. Положеніе о введеніи въ дѣйствіе Судебныхъ Уставовъ 20-го Ноября 1864 г. (къ гражданскому судопроизводству относятся статьи 62—92); въ дополненіе къ этому Положенію послѣдовало Высочайше утвержденное мнѣніе государственнаго совѣта 10-го Марта 1869; 19-го Февраля 1875 г. изданы Правила введенія въ дѣйствіе законоположенія объ устройствѣ судебной части въ варшавскомъ судебномъ округѣ (1/13 Юля 1875 г. ст. 23 — 40); въ 1889 г. изданы Правила о приведеніи въ дѣйствіе законоположеній о преобразованіи судебной части въ Прибалтійскихъ губерніяхъ, въ 1889 мѣ же году изданы Правила о порядкѣ приведенія въ дѣйствіе положенія о земскихъ участковыхъ начальникахъ (ст. 19 б и в).

Въ правилахъ, опредѣляющихъ порядокъ введенія въ дѣйствіе новыхъ процессуальныхъ законовъ, по общему направленію законодательства держатся того начала, чтобы процессы, начатые до времени вступленія новыхъ законовъ въ силу, продолжались и оканчивались по старому порядку. Въ этомъ, очевидно, выражается опасеніе путаницы отъ смѣшенія двухъ порядковъ производства.

См. art. 1041 C. de proc. civ. (ер. мнѣніе госуд. сов.

Handwritten notes:
мнѣніе
госуд. сов.
См. art. 1041 C. de proc. civ.

отъ 16 Февраля 1807 г. у *Bonfils. Procéd.* p. 345); *Disposizioni transitorie per l'attuazione del Codice di proc. civ.*; *Einführungsgesetz zur Civilprozessordnung* §§ 18, 20, 21.

По нашимъ переходнымъ правиламъ прежде всего предоставляется право сторонамъ, по взаимному соглашенію, прекращать дѣло во всякомъ его положеніи, до постановленія окончательнаго рѣшенія, и затѣмъ возобновлять его въ новомъ порядкѣ. Засимъ, обыкновенно только дѣла уже рѣшенныя получаютъ дальнѣйшее направленіе и оканчиваются въ прежнемъ порядкѣ производства, а всѣ остальные начатыя дѣла прекращаются производствомъ съ предоставленіемъ истцу права въ извѣстный срокъ возобновить дѣло въ новыхъ установленіяхъ по новому порядку.

Полож. 1865 г. ст. 67; Зак. 1869 г. ст. 42; Прав. о привед. въ дѣйств. преобр. суд. ч. въ Прибалт. губ. ст. 34, 35; 41 — 44; 52, 53; Прав. о порядкѣ прив. въ дѣйств. полож. о зем. ун. нач. ст. 19 б и в.

Если же самимъ переходнымъ закономъ устанавливается примѣненіе новаго порядка къ уже начатымъ процессамъ, то это допускается всегда только начиная съ самостоятельнаго отдѣла, какъ напр. съ начала исполнительнаго производства.

Законъ 1869 г. ст. 46; Прав. 19-го Февр. 1875 г. ст. 32.

Пространство дѣйствія процессуальнаго закона по мѣсту ¹⁾ — Въ данномъ вопросѣ рѣчь можетъ идти какъ о примѣненіи туземнаго и иностраннаго процессуальнаго права, такъ и о примѣненіи нѣсколькихъ рядомъ стоящихъ туземныхъ правоупорядковъ, по мѣсту. Такъ, у насъ прежде всего слѣдуетъ различать туземные, русскіе, и иностранные законы, а затѣмъ русскіе законы могутъ быть общіе для всей Имперіи и мѣстныя (для Царства Польскаго, Прибалтійскаго края, Финляндіи, Закавказья).

¹⁾ *Böhm.* Die räumliche Herrschaft der Rechtsnormen 1890. Тутъ же приведена и вся литература вопроса p. 2—4.

То или другое значеніе иностраннаго закона опредѣляется всегда положеніемъ туземнаго права ¹⁾. Приэтомъ по общему началу гражданскій процессъ долженъ отправляться по законамъ того государства, гдѣ онъ совершается, т. е. долженъ прилагаться законъ по мѣсту совершенія процесса (*lex fori*) ²⁾. Это такъ наз. принципъ территориальности. Въ области вліянія данной государственной власти правовая защита можетъ быть оказана только органами даннаго государства и въ формахъ имъ признанныхъ ³⁾. Подобное начало слѣдуетъ уже изъ того, что суды связаны публичнымъ правомъ государства, отъ котораго производятъ свою должностную власть.

Начало территориальности имѣетъ силу для сужденія о процессуальномъ допущеніи и о формѣ процессуальнаго дѣйствія даже и тогда, когда дѣйствіе предпринимается съ цѣлью имъ воспользоваться въ процессѣ заграницей. Примѣняется это начало и въ тѣхъ случаяхъ, когда правовой споръ касается иностранцевъ, а также при рѣшеніи спорнаго дѣла, которое матеріально должно быть обсуждаемо по чужеземному гражданскому праву (напр., спорное обязательство установлено заграницей).

Итакъ туземное процессуальное право опредѣляетъ процессуальныя дѣйствія, ихъ предположенія, формы, дѣйствительность. Иностранное процессуальное право, по общему началу, примѣняемо быть не можетъ; такое примѣненіе противорѣчило бы идеѣ суверенитета въ данномъ государствѣ.

Не составляетъ исключенія примѣненіе такъ наз. *retorsion* ⁴⁾, *иторженіе* когда напр., иностранцу предоставляется право бѣдности подѣ

¹⁾ *Wach.* Handb. p. 219; *Böhm* cit. p. 4, 5.

²⁾ *Savigny.* System 8 § 348; *Bar.* Internat Strafr. u. Privatr. p. 417 sq.

³⁾ *Brocher.* Cours de droit international privé t. 3 1885 p. 4 sq.

⁴⁾ Отъ слова *retorquere*, = отплачивать равнымъ: *quod quisque in alterum statuerit ut ipse eodem jure utatur.* См. *Bulmerincq.* Völkerrecht 1887 въ *Marquardsen's Handb.* p. 355, 356.

примѣненіе закона по мѣсту

которого подданнымъ онъ состоитъ, или — государства, гдѣ производится процессъ (*Böhm. Handb. d. Rechtshülfev. § 8*). Начало вполне правильное, ибо ни въ томъ, ни въ другомъ случаѣ лишать иностранца процессуальныхъ правъ стороны нѣтъ основанія. *Малининъ. Теорія гражд. проц. стр. 42, 43. Ср. Var. Theorie u. Praxis d. internat. Privatrechts 2 Bd. 1889 p. 388 n. 4.*

Равнымъ образомъ не имѣетъ приложенія *lex fori* по вопросамъ объ условіяхъ, при которыхъ устанавливается, измѣняется, отмѣняется обжалуемое право, къ возраженіямъ противъ него, къ ссылкѣ на исковую давность. Дѣйствительность акта обсуждается я по законамъ мѣста его совершенія. Если по мѣсту совершенія процесса данное отношеніе признается дѣйствительнымъ, а по мѣсту возникновенія его — недѣйствительнымъ, то оно должно разсматриваться, какъ несуществующее ¹⁾.

Ст. 707 У. гр. суд.: Акты, совершенные за границею, обсуждаются на основаніи законовъ того государства, въ предѣлахъ коего они совершены (напр. завѣщанія ст. 1077 т. X ч. 1), и въ случаѣ затрудненія въ примѣненіи иностранныхъ законовъ, судъ можетъ просить министерство иностранныхъ дѣлъ о доставленіи заключенія по возникшему дѣлу (ст. 709 у. гр. суд.). См. затѣмъ еще ст. 708 у. гр. с.; ст. 242 т. XI ч. 2; С. civ. art. 13; Гр. Ул. Ц. П. ст. 84; Cod. civ. ital. art. 9—Иногда находятъ нужнымъ ограничить примѣненіе данного начала оговоркой, чтобы вступающіе, напр., въ соглашеніе не удалялись преднамѣренно за границу съ цѣлью избѣгать дѣйствія законовъ ихъ мѣста жительства. Но едва ли такое ограниченіе основательно (*Var. Internat. Privatr. 1 p. 350*): отчего не допустить избранія, для совершенія акта, страны, въ которой это могло быть выполнено быстрее и проще; но, конечно, не тогда, когда законъ предписываетъ совершать данные акты и за границей по формѣ

¹⁾ Поэтому, напр., французскій гражданинъ не можетъ въ Россіи судебнымъ порядкомъ обойти начало французскаго права, запрещающее незаконнорожденнымъ отыскивать отца. *Bonnier. Des preuves p. 781.*

*Ивановъ
Федоровъ
акта*

отечественной (*Code civ. art. 48*; у насъ, напр., предписание о явкѣ завѣщанія въ миссиі т. X ч. 1 ст. 1078). *Bonnier. Des preuves p. 773 и п. 2.*—Актъ, совершенный за границей, обсуждается по иностранному закону лишь со стороны законности, но не доказательной его силѣ (ст. 464, 465 у. гр. с.). *Малининъ. Теорія стр. 47—59.*

Поэтому же и формы акта обсуждаются по мѣсту его совершенія ¹⁾; затѣмъ допустимость и сила доказательныхъ средствъ опредѣляется, по общему началу, законами того государства, въ которомъ совершился доказываемый фактъ ²⁾.

Не распространяется *lex fori* и на вопросы: въ какомъ объемѣ процессуальное производство за границей получаетъ силу на родинѣ, въ какомъ объемѣ иностранному государству можетъ быть оказана правовая помощь, когда рѣшенія иностранныхъ судовъ подлежатъ исполненію. По какому праву должны быть рѣшаемы всѣ подобные вопросы, — все это опредѣляется по началамъ дѣйствующимъ въ соответствующихъ частяхъ публичнаго и гражданскаго права, къ которымъ относятся.

Настоятельность въ помощи иноземныхъ судовъ (напр., для вызова и допроса свидѣтелей ³⁾) заставляла государство вступать въ особыя международныя соглашенія. Особенной полнотой отличается подобный договоръ между Франціей и Швейцаріей отъ 15 Іюня 1869 г. (см. подробный разборъ у *Brocher cit. t. 3 p. 72 sq.*). Россіей заключены спеціальныя конвенціи съ Германіей въ 1879 г. и съ Австріей въ 1884 г. о сношеніи судовъ округа варшавской судебной палаты съ германскими и австрійскими пограничными судебными мѣстами. Эти и другія конвенціи и деклараціи объ исполненіи судебныхъ порученій напечатаны у *Ивановскаго. Собраніе дѣй-*

¹⁾ С. civ. art. 170. *Merlin. Répert. v. Conventions matrimoniales § 1.*
²⁾ *Bonnier. Des preuves p. 779.*
³⁾ Такъ наз. *literae mutui compassus s. requisitoriales, commissions rogatoires.*

*465. Таки акти могути бити прикладани на други мѣста
такъ отъ прѣдставителю Рудолфа Пастера, Миссиі имп
Копульста, цѣль имъ дрѣво обвѣстити на законѣ
по международства.*

*3) дѣйств
акта
объемъ
указъ*

ствующихъ договоровъ, заключенныхъ Россією съ иностранными державами 2 т. 1889 стр. 190—210 ¹⁾.

При обращеніи за судебною помощію къ иноземнымъ судамъ, по общему началу, производство совершается не иначе, какъ по дѣйствующимъ въ странѣ процессуальнымъ началамъ ²⁾.

При исполненіи рѣшенія иноземныхъ судовъ оно подлежитъ оцѣнкѣ по иностранному же праву, а именно: будетъ ли оно дѣйствительнымъ, постановлено ли компетентнымъ судомъ, соблюдены ли формы, вступило ли оно въ законную силу ³⁾.

По вопросу вообще объ исполнимости рѣшеній иноземныхъ судовъ теорія даетъ отрицательный отвѣтъ. Иностранныя рѣшенія не могутъ получить сами собою принудительнаго исполненія на территоріи чужого господства; противное имѣло бы значеніе посягательства на чужую верховную власть, противорѣчило бы принципу взаимной независимости самостоятельныхъ государствъ. Каждый народъ отправляетъ исключительно самъ верховныя права и юрисдикцію на всемъ протяженіи своей территоріи. Поэтому для исполненія всякаго чужеземнаго судебного акта требуется разрѣшеніе туземной власти (*exequatur*). При томъ, если на исполненіе рѣшеній иноземныхъ судовъ былъ заключенъ международный договоръ, то рѣшеніе допускается къ исполненію безъ пересмотра его по существу, но по удостовѣренію условій его дѣйствительности и согласія съ туземнымъ публичнымъ правомъ ⁴⁾. При отсутствіи же подобнаго договора рѣшеніе допускается лишь послѣ пересмотра (ревизіи) его по существу ⁵⁾.

¹⁾ О данномъ вопросѣ см. *Brückner*. Die nach dem Ausland ergehenden Ersuchen um Rechtshilfe in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten 1886; *Böhm*. Handbuch des Rechtshülfeverfahrens etc. 1886.

²⁾ *Bar*. Internat. Privatr. 2 p. 408, 409; *Böhm*. Rechtshilfe p. 23.

³⁾ *Garsonnet*. Traité 2 p. 10.

⁴⁾ См. *Bonfils*. Compétence des tribunaux français à l'égard des étrangers 1867 p. 216.

⁵⁾ *Moreau*. Effets internationaux des jugements en matière civile 1884 p. 229—269. Cp. *Bar*. Internat. Privatr. Bd. 2 p. 413—417 sq.

Въ современныхъ западныхъ законодательствахъ отмѣчается нѣсколько направленій въ вопросѣ объ исполненіи рѣшеній иностранныхъ судовъ (см. сводъ у *Constant*. De l'exécution des jugements étrangers dans les divers pays 1883; *Moreau* cit.; *Мартенсъ*. Международн. право т. 2 стр. 340, 341). Такъ по французскому праву рѣшенія иностранныхъ судовъ, помимо международного соглашения, вообще не признаются обязательными и не исполняются безъ пересмотра дѣла по существу судами мѣста исполненія (*Code de procéd.* art. 546; *Code civil*. art. 2123, 2128). Въ Англіи и въ Соединенныхъ Штатахъ иностранное рѣшеніе считается вовсе не состоявшимся и можетъ служить только доказательнымъ средствомъ въ новомъ процессѣ (см. *Wharton*. A treatise on the conflict of laws or private international law 1881 p. 602 sq.). Въ Германіи рѣшенія иностранныхъ судовъ подлежатъ исполненію безъ ревизіи, но при соблюденіи нѣкоторыхъ условій, какъ-то: взаимности, согласія съ туземными правоположеніями, и др. (*Civilpr. Ordn.* §§ 660, 661). Тоже и по итальянскому кодексу (*Code di proc. civ.* art. 941, 942), см. *Rossi*. La esecuzione delle sentenze degli atti esteri in Italia 1890.

Въ Уставѣ гражданскаго судопроизводства по разсматриваемымъ вопросамъ имѣются только слѣдующія положенія. Изъ статьи 584 п. 2 и ст. 1281 слѣдуетъ, что рѣшенія какъ нашихъ судовъ о недвижимомъ имуществѣ, находящемся за границею, такъ и рѣшенія иностранныхъ судовъ о недвижимости, находящейся въ Россіи, будутъ недѣйствительны ¹⁾. Изъ ст. 571 п. 1, 2; 589; 1373 ^{исключ. суд. о срокахъ} можно заключить о правѣ предъявить въ русскомъ судѣ отводъ, если дѣло находится на разсмотрѣннн или уже разсмотрѣнно въ иностранномъ судѣ, или только находится въ связи съ искомъ разсматриваемымъ въ иностранномъ судѣ ²⁾. Затѣмъ, по общему началу рѣшенія иностранныхъ судовъ не подлежатъ исполненію въ Россіи. Исключеніе сдѣлано лишь по отношенію къ государствамъ, съ ко-

¹⁾ Тоже въ Англіи и Сѣверныхъ Штатахъ. *Story*. Conflict of laws §§ 435, 474, 478.

²⁾ Cp. *Code de proc. civ.* art. 171.

суд.
исполн. суд.
1272 см.
архив
судов

см
584 п. 2
1281



торыми заключенъ по сему предмету взаимный договоръ (ст. 1273).

Въ послѣднемъ случаѣ, однако, рѣшенія иностраннаго государства исполняются лишь при двухъ условіяхъ: 1) если въ немъ нѣтъ такихъ распоряженій, которыя противны общественному порядку, или не допускаются законами Имперіи (ст. 1279) и 2) если имъ не разрѣшается иска о правѣ собственности на недвижимое имѣніе въ Россіи находящееся (ст. 1281) ¹⁾.

Редакція статьи 1273 У. Гр. С. давала основаніе думать, что рѣшенія всѣхъ иностранныхъ судовъ подлежатъ у насъ исполненію; въ договорахъ могъ быть оговоренъ только способъ приведенія рѣшеній въ исполненіе; если же такого договора не будетъ, то къ исполненію примѣняются ст. 1274—1281. См. *Марковъ* въ Журн. Мин. Юстиціи 21 стр. 25—46 и 211—224; *Мальшевъ*. Курсъ 2 стр. 49; *Мартенсъ*. Междунар. право 2 стр. 341—345. Такого же толкованія держался нѣкоторое время и кассационный департаментъ, но позднѣе онъ остановился на томъ положеніи, что исполненіе рѣшеній иностранныхъ судовъ наступаетъ лишь тогда, когда имѣются на этотъ счетъ трактаты. Ср. рѣшенія касс. отъ 17 Октября 1873 N. 1711 и отъ 27. Янв. и 17 Марта 1882 г. (другія у *Боровиковскаго*. Уставъ къ ст. 1273). См. *Энгельманъ* въ Журн. гр. и уг. пр. 1884 кн. 6, а также въ *Journal du droit international privé* 1884 N. 3—4 p. 113—140.

Касательно исполненія однимъ судомъ рѣшенія другого внутри государства Уставъ придерживается того общаго начала, что рѣшенія судовъ тѣхъ частей Имперіи, въ которыхъ дѣйствуютъ мѣстные законы, приводятся въ исполненіе во всей Имперіи на общемъ основаніи.

Для рѣшенія судовъ округа варшавской судебной палаты см. ст. 1611; для рѣшеній судовъ Финляндіи ст. 1267—1272.

Пространство дѣйствія процессуальнаго закона относительно лицъ. — Процессуальные законы даннаго государства рас-

¹⁾ Ср. Code civil. art. 3, 2128.

2) упрѣженіи
въ соображеніи
въ полномъ смыслѣ въ Имперіи, по распоряженію по распоряженію
будетъ исполненомъ судъ Имперіи, по распоряженію по распоряженію
примѣняются въ иностранномъ см. ст. 1273—1278.

1611. Рѣшенія судебныхъ учрежденій Варшавскаго
Судебнаго Округа приводятся въ исполненіе въ провинціи
губерніяхъ Имперіи на основаніи общаго начала
Исаева.

пространяются прежде всего общимъ правиломъ на всѣхъ туземцевъ, т. е. на принадлежащихъ, въ качествѣ гражданъ, къ данному государству, хотя бы они жили за границей. Приэтомъ отъ дѣйствія общихъ процессуальныхъ законовъ не изъяты и должностныя лица ¹⁾, — даже самыя высшія (министры), — хотя для гражданскихъ правовыхъ требованій къ нимъ, какъ къ должностнымъ лицамъ, можетъ быть установленъ особый порядокъ производства ²⁾.

Затѣмъ, гражданскіе процессуальные законы, по общему правилу, примѣняются и ко всѣмъ иностранцамъ ³⁾, т. е. къ лицамъ не принадлежащимъ въ качествѣ гражданъ къ данному государству, на сколько для нихъ не установлено особыхъ правилъ ⁴⁾. Иногда такое равноправство иностранцевъ съ туземцами выговаривается особыми международными договорами. — Такое примѣненіе распространяется не только на физическія, но и на юридическія лица, т. е. на иностранныя торговые дома, на иностранныя общества, товарищества и кампаніи ⁵⁾; при условіи, конечно, что установленіе послѣднихъ не противорѣчитъ предписаніямъ туземнаго права ⁶⁾ и на отправленіе операций дано разрѣшеніе.

Иностранныя товарищества, кампаніи и т. д. пользуются у насъ судебною защитой лишь при соглашеніи о томъ нашего правительства съ данными государствами (ст. 2139 прим. 1 т. X ч. 1 изд. 1887 г. См. такія конвенціи у *Исаиченко*. Гражд. проц. 1 стр. 215 п.), или съ согласія отвѣтчика, который не пожелаетъ воспользоваться отводомъ на основаніи ст. 584 п. 3 У. Гр. С.

¹⁾ Ср. *Renaud*. Lehrb. § 2.

²⁾ У. Гр. С. ст. 1316—1336.

³⁾ См. *Böhm*. Handb. des Rechtshülfeverfahrens 1886 § 3.

⁴⁾ Объ особыхъ постановленіяхъ касательно иностранцевъ, какъ о предварительномъ обезпеченіи иска (У. Гр. Суд. 571 п. 5, 577, 578.—Code civ. art. 16; C. de proc. civ. art. 166, 167.—C. Pr. Ordn. §§ 102, 103) и др. см. ниже. *Bar. Inter. Privatrecht* въ *Holtzend. Rechtsencycl.* p. 713.

⁵⁾ На основаніи ст. 1007 т. IX св. зак.

⁶⁾ *Bonfils*. Procéd. civ. n. 507.

1316-1336
см. 227

Затѣмъ, предполагается, общимъ правиломъ, пребываніе иностранца въ данномъ государствѣ; но онъ можетъ и не находиться тамъ, и тѣмъ не менѣе будетъ подлежать дѣйствию чужого процессуальнаго закона, если его дѣло, по какому либо основанію, подчинено туземной юрисдикціи, напр., по дѣламъ о недвижимости, находящейся въ чужомъ государствѣ, по наследству, по договорнымъ соглашеніямъ, исполненіе которыхъ должно воспослѣдовать въ Россіи.

У. Гр. С. ст. 210, 212—214; 224; 1281; т. IX св. з. ст. 1003.—Т. X ч. 1 ст. 1106; т. IX ст. 1009.—Уст. Гр. С. ст. 209 ср. Гражд. Ул. Цар. П. ст. 13.—Ср. напр. Code civ. art. 11, 13, 14; Codice di proc. civ. art. 105; Codice civile art. 3.—Въ ст. 224 У. Гр. С. говорится объ „иностранцахъ, находящихся въ Россіи“, но тутъ устанавливается лишь подсудность исковъ, предъявляемыхъ къ иностранцамъ, находящимся въ Россіи, а не право иностранцевъ на судебную защиту въ Россіи (Исаченко. Гражд. процессъ 1 стр. 215—217).

Судебная помощь оказывается иностранцамъ не только въ ихъ спорахъ съ туземцами ¹⁾, но и въ спорахъ иностранцевъ между собою ²⁾.

Французское процессуальное право отказываетъ въ судебномъ разсмотрѣннн споровъ между иностранцами, ссылаясь на начало, что *actor sequitur forum rei* (см. Foelix. Traité du droit international privé n. 151). Французскіе юристы приводятъ различные мотивы этому отказу, какъ-то: французскіе суды установлены для охраны спорныхъ правъ французовъ, а не иностранцевъ (Feraud-Giraud. De la compétence des tribunaux français dans les contestations entre étrangers въ Revue d. dr. intern. privé t. 7 1880 p. 137 sq.) ³⁾; французскіе суды могутъ легко ошибаться, примѣняя чужеземныя права ⁴⁾;

¹⁾ Code civ. art. 14, 15.
²⁾ См. Исаченко. Гражд. пр. 1 стр. 219, 220.
³⁾ Ср. Brocher. Cours de droit intern. privé t. 3 p. 33 sq.
⁴⁾ Ср. Weiss. Traité élémentaire de droit internat. privé 1885 p. 934.

Въ дѣлахъ о недвижимомъ имуществѣ, находящемся въ Россіи, законъ, какъ и въ другихъ случаяхъ, устанавливаетъ подсудность исковъ, предъявляемыхъ къ иностранцамъ, находящимся въ Россіи, а не право иностранцевъ на судебную защиту въ Россіи. Судебная помощь оказывается иностранцамъ не только въ ихъ спорахъ съ туземцами, но и въ спорахъ иностранцевъ между собою. Французское процессуальное право отказываетъ въ судебномъ разсмотрѣннн споровъ между иностранцами, ссылаясь на начало, что actor sequitur forum rei. Французскіе юристы приводятъ различные мотивы этому отказу, какъ-то: французскіе суды установлены для охраны спорныхъ правъ французовъ, а не иностранцевъ. Французскіе суды могутъ легко ошибаться, примѣняя чужеземныя права.

французскіе суды будутъ чрезвычайно обременены дѣлами; и т. д. — На самомъ дѣлѣ, однако, французская судебная практика допускаетъ столько изыятій изъ этого начала, что колеблетъ само правило (Martens. Междун. право 2 т. 1883 стр. 334). Въ дѣйствительности, нельзя же отсылать иностранцевъ, которымъ общается защита законовъ, къ отдаленнымъ иноземнымъ судамъ, въ округѣ которыхъ не будутъ находиться ни сами стороны, ни предметъ спора. При этихъ условіяхъ само гражданское право, предоставляемое иностранцамъ, будетъ лишено всякого значенія (Bar. Internat. Privatrecht 2 Bd. 1889 p. 400). Поэтому весьма многіе французскіе юристы высказываются противъ примѣненія данного начала кромѣ тѣхъ случаевъ, когда споръ касается вопросовъ, затрудняющихъ своимъ разрѣшеніемъ французскіе суды, какъ напр. о правахъ состоянія (Foelix cit. p. 330; Laurent. Le droit civ. internat. 4 n. 46; Weiss cit. p. 934; и др.). Въ Бельгіи закономъ 1876 г. подобное же начало прямо отмѣнено (Asser. Eléments de droit internat. privé etc. par Rivier 1884 p. 155 n.).

Изъ общаго правила о пространствѣ дѣйствія процессуальнаго закона относительно лицъ допускаются слѣдующія изыятія:

Члены царствующаго дома не подчинены общему процессуальному закону, хотя и не безусловно, а именно дѣлается различіе между личными дѣлами ихъ и дѣлами по имѣніямъ, принадлежащимъ имъ въ частную собственность. Только къ дѣламъ перваго рода примѣняется данное изыятіе.

Въ нѣкоторыхъ государствахъ, какъ напр. въ Австріи и Германіи, для всѣхъ чисто личныхъ гражданскихъ дѣлъ членовъ царствующаго дома установлено особое судебное учрежденіе. Ullmann. Oestery. Zivilproz. p. 55, 56; Gaupp. Die Civilproz. ordn. f. d. Deutsch. R. 1 p. 11 (Einf. G. z. G. V. § 5).

Дѣла же по имѣніямъ, приобретеннымъ членами царствующаго дома на правахъ частной собственности, подчинены общимъ процессуальнымъ законамъ.

У насъ—если эти имѣнія не состоятъ въ завѣдываннн Министерства Двора (У. Гр. С. ст. 1299). Тоже въ тѣхъ дѣлахъ, которыя производятся въ пользу короля или государя, какъ напр. с императоромъ: процессъ суда опредѣляется черезъ Мин. Юст. на двусторонней вѣдѣльи и въ случаѣ имъ же.

пр. Рог.

Итакъ, въ тѣхъ дѣлахъ, которыя производятся въ пользу короля или государя, какъ напр. с императоромъ: процессъ суда опредѣляется черезъ Мин. Юст. на двусторонней вѣдѣльи и въ случаѣ имъ же.

Въ дѣлахъ о недвижимомъ имуществѣ, находящемся въ Россіи, законъ, какъ и въ другихъ случаяхъ, устанавливаетъ подсудность исковъ, предъявляемыхъ къ иностранцамъ, находящимся въ Россіи, а не право иностранцевъ на судебную защиту въ Россіи. Судебная помощь оказывается иностранцамъ не только въ ихъ спорахъ съ туземцами, но и въ спорахъ иностранцевъ между собою. Французское процессуальное право отказываетъ въ судебномъ разсмотрѣннн споровъ между иностранцами, ссылаясь на начало, что actor sequitur forum rei. Французскіе юристы приводятъ различные мотивы этому отказу, какъ-то: французскіе суды установлены для охраны спорныхъ правъ французовъ, а не иностранцевъ. Французскіе суды могутъ легко ошибаться, примѣняя чужеземныя права.

Австріи (*Ullmann, Oesterri. Zivilproc. p. 33, 34.*) — Civ. Pr. Ordn. E § 5. — Въ иностранныхъ законодательствахъ, какъ напр. германскомъ, оговариваются разныя исключительныя особенности для производства по даннымъ дѣламъ (необязательность личной явки и т. д.). *Rintelen. Prozessr. 1 p. 117.*

2) Затѣмъ, иностранныя государства, правительства и ихъ владѣтельныя особы (также союзныя войска), въ силу признанной взаимной независимости государствъ, изъяты отъ дѣйствія туземнаго процессуальнаго закона, если только они сами добровольно не подчиняются ему, какъ напр. въ случаѣ приобрѣтенія недвижимой собственности въ чужомъ государствѣ ¹⁾, въ случаѣ предъявленія иска въ иноземномъ судѣ ²⁾ и связаннаго съ нимъ отвѣта по встрѣчному иску туземца.

3) По тому же основанію и представители иностранныхъ державъ пользуются такъ назыв. внѣземельностью (экстерриториальностью), т. е. они рассматриваются какъ бы находящимися у себя на родинѣ, какъ бы не покинувшими территоріи своего государства ³⁾. Они подчинены юрисдикціи того государства, къ которому принадлежать ⁴⁾. Внѣземельность распространяется на самихъ представителей, членовъ ихъ семьи, состоящихъ при миссіи, т. е. чиновныхъ въ ней лицъ, и на свиту ⁵⁾. Служащіе же у должностныхъ лицъ посольства не считаются принадлежащими къ нему, а потому, по нашему закону, на нихъ не распространяется внѣземельность.

У. Гр. С. ст. 225 и примѣч. Ср., напр. Gerichtsverfass. §§ 18, 19.

На вѣнскомъ конгрессѣ 1815 г. установленъ составъ дипломатическихъ агентовъ, къ которымъ отнесены: послы, посланники, министры и иные уполномоченные при государяхъ, министры

1) У. Гр. С. ст. 1281.
2) У. Гр. С. ст. 225 „денежная требованія“.
3) *Hugo Grotius. De jure belli ac pacis 1646 p. 297.*
4) Civ. Pr. Ordn. § 16.
5) Составъ опредѣленъ въ ст. 2370 т. 1 св. зак.

правила, имѣющія в себѣ 224 статьи и которые могутъ представлять въ интересахъ иностранныхъ государствъ подданное, именуя денежныя къ нему суммы, и могутъ обращаться в М. М. Д., которое должно

вѣренные въ дѣлахъ ¹⁾. Изъ этого перечисленія слѣдуетъ, что генеральныя консулы, вице-консулы и прочіе торговые или коммерческіе агенты не считаются дипломатическими агентами и потому не пользуются внѣземельностью, если только международнымъ соглашеніемъ съ даннымъ государствомъ не будетъ выговорено для нихъ данное изъятіе ²⁾.

*ст. 912
о недвижимомъ имуществѣ*

На Востокѣ капитуляціями и международными трактатами положене внѣземельности создано не только для консуловъ, но и для всѣхъ вообще подданныхъ европейскихъ государствъ, пребывающихъ, напр., на мусульманской территоріи ³⁾. Поэтому споры между всѣми подданными европейскихъ государствъ разрѣшаются на Востокѣ испоконъ консульскими судами на основаніи дѣйствующихъ европейскихъ законодательствъ.

Для Россіи см. Уставъ консульскій (Св. зак. т. XI ч. 2 изд. 1887 г.), заключающій въ себѣ правила суда консульскаго въ Персіи (ст. 147—176) и нѣсколько другихъ положеній для суда остальныхъ консуловъ на Востокѣ (Турція, Китай, Японія: ст. 178—193). На практикѣ правилами консульскаго суда въ Персіи пользуются всѣ консулы на Востокѣ.

*Дѣл. Консульскій
въ Персіи
подробно
въ
Судебн. Кодексе
и Персіи
и правила
въ Турціи, Китай, Японія*

Законъ о юрисдикціи

При производствѣ и рѣшеніи гражданскихъ дѣлъ суду обязательно придерживаться закона и притомъ въ точномъ его смыслѣ. Примѣненіе или непримѣненіе закона не можетъ составлять вѣпра личнаго усмотрѣнія судьи. Ни одинъ законодатель не разрѣшаетъ судѣ брать для каждаго случая въ частности особыя вѣсы и гиры ⁴⁾.

Законъ

Non exemplis sed legibus judicandum est, — провозглашали уже римскіе законодатели (L. 13 C. 7, 45).

1) Ст. 2367 т. 1 Учрежд. Мин.
2) Gerichtsverfass. § 21.
3) *Мартенсъ. О консулахъ и консульской юрисдикціи стр. 332.*
4) *Bonfils. Procédure p. 326.*

826-838 по преданію

Вот судебный процесс...
Закон, предполагается, отвечает необходимости, оправды-
вается серьезными основами, и поэтому должен иметь санкцию,
обеспечивающую его выполнение. Таково общее начало всех со-
временных законодательств. В том числе и у нас основным
правилом положено, что „закон должен быть свято и ненару-
шимо исполняемъ всеми и каждым“¹⁾. Обязательность его не под-
лежит повѣркѣ ни частных лицъ, ни административной, ни су-
дебной власти²⁾. Въ этомъ признается невозможнымъ ставить пра-
вовой порядокъ въ зависимость отъ воли отдѣльных лицъ³⁾.
Поэтому же судья лишенъ права исправлять законъ, или толковать
его въ другомъ смыслѣ, котораго онъ не имѣетъ. Онъ обязывается
рѣшать „по точному разуму существующихъ законовъ“⁴⁾.

Въ такомъ (такъ наз. пассивномъ) отношеніи суда къ закону
теорія видитъ залогъ правосудія; тогда какъ свободное распоряже-
ніе суда закономъ признается крайне опасной для правового по-
рядка, требующаго устойчивости и постоянства въ примѣненіи пра-
вовыхъ нормъ. Каждый изъ спорящихъ въ гражданскомъ судѣ взы-
ваетъ къ объективному праву. Онъ успокаивается только тогда,
когда увѣренъ, что само право противъ него. Лишь изъ этой увѣ-
ренности вытекаетъ довѣріе къ судебному рѣшенію; изъ увѣренно-
сти, что правовой порядокъ, а не личная воля, произволь судьи,
оборачивается противъ потерявшаго процессъ. Каждый преклоняет-
ся предъ правомъ, но не предъ волею отдѣльнаго лица⁵⁾. Поэтому
„судья долженъ быть въ извѣстной мѣрѣ ничѣмъ инымъ, какъ жи-
вымъ олицетвореніемъ закона“⁶⁾. Онъ изслѣдуетъ только должное
обнародованіе закона, а никакъ не его дѣйствительность.

Отступление отъ закона не можетъ быть оправдано
особенностями частнаго случая. разсматриваемаго судьей
(ср. *Schein. Unsere Rechtsphilosophie u. Jurisprudenz* 1889

- 1) Основ. зак. ст. 63. Ср. Code de proc. civ. art. 1029.
- 2) Рѣшеніе Гражд. Касс. Д-та 1879 г. N. 300.
- 3) *Азаревичъ*. О соблюденіи закона. 1890 г.
- 4) У. Угол. Суд. ст. 12; У. Гр. С. ст. 9.
- 5) *Sarwey. Allgemeines Verwaltungsrecht* 1887 p. 43.
- 6) *Ihering. Zweck im Rechte* 1 p. 378.

формы эта подъ явнымъ нападкомъ...
неясности, недоразумѣній или противорѣчій. *Крѣпкого смысла закона*
въ нарушении. *Зрѣ правдивъ. Вызовы подвѣ-*
рѣны. Недоразумѣнія, какъ за отказа в
р. 134 sq.; p. 204 sq.; *Kohler* въ Jahrb. f. d. Dogmatik
d. h. röm. R. 25); такъ какъ судъ располагаетъ доста-
точными средствами, чтобы устранить несоотвѣтствіе
условія дѣла съ предположеніями закона, не нанося у-
щерба точному его смыслу (*Азаревичъ. Правда въ граж-*
данскомъ процессѣ 1888 г. стр. 16, 17).

Изъ предъидущаго слѣдуетъ, прежде всего, что при ясномъ,
единомъ смыслѣ закона судѣе остается только строгое его прило-
женіе „по точному и буквальному“ содержанію¹⁾; иначе рѣшеніе
можетъ быть остановлено въ исполненіи²⁾ и всегда подлежитъ от-
мѣнѣ³⁾. При неполнотѣ же, неясности, недостаткахъ или противорѣ-
чій въ законѣ судья обязанъ приступить къ толкованію⁴⁾
(*interpretatio*).

У. Гр. С. ст. 9, 10; У. Уг. С. ст. 13.—Code civ. art 4.

Судья не можетъ отклонить разрѣшеніе даннаго дѣла только
потому, что онъ не находитъ вполнѣ яснаго или какого бы то ни
было опредѣленія положительнаго права, подъ которое могъ бы
подвести этотъ случай. При неполнотѣ закона, оказавшейся при
судебномъ разбирательствѣ, можетъ быть возбужденъ законода-
тельный вопросъ, но „независимо отъ рѣшенія дѣла судомъ“⁵⁾.
Признаніе же неразрѣшимымъ спора, представляемаго на рѣшеніе
суда, равняется отказу въ правосудіи⁶⁾. Всякій же отказъ въ пра-
восудіи наказуемъ, какъ противополложное бездѣйствіе власти⁷⁾

- 1) Основн. зак. ст. 65. Рѣшеніе Гр. К. Д-та 1888 N. 79.
- 2) Полож. о зем. нач. ст. 31.
- 3) У. Гр. С. 186, 793; У. Уг. С. ст. 912.
- 4) *А. Градовскій*. О судебномъ толкованіи законовъ по
русскому праву въ Журн. гр. и уг. права 1874 кн. 1 стр.
1 — 62.
- 5) О порядкѣ представленія Сенату на обсужденіе во-
просовъ неодинаково разрѣшаемыхъ или возбуждающихъ на
практикѣ сомнѣнія см. Учр. С. Уст. ст. 136, 259; Сен. зак.
ст. 52 пр. 2. Ср. т. 2 ч. 1 ев. зак. ст. 260.
- 6) Рѣшеніе Гр. Касс. Д-та 1878 г. N. 158.
- 7) У. Уг. С. ст. 13; Уст. Военно-Судебн. ст. 222; Воен-
но-Морск. Суд. Уст. ст. 215; У. гр. суд. 10. (ср. *Ваме*).

ст. 136 и ст. 259: прокурор окружн. суда -

Ma bene { Но цель толкования должна быть чисто дедуктивной, а не продуктивной. Оно должно привести к познанию, а не к установлению права ¹⁾, или, как выразился сенат „при истолковании законов задача суда заключается единственно в уяснении смысла закона, а не в исправлении закона“ ²⁾. *19. N 17*

Итак если судья не находит в нормах действующего права соответствующего определения для данного случая, то он обязан попытаться извлечь правило, для заключения из одного и того же основания закона к одному и тому же решению, по той аксиоме, что *ubi est eadem legis ratio, ibi est eadem legis dispositio*. Это называется действовать на основании *аналогии*, или на основании общего смысла законов ³⁾; — действовать *analogia rationis, secundum rationem*. Словом *ratio*, в области права, обозначается юридический принцип, идея, которая лежит в основании данного правового института ⁴⁾. Подъ аналогией разумются те нормы, которые извлекаются, путем логического толкования, из духа законов. Судья отыскивает юридическую идею (основу) закона и затем применяет его к случаям явно не нормированным, но имеющим одну и ту же основу. При этом, однако, не все законы могут быть применены по аналогии; такъ аналогия не допускается для законов исключительных ⁵⁾, для указов *определяющих или роду дел.* Кроме аналогии судья открыто право распространительного толкования (*interpretatio extensiva*). Тогда какъ аналогия предполагает и восполняет пробел в существующих правовых нормах, распространительное толкование только исправляет не-правильное намерение законодателя ⁶⁾.

Иногда распространительное толкование и аналогия оказыва-

¹⁾ *Wach. Handb.* p. 255.

²⁾ ~~Решение Гр. Касс. Д-та 1879 г. N. 16.~~

³⁾ *У. Гр. С. ст. 9; У. У. С. ст. 12.*

⁴⁾ *Ratio legis* не слѣдуетъ смѣшивать съ *occasio legis*.

⁵⁾ *L. 14 D. 1, 3; L. 141; L. 162 D. 50, 17.* Указы по определенному делу или роду дел. *Осен. зак. ст. 70; Решение Гр. Касс. Д-та 1868 г. N. 275.*

⁶⁾ *Bolzano. Handbuch* p. 26.

ст. 1. Rome

ются недостаточными для решения случая, какъ при „невозможности согласить буквальный смысл одного закона съ таковымъ же другого“; тогда должна быть предоставлена болѣе широкая свобода судейскому сужденію, которое будетъ выходить изъ природы вещей (*Natur der Sache*), руководствоваться откровеніемъ совѣсти ¹⁾, или слѣдовать „общему духу законодательства и держаться смысла болѣе оному соответственнаго“ ²⁾. — Подъ природой вещей разумются такіе правовые принципы, которые распознаются изъ существа и цели процесса и изъ основныхъ началъ, на которыхъ онъ покоится; или иначе — все то что съ практической последовательностью вытекаетъ изъ положительнаго правового института ³⁾. — Добытое такимъ путемъ начало получаетъ постояннымъ примѣненіемъ положительную силу ⁴⁾.

При толковании судья действуетъ вполне самостоятельно; для него не обязательны ни указанія властей (напр. министра юстиціи), ни решения судовъ въ другихъ процессахъ. Обязательны для него лишь разъясненія высшаго (кассационнаго) суда, который этимъ фактически отправляетъ законодательную власть ⁵⁾, и только фактически а не юридически, ибо великій законъ духъ своего Божія и этой духу Требуя универсидатія со стороны Верховной власти.

Гражданскіе процессуальные обычай.

Обычное право вызывается въ гражданскомъ процессѣ не теми силами, что въ гражданскомъ правѣ. Въ гражданскомъ правѣ обычное право представляется выраженіемъ общаго правового сознания народа, составляетъ истинное народное право. Въ гражданскомъ же процессѣ, въ силу запрещенія конвенціональнаго процесса передъ государственнымъ судомъ, обычное право можетъ

¹⁾ *Code civil. art. 4, 1134, 1592, 1854.*

²⁾ *Основ. зак. ст. 65.*

³⁾ *См. Bolzano. Handb. p. 26, 27.*

⁴⁾ *Hellmann. Civilpr. p. 23; Heyssler* въ *Grünhut's Zeitschr. 11 Bd. p. 572 sq.*

⁵⁾ *Wach. Handb. p. 255. См. ниже.*

Вен. Зак. Ст. 65

п. 6.

имѣть своимъ источникомъ лишь общее правовое сознание судовъ; обычное право тутъ будетъ судебнымъ правомъ ¹⁾.

Судебный обычай (*usus fori, stylus curiae*), есть ничто иное, какъ фактическое, постоянно повторяемое судебное толкованіе и примѣненіе закона.

Судебное толкованіе и примѣненіе закона не составляютъ источника права въ собственномъ смыслѣ слова; но при всемъ томъ судебный обычай имѣетъ въ области процессуальнаго права такое большое значеніе, что можетъ быть поставленъ на ряду съ его источниками. Процессуальное право содержитъ въ себѣ только отвлеченное опредѣленіе гражданскихъ процессуальныхъ правоотношеній и производства, конкретную же имъ форму даетъ практика судовъ ²⁾. Этимъ же путемъ судебная дѣятельность имѣетъ возможность развивать и восполнять работу закона ³⁾.

Уже римскими юристами сознавалось: *neque leges neque senatus consulta ita scribi possunt, ut omnes casus, qui quandoque inciderint, comprehendantur* L. 10 D. 1, 3.

Итакъ практика судовъ можетъ вырабатывать положенія, которыя, хотя и не представляютъ закономъ признаннаго обычнаго права, но которыя тѣмъ не менѣе имѣютъ такую же практическую дѣйствительность, какъ обычное право.

Если эти положенія составляютъ выраженіе постоянной практики высшаго суда, то имъ подчиняются всѣ остальные суды. При отправленіи юстиціи въ послѣдней инстанціи и всякій другой судъ можетъ установить путемъ практики свои положенія.

Положенія судебного обычая могутъ, по признанію многихъ, вести даже къ отиѣнѣ (*derogatio*) самихъ законодательныхъ нормъ, хотя бы (напр. въ Германіи) это прямо было запрещено. Такова сила приобрѣтеннаго авторитета ⁴⁾.

¹⁾ *Gerichtsrecht.*

²⁾ *Canstein. Das Civilprozessrecht* p. 24.

³⁾ *Bülow. Gesetz und Richteramt* 1885 p. 4, 28—41.

⁴⁾ *Sturm. Der Kampf des Gesetzes mit der Rechtsgewohnheit* 1877 p. 23 sq.

Въ послѣднее время нерѣдко проводятъ мысль о полной равномѣрности обычнаго права съ закономъ и въ силу этого допускаютъ общимъ началомъ возможность отиѣны послѣдняго первымъ. См., напр., *Esser. Die derogatorische Kraft des Gewohnheitsrechts* 1889.

Въ обычномъ процессуальномъ правѣ слѣдуетъ различать: судебной обычай въ тѣсномъ смыслѣ слова и преюдицію. Первый касается веденія процесса, составляетъ обыкновеніемъ укрѣпленное правило процедуры, процессуальнаго дѣйствія. Вторая относится къ судебнымъ рѣшеніямъ; преюдиція есть судебное постановленіе, которое служитъ образцомъ для будущихъ рѣшеній въ однородныхъ случаяхъ ¹⁾.

Уже римское право признавало значеніе преюдицій: L. 23; L. 27; L. 37 D. 1, 3.

Какъ самостоятельная форма права, обычное процессуальное право особенно широко разрабатывается въ практикѣ волостныхъ судовъ ²⁾. Въ другихъ судебныхъ установленіяхъ процессъ хотя и подчиняется въ общемъ нормамъ закона, но, какъ сказано, онъ подлежитъ тамъ восполненію и дальнѣйшему детальному развитію.

Изъ преюдицій имѣетъ особенно важное значеніе сакціонированная преюдиція, т. е. заключеніе высшаго суда, иначе говоря, у насъ, кассационныя рѣшенія.

Опредѣленія кассационныхъ департаментовъ сената имѣютъ всеобщую обязательную силу по истолкованію и примѣненію законовъ и по этой причинѣ публикуются во всеобщее свѣдѣніе.

Такая общая обязательность кассационныхъ рѣшеній проводится самимъ сенатомъ; это видно уже изъ того, что, въ дѣйствительности, дѣла по истолкованнымъ уже законамъ обращаются не въ присутствіе департамента, а въ присутствіе отдѣленія (ст. 802 ^{1—3} У. гр. с.; ст. 916 ^{2—3} У. уг. суд.). Но съ такою тенденціей

¹⁾ См. *Bolgiano. Handb.* p. 19—25.

²⁾ См. вапр. *В. Птицынъ. Обычное судопроизводство крестьянъ Саратовской губерніи* 1886; *Скоробогатый. Очерки крестьянскаго суда* 1884.

cf. 802 = cf. 916 0, на томъ. Первоначальн. для суд. власти 2
cf. 802 = cf. 916 2, раскорректированномъ законѣ
cf. 802 = cf. 916 3
cf. 802 = cf. 916.

*длинный суверенитет Сената, и Кассация...
самъ оснований Промисль не произвелось.*

0.3. ч. 15 пр.

1. 7. 815.

*применя и опред-
ис К. Вен. С., которыми
заключены законъ, публи-
куетъ во всеобщее
польза, для руковод-
ства единообразному
исполнению при
его оубид*

*4. ч. = 813 ч. 1.
3. ч. = 815 ч. 1.*

*30 ч. С. У.
зависимости отъ
полюетъ своимъ на дѣла
гра дѣла дѣла въ
его убѣжденіи и
дѣла въ законъ.*

едва ли согласенъ буквальный смыслъ законовъ, определяющихъ силу кассационныхъ рѣшеній. Такъ прежде всего примѣчаніе къ ст. 65 основн. зак. гласитъ: „опредѣленія кассационныхъ департаментовъ правительствующаго сената по просьбамъ объ отмѣнѣ рѣшеній публикуются во всеобщее свѣдѣніе, для руководства къ единообразному истолкованію и примѣненію законовъ“. То же говорится въ ст. 815 У. гр. суд.; ст. 933 У. уг. суд. Изъ буквальнаго смысла этихъ законовъ и затѣмъ ст. 813 У. гр. суд. и ст. 930 У. угол. суд. есть основаніе полагать, что законодатель считаетъ кассационныя рѣшенія обязательными лишь для суда, къ которому обращено дѣло для перевершенія; а что всѣ остальные суды обязаны брать кассационныя рѣшенія лишь въ руководство (см. также ст. 130 Учр. Суд. Уст.), не стѣняясь въ своемъ правѣ самимъ изъяснять истинный смыслъ закона. См. фонъ-Резонъ. О силѣ кассац. рѣшеній въ Судебн. Журналѣ за 1873 NN. 7 и 8.

Такое значеніе кассационныхъ рѣшеній противорѣчитъ общей основѣ правового быта, въ которомъ заправляющимъ элементомъ долженъ быть законъ, а не опредѣленія по поводу частныхъ случаевъ ¹⁾. Въ большинствѣ современныхъ законодательствъ не признано общеобязательной силы за опредѣленіями высшихъ судовъ.

Во Франціи законъ 1-го Апрѣля 1837 г. установилъ, что если второе рѣшеніе суда будетъ обжаловано въ кассационномъ порядкѣ тѣми же сторонами и на тѣхъ же основаніяхъ, по которымъ было отмѣнено первое рѣшеніе, — то кассационный судъ постановитъ свое опредѣленіе въ общемъ собраніи. Такимъ образомъ постановленное опредѣленіе кассационнаго суда обязательно для суда, къ разсмотрѣнію котораго данное дѣло обращено (Garsonnet. Précis p. 81, 82). Изъ этого слѣдуетъ, что по французскому законодательству судьи вообще не связаны кассационными рѣшеніями. -- Такое же значе-

¹⁾ См. ст. 12 У. уг. с. и ст. 9 У. гр. с. — L. 13 С. 7, 45.—А. Градовскій въ Журн. Гр. и Уг. Права 1874 кн. 1 стр. 43-62; Думашевскій въ Журн. Министер. Юстиціи 1867 г. Августъ.

ніе имѣютъ рѣшенія высшихъ судовъ Германіи, т. е. значеніе простой, абсолютно не обязательной для другихъ случаевъ, преюдиціи (Gerichtsverfass. §§ 137, 139. См. Bolgiano, Handb. p. 25.)—Въ Австріи судья связанъ только закономъ (Canstein. Das Civilpr. p. 26.) По закону 7 Авг. 1872 г. рѣшеніе, постановленное по спорному правовому вопросу въ усиленномъ составѣ высшаго суда, заносится въ особый реестръ (Judikatenbuch, Spruchrepertorium). Судъ, однако, можетъ не согласиться съ разъясненіемъ высшаго суда и тогда дѣло опять поступаетъ на рѣшеніе послѣдняго, но уже въ болѣе усиленномъ составѣ (Ullmann. Oesterr. Zivilpr. p. 10, 11.) — Только въ Англіи преюдиціи имѣютъ обязательную силу для подчиненныхъ судовъ и, въ большинствѣ случаевъ, также для судовъ одного и того же ранга. Поэтому важнѣйшія рѣшенія публикуются въ особыхъ сборникахъ „reports“, какъ частными лицами, такъ въ особенности (съ 1865 г.) корпораціей изъ адвокатовъ и стряпчихъ (incorporated council of law reporting). См. Schuster. Die bürgerliche Rechtspflege in England 1887 p. XXVI.

Особый источникъ процессуальнаго права представляютъ своды административныхъ правилъ (распоряженій), опредѣляющихъ порядокъ исполненія законовъ и внутренній распорядокъ въ судебныхъ мѣстахъ.

Большій или меньшій составъ такихъ правилъ зависитъ отъ степени полноты законодательныхъ процессуальныхъ уставовъ. Чѣмъ шире и подробнѣе охватываетъ законодатель судебную организацію и судебную дѣятельность, тѣмъ менѣе оставляется вопросовъ на опредѣленіе ихъ самою судебною властью, и наоборотъ.

Особенно широко такой разработкѣ подлежитъ процессуальное право въ Англіи, и это объясняется тѣмъ, что тамъ законы опредѣляютъ производство только въ общихъ чертахъ.—Всякое-судебное правило (т. н. rule) подлежитъ редакціи особой комиссіи изъ пяти судей графства и кромѣ того—ревизіи лорда канцлера. Отъ времени до времени правила эти кодифицируются; послѣдняя кодификація county court rules состоялась въ 1886 г. См. Schuster. Bürgerl. Rechtspf. in England p. XXV, 7.

У насъ правила, относящіяся до дѣлопроизводства и внутренняго распорядка въ судебныхъ мѣстахъ, опредѣляются наказами (инструкции — тожь) ¹⁾. Первымъ условіемъ наказы эти не должны заключать въ себѣ правилъ, нарушающихъ законы ²⁾. Затѣмъ, между ними отличаютъ наказъ общій, — для всѣхъ судебныхъ мѣстъ, — и особые наказы, — для каждаго судебного мѣста въ отдѣльности ³⁾. Первый составляется въ министерствѣ юстиціи, обсуждается соединеннымъ присутствіемъ перваго и кассационныхъ департаментовъ сената и утверждается общимъ собраніемъ кассационныхъ департаментовъ. Предположенія о необходимыхъ перемѣнахъ въ наказѣ могутъ быть возбуждаемы всѣми судебными установленіями, а также министромъ юстиціи. Утвержденный наказъ публикуется во всеобщее свѣдѣніе въ собраніи узаконеній и распоряженій правительства ⁴⁾. — Особые наказы составляются самими судебными мѣстами, каждымъ особо, и представляются министру юстиціи на утвержденіе (наказы кассационныхъ департаментовъ — только для свѣдѣнія) ⁵⁾, или, при его несогласіи, для дальнѣйшаго представленія общему собранію кассационныхъ департаментовъ сената ⁶⁾. Тѣмъ же порядкомъ производятся и измѣненія въ особыхъ наказахъ. Особые наказы судебнымъ мѣстамъ точно также публикуются во всеобщее свѣдѣніе ⁷⁾.

Особые наказы мировымъ судьямъ и гминнымъ судамъ разсматриваются мировыми сѣздами (ст. 74, 500 Учрежд. С. У.). Особые наказы городскимъ судьямъ составляются окружными судами (ст. 12 Прав. объ устр.

¹⁾ См. *Сперанскій*. Руководство къ познанію законовъ §§ 137, 138.

²⁾ Учрежд. Суд. У. ст. 168, 170, 171; Записка Госуд. Канц. стр. 72.

³⁾ Учр. ст. 166.

⁴⁾ Ст. 167 Учр.

⁵⁾ Ст. 172 Учр.

⁶⁾ Ст. 171 Учр.

⁷⁾ Ст. 173 Учр.

суд. части). Особые наказы уѣзднымъ сѣздамъ составляются ими самими и представляются на разсмотрѣніе въ губернское присутствіе (ст. 91 Полож. о зем. нач.).

Теоретическое изученіе процесса.

Въ прежнее время было сильно распространено воззрѣніе, будто процессъ есть простое искусство, которому научаются практикой, и поэтому въ высшихъ школахъ относились съ извѣстнымъ пренебреженіемъ къ этому предмету преподаванія. Въ настоящее время всякому понятно, что процессуальные законы, какъ и всякіе другіе законы ¹⁾, познаются во всей ихъ глубинѣ только изъ усвоенія началъ лежащихъ въ ихъ основаніи, что изъ одного текста нельзя уловить ни духа, ни мотивовъ процессуальной нормы. Подобное усвоеніе дается лишь теоретическимъ изученіемъ цѣлой системы процессуальныхъ началъ. Безъ такой подготовки практической дѣятель не можетъ съ достаточною увѣренностью и сознательно обращаться въ процессуальныхъ дѣйствіяхъ и формахъ; онъ будетъ лишентъ солидныхъ основаній для аналогіи, для детальныхъ выводовъ, для приложеній, въ случаяхъ пробѣла, природы процессуальнаго отношенія ²⁾.

Въ наукѣ все разнообразіе процессуальныхъ явленій сводится къ логической системѣ началъ, которая и помогаетъ практикѣ находиться въ этомъ разнообразіи.

Но съ другой стороны въ процессѣ болѣе, чѣмъ въ какой либо другой правовой дисциплинѣ, требуется знакомство съ практическимъ примѣненіемъ данныхъ началъ. Въ процессѣ вся цѣль теоріи — служить освѣщеніемъ къ должному приложенію на практикѣ ³⁾. Незная процедуры, можно рисковать непоправимыми ошибками и полною невозможностью вести дѣло, когда оно основано на формахъ ⁴⁾.

¹⁾ *Seire leges non est verba earum tenere sed vim ac potestatem* L. 17 D. 1, 3.

²⁾ *Boitard*. Leçons de procéd. civ. t. 1 Introd. n. 1.

³⁾ Ср. *Carré-Chauveau*. Les lois 1 Introd. p. V и n. 1.

⁴⁾ Для первоначальнаго ознакомленія съ процессуаль-

*наказ
инструкция*

*С. У.
66-1/3*

*Plinius in
de Mutilis*

Уже Плиний говорилъ: *jura in scholis audiuntur sed in foro discutuntur*; позднѣе французскій юристъ (Dumoulin) выразилъ ту же мысль болѣе удачно такъ: *leges in scholis deglutiuntur, in palatiis digeruntur*, законы въ школахъ поглѣщаются, а въ судахъ перевариваются.

Такимъ образомъ должное ознакомленіе съ процессомъ совмѣщаетъ въ себѣ, какъ научную сторону, такъ и практическое приложеніе.

Мѣсто, задача и элементы гражданскаго процессуальнаго права.

Гражданское процессуальное право составляетъ органическую часть всего права. Съ одной стороны въ немъ дѣлается употребленіе правовыхъ понятій, выработанныхъ въ другихъ областяхъ публичнаго и гражданскаго права, при ближайшемъ указаніи такого употребленія въ отдѣльности; съ другой стороны оно вырабатываетъ ему принадлежащія правовыя понятія, даетъ имъ форму для примѣненія въ другихъ областяхъ права.

Такое взаимное соотношеніе гражданскаго процессуальнаго права съ другими областями права имѣетъ своимъ результатомъ то, что въ законодательствѣ не настаиваютъ на строгомъ обособленіи процессуальныхъ началъ. Простой цѣлесообразности достаточно, чтобы помѣщать въ гражданскихъ процессуальныхъ законодательствахъ множество опредѣленій о гражданскомъ правѣ¹⁾; равно какъ въ послѣднемъ давать положенія процессуальнаго характера²⁾. Но несмотря на общее служебное значеніе гражданскаго процессуальнаго права для гражданскихъ правъ и на то, что судебная дѣятельность есть собственно выраженіе государственной власти — не-

Wach Handb. n. 114

ными формами можно рекомендовать трудъ *Побѣдинскаго*. Гражданское судопроизводство въ окружномъ судѣ по Уставамъ Импер. Александра II въ принятыхъ судебною практикою формахъ 1890 г.

1) *Planck. Lehrbuch* 1 p. 17.

2) См. выше о доказательствахъ стр. 31.; *различные значенія*

доказательствъ (какъ же пока, исполненіи и. т. д.) въ гражданскомъ правѣ и процессуальномъ процессѣ.

смотря на это гражданское процессуальное право занимаетъ мѣсто самостоятельной правовой дисциплины¹⁾.

Остается указать на задачу и элементы науки гражданскаго процесса²⁾.

Прежде всего со стороны содержанія само гражданское процессуальное право не имѣетъ дѣла съ правилами, которыя выставляетъ государственное право для учрежденія и дѣятельности судовъ, т. е. съ такъ называемымъ судоустройствомъ. Мѣсто послѣднему — при изложеніи государственныхъ учреждений³⁾. И въ дѣйствительности учебные планы университетовъ (Уставъ 1884 г.) относятъ судоустройство къ государственному праву. Особыхъ неудобствъ отъ этого для преподаванія гражданскаго судопроизводства не только не получается, но наоборотъ этимъ устраняются неизбѣжныя повторенія при курсахъ какъ гражданскаго, такъ и уголовного процесса. Однако, нельзя также отрицать известной необходимости въ общемъ очеркѣ судебныхъ учреждений при самомъ изложеніи процесса⁴⁾.

Затѣмъ, задача процессуальной науки, по господствующему ученію, сводится къ изслѣдованію смысла и значенія правовыхъ институтовъ, къ систематическому ихъ изложенію, выясняющему внутреннюю ихъ связь между собою, и къ указанію пути для дальнѣйшаго развитія права.

Такое изложеніе можетъ заключать въ себѣ слѣдующіе элементы:

Элементъ историческій. Многіе процессуалисты отстаиваютъ историческій приемъ въ изложеніи отдѣльныхъ институтовъ процессуальнаго права⁵⁾. Но самое свойство нашей науки заставляетъ сомнѣваться, чтобы историческія изслѣдованія о происхож-

1) *Wach. Handbuch* p. 114.

2) См. *Нефедьевъ*. Задача и элементы науки гражданскаго процесса 1883.

3) Ср. *Voitard. Leçons* 1 n. 2.

4) Ср. *Филипповъ*. Судебная реформа въ Россіи 1871 стр. 41—45.

5) См. напр. *Bordeaux. Philosophie de la procéd. civ. cb. 7.*

деніи и развитіи процесса представляли такую же важность и пользу, какъ въ другихъ областяхъ публичнаго и частнаго законодательства ¹⁾. Въ теоріи процесса не должна упускаться изъ виду практическая его сторона; не слѣдуетъ допускать, чтобы историческое воспроизведеніе его мѣшало жизненному изложенію. Самое большое значеніе историческаго матеріала въ изложеніи процесса это — служить для отдѣльныхъ сравненій съ дѣйствующимъ правомъ, какъ ссылка на опытъ прошедшаго, и въ этомъ его не слѣдуетъ ничѣмъ отличать отъ всякаго другого матеріала сравненія ²⁾. Тутъ могутъ быть полезны указанія и на отдѣльныя положенія римскаго права, какъ имѣвшія вліяніе на конетрукцію современныхъ процессуальныхъ законовъ. Особенно ясно выдвигается вся ничтожность историческаго элемента при изложеніи нашего Устава гражданскаго судопроизводства 1864 г., построеннаго на совсѣмъ иныхъ началахъ, чѣмъ прежніе законы о судопроизводствѣ 2-ой части X-го т. св. зак.

Элементъ сравнительный. Смыслъ этого элемента заключается въ томъ, что посредствомъ него выясняются значеніе, достоинство и недостатки туземнаго процесса ³⁾. При одной и той же цѣли, къ которой стремится всякій гражданскій процессъ, а именно къ разрѣшенію извѣстныхъ жизненныхъ отношеній, — приемы и формы къ достиженію этой цѣли могутъ быть самыя разнообразныя. Сравненіе даетъ возможность выяснить и углубить отдѣльныя процессуальныя понятія ⁴⁾. При изложеніи нашего процесса особое значеніе для сравнительныхъ указаній имѣетъ французскій Code de procédure civile изданный въ 1806 г., вошедшій въ силу съ 1-го Января 1807 г., и затѣмъ въ разное время подвер-

¹⁾ Carré-Chauveau. Lois de la procédure civile 1-er introd. p. VI jn.

²⁾ Ср. Малышевъ. Объ элементахъ науки гражд. судопроизводства въ Судебномъ Журналѣ 1873 Сентябрь-Октябрь стр. 4, 5.

³⁾ Renard. Lehrbuch § 10.

⁴⁾ Малышевъ. Элементы стр. 6-9.

и procédure civile
1807 (6)

гавшійся болѣе или менѣе значительнымъ измѣненіямъ ¹⁾ (особенно значительная реформа состоялась 30 Августа 1883 г. ²⁾). Кодексъ этотъ послужилъ образцомъ для уставовъ Италіи, Бельгіи, Голландіи и другихъ западныхъ государствъ, а также и для нашего Устава, какъ это видно изъ содержанія и многихъ разсужденій, приведенныхъ въ изданіи государственной канцеляріи. Затѣмъ для сравненія не бесполезно прибѣгать также къ германскому Civilprozessordnung, опубликованному 27 Января — 10 Февраля 1879 г. и вошедшему въ силу съ 1 Октября 1879 г. ³⁾. Уставъ этотъ во многомъ отличается отъ другихъ процессуальныхъ законодательствъ и въ то же время имѣетъ за себя высочія качества въ разработкѣ отдѣльныхъ институтовъ ⁴⁾. По отдѣльнымъ вопросамъ полезны указанія и на англійскіе процессуальные законы, во многомъ не похожіе на континентальные законы.

реформа 83 г.
Civilprozessordnung
1879

Элементъ практической. Въ практикѣ постепенно раскрываются отдѣльныя понятія, неотмѣченныя прямо закономъ; устанавливаются частныя положенія, дополняющія собою пробѣлы законодательства ⁵⁾. Въ практикѣ процессуальный законъ подлежитъ широкому анализу, углубленію и оцѣнкѣ ⁶⁾. Тутъ имѣемъ дѣло съ практическимъ правомъ народа. Притомъ, чѣмъ менѣе нормируетъ законодательство процессуальныя явленія, тѣмъ болѣе открывается для практики просторъ въ разработкѣ процессуальнаго права ⁷⁾. Но ни одно самое подробное законодательство не можетъ вполне отмѣнить этого фактора въ развитіи права, ибо онъ имѣетъ

¹⁾ См. Garçonnet. Traité t. 2 p. 81, 82.

²⁾ См. у Bonfils. Procéd. Append. p. I-XX.

³⁾ См. Rintelen. Prozessr. 1 § 28, а также §§ 6-10, 29.

⁴⁾ Признаютъ полезнымъ для сравненій и прежнее германское процессуальное законодательство. См. Гольмстенъ въ Журн. гражд. и уг. права 1880 кн. 3 стр. 131.

⁵⁾ Малышевъ. Курсъ 1 стр. 9.

⁶⁾ Бэконъ въ своихъ „Афоризмахъ“ выразился такъ: *Judicia enim anchorae legum sunt, ut leges Reipublicae.*

⁷⁾ Напр. въ Англии на практикѣ строится цѣлая система процесса.

Бэконъ: Афоризмы —

Judicia enim anchorae legum sunt ut leges Reipublicae.

дѣло съ самою жизнью, которая никогда не перестанетъ предъявлять требованія на развитіе ¹⁾. Поэтому, при изложеніи процесса, необходимо считаться съ началами выработанными практикой. Практика служить однимъ изъ источниковъ толкованія права, а иногда и новымъ его проявленіемъ. Отсюда также ея названіе судебнаго права. *Вопросы суд?*

Элементъ критическій. Для полного выясненія дѣйствующихъ процессуальныхъ началъ какъ со стороны положительной, такъ въ особенности со стороны отрицательной ихъ качествъ. Первый приемъ ограничивается выводами, почерпнутыми изъ дѣйствующаго права, второй — изъ сознанія необходимости въ измѣненіи или отмѣнѣ его. Держась перваго приема, стремятся къ выясненію духа закона, обсуждаютъ его соотношеніе съ другими законами и положеніемъ въ общей системѣ, и такимъ путемъ не только выясняютъ его дѣйствительный смыслъ, но и развиваютъ его до выполнения пробѣловъ. Вторымъ приемомъ подвергаютъ положительную норму анализу со стороны ея состоятельности предъ логическими требованіями жизни; этимъ открывается путь къ исправленію недостатковъ закона и предупреждается возможность имъ злоупотреблять ²⁾.

Г. Малышевъ (Элементы стр. 14 — 17) отвергаетъ послѣдній приемъ въ теоретическомъ изложеніи процесса на томъ основаніи, что процессъ, какъ практическая наука, нуждается въ устойчивой, твердой формѣ судопроизводства и должна поэтому опираться на законъ существующій; тогда какъ отрицательное къ нему отношеніе разрушаетъ устойчивость теоріи. -- Мы полагаемъ, что г. Малышевъ правъ насколько имѣется въ виду лишь изложеніе системы положительнаго процессуальнаго права. Но затѣмъ для научнаго изученія процесса отрицательная критика не только не приноситъ вреда, но является даже прямою необходимостью, въ виду самой цѣли всякаго научнаго изложенія, т. е. предлагать дѣйствующія начала, отмѣчая ихъ необходимую реформу. Кромѣ всего, отрицательная критика способствуетъ тому, что дѣйствующія начала познаются точнѣе и глубже.

¹⁾ См. *Малышевъ*. Элементы стр. 9—14.

²⁾ *Boitard*. Leçons 1 p. 3.

Всичко же право. Много фактовъ и фактовъ, при этомъ

Система науки гражданского процесса.

Задача систематическаго изложенія процесса должна заключаться въ полномъ представленіи его матеріала по научной внутренней связи отдѣльныхъ его частей ¹⁾. Но затѣмъ можно расходиться въ воззрѣніи на цѣлесообразность той или другой группировки вопросовъ.

Дѣйствующіе уставы не могутъ служить образцами научной системы между прочимъ и потому, что преслѣдуемая ими цѣли чисто практическаго свойства.

Въ основу французскаго кодекса были положены слова Потье, который опредѣлялъ гражданскій процессъ, какъ „совокупность правилъ, по которымъ совершается предъявленіе иска, защита, соучастіе, изслѣдованіе, рѣшеніе, обжалованіе и исполненіе ²⁾. Нашъ Уставъ гражданского судопроизводства 1864 г., въ общемъ повторяя систему французскаго кодекса, излагаетъ сперва общія положенія (ст. 1—28), затѣмъ (книга I) порядокъ производства въ мировыхъ судебныхъ установленіяхъ (ст. 29—201), затѣмъ (книга II) порядокъ производства въ общихъ судебныхъ мѣстахъ (ст. 202—1281), затѣмъ (книга III) изъятія изъ общаго порядка гражданского судопроизводства (ст. 1282—1400), въ 1866-мъ же году прибавлено (кн. IV) судопроизводство охранительное (ст. 1401—1460). Очевидно, такая группировка матеріала не отвѣчаетъ сколько нибудь требованіямъ научной системы ³⁾.

Что касается научныхъ построеній, то въ процессѣ, въ отличіе отъ гражданского права, до сихъ поръ не имѣется общепринятой системы.

Сведены различныя системы науки гражданского процесса у *Menger*. System d. oesterr. Civilproc. § 16. Здѣсь укажемъ, въ общихъ чертахъ, на всего болѣе рас-

¹⁾ *Menger*. System d. oesterr. Civilpr. p. 203.
²⁾ *Boitard*. Leçons I n. 2.
³⁾ *Малышевъ*. Курсъ гр. суд. 1 стр. 71, 72. Ср. систему Civilprozessordnung.

*1. предъявленіе иска
2. защита
3. соучастіе
4. изслѣдованіе
5. рѣшеніе
6. обжалованіе* } система французскаго Code de procédure civile 1807.

Система Потье

пространенныя системы. Въ прежнее время процессъ обыкновенно излагали по порядку процессуальныхъ дѣйствій, съ начала до конца, и только нѣкоторые вопросы (субъектъ, объектъ гражданскаго процесса) выдѣляли въ общія ученія (Martin, Linde и др.). Затѣмъ стали различать такъ назыв. *матеріальное процессуальное право*, излагающее сумму правоположеній, которыя касаются обоюдныхъ правъ и обязанностей сторонъ и судовъ, — и *формальное процессуальное право*, излагающее правоположенія, которыми опредѣляется внѣшняя форма и порядокъ процессуальныхъ дѣйствій (Heffter, Renaud, Canstein). — Неудобства первой системы не требуютъ теперь дальнѣйшихъ доказательствъ, но выработанное изъ нея позднѣйшее дѣленіе процессуальнаго права на общую и особенную части имѣло бы за себя многое, если бы содержаніе каждой части можно было строго ограничить и тѣмъ избѣгнуть повтореній. Въ общую часть вносили обыкновенно ученіе объ организациі судовъ, о подсудности, общія ученія о производствѣ, о доказательствахъ, о судебныхъ издержкахъ; въ особенной же части излагались *формы* производства. — Дѣленіе второй системы, проведенное послѣдовательно, также ведетъ за собою повторенія (Hellmann. Civilprozess p. 49—53) и во всякомъ случаѣ оно лишено прочныхъ признаковъ, по которымъ тѣ или другія положенія относятся непременно къ опредѣленному изъ указанныхъ отдѣловъ процессуальнаго права (Kintelen. Prozessrecht 1 p. 4 n.).

При группировкѣ процессуальнаго матеріала всего естественнѣе выходить изъ опредѣленія гражданскаго процесса, какъ юридическаго отношенія между судомъ и сторонами, отношенія, имѣющаго цѣлью раскрытіе и разрѣшеніе спорнаго вопроса о гражданскомъ правѣ между истцомъ и отвѣтчикомъ. Въ этомъ опредѣленіи сами собою выдвигаются слѣдующіе отдѣлы гражданскаго процесса. Прежде всего безъ сторонъ (partes) не можетъ быть спора о правѣ. Судебное разрѣшеніе этого спора предполагаетъ судъ. Такимъ образомъ первый отдѣлъ гражданскаго процесса будетъ касаться ученія о субъектахъ процессуальнаго отношенія, т. е. ученія о судѣ и тяжущихся сторонахъ. Второй отдѣлъ естественно касается

объекта этого отношенія, каковыми объектами будутъ процессуальныя дѣйствія, т. е. иски, защита и доказательства. Наконецъ, третій отдѣлъ обнимаетъ производство, которое рѣшаетъ судьбу даннаго отношенія ¹⁾.

Нельзя сказать, чтобы и эта система не вызывала нѣкоторыхъ недоразумѣній. Такъ, процессуальныя дѣйствія собственно не будутъ объектами процесса, т. е. дѣйствительнаго производства, ибо они въ своей послѣдовательности скорѣе сами образуютъ производство (*Wetzell. Civilpr. § 3*).

¹⁾ *Малышевъ. Курсъ* 1 стр. 73, 74.

I сфер.: 1) Общ. ч. ;

Судейскія и отвѣтскія процессуальныя дѣйствія (объ орган. судовъ, о подсудности, общія правила производства, доказательства, суд.

2) Особ. ч. Умозрѣніи формы производства въ производствѣ процесса.

II сфер.: 1) Матеріальное проц. право (законоположенія о правахъ и обязанностяхъ суда и сторонъ)

2) Формальное проц. право (внѣшнія формы производствъ судопроизводства).

III сфер.: Наша сфера —

Вопросы объ опредѣленіи процесса, т. е. юридическомъ отношеніи между сторонами и судомъ, выясненіе цѣли и содержанія процессуальнаго вопроса о гражданскомъ правѣ. Онъ

- 1) необходимъ съ стороны истца, существующий споръ
- 2) " " судья " отсутствующій споръ

Ист. Опер. субъектъ процессуальнаго процесса (судъ и тяжущіеся стороны)
Дѣл. Об. объектъ процессуальнаго процесса (процессуальныя дѣйствія)