



*Классика
гражданского процесса*

От издательства



Цель настоящей серии состоит в том, чтобы познакомить всех тех, кто интересуется историей развития российского законодательства, с наследием гражданского процессуального права.

Классические дореволюционные издания российских и зарубежных авторов малодоступны не только для широких слоев населения, но и для специалистов-юристов. Многие труды существуют в одном экземпляре в виде рукописных документов либо никогда не переводились на русский язык. Их востребованность свидетельствует об актуальности обобщения, систематизации и издания имеющихся исследований, посвященных гражданскому процессу, в единой серии, в соответствии с высокими стандартами доктрины и издательского дела.

Выпуску книг предшествует серьезная научно-организационная и редакционная подготовка, проводимая на базе издательства «Статут». Издатель видит главную цель в сохранении идентичности текстов оригинала и современного издания, стилистических особенностей языка времени создания произведения, позволяя себе лишь допускаемые самыми строгими стандартами изменения орфографии и пунктуации, а также исправления явных опечаток предыдущих изданий.

Надеемся, что книги серии позволят читателям глубже и полнее понять сложившиеся проблемы гражданского судопроизводства в его историческом обзоре.

Е.В. Васьковский



КУРС ГРАЖДАНСКОГО ПРОЦЕССА

Субъекты и объекты процесса,
процессуальные отношения
и действия

Москва • 2016



УДК 347.9
ББК 67.410.1
В 19

Ответственный редактор серии:

д.ю.н., проф. **Д.Х. Валеев**

Редакционный совет серии:

д.ю.н., проф. **М.К. Треушников** (председатель редакционного совета); д.ю.н., проф. **Т.Е. Абова**; д.ю.н., проф. **О.В. Баулин**; к.ю.н., доц. **В.В. Блажеев**; д.ю.н., проф. **А.Т. Боннер**; д.ю.н., проф. **Е.А. Борисова**; к.ю.н., доц. **Е.В. Вершинина**; к.ю.н., доц. **Е.А. Виноградова**; д.ю.н., проф. **Т.А. Григорьева**; д.ю.н., проф. **Н.А. Громошина**; к.ю.н., доц. **В.С. Ем**; д.ю.н., проф. **О.В. Исаенкова**; д.ю.н., проф. **С.К. Загайнова**; д.ю.н., проф. **Е.В. Кудрявцева**; д.ю.н., проф. **А.Н. Кузбагаров**; д.ю.н., проф. **Д.Я. Малешин**; д.ю.н., проф. **В.А. Мусин**; д.ю.н., проф. **Е.И. Носырева**; д.ю.н., проф. **М.Ш. Пацация**; д.ю.н., проф. **Ю.А. Попова**; доктор права, проф. **К.Х. ван Рее**; д.ю.н., проф. **И.В. Решетникова**; д.ю.н., проф. **Т.В. Сахнова**; доктор права, проф. **Э. Сильвестри**; к.ю.н., доц. **Ю.В. Тай**; д.ю.н., проф. **Л.В. Туманова**; доктор права, проф. **Я. Турлуковский**; д.ю.н., проф. **В.М. Шерстюк**; доктор права, проф. **А. Узелац**; д.ю.н., проф. **Д.А. Фурсов**; д.ю.н., проф. **М.К. Юков**; д.ю.н., проф. **В.В. Янков**

Редакционная коллегия серии:

д.ю.н., проф. **С.Ф. Афанасьев**; д.ю.н., проф. **К.В. Гусаров**; д.ю.н., проф. **С.Л. Дегтярев**; к.ю.н., доц. **А.И. Зайцев**; к.ю.н., доц. **С.В. Моисеев**; к.ю.н., доц. **Е.Г. Стрельцова**; начальник юридического управления ПАО «Нижнекамскнефтехим» **А.Р. Султанов**; к.ю.н., доц. **М.В. Фетюхин**; д.ю.н., проф. **А.В. Юдин**

Партнеры проекта «Классика гражданского процесса»:

Адвокатское бюро «Бартолиус»;

Казанский (Приволжский) федеральный университет

Васьковский Е.В.

В 19 Курс гражданского процесса: Субъекты и объекты процесса, процессуальные отношения и действия. — М.: Статут, 2016. — 624 с. (Классика гражданского процесса.)

ISBN 978-5-8354-1197-9 (в пер.)

В настоящую книгу, которая представляет собой собрание сочинений выдающегося российского и польского цивилиста и процессуалиста Е.В. Васьковского, включена его фундаментальная работа в области гражданского процесса — «Курс гражданского процесса». Это произведение, в отличие от многих других его работ, в адаптированном виде издается впервые. Книга предваряется тремя библиографическими очерками, которые по сути отражают три важнейших этапа жизни и творчества профессора: одесский, казанский и польский.

Представленное издание будет интересно студентам, профессорско-преподавательскому составу юридических вузов и факультетов, юристам-практикам, а также всем, кто интересуется историей развития российского законодательства.

УДК 347.9
ББК 67.410.1

ISBN 978-5-8354-1197-9

© Д.Х. Валеев, вступ. слово, 2015

© В.М. Зубарь, вступ. очерк, 2015

© Г.А. Валеева, вступ. очерк, 2015

© Я. Турлуковский, вступ. очерк, 2015

© Изд-во «Статут», редподготовка, оформление и переиздание, 2015

ВСТУПИТЕЛЬНОЕ СЛОВО

Дорогие читатели!

В ваших руках третья книга из новой серии работ «Классика гражданского процесса» — труды проф. Евгения Владимировича Васьковского.

Е.В. Васьковский — известный юрист начала XX в. В его трудах рассматривались вопросы из разных областей юридической науки. Он написал учебники по гражданскому праву, по гражданскому процессу, по морскому торговому праву, работы по организации и перспективам развития русской адвокатуры, руководство по юридической этике, юридической технике и толкованию права. Евгений Владимирович известен также как редактор переводов немецкого издания по «теории владения» Рудольфа фон Иеринга и издания по французской философии первой половины XIX в.

Книги Е.В. Васьковского переиздаются до сих пор. Однако одна из его фундаментальных работ, «Курс гражданского процесса. Т. 1»¹, не получила должной оценки со стороны научного сообщества и читателей. Возможно, по той причине, что это по сути незавершенный труд, который дает развернутое представление лишь об общей части гражданского процессуального права дореволюционной России. Книга, изданная в 1913 г., не получила своего продолжения и должной оценки ввиду вышедшего следом в 1914 г. блестящего «Учебника гражданского процесса», претерпевшего впоследствии многочисленные переиздания² и получившего великолепные отзывы современников

¹ См.: *Васьковский Е.В.* Курс гражданского процесса. М.: Изд. Бр. Башмаковых, 1913. Т. 1: Субъекты и объекты процесса, процессуальные отношения и действия. XI, 691 с.

² См.: *Васьковский Е.В.* Учебник гражданского процесса. М.: Изд. Бр. Башмаковых, 1914. 571 с.; *Он же.* Учебник гражданского процесса. 2-е изд., перераб. М.: Изд. Бр. Башмаковых, 1917. 429 с.; *Он же.* Учебник гражданского процесса / Под ред., с предисл. В.А. Томсинова. М.: Зерцало, 2003. 464 с.; *Он же.* Учебник гражданского процесса. Краснодар, 2003. 528 с.

как лучший учебник по гражданскому процессу¹. В таких условиях у «Курса гражданского процесса» почти не было шансов...

Поэтому нам очень приятно вновь представить читателям это фундаментальное произведение для дальнейшего его переосмысления и более активного введения в научный оборот. «Курс гражданского процесса», в отличие от многих других работ уважаемого профессора, впервые издается в адаптированном виде в соответствии с современными правилами русского языка.

Переиздание работы Е.В. Васьковского предваряется тремя библиографическими очерками, которые по сути отражают три важнейших этапа его яркой и непростой жизни и творчества: новороссийский, казанский и польский. Очерки специально подготовлены для данного издания нашими коллегами соответственно из Одессы, Казани и Варшавы.

Огромная работа по адаптации и систематизации трудов Е.В. Васьковского и их издание были бы невозможны без участия и поддержки друзей и коллег. Особую признательность хочется выразить работникам издательства «Статут»: директору Александру Геннадьевичу Долгову, исполнительному директору Кириллу Ивановичу Самойлову, главному редактору издательства Вере Юрьевне Станковской, редакторам и корректорам издательства, а также проф. Ярославу Турлуковскому (Варшавский университет), доценту Владимиру Зубарю (Одесская юридическая академия) и доценту Гузели Валеевой (Казанский университет). Кроме того, за идею и всяческую поддержку хотелось бы отдельно поблагодарить А.Р. Султанова.

Надеемся, что представленное издание будет интересно студентам, профессорско-преподавательскому составу юридических вузов и факультетов, юристам-практикам, а также всем, кто интересуется историей развития российского процессуального законодательства.

Ответственный редактор серии
Дамир Валеев

¹ См.: Бугаевский А.А. Рецензия на книгу Е.В. Васьковского «Учебник гражданского процесса» // Право. 1914. № 10. Стлб. 803; Яблочков Т. Рецензия на книгу Е.В. Васьковского «Учебник гражданского процесса» // Юридический вестник. 1914. Кн. V(I)–VI(II). С. 294–296.

ЕВГЕНИЙ ВЛАДИМИРОВИЧ ВАСЬКОВСКИЙ

(одесский период)

Е.В. Васьковский является одним из самых ярких представителей одесской школы цивилистики. Большая часть жизни ученого связана с Одессой и Новороссийским (ныне Одесским) университетом. Родился он 8 февраля 1866 г. в г. Аккерман (ныне г. Белгород-Днестровский Одесской области) в обедневшей польской семье дворян-католиков. Его мать Мальвина происходила из известного польского дворянского рода Чеховских (*Czechowskich*). Отец Владимир Николаевич Васьковский (*Włodzimierz Waskowski*) служил присяжным поверенным при Кишиневском окружном суде. В семье также были дочь Юлия и еще один сын Анатолий, который впоследствии стал присяжным поверенным.

Окончив с золотой медалью Первую одесскую казенную гимназию, правопреемницу знаменитого Ришельевского лицея, Евгений Васьковский в 1884 г. поступил на юридический факультет Императорского Новороссийского университета. К сожалению, мы не располагаем воспоминаниями Е.В. Васьковского о студенческой жизни. Известно, что это был сложный период в развитии юридического факультета, о чем писали современники¹. На факультете уже не преподавали многие ученые, принесшие славу одесской школе цивилистики (А.В. Куницын, М.И. Малинин, П.П. Цитович, Ю.С. Гамбаров, Н.Л. Дювернуа и др.). Однако, без сомнений, лекции Д.И. Азаревича, И.Г. Табашникова (римское и гражданское право), Ф.И. Леонтовича (история русского права), М.Ю. Чижова (философия права), В.Н. Палаузова (уголовное право и уголовный процесс) оказали большое влияние на будущего ученого. В 1888 г. он окончил университет и был удостоен степени кандидата².

¹ Одесский вестник. 1885. 10 дек. № 273. Некролог М.И. Малинина.

² Маркевич А.И. Двадцатипятилетие Императорского Новороссийского университета: Историческая записка. Одесса, 1890. С. LXIX.

Дипломная работа Е.В. Васьковского была посвящена проблеме виндикации в гражданском праве¹.

После окончания университета Е.В. Васьковский стал помощником присяжного поверенного округа Одесской судебной палаты, а в 1893 г. был принят в состав присяжных поверенных этого же округа.

Параллельно с деятельностью в качестве присяжного поверенного и написанием научных работ Е.В. Васьковский активно занимался литературной деятельностью. Под псевдонимами *Maestro* и Мартын Боруля он писал музыкальные рецензии, фельетоны и различные статьи о жизни города в газетах «Одесские новости» и «Одесский вестник», переводил произведения иностранных поэтов «Из песен Гейне» (1885 г.). В 1891 г. он издал книгу оригинальных и переведенных сатирико-юмористических стихов «Альбом юмористических стихов Мартына Борули»². В течение некоторого времени Евгений Владимирович исполнял обязанности редактора газеты «Одесские новости». Интересно, как сам Е.В. Васьковский характеризовал свою деятельность. Во время очередной переписи населения в Одессе в графе анкеты «род деятельности» он указал «присяжный поверенный», а в графе «хобби» — «литератор». По нашему мнению, литературное наследие Е.В. Васьковского неоправданно забыто и ждет своих исследователей.

В то же время Е.В. Васьковский стал заниматься наукой. Первой его научной работой была брошюра «Типичные гражданские дела» (1893 г.), написанная в соавторстве с однокурсником А.А. Бугаевским³. В этом же году была опубликована еще одна его работа — «Будущее русской адвокатуры: К вопросу о предстоящей реформе»⁴. Однако большую известность автору принесла публикация в Санкт-Петербурге двухтомного сочинения «Организация адвокатуры»⁵. После его издания в том же 1893 г. Е.В. Васьковский обратился в Санкт-Петербургский университет с просьбой допустить его к защите на соискание ученой степени магистра гражданского права. Просьба молодого ученого

¹ Redzik A. Eugeniusz Waškowski (1866–1942). W siedemdziesięciolecie śmierci wybitnego uczonego i adwokata // *Palestra*. 2012. Nr. 9–10. S. 256.

² Альбом юмористических стихов / Соч. Мартына Борули [псевд.]. Одесса: Тип. «Одес. вестн.», 1891. 262 с.

³ Васьковский Е.В., Бугаевский А.А. Типичные гражданские дела. Одесса, [1893].

⁴ Васьковский Е.В. Будущее русской адвокатуры: К вопросу о предстоящей реформе. СПб.: Изд. Н.К. Мартынова, 1893. 20 с.

⁵ Васьковский Е.В. Организация адвокатуры: В 2 ч. СПб.: Изд. Н.К. Мартынова, 1893. 621 с.

не была удовлетворена ввиду того, что он не имел других научных работ и не прошел стажировку в зарубежных университетах¹.

Конечно же возникает вопрос: почему молодой ученый не обратился в Новоросский университет, где его защита выглядела бы более оправданной и разумной? Лишь годы спустя стало известно, что определенная часть преподавательского состава университета с неприязнью относилась к своему выпускнику. Возможно, это и стало причиной его обращения в Санкт-Петербургский университет.

Е.В. Васьковскому удалось заручиться поддержкой перспективного преподавателя Императорского Казанского университета Г.Ф. Шершеневича, который помог молодому одесскому ученому получить допуск к магистерскому экзамену и командировку в Европу. С лета 1894 до лета 1895 г. Е.В. Васьковский посещал лекции по философии и праву в университетах Германии и Франции, имел возможность пользоваться библиотечными фондами этих университетов.

Период с 1894 по 1897 г. стал одним из самых плодотворных в творчестве Е.В. Васьковского, о чем свидетельствует библиография его работ этого времени. Им было опубликовано несколько десятков статей по вопросам гражданского права и гражданского судопроизводства. Особенно хотелось бы выделить его книги «Основные вопросы адвокатской этики»² и «Учебник гражданского права»³.

Весной 1897 г. при поддержке Г.Ф. Шершеневича Е.В. Васьковский защитил в Казанском университете магистерскую диссертацию на тему «Организация адвокатуры».

В октябре 1897 г. Е.В. Васьковский был принят на должность приват-доцента Императорского Новороссийского университета на кафедру гражданского права. В соответствии с Университетским уставом 1884 г. эта должность не была штатной, и молодому приват-доценту не поручили чтение лекций. Судя по всему, Евгений Владимирович продолжал заниматься адвокатской практикой из-за отсутствия учебной нагрузки в университете.

¹ Белов В.А. «Выдающийся русский ученый-юрист...» // Васьковский Е.В. Цивилистическая методология. Учение о толковании и применении гражданских законов. М. : АО «Центр ЮрИнфоР», 2002. С. 18.

² Васьковский Е.В. Основные вопросы адвокатской этики. СПб.: Изд-е Н.К. Мартьянова, 1895. 46 с.

³ Васьковский Е.В. Учебник гражданского права. СПб., 1894–1896. Вып. 1: Введение и общая часть. 1894. 176 с.; Вып. 2: Вещное право. 1896. 190 с.

28 октября 1901 г. Е.В. Васьковский защитил в Казанском университете докторскую диссертацию на тему «Цивилистическая методология. Учение о толковании и применении гражданских законов» и получил ученую степень доктора права. В качестве оппонентов Е.В. Васьковского выступили профессор Г.Ф. Шершеневич и приват-доцент Казанского университета А.В. Завадский (1873–1915). Защита диссертации со столь необычной темой вызвала большую дискуссию в цивилистической литературе. Весьма критичными были рецензии Г.Ф. Шершеневича, А.В. Завадского, В.А. Богородицкого. Особенно острая дискуссия возникла между Е.В. Васьковским и ординарным профессором Императорского Новороссийского университета по кафедре гражданского права А.И. Загоровским¹, который не признавал научную новизну в исследовании Е.В. Васьковского. В 1903 г. А.И. Загоровский писал, что Е.В. Васьковский не получил приглашение ни от одного университета, несмотря на потребность в ученых-правоведах, а юридический факультет Императорского Новороссийского университета, в котором он учился, не дал ему ни одного поручения, несмотря на то, что Е.В. Васьковский находился в должноти приват-доцента уже много лет.

В 1904 г. Евгений Владимирович опубликовал ответ профессору А.И. Загоровскому, в котором детально изложил свою аргументацию относительно предмета дискуссии².

В январе 1904 г. Е.В. Васьковский был назначен Министерством народного просвещения на должность экстраординарного профессора по кафедре гражданского права и гражданского судпроизводства Императорского Новороссийского университета.

Революционные события 1905 г. повлияли на систему управления университетами. В частности, была возобновлена выборность ректора и деканов факультетов. Хотя Е.В. Васьковский в 1905 г. не был избран деканом юридического факультета и уступил на выборах своему оппоненту А.И. Загоровскому, который в дальнейшем отказался от должности, в этом году он получил чин коллежского советника.

¹ *Загоровский А.И.* Оценка сочинений приват-доцента Васьковского, сделанная в отзыве, составленном по поручению юридического факультета Императорского Новороссийского университета ординарным профессором А.И. Загоровским. Одесса, 1903. 76 с.

² *Васьковский Е.* Перл ученой критики: ответ проф. А.И. Загоровскому. 2-е изд., изм. и доп. Одесса: Тип. Г.Н. Каранта, 1904. 72 с.

В октябре 1906 г. Е.В. Васьковский занял должность ординарного профессора по кафедре гражданского права и гражданского судопроизводства, а в ноябре 1906 г. его избрали проректором Императорского Новороссийского университета по работе со студентами.

В университете Е.В. Васьковский читал лекции по следующим предметам: учению по комментированию и применению гражданских законов; гражданскому праву; судоустройству.

В июне 1907 г. указом императора Е.В. Васьковский был временно отстранен от должности проректора университета. Его обвиняли в том, что он не осуществлял наблюдение за тем, чтобы студенческие собрания имели исключительно академический характер и чтобы в стенах университета не проходили сборища с участием посторонних лиц, не принял меры по запрету студенческой организации «Общестуденческий суд».

В феврале 1909 г. Е.В. Васьковский по решению Уголовного кассационного департамента Правительственного Сената был отстранен от должности проректора университета с запретом нахождения на государственной службе в течение трех лет, а в мае этого же года он был уволен из университета. Обвинения строились на показаниях свидетелей, среди которых были его коллеги — профессора университета, а также помощники инспекторов, студенты, университетские служители и прочие лица.

Оказавшись за пределами университета, Е.В. Васьковский продолжал издавать свои работы. Так, в 1913 г. вышли первый том «Курса гражданского процесса»¹ и «Руководство к толкованию и применению законов для начинающих юристов»².

В 1914 г. Е.В. Васьковский принимал участие в работе над коллективной монографией³, посвященной 50-летию юбилею судебной реформы в Российской империи⁴.

После событий Февральской революции в мае 1917 г. Е.В. Васьковский был восстановлен в должности профессора кафедры гражд-

¹ *Васьковский Е.В.* Курс гражданского процесса. М.: Изд. Бр. Башмаковых, 1913. Т. 1: Субъекты и объекты процесса, процессуальные отношения и действия. 691 с.

² *Васьковский Е.В.* Руководство к толкованию и применению законов для начинающих юристов. М.: Изд. Бр. Башмаковых, 1913. 152 с.

³ *Васьковский Е.В.* Адвокатура // Судебные уставы 20 ноября 1864 г. за пятьдесят лет. Пг., 1914. Т. II. С. 250–280.

⁴ *Корнієнко І.В.* Наукова спадщина Є. В. Васьківського з питань адвокатури // Право України. 2012. № 9. С. 425–430.

данского права и гражданского судопроизводства. 12 октября 1917 г. он был избран деканом юридического факультета Императорского Новороссийского университета. Эту должность Евгений Владимирович занимал до мая 1920 г. Кроме этого, непродолжительный период времени — с начала февраля до 17 марта 1920 г. — он исполнял обязанности ректора Императорского Новороссийского университета.

После закрытия в мае 1920 г. Императорского Новороссийского университета на базе его гуманитарных факультетов был создан Одесский гуманитарно-общественный институт, который просуществовал два года и был преобразован в Институт народного хозяйства. В гуманитарно-общественном институте Е.В. Васьковский работал в течение года в должности профессора и проректора, а в Институте народного хозяйства его назначили на должность проректора, которую он занимал до 1924 г.¹

В дальнейшем проф. Е.В. Васьковский переехал в Центральную Европу, где продолжал плодотворно трудиться. К сожалению, в Одессу он уже не вернулся.

Владимир Зубарь,

*канд. юрид. наук, доцент кафедры гражданского права
Национального университета «Одесская юридическая академия»,
соучредитель Центра исследования права им. Ф.К. фон Савиньи
(Одесса, Украина)*

¹ Канзафарова И.С. Ординарный профессор Императорского Новороссийского университета Е.В. Васьковский (к 145-летию со дня рождения) // Вісник Одеського національного університету. 2011. Сер. «Правознавство». Т. 16. Вип. 9. С. 13–14.

ЕВГЕНИЙ ВЛАДИМИРОВИЧ ВАСЬКОВСКИЙ И КАЗАНСКИЙ УНИВЕРСИТЕТ

(казанский период)

ВСТУПЛЕНИЕ

Согласно справке, содержащейся в Национальном архиве Республики Татарстан, Евгений Владимирович Васьковский потомственный дворянин, родился в г. Аккерман 8 февраля 1866 г. В 1876 г. поступил в одесскую гимназию, которую окончил в 1884 г. с серебрянной медалью. В этом же году он был зачислен на юридический факультет Императорского Новороссийского университета. Е.В. Васьковский окончил курс в 1888 г. со степенью кандидата прав. По окончании университета поступил в число помощников присяжных поверенных округа Одесской судебной палаты и в 1893 г. был принят в число присяжных поверенных того же округа¹.

I. МАГИСТЕРСКАЯ ДИССЕРТАЦИЯ

В 1893 г. Евгений Владимирович завершает работу над одним из своих основных исследований, не потерявших актуальность и поныне. Эта глобальная во всех отношениях работа получила название «Организация адвокатуры».

Данный труд был издан в Санкт-Петербурге и состоял из двух томов, в которых последовательно излагается история института адвокатуры и проблемы с которыми данный институт сталкивается в процессе своего существования и развития. В тот же год Васьковский обращается в Совет юридического факультета Санкт-Петербургского университета с прошением о допуске его к защите этого сочинения в качестве диссертации

¹ Центральный государственный архив Республики Татарстан, фонд 977, опись юр. фак., д. 920.

на степень магистра гражданского права, но получает отказ. Профессора университета не могли допустить к защите перспективного молодого ученого, каким являлся к тому времени Е.В. Васьковский, так как к будущим магистрам права предъявлялись серьезные требования: это и наличие научных работ, и стажировки в зарубежных университетах.

Но, получив отказ от Санкт-Петербургского университета, молодой ученый не отчаялся и решил попытаться счастья на юридическом факультете Казанского университета.

Здесь ему посчастливилось встретить молодого, но уже авторитетного преподавателя Г.Ф. Шершеневича. Габриэль Феликсович стал для Е.В. Васьковского наставником и поддерживал его в научных изысканиях. Именно благодаря Габриэлю Феликсовичу ученому все же удается получить научную командировку в Западную Европу, где в течение целого года, с 1894 до 1895 г., он слушал лекции по философии и юриспруденции ведущих европейских правоведов в университетах Германии и Франции, работал в библиотеках, занимался переводами иностранных сочинений на русский язык.

После успешной стажировки зарубежом Евгений Владимирович при поддержке Г.Ф. Шершеневича активно готовился к защите магистерской диссертации. Для того что бы получить допуск к защите магистерской диссертации предварительно требовалось сдать магистерские экзамены, которые проходили в несколько этапов и включали в себя устные и письменные письменные ответы.

Из протокола заседания Императорского университета: «Произведено было испытание на степень магистра гражданского права кандидату прав Евгению Васьковскому по предмету гражданского права. Испытания производил в присутствии факультета ординарный профессор Г.Ф. Шершеневич. Испытуемый отвечал по утвержденной факультетом программе на следующие вопросы: 1) душеприказничество и 2) о займе и ссуде. Определено единогласно признать устный ответ испытуемого по русскому гражданскому праву удовлетворительным, а производство письменного испытания по гражданскому праву назначить на субботу 8 марта. Поручить наблюдение за изготовлением письменного ответа декану факультета и орд. проф. Г.Ф. Шершеневичу»¹.

Письменный ответ Евгения Владимировича был на тему «Юридическое положение незаконнорожденных». Из Протокола заседания

¹ Центральный государственный архив Республики Татарстан, фонд 977, опись юр. фак., д. 920.

Императорского Казанского университета от 12 марта 1897 г.: «Согласно ответу орд. проф. Г.Ф. Шершеневича единогласно определено признать письменный ответ г. Васьковского весьма удовлетворительным. Декан юридического факультета Г. Дормидонтов»¹.

Из того же Протокола заседания Императорского Казанского университета от 12 марта 1897 г.: «Произведено было испытание на степень магистра гражданского права Евгению Владимировичу Васьковскому по римскому праву и по гражданскому судопроизводству. Испытание производил в присутствии факультета орд. проф. Г.Ф. Шершеневич. Испытуемый отвечал по утвержденным программам на следующие вопросы: 1) по римскому праву — о давности как способе приобретения собственности; 2) по гражданскому судопроизводству — об упрощенном производстве. Единогласно определено признать ответ испытуемого по обоим предметам весьма удовлетворительным»².

12 марта 1897 г. единогласно решено признать Е.В. Васьковского выдержавшим удовлетворительно испытания на степень магистра гражданского права.

14 марта 1897 г. Васьковского приказом ректора допустили к защите диссертации на степень магистра гражданского права.

Распоряжение декана юридического факультета Г. Дормидонтова от 20 апреля 1898 г.: «Согласно ответу орд. проф. Г.Ф. Шершеневича признать сочинение г. Васьковского удовлетворительным, и допустить его к публичной защите диссертации на степень магистра гражданского права. Ответ Шершеневича напечатать в ученых записках».³

Из Протокола заседания Казанского Императорского университета от 20 апреля 1898 г.: «Имею честь известить профессоров и преподавателей Императорского Казанского университета, что 27 апреля в воскресенье в час дня в актовом зале Университета имеет быть публичное заседание юридического факультета на котором кандидат юридических наук Е.В. Васьковский будет защищать представленную им для получения степени магистра гражданского права диссертацию под заглавием «Организация адвокатуры»»⁴.

¹ Центральный государственный архив Республики Татарстан, фонд 977, опись юр. фак., д. 920.

² Там же.

³ Там же.

⁴ Там же.

Выдержка из протокола заседания Казанского Императорского университета от 27 апреля 1898 г.: «Признать защиту диссертации г. Васьковским удовлетворительной и удостоить г. Васьковского степени магистра гражданского права, о чем и представить в Совет Университета на утверждение»¹.

Таким образом, в 1897 г. Евгений Владимирович удостоился степени магистра гражданского права.

II. ДОКТОРСКАЯ ДИССЕРТАЦИЯ

Спустя всего четыре года, в 1901 г., выдающийся ученый получает степень доктора гражданского права за свой труд «Цивилистическая методология. Учение о толковании и применении гражданских законов». Данная работа также была защищена в стенах Казанского университета под руководством Г.Ф. Шершеневича. Исследование посвящено методам гражданского правоведения и почти не относится к гражданскому процессу.

Е.В. Васьковским написано множество работ по гражданскому процессу, среди них можно отметить такие, как «Будущее русской адвокатуры: К вопросу о предстоящей реформе» (1893 г.); «Недостатки Устава гражданского судопроизводства» (1894 г.); «О разборчивости при принятии дел к защите» (1894 г.); «Значение адвокатуры» (1895 г.); «Основные вопросы адвокатской этики» (1895 г.); «Курс гражданского процесса. Т. 1: Субъекты и объекты процесса, процессуальные отношения и действия»² (1913 г.); «Учебник гражданского процесса» (1914 г.).

Его «Учебник гражданского процесса», созданный в прошлом веке, и сегодня называют одним из лучших учебников по гражданскому процессу. Многие мысли ученого, высказанные в данном труде, нашли отражение в учебниках по гражданскому процессу других авторов.

III. ОБ ОРГАНИЗАЦИИ АДВОКАТУРЫ

Основным идейным трудом раннего периода творчества проф. Е.В. Васьковского следует признать исследование, за которое Евге-

¹ Центральный государственный архив Республики Татарстан, фонд 977, опись юр. фак., д. 920.

² Данная работа и предлагается вниманию читателя в настоящем издании.

ний Владимирович получил степень магистра права, — труд «Об организации адвокатуры»¹.

Выбор тематики исследования, по-видимому, объясняется тем, что Евгений Владимирович весьма рано приступил к практической деятельности. Причины этого можно искать во многом: и в недостатке денежных средств, и в юношеском максимализме, и в любви к профессии. Но для нас важны не причины, а следствие, ведь именно благодаря своей кропотливой работе он и создал этот бессмертный труд.

Его исследование «Об организации адвокатуры» проникнуто, если можно так выразиться, болью и горечью за профессию адвоката. В данной работе выражена вся сущность адвокатской деятельности. То, что не видно невооруженным глазом, то что всегда остается за кадром, здесь обличается и демонстрируется.

Работа Евгения Владимировича написана очень ярко, эмоционально и поэтому способна заинтересовать и людей не сведущих в юриспруденции. И сразу становится ясно, что вся живость и органичность данного произведения дались ученому нелегко. Начиная свою карьеру с малых должностей (как мы уже писали, Евгений Владимирович работал помощником присяжных поверенных), он прочувствовал всю эту несправедливость на себе. Поэтому так просто и доходчиво ученый описал все теневые стороны адвокатской деятельности того времени в книге «Об организации адвокатуры».

«Современная организация русской адвокатуры, — пишет Е.В. Васьковский, — основывается на следующих принципах: 1) совмещении правозаступничества с судебным представительством; 2) отсутствии прочной связи с судебной магистратурой; 3) относительной свободе профессии; 4) сословной организации (в меньшинстве округов) и дисциплинарной подчиненности судам (в остальных округах и в частной адвокатуре) и 5) определении гонорара по соглашению»².

Несмотря на то что данный труд был создан более 100 лет назад и вопросы, поставленные в нем, считались актуальными на тот момент, можно с удивлением или сожалением заключить, что все описанные Е.В. Васьковским принципы организации адвокатуры актуальны

¹ Организация адвокатуры. Ч. 1: Очерк всеобщей истории адвокатуры. СПб.: Изд-е Н.К. Мартынова, 1893. 396 с.; Ч. 2: Исследование принципов организации адвокатуры. СПб.: Изд-е Н.К. Мартынова, 1893. 213 с.

² Организация адвокатуры. Ч. 2. С. 22.

и сейчас. Действительно, читая данный труд, порой забываешь, что он написан в прошлом веке и отражает события того времени. Сходство адвокатуры в дореволюционной России и России наших дней поражает и пугает. Евгений Владимирович пишет, что ему страшно за будущее адвокатуры, а мы по прошествии 122 лет понимаем, к чему привели проблемы того времени и, более того, что они до сих пор не нашли должного законодательного регулирования.

Проследим нить рассуждений автора.

Основную проблему русской адвокатуры Васьковский видит в неверном распределении профессиональной нагрузки в работе адвокатов. Адвокаты в России сочетают в себе функции и судебных ораторов (основная адвокатская деятельность, по мнению автора), и людей, которые должны заниматься непосредственно подготовкой гражданского дела: сбором доказательств, ознакомлением с делом и т.д.

По этому поводу он пишет: «Русские присяжные поверенные совмещают в себе две обязанности: правозаступников и судебных представителей. Они являются не только юрисконсультами и судебными ораторами, подобно французским и английским адвокатам, но и вместе с тем играют роль поверенных (стряпчих), порученную во Франции и в Англии *авуэ* и *атторнеям* и заключающуюся в ходатайстве по делу, т.е. исполнении вместо тяжущихся всех решительно действий, которые необходимы при ведении процесса. Деятельность нашей адвокатуры, таким образом, не ограничивается одной умственной, чисто юридической работой, а обнимает собой и весь черновой, ремесленный труд, начиная от собирания материала по делу и кончая исполнением решения»¹.

Е.В. Васьковский делает основной акцент на том, что каждый должен заниматься своим делом. Адвокат, раз уж он получил такой статус, должен сосредоточить основное внимание на судебном представительстве и не заниматься прочей околоадвокатской деятельностью. В связи с тем, что адвокаты в России не имеют такой возможности и всю черновую работу выполняют сами, это отражается на качестве их основной работы — выступления в судебном заседании. Е.В. Васьковский отмечает, что лишь немногие из адвокатов имеют возможность заниматься исключительно судебным представительством, лишь те, которые добились больших успехов в своем поприще.

¹ Организация адвокатуры. Ч. 1. С. 23.

Это замечание актуально и для нашего времени. И сегодня только определенное количество адвокатов может себе позволить сосредоточиться на формулировке позиции для защиты в суде.

Евгений Владимирович такое положение вещей объяснял тем, что из-за того, что рынок юридических услуг переполнен и в среде юристов существует большая конкуренция, адвокаты не чужаются любой «черновой» работы. От этого качество предоставляемых юридических услуг естественно снижается, но адвокатов это не беспокоит.

Далее он заключает, что «единственным стимулом, побуждающим наших адвокатов к деятельности, служит желание разбогатеть; единственной наградой за старательное исполнение профессиональных обязанностей является крупный заработок; единственная цель, к которой они могут стремиться, заключается в материальной выгоде»¹.

Уже много лет в юридической науке особое внимание уделяется вопросу об «адвокатской монополии». Мнения высказываются разные: кто-то за введение монополии, кто-то против, кто-то предпочитает наблюдать за спорами относительно данного вопроса как бы со стороны, подмечая лишь положительные или отрицательные стороны обеих позиций.

Такая же проблема стояла и перед юристами XIX в. Е.В. Васьковский также обратил внимание на данный вопрос: «Свободный доступ к профессии, не стесняемый никакими искусственными преградами, неминуемо приведет, как это уже случилось на западе Европы, к переполнению сословия. Следствием переполнения явится ожесточенная конкуренция, которая заставит адвокатов не только прибегать к разным более или менее неблагоприятным и предосудительным уловкам с целью привлечь клиентов, но и браться за посторонние занятия, так как одна адвокатура не в состоянии будет доставлять им необходимые средства к жизни»².

Для решения данной проблемы многими учеными того времени предлагалось ввести сословную организацию адвокатуры, т.е. создать узкий круг так называемых товарищей, которые, душой и сердцем болея за авторитет своей профессии, формировали бы адвокатскую этику, правила поведения (что-то вроде Кодекса чести пирата), чтобы профессия «не измельчалась и опошлялась».

¹ Организация адвокатуры. Ч. 1. С. 123.

² Там же. С. 123.

Кроме того, Е.В. Васьковский обращает внимание на то, что «сословное самоуправление и дисциплинарная власть товарищей способны привести к благотворным результатам только при том предположении, что преобладающее большинство членов сословия стоит вполне на высоте нравственных требований своего долга. Тогда действительно корпоративная дисциплина в состоянии предохранить сословие от деморализации. Другими словами, корпоративное устройство не в силах облагородить профессии и вдохнуть более возвышенные идеалы в сердца адвокатов; оно может только поддерживать уже существующее достоинство и предотвратить падение стоящего высоко сословия. Корпоративное устройство — это запруда: она удерживает полноводную реку на требуемом уровне, но не в состоянии остановить обмеления ее истоков»¹.

Стоит отметить, что Евгений Владимирович большое внимание в работе уделял именно морально-нравственному критерию оценки адвокатов. После защиты диссертации им была написана монография на тему адвокатской этики, в которой он также призывал адвокатов к проявлению гуманности в своей профессии. Неоднократно профессором в работах, касающихся адвокатуры, проводилось сравнение профессии адвоката с профессией врача. Он не переставал подчеркивать важность работы адвоката. Говорил о том, что деятельность адвоката не менее серьезна и примечательна в жизни граждан, чем профессия врача. В его работах всегда слышится призыв к переоценке ценностей адвокатами, которые в своей деятельности должны стремиться помочь гражданам, а не обобщать их.

Еще одним спорным в науке цивилистического процесса является вопрос о включении в договор положения о «гонораре успеха». По этому поводу ведутся оживленные дискуссии уже долгое время. И юристы для «оправдания» гонорара успеха находят все новые и новые доводы, стараясь сделать его законным.

Действительно, в 2012 г. Президиум ВАС РФ в своем Постановлении от 4 декабря 2012 г. № 10122/10 разрешил при распределении расходов на представителя включать и «гонорар успеха». Однако, несмотря на это, многие судьи его не учитывают, возможно, потому, что они, так же как и Е.В. Васьковский, считают, что он приведет к «произволу адвокатов, торгашеству и вымогательству крупных гонораров».

¹ Организация адвокатуры. Ч. 1. С. 124.

Евгений Владимирович указывает в своем труде, что «гонорар успеха» вовсе недопустим в адвокатуре, так как «сословие адвокатов всегда отличалось высшей степенью деликатности и бескорыстия». Относительно «гонорара успеха» Евгений Владимирович обоснованно отмечает: «Стремясь к наживе, адвокаты станут, с одной стороны, высасывать все соки из своих клиентов, а с другой — открыто предпочитать и держать сторону богатых тяжущихся, отказывая в своей помощи тем беднякам, чьи карманы недостаточно объемисты для удовлетворения их волчьих appetitов»¹.

Здесь также проводится сравнение с работой врачей. Что если в их деятельность включить «гонорар успеха»? В таком случае врачи просто перестанут браться за больных, не имеющих средств для оплаты своего лечения. Подобное положение вещей конечно же неприемлемо для профессии врача. Но тогда почему же оно считается вполне возможным в профессии адвоката? Ведь эти профессии действительно во многом очень схожи. И врач, и адвокат спасают жизни людей. Но если в одном случае гуманность — это правило и любое отступление от него считается некомпетентностью работника, то в другом — гуманность скорее исключение, чем правило.

Как это ни прискорбно, но на сегодняшний день многие адвокаты, гонясь за материальными ценностями, забывают о высокой духовности своей профессии, о выдающихся юристах, стоящих у ее истоков. А ведь их должна переполнять гордость от одной только мысли, что они, так же как и Д.И. Мейер, Е.А. Нефедьев, Г.Ф. Шершеневич, Е.В. Васьковский, избрали профессию, цель которой спасение человеческих жизней.

Гузель Валеева,

*канд. ист. наук, доцент
Казанского (Приволжского) федерального университета*

¹ Организация адвокатуры. Ч. 2. С. 25.

ЕВГЕНИЙ ВЛАДИМИР ВАСЬКОВСКИЙ (EUGENIUSZ WŁODZIMIERZ WAŚKOWSKI): ДВЕ ЖИЗНИ – ОДНА НАУКА

(польский период)

В современном мире, к сожалению, много военных действий и изменений границ, но, наверное, сложно найти катастрофу, сравнимую по своему масштабу с такой геополитической катастрофой, как крушение Российской империи. На смену старому режиму пришло новое время, не признающее практически никаких ценностей, исповедуемых «старорежимными людьми». Миллионы оказались в ситуации, когда невозможно стало служение делу, которому иногда посвящалась вся жизнь, да и сама жизнь часто находилась в опасности. То ли дело такое вообще оказывалось невостребованным в новой реальности, то ли новая власть не давала никакой возможности для дальнейшего существования.

О трагедии интеллигенции народов царской России написано много, но тем не менее остается много неисследованных аспектов связанных с теми, кто навсегда покинул территорию бывшей империи. Не всегда удавалось найти себя в той другой жизни, опять начать заниматься любимым делом, не говоря уже о занятии прежнего высокого положения. Многие эмигранты оказывались сломленными, не могущими принять до конца новой страны, иных условий существования. Такое положение вещей следует, конечно, воспринимать как трагическую историческую закономерность. Тем не менее особый интерес представляют те ученые из Российской империи, которые сумели продолжить начатое дело, написать новые труды, оставить после себя учеников. К таким ученым-юристам без сомнения следует отнести профессора Евгения Владимировича Васьковского, который вошел в польскую юридическую науку как Евгений Владимир Васьковский (*Eugeniusz Włodzimierz Waśkowski*)¹.

¹ Согласно польской традиции многие поляки имеют два имени (не используется русское отчество). В случае с Е. Васьковским имеет место совпадение — его отца звали

Как и многие другие представители польской нации (следует вспомнить хотя бы Л.И. Петражицкого), после успешной карьеры в российских университетах проф. Васьковский продолжает научную деятельность в Польше. Эта первая жизнь Е.В. Васьковского фактически закончилась после того, как большинство территорий бывшей Российской империи оказались охвачены красным мятежом.

Конечно, ошибочно было бы утверждать, что о проф. Васьковском не знала польскоязычная юридическая наука, которая существовала, несмотря на отсутствие суверенного польского государства. Так, еще в 1909 г. С. Поснер на страницах «Варшавской судебной газеты» глубоко сокрушался, что множество поляков по национальности работают фактически на обогащение чужой науки, создают работы на иностранных языках, ни слова не пишут на польском¹. Кроме известнейших в то время Г. Шершеневича и Л. Петражицкого упомянут был также Е. Васьковский. Следует подчеркнуть, что контекст этой сравнительно небольшой и частично полемической статьи С. Поснера во многом является символичным для понимания того, как польское общество, разорванное между разными странами до 1918 г., воспринимало не только польских юристов, работавших в Российской империи, но и вообще поляков занятых в непольской науке. Фактически С. Поснер провел деление польских ученых-юристов с точки зрения служения интересам польской нации, а также идеалам добра и справедливости. Так, к «злым» и темным юристам были отнесены те поляки по национальности, кто, по мнению С. Поснера, слишком радел об общеимперских интересах. Сюда, например, был зачислен проф. Мрочек-Дроздовский². К чистым, талантливым и честным, участвующим в прогрессивных политических партиях были в свою очередь отнесены Л. Петражицкий и Г. Шершеневич. К проф. Васьковскому автор относится как бы вскользь, позитивно, хотя и несколько настроенно.

Владимир, отсюда соответственно и отчество, но и его второе имя было также Владимир, соответственно в польской традиции ученого звали Евгений Владимир. Данные о родителях ср., например: *Śródka A. Uczeń Polscy XIX–XX stulecia*. T. IV, S-Ż. Warszawa, 1998. S. 447.

¹ *Posner S. W obcej szacie* // *Gazeta Sądowa Warszawska* z dnia 12 czerwca 1909 г., 24, rok. XXXVII. S. 361–363. Характерно название статьи, которое можно перевести как «В чужом наряде».

² *Ibid.* S. 362.

Польский период жизни ученого не до конца освещен в российской юридической литературе¹, особенно в том, что касается издания трудов Е.В. Васьковского на польском языке. Автор данного биографического очерка, не претендующего на звание полной биографии Е.В. Васьковского, ставит перед собой несколько задач. Во-первых, показать российскому читателю «польскую часть» научной жизни проф. Васьковского. Во-вторых, обратить внимание на его польскоязычные научные работы. В-третьих, по мере возможности, обратить внимание на неточности, неоднократно допущенные при освещении биографии Е.В. Васьковского. Учитывая выше поставленные задачи, только в отдельных случаях будут затрагиваться аспекты жизни и творчества Е.В. Васьковского.

ВОЗВРАЩЕНИЕ НА РОДИНУ ИЛИ ПОБЕГ Е.В. ВАСЬКОВСКОГО В ПОЛЬШУ

До сегодняшнего дня не удалось установить точную дату переезда В.В. Васьковского в Польшу. Более того, в ряде работ, изданных на постсоветском пространстве, даже указываются разные страны, куда переехал Е.В. Васьковский. Интересно в связи с этим отметить, что в украинской юридической литературе проф. Васьковский причисляется к украинским цивилистам², а в одной из самых крупных юридических энциклопедий даже утверждается, что Е.В. Васьковский является «украинским, польским, литовским и русским правоведом»³. С такой формулировкой вряд ли согласился бы проф. Васьковский, будучи поляком по национальности и преподавая в Вильнюсском университете, который до Второй мировой войны был одним из главных университетов. Поэтому ошибочным является также утверждение о переезде Васьковского в разгар гражданской войны в Литву⁴. Вильно, или Вильнюс, не входило в состав тогдашней Литовской республики со столицей в Ковне.

¹ Следует отметить биографический очерк В.А. Томсинова «Евгений Владимирович Васьковский (1866 – после 1928 г.)» (*Васьковский Е.В.* Учебник гражданского процесса. М., 2003. С. XI–XIX) и краткую биографию авторства О.Ю. Шилохвоста в издании: *Шилохвост О.Ю.* Русские цивилисты: середина XVIII – начало XX в. Краткий биографический словарь. М., 2005. С. 28–29. К сожалению, в свете польских источников вышеперечисленные работы не лишены изъянов.

² См., например: *Ромовська З.* Українське цивільне право. Загальна частина. Київ, 2005. С. 108.

³ Юридична енциклопедія. Т. 1. Київ, 1998. С. 311.

⁴ Там же. С. 312. См. также: Антологія української юридичної думки. Т. 6: Цивільне право / За ред. Ю.С. Шемшученко. Київ, 2003. С. 332.

Возможно, путаница с происхождением возникает из факта, что город, где родился Е.В. Васьковский неоднократно изменял свое название. В момент рождения будущего ученого — Аккерман, в данный момент — Белгород-Днестровский Одесской области независимой Украины¹. В популярном варшавском издании своеобразного справочника данных современных ученых, писателей, художников и т.д. за 1938 г. в качестве места рождения Е.В. Васьковского указан Аккерман, но с припиской: «в данный момент *Cetatea Albă*, Румыния»². Конечно, из-за этого Е.В. Васьковский не стал великим румынским ученым. В этом же издании указан актуальный адрес профессора за 1938 г.: г. Вильно, ул. Велька (в переводе «Большая»), д. 17, кв. 3. В связи с этим, по всей видимости, неправильной является информация о переезде Васьковского на постоянное жительство в Варшаву в 1936 г.

В польской литературе и архивах не находит также подтверждения версия выдвинутая рядом российских ученых о переезде Васьковского в Чехословакию и чтении там лекций по крайней мере до 1927–1928 гг.³

По всей видимости, следует считать установленным фактом пребывание Е.В. Васьковского в Одессе по крайней мере до 1919 г. В польской литературе можно встретить упоминания, что Васьковский с 1919 по 1926 г. был главой городского съезда мировых судей⁴. Соответственно, следует предполагать о его пребывании в Вильне хотя бы с конца 1919 г. В других работах указывается, что Васьковский был профессором в Вильне начиная с 1921 г.⁵ По мнению О.Ю. Шиловцова, проф. Васьковский находился в эмиграции начиная с 1920 г.⁶ Тем не менее такая информация в бо-

¹ В российских источниках иногда как место рождения указывается г. Одесса (см., например: Томсинов А. Евгений Владимирович Васьковский (1866 — после 1928 г.). С. XI; Занина М.А. в: Правовая наука и юридическая идеология России: Энциклопедический словарь биографий. Т. I / Отв. ред. В.М. Сырых. М., 2009. С. 112).

² Czy wiesz kto to jest? / Pod. ogólna redakcją S. Łozy. Warszawa, 1938. С. 781.

³ См., например: Занина М.А. Указ. соч. С. 113; Томсинов В.А. Евгений Владимирович Васьковский (1866 — после 1928 г.). С. XVIII. В.А. Томсинов, как мне кажется, отказался от этой версии в своих последующих работах, правильно указывая на переезд Васьковского в Польшу. Ср. на эту тему: Он же. Российские правоведы XVIII–XX веков: очерки жизни и творчества. 2-е изд., доп. Т. 3. М., 2015. С. 85–86.

⁴ Śródka A. Op. cit. С. 447.

⁵ Schiller J. *Universitas Rossica*, Koncepcja rosyjskiego uniwersytetu 1863–1917. Warszawa, 2008. С. 347. Автор данной работы И. Шиллер указывает на существенные расхождения между российскими и польскими научными работами. Например, согласно российским источникам Васьковский происходил из обедневшего польского дворянского рода, а в соответствии с польскими источниками, наоборот, его отец был зажиточным человеком.

⁶ Шиловцов О.Ю. Указ. соч. С. 28.

лее новых работах подверглась критике, как противоречащая архивным данным. По мнению А. Редзика, Васьковский был председателем съезда мировых судей, но в Одессе и до 1920 г., когда мировые суды были ликвидированы большевиками¹. По мнению этого же автора, Васьковский пребывал в Одессе по крайней мере до 1923 г., чему подтверждением служит сохранившееся письмо проф. Кароля Лютостанского², из которого вытекает, что Васьковский планирует переезд в Польшу и руководит в Одессе Домом польским³. Теоретически можно предположить, что Дом польский (точных данных нет) был некоей польской культурно-языковой организацией, занимающейся поддержкой и развитием польской культуры и языка за границей. Такие названия до сегодняшнего дня встречаются за границей в местах проживания польского населения. А. Редзик в своей работе, цитируя письмо Кароля Лютостанского⁴, название «Дом польский» пишет с большой буквы, что, собственно говоря, и дает нам основания для догадок, что это некая культурная организация. Но в версии письма Лютостанского, найденной мной в Литовском центральном государственном архиве (*Lietuvos centrinis valstybės archyvas*) (как мне кажется, это то же письмо), контекст выглядит совершенно иначе.

Перевод последнего абзаца из письма, касающегося проф. Васьковского, выглядит следующим образом:

К декану факультета права

[...]

В то же время позволяю себе выдвинуть кандидатуру проф. Одесского университета Е. Васьковского, одного из наилучших цивилистов, работавших в давней России, поляка, ведущего дом польский, желающего возвратиться в страну. Мне известно, что он высказывался [в данном контексте — выбирал, поддерживал. — Я. Т.] за Польшу и в ближайшее время ожидается его возвращение. Выспрашивал он, может ли рассчитывать на соответствующее занятие в Польше. Профессор Васьковский прекрасно осведомлен не только в российском праве, но и в праве французском

¹ Redzik A. Eugeniusz Waśkowski (1866–1942). W siedemdziesięciolecie śmierci wybitnego uczonego i adwokata // *Palestra*. 2012. Nr. 9–10. С. 261.

² Профессор Кароль Лютостаньски (в дореволюционных документах на русском языке — Карл Лютостанский (1880–1939)) окончил Императорский Варшавский университет, был профессором возрожденного Варшавского университета с 1919 г. Оказал деятельную поддержку Е.В. Васьковскому при переезде в Польшу. Ср.: *Profesorowie Wydziału prawa i administracji Uniwersytetu Warszawskiego 1808–2008*. Warszawa, 2008. С. 102–103.

³ Redzik A. *Op. cit.* С. 261–262.

⁴ *Ibid.* С. 263.

и вообще в западноевропейском, так что приобретение его для Вильно было бы первоклассным трофеем. Профессор Васьковский обладает выдающимися педагогическими способностями.

*Кароль Лютостанский,
профессор гражданского права факультета права
Варшавского Университета¹*

Труднопереводимое выражение *prowadzi dom polski*, что приблизительно переводится как «ведущий дом польский», необязательно означает организацию. Слово «дом» до сегодняшнего дня в польском языке имеет также значение «семья», отсюда выражение «он из хорошего дома», т.е. из хорошей семьи, получил хорошее воспитание. Соответственно, следует предположить, что в письме только подчеркивается, что Васьковский знает польский, употребляет его в семейном кругу, возможно, соблюдает польские традиции. Конечно, данная версия требует подтверждения, но, наверное, еще более сомнительно то, что профессор, мировой судья с 1920 г. занялся иной деятельностью. С другой стороны, революционный хаос мог принудить ученого к этому.

Датированное 30 октября 1923 г. письмо К. Лютостанского является одной из характеристик, которые были высланы из разных частей Польши известными цивилистами и рекомендовали разных ученых, поскольку руководство факультета права и социальных наук возрожденного Университета Стефана Батория в Вильно устроило своеобразный конкурс (в 1919 г. в Вильно был восстановлен университет, названный в честь своего основателя короля Стефана Батория). Естественно, процесс возрождения университета, несмотря на давние исторические традиции, столкнулся с нехваткой кадров.

Как указывает М. Тарковский, в связи со сложностями правовой системы Польши того времени вильноские цивилисты решили организовать две кафедры гражданского права². Не перечисляя всех остальных кандидатов и причины, по которым они не получили номинации, в конце концов выбор пал на Е.В. Васьковского, хотя изначально предлагались другие кандидатуры. Комиссия по укомплектованию кафедры гражданского права, действовавшей в бывшем Конгрессовом Королевстве, состоящая из ректора Альфонса Парчевского, декана В. Завадского и проф. Фран-

¹ LCVA, 175. 2 (VI B), 200.

² *Tarkowski M.* Początki wydziału Prawa i Nauk społecznych uniwersytetu Stefana Batorego w Wilnie. Aspekt organizacyjno-personalny // *Społeczeństwo a władza. Ustrój, prawo, idee* / Pod. red. J. Przygodzkiego i M.J. Ptaka. Wrocław, 2010. С. 687.

цишка Боссовского (кстати, переводчика Г.Ф. Шершеневича на польский язык), постановила рекомендовать на эту кафедру д-ра Егения Васьковского, бывшего профессора и проректора университета в Одессе¹. Окончательно конкурс был завершён в 1924 г. В обширной мотивировочной части решения комиссии среди прочих заслуг и должностей Е.В. Васьковского было указано, что в 1918 г. он был деканом факультета права (следует понимать, в Одессе), почетным мировым судьей и главой съезда мировых судей в Одессе, должности были занимаемы до ликвидации мировых судов большевиками в 1920 г.² В связи с этим, учитывая также содержание процитированного выше письма К. Лютостанского, сомнительно, что Васьковский появился в Вильне или в Польше вообще раньше 1923 г.³ Занятия в Вильне профессор начал не раньше чем в 1924—1925 академическом году. В связи с вышесказанным, по всей видимости, неточной является информация, что Васьковский был заведующим кафедрой гражданского права и процесса в 1921—1924 гг.⁴

Следует также отметить, что проф. Васьковский изначально получил назначение на кафедру гражданского права, а не гражданской процедуры. Согласно М. Тарковскому, Институтом гражданской процедуры в период с 1923 по 1928 г. руководил Казимеж Петрусевиц и только после оставления ним факультета его место занял Е. Васьковский⁵. На заседании 21 ноября 1928 г. совет факультета права и общественных наук принял решение в связи с уходом заместителя проф. К. Петрусевица поручить лекции по гражданской процедуре проф. Васьковскому. Совет просил сенат университета одобрить это решение и представить его в министерство⁶.

Ярослав Турлуковский,

*профессор факультета права и администрации
Варшавского университета (Польша)*

¹ LCVA, 175. 2 (VI B), 200, Załącznik do L.630-1923/24.

² LCVA, 175. 2 (VI B), 200, Załącznik do L.630-1923/24.

³ Так, А. Редзик тоже склоняется к мысли, что до 1923 г. Васьковский пребывал в Одессе (Redzik A. Op. cit. С. 261). Хотя, по моему мнению, нельзя с полной уверенностью это утверждать. Не исключено, что с конца 1920 г. до его приезда в Польшу он находился вообще в другой стране. К сожалению, на данный момент сложно ответить на этот вопрос.

⁴ Шилохвост О.Ю. Указ. соч. С. 28.

⁵ Tarkowski M. Op. cit. С. 689—690.

⁶ LCVA, 175. 2 (VI B), 201.

Е.В. Васьковский



**КУРС
ГРАЖДАНСКОГО
ПРОЦЕССА**

*Дорогому отцу
к 40-летию
его адвокатской деятельности*

ПРЕДИСЛОВИЕ

Главной и непосредственной задачей автора была догматическая обработка нашего действующего законодательства в области гражданского процесса. Этим определились как метод исследования, так и общий характер курса.

Исторический элемент, который вообще является при догматическом изучении права только одним из средств к уяснению смысла действующих норм, в данном случае должен был отступить совершенно на задний план ввиду того, что Судебные уставы 1864 г. — главный источник нашего судебно-процессуального права — почти не имеют корней в предшествовавшем законодательстве. Больше места пришлось отвести сравнительному элементу, а именно изложению постановлений современных процессуальных кодексов наиболее важных государств Западной Европы: Франции, Германии и Австро-Венгрии. Из этих кодексов французский представляет интерес ввиду того, что он послужил образцом для целого ряда процессуальных уставов, в том числе отчасти и для нашего, а германский, австрийский и венгерский — как новейшие и лучшие образцы кодификации процессуального права на Западе. Что касается Англии, то ее судопроизводство и судопроизводство отличаются такими своеобразными, исторически выработавшимися особенностями, что сопоставление их с континентальными порядками могло быть полезным только в редких случаях.

Еще больше внимания обращено на сенатскую практику и юридическую литературу — русскую и иностранную. Результаты, к которым они пришли в важнейших вопросах процессуального права, были критически проверены и вносились в курс, насколько это

представлялось возможным без опасности придать ему чрезмерную громоздкость.

Наряду с этой главной, догматической задачей автор преследовал и другую цель — теоретическую. Дело в том, что наука гражданского процесса переживает в настоящее время кризис в двояком отношении. С одной стороны, подвергаются проверке некоторые из основных принципов, являющихся краеугольными камнями современного судостроительства и судопроизводства, каковы принципы коллегияльности, двух инстанций, состязательности, устности. С другой стороны, пересматриваются и заново строятся основные понятия искового процесса, в частности понятия иска и права на иск, которые пришлось расширить с введением в теорию процесса так называемых исков о признании и о преобразовании юридических отношений, и делаются попытки построить общее учение о процессуальных действиях. В основе всех этих реформаторских начинаний лежит, как можно убедиться при ближайшем ознакомлении с ними, иногда ясно сознаваемая, но гораздо чаще бессознательно проводимая тенденция к освобождению теории процесса от влияния цивилистических воззрений. Так, в настоящее время является уже общепризнанным, что процессуальное право — ветвь публичного, а не частного права; выдвинутое Бюловым воззрение на процесс, как на публично-правовое отношение между сторонами и судом, получает все большее распространение; цивилистическое понятие иска как требования, обращенного истцом к ответчику, заменяется процессуальным понятием иска как требования истца к суду (см. § 72); цивилистическое понятие права на иск как присущей субъективному гражданскому праву возможности принудительного осуществления при помощи суда заменяется понятием публичного «права на судебную защиту», направленного против суда или государства (см. § 74); к процессуальным действиям сторон перестают применять правила материального гражданского права относительно юридических сделок, их действительности и недействительности, влияния ошибки, обмана, принуждения, симуляции и т.д. (см. § 80). Некоторые процессуалисты уже прямо и решительно заявляют, что процессуальная теория должна сбросить с себя оковы цивилистики, стать на собственные ноги и строить процессуальные понятия самостоятельно, на чисто процессуальном фундаменте¹.

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

Ввиду такого положения современной науки гражданского процесса представлялось безусловно необходимым подвергнуть подробному исследованию основные принципы и общие понятия процесса. С этою целью автор, выделив принципы судоустройства (§ 10 и 15) и судопроизводства (§ 36), рассмотрел значение каждого из них порознь, а затем во взаимодействии (§ 36 и 51). В итоге обнаружилось, что система гражданских судов и порядок производства в них построены судебными уставами 1864 г. на рациональных основаниях и нуждаются только в детальных поправках. Вместе с тем выяснилось и то направление, какое желательно было бы придать стоящему на очереди преобразованию нашей местной юстиции¹.

В то же время пересмотр общих понятий гражданского процесса применительно к постановлениям современных процессуальных уставов привел автора к убеждению в правильности пути, избранного новейшим направлением процессуальной теории, стремящимся к построению системы процесса на самостоятельном фундаменте независимо от цивилистических предпосылок. С такой точки зрения автор дал общее определение искового процесса (§ 1 и 34) и изложил учение об иске и о процессуальных отношениях.

Что касается системы изложения, то автор стремился к наибольшей естественности, простоте и наглядности. Для этого им введено деление искового производства на общую и особенную части (§ 35), а в особенной части сначала изложено движение простого, нормального процесса в общем порядке производства, затем осложнения процесса (соединение исков, вступление третьих лиц и пр.) и, наконец, особые формы и порядки производства.

¹ Когда заканчивалось печатание настоящей книги, Государственная Дума и Государственный Совет приняли проект реформы местных судов, выработанный согласительной комиссией. Изложение его содержания будет сделано во втором томе курса.

ОБЪЯСНЕНИЕ СОКРАЩЕНИЙ

Вестн. Пр. = Вестник Права.

Гражд. зак. = гражданские законы, помещающиеся в ч. 1 т. X Свода законов.

Журн. гражд. пр. = Журнал гражданского и уголовного права.

Журн. Юрид. Общ. — Журнал С.-Петербургского Юридического Общества.

Журн. М. Ю. = Журнал Министерства Юстиции.

Юрид. Вестн. = Юридический Вестник.

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

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

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

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

Zt. Zp. = Zeitschrift für deutschen Civilprocess.

Учебники, курсы, комментарии и пособия, указанные в § 3—6, цитируются по фамилиям авторов, причем римские цифры означают тома, а арабские без прибавления знака § — страницы; решения Гражданского кассационного департамента Сената цитируются указанием года и номера (напр., 75, № 6 = решение Гражд. кассац. деп. за 1875 г. № 6), а решения других департаментов отмечаются их сокращенным названием (Угол. = Уголовного департамента, Суд. = Судебного, О. с. = Общего собрания).

ВВЕДЕНИЕ

§ 1. ОБЛАСТЬ ГРАЖДАНСКОГО ПРОЦЕССА¹

Юридические нормы, определяя отношения между гражданами и предоставляя одним из них права, а на других налагая обязанности, делают это в общей и отвлеченной форме. В законах не говорится об отдельных лицах — об Иванове, Петрове, Павлове — и об их взаимных отношениях, а идет речь вообще о покупателях, продавцах, нанимателях, собственниках, владельцах, о духовных завещаниях, договорах, правонарушениях — словом, о целых категориях лиц и отношений. Вследствие этого каждое отдельное лицо не может найти в законах непосредственного перечисления своих прав и обязанностей, а чтобы узнать их, должно делать логические выводы из юридических норм, подводя свое фактическое положение под абстрактные определения закона. Даже в тех случаях, когда отношения граждан определяются в конкретной форме нарочно для этого совершаемыми сделками (договорами, завещаниями), все-таки формы совершения сделок, условия их действительности и юридические последствия обсуждаются на основании постановлений законодательства.

Таким образом, конкретные права и обязанности отдельных граждан познаются ими посредством выводов из абстрактных предписаний юридических норм и фактических обстоятельств каждого случая, т.е., говоря короче, путем конкретизации норм².

¹ *Нефедьев*, Учение об иске, вып. I, 1895; *Гредескул*, К учению об осуществлении права, 1900; *Розан*, Процесс как юридическая наука (Журн. Мин. Юст., 1910, № 8); *Малышев*, I, § 1—5; *Азаревич*, I, 1—21; *Гольмстен*, 1—12; *Энгельман*, § 3, 4, 6; *Нефедьев*, Курс, § 1; Учебник, § 1.

Drechsler, Ueber die Begriffe Civilprocess und Rechtsstreit (Arch. civ. Pr. 62); *Wetzell*, § 1; *Bayer*, § 1; *Renaud*, § 1; *Menger*, § 1—3; *Birkmeyer*, § 1, 4; *Wach*, § 1—6; *Hellwig*, I, § 1, 7, 8, 12; *Schmidt*, § 1; *Weismann*, § 1—6; *Kleinfeller*, § 1; *Kohler*, § 2; *Canstein*, § 1; *Schrutka*, § 1; *Pollak*, § 14, 16; *Balasits i Fierich*, § 1—3; *Garsonnet*, § 1; *Glasson*, § 1; *Chiovenda*, 52 ss., 244 ss.; *Simoncelli*, Capo I.

² *Нефедьев*, Учение об иске, 27—30; Курс, 11—13; *Гредескул*, 71 и сл., 87 и сл., 94 и сл.; *Розин*, 25—26.

В громадном большинстве случаев граждане делают одинаковые выводы из юридических норм и добровольно приводят их в исполнение. Однако нередко бывает, что между ними возникает разногласие и что лица, которые являются, в силу закона, обязанными к совершению каких-либо действий в пользу других лиц, уклоняются от исполнения этих обязанностей, потому ли, что не хотят, или же потому, что не могут исполнить их. В таких случаях появляется необходимость в каких-либо способах разрешения споров между гражданами и понуждения их к исполнению обязанностей. Этих способов несколько.

Самым простым и естественным представляется на первый взгляд самостоятельное осуществление своих прав с применением, в случае надобности, физической силы, т.е. *самопомощь* в ее двоякой форме: *самоуправства* и *самообороны*. Так и осуществлялись права в первоначальные эпохи. По замечанию Иеринга, «самоуправством и местью, этим диким видом правосудия, как выражается Бэкон Веруламский, начинало каждое право»¹. Однако применение этого способа стало ограничиваться по мере развития цивилизации и укрепления государственной власти ввиду его ненадежности и нецелесообразности. В самом деле, самопомощь, с одной стороны, страдает тем же коренным недостатком, какой вообще присущ применению физической силы к разрешению всяких споров: палка о двух концах, и победителем может оказаться вовсе не тот, кто прав. С другой стороны, самопомощь легко приводит к насилию над чужой личностью, нарушению общественного порядка и спокойствия и к другим преступным действиям, так что в благоустроенном государстве она может быть терпима только в виде исключения, при наличности особых условий².

¹ Иеринг, Дух римского права, I, 1875, 102—103.

² Вопрос о пределах и условиях допустимости самопомощи подлежит исследованию наук гражданского и уголовного права. В общем, он должен быть разрешен в том смысле, что пассивная самопомощь (самооборона) допустима безусловно, а активная (самоуправство) — поскольку не выражается в запрещенных уголовными законами действиях или оправдывается невозможностью обратиться за помощью к органам государственной власти (*Windscheid*, Pand., I, § 122—123; *Heyer*, Die Selbsthilfe (Arch. für bürgerl. R., 1901, 19 B.); *Friedemann*, Die Selbsthilfe, 1898). Более тесные пределы поставлены самопомощи в русском действующем праве (*Анненков*, Система русского гражд. права, I, 1910, 621 и сл.; *Буцковский*, Действующий закон о самоуправстве и насилии (Журн. гражд. пр., 1873, № 1); *Таганцев*, Русское уголовное право, I, 1902, 616). Проект гражд. улож. (кн. I, положения общие, с объяснениями, 1903, 260 и сл.) значительно расширяет эти пределы по образцу Германского уложения.

Другой способ состоит в том, чтобы спорящие избрали, по взаимному соглашению, постороннее лицо, которому они оба доверяют, и попросили его решить, кто из них прав, обязуясь подчиниться его решению. Это — так называемый *третейский суд*. Но, во-1-х, он предполагает наличность обоюдного согласия спорящих и готовность подчиниться решению избранного судьи. Во-2-х, иногда между гражданами никакого спора нет: обе заинтересованные стороны одинаково понимают закон и делают из него одинаковые выводы, но сторона, обязанная исполнить какое-либо действие в пользу другой стороны, уклоняется от этого, вовсе не отрицая существования своей обязанности. Наконец, в-3-х, неограниченное допущение третейского суда связано с опасностью злоупотреблений: входя в соглашение с третейскими судьями, граждане могут вести фиктивные споры и получать фиктивные решения с целью обхода постановлений закона, которые для них почему-либо невыгодны или стеснительны. Ввиду этого третейский суд хотя и допускается для разрешения юридических споров между гражданами, но не может иметь значительного применения.

Остается третий способ — обращение к помощи государственной власти. Он является наиболее удобным и верным для лица, желающего осуществить свое право. Здесь уже не нужно согласие противника и не опасно его сопротивление: государственная власть обладает достаточными средствами для того, чтобы сломить упорство отдельного гражданина и принудить его к повиновению.

При этом, однако, государственная власть не может оказывать свою помощь всякому, кто обращается за ней, без разбора. Нередко ведь помощи просит тот, кто ее вовсе не заслуживает, кто в действительности не имеет того права, какое себе присваивает. Поэтому, прежде чем взять под свою защиту просителя, государственная власть должна проверить правомерность заявляемого им требования, т.е. правильность сделанного им вывода из юридических норм и фактических обстоятельств.

Таким образом, когда частное лицо обращается к государственной власти за содействием при осуществлении своих прав, ей предстоит: 1) проверить правомерность требования просителя и 2) осуществить его, если оно окажется правомерным.

Первая задача является, говоря вообще, несравненно более сложной и трудной, чем вторая. Чтобы проверить правомерность требования гражданина, т.е. правильность сделанного им логического вывода

из фактических обстоятельств дела и норм объективного права, необходимо установить эти обстоятельства, отыскать подходящие нормы и истолковать их. Все это предполагает знание действующего права, опытность в применении его, умение разбираться в юридических отношениях — словом, требует создания особых органов власти, которые обладали бы надлежащей подготовкой и действовали при условиях, обеспечивающих правильное и беспристрастное разрешение дел. Вследствие этого в современных культурных государствах проверка правомерности предъявляемых гражданами друг к другу требований в области их частных правоотношений поручается специальным органам власти, именуемым *гражданскими судами*, а для деятельности их устанавливаются определенные формы и правила, образующие организованное производство, называемое *гражданским процессом* в тесном смысле слова, а также *спорным судопроизводством* — ввиду того, что оно происходит в форме спора между гражданами перед судом, или *исковым* — ввиду того, что оно начинается посредством заявления одним лицом иска (требования) по отношению к другому лицу.

Вторая задача сводится к применению мер физического принуждения: отнятию имущества у незаконного владельца и передаче его настоящему собственнику, выселению жильца из квартиры за истечением срока найма или вследствие неуплаты квартирных денег, уничтожению постройки, возведенной на чужой земле, и т.п. Все такого рода фактические действия, совершаемые с целью осуществления признанных судом правомерными требований граждан, образуют производство по исполнению судебных решений, или исполнительный процесс. Эти действия настолько просты, что с успехом могут быть выполняемы любым органом власти, хотя бы и не обладающим теми специальными качествами, которые необходимы для удовлетворительного разрешения первой задачи — проверки правомерности юридических требований. Поэтому исполнение судебных решений поручается не самим судам, а другим, низшим органам власти (судебным приставам, полиции), действующим под контролем судов.

Взаимное отношение между иском и исполнительным производством, несомненно, таково, что первое должно предшествовать второму и служить для него основой: прежде чем осуществлять юридические требования граждан принудительным путем, необходимо их проверить. Но в историческом развитии процесса наблюдается как раз противоположное явление. Первоначально гражданские права

осуществлялись их обладателями путем самопомощи, и только тогда, когда противная сторона оказывала сопротивление или отрицала право, к осуществлению которого делались попытки, противники обращались к третейскому суду¹. Проявляющееся в таком порядке различие между очевидными, бесспорными требованиями и сомнительными, спорными сохранило свое значение по настоящее время. И теперь в западноевропейских процессуальных системах гражданско-правовые требования, основанные на бесспорных документах, а именно на актах, совершенных при участии нотариусов или судов, осуществляются принудительным путем, без предварительной судебной проверки, которая производится только в том случае, когда противник заявит спор в общем искомом порядке производства.

Кроме указанных функций — проверки юридических требований, предъявляемых гражданами по отношению друг к другу, и контроля над деятельностью органов, исполняющих решения, — на гражданские суды возлагается в современных государствах осуществление еще некоторых других задач государственного управления.

Хотя в области гражданского права частным лицам предоставлены свободная инициатива и самостоятельность, хотя они могут определять свои взаимные юридические отношения по собственному усмотрению, тем не менее и здесь во многих случаях требуется участие органов государственной власти. Оно нужно прежде всего для того, чтобы придать юридическим сделкам необходимые в интересах как самих совершающих эти сделки лиц, так и других граждан прочность и достоверность. С этой целью сделки, имеющие наиболее важное значение в обороте, заключаются при содействии органов государственной власти и заносятся в особые книги, которые ведутся этими органами. Таковы сделки, касающиеся вещных прав на недвижимые имущества,

¹ *Heyer*, 42; *Иеринг*, Дух римского права, I, § 11 и 12. Существуют данные, свидетельствующие, что уголовный процесс возник раньше гражданского и что осуществление гражданско-правовых требований путем самопомощи могло сопровождаться первоначально обращением к суду только при том условии, если обязанные лица оказывали сопротивление в такой форме, которая была преступной: тогда гражданско-правовое требование превращалось в уголовно-правовое (*Post*, Grundriss der ethnologischen Jurisprudenz, II, 1895, 453). Последовательное ограничение самопомощи в римском и германском праве Зейфферт изображает так: 1-я стадия — неограниченное господство самопомощи, 2-я стадия — ограничение ее правом обжалования, 3-я стадия — применение ее с предварительного разрешения власти, 4-я стадия — установление контроля над нею, 5-я стадия — переход принудительного осуществления прав в руки государственной власти (*Seuffert* (Grünh. Zt., XII, 624–626)).

заключение брака, узаконение и усыновление детей, и др. Затем, государственная власть должна заботиться, чтобы лица, которые лишены дееспособности, могли участвовать в гражданском обороте и с этой целью назначать к ним опекунов и попечителей; должна принимать меры охраны по отношению к имуществу лиц, выбывших из гражданского оборота вследствие смерти, лишения правоспособности или безвестного отсутствия.

Для выполнения некоторых из этих функций существуют особые учреждения (нотариальные, опекунские, в Царстве Польском и Прибалтийских губерниях — ипотечные); другие функции распределяются между духовенством (заключение и расторжение браков), общими административными учреждениями и органами местного самоуправления (городскими, мещанскими, купеческими управами); часть же их возложена на гражданские суды. Так, у нас судами производятся узаконение внебрачных детей, усыновление, утверждение духовных завещаний, охрана наследственных имуществ и пр.

Деятельность судов по выполнению этих функций носит название *охранительного судопроизводства*, называемого также неисковым, или бесспорным, в отличие от искового, спорного.

Итак, гражданский процесс в обширном смысле слова обнимает три порядка производства дел в гражданских судах, или три вида судопроизводства: 1) исковое (гражданский процесс в тесном смысле слова), 2) исполнительное¹ и 3) охранительное.

Совокупность юридических норм, определяющих устройство и деятельность гражданских судов и состоящих при них вспомогательных органов в трех указанных направлениях, образует *гражданско-процессуальное право*, а наука, занимающаяся исследованием этого права, именуется наукой *гражданского процесса*.

Три составные части гражданского процесса в обширном смысле настолько разнородны, что обнять их содержание одним общим определением решительно невозможно. Поэтому попытки дать такое общее определение оказывались неудачными. Так, нередко встречающееся определение процесса как «принудительного осуществления гражданских прав при помощи суда»² характеризует только исполнительное

¹ В нашем действующем Уставе термин «исполнительное производство» употребляется в другом смысле — для обозначения так называемого расчетного производства при взыскании убытков, доходов и издержек (ст. 896 и сл.).

² *Weitzell*, 2; *Wach*, 3; *Drechsler*, 407; *Birkmeyer*, 26; *Menger*, 20; *Kleinfeller*, 2; *Азапович*, 11.

производство, но не обнимает ни искового, ни охранительного и вдобавок приписывает суду функцию, выполняемую другими органами власти, которым поручено законом исполнение судебных решений.

По другому весьма распространенному определению, сущность гражданского процесса состоит в «юридической защите, оказываемой гражданам судами»¹. Но под такое определение подходят только те случаи, когда обращение частного лица к суду вызывается нарушением его прав и когда от суда требуется официально признать, что нарушенное право подлежит *защите*. Да и в таких случаях самая защита производится не судом, а органами исполнения судебных решений, которые фактически восстанавливают нарушенные права. Во всех же прочих случаях, когда граждане обращаются к суду просто с целью выяснить свои юридические отношения, засвидетельствовать их официально, признать существующими или прекратившимися и т.д., дело идет еще не о защите прав, а только о распознавании их, констатировании, подтверждении, ограждении от будущих нарушений.

Вследствие невозможности обобщить и охватить одной формулой все три вида деятельности, образующие содержание гражданского процесса, следовало бы определить каждый из них порознь, а затем соединить все три определения и образовать из них одно – сложное. Но и эта задача невыполнима, потому что функции, возложенные на суд в порядке охранительного производства, не поддаются, по причине своего разнообразия и разнохарактерности, подобному обобщению.

Ввиду этого некоторые процессуалисты соединяют вместе определения искового и исполнительного производств, ограничиваясь относительно охранительного замечанием, что и оно относится к ведению гражданских судов². Другие же, давая определение процесса, приурочивают его исключительно к исковому производству³.

Столь же неудачны попытки определить гражданский процесс не с точки зрения субъективных прав, которые составляют предмет исследования суда в процессе, а с точки зрения норм объективного права, применяемых судом при этом. С этой стороны гражданский процесс характеризуется как «форма судебного осуществления объективного гражданского права в применении к определяемому им

¹ Schmidt, 1–2; Hellwig, I, 1; Simoncelli, 1, 11–13; Малышев, I, 1; Энгельман, 24.

² Weismann, § 1, II; Engelmann, § 1; Kohler, 1; Canstein, 1.

³ Schrutka, 2; Гольмстен, 2.

жизненному отношению с целью защиты частноправовых интересов»¹. Однако в исковом производстве дело идет еще не об осуществлении норм, а об установлении соответствия или несоответствия этим нормам требований граждан, т.е. не о фактической, а только о логической конкретизации действующего законодательства, только об интеллектуальном распознавании права².

Три вида судопроизводства, образующие гражданский процесс в обширном смысле слова, преследуют различные цели и отличаются каждый особым характером. Поэтому они должны быть изучаемы порознь. Но так как все они представляют собою функции гражданских судов, то изложению их должно предшествовать исследование устройства этих судов. Таким образом, из самого содержания гражданского процесса вытекает система курса.

- I. Устройство гражданских судов.
- II. Исковое судопроизводство.
- III. Исполнительное судопроизводство.
- IV. Охранительное судопроизводство.

§ 2. Источники процессуального права³

Первенствующее положение среди источников процессуального права занимают в современных культурных государствах законодательные нормы. Как устройство судебных учреждений, так и деятельность их по большей части определяются законами⁴. Обычное право в собственном смысле слова не может в настоящее время свободно

¹ *Wach*, 3; *Schmidt*, 1–2; *Pollak*, 101; *Chiovenda*, 54–56; *Нефедьев*, Курс, § 1.

² *Гредексул*, 229–230. Это признает и проф. Нефедьев в другом месте: Учение об иске, 29–30, 40.

³ *Малышев*, I, § 9–10; *Азаревич*, I, 64–99; *Гольмстен*, 12–26; *Энгельман*, § 1; *Нефедьев*, § 23. Общее учение об источниках права наиболее обстоятельно разработано проф. Шершеневичем (Курс гражданского права, I, 1901, гл. 5; Общая теория права, I, 1911, гл. 6). *Wetzell*, § 2, 3; *Osterloh*, § 43–44; *Renaud*, § 4; *Menger*, § 5, 6, 8; *Wach*, § 10–17; *Planck*, § 1, 2; *Hellwig*, I, § 2–5; *Schmidt*, § 5–18; *Weismann*, I, § 7–8; *Kleinfeller*, § 4; *Canstein*, I, § 2; *Schrutka*, § 6–8; *Pollak*, § 16.

⁴ Вследствие этого большинство процессуалистов, говоря об источниках права, называют только законы.

развиваться в области юстиции ни среди граждан, ведущих дела в судах, потому что их процессуальная деятельность совершается в виду и под контролем судов, ни в самих судах, потому что они обязаны руководствоваться в своих действиях законами и постановлениями компетентных властей. Даже в тех случаях, когда на практике возникают вопросы, не предусмотренные прямо никакими юридическими нормами, суды обязаны разрешать их по общему смыслу наличных норм, посредством логического развития их.

Но законы не охватывают всех деталей и подробностей судебного устройства и производства. Они рассчитаны на продолжительное существование и применение; притом они носят общий характер и распространяются на все суды или по меньшей мере на все суды одной и той же категории. Поэтому в них устанавливаются основные положения, неизменные и ненарушимые; правила же, касающиеся способов осуществления этих основных положений судами, способов, которые могут изменяться в зависимости от условий времени и места, вырабатываются как высшими органами судебного управления, так и самими судебными учреждениями. Эти правила образуют особый источник процессуального права, но источник вспомогательный, производный, ибо имеют обязательную силу при наличии двух условий: 1) если не противоречат постановлениям законов и 2) если исходят от компетентных органов власти. Право издания таких обязательных постановлений по судебному ведомству предоставлено у нас 1) самим судам и 2) министру юстиции.

Судебное ведомство пользуется в некоторой мере правом самоуправления: закон предоставляет судам самостоятельно устанавливать правила, касающиеся «внутреннего распорядка делопроизводства», под названием наказов (ст. 166 Учр. суд. уст.) или инструкций (объясн. в 168 ст.). При издании судебных уставов 1864 г. предполагалось, что будут составлены: общий наказ — для всех судов и особые — для каждого суда в отдельности. Но общий наказ не был составлен, и его заменяют «Временные правила 15 марта 1866 г., относящиеся до внутреннего распорядка в новых судебных установлениях». Особые же наказания составлялись и издавались. О них будет речь в § 29.

Министр юстиции может делать изменения в правилах, касающихся внутреннего распорядка в судебных учреждениях, до составления последними особых наказов (прим. к ст. 173 Учр. суд. уст.); изменять сделанное временными штатами судебных палат и кассационных

департаментов Сената распределение чинов канцелярий этих судебных учреждений и сумм на их содержание (прим. к ст. 120 Учр.); издавать правила относительно служебных занятий кандидатов на судебные должности, порядка выдачи им свидетельств, распределения между ними окладов и пособий, составления отчетов об их деятельности (ст. 419¹) и пр. Далее, министр юстиции, по соглашению с министрами финансов и государственным контролером, издает правила о порядке приема, хранения и расходования денежных сумм, поступающих в судебные учреждения, отчетности и счетоводства по указанным суммам (ст. 75¹, 183¹), а по соглашению с министром финансов устанавливает таксу вознаграждения присяжных переводчиков (ст. 426).

К числу вспомогательных источников процессуального права принадлежит у нас также судебная практика вследствие того, что Сенат признает за своими разъяснениями, даваемыми при разрешении дел в кассационном порядке, обязательное значение для всех судебных учреждений, подведомственных ему. Хотя это мнение Сената относительно силы своих решений не вытекает из действительного смысла законов, определяющих компетенцию Сената (об этом см. § 26), тем не менее с ним необходимо считаться, так как оно принимается к руководству низшими судами.

Такое же значение, как решения Гражданского кассационного департамента по отдельным судебным делам, имеют решения его же, а также Общего собрания кассационных департаментов с участием 1-го департамента и без него, постановляемые по предложениям министра юстиции или первоприсутствующего в общих собраниях Сената с целью разъяснения вопросов, которые неодинаково разрешаются разными судами или возбуждают сомнения на практике. Эти решения в том случае, если Сенат признает нужным, публикуются «на общем основании», т.е. так же и с той же целью, как и обыкновенные кассационные решения, а именно чтобы служить «руководством к единообразному истолкованию и применению законов» (ст. 117, 160, п. 14, и ст. 259¹ Учр. суд. уст.).

Судебная практика, установившаяся в каком-либо определенном суде, называется очень часто судебными обычаями (*usus fori*, *Gerichtsgebrauch*). Но между этими обычаями и настоящим обычным правом в собственном смысле слова имеется существенная разница: обычное право представляет собой самостоятельный источник права, заменяющий для определенного круга отношений законодательные нормы, тогда как судебная практика только развивает эти нормы

и устанавливает способ их применения. Вследствие этого обычное право может быть отменено или заменено только обычным же правом или законом, а судебная практика меняется как самим судом, когда он убедится, что она основана на неправильном понимании законов, так и высшими судебными инстанциями.

Особое значение придает наше законодательство практике коммерческих судов, разрешая им руководствоваться при отсутствии ясных и точных законов как торговыми обычаями, так и своими собственными решениями по однородным делам (ст. 327 Уст. суд. торг.).

§ 3. РУССКОЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО

Главным и основным источником нашего современного судебного-процессуального права являются Судебные уставы 20 ноября 1864 г.¹ До издания их действовали процессуальные законы, помещавшиеся во второй части X тома Свода законов, а впоследствии перенесенные во вторую часть XVI тома. Они представляли собою по большей части механическое соединение разновременно изданных узаконений, от Уложения 1649 г. вплоть до позднейшего времени. Неудовлетворительность их была осознана вскоре по издании Свода законов, так что вместе с составлением Уложения о наказаниях 1845 г. начались работы по подготовке реформы судебных и процессуальных порядков.

Уже в 1843 г. главноуправляющий Канцелярией Его Величества граф Блудов выработал на основании доставленных ему замечаний чинов судебного ведомства относительно недостатков процессуального законодательства проект частичных улучшений. Вследствие противодействия со стороны тогдашнего министра юстиции гр. Панина, не соглашавшегося ни на какие «новшества», гр. Блудов исходатайствовал в 1850—1852 гг. учреждение особых комитетов для составления проектов уставов гражданского и уголовного судопроизводства. Делопроизводителем гражданского комитета был назначен С.И. Зарудный. На работу комитета оказали чрезвычайно благоприятное влияние происшедший после Крымской войны перелом в русской жизни и необыкновенный подъем духа в обществе. Не ограничиваясь частичными

¹ История составления судебных уставов 1864 г. изложена в след. сочинении: *Джаншиев*, Основы судебной реформы, 1891; Из эпохи великих реформ, 5-е изд., 1894, 365 и сл.; *Гессен*, Судебная реформа, 1905; *Биншток*, К истории судебной реформы (Русс. Бог., 1894 г., № 11—12).

переделками, комитет вступил на путь коренного преобразования и составил проект на новых началах, целесообразность которых была уже признана западноевропейской наукой и законодательной практикой. Но только с отменой крепостного права в 1861 г., превратившей многомиллионную массу бесправных рабов в свободных граждан, создалась надлежащая почва для проведения коренной судебной реформы. В том же 1861 г. состоялось Высочайшее повеление о возложении на Государственную Канцелярию обязанности извлечь из составленных при графе Блудове проектов основные начала. В помощь Канцелярии, где главную роль играл опять-таки Зарудный, были приглашены наиболее выдающиеся юристы (Буцковский, Стояновский, Ровинский, Победоносцев, Плавский). Вскоре, однако, обнаружилось, что проекты гр. Блудова не согласованы между собою, так что понадобилась полная переработка их. В 1862 г. по ходатайству кн. Гагарина, который сменил гр. Блудова в должности председателя Государственного Совета, Государственной Канцелярии была предоставлена Высочайшим повелением полная свобода действий при выработке основных начал предстоявшей судебной реформы. Вот что гласил этот первостепенный для истории русского процесса и прогресса документ: «...изложить в общих чертах соображения Государственной Канцелярии и прикомандированных к ней юристов о тех главных началах, несомненное достоинство коих признано в настоящее время наукою и опытом европейских государств и по коим должны быть преобразованы судебные части в России»¹. Через четыре месяца Основные начала были готовы, затем рассмотрены и одобрены Государственным Советом и по Высочайшему утверждению 29 сентября 1862 г. опубликованы в Собрании узаконений и распоряжений правительства, чтобы дать возможность желающим высказаться по поводу предстоящей реформы. Желавших оказалось больше, чем можно было ожидать: поступило свыше 440 замечаний от судебных деятелей, профессоров и других лиц. Эти замечания составили шесть печатных томов. Для подробного развития основных начал была образована особая комиссия под председательством Буткова и при ближайшем участии Зарудного². С поразительной быстротой, в течение всего 11 месяцев, комиссия при содействии при-

¹ Джалилов, Основы, 47.

² Деятельному участию С.И. Зарудного во всех фазисах работ немало обязана судебная реформа своим быстрым и удачным осуществлением (Джанишев, Зарудный и судебная реформа, 1888).

глашенных специалистов изготовила проекты учреждения судебных установлений и уставов гражданского и уголовного судопроизводства с обширными объяснительными записками. По истребовании заключений от чинов судебного ведомства проекты перешли в декабре 1863 г. на рассмотрение Государственного Совета и по одобрении им получили Высочайшее утверждение¹.

20 ноября 1864 г. состоялся Высочайший указ Сенату об опубликовании новых уставов. В этом Указе было сказано, между прочим: «...рассмотрев сии проекты, Мы находим, что они вполне соответствуют желанию нашему водворить в России суд скорый, правый, милостивый и равный для всех подданных наших, возвысить судебную власть, дать ей надлежащую самостоятельность и вообще утвердить в народе нашем то уважение к закону, без коего невозможно общественное благосостояние и которое должно быть постоянным руководителем действий всех и каждого, от высшего до низшего».

Этими словами Царя-освободителя как нельзя ярче охарактеризовано великое значение судебной реформы 1864 г. Действительно, Судебные уставы представляли собой столь же гигантский шаг вперед в области судебного управления, каким было в области всего вообще гражданского быта уничтожение крепостного права. Судебные уставы не ограничились попыткой улучшить прежний прогнивший и разлагавшийся судебно-процессуальный строй, а создали совершенно новый, порвав всякую связь с прошлым. Они произвели своего рода геологический переворот, выдвинувший новую формацию, положивший начало новой эры в юридическом развитии России. Мало того, судебною реформой 1864 г. Россия опередила даже некоторые западно-европейские государства в области процессуального права. Те начала, которые лежат в основе Судебных уставов, получили повсеместное применение в германских государствах только через полтора десятка лет (в 1877–1879 гг.), после образования Германской империи, а в Австрии — в области гражданского процесса — еще позднее, в 1895 г. Вполне правильно поэтому выразился один автор, что «наше новое судебное законодательство во всей своей совокупности, каковы бы ни были его

¹ Все материалы по судебной реформе составляют 74 тома «Дела о преобразовании судебной части». Полные экземпляры этого «Дела» были переданы в Петербургскую публичную библиотеку, в архив Государственного Совета и в библиотеку 2-го отделения Канцелярии Его Величества. Опись «Дела», составленная Зарудным, напечатана в книге *Джаншиева: Основы судебной реформы* (прилож.).

технические недостатки, есть законодательный и умственный памятник, долженствующий служить в отдаленном потомстве величайшею честью нашего времени»¹. Естественно также, что Судебные уставы были встречены интеллигентным обществом с восторгом и вызвали лестные отзывы как в русской, так и в иностранной печати².

Судебные уставы были введены в течение 1866 г. в Петербургской и Московской губерниях, а затем постепенно их действие распространялось на другие местности, с более или менее значительными изменениями, вплоть до Сибири, Туркестана и Закаспийской области. Окончательно завершилась судебная реформа в 1899 г. Таким образом, в настоящее время Судебные уставы 1864 г. действуют на всей российской территории, за исключением только Финляндии, где сохранили силу старинные шведские законы и обычаи³.

Но ныне Судебные уставы имеют уже далеко не тот вид, в каком были первоначально изданы. Последующие узаконения внесли в них немало изменений, иногда улучшавших, но чаще искажавших первоначальную редакцию. Особенно тяжкий удар был нанесен Судебным уставам законом 1889 г., передавшим низшую уездную юстицию в руки чиновников Министерства внутренних дел (земских начальников).

Ввиду необходимости согласовать и привести в единство весь этот законодательный материал, накопившийся за 30 лет⁴, в Министерстве юстиции возникла мысль о пересмотре его. На основании последовавшего 7 апреля 1894 г. Высочайшего повеления была образована под председательством министра юстиции комиссия для пересмотра законоположений по судебной части, причем председателю было предоставлено право приглашать «лиц, участие коих в трудах комиссии будет признано полезным по их служебному положению, научным знаниям или практической опытности». Занятия комиссии продолжались пять лет и закончились составлением проектов новой редакции Учреждения судебных установлений, Устава гражданского и Устава

¹ Бездаров, Мысли по поводу мировой судебной власти (Рус. Вести, 1866, № 10, 373).

² Они приведены в Жур. М. Ю. (1862 г., дек.; 1863 г., февр., апр., май), а также у Джаншиева (Из эпохи, 393—395, 416 и сл.).

³ Шиловский, О судебной системе Финляндии (Рус. Вести, 1903, № 8).

⁴ Перечень его составил книгу в 102 страницы: Законоположения, изданные в изменение, дополнение или пояснение Судебных уставов 20 ноября 1864 г. (I том Подготовительных материалов Комиссии для пересмотра законоположений по судебной части, 1895). Характеристика этих узаконений в связи с общими условиями жизни сделана Шейном (Заметки по вопросу о пересмотре Судебных уставов, 1900).

уголовного судопроизводства, с объяснительными к ним записками (всего 16 печатных томов). Кроме того, комиссией изданы Подготовительные материалы в 12 томах, не поступившие в продажу.

Проектированные комиссией изменения в действующих законах будут указаны и разобраны в соответствующих местах курса. Здесь можно отметить лишь, что в области гражданского процесса комиссия предложила некоторые действительно полезные изменения; в области же судостроительства она сделала дальнейшие шаги в сторону уклонения от основных начал Судебных уставов и, не решившись посягнуть на институт земских начальников, предположила дополнить его едва ли не столь же неудовлетворительным институтом судей-следователей¹. Независимо от общего пересмотра Судебных уставов и после того, как он был уже закончен, Министерство юстиции выработало проект реформы низшей местной юстиции. О нем будет речь в § 30.

Судебная реформа 1864 г. не затронула существовавших до нее специальных сословных судов (крестьянских, торговых, духовных, инородческих). Их устройство и деятельность до сих пор определяются законами, изданными до судебной реформы и построенными по большей части на совершенно иных принципах.

Издания процессуальных законов

1. Учреждение судебных установлений. Последнее официальное издание в т. XVI Св. зак., изд. 1892 г. Последовавшие затем изменения внесены в Продолжения Свода законов 1895, 1906, 1908 и 1909 гг.

Из прежних официальных изданий сохраняет значение первое издание в составе Судебных уставов: Судебные уставы 20 ноября 1864 г., с изложением рассуждений, на коих они основаны, издание Государственной Канцелярии, 1866 г., т. III.

Это издание представляет большую важность при изучении Уставов, так как в нем приведены выдержки из объяснительной записки, из рассуждений Государственного Совета и из других подготовительных материалов, предшествовавших выработке проекта судебных уставов².

¹ Общая оценка работ комиссии сделана в след. сочинениях: *Михайловский*, Основные принципы организации уголовного суда, 1905, 278 и сл.; *Гессен*, Судебная реформа, 1905, 220 и сл.; *Д.Л.* Пересмотр судебных уставов (Рус. Бог., 1901, № 2, 3, 5); *А.С.* Проекты судебных уставов, выработанные комиссией 1894 г. (Рус. Мысль, 1912, № 2).

² Частные издания: *Тимановский*, Сборник толкований русских юристов к Судебным уставам за 25 лет. Учреждение суд. устан. и Устав угол. суд., 2-е изд., 1892; *Громачевский*,

II. *Устав гражданского судопроизводства*. Официальные издания те же, что и для Учреждения судебных установлений¹.

III. *Правила об устройстве судебной части и о производстве судебных дел в местностях, в которых введено Положение о земских участковых начальниках, от 12 июля и 29 дек. 1889 г.* Последнее официальное издание в составе XVI т. Свода законов, изд. в 1892 г. Позднейшие изменения введены в Продолжениях к Своду законов 1906, 1908 и 1909 гг.²

IV. *Положение о земских участковых начальниках от 12 июля 1889 г.* Последнее официальное издание в составе Положения об установлениях, заведующих крестьянскими делами (ч. III Полож. о сельском состоянии, особое прилож. к IX т. (в. зак., изд. 1902 г.)³).

V. *Правила о волостном суде* как для тех местностей, где введено Положение о земских начальниках, так и для других местностей европейской России помещаются в Положении о сельском состоянии (прил. к IX т. Св. зак.)⁴.

VI. *Устав торгового судопроизводства*. Последнее официальное издание во 2-й части XI т. Свода законов 1903 г.⁵

Учр. суд. устан. Свод законов, правил и распоряжений, 1897; *Шрейбер*, Учр. суд. уст., 1910 (с разъяснениями из законодательных мотивов, сенатской практики и циркуляров Министерства юстиции); *Шегловитов*, Учр. суд. уст., 1910 (то же).

¹ Частные издания: *Тютрюмов*, Устав гражд. суд. с законодательными мотивами, разъяснениями Правительствующего Сената и комментариями русских юристов, извлеченными из научных и практических трудов по гражд. праву и судопроизводству, изд. 2, 1910; *Гордон*, Уст. гражд. суд., с позднейшими узаконениями, законодательными мотивами и разъяснениями по решениям Сената, 5-е изд., 1911; *Боровиковский*, Уст. гражд. суд. с объяснениями по решениям Сената, 6-е изд., исправленное и дополненное Гуссаковским, 1908; *Ротенберг*, Уст. гражд. суд. с позднейшими узаконениями и объяснениями по решениям Сената, 3-е изд., 1909 (карманное издание).

² Частные издания: *Чагин*, Правила об устройстве суд. ч. и т.д., со включением позднейших изменений, циркуляров министров внутр. дел и юстиции и разъяснений Сената, 7-е изд., 1911; *Арефа*, Положение и правила о зем. уч. нач., гор. судьях и вол. суде, с сенатскими и министерскими разъяснениями, 5-е изд., 1903.

³ Отдельного частного издания Полож. о зем. нач. нет; оно издавалось в составе законов о сельском состоянии: *Волков*, Сборник положений о сельском состоянии, 2-е изд., 1910; *Абрамович*, Положение о сельском состоянии, ч. III, 1903; *Горемыкин*, Свод узаконений и распоряжений Правительства об устройстве сельского состояния, 1903.

При включении Полож. о зем. нач. в Свод зак. нумерация некоторых статей подверглась изменению.

⁴ Частные издания этого Положения указаны выше.

⁵ Частные издания с разъяснениями по решениям Сената: *Добровольского* (1911 г.) и *Носенко* (1910 г.).

VII. *Устав духовных консисторий 1841 г.* Последнее официальное издание сделано в 1903 г. (перепечатано с издания 1883 г.)¹.

VIII. *Свод учреждений и уставов управления духовных дел иностранных исповеданий* (1 ч. XI т. Св. зак., изд. 1896 г.).

IX. *Законы относительно казачьих и инородческих судов*, а также крестьянских судов в азиатской России находятся во II томе Свода законов, изд. в 1892 г. (Учреждение гражд. управления казаков переиздано в 1903 г.).

X. *Волостной судебный устав Прибалтийских губерний* от 9 июля 1889 г. Последнее издание 1908 г.

§ 4. РУССКАЯ ЛИТЕРАТУРА

Судебные уставы 1864 г. произвели столь коренной переворот в области судебно-процессуального права, что предшествовавшие их изданию немногочисленные сочинения по гражданскому процессу² утратили и то небольшое значение, какое имели. Введение новых судов с гласностью производства, устным состязанием специалистов-адвокатов, при открытых для доступа публики и представителей прессы дверях оживило русскую юридическую жизнь и создало более благоприятные условия для разработки процессуальных вопросов, которая вскоре и началась как в форме курсов, учебников и монографий, так и в виде статей в возникших тогда же специальных журналах.

Более или менее значительные сочинения по отдельным вопросам будут указаны в соответствующих местах. Полный перечень их сделан в труде Поворинского³. В настоящем месте необходимо перечислить только сочинения, охватывающие все содержание действующего русского процессуального права.

¹ Частное издание: *Палибина* (1900 г.).

² *Дегай*, Учебная книга российского гражд. судопроизводства, 3-е изд., 1846; *Камбек*, Опыт начертания гражд. судопр. по рос. законам, 2-е изд., 1859; *Владиславлев*, Общие основания гражд. судопр., 1857, и др.

³ *Поворинский*, Систематический указатель русской литературы по судоустройству и судопроизводству гражданскому и уголовному, т. I, 1896; т. II, 1905. Это превосходное издание, подобного которому нет в иностранной литературе, обнимает книги, брошюры, журнальные и газетные статьи (более 125 периодических изданий), включая рецензии и отзывы, с начала XVIII в. по сентябрь 1904 г. Последующая литература (русская и иностранная) периодически сводится в Журнале Мин. Юстиции.

Курсы

Мальшев, Курс гражданского судопроизводства, 3 тома, 1874–1879 (первые два тома вышли вторым изданием в 1876 и 1879 гг.).

Это — наиболее обширное теоретическое руководство из существующих на русском языке. В первых двух томах излагаются судоустройство и обыкновенный порядок производства в общих судах; третий том посвящен особым формам производства, в том числе производству в мировых, волостных и коммерческих судах. Ясность изложения и обильные указания на иностранные законодательства, на русскую и иностранную литературу и сенатскую практику придают курсу большую ценность. Недостатками его являются неравномерная разработка частей и не всегда вполне точное отделение постановлений нашего действующего права от теоретических взглядов автора и правил иностранных законодательств. Кроме того, курс в настоящее время сильно устарел.

Азаревич, Судоустройство и судопроизводство по гражданским делам: Университетский курс, I, 1891; II, 1894–1896.

Первый том, где излагается судоустройство и учение о субъектах процесса, изложен обстоятельно, с обширными ссылками на иностранные законодательства и литературу. Дальнейшие части все более и более приобретают конспективный характер. Написан курс хорошим языком.

Комментарии

Анненков, Опыт комментария к Уставу гражд. судопроизводства, 6 томов, 2-е изд., 1887–1888.

Автор разъясняет постановления Устава в порядке статей, пользуясь русской и отчасти французской литературой, а также русской кассационной практикой.

Исаченко, Гражданский процесс, практический комментарий на вторую книгу Устава гражд. судопроизводства, 6 томов (I–IV тома во 2-м изд., V и VI — в 3-м изд.), 1893–1911.

При разъяснении статей Устава автор широко пользуется судебной практикой, но очень мало внимания обращает на русскую литературу, совершенно не касаясь иностранной. Уступая в последнем отношении комментарию Анненкова, труд Исаченко превосходит его исчерпывающим изложением сенатской практики и ясностью стиля.

Учебники

Гольмстен, Учебник русского гражданского судопроизводства, 4-е изд., 1907.

Энгельман, Учебник русского гражданского судопроизводства, 2-е изд., 1904.

Нефедьев, Учебник русского гражданского судопроизводства, 3-е изд., 1910.

Яблочков, Учебник русского гражданского судопроизводства, 1912.

Васьковский, Учебник русского гражданского процесса, 1912 (печатается).

Неоконченные курсы и учебники

Адамович, Пособие к лекциям русского гражданского судопроизводства, ч. 1, 1891.

Адамович, Очерк русского гражданского процесса, вып. I, 2-е изд., 1895.

Нефедьев, Курс гражданского судопроизводства, вып. I, 1902; добавление, 1903.

Гордон, Система русского гражданского судопроизводства, вып. I, 1902 (напеч. во «Временнике Демидовского юридического лицея»).

Практические пособия

Победоносцев, Судебное руководство, 1872.

Вербловский, Движение русского гражданского процесса, изложенное на одном примере, 2-е изд., 1889.

Исаченко, Русское гражданское судопроизводство: Практическое руководство для студентов и начинающих юристов, т. I (судопроизводство исковое), 3-е изд., 1910; т. II (судопр. охранительное и конкурсное), 3-е изд., 1910–1911.

Побединский, Гражданское судопроизводство в окружных судах, 2-е изд., 1911 (образцы процессуальных бумаг и форм делопроизводства).

Васьковский, Задачи по гражданскому процессу, 1907.

Затворницкий, Практические занятия по гражданскому судопроизводству, 1904.

§ 5. ИНОСТРАННЫЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

Франция. Устройство гражданских судов основывается во Франции на отдельных, в разное время изданных законах¹. Порядок производства в гражданских судах определен Уставом гражданского судопроизводства, изданным в 1806 г.² и имеющим в своей основе ордонанс 1667 г., некоторые постановления которого воспроизведены буквально. Хотя он как по содержанию, так и по форме значительно уступает гражданскому кодексу, но, будучи основан на рациональных началах, целесообразность которых оправдалась на практике, он был принят целиком или с изменениями многими государствами (Бельгией, Голландией, Баварией, Италией, Испанией Португалией и др.), а также служил одним из образцов при составлении нашего Устава гражданского судопроизводства.

Германия. До судебной реформы 70-х г. судебно-процессуальный строй Германии представлял очень пеструю картину. Единого законодательства не было, и в каждом из государств, образующих Германскую империю, действовало особое право. В некоторых применялись нормы так называемого немецкого общего процесса (*gemeiner deutscher Process*), представлявшие собою смесь рецепированных римского и канонического права с немецкими законами, обычным правом и судебной практикой; в Пруссии сохранял силу Общий судебный устав (*Allgemeine Gerichtsordnung*) 1793 г., дополненный законами 1833 и 1846 гг.; в нескольких местностях удержался со времен Наполеона Французский процессуальный кодекс, а в прочих государствах были изданы особые процессуальные уставы, носившие на себе более или менее значительные следы влияния французского процесса (Ганноверский 1850 г., Баденский 1864 г., Вюртембергский 1868 г., Баварский 1869 г.). Из этих уставов Ганноверский был в виду у составителей нашего Устава.

С образованием Германской империи получила осуществление давно возникшая идея о создании общегерманского судебно-процессуального законодательства. В 1877 г. были утверждены, а с 1 октября

¹ Они сведены в следующих изданиях: *Rivière*, Codes français et Lois usuelles, 1911; *Carpentier*, Codes et Lois pour la France, Algérie et les Colonies, 1911.

² Лучшие издания: *Tripier et Monnier*, Code de procédure civile, 1911 (с указанием исторических источников); *Rivière*, 1911 (с тезисами из кассационной практики и министерских циркуляров); *Sirey*, 2 vls., 1905—1906 (с разъяснениями из литературы и судебной практики); *Tissier, Darras et Louiche-Desfontaines*, 3 vls., 1901—1908 (с историческими, теоретическими и практическими разъяснениями, ссылками на литературу и судебную практику).

1879 г. вступили в силу: Устав судоустройства (*Gerichtsverfassungsgesetz*) и Устав гражданского судопроизводства (*Civilprozessordnung*), сокращенно цитируемые *GVG* и *CPO*. Некоторые изменения в них сделаны новеллами 1898, 1909 и 1910 гг.¹ Дополнением к этим двум уставам являются Адвокатский устав (*Rechtsanwaltsordnung* = *RAO*) и уставы о судебных пошлинах (*Gebührenordnung*).

Австро-Венгрия. Устройство австрийских судов основывается на целом ряде разновременных (с 1850 г.) изданных законов. В 1895–1896 гг. вместе с изданием нового Устава гражданского судопроизводства были сделаны некоторые изменения и в законах о судоустройстве, однако большинство их сохранило силу по настоящее время².

Гражданское судопроизводство основывалось в Австрии более столетия на Уставе 1781 г. и его второй редакции 1796 г., представлявших собою кодифицированный германский общий процесс того времени. Коренная реформа процесса была произведена только в конце XIX в., когда был утвержден составленный Францем Клейном проект уставов об отправлении правосудия, о гражданском судопроизводстве и об исполнении решений³.

¹ *Лучшие издания:* Sydow und Busch, CPO mit GVG und den Einführungsgesetzen, 13. Aufl., 1911 (с разъяснениями по решениям Имперского суда); Warneyer, CPO erläutert durch die Rechtssprechung, 3. Aufl., 1910; Kayser, Die Reichsjustizgesetze, 7. Aufl., 1910.

Подготовительные материалы к судебной реформе 1877–1879 гг. и позднейшим новеллам: Hahn, Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, I–VIII, 1883–1898 (к судоустройству относится первый том, к гражданскому процессу – второй); Materialien zu den Reichsjustizgesetzenovellen, I–II, 1898; Materialien zu den Novellen v. 5/VI 1905 und 1/VI 1909 (Beihefte zur Rechtssprechung der Oberlandesgerichte, herausg. v. Mugdan und Falkmann); Friedländer, Kommentar zur RAO, 1908; Siegel, Materialien zur RAO, 1883.

² Schauer, Die Gerichtsorganisationsgesetze. Mit Erläuterungen aus den Materialien, 3. Aufl., 1909; Klein, Schauer und Friedländer, Die Gesetze und Verordnungen über die Civilgerichtsverfassung, 1903 (с разъяснениями по решениям Верховного Имперского суда).

³ Schauer, Die CPO und Jurisdiktionsnorm, v. 1. Aug. 1895. Mit Erläuterungen aus den Materialien, 4. Aufl., 1906; Die Executionsordnung, 4. Aufl., 1908; Klein, Schauer und Friedländer, Jurisdiktionsnorm und CPO, 1898; Die Executionsordnung, 1903.

Подготовительные материалы к законам 1895–1896 гг.: Materialien zu den neuen oesterreichischen Civilprocessgesetzen, I–II, 1896.

Новые австрийские законы переведены на русский язык: Тур, Австрийский устав гражд. судопр. 1895 г. в сопоставлении с нашим Уставом, 1896 (и в прилож. к № 10 Журн. М. Юст., 1896); Тур, Австрийский закон 27 мая 1896 г. о порядке взыскания и обеспечения, с указ. соответств. постановлений нашего Устава, 1897 (и в прилож. к № 2 Журн. М. Юст., 1897.); Тур, Австрийские законы: 1) об отправлении суда и о подсудности гражданских дел общим судам (1 авг. 1895 г.) и 2) об учреждении судов (27 ноября 1896 г.), с указ. соответ. постановлений нашего Устава гр. суд., 1897 (и в прилож. к № 4 Журн. М. Юст., 1897).

Реформа гражданского процесса предпринята и в Венгрии: в 1911 г. издан, но еще не введен новый устав¹.

Италия. Современное устройство судебных учреждений определяется Уставом 1865 г.² и некоторыми позднейшими законами, а гражданское судопроизводство — Уставом 1865 г.³

Остальные государства. Действующие в прочих государствах процессуальные законы указаны в сборнике Леске и Левенфельда (см. след. параграф).

§ 6. ИНОСТРАННАЯ ЛИТЕРАТУРА

Краткое изложение гражданского процесса целого ряда государств сделано разными авторами в коллективном труде Леске и Левенфельда⁴. Перечни юридической литературы на многих языках можно найти в изданиях Мюльбрехта⁵.

Теория гражданского процесса наиболее усердно и плодотворно разрабатывается в германской и австрийской литературах: Вах, Бюлов, Гелльвиг, Рихард Шмидт, Вайсман, Фр. Штейн, Колер, Клейнфеллер, Канштейн, Скедль, Полляк, Шрутка фон Рехтенштамм — вот корифеи современной процессуальной науки, труды которых имеют значение не только для догматики туземного процессуального права, но и для общей теории процесса. Что касается литературы других стран (Франции, Италии, Англии), то она отличается, за немногими изъятиями, практическим, комментаторским характером; больше внимания уделено французскими и итальянскими юристами теоретическому исследованию основных начал судоустройства.

Монографическая литература будет указываться в соответствующих параграфах. Здесь нужно перечислить важнейшие из сочинений общего характера.

¹ Немецкий перевод: *Gottl*, Ungarische CPO, 1911 (с комментариями).

² Legge sull'ordinamento giudiziario, 6 dic. 1865.

³ *Bruno*, Il codice di procedura civile, illustrato con le principali decisioni delle corti del regno, 1911.

⁴ *Leske, Loewenfeld*, Die Rechtsverfolgung im internationalen Verkehr, I—IV, 1895—1904 (очерк русского процесса написан проф. Энгельманом).

⁵ *Mühlbrecht*, Wegweiser durch die neuere Literatur der Rechts- und Staatswissenschaften, I, 1893; II, 1901; Uebersicht der staats- und rechtswissenschaftlichen Literatur d. J., 1898—1908; Allgemeine Bibliographie der Staats- und Rechtswissenschaften (журнал).

1. Германская литература

Курсы

Wach, Handbuch des deutschen Civilprocessrechts, I, 1885.

Широко задуманный и блестяще выполненный, но, к сожалению, далеко не законченный курс. Дополнением к нему служат лекции, прочитанные автором чинам судебного ведомства и адвокатам:

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

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

В трех вышедших до сих пор томах автор дает обстоятельное и глубокое исследование процессуальных институтов в связи с материальным гражданским правом. Курс пока доведен до конца учения о субъектах процесса и третьих лицах.

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

Процессуальные понятия и принципы автор выясняет из их истории, из общего характера гражданского процесса, как ветви государственного управления, обращая в то же время внимание и на их практическое значение. Курсу предшествует обширное историческое введение.

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

Главное внимание уделено автором историческому развитию процессуальных институтов германского права.

Engelmann, Der Zivilprocess, Geschichte und System, I: Allgemeiner Theil, 1889; II: Geschichte, 1890—1895; III: Der deutsche Zivilprocess, 1901.

Хорошо, хотя без детального исследования отдельных вопросов, написанный курс, резюмирующий выводы современной процессуальной науки.

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

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

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

Приспособлен для начинающих юристов-практиков.

Учебники

Fitting, Der Reichs-civilprocess, 13. Aufl.

Наиболее употребительный учебник, содержащий чрезвычайно ясное и в то же время сжатое изложение действующего германского судебно-процессуального права.

Hirschfeld, Der Reichscivilprocess, 4. Aufl., 1905.

Stein, Das Civilprocessrecht (в Birkmeyer's Encyclopädie der Rechtswissenschaft, 2. Aufl., 1904).

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

Комментарии

В немецкой литературе имеется несколько превосходных комментариев, в которых постановления Устава сопровождаются теоретическими и практическими разъяснениями и критической оценкой литературы и судебной практики. Таковы:

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

Seuffert, Commentar, 11. Aufl., 1910.

Struckmann und Koch, 9. Aufl., 1910.

До судебной реформы теория процесса разрабатывалась германскими юристами применительно к германскому общему процессу. Из многочисленных сочинений, излагающих этот процесс, заслуживают внимания следующие:

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

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

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

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

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

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

Библиография. Специальные указатели процессуальной литературы составлены Биркмейером, Сидовым, Клейнфеллером и др.¹

¹ *Birkmeyer*, Grundriss und Materialien zur Vorlesung über den ordentlichen Civilprozess, I, Einleitung und allgemeiner Theil, 1886; Zusammenstellung der gesamten bis jetzt zur Reichs — CPO erschienenen Literatur geordnet nach der Reihenfolge der Gesetzes-Paragraphen, 1884 (из 28-го тома Gruchot's Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts); *Sydow*, Literaturbericht, 1880—1883. Gerichtsverfassung, Civilprozess, Konkurs (Centralblatt für die Rechtswissenschaft, 1883, Nr. 1—2); *Kleinfeiler*, Die Literatur des deutschen Prozessrechts, 1884 bis 1894, 1896. Ежегодные обзоры процессуальной литературы помещаются с 1888 г. в журнале «Zeitschrift für deutschen Zivilprozess».

Австрийская литература

Курсы

Skedl, Das oesterreichische Civilprocessrecht, I, 1900.

Здесь тщательно использована новейшая австрийская и германская литература.

Canstein, Das Civilprocessrecht, I, 1905.

Klein, Vorlesungen über die Praxis des Civilprocesses, 1900.

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

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

Учебники

Schrutka Edlem von Rechtenstamm, Grundriss des Civilprocessrechts, 1909.

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

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

Trutter, Das oesterr. Civilprocessrecht, 1907.

Из курсов дореформенного австрийского процесса сохраняют значение в теоретическом отношении:

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

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

Комментарии

Horten, Die Jurisdictionsnorm, 1898.

Horten, Oesterreichische CPO, I, 1898.

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

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

Библиография. Литература, относящаяся к новому австрийскому процессуальному праву, сведена Шперлем и Груве¹.

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

Французская литература

Курсы

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

Наиболее обширный теоретический и практический курс.

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

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

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

Учебники

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

Garsonnet et César Bru, Voies d'exécution, 4 éd., 1907.

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

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

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

Комментарии

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

Обширный комментарий, выводы которого резюмированы Дютрюком в «Добавлении» с указанием изменений, которым они подверглись в позднейшей литературе и судебной практике.

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

Практические пособия

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

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

Библиография. Специального указателя французской литературы по гражданскому процессу нет. Она приводится в курсе Гарсоннэ,

в комментированных изданиях Устава и в общеюридических указателях книг¹.

Итальянская литература

Mattiolo, Trattato di diritto giudiziario civile italiano, 6 vol., 5 ed.

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

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

Chiovenda, Principi di diritto processuale civile, 1906.

Simoncelli, Lezioni di diritto giudiziario civile, 1905 (литорг.).

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

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

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

Cavalieri, Diritto giudiziario civile, 1905.

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

¹ Bibliographie générale et complète des livres de droit et de jurisprudence, 1911, Revue bibliographique des ouvrages de droit, de jurisprudence, d'économie politique etc. (ежемесячник, выходящий с 1894 г.).

ОТДЕЛ I

УСТРОЙСТВО ГРАЖДАНСКИХ СУДОВ¹

§ 7. ЗНАЧЕНИЕ СУДА

Хороший суд имеет неизмеримо великое значение для нормального развития государства. Он является опорой правового порядка; он проводит законы в жизнь; он восстанавливает нарушенные права и карает нарушителей; благодаря ему граждане могут спокойно пользоваться своим имуществом и плодами своих трудов.

«Судебная власть является органом законодательной, дает ей жизнь и приводит ее в осуществление; это она, доставляя правам более слабого торжество над притязаниями более сильного, обеспечивает как господ-

¹ *Бентам*, О судоустройстве, 1860; *Филиппов*, Судебная реформа в России, 2 т., 1871—1875; *Джанишиев*, Основы судебной реформы, 1891; *Он же*, Из эпохи великих реформ, 5-е изд., 1894, гл. 8—11; *Даневский*, По поводу предстоящей реформы нашего судоустройства, 1896; *Городисский*, Наши суды и судебные порядки по данным ревизии 1895 г. (Журн. М. Ю., 1901, № 2); *Михайловский*, Основные принципы организации уголовного суда, 1905; *Гессен*, Судебная реформа, 1905; *Малышев*, I, § 13—35; *Азаревич*, I, 110—338; *Гольмстен*, 28—90; *Энгельманн*, § 8—17; *Нефедьев*, § 25—55; *Фойницкий*, Курс уголовного судопроизводства, I, 3-е изд., 1902; *Тальберг*, Русское уголовное судопроизводство, I, 1889; *Случевский*, Учебник русского уголовного судопроизводства, 3-е изд., 1910.

Ch. Comte, Considérations sur le pouvoir judiciaire (перепеч. во 2-м томе соч. *Jeanvrot*, La magistrature, 1883); *Henrion de Pansey*, De l'autorité judiciaire dans les gouvernements monarchiques, 1810; *Meyer*, Esprit, origine et progrès des institutions judiciaires des principaux pays de l'Europe, I—VI, 1819—1823; *Bonnier*, Elements d'organisation judiciaire, 1853; *Bordeaux*, Philosophie de la procédure civile, 1857; *Lavielle*, Etudes sur la procédure civile, 1862; *Rousset*, La magistrature française et ses détracteurs, 1870; *Od. Barrot*, De l'organisation judiciaire en France, 1872; *J. Favre*, De la réforme judiciaire, 1877; *Jusserandot*, Du pouvoir judiciaire et de son organisation en France, 1878; *Engelhard*, La réforme de la magistrature, 1880; *Picot*, La réforme judiciaire en France, 1881; *Humbert*, Essai sur la réforme judiciaire, 1881; *Vavasseur*, Essai sur la réforme judiciaire, 1881; *Vraye*, La réforme judiciaire, 1882; *Jeanvrot*, La magistrature, I—II, 1882—1883; *Eslande*, Etude sur le recrutement de la magistrature, 1897; *Malepeyre*, La magistrature en France et projet de réforme, 1900; *Pépin*, Réforme de la magistrature civile et judiciaire, 1909; *Coumoul*, Traité du pouvoir judiciaire, de son rôle constitutionnel et de sa réforme organique, 2 éd., 1911; *Garsonnet*, Traité, I, 1 partie; *Boncenne*, I; *Boitard*, I, 3—78; *Glasson*, I, § 5—24.

ство закона, так и мир в среде граждан; это она образует политическую связь, клеймя нечестные поступки и удаляя из общества преступников, словом, это она — та покровительственная власть, которая внушает каждому мысль о своей безопасности и без которой человек, тревожась за свою свободу, за свое имущество, даже за свою жизнь, не станет заботиться о приобретении чего-либо, ибо не уверен в возможности сохранить это и будет считать себя чужестранцем в своем собственном отечестве»¹.

Следует даже признать справедливым изречение Платона, часто повторявшееся и другими, что лучше иметь хороших судей при плохих законах, чем, наоборот, хорошие законы при плохих судьях. Действительно, хороший судья, как верно пояснил мысль Платона Дюпэн, может, при известной свободе действий, сделать много добра, несмотря на плохие законы, тогда как плохой судья будет злоупотреблять и хорошими законами².

Мало того, примеры республиканского Рима и современной Англии показывают, что гражданско-правовой быт может нормально развиваться и при отсутствии или скудости кодифицированного права,

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

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

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

¹ *Henrion de Pansey*, 72—73.

² *Bordeaux*, 66. Такого мнения придерживались и составители Судебных уставов. В Основных положениях судоустройства говорится: «...удовлетворительное отправление правосудия зависит более от достоинства судей, чем от совершенства законов» (Суд. уст., изд. Госуд. Канц., 1866, III, с. XXXVI).

благодаря только творческой деятельности судей, стоящих на высоте своей задачи: в Риме источником права был преторский эдикт, в Англии им являются решения судов.

Без преувеличения можно поэтому сказать, что хороший суд — основа государственного строя (*justitia fundamentum regnorum*). Ясное осознание этой истины побудило Юма отметить относительно своего отечества, что «вся политическая система и каждый из ее органов — армия, флот, обе палаты — все это только средства к достижению одной-единственной цели — охранению свободы двенадцати верховных судей Англии»¹.

Ввиду своей важности для государства, отправление правосудия не может быть предоставлено частным лицам или обществам, а должно составлять и в настоящее время повсюду составляет прерогативу государственной власти, которая поручает выполнение этой функции особым органам. Всестороннее исследование их устройства составляет задачу той науки, которая изучает организацию и деятельность государственной власти вообще, т.е. науки государственного права². Наука же гражданского процесса может, не касаясь общих начал государственной службы, одинаково применимых ко всем должностным лицам, ограничиться рассмотрением тех особенностей, которые свойственны судебным учреждениям как субъектам гражданского процесса³.

§ 8. СИСТЕМА ГРАЖДАНСКИХ СУДОВ РОССИИ

Судебная функция осуществляется в современных государствах не одним лицом или учреждением, а целым рядом учреждений, носящих название *судов, судебных установлений и судебных мест*⁴. Каждому из них предоставлена известная более или менее значительная часть судебной власти, и деятельность каждого согласована с деятельностью

¹ Цит. в статье: *Duc de Noailles*, Le pouvoir judiciaire aux Etats-Unis (Rev. de 2 Mondes, 1888, t. 48, 598).

² *Laband*, Das Staatsrecht des deut. Reichs, 4. Aufl., III, 1901, 344—345. Судустройство излагается также в науке уголовного процесса, а так как организация гражданских и уголовных судов во многом одинакова, то труды по уголовному процессу имеют значение и для гражданского.

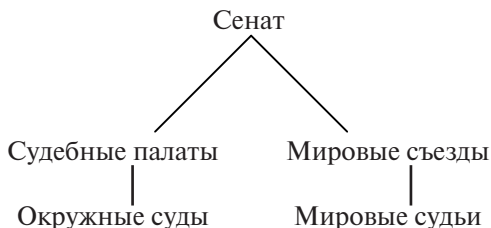
³ *Wach*, § 25, I.

⁴ В наших законах употребляются термины: «суды», а также «судебные установления» (Учрежд. суд. установл., ст. 2, 5, 9, 174 и др.) и «судебные места» (там же, ст. 8, 11, 123, 130, 137, 139, 141, 150 и др.). В литературе же более употребителен термин «судебные учреждения».

остальных. Поэтому гражданские суды любого государства образуют в своей совокупности одну систему.

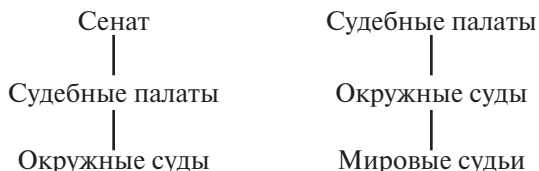
Существующая у нас в настоящее время система судов отличается чрезвычайной сложностью. Она образовалась из целого ряда разновременных наслоений.

I. Основную группу судов составляют судебные учреждения, созданные Судебными уставами 1864 г. Они подразделяются на *мировые*, разрешающие дела малоценные, и *общие*, к ведомству которых отнесены все остальные дела. Как в тех, так и в других имеются три *степени*, или *инстанции*: первой являются мировые судьи и окружные суды, второй — мировые съезды и судебные палаты, а третьей — Гражданский кассационный департамент Сената. Таким образом, система судов по Судебным уставам 1864 г. имеет следующий вид:



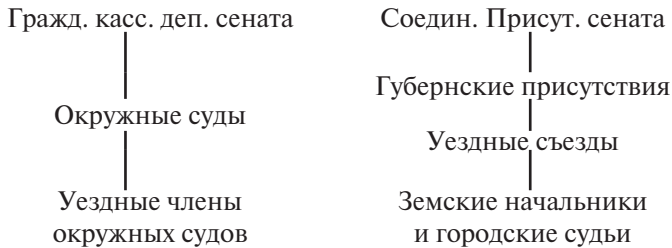
II. По такому же плану организованы судебные учреждения в Царстве Польском, с тою разницей, что низшая юрисдикция разделена между мировыми судьями (в городах) и гминными судами (в уездах), состоящими из гминных судей и заседателей (лавников).

III. При распространении действия Судебных уставов 1864 г. на Закавказье, Архангельскую губернию и азиатскую Россию первоначальная система судостроительства была изменена в том отношении, что второй инстанцией сделаны для мировых судей окружные суды, а третьей — судебные палаты (по отношению к Архангельской губернии остался третьей инстанцией Сенат), так что получилась в этих местностях двойственная система судебных учреждений (ст. 444, 461⁵, 612, 635, 659 Учр. суд. уст.):



IV. В 1889 г. институт мировых судей был упразднен во внутренних губерниях европейской России, а затем и в нескольких других. Вместо него введены судебно-административные учреждения, существующие в настоящее время в 43 губерниях.¹ Дела, предоставленные ведению мировых судей, распределены между земскими начальниками и городскими судьями, с одной стороны, и уездными членами окружных судов — с другой. Второй инстанцией для земских начальников и городских судей сделаны уездные съезды, образуемые из них же с участием почетных мировых судей, которые сохранены повсюду, а для уездных членов окружных судов — окружные суды. Третьей инстанцией являются для первых губернские присутствия, а для вторых — Гражданский кассационный департамент Сената. Кроме того, по усмотрению министра юстиции, дела из губернских присутствий могут быть переносимы в четвертую инстанцию — в Соединенное присутствие Первого и Гражданского кассационного департаментов Сената.

Схема судебных учреждений по Закону 1889 г.:



V. Общие, мировые и судебно-административные учреждения являются *обыкновенными*, или *нормальными*, судами в том смысле, что их власть распространяется на всех вообще граждан и на все гражданские дела, поскольку в законе не установлено каких-либо изъятий. Кроме

¹ Астраханской без г. Астрахани, Бессарабской без г. Кишинева и без Измаильского уезда, Виленской без г. Вильно, Витебской, Владимирской, Вологодской, Воронежской, Вятской, Гродненской, Екатеринославской, Казанской без г. Казани, Калужской, Ковенской, Костромской, Курской, Минской, Могилевской, Московской без г. Москвы, Нижегородской без Нижнего Новгорода, Новгородской, Олонецкой, Оренбургской, Орловской, Пензенской, Пермской, Полтавской, Псковской, Рязанской, Самарской, Санкт-Петербургской без г. Петербурга и уезда, Саратовской без г. Саратова, Симбирской, Смоленской, Ставропольской, Таврической, Тамбовской, Тверской, Тульской, Уфимской, Харьковской без г. Харькова, Херсонской без г. Одессы, Черниговской и Ярославской.

этих обыкновенных судов, существуют еще *специальные*, или *особенные*, которые введены для определенных категорий лиц и для определенных разрядов дел, как, например, для крестьян, для торговых дел и т.д. К числу таких специальных судов у нас принадлежат: коммерческие, духовные, волостные, гминные, инородческие.

Коммерческие суды, существующие в столицах и Одессе, имеют только одну высшую инстанцию: Судебный департамент Сената. Варшавский же коммерческий суд приравнен к окружным и подчинен варшавской судебной палате и Гражданскому кассационному департаменту Сената.

Духовные суды для лиц различных вероисповеданий различны¹. Для православных духовными судами являются духовные консистории, архиереи и Синод.

Волостные суды, учрежденные для разбора гражданских дел между лицами, принадлежащими к сельскому населению, организованы не одинаково. В местностях, где введены земские начальники, второй инстанцией для волостных судов служат уездные съезды, а третьей — губернские присутствия; в Прибалтийских губерниях они подчинены верхним крестьянским судам в качестве второй инстанции и мировым съездам — в качестве третьей²; в прочих местностях они подчинены учреждениям, заведующим крестьянскими делами (уездным съездам мировых посредников, где они сохранились, съездам крестьянских начальников, губернским по крестьянским делам присутствиям и т.д.)³.

Гминные суды заменяют собою волостные в Царстве Польском. Второй инстанцией служат для них мировые съезды, а третьей — Сенат⁴.

Станичные суды существуют в казачьих станицах⁵.

Инородческие суды различных типов сохранились у кавказских горцев, кочевых и бродячих инородцев Сибири, самоедов Архангельской губернии и других инородцев азиатской России⁶.

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

² Волостн. суд. уст. Прибалт. губ., кн. I, ст. 27, 43.

³ Общ. полож. о крест., ст. 174—176; Пол. об уст., зав. крест. дел., ст. 244, 245, 384, 488, 489 и др.

⁴ Учр. суд. устан., ст. 462 и сл.

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

⁶ Уст. гражд. суд., ст. 1463, п. 2; ст. 2099, 2122, 2152, п. 2; Полож. об инородц. (Св. зак., т. II, изд. 1892 г.), ст. 75 и сл., 277 и сл., 429 и сл.; Учрежд. управл. Кавказ. края, ст. 220, прим.; Полож. об управл. Туркест., ст. 118, 211; Полож. об управл. степн. обл., ст. 107 и сл. Обзор всех (12) типов низших судов сделан в брошюре: *Аничков*, Мировой суд и преобразование низших судов, 1907.

VI. Часть гражданской юрисдикции предоставлена некоторым административным чиновникам в азиатской России, а именно крестьянским, пограничным и инородческим начальникам¹.

VII. Самостоятельная система судов существует в Финляндии: ра-туши (первая инстанция), гофраты (вторая) и судебный департамент финляндского сената (третья)².

§ 9. ГРАЖДАНСКИЕ СУДЫ ИНОСТРАННЫХ ГОСУДАРСТВ

Системы гражданских судов важнейших континентальных государств Западной Европы схожи с тою, какая была введена у нас Судебными уставами 1864 г. Во Франции, в Германии и Австрии судами первой инстанции являются: 1) для дел малоценных и требующих быстрого разрешения — единоличные судьи, называемые во Франции мировыми (*juges de paix*), а в Германии и Австрии — участковыми (*Amtsrichter*, *Bezirksrichter*) и 2) для прочих дел — коллегиальные суды первой инстанции — во Франции именуемые просто судами (*tribunaux*), в Германии — земскими судами (*Landgerichte*), в Австрии в главных городах — земскими (*Landesgerichte*), а в остальных — окружными (*Kreisgerichte*).

Второй инстанцией служат для единоличных судей коллегиальные суды первой инстанции, а для коллегиальных судов первой инстанции — коллегиальные же суды второй инстанции, носящие название во Франции апелляционных судов (*cours d'appel*), а в Германии и Австрии — высших земских (*Oberlandesgerichte*).

Вершину судебной иерархии занимает в каждом из этих государств высший суд: во Франции — Кассационный (*cour de cassation*), в Германии — Имперский (*Reichsgericht*), в Австрии — Верховный (*oberster Gerichtshof*). Компетенция этих судов распространяется на всю территорию данного государства³. Разница состоит в том, что во Франции и в Австрии высшие суды (Кассационный и Верховный) являются

¹ Уст. гражд. суд., ст. 2152, п. 3; ст. 2122, п. 3; Полож. об устан., зав. крест. дел., ст. 440—442.

² Шиловский, О судебной системе Финляндии (Рус. Вести, 1903, № 8, 559—561).

³ Только германский Имперский суд составляет некоторое исключение. Дело в том, что при судебной реформе 1877 г. было предоставлено союзным государствам, обладающим несколькими апелляционными судами, право иметь собственный суд третьей инстанции. Этим разрешением воспользовалось баварское правительство, так что третьей инстанцией для баварских судов является Мюнхенский верховный земский суд. Однако при введении общегерманского Гражданского уложения 1900 г. все дела, основанные

третьей инстанцией как для коллегиальных, так и для единоличных судов, тогда как в Германии — только для коллегиальных.

По французскому образцу организованы суды в Бельгии, Италии, Испании и Португалии — с некоторыми отличиями в деталях.

Так, в Италии единоличные судьи разделяются на две категории: на преторов (*pretori*), соответствующих французским мировым судьям, и на собственно мировых (*giudici conciliatori*), решающих мелкие дела (до 100 лир) и являющихся третейскими судьями, по желанию тяжущихся, в остальных делах. Кроме того, в Италии не один, а пять кассационных судов (в Риме, Турине, во Флоренции, в Неаполе, Палермо).

В Испании роль мировых судей исполняют «муниципальные», избираемые общинами. Их должность считается общественной повинностью; они служат без жалования, но получают гонорар по таксе. Другая особенность испанского судоустройства та, что все суды первой инстанции единоличны.

Кроме общегражданских судов, в западноевропейских государствах существуют и некоторые специальные. Меньше всего их во Франции, судоустройство которой отличается наибольшей простотой и единством. Здесь имеются лишь коммерческие суды для торговых дел и третейские суды (*les conseils de prud'hommes*) для рассмотрения споров, возникающих из договора личного найма в области промышленности и торговли. Но и коммерческие, и третейские суды приобщены к системе общих судов благодаря тому, что второй инстанцией служат для коммерческих судов — апелляционные суды, а для третейских — суды первой инстанции.

В Германии наряду с общими судами действуют промышленные суды (*Gewerbegerichte*) для разбора споров между рабочими и хозяевами в области промышленности, а также между рабочими одного хозяина; купеческие суды (*Kaufmannsgerichte*) для разбора споров, вытекающих из договоров личного найма или обучения между купцами и их приказчиками или учениками; третейские суды для разрешения споров, возникающих из страхования рабочих от несчастных случаев (*Schiedsgerichte für Arbeiterversicherung*), и в некоторых местностях еще остатки старинных общинных судов (*Gemeindeggerichte*), а также специальные суды для разбора исков к главам немецких государств и членам их семейств. Апелляционной инстанцией для промышленных и купеческих судов являются общие суды первой инстанции. Третейские же суды сами

на постановлениях этого Уложения, были отнесены к компетенции Имперского суда, так что в настоящее время ведомство Мюнхенского суда сведено до минимума (*Schmidt*, 197).

представляют собою вторую инстанцию для правлений страховых учреждений. Личный состав промышленных, купеческих и третейских судов одинаков: постоянный председатель и два выборных заседателя, из коих один от рабочих или наемных служащих, а другой — от работодателей или купцов. Особых коммерческих судов в Германии нет. Для разбора торговых дел образованы торговые отделения в земских судах.

В Австрии существуют как коммерческие суды, так и коммерческие и горные отделения в окружных судах для рассмотрения специальных процессов, касающихся области торговли и горного дела. Законом 1896 г. введены промышленные суды (*Gewerbegerichte*), по образцу французских третейских судов, для разрешения споров между работодателями и рабочими, а также среди самих рабочих. Они состоят из постоянного председателя с юридическим образованием, назначаемого министром юстиции, и из заседателей в числе не менее 10, избираемых на четыре года, поровну со стороны работодателей и рабочих. Апелляционной инстанцией служат окружные суды.

Кроме того, в Австрии сохранился особый суд (*Obersthofmarschallamt*), состоящий под председательством директора обергофмаршальской канцелярии из четырех членов Венского окружного суда и рассматривающий иски к членам императорской фамилии и некоторым другим пользующимся привилегированной подсудностью лицам. Решения этого суда подлежат обжалованию в общие суды второй и третьей инстанций.

В Швейцарии судоустройство еще не получило полного объединения: система судов не во всех кантонах одинакова. Низшей инстанцией являются по большей части мировые суды (в некоторых кантонах единоличные, в других коллегиальные); затем повсюду существуют окружные апелляционные суды, а в пяти кантонах — самостоятельные кассационные суды. Объединяющим до некоторой степени звеном служит Высший союзный суд, являющийся для некоторых дел второй инстанцией, а для других — третьей. Он состоит из 19 избираемых на шесть лет членов.

Судоустройство Англии отличается своеобразным характером. Первой инстанцией для разбора гражданских дел служат суды графств (*county courts*) и так называемый Высший суд в Лондоне (*High Court*), которому подведомственны дела, выходящие за пределы компетенции судов графств. Он является также второй инстанцией для судов графств и состоит из трех отделений: Канцлерского суда, Суда королевской скамьи и Отделения разводов, завещаний и морских дел. Вторую инстанцию для Высшего суда составляет Апелляционный суд, который

состоит из лорда-канцлера, председателей второго и третьего отделений Высшего суда и нескольких судей. Третья инстанция — суд Палаты лордов, образуемый из лорда-канцлера и нескольких лордов-судей.

Еще сложнее и разнообразнее судебная система Соединенных Штатов Америки. Туземные суды распадаются на две группы: на суды союзные (федеральные) и суды отдельных штатов. Эти две группы судов отчасти действуют самостоятельно и независимо друг от друга, отчасти же связаны таким образом, что первые подчинены вторым. Во главе союзных судов стоит Верховный федеральный суд в Вашингтоне, низшую инстанцию образуют уездные суды, а среднюю — окружные. Кроме того, существует Высший федеральный суд в Колумбийском округе и особые суды для территорий, находящихся в непосредственном заведовании союзного правительства. Судебные системы в отдельных штатах не одинаковы. В большинстве имеются мировые судьи, суды графств, высшие суды, апелляционные суды и верховные суды штатов.

§ 10. Задачи РАЦИОНАЛЬНОГО СУДОУСТРОЙСТВА

Существование судов вызвано необходимостью конкретизировать абстрактные нормы права для применения к частным случаям. Суды являются, таким образом, посредниками между законом и жизнью, посредниками, необходимыми потому, что законы не могут применять самих себя. Устами судей гласит закон. «Судья, — говорит Иеринг, — должен быть, так сказать, воплощенным, говорящим законом. Если бы справедливость могла спуститься с неба и начертать законы столь ясно, точно и подробно, чтобы применение их стало просто работой по шаблону, то ничего более совершенного нельзя было бы придумать для отправления правосудия: на земле возникло бы идеальное царство справедливости»¹.

Но справедливость с неба не сходит; отношения между людьми определяются законами, не всегда удовлетворительно написанными; фактические обстоятельства каждого отдельного случая тоже зачастую нелегко установить; вследствие всего этого задача проведения законов в жизнь является весьма трудной, сложной и требует от судей целого ряда специальных качеств.

1. Первое и главное качество хорошего судьи — это беспристрастие. Судья, будучи олицетворением закона, должен быть беспристрастен

¹ *Ihering, Zweck im Recht*, I, 1884, 387—389.

и нелицеприятен, как абстрактная формула права. Судьи, согласно тексту судебской присяги, обязаны «исполнять свято законы Империи и творить суд по чистой совести, без всякого в чью-либо пользу лицепрятия» (прил. IV к ст. 225 Учр. суд. уст.).

2. Чтобы быть хорошим судьей, нужно получить надлежащую юридическую подготовку, которая дается только высшим, специальным образованием. При современном развитии культуры, когда во всех отраслях деятельности широко применяется разделение труда, когда в области искусств, наук и техники господствует специализация и для успешного занятия ими требуется специальная подготовка, знание и применение на практике законов не могут составлять исключения и быть доступными каждому человеку, хотя бы и получившему достаточное общее образование¹. В законах проводятся начала права, разрабатываемые юридическими науками, из коих некоторые существуют уже сотни лет и имеют огромную литературу. Иная статья современного Гражданского кодекса представляет собою результат многовековой юридической эволюции² или отражение борьбы теоретических взглядов более или менее отдаленного прошлого. Другие нормы, напротив, не имея корней в прошлом, являются выражением прогрессивных стремлений законодательства в области экономических или каких-либо иных социальных отношений. Правильное понимание всех таких норм того и другого рода невозможно без предварительного историко-юридического образования³.

Далее, изучение юридических наук необходимо еще и потому, что оно приучает к правильному мышлению, к юридическому анализу; развивает способность находить в каждой юридической норме проявление общих начал права, отделять существенные элементы от случай-

¹ Ulrich, 156–157.

² Brütt, Die Kunst der Rechtsanwendung, 1907, 161: «Основные понятия вроде просрочки, невозможности, юридического основания и др. не являются продуктом умственной деятельности одного лица. Напротив, они представляют собою результат более 1000-летнего юридического опыта человечества в самой сконцентрированной форме».

³ Насколько необходимо юридическое образование для судьи даже при разрешении уголовных дел, более доступных пониманию и суждению лиц без специальной подготовки, видно из следующего примера. В военных судах, где заседают обыкновенные строевые офицеры из 2000 дел было решено правильно всего 5%, в остальных же 95% были допущены существенные нарушения уголовных законов и правил производства (Шереметевский, О полковых судах (Юрид. летоп., 1891, № 6, 441), цит. Джанишевым, Закон и справедливость на новом суде и у земских начальников (Рус. мысль, 1893, № 5, 96)).

ных и побочных и приводить отдельные постановления закона в связь с общей системой права¹.

Кроме всего этого юридическое образование имеет важное значение еще и в другом отношении. Применяя закон, судья может в известной степени проявлять творческую деятельность, именно когда ему приходится пополнять пробелы в законах, при разрешении случаев прямо ими не предусмотренных, или толковать двусмысленные постановления, допускающие различные способы понимания. Здесь он получает возможность проводить свои юридические воззрения, свои идеалы. Выработать же такие воззрения и идеалы можно только теоретическим изучением права².

3. Но теоретическое изучение юриспруденции само по себе тоже недостаточно для судьи: он должен обладать и практической подготовкой к своей деятельности. Судья, не прошедший практической школы, подобен врачу, не работавшему предварительно в клинике; тот и другой будут оканчивать свое образование за счет обращающихся к ним за юридической и медицинской помощью лиц, и этим лицам придется расплачиваться за их ошибки³.

4. Помимо знания права, помимо теоретической и практической подготовки в специальной области правоповедения судья должен еще

¹ Михайловский, 148: «Для практика-рутинера каждое явление представляется изолированным; научно образованный юрист сейчас находит ему надлежащее место в общей системе; пред каждым новым случаем, ранее не встречавшимся, практик-рутинер становится в тупик, научно-образованный юрист отбросит несущественные черты явления, откроет его юридическую сущность и поставит его в связь с системой; практик-рутинер придет в ужас, если на каком-нибудь акте не сделано указанной в законе отметки, научно-образованный юрист сумеет отличить пустую формалистику, потерявшую всякий смысл, от существенных форм, представляющих собою необходимые гарантии; для практика-рутинера высшим авторитетом всегда будет прецедент, как бы нелеп он ни был, юрист-теоретик сознательно отнесется к прецеденту и сумеет извлечь из него действительно ценное».

² «Многолетнее изучение в учебном заведении науки, в правильном, систематическом виде, может не только обогатить человека основательными теоретическими познаниями права, но вместе с тем создать в душе его идеал этого права, идеал, к которому направлены все прогрессивные стремления человечества. Прилагая потом право к жизни, теоретик невольно и почти бессознательно проводит идеал в жизнь и, таким образом, теория становится практикою, наука становится жизнью» (Филиппов, I, 212).

³ *Vavas seur*, 49—50: «Знание науки еще не создает судьи; свежееиспеченный доктор прав, сойдя со школьной скамьи, не приобретает за одну ночь качеств хорошего судьи. Отвлеченная наука должна быть оплодотворена профессиональной практикой; иначе она рискует создать, по выражению Жюль Фавра, только касту мандаринов, очень сильную, быть может, в метафизике права, но неспособную разбираться в запутанных столкновениях частных интересов».

знать те жизненные отношения, которые определяются нормами права. А эти нормы охватывают все, касаются всех сторон жизни, всех проявлений человеческой жизни и деятельности. Семья и брак, наука и искусство, торговля и промышленность, земледелие и ремесла — все это нормируется правом, и в каждой из этих областей возникают споры, разрешение которых составляет обязанность судьи. Чтобы выполнять свою задачу с успехом, ему необходимо обладать широким общим образованием. Конечно, знать всего, всех наук, искусств и прочих отраслей человеческой деятельности он не в состоянии, да это и не нужно, так как для разрешения специальных вопросов судья может обратиться за помощью к экспертам-специалистам. Но для того, чтобы правильно ставить эти вопросы, сознательно относиться к заключению экспертов и давать ему правильную оценку, он должен быть достаточно образованным человеком¹. «При отсутствии общего образования деятельность судьи по необходимости приобретает механический характер. Он становится ремесленником, который применяет ко всему, с чем ему приходится иметь дело, заученные приемы, и все разнообразие жизни измеряет масштабом своих формуляров и параграфов»².

5. Не менее важно для судьи обладать житейским опытом, знать обыденную жизнь, бытовую обстановку, среди которой живут обращающиеся к его помощи лица, знать людей, понимать мотивы, которыми обуславливаются человеческие поступки. Иначе он не в состоянии ни установить правильно всех конкретных обстоятельств разбираемых дел, ни дать надлежащей оценки заявлениям тяжущихся и показаниям свидетелей, нередко противоречащим одно другому. Поэтому хорошим судьей может быть только зрелый, искушенный жизнью человек³.

6. В качестве представителей государственной власти судьи обладают известным внешним авторитетом. Но весьма важно, чтобы они

¹ *Zacharias*, 131 ff.; *Bozi*, 13–14; *Филиппов*, I, 210–211.

² *Schellhas*, 59. Ср. *Malpeyre*, 231, 232.

³ *Ch. Comte*, 66–67. «Ни одна наука, — говорит этот автор, — не усваивается так долго и с таким трудом, как правоведение. Случалось, что люди 20–24 лет отличались на поприще искусств, математики, физических наук. Но если бы кто-нибудь вздумал заговорить об ученом юрисконсульте 25 лет, то он вызвал бы лишь улыбку сожаления. В этой науке выражение «молодой ученый», часто применяющееся в других науках, совершенно не употребляется: оно было бы смешным. Трудность усвоения правоведения зависит не только от того, что оно менее закончено, чем другие науки, и что оно обнимает большее количество предметов, но главным образом от того, что оно требует верного от природы суждения, такта или чувства справедливости, а также понятий, которые даются только возрастом и долгим опытом». Ср.: *Favre*, 47; *Vavasseur*, 49–50; *Pépin*, 68–69; *Zacharias*, 17 ff.

пользовались в глазах населения и внутренним авторитетом, т.е. чтобы граждане относились с полным доверием к ним ввиду их личных качеств, «ибо уважение народа к своим законам и судьям — самая верная гарантия его послушания и прочности общественного порядка»¹. Для этого судьи должны быть безупречны в нравственном отношении. Их репутация не должна быть ничем запятнана. Граждане не могут относиться с уважением к судье и с доверием к его решениям, если им известно, что он был осужден раньше за какой-либо проступок, являющийся в глазах общества предосудительным. Независимость и честность судей должны стоять выше всяких подозрений. «Когда мне нужно назначить судью, — сказал лорд Линдгорст, — я ищу джентльмена», и этому правилу, строго соблюдаемому в Англии, обязан судейский персонал своим высоким нравственным уровнем².

Итак, беспристрастие, общее и специальное юридическое как теоретическое, так и практическое образование, житейский опыт и безупречная нравственность, — вот те качества, которыми должен обладать каждый судья, чтобы быть на высоте своего призвания. Обеспечить наличность этих качеств у судей — задача судоустройства. Закон должен, во-1-х, допускать к исполнению судейских обязанностей только лиц, обладающих указанными качествами, и, во-2-х, обставить их в служебном отношении так, чтобы они могли беспрепятственно и безбоязненно проявлять эти качества. Другими словами, закон должен установить целесообразный способ комплектования судейского персонала и поставить судей в надлежащее служебное положение³.

§ 11. ПОДГОТОВКА К СУДЕЙСКИМ ДОЛЖНОСТЯМ В ИНОСТРАННЫХ ГОСУДАРСТВАХ⁴

Вопрос о комплектовании личного состава судов складывается из двух вопросов: 1) кем могут быть замещаемы судейские должности и 2) ка-

¹ *Henrion de Pancey*, 73.

² *Franqueville*, *La système judiciaire de la Grande Bretagne*, I, 1893, 369—370.

³ *Мухайловский*, 64. К этим требованиям обыкновенно присоединяют еще два: чтобы судьи не страдали физическими недостатками или душевными болезнями, мешающими им исполнять свои обязанности, и чтобы они были подданными того государства, где служат. Но то и другое требуется от всех вообще лиц, поступающих на государственную службу, и не представляет собою ничего необходимого исключительно для судей.

⁴ *Zitelmann*, *Die Vorbildung der Juristen*, 1909; *Ausbildung und Fortbildung der Richter*, Bericht über die Verhandlungen d. 2. preuss. Richtertages, 1910; *Hellwig*, *Die Vorbildung der Juristen* (Zt. Zp. 40 B.); Grueber, *Die Vorbildung der Juristen und ihre Reform*, 1910; *Waller*,

ким образом должно происходить замещение? Первый вопрос касается подготовки судебных деятелей, второй — способа замещения судебных должностей.

Разрешение первого вопроса не представляет особых трудностей. Если для правильного отправления правосудия необходимо, чтобы судьи обладали известными качествами, то само собою понятно, что на судебские должности могут быть назначаемы только такие лица, которые эти качества действительно имеют. Это положение является общепризнанным и проводится с большею или меньшею последовательностью законодательствами почти всех важнейших государств Европы. Повсюду от кандидатов в судьи требуется достижение известного возраста (не ниже 24—25 лет), свидетельствующего о некоторой житейской опытности, обладание нравственным цензом, выражающимся в том, что кандидат в судьи не подвергался позорящим наказаниям, не совершал предосудительных поступков и не занимается такими отраслями деятельности, которые признаются несовместимыми с судебской должностью, и обладание умственным цензом, состоящим в специальной подготовке к исполнению судебных обязанностей. Различие между законодательствами отдельных государств касается преимущественно системы этой специальной подготовки.

В Германии для приобретения права быть назначенным на должность судьи нужно пройти трехгодичный курс юридических наук в университете, причем не менее половины этого времени должно быть проведено в одном из германских университетов; выдержать первый государственный экзамен, затем не менее трех лет прослужить в судебном ведомстве или заниматься у адвоката и, наконец, выдержать второй экзамен. От экзаменов и службы избавлены штатные преподаватели юридических наук в германских университетах¹. В некоторых германских государствах срок практической подготовки удлинен (в Пруссии — до 4 лет, в Бадене, Брауншвейге, Мекленбурге и др. — до 3½ года); в других требуется более продолжительное пребывание в университете (в Бадене, Вюртемберге, Гессене — 3½ года). Состав испытательных комитетов и порядок производства экзаменов определе-

Rechtsstudium und Referendariat, 1910; *Gerland*, Die Reform des juristischen Studiums, 1911; *Vierhaus*, Ueber den praktischen Vorbereitungsdienst (Zt. Zp. 41 В.); *Абрашкевич*, О подготовке судебных деятелей в Пруссии (Вестн. права, 1900, № 9); *Eslande*, passim; *Ulrich*, pass.; *Piola-Caselli*, pass.; *Kade*, Der deutsche Richter, 1910, pass.

¹ Уст. судоустр., § 2—5.

ны в каждом государстве особыми правилами¹. По выдержании второго экзамена кандидат получает звание ассессора и право получить низшую судейскую должность. Но назначение зависит от усмотрения министра юстиции, который руководствуется доставляемыми ему председателями подлежащих судов сведениями о личных способностях и нравственных качествах кандидатов². Недостатками этой системы являются, по признанию немецких писателей, материальная необеспеченность кандидатов, слишком долгий срок подготовительной службы без определенного вознаграждения (до назначения на штатную должность проходит от 6 до 9 лет) и недостаточность теоретической подготовки, получаемой в университетах³. Сюда нужно прибавить еще полный произвол министра юстиции при назначении на судейские должности.

В Австрии имеют право на занятие судейских должностей: 1) штатные преподаватели юридических наук в австрийских университетах; 2) лица, выдержавшие адвокатский экзамен, и 3) лица, выдержавшие судейский экзамен. К судейскому экзамену допускаются лица, прошедшие курс юридических наук в университете, выдержавшие установленные теоретические экзамены и отбывшие трехлетнюю подготовительную службу при судах, прокуратуре, а отчасти при финансовой прокуратуре или в канцелярии адвоката. Надзор за кандидатами, именуемыми аускультантами, лежит на председателях коллегияльных судов первой инстанции. При судах устраиваются курсы для кандидатов, чтобы приучить их к научной разработке практических вопросов и содействовать их теоретическому образованию. Судейский экзамен происходит в комиссии из председателя,

¹ *Kade*, 99 ff.

² *Schmidt*, § 35, II; *Kade*, 107, 125, 208, 217 ff., 255.

³ *Абрашкевич*, 97 и сл.; *Bericht üb. Verh.*, 15 ff., 36 ff., 48 ff.; *Adickes*, *Zur Verständigung*, 100 ff.; *Waller*, 21 ff.; *Vierhaus*, 263 ff.; *Hellwig*, 519 ff.; *Zitelmann*, I. c. В немецкой литературе предлагаются разные способы устранения этих недостатков. Между прочим, проф. Цительман выступил с проектом разделить теоретическую и практическую подготовку на четыре стадии так, чтобы после полуторогодичного пребывания в университете и выдержания экзамена, студенты отбывали двухлетнюю практическую подготовку при судебных и административных учреждениях, затем возвращались в университет, в течение двух с половиной лет проходили специально отдельные юридические науки и, наконец, после годичной практической подготовки допускались к экзамену на судейские должности. По поводу этого оригинального проекта нельзя не заметить, что студент-юрист, прослушавший лекции только по общим вопросам правоведения, столь же мало подготовлен к сознательному ознакомлению с практикой, как и студент-медик, допущенный к занятиям в больнице после полуторогодичного пребывания в университете. Практическая подготовка неизбежно превратится в механическое исполнение чужих указаний и канцелярскую работу (*Hellwig*, 522; *Grueber*, 9—10).

товарища председателя суда второй инстанции, комиссаров, назначаемых министром юстиции из числа судей, прокуроров, адвокатов, профессоров, если в месте нахождения апелляционного суда второй инстанции имеется университет, и других сведущих лиц. Устный экзамен производится пятью членами комиссии, из коих председатель и один член должны принадлежать к судебному ведомству, а один — к адвокатской корпорации. Письменный экзамен состоит в изготовлении научной работы на дому и двух работ по гражданскому и уголовному праву в помещении комиссии. Предметами испытания являются не только гражданское и уголовное право, но и необходимые для отправления судебских обязанностей отделы государственного, административного и финансового права¹. Выдержавшие этот экзамен не назначаются судьями сразу, а проходят еще несколько промежуточных низших должностей: помощников судей, заместителей прокуроров и др.²

Во Франции для назначения помощником судьи или членом суда первой инстанции необходимо: 1) обладать дипломом лицензиата прав (соответствующим нашему диплому второй степени); 2) заниматься судебной практикой в течение двух лет при апелляционном суде или в качестве помощника адвоката и 3) выдержать конкурсный экзамен, письменный и устный, в комиссии, состоящей под председательством члена Кассационного суда из директора Министерства юстиции, двух членов апелляционного суда и одного члена Парижского суда первой инстанции³. Для того чтобы быть допущенным к экзамену, нужно выполнить еще одно особое условие: провести год в практических занятиях при Министерстве юстиции или прокурорском надзоре кассационного, апелляционного или окружного суда, либо же заниматься два года в конторе поверенного. Кроме того, о каждом желающем подвергнуться экзамену старший председатель суда того округа, где он отбывал подготовку, делает специальный доклад на основании собранных о нем сведений министру юстиции, от которого зависит допустить его или не допустить к экзамену. Испытательная комиссия имеет право указать пять наиболее выдающихся кандидатов для немедленного назначения

¹ Закон об учреждении судов от 27 ноября 1896 г., ст. 4—17.

² *Schrutka von Rechtenstamm*, Die Stellung des Richters, 78.

³ Излагаемый порядок назначения на судебские должности установлен во Франции Законом от 13 февраля 1908 г. До издания этого Закона от кандидатов на судебные должности требовались только диплом лицензиата и двухлетняя практика при апелляционном суде в качестве адвоката (*Garsonnet*, Précis, No. 36, 37).

на должности помощников судей или членов суда первой инстанции. Прочие выдержавшие экзамен назначаются на места помощников судей или причисляются к министерству с тем, что после двух лет занятий 10 из них, внесенные в список достойных повышения, могут быть назначены членами суда или помощниками судей. Но министр юстиции пользуется правом замещать часть вакантных должностей другими лицами, предшествующая деятельность которых делает излишними экзамен и практическую подготовку, каковы: члены Государственного Совета, профессора и доценты юридических наук (последние по истечении трех лет преподавания), бывшие члены судов, мировые судьи, имеющие диплом лиценциата прав, после двухлетнего исполнения судейских обязанностей, секретари судов, поверенные после 10 лет практики и некоторые другие¹. Для назначения мировым судьей конкурсный экзамен не требуется, да и другие условия облегчены: диплом лиценциата прав может быть заменен дипломом бакалавра или свидетельством о знании права, но в таких случаях срок практической подготовки должен быть дольше. От практической подготовки избавлены бывшие мировые судьи, а от представления диплома — мэры, члены коммерческих судов, помощники мировых судей, нотариусы, советники префектуры и некоторые другие лица, занимавшиеся не менее 10 лет такой деятельностью, что могли приобрести знание законов².

В Италии для принятия в число кандидатов на судебные должности необходимо прослушать курс юридических наук в университете и выдержать конкурсный экзамен, производимый ежегодно в Риме, в испытательной комиссии, состоящей из семи членов, которые избираются министром юстиции из числа судей апелляционных судов и Римского кассационного суда, профессоров юридического факультета и практикующих адвокатов. Выдержавшие устный и письменный экзамены вносятся в список в порядке, определяемом общей суммой полученных каждым отметок. В таком же порядке они и назначаются министром юстиции на места кандидатов. Занятия кандидатов состоят в посещении судебных заседаний и исполнении работ, поручаемых им судьями и прокурорами, к которым они прикомандированы. Через полгода кандидаты могут быть командированы министром юстиции для исполнения прокурорских обязанностей в низших судах (претурах) и разбора мелких

¹ Нельзя не признать, что перечень этих изъятий слишком длинен (*Coumoul*, 420—421).

² По Закону 1905 г. (*Garsonnet*, No. 37-2).

уголовных дел в городских преторских участках. По истечении года подготовки кандидат может быть назначен судебским помощником, если будет признан годным к исполнению судебных обязанностей советом суда первой инстанции, состоящим из председателя суда, прокурора и двух членов суда. Этот совет составляет ежегодно список судебных помощников своего округа по степени их достоинства, определяемого по способностям, знаниям, деятельности и поведению каждого из них. Согласно этому списку по порядку старшинства замещаются $\frac{3}{5}$ открывшихся вакансий должностей члена суда первой инстанции или товарища прокурора по представлении советом апелляционного суда заключения относительно возможности такого повышения данного лица с указанием, следует ли его назначить по судебной магистратуре или прокурорскому надзору. Остальные $\frac{2}{5}$ вакансий замещаются по конкурсному экзамену, к которому допускаются судебские помощники, исполнявшие свои обязанности не менее трех лет и удостоенные благоприятного отзыва со стороны совета суда первой инстанции¹.

Сходная система существует в Испании с 1870 г. Начальные должности судебного ведомства замещаются лицами, имеющими степень лиценциата прав, выдержавшими конкурсный экзамен и отбывшими практическую подготовку при судах. Замещение должностей, а также и повышение по службе производятся главным образом на основании конкурсных списков, где кандидаты располагаются по полученным отметкам, степени подготовки и старшинству службы².

Английское законодательство не содержит в себе столь подробных постановлений относительно условий, которым должны удовлетворять

¹ Этот порядок введен в Италии законом 1907 г., переведенным в статье проф. Люблинского, Реформа судебного строя в Италии (Журн. М. Ю., 1908, № 2, 256 и сл.). Раньше в Италии действовал закон 1890 г., согласно которому лица, стремящиеся к судебской карьере, должны были выдержать конкурсный экзамен, по окончании университета, на степень кандидата, заниматься практикой при судах от полутора до четырех лет, выдержать второй, практический, экзамен на степень судебного помощника и по истечении двух лет службы получали право на занятие должности судьи. Назначение происходило так: $\frac{2}{3}$ судей назначались по старшинству и качеству службы, а $\frac{1}{3}$ по конкурсному экзамену. Списки кандидатов представлялись министру юстиции комиссией из семи судей и двух прокуроров Римского кассационного суда, которая распределяла кандидатов по трем разрядам: 1) хороших, 2) отличных и 3) выдающихся (*Завадский*, Кандидаты на судебные должности в Италии (Журн. М. Ю., 1896, № 6); *Piola-Caselli*, 282–292).

² Порядок замещения судебных должностей определен в Испании законами 1879 и 1882 гг. (*Муравьев*, Новое судостроительство Испании (Юр. вестн., 1879, № 7); *Piola-Caselli*, 205–206).

лица, назначаемые судьями. Но по искони установившемуся обычаю все судейские должности, кроме должностей мировых судей, не имеющих гражданской юрисдикции, замещаются адвокатами, которые практиковали в течение определенного минимального срока (7, 10, 15 лет, смотря по важности должностей) и приобрели почетную известность¹.

В Бельгии от кандидатов в судьи требуется университетское образование и практическая подготовка, продолжительность которой тоже соразмеряется с важностью должностей (от 2 до 10 лет)². В Голландии считается по закону достаточным для назначения на должность судьи диплом доктора прав (аналогичный нашему диплому доктора медицины), но обыкновенно кандидаты предварительно занимаются судебной практикой в качестве помощников судей, секретарей, адвокатов и т.д.³

Совершенно особое положение занимают в вопросе о требуемых от судей качествах две демократические республики, где в широких размерах применяется система избрания судей населением и общеполитическими представительными учреждениями: Швейцария и Соединенные Штаты Америки. Только в некоторых кантонах и штатах установлены определенные требования касательно возраста, специальной подготовки, религиозности (не допускаются в судьи атеисты), пола, светского звания; но в большинстве случаев как в союзные судьи, так и в судьи штатов и кантонов могут быть избираемы все пользующиеся политическими правами граждане⁴.

§ 12. Подготовка к судейским должностям в России⁵

Нашим действующим законодательством установлены неодинаковые требования для замещения различных категорий судейских

¹ *Eslande*, 85.

² *Eslande*, 245—246; *Piola-Caselli*, 197.

³ *Waller*, 17—18.

⁴ *Ulrich*, 35, 50, 72, 122—123.

⁵ *Муравьев*, Кандидаты на судебные должности, 1886; *Хрулев*, Кандидаты на должности по судебному ведомству (Журн. гражд. пр., 1891, № 4); Совещание старших председателей и прокуроров судебных палат по вопросу о кандидатах на должности по судебному ведомству (Журн. М. Ю., 1895, № 10); *Кашкарев*, К вопросу об улучшении служебного быта кандидатов на судебные должности (Журн. Ю. О., 1896, № 1); *Зогоровский*, К вопросу о пересмотре нашего судебного права (там же, № 5); *Тютрюмов*, Кандидаты на судебные должности (Журн. М. Ю., 1896, № 10); *Дерюжинский*, Судебные деятели об университетской подготовке молодых юристов (там же, 1902, № 7); *Дьяков*, Кандидаты на судебные должности (Право, 1901, № 28, 29).

должностей. В этом отношении различаются должности: 1) членов окружных судов, в том числе уездных; 2) председателей и товарищей председателей коммерческих судов; 3) городских судей и мировых судей в тех местностях, где они назначаются правительством (кроме нескольких губерний); 4) мировых судей в прочих местностях, а также председателей верхних крестьянских судов; 5) земских начальников и неперменных членов губернских присутствий; 6) гминных судей в Царстве Польском; 7) лавников там же и 8) волостных судей.

1. Наиболее строгие требования предъявляются законом к лицам, желающим занять судебские должности первой категории.

Образовательный ценз, которому они должны удовлетворять, обнимает специальную теоретическую и практическую подготовку.

Составители Судебных уставов понимали, что в гражданских делах «судье нельзя сделать ни одного шагу без основательного изучения законов и без определенных сведений в юридических науках» и что «судья должен не только знать хорошо законы, но, сверх того, иметь достаточную опытность в применении их», приобретаемую «не в стенах университета или юридического училища, а на самом деле, в приложении законов к живой практике»¹. Исходя из таких соображений, составители Судебных уставов предполагали постановить, что должности членов общих судов могут замещаться «не иначе как лицами, имеющими аттестаты университетов или других высших учебных заведений об окончании курса наук или о выдержании экзамена в сих науках и, сверх того, проходившими службу по судебному ведомству в установленном порядке». Хотя они и предвидели, что для пополнения судебного персонала не хватит лиц с высшим юридическим образованием и что поневоле нужно будет призвать на службу в новые суды лиц, не окончивших университетского курса, но приобретших во время предшествующей службы «основательные познания по судебной части», однако понимали, что «такая необходимость может встретиться только в начале, при введении нового судоустройства» и что, следовательно, внести в текст закона разрешение назначать на судебские должности лиц без высшего юридического образования значило бы придать временной, вызванной крайнею необходимостью мере характер постоянного и нормального постановления. Но по неизвестным причинам в ст. 202 все-таки была внесена оговорка относительно права замещения

¹ Объясн. к ст. 202 Учр. суд. уст.

судейских должностей лицами, «доказавшими на службе свои познания по судебной части». Эта оговорка давно уже сделалась анахронизмом, так как число молодых юристов с университетским образованием вскоре после введения судебных уставов начало превышать спрос на них в судебной магистратуре¹. Однако она до сих пор сохранилась в законе и предположена к отмене только в проекте новой редакции Учреждения судебных установлений (ст. 252, 258, 261).

Итак, по действующему праву от лиц, назначаемых на должности членов окружных судов, требуется обладание теоретической и практической подготовкой. Первая состоит в том, что они должны получить высшее юридическое образование или же «доказать на службе свои познания по судебной части» (ст. 202), а вторая — в том, что они должны прослужить не менее трех лет в должностях не ниже секретаря окружного суда (ст. 203) или же заниматься адвокатурой в качестве присяжных поверенных не менее 10 лет (ст. 204). Исключение сделано для Закавказья и азиатской России: ввиду трудности замещения судебских должностей в этих местностях кандидатами, вполне удовлетворяющими требуемым условиям, министру юстиции предоставлено право допускать необходимые отступления от общих правил закона (ст. 448, 642, 666 Учр. суд. уст.).

Нельзя не отметить, что установление одинакового срока для пребывания во всех должностях не ниже секретаря окружного суда нецелесообразно ввиду существующего между ними различия по степени их самостоятельности и по характеру требуемой ими деятельности: между секретарями судебных мест, несущими чисто канцелярские обязанности, и мировыми или городскими судьями, самостоятельно разрешающими судебные дела, большая разница. Поэтому ставить все эти должности на одну линию в качестве подготовительных ступеней к занятию должности члена окружного суда неправильно. Еще менее основательно огромное различие в сроках подготовки, установленных для службы в низших судебных должностях и для занятия адвокатской практикой: в то время как секретарь суда или помощник секретаря палаты, товарищ прокурора и городской судья могут быть назначены членами суда после трех лет службы, от присяжных поверенных требуется 10 лет практики, не считая пятилетней подготовки в качестве помощников присяжных поверенных, т.е., значит, в общем 15 лет. Оба эти недостатка исправлены в проекте новой редакции Учреждения судебных установлений, где

¹ Муравьев, 6; Кашкарев, 70; Тальберг, I, 160.

для участковых судей и товарищей прокуроров установлен трехлетний срок службы, для остальных должностей не ниже секретаря окружного суда — пятилетний, а для присяжных поверенных — шестилетний. Кроме того, право быть назначаемыми на должности участковых судей и членов окружных судов (а также товарищей прокуроров) предоставлено профессорам юридических наук высших учебных заведений после шестилетнего преподавания (ст. 251, 252).

На все должности, служащие начальными ступенями службы по судебному ведомству, могут быть назначаемы лица как с высшим юридическим образованием, так и просто занимавшиеся судебной практикой и «доказавшие свои познания по судебной части» (ст. 205, 210, 211, 300 и др.). Но по большей части эти должности замещаются молодыми людьми, окончившими юридический факультет или выдержавшими экзамен по юридическим наукам при высшем учебном заведении и получившими практическую подготовку при судах в качестве *кандидатов на судебные должности*.

Институт судебной кандидатуры был создан составителями Судебных уставов с тою целью, чтобы молодые люди по окончании высшего юридического образования «могли приготовиться к занятию судебных должностей» (объясн. к ст. 202). Он должен был служить рассадником судебных деятелей и стал им в действительности. Но первоначальная его организация, помимо того, что была определена законом только в общих чертах, страдала двумя недостатками. Во-1-х, закон не установил ни срока пребывания в звании кандидата, ни способа удостоверения в приобретении кандидатами необходимой практической подготовки, ограничившись глухим предписанием: «кандидаты, занимавшиеся с успехом службою в сем звании, могут быть определяемы к штатным должностям по судебному ведомству» (ст. 417 первонач. редакции). Во-2-х, кандидаты хотя и считались состоящими на государственной службе, но жалованья не получали (ст. 412 первонач. ред.) «как потому, что они могут считаться только готовящимися к службе, но не состоящими на оной действительно, так и потому, что назначение им содержания, в виде пособия, в исключительных случаях, из особых источников, может последовать по распоряжению министра юстиции» (объясн. к ст. 412). Благодаря этому практическая подготовка к судейским должностям оказалась неудовлетворительной. Огромное большинство молодых юристов, принадлежа к необеспеченному классу, стало стремиться к занятию платных должностей секретаря

и помощника секретаря суда, палаты или прокурора. Но канцелярская работа, к которой сводится деятельность этих лиц, не могла служить надлежащей школой для будущих следователей, товарищей прокуроров и судей. Вместе с тем число кандидатов при провинциальных судах все более и более уменьшалось, так как молодые люди стремились жить в больших центрах, где им легче было найти какой-либо заработок¹. В общем же, положение всех кандидатов было бедственным. Хотя с 1875 г. стала отпускаться в распоряжение министра юстиции на выдачу пособий кандидатам особая сумма (68 400 руб.), но недостаточность ее с каждым годом обнаруживалась все рельефнее. В 1890 г., когда число кандидатов во всех округах возросло почти до тысячи человек, на каждого пришлось бы из этой суммы каких-нибудь 70–80 руб. в год². Неудовлетворительность постановки института кандидатуры и печальное положение кандидатов стали предметом обсуждения в литературе³, причем были предложены проекты реформ⁴, получившие затем частичное осуществление в законе 1891 г., на котором главным образом и основана современная организация подготовки к судебной службе.

Кандидаты на судебные должности состоят при судебных палатах и окружных судах. Они назначаются старшими председателями палат, по соглашению с прокурорами палат, непосредственно или на основании представлений председателей окружных судов. Для принятия в число кандидатов нужно иметь диплом высшего учебного заведения об окончании курса юридических наук или о выдержании экзамена по этим наукам (ст. 407). Общие правила относительно служебных занятий кандидатов издаются министром юстиции (ст. 419¹)⁵; распределение их для занятий между различными судебными местами и должностными лицами производится председателями судебных мест по соглашению с прокурорами (ст. 414); руководство занятиями и надзор за кандидатами принадлежат тоже председателям и прокурорам (ст. 413). Кандидаты разделяются на младших, приравняваемых в служебном отношении к помощникам секретарей мировых съездов, и старших, пользующихся правами помощ-

¹ Хрулев, 108 и сл.

² Там же, 113.

³ Кандидатов на судебные должности называли «париями и изгоями судебного мира» (Суд. газ., 1883, № 4; Наблюд., 1886, № 3, 42), «илотами судебного ведомства» (Журн. гражд. пр., 1883, № 7), «интеллигентным пролетариатом» (Юрид. газ., 1885, № 14) и т.п.

⁴ Муравьев, указ. соч., 143 и сл.; Хрулев, ук. ст.

⁵ Эти правила установлены в циркуляре от 9 января 1892 г. Извлечения из него приведены в изданиях Учр. суд. Громачевского и Щегловитова.

ников секретарей окружных судов (ст. 409). Занятия младших кандидатов ограничиваются работою в канцеляриях судебных мест и должностных лиц с целью практического ознакомления с делопроизводством¹. Самостоятельные поручения на них не возлагаются, за исключением только производства предварительных следствий по отдельным уголовным делам, которое может быть поручаемо окружными судами наиболее опытным из младших кандидатов (ст. 415¹). По истечении полугодовой практики младшие кандидаты могут подвергнуться экзамену на звание старших кандидатов (ст. 409). Этот экзамен производится в комиссиях, периодически составляемых председателями судов, по соглашению с прокурорами, из трех лиц: председателя или товарища председателя судебного места, одного члена судебного места и председателя прокурорского надзора. От экзаменующихся требуются: 1) устное изложение обстоятельств и движения одного гражданского и одного уголовного дела с пояснением и группировкой данных, служащих к их разрешению; 2) такое же письменное изложение одного гражданского и одного уголовного дела; 3) составление по предложенным делам проектов мотивированного постановления судебного следователя, обвинительного акта, заключения прокурора и приговора или решения в окончательной форме и 4) устное изложение соображений и заключения по предложенному вопросу процессуального или материального права². Младшие кандидаты, не выдержавшие этого испытания, после двухлетнего пребывания кандидатами, должны подать прошение об отчислении, а если не подадут, то отчисляются без прошения. По уважительным причинам этот двухлетний срок может быть продлен, но не более чем на год, старшим председателем палаты по соглашению с прокурором ее (ст. 410).

На старших кандидатов возлагается исполнение ответственных поручений. Общие собрания окружных судов могут поручать им исполнение обязанностей судебных следователей и городских судей, а старшие председатели палат, по соглашению с прокурорами палат, — командировать кандидатов для исполнения обязанностей товарищей прокуроров окружных судов (ст. 415). Кроме того, в тех местностях, где существуют мировые судьи по назначению от правительства, старшие кандидаты, состоящие при мировых съездах, могут быть командировемы съездами для исполнения обязанностей мировых судей (ст. 415¹). Наконец, при недостатке присяжных поверенных председателям судов пре-

¹ Указ. циркуляр (Громачевский, 239; Щегловитов, 216).

² Указ. циркуляр (Громачевский, 239; Щегловитов, 214—215).

доставляется поручать старшим кандидатам защиту в уголовных делах, а в тех округах, где нет советов присяжных поверенных, возлагать на них ведение дел лиц, пользующихся правом бедности (ст. 416)¹. Старшим кандидатам, усердно исполняющим свои обязанности, назначается председателями палат, по соглашению с прокурорами их, штатный оклад жалованья в размере 900 р. (ст. 411). Младшим кандидатам, согласно закону 1891 г., могли быть выдаваемы единовременные пособия в размере не более 400 р. в год (ст. 411, прим., 412). Закон от 21 апреля 1910 г. заменил эти пособия штатными окладами в размере 300 р., предоставив распределение этих окладов между младшими кандидатами тоже председателям судебных мест по соглашению с прокурорами. Кроме того, названным законом установлен максимальный срок (трехлетний), в течение которого старшие кандидаты могут получать назначенные им оклады, и вместе с тем добавлено, что младшие кандидаты, получающие штатные оклады, сохраняют их, сделавшись старшими кандидатами, в том же размере, если нет свободных окладов для старших кандидатов, до тех пор пока такие оклады не освободятся².

Дисциплинарная власть над кандидатами принадлежит: 1) председателям судов и должностным лицам, к которым кандидаты прикомандированы и которые имеют право делать им предостережения, замечания и выговоры, и 2) старшим председателям палат, которые могут, по соглашению с прокурорами палат, налагать на кандидатов более строгие наказания: вычеты из жалованья, арест до семи дней и лишение штатного оклада (ст. 418). Сведения о числе и о занятиях кандидатов ежегодно доставляются председателями подлежащих судов и прокурорами старшему председателю палаты, который, совместно с прокурором палаты, представляет общий отчет по всему округу палаты министру юстиции (ст. 419). Лица, прослужившие в звании старших кандидатов не менее полутора лет и получившие от председателей судебных мест, при которых они состояли, свидетельства в том, что они доказали свои познания по судебной части, имеют право на занятие должностей судебных следователей, товарищей прокуроров окружных судов, городских судей и других должностей, назначение на которые зависит от министра юстиции (ст. 417).

¹ В некоторых окружных судах устраивались научно-практические собеседования кандидатов под руководством председателя или члена суда. Эти собеседования оказались очень полезными (*Городисский*, 40).

² Собр. узак. и распор., 1910, № 66, ст. 626.

Закон 1891 г., несомненно, улучшил в некоторых отношениях институт кандидатуры на судебные должности. Сосредоточение кандидатов при судебных учреждениях, упорядочение их занятий, введение экзамена, учреждение штатных окладов жалования, — все это было шагом вперед. Но реформа не была доведена до конца¹. Руководство занятиями кандидатов следовало обеспечить посредством назначения особых руководителей из членов судебного ведомства и прокуратуры по выбору общих собраний судов; постепенность и систематичность занятий кандидатов нуждаются в более точной регламентации; экзамен более целесообразно отнести к концу подготовки, уничтожив выдачу окончательных свидетельств единоличной властью председателей судов². К довершению всего закон 1891 г. ухудшил материальное положение кандидатов, так как установил только 180 штатных окладов на все судебные округа, сумма же, которая ассигновалась на пособия, была уменьшена до 30 тыс. руб.; вместе с тем понижена больше чем вдвое сумма, отпускавшаяся на вознаграждение кандидатов за исполнение штатных должностей, так как это исполнение стало поручаться кандидатам, получающим штатные оклады³. Только с изданием закона 21 апреля 1910 г. положение кандидатов стало лучше: в 1911 г. из числа 2500 с лишним кандидатов получали штатные оклады свыше 700 человек⁴.

Проект новой редакции Учреждения судебных установлений делает следующие изменения в современной организации кандидатуры на судебные должности. Кандидаты причисляются только к окружным судам (ст. 125), но командировются председателями окружных судов, по соглашению с прокурорами, для занятий к участковым судьям, товарищам прокуроров, старшим нотариусам и в канцелярии судов (ст. 127). После двухлетних занятий младшие кандидаты подвергаются испытанию в комиссии из трех судей, избираемых в общем собрании суда, и товарища прокурора (ст. 28). Выдержавшие испытание получают звание старших и могут быть назначаемы участковыми судьями и товарищами прокурора окружных судов (ст. 251, 262) или командировемы для занятий в канцеляриях палат, прокуроров палат, Сената,

¹ Совещание старших председателей, 41 и сл.

² *Муравьев*, 111–112; *Хрулев*, 116–117; *Кашкарев*, 67; *Загоровский*, 47 и сл.; *Тютрюмов*, 68 и сл., 77 и сл., 82–84, 95–97.

³ *Кашкарев*, 61 и сл., 65; Совещ. старш. председ., 45; Объяснит. зап. к проекту новой ред. Учр. суд. уст., I, 190.

⁴ Юрид. календ. Острогорского на 1912 г.

а также в центральное управление Министерства юстиции (ст. 129). Как старшие, так и младшие кандидаты разделяются на штатных, получающих определенные оклады жалования (старшие — 600 р., младшие — 300 р.), и нештатных, которым жалования не полагается, но могут быть выдаваемы пособия (ст. 319, 323). Нельзя не отметить, что срок подготовки (двухлетний) слишком краток по сравнению с установленным в Германии и Австрии, особенно если иметь в виду недостаточность общего образования, даваемого нашими гимназиями, и слабость теоретических сведений, выносимых кандидатами из университетов¹.

Нравственный ценз, требуемый от лиц, желающих получить должность в судебном ведомстве, определен в ст. 201 Учреждения судебных установлений отрицательным образом, посредством перечисления тех категорий лиц, которые не могут быть назначаемы на должности по этому ведомству и к числу которых относятся: 1) приговоренные уголовным судом к заключению в тюрьме или иному более строгому наказанию либо привлеченные к ответственности за преступление, влекущее за собою такое наказание, хотя бы по Высочайшему манифесту дело о них было прекращено²; 2) исключенные из службы по суду, или из духовного ведомства за пороки, или же из среды обществ и дворянских собраний по приговорам тех сословий, к которым они принадлежат; 3) объявленные несостоятельными должниками и 4) состоящие под опекою за расточительность.

2. Председатели, товарищи их и старший член Одесского коммерческого суда назначаются из числа кандидатов, избранных купеческим сословием (ст. 7 Уст. суд. торг.). На должности председателей могут быть избираемы, во-1-х, лица с высшим юридическим образованием, прослужившие по судебной части или по управлению коммерцией в должностях не ниже делопроизводителя Департамента торговли не менее двух лет, и, во-2-х, лица без высшего образования, прослужившие

¹ Поистине удручающие данные собраны в указанной статье проф. Дерюжинского.

² В ст. 201 сказано: «которые не оправданы». Путем сопоставления этого выражения с другими узаконениями Общее собрание Сената истолковало его в таком смысле: «не оправданы или не присуждены к меньшему наказанию, а оставлены в подозрении или освобождены от наказания за прекращением дел по Высочайшим манифестам» (75, № 60). В проекте новой редакции Учр. суд. уст. ст. 201 изложена яснее и к лицам, лишенным права быть судьями, добавлены те, которые приговорены были к тюремному заключению или более строгому наказанию и освобождены от него за давностью, помирием, манифестом или Высочайшим повелением, а также исключенные из числа присяжных поверенных, их помощников и частных поверенных (ст. 250).

в указанных должностях не менее шести лет (ст. 11). От кандидатов на должности товарища председателя и старшего члена Одесского суда требуются те же условия с тою разницей, что срок служебного ценза уменьшен для получивших высшее юридическое образование до одного года, а для прочих — до трех лет (ст. 12). Для членов коммерческого суда не установлено образовательного ценза: они избираются купечеством из местных купцов первой гильдии, если же это окажется затруднительным, то из купцов второй гильдии (ст. 17—19).

В Варшавском коммерческом суде специальная подготовка требуется от председателя и товарища председателя его: первый в этом отношении приравнен к членам судебной палаты, а второй — к членам окружного суда (ст. 543 Учр. суд. уст.).

3. Для городских судей установлен такой же нравственный и образовательный ценз, как и для членов окружных судов, с тою разницей, что не требуется предварительная служба в низших должностях по судебному ведомству (ст. 6 Прав. устр. суд. ч.). Поэтому городскими судьями могут быть назначаемы: 1) получившие высшее юридическое образование или 2) доказавшие на службе свои познания по судебной части (ст. 202 Учр.).

К городским судьям приравнены мировые судьи в тех местностях, где они назначаются министром юстиции (ст. 441, 461⁴, 607, 625, 649 Учр. суд. уст.), за исключением губерний Царства Польского, губерний Прибалтийских, Киевской, Подольской и Волынской, г. Вильны и Астрахани, Кубанской и Терской областей (ст. 438, 505, 560, 562, п. 3 и 5, прил. к ст. 401² Учр.), а также помощники мировых судей, существующие в Закавказье (ст. 445, 556 Учр.).

4. Иные условия введены для занятия должностей мировых судей в остальных местностях: нравственный ценз оставлен без изменения (ст. 21 Учр. суд. уст.), образовательный же понижен и в дополнение к нему введены возрастной и имущественный.

Образовательный ценз может состоять: 1) в высшем образовании, хотя бы и не специально юридическом, 2) в среднем образовании или, наконец, 3) в трехлетней службе в таких должностях, которые могли способствовать приобретению «практических сведений в производстве судебных дел» (п. 2 ст. 19).

Минимальный возраст, достижение которого требуется от кандидатов в мировые судьи, определен в 25 лет (п. 1 ст. 19).

Имущественный ценз заключается в том, что кандидаты в мировые судьи «сами, или их родители, или жены, владеют, хотя бы и в раз-

ных местах (и не только в той губернии, где имеют свое жительство, но и в других): или пространством земли *вдвое* против того, которое определено для непосредственного участия в избрании гласных в уездные земские собрания, или другим недвижимым имуществом ценою не ниже *пятнадцати тысяч рублей*, а в городах — недвижимою собственностью, оцененною для взимания налога: в столицах не менее *шести тысяч*, в прочих же городах не менее *трех тысяч рублей*» (п. 3 ст. 19).

Размер имущественного ценза изменен для Прибалтийских губерний, где требуется владение дворянскою вотчиной или участком земли не менее 300 десятин (ст. 560 Учр.), а при отсутствии кандидатов с таким цензом, допускается назначение лиц без имущественного ценза (ст. 562); для Киевской, Волынской и Подольской губерний, где минимальная величина участка определена в 100 десятин, и для г. Астрахани, где право быть назначенным мировым судьей обусловливается владением пространством земли не менее 475 дес. или рыболовными водами, приносящими ежегодно дохода не менее 200 руб. (п. 3 прил. к ст. 40² Учр.). Совсем не требуется имущественный ценз от мировых судей Царства Польского (ст. 505) и Кавказа (ст. 438, 445). Точно так же не нужен он и для председателей верхних крестьянских судов (в Прибалтийских губерниях), приравненных в отношении возрастного, образовательного и нравственного ценза к мировым судьям (ст. 29 кн. I Вол. суд. уст.).

В одном случае мировым судьей может быть в местностях, где сохранился выборный мировой институт, каждое лицо, даже не удовлетворяющее ни одному из требуемых для этой должности условий: если оно удостоилось единогласного избрания (ст. 34 Учр. суд. уст.).

5. Еще более льготные условия установлены для земских начальников. От них требуется такой же возрастной и нравственный ценз, как от мировых судей, с тою лишь разницей, что в перечне лиц, не могущих занимать должностей земских начальников, отсутствуют исключенные из духовного звания за пороки и из среды обществ (кроме дворянских, о которых упоминается особо) по их приговорам (ст. 10 Полож. зем. нач.). Но образовательный ценз значительно понижен и может совершенно отсутствовать, а имущественный изменяется в зависимости от образовательного и служебного. На необходимость специальной подготовки было обращено внимание только в 1907—1908 гг., когда введены при Министерстве внутренних дел испытания на должность земского

начальника для лиц, назначаемых непосредственно министром, и учреждены временные курсы для подготовки кандидатов, а затем предписано производить такие же испытания и в губернских присутствиях¹.

По каждому уезду ведутся местным предводителем дворянства списки, куда вносятся две категории лиц: 1) служившие в должности предводителя дворянства, а также местные потомственные дворяне, получившие высшее образование (для них возрастной ценз понижен до 21 года) или прослужившие не менее одного года в должностях по крестьянскому управлению или в кандидатах к земским начальникам², или вообще в таких должностях, где могли приобрести надлежащую подготовку, если притом они сами, жены или родители их владеют на праве собственности количеством земли в размере вчетверо меньшем требуемого от мировых судей или другим недвижимым имуществом, стоящим по оценке для взимания земских сборов не менее 7500 руб. (ст. 6); 2) местные потомственные дворяне, не обладающие имущественным цензом, но удовлетворяющие всем прочим условиям, если они сохранили в пределах данного уезда усадьбу, и местные потомственные дворяне с надлежащим имущественным цензом и средним образованием (ст. 7 по прод. 1906 г.). Кандидаты в земские начальники выбираются губернатором, по совещании с местным уездным и губернским предводителями дворянства, прежде всего из лиц первой категории (ст. 13), в случае же недостатка их — из лиц второй категории (ст. 7), а затем из списков других уездов той же губернии (ст. 13). Если министр внутренних дел не найдет возможным утвердить представленного кандидата, то предлагает губернатору представить другого (ст. 14), а при невозможности заместить вакансию таким способом, назначает на нее лицо, не принадлежащее к числу местных

¹ Циркул. Мин. внутр. дел, 1907, № 40; 1908, № 6; *Максимов*, Программа испытания на должность зем. нач. и проч., 1909, 14–19, 31–32; *Волков*, Сборник полож. о сельском сост., 1910, 1026.

² Этот институт введен Законом 1904 г. Кандидаты назначаются губернатором из лиц, получивших высшее или среднее образование и обладающих в губерниях, где производятся дворянские выборы, надлежащим сословным и имущественным цензом. Они состоят при уездных съездах и губернских присутствиях и подчиняются надзору губернаторов. Их подготовка заключается в занятиях в канцеляриях уездных съездов и губернских присутствий, исполнении обязанностей секретарей в этих учреждениях, в участии в производимых губернаторами и неперменными членами ревизий, в исполнении обязанностей земских начальников. За усердную и полезную службу им могут быть назначаемы штатные оклады содержания (ст. 19^{1–10} по прод. 1906 г.).

дворян и без имущественного ценза, если оно удовлетворяет прочим условиям, требуемым от земских начальников (ст. 15)¹.

Непременные члены губернских присутствий избираются из лиц, удовлетворяющих установленным для земских начальников требованиям и прослуживших в подлежащей губернии не менее трех лет в должностях по крестьянскому управлению².

6. Гминными судьями могут быть лица, получившие начальное образование или прослужившие не менее трех лет в таких должностях, при исполнении которых могли приобрести необходимые сведения (ст. 478 Учр. суд. уст.). Кроме того, они должны иметь не меньше 25 лет, обладать правом участия в делах схода и имущественным цензом, требуемым от войта (там же).

7. От лавников в Царстве Польском требуются грамотность и обладание условиями, установленными специальными узаконениями об устройстве гмин (ст. 478 Учр. суд. уст., п. II).

8. Волостные судьи в Прибалтийских губерниях должны удовлетворять возрастному и нравственному цензу, установленному для мировых судей, исповедовать христианскую веру и уметь читать и писать на господствующем в данной местности языке (ст. 8 Вол. суд. уст.).

В местностях, где введены земские начальники, от волостных судей не требуется даже грамотности: ими могут быть домохозяева, достигшие 30 лет, кроме: 1) судившихся за кражу, мошенничество, присвоение или растрату чужого имущества и не оправданных судом, а также подвергшихся по суду телесному наказанию, заключению в тюрьме или более строгой каре; 2) содержателей трактиров и питейных заведений и 3) должностных лиц волостного или сельского управления (ст. 115 Общ. пол. о крест.).

В прочих местностях, где применяется Общее положение о крестьянах, возрастной ценз понижен до 25 лет и лишены права быть волостными судьями лица, понесшие телесные наказания по суду, не оправданные судом по обвинению в преступлениях, состоящие под судом и следствием и известные своим развратным поведением (ст. 182 Общ. пол. о крест.).

¹ В некоторых губерниях (Астраханской, Витебской, Виленской, Вятской, Гродненской, Ковенской, Минской, Могилевской, Олонецкой, Пермской, Ставропольской и части Вологодской) от земских начальников не требуется ни принадлежности к местному дворянству, ни имущественного ценза (ст. 16).

² В перечисленных выше губерниях от них не требуется имущественного ценза (ст. 99).

§ 13. СПОСОБЫ ЗАМЕЩЕНИЯ СУДЕЙСКИХ ДОЛЖНОСТЕЙ¹

Если разрешение вопроса, какими лицами могут быть замещаемы должности судей, не представляет больших затруднений, то гораздо более сложным и трудным является дальнейший вопрос: каким образом должно происходить это замещение? Обыкновенно принято противопоставлять две системы: систему выборов и систему назначения, причем под первой понимают выборы судей населением, а под второй — назначение правительственной властью по ее усмотрению. Но такое противопоставление поверхностно и неточно. Избрание судей проявляется в разных формах: оно может производиться непосредственно всем населением, общеполитическими избирательными собраниями и специальными коллегиями. А практическое значение каждой из этих форм далеко не одинаково. Точно так же не безразлично, производится ли назначение судей центральной правительственной властью или местной, зависит ли оно всецело от усмотрения их или основывается на оценке сравнительного достоинства кандидатов посредством конкурсных испытаний. Наконец, возможна комбинация выборного начала с системой назначения в том смысле, что назначение производится правительственной властью исключительно из числа кандидатов, избранных предварительно определенными коллегиями, или в порядке конкурсных списков.

Поэтому следует различать три основные системы замещения судейских должностей: 1) выборную; 2) назначения по неограниченному усмотрению правительства; 3) назначения с ограничением усмотрения правительства.

Каждая из этих систем может принимать разные формы, так что все возможные способы замещения судейских должностей сводятся к следующим девяти типичным:

1. Система выборов: а) всем населением; б) общеполитическими избирательными собраниями; в) судебными коллегиями; г) смешанными коллегиями и д) специальными избирательными собраниями (сословными, профессиональными).

¹ Филиппов, I, гл. IV; Фойницкий, I, § 74 и сл.; Азаревич, I, 142—146; Coutoul, 303 ss.; Eslande, Etude sur le recrutement de la magistrature, 1897 (изложены системы замещения судейских должностей во Франции, в Англии, Германии, Соединенных Штатах, Швейцарии, Италии, Бельгии и России); Ulrich, Die Bestellung der Gerichte in den modernen Republiken, 1904; Manfredini, 417 ss.; Piola-Caselli, passim; Kade, Der deutsche Richter, 1910, pass.

2. Система назначения по усмотрению: а) центрального правительства; б) низших, местных органов власти.

3. Система назначения с ограничением усмотрения правительства: а) предварительным избранием кандидатов населением или коллегиями; б) результатом конкурсной оценки кандидатов.

I. Выборы судей всем населением посредством всеобщего и прямого голосования, существовавшие некоторое время во Франции в период Великой революции и существующие в настоящее время в Соединенных Штатах Америки и в Швейцарии, представляются на первый взгляд самой справедливой и наиболее целесообразной системой. В ее пользу говорят следующие соображения¹.

1. Она соответствует принципу разделения властей, который требует для полного своего осуществления, чтобы органы одной власти не были зависимы от другой власти, и подобно тому, как неправильно было бы предоставить назначение административных чиновников судьям, так же неправильно дать право назначения судей органам администрации или законодательным учреждениям. Для полного обеспечения самостоятельности судебной власти нужно, чтобы судьи избирались самим населением, как избираются народные представители в законодательные собрания².

2. Выборные судьи пользуются большим доверием населения, чем назначенные правительством. Несомненно, что когда тяжущиеся условливаются разрешить возникший между ними спор относительно своих юридических отношений третейским судом, то избирают третейскими

¹ Бентам, гл. VIII; Dupont, La magistrature élective, 1888; Desjardins, La magistrature élue (Rev. de 2 Mondes 1882, août); De l'élection des juges, par l'auteur de la «Réforme efficace de la magistrature», 2 éd., 1882. Доводы в пользу и против выборного начала подробно изложены в объяснениях к Основным положениям судостройства, предшествующим Учреждению суд. устан. в издании Государственной Канцелярии (1866, с. XIII и сл.).

² J. Simon, Liberté politique, 1881, 187: «Граждане, избирающие судью, находятся точь-в-точь в таком положении, как тяжущиеся, избирающие третейского судью. Почему мне позволено избирать своего депутата, если лишают меня права избирать своего судью? В тысячу раз легче избрать судью, истолкователя писаного закона, чем депутата, призванного писать закон. Если исполнительной власти предоставлена забота избирать судей, то почему ей мешают составлять законодательное собрание по своему вкусу? Пусть она выбирает тех, кто создает закон, если ей вверено избрание тех, кто толкует и применяет закон! Но если мы заботимся о свободе, то пусть администрация не выбирает ни тех, ни других и пусть разделение трех властей будет полным». Это соображение было выдвинуто в Учредительном собрании 1790 г. и послужило главным основанием к введению выборного начала при замещении судейских должностей (Эмен, Общие основания конституц. права, 1898, 270).

судьями людей, которым наиболее доверяют. Но судья, избранный всем населением, является не кем иным, как постоянным третейским судьей для разрешения всех будущих дел в данном округе. Следовательно, он пользуется наибольшим доверием населения, почтившего его избранием. Можно даже измерить степень этого доверия: она пропорциональна количеству голосов, полученных судьей на выборах¹. Даже в том случае, если выбор сделан неудачно и судья не оправдал возлагавшихся на него надежд, все-таки выборное начало не утрачивает своего значения в глазах граждан, ибо, во-1-х, они останутся при убеждении, что назначенный судья мог быть еще хуже, так как ими выбран тот, кто казался наилучшим, а во-2-х, граждане будут утешаться тем, что при следующих выборах забаллотируют негодного судью и заменят его другим.

3. Выборное начало наиболее гарантирует хорошее качество судебного персонала, так как население каждого судебного округа, близко зная местных обывателей, выставляющих свои кандидатуры в судьи, и будучи глубоко заинтересовано в хорошем суде, старается отдавать свои голоса наиболее достойным из них. Народ, как заметил Монтескье, удивительно умеет выбирать тех, кому он должен вручить власть. Собственный интерес является в этом случае наилучшим советником и поощрителем к тщательному выбору.

4. Выборное начало дает возможность обновлять и улучшать состав судов, переизбирая на новые сроки оказавшихся достойными судей и удаляя тех, которые не оправдали доверия². Притом такое удаление несколько не обидно для судьи и не преграждает ему доступа к занятию других должностей, что может быть результатом увольнения судьи начальством. Судья, не переизбранный на новый срок, только разделяет судьбу всех забаллотированных кандидатов, но не подвергается унижительному отстранению от должности³.

В противовес приведенным соображениям в пользу выборного начала выставляется целый ряд существенных возражений против него.

1. Из принципа разделения властей вовсе не следует, что органы одной власти не могут быть назначаемы носителем другой власти. Самостоятельность суда несколько не нарушается этим при том условии, если после состоявшегося назначения разрывается всякая связь между назначившим и назначенным и независимость последнего делается

¹ *Picot*, 162.

² *Jeanvrot*, II, 60.

³ *Бентам*, 30.

вполне обеспеченной. Разорвать же эту связь можно путем признания судей несменяемыми и установления рациональной системы прохождения судейской карьеры (см. § 18—21).

2. Выборы судей нельзя приравнять к выборам депутатов в политические представительные собрания. Граждане, расходясь между собой в политических убеждениях, образуют различные политические партии и стараются провести в парламент тех из своих единомышленников, которых считают наиболее способными отстаивать интересы и мнения своей партии. При выборах же судьи дело идет совсем о другом: о выборе не представителя от партии, а беспристрастного, честного и надлежащим образом подготовленного человека, способного отправлять правосудие, не поддаваясь ни личным симпатиям, ни партийным соображениям. Поэтому, как совершенно верно отметил Миль, «менее всего назначение должностных лиц путем народного голосования желательно в судебном ведомстве. Народ мало способен правильно оценивать специальные знания и качества, требуемые для занятия этого рода должностей, а между тем нет должности, где бы безусловное беспристрастие и непричастность к политическим партиям были бы так важны, как тут»¹.

3. Большинство населения может знать кандидатов в судьи только поверхностно, с внешней стороны, и неспособно оценить подготовленность и пригодность их к занятию судебных должностей².

Если же закон разрешит выставлять кандидатуру в судьи только тем лицам, которые получили юридическое образование и практическую подготовку при судах, то легко может случиться, что в некоторых округах таких лиц в момент выборов вовсе не окажется, а в других будет меньше, чем требуется для замещения вакансий.

4. Выборная система неизбежно связана с агитацией и разными приемами конкуренции, допустимыми при политических выборах, но не соответствующими существу избрания судей и достоинству судейского звания. Кандидат в судьи поневоле должен искать знакомства и связи, подслуживаться влиятельным лицам и даже давать — прямо или косвенно — различные обещания относительно направления своей будущей

¹ Миль, Представительное правление, перев. Сементковского, 1897, 144. Ср. *Desjardins*, 670.

² *Pirard*, 35 ss.; *Jeanvrot*, II, 60; *Rousset*, 13; *Vavasseur*, 52; Объясн. к Осн. нач. судоустр., с. XXII—XXIII.

судейской деятельности¹. «При такой системе судья уже наперед утрачивает достоинство своего звания; он не является более представителем закона и не пользуется уважением, которое внушает закон; напротив, он унижает закон тем самым, что делает его игрушкой избирательных страстей и исхода голосования»².

5. Выборное начало естественным образом предполагает срочность избрания, так как гражданам нужно дать возможность переизбрать оправдавших их доверие судей и удалить оказавшихся негодными. Но срочность избрания, подрывая принцип несменяемости судей (см. § 18), ставит их в зависимость от избирателей. Из боязни быть забаллотированными на новых выборах судьям приходится заискивать у лиц, голосами которых они избраны, всячески угождать им и нарушать судебское беспристрастие³.

Самый большой вред, который способна принести выборная система, состоит именно в том, что судьи легко могут попасть в зависимость от политических партий, победивших на выборах. «Судья, избранный голосами своих политических друзей, будет во сто раз пристрастнее и опаснее, чем назначенный правительством»⁴. Как глава государства, так и министр юстиции могут интересоваться исходом весьма немногих дел и потому станут вмешиваться в отправление правосудия в крайне редких случаях. Иное дело — избиратели. Они имеют тысячи поводов и предлогов, чтобы попытаться оказать влияние на судей, пользуясь зависимостью, в какой находится от них судьба судей. И чем ближе судья к тягущимся, обладающим избирательными правами, тем сильнее его зависимость от них⁵.

Предлагались три способа уничтожить зависимость судей от избирателей.

Первый состоит в том, чтобы судьи избирались пожизненно или по меньшей мере на очень продолжительный срок: 15–20 лет. Тогда они не были бы принуждены заискивать у избирателей из боязни быть

¹ *Лабулэ*, История Соедин. Штатов, II, 1870, 374: «Представьте себе человека, который хлопочет о том, чтобы быть выбранным в судьи; он принужден будет поступать так, как тот, кто хочет быть выбранным в депутаты; ему придется прибегать к множеству мелких хитростей, к тому, что называется избирательной кухней; говорить то с тем, то с другим, спрашивая о здоровье ребенка или собачки, словом сказать, прибегать к таким вещам, которые до некоторой степени еще можно допустить в будущем депутате, но никак не в будущем судье».

² *Pont* (цит. *Rousset*, 14).

³ Объясн. к Осн. нач. суд., с. XXI–XXII.

⁴ *Vavasseur*, 52.

⁵ *Desjardins*, 555–556; *Rousset*, 13.

забаллотированными на ближайших очередных выборах. Но, как было указано выше, срочность избрания составляет существенную принадлежность выборной системы, которая тем и хороша, что дает гражданам возможность удалять судей, не оправдавших доверия. Если же сделать судейскую службу бессрочной или очень долгосрочной, то выборная система теряет свой смысл; тогда ее необходимо заменить какой-нибудь другой системой, представляющей больше гарантий замещения судейских должностей вполне подходящими лицами, чем избрание обыкновенными гражданами, которые не имеют возможности правильно оценивать сравнительные достоинства кандидатов и ошибки которых при выборах судей будут чувствоваться не одним поколением¹.

Второй способ сделать выборных судей независимыми от избирателей — прямо противоположный: нужно запретить переизбрание судей на новые сроки. Тогда судьи смогут беспристрастно отправлять правосудие, не стремясь угодить влиятельным лицам, ибо все равно должны будут оставить службу по истечении срока, на который были избраны. Но этот способ имеет то огромное неудобство, что превращает судейскую службу в кратковременное занятие, вследствие чего, во-1-х, среди сколько-нибудь способных людей найдется мало охотников баллотироваться в судьи и, во-2-х, те, кто будут избраны, не успеют приобрести надлежащего судейского опыта. Неизбежным результатом того и другого явится низкий уровень судейского персонала².

Наконец, возможен еще один способ.

Независимость от избирателей, при срочности выборов и праве переизбрания, могут сохранить только те из судей, которые обладают достаточными личными средствами, позволяющими им жить безбедно в случае забаллотирования при новых выборах и невозможности получить другую должность на государственной или частной службе. Поэтому упрочить независимость выборных судей можно, потребовав от лиц, выставляющих кандидатуру в судьи, обладания имущественным цензом. Но для того, чтобы такая мера оказалась действительной, размер ценза должен быть высок, а это представляется неудобным в том отношении, что слишком ограничивает круг лиц, имеющих право занять судейские должности, преграждает доступ к судейской карьере многим вполне достойным кандидатам и в результате понижает уровень судейского

¹ *Desjardins*, 557–558.

² *Desjardins*, 557.

персонала¹. Таким образом, довольствоваться низким цензом бесцельно и бесполезно; устанавливать же высокий — нецелесообразно и вредно².

6. Срочность службы делает судейскую карьеру шаткой. Боязнь быть забаллотированным и очутиться в необеспеченном материальном положении после нескольких лет службы будет удерживать от выставления кандидатуры в судьи наиболее знающих и талантливых юристов, которые предпочтут службу в других постоянных должностях или же занятие адвокатурой. Стремиться же на выборные судейские должности станут либо посредственности, либо люди состоятельные³. Вследствие этого общий уровень судейского сословия неминуемо понизится. А так как вдобавок лица, высоко стоящие в нравственном отношении и не желающие унижаться до избирательной агитации и угождения избирателям, тоже не станут выставлять своей кандидатуры, то выборная система неминуемо приведет к полному падению судейского сословия⁴.

7. Частая смена судейского персонала препятствует судьям приобрести необходимый опыт и в то же время не дает возможности выработаться стойкой практике и установиться прочным традициям⁵.

8. Наконец, выборная система практически неосуществима в применении ко всем судам, так как при многочисленности судей и необходимости переизбирать их каждые несколько лет участие в выборах сделалось бы весьма тягостной повинностью для граждан. Они стали бы уклоняться от участия в выборах, как это наблюдалось во Франции в революционную эпоху, когда временно была введена выборная система⁶.

Опыт Соединенных Штатов Северной Америки, где выборы судей населением применяются в 30 штатах, ясно показал, к каким печальным результатам может привести эта система. Кандидаты в судьи не только подвергаются избирателями экзамену в своих политических убеждениях, но и принуждены обязываться постановлять решения в желательном

¹ *Бентам*, 30–31, 33.

² *Favre*, 45: «Чтобы быть судьей, нужно будет обладать не наилучшей подготовкой, умением, опытностью, а такой долей подготовки, умения, опытности, какую можно найти в соединении с определенным имуществом. Но подобно тому, как можно обладать подготовкой и умением без имущества, так точно можно быть богатым, не имея ни той, ни другого».

³ *Бентам*, 33.

⁴ *Rousset*, 15; *Ulrich*, 61; *Desjardins*, 555.

⁵ *Pirard*, 39; *Malpeyre*, 215.

⁶ *Bordeaux*, 325; *Pirard*, 38–39; *Malpeyre*, 217–218.

для господствующей партии смысле¹. Выборы сводятся, по свидетельству Брайса, в большинстве случаев к тайной сделке между вождями политических партий². Наилучшие подготовленные к судейской должности и наиболее достойные юристы-практики предпочитают заниматься адвокатурой, не желая прибегать к предосудительным приемам избирательной борьбы. Поэтому судейский персонал пополняется лицами сомнительной нравственности и лишенными подготовки³. Попад на судейские места, они, чтобы удержаться на следующие сроки избрания, делаются покорными исполнителями воли политических партий, голосами которых избраны, и превращаются в покорных слуг сплотившегося большинства избирателей или кучки капиталистов, купивших голоса этого большинства. В Пенсильвании рудокопы, составляющие преобладающую часть населения, образуют ассоциацию и, «сделавшись таким образом хозяевами выборов, назначают в судьи лишь членов ассоциации, чтобы пользоваться полной безнаказанностью за свои проступки»⁴.

Бывали даже случаи, что господства на выборах добивалась какая-либо преступная организация и замещала судейские должности лицами, готовыми смотреть сквозь пальцы на все ее проделки⁵. Так, в самом Нью-Йорке в 1869—1871 г. клика политиканствующих аферистов, пользуясь купленными голосами ирландских переселенцев, заместила

¹ Ulrich, 56—57; Лабулэ, 174: «В некоторых штатах, например в штате Мэн, существует закон, запрещающий употребление всяких спиртных напитков. Этот закон очень не нравится некоторым частям населения, именно людям немецкого происхождения. Судьям и говорят: «Хорошо, мы вас назначим, но под условием, что вы не будете применять этот закон». Подобные условия предлагались кандидатам в судьи даже публично — в прессе и на митингах» (Hellbronner, Le pouvoir judiciaire aux Etats-Unis, 1872, 37; Nerinx, L'organisation judiciaire aux Etats-Unis, 1909, 231).

² Ulrich, 58; Eslande, 187—189.

³ Picot, 123; Ulrich, 61; Eslande, 185—186; Hellbronner, 37—38; Гольденвейзер, О судебных порядках и адвокатуре в Соедин. Штатах (Рус. мысль, 1902, № 8, 75); Nerinx, 223 ss.

⁴ Жанне, Современные Соединенные Штаты (Всем. путеш., 1877, 102); Picot, 164: «Тут колоссальное предприятие, располагающее огромными капиталами и изъявляющее намерение подчинить своим спекуляциям депутатов и судей, успевает захватить в свои руки на целый ряд лет как политическую, так и судебную власть. Там две железнодорожные компании ведут борьбу посредством судебных решений, имея в своем распоряжении судей, извращающих свою роль и делающих правосудие средством к своему переизбранию. Словом, продажность некоторых судей, зависимость в большинстве судов, посредственность во всех инстанциях — вот результаты системы, которая была провозглашена около 1846 г. и под тяжестью которой стонут американские юристы четверть века».

⁵ Picot, 164; Duc de Noailles, Le pouvoir judiciaire aux Etats-Unis (Rev. de 2 Mondes, 1888, 48 t., 604).

наиболее влиятельные городские и даже государственные должности своими кандидатами и провела в судьи уличных ходатаев и тому подобных дельцов, которые решали дела так, как ей было угодно¹.

Что главной причиной столь печального состояния правосудия во многих штатах действительно служат выборная система и связанная с нею срочность службы, это неоспоримо подтверждается поразительным контрастом между федеральными судами и судами штатов. «Тогда как судьи федеральных судов, назначаемые исполнительной властью под контролем сената, оставались верными стражами американской хартии, а отправлением ими правосудия было окружено общественным уважением, судьи, призванные осуществлять местную юстицию, избранные на политических выборах, становились после борьбы, скомпрометировавшей их достоинство, рабами большинства, должниками и сообщниками сторон»².

В Швейцарии, где в шести кантонах выборы судей населением практикуются по отношению ко всем судьям, а в 10 — по отношению только к низшим, столь чудовищных злоупотреблений не наблюдается ввиду особенно благоприятных условий, имеющихся там для разумного применения выборного начала, каковы: ограниченность территории, постоянный состав населения, издавна осевшего на ней, привязанного к своим национальным учреждениям, зажиточного, культурного и привыкшего спокойно пожинать плоды своей политической свободы³. Хотя, таким образом, «недостатки учреждения исправляются по возможности нравами»⁴, однако и в Швейцарии дают себя чувствовать слабые стороны выборной системы: борьба политических партий при выборах, избрание судьями недостаточно подготовленных лиц. Эти недостатки осознаются ясно, и более целесообразной считается приня-

¹ *Eslande*, 181–182; *Ulrich*, 62–64; *Hellbronner*, 37–38.

² *Picot*, 161. Неизбежность таких результатов выборной системы предвидел Милль в «Представительном правлении», 1897, 145: «Я опасаясь, что установленная некоторыми новыми или пересмотренными конституциями отдельных Северо-Американских штатов практика подвергать судей периодическому народному переизбранию составляет одну из опаснейших ошибок, когда-либо совершенных демократией, и если бы здравый практический смысл, всегда отличавший американский народ, не вызвал бы реакции против этого нового течения, то следовало бы признать его первым очень крупным шагом на пути к вырождению современной демократии». Такие же предсказания делали и американские политики (Гамильтон, Стори и др.); *Esland*, 184–185; *Noailles*, 598 ss.

³ *Picot*, 210; *Eslande*, 215–216; *Desjardins*, 561.

⁴ *Picot*, 206.

тая в некоторых кантонах система избрания судей не всем населением, а представительными собраниями — кантональными советами¹.

II. *Выборы судей общеполитическими представительными собраниями* (парламентами, сеймами, городскими думами, земскими собраниями и т.п.). Эта форма выборной системы имеет некоторые немаловажные преимущества пред выборами посредством всеобщего голосования. По справедливому мнению Филиппова, «выборные, или гласные, из народа — всегда люди более или менее развитые, более или менее умные люди; небольшое собрание людей может всегда лучше обсудить дело, нежели масса народа, в которой большинство неразвито; наконец, выборные могут прежде подачи голосов относительно избираемого судьи собрать все сведения об его поведении, качествах и способностях; и притом выборные, как люди более близкие к обществу, могут иметь больше общительности и знакомых и поэтому скорее могут знать все хорошее и дурное об избираемом лице, чем отдельные члены общества, в особенности в больших городах и селах»².

Однако, с другой стороны, эта система уступает системе выборов самим населением в нескольких отношениях.

Во-1-х, доверие населения к судьям, несомненно, больше в том случае, когда оно само непосредственно избрало их, чем тогда, когда они избраны представительным учреждением, в особенности если это учреждение образовано не на основании всеобщей подачи голосов.

Во-2-х, борьба политических партий проявляется в представительных учреждениях резче, чем во всем населении: «политические различия, рассеянные в народе, концентрируются в парламенте в определенные партии»³. Избрание судей часто представляет результат компромисса между вожаками политических фракций⁴.

В-3-х, чем малочисленнее избирательная коллегия, тем больше зависимость судьи от избирателей, потому что, зная, что его судьба находится в руках определенной группы лиц, он должен угождать ей, чтобы удержаться на своем месте⁵. В этом отношении выборное начало в форме избрания представительными учреждениями далеко уступает системе назначения судей правительством. «Иерархическое

¹ Ulrich, § 29.

² Филиппов, I, 95.

³ Schollenberger (цит. Ульрихом, 148); Vavas seur, 52.

⁴ Ulrich, 149.

⁵ De l'élection des juges, 46—47; Desjardins, 574.

давление, — как верно заметил г. Башмаков, — не может идти в сравнение с ежедневно искажающим правосудие воздействием влиятельного избирателя, или гласного, требующего повадки, — думского воротилы, глумящегося над «выборным» судьей»¹.

Наконец, в 4-х, общеполитические представительные собрания не обладают надлежащей компетентностью для оценки специальных качеств кандидатов в судьи. Поэтому, устанавливая такую систему, нужно либо не требовать от кандидатов в судьи никакой специальной подготовки, либо разрешить выставление кандидатуры только тем лицам, которые получили предварительно теоретическую и практическую подготовку. Но сделать первое — значит открыть доступ к судебской карьере совершенно непригодным и неспособным к этому лицам; сделать второе — значит рисковать, что число кандидатов в судьи, имеющих право баллотироваться, может быть в некоторых округах крайне незначительно, а в иных даже равняться нулю.

Ввиду таких недостатков эта система может быть с успехом применяема только при наличности особенно благоприятных условий, не дающих проявиться ее вредным сторонам. Так, она издавна приносит хорошие плоды в Швейцарии, где члены Федерального суда избираются парламентом, а кантональные судьи некоторых кантонов — кантональными советами, причем от кандидатов не требуется специальной подготовки. Но что благоприятный результат обусловливается и в этом случае указанными выше особенностями государственной жизни Швейцарии, лучше всего видно из того факта, что федеральные судьи, избираемые только на шесть лет, неизменно переизбираются на новые сроки. Благодаря этому они фактически пользуются пожизненной несменяемостью и совершенно не испытывают зависимости от избирателей, составляющей самую вредную сторону выборной системы. Ясно, что если эта сторона выборной системы не дает себя чувствовать, то исключительно потому, что парламент осуществляет принадлежащее ему право избрания судей с величайшей осторожностью, не поддаваясь политическим партийным соображениям².

III. *Избрание судей самими судами.* Эта форма выборной системы состоит в том, что судьи избираются теми судебными коллегиями, в которых открывается вакансия. Здесь, следовательно, происходит

¹ Башмаков, Закон 12 июля 1889 г. (Журн. гражд. пр., 1890, № 1, 105).

² Ulrich, 80. Избрание судей происходит в соединенном заседании обеих палат.

самовосполнение судов, или *кооптация*. Такая система представляет следующие преимущества¹.

1. Судебное ведомство пополняется теми лицами, которые признаются достойными самим этим ведомством. А так как судьи заинтересованы в поддержании достоинства своей корпорации и допущении в свою среду кандидатов, пользующихся уважением в обществе и способных помогать им при выполнении трудной задачи отправления правосудия, то понятно, что выбор судебных коллегий будет останавливаться только на наиболее достойных как по нравственным качествам, так и по подготовленности кандидатах.

2. В то же самое время судебные коллегии несравненно более компетентны в оценке подготовленности кандидатов, чем общеполитические представительные собрания, не только потому, что они состоят из специалистов-юристов, но и потому, что кандидаты в судьи получают практическую подготовку при судах и, следовательно, могут быть близко известны если не всем, то во всяком случае некоторым из членов коллегий.

3. Предоставление судебным коллегиям права самовосполнения в огромной степени способствует развитию в них корпоративного духа и осознания корпоративной чести, а вслед затем и корпоративной независимости. Возвышаясь в собственных глазах, коллегия стремится к возвышению и в глазах общества.

Кандидаты, избранные в судьи коллегией, будут стараться оправдать ее доверие и с особым усердием относиться к исполнению своих служебных обязанностей.

Но система самовосполнения судебных коллегий связана с некоторыми недостатками и опасностями².

1. Избрание судей коллегиями ограничивает число лиц, могущих быть избранными, потому что судебной коллегии может быть более или менее хорошо известно только незначительное число кандидатов, а именно те, которые получали практическую подготовку или занимались адвокатурой при данном суде. За отсутствием этих кандидатов или при недостатке их, коллегиям поневоле придется избирать таких лиц, с деятельностью и качествами которых они незнакомы или малознакомы.

2. При выборах может происходить в судебной коллегии борьба партий; возможны закулисные влияния и интриги: выбор того или другого кандидата может обуславливаться не его достоинствами, а оди-

¹ Фойницкий, I, 236; Favre, 50.

² Филиппов, I, 200–201; Engelhardt, 34; Favre, 60–61; Vavasseur, 51; Burckhard, 18–19.

наковостью политических убеждений с большинством членов коллегии или какими-либо иными посторонними соображениями.

3. Самовосполнение коллегий приведет, благодаря подбору лиц одинаковых взглядов и даже находящихся в родстве с членами судебных коллегий¹, к образованию замкнутой касты, пропитанной узкими предрассудками, далекой от жизни и не понимающей ее потребностей. В результате судебскому персоналу грозит вырождение за отсутствием притока свежих сил.

4. Возможно также, что посредственности, из которых состоит большинство судебных коллегий, будут из зависти избирать не даровитых людей, а таких же или еще худших посредственностей, вследствие чего система самовосполнения приведет не к повышению, а к понижению уровня судебного персонала.

IV. *Избрание смешанными коллегиями.* Осознание недостатков, которыми страдают системы избрания судей коллегиями, как общеполитическими, так и судебными, привело многих авторов к мысли образовать для выборов судей смешанные коллегии, причем некоторые предлагали присоединить к собраниям судебных коллегий представителей от общеполитических учреждений², другие — представителей от юристов-практиков (адвокатов, нотариусов)³, а третьи — как тех, так и других⁴.

Несомненно, что такие смешанные коллегии предоставляют больше гарантий хорошего выбора судей, чем чисто судебные коллегии, так как участие постороннего элемента предотвратило бы превращение судебного сословия в замкнутую касту и помешало бы развитию nepотизма.

¹ Подобный nepотизм наблюдался во Франции (*Manfredini*, 424—425).

² *Engelhardt*, 37; *Saredo* (*Manfredini*, 425, n.).

³ *Dupont*, 13—14; *Rieu* (*Ulrich*, 212, Anm. 57).

⁴ *Favre*, 78—79; *Vavasseur*, 54; *Ulrich*, 152; *Caumont* I, 327 ss.; *Фойницкий*, I, 238; *Михайловский*, 112—113. По проекту, например, Жюль Фавра мировые судьи должны избираться общими собраниями судей данного округа при участии пяти делегатов Генерального совета и мэров кантона; члены судов первой инстанции — общими собраниями этих судов при участии членов Совета адвокатского сословия, членов Дисциплинарного совета поверенных и нотариусов и пяти членов Генерального совета. Вавассер, присоединяясь к этому предложению, находит нужным усилить непрофессиональный элемент таких собраний на том основании, что «как бы ни была велика опасность политического влияния, все-таки она меньше, чем опасность корпоративного влияния, и притом первая была бы очень ослаблена участием профессионального элемента, который выступит в роли не только примирителя, но и сведущего руководителя при оценке способностей кандидатов». Сходный проект представил Араго Национальному собранию (*Eslande*, 25, прим.).

С другой стороны, смешанные коллегии имеют преимущество и перед общеполитическими собраниями, ибо участие профессионального элемента — судей — ослабило бы борьбу политических партий и восполнило недостаточную компетентность этих собраний в оценке подготовленности кандидатов, баллотирующихся на судебные должности.

Однако эта система, превосходя в указанных отношениях те, комбинацией которых она является, не свободна от двух капитальных недостатков.

Подобно системе избрания общеполитическими собраниями, она ставит судей в зависимость от избирателей, и вдобавок таких, значительная часть которых если не прямо подчинена судам, то все же подлежит их надзору и дисциплинарной власти: таковы именно нотариусы и адвокаты. А несомненно, что зависимость начальника от подчиненного — самая вредная форма зависимости, извращающая значение служебного отношения и противная интересам службы¹.

В то же время смешанная система не устраняет одного из главных недостатков, присущих избранию судей самими судебными коллегиями, а именно ограниченности числа кандидатов, которые могут быть известны данной коллегии. Несомненно ведь, что недостаточная осведомленность в этом отношении судебных коллегий немного увеличится от участия в избирательном собрании представителей адвокатуры или нотариата, которые могут быть знакомы с деятельностью своих коллег и судей, но не кандидатов на судебные должности. Еще меньше пользы можно ждать в этом отношении от участия делегатов общеполитических учреждений².

Признавая полезным участие в избрании судей как судебных коллегий, так и посторонних судебному сословию избирателей, некоторые авторы предлагали не образовывать смешанных коллегий, а предоставить выбор кандидатов в судьи порознь судебным коллегиям и несудебным собраниям. Так, по проекту депутата Бьенвеню,

¹ *Desjardins*, 572: «Избранный не может надзирать за избирателем... Без сомнения, желательно, чтобы судья жил в хороших отношениях со всеми своими помощниками, но вовсе не желательно, чтобы он был их слугой. А он им будет в девяти случаях из десяти, если станет их креатурой».

² Проект Араго был отвергнут комиссией, в которую его передали, с одной стороны, потому, что предложенные им смешанные коллегии, как не избранные всеобщей подачей голосов, не были бы надлежащим образом уполномочены населением на избрание судей, а с другой стороны, потому, что они не могли бы знать кандидатов в судьи из других округов (*Eslande*, 26).

предложенному французскому парламенту в 1883 г., замещение судебных вакансий должно производиться президентом республики из числа кандидатов, внесенных в три рекомендательных списка, из которых один составляется судебными коллегиями, другой общеполитическими учреждениями, а третий — юристами-практиками данного округа¹. Пико выработал аналогичный проект, устранив от участия в выборах общеполитические собрания, как совершенно чуждые отправлению правосудия².

Но такое видоизменение системы избрания смешанными коллегиями не только не улучшает ее существенным образом, но, наоборот, ухудшает, потому что совместное участие в выборах судебного и постороннего элементов парализует до известной степени присущие каждому из них недостатки; если же они будут действовать порознь, то эти недостатки сохранятся в неприкосновенности. В качестве примера практического осуществления этой системы приводят обыкновенно принятый в Бельгии порядок рекомендации кандидатов на судебские должности, с одной стороны, судебными коллегиями, а с другой — общеполитическими представительными собраниями. Но эта ссылка не совсем верна. Дело в том, что такой порядок применяется в Бельгии только к высшим судебским должностям (членов апелляционных и кассационного судов, председателей и товарищей председателей судов первой инстанции), так что он является, собственно говоря, способом не замещения судебных должностей, а повышения с низших должностей на высшие³. Члены судов первой инстанции и мировые судьи назначаются в Бельгии по усмотрению верховной власти⁴.

V. Выбор судей специальными избирательными собраниями, состоящими из лиц, занимающихся одной и той же профессией или принадлежащих к одному и тому же общественному классу, может быть пригоден только по отношению к специальным судам и применяется к ним в действительности (с. 68—69).

VI. *Назначение судей низшими, подчиненными органами исполнительной власти.* В пользу такой системы может быть приведено только то соображение, что органы местной исполнительной власти (например, губернаторы, градоначальники), зная местных обывателей,

¹ *Eslande*, 27—28.

² *Picot*, 331 ss.

³ Поэтому о нем будет речь в § 19.

⁴ *Eslande*, 247 ss.

способны назначать на судебские должности наиболее подходящих кандидатов.

Зато чрезвычайно веские доводы говорят против этой системы. Во-1-х, судебная власть как олицетворение закона имеет столь важное значение в жизни государства, что предоставить замещение судебских должностей каким-либо низшим органам правительства значило бы ума-лить и унизить ее достоинство. Во-2-х, эта система открывает широкий простор личному произволу местных властей, ставит назначение судей в зависимость от протекции, связей и посторонних влияний. В-3-х, органы местной правительственной власти совершенно некомпетентны в оценке специальной подготовки кандидатов в судьи и способностей их.

Справедливость этих соображений настолько очевидна, что ни в од-ном из культурных государств замещение судебских должностей не пре-доставлено низшим органам правительства и никто из авторов, ис-следовавших начала судоустройства, не высказывался в пользу такого порядка¹.

VII. Назначение центральной властью. Эта система соответствует государственному значению судебной власти и устраняет опасность местных влияний. Но она страдает другого рода недостатком: местные органы правительства еще могут знать кандидатов в судьи хотя бы повер-хностно, с внешней стороны. Но для центральной власти и такое знание недоступно. Ни главе государства, ни министру юстиции безусловно не могут быть известны все кандидаты в судьи. По необходимости раз-вьется система рекомендаций. Если рекомендации будут даваться местными органами власти, то возникнет опасность, что эти органы станут в своих представлениях руководствоваться не действительными достоинствами кандидатов, а разными посторонними соображениями. Если же они будут исходить от каких-либо других лиц, случайно име-ющих доступ к центральной власти, это будет просто безответственное наущничество, не предоставляющее никаких гарантий основательности и добросовестности². Составители Судебных уставов понимали это:

¹ В Италии мировые судьи назначаются старшими председателями апелляционных судов. Но по своей незначительной компетенции и служебному положению итальянские мировые судьи не входят в состав настоящей судебной магистратуры (*Piola-Caselli*, 251).

² «Глава государства, — говорит о Наполеоновом режиме Шарль Конт, — не мог иметь достаточных сведений о лицах, которых можно было бы назначить судьями, и по необходимости должен был следовать советам министра юстиции. Но сам-то ми-нистр разве обладал более обширными сведениями, чтобы делать хороший выбор? Лично он знал, быть может, столько лиц, сколько нужно, чтобы образовать один суд

«Назначение от правительства есть в сущности не что иное, как назначение одним лицом, коему правительство доверяет этот выбор; но чем шире круг действий этого лица, чем большее число лиц предоставлено его выбору, тем для него труднее делается выбор и тем менее оно имеет возможности назначать людей с чувством полной уверенности в хорошем выборе, и потому-то право назначать служащих переходит мало-помалу от главного начальника, коему оно предоставлено по закону, в руки канцелярий и секретарей, т.е. таких лиц, которые, при всей своей добросовестности, не должны бы пользоваться этим правом и при самых лучших намерениях не могут исполнить его с полной уверенностью и убеждением в достоинстве избранных ими органов правительства»¹.

VIII. Назначение центральной властью с ограничением ее усмотрения. Закон может ограничить усмотрение центральной власти при назначении судей, предоставив ей производить выбор только из немногих кандидатов, предлагаемых ей на утверждение. Смотри по тому, кем и каким образом составляются рекомендательные списки кандидатов, эта система принимает различные формы и имеет различное значение. Если представление делается единолично министром юстиции, действующим по своему собственному усмотрению, то это в сущности система назначения по усмотрению центральной власти, смягченная только тем, что верховная власть назначает не того кандидата, который предложен министром юстиции, а одного из нескольких, предложенных им. Если представление делается органом местной власти (например, губернатором) по его усмотрению, то мы имеем систему назначения по усмотрению низшей правительственной власти, опять-таки смягченную наличностью нескольких кандидатов, из которых центральная власть избирает одного. Равным образом, когда представляемые кандидаты предлагаются какими-либо собраниями — общеполитическими, судебными или смешанными, — пред нами разные формы выборной системы тоже в несколько измененном виде. Словом, назначение судей центральной властью с ограничением ее усмотрения во всех указанных формах — не самостоятельная система замещения судебных должностей

первой или второй инстанции... Он должен был почти всегда слепо подписывать приказы о назначении, которые подносились ему куртизанами или его чиновниками. А чиновники тоже могли знать только крайне ограниченное число лиц... Для составления списка кандидатов приходилось в конце концов обращаться к местным людям, а так как граждане не имели прав, а потому считались неблагонадежными, то не оставалось другого выхода, как руководствоваться докладами полицейских агентов» (*Comte*, 33—34).

¹ Основ. начала судоустр. (Учр. суд. уст., с. XIV).

тей, а просто особая модификация других систем, отличающаяся от них тем меньше, чем незначительнее число кандидатов, представляемых центральной власти на выбор. Поэтому достоинства и недостатки этой системы те же, что и каждой из основных систем, к которым она более или менее приближается. Если, например, верховная власть назначает на должность судьи одного из трех кандидатов, представленных министром, то такой способ связан со всеми преимуществами и опасностями назначения по усмотрению министра; если выбор судьи производится из трех кандидатов, предложенных судебной коллегией, то в пользу и против этого способа говорят все соображения, относящиеся к системе избрания судей судебными коллегиями, и т.д.

IX. В одном случае ограничение усмотрения центральной власти придает этой системе самостоятельное значение и выделяет ее из всех других: если назначение производится согласно списку кандидатов, расположенных в порядке их достоинства, определяемого посредством конкурса. В таком случае назначение по усмотрению превращается в назначение по конкурсу. Эта система допускает различные видоизменения, но суть ее состоит в устранении при определении кандидатов в судьи как чьего-либо единоличного усмотрения, так и баллотирования какой-нибудь коллегией и в замене этих страдающих существенными недостатками способов новым, наиболее гарантирующим правильность и объективность оценки сравнительного достоинства кандидатов.

В самом деле, если по окончании практической подготовки при судах кандидаты, получившие хорошие аттестации от лиц, которые руководили их занятиями, подвергаются конкурсному экзамену в комиссии, состоящей из членов судебного ведомства, прокуратуры и профессуры, и вносятся в список в порядке полученных отметок, и если затем назначение на низшие судебские должности производится в порядке списка, то нельзя не признать, что преимущество отдается тем, кто его наиболее заслуживает, и что судебский персонал пополняется самыми лучшими кандидатами.

Против конкурсной системы выставляются два возражения. Одно состоит в том, что конкурсный экзамен уместен там, где нужно сделать оценку теоретических знаний кандидатов, но не пригоден для определения степени служебного опыта, приобретенного кандидатами, а между тем судьи являются как раз «людьми опыта», а не науки¹. Против

¹ Engelhardt, 34.

этого можно отметить, что и степень опытности нетрудно установить посредством экзамена, если только устроить его надлежащим образом, а именно направить не на проверку теоретических знаний кандидатов, а на оценку их практической подготовки, т.е. умения толковать и применять закон, писать судебные доклады и решения и т.д.

Второе возражение заключается в указании на неудобство, которое произойдет в тех случаях, когда подвергаться конкурсному экзамену будут наряду с недавно окончившими университет молодыми людьми старые юристы-практики: первые будут сильнее в теории благодаря свежести полученных в университете знаний, вторые — в практике благодаря продолжительной практической деятельности. Вследствие этого сравнительная оценка достоинства тех и других будет чрезвычайно затруднительна, если даже не невозможна¹. Но и это неудобство легко предотвратить, избавив юристов-практиков с образовательным цензом (университетским дипломом), т.е. бывших судей и адвокатов, от конкурсного экзамена и дав право центральной власти замещать ими некоторое количество судейских вакансий, как это установлено во Франции. Что же касается юристов-практиков без образовательного ценза, то допущение их в ряды судебной магистратуры вовсе не желательно.

Итак, сравнительная оценка всех возможных способов замещения судейских должностей показывает, что наиболее целесообразным из них является назначение судей центральной правительственной властью по конкурсу².

Опыт применения конкурсной системы назначения судей был сделан во Франции министром юстиции Дюфором в 1876 г. и принес, по общему признанию, отличные плоды³. Но через несколько лет последующие министры, не желая расстаться с неограниченным правом назначать судей по своему усмотрению, вернулись к прежнему порядку⁴. В 1895 г. министр юстиции Трарье возобновил на время систему Дюфора⁵. Наконец, в 1906 и 1908 гг. конкурсная система была введена законодательным путем. Кроме Франции, она существует также в Италии и Испании (см. с. 78–79).

¹ *Vavasseur*, 50–51.

² Сторонники этой системы: *Eslande*, 71–72; *Coumoul*, 417 ss.; *Manfredini*, 427 ss., а в нашей литературе: *Анненков* (Суд. газ., 1896, № 14); *Карабегов* (Реформа Судебных уставов, 1889, 200–205) и *Завадский* (Реформа местной юстиции, 1908, 13 и прим. 32).

³ *Picot*, 311 ss.; *Eslande*, 33–35.

⁴ *Picot*, 315.

⁵ *Eslande*, 35–36.

§ 14. ЗАМЕЩЕНИЕ СУДЕЙСКИХ ДОЛЖНОСТЕЙ В РОССИИ

В нашем действующем законодательстве установлены для разных категорий судей различные системы замещения должностей, а именно: 1) избрание судебными коллегиями, соединенное с назначением по усмотрению центральной власти, — для членов окружных судов и палат; 2) избрание представительными органами местного самоуправления — для выборных мировых судей; 3) назначение центральной властью по рекомендации местных властей — для мировых судей в некоторых местностях, для земских начальников и непременных членов губернских присутствий; 4) назначение местной властью — для земских начальников в северо-западных губерниях; 5) избрание населением — для волостных судей; 6) избрание населением, соединенное с назначением центральной властью, — для гминных судей в Царстве Польском; 7) избрание населением, соединенное с назначением местной властью, — для лавников тоже в Царстве Польском и 8) избрание специальными коллегиями, состоящими из купцов, — для председателей и членов коммерческих судов.

1. *Избрание судебными коллегиями, соединенное с системой назначения по усмотрению центральной власти*, введено Судебными уставами для замещения должностей членов окружных судов и судебных палат.

При составлении Судебных уставов вопрос о способе замещения судейских должностей был подвергнут подробному обсуждению. Сравнительная оценка системы выборов судей населением и системы назначения правительством привела составителей Уставов к тому выводу, что «определение судей от правительства представляет более ручательств в хорошем судоустройстве, нежели выборная система, которая никакими законодательными мерами не может быть приспособлена к правильной судебной организации, потому что несовместима ни с осмотрительностью избрания в судьи, ни с самостоятельностью их, ни с судебною карьерою, возможною только при назначении судей не на срочное время, а пожизненно»¹. Отдав, таким образом, предпочтение системе назначения правительством, составители Судебных уставов нашли необходимым принять меры к тому, чтобы назначение судей «не зависело от одного одобрения претендентов лицами, заведующими делами об определении судебных чинов, но предоставляло

¹ Основ. полож. судоустр. (Учр. суд. уст., с. XXIII).

более доступные контролю речательства в основательности избрания». По справедливому мнению составителей, «министру юстиции, сколько бы он ни был деятелен и прозорлив, может быть известна только незначительная часть ближайших к нему судебных чинов... Если же министр станет полагаться на рекомендации, то от этого неминуемо разовьется система протекций, самая фальшивая и вредная из всех систем избрания кандидатов на общественные должности»¹. В качестве корректива к назначению центральной властью было предположено сначала ввести замещение судейских должностей по конкурсу. А именно были спроектированы следующие правила: по открытии вакансии на должность члена окружного суда судебная палата, в округе которой открылась вакансия, объявляет конкурс, в котором могут принять участие лица, удовлетворяющие требуемым для занятия этой должности условиям; конкурс состоит в выдержании устного и письменного испытаний в комиссии, образованной из председателя, прокурора и двух членов данной палаты, а также двух преподавателей правоведения в местном университете или гимназии; выдержавшие испытание вносятся в список в порядке, соответствующем полученным ими баллам; список подлежит представлению Высочайшей власти через министра юстиции, который может, на основании собранных сведений о прежней службе и нравственных качествах кандидатов, рекомендовать одного из них, а если не находит возможным рекомендовать ни одного, то должен объяснить причины этого; если конкурс не состоялся или никто из выдержавших испытание не удостоился утверждения, то министр должен представить на Высочайшее усмотрение двух лично ему известных кандидатов.

Эти правила были отвергнуты ввиду того, что, во-1-х, объявление конкурса, производство испытаний и представление на утверждение кандидатов отняли бы много времени, в течение которого вакантная должность не была бы замещена; во-2-х, производство испытаний отвлекало бы палаты от исполнения своих прямых обязанностей; в-3-х, кандидаты на должность члена суда должны были бы следить за объявлениями о конкурсах и объезжать поочередно судебные палаты, пока им не посчастливилось бы удостоиться избрания; в-4-х, испытательные комиссии без участия профессоров университета, которые имеются не во всех округах палат, не были бы достаточно компетентны; в-5-х,

¹ Объясн. к ст. 213 Учр. суд. уст.

конкурсные испытания не могут удостоверить ни нравственных качеств, ни прежней деятельности кандидатов¹.

Эти соображения были вполне основательны; но стоило сделать в проекте несколько изменений, чтобы они утратили свой вес. Если бы экзамены производились не каждый раз, когда открывается вакансия, а периодически, в определенные сроки, и не во всех палатах, а только в тех, которые находятся в университетских городах, и если бы кандидат, выдержавший экзамен в одной из палат, имел право на занятие судейской должности в округе каждой из них, то все указанные выше неудобства проектированной системы отпали бы. Что же касается невозможности определить посредством экзамена нравственные качества кандидатов и оценить их прежнюю деятельность, то и это можно было устранить, поставив условием для назначения на должность не только выдерживание конкурсного испытания, но и благоприятные отзывы тех судебных учреждений, при которых кандидаты отбывали практическую подготовку и служили в низших должностях. Наиболее существенный недостаток этих правил состоял в предоставляемой ими министру юстиции возможности совершенно парализовать значение конкурсных списков, заменяя внесенных туда кандидатов своими. Конечно, и этот недостаток легко было устранить, ограничив права министра.

Но вместо того, чтобы исправить и улучшить проектированные правила о конкурсных испытаниях, составители Судебных уставов совершенно отвергли их и предпочли ввести систему кооптации. Остановиться на этой системе побудило их то соображение, что «только при таком порядке люди действительно полезные получают возможность заслуженного повышения, преграждая дорогу людям случайным, а высшее управление судебной частью приобретет верные сведения о достойных лицах с речательством самих судов в их благонадежности и знании дела»².

Когда делается вакантной должность члена окружного суда или судебной палаты, общие собрания этих судебных мест выбирают кандидатов из числа лиц, имеющих по закону право занимать такого рода должности (ст. 213 Учр. суд. уст.). Избрание производится открытою подачей голосов (О. с., 1881, № 518). Список избранных кандидатов препровождается министру юстиции (ст. 214), который представляет на Высочайшее утверждение как этих лиц, так и других, по своему

¹ Объясн. к ст. 213 Учр. суд. уст.

² Объясн. к ст. 213 Учр. суд. уст.

собственному усмотрению, с тем, конечно, чтобы они тоже обладали требуемым для занятия вакантной должности цензом (ст. 215).

Эта система страдает двумя существенными недостатками. Во-1-х, кандидаты министра конкурируют с кандидатами судебных коллегий и даже имеют перед ними преимущество благодаря поддержке, которую министр может оказать им при личном докладе Государю. Во-2-х, судебные коллегии не всегда достаточно осведомлены относительно лиц, имеющих право на занятие свободной должности члена суда. На практике обнаружилось, что «в подавляющем большинстве случаев эти коллегии не имеют возможности непосредственно и всесторонне ознакомиться со всеми качествами претендентов на открывшуюся вакансию и принуждены или полагаться на чью-либо личную рекомендацию, или действовать гадательно, на основании сложившейся по слухам репутации избираемого. С деятельностью следователей еще довольно близко знакомы члены уголовных отделений суда, членам же гражданских отделений она вовсе неизвестна, а ведь последние в общих собраниях многих судов дают половину, а иногда и большинство голосов. Со служебной деятельностью городских или мировых судей ни те, ни другие не знакомы вовсе. Вследствие этого при разрешении вопроса, кому из претендентов отдать предпочтение, немаловажную роль играет слепой случай, иногда неожиданная группировка голосов и даже предубеждение, вытекающее из недостаточного знакомства всех избирателей с личностью выбираемого»¹. Комиссия по пересмотру законоположений по судебной части подтвердила, что «недостаток сведений о всех подходящих кандидатах к назначению на судебные должности ощущается как в Министерстве юстиции, так и на местах»².

Однако проект новой редакции Учреждения судебных установлений сохраняет действующий порядок, подвергая его только несущественному изменению. А именно окружные суды избирают ежегодно в своих общих собраниях несколько кандидатов на могущие открыться в предстоящем году вакансии должностей члена суда и участковых судей (ст. 273) и, кроме того, каждый раз, когда открывается такая вакансия, повторяют избрание, причем если выбор остановится не на тех, которые внесены в годичный список, то, представляя министру юстиции своих кандидатов, суды обязаны объяснить, почему они изменили первоначальный список (ст. 274 и 275). Министр юстиции представ-

¹ Трегубов, Самостоятельность суда (Журн. М. Ю., 1905, № 5, 26).

² Объясн. зап., II, 275—276.

ляет на Высочайшее утверждение либо указанных судами кандидатов, либо других лиц, имеющих право на занятие вакантных должностей (ст. 277), в том числе рекомендованных ему старшими председателями палат (ст. 276). Вряд ли, однако, делаемый общими собраниями судов выбор кандидатов улучшится от того, что они будут дважды обсуждать достоинства лиц, с которыми недостаточно знакомы. Неизвестно также, почему признано нужным предоставлять министру юстиции право, которого ему не дали составители Судебных уставов, — право совершенно игнорировать кандидатов, рекомендуемых судами, и представлять на Высочайшее утверждение только своих кандидатов. Благодаря такому расширению власти министра от него будет зависеть подменить систему кооптации системой назначения судей по своему ничем не ограниченному усмотрению.

2. Избрание представительными органами местного самоуправления.

Признав нецелесообразной выборную систему для замещения должностей членов общих судебных мест, составители Судебных уставов сочли ее пригодной для пополнения состава мировых судебных учреждений, ввиду особого характера, который желали придать мировой судебной власти: «...мировых судей предполагается назначать из местных землевладельцев, более или менее известных всем избирателям, и достоинство сих судей не обусловливается такими способностями и познаниями, о которых трудно было бы судить избирателям; почему и выборная система может быть применена к назначению мировых судей без особенных затруднений»¹.

Обсуждая затем вопрос, какая именно форма выборной системы была бы в данном случае более подходящей, составители Уставов нашли, что выборы мировых судей всем населением, по каждому мировому участку отдельно, были бы нецелесообразны по следующим соображениям. Во-1-х, «если бы мировые судьи избирались по участкам, то они были бы судьями для избравших их обывателей только по маловажным делам, которые будут решаться мировыми судьями окончательно; по всем же делам, подлежащим решению съездов мировых судей, ни один обыватель не был бы судим избранным им судьей, так как по правилам гражданского и уголовного судопроизводства у мировых судей те из них, коими дела решаются в участках, не принимают участия в рассмотрении этих дел в мировом съезде». Во-2-х, при выборе судей

¹ Основн. полож. судостр., с. XXIII.

по участкам, а не по целому округу, вряд ли нашлись бы лица, желающие баллотироваться в почетные мировые судьи, так как тогда почетные мировые судьи обратились бы просто в заместителей мировых судей в случае их болезни, отсутствия и т.п. В-3-х, «введение огромного числа собраний, не говоря уже о разных непредвиденных неудобствах беспрестанно повторяющихся собраний, было бы весьма вредно в хозяйственном отношении, отвлекая множество людей от их обычных занятий»¹.

На основании таких соображений составители Судебных уставов предоставили выборы мировых, как участковых, так и почетных, судей уездным земским собраниям, а в столицах — заменяющим эти собрания городским думам. При этом они сами предвидели возражения, которые можно было выставить против избирательных собраний. «Могут заметить, что в составе земских собраний не будут участвовать многие лица, заинтересованные в избрании мировых судей, что эти собрания будут немногочисленны, что сами члены земских собраний могут искать звания мировых судей и таким образом сделают из этого для себя монополию и что земския собрания, созываемые на короткое время, не могут посвятить достаточно времени для избрания мировых судей». Но, возражают они, «все это нисколько не доказывает преимущества выбора сих судей по участкам»². Конечно, не доказывает. Однако, кроме выбора по участкам, возможны и другие способы замещения судебных должностей, так что если система выборов по участкам не лучше, чем система выбора земскими собраниями, то это вовсе не доказывало необходимости остановиться на второй из них. О результатах, к каким она привела на практике, будет сказано в § 31.

Порядок избрания мировых судей таков.

Список лиц, желающих и имеющих право баллотироваться в мировые судьи в земских собраниях, составляется уездным предводителем дворянства по соглашению с городским головою и местными мировыми судьями (ст. 26), сообщается губернатору и публикуется в губернских ведомостях (ст. 29). Приступая к выборам, уездное земское собрание рассматривает сделанные губернатором замечания относительно неправильностей в списке кандидатов, а также жалобы и заявления частных лиц по тому же поводу (ст. 30—32) и, по разрешении всех возбужденных вопросов, баллотирует кандидатов в порядке списка, причем избранными считаются те, которые получили больше избира-

¹ Объясн. к ст. 24 Учр. суд. уст.

² Там же.

тельных, чем неизбирательных голосов (ст. 33). Если число избранных окажется недостаточным (ст. 33) или если в заседание уездного земского собрания явится меньше 12 гласных, то выборы производятся губернским земским собранием (ст. 25). Список избранных в мировые судьи лиц представляется председателем земского собрания на утверждение I Департамента Сената (ст. 37) и одновременно такой же список препровождается местному губернатору или градоначальнику, которые доставляют Сенату свои замечания относительно нравственных качеств и благонадежности избранных лиц (прим. к ст. 37). Сенат, обсудив и проверив эти замечания в связи с заключением министра юстиции, а также рассмотрев жалобы частных лиц на определения земского собрания, касающиеся выборов, и на неправильное производство самых выборов (ст. 39), постановляет определение об утверждении или неутверждении каждого из избранных кандидатов (прим. к ст. 37). В случае недостатка лиц, имеющих право баллотироваться в судьи, недостающее число судей назначается I Департаментом Сената по представлению министра юстиции из лиц, обладающих требуемым возрастным, образовательным и служебным цензом (ст. 38). Этот порядок избрания применяется как к участковым, так и к почетным (не имеющим участка) судьям, причем те и другие избираются на три года (ст. 23).

В столицах и Одессе обязанности земских собраний по избранию мировых судей исполняются городскими думами (ст. 40 Учр.). В Области Войска Донского со времени приостановления действия земских учреждений выборы мировых судей производятся временными окружными избирательными собраниями, которые состоят из гласных, избираемых: 1) окружными землевладельцами; 2) торговым сословием; 3) станичными обществами; 4) сельскими обществами и 5) в Ростовском и Таганрогском округах — гласными от городов. Выборы судей производятся по правилам, аналогичным тем, которые установлены для земских собраний (прил. к ст. 24).

3. *Назначение центральной властью по рекомендации местных властей* применяется по отношению к мировым судьям в некоторых местностях, земским начальникам и непременным членам губернских присутствий.

А. В Киевской, Подольской и Волынской губерниях и в городах Вильне и Астрахани местные власти¹ составляют и препровождают

¹ Списки составляются уездным предводителем дворянства по соглашению с городским головой и местными судьями и сообщаются губернатору, который, по совещании с губернским и уездным предводителями дворянства губернского города и городским

министру юстиции списки лиц, имеющих право быть мировыми судьями и желающих занять такую должность со своим заключением о них. Кроме того, право рекомендовать кандидатов на открывающиеся вакансии мировых судей принадлежит также мировым съездам. Но министру юстиции предоставлено право, при недостатке соответственных кандидатов в списках, назначать и других лиц, обладающих требуемым образовательным цензом (прим. к ст. 40² Учр.)¹.

Судебными уставами 1864 г. были введены только выборные мировые судьи. Применение к институту мировых судей системы назначения начало производиться позже, по мере того, как действие Судебных уставов распространялось на местности, где они первоначально не были введены. Замена выборного начала системой назначения мотивировалась различно: то отсутствием в этих местностях земских учреждений, которыми должно было производиться избрание мировых судей², то разными местными и временными обстоятельствами, как например, «чрезвычайным разнообразием степени гражданского развития многочисленных племен, входящих в состав Кавказского и Закавказского края»³, то принципиальным соображением о преимуществе системы назначения в том случае, когда имеется достаточное число кандидатов с юридическим образованием⁴.

Б. Земские начальники назначаются министром внутренних дел из числа кандидатов, представленных ему губернатором по соглашению с губернским и местным уездным предводителями дворянства (ст. 13–15 Пол. учр., зав. кр. д.).

В. Непременные члены губернских присутствий избираются губернатором по совещании с губернским предводителем дворянства и утверждаются Высочайшими приказами по Министерству внутренних дел (ст. 99 Пол. учр., зав. кр. д.).

4. Система назначения по усмотрению центральной власти установлена: а) по отношению к мировым судьям в прочих местностях, где не применяется выборное начало; б) по отношению к городским судьям и в) по отношению к сенаторам.

головой этого города, представляет списки с заключением этого присутствия через генерал-губернатора министру юстиции. В Астрахани эти списки составляются особым временным комитетом (п. 1 прил. к ст. 40² Учр. суд. уст.).

¹ Мировые судьи Астрахани назначаются Высочайшей властью (там же, п. 5).

² Учр. суд. уст., изд. Шрейбера, 433.

³ Там же, 437.

⁴ Там же, 481–482.

А. Назначение мировых судей производится по усмотрению министра юстиции (ст. 438, 447, 461¹, 505, 560, 607, 625, 649 Учр. суд. уст.). Но в некоторых случаях министр обязан предварительно сноситься с местными властями, а именно варшавским генерал-губернатором (ст. 505 Учр.), кавказским и туркестанским наместниками (ст. 447, 461¹, 653).

Б. Городские судьи назначаются министром юстиции по его усмотрению (ст. 6 Прав. устр. суд. ч.).

В. Сенаторы кассационных департаментов назначаются по непосредственному усмотрению Государя (ст. 216 Учр. суд. уст.).

5. *Назначение местной властью* введено при распространении законов 12 июля 1889 г. на Виленскую, Гродненскую и Ковенскую губернии, где право назначать земских начальников передано генерал-губернаторам, которым кандидаты на эти должности представляются губернаторами (ст. 16 Пол. учр., зав. кр. д.)¹.

6. *Избрание населением* допущено законом по отношению к волостным судьям, которые избираются волостными или сельскими сходами (ст. 115 и 180 Общ. полож. о крест., ст. 8 Вол. суд. уст. Прибалт. губ.). В местностях, где введены земские начальники, судьи избираются в двойном количестве: из восьми избранных земский начальник утверждает в должности судей четырех, а остальных четырех назначает кандидатами к судьям.

7. *Избрание населением, соединенное с назначением по усмотрению центральной власти*, практикуется по отношению к гминным судьям в Царстве Польском: они назначаются министром юстиции из выбранных гминами кандидатов или же из других лиц (ст. 488 Учр.).

8. *Избрание населением, соединенное с назначением местной властью под контролем центральной*, установлено для лавников в Царстве Польском, которые избираются гминами и утверждаются, «при неимении к тому препятствий», губернатором по соглашению с прокурором, а если соглашение не состоится, то вопрос представляется на разрешение министра юстиции (ст. 487 Учр. и прим.).

9. *Избрание специальными избирательными собраниями, соединенное с назначением правительством*, употребляется при пополнении состава коммерческих судов. Оценка этого способа относится к области науки торгового процесса².

¹ По прод. 1906 г.

² Новейший труд по этому предмету: *Шершеневич*, Курс торгового права, т. IV, 1912, § 176—181.

§ 15. ГАРАНТИИ ПРАВИЛЬНОГО ОТПРАВЛЕНИЯ ПРАВОСУДИЯ

Рациональный способ пополнения судейского персонала обеспечивает хороший личный состав судей, начинающих служение правосудию. Но этого мало. Необходимо еще поставить судей в такие условия деятельности, чтобы они не утрачивали, а, наоборот, свободно проявляли и дальше развивали те качества, которые открыли им доступ к судейской карьере и которые необходимы для правильного отправления правосудия. В частности, служебное положение судей должно быть таково, чтобы, во-1-х, позволяло им сохранять полное беспристрастие; во-2-х, обеспечивало правильное разрешение ими дел; в-3-х, побуждало к ревностному исполнению своих обязанностей и дальнейшему усовершенствованию в трудном искусстве отправления правосудия и, в-4-х, побуждало к поддержанию достоинства своего высокого звания.

1. Судейское беспристрастие может быть вернее всего обеспечено следующим способом: нужно обставить судей так, чтобы они не имели никакой побудительной причины оказывать предпочтение одному из тяжущихся вопреки требованиям справедливости и чтобы они могли свято исполнять закон без вреда для своих личных житейских интересов¹. Не вводить во искушение – вот лучшее средство удержать от греха. Конечно, человек сильной воли и твердых нравственных принципов устоит и пред большим соблазном. Но дело в том, что ввиду многочисленности судейского персонала, необходимого для удовлетворения потребности граждан в скорой юридической помощи, нельзя рассчитывать, что ряды его будут пополняться только выдающимися людьми. Напротив, выдающихся людей мало; не их должен иметь в виду законодатель. «Законы и государственные учреждения существуют именно для того, чтобы можно было обходиться без героев»², и задача судоустройства состоит в том, чтобы «поставить среднего человека в такие условия, которые давали бы ему возможность наиболее приблизиться к идеалу судьи»³.

¹ Menger, System, 210–211.

² Безобразов, Мировые учреждения (Рус. вести, 1862, № 2, 557).

³ Михайловский, 96; Кони, Нравственные начала в уголовном процессе (Журн. М. Ю., 1902, № 1, 11).

Desjardins, La magistrature élue (Revue de 2 Mondes, 1882, 1 août, 550): «Человек вообщее думает прежде о себе, а потом о государстве; между тем от судьи как раз требуется, чтобы он раньше думал о государстве, чем о себе. Так как от него требуют этого усилия,

Первым и главным условием в этом отношении является независимость судей. Она избавляет судью от страха за свою судьбу в случае постановления решения, неугодного лицу, так или иначе заинтересованному в исходе дела, и делает его недостижимым для какого бы то ни было воздействия посредством угроз либо обещаний.

Но независимость судьи имеет еще и другое значение: она служит могучим побудителем к ревностному выполнению служебного долга, нравственно возвышает и придает энергию судье. «Несказанно высокое наслаждение доставляет судье твердое и непререкаемое сознание, что единственными его руководителями и начальниками являются закон и собственная совесть; это сознание ежедневно, ежечасно исполняет отрадою его тяжелый труд, поднимает его нравственно и творит в нем, внутри его, ответственную гарантию, несравненно могущественнейшую, нежели та, о которой заботится внешняя, бюрократическая субординация, пригодная лишь в администрации»¹.

Судейской независимости угрожает опасность с двух сторон: а) со стороны органов государственной власти и б) со стороны частных лиц, в особенности тех, которые обращаются к суду за защитой своих прав. С обеих этих сторон судебская независимость должна быть ограждена достаточными гарантиями.

А. Для ограждения независимости судей от других органов государственной власти нужно, чтобы судьи не были подчинены этим органам, чтобы они составляли совершенно особое ведомство. В этом состоит принцип *самостоятельности судебной власти*, представляющий собою одну из сторон принципа разделения властей. Но так как судьи могут попадать в зависимость от других органов власти в тех случаях, когда они одновременно служат и по другим ведомствам, то для полного осуществления самостоятельности судебной власти необходимо воспретить судьям занимать какие-либо должности на государственной или общественной службе, т.е. принцип самостоятельности суда должен быть дополнен принципом *несовместимости* судебской службы со всякою иной.

Но этого еще недостаточно, так как, не подчиняясь посторонним органам власти, судьи могут находиться в служебной зависимости от высших органов судебного ведомства (министра юстиции, Сената

то нужно дать ему возможность проявить его, поставить его в такое положение, чтобы он был в состоянии сделать это усилие».

¹ Обнинский, Местная юстиция и общие суды (Рус. мысль, 1896, № 12, 97); Кони, 19.

и т.п.). Поэтому представляется необходимым, чтобы служебная карьера судей не обуславливалась усмотрением высших органов судебного ведомства. Говоря точнее, нужно, чтобы удаление от должностей, перевод на другие, судейские же должности, повышения, чинопроизводство, награждение орденами, наложение взысканий, чтобы все это происходило на основании справедливой оценки действительных заслуг или прегрешений судей, а не было результатом чьего-либо произвола. Это можно назвать принципом *обеспеченности судейской карьеры*. Поскольку он относится к увольнению и перемещению судей, его именуют принципом несменяемости.

Далее, для более верного предотвращения всякого лицепрятия со стороны судей желательно, чтобы в разрешении каждого дела участвовало несколько судей как одновременно, так и последовательно, т.е. чтобы дела разрешались не отдельными судьями, а судебными коллегиями и чтобы решение, постановленное судьями одной инстанции, могло быть проверено судьями другой, высшей инстанции. Первое достигается принципом *коллегальности*, второе — *инстанционной системой*.

Б. Зависимость судьи от частных лиц может проявляться прежде всего в том, что судья находится с ними в каких-либо обязательных отношениях, т.е., иначе говоря, состоит на частной службе, управляя делами одного из тяжущихся или вообще служа у него по найму. Устранить эту форму зависимости можно распространением принципа несовместимости на всякую частную службу.

Далее, судья может быть стеснен в своей свободе действий близкими — родственными, деловыми и т.д. — отношениями к одной из тяжущихся сторон. Во избежание лицепрятия с его стороны нужно, чтобы он не участвовал в разбирательстве таких дел и чтобы стороны имели право отводить его. Этой цели удовлетворяет институт *устранения и самоустранения судей*.

Наконец, мотивом к постановлению неправильного решения может служить для судьи желание получить от одной из сторон материальное вознаграждение (взятку). Чтобы удержать судей от нарушения беспристрастия по такой причине, необходимо, с одной стороны, назначить строгое наказание за взяточничество и вообще за неправосудие из корыстных видов, а с другой стороны, поставить судей в столь обеспеченное материальное положение, чтобы у них не было настоятельной надобности в посторонних доходах.

2. Правильное разрешение дел судьями обеспечивается надлежащей теоретической и практической их подготовкой, усердным исполнением служебных обязанностей, одновременным и последовательным участием в производстве нескольких судей, т.е. принципом коллегиальности и инстанционной системой, и, наконец, рациональной организацией судопроизводства.

3. К усердному исполнению служебного долга судьи могут быть побуждаемы, с одной стороны, надеждой на улучшение своего служебного положения, а с другой стороны, опасением ответственности за нерадение, но в обоих случаях только при том условии, если награды и взыскания назначаются по действительным заслугам, а не по произволу начальства: иначе судьи станут заботиться не о надлежащем выполнении своих обязанностей, а о приобретении благоволения начальства. Другими словами, необходима рациональная организация судейской карьеры и ответственности. Кроме того, немалое значение имеет контроль общества, который возможен в том случае, когда отправление правосудия совершается публично, т.е. когда в процессе проведен принцип гласности.

4. В видах поддержания судьями достоинства своего звания нужно воспретить им такие занятия, которые считаются обществом предосудительными, и установить ответственность за неблагоприятные поступки. Первое достигается применением принципа несовместимости ко всяким не пользующимся уважением занятиям, а второе — распространением дисциплинарной ответственности за пределы служебной деятельности — на поведение судей и в частной жизни.

Итак, гарантиями беспристрастного и правильного отправления правосудия служат:

- 1) самостоятельность судебной власти (§16);
- 2) обеспеченность судейской карьеры, а именно: а) несменяемость (§ 18), б) рациональная система повышений (§ 19) и наград (§ 20), в) несовместимость (§ 21), г) рациональная система надзора и ответственности (§ 27 и 28), д) материальная обеспеченность (§ 22);
- 3) коллегиальное устройство судов (§ 23);
- 4) инстанционная система (§ 24—25);
- 5) устранение и самоустранение судей от участия в разрешении дел, в которых они лично заинтересованы;
- 6) принцип гласности и вообще рациональная организация порядка судопроизводства.

В такой последовательности перечисленные гарантии правильного отправления гражданского правосудия и подлежат изложению. Только институт устранения и самоустранения судей, относящийся к участию судей в разрешении отдельных определенных процессов, удобнее включить в главу о компетенции судебных учреждений, а принцип гласности, как и другие основные принципы процесса, — рассмотреть при изложении искового судопроизводства.

§ 16. САМОСТОЯТЕЛЬНОСТЬ СУДЕБНОЙ ВЛАСТИ¹

I. Судьи не в состоянии сохранять полного беспристрастия при разборе дел, зная, что если их решения возбудят неудовольствие какого-либо органа государственной власти — потому ли, что он является стороной в процессе, или потому, что находится в близких отношениях к одному из тяжущихся, — то могут лишиться места или подвергнуться иным неприятностям по службе. Чтобы оградить судебскую независимость, необходимо предоставить отправлению правосудия особой системе органов, совершенно отделенной от других органов государственной власти и не подчиненной им.

В этом состоит принцип самостоятельности судебной власти. Он представляет собою проявление принципа разделения властей. Какое бы значение ни придавать этому последнему принципу — понимать ли его в смысле действительного разделения государственной власти на три обособленные и друг друга уравновешивающие власти² и счи-

¹ *Ворошилов*, Критический обзор учения о разделении властей, 1871; *Трегубов*, Самостоятельность суда (Журн. М. Ю., 1905, № 5); *Арсеньев*, Вопрос о слиянии властей на низшей ступени государственного управления (Вестн. Евр., 1886, № 12); *Эсмен*, Общие основания конституционного права, перев. Дерюжинского, 1898, 231 и сл.; *Еллинек*, Общее учение о государстве, 2-е изд., 1908, гл. 18; *Коркунов*, Русское государственное право, I, 1909, § 38, 39; *Лазаревский*, Лекции по русскому государственному праву, I, 1908, 22 и сл.

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

Aubin, Die Entwicklung der richterlichen Unabhängigkeit im neuesten deutschen und oesterreichischen Rechte, 1906; *Fuzier-Hermain*, La séparation des pouvoirs 1880 (в приложении № 3 приведены взгляды разных французских писателей по этому вопросу); *Saint-Giron*, Essai sur la séparation des pouvoirs, 1881; *Delpesch*, Quelques remarques de droit comparé sur les moyens d'assurer en pratique l'indépendance des juges vis-à-vis du pouvoir (Revue de droit publ., 1907, XXIV t., No. 1). См. также сочинения, указ. на с. 61—62.

² Таково было, как известно, мнение творца теории разделения властей — Монтескье (De l'esprit des lois, l. XI, ch. IV).

тать судебную власть равноправной с законодательной¹ или же ставить судебную власть вместе с административной в подчинение законодательной², видя в ней либо особую власть, либо только отрасль административной власти, во всяком случае принцип разделения властей в применении к суду означает устранение органов законодательной и административной властей от вмешательства в отправление правосудия — как прямого, в форме разрешения или перевершения судебных дел, так и косвенного, в форме начальственного влияния на судей³. Истинное значение принципа разделения властей состоит именно в том, что «власти, признаваемые различными, должны иметь органы не только различные, но и независимые один от другого — в том смысле, что ни одна из этих властей не может по своей воле сменить орган другой власти. Здесь-то, в этой взаимной несменяемости, и лежит активное и благотворное начало»⁴. Поэтому принципу самостоятельности судебной власти нисколько не противоречит назначение судей на должности административной властью (министром юстиции), если только

¹ В Соединенных Штатах Америки, где теория Монтескье нашла наиболее полное осуществление, суды не подчинены законодательной власти, а имеют право контролировать ее деятельность, проверяя, соответствуют ли новые законы, хотя бы изданные в установленном порядке, Конституции 1787 г., и если находят, что не соответствуют, то не применяют их (*Hershey*, Die Kontrolle über die Gesetzgebung in den Vereinigten Staaten von Nord-America, 1894, Abschn. II; *Эсмен*, 242, 268—269; *Picot*, 170; *Еллинек*, 454).

² Таков основной догмат современной теории правового, или конституционного, государства. *Лазаревский*, 37—38; *Гессен*, Теория правового государства (Вестн. Пр., 1905, № 1, 115): «Правильно понимаемое обособление властей ничего общего с разделением властей не имеет. Такое обособление требует отделения правительственной и судебной власти от законодательной не для того, чтобы их поставить рядом с нею, а для того, чтобы их подчинить ей; оно требует подзаконности правительственной и судебной власти. В этом и только в этом своем значении начало обособления властей должно быть рассматриваемо как краеугольный камень западноевропейского конституционализма». Ср. *Аншиоц*, Юстиция и администрация (Журн. М. Ю., 1896, № 8, 71).

³ Даже те писатели, которые считают судебную власть отраслью административной, признают необходимость поставить судей в совершенно независимое положение. Гарсоннэ, который придерживается такого именно мнения, сам же замечает, что не будет «настаивать на этом знаменитом, но лишенном практического значения споре, при условии согласия с двумя пунктами: 1) что судебная и административная власти должны быть разделены и 2) что иерархия, соединяющая судебную и административную власти, не препятствует предоставить магистратам несменяемость, необходимую ради независимости их функций» (I, 14). Ср. *Михайловский*, 51, прим. Не отражалось различие между этими воззрениями и на положительном законодательстве, как показывает история Франции (*Эсмен*, 375).

⁴ *Эсмен*, 242—243.

дальнейшая судебская карьера — повышения по службе, награды, наказания и увольнение от должности — уже не зависят от усмотрения министра, т.е. если «разрывается связь между судьей и назначившим его на должность»¹. Точно так же не уничтожается самостоятельность суда и в том случае, если на судей возлагаются некоторые административные обязанности, лишь бы только исполнение их не ставило судей под контроль и в подчиненность административной власти. Так, отнесение к компетенции судебных учреждений взимания судебных пошлин не может подорвать независимости судей.

II. Необходимость обособления и независимого положения судебных учреждений всегда признавалась основным условием правильногоправления правосудия. «Идея независимости судей от власти, — по верному замечанию проф. Михайловского, — красною нитью проходит через всю историю культуры, начиная от той клятвы, которую давали судьи в Древнем Египте, — не повиноваться незаконным приказам царя² — до известного ответа французских судей королю: «Государь, суд постановляет приговоры, но не оказывает услуг», до гордой фразы, зарегистрированной недавно: «Английского судью не просят ни о чем»»³.

Обособление судебных учреждений в самостоятельную группу органов государственной власти началось в государствах Западной Европы очень давно. Народы нового мира получили в наследство от римлян выработанную систему частного права и вместе с тем принесли с собой свое обычное право и свои суды, как народные, так и феодальные. Все эти элементы юридического правопорядка не были созданием государственной власти и в первое время, при слабости ее, не подлежали ее воздействию. По мере развития государственности отправление правосудия стало приобретать значение функции государственной власти; но судебные учреждения, отчасти в силу установившихся традиций, отчасти благодаря сознательному воздержанию государственной власти сохранили относительную независимость. Сами носители верховной власти не могли не понимать, что независимый суд необходим для обеспеченности правового порядка, для внушения гражданам уважения к законам и к издающей их власти, для воспитания в них чувства законности. Поэтому некоторые из наиболее проницательных

¹ Fuzier-Hermain, 296; Эсмен, 270.

² Согласно Статуту Эдуарда III английские судьи приносили аналогичную присягу (Piola-Caselli, 123—124).

³ Михайловский, 102.

монархов добровольно отказывались от вмешательства в отправление правосудия и запрещали тяжущимся обращаться к себе с жалобами на суды¹. Однако эта независимость не могла быть ни полной, ни достаточно обеспеченной, так как, при сосредоточении всей власти в руках монарха, она обуславливалась лишь его доброю волей².

Только с введением конституционного устройства самостоятельность суда могла получить реальное значение: во Франции со времени Великой революции, в германских государствах позже и неодновременно, сначала в южных государствах, потом (в середине XIX в.) в Пруссии, а затем в Австрии³.

III. В России принцип самостоятельности судебной власти был последовательно осуществлен только Судебными уставами 1864 г. Хотя попытки поставить суды в независимое положение делались и раньше, начиная с Петра Великого⁴, но они не доводились до конца, и судебная власть не только не была отделена от административной, но даже подчинялась ей, и притом в области как верховного, так и низшего местного управления. Это обстоятельство объяснялось общим строем дореформенной жизни. Вот что говорят по этому поводу составители Судебных уставов: «Смешение властей было отчасти неизбежным

¹ Иногда в очень энергичной форме. Так, в Пруссии Фридрих Вильгельм I грозил повесить без пощады, рядом с собакой, каждого, кто посмеет обратиться к нему с жалобой на решенное судами дело (*Гессен*, 105).

² *Лазаревский*, 47—49. Во Франции сохранению независимости судов содействовала система продажности должностей (см. § 18).

³ *Aubin*, 14—16. Статья 1 Германского устава судоустройства гласит: «Судебная власть принадлежит независимым, подчиненным только закону судам». В ст. 6 австрийского Основного закона 1867 г. сказано: «Суды самостоятельны и независимы в отправлении своих судебных обязанностей». Во Франции независимость судебной власти не раз провозглашалась сменявшими друг друга конституциями, но в действующих конституционных законах о судебной организации ничего не говорится. Однако разделение властей проведено в постановлениях законодательства по частным вопросам (*Эсмен*, 276—277; *Garsonnet*, *Précis*, 8—12).

⁴ Петром I, воспротивившим было (в 1719 г.) воеводам вмешиваться в судебные дела; Екатериной II, которая в Учреждении о губерниях 1775 г. отделила судебные места от губернских правлений, оставив, однако, судей в подчинении наместникам; Николаем I, Указом 1837 г. ограничившим точными пределами вмешательство губернаторов в судебные дела. Петр Великий, подобно Фридриху Вильгельму I, строго запретил жаловаться на окончательные судебные решения: «В случае же неудовольствованные челобитчики от своей неразумной продерзливости и оного Сената правосудием не удовольвуются, потом им уже больше никуда своего челобитья не иметь; и кто дерзнет о том же Его же Величеству бить челом, и тот смертному осуждению повинен будет» (П.С.З., № 3261, п. 5).

последствием крепостного состояния. Помещичьи крестьяне в лице своего владельца имели администратора, хозяина, судью и исполнителя им же постановленных решений. Эти крестьяне почти не пользовались гражданскими правами, а потому и не было никакой надобности в учреждении такого суда, который, по близости своей к их месту пребывания и по самым формам своих действий, мог бы разбирать взаимные их споры, из немногих и самых ничтожных гражданских прав истекавшие. Помещик не только заменял для них гражданский суд, но имел право налагать на своих крестьян некоторые, даже довольно строгие, наказания. Такое смешение властей в быту крестьян помещичьих по необходимости должно было отразиться и в учреждениях крестьян других ведомств: у них власти хозяйственные и полицейские в силу самой необходимости сделались вместе и судебными... При таком смешении властей в отдельных управлениях оно необходимо должно было проникнуть и в общее управление Империи, и потому все административные власти, начиная от станowego пристава до губернатора и даже до министров, соединяя в себе разнородные обязанности, вмешивались в силу самого закона в ход судебных дел и тем самым, ослабляя истинное значение суда, останавливали правильное исполнение правосудия»¹. «Губернское начальство... ревизовало находящиеся в губернии судебные места; от него зависела аттестация о службе чинов судебного ведомства, представление их к наградам, наложение на них легких взысканий по службе и предание их уголовному суду. Губернское начальство утверждало в должностях и даже определяло многих чинов судебного ведомства. Следствием всего этого судебные чины в губернии, а с тем вместе и самые судебные установления находились в большой зависимости от губернского начальства и почти в прямом у него подчинении»². Вполне прав был поэтому Катков, когда выразился, что до реформы 1864 г. «суды были только придатком администрации»³.

¹ Объясн. к ст. 2 Уст. гр. суд.

² Объясн. к ст. 249 Учр. суд. уст. До каких чудовищных размеров доходило на практике вмешательство администрации в судебные дела, видно из следующих примеров. Петербургский генерал-губернатор приказал, по жалобе одного из недовольных решением коммерческого суда тяжущихся, арестовать всех членов суда, а губернатор Архангельска, вызвав к себе председателя судебной палаты, внушал ему, как надо разрешить какое-то дело, а в качестве наиболее веского аргумента хотел было пустить в ход палку, но председатель поспешил спастись бегством (*Гессен*, 13).

³ *Джанишев*, Из эпохи, 471.

Признавая, что «самостоятельность судебных мест в решении дел и ответственность за нарушение предписанных в законе правил и за всякую неправду суть необходимые условия правильного устройства судебных учреждений» и что «всякое подчинение судебного места лицу или месту правительственному, ослабляя высокое значение суда, ограничивает право его применять законы беспристрастно, не смотря на лица и не внимая ничьим требованиям и предложениям, как то предписано в ст. 64 т. I Свода законов основных»¹, составители Судебных уставов провозгласили в ст. 1 Основных положений судоустройства принцип самостоятельности суда: «Власть судебная отделяется от исполнительной, административной и законодательной».

Осуществляя этот принцип, составители Судебных уставов предоставили судебную власть особой системе органов (ст. 1 Учр. суд. уст.) и построили ее в виде пирамиды, вершину которой образовал Сенат, наблюдающий «в качестве верховного кассационного суда за охранением точной силы закона и за единообразным его исполнением всеми судебными установлениями империи» (ст. 5 Учр.). Благодаря этому общегражданские суды получили полную самостоятельность и образовали одну цельную систему. Однако полное объединение и обособление органов судебной власти с изданием Судебных уставов еще не было достигнуто, так как остались неприкосновенными различные специальные суды, в организации которых принцип разделения властей не был проведен и которые вследствие этого находились в большей или меньшей зависимости от посторонних ведомств (Министерства внутренних дел, духовного ведомства и пр.). Задачей дальнейших реформ было приведение этих судов путем соответствующих изменений в связь с системой общегражданских судов. Но вместо этого законодательство сделало резкий шаг назад — в сторону смешения судебной и административной властей: в 1889 г. мировые судьи были заменены во внутренних губерниях земскими начальниками, городскими судьями и уездными членами окружных судов. Уездная юстиция сосредоточилась главным образом в руках земских начальников, которые являются чиновниками Министерства внутренних дел, исполняют вместе с судебными также и административные функции и находятся в прямом подчинении у губернаторов. К каким последствиям привело это нарушение принципа самостоятельности судебной власти и каким

¹ Объяснение к ст. 2 Учр. суд. уст.

образом должны быть преобразованы органы местной юстиции, будет изложено ниже (см. § 31).

§ 17. Суд присяжных

Существует мнение, что наилучший способ создать вполне независимый суд состоит в том, чтобы предоставить выполнение судебной функции судьям, избираемым самим населением на короткое время, т.е. ввести институт присяжных заседателей, принесший благодетельные результаты в применении к уголовным делам. Возможность распространения его и на гражданские дела доказывается лучше всяких теоретических рассуждений тем обстоятельством, что он возник первоначально именно в области гражданского процесса¹, в течение многих веков существовал и по настоящее время удержался в Англии, откуда перешел в Соединенные Штаты и английские колонии².

Но введение суда присяжных не разрешает вполне проблемы судебской независимости, ибо не устраняет необходимости создания постоянных государственных судей, все-таки нужных для предварительной подготовки дел, для председательствования в заседаниях суда присяжных и для разрешения целого ряда дел, которые нельзя отнести к ведению присяжных либо ввиду их маловажности, либо потому, что они должны быть разрешаемы на основании формальных доказательств.

Кроме того, с принципиальной точки зрения целесообразность применения суда присяжных в гражданском процессе представляется чрезвычайно спорной. В то время как одни считают его наисовершеннейшей формой суда и полагают, что он есть «тот идеал, к которому рано или поздно приблизится и гражданский суд»³, другие, наоборот,

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

² Он введен также Конституцией 1826 г. в Португалии, но только в качестве не обязательного, а факультативного. На практике он редко применяется, так как тяжущиеся предпочитают обращаться к обыкновенному коронному суду (*Leske und Loewenfeld*, Rechtsverfolgung, I, 257).

³ *Муромцев*, Суд и закон в гражданском праве (Юрид. В., 1880, № 11, 392). Подобное же мнение высказывали другие, например *Jeanvrot* (II, 90: «мировая сделка, третейский суд и суд присяжных — вот три столпа судебной организации будущего»); *J. Simon* (*Liberté politique*, 1881, 192: «будущее юстиции заключается в двух словах: присяжные, люди практики, и судьи отвлеченного права») и др.

находят, что он неуместен в гражданском процессе, так как «способен поколебать правовой порядок» и повести за собой «упадок настоящей юриспруденции»¹.

В пользу первого мнения выставляются те же доводы, какими оправдывается существование суда присяжных в уголовном процессе², а именно: присяжные не зависят от правительственной власти; они лучше коронных судей знают бытовые условия, в которых возникли подлежащие их разбору дела, так как сами принадлежат к той же среде; лучше знают также тяжущихся и свидетелей, а потому могут вернее оценить их показания; они более впечатлительны как свежие люди и живее воспринимают фактический материал дел; они относятся к делам с большим вниманием и интересом, понимая, что нынешние тяжущиеся могут оказаться завтра в роли присяжных, а они сами — в роли тяжущихся; они свободны от всякой профессиональной, вырабатываемой долгим упражнением рутины, от всяких предвзятых механических приемов и шаблонов и лучше улавливают индивидуальные особенности каждого случая; наконец, благодаря непосредственному участию в отправлении гражданского правосудия создается благотворительная связь между законом и гражданами: население знакомится с действующим правом и в то же самое время получает возможность проводить в жизнь через посредство судебных решений и свои юридические воззрения³.

Против введения суда присяжных тоже приводится целый ряд соображений. Из них главное, чаще всего повторяемое состоит в том, что в гражданских делах очень трудно, если даже не совершенно невозможно, отделить фактическую сторону от юридической, факт от права, а так как присяжным как неспециалистам может быть предоставлено разрешение одних только вопросов факта, то, следовательно, в гражданском

¹ *Азаревич*, Судостроительство, I, 43; Правда в гражд. процессе (Журн. гражд. пр., 1888, № 1, 2); *Иеринг*, Цель в праве, I, 404.

² См. курсы уголовного процесса, а также соч. Миттермайера (Законодательство и юридическая практика, 1804, § 14 и 15).

³ Защитниками суда присяжных в гражданском процессе являются: *Comte*, 79 ss., 103 ss.; *Дюмон* (у *Бентама*, 168 и сл., 172 и сл.); *Meyer*, VI, ch. 25; *Jeanvrot*, II, 15–57; *Favre*, 86–99; *Jousserandot*, 60 ss., 119 ss., 143, 149 ss., 173; *Malpeyre*, 223–227; *Engelhardt*, 30 ss.; *Saglier*, De l'application du jury en matière civile, 1870; *Simon*, La liberté politique, 1881, 189 ss.; *Токвилль*, Демократия в Америке, II, 1860, 170; *Bar*, *Brunner*, *Menger* (Die Zulässigkeit neuen thatsächlichen Vorbringens in den höheren Instanzen, 1872, 120 ff.) и многие другие. Мнения разных авторов приведены у *Jeanvrot* (II, 15 ss.).

процессе для их деятельности мало или даже вовсе нет места¹. Но это возражение неосновательно. Как справедливо заметил Дюпор, отделить факт от права трудно, но судить без этого отделения — невозможно. Ведь деятельность суда состоит именно в подведении конкретных фактических случаев под общие и отвлеченные нормы права, а судебное решение представляет собою не что иное, как силлогизм, в котором большая посылка — нормы права, а малая — фактические обстоятельства данного дела. Далее, обязанностью судьи, председательствующего в заседании суда присяжных, является отделить фактическую сторону дела и выразить ее терминами обыденной речи, понятными каждому. Это умели делать римские магистраты, умеют делать английские и американские судьи. Следовательно, это вполне возможно.

Гораздо больше значения имеют другие возражения. Несомненно, что привлечение граждан к участию в отправлении гражданского правосудия ляжет на них тяжелым бременем ввиду многочисленности судебных процессов. Требовать от частных лиц безвозмездного выполнения этой повинности вряд ли возможно; вознаграждать за нее — было бы затруднительно для казны. Далее, для простых и легких дел суд присяжных — слишком громоздкое и медленно действующее учреждение; для сложных и запутанных — недостаточно подготовленное и не приспособленное к тщательному и глубокому исследованию процессуального материала. Затем, решения постановляются присяжными по внутреннему убеждению, без мотивировки, а потому правильность их не может быть проверена. Отсюда вытекает полная бесконтрольность их действий. А между тем присяжные не всегда способны к беспристрастной оценке даже фактической стороны дел; они могут быть недостаточно развиты в умственном отношении, могут находиться под влиянием разных предвзятых мнений, общественных и классовых предрассудков. В то же время у них отсутствует сознание корпоративной чести, ибо они не составляют особой корпорации².

¹ *Азапович*, I, 40—41; *Rousset*, 20—21; *Bethmann-Hollweg*, I, 70; *Glasson*, La justice en Angleterre et en Franco (Rev. du dr. publ., 1895, No. 1, 63—64) и др. Наиболее обстоятельно развил это соображение в Учредительном собрании Троншэ, мнение которого приведено в статье *Буцковского*, О постановлении вопросов и порядке собирания голосов при решении дел (Журн. М. Ю., 1860, т. 6, нояб., 243—244).

² К числу противников суда присяжных в области гражданского правосудия принадлежат: *Бентам*, 159 и сл.; *Bordeaux*, ch. XXII; *Garsonnet*, I, § 43; *Picot*, 232 ss.; *Rousset*, 20 ss.; *Manfredini*, 398 ss.; *Helbronner*, 12; *Mittermaier* (Arch. civ. Pr., 31 B.); *Brauer* (ibid., 44 B.); *Kisch*, 142—148; *Азапович*, I, 40—43; *Peters*, Das englische bürg. Streitverfahren und die

Все эти соображения заставляют признать, что участие присяжных в отправлении гражданского правосудия может быть полезно в странах с достаточно культурным населением, в котором развиты сознание гражданственности и правовое чувство, и где народ привык принимать участие в общественных делах¹.

§ 18. НЕСМЕНЯЕМОСТЬ СУДЕЙ²

I. Принцип разделения властей обеспечивает самостоятельность и независимость судебной власти, взятой в целом как совокупности органов, отправляющих правосудие. Но он не гарантирует независимости каждого отдельного судьи, который может опасаться, что в случае, если его деятельность не понравится высшим органам своего ведомства, которым он подчинен (министру юстиции или каким-либо иным), то он может лишиться своего места. Пока такое опасение возможно, в беспристрастии судей нельзя быть уверенным. Чтобы устранить это,

deutsche Zivilprozessreform, 1908, 49 ff.; *Delpech*, Quelques remarques de droit comparé sur les moyens d'assurer en pratique l'indépendance des juges vis-à-vis du pouvoir (Rev. du dr. publ., 1907, No. 1, 70 ss.) и др.

¹ Юристы тех стран, где суд присяжных применяется в гражданских делах, расходятся во мнениях относительно его достоинств (*Rüttimann*, X ss.; *Franqueville*, II, 668 ss.; *Glasson*, op. cit.). Статистика свидетельствует, что в Англии число дел, передаваемых сторонами на разрешение присяжных, уменьшается. Так, в судах графств было разобрано с участием присяжных в 1891 г. 1505 дел, а в 1905 г. только 843. В 1901 г. во всей Англии присяжные были призваны к участию в разрешении всего 2148 дел (*Stein*, Zur Justizreform, 1907, 11). В Соединенных Штатах суды присяжных употребляются в гражданских делах чаще, но функционируют хуже, чем в Англии, вследствие того, что председателиствующие в них судьи и ведущие дела адвокаты не стоят на такой высоте, как английские (*Nerinx*, L'organisation judiciaire aux Etats-Unis, 1909, 295 ss.).

² *Анциферов*, К учению о несменяемости судей по Суд. уст. 20 ноября 1864 г. (Журн. гражд. пр., 1884, № 9, перепеч. в его «Сборнике статей», 1898); *Завадский*, Несменяемость судьи и его независимость (Труды Каз. юрид. общ. 1903 г., изд. и отдельно, 1904); *Палаузов*, Судебная реформа во Франции (Журн. гражд. пр., 1882, кн. 7); *Тальберг*, Несменяемость судей во Франции (Юрид. Вестн., 1883, № 1); *Филитов*, I, гл. III; *Фойницкий*, I, § 89–91; *Тальберг*, I, § 81–83.

Pirard, Inamovibilité de la magistrature et la nécessité de la maintenir, 1879; *Pelletan*, La magistrature (без означения года, против несменяемости, по поводу проекта Беранжэ); *Martin-Sarzeaud*, Recherches historiques sur l'inamovibilité de la magistrature, 1881; *Desjardins*, Etudes sur l'inamovibilité de la magistrature, 1880; Inamovibilité de la magistrature dans l'ancienne France, 1880 (содержание этого сочинения изложено в Журн. гражд. пр., 1881, кн. 31); *Jeanvot*, I, l'inamovibilité; *Carisch*, De l'inamovibilité de la magistrature, 1909; *Manfredini*, 441 ss. См. также сочинения, указанные на с. 61–62.

есть одно средство: несменяемость судей. Она состоит в том, что судья не может быть, без собственного желания или судебного приговора, ни удален от занимаемой им должности, ни перемещен на низшую или равную должность, ни оставлен за штатом без содержания.

Обыкновенно несменяемость судей усматривают лишь в том, что судья, однажды назначенный на должность, не может быть удален по чьему-либо распоряжению, а сохраняет право оставаться в ней, пока не будет лишен его по приговору суда. Но для того, чтобы судейская независимость была вполне ограждена, необходимо предотвратить возможность обходов принципа несменяемости, понимаемого в столь узком смысле. Такие обходы вполне возможны, во-первых, в виде перемещения судьи с занимаемой им должности на другую — низшую или хотя и равную, но в другой местности, что иногда может представлять для судьи такие неудобства, которые заставят его предпочесть выход в отставку¹. Другой способ избавиться от формально несменяемого судьи состоит в том, чтобы упразднить занимаемую им должность, оставить его за штатом, а затем в случае надобности вновь учредить ту же должность, но заместить ее уже другим лицом. Так как иногда упразднение должностей представляется необходимым в интересах государства, если, например, число судей в известном округе оказывается превышающим действительную потребность в них, и так как законодательная власть не может отказаться от права уничтожать излишние должности, то для обеспечения судейской независимости достаточно постановить, что судья, в случае упразднения его должности, должен быть либо назначен на равную должность, либо оставлен за штатом с сохранением своего содержания впредь до нового назначения на такую же должность². Поэтому принцип несменяемости должен быть сформулирован шире³.

Из определения несменяемости видно, что она вовсе не означает полнейшей безответственности судей. Она только устраняет произвол из судейской карьеры, разрывая связь между судьей и тем, кто его назначил⁴. Судья получает независимость, но ответственность с него вовсе не снимается: только он отвечает не в административном порядке, а по суду. Этим-то *моментом суда* и отличается положение

¹ Piola-Caseli, 336—337.

² Фойницкий, I, 246—247.

³ Carich, 3.

⁴ Fuzier-Hermain, 296.

судьи несменяемого от сменяемого»¹. Какой это суд — уголовный или дисциплинарный — вопрос второстепенный: важно лишь, чтобы это был «суд» в строгом смысле слова, т.е. удовлетворяющий всем требованиям рационального судоустройства².

Практическое значение несменяемости очевидно. Она ставит судью вне сферы влияния лиц, власть имущих, дает ему «мужество противостоять просьбам и угрозам, откуда бы они ни исходили, поражать виновных, как бы высоко они ни стояли, и слушаться только голоса своей совести»³. «Несменяемость нужна для самого судьи — как охрана, для тяжущегося — как гарантия; она необходима для достоинства управления, для святости закона»⁴. «Без нее, — как выразился Жюль Фавр, — судья — не судья, а агент министерства»⁵.

II. Принцип несменяемости судей был раньше всего провозглашен в Испании (в 1442 г.), а затем в Германии (в 1495 г.), где после

¹ *Завадский*, 5.

² Там же, 8—9.

³ *Garsonnet*, I, 207.

⁴ *J. Simon*, *La liberté politique*, 1881, 185.

⁵ *Favre*, 101. Чрезвычайно картинно и ярко изобразил значение несменяемости Роайе-Колляр: «Когда власть, назначая судью от имени общества, приглашает гражданина занять эту выдающуюся должность, она говорит ему: «Орган закона, будь, как он, бесстрашен. Все страсти будут трепетать вокруг тебя, твоей души пусть они никогда не смутят. Если, по моему ли собственному заблуждению, благодаря ли влияниям, от которых мне самой было бы вредно вполне обеспечить себя, у меня вырвутся несправедливые приказания, — не слушайся моих повелений, сопротивляйся моим прельщениям, противостой моим угрозам. Пусть при входе в суд в глубине твоего сердца не останется ни боязни, ни надежды. Будь бесстрашен, как закон!» Гражданин отвечает: «Я — только человек, а ты требуешь от меня сверхчеловеческого. Ты слишком сильна, а я слишком слаб; я паду в этой неравной борьбе. Ты не захочешь признать тех поводов к сопротивлению, на которые сейчас сама мне указываешь, и накажешь меня за это сопротивление. Я не могу постоянно быть выше самого себя, если ты не защитишь меня сразу и от себя, и от тебя. Излечи же мою слабость. Избавь меня от страха и от надежды. Пообещай, что я сойду с судейского места только тогда, когда будет доказано, что я изменил обязанности, которую ты на меня налагаешь». — Власть колеблется: в природе власти медленно отказываться от своего произвола. Наконец, она, убедившись на опыте в истинных своих выгодах и покоряясь все растущей силе обстоятельств, говорит судье: «Ты будешь несменяем». Таковы происхождение и мотивы, история и теория принципа несменяемости, принципа абсолютного, которого нельзя изменить, не уничтожив его, который гибнет целиком при малейшем ограничении... к которому стремится каждое общество, еще не получившее его, и которого не упускает ни одно общество, если оно еще не впадо в рабство, принцип, наконец, который всегда подвергался и подвергается угрозам со стороны нарождающейся тирании и уничтожается тиранией всемогущей» (цит. у *Picot*, 70—72).

этого неоднократно подтверждался, но в действительности ни там, ни там осуществлен не был. Практическое применение он получил во Франции, где с половины XV в. французские короли, желая создать себе прочный оплот для борьбы с феодалами в сословии юристов и в чиновничестве, одаряли их разными привилегиями, в том числе несменяемостью. Впервые Людовик XI постановил в Ордонансе 1467 г., что королевские чиновники могут быть удаляемы со службы только в случае нарушения ими служебного долга (*forfaiture*). Затем принцип несменяемости укрепился во Франции благодаря развившейся системе продажи должностей. Нуждаясь в деньгах для военных предприятий, французские короли стали продавать государственные должности, которые получили вследствие этого характер частной собственности, не подлежавшей отчуждению со стороны правительства. Во время революции система продажи должностей была уничтожена; вместе с нею была признана несоответствующей выборному началу замещения судебных должностей и несменяемость.

Вскоре принцип несменяемости был восстановлен и впоследствии подтверждался почти всеми позднейшими французскими конституциями. Это обстоятельство не мешало, однако, правительству постоянно нарушать судебскую несменяемость. После каждого почти политического переворота восторжествовавшая и достигшая власти партия немедленно начинала так называемое очищение судебного персонала, удаляя судей иного политического направления и заменяя их своими единомышленниками¹.

В текст действующей ныне Конституции 1875 г. принцип несменяемости не внесен, но все-таки считается сохраняющим силу, так что когда в 1883 г. правительству понадобилось приостановить на три месяца его действие, чтобы удалить судей, недостаточно преданных республиканскому образу правления, то был издан с этой целью специальный закон². По действующему законодательству члены общих судов могут быть смещаемы или перемещаемы только в следующих случаях: 1) по достижении предельного возраста (75 лет для членов Кассационного суда и 70 лет для прочих судей); 2) при упразднении должности и 3) по постановлению общего собрания Кассационного суда: а) за проступки, б) при необходимости перемещения ради пользы службы и в) в случае тяжкого и неизлечимого недуга. Для мировых

¹ Палаузов, 85 и сл

² Carisch, 18–19, 35; Эсмен, 287.

судей не установлено предельного возраста, а увольнение или перемещение в низший класс может быть производимо по постановлению особой комиссии, состоящей из генерального прокурора, трех членов Кассационного суда и трех директоров департамента Министерства юстиции. Члены коммерческих судов, избираемые купеческими условиями на два года, пользуются в течение срока своей службы несменяемостью, подчиняясь дисциплинарной власти министра юстиции и апелляционных судов¹.

В Германии принцип судейской несменяемости получил практическое осуществление значительно позже: только в XIX в., хотя неоднократно признавался как имперским, так и партикулярными законодательствами. Лишь в начале XIX в. южногерманские государства, под влиянием проникших через Францию идей английского судоустройства, установили судейскую независимость. За ними последовала Пруссия в середине столетия (Констит. 1859 г.) и одновременно с нею Австрия, где, впрочем, окончательное признание независимости и несменяемости судей было сделано только в Конституции 1867 г.²

По действующему Германскому уставу судоустройства судьи назначаются пожизненно (§ 6) и могут быть увольняемы, временно устраняемы и переводимы на другие места только по приговору суда, постановленному при наличии указанных в законе причин и при соблюдении предписанного порядка производства (§ 8). В случае изменения организации судов или судебных округов Министерство юстиции подлежащего государства имеет право перевести судью в другой суд или оставить за штатом с сохранением полного содержания (§ 8). Члены германского Имперского суда подлежат только уголовной ответственности за преступления по службе, означенные в Уголовном кодексе: никакой дисциплинарной власти над ними нет. Даже в том случае, когда уголовный суд приговорил члена Имперского суда к позорящему наказанию или к тюремному заключению свыше года, виновный может быть уволен от должности не иначе как по постанов-

¹ *Garsonnet*, Précis, No. 39, 40; *Carisch*, 45—47. Сходные с французскими постановления действуют в Бельгии и Италии. Наиболее существенные отличия состоят в том, что в Бельгии несменяемость распространяется на всех судей, даже на низших, а в Италии ею начинают пользоваться судьи после трех лет службы и, кроме того, допускается перемещение судей в другие округа по распоряжению Министерства юстиции, на основании заключения комиссии из членов и прокуроров Римского кассационного суда (*Piola-Caselli*, 199 ss., 335 ss.; *Mattirolo*, Istituz., No. 34).

² *Aubin*, 6 ff.

лению общего собрания суда (§ 128). Наряду с этими постановлениями сохраняют, однако, силу существующие в отдельных германских государствах дисциплинарные законы, которыми судебская несменяемость в значительной степени ограничивается. Так, по прусским дисциплинарным законам 1851, 1856 и 1879 гг. судья может быть удален от должности по приговору дисциплинарного суда, и притом не только в случае нарушения судебных обязанностей, но и тогда, когда он своим образом действий либо при исполнении обязанностей, либо вне его показал себя недостойным того уважения и доверия, каких требует его должность.

Затем, судьи могут быть перемещаемы в случае возникновения между ними свойства и увольняемы с пенсией, когда утрачивают способность к исполнению своих обязанностей по причине телесных и душевных недугов. В последнем случае их увольнению предшествует особое производство вроде того, какое установлено в этих же случаях по отношению к членам Имперского суда¹. Сходные постановления относительно перемещения и увольнения судей в дисциплинарном порядке действуют и в других германских государствах (Баварии, Саксонии и др.)², а также в Австрии, с той разницей, что здесь министру юстиции принадлежит право переводить судей в другие округа на время не свыше шести месяцев и перемещать из одного суда в другой в пределах того же округа³.

В Англии несменяемость судей возникла позже, чем на континенте, но утвердилась гораздо прочнее. Впервые при Вильяме III постановлено в 1700 г., что судьи не могут быть удалены от должности, пока они «себя хорошо ведут» (*quamdiu se bene gesserit, during good behaviour*), и что увольнение их производится не иначе как по постановлению обеих палат, утвержденному королем, т.е., значит, специальным законом. Однако несменяемость и этим законом не была еще вполне обеспечена, так как считалось, что со смертью короля все судьи утрачивали свои должности и должны были сызнова назначаться новым королем. Так обстоял вопрос до 1760 г., когда Георг III, вступив на престол, предложил парламенту признать, что судьи назначаются пожизненно. Немедленно был издан соответствующий закон, который окончательно утвердил

¹ Aubin, 27 ff.; Kade, 227–229.

² Aubin, 32 ff.; Kade, pass.

³ Aubin, 41 ff.

судейскую несменяемость, чем вызвал в народе всеобщий восторг¹. Этот статут сохранил силу до настоящего времени, но он не распространяется на судей графств, которые могут быть смещаемы лордом-канцлером, чему, впрочем, еще не было примера². В Швейцарии члены Союзного суда подлежат увольнению только по приговору уголовного суда, но такого случая тоже еще не бывало³. В Соединенных Штатах федеральные судьи могут быть устранимы от должностей лишь в том случае, когда палата депутатов возбудила против них обвинение в государственной измене, взяточничестве или ином важном преступлении и когда сенат осудил их⁴. До сих пор было четыре случая возбуждения такого преследования против судей, причем два случая окончились осуждением⁵.

Против принципа несменяемости выставляются разные возражения; но они основываются по большей части на недоразумениях и неправильном представлении о сущности этого принципа⁶. Так, говорят, что несменяемость не в состоянии улучшить состав судов и сделать плохих судей хорошими, упуская из виду, что она введена не для улучшения личных качеств судей, а для обеспечения их независимости, дающей им возможность сохранять беспристрастие. Многие смешивают несменяемость с безответственностью⁷, другие — с отсутствием служебной карьеры и движения по службе⁸. Наконец, высказывалось даже мнение, что несменяемость несовместима с тем или другим образом правления: во Франции ее считали не согласующейся с республиканской формой правления⁹, в Соединенных Штатах — с действительным народовластием¹⁰, а у нас — с монархическим принципом¹¹. Уже диаметрально проти-

¹ *Бентам*, 68, прим.; *Franqueville*, I, 383—384.

² *Franqueville*, 403.

³ *Ulrich*, Die Bestellung der Gerichte in den modernen Republiken, 1904, 74—75.

⁴ *Ib.*, 37 ff.

⁵ *Ib.*, 40; *Nerinx*, 27, 81.

⁶ *Manfredini*, 442 ss.

⁷ *Pelletan*, 9: «Несменяемость — не что иное, как безответственность. Безответственность означает безнаказанность, а безнаказанность всегда служит поощрением ко всему дурному, скрывающемуся в человеке». Ср.: *Бентам*, 69—71; *Jeanvrot*, II, 60.

⁸ «Какое безумие, — восклицает Луи Блан, — сделать судью несменяемым! Видя, что все вокруг меняется, тогда как он неподвижен, он может вообразить, что принадлежит к иной расе, нежели граждане, которые обращаются к нему с просьбами, но никогда не будут его судьями» (*Desjardins*, 9).

⁹ Указания см. у *Picot*, 102.

¹⁰ *Ulrich*, 47.

¹¹ Указ. у *Завадского*, 9—10.

воположность этих мнений ясно свидетельствует об их ошибочности. И в самом деле, несменяемость судей может существовать всюду, где возможен независимый суд, т.е. она совместима со всякой формой правления, основанной на принципе закономерности.

Единственное, действительно серьезное возражение против принципа несменяемости состоит в том, что он заставляет терпеть на службе таких судей, которые утратили трудоспособность вследствие одряхления. Но это неудобство нетрудно устранить: нужно приравнять дряхлость к болезни и распространить на судей, потерявших способность выполнять свои обязанности вследствие дряхлости, те правила, которые установлены для случаев потери судьями трудоспособности по причине тяжких болезней. Принцип несменяемости этим не будет нарушен, если только поставить увольнение судей в зависимость не от усмотрения министра юстиции, а от постановления коллегиального органа власти, самостоятельного и действующего беспристрастно. Таким органом может быть общее собрание того суда, к которому принадлежит потерявший трудоспособность судья, или общее собрание высшего суда, или даже дисциплинарный суд, если он правильно организован.

Наиболее компетентна в вопросе о трудоспособности судьи та коллегия, к составу которой он принадлежит. «Сам суд, на месте, лучше знает, кто еще может работать и как велика его рабочая сила, опыт, запас знаний и нравственного влияния на коллегия; сами члены суда непосредственно заинтересованы в том, чтобы не возлагать на отдельных членов работу непосильную, которую пришлось бы нести способным и работающим взамен одряхлевших и обленевшихся: никто себе не враг, и коллегия не так-то легко согласится на оставление на службе бесполезного члена»¹. Если даже судебная коллегия проявит чрезмерную снисходительность по отношению к своему потерявшему трудоспособность члену², то в этом тоже не будет большой беды, ибо в таком

¹ Даневский, 66.

² Во Франции по Закону 1824 г. вопрос о неспособности судей продолжать исполнение своих обязанностей по причине тяжких и неизлечимых недугов разрешался апелляционными судами. Закон 1883 г. возложил эту функцию на Кассационный суд вследствие того, что апелляционные суды проявляли излишнюю снисходительность по отношению к своим членам и членам судов первой инстанции, об увольнении которых возбуждалось производство (*Carisch*, 65–67). Нельзя не заметить, однако, что Кассационный суд не может располагать достаточными сведениями о деятельности всех членов судебного ведомства и судить о пригодности или непригодности их к управлению служебных обязанностей.

случае, значит, прочие члены ее согласны работать за своего коллегу и принимают на себя ответственность за надлежащее качество работы.

По отношению к судьям, потерявшим трудоспособность вследствие дряхлости, возможно прибегнуть еще к одной мере с целью побудить их к выходу в отставку: установить предельный возраст, по достижении которого каждый судья подлежит увольнению. Эта мера имеет ту хорошую сторону, что наперед определяет момент, когда судья обязан оставить службу, вследствие чего отставка не застает его врасплох и он имеет возможность подыскать себе заранее другое занятие и вообще урегулировать свои дела¹.

Но, с другой стороны, установление общего и неизменного предельного возраста страдает тем же недостатком, который присущ всякому общему сроку: произвольностью. Дряхлость наступает не у всех в одни и те же годы. Гладстон, Бисмарк, Тьер, Моммзен и многие другие сохраняли полное обладание своими умственными способностями и трудоспособность до глубокой старости², а иные люди уже в 40 лет являются негодными к работе инвалидами. Далее, житейский и служебный опыт, приобретаемые с годами, особенно важное значение имеют как раз в судейской профессии, которая требует навыка в применении права, знания жизни и людской психологии. Помимо того с годами охлаждаются страсти и приобретается душевное равновесие, столь необходимое для судьи. «Старик менее отзывчив на злобу дня, более объективен и очень часто более принципиален». Его присутствие в коллегии вносит спокойствие в обсуждение дел и внушает гражданам доверие и уважение к ней³. Поэтому, вводя предельный возраст для судей, законодатель рискует лишить правосудие наилуч-

¹ «Многие из судей, — говорит Пико, — даже среди членов Кассационного суда удовлетворялись бы такою мерой, как отмена 70-летнего предельного возраста и сохранение для всей магистратуры однообразного возраста в 76 лет. Они утверждают, что всякий закон, возлагающий на судей тягостную миссию объявлять неспособным одного из своих коллег, останется мертвой буквой; что необходимо установление общего правила, независящего от человеческой слабости: что на склоне лет исполнение ежедневных обязанностей должно уступить место размышлениям более высокого порядка; что между обыденными тревожениями и концом жизни необходимо углубление в самого себя; что если сам человек не в силах принудить себя к этому, то закон должен назначить срок; что если этот срок одинаков для всех, то ему будут подчиняться без выражения неудовольствия» (*Picot*, 354).

² *Кони*, Предельный возраст судей (Журн. М. Ю., 1894, № 3, перепеч. в его сборнике «За последние годы», 1896, 525–526).

³ Там же, 536.

ших его жрецов. Французские писатели свидетельствуют, что Закон 1852 г., установивший предельный возраст, привел к весьма вредным последствиям. «Зло, которое причинено им магистратуре, — говорил министр юстиции Беранже, — неизмеримо. Он лишил ее наиболее чтимых светочей; разнуждал алчность; породил скандальные явления чересчур быстрых успехов и преждевременных повышений, глубоко подорвал уважение к старости»¹.

Ввиду этого либо вовсе не следует устанавливать предельного возраста, либо, установив его, все-таки каждый раз представлять на разрешение общего собрания данной судебной коллегии вопрос о потере трудоспособности судьей, достигшим этого возраста². Само собою понятно, что этот вопрос должен быть разрешаем закрытым голосованием.

Предельный возраст установлен в некоторых западноевропейских государствах: во Франции — 75-летний для членов Кассационного суда и 70-летний для членов прочих судов; в Италии — общий 75-летний возраст; в Бельгии — 70-летний для судей первой инстанции, 72-летний — для членов апелляционных судов и 75-летний — для членов Кассационного суда; в Пруссии, Баварии, Саксонии, Бадене и других немецких государствах — 65-летний. При этом в некоторых странах судьи, достигшие предельного возраста, могут быть увольняемы по усмотрению министра юстиции (во Франции, в Италии)³, в других — по определению апелляционного или высшего суда (в Баварии⁴,

¹ Favre, 61. «Из судебного ведомства, — писал знаменитый парижский адвокат Оди-лон Барро, — удалили всех старых судей подобно тому, как в лесной чаще вырубают старые деревья, чтобы дать жизнь и свет молодым. К этому применяют термин, употребительный в армии: облегчить движение. Но цель совершенно не была достигнута. В то время как старые судьи, осужденные на смерть в определенный день, обескураженные, деморализованные, уже задолго до срока стали более чем небрежно относиться к исполнению обязанностей той карьеры, в которой для них уже не было будущности, наряду с ними появилась пылкая молодежь, высчитывающая с нетерпением и ожидающая осуществления шансов на повышение, которое ей обещал роковой закон... Ах, если бы в то время, когда я имел честь выступать перед всеми этими маститыми магистратами Кассационного суда — Генриом де Панси, Гандоном, Карно, Лапаньи и другими, которые все уже перешагнули за 80 лет и запечатлевали свои решения столь великим авторитетом именно вследствие своей долголетней опытности, если бы мне сказали, что наступит день, когда их могут изгнать из святилища, как признанных неспособными, я возопил бы о кошунстве» (Barrot, 78–79).

² Дановский, 66. Ср. Manfredini, 200.

³ Garsonnet, 42; Piola-Caselli, 340.

⁴ Kade, 132–133.

Бельгии¹), в третьих — по постановлению Дисциплинарного суда (в Саксонии², Пруссии, Бадене³).

IV. Составители Судебных уставов 1864 г. хорошо понимали важное значение несменяемости. В мотивах к ст. 243 они говорят: «Самостоятельность судей, избранных с осмотрительностью, есть, без всякого сомнения, одно из надежных ручательств в правильном совершении правосудия, а потому и одно из главных условий хорошего судоустройства. Дела судебного ведомства касаются важнейших интересов частных лиц: их гражданской жизни, чести и достояния; в делах этого рода могут быть нередко заинтересованы, или непосредственно, или в качестве покровителей подсудимых и тяжущихся, лица, сильные по своему положению в обществе: поэтому судьи должны быть поставлены в положение сколь возможно более независимое; для достижения сей цели и постановлена настоящая статья». Согласно этой (243) статье председатели, товарищи председателей и члены судебных мест не могли быть ни увольняемы, ни переводимы из одной местности в другую начальством без их согласия. Увольнению они подлежали только: 1) по приговору уголовного суда (ст. 243); 2) в случае неявки на службу в течение месяца по назначении на должность (ст. 224, 228); 3) в случае неисполнения своих обязанностей по болезни более года (ст. 229) и 4) в случае личного задержания за долги, объявления несостоятельным должником или присуждения в уголовном порядке к какому-либо наказанию (ст. 295, 296). Постановление об увольнении делалось в последнем случае Общим собранием кассационных департаментов Сената (ст. 295), а во втором и в третьем случаях — начальством по определению общего собрания того суда, членом которого данный судья состоит (ст. 228–230), причем эти определения могли быть обжалуемы в общее собрание высшего суда (ст. 231). В дисциплинарном порядке судьи подлежали только предостережениям (ст. 264), а после

¹ В Бельгии судьи по достижении предельного возраста обязаны подать в отставку, если же они не сделают этого в течение месяца по получении соответствующего предложения со стороны председателей апелляционного или кассационного судов, то вопрос об их увольнении разрешается по отношению к членам кассационного суда — общим собранием этого суда, а по отношению к прочим судьям — общим собранием апелляционного суда по ознакомлении с письменным объяснением судьи, о судьбе которого идет речь (*Piola-Caselli*, 199–200).

² В Саксонии распоряжение министра юстиции об увольнении судьи может быть обжаловано в Дисциплинарный суд при апелляционном суде (*Kade*, 261).

³ *Aubin*, 29–30; *Kade*, 108.

трех в течение года предостережений предавались уголовному суду (ст. 293).

Строгое и последовательное проведение принципа несменяемости в Судебных уставах 1864 г. поставило русских судей на высокую степень независимости¹. Но не прошло и четверти века, как был сделан законодательством решительный шаг назад. Закон 1885 г. учредил Высшее дисциплинарное присутствие и предоставил ему право увольнять и перемещать чинов судебного ведомства, по предложению министра юстиции, как за упущения по службе, так и за противные нравственности или предосудительные поступки вне службы (ст. 295²). Дисциплинарное присутствие составляется из первоприсутствующих кассационных департаментов, всех сенаторов соединенного присутствия первого и кассационных департаментов и четырех сенаторов кассационных департаментов, назначаемых ежегодно по представлению министра юстиции (ст. 119⁴). По истребовании объяснения от обвиняемого судьи Дисциплинарное присутствие может либо уволить его от должности, либо переместить на равную должность в другую местность (ст. 295²). Как состав Дисциплинарного присутствия, так и порядок разбирательства не представляют достаточных гарантий основательности и беспристрастия приговоров. А именно в состав этого присутствия входят, во-первых, сенаторы I Департамента, не пользующиеся несменяемостью и назначаемые на год по докладу министра юстиции, и, во-вторых, четыре сенатора кассационного департамента, назначаемые на такой же срок и в том же порядке, так что министр юстиции имеет полную возможность влиять на состав Дисциплинарного присутствия. Что же касается самого производства, то оно негласно, происходит в отсутствие обвиняемого и не подлежит обжалованию. Этому же Дисциплинарному присутствию предоставлено разрешение вопроса об увольнении судей, подвергшихся в уголовном порядке какому-либо наказанию (ст. 295), и о временном устранении их в случае привлечения к суду за преступления, не относящиеся к службе и влекущие за собой тюремное заключение или более строгое наказание (ст. 295¹).

Еще до издания Закона 1885 г. принцип несменяемости судей подвергся ограничению в некоторых частях России. А именно при введении новых судов в Закавказье (в 1866 г.) министру юстиции было

¹ Единственный недостаток этих правил — отсутствие указания относительно положения судьи в случае упразднения его должности. В этом пункте была оставлена возможность обхода принципа несменяемости, чем министерство и пользовалось на практике.

предоставлено право делать изятия из принципа несменяемости по отношению к членам общих судебных мест, каждый раз с Высочайшего разрешения (ст. 448 Учр. суд. уст.), а при судебной реформе в Царстве Польском (в 1876 г.) было постановлено, что судьи делаются несменяемыми по истечении трех лет службы в должностях не ниже судебного следователя и товарища прокурора (ст. 528 Учр.). Когда предстояло преобразование судебных учреждений в Сибири, Министерство юстиции проектировало установить там такое же ограничение принципа несменяемости, какое существовало в Закавказье. Но Государственный Совет отверг это предположение, признав, что нет никакого основания делать изятие из «коренного начала Судебных уставов» и что «видеть судей в положении возможно независимом не только желательно, но совершенно необходимо именно в Сибири, где вследствие издавна укоренившихся привычек имеют место сторонние влияния в самых широких размерах»¹.

Основываясь на этом взгляде Государственного Совета, министр юстиции возбудил в 1898 г. вопрос об отмене ограничений принципа несменяемости в Закавказье и Царстве Польском², что и последовало в действительности: ст. 528 была отменена, а из ст. 448 Учр. исключена последняя часть.

Итак, в настоящее время принцип несменяемости формально признан по отношению ко всем членам общих судебных мест повсюду, где действуют Судебные уставы 1864 г. Но в действительности он легко может быть нарушаем благодаря тому, что судьи подлежат перемещению и увольнению по постановлениям Высшего дисциплинарного присутствия, которое ни по своему составу, находящемуся в зависимости от министра юстиции, ни по применяемому порядку производства не представляет достаточных гарантий беспристрастия.

V. При составлении Судебных уставов предполагалось ввести предельный возраст и определить его в 75 лет. Но затем было признано нужным исключить такое правило, «тем более что оно в некотором отношении имеет вид как бы наказания за то, что должностное лицо достигло известного возраста на службе»³. Так как никаких иных постановлений относительно увольнения дряхлых судей в Уставах тоже нет, то старческое одряхление может служить у нас причиной увольнения

¹ Журн. Госуд. Сов., 6 апр. 1896, № 63 (привед. у Шрейбера, 522).

² Шрейбер, 441–442.

³ Объясн. к ст. 226 Учр. суд. уст.

судьи только в том случае, если препятствует ему являться на службу в течение более года (ст. 229).

Законами 1900 и 1902 гг. восполнен пробел в Уставе по вопросу о положении судей, оставляемых за штатом. А именно постановлено, что в случае упразднения должностей судьи либо переводятся на вакантные должности в другие судебные места, либо увольняются, либо оставляются за штатом. При этом соблюдается такой порядок. Членам судебного места, в котором сокращается число должностей, делается запрос о желании быть переведенными, уволенными или оставленными за штатом. Если никто не изъявит желания, то выбор производится министром юстиции. Уволенный или оставленный за штатом судья имеет право получить двухлетний оклад жалования, а если он прослужил не менее 10 лет, то и пенсию в таком размере: за службу от 10 до 20 лет — треть оклада жалования, за службу от 28 до 30 лет — $\frac{2}{3}$, а свыше 30 лет — полный оклад (ст. 231¹⁻⁴).

Что касается других категорий судей, то мировые судьи и председатели верхних крестьянских судов (в Прибалтийских губерниях) в вопросе о несменяемости приравнены к членам окружных судов (ст. 71, 72, 76, 264, 270 Учр. суд. уст.). Изятие сделано для Закавказья, где мировые судьи подлежат перемещению в дисциплинарном порядке (ст. 454 Учр.); для Прибалтийских губерний, где от министра юстиции зависит их увольнение (ст. 582, 565); для Царства Польского и Сибири, где министру предоставлено право как увольнения, так и перемещения их (ст. 511, 628, 652), причем в Царстве Польском министр обязан действовать по соглашению с варшавским генерал-губернатором.

Городские судьи тоже приравнены к членам окружных судов, но с существенным отступлением: они могут быть увольняемы министром юстиции, согласно постановлениям консультации, учрежденной при Министерстве юстиции (ст. 7 Прав. устр. суд. ч.) и состоящей из чиновников министерства и обер-прокуроров департаментов Сената (ст. 770 Учр. мин.).

Из прочих судей в наиболее благоприятном положении в лучшем даже, чем члены общих судебных мест, находятся волостные судьи в Прибалтийских губерниях. Они могут быть «исключаемы из службы и отрешаемы от должности только по приговору уголовного суда» (ст. 62 кн. 1 Вол. суд. уст.), а также в случае объявления их несостоятельными должниками и предания суду или осуждения за преступление, влекущее за собою наказание не ниже тюремного заключения (ст. 63).

Волостные судьи в местностях, где введены земские начальники, временно устраняются от должностей земскими начальниками (ст. 62 Полож. о зем. нач.), а удаляются — уездным съездом (ст. 98 того же Полож.). В прочих местностях, где действует Общее положение о крестьянах, волостные судьи увольняются от должностей сходами (ст. 194 Общ. пол. крест.).

Гминные судьи и лавники в Царстве Польском подлежат увольнению по усмотрению министра юстиции (ст. 497 Учр. суд. уст.).

В совершенно исключительное положение поставлены у нас сенаторы. Кассационные департаменты Сената входят в состав Сената, а не судебных учреждений (ст. 114 и сл. Учр. суд. уст.). О дисциплинарном надзоре за ними и об ответственности их в судебных уставах ничего не говорится, а в Учреждении Правительствующего Сената сказано, что «если бы паче чаяния кто-либо из сенаторов при исполнении его должности преступил пределы установленного порядка, то министр юстиции обязан донести о сем Императорскому Величеству» и что «сенаторы за преступление должности судятся в кассационных департаментах Сената, в судебном их присутствии» (ст. 247, 248). Случаев предания сенаторов суду не бывало, но увольнение без прошения случилось.

Проект новой редакции Учреждения судебных установлений, оставаясь принципиально на точке зрения закона 1885 г., вводит некоторые улучшения в деталях, но по существу ухудшает положение судей. Так, представление об увольнении судьи по причине неявки его на службу в месячный срок или неисполнения судейских обязанностей по болезни более года делается уже не общим собранием данного судебного места, а только Дисциплинарным присутствием его, состоящим из председателя и товарищей председателя подлежащего судебного места (проект, ст. 27 и 52). Высшее же дисциплинарное присутствие заменено просто соединенным присутствием I и судебных кассационных департаментов Сената, состоящим всего из семи членов (ст. 60). Все постановления этого присутствия по вопросу об увольнении или перемещении судей представляются министром юстиции на Высочайшее усмотрение (ст. 305), т.е. не только обвинительные, но и оправдательные, вследствие чего может случиться, что оправданный судья все-таки «будет уволен, так как министр юстиции, при докладе Государю, от которого при проектируемом порядке будет зависеть исход дела, имеет полную возможность представить объяснения в желательном

для него смысле»¹. Что касается вводимых проектом улучшений, то они заключаются в лучшей редакции и систематизации постановлений об увольнении судей и в дополнении причин увольнения еще одною: потерю трудоспособности вследствие старческого одряхления и немощи (ст. 304).

§ 19. ПОВЫШЕНИЯ ПО СЛУЖБЕ²

I. Принцип несменяемости превращается в пустое слово и очень легко обессиливается стоящей во главе судебного ведомства властью, если ей предоставлено право по своему усмотрению повышать судей в должностях или увеличивать их жалование. Надежда получить лучшее место или прибавку к содержанию может оказывать на судью не менее могущественное влияние, чем боязнь лишиться места, и министр юстиции, имея право улучшать служебное положение судей, обладает такою же возможностью производить на них давление в желательную для себя сторону, как и в том случае, когда ему предоставлено налагать на судей взыскания, ибо, как выразился Конт, «большие надежды сильнее влияют на человеческое сердце, чем маленькие опасения». Возможность получить повышение по службе или награду независимо от служебных заслуг, а по протекции или по милости начальства деморализует судей и превращает их в обыкновенных чиновников-карьеристов, заботящихся главным образом о том, чтобы приобрести благоволение начальства. Если карьеризм вообще нежелательное и вредное явление, то в области отправления правосудия, где на первом плане должно стоять беспристрастие суда, он просто пагубен. «После карьериста-священника, — справедливо заметил сенатор Закревский, — нет ничего гаже карьериста-судьи»³.

К чему приводит зависимость судейской карьеры от министерского усмотрения, ясно показывает долговременный опыт Франции, где эта система процветала в течение всего XIX в.

Сочинения французских писателей, посвященные судоустройству своего отечества, полны горьких нареканий на нее⁴. Не лучше обстояло

¹ Михайловский, 286.

² Литература указана на с. 61–62.

³ Закревский, Прусская магистратура и наша (Журн. гражд. пр., 1880, № 5, 9).

⁴ Desjardins, 27–25; Jousserandot, 101–102; Comte, 28 ss.; Favre, 35; Picot, 520 и др. Наиболее характерно следующее место брошюры сенатора Пелльтана: «Несменяемость

дело и в Италии. Еще в недавнее время (до издания новых законов о порядке повышения судей) во Франции и в Италии назначения по судебному ведомству часто бывали одним из приемов борьбы при выборах в парламент: за места судей Министерство юстиции покупало голоса избирателей и отказы от кандидатур в депутаты¹.

Самый радикальный способ оградить судей от произвольных повышений и наград состоит, казалось бы, в том, чтобы уничтожить всякие служебные различия между ними, уравнивать их по служебному положению и жалованью и изъять от каких бы то ни было наград. Такая мысль высказывалась многими. «Иерархия, — говорит Пелльтан, — имеет смысл в других отраслях государственной службы, например в военной, но не соответствует существу судебной власти... Подпоручик, поступа-

должна была обеспечить независимость суда, а у судьи — одна забота: заслужить благоволение начальства; она должна была обеспечить достоинство судьи, а он обречен на самое жалкое попрошайничество — попрошайничество в передней. Но лучше прочтите это: «Едва освобождается судейское место, а нередко еще раньше, чем смерть служащего или выход в отставку сделали его вакантным, как судьи, которые считают себя вправе получить это место, торопятся: одни лично просить, другие посылать просьбы и рекомендательные письма. Эти приемы не могут быть более терпимы. Я не знаю ничего более неприличного, чем эти визиты, во время которых кандидат, всецело поглощенный преследуемой целью, не стесняется унижать своих коллег, которых считает своими соперниками. Доведите, прошу Вас, до сведения судей Вашего округа мое мнение, и пусть на будущее время они избавятся от этих визитов, приносящих больше вреда, чем пользы ходатайствам, которых я не желаю даже выслушивать». Таков, слово в слово, циркуляр одного министра юстиции Второй империи, адресованный прокуратуре» (*Pelletan*, 14–15). Этот циркуляр не был единственным в таком роде. *Picot*, 326, n.; *Coumoul*, 280. «Таким языком, — замечает по поводу этого циркуляра проф. Тальберг, — говорил министр, обращаясь к целому ведомству, высоко поставленному законом, имеющему основание гордиться как своими священными обязанностями, так и важными правами по службе. Следует думать, что зло пустило слишком глубокие корни, что французская магистратура очень низко пала, чтобы вызвать подобные циркуляры «сменяемого» министра императорского правительства и снести такое обращение. Но нельзя винить всецело магистратуру, которая состоит из людей с общечеловеческими слабостями; честолюбие, стремление к улучшению своего материального положения, к возможному обеспечению себя и своей семьи — стимулы, которые всегда определяли и будут определять действия среднего человека в общественной его деятельности. Раз известная организация основана на иерархическом начале, рассчитана на постоянное движение служащих лиц с низших окладов жалования на высшие, с низших должностей на высшие, — так следует искать причину зла не в людях, а в самой организации» (32–33). На необходимость устранить произвол министра юстиции из судейской карьеры указывали еще: *Jeanvrot*, I, 202–230 (здесь сведены мнения других авторов); *Pirard*, 39–40; *Picot*, 319 ss.; *Engelhardt*, 60; *Vavas seur*, 42, 46–47.

¹ *Завадский*, Несменяемость, 14.

ющий в полк по выходе из Сен-Сирской школы, только начинает свое образование и может окончить его не иначе как постепенно, меняя эполеты. Он должен прежде научиться командовать взводом, а потом батальоном, прежде батальоном, а потом полком, прежде полком, а потом бригадой, прежде бригадой, а потом дивизией: сколько ступеней нужно пройти, сколько нужно учиться, чтобы вполне овладеть своим ремеслом! Ничего подобного не требуется для судьи. Разве не с первого же дня он должен обладать полной подготовкой, необходимой для его деятельности? Судит ли он в черной или красной мантии, разве не один и тот же кодекс он применяет и не должен ли, следовательно, знать его основательно, от первой до последней запятой? К чему же тогда разбивать судей на разряды, которые требуют одинакового знания юриспруденции и различаются между собой только по большему или меньшему размеру жалованья?»¹

С таким решением вопроса нельзя согласиться: судьи различаются между собой не только по размеру жалованья, как выразился Пеллтан, но и по размеру судейского и житейского опыта, не говоря уже о разнице в природных способностях и теоретической подготовке. Между молодым судьей, разбирающим свои первые дела, и маститым членом палаты или сенатором, решавшими уже тысячи дел, такая же разница приблизительно, как между не нюхавшим порошу прапорщиком и поседевшим в боях генералом. Кроме того, судейская карьера необходима также в качестве побудительной причины к лучшему исполнению судьями обязанностей. Только немногие, особенно выдающиеся люди руководствуются в своих поступках исключительно чувством долга и в надлежащем выполнении его находят высшее нравственное удовлетворение. Обыкновенные же, средние люди не могут обойтись без внешнего поощрения. «Если положение человека становится непреложным, если он впереди ничего не видит, если никакие обстоятельства не могут более изменить его положения, то в нем потухает тот внутренний жар, та энергия воли и мысли, которые вызываются в человеке его стремлением вперед, его постоянными надеждами, присущими человеку от рождения до могилы»².

Таким образом, судейская карьера представляет собою вполне естественное и в то же время полезное учреждение. Но для того, чтобы

¹ *Pelletan*, 13–14. Аналогично: *Goblet (Dupont)*, 19); *Favre*, 52; *Boucher* (цит. в брош. «De l'élection des juges», 1882, 48–50); *Bozi*, 17–18; *Wagner*, 26–27; *Burckhard*, 24 ff.

² *Филитов*, I, 322.

она приносила на практике желаемые плоды, поощряя судей к наилучшему исполнению своих обязанностей, необходимо, чтобы единственным основанием к повышению по службе были действительные заслуги, чтобы поощрение доставалось тому, кто его достоин, и чтобы произволу начальства отводилось как можно меньше места. Поэтому рациональный порядок прохождения судейской службы должен основываться на двух началах¹.

Во-1-х, каждому судье, безупречно исполнявшему свои обязанности, должно быть дано право на улучшение служебного положения через определенные промежутки времени. Это улучшение является естественной наградой за исправность по службе и целесообразным поощрением к дальнейшему усердию. «Оно отнимает надежду на быстрое повышение и в то же время уменьшает страх остаться без повышения; оно также предупреждает то чувство досады, которое испытывает начальник, видя, как его подчиненный перегоняет его на служебном поприще»². Оно должно состоять в переводе судьи с занимаемой должности на высшую в служебной иерархии. Но так как высших должностей меньше, чем низших, и так как для занятия их необходимо ожидать, пока они сделаются вакантными, то только часть судей может получить такое повышение. Поэтому нужен еще другой способ улучшения судебного положения судей, который мог бы одинаково распространяться на всех. Таким способом является периодическое увеличение жалованья каждого судьи, безупречно исполняющего свои обязанности.

Во-2-х, в дополнение к этому началу *безусловности карьеры* должно быть введено начало *награждения за особые заслуги*. Несомненно, что в многочисленном судебном ведомстве существуют большие различия между отдельными членами в степени талантливости, подготовки, трудоспособности. Справедливость требует, чтобы каждому было воздано по его достоинству и заслугам. «При безусловности необходимо устанавливается судебный ранг, который определяется старшинством службы, и талантливейший человек не может получить возвышения, если на пути его стоит бездарность, которая хоть одним днем поступила на службу ранее его. Чрез это каждый шаг на судебном поприще должен сопровождаться ожиданием вакансии по старшинству, и если линию вести по целому судебному ведомству, то самое возвышение станет каким-то мифом: потому что оно будет в зависимости только

¹ *Schrutka*, Ueber die Stellung, 78.

² *Бентам*, 62, 63.

от большей или меньшей продолжительности жизни людей»¹. Поэтому наиболее правильной представляется такая система, при которой все судьи получают за беспорочную службу периодические прибавки к жалованью, а открывающиеся вакансии на высшие в порядке служебной лестницы должности замещаются частью (на треть или четверть) по старшинству службы, частью же вне очереди за особые заслуги. Во избежание произвола при замещении должностей вне очереди необходимо, чтобы кандидаты на такое повышение намечались не единолично какими-либо органами власти (министром юстиции, председателями палат и судов), а судебными коллегиями высших инстанций, которые выбирали бы кандидатов на открывающиеся в их среде вакансии из числа судей низших инстанций, подчиненных им в порядке надзора.

II. Ни в одном из западноевропейских государств служебная карьера судей не получила до сих пор вполне рациональной постановки. В некоторых осуществлен принцип постепенного увеличения жалованья, но повышение в должностях производится без надлежащей оценки служебных достоинств судей. В других введен более рациональный порядок повышения, но зато отсутствуют периодические прибавки к жалованью.

Постепенное увеличение жалованья принято в некоторых германских государствах (Пруссии, Баварии, Саксонии, Бадене, Гессене, Мекленбурге и др.) и в Бельгии: размер содержания судей автоматически повышается через небольшие промежутки времени (2, 3, 4 года). При этом средний размер жалования каждой иерархической ступени (например, участкового судьи) больше начального размера жалования следующей ступени (например, члена земского суда), так что переход на высшую по порядку ступень не всегда представляет выгоду для судей, которые поэтому не имеют столь побудительной причины желать повышения, как в других государствах, где судьи не получают периодических прибавок к жалованью². Но повышение в должностях зависит в германских государствах от усмотрения министра, руководствующегося при этом аттестациями председателей судов, отметками, полученными на втором государственном экзамене, и продолжительностью службы³.

¹ Филиппов, I, 322. Ср. *Manfredini*, 484.

² *Aubin*, 88; *Piola-Caselli*, 199.

³ *Kade*, 114, 125, 171, 208, 259, 263 и др.; *Aubin*, 80–82.

В Австрии жалование судей увеличивается по пятилетиям, но очень незначительно; более значительное увеличение происходит при повышении по службе, что зависит от аттестации председателя коллегии и усмотрения министра. «Неудивительно, — говорит *Aubin*, — что слышатся горькие жалобы на недостойное оттаптывание судебными чинами передних своих председателей»¹.

Во Франции система периодического увеличения жалования судей не принята, а размер жалования зависит от местности, где служит судья: для разных местностей, в зависимости от предполагаемой дороговизны жизни, установлены различные оклады жалования (см. § 22). Порядок повышения судей в должностях определен законом 1908 г.², по которому министр имеет право замещать открывающиеся вакансии на судебные должности только из числа лиц, внесенных в список кандидатов на повышение, который составляется ежегодно, на основании аттестаций председателей судов и прокуроров комиссией из старшего председателя, генерал-прокурора и четырех членов Кассационного суда по выбору министра юстиции, а также из членов совета Министерства юстиции. Но правила относительно списка не применяются к высшим чинам судебного ведомства (членам Кассационного суда, старшим председателям апелляционных судов). Кроме того, министр юстиции может заместить четвертую часть вакансий помимо списка лицами, избавленными по закону от экзамена на должность судьи. Таким образом, произволу министра юстиции оставлено все-таки еще много места, да и порядок составления списка — на основании отзывов председателей судов и прокуроров, без участия судебных коллегий, — точно так же, как и возможность влияния министра на подбор членов комиссии и прямая зависимость от него некоторых из ее членов, не гарантирует безусловной справедливости при повышениях и не предупреждает возможности влияния личных протекций.

В Италии судьи тоже не получают периодических прибавок к жалованию. Но порядок повышения в должностях гораздо более целесообразен, чем во Франции. По Закону 1907 г.³ $\frac{3}{5}$ вакантных должностей членов апелляционных судов и председателей судов первой инстанции

¹ *Aubin*, 90; *Schrutka*, Die Stellung, 77—78.

² А.Л., Новый порядок назначения и служебного повышения чинов магистратуры во Франции (Журн. М. Ю., 1906, № 9); *Garsonnet*, Précis, 37—39.

³ Перевод его сделан проф. Люблинским в статье «Судебная реформа в Италии» (Журн. М. Ю., 1908, № 2, 254 и сл.).

замещаются по старшинству службы в должностях членов судов первой инстанции и товарищей прокуроров, а $\frac{2}{5}$ — по конкурсу, который состоит в том, что отделение Высшего совета магистратуры составляет список кандидатов по их служебному достоинству, определяемому на основании аттестаций советов апелляционных судов и сведений, собранных в случае надобности им самим. Высший совет магистратуры учрежден в Риме и образуется из первого председателя Римского кассационного суда, генерального прокурора, шести членов и трех товарищей прокурора кассационного суда, избираемых пятью кассационными судами Италии, девяти членов назначаемых, по представлению министра юстиции, после предварительного обсуждения этого вопроса советом министров, из чинов судебного ведомства не ниже старшего председателя апелляционного суда, как состоящих на службе, так и вышедших уже в отставку. Члены совета избираются и назначаются на два года и не могут состоять в этом звании два двухлетия подряд. Совет разделяется на два отдела: один из них рассматривает вопросы о промоциях высших чинов судебной магистратуры, другой — низших. Заключение отделов подлежат, по требованию министра юстиции, пересмотру в общем собрании отдела¹. Назначение помимо составленного Высшим советом магистратуры списка возможно только по постановлению совета министров. Аттестации апелляционных судов могут быть обжалуемы Высшему совету магистратуры. Назначение членов кассационных судов и председателей отделений кассационных судов производится исключительно по конкурсу на основании сравнительного служебного достоинства, засвидетельствованного Высшим советом магистратуры. Нарушить этот порядок может только постановление совета министров. Старшие председатели апелляционных судов, старшие председатели и председатели отделений кассационных судов назначаются согласно постановлению Совета министров, по представлению министра юстиции. Главный недостаток этой системы состоит в том, что большинство членов Высшего совета магистратуры находится в зависимости от министра юстиции². Об аналогичной испанской системе была речь выше (с. 55).

¹ Decreto 10 ottobre 1907 (Racc. uffic., n. 689), Collezz. legislat. «Portafoglio», № 982. Французский перевод этого Закона напечатан в: *Annuaire de législation étrangère*, 1908, 484 ss.

² *Завадский*, О проекте министра юстиции о преобразовании местного суда, 1908, 29, прим. 32.

Оригинальный порядок существует в *Бельгии* по отношению к замещению высших судебных должностей: председателей и товарищей председателей судов первой инстанции, членов судов второй инстанции и членов Кассационного суда. А именно назначение на эти должности производится королем из числа лиц, которые внесены в списки кандидатов, составляемые отдельно судебными коллегиями и общеполитическими представительными учреждениями. В случае открытия вакансии на должность члена Кассационного суда общее собрание этого Суда и верхняя палата (сенат) избирают по одному кандидату из числа лиц, имеющих право по образовательному и служебному цензу занять такую должность (обладающих дипломом доктора прав и прослуживших 10 лет в низших должностях по судебному ведомству). Кандидаты на прочие должности, указанные выше, избираются точно так же порознь, с одной стороны, судебными коллегиями, в среде которых открылись вакансии, а с другой стороны, провинциальными советами. Эта система, имеющая в Бельгии глубокие исторические корни¹, приносит там удовлетворительные результаты. Но по существу ее нельзя одобрить и рекомендовать, ибо избрание кандидатов общеполитическими собраниями еще могло бы быть целесообразным при назначении низших местных судей, но ни в коем случае не при повышении в должностях, которое должно происходить исключительно на основании служебных заслуг кандидатов, для оценки которых общеполитические учреждения не располагают ни достаточными сведениями о деятельности отдельных судей, ни необходимой компетентностью, не говоря уже о возможности вредного влияния на исход выборов борьбы политических партий, интриг и протекции².

В Англии члены высших судов назначаются исключительно из числа адвокатов, так что низшие судьи не имеют надежды на повышение. Равным образом отсутствует судебная карьера в тех странах, где принята система выбора судей населением или представительными политическими собраниями.

¹ Начиная с XVI в. советы отдельных провинций стали получать привилегии представлять на утверждение короля трех кандидатов на вакантные судебские должности (*Eslande*, 251).

² *Eslande*, 253–256; *Piola-Caselli*, 198. Сходную систему назначения председателей и товарищей председателя окружных судов и палат рекомендовал Арсеньев (Вестн. Евр., 1871, № 6, 791–792): чтобы кандидаты на эти должности выбирались, во-1-х, судом, в котором открылась вакансия; во-2-х, высшим судом и, во-3-х, местным земством.

III. При составлении Судебных уставов имелось в виду ввести систему периодических прибавок к жалованью¹. Но соответствующих постановлений в Судебные уставы не было внесено по той причине, что «при введении судебной реформы затруднительно было бы определить, будет ли, по числу судебных деятелей, по предоставленным им средствам к жизни и по другим причинам, настоятельная необходимость в назначении предположенных прибавок» (объяснен. к ст. 238 Учр. суд. уст.). Вместе с тем составители Уставов предполагали, что Министерство юстиции возбудит вопрос о прибавках к жалованью судей впоследствии (объяснен. к той же ст.). Это предположение получило частичное осуществление только в 1908 г., когда были установлены две пятигодичные прибавки к жалованью членов окружных судов: по 450 р. за каждое из двух первых пятилетий их службы в этих должностях (прим. 2 к прилож. к ст. 238 Учр. суд. уст.).

Что касается порядка повышения судей, то составители Судебных уставов, не приняв системы конкурсов при первоначальном назначении на судебские должности, отвергли ее и применительно к повышениям. Кандидаты на открывающиеся вакансии членов судебных палат намечаются общими собраниями палат из числа лиц, служивших по судебному ведомству не менее трех лет в должностях не ниже члена или прокурора окружного суда (ст. 206). Но министр юстиции имеет право помимо этих кандидатов представлять на Высочайшее утверждение и других лиц, удовлетворяющих требуемым законом условиям (ст. 213). Председатели и товарищи председателей окружных судов назначаются Высочайшей властью, по представлениям министра юстиции, из числа тех же самых лиц (ст. 206, 212). Таким же порядком замещаются должности председателей палат лицами, занимавшими не менее трех лет должности прокурора или члена судебной палаты, председателя и товарища председателя суда (ст. 208, 212). Вследствие этого передвижение судей по служебной лестнице зависит в сущности от министра юстиции. Сенаторы назначаются «по непосредственному усмотрению» Государя (ст. 216) из лиц, состоявших не менее трех лет в должностях обер-прокурора, товарища обер-прокурора, председателя, члена или прокурора судебной палаты (ст. 208). Но и тут аттестации министра юстиции имеют естественным образом немаловажное значение. Из объяснений к ст. 216 видно, что первоначально предполагалось

¹ Осн. пол. судостр., XVII.

ввести избрание кандидатов в сенаторы Общим собранием Сената. Но при окончательном обсуждении этой статьи такой порядок почему-то был признан «излишним». Между тем по отношению к Сенату как высшему судилищу в государстве, призванному давать руководящие разъяснения всем судам и наблюдать за единообразным и правильным применением ими законов, необходимо установление особенно строгих гарантий с целью обеспечить пополнение состава сенаторов наиболее достойными лицами. «Эти гарантии», по справедливому замечанию проф. Михайловского, «должны сделать то, чтобы качества независимости, знания, опыта, авторитетности и т.д., необходимые для каждого суда, достигали в кассационном суде своего апогея... Выборы в члены кассационного суда надо организовать таким образом, чтобы туда получили доступ только лучшие юридические силы страны, люди обладающие в наивысшей степени качествами, требуемыми наукой от судьи»¹. С этой точки зрения первоначальное предложение предоставить выбор кандидатов в сенаторы самому Сенату нужно признать наиболее целесообразным, так как Сенату, пересматривающему решения судебных палат, более, чем кому-либо другому, может быть известно, какие из членов палат наилучше пишут решения и наиболее способны к исполнению кассационных функций. Но выборы кандидатов следовало бы предоставить не общему собранию Сената, а каждому департаменту порознь, потому что сенаторы гражданского департамента знакомы с деятельностью одних гражданских департаментов палат, а сенаторы уголовного департамента — только с деятельностью уголовных департаментов палат. К числу лиц, имеющих право на занятие должности сенатора, полезно было бы отнести юристов-теоретиков, имеющих высшие ученые степени (доктора гражданского или уголовного права), так как по характеру своей деятельности — научной интерпретации права — они вполне сходятся с сенаторами и могут благотворным образом влиять на кассационную практику².

Проект новой редакции Учреждения судебных установлений вносит в эти правила несущественные изменения, сводящиеся к следующему: списки кандидатов на могущие открыться вакансии составляются судебными палатами ежегодно, но, кроме того, каждый раз, когда открывается вакансия, соответствующая палата составляет особый список, причем если вносит в него не тех лиц, которые были в годичном

¹ Михайловский, 136.

² Там же.

списке, то должна объяснить причину такого изменения; кандидаты на должности председателей окружных судов представляются старшими председателями палат (ст. 273–279). Хотя комиссии по пересмотру Судебных уставов был известен проект французского закона о порядке повышения судей, но она нашла, будто он «преследует преимущественно цели политические и имеет в виду ограничить высшую судебную администрацию, подвергающуюся в личном своем составе частым изменениям, в непосредственном воздействии на судейский персонал» и что «в России для установления такого же порядка не усматривается никакой надобности»¹. В действительности надобность в устранении произвола министерства при повышениях членов судебного ведомства существует повсюду, потому что независимая судебная власть составляет необходимую принадлежность каждого благоустроенного государства.

§ 20. Награды

Одинаковое значение с повышениями по службе имеет в качестве средства влиять на судей награждение их чинами и орденами. В этом отношении судьи тоже должны быть обеспечены от произвола начальства. Проще и радикальнее всего было бы совершенно упразднить чинопроизводство и награды в судебном ведомстве². Составители Судебных уставов имели в виду поступить именно таким образом³.

¹ Объясн. зап., I, 280.

² Филиппов, I, 330; Burckhard, 24–25, 29–31 (здесь приведено сделанное в таком смысле постановление Учредительного собрания Союза австрийских судей, происшедшего в 1907 г.).

³ В мотивах к ст. 248 Учр. суд. устан. они говорят: «Для правильной организации суда необходимо, чтобы значение судьи, в собственных его глазах и во мнении общества, зависело единственно от его звания, а не от какого иного почета. Тогда только судья будет сознавать достоинство и важность своего призвания, а общество будет видеть в нем судью в настоящем смысле сего слова. Поэтому члены каждого суда должны быть совершенно равны между собою. Но если у них останется и, посредством постепенного производства, будет поддерживаемо различие в чинах, то это различие не допустит установиться равенству судей, поставит их в неправильные друг к другу отношения и даже иногда даст перевес мнению старшего чином над мнением младшего, может быть, не совсем согласно со справедливостью. С другой стороны, при производстве в чины нужны аттестации и представления. Здесь встречается довольно трудная задача: избрать лицо, которое будет аттестовать и представлять по судебному ведомству. Кому бы это ни было предоставлено, нет никакой возможности устранить влияния аттестующего и представляющего на представляемого и некоторую зависимость сего последнего от первого. Много ли может найтись людей, которые не пожелали бы сравняться чином

Но на практике вышло другое. Дело в том, что редакция ст. 241 Учр. суд. устан., которая в проекте заключала в себе прямое и категорическое изъятие судей от чинопроизводства («должностные лица судебного ведомства, доколе состоят в оном, не производятся в чины» — ст. 216 проекта), была при утверждении проекта изменена в том смысле, что судьи «при оставлении судейского звания не теряют права на производство во все те чины, которые могут им следовать в общем порядке чинопроизводства, по расчету времени их службы в означенных должностях». Хотя и в этой редакции статья не оставляет сомнения в том, что судьи не производятся в чины, пока состоят в судейском звании, а получают их при выходе в отставку, но отсутствие прямого запрета привело к тому, что им стали давать чины по общим правилам, установленным для всех состоящих на государственной службе¹.

Аналогичная судьба постигла и изъятие судей от наград и тоже благодаря тому, что при утверждении Учреждения судебных установлений была изменена редакция соответствующей статьи. А именно в проекте ст. 248 говорилось, что лица судейского звания «удостаиваются наград единственно по личному усмотрению *Императорского Величества, без всяких о том представлений*». При утверждении этой статьи Государственным Советом последние слова были выброшены, и на практике пышно расцвела система представления начальством к наградам, которой так опасались составители Судебных уставов. В 1887 г. министерство предписало председателям окружных судов представлять судей и следователей к наградам за отлично-усердную службу в известные сроки и в определенном порядке². Проект новой редакции Учреждения судебных установлений сохраняет ст. 248 в неизменном виде (ст. 338)

с равными им по званию товарищами, а это врожденное человеку желание не обойдется без угодливости и разного рода искательств. По сим основаниям положено, допустив по примеру других ведомств, определение на судебные должности, не стесняясь чинами определяемых, считать всех, состоящих в одном и том же классе должности, совершенно равными между собою и затем не создавать искусственного между ними неравенства посредством поддержания различия в чинах... Все вышесказанное об аттестации и о представлениях к повышению в чинах вполне относится и к представлениям к орденам и другим наградам.

¹ «В Петербургском окружном суде, — писал уже в 1879 г. проф. Коркунов, — можно найти между членами все чины от коллежского регистратора до действительного статского советника включительно» (Журн. гражд. пр., 1879, № 2, 165).

² Циркуляр министра юстиции от 14 марта 1887 г. (Учр. суд. уст., изд. Шрейбера, 285; изд. Громачевского, 152).

и санкционирует «производство судей в чины за выслугу лет общеустановленным порядком» (ст. 311).

Такой результат надо признать вполне естественным. Изъятие судебного ведомства от чинопроизводства и награждения орденами так резко нарушало установившийся порядок государственной службы и являлось столь обидной для судей привилегией, что не могло привиться и удержаться. Как бы желательно ни было само по себе уничтожение чинов¹, но раз они составляют необходимую принадлежность всякой отрасли государственной службы, раз с ними связаны разного рода преимущества, раз в самом обществе господствует правило: «по чину и честь», то делать изъятие для одних судей — значит ставить их в худшее положение сравнительно со всеми прочими чиновниками². То же самое относится к орденам, которые даются у нас даже духовенству. Ввиду этого и на западе Европы судьи различаются между собою, подобно другим чиновникам, по рангам, классам, чинам и награждаются орденами. Только в Англии и еще кое-где (в Мекленбурге) не принято давать судьям ордена, да и то из этого правила делаются изъятия³. В Германии дважды возбуждался вопрос об уничтожении чинопроизводства и награждения орденами и оба раза был отвергнут рейхстагом⁴.

Притом полное упразднение чинов и орденов вовсе не является необходимым для ограждения судейской независимости. Дело ведь не в них, а в предупреждении произвольной раздачи их не по заслугам. С этой целью достаточно постановить, что судьи получают чины

¹ Филиппов, I, 346—349. Разъясняя вред, приносимый существованием чинопроизводства, этот автор полагал, что «уничтожение этих отличий так же важно для государственной жизни, как уничтожение крепостного права и как судебная реформа» (349).

² На это не раз указывалось в прессе. Соболев: «Чинопроизводство есть общее право, присвоенное всем лицам, состоящим на государственной службе. Поэтому едва ли справедливо ограничивать пользование этим правом для судей...» (Юрид. газ., 1894, № 74). Васильев: «Чинопроизводство необходимо потому, что с чинами связаны права на дворянство, почетное гражданство и пр. и чины имеют значение и в частной жизни» (там же, 1894, № 81).

³ Kade, 110—111, 129—130, 171—172, 199—209, 227—259; Aubin, 97 ff. В Англии судьи тоже различаются по рангам, титулам, костюму и часто награждаются званием пэра (Franqueville, Le Système judiciaire de la Grande Bretagne, I, 1893, 387—388, 391 ss.).

⁴ В первый раз возбудил его при обсуждении проекта Устава судостроительства депутат Виндгорст, бывший ганноверский министр юстиции, засидевшийся в парламенте, что его со всех сторон осаждали просьбами об ордене или титуле (Hahn, Die gesammten Materialien, I, 1127; Aubin, 98).

и ордена только за выслугу лет¹. Таким способом будет предотвращена возможность награждения их вне очереди, но вместе с тем судьи не будут лишены связанных с чинами и орденами преимуществ. Необходимо даже поставить судей возможно выше в служебной иерархии в видах поддержания престижа судебной власти, соответственно тому важному значению, какое она имеет в государстве, как охранительница правопорядка и закономерности управления. «Конечно, авторитет судебного персонала создается его внутренними качествами, нравственными и умственными, т.е. величием душевным, добротой нравов и высоким умственным цензом. Но для средних людей — судей, лишь приближающихся к полноте этого идеала, — необходимо, особенно ввиду русских служебных традиций и склада нашей общественной жизни, и внешнее авторитетное положение, т.е. достаточно высокая постанова их должности в служебной иерархии»².

§ 21. НЕСОВМЕСТИМОСТЬ

I. Из принципа самостоятельности судебной власти вытекает невозможность занятия судьями должностей по другим ведомствам. По справедливому замечанию составителей Судебных уставов, «нет ведомства или управления, нет должностного лица, которые не могли бы быть привлечены к суду или сами искать суда, и посему соединение в одном и том же лице должностей по судебному и другому ведомствам может иметь то последствие, что такое лицо, принадлежа к управлению

¹ Aubin, 99.

² Давневский, 66. Поразительный и вместе с тем удручающий контраст представляет положение английских судей и наших. Когда в Англии судьи приезжают на сессии, их встречает шериф с другими должностными лицами и в парадной карете, с почетной стражей и оркестром трубачей впереди, под звон церковных колоколов, и привозит в свой дом, где для них приготовлена квартира; при посещении судьями церкви, их встречает епископ; во время открытия заседания присутствуют мэр и шериф. А вот пара случаев из жизни наших судов. Председатель окружного суда, собираясь на выездную сессию в глухой провинциальный город, заранее обратился к местному городскому голове и исправнику с просьбой найти за какую угодно цену три комнаты для суда и канцелярии; просьба эта не была исполнена, и председатель вместе с членом суда и прокурором должны были остановиться в грязном постоялом дворе, где питались чаем и яйцами и не могли спать из-за насекомых; к концу сессии все расхворались. В другой раз выездная сессия не состоялась, так как перед открытием заседания суда в зал уездного съезда, где оно должно было происходить, явился председатель уездного съезда с земскими начальниками и занял его для административного заседания (Михайловский, 264, прим.).

по какому-либо ведомству, может в то же время быть судьей в деле, возникшем из сего управления, и, следовательно, в деле, иногда более или менее касающемся его самого...»¹.

Но этого еще недостаточно, так как, будучи ограждены от влияния посторонних властей, судьи могут все-таки попадать в зависимость от частных лиц. Для полного ограждения их самостоятельности необходимо воспретить им не только государственную, но и частную службу, а также все занятия, способные ставить их в зависимость от частных лиц, каковы адвокатура, агентура, коммиссионерство и пр. Помимо того представляется желательным, в видах поддержания высокого достоинства судейского звания, не разрешать судьям заниматься такими отраслями деятельности, которые не пользуются общественным уважением.

II. Иностранные законодательства, осуществляя принцип несовместимости судейской службы со всякой иной и с посторонними занятиями, либо прямо перечисляют, с чем именно она несовместима², либо просто постановляют, что судьи не могут принимать на себя никаких платных обязанностей без разрешения начальства и должны заботиться о поддержании достоинства своего звания и вне службы³.

III. По нашему действующему законодательству лица судебного ведомства, в том числе городские судьи, уездные члены окружных судов, мировые судьи, а также земские начальники лишены права занимать какие-либо должности по другим ведомствам и на общественной службе, кроме почетных и бесплатных должностей в благотворительных учреждениях⁴ (ст. 42 и 246 Учр. суд. уст.; ст. 19 Пол. зем. нач.; ст. 9 и 26 Прав. устр. суд. ч.). Исключение сделано: во-первых, для мировых судей, которым разрешается быть гласными земских собраний и занимать почетные должности в богоугодных и учебных заведениях (ст. 42 и прим.); во-вторых, для почетных мировых судей, которые могут нести государственную и общественную службу во всех должностях, кроме должностей прокурорского надзора, полиции, местных казенных управлений и волостных старшин (ст. 49), а также

¹ Объясн. к ст. 246 Учр. суд. уст.

² Французское (*Garsonnet*, No. 38), бельгийское (*Piola-Caselli*, 200), прусское (*Kade*, 226—227), австрийское (*Piola-Caselli*, 188).

³ *Kade*, 129, 175; итальянский Закон от 24 июля 1908 г., ст. 5 (*Annuaire de législation étrangère*, 1909, 330).

⁴ Это изъятие установлено Учр. суд. уст. только для мировых судей, но Сенат распространил его и на членов общих судебных учреждений (О. с., 84, № 6, 1905, № 30).

некоторых должностей по судебному ведомству, а именно кандидатов на судебные должности (О. с., 75, № 48), секретарей мирового съезда (84, № 11), земских начальников (94, № 26); в-третьих, для земских начальников, поставленных в такое же положение, как мировые судьи (Полож. учр., зав. кр. дел., ст. 19).

В Судебных уставах ничего не говорится о воспрещении судьям состоять на частной службе и предаваться занятиям, которые способны поставить их в зависимость от частных лиц или считаются предосудительными. Этот пробел восполняется постановлениями, помещающимися в Уставе о службе гражданской (т. III Св. зак.). Согласно ст. 721—725, 734—737 судьям запрещено принимать участие в акционерных, торговых и промышленных товариществах в качестве учредителей, должностных лиц, поверенных, комиссионеров, агентов и т.п., кроме только тех товариществ, которые образуются исключительно для обработки сельскохозяйственных произведений и минеральных богатств в собственных имениях судей. Равным образом воспрещено им быть учредителями и служить в общественных и частных кредитных учреждениях, кроме обществ взаимного, поземельного и городского, кредита, благотворительных кредитных учреждений, сельских ссудосберегательных товариществ, ссудо-сберегательных касс чиновников и обществ потребителей. Но эти ограничения не относятся к участию в общих собраниях всех указанных товариществ и обществ и к временному, безвозмездному исполнению обязанностей в их ревизионных комиссиях. За нарушение этих правил о несовместимости закон грозит увольнением от службы, если виновное лицо само не подаст в отставку в течение трех месяцев. Затем, на судей распространяется также запрещение чиновникам участвовать в приобретении имущества, продажа которых поручена им правительством; заключать договоры на подряды и поставки с теми учреждениями, в которых они служат, как от своего имени, так и от имени своих жен, а равным образом и через подставных лиц. По таким подрядам и поставкам судьи и их жены не могут быть залогодателями. Не допускается им также вступать в долговые отношения с подрядчиками и поставщиками учреждений, где они служат. Наконец, закон вообще предписывает начальству строго наблюдать, чтобы «занятие частной должности лицами, состоящими на государственной службе, не наносило ущерба служебным интересам и не препятствовало исполнению этими лицами обязанностей их по государственной службе» (ст. 740).

Эти постановления тоже недостаточны: они не воспрепятствуют судьям занятий, не пользующихся почетом в глазах общества. Коррективом в данном случае служит п. 2 ст. 295¹ Учр. суд. уст., предоставляющий министру юстиции предавать судей дисциплинарному суду за такие «противные нравственности или предосудительные поступки» вне службы, которые «несовместны с достоинством судейского звания и, получив огласку, лишают совершившего их судью необходимых для сего звания доверия и уважения». Недостаток этого правила состоит в том, что возбуждение производства зависит от личного усмотрения министра юстиции.

К числу несовместимых с достоинством судейского звания поступков Сенат отнес в недавнее время участие в политических партиях (О. с., 1906, № 22). Это мнение нельзя не признать вполне правильным. Судья, для того чтобы не возбуждать сомнения в своем беспристрастии, не должен принимать активного участия в борьбе политических партий. Иначе как бы он ни был добросовестен, всякое решение, постановленное им в пользу своих политических единомышленников и против политических врагов, может быть заподозрено в пристрастии. «Верховные судьи Англии, — писал Бентам, — имеют благоразумие следовать предписанию Пифагора: они не подают голосов, как избиратели, и эта воздержность много способствует той хорошей славе, которою они пользуются»¹. Так же устраняются от политики английские судьи и в настоящее время².

IV. Проект новой редакции Учреждения судебных установлений воспроизводит действующие правила без существенных изменений (ст. 336).

§ 22. МАТЕРИАЛЬНОЕ ВОЗНАГРАЖДЕНИЕ

I. Чтобы сделать судей независимыми от лиц, обращающихся к ним за правосудием, чтобы не подвергать их соблазну покривить душой ради приобретения материальных выгод, необходимо дать им достаточное материальное вознаграждение. «Государство, — писал еще Филанджиери, — весьма заинтересовано в том, чтобы всякий человек, наделенный частицей власти, не имел надобности злоупотреблять ею

¹ Бентам, 60.

² Gerland, 51.

с целью жить так прилично, как требует достоинство его должности»¹. Низкий размер получаемого судьями жалования имеет еще то вредное последствие, что способные и хорошо образованные юристы избегают судейской службы, предпочитая ей более выгодные отрасли труда. На службу же по судебному ведомству стремятся поступить лица менее способные, но более обеспеченные. Вместе с тем лица, уже состоящие в судейских должностях, стараются найти себе лучше оплачиваемые занятия². Достаточно высокое вознаграждение необходимо для судей еще и для того, чтобы они не искали посторонних занятий ради увеличения средств и чтобы мысль о необеспеченном или даже бедственном положении семей не лишала их столь необходимого при отправлении правосудия спокойствия духа³.

II. Наилучше поставлены в материальном отношении английские судьи, получающие огромные оклады жалования. А именно судьи графств и секретари высших судов получают около 15 тыс. руб., члены высших судов — 50—60 тыс. руб., председатель Суда королевской скамьи — около 80 тыс. руб., а лорд-канцлер — около 100 тыс. руб.⁴ Не такой колоссальный, но все же сравнительно высокий размер вознаграждения установлен в Соединенных Штатах для членов федерального суда — около 30 тыс. руб.⁵

Несравненно ниже оклады жалования судей в прочих государствах. Единоличные судьи (участковые, мировые) получают во Франции от 700 до 2 тыс. руб. (в Париже — 3 тыс. руб.), в Пруссии — от 1500 до 3500 руб., в других германских государствах и Австрии — прибли-

¹ *Bordeaux*, 168.

² *Malpeyre*, 182—183; *Favre*, 44; *Трегубов*, 13.

³ *Филиппов*, I, 296: «Может ли быть свободна мысль судьи, может ли он всю свою деятельность и энергию употребить на служение делу правосудия, может ли он хладнокровно выслушивать стороны тяжущихся и взвешивать признаки истины, когда пред глазами его стоит бедственное положение его семьи; когда его мысль преследуется, быть может, картиною, что в нетопленной комнате лежит его больная, заеденная жизнью жена, без медицинских средств, без теплой одежды, что дети растут без воспитания и образования, без свежего воздуха и сытной пищи?..»

⁴ Столь высокие оклады жалования английских судей объясняются тем, что общее число судей в Англии крайне невелико (всего 260) и что они избираются из лучших адвокатов, которые не соглашались бы принять избрания, если бы судейское жалование было значительно ниже их адвокатского заработка, который достигает в Англии огромных размеров: некоторые адвокаты зарабатывают по 200 тыс. руб. и больше (*Stein*, *Zur Justizreform*, 55).

⁵ По Закону 1909 г. (*Nerincx*, *L'organisation judiciaire aux Etats-Unis*, 1909, 22).

зительно столько же; члены коллегияльных судов первой инстанции во Франции — от 1200 до 3000 руб., в Пруссии — от 1500 до 3500 руб., в Италии — от 1500 до 2000 руб., в Испании почти столько же; члены судов второй инстанции во Франции — около 2500 руб. (в Париже — 4000 руб.), в Пруссии — от 3000 до 3600 руб., в Италии и Испании — от 2400 до 3200 руб.; члены Высшего суда (третьей инстанции) во Франции — около 7 тыс. руб., в Германии — около 6500 руб., в Австрии — от 4800 до 7500 руб., в Италии — около 4 тыс. руб., в Испании — вдвое больше¹.

Жалованье председателей и товарищей председателей судов, конечно, несколько выше, чем членов. Но даже председатели высших судов не получают столько, как низшие судьи в Англии: председатели Парижского кассационного суда, Германского имперского суда и Испанского кассационного суда получают около 12 тыс. руб., и только председатель Австрийского верховного суда находится в лучшем положении, чем судьи графств в Англии: его жалованье составляет 16 тыс. руб.²

Конечно, абсолютные цифры жалованья еще не указывают на степень благосостояния судей в различных государствах, ибо она определяется отношением этих цифр к дороговизне жизни. Тем не менее они достаточно ясно свидетельствуют, что судейская служба в большинстве государств оплачивается скудно.

III. Составители Судебных уставов понимали всю важность материальной обеспеченности судей для создания хорошего судейского персонала. Хотя они и не допускали мысли о возможности злоупотреблений чинов судебного ведомства с корыстной целью из-за недостаточности жалованья, но обратили внимание на то, что если судьи не будут поставлены в удовлетворительное материальное положение,

¹ Во Франции наибольшие оклады положены парижским судьям; провинциальные судьи разделены на три класса сообразно количеству населения в округах. В Пруссии и в других германских государствах судьи первых двух инстанций получают дополнительные квартирные. В Бельгии жалованье мировых судей больше, чем во Франции; жалованье членов судов первой и второй инстанций почти такое же, как во Франции; председатели же судов и члены Кассационного суда получают значительно меньше. Суды первой инстанции разделены на три класса, а мировые судьи — на четыре. В Австрии и большинстве германских государств оклады судейского жалованья немногим отличаются от установленных в Пруссии.

² Оклады жалованья судей в разных государствах приведены в следующих сочинениях: *Завадский*, Несменяемость, 16; *Piola-Caselli*, 122, 144, 169, 186—187, 190, 206, 304—305; *Kade*, 115—116, 127—128, 149, 173, 223—224, 257, 269 и др.; *Aubin*, 85; *Eslande*, 62—64, 98—99, 131—135, 162, 209—213, 238—239, 266—268; *Ulrich*, 168—169.

«то другие ведомства, в которых занятия легче, а служебных выгод более, постоянно будут привлекать к себе из судебного мира всех лучших его деятелей и судебное преобразование в главнейшей его части, а именно нравственной, не достигнет цели»¹. Сообразно с таким взглядом составители Уставов назначили чинам судебного ведомства если и не особенно высокие, то во всяком случае для своего времени достаточные оклады жалования. Но время шло, жизнь становилась все дороже, а оклады жалования оставались прежними. Несоответствие их потребностям жизни было отмечаемо в литературе и официально засвидетельствовано комиссией по пересмотру Судебных уставов².

Жалование судей было увеличено — и то незначительно — только в самое последнее время. Теперь члены окружных судов получают 3300 руб. (вместо первоначальных 2200); члены судебных палат — 4200 руб. (вместо прежних 3500); председатели окружных судов — 5300 руб. (вместо 4500); товарищи председателей окружных судов — 4200 руб. (вместо 3500); старшие председатели палат — 7000 (вместо 6000); председатели департаментов палат — 5600 руб. (вместо 5000); сенаторы кассационных департаментов — 8000 руб. (вместо 7000); первоприсутствующие в Сенате — 9000 руб.

Городским судьям и земским начальникам положено 1600 руб. жалования и 600 руб. на канцелярские расходы (прил. к Полож. о зем. нач.).

Содержание мировых судей не везде одинаково: жалование по большей части составляет около 2 тыс. руб., но, кроме него, им выдаются добавочные суммы, в некоторых местностях превышающие даже самый оклад жалования.

Волостные судьи в Прибалтийских губерниях получают вознаграждение за службу в размере, определяемом сходом выборных, или, если волостной участок состоит из нескольких волостей, — соединенным собранием сходов, причем этот размер не может быть ниже устанавливаемого губернским по крестьянским делам минимуму (ст. 47 кн. I Вол. суд. уст. Приб. губ.). В местностях, где введены земские начальники, жалование волостным судьям назначается уездными съездами, с утверждения губернских присутствий, в размере не менее 60 руб. в год, а председателям судов — не менее 100 руб. (ст. 196 Общ. полож. крест.). В местностях, где применяется Общее положение о крестьянах,

¹ Судебные уставы 1864 г. с излож. рассужд., на коих они основаны, III, 1866, XLI.

² Объясн. запис. к Пр. нов. ред. Учр. суд. уст., II, 439.

вознаграждение волостным судьям за время исполнения судейских обязанностей назначается сходами, если они признают это нужным (ст. 156 Общ. пол.).

Проект новой редакции Учреждения судебных установлений (прил. к ст. 319) увеличивает оклады жалования высшим чинам (сенаторам и старшим председателям палат на тысячу рублей, председателям департаментов палат — на 400 руб., членам палат — на 300 руб., председателям окружных судов — на 200 руб.) и уменьшает без того недостаточные оклады низшим чинам (членам окружных судов — на 300 руб., товарищам председателей окружных судов — на 200 руб.).

Но и сравнительно высокое жалование не вполне обеспечивает судей и их семейства, если не дополняется правом на пенсию. Составители Судебных уставов хорошо понимали это и ввиду незначительности пенсионных окладов, получаемых у нас лицами, состоящими на государственной службе, озаботились поставить судей в лучшее положение, спроектировав учреждение эмеритальной пенсионной кассы судебного ведомства (объясн. к ст. 247 Учр. суд. уст.). Такая касса действительно была учреждена, и вычеты из жалования судей в ее пользу стали делаться немедленно по введении Судебных уставов, но пенсии и пособия начали выдаваться только с 1885 г., когда был утвержден Устав эмеритальной кассы¹. Однако пенсионные оклады так незначительны, что даже с прибавкой эмеритуры далеко не доходят до тех размеров, какие установлены в большинстве германских государств, где судьи получают после 10 лет службы в виде пенсии 25–40% жалования, после 20 лет — 55–65%, после 30 лет — 65–70%, а после 35 лет — 75–80%². Притом право на эмеритуру возникает у наших судей только после 25-летней службы, при условии участия во взносах в течение не менее 10 лет.

¹ В настоящее время он помещается в уставах о пенсиях (т. III Св. зак.). О нем: *Кильшетт*, Эмеритальная касса судебного ведомства и страхование жизни (Журн. М. Ю., 1909, № 3).

² *Kade*, 109–110, 133–134, 201, 228, 260, 274. В некоторых частях Германии (Брауншвейге, Гессене, Ольденбурге) размер пенсии еще выше (*Kade*, 150, 174, 210). Гораздо хуже поставлены судьи во Франции и в Италии (*Eslande*, 68, 137–138, 239), а лучше всего в Англии и Соединенных Штатах: в Англии судьи, выходя в отставку после 15-летней службы или по причине болезни, получают пенсию в размере $\frac{2}{3}$ своего колоссального жалования, а члены американских федеральных судов, по выслуге 25 лет или по достижении 70 лет и при условии не менее 10-летней службы, имеют право на пенсию в размере полного оклада своего жалования (*Eslande*, 99, 163; *Piola-Caselli*, 122; *Nerincx*, 22).

§ 23. КОЛЛЕГИАЛЬНОЕ УСТРОЙСТВО СУДОВ¹

I. Во многих отношениях представляется желательным, чтобы гражданские дела разрешались не одним судьей, а несколькими, соединенными в одну коллегияю.

1. Коллегиальное рассмотрение дел обеспечивает более тщательное и многостороннее обсуждение их. Решение дел коллегией является результатом обмена мнений между судьями, результатом столкновения различных взглядов на одни и те же вопросы, различных точек зрения. То, что не расслышано или упущено из внимания одним судьей, может быть замечено другим; что кажется неясным одному, может быть выяснено другим. Благодаря такой взаимопомощи, оказываемой друг другу членами судебной коллегии, недостатки одного судьи восполняются достоинствами другого, так что без преувеличения можно сказать, что «три плохих судьи в состоянии составить хорошую судебную коллегияю»².

2. Улучшая качество судебных решений, коллегиальное рассмотрение дел обеспечивает и более беспристрастное отношение судей к делам. На единоличного судью легче оказать влияние, чем на целую судейскую коллегияю: его легче подкупить, легче найти к нему ход. В коллегии члены стесняются друг друга, боясь уронить себя во мнении товарищей, остерегаются оглашения своих недобросовестных действий. Если даже удастся повлиять на одного или нескольких из них подкупом или каким-либо иным способом, то во всяком случае остальные сохраняют беспристрастие и окажут надлежащее противодействие тем, которые готовы покривить душой. Правильно поэтому заметил Бодэн, что «большое количество судей, как и большое количество воды, труднее испортить».

3. При разрешении дел в коллегии каждый судья, сознавая, что за ним стоит разделяющая его ответственность коллегия, чувствует себя независимее и действует свободнее, чем тогда, когда ему приходится

¹ Бентам, гл. IX; Филиппов, II, гл. IV; Затворницкий, Единоличное начало в коллегиальном суде (Журн. М. Ю., 1902, № 2—4); Соллертинский, Замена коллегии единоличной властью (там же, 1901, № 4).

Feuerbach, Betrachtungen über die Oeffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege, 1821, I, 356 ff.; *Rathmann*, Der Einzelrichter, 1872; *Pollak*, Einzelgerichtsbarkeit im Civilprocesse, 1908; Verhandlungen des 29 deut. Juristentages, 1908; *Coumoul*, 352 ss.; *Manfredini*, 632 ss.

² *Pollak*, 22.

выносить решения единолично. «Коллегиум свободнейший дух в себе имеет к правосудию; не тако бо, яко же единоличный правитель, гнева сильных боится; понеже и причины проискивать на многих, а еще разностатейных особ, не тако удобно есть, яко на единого человека»¹.

4. Решения коллегиального суда, являясь результатом совокупной деятельности нескольких судей, запечатлены большим авторитетом, чем решения единоличного судьи. Каждая лишняя судейская подпись на решении увеличивает его нравственный вес, так как «совпадение убеждений различных лиц относительно одного предмета служит внешним удостоверением внутренней истинности»².

II. Против коллегиальности и в пользу единоличности приводятся следующие соображения³.

1. Сознание юридической и нравственной ответственности за постановляемое решение у единоличного судьи сильнее, а потому и отношение его к делу более внимательно и добросовестно.

«Честность судьи зависит от его ответственности перед общественным мнением или перед законом. Но эта ответственность вполне лежит только на одиночном судье: стоя один перед общественным мнением, он не имеет другой опоры, кроме правдивости своих суждений, другой защиты, кроме общественного уважения. Если бы он сделал несправедливость перед лицом стольких свидетелей, готовых распространить слух о его поступке, все порицание пало бы на него одного; он увидел бы себя одного против всех отданным на жертву всеобщему негодованию, меч закона поднятым над своей головою...» «Между тем коллегиальное устройство дает судьям средство оправдывать себя и все, что есть дурного в несправедливом постановлении, сваливать

¹ Духовный Реглам. Петра I, п. 4 (изд. 1883 г., 9). Это положение хорошо иллюстрируется следующим фактом, который рассказывает *Coutoul* со слов другого французского писателя (*Lamy*). Один французский мировой судья вынес обвинительный приговор подсудимому, привлеченному к ответственности местным мэром-депутатом, несмотря на то что раньше, частным образом, называл обвинение неосновательным. Когда его потом спросили два члена Коронного суда, являющегося для него апелляционной инстанцией, почему он поступил против своего убеждения, он откровенно ответил: «Да, я проявил слабость, потому что я один. Но вы вдвоем можете поправить дело и выдержать вместе гнев нашего мэра-депутата» (*Coutoul*, 366, прим.).

² *Feuerbach*, 367; *Филлипов*, II, 273.

³ Принцип единоличности имеет немногих защитников; к числу самых решительных принадлежат Бентам и Конт. В последнее время стали раздаваться в пользу единоличности голоса в Германии: *Adickes*, *Grundlinien*, 134 ff.; *Wagner*, 27; *Mügel*, *Fischer* и др. (указ. см. в *Zt. Zp.*, 39 B., 213–214; 40 B., 429).

друг на друга, так что оно, будучи основано на мнении всех, не принадлежит никому в особенности».

Против этого нужно заметить, что следует отличать ответственность судьи пред общественным мнением от ответственности пред законом. Единоличный судья несет пред обществом ответственность один, нераздельно. Это обстоятельство имело бы важное значение при системе периодических выборов, когда судья, плохо себя зарекомендовавший пред общественным мнением, рисковал бы не быть переизбранным по истечении срока своей службы. Но при системе правительственного назначения несменяемых судей мнение общества не имеет для них такой важности. Что же касается ответственности судей пред законом, то она одинакова как для единоличного, так и для коллегиального суда. В коллегии она тоже не делится на части по числу членов коллегии, а падает на каждого из них в полном размере: они отвечают не по долям, а солидарно. Когда за какое-либо служебное упущение полагается выговор, то этому наказанию подвергается не только единоличный судья, но и каждый член провинившейся коллегии, если только он не оградил себя подачей особого мнения, несогласного с мнением большинства членов коллегии (ст. 703 Уст. гр. суд.)¹.

2. Следствием большого осознания ответственности является более внимательное и добросовестное отношение к делам. Судья не имеет, на кого полагаться; он должен работать самостоятельно. Совсем иное в коллегии. Там один член рассчитывает на другого, и обыкновенно дела решаются председателем или членом-докладчиком, к которым без противоречия присоединяются прочие члены коллегии. Иногда господствующее положение в коллегии занимает не председатель, а какой-либо из членов, старший по службе или чину, более знающий и опытный. Благодаря этому коллегиальность превращается, в сущности, в единоличность, но не сопровождаемую той нераздельной ответственностью, какая лежит на единоличном судье. «Ряд из 5, 10, 15 судей представляет собою ряд цифр, из которых только одна имеет значение, а остальные — нули, которые уменьшают значение этой цифры, ибо этот наружный вид участия многих лиц в решении дел внушает председателю более самоуверенности и беспечности, нежели сколько он себе позволил бы, если бы был одиночным судьей»².

¹ Филипов, II, 267—269.

² Бентам, 40.

Это соображение имеет фактическое основание. Действительно, под формой коллегиальности очень часто скрывается единоличное начало: дела разрешаются не всей коллегией, а членом-докладчиком, к которому молча присоединяются другие члены коллегии. Такое явление наблюдается как на Западе, так и у нас¹. Но, во-1-х, даже в худшем случае, когда дела разрешаются одним членом-докладчиком, все-таки сохраняется возможность для члена-докладчика посоветоваться по затруднительному вопросу с товарищами, а для них — при малейшем сомнении в правильности предлагаемого докладчиком решения — оспорить его. Во-2-х, если во главе коллегии стоит хороший председатель, то он лично знакомится с каждым делом, так что каждое решение постановляется им совместно с докладчиком, а при возникновении между ними разногласия, привлекается к активному участию второй член, голос которого и дает перевес тому или иному мнению.

Нельзя еще не добавить, что это зло можно было бы уничтожить в корне, сделав совещание судей гласным и обязав каждого члена коллегии громко высказывать и мотивировать свое мнение. Это побудило бы каждого из них к тщательному изучению дела. Такой порядок, принятый в Англии², ставит деятельность судей на виду у публики и дает ей возможность судить о степени добросовестности, подготовки и способности судей. Однако он имеет и неудобную сторону, так как делает невозможными те нередко долгие и оживленные прения, которые возникают между членами коллегии при обсуждении дел в совещательной комнате и ведут к лучшему выяснению истины, а также ослабляет авторитетность решения в глазах публики, разоблачая разногласие между членами коллегии, касающееся иной раз существенных вопросов дела³.

Ввиду таких неудобств континентальные законодательства не решаются сделать совещание судей гласным, хотя в пользу этого весьма энергично высказывались некоторые исследователи⁴.

¹ Карабегов, Реформа Судебных уставов, 1889, 102—103.

² Franqueville, I. 400. Публичная подача голосов и мотивировка их практиковались в старину в германских судах (Feuerbach, I, 120—123) и в парижском парламенте (Comte, 222).

³ Bordeaux, 289; Barrot, 69; Seligman, 36—38; Feuerbach, 127—129.

⁴ Боровиковский, Отчет судьи, III, 1894, 17—18: «Говорят, тайна совещания ограждает свободу мнения судей. Да у судей вовсе нет и не должно быть такой свободы мнения, для проявления которой нужно удалиться в особую комнату. Судья обязан решить дело

3. Единоличный судья, действуя на глазах у общества самостоятельно и неся за свои действия полную и нераздельную ответственность, с одной стороны, легко обнаруживает свои хорошие и дурные качества, с другой стороны, имеет побудительную причину к постоянному самоусовершенствованию. Напротив, скрываясь за ширмы коллегии, он становится недоступен для контроля общества и может относиться к своим обязанностям спустя рукава¹.

В этом соображении тоже смешивается ответственность судьи пред обществом и пред высшими властями. Конечно, единоличный судья больше на виду у общества, чем член коллегии. Но высшим инстанциям и органам надзора качества каждого члена коллегии известны по тому, как он делает доклады, пишет решения и исполняет другие процессуальные действия при разрешении дел. Ширмы коллегиальности скрывают отдельных судей — и то не вполне — от взоров обыкновенной публики, но не от органов надзора, не от товарищей и не от адвокатов.

4. При единоличности дела разбираются быстрее. Коллегиальное рассмотрение дел требует больше времени для предварительного ознакомления судей с процессуальным материалом и для совместного обсуждения его².

Это верно. Однако следует помнить, что быстрота производства хороша лишь при том условии, если не уменьшает основательности обсуждения дел. А так как принцип коллегиальности больше гарантирует основательность, то отказаться от него ради достижения быстроты производства можно только в тех делах, которые по своему существу не требуют особенного труда для уяснения и разрешения. Кроме того, быстрота — цель, к которой должно стремиться производство в каждом суде, как единоличном, так и коллегиальном³.

5. При единоличной организации судебных учреждений число судей может быть меньше, а потому им можно назначить высокое вознаграж-

сообразно установленным фактам и велениям закона. Если бы было введено гласное совещание, судьи стеснялись бы этим развее в первое время, с непривычки. Так при открытии новых судов судьи на первых порах смущались публичным докладом, но вскоре же и по привыкли». Ср.: *Feuerbach*, 142 ff.; *Canstein*, Die rationellen Grundlagen des Civilprocesses, 1877, 101—102; *Капабегов*, 78, 87—88 и др.

¹ *Comte*, 75; *Бентам*, 42.

² *Бентам*, 42. Ср. *Rathmann*, 16.

³ *Pollak*, 11—13.

дение и таким способом привлечь к занятию судейских должностей наиболее выдающихся юристов¹.

6. Этот довод неоспорим, но мог бы иметь решающее значение только в том случае, если бы можно было ограничиться очень незначительным числом единоличных судей, которые могли бы быть избираемы из наиболее выдающихся юристов-практиков и которым можно было бы назначить очень высокие оклады жалованья, не уступающие заработку, приносимому им занятием адвокатурой. Таково положение вещей в Англии. Но оно возможно только благодаря своеобразному судоустройству и судопроизводству, существующим там, и, главным образом, благодаря тому, что большая часть процессуальных действий, исполняемая на континенте Европы самими судами, возложена в Англии на секретарей судов (см. § 29). Но при других процессуальных порядках, существующих в прочих западноевропейских государствах и у нас, число единоличных судей все-таки должно быть настолько велико, что для заполнения всех мест все равно не хватило бы выдающихся юристов-практиков и пришлось бы довольствоваться посредственными².

7. Единоличный судья доступнее для тяжущихся, чем целая коллегия. Он может входить с ними в более близкое общение, лучше вникать в их интересы и содействовать словом совета и убеждения мирному окончанию процессов между ними³.

Это соображение вполне правильно, в особенности в том случае, когда судья принадлежит к числу местных обывателей, близко знает их и существующие между ними отношения. Поэтому единоличное начало представляется, несомненно, целесообразным в применении к низшим местным судам.

III. Сравнительная оценка достоинств и недостатков принципов коллегиальности и единоличности приводит к тому заключению, что первый заслуживает предпочтения, так как в большей степени обеспечивает основательное, добросовестное и справедливое разрешение дел, и что принцип единоличности может быть допущен только

¹ Бентам, 43.

² По вычислению Адикеса, предлагавшего сделать суд первой инстанции единоличным, а число членов в присутствиях апелляционного и ревизионного судов уменьшить до 2–3 человек, для Германии потребовалось бы все-таки свыше трех тысяч судей (Adickes, Grundlinien, 144–146).

³ Rathmann, 5–7, 59 ff.

в виде изъятия для мелких и несложных дел, которые, требуя простоты производства и быстрого окончания, могут быть с большим успехом разрешаемы единоличным судьей, более доступным для тяжущихся и ближе знающим их¹.

На этом именно основании покоится разграничение ведомств единоличных и коллегияльных судов как в западноевропейских государствах², так и в России.

¹ *Canstein*, 156.

² В *Германии* к ведомству единоличных судей (участковых) отнесены: 1) дела по имущественным требованиям на сумму не свыше 300 руб. (600 марок) и 2) без ограничения суммы: а) споры между хозяевами и нанимателями о сдаче, пользовании или об освобождении нанятого имущества и об удержании находящихся там вещей нанимателя, б) споры между хозяевами и прислугой, хозяевами и рабочими, вытекающие из наемного договора, а также между приказчиками и учениками, вытекающие из договорных отношений между ними, в) споры путешественников с содержателями гостиниц, перевозчиками, экспедиторами и т.п., г) споры из-за недостатков, оказавшихся в купленном скоте, д) иски о вознаграждении за причиненные животными убытки, е) требования из внебрачного сожительства и ж) вызванное производством (GVG, § 23, по редакции 1909 г. (раньше предельная ценность иска была 150 руб.); *Schmidt*, § 40, II). В *Австрии* участковым судьям подведомственны: 1) имущественные требования ценою до 500 гульденов (400 руб.) по предметам, не отнесенным к исключительной компетенции коллегияльных судов, а именно не касающимся законности рождения, развода, расторжения и недействительности брака, отношений между родителями и детьми, не имеющих исключительно имущественного характера, заповедных имений (ст. 50); 2) без различия в цене: а) требования, вытекающие из внебрачного сожительства, б) споры об установлении и исправлении границ недвижимости и о сервитуте жилья, в) иски о восстановлении нарушенного владения, г) споры между хозяевами и нанимателями, вытекающие из наемного договора, кроме споров относительно обязательности договора и наемной платы, д) споры по договорам личного найма между хозяевами и слугами, рабочими, подмастерьями, учениками и судовой командой, поскольку они не отнесены к ведомству администрации и ремесленных судов, е) споры между путешественниками и содержателями гостиниц, владельцами судов, перевозчиками и экспедиторами и т.п., ж) споры о недостатках в проданном скоте и з) распоряжения по отказам от найма имуществ, сдаче и приеме нанятых вещей и морским протестам (*Jurisd.-norm.*, § 49). Во *Франции* компетенция мировых судей разделяется на общую, обнимающую все (за очень немногими изъятиями) дела о движимых имуществах на сумму до 240 руб. (600 франков), и специальную, относящуюся к некоторым категориям: 1) на сумму до 600 руб. по искам, возникающим во время путешествия, спорам, касающимся заказных отправок и ценных посылок, искам о вознаграждении за военные реквизиции и 2) на всякую сумму: по искам из договора найма недвижимостей, если арендная плата не превышает 240 руб., по спорам между хозяевами и рабочими, прислугой, приказчиками и т.п., искам об убытках, причиненных полям, посевам, плодам и пр., искам о восстановлении нарушенного владения, об установлении границ и многих других (*Garsonnet*, № 197—229). В *Италии* личные иски о движимости, а также иски об убытках и найме недвижимости подлежат до суммы 100 лир ведомству мировых судей, а от 100

Против такого распределения дел между единоличными и коллегиальными судами часто возражают, что в нем придано чересчур большое значение ценности дел, которая вовсе не служит ни показателем их простоты или сложности, ни мерилom их важности для тяжущихся. Дело о взыскании по бесспорному документу — векселю, закладной — представляет бесконечно меньше трудностей для суда, чем грошовый иск из сложных обязательственных отношений между купцами, комиссионерами, ремесленниками и т.п.¹ С другой стороны, ценность дела не всегда соответствует важности его для самих тяжущихся. Малоценный иск, не имеющий никакого значения для богача, может грозить полным разорением бедняку. Всякому свои слезы солонны, и Бриглеб правильно заметил, что мышь, с которой сдирают кожу, чувствует боль ничуть не меньше, чем бык². «К распределению дел по ценности применимо то, что говорилось по поводу денежных штрафов: ценность, которую какой-либо объект имеет для своего обладателя, не абсолютна, а определяется отношением этого объекта ко всему имуществу данного лица»³. С этой точки зрения можно признать, что, «говоря вообще, важность дела скорее обратно, чем прямо пропорциональна его цене»⁴. Поэтому отнесение к ведомству коллегиальных судов только ценных дел является несправедливой привилегией для состоятельного класса населения и представляет собой плутократический принцип, которым законодательство, обязанное заботиться равномерно об интересах всех классов населения, не должно руководствоваться.

Справедливости этих соображений нельзя отрицать, и современные законодательства приняли их в расчет, распределив между коллегиальными и единоличными судами некоторые категории дел независимо от их ценности. Но совершенно отказаться при этом от мерила сравнительной ценности невозможно ввиду следующих обстоятельств.

до 1500 лир — преторов. Кроме того, преторам подведомственны в пределах этой суммы все другие иски, затем иски об алиментах до 200 лир и некоторые иски в течение года с того времени, как возник повод к их предъявлению (владельческие, о потраве и др.) (Cod. di proc., art. 70, 71, 82). О компетенции русских единоличных судов будет сказано в учении о субъектах искового процесса.

¹ *Vierhaus*, Ueber die socialen und wirtschaftlichen Aufgaben der Civilprozessgesetzgebung, 1903, 51—52.

² *Pollak*, 23; *Vierhaus*, 52.

³ *Vierhaus*, 52.

⁴ *Бенгам*, 18.

Во-1-х, если бы законодатель пожелал распределить дела по их субъективной важности для тяжущихся, то суду приходилось бы в каждом отдельном случае вычислять, в каком отношении находится цена предъявленного иска ко всему имуществу каждого из тяжущихся, а это совершенно немыслимо. Во-2-х, для законодателя интересы всего гражданского оборота, несомненно, важнее интересов отдельных частных лиц, а с точки зрения оборота судьба иска об имуществе, стоящем десятки или сотни тысяч рублей, имеет больше значения, чем судьба десятирублевого взыскания. В-3-х, малоценное дело не выдержит расходов, связанных с разрешением его в сложном производстве коллегияльного суда¹: выигравшая его сторона в конце концов либо ничего не получит, либо должна даже будет приплатиться, потому что, как бы ни уменьшить сумму взыскиваемых с тяжущихся издержек, во всяком случае довести ее до нуля никак невозможно, так что проигравший дело противник, если он такой же бедняк, не в состоянии будет возместить их победителю. В-4-х, если даже судебные издержки и будут возмещены противником, то во всяком случае останется не вознагражденной потеря рабочего времени, затраченного на хождение по судам, или сделанный взамен этого расход на приглашение поверенного, которому придется, при малоценном иске, заплатить больший процент, чем полагающийся ему по таксе за ведение ценных дел. В-5-х, наконец, малоценные дела не нуждаются в установлении таких гарантий судейского беспристрастия, как ценные, потому что опасность подкупа или вообще какого-либо влияния на единоличного судью со стороны тяжущихся или иных лиц при малоценном иске совершенно отсутствует². Словом, предоставлять разрешение малоценных дел коллегияльным судам так же неудобно и невыгодно, как применять для поднятия ничтожных грузов огромные, потребляющие много топлива машины³. В заключение следует заметить, что и малоценные дела, разбираемые единоличными судьями, не лишены гарантий, представляемых коллегияльностью, потому что недовольный решением суда тяжущийся имеет право обжаловать его в высшую инстанцию, устроенную по принципу коллегияльности.

IV. Единоличное начало может иметь применение и в коллегияльных судах, если предоставить совершение некоторых процессуаль-

¹ Pollak, 23.

² Филуннов, II, 286—287.

³ Stein, Zur Justizreform, 76.

ных действий не всему присутствию суда в полном составе, а только его председателю или одному из членов. Критерием для выделения таких действий должна служить не только сравнительная трудность или сложность дела, но и значение этих действий для тяжущихся, так как коллегиальность имеет задачей обеспечить как основательность и всесторонность обсуждения дел, так и беспристрастное отношение судей¹. Ввиду этого принцип единоличности может быть допущен в применении к таким действиям, которые имеют предварительный или подготовительный характер, каковы, например, выяснение в точности требований и возражений сторон, формулирование спорных пунктов и вообще подготовка дел к слушанию по существу².

§ 24. ИНСТАНЦИОННАЯ СИСТЕМА³

I. В то время как коллегиальное устройство судов имеет целью обеспечить одновременное участие нескольких судей в рассмотрении дел, инстанционная система делает возможным последовательное перерешение их разными судами. Это необходимо в двух отношениях.

1. Как бы хорошо ни были подготовлены к своей деятельности судьи, как бы добросовестно и внимательно ни относились они к исполнению своих обязанностей, во всяком случае они не могут быть вполне гарантированы от промахов и ошибок. Не только неправильное понимание закона или случайный недосмотр при установлении фактических обстоятельств дела, но и субъективные взгляды, симпатии и антипатии судьи, а также влияние господствующих в данной местности воззрений и предрассудков служат причиной постановления неправильных решений. Нельзя отрицать возможности и сознательно-го уклонения судей от справедливости, которое, благодаря предостав-

¹ На этом основании признается нецелесообразной и опасной замена трехчленной коллегии судей в делах, решаемых с участием присяжных заседателей, одним председателем (Соллертинский, 61 и сл.)

² Австр. уст. гражд. суд., ст. 250. Ср.: *Затворницкий*, 25–26; *Носенко*, Очерки по гражд. процессу (Журн. М. Ю., 1903, № 10, с. 10–11).

³ *Малышев*, II, § 104–105; *Kries*, Die Rechtsmittel des Zivil- und Strafprozesses, 1880 (по действующему германскому праву). Системы обжалования судебных решений, существующие в разных европейских и внеевропейских государствах, свел *Harrasowsky*, Die Rechtsmittel im Civilprocesse, 1879. Дополнением к этому устаревшему в значительной части сочинению служат: *Fischer*, Revision und Revisionssumme, 1904; *De la Grasserie*, De la fonction et des juridictions de cassation en législation comparée, 1911.

ленной судьям свободе убеждения, ускользает от самого бдительного надзора и потому остается безнаказанным. Одним из средств охранить тяжущихся от всех таких вольных и невольных прегрешений суда является возможность перевершения дел. Это перевершение дел может быть предоставлено либо тому самому суду, который их разрешил, либо другому такому же суду, либо, наконец, специально для этого учрежденному высшему суду, состоящему из более опытных и лучше подготовленных судей.

Первый способ представляется целесообразным только в тех случаях, когда неправильность решения, на которую жалуются тяжущиеся, произошла без вины суда, вследствие невольной ошибки его или по не зависевшим от него обстоятельствам, если, например, суд основал свое решение на документе, который впоследствии оказался подложным, или на показаниях свидетелей, которые после того были уличены в лжесвидетельстве, и т.п. Но в прочих случаях, когда решение было результатом неправильного, по мнению тяжущихся, понимания судом закона, ошибочного истолкования обстоятельств дела, небрежного и невнимательного исполнения своих обязанностей, словом, когда тяжущиеся приписывают суду какую-нибудь вину, тогда проверка справедливости их жалобы не может быть предоставлена тому суду, на который они жалуются, ибо никто не в состоянии надлежащим образом исполнять роль своего собственного контролера. «Суд состоит из людей, а люди неохотно и не всегда исправляют свои действия, свои мнения и решения по указаниям других лиц; часто, встретив возражение, указывающее на неправильность их образа действий или суждения, они еще с большим упорством держатся раз принятого мнения или направления»¹. Если поэтому исправление невольных промахов суда может быть поручено ему самому, без опасения неосновательного упрямства и пристрастия с его стороны, то нельзя сделать того же самого относительно его сознательных упущений: суждение о них и перевершение дел в таких случаях должны быть переданы другим судам. При этом представляется естественным и желательным, чтобы второй суд, проверяющий правильность действий первого, был выше по служебному положению и состоял из лучше подготовленных и более опытных членов. При таких условиях перевершение дел вторым судом будет иметь опору в иерархической подчиненности судов и обладать

¹ *Малышев, II, 162.*

необходимой авторитетностью в глазах граждан¹. Отсюда вытекает необходимость создания двух категорий судов: низших, первой степени, или инстанции, и высших, второй степени, или инстанции, перевершающих дела, решенные судами первой инстанции.

2. Но этого было бы недостаточно, — не только потому, что второй суд, перевершающий дела, тоже может ошибаться или нарушать предписанные законом формы судопроизводства, но и по другой, еще более важной причине. А именно в каждом законодательстве, как бы совершенно оно ни было, встречаются в большем или меньшем количестве пробелы, неясности и противоречия. Вследствие этого неизбежны разногласия в способах понимания и применения его постановлений не только между гражданами, но и между судами. Один суд толкует законы так, другой — иначе, третий — еще иначе; в каждом судебном округе может выработаться своя собственная практика, и совершенно одинаковые дела будут разрешаться в различных округах различно. В результате получится такой порядок, как будто в каждом судебном округе действуют другие законы. Этого нельзя признать нормальным. Закон, изданный для всего государства, должен повсюду применяться одинаково. «Единое государство, единое право, единый суд» — эти слова, произнесенные суперинтендантом Панком при закладке нового здания германского Имперского суда, должны служить девизом каждого государственного устройства. Отсутствие единообразия в судебной практике разрушает единство государственного правопорядка, ослабляет силу закона и подрывает принцип равенства всех граждан пред законом. Необходимо поэтому установить наблюдение за деятельностью всех судов с целью обеспечить одинаковое толкование и применение ими законов².

¹ Бентам, 156–157.

² *Ricci*, 226–227: «Для того чтобы понятие справедливости свободно развивалось, для того чтобы оно проникло в умы граждан и запечатлелось в них, граждане должны видеть на вершине иерархии высший суд, окончательно решающий вопросы компетенции и права. Если нравственность только одна, то и право тоже одно. Неоценимое качество юстиции состоит в том, что она по своему существу едина и не может быть раздробляема. Пусть она изменяется до бесконечности в применении к различным тяжбам, но пусть остается неделимой в принципе; ей случается принимать различные формы, определяя отношения землевладельцев, рабочих, плательщиков податей, купцов или солдат; но когда специальные суды вынесли решение, когда фактическая сторона выяснена и установлена, тогда спор поднимается и переходит в те высшие сферы, где подвергается обсуждению самое право».

Обе указанные функции — перевершение дел, разрешенных судами, по жалобе недовольных тяжущихся, и водворение единообразия в судебной практике — могут быть предоставлены одним и тем же судебным учреждениям нераздельно, так, чтобы каждый высший суд являлся контролирующей инстанцией для низших судов в обоих этих отношениях, либо разделены таким образом, чтобы перевершение дел по существу было возложено на одну группу высших судов, а наблюдение за единообразием судебной практики — на особый верховный суд.

Из этих двух систем предпочтительной является вторая ввиду следующих своих существенных преимуществ¹.

Во-1-х, если верховный суд избавлен от проверки фактической стороны разрешенных низшими судами дел, то он может сосредоточить все свое внимание на их юридической стороне. Благодаря этому его решения будут более основательными и в то же время производство ускорится, а количество разрешаемых дел увеличится.

Во-2-х, при таком порядке совершенно устраняется опасность проявления верховным судом пристрастия в пользу одной из тяжущихся сторон, потому что, разрешая только отвлеченные юридические вопросы, «без отношения к лицам, времени, месту, обстоятельствам, он не имеет такого повода к лицеприятию, и если бы был склонен оказать предпочтение одной из сторон, не мог бы этого так легко делать, не мог бы разрешать противоположным образом безусловно одинаковые вопросы, каковы зачастую вопросы чистого права»².

В-3-х, перевершение дел по существу верховным судом было бы связано с огромными затруднениями для тяжущихся, свидетелей и других участвующих в делах лиц, которым приходилось бы совершать отдаленные путешествия, являясь в заседания этого суда, находящегося в столице или в другом центральном городе государства.

В-4-х, не только нет никакого основания думать, что верховный суд мог бы устанавливать фактическую сторону дел лучше низших судов, но, наоборот, не подлежит сомнению, что он делал бы это хуже, чем они, потому, что они стоят ближе к тяжущимся и лучше знают местные отношения и условия жизни. Те же преимущества, которыми обладают члены верховного суда пред низшими судами, а именно большая талантливость, лучшая юридическая подготовка и судейский опыт, могут проявиться как раз при юридической оценке фактического материала

¹ Meyer, Esprit, VI, 152 ss.; Fischer, § 2.

² Meyer, 168–169.

процесса, а не при установлении его, которое в современном процессе производится самими сторонами только при содействии суда.

В-5-х, если возложить на верховный суд перевершение дел по существу, то пришлось бы ввиду массы работы, которая взвалилась бы на него, либо значительно увеличить состав его, для чего не хватило бы ни вполне достойных кандидатов, ни средств у казны, либо искусственно ограничить количество переходящих на его рассмотрение дел, установив предельную цену исков, подлежащих обжалованию в третью инстанцию. А это было бы несправедливо, так как тогда решения судов по малоценным делам не подвергались бы проверке высшим судом, и неимущие классы населения, ведущие процессы о незначительных суммах, были бы поставлены в худшее положение, чем состоятельные классы. «Отправление правосудия становится классовой юстицией, когда перед гражданскими отделениями высших судов выступают только состоятельные лица, тогда как прочие могут сводить знакомство лишь с их уголовными отделениями»¹.

Ввиду таких соображений законодательства большинства современных государств² строят систему обжалования судебных решений на следующих двух основных положениях: 1) дела рассматриваются по существу двумя и только двумя судебными инстанциями и 2) третья инстанция проверяет одну лишь юридическую сторону решений и разъясняет истинный смысл законов. Первое положение принято называть *принципом двух инстанций*; второе можно назвать *принципом юридической проверки решений*.

Такая система утвердилась недавно: во Франции — в эпоху Великой революции, в Германии и других государствах — позже. Она применяется, однако, не повсюду в одинаковой форме, а с более или менее значительными видоизменениями. Наиболее существенное из них состоит в том, что верховный суд в некоторых странах ограничивается отменой неправильных судебных решений и передачей дел на новое рассмотрение другим судам второй инстанции, а в некоторых странах сам постановляет новое решение, если фактические обстоятельства

¹ Fischer, 7.

² Кроме Англии, Скандинавских государств, Соединенных Штатов и некоторых других стран. Здесь третья судебная инстанция не ограничивается проверкой юридической стороны решений апелляционной инстанции, а перерешает дела по существу, являясь, таким образом, высшей апелляционной инстанцией. Поэтому существующая в этих государствах система называется обер-апелляционной (Fischer, § 7).

дела не возбуждают сомнения и не нуждаются во вторичном установлении. Первая система, именуемая *кассационной*, принята в романских государствах и России, вторая — *ревизионная* — в Германии и Австрии.

II. Римский процесс в республиканский период не знал обжалования судебных решений. Это обстоятельство является естественным результатом характера тогдашнего судопроизводства. Так как дела разрешались судьями, которые избирались по взаимному согласию тяжущихся, то обязанность сторон подчиниться судебному решению основывалась на состоявшемся между ними договоре. Но ввиду возможности неправильных решений должны были существовать и в действительности существовали способы парализовать их силу. Такими способами были: привлечение судей к уголовной ответственности в случае взяточничества, лицепрятия и т.п., возбуждение спора о недействительности решения, постановленного с нарушением существенных форм производства или вопреки прямому и ясному смыслу закона; восстановление в прежнее состояние (*restitutio in integrum*) в случаях разрешения дела судьей под влиянием насилия, угрозы, обмана, подлога, в случаях несовершеннолетия тяжущегося, неявки его в суд по уважительной причине и ввиду других важных и справедливых оснований (*magna et justa causa*); наконец, вмешательство высшего или равного по власти магистрата, отменявшего неправильное решение (*intercessio*). После уничтожения решения в указанных случаях мог следовать новый процесс; но обжалование решений и перенос их на рассмотрение другого суда не допускались. Система обжалования возникла и широко развилась в императорский период, когда отправление гражданского правосудия перешло всецело в руки императорских чиновников, находившихся между собою в иерархической зависимости. На решения низших можно было приносить жалобы высшим; на высших жаловаться еще вышестоящим в бюрократической иерархии и т. д., вплоть до самого императора, считавшегося верховным судьей. Таким образом установился целый ряд инстанций, последовательно рассматривавших дела по существу.

Наряду с апелляцией, в смысле пересмотра дел по существу, развился в императорский период еще и другой способ обжалования решений: просьба об отмене решения (*supplicatio*), которая приносилась императору после того, как дело прошло все апелляционные инстанции, и влекла за собой уничтожение решения (*retractatio*) и передачу дела на новое рассмотрение тому же самому или другому суду,

а иногда разрешение дела самим императором или назначенным им для этого лицом. Кроме того, в императорский период продолжали существовать споры против действительности решений и просьбы о восстановлении прежнего состояния. Те и другие осуществлялись иногда в форме апелляции или суппликации.

Выработавшаяся в императорском Риме система обжалования была перенята и усовершенствована каноническим процессом. В частности, споры о недействительности решений, допускавшиеся в Риме в форме возражений в исполнительном производстве, были преобразованы в особые иски о недействительности (*querella nullitatis, actio de nullitate*).

Под влиянием римского и канонического права развилась система обжалования во Франции и в Германии, характеризующаяся многочисленностью апелляционных инстанций. В обеих странах обычным способом обжалования решений сделалась апелляция, которая могла повторяться несколько раз.

Во Франции, подобно тому как и в Риме, развитие апелляции шло параллельно усилению единодержавия. В конце XIII в. существовала уже целая лестница судебных инстанций, вершину которой образовывал король, так что дела могли перевершаться по существу пять раз. Наряду с апелляцией существовал еще способ обжалования решений, не подлежащих уже апелляции, если они страдали такими недостатками, которые делали их недействительными, или основывались на неправильном применении судами законов. Жалоба (*requête civile*) подавалась королю и рассматривалась в его совете, который, найдя ее основательной, либо передавал дело на новое рассмотрение в тот же суд, если решение было основано на произвольных, не зависевших от вины суда ошибках, либо в другой суд, если сам суд был виновен в каком-либо упущении, а иногда сам разрешал дело по существу. Во время революции все апелляционные инстанции были уничтожены и сделана попытка обойтись судами одной только инстанции, предоставив им рассматривать апелляционные жалобы друг на друга (в 1796 г.). Но эта попытка оказалась неудачной, так как перевершение дел судами одной и той же инстанции не внушало доверия тяжущимся, и вскоре были созданы суды второй инстанции для перевершения дел по апелляционным жалобам. Вместе с тем сохранились просьбы о пересмотре решений, основанных на произвольных ошибках суда, но рассмотрение их предоставлено самим судам, постановившим оспариваемое решение. Точно так же удержана и отмена решений по нару-

шению судом законов или форм производства, и для рассмотрения их учрежден высший суд под названием кассационного, задача которого состоит в проверке юридической стороны решений, отмене неправильных решений и передаче дел на новое рассмотрение в другой суд.

В Германии после рецепции римского права тоже привилась и широко разрослась система апелляционного обжалования решений. Кроме ряда судебных инстанций в отдельных территориях, существовали две высшие общеимперские, конкурировавшие между собой (*Reichskammergericht*, *Reichs-Hofrat*). С течением времени установилась система двукратной апелляции, в некоторых же государствах — троекратной. Кроме апелляции, перешли из римско-канонического процесса еще два способа обжалования: иск о признании недействительности решения, страдающего существенными пороками (*Nichtigkeitsklage*), и просьба об отмене решения в случае нарушения судом закона и форм производства (*Nichtigkeitsbeschwerde*). Сохранилась также просьба о восстановлении в прежнее состояние (*Restitutionsklage*). В отдельных государствах существовали еще другие способы обжалования, аналогичные римской суппликации и носившие разные названия (*Supplication*, *Revision*, *Leuterung* и др.). При объединении судоустройства и судопроизводства в Германии (в 70-х годах) вся эта сложная и многообразная система была преобразована по французскому образцу, с тою разницей, что третьей инстанции придан не кассационный, а ревизионный характер.

III. В России исторически выработалась длинная лестница апелляционных инстанций. Непосредственно перед судебной реформой 1864 г. было шесть нормальных инстанций (уездный суд, гражданская палата, департамент Сената, Общее собрание Сената, Комиссия прошений, Государственный Совет). Если же принять в расчет, что полиция предварительно расследовала некоторые дела, а казенные палаты, палаты государственных имуществ, министры, обер-прокуроры, Консультация при Министерстве юстиции и другие учреждения и лица содействовали разрешению гражданских дел своими заключениями, то число инстанций удвоится. Такая система приводила на практике к чрезвычайной медленности движения дел. «Полагаясь на право переноса дела в инстанцию высшую, — говорится в мотивах к ст. 11 Уст. гражд. суд., — тяжущиеся мало заботятся о надлежащем объяснении своего дела в судах низших и о представлении всех нужных по оному доказательств и чрез то поставляют сии суды в невозможность правильно решить дело, а потом затрудняют суды высшие рассмотрением

представляемых под разными предлогами новых обстоятельств и доводов. Таким образом, может быть, иногда и без намерения, а по одной беспечности, в надежде на апелляцию, они замедляют производство и окончательное решение дела. Когда же к сему присоединится еще недобросовестность и ябедническое искусство придумывать способы для отклонения окончательного постановления решения, то и самые простые и ясные дела становятся многосложными, запутанными и требуют продолжительных справок и соображений. Удивительно ли, что при таких действиях проходят иногда целые десятки лет до окончания дела»¹. В Сенате представление новых доказательств уже не допускалось. Прошения о пересмотре дел ввиду вновь открывшихся обстоятельств подавались как в Сенат, так и в Комиссию прощений и в обоих случаях разрешались Высочайшей властью.

Судебные уставы 1864 г. ввели принцип двух инстанций и сосредоточили юридическую проверку правильности решений вторых инстанций в Гражданском кассационном департаменте Сената, приняв за образец французскую кассационную систему.

§ 25. Принцип двух инстанций²

Принцип двух инстанций состоит, как было указано в предыдущем параграфе, в том, что дела могут быть рассматриваемы по существу дважды: низшими судами (первой инстанции), а затем, если потребует одна из тяжущихся сторон, высшими судами (второй инстанции).

I. Необходимость допустить двукратное рассмотрение дел обуславливается тем, что судьи могут при разрешении дел совершать вольные и невольные промахи, которые требуют исправления. Но, кроме того, оно представляется полезным еще и в других отношениях.

¹ Например, в деле Шидловских предварительный вопрос «о предоставлении хода сему делу» разрешался 20 лет, восходя 12 раз до Сената (*Джанишев*, Основы, 38, прим.).

² *Бентам*, гл. XXV; *Малышев*, II, 196 и сл.; *Носенко*, Очерки по гражданскому процессу (Журн. М.Ю., 1903, № 12); *Рухтер*, О полной и неполной апелляции (Там же, 1907, № 3); *Краевский*, Практические заметки по вопросу об усовершенствовании гражданского судопроизводства, 1910, вып. 1, 42 и сл.

Bordeaux, ch. XXIV–XXVI; *Jeanvrot*, II, 71 ss.; *Lavielle*, Etudes sur la procédure civile, 1862, ch. VI; *Gauthier*, Théorie de deux degrés de juridiction, 1897; *Bähr*, Das Rechtsmittel zweiter Instanz in deut. Civilprocess, 1871; *Levy*, Die zweite Instanz, 1871; *Canstein*, Die ration. Grundlagen, 1877, 105 ff.; *Wach*, Vorträge, 243 ff.; *Cornfeld*, Civilproc. Grundsätze, 1893, 71 ff.; *Manfredini*, 586 ss.

1. Существование второй инстанции благотворно влияет на судей первой. Зная, что их решения в случае обжалования сторонами не будут приведены в исполнение, а подвергнутся проверке и, если окажутся неправильными, то будут отменены, судьи первой инстанции, которые почему-либо желали бы отступить от беспристрастия в угоду одной из тяжущихся сторон, воздержатся от такого поступка ввиду бесцельности его. Мало того, они не могут не опасаться, что их недобросовестность или даже небрежность будут замечены высшей инстанцией и поставлены им в счет при возникновении вопроса о повышении по службе. Таким образом возможность обжалования решений предупреждает нарушение судьями беспристрастия, делая это бесполезным для тяжущихся и вредным для самих судей¹.

2. Вместе с тем существование второй инстанции, к которой можно обратиться в случае постановления судом первой инстанции неправильного решения, внушает гражданам чувство обеспеченности от судейского произвола, дает им уверенность в том, что они могут добиться правосудия и получить охрану своих справедливых требований друг к другу².

3. Так как не все решения судов первой инстанции переходят по жалобам тяжущихся во вторую³, то число апелляционных судов может быть незначительно, а потому они могут быть образованы из наиболее способных и опытных судей первой инстанции. Поэтому дела, поступающие на перевершение апелляционного суда, попадают в более искусные руки и могут быть разрешены лучше⁴.

¹ *Бентам*, 140: «Апелляция представляет двоякую неоспоримую пользу: 1) как средство изменять несправедливые решения, имеющие основанием или злой умысел, или неведение, или ошибку, и 2) как средство предупреждать умышленно несправедливые решения чрез отнятие надежды их исполнения».

² *Малышев*, I, 193: «Мысль, что решение местного суда не окончательно, что в государстве есть высшие суды, стоящие на страже правосудия, что право, не признанное судом первой инстанции, может быть исследовано вновь и охранено высшим судом, более отдаленным от местных интересов, сосредоточивающим в своем составе более сил, сведений, опытности, — такая мысль действует успокоительно на тяжущихся и на целое общество».

³ Судебная статистика показывает, что у нас в апелляционные суды переходит меньше четверти дел, решенных первой инстанцией. Так, в 1899 г. в окружные суды поступило 68 783 исковых дела, а в палаты — 13 201, в 1903 г. в первые — 88 236, а во вторые — 18 754, в 1908 г. — 112 158 и 25 936 (*Тарновский*, Движение гражд. дел (Журн. Мин. Юст., 1910, № 3, 56)).

⁴ *Picot*, 239; *Краевский*, 50; *Gauthier*, 185, 186; *Bähr*, 44—45.

4. Судьи второй инстанции поставлены в более благоприятные условия деятельности, лучше обеспечивающие основательность их решений. Дела переходят к ним уже в упрощенном, обработанном виде, после того, как процессуальный материал разработан и просеян, обстоятельства дела установлены, главное отделено от второстепенного, сформулированы спорные пункты, словом, «часть завесы, скрывающей истину, приподнята»¹, и благодаря этому, второй судья, имея пред собой решение первого, стоит, так сказать, на плечах у него и потому видит дальше и лучше, чем он².

5. Положение судей второй инстанции лучше еще и в том отношении, что они более удалены от тяжущихся и менее подвержены разным местным влияниям.

6. Далее, они избавлены от исполнения некоторых обязанностей, отнимающих немало времени и сил у судей первой инстанции, как, например, производство поверочных действий (допросов свидетелей вне заседания, осмотров на месте и т.п.).

7. Обжалование решений даже тогда, когда оно оказалось безуспешным, приносит пользу, потому что подтверждение решения первой инстанции судом второй инстанции усиливает его авторитетность. В таких случаях обжалование напоминает, по выражению Бордо, те употребляемые в арифметике приемы проверки вычислений, к которым прибегают математики, когда, сделав вычисление одним способом, повторяют его другим, чтобы удостовериться в отсутствии ошибки³.

8. Опыт как Западной Европы, так и России вполне подтверждает полезность существования второй инстанции для перевершения гражданских дел и показывает, что тяжущиеся дорожат правом обжалования судебных решений. Даже противники апелляционной инстанции признают, что «дела в судебных палатах в большинстве случаев решаются лучше, нежели в окружных судах, тщательнее рассматриваются обстоятельства дела, пытливей исследуются запутанность и темнота спорных отношений сторон, основательнее оценивается их аргументация, а главное, правильное и свободнее применяются к делу юридические положения, почему и самые решения их являются обстоятельными и лучше мотивированными»⁴.

¹ *Picot*, 238; *Gauthier*, 5, 185.

² *Bähr*, 47.

³ *Bordeaux*, 319.

⁴ *Краевский*, 49.

II. Существуют, однако, и противники принципа двух инстанций. Они выставляют следующие возражения.

1. Если первая инстанция вполне удовлетворительна, то вторая представляется излишней; если же первая плоха, то нужно либо сделать ее хорошей, либо, если это невозможно, просто уничтожить, превратив вторую инстанцию в первую. Непонятно, для чего предоставлять разрешение дел сначала учреждению, признаваемому неудовлетворительным, а потом другому учреждению, отличающемуся лучшими качествами. Не проще ли сразу обратиться ко второму?¹

Против этого нужно отметить, что, если бы можно было образовать безусловно хорошую первую инстанцию, решения которой были бы всегда правильны или во всяком случае таковы, что никакой другой суд не мог бы постановлять лучших, тогда, конечно, вторая инстанция была бы излишней, как она излишня для суда присяжных, относительно которого нет основания предполагать, чтобы 12 человек, выбранных из среды граждан по жребию, не могли разрешать дел так же хорошо, как какие-нибудь другие 12 человек, избранные таким же образом из тех же граждан. Но в ином положении находятся суды, состоящие из профессиональных судей, получивших специальную подготовку: многочисленный состав судов первой инстанции не может быть одинаковым по качеству со сравнительно небольшим составом апелляционных судов², которые могут быть пополняемы наилучше зарекомендовавшими себя членами судов первой инстанции³. А так как статистика показывает, что на рассмотрение второй инстанции переходит только часть дел, решенных первой инстанцией, то рациональность существования двух инстанций представляется несомненной: большинством решений низших судов тяжущиеся остаются довольны, а те решения, на которые они приносят жалобы, пересматриваются высшими судами, состоящими из более способных и лучше подготовленных судей.

2. Вместо того чтобы создавать вторую инстанцию, гораздо проще увеличить число членов первой вдвое. Тогда каждое дело будет рассматриваться шестью судьями, но сразу, а не так, как теперь, когда его решают сначала трое судей первой инстанции, а затем трое судей

¹ Comte, 217. Аналогично: *Servant* (*Jeanvrot*, II, 76); *Engelhardt*, 19–20; *Wagner*, 26.

² В 1909 г. у нас было 1843 члена окружных судов к 336 членам палат.

³ *Gauthier*, 186–188. Ср. *Д. Л.*, Пересмотр Судебных уставов (Русск. Бог., 1901, № 5, 126–128).

второй. Если же все они будет заседать одновременно, то производство станет гораздо быстрее, а судебные издержки сократятся.

Но рассмотрение дела несколькими судьями поочередно и независимо друг от друга совсем не то же самое, что рассмотрение его всеми ними совместно и сразу. Как верно отметил Бейтам, «два судьи, заседающие отдельно, представляют собою действительно двух судей: они не имеют одинаковых предубеждений, интересов, привычек; между тем, как два судьи, заседающие в одном суде, представляют собою двух только по наружности, а на самом деле составляют менее одного»¹. Самое сильное ведь возражение против принципа коллегиальности состоит именно в том, что в коллегии дела решаются членами-докладчиками, к которым пассивно присоединяются прочие члены. Поэтому увеличение числа судей, рассматривающих дела в первой инстанции, хотя и может иногда приносить пользу, но не в состоянии заменить отдельно действующей второй инстанции.

Кроме того, следует помнить, что далеко не все дела переходят во вторую инстанцию, а сравнительно небольшая часть их. Благодаря этому судьи второй инстанции могут тщательнее изучать и лучше разрешать их. Если же распределить судей второй инстанции между судами первой, то они будут так же обременены работой, как судьи первой инстанции.

Наконец, увеличение количества судей повлекло бы за собой ухудшение качества судебных коллегий, потому что судей второй инстанции значительно меньше, чем судей первой, так что для удвоения состава судов первой инстанции их не хватило бы, и пришлось бы назначать новых, не лучше подготовленных, чем судьи первой инстанции. В результате оказалось бы, что дела, разрешаемые в настоящее время сначала тремя судьями первой инстанции, а затем тремя, лучше подготовленными и более способными, второй, разрешались бы сразу шестью судьями первой инстанции, из которых только один-двое равнялись бы по достоинству нынешним апелляционным судьям.

3. Существование второй инстанции побуждает к небрежности судей первой, которые, зная, что дело будет вторично рассматриваться высшим судом, относятся к нему спустя рукава, знакомятся с ним поверхностно и решают его с плеча². Напротив, когда судья будет знать, что его решение окончательно, он отнесется с большим вниманием к процессу³.

¹ Бейтам, 41.

² Picot, 238; Карабегов, 194.

³ Engelhardt, 20.

Это возражение было бы правильным, если бы судьи первой инстанции не находились в иерархической зависимости от апелляционных судов, хотя и в таком случае самолюбие побуждало бы их постановлять решения так, чтобы вторая инстанция не могла ни к чему придраться¹. Но так как повышение по службе должно зависеть от аттестаций апелляционных судов (см. с. 141), то судьям первой инстанции вовсе не безразлично, какое мнение об их деятельности составят себе члены апелляционного суда, и это соображение не может не удерживать их от небрежного отношения к своим обязанностям. Напротив, боязнь апелляции поддерживает в судьях уважение к законности и, несомненно, побуждает их к соблюдению справедливости².

4. Возможность отмены судебных решений высшей инстанцией подрывает их авторитетность в глазах граждан. «Не разрушается ли всякое уважение к судебному решению предоставленным каждому гражданину правом оспаривать его? Ведь если решение первого суда не представляется священным, то каким образом может быть таким решение высшего суда? Благодаря возможности обжалования все подвергается сомнению; судебные решения как в глазах закона, так и в глазах народа превращаются в случайные почти явления, в более или менее счастливые шансы почти всегда слепой судьбы»³.

Но авторитетность судебного решения подрывалась бы только в том случае, если бы вошедшее в законную силу решение отменялось самим постановившим его судом или же не судебной, а посторонней властью, например губернатором или министром. Если же оно отменяется высшей судебной инстанцией на основании жалобы, принесенной тяжущимся в установленной законом форме и в определенный законом срок, то это является вполне естественным и нисколько не вредит авторитетности судебных решений в глазах граждан, в особенности если иметь в виду, что подвергается обжалованию только часть решений судов первой инстанции, а из этой части не все отменяются.

5. Рассмотрение дел в двух инстанциях, замедляя отправление правосудия, увеличивает в то же время судебные издержки, особенно в тех случаях, когда апелляционный суд находится не в том городе, где суд первой инстанции и когда тяжущимся приходится нести расходы

¹ *Séligmann*, *Quelles sont les reformes etc.*, 1855, 32.

² *Bordeaux*, 318.

³ *Bordeaux*, 303–304; *Jeanvrot*, II, 73.

по поездкам в другой город или по найму других адвокатов. Вследствие этого право переноса дел во вторую инстанцию служит на пользу только людей состоятельных, интересы же бедных тяжущихся, лишенных возможности лично являться в заседания второй инстанции или приглашать адвокатов, остаются без надлежащей защиты¹.

Нельзя, конечно, отрицать, что издержки апелляционного производства легче выносятся состоятельными тяжущимися, чем бедными. Но это в равной мере относится ко всем вообще расходам по ведению дел в любой инстанции. Для устранения или по крайней мере уменьшения этого зла существуют особые средства, а именно признание за неимущими тяжущимися так называемого права бедности и назначение бесплатных поверенных для ведения их дел.

6. Если ввиду возможности судебных ошибок признано необходимым допустить двукратное рассмотрение дел, то с такой точки зрения еще лучше было бы перевершать их в третий, четвертый, пятый раз и т.д. Число инстанций никогда не может быть вполне достаточным, ибо ошибки возможны всегда и везде². Поэтому нет никакого основания ограничиваться двумя инстанциями, а следует либо оставить только одну, либо ввести целый ряд³.

Против этого нужно отметить, что система двух инстанций явилась как на западе Европы, так и у нас в результате сокращения числа инстанций, которых было гораздо больше. Опыт показал, что многочисленность их не только не содействует, но, наоборот, вредит успешности отправлению правосудия, так как открывает возможность без конца затягивать и запутывать производство, делая процессы, по выражению Луазо, бессмертными⁴.

¹ Engelhardt, 20; Picot, 236; Краевский, 57.

² Klein, Zeit- und Geistesströmungen im Prozesse, 1902, 26.

³ Jeanvrot, II, 72.

⁴ Gauthier, 3; Объяснения к ст. 11 Уст. гражд. суд.: «Самое существование нескольких инстанций ревизующих судов имеет вообще последствием неполноту дела в низших инстанциях, ибо тяжущиеся, ожидая рассмотрения дела в высших судах, не только не заботятся о надлежащем его объяснении в первой степени и о пополнении оною всеми доказательствами, но, напротив того, изыскивают все возможные средства скрыть сначала от противной стороны и от самого суда некоторые из сих доказательств для того только, чтобы неожиданным представлением оных в суде высшем дать иной оборот делу, если первоначально представленные доказательства будут признаны недостаточными. Посему признано необходимым одним решительным правилом уничтожить это зло, т.е. производство дел в шести судебных инстанциях, которое было непреодолимым препятствием к ускорению хода дел, и принять исходною точкою на-

7. Апелляционные суды призваны исправлять решения судов первой инстанции, а между тем они поставлены в худшие условия деятельности, чем последние. Дело в том, что суды первой инстанции стоят ближе к тяжущимся и свидетелям, лучше знают как их, так и бытовую обстановку дел. Кроме того, они постановляют решения на основании непосредственно воспринятого процессуального материала: личного допроса свидетелей и экспертов, личного осмотра предметов спора и вещественных доказательств, тогда как судьям второй инстанции приходится знакомиться с материалом дел по протоколам заседаний судов первой инстанции, которые, как бы тщательно ни составлялись, никогда не могут с полной точностью воспроизвести того, что происходило в заседаниях, не говоря уже о том, что суды первой инстанции имеют возможность допускать в них и умышленные неправильности¹. «Раз первый судья решает на основании непосредственного восприятия, а второй на основании актов, то апелляция представляет собою обращение от хорошо осведомленного судьи к хуже осведомленному (*a judice bene informato ad pejus informandum*)»².

Однако что касается близости к тяжущимся, свидетелям и всей вообще бытовой среде, то она еще может иметь место, если судами первой инстанции служат единоличные судьи, избранные из местного населения и отправляющие правосудие в небольшом округе. Но когда эти суды тоже коллегиальны, состоят из членов, назначаемых совершенно независимо от их отношения к данной местности, большую частью из других и весьма отдаленных округов, и когда компетенция судов обнимает обширные округа³, то по степени близости к местному населению между ними и судьями второй инстанции не может быть большой разницы, а если разница и есть, то она говорит в пользу последних, так как, будучи дальше от участвующих в делах лиц, они более ограждены от разных местных влияний⁴.

чало, освященное вековыми опытами многих и почти всех просвещенных государств, а именно начало производства дел в двух судебных инстанциях».

¹ *Jeanvrot*, II, 71; *Comte*, 220; *Menger*, Die Zulässigkeit neuen thatsächlichen Vorbringens in den höheren Instanzen, 1873, 128—132; *Canstein*, 112; *Barrot*, 103—104.

² Слова Глазера. *Kornfeld*, 73, Anm.; *Schoenemann*, Betrachtungen über die Novelle zu GVG und Straf PO, 1894, 37.

³ *Bähr*, 46: «Спросите-ка судей, служащих в округе с населением около ста тысяч душ, относительно какого числа разбирающихся у них процессов они действительно могут сказать, что стояли ближе к тяжущимся и их отношениям?»

⁴ *Gauthier*, 185.

Гораздо серьезнее другое указание — на преимущество судов первой инстанции в степени непосредственности восприятия процессуального материала¹. Действительно, апелляционные суды по большей части принуждены знакомиться с фактическими обстоятельствами дел по протоколам судов первой инстанции. Но так как повторение сызнова в апелляционном суде всех тех действий по представлению и восприятию доказательств, которые были произведены в суде первой инстанции, — передопрос всех свидетелей и экспертов, осмотр вещественных доказательств и спорных предметов и т.д., — сопряжено в большинстве случаев с огромными затруднениями и издержками, а иногда и просто невозможно, то остается только принять меры к тому, чтобы в судах первой инстанции протоколы велись как можно подробнее и тщательнее.

8. Неограниченная возможность обжалования решений является для недобросовестных тяжущихся удобным средством безнаказанно затягивать производство дел не только совершенно неосновательными апелляциями, но и откладыванием доказательств и доводов до рассмотрения дел во второй инстанции, а также представлением в самом конце производства новых доказательств. Вследствие этого право обжалования может вести на практике и ведет иногда к таким нежелательным последствиям, что, по выражению Бентама, заслуживает названия «остроумного изобретения, имеющего назначением препятствовать

¹ Чтобы поставить в этом отношении апелляционные суды в одинаковое положение с судами первой инстанции, Канштейн предлагал организовать «двойную инстанцию», т.е. установить такой порядок, чтобы дела (по крайней мере важнейшие) разбирались одновременно в присутствии судов обеих инстанций, из которых каждая постановляла бы решение отдельно и самостоятельно. Тогда судьи обеих инстанций, заседая вместе, одинаково воспринимали бы процессуальный материал и дело разрешалось бы сразу и первой, и второй инстанциями. При этом, если бы обе инстанции расходились в установлении фактической стороны дела, их разногласие могло бы быть немедленно устранено дополнительным исследованием дела, а если бы в их решениях оказалось разногласие по юридическим вопросам, то можно было бы устраивать совместное обсуждение этих вопросов и, в случае надобности, испросить разъяснения у ревизионного суда (*Canstein*, 115—122). Для осуществления такого порядка необходимо одно из двух: либо уравнивать число апелляционных судов с числом судов первой инстанции и в месте нахождения каждого суда первой инстанции учредить апелляционный суд, ибо иначе они не будут в состоянии заседать совместно, либо настолько ограничить количество дел, подлежащих апелляции, чтобы каждый апелляционный суд мог посещать подведомственные ему суды первой инстанции и по очереди заседать вместе с ними, переезжая из округа в округ. Как то, так и другое было бы нецелесообразно и ухудшило бы отправление гражданского правосудия.

правосудию достигнуть цели, обманывая тяжущегося, который считал себя уже приставшим к берегу, и снова ввергая его в бурное море»¹.

Нельзя, конечно, отрицать, что тяжущиеся приносят иногда заведомо неосновательные апелляции с единственной целью затянуть производство дела. Чтобы удержать их от этого, существует средство: расширить право суда первой инстанции обращать свои решения к предварительному исполнению и разрешить апелляционным судам подвергать предварительному исполнению необжалованные части решений первой инстанции до окончательного разрешения всего дела².

Что же касается запоздалого представления фактического материала, то оно вряд ли может происходить сколько-нибудь часто, так как противоречит интересам самих сторон. Дело в том, что истцу важно поскорее удовлетворить свое требование к ответчику. Поэтому откладывать представление доказательств до рассмотрения процесса во второй инстанции ему нет никакого расчета. Напротив, он торопится немедленно представить их, чтобы получить решение в свою пользу и добиться предварительного исполнения его. Ответчику хотя и выгодно отдалить момент взыскания, но в то же время опасно приберегать возражения до перехода дела во вторую инстанцию, так как ему грозит предварительное исполнение решения первой инстанции. Ввиду этого и для него важно парализовать требование истца еще в первой инстанции.

Наконец, чтобы побудить тяжущихся к своевременному представлению доказательств, можно принять некоторые специальные меры. Конечно, совершенно лишить тяжущихся права представлять новые факты и доказательства в апелляционной инстанции нельзя, во-1-х, потому, что о существовании некоторых доказательств тяжущиеся узнают уже после разрешения дела первой инстанцией, и, во-2-х, потому, что вообще желательно, чтобы судебные решения вполне соответствовали действительным обстоятельствам дел, между тем как без принятия в расчет новых фактических данных апелляционная инстанция иной раз не могла бы исправить ошибки низшего суда³. Но можно предотвратить злоупотребления этим правом, предоставив судам либо 1) право не удовлетворять ходатайства тяжущихся о вызове новых свидетелей

¹ Бентам, 143; Comte, 217.

² Так поступают Германский (§ 534) и Австрийский уставы (§ 490).

³ Kornfeld, 82; Manfredini, 593. Вопрос о праве тяжущихся представлять новые доказательства в апелляционной инстанции (так называемое *jus novorum*) будет рассмотрен при изложении апелляционного производства.

и о проверке доказательств (осмотре вещественных доказательств, допросе свидетелей и пр.) в тех случаях, когда суды найдут, что тяжущиеся могли заявить такие ходатайства в первой инстанции, но умышленно не сделали этого¹, либо 2) право возлагать издержки апелляционного производства на выигравшую дело сторону, если решение постановлено в ее пользу на основании новых доказательств, умышленно представленных ею только во вторую инстанцию. Последний способ применен Германским уставом (§ 97) и проектом новой редакции нашего Устава (ст. 847), а оба способа Австрийским уставом (§ 179, 44, 50), который, кроме того, дает судам право штрафовать адвокатов, умышленно запоздавших с приведением новых документов (п. 2 § 179).

III. Если цель учреждения судов второй инстанции состоит в том, чтобы проверять и исправлять решения судов первой инстанции, то для того, чтобы эта цель действительно достигалась, они должны удовлетворять следующим требованиям.

1. Во-1-х, перевершение дел должно производиться другими судьями, не участвовавшими в разрешении их при производстве в первой инстанции, ибо никто не может быть контролером правильности своих собственных действий. Поэтому если в составе апелляционной инстанции имеются члены, разрешавшие данное дело в качестве судей первой инстанции или вообще участвовавшие в рассмотрении его, то они обязаны устранить себя.

2. Во-2-х, апелляционная инстанция должна по своему составу представлять больше гарантий правильности разрешения дел. Лучше всего это может быть достигнуто путем назначения членами апелляционных судов тех судей первой инстанции, которые показали себя наиболее способными и подготовленными (см. с. 152—153).

3. Производство во второй инстанции должно основываться на тех же самых принципах, какие положены в основу производства в первой инстанции, так как ими наилучше обеспечивается постановление правильных решений. Только в тех случаях, где проведение этих принципов совершенно невозможно или чересчур затруднительно, допустимы отступления от них с принятием соответствующих мер к предупреждению неблагоприятных последствий таких отступлений. Главнейшее из этих отступлений заключается в ознакомлении второй инстанции с процессуальным материалом по протоколам первой инстанции. Для

¹ Они точно были сформулированы еще *Zachariae*, Handbuch des deutschen Strafprocesses, 1, 1860, 593. Ср. *Manfredini*, 593—595.

уменьшения вредного влияния такого способа ознакомления необходимо установить целесообразный порядок составления протоколов¹.

4. Апелляционному обжалованию должны подлежать все решения судов первой инстанции независимо от цены исков. Это требование, вытекающее из принципа равенства всех граждан перед законом и судом, осуществлено уставами Германским (§ 511) и Австрийским (§ 461). Во Франции и в Италии апелляционное обжалование не допускается по отношению к малоценным делам². Точно так же и составители нашего Устава сделали исключение из принципа двух инстанций для самых мелких дел, подведомственных мировым судебным учреждениям, «как потому, что в делах такого рода, по самой их малоценности, с ближайшей части случаев вовсе не бывает письменных объяснений или такого рода доказательств, кои допускали бы возможность их поверки в апелляционном суде, так и потому, что допущение в таких делах апелляции повело бы к затруднениям, переездам и издержкам, вовсе несоразмерным с ценностью спорного имущества» (объясн. к ст. 134 Уст. гр. суд.). Сообразно с этим ст. 162 Устава допускает обжалование решений мировых судей по искам на сумму свыше 30 руб. или не подлежащим оценке. Таким же пределом ограничено право обжалования решений земских начальников и городских судей (Правила произв. суд. дел, ст. 111).

Проект новой редакции Устава допускает апелляционное обжалование по всем делам (687, 937)³.

¹ К этим трем требованиям Цахариэ прибавляет еще одно: судьи второй инстанции должны быть поставлены в такое положение, чтобы они могли столь же хорошо судить о деле, как и судьи первой инстанции. Но это требование в сущности заключается в третьем, ибо положение судей определяется принципами производства.

² Во Франции не подлежат апелляции решения судов первой инстанции по искам личным, о движимости и торговым на сумму до 1500 франков, а также по искам о недвижимости, приносящей меньше 60 франков годового дохода. Считаются окончательными и некоторые решения мировых судов: по одним искам на сумму до 300 франков, по другим — до 600 франков, по третьим — без определения максимума (*Garsonnet*, № 795, 198 ss.). Итальянский устав провозглашает подлежащими апелляции все решения и определения судов первой инстанции, «за исключением *особо* указанных в законе» (ст. 481), каковы, например, решения мировых судей по искам на сумму менее 50 лир, решения третейских судов на сумму менее 100 лир и частные определения по некоторым делам (*Cod. di proc.*, art. 28, 128, 171, 257, 655, 702, 738) (*Mortara*, *Principii*, § 145).

³ В объяснительной к нему записке добавляется к соображениям, высказанным составителями Судебных уставов, еще одно, а именно что «определение для всей империи одной и той же предельной суммы иска, начиная с которой допускались бы апелляции, представляется чрезвычайно трудным, ибо при обширности нашего отечества и разнородности бытовых условий в различных его местностях меновая ценность денег

§ 26. Устройство третьей инстанции¹

Задача третьей инстанции состоит в проверке юридической стороны апелляционных решений. Она не рассматривает дел по существу, а удостоверяется в правильности толкования и применения судами материальных и процессуальных законов, в закономерности их решений с внутренней и внешней стороны.

Такая проверка необходима, во-1-х, в интересах тяжущихся, для ограждения их от неправильных решений второй инстанции. «Одна апелляция», как справедливо отмечают составители Судебных уставов, «не может служить полным ограждением тяжущихся и подсудимых, потому что и в решениях апелляционных судебных мест могут быть нарушены прямой смысл закона или такие обряды и формы судопроизводства, при несоблюдении которых судебное решение невозможно признать действительным» (объясн. к ст. 1 Учр. суд. уст.). Во-2-х, наблюдение за правильностью толкования и применения законов судами необходимо еще в другом отношении: для установления единообразной судебной практики.

Из цели и значения третьей инстанции вытекает, что она должна удовлетворять следующим требованиям.

1. Во-1-х, она должна быть единой, ибо при распределении ее функций между несколькими судами не может установиться единообразие в судебной практике².

представляется далеко не везде одинаковою, так что возникающие в разных местностях равные между собою по цене иска дела будут в одной местности считаться мелкими, а в другой, напротив того, будут уже принадлежать к разряду крупных дел» (105).

¹ *Марков*, Французский кассационный суд (Журн. М.Ю., 1862, № 12); *Арсеньев*, Реформа кассационного суда и производства (Журн. гражд. пр., 1876, № 4); *Вербловский*, Гражданское судопроизводство (Журн. М.Ю., 1895, № 10); *Рейнгардт*, Верховный кассационный суд во Франции и в России (Суд. Об., 1905, № 35, 37); *Змиров*, Желательная реформа в нашем кассационном производстве (Журн. М.Ю., 1896, № 5); *Д.Л.*, Раздробление кассационных функций (Вестн. Пр., 1900, № 12); *Боровиковский*, Законная сила кассационных решений (Журн. М.Ю., 1896, № 10); *Чихачев*, О юридической силе и практическом значении решений Сената (Журн. Юрид. Общ., 1896, № 7); *Демченко*, Судебный прецедент, 1903.

Canstein, Die rationellen Grundlagen des Civilprocesses, 1877, 123 ff. (здесь указана предшествующая литература); *De la Grasserie*, De l'interprétation judiciaire et législative des lois, 1891; *Fischer*, Revision und Revisionssumme, 1904; *Salinger*, Die Aenderung des Rechtsmittels der Revision, 1909; *De la Grasserie*, De la fonction et des juridictions de cassation en législation comparée, 1911.

² Существование в Италии пяти кассационных судов представляет собой аномалию, объясняющуюся историческими причинами и справедливо осуждаемую туземными

Составители Судебных уставов хорошо понимали необходимость единства третьей инстанции¹ и потому сосредоточили кассационный надзор за всеми судами, как общими, так и мировыми, в Гражданском департаменте Сената, за исключением лишь самых малоценных дел мировой подсудности, не подлежащих апелляционному обжалованию (до 30 руб.): кассационной инстанцией были сделаны для них мировые съезды (п. 1 ст. 156, ст. 189, 193 Уст. гражд. суд.).

Но уже через два года, при введении Судебных уставов в Закавказье, принцип единства кассационной инстанции был нарушен, и кассационные функции для мировых и окружных судов Закавказского края возложены на Тифлисскую судебную палату (ст. 1470 Уст. гр. суд.). Вскоре ввиду массы дел, поступавшей в Сенат и из года в год возрастающей, возникла мысль о необходимости облегчить работу Сената, который совершенно не в силах был справиться с нею, посредством передачи дел мировой подсудности на рассмотрение судебных палат. Но Сенат отверг эту мысль ради сохранения единства кассационной инстанции. Такая же участь постигла проект об учреждении особых губернских мировых судов для кассационного пересмотра дел мировой подсудности. Против этого, выработанного министром юстиции гр. Паленом проекта высказались как Сенат, так и Государственный

юристами. Итальянское законодательство сделало уже шаги к сосредоточению кассационной функции в Римском кассационном суде, предоставив его исключительной компетенции некоторые категории дел (все уголовные дела, пререкания о подсудности и др.) (*Manfredini*, 625 ss.; *Chiovenda*, 349; *Mattirolo*, § 83).

¹ Объясн. к ст. 189 Уст. гражд. суд.: «Власть отменять окончательные решения судебных мест в определенных законом случаях может принадлежать одному только верховному судилищу, которое и учреждается для того именно, чтобы, не решая дел по существу, наблюдать за охранением точной силы закона и за единообразным его исполнением всеми судебными местами Империи. Раздробление этой власти между палатами, т.е. предоставление им права толкования законов и существенных форм и порядков судопроизводства, умалило бы совершенно значение высшего судилища и вместе с тем дало бы неизбежно повод к различным объяснениям закона, а сила и значение всякого закона необходимо обуславливаются единообразным его исполнением. Дозволить принесение жалоб на окончательные решения в палаты, а не в Сенат — значит допустить столько же различных толкований одного и того же закона, сколько будет палат, а разнообразное толкование закона поставит граждан в такое положение, что им нельзя будет рассчитывать на силу гражданского закона, на его неприкосновенность и ненарушимость. Тогда вместо ожидаемых от судебного преобразования улучшений явится самое ужасное зло, потому что для граждан не может быть большего зла, когда они не знают, что законно и что противно закону, когда они теряют сознание о своих правах и обязанностях, между тем как всякое гражданское общество существует прочно только под управлением на твердом основании закона».

Совет. Взамен создания новой кассационной инстанции Государственный Совет признал желательным разделение кассационных департаментов Сената на отделения, с тем чтобы поступающие по кассационным жалобам дела рассматривались в присутствиях отделений департамента и передавались на разрешение присутствия самого департамента только тогда, когда оказывается необходимым разъяснить точный смысл законов. Этот проект получил в 1877 г. силу закона (ст. 802¹⁻² Уст. гр. суд.). Вместе с тем для большего облегчения сенаторов было разрешено как отделениям департамента, так и общему его присутствию в тех случаях, когда они найдут нужным, не составлять определений в окончательной форме с подробным изложением мотивов, а ограничиваться краткими резолюциями (ст. 804²). Но эти меры оказались и недостаточными, и нецелесообразными: недостаточными — потому, что Сенат все-таки был завален работой, нецелесообразными — потому, что отделения департамента стали нередко проводить различные и даже иной раз прямо противоположные взгляды по однородным делам и что немотивированные резолюции не могли способствовать «поддержанию ни единства, ни высокого авторитета кассационного суда»¹.

Реформа 1889 г. еще более подорвала единство кассации, уничтожив мировые судебные учреждения и создав для дел прежней мировой подсудности особые кассационные инстанции — губернские присутствия, которые вдобавок по своему смешанному составу совершенно непригодны для выполнения кассационной функции. При введении Судебных уставов в Сибири (в 1896 г.) появилось еще несколько кассационных инстанций в лице учрежденных там судебных палат (ст. 2134 Уст. гр. суд.)

Несмотря на то что реформа 1889 г. облегчила работу Сената, количество поступающих на его рассмотрение жалоб все-таки было так велико, что ежегодно оставалась неразрешенной масса дел². Вследствие этого снова был возбужден вопрос о передаче кассационных функций

¹ Дановский, 61.

² По сведениям Комиссии для пересмотра Судебных уставов, «к 1 января 1896 года оставалось неразрешенных дел 4807 и в течение года поступило 7824; к 1 января 1897 года оставалось 5666 дел и поступило в течение года 8323 дела; к 1 января 1898 года оставалось 6557, поступило в течение года 9012 дел и оставалось нерешенных к 1 января 1899 года 8992; в течение 1899 года поступило 9066 и к 1 января 1900 года осталось 9944. Таким образом, за последние четыре года количество неразрешенных Гражданским кассационным департаментом дел возросло чуть не вдвое. На каждого сенатора приходится в год около 360 дел, тогда как во Франции число это не превышает 35 в *Chambre*

по менее ценным делам судебным палатам. Совещание сенаторов Гражданского кассационного департамента, однако, высказалось в 1898 г. за сохранение единства кассационной инстанции, находя, что без этого невозможно установление единообразия в судебной практике, а для облегчения труда сенаторов и ускорения кассационного производства указало на необходимость увеличить личный состав Сената и не допускать кассационных жалоб по малоценным делам¹.

Но проекту новой редакции Устава гражданского судопроизводства кассационной инстанцией для малоценных дел, подлежащих ведомству единоличных судей, сделаны судебные палаты (ст. 948); Сенату же предоставлена только кассация решений судебных палат (ст. 733). Кроме того, взамен кассационного залога, одинакового для всех дел, установлено исчисление размера залога по таксе, в зависимости от цены иска². Порядок рассмотрения дел в Сенате оставлен без изменения: дела рассматриваются в отделениях департамента, кроме тех случаев, когда необходимо разъяснение точного смысла закона для руководства к единообразному их толкованию и применению (ст. 742, 747). Несомненно, что проектируемое преобразование не только не поведет к упрочению единообразия в судебной практике, но наоборот, еще более ухудшит современное положение вещей, так как к противоречиям между решениями отделений Гражданского департамента прибавятся еще противоречия между кассационными разъяснениями судебных палат и возникнет опасность, что в округе каждой палаты установится по малоценным делам своя особая практика, несогласная ни с практикой других палат, ни с разъяснениями Сената по входящим до него делам большей важности.

Между тем идея о раздроблении кассационных функций, несмотря на явную свою нецелесообразность, имела защитников как в литературе³, так и среди членов комиссии по пересмотру Судебных уставов. Их доводы заключались в том, что Сенат обременен работой; что и в на-

des requêtes и 25 в *Chambre civile*» (Объясн. зап. к проекту новой редакции Устава гражд. судопр., II, 154).

¹ Объясн. зап., II, 253.

² Когда цена иска не превышает 5000 руб. или иск не подлежит оценке, взимается 50 руб.; по искам ценою от 5000 до 10 000 руб. — 100 руб., от 10 000 до 50 000 — 200 руб., от 50 000 до 100 000 — 300 руб., свыше 100 000 руб. — за каждые 100 000 руб. 500 руб. (прил. к ст. 738)

³ *Арсеньев*, указ. ст.; *Даневский*, указ. ст.; *Змирлов*, указ. ст.; *Он же*, Единоличный суд по проекту (Журн. М.Ю., 1901, № 1).

стоящее время единство кассационной инстанции не выдержано, так как наряду с Сенатом кассационные функции исполняются губернскими присутствиями и некоторыми судебными палатами (на Кавказе и в Сибири); что необходимо приблизить кассационную инстанцию к населению и ускорить производство в ней; что Сенат, менее обремененный делами, сможет более основательно сосредоточить свое внимание на наиболее важных вопросах и давать тщательно разработанные и обстоятельно мотивированные разъяснения; что палаты будут следовать выработанным Сенатом принципам.

Все эти соображения, за исключением указания на обремененность Сената делами, не выдерживают критики¹. Если в настоящее время существует несколько кассационных инстанций, то это — зло, которое нужно уничтожить; в приближении кассационного суда к населению нет ни малейшей надобности, ибо он не рассматривает дел по существу, не исследует фактической их стороны, а ограничивается проверкой правильности применения законов низшими судами; подчинение палат в своей кассационной практике устанавливаемым Сенатом принципам не может быть надлежащим образом обеспечено за невозможностью предоставить тяжущимся право обжалования кассационных решений палат. Что же касается необходимости облегчить работу Сената, ставшую для него непосильной, то возложение кассационных функций на палаты не может быть соответствующим цели не только потому, что поведет к раздроблению кассационной инстанции, но и потому, что послужит к такому же обременению палат. Сделать это без усиления личного состава палат невозможно, так как палаты и без того имеют много работы. А если все равно нужно произвести известный расход на увеличение числа членов палат, то гораздо рациональнее употребить эти суммы на увеличение состава Сената, не только в видах сохранения единства кассационной инстанции, но и потому, что Сенат является более авторитетным и более приспособленным к исполнению кассационных функций учреждением².

¹ Они подробно разобраны проф. Михайловским (310 и сл.).

² *Михайловский*, 314—315: «Никогда ни одна палата не будет располагать такими средствами и силами, как Сенат. Последний имеет в своем составе крупные ученые силы, представляет собою значительную по числу членов корпорацию (что дает возможность обширного обмена мыслей), находится в центре духовной и государственной жизни страны. Все это в связи с большою служебной опытностью сенаторов, с накопленными традициями дает Сенату такую силу для исполнения своей трудной задачи, о какой и мечтать не могут судебные палаты с их количественно незначительными составами,

Кроме того, чтобы обеспечить единообразие сенатской практики следует еще применить к Гражданскому кассационному департаменту тот принцип деления, который употреблен по отношению ко всему Сенату. Подобно тому как в Сенате образованы для рассмотрения разных категорий дел департаменты: для административных — Первый, для торговых — Судебный, для межевых — Межевой, для уголовных — Уголовный и т.д., точно так же нужно разбить Гражданский департамент на несколько или на целый ряд отделений, предоставив каждому из них одну определенную категорию дел: наследственные, например, одному, вотчинные — другому, охранительные — третьему и т.д. Особые отделения должны быть учреждены для разрешения дел, к которым применяются местные законы. Сколько нужно составить групп дел и какие именно группы, это нетрудно определить на основании статистических сведений относительно поступающих в Сенат категорий дел. Такая система совмещает все выгоды разделения труда с ненарушимостью принципа единства кассационной инстанции. Так как каждое отделение департамента будет ограничиваться рассмотрением определенной категории дел, то, во-первых, станут невозможны противоречия между решениями разных отделений; затем, сенаторы каждого отделения получают возможность специализироваться в тех отделах законодательства, которые им придется постоянно применять¹,

заваленные к тому же работой и в качестве апелляционной инстанции, и в качестве камеры предания суду, и как суд первой инстанции, и по надзору. Да и по качеству своему состав судебных палат не может предоставлять тех гарантий основательного, научного знания права, какие мы видим в Сенате. Весьма важным обстоятельством является еще следующее. В силу принципа разделения труда Сенат, как исключительно занятый кассационными функциями, будет всегда иметь преимущество перед судебными палатами, которые к тому же, привыкли решать дела по существу и занимаясь кассационными функциями между прочим, будут иметь соблазн вводить в кассационное производство элементы апелляционного».

¹ Такой способ был рекомендован еще в 1871 г. Филипповым (I, 561–562). Его же предлагал 29-му съезду германских юристов с целью облегчить работу Имперского суда *Syring* (*Verhandlungen d. 29. deuts. Juristentages*, III, 138). С этой же целью в Германии предлагались и многие другие меры: 1) увеличение ревизионной суммы, т.е. предельной цены исков, при которой допускается обжалование решений в ревизионном порядке (это было бы несправедливым ограничением прав лиц малоимущих, которые ведут процессы на незначительные суммы); 2) уменьшение числа членов присутствий Имперского суда с семи до трех (это повлияло бы неблагоприятно на авторитетность его решений); 3) недопущение ревизионного обжалования в тех случаях, когда суд первой инстанции и суд второй инстанции постановили одинаковые решения (при таком порядке третья инстанция была бы лишена возможности руководить судебной

и благодаря такой специализации, дела будут разрешаться лучше и в то же время скорее, так что основательность и быстрота разрешения возрастут параллельно. Само собою понятно, что вопросы общего характера, касающиеся предмета ведомства нескольких отделений, каковы, например, вопросы общей части гражданского права, должны подлежать рассмотрению в общем собрании подлежащих отделений.

2. Так как на третью инстанцию возлагается руководство судебной практикой во всем государстве посредством разъяснения истинного смысла законов, то она должна состоять из самых выдающихся юристов, действительно способных к научной интерпретации права и могущих приобрести авторитет в глазах населения. Лучше всего применить в данном случае систему кооптации, с тем чтобы третья инстанция могла замещать открывающиеся в ее среде вакансии не только членами судов второй инстанции, но и выставившими свои кандидатуры учеными юристами со степенью доктора гражданского или уголовного права и адвокатами, практиковавшими не менее 15 лет¹.

3. Третья инстанция должна проверять закономерность процессуальных действий судов и постановленных ими решений на основании жалоб сторон, но не ограничиваясь сделанными в этих жалобах указаниями, а выходя, в случае надобности, и за пределы их.

практикой в отдельных округах, которая устанавливалась бы одинаковыми решениями первой и второй инстанции); 4) установление штрафа за подачу неосновательных жалоб (это было бы ощутимо для бедных тяжущихся и не удержало бы от подачи жалоб богатых); 5) предварительное исполнение всех решений судов второй инстанции (во многих случаях проигравшая дело сторона могла бы нанести невознаградимый ущерб); 6) отмена или ограничение припципа устности в производстве Имперского суда (это было бы уничтожением одной из гарантий правильного отправления правосудия). Об этих и других мерах рассуждают *Salinger*, 5 ff.; *Putzler*, *Die Ueberlastung des Reichsgerichts und die Abhilfevorschläge*, 1910; *Der Kampf um ein geistig hochstehendes Reichsgericht*, von einem Juristen, 1910. Дальнейшие указания см. в: *Zt. Zp.*, 39 B., 215, 217; 40 B., 431—434.

¹ *De la Grasserie* (De la fonction, 122 ss.) предлагает, чтобы члены кассационного суда выбирались из судей, адвокатов, профессоров, нотариусов и членов Государственного Совета следующим образом: первую открывающуюся вакансию замещает парижская магистратура, выбрав кандидата из числа судей (парижских и провинциальных), вторую — парижская адвокатура из числа французских адвокатов и т.д. Против этого нужно отметить, что главный контингент членов кассационного суда должен набираться из наиболее выдающихся членов апелляционных судов, ибо они лучше всего подготовлены своею служебной деятельностью к исполнению кассационной функции, а сравнительные достоинства их хорошо известны членам Кассационного суда, проверяющим решения апелляционных судов. Только в дополнение к ним желательно допустить замещение некоторого количества вакансий юристами-теоретиками и адвокатами. Избирать их может с успехом тот же Кассационный суд.

Это положение вытекает из задачи кассационной инстанции. Раз она учреждается для того, чтобы следить за правильным и единообразным применением законов судами, то она не может оставлять в силе противоречащие этим требованиям решения судов только ввиду того, что стороны не заметили того или другого промаха суда, настолько существенного, что, не случись его, суд постановил бы совершенно иное решение.

Такое право предоставлено Германским уставом Имперскому суду, который может и должен производить оценку всей юридической стороны дошедшего до него по жалобе сторон дела, не стесняясь рамками жалобы. Другими словами, считается достаточным, чтобы тяжущийся заявил недовольствие на решение суда вследствие несоответствия его закону, указания же его на допущенные судом нарушения не обязательны для Имперского суда, который должен самостоятельно удостовериться, имеются ли в обжалованном решении какие-либо нарушения закона.

Германские процессуалисты одобряют такой порядок, усматривая в нем наилучшую гарантию единообразия и закономерности судебной практики. «Несомненно, — говорит Вах, — самые веские соображения оправдывают такую конструкцию. Наше юридическое развитие, слава Богу, отрешилось, наконец, от формализма. Какой позор для юстиции, когда высший в государстве суд должен оставлять в силе явно незаконное решение только потому, что заинтересованная сторона сделала ошибку в понимании закона»¹.

Французское законодательство прибегло с этой же целью к другой мере, а именно оно ввело особый вид кассации «в интересах закона» (*dans l'intérêt de loi*). В тех случаях, когда тяжущиеся не принесли кассационной жалобы, хотя решение постановлено судом с существенным нарушением законов, генеральный прокурор Кассационного суда может подать протест. Если он основателен, то Кассационный

¹ Wach, Vorträge, 293. Только по отношению к процессуальным нарушениям права Имперского суда несколько ограничены. А именно по прежней редакции Устава он должен был оставлять без внимания те из этого рода нарушений, которые были известны сторонам во время предшествовавшего производства, но не были ими своевременно обжалованы. Новелла 1905 г. постановила, что поскольку просьба о ревизии основывается на нарушении судом правил производства, Имперский суд обязан ограничиться проверкой указаний жалобщика (§ 559). Но это ограничение введено не по каким-либо принципиальным соображениям, а просто с целью облегчить работу Имперского суда.

суд отменяет решение и дает суду разъяснение, но для тяжущихся отмененное решение не теряет силы, ибо они не жаловались на него¹.

Нетрудно заметить, что эта система уступает германской. Прежде всего она приводит к грубому внутреннему противоречию: Кассационный суд отменяет решение, а оно все-таки остается в силе. Какой же смысл имеет его отмена? Только указания суду на неправильность его действий и разъяснения закона на будущее время. Но первое могло быть с большим удобством сделано Кассационным судом в порядке надзора, а второе — при рассмотрении однородного дела, как только такое дело дойдет к нему по жалобе сторон.

Затем, прокуратура Кассационного суда все равно не в состоянии уследить за всеми гражданскими делами, производящимися в судах второй инстанции. Не могут доставлять ей достаточных сведений и состоящие при этих судах прокуроры — как потому, что они принимают участие только в немногих категориях гражданских дел, так и потому, что не обладают достаточной компетентностью в вопросах гражданского права и процесса, чтобы критически оценивать решения судов второй инстанции. По необходимости кассация «в интересах закона» может применяться только случайно, благодаря каким-либо особым обстоятельствам, обратившим внимание прокурорского надзора на то или иное дело.

В нашем Уставе по этому вопросу нет никакого постановления. Статья 798 обязывает только жалобщика указывать, «что именно он считает незаконным и подлежащим отмене и по каким основаниям», но не поясняет, имеет ли право Сенат обращать внимание и на такие нарушения законов в решении палаты, которых сами стороны не заметили. Сенат высказывал противоречивые мнения: обыкновенно заявлял, что «входит в рассмотрение правильности решений лишь в пределах жалоб на эти решения, ограничиваясь теми основаниями к отмене их, которые приводят сами просители в своих жалобах» (1907 г., № 78, 1898 г., № 53), и оставлял «без уважения указания на нарушения» законов, если в жалобе не было пояснено, «в чем именно и по каким основаниям» усматриваются такие нарушения (1905 г., № 57), иногда же, наоборот, признавал, что нарушение закона палатой «и при неуказании на него в кассационной жалобе» должно служить поводом к отмене решения (1903 г., № 2). Второе мнение является

¹ *Garsonnet*, Précis, No. 913. Поэтому кассацию «в интересах закона» называют «платонической» (*De la Grasserie*, De la fonction, 66).

более правильным, потому что если суды низших инстанций должны применять законы, не стесняясь тем, указаны ли они тяжущимися или нет (81, № 129, 79, № 43 и др.), то тем более вправе делать это Сенат как верховный блюститель законности в Империи.

По проекту новой редакции Устава Сенат проверяет решения палат не только в тех частях, которые обжалованы, но и в тех, которые находятся в неразрывной связи с обжалованными, а если дело вообще не подлежало ведомству судебных учреждений, то уничтожает все производство и без указания со стороны тяжущихся (ст. 751). Такая формулировка пределов кассационной поверки не может быть признана правильной, потому что она рассчитана только на случаи частичного обжалования палатских решений и не относится к тем случаям, когда решение палаты обжаловано целиком и вопрос идет о том, должен ли Сенат ограничиться поверкой указанных жалобщиком нарушений закона или может обратить внимание и на неуказанные им.

4. Если фактическая сторона дела установлена судом второй инстанции с полной достоверностью и не оспаривается тяжущимися и если поводом к обжалованию решения в третью инстанцию служило исключительно неправильное толкование материально-правовых норм, так что дело может был разрешено без нового рассмотрения его по существу, то третья инстанция должна выяснить действительный смысл закона, сама применить его и постановить решение, без передачи дела для нового рассмотрения в низший суд¹.

При составлении Судебных уставов имелось в виду ввести такой порядок; но он не был принят в силу целого ряда соображений, из которых большинство сводится к указанию на нерациональность, неудобство и даже опасность предоставления Сенату права входить в рассмотрение дел по существу и только некоторые направлены непосредственно против указанного предложения, а именно Сенат-де принужден будет «обращаться к подробному рассмотрению дела, чтобы убедиться, что не требуется нового производства по делу, а также поверить сделанные палатой выводы из обстоятельств дела, так как ограничиться при рассмотрении дела по существу только применением закона к заключению палаты о фактической стороне дела было бы несогласно ни с правосудием, ни с достоинством Сената... Каждый из тяжущихся, имея в виду, что в Сенате может последовать оконча-

¹ *De la Grasserie*, De l'interprétation, 9; De la fonction, 48 ss.

тельное решение по его делу, пожелает изложить пред Сенатом лично свои права и для этого он должен будет приезжать издалека, проживать в Петербурге и, в случае отсылки дела в палату, предпринимать новое путешествие. Кроме того, при таком порядке тяжущиеся будут пользоваться правами, не во всех случаях одинаковыми: одни из них обязаны будут безусловно подчиняться решительному приговору Сената, другие же получают возможность пользоваться вторичным рассмотрением их дела в палате с правом обжаловать ее решение в случае допущенной в нем неправильности» (объясн. к ст. 809 Уст. гр. суд.).

Против первого из этих возражений нужно отметить, что если тяжущиеся не жалуются на неправильное установление палатой фактических обстоятельств дела, то ни интересы правосудия, ни достоинство Сената вовсе не требуют, чтобы Сенат все-таки занялся проверкой «выводов палаты из обстоятельств дела»: напротив, Сенат даже не имеет права входить в обсуждение правильности фактических частей палатского решения, против которых никто из тяжущихся не спорит. Что касается необходимости для тяжущихся ехать в Петербург для участия в заседании Сената при рассмотрении их дел, то она совершенно одинакова во всех случаях, когда дело переходит по кассационной жалобе в Сенат, потому что каждый раз одной стороне грозит опасность, что ее жалоба не будет уважена и невыгодное для нее решение палаты останется в силе, а другой стороне — что жалоба будет удовлетворена и решение отменено. Эта опасность несколько не увеличится от того, что Сенату будет дано право в случаях, когда фактические обстоятельства дела не возбуждают спора, не отменять решение палаты, а заменять его другим решением. Конечно, когда Сенат сам постановит решение, то тяжущиеся «будут лишены возможности воспользоваться вторичным рассмотрением их дела в палате», но это обстоятельство имело бы значение в том случае, если бы фактические обстоятельства дела представлялись им спорными и могли бы быть при новом рассмотрении установлены более правильно. А так как речь идет о предоставлении Сенату права постановлять решения только тогда, когда стороны не жалуются на неправильное установление палатой фактических обстоятельств, то во вторичном исследовании их нет никакой надобности: оно только замедлит окончание дела и может сопровождаться какими-либо новыми нарушениями, которые дадут повод к новой кассационной жалобе и новой отмене решения. И действительно, бывали случаи, что одно и то же дело по несколько раз восходило до Сената

именно потому, что при каждом новом рассмотрении его совершались все новые и новые нарушения законов или форм производства.

По Германскому уставу Имперский суд сам постановляет решение, не передавая дела в другой суд второй инстанции, в двух случаях: 1) если решение подлежит отмене только вследствие неправильного применения закона к вполне установленным фактическим обстоятельствам, так что дело готово с фактической стороны к решению, и 2) если решение отменено ввиду неподсудности или неподведомственности дела данному суду (§ 565). В Австрии «ревизионный суд по общему правилу постановляет решение по существу дела» (§ 510 Уст.) и только в некоторых случаях, когда необходимо новое разбирательство дела, передает его в суд второй, а иногда и в суд первой инстанции (§ 510). Во Франции и в Италии кассационный суд в случае отмены решения всегда передает дело в другой суд второй инстанции; но там это имеет особый смысл ввиду того, что во Франции и в Италии в противоположность порядку, существующему в Германии, Австрии и у нас, второй суд, которому передается для нового рассмотрения дело, не обязан следовать даваемому кассационным судом разъяснению относительно смысла законов, а может постановить решение, тождественное с отмененным. Возникающее таким образом разногласие между кассационным судом и двумя апелляционными окончательно разрешается общим собранием кассационного суда¹. Благодаря этому передача дела после отмены решения на рассмотрение нового суда влечет за собой новое, третье по счету, исследование юридической стороны дела, за которым может последовать и четвертое — в общем собрании кассационного суда. А так как у нас вторая палата обязана подчиниться преподанному ей после отмены решения первой палаты разъяснению Сената, то для тяжущихся безразлично, кем будет применено это разъяснение к окончательно установленным фактическим обстоятельствам дела — самим Сенатом или новой палатой.

5. Если вторая инстанция совершила какую-либо процессуальную погрешность при установлении фактических обстоятельств дела, так что необходимо новое исследование их, то третья инстанция, к функциям которой не относится рассмотрение дел по существу, должна, отменив решение, передать дело для вторичного рассмотрения в суд

¹ Но общее собрание все-таки не постановляет решения по существу, а отсылает дело в апелляционный суд, что нерационально и ведет к замедлению производства (*Manfredini*, 615).

второй инстанции. Выбор суда, которому передается дело, следует предоставить усмотрению третьей инстанции, которая должна обсудить, не представляется ли в каждом данном случае опасность, что суд, решение которого отменено, будет действовать под влиянием раз составленного убеждения или пожелает настоять на своей правоте и поведет вторичное разбирательство без должного беспристрастия.

Наш Устав, по примеру французского, предписывает Сенату передавать дела, в случае отмены решений, для нового рассмотрения непременно в другой суд второй инстанции или в другой состав того же суда, решение которого отменено. Эта система имеет известное основание во Франции, так как благодаря такому порядку обнаруживается несогласие в понимании законов между Кассационным судом и двумя апелляционными, последовательно рассматривавшими то же дело, несогласие, которое служит поводом к передаче спорных вопросов на разрешение Общего собрания Кассационного суда. У нас совсем не то: вторая палата обязана подчиниться кассационному разъяснению. И это вполне рационально (см. дальше). Вследствие этого нет никакой причины передавать дело непременно другой палате, ибо и та палата, которая впервые разбирала дело, может с равным успехом постановить решение согласно данному Сенатом разъяснению. Такая система существует в Германии (§ 565) и Австрии (§ 510), и составители Германского устава справедливо отмечают, что «нельзя считать не соответствующим достоинству суда, если он принужден исполнить имеющее законную силу решение»¹. Между тем обязательная передача дела в другую палату влечет за собой большие неудобства для тяжущихся, которым приходится вести дело в палате другого округа, и эти неудобства увеличиваются еще больше, если решения кассируются несколько раз подряд и дело путешествует из одного судебного округа в другой. Конечно, передача дела на рассмотрение другому суду может быть полезна иной раз, когда решение отменяется не в части, а целиком и когда представляется опасность, что палата из предубеждения или упрямства не сохранит беспристрастия при вторичном разборе дела. Но для предотвращения этого достаточно постановить, как сделал Германский устав (§ 565), что дело *может быть* передано, по усмотрению третьей инстанции, в другой состав суда второй инстанции.

¹ Hahn, Die gesammten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, 1872, II, 372.

По проекту новой редакции Устава гражданского судопроизводства Сенат не передает дела для постановления нового решения в палату, если производство дела подлежит прекращению или вообще после отмены решения палаты нет надобности в постановлении нового решения или определения (ст. 755). Возвращая же дело для нового рассмотрения, Сенат может, по своему усмотрению, направить его в тот самый состав палаты, которым постановлено отмененное решение, или в другой ее состав, или, наконец, в палату ближайшего судебного округа (ст. 754).

6. Решение суда третьей инстанции должно быть обязательно для дела, по которому оно состоялось. Это само собой понятно по отношению к тем случаям, когда суд третьей инстанции не ограничивается отменой решения апелляционного суда, а сам разрешает дело. Но точно так же должно быть обязательно его решение и в тех случаях, когда он отменяет решение второй инстанции и, передавая дело на рассмотрение другого суда, дает разъяснение закона. Суд, которому передано дело, обязан подчиниться разъяснению, так как оно исходит от суда, вышестоящего в служебной иерархии и специально предназначенного для интерпретации законов.

Последнее положение небесспорно. Оно отрицалось на родине кассационного суда, во Франции, где был последовательно испытан целый ряд систем. По Закону 1790 г. решения Кассационного суда не были обязательны ни для одного суда. Даже тот суд, на рассмотрение которого переходило дело после кассации решения, мог не подчиниться данному Кассационным судом разъяснению. Если дело снова доходило до Кассационного суда и передавалось им новому суду, то и этот суд не был обязан следовать кассационному разъяснению. Но в таком случае — при двукратном неподчинении апелляционных судов — Кассационный суд имел право обратиться к законодательному корпусу с просьбой разрешить спорный вопрос посредством издания нового закона. Конституция III года Республики ускорила эту процедуру, разрешив Кассационному суду обращаться к законодательной власти после того, как один суд не подчинился его разъяснению. Конституция VIII года устранила вмешательство законодательной власти и предоставила рассмотрение второй кассационной жалобы на решение суда, не подчинившегося кассационному разъяснению, Общему собранию Кассационного суда, не сделав, однако, его решения обязательными. В 1807 г. снова было допущено обращение к законодательной власти после двукратной кассации. В 1828 г. введен такой порядок, что прави-

тельство должно было представлять законодательным палатам проект изъяснительного закона в том случае, когда три суда, последовательно разбиравшие дело, разошлись во мнении с Кассационным судом. Наконец, в 1837 г. восстановлена система VIII г., с той разницей, что решение Общего собрания Кассационного суда сделано уже обязательным. Этот порядок сохранился по настоящее время, так что теперь французские суды не обязаны подчиняться разъяснениям Кассационного суда даже при разрешении тех дел, по которым эти разъяснения даны, и, только когда дело вторично дойдет до Кассационного суда и будет рассмотрено в Общем собрании его, разъяснение Общего собрания окончательно разрешает возникшее разногласие.

Ни одна из этих систем не может быть признана рациональной. Те из них, в которых заключительной стадией было обращение к законодательной власти за разрешением данного конкретного дела, нарушали принцип разделения властей, согласно которому законодатель не должен непосредственно вмешиваться в отправление правосудия точно так же, как суд не может издавать общих норм. Конституция VIII г. совершенно подорвала значение Кассационного суда, лишив обязательной силы не только решения Гражданского департамента его, но и Общего собрания департаментов. Современная система тоже не может быть признана рациональной. Она не только замедляет разрешение дел, дозволяя апелляционным судам не подчиняться разъяснению Кассационного суда, но и нарушает иерархическое соотношение между судами, ставя апелляционные суды на одну линию с Кассационным, допуская возможность спора между ними как равноправными сторонами и предоставляя разрешение такого спора Общему собранию Кассационного суда в качестве какого-то третейского судьи. Раз Гражданский департамент Кассационного суда считается не более компетентным, чем апелляционные суды, то следует его либо преобразовать, либо уничтожить, сделав третьей инстанцией прямо Общее собрание Кассационного суда. Но нерационально создавать кассационный суд для самого кассационного суда¹.

7. Данные судом третьей инстанции по какому-либо делу разъяснения смысла законов не имеют обязательного значения для судов при разрешении других дел, а могут служить для них только образцом и примером и с этой целью должны быть публикуемы.

¹ *De la Grasserie, De la fonction*, 44—48.

Сделать разъяснения третьей инстанции обязательными для всех судов по всем однородным делам значило бы придать им силу законов и присвоить третьей инстанции законодательную власть. Это повело бы к весьма вредным последствиям. Дело в том, что третья инстанция не непогрешима. Она может ошибаться и исправлять свои ошибки. Не только наш Гражданский кассационный департамент, обремененный массой работы и имеющий дело с весьма несовершенным законодательством, но и французский Кассационный суд, поставленный в обоих этих отношениях в несравненно более благоприятные условия деятельности, не раз меняли высказанные раньше взгляды, отступая в позднейших решениях от разъяснений, которые сами преподали раньше. Пока решения третьей инстанции обязательны только по тем делам, по которым постановлены, подобные колебания практики столь же мало подрывают уверенность граждан в своих правах, как и колебания в практике всякого другого судебного учреждения. Конечно, желательно, чтобы суды не ошибались и решали одинаковые дела одинаково. Но если иногда, при разрешении одного дела, суд ошибется, то вполне естественно и даже необходимо, чтобы, осознав свою ошибку, он исправил ее в следующий раз, при разрешении другого дела. От ошибочного решения страдает только тот тяжущийся, по делу которого оно состоялось.

Совсем не то, когда разъяснения третьей инстанции объявляются обязательными для всех судов. Тогда они получают силу закона; ими руководствуются судьи и граждане. Всякое изменение во взглядах третьей инстанции становится равносильным изданию нового закона, с тою лишь разницей, что новый закон не имел бы обратного действия, т.е. не применялся бы к тем делам и юридическим отношениям между гражданами, которые возникли до его издания, а разъяснение третьей инстанции немедленно должно быть принято судами к руководству при разрешении всех еще не оконченных и будущих дел. Граждане, которые начали процессы или вообще совершили какие-либо юридические действия, основываясь на прежних разъяснениях третьей инстанции, понесут убытки вследствие того, что эта инстанция изменила свой взгляд. А между тем они не могли не руководствоваться ее разъяснениями, ибо эти разъяснения обязательны для всех судов и должны были применяться ими при разрешении однородных дел.

Словом, признание решений третьей инстанции обязательными для всех судов ведет к обходу принципа обратного бездействия закона,

а всякое нарушение этого принципа, поражая приобретенные гражданами при действии прежнего закона права подрывает в них веру в справедливость и святость закона, лишает их чувства уверенности в своих законно приобретенных правах¹.

Как во Франции, так и в Германии, Австрии, Бельгии, Италии и других странах сила судебных решений не распространяется за пределы тех дел, по которым они состоялись. Исключением является только Англия, где, при сравнительно крайней скудости кодифицированного права, судебные решения имеют значение самостоятельного источника права. В Англии судебные решения высших судов считаются безусловно обязательными как для самих этих судов, так и для низших судов при разрешении однородных дел; решения же низших или равных друг другу судов условно обязательны как для самих этих судов, так и даже для высших. Условность их обязательности выражается в том, что высшие суды могут отвергать решения низших судов, если признают их неправильность, вследствие чего они теряют значение прецедентов; низшие же и равные суды вправе только не следовать этим решениям, причем если равный суд постановляет решение в ином смысле, то старое и новое решения имеют одинаковую силу для низших судов, которым предоставляется следовать тому или другому из них по своему выбору².

По нашему праву (ст. 815 Уст. гражд. суд. и ст. 933 Уст. угол. суд.) «все решения и определения кассационных департаментов Сената, которыми разъясняется точный смысл законов, публикуются во всеобщее сведение, для руководства к единообразному истолкованию и применению оных». Сенат разъяснил это правило в том смысле, что его решения и определения имеют безусловно обязательную силу не только для суда, на рассмотрение которого передается кассированное дело, вызвавшее разъяснение Сената, но и для всех остальных судов при разрешении ими однородных дел. Несмотря на единодушную оппозицию литературы³, Сенат упорно держится этого взгляда, проводя в своей

¹ Чтобы предотвратить это, нужно было бы сделать разъяснения третьей инстанции, как предложил *De la Grasserie* (*De la fonction*, 59–65), обязательными для нее самой, воспретив ей изменять их, но такое ограничение нежелательно по другим соображениям (см. ниже).

² Демченко, 12–17.

³ Малышев, II, 68; Энгельман, 378–382; Азаревич, I, 96; Анненков, IV, 494–496; Вербловский, 160 и сл.; Исаченко, IV, 621; Тальберг, I, 130; Таганцев, Фойницкий, Градовский, Думашевский, Гольмстен, Шершеневич, Малинин и др. (Энгельман, 381, прим.); Чихачев, 43 и сл.; Шершеневич, Общая теория права, II, 1911, 472–473.

практике следующие положения: 1) суды обязаны руководствоваться кассационными решениями, разъясняющими смысл законов, при разрешении однородных дел (67, № 519; 70, № 1598; 72, № 899 и 974; 74, № 599; 79, № 3; 80, № 46; 99, № 105); 2) эта обязанность распространяется только на решения, напечатанные в официальном сборнике (93, № 86; 99, № 105); 3) из двух противоречащих друг другу решений суды должны отдавать предпочтение позднему (70, № 1628; 79, № 143); 4) если после того как Сенат дал разъяснение по данному делу, появилось в официальном сборнике решение по другому однородному делу с совершенно иными разъяснениями того же вопроса, то суд должен принять к руководству напечатанное решение (96, № 122); 5) кассационные решения — не законы, а потому имеют обратную силу, т.е. должны служить руководством при разрешении всех дел, хотя бы и начатых до их опубликования (68, № 181; 73, № 1214)¹.

В доказательство мнения об обязательности сенатских разъяснений для всех судов ссылаются: 1) на буквальный смысл ст. 815 Устава гражданского судороизводства, по которой решения Сената «публикуются во всеобщее сведение для руководства к единообразному истолкованию и применению оных», 2) на примечание к ст. 69 Основных законов по продолжению 1869 г., где повторено правило ст. 815, и 3) на цель учреждения Верховного кассационного суда — водворять единообразие в судебной практике — цель, которая не может быть достигнута, если решения Сената не признавать общеобязательными².

¹ В двух решениях Сената проскользнул было иной взгляд на значение кассационных разъяснений. А именно в решениях 1889 г., № 106 и 107 было указано, что решение Сената по другому делу «не может стеснять съезд в разрешении согласно с законом другого, хотя и однородного дела, тем более что указанное решение, будучи постановлено в отделении Гражданского кассационного департамента, не опубликовано во всеобщее сведение». Эта перемена во взгляде Сената, вызвавшая одобрение в литературе (Исаченко, IV, 621), оказалась, однако, мнимой, так как через несколько лет Сенат пояснил, что он имел в виду только такие разъяснения, которые не напечатаны в официальном сборнике. Так, в решении 1893 г., № 86 Сенат говорит: «Если в решениях 1889 г. (№ 106 и 107) Сенат высказал, что *определения, не опубликованные во всеобщее сведение*, не могут стеснять суд при разрешении дела, хотя бы и однородного с тем, по которому такие определения последовали, то из этого также не следует, чтобы принятие подобных определений в соображение или в основание при разрешении однородного дела могло быть рассматриваемо как нарушение ст. 815 Уст. гражд. суд.». Другими словами, суды не обязаны, но могут руководствоваться и ненапечатанными решениями Сената; о напечатанных же речи не было.

² Подробный разбор этих соображений сделан Чихачевым (43 и сл.).

Первое соображение совершенно неубедительно. Хотя закон говорит, что решение Сената публикуется для руководства, но не прибавляет «для *обязательного* руководства» и не определяет юридических последствий уклонения судов от кассационных разъяснений. Другими словами, правило ст. 815 не имеет санкции. Между тем если бы законодатель желал придать кассационным решениям обязательную силу для всех судов, то он ввел бы в Устав постановление, аналогичное правилу ст. 813 Устава гражданского судопроизводства, согласно которому палата, рассматривающая дело после отмены решения Сенатом, обязана подчиниться разъяснению Сената, и «против постановленного на сем основании второго решения кассационные жалобы ни в каком случае не приемлются».

Далее, признание общеобязательности решений третьей инстанции нисколько не способствует упрочению единообразия в судебной практике. Колебания в судебной практике обуславливаются вовсе не тем, что низшие суды не следуют разъяснениям третьей инстанции, а тем, что она сама меняет свои разъяснения. Если бы она неуклонно проводила одни и те же взгляды, отменяя не соответствующие им решения судов, то в судебной практике установилось бы полнейшее единообразие. Пример самого Сената вполне подтверждает это: Сенат постоянно провозглашал обязательность своих разъяснений для всех однородных дел, но сам же отступал от них, то давая совершенно другие разъяснения по тем же вопросам, то снова возвращаясь к первоначальным, словом, проявлял такую неустойчивость во взглядах, которая только затрудняла суды, не знавшие, каких именно взглядов Сената держаться.

Между тем признание решений третьей инстанции обязательными для всех судов чрезвычайно неблагоприятно отражается на деятельности низших судов, лишая их всякой самостоятельности и приучая к пассивному подчинению разъяснениям третьей инстанции¹.

¹ *Шершеневич*, Наука гражданского права в России, 1893, 235–236: «Судебная практика, — говорит проф. Шершеневич, — рабски ловит каждое замечание кассационного департамента, старается согласовать свою деятельность со взглядом Сената. Эта масса решений, нарастающая с каждым годом, все крепче и крепче опутывает наш суд, который, как лев, запутавшийся в сетях, бессильно подчиняется своей участи, отказывается от борьбы и живет разумом высшей судебной инстанции. В настоящее время вся задача практика заключается в том, чтобы подыскать кассационное решение на данный случай. Борьба перед судом ведется не силою логики, не знанием соотношения конструкции института и системы права, не искусством тонкого толкования законов, а ссылкой на кассационные решения. Печальную картину представляют теперь судебные заседания, где мы видим, как адвокаты поражают друг друга кассационными решениями, и где торжествует тот, кто нашел наиболее подходящее и притом позднейшее». Ср. *Чихачев*, 42.

Совсем не то наблюдается в Западной Европе. Во Франции суды второй инстанции нередко отступают от разъяснений Кассационного суда, и их упорное неподчинение не раз побуждало Кассационный суд пересматривать свои разъяснения и отказываться от высказанных взглядов. Такую же самостоятельность суждения проявляют германские суды. Известный процессуалист проф. Штейн свидетельствует, что, перерабатывая комментарий Гауппа и изучая для этого из года в год судебные решения низших и средних инстанций, он именно из них получает правильные сведения об основоположениях действующего права. «Если бы мы, — продолжает он, — когда-либо должны были устранить всю совокупность наших судей от научного и духовного участия в развитии и усовершенствовании нашего права, то это привело бы к застою, регрессу, невознаградимому уменьшению духовной производительности. И когда Адикес жалуется, что у нас низшие суды могут оспаривать решения Имперского суда¹, то я говорю: слава Богу, что наши суды настолько самостоятельны, что подчиняются решениям Имперского суда только тогда, когда его мотивы убедительны, и что они высказывают свои убеждения даже тогда, когда знают, что наивысший авторитет другого мнения. Противоречие остается не без влияния. Наш Имперский суд, к счастью, обладает мужеством через несколько лет заявлять, что он ошибся, и отказываться от прежнего решения. Он не связывает себя, как английские высшие суды, он идет вперед, и низшие суды помогают ему; происходит взаимное оплодотворение между высшей и низшей инстанциями, и было бы грубой ошибкой прекратить его»².

Отсюда, однако, не следует, что разъяснения Сената имеют такое же значение, как решения всякого иного суда или как мнение, высказанное частными лицами — специалистами. Раз решения Сената публикуются во всеобщее сведение с целью водворить единообразие в судебной практике, то, значит, все суды обязаны, во-1-х, знакомиться с опубликованными решениями Сената и, во-2-х, принимать их в соображение при разрешении однородных дел, отступая от них только в тех случаях, когда твердо убеждены в их неправильности. Что ст. 815 должна быть

¹ *Adickes* (Grundlinien durchgreifender Justizreform, 1906), восхваляя английские судебные порядки, рекомендовал принять их за образец при реформе германского судопроизводства.

² *Stein*, Zur Justizreform, 1907, 61—62. В Англии при бедности законодательных постановлений развитие права совершается путем судебной практики, которая вследствие этого отличается большей устойчивостью и консерватизмом, чем практика континентальных судов.

понимаема именно в таком смысле, подтверждается ст. 804², согласно которой в резолюциях присутствия кассационного департамента или его отделения, когда они не мотивируются подробно, должны быть указаны законы и «принятые в соображения кассационные решения» (п. 4). Несомненно, что если самому Сенату предписано принимать в соображения свои прежние решения, то тем более обязательно это для низших судов¹. Поэтому ст. 815 нарушается судом не тогда, когда он не подчиняется разъяснению Сената по однородному делу, а тогда, когда игнорирует это разъяснение или отвергает его без мотивировки.

8. Так как суд третьей инстанции может изменять свои разъяснения, когда убедится в их ошибочности, то колебания в судебной практике все-таки будут встречаться. Таким образом, оказывается, что даже существование высшего суда, специально созданного для водворения единообразия в судебной практике, не в состоянии обеспечить это единообразие вполне и безусловно. Чтобы достигнуть эту цель, нужно принять какие-либо дополнительные меры. Они могут состоять в следующем.

Во-1-х, можно воспретить верховному суду изменять свои разъяснения. Но это значило бы, с одной стороны, заставить его упорствовать в тех мнениях, которые признаны им ошибочными, и, с другой стороны, поставить его в худшее положение сравнительно с низшими судами: его разъяснения не считались бы обязательными для низших судов, которые сохраняли бы свободу своего убеждения при разрешении однородных дел и были бы в то же время обязательны для него самого, связывая его однажды навсегда.

Во-2-х, можно установить такой порядок, чтобы высший суд или, точнее говоря, его отделение, находя нужным изменить свое разъяснение, не могло сделать этого своею властью, а должно было бы обратиться к высшей судебной инстанции, которая была бы еще более авторитетной, чем оно. Такою высшей по отношению к отделению инстанцией может быть только общее собрание всех отделений.

Подобный порядок установлен в Германии для тех случаев, когда одно отделение Имперского суда желает отступить от разъяснения, данного другим отделением или Общим собранием отделений: тогда спорный юридический вопрос вносится на разрешение Общего собрания отделений, постановление которого обязательно для данного дела. Точно так же, если одно из отделений Гражданского департамента

¹ *Малинин*, Теория гражданского процесса, 1881, 83–84; *Демченко*, 227 и сл.

не соглашается с данным раньше разъяснением отделения или общего собрания Уголовного департамента, то разногласие разрешается постановлением Общего собрания обоих департаментов¹.

Более сложная система принята в Австрии. По постановлению Верховного суда вносятся в особый сборник (*Spruchrepertorium*) те решения его, в которых устанавливается истинный смысл спорных норм законодательства. Если затем при рассмотрении какого-либо дела присутствие Верховного суда придет к мнению, несогласному с внесенным в сборник разъяснением, то вопрос разрешается Верховным судом в составе 15 членов. Это решение вносится в книгу решений (*Iudicatenbuch*) и является обязательным для дела, по которому состоялось, но не для других дел, так что если в последующем деле присутствие Верховного суда найдет необходимым отступить от такого разъяснения, то вопрос вновь пересматривается Верховным судом уже в составе 21 члена. Однако сила такого разъяснения не больше, чем предыдущих: оно обязательно для данного дела, но может быть оспорено при рассмотрении других и пересмотрено в таком же порядке, как состоялось².

Нетрудно заметить, что и эта система не предотвращает колебаний в судебной практике, ибо решения общего собрания отделений высшего суда все-таки обязательны только для тех дел, по каким состоялись. Сделать же их общеобязательными значило бы опять-таки парализовать самостоятельность низших судов, столь желательную для нормального отправления правосудия.

В-3-х, наконец, наиболее правильный и целесообразный способ состоит в том, чтобы пробелы и неясности в законодательных нормах, вызывающие разногласие при практическом применении, исправлялись периодически в законодательном порядке, по возможности немедленно после их обнаружения.

С этою целью конституционные законы некоторых государств установили обязательный пересмотр кодексов через определенные промежутки времени. С этой же целью некоторые авторы предлагают создать особое высшее учреждение, которое специально занималось бы

¹ GVG, § 137.

² *Schrutka*, § 9; Демченко, 37–38. В Австрии Закон 1850 г. дал праву министру юстиции в случае неправильного или неодинакового толкования судами законов предлагать Общему собранию Верховного суда разъяснить истинный смысл законов. Эти разъяснения были по Закону 1850 г. обязательны для низших судов. Но в настоящее время такая обязательность считается устраненной как противоречащая провозглашенному законом 1867 г. принципу независимости и самостоятельности судебной власти (*Schrutka*, ib.).

толкованием законов по сообщениям судов, встретивших затруднения при разрешении дел, и разъяснения которого были бы обязательны для всех судов, но не имели обратной силы¹.

Нельзя не заметить, что в сущности такого рода разъяснения законов были бы изданием новых законов (пояснительных), только вне общего законодательного порядка, т.е. в конституционных странах без участия народного представительства. В этом обстоятельстве и заключается самая слабая и даже опасная сторона проекта², ибо под видом пояснительных законов могут проводиться совершенно новые нормы. Правильнее поэтому просто создать при законодательных учреждениях постоянную комиссию для выработки на основании представлений судебных мест проектов дополнений и изменений в действующих законах, с тем чтобы эти проекты периодически вносились на рассмотрение законодательных учреждений³.

§ 27. Надзор за судьями⁴

I. Судьи не могут быть ни бесконтрольны, ни безответственны. Напротив, за их деятельностью необходим бдительный надзор, а ответственность за нарушение обязанностей службы должна быть даже

¹ Zeiler, Ein Reichsamt für Gesetzauslegung (Annalen d. deut. Reichs, 1907, Nr. 6, 436 ff.); Ein Gerichtshof für bindende Gesetzauslegung, 1911, 14–15 ff. (перелка предыдущей статьи).

² Другие возражения приведены и разобраны в брошюре Цейлера.

³ De la Grasserie, De la fonction, 64, 84. Проф. Dyroff, снабдивший статью Цейлера одобрителным предисловием, указал на необходимость парламентского контроля над деятельностью учреждения, разъясняющего законы, и для того, чтобы облегчить задачу парламента, предложил такой порядок: разъяснения вносятся в парламента, и если не будут никем из членов его оспорены в течение определенного периода времени, то публикуются во всеобщее сведение (Dyroff, Moderne Rechtsweistümer (Annalen, ib., 435)).

⁴ Филиппов, I, 362 и сл.; Лонгинов, Недостатки законоположений о надзоре за судебными установлениями (Журн. Юрид. общ., 1896, № 6); Стаматов, О надзоре за судебными установлениями (там же, 1898, № 3, 4 и 5); Олучевский, Учебник уголовн. процесса, § 37–41. Сенатская практика по надзору и дисциплинарным делам: Сборник определений соединенных присутствий 1-го и кассационных департаментов по надзору за судебными установлениями (Подготовительные материалы комиссии по пересмотру законоположений по судебной части, т. XII, 1896); Кармин, Сборник таких же определений за 1895–1901 гг., 1902; Быстров, Положения, извлеченные из определений высшего Дисциплинарного присутствия с 1885 г. (Журн. М. Ю., 1900, № 3). С 1898 г. определения Соединенных присутствий печатались в Журн. Мин. Юст. В изданиях Учреждения судебных установлений Шрейбера и Щегловитова (1910 г.) приведены извлечения из напечатанных и ненапечатанных определений Сената по надзору и дисциплинарным делам.

строже, чем для других должностных лиц, ввиду особой важности возложенной на них функции. Вместе с тем, однако, надзор и порядок ответственности должны быть организованы по отношению к судьям таким образом, чтобы самостоятельность их действий в области управления правосудия не потерпела ни малейшего ущерба, чтобы они не попали в прямую или косвенную зависимость от органов надзора и дисциплинарной власти. Иначе подвергнется испытанию судебское беспристрастие.

Надзор за деятельностью судей будет, несомненно, тем действительнее, чем большим числом органов станет осуществляться. Но необходимо при этом иметь в виду, что опасно было бы предоставлять органам надзора право самостоятельно подвергать судей каким-либо взысканиям: следует, чтобы они ограничивались только наблюдением за деятельностью судей и привлечением их, в случае надобности, к уголовной или дисциплинарной ответственности, потому что рассмотрение дел о преступлениях и проступках судей должно быть обставлено надлежащими гарантиями основательности и беспристрастия.

Кроме этого, надзор должен ограничиваться внешней, так сказать, объективной, стороной судебской деятельности, но не касаться внутренней стороны, т.е. судебного убеждения, которое должно быть свободно. В самом деле, судьи устанавливают в своих решениях фактические обстоятельства по свободному убеждению, на основании логической оценки представленных сторонами доказательств. Если при этом они впадают в ошибки, то решения их могут быть пересмотрены, по жалобе сторон, высшими инстанциями и изменены. Но когда стороны этим путем почему-либо не воспользовались, то для принятия каких-либо мер в порядке надзора в данном случае нет основания: это повело бы к стеснению свободы действий судей и могло бы побуждать их к нарушению беспристрастия в угоду органам надзора.

II. Во Франции органами надзора за чинами судебного ведомства являются министр юстиции, прокуратура, апелляционные суды и председатели судебных мест. Министру юстиции принадлежит право наблюдать за деятельностью всех судей, не исключая и членов Кассационного суда, вызывать их к себе для объяснений и делать им замечания. Председатели каждого судебного места имеют надзор за надлежащим исполнением всеми членами его своих обязанностей. В случае надобности они могут делать виновным предостережения. Апелляционные суды наблюдают за всеми судами своих округов и выражают им одоб-

рение или порицание. Чины прокуратуры сообщают о замеченных ими неправильных действиях судей председателям судов или министру юстиции¹.

В Германии нет общеимперского законодательства о надзоре и дисциплинарной ответственности для судебного ведомства, а в каждом из входящих в состав Империи государств действуют местные узаконения. В Пруссии и некоторых других государствах надзор за судебными учреждениями принадлежит министру юстиции и председателям судов обеих инстанций, каждому в пределах округа его суда. В участковых судах, состоящих из нескольких судей, надзор поручается, за неимением в них председателя, одному из судей, а если их более 15, то распределяется между несколькими. В порядке надзора судьям может быть делаяемо только напоминание².

В Австрии непосредственный надзор за единоличными участковыми судьями имеют коллегиальные суды первой инстанции и их председатели, а также председатели судов второй инстанции; за судами первой инстанции — суды второй инстанции и их председатели; за судами второй инстанции — министр юстиции, которому принадлежит также общий надзор за всеми судами. Периодические ревизии деятельности судебных учреждений производятся председателями судов высшей инстанции, а чрезвычайные — министром юстиции или другими лицами по его поручению. Право надзора выражается в праве наблюдать за деятельностью судов, побуждать судей к надлежащему исполнению служебных обязанностей, устранять обнаруженные неправильности или сообщать о них высшему суду, имеющему право принимать надлежащие меры к восстановлению нарушенного порядка. Верховный суд может указывать судам первой и второй инстанций на замеченные в их производстве неправильности и сообщать об этих неправильностях и сделанных для их устранения распоряжениях министру юстиции³. Сходная система надзора за судьями установлена в Италии⁴.

III. У нас надзор за деятельностью общих судебных мест принадлежит: судебным коллегиям в порядке инстанций, председателям судов, старшим председателям судебных палат, чинам прокуратуры и министру юстиции.

¹ *Garsonnet*, I, § 32, 162, 187, *Carisch*, 92 ss.

² *Kleinfeller*, § 18; *Kade*, 112—113, 198, 258—259 и др.

³ Закон об учр. суд., § 74 и сл.; *Schrutka*, § 50.

⁴ *Piola-Caselli*, 345—346.

Инстанционно-коллегиальный надзор осуществляется высшими, в порядке подчиненности, судами: окружными судами — за всеми должностными лицами, принадлежащими к их составу и состоящими при них, кроме председателей самих судов¹; судебными палатами — за состоящими в округе каждой из них судебными учреждениями и должностными лицами, кроме старших председателей палат и председателей их департаментов; кассационными департаментами и Соединенным присутствием Первого и кассационных департаментов Сената² — за всеми судами и должностными лицами судебного ведомства Империи (ст. 249).

Внутренний надзор в каждой судебной коллегии за исполнением всеми служащими своих обязанностей принадлежит ее председателю (ст. 251), которому оказывают в этом отношении свое содействие товарищи председателя, а в палатах — председатели департаментов (О. с., 83, № 28).

В особое положение поставлен старший председатель судебной палаты, власть которого по надзору распространяется и на должностных лиц окружных судов округа данной палаты (ст. 251)³.

Чины прокуратуры, задача которой состоит в наблюдении за тем, чтобы законы не нарушались, обязаны наблюдать и за пополнением законов должностными лицами судебного ведомства (ст. 253).

Наконец, министр юстиции как глава судебного ведомства сосредоточивает в своих руках надзор за всеми учреждениями и служащими этого ведомства (ст. 254).

Все перечисленные органы надзора пользуются не одинаковыми правами. Объем предоставленной им власти зависит от их служебного отношения к тем учреждениям и лицам, за которыми им предоставлен надзор.

Чины прокуратуры могут только сообщать о замеченных ими неправильных действиях судей председателям подлежащих судов, предлагать на обсуждение суда либо доносить своему начальству для дальнейшего представления министру юстиции в зависимости от важности случая (ст. 253), т.е., смотря по тому, может ли быть это упущение исправлено

¹ Они подлежат надзору палат (О. с., 83, № 15).

² Надзор кассационных департаментов ограничивается теми делами, которые доходят до них в порядке кассационного производства; в прочих случаях надзор принадлежит Соединенному присутствию на основании ст. 119¹ Учр. суд. уст. (Угол., 86, № 48).

³ Лонгинов, 54—56.

председателем суда, или же оно должно влечь за собою предание виновного дисциплинарному суду, или, наконец, требует вмешательства министра юстиции.

Шире права председателей судебных мест: они могут обозревать делопроизводство членов своих судов, исправлять совершенные ими нарушения, поскольку это не превышает их власти¹, и возбуждать вопрос о предании виновных дисциплинарному суду (ст. 251). Старшему председателю палаты предоставлено, сверх того, сообщать председателям окружных судов о неправильных действиях членов этих судов, делать им и председателям самих окружных судов напоминания и указания² и предлагать их действия на обсуждение палаты (ст. 251¹) с целью привлечения их к дисциплинарной ответственности³.

Еще обширнее круг правомочий инстанционного надзора. Высшая инстанция, обнаружив какие-либо неправильности или упущения низшей, имеет право потребовать представления сведений и объяснений (ст. 249¹), дать ей соответствующее разъяснение, отменить

¹ То есть поскольку нарушения касаются внутреннего распорядка и делопроизводства (времени открытия заседаний, порядка ведения протоколов, изготовления решений и т.п.) (*Стаматов*, Журн. гражд. пр., 1898, № 5, с. 12).

² Такого права не предоставлено судебной палате, так что старший председатель палаты имеет больше власти, чем вся палата вместе с ним. Это противоречие создано законом 1885 г., усилившим власть председателя (*Стаматов*, 30–31). Аналогичное противоречие замечается между п. 2 ст. 249 и второю половиною ст. 251, тоже взятой из закона 1885 г.: исключив председателей департаментов палат из-под надзора палат, закон в то же время подчинил их надзору старших председателей палат (*Лонгинов*, 53–54).

³ Распространение Законом 1885 г. надзора старшего председателя палаты на окружные суды и состоящих при них должностных лиц мотивировалось необходимостью «децентрализации надзора» и «усиления его посредством создания на местах такой единоличной власти, которая была бы уполномочена прекращать усматриваемые беспорядки и делать всем подчиненным чинам вызываемые обстоятельствами указания и напоминания». Такая идея возникала и при составлении Судебных уставов, но она была отвергнута большинством комиссии, которое нашло, что и без того уже много органов надзора, что председатель палаты не имеет никакой возможности следить за деятельностью всех окружных судов своего округа и состоящих при них должностных лиц, что об их неправильных действиях он может узнавать только из жалоб на их действия, подлежащих рассмотрению всей палаты, и что предоставление председателю делать распоряжения помимо палаты, и притом распоряжения, заключающиеся лишь в предложении председателям окружных судов принять меры к восстановлению порядка, не принесет существенной пользы, а между тем извратит служебную роль старшего председателя палаты и сделает его каким-то судебно-административным чиновником (*Филиппов*, I, 368). Точно так же нецелесообразным оказалось предоставление старшему председателю палаты надзора за всеми департаментами палаты и их председателями (*Лонгинов*, 52–56).

незаконное или неправильное постановление, не нарушая, однако, установленных законом правил отмены судебных постановлений и не выходя за пределы своей компетенции, принять меры к восстановлению нарушенного порядка и, наконец, возбудить против виновных дисциплинарное производство (ст. 250). Но высшая инстанция не вправе ни контролировать в порядке надзора судебское убеждение, выразившееся в решении, ни отменять решения и определения вне установленного законом порядка обжалования их¹.

Сенат неоднократно разъяснял, что высший суд может отменять или изменять решения и определения подчиненных ему судов только тогда, когда они дошли до него в порядке инстанционного обжалования участвующими в делах лицами (О. с., 1904, № 41, 1901, № 9, 1800, № 25 и др.). К сожалению, Сенат отступал иногда от этого правильного взгляда и отменял определения судов в порядке надзора, вопреки прямому смыслу ст. 250 Учр. суд. уст.²

Кассационным департаментам Сената представлено еще право делать предостережения и замечания всему составу суда или судебного присутствия (ст. 265)³ и возбуждать вопрос о производстве ревизии судебных установлений через посредство сенаторов, представляя свое заключение об этом, постановленное в общем собрании, через министра юстиции Государю (ст. 257). Дела по надзору рассматриваются высшими инстанциями в распорядительных

¹ *Стаматов*, Журн. Ю. О., 1898, № 3, 29—30.

² *Стаматов*, Отмена окончательных процессуальных определений в порядке надзора (Журн. гражд. пр., 1893, № 6, 78 и сл.); О надзоре (Журн. Ю. О., 1898, № 3, с. 41 и сл.); *Случевский*, § 37; *Михайловский*, Порядок надзора или порядок инстанций (Право, 1899, № 35).

³ По мнению Сената (О. с., 72, № 81), даже без предварительного дисциплинарного производства. С мнением Сената трудно согласиться. Нельзя допустить, чтобы составители Судебных уставов имели в виду дать кассационным департаментам право делать предостережения и замечания в порядке надзора, вне дисциплинарного производства, ибо, во-1-х, они поместили ст. 265 не в главе о надзоре, а в отделении о взысканиях дисциплинарных, вслед за ст. 264, говорящей о наказании «в порядке дисциплинарной ответственности» отдельных судей; во-2-х, разрешив подвергать председателей и членов судебных мест в дисциплинарном порядке только предостережениям, на том основании, что делать им замечания и выговоры без приговора уголовного суда не соответствовало бы их достоинству и «могло бы поколебать то уважение, которое желательно и необходимо утвердить в обществе к званию судьи» (мотивы к ст. 264), составители Уставов впали бы в грубое противоречие, если бы дали право кассационным департаментам подвергать предостережениям и замечаниям без дисциплинарного производства не отдельных судей, а весь суд в полном составе или в составе присутствия.

заседаниях¹ и не только присутствий департаментов и отделений, но и общих собраний².

Постановления, сделанные в порядке надзора, подлежат обжалованию в следующие инстанции³.

Министр юстиции имеет право требовать от чинов судебного ведомства представления объяснений письменно или лично (ст. 254); делать им напоминания и указания; привлекать их к дисциплинарной ответственности (ст. 255); предлагать председателям или прокурорам судебных мест принимать меры к устранению замеченных беспорядков или неправильностей (ст. 255, 269); ревизовать судебные учреждения лично или поручать ревизию своему товарищу, а ревизию окружных судов возлагать на членов судебных палат (ст. 256); поручать обозрение делопроизводства окружных судов членам консультации, обер-прокурорам кассационных департаментов, их товарищам, прокурорам судебных палат и председателям окружных судов (ст. 256); возбуждать в Высшем дисциплинарном присутствии вопрос об увольнении или о перемещении судей (ст. 295⁴).

Все изложенные правила относительно надзора распространяются на мировые судебные учреждения (ст. 76 Учр. суд. уст.), уездных членов окружных судов и городских судей (ст. 11 Прав. устр. суд. ч.), которые в том, что касается надзора и дисциплинарной ответственности, приравнены к членам окружных судов. Разница состоит лишь в том, что органами надзора являются: мировые съезды — для мировых судей своих округов, окружные суды — для городских судей, кассационные департаменты Сената и министр юстиции — для всех мировых судей,

¹ Определения Соединенного присутствия от 22 декабря 1888 г., 10 октября 1896 г., 8 ноября 1901 г. (*Шрейбер*, 290, п. 9; 292, п. 23).

² Определение Соединенного присутствия от 20 января 1900 г. (*Шрейбер*, 292, п. 22); Журн. М. Ю., 1901, № 4, 327.

³ Определения Соединенного присутствия от 8 ноября 1884 г., 7 сентября 1906 г. (*Шрейбер*, 291, п. 18; 295, п. 44).

⁴ Г. Стаматов справедливо отмечает по этому поводу: «Раз принято начало подчиненности судебных мест *только судебным же высшим местам* (ст. 249 и 250 Учр. суд. уст.), то действия данного судебного места подлежат контролю только высшего суда, а потому обревизование окружного суда, равносильное и равнозначущее обозрению его делопроизводства, едва ли удобно поручать вообще лицам прокурорского надзора, а тем более членам консультации, которых Судебные уставы 20 ноября 1864 г. и не знают и которых составители Судебных уставов совершенно основательно устранили от права производить ревизии по мотивам, изложенным в разъяснении к ст. 256» (Журн. гр. пр., 1895, № 5, 36).

съездов, председателей съездов и городских судей (ст. 64 Учр. суд. уст., ст. 10 и 11 Прав. устр. суд. ч.).

IV. Проект новой редакции Учреждения судебных установлений усиливает надзор за судебными учреждениями, предоставляя высшим инстанциям и председателям судебных мест право производить обозрение делопроизводства и расследование действий подведомственных им судов и должностных лиц (ст. 340, 344, 345); Сенату — право делать предостережения и замечания как судебным учреждениям в полном составе или в составе присутствия, так и отдельным их членам (ст. 342), и по собственному усмотрению разъяснять точный смысл законов по возникающим на практике вопросам (ст. 351).

V. Органами надзора по отношению к земским начальникам являются губернатор, уездный предводитель дворянства и губернское присутствие. Губернатор имеет право ревизовать делопроизводство земских начальников и уездных съездов, давать земским начальникам указания к единообразному применению постановлений, определяющих их функции, и предлагать на обсуждение губернского присутствия доклад об их неправильных действиях (ст. 94 Полож. учр., зав. кр. д.). Уездному предводителю дворянства предоставлено право производить ревизию делопроизводства земских начальников и предлагать свои заключения на усмотрение губернского присутствия (ст. 93). В губернском присутствии сосредоточен надзор за земскими начальниками и уездными съездами; ему принадлежит право назначать ревизию их делопроизводства через непременных членов или других членов присутствия — с их согласия (ст. 105).

VI. Надзор за волостными и верхними крестьянскими судами в Прибалтийских губерниях возложен на председателей этих судов и на съезд мировых судей. Председатели, заметив какая-либо упущения, устраняют их своими распоряжениями, если это не выходит за пределы их власти, или сообщают подлежащему съезду мировых судей. Съезды мировых судей назначают ежегодно ревизии волостных и крестьянских судов и издают для них инструкции (ст. 43—46 кн. I Вол. суд. уст. Приб. губ.).

В местностях, где введены земские начальники, надзор за волостными судьями предоставлен им (ст. 123 Общ. пол. о крест.); в прочих местностях он принадлежит мировым посредникам и учреждениям по крестьянским делам (ст. 142 и сл. Пол. учр., зав. кр. д.).

VII. Гминные суды в Царстве Польском подлежат надзору тех же органов, что и мировые судьи (ст. 499 Учр. суд. уст.).

§ 28. ОТВЕТСТВЕННОСТЬ СУДЕЙ¹

I. Подобно прочим должностным лицам, судьи могут подлежать за неправильные действия при исполнении служебных обязанностей троякого рода ответственности: уголовной, гражданской и дисциплинарной.

В уголовном порядке они отвечают за тяжкие нарушения должностных обязанностей, каковы: взяточничество, вымогательство, постановление заведомо неправильных решений (ст. 366, 372 и др. Улож. о нак.). К числу этих преступлений наш закон относит и «ошибку судьи или неправильное, лишь по недоразумению, толкование законов» (ст. 370 Улож.). Для предания суду в этих случаях и для рассмотрения дел установлен по отношению к лицам судебного ведомства особый порядок (ст. 1080, 1084, 1085¹ и сл. Уст. угол. суд.).

Гражданская ответственность судей заключается в вознаграждении за убытки, причиненные их неправильными действиями. Для нее тоже установлен особый порядок производства (ст. 1331 и сл. Уст. гражд. суд.).

Наконец, дисциплинарной ответственности судьи подлежат за маловажные служебные проступки², за нарушение внутреннего распорядка, установленного в сфере их деятельности законами, наказами и распоряжениями подлежащих властей, а также за нарушение правил благопристойности и нравственности.

Уголовная и гражданская ответственность судей подлежит исследованию соответствующих наук. Для теории судоустройства представляет важность только принципиальный вопрос о пределах той

¹ Филиппов, I, 350 и сл.; Бардзский, Об ответственности должностных лиц судебного ведомства, 1884; Городисский, Закон 20 мая 1885 г. (Журн. гражд. пр., 1885, № 10); Джанишев, Основы судебной реформы, 1891, 184 и сл.; Волконский, Ответственность должностных лиц судебного ведомства за проступки служебного характера. Справочное практическое пособие, 1895; Лазаревский, Ответственность за убытки, причиненные должностными лицами, 1905; Случевский, Учебник угол. процесса, 1910 г., § 42–47; Коркунов, Русское госуд. право, II, 1909, § 69–71.

² Провести теоретически точную границу между уголовными и дисциплинарными нарушениями чрезвычайно трудно. Обзор разных мнений сделан в курсе Коркунова (§ 70). Исследование этого вопроса относится к области уголовного и государственного права. По смыслу нашего действующего законодательства, как разъяснил Сенат, дисциплинарный порядок применим к судьям, «когда нет в виду прямой их вины, когда упущение сделано без всякого умысла и не вследствие явного небрежения или прямого уклонения от исполнения служебных обязанностей, а по ошибке, недоразумению, неосторожности или по другой более или менее извинительной причине, и вообще, когда по обстоятельствам, сопровождавшим упущение судьи, он не мог ожидать и предполагать вредных последствий» (О. с., 78, № 27).

и другой. В этом отношении необходимо заметить, что они поставлены нашим действующим законодательством слишком широко, так как ответственность судей распространена им на добросовестные ошибки при толковании и применении законов, вследствие чего подвергается опасности свобода судейского убеждения.

Составители Судебных уставов имели в виду ограничить гражданскую ответственность судей случаями совершения «намеренно-пристрастных действий с целью причинить вред», т.е. случаями умышленного неправосудия. Но при рассмотрении проекта в Государственном Совете это положение было заменено другим, установившим ответственность судей за убытки, «понесенные вследствие *неправильных* или *пристрастных* действий по производству дела или постановлению решения» (ст. 1331 Уст. гражд. суд.)¹. Вместе с тем осталась в силе и ст. 370 Уложения о наказаниях, каравшая судей за ошибки и неправильное, лишь по недоразумению, толкование законов. В результате вышло, что уголовная и гражданская ответственность судей распространились на все, даже вполне добросовестно сделанные судьями ошибки при толковании и применении законов. Такое положение вещей, бывшее нормальным в дореформенное время, оказалось в резком противоречии с общим духом судебной реформы, создавшей независимый суд, который призван решать дела не по букве, а по разуму и общему смыслу законов (ст. 9 и 10 Уст. гражд. суд.), и решения которого, в случае, если тяжущиеся считают их неправильными, могут быть обжалуемы в порядке инстанций (ст. 743, 745 Уст. гражд. суд.), причем задача самой высшей инстанции (Сената) состоит именно в проверке правильности толкования и применения законов всеми судами (ст. 793 Уст. гражд. суд.). Ввиду явной невозможности применять ст. 1331 по буквальному смыслу ко всем случаям неправильного толкования законов, хотя бы и добросовестного, Сенат ограничил применение ее теми случаями, когда «закон изложен точно и ясно, а посему и не представляет сомнений, а неправильность его толкования или применения очевидна, так что эта неправильность может быть объяснена не иначе как причинами, лежащими вне категории чисто судейского толкования законов... Недоразумение в таких случаях не может быть оправдываемо уже потому, что оно неминуемо обусловливается или явною небрежностью, или другими причинами, не имеющими ничего

¹ Лазаревский, 438, прим. 2.

общего с добросовестным судебским толкованием и исследованием дела, хотя эти причины могут и не относиться к категории действий пристрастных» (85, № 76).

Установленный Сенатом в этом решении критерий — очевидная неправильность толкования ясного закона, — в сущности, совпадает с проводившимся некоторыми кодексами¹ различием между легкой и грубой виной судьи при постановлении решения. Но подобно тому как нельзя точно разграничить обе эти формы вины, так невозможно указать прочных признаков «очевидности» неправильного толкования и «ясности» закона: что для одного судьи очевидно и ясно, то другому может казаться сомнительным и двусмысленным. Если бы судьи должны были разрешать дела по буквальному смыслу законов, тогда еще можно было бы привлекать их к ответственности за отступление от ясного и не допускающего двоякого способа понимания закона, хотя в действительности число таких законов незначительно. Но так как судам предписано руководствоваться при разрешении дел не буквальным смыслом, а внутренним «разумом» закона и общим смыслом их, которые не очевидны с первого взгляда, а раскрываются посредством более или менее сложного процесса толкования, связанного с возможностью промахов и ошибок всякого рода, то с точностью определить, когда ошибки судьи извинительны, а когда представляют собою «очевидно неправильное толкование ясного закона», совершенно немыслимо². Несмотря, однако, на явную неудовлетворительность правила ст. 1331 Уст. гражд. суд., проект новой редакции Устава (ст. 1017) сохраняет его без изменения. Напротив, новое Уголовное уложение, став на верный путь, карает судей только за постановление «заведомо неправого решения» (ст. 675), т.е. за умышленное правосудие.

II. Организация дисциплинарной ответственности судей может быть признана целесообразной при наличии следующих условий: 1) если дисциплинарная власть над судьями принадлежит органам судебного ведомства; 2) если состав дисциплинарного суда устраняет возможность личного усмотрения и произвола; 3) если дисциплинарная ответственность не распространяется на внутреннюю сторону судебской деятельности и не нарушает свободы судебного убеждения;

¹ Прусским земским правом, Саксонским гражданским уложением (*Лазаревский*, 439). Проект нашего Гражданского уложения воспроизводит эту устарелую теорию (там же, 443 и сл.).

² *Лазаревский*, 442—443.

4) если самое производство дисциплинарных дел обставлено таким образом, что обеспечивает постановление справедливых приговоров.

Первое условие вытекает из принципа самостоятельности судебной власти и имеет целью оградить независимость судей. Хотя сразу может показаться опасным предоставлять самим судам дисциплинарную власть над своими членами, но без этого самостоятельность суда не была бы обеспечена¹. Средствами против возможных злоупотреблений в смысле слишком снисходительного отношения со стороны органов дисциплинарной власти к проступкам своих товарищей могут служить: многочисленность состава этих органов и существование высшей дисциплинарной инстанции в виде высшего дисциплинарного суда, куда могут быть переносимы дела для вторичного рассмотрения.

Второе условие осуществляется коллегиальным устройством дисциплинарных судов, которыми являются не председатели судебных мест и министр юстиции, а общие собрания судебных коллегий или образуемые из членов этих коллегий дисциплинарные присутствия. Председателям же судов, министру, а также прокурорам предоставляется только право надзора и возбуждения дисциплинарного производства против судей.

Третье условие является необходимым последствием и дополнением того положения, что внутренняя сторона судебской деятельности не подлежит надзору (с. 222). Границы дисциплинарной ответственности должны совпадать с границами надзора. Поэтому судьи могут подвергаться дисциплинарной ответственности: во-1-х, за служебные проступки, не влекущие уголовного преследования, во-2-х, за нарушение внутреннего служебного распорядка и, в-3-х, за предосудительные, роняющие достоинство судебского звания поступки в частной жизни. По поводу последних возникает важный принципиальный вопрос о пределах вмешательства дисциплинарной власти в частную жизнь судей. С одной стороны, частная жизнь каждого человека должна быть неприкосновенной. Но, с другой стороны, было бы нерационально, если бы судьи, подвергаясь дисциплинарным взысканиям за самые незначительные нарушения служебных обязанностей, оставались безнаказанными даже в случаях грубого пренебрежения правилами приличия и порядочности, подрывающими в обществе уважение к ним и к носимому ими званию. Поэтому поступки судьи в частной жизни

¹ Филиппов, I, 353–354.

должны подлежать дисциплинарному преследованию и наказанию, но лишь в тех случаях, когда ими роняется в глазах общества достоинство судейского звания, а это бывает тогда, когда поступки судьи получают огласку и становятся предметом обсуждения со стороны общественного мнения. Другими словами, дисциплинарное вмешательство в частную жизнь судей определяется принципом *огласки*: нарушение судьями правил приличия, благопристойности, морали интересует дисциплинарную власть не само по себе (индивидуальная нравственность составляет исключительное достояние совести и религии каждого человека), а лишь в той мере, в какой оно отражается на достоинстве носимого судьей звания. Один и тот же поступок судьи может быть наказуем или ненаказуем, смотря по тому, получил ли он огласку или нет, ибо только в случае огласки он подрывает в обществе уважение к судейскому званию. И судья в таком случае не вправе претендовать на вторжение в свою частную жизнь, так как сам вынес сор из своей избы и подверг свою частную жизнь обсуждению общества.

Наконец, четвертое условие состоит в надлежащей организации дисциплинарного производства, которое должно быть построено по образцу уголовного процесса, но с некоторыми отступлениями, обусловливаемыми большею простотой и общим характером дисциплинарных нарушений. Эти отступления сводятся главным образом к следующему. Ввиду относительной простоты и маловажности дисциплинарных нарушений, не угрожающих общественному порядку, производство предварительного следствия, формальный обряд предания суду и составление обвинительного акта представляются излишними и могут быть заменены предварительным рассмотрением дела судебной коллегией или дисциплинарным судом и постановлением ею определения о предании дисциплинарному суду. По тем же соображениям излишне участие в дисциплинарных делах адвокатуры. Равным образом и гласность, являющаяся как в гражданском, так и в уголовном процессе важной гарантией беспристрастного отправления правосудия, представляет большие неудобства в дисциплинарном производстве. Она подрывает в обществе доверие к подвергнутому дисциплинарному преследованию судье и в то же время, делая его проступок предметом общественного внимания, толков и пересуд, усиливает этим тяжесть налагаемого на виновного наказания. При этом дисциплинарные процессы ничему публику не научают и вовсе ее не устрашают, так как предметом их служат нарушения не общих

законов, а внутреннего служебного распорядка или совершение поступков, роняющих достоинство судейского звания. Однако, имея все-таки в виду, что гласность производства, а также и участие в качестве защитника профессионального адвоката содействуют постановлению судами правильных и беспристрастных приговоров, необходимо сделать изъятие для одного случая: когда сам обвиняемый желает, чтобы дело разбиралось гласно¹, и просит к защите допустить адвоката.

III. Изложенные условия рационального судоустройства дисциплинарной ответственности судей осуществлены не в полной и не в одинаковой мере законодательствами европейских государств.

Во Франции дисциплинарным судом является так называемый Высший совет магистратуры, представляющий собою не что иное, как общее собрание кассационного суда. Привлечение к дисциплинарной ответственности зависит от министра юстиции, по предписанию которого Генеральный прокурор Кассационного суда возбуждает и поддерживает в дисциплинарном суде обвинение. По поводу такого порядка не без основания указывали, что он открывает широкий простор для проявления произвола министра юстиции, который может, руководствуясь политическими или какими-либо иными побочными соображениями, смотреть сквозь пальцы на неправильные действия одних судей и привлекать за такие же действия к дисциплинарной ответственности других². Дисциплинарный суд либо немедленно приступает к разрешению дела, либо, если найдет его недостаточно выясненным, поручает произвести предварительное расследование одному из своих членов, который может возложить это поручение на кого-нибудь из судей того судебного округа, где служит обвиняемый. В заседание дисциплинарного суда, назначенное для рассмотрения дела по существу, вызывается обвиняемый, который может явиться в сопровождении защитника из числа адвокатов, состоящих при кассационном суде. Разбор дела происходит при закрытых дверях. Но суд может опубликовать свой приговор, если найдет это нужным для руководства судьям или для реабилитации оправданного судьи, дело о котором получило огласку. Проступки, за которые судьи привлекаются к дисциплинарной ответственности, относятся как к служебной

¹ Для обеспечения интересов обвиняемого достаточно было бы допускать в заседание несколько лиц по его указанию (*Куплеваский*, Государственная служба, 1888, 85 и сл.).

² *Carisch*, 124.

деятельности, так и к частной жизни. Служебными проступками являются отлучка без отпуска, проживание не в месте служения, нарушение правил несовместимости и т.п. Образ действий судьи в частной жизни тоже влечет за собой дисциплинарную ответственность, если роняет достоинство судейского звания. В частности, закон воспрещает судьям «всякие демонстрации и манифестации против принципа или формы республиканского правления»¹. Дисциплинарный суд может налагать следующие наказания: замечание, выговор, с которым связано лишение месячного жалования, временное устранение от должности с лишением жалования на время устранения и удаление со службы. Обвиненный судья, если приговор был постановлен без вызова его, вправе подать в недельный срок просьбу о пересмотре дела². Уголовной ответственности судьи подлежат только за отказ в правосудии и умышленное неправосудие, а гражданской — как в этих же случаях, так и в нескольких других, специально указанных в законе³.

В Пруссии дисциплинарный суд состоит из семи членов апелляционного суда, а Высший дисциплинарный суд — из 15-ти членов берлинского уголовного апелляционного суда (*Kammergericht*). Производство построено по образцу уголовного. Оно устное, но негласное; возможно назначение предварительного следствия через одного из членов суда; кассация не допускается. В дисциплинарном порядке подлежат преследованию: нарушения служебных обязанностей, не наказуемые уголовными законами, и несоответствующие судейскому достоинству поступки как на службе, так и вне ее. Дисциплинарными наказаниями являются: предостережение, выговор, который может быть соединен с денежным штрафом в размере не свыше месячного жалования, временное устранение от должности на срок от трех месяцев до одного года с лишением жалования за это время, перевод на равную должность, увольнение от службы с потерей титула, ранга и права на пенсию⁴.

По прусскому образцу организованы надзор и дисциплинарная ответственность во многих других германских государствах⁵. Уголовная и гражданская ответственность судей наступает в Германии только

¹ Параграф 3 ст. 14 Закона 1883 г. *Carisch*, De l'inamovibilité, 118.

² *Carisch*, ch. III, p. 81 ss.

³ *Лазаревский*, 440; *Carisch*, 83.

⁴ *Aubin*, 27 ff.; *Schmidt*, 213–214.

⁵ *Aubin*, 32 ff.; *Kade*, 136–139, 176, 198, 261–262.

в случае умышленного неправоудия, противозаконной медленности и отказа в правосудии¹.

В Австрии дисциплинарная ответственность судей регулируется Дисциплинарным законом 1808 г., составленным по образцу прусского Закона, откуда заимствованы многие положения почти буквально. Участковые судьи и члены судов первой инстанции подведомственны дисциплинарному присутствию суда второй инстанции, состоящему из председателя и четырех членов суда второй инстанции, а председатели судов первой инстанции, весь персонал судов второй инстанции, члены и председатели департаментов Верховного суда подлежат компетенции Дисциплинарного присутствия Верховного суда, которое является также второй инстанцией для низшего дисциплинарного суда². Гражданской ответственности судьи подвергаются в случае, если виновны в причинении частным лицам убытка неправильными действиями по службе, не могущими быть исправленными в порядке обжалования высшей инстанции³.

В Италии по Закону 24 июля 1908 г.⁴ в случае совершения судьями легких проступков министр юстиции и председатели судов, которым предоставлен надзор за судьями, имеют право делать виновным замечания; но получившие замечания могут требовать предания себя дисциплинарному суду. Более строгие наказания (выговор, лишение права старшинства, лишение права на повышение, устранение от должности с пенсией, увольнение) налагаются дисциплинарными судами, которыми служат: для низших судей — дисциплинарные суды при апелляционных судах в составе пяти судей, а для высших судей — Верховный дисциплинарный суд при Министерстве юстиции, состоящий из старшего председателя римского Кассационного суда, шести членов высших судов и шести сенаторов, назначаемых королем по представлению министра юстиции, делаемому после обсуждения в совете министров. Состав Верховного дисциплинарного суда обновляется каждые два года, а дела рассматриваются присутствиями из семи членов. Дисциплинарное производство возбуждается прокуратурой

¹ Герм. гражд. ул., § 839; Герм. угол. ул., § 334, 336; *Лазаревский*, 440.

² *Aubin*, 41 ff.; *Schrutka*, § 51.

³ *Schrutka*, § 52.

⁴ Legge 24/VII 1908 sulle guarentigie e sulla disciplina della magistratura. Перевод этого Закона напечатан в: *Annuaire de législation étrangère*, 1909, p. 330 ss. Оценка его (поверхностная): *Tambara*, *Loi sur le statut des fonctionnaires italiens etc.*, 1908 (из *Rev. du droit publ.*, 1908, № 4).

по предложению министра юстиции. Дисциплинарный суд может, в случае надобности, поручить одному из своих членов производство предварительного следствия и временно устранить обвиняемого от должности. Разбирательство дела происходит применительно к правилам уголовного процесса; обвиняет прокурор; подсудимый может иметь защитника; приговор постановляется по свободному убеждению. Если суд найдет обвинение недоказанным, но усмотрит из дела, что подсудимый все-таки утратил во мнении общества то уважение и доверие, каких требует его звание, то предлагает министру юстиции уволить его. Приговор низшего дисциплинарного суда может быть обжалован сторонами в Верховный суд, приговоры которого уже окончательны¹.

IV. Составители Судебных уставов ясно понимали, что дисциплинарная ответственность судей должна быть построена на тех началах, которые указаны выше (с. 233)², и последовательно осуществили эти начала. Надзор за должностными лицами судебного ведомства они предоставили исключительно органам самого этого ведомства, а право дисциплинарного суда только судебным коллегиям (ст. 270) и вдобавок общим собраниям их (ст. 277). Обвиняемый должен был быть уведомлен о времени рассмотрения дела, мог давать личные объяснения (ст. 278), требовать слушания дела при открытых дверях и в таком случае иметь защитника (ст. 281). Стремясь оградить судебскую независимость, составители уставов пошли даже чересчур далеко. Так, они признали основанием к возбуждению дисциплинарного преследования только нарушение судьями своих служебных обязанностей (ст. 263), тогда как дисциплинарный надзор должен простирается и на предосудительные поступки судей вне службы. Точно так же нецелесообразно было ограничить карательную власть дисциплинарных судов правом налагать на судей одно только низшее взыскание, носящее скорее предупредительный характер: предостережение (ст. 264). Достаточным

¹ Подобно прусскому Закону, итальянский объявляет подлежащими дисциплинарному преследованию не только служебные нарушения, но и предосудительные поступки вне службы. При этом он перечисляет некоторые подлежащие дисциплинарному преследованию действия, а именно: нарушение служебной тайны; соби́рание частных сведений о производящемся деле; вмешательство в ход других дел и влияние на их разрешение просьбами и рекомендациями, займы, не соответствующие судебскому достоинству, в особенности у лиц, причастных к подлежащему его компетенции делу; пользование рекомендациями других лиц, в частности адвокатов, с целью получить повышение по службе (ст. 7–10).

² Это видно из объяснений к ст. 249, 274 и 281 Учр. суд. уст.

коррективом в этом отношении не могло быть предоставленное Сенату право предавать уголовному суду тех судей, которые, подвергшись в течение одного года трем предостережениям, совершили четвертое нарушение (ст. 293), ибо это правило не предотвращало повторения служебных нарушений: судья мог допускать постоянно самые грубые нарушения своих обязанностей и отделяться платоническими предостережениями, если только эти нарушения не подлежали уголовному преследованию и совершались не чаще трех раз в год.

Закон 1885 г. значительно усилил дисциплинарную ответственность судей, ухудшил порядок дисциплинарного производства и подорвал независимость судей. Он расширил права председателей прокурорского надзора и в особенности старшего председателя палаты; учредил Высшее дисциплинарное присутствие, заменившее Общее собрание кассационных департаментов Сената; дал дисциплинарным судам право перемещать судей на равные должности и увольнять со службы; совершенно устранил гласность и адвокатуру из дисциплинарного производства.

На отрицательное значение замены Дисциплинарным присутствием Общего собрания кассационных департаментов уже было указано (см. с. 145).

Не выдерживают критики и соображения, которыми оправдывалось устранение гласности. «Практика показала, — говорится в представлении министра юстиции, — что этим правилом пользуются не лица, желающие гласным оправданием предотвратить все могущие падать на них нарекания по поводу несправедливо возбужденного обвинения, а, напротив, лица, которые, сознавая шаткость своего положения и не имея никакого исхода, стремятся набросить тень на других или даже просто своим поведением на суде поставить в неприятное положение судей, решившихся предать их ответственности. Для обеспечения прав тех лиц, которые, будучи неправильно привлечены к ответственности, желают полного восстановления своей чести, достаточно было бы, взамен приведенного правила ст. 231, постановить, применительно к ст. 975 Уст. уг. суд., что оправданный решением суда может требовать опубликования сего решения в сенатских и в губернских ведомостях по месту его службы»¹. Эти мотивы представляются неубедительными. Напечатание решения в сенатских и губернских ведомостях, которых обыкновенная публика не читает, не может заменить гласного произ-

¹ Представление мин. юстиции (Учр. суд. уст., изд. Шрейбера, 321).

водства, отчеты о котором помещаются в общей прессе. «Набросить тень» на судей или других лиц легче именно при отсутствии гласного разбирательства дел¹, ибо свет гласности разгоняет все темные тени. Поведение же обвиняемого на суде точно так же не может поставить в неприятное положение его обвинителей, как не может поведение обыкновенного подсудимого компрометировать прокурора, составившего обвинительный акт. А между тем гласность особенно важна для невинно обвиняемого, потому что она является одною из важных гарантий правильного отправления правосудия, и если он требует гласного разбирательства своего дела, то ему в этом не следует отказывать.

Точно так же не может быть оправдано безусловное недопущение участия адвокатуры в дисциплинарном производстве. Участие ее тоже служит одною из гарантий правильного отправления правосудия. Не всякий может защищать себя сам. Наоборот, скромному человеку труднее всего защищать именно самого себя. И если судья, обвиняемый в дисциплинарном порядке, желает пригласить себе защитника, то не следует воспрепятствовать ему это. Благодаря устранению гласности и адвокатуры, «гарантии правосудия дисциплинарного суда уменьшились обратно пропорционально предоставленным ему обширным, почти ничем не ограниченным полномочиям»².

Наконец, увеличив карательную власть дисциплинарных судов и предоставив Дисциплинарному присутствию перемещать и даже увольнять судей, Закон 1885 г. не дал им, однако, права налагать менее строгие взыскания: замечания, выговоры, штрафы. Притом вопрос о перемещении или увольнении судей возбуждается и рассматривается не в общем порядке: возбуждение его зависит от усмотрения министра юстиции, а разрешается он сокращенным порядком.

V. Современная организация дисциплинарной ответственности членов общих судебных мест, а также мировых и городских судей (ст. 11 Прав. устр. суд. ч.) имеет следующий вид.

Дисциплинарными судами являются: 1) Высшее дисциплинарное присутствие, состоящее из первоприсутствующих кассационных департаментов, всех членов соединенного присутствия первого и кассационных департаментов (т.е. первоприсутствующего, двух сенаторов уголовного, двух сенаторов гражданского и двух сенаторов первого департаментов) и четырех сенаторов кассационных департаментов,

¹ Юрид. хроника Журн. гражд. пр., 1885, окт., 168–169.

² Джанишев, Основы, 191.

назначаемых ежегодно Государем по представлению министра юстиции (ст. 119^{1, 4}); 2) общие собрания судебных палат и 3) общие собрания окружных судов (ст. 270). Высшему дисциплинарному присутствию подведомственны дела, возбуждаемые против высших чинов судебного ведомства, начиная с председателей окружных судов и кончая должностными лицами, состоящими при Сенате (п. 1 ст. 270); судебные палаты рассматривают дела о товарищах председателей и членах окружных судов, а окружные суды — о состоящих при них чинах (п. 2 и 3 ст. 270). Если дисциплинарное дело касается нескольких должностных лиц судебного ведомства, из коих одни подведомственны высшему, а другие — низшему дисциплинарному суду, то все они судятся по общему правилу уголовного судопроизводства высшим судом (ст. 271).

Порядок дисциплинарного производства двоякий: общий — для рассмотрения нарушений обязанностей службы и особый — для разрешения, по предложению министра юстиции, вопроса о перемещении или увольнении судей, которые ввиду своих служебных упущений или предосудительных поступков оказались недостойными своего звания или внушают сомнение в способности беспристрастно выполнять судебские обязанности в данном округе (ст. 295²).

Дисциплинарное производство в общем порядке возбуждается постановлениями судов, предложениями чинов прокурорского надзора или министра юстиции и распоряжениями председателей судов (ст. 272). Частные лица, которые считают, что их права нарушены неправильными действиями судей, имеют право приносить жалобы на них в высшие инстанции указанным уставами уголовного и гражданского судопроизводства порядком, но не могут обращаться непосредственно в общие собрания судов с требованием о предании виновных дисциплинарному суду. Их жалобы могут служить для лиц, имеющих право возбуждать дисциплинарное производство, только поводом и материалом для его возбуждения (ст. 275, 249¹). Не могут частные лица принимать участия и в дальнейшем дисциплинарном производстве¹. Для привлечения к дисциплинарной ответственности установлена годовичная давность (ст. 273), которая распространяется на все служебные нарушения, подлежащие преследованию в общем дисциплинарном порядке, но не относится к предосудительным поступкам, обсуждаемым, по предложению министра юстиции, в особом порядке (ст. 295², п. 2)².

¹ Реш. Общ. собр. I и Касс. деп., 1879, № 21.

² Опред. Высш. дисц. прис., 23 янв. 1895 г. (*Шрейбер*, 316, п. 5).

Общий порядок производства распадается на две стадии: предварительное выяснение и обсуждение дела в распорядительном заседании суда, которому оно подведомственно (ст. 274), а затем, по наведении справок и истребовании объяснений от обвиняемого, — рассмотрение дела по существу (ст. 276, 277). Обвиняемый извещается о времени рассмотрения его дела и может (но не обязан) явиться для личных объяснений (ст. 278, 279). Заседания происходят при закрытых дверях (ст. 281); порядок разбирательства определяется самим судом, но пред постановлением решения суд должен выслушать заключение прокурора и предоставить подсудимому последнее слово (ст. 282). Решение объявляется явившемуся в заседание обвиняемому немедленно, а неявившемуся — по вызову его, в общем собрании суда, если же он служит в суде другого города, то в общем собрании того суда (ст. 284). На приговоры окружных судов и палат допускаются жалобы обвиняемых и протесты прокуратуры в недельный срок (ст. 286, 287). Возможны также просьбы о возобновлении дел по вновь открывшимся обстоятельствам¹.

Приговоры палат, постановленные ими в качестве второй инстанции, а также приговоры Высшего дисциплинарного присутствия не подлежат обжалованию (ст. 288). При рассмотрении жалоб в высшей инстанции соблюдаются такие же правила производства (ст. 289).

Особый порядок производства, установленный для разрешения, по предложениям министра юстиции, вопроса о перемещении или увольнении судей, гораздо проще: Высшее дисциплинарное присутствие требует объяснения от обвиняемого и затем постановляет окончательный приговор (ст. 295²). Обвиняемый не вызывается в заседание, но может явиться и представить устно свои объяснения².

В общем дисциплинарном порядке судьи могут быть приговариваемы к вычету из жалования в случае неявки на службу не более четырех месяцев (ст. 413—415 Улож. о нак.) и к предостережениям — за те слу-

¹ Реш. высш. дисц. прис., 16 марта 1887 г. (Журн. М. Ю., 1900, № 3, 275); реш. Общ. собр., 1902, № 15; опред. Соед. прис., 4 дек. 1908 г. (*Шрейбер*, 325, п. 5, 6).

² Опред. Высш. дисциплин. прис., 1906 г., 19 окт. (*Шрейбер*, 382, п. 4). Как ни желательно было бы распространить на особый порядок дисциплинарного производства все правила общего порядка, гораздо больше обеспечивающего интересы обвиняемого судьи, и, в частности, правило о вызове обвиняемого в заседание (на применении этого правила настаивает Трапезников в № 2 «Прав» за 1911 г.), но, к сожалению, это не соответствует действительному смыслу Закона 1885 г., который имел в виду сделать возможным удаление судей «вне общего дисциплинарного порядка» (*Шрейбер*, 330). *Случевский*, 182—183.

жебные проступки, за которые Уложением о наказаниях назначены замечания, выговоры без внесения в послужной список и вычет из времени службы (ст. 264), а в особом порядке — увольнению от должности и перемещению в другую местность на равную должность (ст. 295²).

VI. По проекту новой редакции Учреждения судебных установлений, дисциплинарная власть предоставляется: 1) дисциплинарным присутствиям судебных мест, образуемым из председателя судебного места и его товарищей (в палатах — из председателей департаментов), а если их менее четырех, то с привлечением добавочных членов по выбору судебного места (ст. 27 и 52) и 2) Соединенному присутствию Первого и судебных (кассационных) департаментов Сената (ст. 372). Порядок производства сохраняется прежний, с незначительными изменениями (ст. 372 и сл.).

О нерациональности предположенного преобразования Высшего дисциплинарного присутствия было говорено выше (с. 148). Что касается замены общих собраний судов немногочисленными по составу дисциплинарными присутствиями, то она мотивируется тем, что в обширных коллегиях «ослабляется внимание отдельных членов и в значительной степени утрачивается чувство ответственности за принимаемое коллегией постановление» и что «неизбежная изменчивость самого состава заседаний общего собрания обуславливает собою, как о том свидетельствует практика, шаткость воззрений и препятствует установлению прочных традиций»¹. Этим соображениям нельзя отказать в справедливости. Действительно, опытом доказано, что чересчур многочисленные коллегии не пригодны для отправления судейских функций².

Но, с другой стороны, основательно и указание меньшинства комиссии на то, что постановления всего состава суда являются для подведомственных им органов более авторитетными в нравственном отношении³. Это соображение представляется особенно верным в применении к тем случаям, когда судьи привлекаются к дисциплинарной ответствен-

¹ Объяснит. зап., II, 339.

² Оспаривая это, проф. Михайловский указывает на западноевропейские парламенты, «которым Европа так много обязана», и на наши земские собрания (289). Но парламенты и земские собрания — не судебные учреждения, а если парламенты и исполняли иногда судебные функции, то крайне неудачно. «Известно, — говорит Бентам, — что в Англии из всех судов самым несправедливым, самым пристрастным была нижняя палата при разрешении дел о правильности выборов. Постоянная несправедливость ее решений была признана даже основанием к отречению ее от судебной власти, и уменьшение числа судей с пятисот па пятнадцать было главною чертой этой реформы» (46).

³ Объясн. зап., II, 341.

ности не за служебные проступки, а за действия, не соответствующие достоинству носимого ими звания. Несомненно, что по таким вопросам более важно мнение всей коллегии или большинства ее, чем нескольких членов, образующих дисциплинарный суд.

Примирия обе указанные точки зрения, наиболее целесообразно было бы предоставить дисциплинарную власть в немногочисленных коллегиях (состоящих, например, не более чем из 10 судей) самой коллегии, а в многочисленных коллегиях — дисциплинарным судам, избираемым коллегией из своей среды в количестве семи или девяти человек.

VII. Дисциплинарная власть над земскими начальниками принадлежит губернскому присутствию, которое может приговаривать их к замечанию, выговору и временному устранению от должности, и министру внутренних дел, имеющему право увольнять их от службы по представлениям губернского присутствия. Дисциплинарное производство возбуждается предложениями губернатора или постановлениями губернского присутствия. В обоих случаях губернское присутствие требует от обвиняемого объяснения и, смотря по обстоятельствам, либо прекращает дело, либо подвергает обвиняемого взысканию, либо представляет дело вместе с объяснением его на усмотрение министра внутренних дел. Кроме того, губернское присутствие может входить к министру внутренних дел с представлениями об увольнении земских начальников еще в следующих случаях: 1) когда земский начальник, несмотря на взыскания, которым он подвергался за служебные упущения, обнаруживает явное нерадение или неспособность к успешному исполнению своих обязанностей; 2) когда он совершил вне службы такой поступок, который, получив огласку, роняет звание земского начальника в глазах общества; 3) когда земский начальник был привлечен к уголовной ответственности и подвергнут какому-либо наказанию; 4) когда он объявлен несостоятельным должником. Во всех этих случаях, а также в случае привлечения земского начальника к уголовной ответственности губернское присутствие имеет право временно устранить его от должности, доводя об этом через губернатора до сведения министра внутренних дел. На постановления губернского присутствия по дисциплинарным делам могут быть приносимы министру внутренних дел жалобы, которые разрешаются им по предварительном рассмотрении в совете министра. Дисциплинарные проступки погашаются годичной давностью. В Виленской, Ковенской и Гродненской губерниях правами министра внутренних дел пользуется генерал-губернатор (ст. 129—135 Пол. учр., зав. крест. дел., по прод. 1906 г.).

VIII. Непременные члены губернских присутствий и назначаемые правительством председатели уездных съездов подвергаются дисциплинарным взысканиям на основании общих законов — по распоряжению начальства, т.е. замечаниям и выговорам — по распоряжению непосредственного начальства (губернатора), а вычетам из жалованья, перемещению с высшей должности на низшую, удалению от должности и аресту до семи дней — по распоряжению того начальства, от которого зависит назначение на эти должности, т.е. министра внутренних дел (ст. 126 Пол. учр., зав. кр. д.).

IX. Уездные предводители дворянства в качестве председателей уездных съездов подлежат ответственности по общим правилам, установленным для предводителей дворянства (ст. 127 Пол. учр., зав. кр. д.).

X. В Прибалтийских губерниях председатели верхних крестьянских судов приравнены в отношении к дисциплинарной ответственности к мировым судьям, с тою разницей, что они привлекаются к дисциплинарной ответственности мировыми съездами, а судятся окружными судьями. Для волостных судей и председателей волостных судов дисциплинарными судами служат мировые съезды. До постановления приговора дисциплинарные суды обязаны потребовать от обвиняемых письменное объяснение или вызвать их в заседание для устных объяснений. Дисциплинарные взыскания таковы: замечание, выговор, денежное взыскание до 15 рублей и арест до семи дней. Если обвиняемый приговорен к аресту, то имеет право обжаловать приговор в судебную палату (ст. 55—59 кн. 1 Вол. суд. уст. Приб. губ.).

XI. В местностях, где существуют земские начальники, волостные судьи могут быть подвергаемы ими без всякого формального производства замечаниям, выговорам, штрафам до пяти руб. и аресту до семи дней, а также временному устранению от должности (ст. 58 Полож. учр., зав. крест. д.). Увольнение же их от службы и предание уголовному суду производится, по представлению земских начальников, уездными съездами (там же, ст. 90).

В прочих местностях, где применяется общее положение о крестьянах, волостные судьи подчинены дисциплинарной власти учреждений, заведующих крестьянскими делами (ст. 143, 217 и др. Пол. устан., зав. крест. д.).

XII. Гминные судьи и лавники приравнены в отношении дисциплинарной ответственности к мировым судьям, но дисциплинарными

судами являются для них окружные суды (ст. 503 Учр. суд. уст.), а возбуждение дисциплинарного производства зависит от мировых съездов¹.

§ 29. Внутреннее устройство судов²

I. Общие судебные учреждения устроены в виде коллегий. Окружные суды состоят из председателей, товарищей председателя и членов; судебные палаты — из старших председателей, председателей департаментов и членов; кассационные департаменты Сената — из сенаторов и первоприсутствующих, назначаемых для председательствования в департаменте, общем собрании и соединенных присутствиях (ст. 77, 78, 112, 113, 114, 118 Учр. суд. уст.).

Судебные коллегии разделяются на отделения, называемые в применении к судебным палатам и Сенату департаментами. Отделения бывают гражданские и уголовные. Сообразно с этим члены судебных коллегий специализируются как цивилисты и криминалисты. Распределение членов по отделениям производится общим собранием суда, которому закон предписывает «наблюдать, чтобы состав отделений, по мере возможности, обновлялся перемещением части членов из гражданских отделений в уголовные и обратно» (ст. 788). Это правило внесено в Учреждение судебных установлений Законом 1885 г. «в видах устранения той узкой специализации занятий, которая навсегда приурочивает судей к раз избранному ими роду деятельности и представляет нередко затруднения в правильном разрешении возникающих по уголовным делам вопросов гражданского права, и наоборот»³.

Мысль о периодическом перемещении председателей и членов судов из одного отделения в другое возникала и при составлении Судебных уставов, но была оставлена на том основании, что «периодическое перемещение судей может лишить их возможности приобретать основательные практические сведения в той отрасли законодательства, изучению которой они преимущественно себя посвятили, и, таким образом, затруднить их в правильном производстве и решении вверенных им дел. Член гражданского отделения, готовившийся лишь к занятию этой должности и потому изучавший лишь гражданское право и занимавшийся в продолжение всей своей жизни лишь гражданскими процессами, будет

¹ Опред. Соедин. прис., 22 янв. 1887 г. (*Шрейбер*, 466).

² *Малышев*, I, § 19–21; *Wach*, § 25–27; *Helwig*, I, § 76–86; *Canstein*, § 10.

³ Представление министра юстиции (*Шрейбер*, 112).

весьма затруднен разбор дел уголовных. Не занимаясь ими, не изучив вполне, во всех подробностях, уголовное законодательство, едва ли он будет в состоянии разрешать эти дела одинаково правильно, как решил бы их судья, посвятивший деятельность всей своей прежней жизни или по крайней мере многих лет исключительно уголовным делам. Конечно, если бы оставить его в уголовном отделении суда, то, быть может, он и достиг бы в этом отношении большего или меньшего совершенства... Наконец, если бы это и было возможно, то суд — не школа. Допустить противное — значило бы развивать способности одних на счет других, то есть что судьи образовывались бы на счет тяжущихся и подсудимых, которые и должны были бы выносить на себе все их ошибки»¹. Эти соображения вполне правильны. Судьи — не кандидаты на судебные должности или помощники присяжных поверенных, которые должны еще учиться и которым небесполезно ознакомиться со всеми видами и формами права и процесса². Известно, в какое затруднительное положение попадают судебные следователи и товарищи прокурора, назначаемые членами гражданских отделений окружных судов: долгое время они чувствуют себя словно в лесу. Неудобство таких перемещений настолько выяснилось, что к ним прибегают очень редко³.

II. Председатели и товарищи председателей окружных судов назначаются Высочайшей властью, по представлению министра юстиции, из лиц, прослуживших в судебном ведомстве не менее трех лет в должностях не ниже члена или прокурора окружного суда (ст. 206), а председатели судебных палат — из лиц, состоявших не менее трех лет в должностях не ниже прокурора или члена судебной палаты, председателя или товарища председателя окружного суда (ст. 207).

При составлении Судебных уставов было предложено, чтобы на должность председателя окружного суда избирались подлежащими судебными палатами два кандидата, которые представлялись бы через министра юстиции на Высочайшее утверждение, а должности председателей палаты замещались таким же порядком из числа кандидатов, избранных Общим собранием кассационных департаментов Сената. Но это было признано «неудобным» ввиду того, что коллегии, которым предполагалось предоставить избрание кандидатов, «не могут иметь полных сведений о тех лицах, которые, принадлежа к разряду местных судебных деятелей,

¹ Объясн. к ст. 225 Учр. суд. уст.

² Джанишев, Основы суд. реф., 194—195.

³ Городисский, 34.

имели бы преимущественное право на получение вакантной должности. При таком порядке чины того окружного суда, которые находятся в одном городе с судебной палатой, получили бы несомненное преимущество пред всеми другими по той единственной причине, что деятельность их была бы ближе знакома избирателям... Все эти соображения относятся в равной, если не в большей еще мере и к предположениям об избрании председателей и членов судебных палат Общим собранием кассационных департаментов Сената. Должности эти, по статьям 206 и 207, будут большею частью замещаемы судебными чинами окружных судов, о деятельности коих кассационные департаменты не могут иметь почти никаких сведений»¹. На основании таких соображений составители Судебных уставов предоставили избрание председателей судебных мест министру юстиции. Можно было, однако, применить другой, более целесообразный способ: так как успешное исполнение обязанностей председателя в каждом коллегиальном учреждении требует обладания некоторыми специальными качествами, каких может и не быть у многих, даже выдающихся судей, — энергией, распорядительностью, словом, административными способностями, то целесообразнее всего было бы предоставить самим судебным коллегиям избирать себе председателей на определенные сроки, потому что члены коллегии, близко зная друг друга, лучше кого-либо могут судить, кто из них более способен к несению председательских обязанностей. Кроме того, таким способом была бы устранена нежелательная зависимость председателей от назначающего их министра юстиции — зависимость, которая может отражаться и на всей коллегии, так как ближайший надзор за ее деятельностью принадлежит ее председателю². Избрание председателей коллегиями принято в высших судах Бельгии и именно потому, что, как выразился докладчик проекта этого закона, «влияние председателя слишком сильно, чтобы можно было предоставить главе государства назначать им кого угодно»³.

Председателю суда принадлежат троякого рода права: 1) право непосредственного надзора за деятельностью суда и за исполнением всеми членами его своих обязанностей (ст. 251 Учр. суд. уст.); 2) право председательствования в заседаниях отделений; 3) некоторые самостоятельные права по производству процессуальных действий, как-то: по обеспечению исков (ст. 598), по назначению судебных приставов

¹ Объясн. к ст. 213 Учр. суд. уст.

² Мухайловский, 133.

³ Eslande, 250.

для исполнения решений (ст. 938) и др.; 4) начальство над канцелярией (ст. 218, 260, 267 Учр.).

Члены судебных коллегий исполняют по очереди обязанности докладчиков по вступившим в суд делам (ст. 271, 327, 768, 803 Уст. гр. суд.), принимают участие в разъяснении обстоятельств дела во время заседаний (ст. 335) и в постановлении решений (ст. 693 и сл.). Кроме того, члены судов имеют право производить, по поручению суда и в качестве его представителей, отдельные процессуальные действия (осмотры, допрос свидетелей и пр.).

III. Заседания судебных установлений разделяются: а) по составу участвующих в них судей — на общие собрания отделений, или департаментов, заседания присутствий, обыкновенных, смешанных и соединенных; б) по характеру рассматриваемых дел — на судебные, распорядительные и судебно-дисциплинарные¹.

А. В общих собраниях обязаны присутствовать все наличные судьи; но состав собрания считается законным, если присутствуют $\frac{2}{3}$ всех членов судебного места, и только в нетерпящих отлагательства случаях разрешается открывать заседание при участии меньшего числа судей (ст. 161 Учр.). Обыкновенные присутствия образуются из трех судей (ст. 140), а смешанные и соединенные — из большего числа членов, неодинакового для отдельных категорий дел (ст. 117, 117^{1,2}, 119¹, 119^{3,4,5} Учр. суд. уст., ст. 1320—1322, 1330³⁻⁵ Уст. гражд. суд. и др.). Присутствие кассационного департамента состоит не менее чем из семи сенаторов (ст. 140¹ Учр.); в общих собраниях и соединенных присутствиях Сената число членов бывает еще больше (ст. 117, 117¹ Учр.).

Увеличение числа членов присутствий желательно в видах большей основательности и беспристрастия решений. Но финансовые соображения требуют возможного сокращения судейского персонала. Ввиду этого по отношению к коллегиальным судам первой инстанции можно удовольствоваться тремя членами присутствия. Это число по исконной традиции считается нормальным для состава каждого коллегиального учреждения (*tres faciunt collegium*)². И действительно, оно имеет то пре-

¹ Статья 150 Учр. суд. уст. различает заседания распорядительные, судебные и общих собраний. Но такая классификация неправильна по существу и не соответствует частным постановлениям закона, указанным в тексте (Лонгинов, Недостатки законоположений о надзоре за судебными установлениями (Журн. Юрид. Общ., 1896, № 6, 51—52)).

² Общ. губ. учр., ст. 118: «...решение (присутствия) признается действительным, когда участвовали в оном не менее трех членов».

имущество, что делает невозможным разделение голосов поровну, не придает присутствию громоздкости и в то же время удовлетворяет назначению коллегиального обсуждения дел: проверке правильности мнения одного лица другими¹.

Но в судах высшей инстанции желателен более многочисленный состав присутствий, и не только потому, что таким образом уменьшается вероятность промахов и увеличиваются беспристрастие и независимость коллегии, но и потому, что это придаст больше авторитетности решениям, которая особенно нуждается в поддержании в тех случаях, когда высшая инстанция расходится во мнениях с низшей². В самом деле, если суд первой инстанции постановит решение единогласно, а вторая инстанция отменит его большинством двух голосов против одного, то окажется, что два судьи изменили решение четырех. Между тем, будь в присутствии второй инстанции пять или семь судей, подобного результата не могло бы получиться, так как большинство членов этого присутствия не было бы меньше, чем состав суда первой инстанции³.

Во Франции присутствия коллегиальных судов первой инстанции решают дела в составе трех членов, второй инстанции — в составе пяти (до 1883 г. было девять), а Кассационного — 11. В Германии присутствие суда первой инстанции состоит из трех судей, второй инстанции — из пяти, третьей — из семи. В Австрии присутствия судов первой инстанции всегда составляются из трех членов, а присутствия судов высших инстанций — иногда из трех, а иногда из пяти.

Б. Судебные заседания имеют задачей разбор судебных дел (ст. 153 Учр.), распорядительные — созываются для разрешения вопросов внутреннего управления и распорядка, как, например, для выработки наказов, для совещания о кандидатах на открывшиеся вакансии, для рассмотрения ежегодных отчетов о движении судебных дел и т.п. (ст. 151, 160 Учр. суд. уст.)⁴, а судебно-дисциплинарные — для рассмотрения дел о дисципли-

¹ Филиппов, II, 291.

² Coutoul, 376 ss.

³ Coutoul, 377. Этот автор идет слишком далеко, находя, что вообще вторая инстанция представляет больше гарантий основательности решений только потому, что ее состав более многочислен (376), упуская из виду, что во вторую инстанцию должны назначаться наиболее выдающиеся судьи первой (см. с. 152—153).

⁴ Пункт 4 ст. 151 относит к кругу ведомства распорядительных заседаний также рассмотрение вопросов, которые по Уставам уголовного и гражданского судопроизводства предписано разрешать в распорядительных заседаниях. Но в действительности Устав гражданского судопроизводства таких постановлений в себе не содержит, так что

нарных проступках чинов судебного ведомства, присяжных и частных поверенных (ст. 151, п. 5, ст. 160, п. 6, ст. 376, 406^{13, 14} Учр. суд. уст.).

Разница между этими тремя видами заседаний состоит в том, что каждому из них присущ особый порядок производства. Так, судебные заседания происходят при открытых дверях и на основании правил Устава гражданского судопроизводства; распорядительные заседания негласны и подчиняются правилам делопроизводства, обязательным для всех правительственных учреждений; для дисциплинарного производства установлены особые правила.

IV. Председательствующий в присутствии исполняет тройкую функцию¹.

Во-первых, присутствие как коллективное целое нуждается в представителе, который бы говорил и действовал от его имени. Таким представителем, или органом, коллегии является председательствующий: он объявляет постановления присутствия и является посредником между присутствием и тяжущимися (ст. 700, 701, 704 и др. Уст. гр. суд.).

Во-вторых, на председательствующем лежит управление ходом судебного заседания. Он определяет способ доклада дел членами суда (ст. 328 Уст. гр. суд.), руководит словесным состязанием и прекращает прения (ст. 338), предлагает тяжущимся вопросы для разъяснения дела, склоняет их к миру и т.д. (ст. 361).

В-третьих, председательствующему принадлежит дисциплинарная власть как над тяжущимися, так и над всеми находящимися в заседании лицами. Он следит за соблюдением всеми ими правил благопристойности, порядка и тишины (ст. 154), может удалять виновных в нарушении этих правил из присутствия и подвергать задержанию под стражей не более суток (ст. 155), а если невозможно различить виновных, то удалить всю публику (ст. 156). Если нарушителем указанных правил является кто-либо из участвующих в деле лиц или их поверенных, то председательствующий имеет право сделать виновному предостережение или выговор, а в случае дальнейших нарушений — удалить его из присутствия (ст. 157, 158)².

все вопросы, возникающие при производстве гражданских дел, подлежат разрешению в судебных заседаниях. *Исаченко*, Комментарий, I, 754–756.

¹ *Kleinfeller*, Die Funktionen des Vorsitzenden, 1885; *Wach*, § 26; *Скопинский*, Власть председателя в уголовном процессе (Журн. М. Ю., 1908, № 2).

² Председательствующие в присутствии, как видно из изложенного, пользуются такими правами, которых не имеют председатели судов, и, наоборот, первым не принадлежат те права, какие предоставлены вторым. Между тем в Уставе те и другие одинаково

Председательствует в заседаниях либо председатель суда, либо его товарищ, либо старший по времени назначения на должность член суда. Председатель суда избирает одно из отделений для постоянно-го председательствования в нем (ст. 78¹), остальные распределяются между его товарищами по взаимному соглашению между ними, а при отсутствии соглашения — по постановлению общего собрания суда (ст. 78¹). Кроме того, председатель суда имеет право взять на себя председательствование в определенном заседании любого отделения, но в таком случае обязан председательствовать в течение всего заседания, а состоящий в отделении товарищ председателя может принимать участие в заседании только при недостаточности наличного числа членов для образования присутствия (ст. 78²). В случае отсутствия председателя или его товарища председательствует в присутствии отделения старший член суда (ст. 78³), причем старшинство определяется по времени назначения на эту должность (О. с., 81, № 15). В Кассационном департаменте и в соединенном присутствии 1-го и Кассационного департамента Сената председательствует первоприсутствующий, назначаемый Высочайшей властью из сенаторов (ст. 118 Учр.), а в общем собрании — один из этих первоприсутствующих (ст. 119, 119¹ Учр.).

V. Членами присутствия являются по общему правилу члены данного отделения суда, а в случае недостатка их приглашается председательствующим член другого отделения, младший по времени назначения на эту должность (ст. 145). Если почему-либо невозможно пополнить присутствие членами другого отделения того же суда, то в заседание окружного суда приглашается местный судебный следователь или, если он занят по службе, один из почетных мировых судей, а в заседание судебной палаты — член местного окружного суда по назначению председателя этого суда (ст. 147).

В состав присутствия не могут входить: 1) судьи, находящиеся между собой в родстве по прямой линии без ограничения степеней, а в боковых линиях — до четвертой и в свойстве — до второй линии включительно (ст. 149), и 2) судьи, участвовавшие в разрешении подлежащего разбирательству дела в низшей инстанции (ст. 146).

именуются «председателями», вследствие чего иной раз возникает недоумение, кого именно в данном случае имеет в виду закон. Гораздо целесообразнее поэтому было бы закрепить различие между ними посредством терминологии и, по образцу Германского устава, называть первых председательствующими (*Vorsitzender*), а вторых — председателями (*Präsident*). Так и сделано в проекте новой редакции Учрежд. суд. уст. (ст. 195 и сл.).

При образовании судебных присутствий возможно влияние на разрешение дела в том или ином направлении посредством подбора определенного состава судей для определенных дел. Судьи различаются между собой большею или меньшею самостоятельностью характера, образом мыслей, политическими убеждениями и т.д. Имея в виду эти различия, орган власти, которому принадлежит право формировать судебные присутствия (министр юстиции, председатель суда, назначенный министром), может составлять их таким образом, чтобы обеспечить разрешение того или другого дела в желательном для себя смысле¹. Во избежание такого воздействия состав судебных присутствий должен быть определяем на известный период времени, в течение которого он оставался бы уже неизменным. Это называют принципом устойчивости (*Unverschiebbarkeit*) в коллегиальных судах². Распределение судей может быть производимо либо председателями судов, либо президиумом (коллекцией, состоящей из председателя и товарищей председателя суда и одного или нескольких членов, избранных коллекцией или старших по службе), либо общим собранием суда. Первый способ принят в Австрии, второй — в Германии, третий — у нас. Из них два последних целесообразнее первого, так как предупреждают возможность проявления председательского произвола³. В Австрии и Германии распределение судей производится на один год, а у нас — без определения срока (ст. 78⁵ Учр. суд. уст.).

Обязанности членов присутствий сводятся к участию в разборе и разрешении дел. Поступающие в суд прошения распределяются между ними по очереди для ближайшего наблюдения за производством дел (ст. 271 Уст. гр. суд.); они докладывают дела в заседаниях (ст. 327) и изготавляют решения и определения (ст. 710).

Кроме того, отдельные члены присутствия могут действовать в качестве представителей всего присутствия, но не в силу самого закона, а по специальному поручению того присутствия, к которому они принадлежат, или же присутствия другого суда. Это происходит в случаях, когда нужно произвести допрос свидетелей, окольных людей, проверку

¹ Это практиковалось в действительности преимущественно по отношению к уголовным судам, когда им предстояло разрешать политические процессы. Так было, например, в 60-е годы в Пруссии, где «министр юстиции не стеснялся образовывать уголовные департаменты чуть ли не для каждого дела по своему усмотрению» (*Aubin*, 63).

² *Aubin*, 61—62.

³ *Schrutka*, Die Stellung, 76—77; *Schmidt*, Processrecht und Staatsrecht, 1903, 59, Anm.

доказательств и т.п. (ст. 389, 413, 500¹⁻² Уст. гр. суд.). Присутствие суда может отрядить для производства этих действий одного из своих членов или поручить исполнение их другому судье (мировому судье, уездному члену). Отряженный член присутствия или действующий по поручению присутствия судья представляет в своем лице все присутствие. Его действия равносильны действиям присутствия; его протоколы — не письменные доказательства, подлежащие оценке суда, а официальные акты, констатирующие совершение процессуальных действий и одинаковые по значению с протоколами судебных заседаний. Только в случае жалобы на его действия суд может войти в проверку содержания протокола (ст. 389, 413, 504 Уст. гр. суд.).

VI. При судебных коллегиях находятся канцелярии, выполняющие часть работы по производству судебных дел, так что между судьями и чинами канцелярий проведено разделение труда. Судьям предоставлено исполнение чисто судебской функции: направление процесса, восприятие и оценка процессуального материала, постановление решения. Остальные действия, необходимые при производстве дел, совершаются канцелярией суда, которая ведет регистрацию поступающих в суд бумаг, хранит их, изготавливает протоколы заседаний, постановления суда и исполнительные бумаги, посылает тяжущимся повестки, копии бумаг и судебных постановлений и т.д.¹

Канцелярия состоит из секретаря, его помощников и писцов (ст. 120, 123 Учр. суд. уст.); обязанности последних могут исполнять и лица женского пола, но только по вольному найму и без прав государственной службы².

Секретари и их помощники назначаются из числа лиц, обладающих требуемым для занятия судебных должностей образовательным цензом, т.е. получивших высшее юридическое образование или же доказавших на службе свои познания по судебной части (ст. 211 Учр.). В окружных судах и судебных палатах они избираются и утверждаются в должностях председателями этих учреждений (ст. 218). В Сенате обер-секретари назначаются министром юстиции по представлению обер-прокуроров, а помощники обер-секретарей — самими обер-прокурами (ст. 217).

¹ *Мальшев*, I, § 2; *Азаревич*, I, 803—307; *Завадский и Иванов*, Судебные канцелярии во Франции, в Италии и Германии (Журн. М. Ю., 1895, № 10).

² Закон 9 мая 1900 г. (*Шрейбер*, 165—166).

В отношении надзора и дисциплинарной ответственности секретари и их помощники находятся в таком же положении, как члены судов (ст. 249 и сл.), но могут быть подвергаемы дисциплинарным взысканиям по усмотрению назначившего их лица (ст. 266, 267). Только вычетам из времени службы и перемещению с высшей должности на низшую они могут подлежать не иначе как по приговорам дисциплинарного суда, которым для них служит общее собрание того судебного места, где они служат (ст. 268).

Прочие чиновники судебных канцелярий назначаются председателями судов (ст. 218), а в Сенате — обер-прокурорами (ст. 217).

VII. Секретарь является необходимым соучастником суда при совершении большинства процессуальных действий. Он присутствует в заседаниях (ст. 140 Учр.), ведет протоколы этих заседаний, общий журнал о каждом заседании и особые протоколы по каждому делу (ст. 163, 164 Учр., 835 Уст. угол. суд.) и скрепляет своей подписью эти журналы, протоколы, а также решения и определения суда, копии и выписки из них (ст. 713, 717 Уст. гражд. суд.). Выполнение этих функций придает секретарю значение самостоятельного и необходимого процессуального деятеля. Если заседание суда происходило без секретаря, то это обстоятельство является поводом к отмене решения (Угол. деп., 79, № 51); если на перечисленных бумагах и документах нет секретарской скрепы, то они не имеют юридической силы (Угол., 69, № 298). «В этой части своих функций секретарь стоит рядом с судьей, не ниже его, ибо он делает то, чего судье делать нельзя»¹.

Председатель суда может, например, продиктовать секретарю проект протокола заседания, но не имеет права приказывать секретарю подписать его, и если секретарь находит этот проект неточным, то может изложить свою оговорку, которая должна быть приобщена к протоколу (Угол., 67, № 522), а суд в особом постановлении обязан дать свое заключение по поводу происшедшего разногласия (Угол., 99, № 5).

Но дальше этих пределов права секретаря не простираются. Он не может принимать участия в собирании и оценке процессуального материала, в постановлении решений, не может даже излагать в письме резолюций суда, так как закон требует, чтобы они писались председателем присутствия (ст. 700 Уст. гр. суд.; О. с., 75, № 44); наконец,

¹ Wach, 320.

председатель суда не вправе поручать ему изготовление решений и определений, что составляет обязанность членов суда (О. с., 72, № 48).

Будучи членом присутствия с самостоятельными правами, секретарь может быть отводим сторонами и должен сам себя устранять по тем же основаниям, как и члены суда. Так прямо и постановляют Германский (ст. 49) и Австрийский уставы (ст. 26 Зак. об отправл. правос.). Но в нашем уставе такого правила нет, а Сенат нашел, что отказ в просьбе тяжущегося об устранении секретаря, участвовавшего в данном деле в качестве поверенного одной из сторон, «не может служить поводом к отмене решения, так как по Уставу гражд. суд. секретари не принимают участия в решении дела и посему присутствие их при слушании дела не может иметь влияния ни на доклад, ни на решение дела» (70, № 1870). Но секретарь присутствует в заседании не пассивно, а удостоверяет совершаемые там процессуальные действия; поэтому «представляется необходимым, чтобы он обладал качествами достоверного свидетеля¹, т.е. был беспристрастен. А так как отвод и самоустранение являются средствами обеспечения беспристрастия, то они должны иметь применение и в отношении секретарей.

VIII. Современные иностранные кодексы определяют функции канцелярии и секретарей таким же почти образом, несколько расширяя круг деятельности секретарей². Так, во Франции секретари производят публичную продажу движимостей в тех местностях, где нет специальных аукционистов³; в Германии — выдают исполнительные листы, участвуют в определении суммы судебных издержек и пр.⁴ Совершенно особое положение занимают они в Англии, где исполняют часть судейских функций: на них возложена подготовка дел к слушанию, разрешение различных необходимых предварительных вопросов и даже постановление решений в случае неявки истца (а иногда и ответчика) или признания ответчиком иска, а также по мелким делам (до 20 руб.) и пр.⁵

¹ *Wetzell*, 432—433.

² Франц. уст., ст. 1040; *Garsonnet*, I, § 209; Герм., § 163, 165, 315; Австр., ст. 213 (в переводе Тура пропущено несколько слов), 418; *Завадский и Иванов*, 22 и сл., 126—129; *Gerland*, *Die englische Gerichtsverfassung*, 1910, 253 ff., 369 ff., 395 ff., 414 ff.

³ *Завадский и Иванов*, 38.

⁴ Герм. уст., § 724 и сл., 105.

⁵ *Stein*, *Zur Justizreform*, 33 ff.; *Gerland*, l. c. Насколько секретари облегчают работу судей, видно из того, что 90—95% поступающих дел оканчиваются, не доходя до судей, и только 5—10% разрешаются судьями. *Stein*, 36—37.

IX. Порядок делопроизводства судебных мест, внутреннее устройство и делопроизводство канцелярий определяются общим наказом для всех судов и особыми наказами для каждого из них в отдельности (ст. 166 Учр.). Общий наказ до сих пор не был издан. Его заменяют временные правила 15 марта 1866 г. относительно внутреннего распорядка в судебных установлениях¹, инструкции и циркуляры высших судебных инстанций и министра юстиции (прим. к ст. 173 Учр.)².

Особые наказания составляются окружными судами и судебными палатами в распорядительных заседаниях, утверждаются общими собраниями и препровождаются министру юстиции, который, найдя необходимым сделать в них какие-либо изменения, представляет об этом Соединенному присутствию 1-го и кассационных департаментов Сената (ст. 168 и сл. Учр. суд. уст.).

По содержанию своему наказания касаются «внутреннего распорядка» и «подробностей делопроизводства» (ст. 166 и 168 Учр.). Они должны заключать в себе не «существенные основания судопроизводства, нарушение которых влекло бы за собою потерю права частными лицами», а «наставления, указывающие судьям лучшие способы исполнения возлагаемых на них обязанностей» (объясн. к ст. 168). Таковы, например, правила о порядке вступления и движения дел, о принятии и хранении денежных сумм, времени открытия заседаний, об очереди дежурства судей для принятия прошений и т.д.

Особые наказания для того, чтобы иметь обязательную силу, должны удовлетворять двум условиям: во-1-х, не противоречить законам (ст. 170 Учр. суд. уст.) и, во-2-х, не противоречить общему наказу (ст. 170) или заменяющим его Временным правилам от 15 марта 1866 г.

Особые наказания публикуются во всеобщее сведение (ст. 173)³, но это правило не имеет безусловного значения, так как с нарушением его не связана недействительность наказов и так как наказания, относясь к внутреннему распорядку и делопроизводству судов и не затрагивая процессуальных прав частных лиц, обеспечиваемых нормами Устава

¹ Они напечатаны, между прочим, в изданиях Учреждения судебных установлений Громачевского (124—128), Шрейбера (591) и Щегловитова (349).

² По первоначальной редакции ст. 171 Учр. суд. уст. (20 ноября 1864 г.) изменения наказов делались Общим собранием кассационных департаментов, без участия I департамента, не имеющего никакого отношения к судебному ведомству. Нынешний порядок введен Законом 1885 г.

³ Они перечислены в Указателе литературы Поворинского (т. I, № 3570 и сл., 4487—4489; т. II, № 1959, 1960).

судопроизводства, не требуют по самому существу своему обнародования во всеобщее сведение.

Х. Мировые судьи, городские судьи, земские начальники и уездные члены окружных судов отправляют правосудие единолично. Они имеют канцелярии, но сами заведуют своим делопроизводством, сами ведут протоколы своих заседаний и сами пишут судебные решения (ст. 101, 124, 139–143 Уст. гражд. суд., ст. 93, 94, 100–102 Прав. произв. суд. дел), не имея права поручать этих действий письмоводителям и писцам как лицам неофициальным и не несущим самостоятельной ответственности (О. с., 83, № 6)¹. Почетные мировые судьи не имеют ни определенных участков, ни канцелярий; они разбирают дела только в тех случаях, когда обе тяжущиеся стороны обратятся к ним (ст. 46 Учр. суд. уст.).

ХI. Низшие суды второй инстанции (мировые съезды, уездные съезды и верхние крестьянские суды) устроены по образцу общих коллегиальных судов. Они разрешают дела в составе трех членов и обладают канцеляриями, во главе которых стоят секретари, заведующие делопроизводством (ст. 56, 59 Учр. суд. уст., ст. 81 Пол. земск. нач., ст. 126 Прав. произв. суд. дел, ст. 31 кн. 1 Вол. суд. уст. Приб. губ.).

Однако эти суды отличаются от общих некоторыми важными особенностями. Так, членами съездов являются не особые судьи, а единоличные судьи первой инстанции, заседающие по очереди (ст. 51, 56¹ Учр., ст. 67 и 68 Пол. учр., зав. кр. д.). В состав верхних крестьянских судов входят председатели волостных судов, тоже приглашаемые по очереди (ст. 29 кн. 1 Вол. суд. уст.).

Затем, в мировых съездах председатели выбираются мировыми судьями из своей среды на три года (ст. 53 Учр.), а в губерниях: Киевской, Подольской, Волынской, Прибалтийских, в Царстве Польском, в Вильне и Астрахани назначаются правительством (прим. к ст. 53, ст. 505, 560, 563 Учр. суд. уст.). Председателями уездных съездов являются уездные предводители дворянства, а в тех местностях, где нет дворянского представительства, — особо назначаемые правительством лица (ст. 72 Пол. учр., зав. кр. д.). Верхние крестьянские суды тоже имеют особых председателей (ст. 30 кн. 1 Вол. суд. уст.).

¹ Результатом такого положения является обременение единоличных судей механической канцелярской работой, отнимающей у них понапрасну много времени и сил. Учреждение должности штатного секретаря при единоличных судах составляет насущную потребность. Ч. Канцелярии мировых судей (Журн. М. Ю., 1910, № 1, 132 и сл.).

Наконец, делопроизводство в мировом съезде возложено, кроме секретаря, еще и на неперменного члена, который избирается мировыми судьями из своей среды (ст. 57 Учр. суд. уст.). Непременному члену предоставлены законом приготовительные распоряжения по делам, подлежащим рассмотрению съезда, как, например, прием всех подаваемых тяжущимися бумаг (О. с., 74, № 47, 80, № 70), прием денег и ведение денежных дел съезда (О. с., 80, № 70) и исполнение других обязанностей, возложенных на них правилами уставов гражданского и уголовного судопроизводства (ст. 57 Учр.).

Обязанности неперменного члена исполняют в Царстве Польском (ст. 518) и Прибалтийских губерниях (ст. 577) председатели мировых съездов; в Архангельской губернии — члены окружных судов или мировые судьи, по постановлению общих собраний окружных судов (ст. 616), а в азиатской России — члены окружных судов (ст. 636, 660). В уездных съездах неперменных членов нет. Их обязанности исполняют уездные члены окружных судов (ст. 71 Пол. учр., зав. кр. д.).

Особые наказы для мировых судей и съездов составляются по распоряжению съездов и утверждаются ими в составе не менее половины всех мировых судей округа, а затем представляются, подобно наказам окружных судов, министру юстиции (ст. 74 Учр. суд. уст.). Для городских судей особые наказы составляются окружными судами (ст. 12 Прав. устр. суд. ч.), а для уездных съездов — самими съездами, и, по рассмотрении их губернскими присутствиями, утверждаются министром внутренних дел (ст. 83 и 110 Пол. учр., зав. кр. д.).

XII. Губернские присутствия в качестве третьей инстанции судебно-административных учреждений образованы из губернатора, являющегося в них председателем, вице-губернатора, губернского предводителя дворянства, прокурора окружного суда, двух неперменных членов и председателя или члена окружного суда (ст. 97 Пол. учр., зав. кр. д.). При губернском присутствии имеются секретарь, назначаемый губернатором, и канцелярия (ст. 100). Наблюдение за делопроизводством лежит на неперменных членах (ст. 103).

XIII. Волостные суды организованы повсюду коллегиально и заседают в составе трех членов (ст. 21 кн. 1 Вол. суд. уст. Прибалт. губ., ст. 119, 154, п. 1 Общ. пол. кр.). Председатель волостного суда в Прибалтийских губерниях выбирается волостными судьями из своей среды на три года и утверждается мировым съездом (ст. 10, 13 Вол. уст.); в местностях, где введены земские начальники, председателя

волостного суда назначает уездный съезд, причем может выбрать его из числа волостных судей или же назначить им волостного старшину (ст. 113 Пол. об учр.); о председателях волостных судов в местностях, где применяется общее положение о крестьянах, закон умалчивает.

Делопроизводством в волостных судах заведует волостной писарь (Вол. суд. уст., кн. 1, ст. 16, 112, 122, Общ. пол. о крест., ст. 109, 112, 171) или один из волостных судей по назначению земского начальника (там же, ст. 121).

§ 30. ВТОРОСТЕПЕННЫЕ СУДЕБНЫЕ ДЕЯТЕЛИ¹

Кроме канцелярий с секретарями, их помощниками и писцами при коллегиальных судах состоят еще чины прокуратуры², адвокаты и некоторые должностные лица низших категорий, а именно: судебные приставы, судебные рассылные, присяжные переводчики, присяжные фотографы.

Судебные приставы являются органами судебной полиции. Они исполняют тройкого рода функции. Из них основная и главная, ради которой они организованы в виде особого класса должностных лиц, заключается в исполнении судебных решений и определений (ст. 60, 297, 545 Учр. суд. уст., ст. 158, 937 и сл. Уст. гр. суд.). Вторая функция их состоит в доставлении тяжущимся и другим участвующим в делах лицам повесток и бумаг из судов (ст. 321, 322 и 545 Учр. суд. уст., ст. 278, 305 и 306 Уст. гр. суд.), а третья — в исполнении распоряжений председателя и председательствующих в заседаниях присутствий (ст. 143, 321 и 545 Учр. суд. уст.).

Специальные органы для исполнения распоряжений и решений судов существовали уже в Риме (*executores*) и в средневековой Европе (*nuntii, caualerii*). Они были известны и древней России (отроки, мечники и детские Русской Правды, приставы и подвойские судных грамот

¹ Малышев, § 90—91; Азаревич, I, 277 и сл.; Гольмстен, 86—90; Нефедьев, § 34—36; Носенко, Судебные приставы общих судебных учреждений, 1899; Преображенский, Руководство для судебных приставов, чинов полиции и взыскателей, 1911.

² Главная обязанность прокурорского надзора, заключающаяся в «обличении обвиняемых» в преступных деяниях пред судом (ст. 4 Уст. гражд. суд.), относится к области уголовного судопроизводства. В гражданском же процессе деятельность прокуратуры ограничивается дачей заключений по некоторым категориям дел и исполнением роли тяжущейся стороны в делах брачных и о законности рождения. Поэтому устройство прокуратуры излагается в науке уголовного процесса. Об адвокатуре будет речь в § 32 и 33.

и княжеского Судебника). Но у нас с течением времени их вытеснила общая полиция, сделавшаяся к XVIII в. единственной исполнительницей судебных решений. Неудобства, связанные с таким порядком, привели при реформе 1864 г. к созданию особого класса судебных приставов¹.

А. Судебные приставы общих судебных учреждений назначаются на должности председателем того суда первой или второй инстанции, при котором имеют состоять, а приставы Кассационного департамента Сената — обер-прокурором этого департамента (ст. 62 и 300 Учр. суд. уст.).

Судебными приставами не могут быть: несовершеннолетние; иностранно-подданные; объявленные несостоятельными должниками; состоящие на государственной или общественной службе; подвергшиеся по судебному приговору ограничению или лишению прав состояния; лишенные духовного сана по приговору духовного суда; состоящие под следствием по обвинению в преступлениях, влекущих за собою лишение или ограничение прав состояния, или неоправданные судом по обвинению в таких преступлениях; исключенные по суду из службы или из духовного ведомства за пороки или из среды обществ и дворянских собраний по приговорам сословий; лишенные по суду права быть поверенными по чужим делам (ст. 299). Определенного образовательного ценза от кандидатов в судебные приставы не требуется, но лица, которым предоставлено замещение этих должностей, обязаны удостоверяться «в благонадежной нравственности и способностях кандидатов к исполнению принимаемых ими на себя обязанностей» (ст. 300).

Кандидаты, удостоившиеся избрания, допускаются к исполнению обязанностей судебных приставов по внесении денежного залога (обыкновенно в размере 600 руб.) для обеспечения убытков, которые могут произойти от их неправильных действий по службе, и по принятии установленной присяги (ст. 301, 302). Через год, при условии надлежащего исполнения служебных обязанностей, судебные приставы утверждаются в должностях (ст. 308). При исполнении своих функций они подлежат устранению и обязаны устранять себя, если в деле участвуют их жены или родственники до четвертой и свойственники до второй степени включительно (ст. 324). Дисциплинарная власть над ними принадлежит назначившим их на должности лицам, которые имеют право подвергать их замечаниям, выговорам и аресту до семи дней; более строгие взыска-

¹ Объясн. к 924 ст. Уст. гр. суд. Подробное изложение прав и обязанностей судебных приставов по исполнению судебных решений относится к учению об исполнительном процессе.

кания могут быть налагаемы тем судом, при котором приставы состоят, после дисциплинарного производства (ст. 329). Убытки, причиненные неправильными действиями судебного пристава, возмещаются по судебному решению из залога, представленного приставом, а в случае недостаточности залога — из прочего имущества пристава (ст. 331).

Судебные приставы получают содержание по штату и, кроме того, взимают за исполнение служебных действий по просьбам частных лиц особое вознаграждение по таксе. Это вознаграждение вносится в казначейства на счет специальных средств Министерства юстиции и затем, по истечении каждой трети года, распределяется между всеми приставами Империи, судебными палатами или советами судебных приставов, где они существуют, «соразмерно их трудам и местным обстоятельствам» (ст. 312—314)¹.

Судебным приставам округа каждой палаты предоставлено право избрать из своей среды совет в составе старшины и нескольких (от пяти до девяти, смотря по числу приставов в данном округе) членов, без определения срока их полномочий. По желанию не менее половины судебных приставов округа состав совета возобновляется посредством новых выборов. Совет наблюдает за деятельностью приставов, разбирает споры между ними и жалобы на них со стороны частных лиц, распределяет между ними вознаграждение, взысканное по таксе, имеет право подвергать их предостережениям, замечаниям и выговорам и возбуждать вопрос о наложении на них более строгих взысканий председателем суда или общим собранием суда. На постановления совета, за исключением налагающих на приставов дисциплинарные наказания, допускаются жалобы в судебную палату в двухнедельный срок (ст. 333—343)².

Судебные приставы могут ходатайствовать³ через посредство своих советов о разрешении им образовать товарищество с круговой порукой друг за друга. Если при таком ходатайстве будут указаны источники для покрытия могущих произойти от неправильных действий приставов убытков, то палата разрешает образование товарищества и передает совету внесенные приставами при назначении на должности залого. С этого времени обязанность вознаграждать частных лиц за причи-

¹ Порядок внесения этих сумм в казначейства и распределения их указан в циркуляре министра юстиции от 21 марта 1875 г., № 5213 (напечатан в издании Учр. суд. уст. Щегловитова, 166—167).

² Выбрали совет пока только приставы Петербургского округа.

³ Таких ходатайств не последовало.

ненные им неправильными действиями приставов убытки переходит целиком на совет, и вместе с тем расширяются его дисциплинарные права: он получает возможность безапелляционно лишать приставов причитающегося на их долю вознаграждения по таксе и штрафовать на суммы от пяти до 100 рублей, увольнять их по прошениям, удалять по неблагонадежности и неспособности, принимать на их место других и добавлять к штатным приставам еще нештатных, доводя о всякой перемене в составе приставов до сведения председателей и прокуроров палаты и подведомственных ей окружных судов (ст. 344–352).

Б. Изложенные правила распространяются и на судебных приставов Варшавского коммерческого суда (ст. 545, 546). Но приставы столичных и Одесского коммерческих судов, именуемые «присяжными», находятся в другом положении. Они назначаются по представлениям коммерческих судов, в столицах — губернскими правлениями, а в Одессе — градоначальником (ст. 22 Уст. суд. торг.), считаются состоящими на государственной службе и пользуются всеми предоставляемыми ею правами (ст. 24). Никаких специальных постановлений относительно требуемого от них ценза и ответственности закон не устанавливает.

В. При уездных съездах судебных приставов нет. Их обязанности исполняются общей полицией или приставами окружных судов (ст. 105 и 127 Прав. произв. суд. д.). Точно так же нет судебных приставов при губернских присутствиях, волостных судах и верхних крестьянских судах. Но они могут быть назначаемы при мировых съездах (ст. 60 Учр. суд. уст.), причем назначение производится председателем съезда, под надзором которого они и состоят, подчиняясь его дисциплинарной власти (ст. 62 Учр.). Выбор лиц, пригодных для исполнения обязанностей судебных приставов, всецело зависит от председателя съезда, усмотрение которого ничем не ограничено. Внесение залога требуется от судебных приставов только в губерниях Киевской, Подольской и Волынской, а также в городах Вильне и Астрахани — в размере не свыше 400 руб. (прим. к ст. 60 Учр.).

II. *Судебные рассылные*. В помощь судебным приставам могут быть назначаемы председателями судов и палат судебные рассылные для вручения тяжущимся повесток и бумаг, а также для исполнения, по поручению председателей судов, таких действий, которые не относятся к исполнению решений. Рассылные не пользуются правами государственной службы, но получают жалованье и, сверх того, вознаграждение по особой таксе. Их права и обязанности при исполнении

служебных функций и ответственность определяются правилами, установленными для судебных приставов (ст. 852¹⁻⁵). Судебные рассыльные при столичных и Одесском коммерческих судах называются присяжными служителями (ст. 4 Уст. суд. торг.). Они назначаются и увольняются самим судом (ст. 23), но считаются состоящими на государственной службе (ст. 24).

III. *Присяжные переводчики*. Участие в процессах лиц, не понимающих по-русски, сделало необходимым учреждение особой должности присяжного переводчика при судах тех округов, где население отличается смешанным составом. Они назначаются министром юстиции из русских подданных, совершеннолетних, не опороченных по суду или по общественному приговору и выдержавших испытание в иностранных языках. Их деятельность состоит в переводе бумаг и проверке переводов с тех языков и на те языки, в которых они выдержали испытание, а также в изготовлении и проверке копий с писанных на этих языках документов. Должность присяжного переводчика несовместима ни с какой другой должностью, кроме должности нотариуса. За исполнение работ по поручению судебных и правительственных учреждений они получают вознаграждение по таксе, а за исполнение работ для частных лиц — либо по той же таксе, либо по соглашению. В остальном их деятельность и ответственность определяются по правилам, установленным для нотариусов (ст. 421—429). Специальные переводчики могут быть назначаемы и при уездных съездах Астраханской, Оренбургской, Ставропольской и Вологодской губерний (прим. к ст. 74 Пол. учр., зав. кр. д.).

IV. *Присяжный фотограф* для производства судебно-фотографических исследований по уголовным и гражданским делам состоит при прокуратуре Петербургской палаты. У него имеется помощник. По служебному положению он приравнивается к секретарю, а его помощник — к помощнику секретаря при прокуратуре палаты. Эти должности могут быть замещаемы по найму (ст. 429¹⁻³). Сверх жалованья фотограф и его помощник получают вознаграждение наравне с экспертами (прим. к ст. 860 Уст. гр. суд.). Обращаться к ним для производства судебно-фотографических исследований по вопросам, касающимся подлинности документов, могут судебные учреждения не только Петербургского, но и других округов¹.

¹ Цирк. Мин. юст., 1892, № 31775; 1894, № 30729 (*Шрейбер*, 429; *Щегловитов*, 226).

§ 31. НЕОБХОДИМЫЕ РЕФОРМЫ

В предшествующих параграфах, при изложении современного устройства судов в России, были указаны его недостатки и намечено то направление, в каком желательно было бы подвергнуть его преобразованию. В дополнение к этому необходимо еще коснуться вопроса о специальных судах и подробнее остановиться на реформе местной низшей юстиции.

I. Дела, касающиеся имущественных и личных отношений между супругами, разрешаются общегражданскими судами (ст. 1337 Уст. гражд. суд.). Но признание действительности или недействительности самого брака, а также расторжение его подлежат компетенции духовных судов. Этих судов столько же, сколько различных вероисповеданий в России, и каждый суд организован иначе и руководствуется особыми правилами.

Такой порядок является естественным результатом отсутствия у нас гражданской формы совершения брака. Пока она не будет введена, до тех пор не может быть речи о подчинении дел, касающихся действительности и расторжения брака, светским судам.

II. Другая категория специальных судов – коммерческие суды, отличающиеся от обыкновенных судов как по своему составу (см. с. 88–89), так и по применяемым ими правилам производства: вместо Устава гражданского судопроизводства они руководствуются Уставом торгового судопроизводства, изданным еще в 1832 г., во многих отношениях устарелым и построенным на принципах, отвергнутых при судебной реформе 1864 г. (только Варшавский суд применяет правила Устава гражданского суд.).¹

Существование особых судов для разрешения споров, возникающих из торговых сделок, не представляло и в настоящее время не представляет повсеместного явления. Такие суды были в Древнем Египте и в Афинах, но их не знали римляне. В Средние века они развились в торговых городах Италии и Испании, а затем и в других государствах. В последующее время они то сливались с общими судами, то снова обособлялись. Теперь они сохранились во Франции, в Бельгии и отчасти в Австрии. Напротив, в других государствах, и притом таких, где торговля наиболее развита, они отсутствуют. Так, их нет в Англии, Голландии, Италии, Соединенных Штатах, а в Германии, где они

¹ Статья 1629 Уст. гражд. суд.

существовали во многих местностях раньше, их заменили торговые отделения общих (земских) судов.

В России¹ торговые суды стали появляться с XII в. (Новгородский суд ивановского купечества). Новоторговым уставом 1667 г. был учрежден особый приказ для суда и расправы «купецким людям» и таможенные суды, которые Петр I, уничтожив приказы, подчинил Коммерц-коллегии. По упразднении внутренних таможен таможенные суды сохранились только в пограничных и портовых городах, а в прочих их место заняли словесные суды при магистратах и ратушах, удержавшиеся до судебной реформы 1864 г. Независимо от них стали учреждаться в начале XIX в. коммерческие суды по французскому образцу. Первый суд был открыт в Одессе (в 1808 г.) по инициативе местной администрации, которая поддержала ходатайство об этом иностранных купцов, проживавших в Одессе. В 1832 г. были изданы общее Учреждение коммерческих судов и Устав торгового судопроизводства, сохранившие силу и по настоящее время.

С введением в действие Судебных уставов 1864 г. все виды торговых судов были упразднены, кроме коммерческих. Для разрешения вопроса об их дальнейшем существовании была учреждена комиссия, которая пришла к заключению, что они совершенно излишни, так как торговые дела могут быть с полным успехом разбираемы общими судами. Несколько коммерческих судов было упразднено, но в 1871 г. новая комиссия высказалась за сохранение их и выработала проект Устава торгового судопроизводства. Однако он не получил утверждения, и упразднение коммерческих судов продолжалось. При пересмотре Судебных уставов в 1904 и следующих годах опять был поставлен на очередь вопрос о судьбе этих судов и разрешен в том смысле, что 30-летний опыт ясно показал совершенную ненужность их². После этого было закрыто еще несколько судов, так что в настоящее время их осталось всего четыре: в столицах, в Одессе и Варшаве. Их должна постигнуть та же участь³. Действительно,

¹ *Малышев*, III, 215 и сл.; *Федоров*, Курс торгового права, 1911, 89 и сл.; *Шершеневич*, Курс торгового права, IV, 1912, § 175.

² Объясн. зап. в Учр. суд. уст., II, 383 и сл.

³ Вопрос о необходимости коммерч. судов возбудил много споров как на западе Европы, так и у нас. *Малышев*, III, 209–211, 221–222; *Дент*, О необходимости отдельного существования торг. суд. (Журн. гр. и торг. пр., 1871, № 1); *Садовский*, Что делать с коммерч. судами (Журн. гр. и угол. пр., 1892, № 7); *Шершеневич*, Несколько слов о коммерческих судах (Ж. М. Ю., 1895, № 4); *Туткевич*, О наших коммерческих судах (там же, 1898, № 7); *Белинский*, По поводу предполагаемого упразднения коммерческих судов

нет никакого основания сохранять их только в четырех городах, тогда как они уничтожены во всех других и даже таких, где торговля наиболее развита (например, в Нижнем Новгороде, Ростове, Риге), причем отсутствие их не приносит никакого вреда и не создает никаких неудобств. Существующее же положение вещей, когда торговые дела в нескольких местностях разбираются коммерческими судами, резко отличающимися как по своему составу, так и по порядку судопроизводства от общих судов, а во всем остальном государстве — подлежат ведению общих судов, не может быть признано нормальным. Вред, приносимый такой двойственностью, тем больше, что коммерческие суды совершенно обособлены от общих и подчинены не Гражданскому кассационному департаменту Сената, а Судебному департаменту, который нередко расходится во взглядах с гражданским, вследствие чего одни и те же законы толкуются и применяются коммерческими и общими судами не всегда одинаково и однородные дела разрешаются теми и другими различно. Такие противоречия в судебной практике представляют собою крайне печальное явление, так как подрывают единство правопорядка и нарушают принцип равенства граждан перед законом.

III. Современное положение местной юстиции представляется безусловно ненормальным. На территории России действуют 12 типов местных судов, из коих некоторые еще подразделяются на несколько видов¹. Вдобавок в пределах одного и того же округа имеется несколько судов, между которыми распределены мелкие дела, и разграничить их компетенцию иной раз затруднительно даже для опытного юриста. А между тем местный суд, которому приходится регулировать юридические отношения по преимуществу низших слоев населения, должен быть устроен так, чтобы каждый простой человек мог, по выражению Бената, столь же легко найти дорогу в суд, как находит ее в церковь².

Судебными уставами 1864 г. был создан один тип местной юстиции, а именно выборные мировые учреждения. Они явились естественно преемниками института мировых посредников, образованного при ос-

(Суд. газ., 1899, № 38—40); *О. Пергамент*, Как быть с коммерч. судами (Суд. обозр., 1903, № 11) и др. Новейшая оценка доводов в пользу и против коммерч. судов сделана Шершеневичем в «Курсе торгового права» (IV, § 177). Автор приходит к выводу, что «торговые дела должны быть переданы на рассмотрение гражданских судов» (28).

¹ Обзор разных типов местного суда и проектов их преобразования сделан в следующих соч.: *Аничков*, Мировой суд и преобразование местных судов, 1907; *Генкин*, Местный суд и его реформа, 1908; *Голосов*, К реформе местного суда, 1912.

² *Бенатам*, 15.

вобождении крестьян от крепостной зависимости и имевшего задачей устроить жизнь крестьян на новых началах и урегулировать их отношения к помещикам, разбирая и разрешая споры между теми и другими. При составлении Судебных уставов имелось в виду, что должности мировых посредников будут, по мере проведения крестьянской реформы, упраздняться и «многие из лиц, оказавшихся способными при исполнении сих должностей, могут быть избраны и в мировые судьи»¹.

Сохраняя для местных судей название «мировых», составители уставов руководствовались не одним только желанием отметить связь нового судебного учреждения с институтом мировых посредников, заслужившим популярность у населения: этим эпитетом они хотели обозначить характер новой судебной власти, призванной не столько судить и карать, сколько мирить и устранять споры².

Эта идея о выборном суде-миротворце была, по всей вероятности, заимствована из Франции, где она получила осуществление в революционную эпоху³.

Исходя из такого взгляда на мировой институт, составители Уставов дали ему соответствующую организацию, многим отличающуюся от организации общих судов. Они уменьшили образовательный ценз, требуемый от судей; назначение правительством заменили выборами

¹ Основные полож. судоустр. (введ. к Учр. суд. уст., II).

² Объяснение к ст. 1 Учр. суд. уст.: «В лице участкового мирового судьи предполагается дать местным обывателям не только ближайшее средство для разрешения дел, требующих прежде всего скорого решения на месте, но вместе с тем и посредника для соглашения требований, которые весьма часто только в начале своем кажутся спорными, но, возникая из взаимных недоразумений, могут быть согласены разъяснением этих недоразумений при посредстве лица, пользующегося доверием обеих сторон...» Объяснение к ст. 10 Учр. суд. уст.: «Главнейшая задача его и высшее качество его правосудия — примирение. Для успешного исполнения такого важного призвания мировой судья должен пользоваться особым доверием местных жителей, а доверие это он может заслужить не столько юридическим образованием, сколько знанием народных понятий, нравов и обычаев, вообще всех условий местной жизни и в особенности своим здравым умом, честным характером и безукоризненной жизнью».

³ В мотивах к новому Закону о судоустройстве 16 августа 1790 г. говорится о мировом судье, как об «отце в кругу своих детей: он скажет одно слово, и несправедливости заглаживаются, раздоры утихнут, жалобы прекратятся; его постоянные заботы обеспечат всеобщее счастье». Турэ, набрасывая эту картину, думал, подобно своим коллегам, что среди деревенского населения может водвориться согласие, благодаря бдительной магистратуре, действующей без всякого формализма и черпающей в своем сердце принципы справедливости, которые она будет применять для блага человеческого рода гораздо чаще, чем статьи закона (*Picot*, 244).

населением; вместе с тем ввели имущественный ценз, как для того, чтобы ограничить круг избираемых лиц местными жителями-земле-владельцами, так и для того, чтобы обеспечить независимость судей от избирателей; мировые суды были обособлены от общих в том отношении, что второй инстанцией для них были сделаны мировые съезды, которые, с целью обеспечения единообразия в судебной практике, подчинены Сенату как третьей инстанции.

Создание мирового института на указанных основаниях явилось огромным шагом вперед сравнительно с дореформенным порядком, так как мировые суды были во всех отношениях выше прежних уездных судей¹. Нужно принять в соображение еще и то, что до реформы 1861 г. мелкие споры подлежали ведомству полиции, которая должна была разбирать их словесно, записывая просьбы и решения в особую книгу, а между тем при ревизии полицейских учреждений эти книги оказывались незаполненными: обыватели предпочитали не иметь дела с полицией².

Мировые судебные учреждения быстро завоевали любовь и уважение населения³.

¹ *Михайловский*, 290: «Чтобы по достоинству оценить институт мировых судей, нужно припомнить положение низшей юстиции в дореформенное время и главного представителя этой юстиции — уездного судью, низко поставленного чиновника, зависящего от губернатора, не пользующегося никаким авторитетом, получающего содержание 525 р. в год. И вот на смену этому «судье» является мировой судья Судебных уставов: особа 5 класса (т.е. вместо прежнего приниженного положения поставлен в одном классе с представителями высшей губернской администрации), несменяемый, не только безусловно независимый от администрации, но имеющий право подвергать чинов полиции дисциплинарным взысканиям — предостережениям, совершенно самостоятельный, обеспеченный содержанием, которое законодатель не побоялся увеличить почти в 4 раза сравнительно с содержанием прежнего уездного судьи. От кандидатов на должность мирового судьи требуется высшее образование и лишь при недостатке такового — среднее... Мировые судьи должны быть избираемы всеми сословиями из местных значительных землевладельцев».

² *Джанишев*, Из эпохи, 451.

³ «С первого же приступа мировых судей к новому делу, — засвидетельствовал в годовом отчете тогдашний министр юстиции Замятин, — простота мирового разбирательства, полная гласность и отсутствие обременительных формальностей вызвали всеобщее к мировому институту доверие. В особенности простой народ, найдя в мировом суде суд скорый и справедливый для мелких обыденных своих интересов, не перестает благословлять Верховного Законодателя за дарование России суда, столь близкого народу и вполне соответствующего его потребностям... Доверие к мировым судьям доказывается в особенности тем, что со времени открытия действий мировых судебных установлений возбуждено громадное число таких гражданских исков, которые или по своей малоценности, или по неимению у истцов формальных доказательств в прежних судах вовсе не возникали». Цит. у *Джанишева*, Из эпохи, 457.

В первое время после введения Судебных уставов, благодаря общественному подъему, вызванному великими реформами 60-х годов, мировой институт привлек к себе лучшие силы страны, весь «цвет уездной интеллигенции». Принадлежа к числу наиболее известных и уважаемых членов местного общества и в то же время по большей части не обладая специальной юридической подготовкой, мировые судьи первого призыва стремились осуществить идеал судьи-миротворца, задача которого не столько применять положительное законодательство, сколько водворять начала справедливости, разрешая дела по убеждению совести (ст. 129 Уст. гр. суд.) и не стесняясь соблюдением процессуальных формальностей¹. Но по мере того как увлечение общества реформами остывало, а темные силы реакции подымали голову; по мере того как Сенат отменял решения мировых судов вследствие неправильного применения канонов материального права и форм процесса, состав мировых судей начал изменяться. Старые судьи, охладев к делу, за которое было ревностно принялись, и чувствуя себя не в силах освоиться с огромной массой действующего законодательства и кассационных решений, которые теперь приходилось применять, уходили, а место их занимали лица менее высокого этического уровня. Вместе с тем стали обнаруживаться все ярче и ярче имевшиеся в самой организации института мировых судей недостатки².

В числе этих недостатков немалое значение имела возможность избрания в мировые судьи лиц без высшего юридического и даже без всякого вообще образования. Будь мировые судьи просто судьями «по совести», своего рода третейскими посредниками при улажении споров между гражданами, они могли бы обойтись без специальной подготовки. Но по закону и сенатской практике они являлись такими же органами суда, как и другие судьи, с тою лишь разницей, что обла-

¹ *Березин*, Мировой суд в провинции, 1883, 16 и сл.; *Даневский*, 37; *Джанишев*, Из эпохи, 453 и сл., 457.

² *Обнинский*, Мировой институт (Юрид. Вестн., 1888, № 3 и 5); *Березин*, Мировой суд в провинции, 1883; *Закревский*, О желательных изменениях в судебных уставах (Журн. гражд. пр., 1882, № 2); *Красовский*, О недостатках нынешнего устройства мировых судебных установлений в отношении уголовной юстиции (там же, 1885, № 4 и 5); *Анциферов*, К вопросу о реформе нашего мирового суда (там же, 1885, № 2); *Тютрюмов*, К реформе мирового суда (Юрид. Вестн., 1886, № 1); *Тальберг*, Проект реформы местного суда, 1909; *Фуке*, Мировой суд (Русск. Вестн., 1885, № 8); *Анненков*, Желательные изменения в нашем судоустройстве (Журн. гражд. пр., 1887, № 12); *Коробка*, Заметки мирового судьи, вып. VI, 1909; *Генкин*, 25 и сл.

дали меньшей компетенцией и что производство у них было обставлено меньшим количеством формальностей. При таком характере деятельности недостаток юридического образования ставил их в крайне затруднительное положение. «Лицу, не обладающему высшим юридическим образованием, не только трудно, но и просто невозможно осваиваться и разбираться в такой необыкновенно сложной сфере, какую представляет его юрисдикция в сельских участках, требующая основательного знакомства со всеми отраслями теоретического правоведения, почти со всеми томами положительного Свода законов, с ужасающим обилием кассационных решений, обязательных постановлений, временных правил, инструкций, циркуляров и т.п.»¹.

Далее, применение выборной системы в несовершенной форме выборов немногочисленными общеполитическими представительными собраниями (земскими собраниями и городскими думами) обнаружило дурные стороны этой системы; некомпетентность избирателей в оценке требуемых от судьи качеств, партийная борьба, зависимость судей от небольшого числа избравших их лиц и угодничество перед ними сказались и у нас на практике не только в провинции, но даже в столицах².

¹ *Обнинский* (Юрид. Вестн., № 3, 409). У нас повторилось то же, что было во Франции. *Picot*, 246—247: «Турэ выразился, что порядочный человек с небольшим запасом навыка и опыта может быть мировым судьей. За 40 лет наши законы совершенно опровергли это утверждение: одного опыта недостаточно для разрешения столь трудных проблем, возбуждаемых владельческими исками, эксцепциями, применением постановлений администрации в случаях проступков. Всякому члену кассационного суда известно, что в силу своей компетенции мировой судья должен проделывать умственную работу, иной раз более тонкую, чем член высшего судебного места».

² *Карпович*, Перед выборами мировых судей в Петербурге (Наблюд., 1884, № 5, 195): «Известно, что несколько лет тому назад выбор в Петербурге мировых судей якобы Городскою думою зависел в сущности от произвола одного из гласных, располагавшего шарами так называемой черной сотни... Нередко лица, помогающие в Петербурге должности мирового судьи, разъезжают для засвидетельствования своего уважения с визитными карточками к таким гласным, на которых они, не имея надобности, не обратили бы никакого внимания вследствие слишком скромного их положения как мелких торговцев и даже простых приказчиков». О выборах судей в Петербурге см. еще: Наблюд., 1886, № 2, 47—49; *Кони*, Отрывки из воспоминаний (Вестн. Евр., 1909, № 1); *Евреинов*, Волостной суд (Журн. М. Ю., 1910, № 8, 107—109). Резкую характеристику избирательных собраний сделал Обнинский (Юр. В., № 3, 405—406): «Кто теперь у нас выбирает мирового судью? Действительные представители большинстваверяемого ему участка, т.е. крестьяне — в деревнях, мещане — в городах, и притом как те, так и другие, обретающиеся в самых неблагоприятнейших юридических и экономических условиях и потому преимущественно пред всем остальным населением участка нуждающиеся в защите правосудия? Вовсе нет! Мировой судья выбирается: 1) ничтожным меньшинс-

Зависимость судей от избирателей еще более усугублялась краткосрочностью судейской службы. Чтобы ослабить эту зависимость, составители судебных уставов ввели имущественный ценз для мировых судей¹.

Но эта мера не достигла цели по двум причинам. С одной стороны, ценз был слишком низок, так что не обеспечивал материального благосостояния судей: в столицах, например, требовалось от судей обладание недвижимой собственностью, оцененной для взимания налога не ниже 6 тыс. руб., т.е. «дающей каких-нибудь 400 руб. годового, да, пожалуй, и то не всегда верного дохода»². С другой стороны, установив имущественный ценз, закон не принял никаких мер к предупреждению обхода этого требования. Вследствие этого на практике широко развилась система создания фиктивного ценза посредством приобретения недвижимости, обремененных залогами и в действительности не приносящих никакого дохода, фиктивного перевода на имя кандидата в судьи чужого имущества под обеспечение закладной или векселей и т.п.³

Затем обособленность мировых судебных учреждений от общих привела к отсутствию надлежащего надзора за деятельностью мировых судей. Общий надзор министра юстиции и кассационных департаментов Сената не мог быть достаточно бдительным по причине отдаленности этих инстанций от мировых судей; единственным местным органом надзора был мировой съезд, состоявший из самих судей и являвшийся товарищеским судом, который по необходимости не мог не быть слабым⁴.

твом избирательной коллегии, составленным из оскудевших дворян, каждый из которых, подталкиваемый чувством самосохранения, сам стремится попасть в судьи, о чем только и заботится; 2) купцами и фабрикантами, требования которых от правосудия достаточно известны, и 3) подонками крестьянского сословия — кабатчиками, управителями, арендаторами, «богатеями» и «кулаками», цели и вождения которых не менее известны каждому. Вот состав преобладающего типа нашей избирательной коллегии и те задачи, какие она обыкновенно преследует. И состав, и эти задачи диаметрально противоположны интересам большинства обывателей участка. В этом же точно отношении к этому большинству станет, конечно, и счастливый избранный коллегии». Конечно, в этой картине краски чересчур уже сгущены, что и было отмечено в литературе (Даневским и др.). Впоследствии сам автор указал на происшедший в земствах прогресс и на «оздоровление прежней избирательной среды» (Рус. Мысль, 1896, № 12, 98).

¹ Объяснение к ст. 19 Учр. суд. уст.

² Карпович, 203.

³ Карпович, 203—204; Завадский, О проекте министра юстиции о преобразовании местного суда, 1908, 8; Арсеньев, Итоги судебной реформы (Вестн. Евр., 1871, № 5, 369—371).

⁴ Головачев, 10 лет реформ, 1872, 330: «Если я сегодня контролирую ваши действия, а завтра вы — мои, то, без всякого сомнения, между нами установятся такого рода от-

Наконец, недостатком организации мирового съезда многие считали, и не без основания, отсутствие постоянного председателя с надлежащей юридической подготовкой, способного давать мировым судьям авторитетные указания¹.

Под влиянием всех этих причин, усугублявшихся еще ухудшением общих условий жизни, мировой институт стал в 80-х годах клониться к упадку.

Тем не менее он до самого конца своего существования функционировал в общем удовлетворительно и оставил о себе хорошую память в населении.

«Через мои руки, — говорит сенатор Кони, — прошло великое множество дел с решениями и приговорами мировых съездов со всех концов России, и они свидетельствовали, что *im Grossen und Ganzen* мировая юстиция находилась в России в добросовестных руках и исполняла свое предназначение»². Такой же отзыв дают и другие компетентные лица³.

Последняя сенаторская ревизия в начале 80-х годов тоже засвидетельствовала удовлетворительное состояние мировых судов⁴.

IV. Но вместо того чтобы сделать в организации мирового суда необходимые улучшения, правительство упразднило его в большинстве внутренних губерний и взамен ввело судебно-административные учреждения: земских начальников, городских судей и уездных членов окружных судов. Из этих трех новых органов суда городские судьи и уездные члены окружных судов представляют собой органы судебной власти и обладают тем преимуществом сравнительно с мировыми судьями, что назначаются

ношения, что мы будем относиться довольно снисходительно к ошибкам и упущениям друг друга».

¹ Башмаков, Закон 12 июля 1890 г. (Журн. гражд. пр., 1890, № 1, 14): «Уже давно осуждена и на практике, и в руководящих сферах идея такого председателя или постоянного члена съезда, который является прежде всего участковым судьей, связь коего со съездом почти так же непостоянна и слаба, как связь его коллег, и положение коего до смешного противоречиво, коль скоро он является в то же время подчиненным тому съезду, который вверен его же наблюдению».

² Кони, Отрывки из воспоминаний (Вестн. Евр., 1909, № 1, 74).

³ Даниевский, 37; Обнинский, Местная юстиция и общие суды (Рус. Мысль, 1896, № 12, 97); Арсеньев, ук. ст., 373; Евреинов, Волостной суд (Журн. М. Ю., 1910, № 7, 125; № 8, 109).

⁴ Джанишев, Из эпохи, 465—466; Коробка, 3, прим.: «Мы прочли сорок ревизий разных мировых округов... и убедились, что для уничтожения мирового института нельзя найти оснований и что мировой институт выполнил свое назначение в жизни, которое имел в виду законодатель».

из лиц с высшим юридическим образованием и практической подготовкой, пользуются наравне с членами общих судебных мест в известной мере несменяемостью и не находятся в зависимости от избирателей.

Но центр тяжести реформы 1889 г. лежал не здесь, а в институте земских начальников, призванных регулировать юридическую жизнь сельского населения. Главной особенностью и вместе с тем самым важным недостатком этого института было соединение в руках земских начальников судебной и административной властей.

Нужно заметить, что эта реформа вовсе не явилась неожиданностью. Она подготовлялась давно¹ и основывалась не столько на желании улучшить отправление местного правосудия, сколько на стремлении создать «близкую к народу твердую правительственную власть, которая соединяла бы в себе попечительство над сельскими обывателями с заботами по завершению крестьянского дела и с обязанностями по охранению благочиния, общественного порядка, безопасности и прав частных лиц в сельских местностях»².

Создавая такую «близкую и твердую власть», правительство вместе с тем позаботилось о том, чтобы эта власть попала в руки местного дворянства и находилась под руководством и контролем Министерства внутренних дел. Этими тенденциями и определился характер института земских начальников как чиновников Министерства внутренних дел, избираемых преимущественно из дворян-землевладельцев, исполняющих главным образом административные обязанности и только в дополнение к ним занимающихся также и разбором менее важных судебных дел³.

Как обнаружилось при изложении основных принципов судоустройства, организация института земских начальников находится в резком противоречии со всеми этими принципами.

Судебная власть должна быть, в интересах правильного отправления правосудия, отделена от административной, а земские начальники являются одновременно и судьями, и административными чиновни-

¹ Еще во время подготовительных работ по освобождению крестьян возбуждались предложения сделать помещиков начальниками над сельскими обществами и учредить должности волостных начальников, волостных попечителей и т.п. Подобные проекты продолжали выработываться и в последующее время. *Кожухар*, Земские начальники (Вестн. Пр., 1905, № 5, 112–113, 121 и др.); *Леонтьев*, Крестьянское право, 1909, 139 и сл.

² Высочайший указ о преобразовании местных крестьянских учреждений и судебной части в Империи от 12 июля 1889 г.

³ *Даневский*, 11–12; *Леонтьев*, 145 и сл.

ками: они делают распоряжения и сами же судят нарушителей своих распоряжений¹.

Далее, чтобы судьи могли сохранять беспристрастие, они должны быть независимы от посторонних властей и несменяемы. Между тем земские начальники «подчиняются надзору и руководительству местных губернатора и губернского присутствия» (ст. 66 Пол.) и могут быть увольняемы от должности министром внутренних дел по представлению губернских присутствий².

Наконец, необходимым условием правильного судоустройства являются общее образование и специальная теоретическая и практическая подготовка, в особенности судей высших инстанций. Между тем земскими начальниками могут быть лица без всякой специальной подготовки, а во второй инстанции — уездном съезде — председателем состоит предводитель дворянства, которым может быть молодой человек, окончивший юнкерское училище, из числа же членов только городские судьи и уездный член окружного суда обладают юридическим образованием. Еще неудовлетворительнее состав кассационной инстанции — губернского присутствия, где только два члена — юристы и принадлежат к судебному ведомству: председатель и прокурор окружного суда.

Недостаточность образовательного ценза, и в частности специально-юридического образования, крайне неблагоприятно отражается на деятельности судебно-административных учреждений³.

Словом, как правильно заметил проф. Михайловский, «закон 12 июля, окончательно разрывая связь с наукой и с вековым опытом культурных народов, не считаясь с психологией, создает должности, пригодные лишь для людей идеальных, безгрешных, не нуждающихся ни в каких сдержках, ни в каком контроле, ни в какой специальной подготовке»⁴.

V. Неудовлетворительность организации института земских начальников и вредные последствия, приносимые ею на практике, не раз

¹ Понятно, что при таком положении земские начальники могут безнаказанно злоупотреблять властью. Примеры: *Генкин*, Местный суд, 1908, 58—69; *Гессен*, Реформа местного суда, 1907, 27; *Леонтьев*, Крестьянское право, 149—151.

² Бывали случаи, что земские начальники лишались службы за отказ постановить, по приказанию начальства, неправильное решение. *Генкин*, 55.

³ За 1899—1908 гг. II деп. Сен. отменил 77% окончательных постановлений земских начальников и уездных съездов. *Евреинов*, Волостной суд (Журн. М. Ю., 1910, № 8, 90).

⁴ *Михайловский*, 267.

отмечались в литературе¹ и признаны правительством², поставившим на очередь вопрос об упразднении земских начальников и преобразовании местной юстиции.

Комиссия по пересмотру Судебных уставов этого вопроса еще не возбуждала на том формальном основании, что земские начальники принадлежат не к судебному ведомству, а к ведомству Министерства внутренних дел. Комиссия предположила лишь ввести наряду с ними единоличных участковых судей, назначаемых министром юстиции из лиц с высшим юридическим образованием и практической подготовкой (ст. 250, 262 Учр.). Пределы их ведомства расширены сравнительно с компетенцией мировых и городских судей: им подлежат все иски — как личные, так и вещные относительно движимости и недвижимости на сумму до 1 тыс. руб., а о понудительном исполнении — на всякую сумму (ст. 876 Уст. гражд. суд.). На все их решения могут быть приносимы апелляционные жалобы в уездные и городские отделения окружных судов (ст. 937 Уст. гр. суд.), состоящие из местных участковых и почетных судей под председательством членов окружных судов (ст. 19 Учр. суд. уст.). Кассационной инстанцией служат судебные палаты (ст. 949 Уст. гр. суд.). Помимо разрешения гражданских и уголовных дел на участковых судей возложено проектом еще и производство предварительных следствий (ст. 31 и сл. Учр. суд. уст.).

Этот проект вызвал решительное осуждение в печати и юридических обществах главным образом ввиду сохранения земских начальников, предоставления участковым судьям следственной функции,

¹ Михайловский, 266 и сл.; Даневский, 10 и сл.; Кожухар, 110 и сл.; Арсеньев, Вопрос о слиянии властей (Вестн. Европы, 1886, № 12; 1887, № 2); Башмаков, Закон 12 июля 1889 г. (Журн. гражд. пр., 1890, № 1); Кремлев, О некоторых недостатках реформы 12 июля 1889 г. (Журн. Юрид. Общ., 1894, № 4); Петров, Земские начальники и судебная реформа (Сев. Вестн., 1894, № 10); Генкин, 54 и сл.; Голосов, 25 и сл.

² В объяснительной записке к внесенному министром юстиции в Думу второго созыва проекту преобразования местного суда засвидетельствовано, что последствием деятельности земских начальников «является деморализация населения, в котором не может, конечно, при таких условиях развиваться ни уважение к чужим правам, ни чувство законности, и суд вместо того, чтобы иметь воспитательное значение и служить проводником нравственных и культурных начал в народной массе, развращает ее, способствует развитию сутяжничества, основанного на надежде в неправильно организованном суде выиграть и неправо дело, и вообще открывает широкий простор недобросовестности и произволу». Гессен, Реформа местн. суда, 28.

зависимости их служебного положения от министра юстиции и раздробления кассационной функции между судебными палатами¹.

VI. По введении в России представительных учреждений министр юстиции внес в Думу второго созыва новый проект, значительно разнившийся от изложенного. После роспуска второй Думы такой же проект (с некоторыми, впрочем, изменениями) был внесен в Думу третьего созыва. Взамен участковых судей по назначению министерский проект предлагал введение выборных мировых судей с расширенной компетенцией из лиц с высшим юридическим образованием или же с высшим и средним общим образованием, при условии обладания трехлетним служебным цензом или выдержания особого экзамена. Кроме образовательного, кандидаты в мировые судьи должны обладать также имущественным цензом и принадлежать к местным жителям. Срок службы судей удлинен до шести лет. Апелляционной инстанцией служат городские и уездные отделения окружных судов, а кассационной — Сенат. Надзор за мировыми судьями принадлежит председателям окружных судов и палат, а также председателям отделений окружных судов; дисциплинарным судом являются судебные палаты. Во время службы, до истечения срока избрания, судьи пользуются несменяемостью.

При обсуждении этого проекта в литературе (а также и в законодательных учреждениях) мнения разделились². Одни отстаивали выборное начало, требуя демократизации избирательных собраний³, другие отдавали предпочтение системе назначения правительством⁴; одни находили нужным объединить местную юстицию с общей, сделав апелляционной

¹ Михайловский, 296—320; Даневский, 34 и сл.; Гессен, Судебная реформа, 1905, 258 и сл.; Кузьмин-Караваев, Будущие участковые судьи и земские начальники, 1901; Доклады в юридических обществах Свешникова, Гогеля и др. (Право, 1900, № 43; 1901, № 2, 3, 7); Д. Л. Пересмотр Судебных уставов (Рус. Бог., 1901, № 2); Вестн. Евр., 1894, № 10 (внутр. обзор., 821 и сл.). В защиту проекта выступил лишь Змирлов (Журн. М. Ю., 1901, № 1 и 3).

² Завадский, О проекте министра юстиции о преобразовании местного суда, 1908; Таубер, О реформе местного суда, 1908; Генкин, Местный суд и его реформа, 1908; Дукмасов, К вопросу о местном суде, 1908; Арсеньев, Возвращение к выборному мировому суду (Вестн. Евр., 1908, № 4); Арсеньев, Выборный мировой суд (Вестн. Евр., 1908, № 6); Дерюжинский, Местный суд, 1909; Тальберг, Проект реформы местного суда, 1909; Коробка, Заметки мирового судьи, вып. VI, 1909; Голосов, 33 и сл.

³ Таубер, 6—9, 11; Гессен, 13—14, 43—45, 70—71 (резолюция съезда русской группы Международного союза криминалистов); Генкин, 84—85; Дукмасов, 9—12; Коробка, 12—15; Арсеньев (В. Е., 1908, № 4, 763—764); Голосов, 49.

⁴ Завадский, 13.

инстанцией для единоличных судей окружные суды¹, другие высказывались в пользу периодических съездов мировых судей², причем некоторые стояли за выборного председателя³, а некоторые — за назначаемого министром юстиции⁴. Возникла даже мысль о привлечении к участию в отправлении правосудия крестьян в качестве заседателей, наподобие лавников в гминных судах, либо только в первой инстанции⁵, либо даже в обеих⁶. Только по вопросу о необходимости уничтожения имущественного ценза обнаружилось полное единодушие⁷.

VII. Основным пунктом в вопросе о преобразовании организации местного суда является, несомненно, способ комплектования судей⁸. Если признать, что участковые судьи должны быть избираемы, то тотчас же возникают вопросы о необходимости обособления местной юстиции от общей, о создании второй инстанции в форме съезда выборных судей с выборным же председателем, о понижении образовательного ценза ввиду недостаточности в уездах лиц с юридическим образованием, об установлении имущественного ценза и т.д. Если же предпочесть систему назначения судей правительством, то все эти вопросы отпадают: мировые судьи становятся просто низшими органами общих судебных учреждений наравне с городскими судьями и уездными членами окружного суда. С теоретической точки зрения несомненно, что заслуживает предпочтения вторая система. Этого не решаются отрицать и защитники выборного начала. Высказываясь в пользу выборного начала, они оговариваются, что исходят не из принципиальных соображений, которые в данном случае против них, а из условий современной русской действительности, имея в виду то «глубоко укоренившееся недоверие общества к правительству», при наличии которого судьи по назначению не могут пользоваться таким авторитетом, как судьи

¹ *Завадский*, 14.

² *Гессен*, 17–18, 49–50, 71 (резол. съезда кримин.); *Дерюжинский*, 9–10; *Михайловский*, 292–293; *Голосов*, 57.

³ *Дерюжинский*, 9–10; *Генкин*, 92; *Арсеньев* (В. Е., 1908, № 6, 798–799); *Голосов*, 57–58.

⁴ *Тальберг*, 18 и сл.

⁵ *Аничков*, 48; *Голосов*, 44–48.

⁶ *Генкин*, 85–89. Нецелесообразность введения таких крестьянских заседателей показал *Гессен* (41–43, 72 и сл.).

⁷ *Завадский*, 8; *Гессен*, 16, 45–48, 67–69, 71 (резол. съезда кримин.); *Генкин*, 90; *Таубер*, 10–11; *Арсеньев* (В. Е., 1908, № 4, 768); *Голосов*, 53–55.

⁸ О дальнейшей судьбе министерского проекта в законодательных учреждениях: *Голосов*, 32 и сл.; *Завадский*, Об изменениях, внесенных комиссией Госуд. думы в проект министра юст. о преобраз. местного суда, 1909.

по избранию самого общества¹. Это мнение справедливо по отношению к системе назначения судей по ничем не ограниченному усмотрению правительства и при условии служебной зависимости судей от того же самого усмотрения. Но если назначение производится по конкурсу, устроенному согласно требованиям теории (см. с. 110—111), если судьи пользуются несменяемостью, а их карьера обеспечена от всяких случайностей, основанных на произволе начальства, словом, если местная юстиция организована согласно основным принципам рационального судоустройства, то как бы недоверчиво ни относилось общество к правительству, оно не может не доверять судьям, избираемым из достойных кандидатов и поставленным в совершенно независимое положение. Такая система в несравненно большей степени гарантирует беспристрастие судей и правильное отправление ими правосудия, чем выборная система, не обеспечивающая надлежащего состава судейского персонала и ставящая судей в зависимость от избирателей. Демократизация выборных собраний в данном случае не только не поможет, но, наоборот, как показывает опыт Соединенных Штатов, еще больше повредит, сделав судей игрушкой в руках политических партий (см. с. 99—101). Не нужно забывать, что местная юстиция — тоже юстиция. Она отличается от общих судов только меньшим объемом своей компетенции. Поэтому нет никакой надобности отступать при ее организации от тех начал, которыми должна определяться организация всякого вообще суда, достойного этого имени. Местные судьи должны быть назначаемы таким же порядком, как и члены общих судов, и находиться в таком же служебном положении. В интересах поддержания единства правопорядка и единообразия судебной практики их следует ввести в систему общих судебных учреждений, подчинив окружным судам (или городским и уездным отделениям их) в качестве второй инстанции и гражданскому кассационному департаменту Сената — в качестве третьей². В системе нашего нынешнего судоустройства имеется уже тип судей, который может служить образцом для организации местной юстиции, — это уездный член окружного суда³.

¹ Гессен, 43—44; Генкин, 84.

² Завадский, 13—14.

³ Башмаков правильно усматривает в нем «первый намек того будущего развития, которое, по всей вероятности, ожидает наши суды» (17), если, нужно добавить, это развитие пойдет нормальным путем.

Конечно, при такой организации единоличные судьи не всегда будут принадлежать к числу местных жителей. Но это обстоятельство не имеет столь важного значения, какое ему обыкновенно приписывают. Получивший хорошую подготовку судья легко и быстро ознакомится с особенностями местного быта. А между тем у него не будет постоянных близких связей в среде населения, способных влиять на его беспристрастие при разрешении дел¹.

VIII. В связи с реформой единоличных местных органов общей юстиции находится и преобразование волостных судов².

Современные волостные суды — создание нового времени: их исторические корни не идут дальше 1838—1839 гг., когда были учреждены сельские и волостные расправы для государственных крестьян³ и издан

¹ *Завадский*, О проекте министра юстиции, 1908, 10—11: «Эти связи, эта дружба, эти разговоры могут постоянно, совершенно невольно для судьи сказываться на его решениях и, что еще хуже, давать постоянную пищу для подозрений... Поэтому заслуживает быть отмеченным постановление нового французского закона о мировых судьях 1905 г., давшего право мэрам, членам управ, *conseillers généraux*, пробывшим 10 лет в этих должностях, быть назначаемыми в мировые судьи, хотя бы они и не имели юридического образования, но только не в тот кантон, где они занимали эти должности. Не менее любопытно отметить и отмену с 1897 г. неперенной связи с местностью в форме земельного владения и для английских мировых судей. Настаивания на том, чтобы судья был местным человеком, идут также не из технических процессуальных соображений, а из политических».

² *Зарудный*, Закон и жизнь. Итоги исследования крестьянских судов, 1874; *Орианский*, Народный суд и народное право (в «Исследованиях по русскому праву, обычному и брачному», 1879); *Калачов*, О волостных и сельских судах в древней и нынешней России (Сборн. госуд. знаний, т. 8, 1880); *Денский*, К вопросу о преобразовании волостных судов (Русская мысль, 1881, № 4 и 5); *Языков*, О реформе волостных судов (Журн. гражд. пр., 1882, № 1); *Карцев*, Сельское правосудие (Вестн. Евр., 1882, № 1 и 2); *Бразоль*, Об упразднении волостных и сельских судов, 1886; *Тютрюмов*, К вопросу о реформе крестьянского суда (Юрид. Вестн., 1886, № 11); *Дружинин*, Крестьянский суд в его последнем фазисе (Наблюд., 1892, № 2—4, 6); *Илларионов*, Исторический очерк крестьянского суда, 1895; *Леонтьев*, Волостной суд и юридические обычаи крестьян, 1895; *Черимов*, Волостной суд (Вестн. Евр., 1896, № 6); *Ефимов*, Волостной суд (там же, № 8); *Левандовский*, Волостной суд (Журн. М. Ю., 1899, № 1); *Шишко*, Наши волостные суды (там же, 1900, № 9); *Маричев*, Волостной писарь и волость (Вестн. Евр., 1902, № 5); *Леонтьев*, Волостной суд (Журн. М. Ю., 1907, № 1); *Евреинов*, Волостной суд в историческом развитии (там же, 1910, № 7 и 8); *Голосов*, К реформе местного суда, 1912.

³ *Карцев*, 312 и сл.; *Леонтьев*, Вол. суд, 1895, 50 и сл.; *Шишко*, 41—42; *Голосов*, 19—20. Екатерина II учредила было в 1775 г. верхнюю и нижнюю крестьянские расправы для разрешения мелких крестьянских дел, но при Павле они были уничтожены (в 1797 г.). *Евреинов* (в № 7, 114 и сл.); *Илларионов*, 7—8; *Зарудный*, 48—51.

сельский судебный устав¹. Эти расправы послужили образцом для волостных судов, которые были введены в качестве временного учреждения при освобождении крестьян от крепостной зависимости. Однако судебная реформа, следовавшая через несколько лет, их не коснулась, и они подверглись преобразованию только при введении института земских начальников (в 1889 г.), которым были непосредственно подчинены. При изложении общих начал судостроительства уже выяснилось, что организация волостных судов как в первоначальном виде, так и в том, который им придала реформа 1889 г., представляется неудовлетворительной².

Образовательного ценза от волостных судей не требуется, вследствие чего ими могут быть даже неграмотные; материальное положение судей не обеспечено, а в служебном отношении они находятся в полнейшей зависимости от земских начальников, которые, как случалось в действительности, подвергают их наказаниям за постановление решений в нежелательном для себя смысле³. Вследствие этих условий состав волостных судов пополняется лицами невежественными и низкого нравственного уровня, становящимися послушным орудием в руках земских начальников и волостных писарей, а также волостных старшин, мироедов и вообще власть имущих лиц.

Эти недостатки в устройстве волостных судов являются общепризнанными, и необходимость если не полного упразднения волостных судов, то по меньшей мере коренного их преобразования в настоящее время никем не оспаривается. Спорным представляется только вопрос, чем их заменить или каким образом надо преобразовать. Одни думают просто передать крестьянские дела в ведение единоличных местных судей⁴; другие предлагают преобразовать волостные суды по образцу

¹ Он был включен впоследствии в т. XII Свода зак.

² Это не относится к волостным судам Прибалтийских губерний, организованным несравненно лучше. Дружинин называет — и не без основания — волостной судебный устав Прибалтийских губерний «замечательным памятником новейшего законодательства» (Наблюд., 1891, № 2, 214).

³ Официально засвидетельствовано министром юстиции, что бывали случаи применения земскими начальниками ареста к целому составу волостного суда за неправильное, по его мнению, решение дел. *Генкин*, 58; *Леонтьев*, Крестьянское право, 1909, 151–152. Сенат, конечно, признал такой образ действий земских начальников незаконным. Ук. II деп., 1908, № 5346 (*Волков*, Сборник положений о сельск. сост., 1910, 226.)

⁴ *Гессен*, 41 и сл.; Министерский проект преобраз. местного суда (*Гессен*, 107–108); Резолюция съезда русской группы Международного союза криминалистов (*Гессен*, 70); *Евреинов* (Журн. М. Ю., 1910, № 8, 118) и др.

таких же судов Прибалтийских губерний¹ или по образцу гминных судов Царства Польского, которым тоже было дано более удовлетворительное устройство² и которые функционируют вполне успешно³; высказывалось также мнение, что целесообразно было бы заменить волостные суды единоличными выборными волостными судьями, предоставив им разрешение самых мелких дел (до 50 руб.), а более крупные передав выборным мировым судьям⁴.

Наиболее правильным и желательным — в видах объединения юстиции и последовательного проведения принципа равенства всех граждан перед законом и судом — следует признать полное упразднение волостных судов и передачу всех крестьянских дел в ведение единоличных правительственных органов местной юстиции⁵. Главное возражение, выдвигаемое против этого проекта, состоит в том, что пока на крестьян не распространено действие общих гражданских законов и пока в крестьянском быту играют важную роль обычаи, до тех пор необходимо существование особых судов, состоящих из самих же крестьян, которым местные обычаи и условия, конечно, известны лучше, чем правительственным судьям. Но не говоря уже о проблематичности существования в крестьянском быту определенных и устойчивых общино-правовых норм⁶, это возражение неубедительно, так как местные обычаи в тех случаях, когда существование их может быть доказано, легко будут применять и правительственные судьи.

¹ Коробка, 22.

² Аничков, 42 и сл.; Леонтьев (Журн. М. Ю., 1907, № 1, 109).

³ Гессен, 42.

⁴ Арсеньев (Вестн. Евр., 1908, № 6, с. 803—805). Раньше делались и другие предложения, например, ввести суд крестьян-стариков. Марков, Сельское правосудие (Рус. речь, 1881, № 7, 227 и сл.). О других проектах: Зарудный, 191 и сл.; Леонтьев, Вол. суд, 1895, 45—47.

⁵ Правильности такого «рассечения гордиева узла» не отрицал и Зарудный, отстаивавший особые волостные суды только потому, что «безусловное уравнивание всех сословий не признается возможным именно и исключительно ввиду особенностей сельского быта» (с. 200). С того времени уравнивание прав крестьян с другими сословиями подвинулось настолько, что это соображение потеряло свой вес.

⁶ Существование таких норм решительно отрицают именно те судебные деятели, которым, по обязанности службы, приходилось наблюдать за применением обычаев волостными и мировыми судами. Обнинский, например, заявляет на основании продолжительного опыта, что не верит в существование юридических обычаев у крестьян и считает их чем-то вроде тех привидений, о которых говорят суеверные люди, но которых в действительности никто не видел. Указания см. у Леонтьева, Вол. суд, 9 и сл., Гессена, 36 и сл., Голосова, 36 и сл.

§ 32. АДВОКАТУРА¹

I. Личное ведение собственных судебных дел обыкновенно связано для тяжущихся, с одной стороны, с опасностью, с другой стороны, с неудобством. Опасность состоит в том, что тяжущийся легко может проиграть любое, даже вполне правое дело по недостаточному знанию гражданских законов и формальностей производства, а равным образом и по неумению отстаивать свои права на суде под влиянием робости или вследствие непривычки связно и толково излагать мысли. Поэтому для ведения сколько-нибудь сложного процесса тяжущиеся нуждаются в помощи сведущего и опытного в судебных делах лица, которое поддержало бы их советом и словом, т.е. оказало бы им юридическую помощь или правозаступничество.

С другой стороны, личное ведение судебных дел представляет немалое неудобство уже ввиду того, что тяжущиеся должны отрываться от обычных занятий для явки в заседания суда, нередко находящегося в другом городе или даже в другой губернии. Кроме того, как указано еще в Институциях Юстиниана, «и болезнь, и возраст, и необходимое путешествие, и многие другие причины часто мешают вести дела лично»². Существует, таким образом, потребность поручать исполнение необходимых процессуальных действий другим лицам, которые заменяли бы тяжущихся в процессе, т.е. потребность в *судебном представительстве*.

История свидетельствует, что правозаступничество появилось почти одновременно с судом, на самых низших ступенях культуры и первоначально в форме родственного и соседского: к защите интересов

¹ Васильковский, Организация адвокатуры, 1893 (здесь указана предшествующая русская и иностранная литература); Он же, Основные вопросы адвокатской этики, 1895; Спасович, Об организации адвокатуры (Журн. М. Ю., 1896, № 3); Винавер, Очерки об адвокатуре, 1902; Бенедикт, Адвокатура нашего времени, 1910.

Fouchier, Règles sur la profession d'avocat à Rome et dans l'ancienne législation française, 1896; Douxchamps, De la profession d'avocat et d'avoné, 1904; Labouret, Des honoraires des avocats, 1906; Vallier, Les avoués au XX siècle, 1908; Douay, Des devoirs de l'avocat, 1910.

Malachowski, Das Gerichtswesen und die Advocatur in Deutschland, 1896; Ettinger, Die Advocatur im modernen Verkehre, 1900; Lesse, Preussische Anwaltschaft in den letzten 50 Jahren (Festgabe d. Rechtsanwaltschaft für Wilke, 1900); Weissler, Geschichte der Rechtsanwaltschaft, 1905; Freimut, Rechtsanwälte und Anwaltskammern, 1908. Краткие очерки современного положения адвокатуры во многих государствах были сделаны разными авторами в ответах на опросный лист, разосланный организационным комитетом Первого международного съезда адвокатов в Брюсселе (Premier congrès international des avocats, réponses aux questionnaire. Brux., 1897).

² L. IV, t. X.

тяжущихся на суде допускались прежде всего родные, а затем соседи их. Так было в Древней Греции и в первое время существования Рима; следы этого встречаются также и в начальный период истории других стран (Англии, Германии, России). Чем больше развивается цивилизация, чем сложнее и разнообразнее становятся жизненные отношения и определяющие их нормы, тем настоятельнее делается потребность в особом классе лиц, который бы специально занимался изучением этих норм, давал гражданам юридические советы и помогал им вести судебные дела. Под влиянием этой потребности возникает особая профессия, которая получает название адвокатуры, а лица, посвящающие себя занятию ею, — название адвокатов¹.

Судебное представительство возникло, подобно правозаступничеству, первоначально тоже в форме родственного или семейного представительства; на низших ступенях культуры повсюду господствовал принцип личной явки в суд, так как отвлеченное понятие представительства вообще недоступно для первобытного неразвитого ума, и только замена тяжущегося, почему-либо не могущего явиться лично в суд, его родственником, опекуном или супругом не вызвала недоумения и допускалась в виде изъятия. Но чем больше развивалась экономическая жизнь, чем интенсивнее становился гражданский оборот, тем больше давала себя чувствовать потребность в представительстве для заключения сделок и ведения судебных дел. Юридическая эволюция привела в результате к признанию свободы представительства и к образованию особого класса лиц, специально занимающегося ведением чужих судебных дел, в качестве профессиональных *поверенных* или *ходатаев по делам* (стряпчих).

Как адвокаты, так и поверенные, являясь посредниками между тяжущимися и судьями, могут своим участием содействовать правильно-му отправлению правосудия, но могут и мешать ему. Государственная власть, будучи заинтересована в нормальном ходе правосудия, должна принять меры к тому, чтобы они своею деятельностью не затрудняли, а облегчали работу судей, чтобы они были не врагами, а союзниками суда. Ввиду этого занятие адвокатурой и судебным представительством не может быть разрешено всем желающим, а, наоборот, должно быть

¹ Этот термин происходит от латинского слова «advocatus». Так римляне в республиканскую эпоху называли родственников и друзей тяжущегося, которые сопровождали его в суд и давали ему во время заседания советы или вообще выражали своим присутствием сочувствие ему. Во времена Империи это слово приобрело техническое значение, сохранившееся во многих языках до настоящего времени.

обставлено известными условиями, касающимися образовательного и нравственного ценза кандидатов, и подчинено бдительному надзору. Говоря короче, как адвокату, так и судебному представительству необходимо дать определенную организацию, которая для того, чтобы быть рациональной, должна соответствовать сущности и задачам каждой из этих двух профессий.

II. Как было только что указано, адвокатура в смысле правозаступничества удовлетворяет потребности граждан в юридической помощи при ведении ими судебных дел. Она является, подобно врачебному или инженерному искусству, результатом разделения труда и специализации знаний. Сообразно с этим задача адвоката состоит в том, чтобы дополнять деятельность тяжущегося в процессе посредством подачи ему юридических советов, составления судебных бумаг и произнесения в его защиту речи в заседании суда. Словом, адвокат — специалист-юрист и оратор, действующий наряду с тяжущимся и помогающий ему вести дело.

Но процессуальная роль адвоката не ограничивается этим; на нем лежит еще более высокая миссия.

В гражданском процессе борются между собою частные лица из-за своих частных интересов. Государство как целое не заинтересовано непосредственно в победе одного из них, и государственная власть не имеет поэтому основания вмешиваться в их борьбу; для нее важно только предотвратить самоуправство и насилие между гражданами, дав им возможность добиться защиты своих прав, если они захотят и сумеют сделать это. Для этого она должна организовать надлежащим образом судебные учреждения и создать класс специально подготовленных к ведению судебных дел лиц (адвокатов). Но на том и кончается ее задача. Остальное — дело самих спорящих сторон.

Иначе относится к исходу процесса общество. Для него важно, чтобы победила правая сторона и чтобы никакие посторонние обстоятельства не препятствовали этому. Если же правая сторона проигрывает дело только потому, что противник более сведущ в законах и более опытен в ведении дел, то каждому из членов общества грозит опасность попасть при случае в такое же положение и все общество не может не испытывать чувства необеспеченности в своих правах. «Свобода в оборотах, нравственность народа и мир в семьях зависят от убеждения частных лиц в справедливом и быстром окончании процессов» (Миттермайер), а это убеждение подрывается каждый раз, когда правая сторона проигрывает дело. Здесь-то открывается для адвокатуры благородное

поприще помочь своими знаниями и красноречием торжеству правой стороны. Выполняя такую миссию, адвокат является защитником не только частных интересов отдельного лица, но и интересов всего общества; он выступает в процессе не как представитель тяжущегося, а как представитель общественного интереса, действуя как бы по уполномочию общества. Он защищает индивидуальные права частного лица ввиду и во имя общественного блага¹.

С этой точки зрения адвокат — не обыкновенное частное лицо, помогающее тяжущемуся вести судебное дело, а самостоятельный деятель, играющий роль, аналогичную той, какую играет прокурор в уголовном процессе, с той разницей, что прокурор является представителем государственной власти, а адвокат — представителем общества. Вследствие этого адвокатура приобретает значение одного из элементов правильной судебной организации наряду с судом и прокуратурой².

¹ Еще рельефнее выступает общественное значение адвокатуры в уголовном процессе. Там пред судом, являющимся олицетворением закона, состязаются, с одной стороны, прокурор как представитель государственной власти в ее карательной функции, а с другой стороны — частное лицо, обвиняемое в преступлении. В таком виде эта борьба не может быть названа равной: против единицы, против ничтожного и беспомощного атома стоит в лице прокурора могущественная государственная власть. «Процесс, где обвиняемый поставлен лицом к лицу против обвинителя, вооруженного всесильной помощью государства, недостойн имени судебного разбирательства; он превращается в травлю» (*Фойницкий*, Защита в уголовном процессе, 1884, 15). Между тем судьба обвиняемого глубоко интересует все общество. Каждый обвиняемый ведь член общества, призванный государственной властью к ответу по обвинению в каком-либо проступке. Если он пострадает невинно или будет наказан сверх меры, то все общество почувствует себя в опасности, ибо каждый член его будет знать, что не сегодня-завтра его может постигнуть такая же участь. Вследствие этого общество должно прийти на помощь подсудимому в неравной борьбе его с представителем государственной власти и дать ему помощника, подобного тому, какого дает потерпевшему государственная власть. Сделать это оно в действительности не в состоянии, так как не имеет для этого ни самостоятельной от государства организации, ни принудительной власти. Но роль таких уполномоченных общества могут и должны исполнять в процессе адвокаты. Этот взгляд на адвокатуру, впервые обстоятельно развитый в применении к уголовному процессу Фридманом (*Frydmann*, Systematisches Handbuch der Vertheidigung im Strafverfahren, 1878), положен мною в основу исследования «Организация адвокатуры» (см. в особенности т. II, 1–18). Развитию его посвящены также блестящая речь О. Пергамента (Общественные задачи адвокатуры, 1904) и мое возражение Л. Гольдштейну (Вестн. Пр., 1900, № 3), оспаривавшему правильность такого понимания задач адвокатуры (там же, 1900, № 1). К Фридману присоединился в немецкой литературе *Ortloff*, Staats- und Gesellschaftsvertretung im Strafverfahren, 1892 (и в «Gerichtssaal», 47 В.).

² Судья и прокурор уполномочиваются к выполнению обеих функций государственной властью. Адвокат не получает прямого полномочия от общества, так как общество

Из такого воззрения на сущность и задачи адвокатуры сами собою вытекают главные требования, которым должна удовлетворять ее организация, а вместе с тем и основные начала правильной организации.

Первое положение состоит в том, что если адвокаты призваны защищать на суде общественные интересы, то они не должны быть в то же время представителями самих тяжущихся, интересы которых далеко не всегда совпадают с интересами общества: каждая сторона стремится выиграть дело, но для общества важно, чтобы победила правая, и этому должен содействовать адвокат. Другими словами, выступая в качестве уполномоченного общества, адвокат не должен быть поверенным тяжущегося, ибо нельзя служить одновременно двум господам без ущерба для одного из них. В видах предотвращения этого адвокат должен быть только правозаступником, судебное же представительство следует предоставить другому классу лиц. Отсюда же вытекает и верховный принцип адвокатской этики: адвокат не должен принимать к своей защите юридически или нравственно неправых дел¹.

Второе положение заключается в том, что для надлежащей защиты общественных интересов адвокаты должны обладать независимостью и мужеством. Поэтому они не могут быть поставлены в подчиненность ни административным властям, ни прокуратуре, ни суду. А так как за деятельностью их необходим надзор, чтобы они, являясь помощниками тяжущихся и обладая специальным образованием, не тормозили, а облегчали отправление правосудия, то следует дать адвокатуру корпоративное устройство, т.е. образовать из адвокатов самоуправляющуюся коллегия (или ряд коллегий) и предоставить надзор за их деятельностью выборным органам коллегии.

Далее, преследуя общественный интерес и не будучи представителями интересов тяжущихся, адвокаты должны быть независимы и от тяжущихся. Эта независимость может быть обеспечена, помимо запрещения заниматься судебным представительством, еще запрещением состоять на службе у частных лиц и заключать предварительные условия о гонораре. В последнем отношении наиболее соответствует значению и достоинству адвокатуры как стоящего наравне с судом

не имеет отдельной от государства юридической организации. Адвокат поэтому должен быть рассматриваем как *negotiorum gestor* общества (Чернощеков, Право промышленной клиентелы, 1894, 8).

¹ Обоснование и развитие этого принципа сделаны в моей брошюре «Основные вопросы адвокатской этики» (1895).

и прокуратурой элемента судебной организации такой способ вознаграждения, который принят по отношению к врачебной профессии: гонорар добровольно уплачивается получившим услугу лицом в том размере, какой оно находит соответствующим своему имущественному положению и важности полученной услуги. Если же это лицо уклоняется от уплаты гонорара или дает вознаграждение, явно не соответствующее своему имущественному положению и важности полученной услуги, то следует адвокату дать право требовать гонорара или дополнительного вознаграждения посредством иска, причем размер вознаграждения подлежит определению судов в известных, установленных законом пределах.

Наконец, имея задачей защиту чужих прав и являясь в то же время одним из элементов судебной организации наряду с прокуратурой, адвокатура предполагает наличность у своих членов надлежащей юридической подготовки и соответствующих нравственных качеств. Другими словами, для допущения к адвокатской практике должен быть установлен умственный и нравственный ценз, в общем одинаковый с требуемым от судей и прокуроров. Но вместе с тем к занятию адвокатурой должны быть допускаемы все лица с требуемым цензом, без всякого ограничения числа их в отдельных округах и без приурочения их деятельности только к определенным округам. Такая система имеет следующие преимущества. Во-1-х, требование высокого умственного и нравственного ценза гарантирует в одинаковой степени как интересы частных лиц, поручающих адвокатам защиту своих прав на суде, так и правильное отправление правосудия. Во-2-х, открытие доступа к профессии всем, кто чувствует призвание к ней и удовлетворяет установленным в законе требованиям, создает широкое поприще для развития талантов и для свободной конкуренции, ведущей к удешевлению и улучшению качества адвокатского труда.

К довершению всего весьма полезно ввиду значения адвокатуры как необходимого элемента в судебной организации установление постоянной и прочной связи между нею и судейским сословием в том смысле, чтобы безукоризненное исполнение адвокатских обязанностей в течение известного периода времени давало адвокату право получить место в судебном ведомстве. Перспектива занять почетную и обеспеченную должность судьи будет служить стимулом к усердному и честному пополнению обязанностей, наградой за долгое и безупречное служение правосудию, возвысит адвокатуру во мнении общества

и создаст известную солидарность между судом и адвокатурой, которая послужит к установлению нормальных отношений между ними и взаимному содействию в служении правосудию.

III. Иной характер судебного представительства, и другая организация должна быть дана ему.

Судебное представительство имеет целью избавлять тяжущихся от личного ходатайства по своим судебным делам; оно существует исключительно для удобства частных лиц; общество ничуть не заинтересовано в том, чтобы вместо того или другого тяжущегося явился в суд его поверенный; суду же для лучшего раскрытия истины даже предпочтительнее личная явка сторон.

Служа, таким образом, исключительно частным интересам и не преследуя никаких целей высшего порядка, не имея даже непосредственной задачей восполнять недостаточность юридических познаний тяжущихся (это задача правозаступничества), судебное представительство не требует от занимающихся им лиц того высокого умственного ценза, каким должны обладать адвокаты. Для поверенных достаточно практического знания форм и обрядов судопроизводства.

Точно так же не требуется сущностью представительства и независимость его от суда. Напротив, отождествляясь с личностью тяжущегося, поверенный стоит по отношению к суду в таком же положении, как и сам тяжущийся, и ни на какие преимущества не вправе притязать, ибо иначе противная сторона, явившаяся в суд лично, оказалась бы, вопреки принципу равноправности, в худшем положении. Отсюда следует, что надзор за деятельностью судебных представителей может быть предоставлен судебным учреждениям, при которых они практикуют. Однако в дополнение к этому полезно ввести и корпоративную организацию, так как суды не могут уследить за деятельностью поверенных вне заседаний.

Неограниченный доступ к занятию профессией для всех лиц, обладающих надлежащим образовательным и нравственным цензом, полезный и даже необходимый по отношению к правозаступничеству, вреден для судебного представительства, так как результатом его было бы переполнение класса поверенных, чрезмерная конкуренция и обусловливаемая ею деморализация. Напротив, гораздо целесообразнее организовать судебное представительство в виде замкнутой профессии, т.е. установить, на основании статистических данных о числе производящихся в каждом округе судебных дел, максимальное число поверенных, достаточное для удовлетворения потребности

тяжущихся в судебном представительстве (комплект), и приурочить деятельность каждого поверенного к одному судебному округу (локализация). Комплект устранил опасность переполнения, а локализация ограничит и распределит равномернее конкуренцию и облегчит надзор суда за деятельностью поверенных. Если еще обязать их вносить денежный залог, как установлено по отношению к нотариусам, тогда интересы тяжущихся,веряющих им ценные документы и деньги, будут вполне обеспечены от злоупотреблений.

Стоя по образованию гораздо ниже адвокатов и служа только частным интересам тяжущихся, судебные представители не могут притязать на связь с судебной магистратурой и на роль одного из рассадников ее. Самое большее, что можно допустить, это — назначение поверенных, по истечении определенного числа лет практики, судебными приставами или нотариусами.

Наконец, что касается вознаграждения поверенных, то их чисто ремесленная деятельность легко может быть оценена и за каждое отдельное процессуальное действие (подачу бумаг, явку в суд, получение из суда документа и т.д.) установлено определенное вознаграждение по таксе¹.

IV. Таковы основные принципы организации адвокатуры и судебного представительства, вытекающие из самой сущности и задач этих двух профессий. Эти принципы осуществлены с большею или меньшею последовательностью законодательствами одной группы европейских государств, а именно Франции, Бельгии, Англии и отчасти Испании. В этих странах лица, занимающиеся профессионально ведением чужих судебных дел, разделяются на два класса: на адвокатов (*avocats, barristers, abogados*) и поверенных (*avoués, attorneys, procuradores*). Адвокаты — это лица с высшим юридическим образованием, занимающиеся подачей гражданам юридических советов, сочинением для них важных судебных бумаг и произнесением в их защиту речей в заседаниях судов. Они не замещают своих клиентов в процессах, не считаются их представителями, а только помогают им при ведении дел своими знаниями и красноречием. Словом, они — юрисконсульты и судебные ораторы и ничего больше. Напротив, поверенные, от которых требуется не высшее юридическое образование, а только практическое знакомство с нормами права и процесса, являются заместителями тяжущихся

¹ Подробное исследование основных начал рационального устройства институтов адвокатуры и судебного представительства сделано во второй части моего сочинения «Организация адвокатуры».

и исполняют вместо них всю остальную, черную работу, необходимую при ведении судебных дел: они собирают и готовят фактический материал, разыскивают свидетелей и документы, подают и получают судебные бумаги, присутствуют в заседаниях судов, приводят в исполнение судебные решения и т.д. Таким образом, в этих странах адвокатура представляет собою либеральную профессию, аналогичную профессии врачей, архитекторов, инженеров и т.п., и пользуется общественным уважением наравне с ними; судебное же представительство имеет характер чисто ремесленной деятельности и стоит наряду с маклерством, агентурой и другими видами посредничества. Коренным различием в сферах деятельности, образовательном цензе и общественном положении обоих классов адвокатов и поверенных обуславливается и различие в деталях их организации.

Во Франции¹ к занятию адвокатурой допускаются лица, получившие высшее юридическое образование, удостоверяемое дипломом лиценциата прав, отбывшие практическую подготовку в течение установленного времени и внесенные в список одной из адвокатских коллегий. Продолжительность практической подготовки (стажа) определена в три года; но советы коллегий имеют право, в случае надобности, удлинять этот срок. Подготовка состоит в посещении судебных заседаний и участии в собраниях стажеров, где читаются и обсуждаются рефераты как по различным юридическим вопросам, так и по вопросам адвокатской этики. По истечении двух лет подготовки стажеры могут быть допускаемы к занятию адвокатурой. Окончив подготовку, стажер может просить о принятии его в число членов той или иной адвокатской коллегии. Принятие зависит от дисциплинарного совета коллегии, который при этом руководствуется сведениями, собранными одним из своих членов, относительно деятельности и нравственных качеств кандидата. На отказ совета в принятии допускается жалоба в подлежащий суд как со стороны просителя, так и со стороны прокуратуры, обязанной следить, чтобы «дисциплинарные советы не ставили препятствий свободному отправлению профессии». Адвокаты занимаются юридической консультацией и устной защитой на суде, пользуясь правом выступать пред всеми судами государства. Они не обязаны принимать предлагаемые им дела, а могут отказываться без объяснения причин и даже во время производства уже принятого дела, если убедятся в его непра-

¹ Устройство французской адвокатуры основывается на законах 1822, 1830, 1852 и 1870 гг. Подробное изложение его сделано в «Организации адвокатуры» (ч. I, 137 и сл.).

воте. Им воспрещено приобретать на свое имя иски своих клиентов, брать на себя издержки производства или снабжать клиентов деньгами для ведения дела, с тем чтобы поделиться плодами выигранного дела, разглашать вверенные клиентами тайны. Не являясь представителями клиента, адвокаты не имеют права принимать от них доверенностей на ведение дел и не несут пред ними гражданской ответственности, вытекающей из договора поручения: адвокат отвечает за свои советы не более чем судья — за свои решения. Адвокаты обязаны принимать гонорар в том размере, в каком предлагают клиенты. Ни заключать условий о гонораре, ни взыскивать его судом они не могут. На практике вопрос о вознаграждении разрешается обыкновенно таким образом, что поверенные (участие которых в гражданских делах, разбираемых коллегиальными судами, обязательно) приглашают для руководства ведением дел и устной защиты адвокатов и уплачивают им гонорар, который затем имеют право взыскать с клиентов. В видах поддержания независимости, бескорыстия и достоинства адвокатского сословия адвокатура признана несовместимой с государственной и частной службой, кроме профессуры, должностью министра юстиции, почетными и бесплатными должностями, с занятием торговлей, агентурой, маклерством, судебным представительством. Большинство изложенных правил установлено не законодательством, а издавна выработавшимися в среде адвокатского сословия обычаями и решениями сословных дисциплинарных советов¹. Адвокаты разделяются на самоуправляющиеся коллегии. Органами самоуправления служат председатели коллегий и дисциплинарные советы. Эти советы существуют при апелляционных судах, а там, где апелляционных судов нет, при судах первой инстанции. Они избираются на один год общим собранием всех внесенных в список данного суда адвокатов абсолютным большинством голосов. Вместе с советом общее собрание избирает председателя (*bâtonnier*). Члены совета выбирают из своей среды секретаря, казначея, библиотекаря и архивариуса. Прокуратура может опротестовать выборы, и обсуждение правильности или неправильности их предоставлено соединенному присутствию департаментов подлежащего суда. Председателю принадлежит право созывать общее собрание, председательствовать как

¹ Эти правила сведены и систематизированы в след. соч.: *Mollot*, Règles de la profession d'avocat, I—II, 1866 (русский перевод вышел в 1894 г.); *Cresson*, Usages et règles de la profession d'avocat, I—II, 1888; *Liouville*, Abrégé des règles de la profession d'avocat, 1883; *Cresson*, Abrégé des usages et règles de la profession d'avocat, 3 éd., 1907.

в нем, так и в совете, являться представителем сословия во внешних сношениях. На дисциплинарный совет возлагается: 1) разрешение вопросов, возникающих при внесении в список; 2) надзор, необходимый для поддержания чести и интересов сословия; 3) исполнение функций дисциплинарного суда. В качестве дисциплинарного суда совет обязан, согласно Закону 1822 г., заботиться о поддержании в среде адвокатов «принципов умеренности, бескорыстия и честности, на которых основывается честь адвокатского сословия», руководствуясь при этом как законами, так и установившимися в адвокатуре обычаями. Адвокаты подлежат дисциплинарной ответственности не только за нарушение своих профессиональных обязанностей, но и за предосудительные поступки в частной жизни, при том условии, если они получают огласку и вследствие этого роняют достоинство адвокатского звания в глазах общества. Дисциплинарными наказаниями являются: 1) предостережение; 2) выговор; 3) запрещение практики до года и 4) исключение из сословия. Эти наказания могут быть налагаемы не иначе как по вызову обвиняемого и заслушивании его, если он явился. Приговоры дисциплинарного совета подлежат обжалованию в суды, при которых они состоят; но обвиненные адвокаты имеют право апеллировать только в том случае, когда они приговорены к временному запрещению практики или исключению из сословия; прокуратура же может опротестовать любой приговор.

Иная организация дана французским законодательством¹ сословию поверенных. Кандидаты в поверенные должны удовлетворять следующим условиям: 1) иметь не менее 25 лет; 2) пройти курс уголовного и гражданского права и процесса в одной из юридических школ и выдержать экзамен из этих предметов; 3) заниматься в течение пяти лет практикой при поверенном. Число их при каждом суде ограничено определенным комплектом, и тот, кто желает вступить в него, должен приобрести себе у какого-нибудь поверенного его место. Прежний владелец места или его наследники имеют право представлять правительству кандидата по своему избранию, и этот кандидат, если он удовлетворяет всем требуемым условиям, утверждается в звании поверенного, по представлении свидетельства о нравственной порядочности от камеры поверенных, и благоприятного заключения суда и прокуратуры. Поверенные продают свои места подобно тому, как

¹ А именно законами 1800, 1801, 1807, 1810, 1812, 1822 и других годов (Организация адвокатуры, I, 169 и сл.).

купец отчуждает свою торговую фирму. Интересы государства обеспечиваются тем, что покупать эти места могут только лица, удовлетворяющие всем определенным законом условиям. Поверенные, состоящие при суде первой или второй инстанции, образуют самоуправляющуюся коллегию. Органом ее служит камера, избираемая поверенными из своей среды. Камера поверенных вполне аналогична совету коллегии адвокатов. Оба эти учреждения представляют собой органы самоуправления; оба они набираются общим собранием коллегий; оба они имеют почти одинаковые функции; обоим им, наконец, принадлежит поддержание внутренней дисциплины. В системе наказаний, порядке дисциплинарного производства, способах обжалования и некоторых других отношениях организация коллегии поверенных и сословия адвокатов не одинакова, тем не менее основные черты внутреннего самоуправления одни и те же. Вознаграждение поверенных представляет собой плату за личную услугу на основании договора доверенности, определяется, подобно другим судебным издержкам, таксой и может подлежать взысканию путем иска. Такса назначает размер вознаграждения за каждое отдельное действие при ведении процесса. Поверенные имеют право заниматься практикой только в том суде, при котором они состоят. Другими словами, деятельность их локализована. Им принадлежит право представительства сторон на суде. Это право в гражданском процессе монопольно и притом в двояком отношении. Во-1-х, никто, кроме поверенных, не может осуществлять его под страхом наказания. Во-2-х, даже сами тяжущиеся не могут вести своих дел в коллегиальных судах лично, а должны приглашать поверенных. Зато и поверенные обязаны совершать действия, входящие в круг их профессии, по требованию каждого тяжущегося, который обращается к ним. Поверенный имеет право не принять дела только в трех случаях: 1) если состоит поверенным противной стороны; 2) если предлагаемое дело противозаконно и 3) если оно направлено против него или близких ему лиц. Отношения между поверенным и клиентом основываются на договоре доверенности. Принимая на себя целиком все ведение дела, поверенный несет полную ответственность за добросовестное исполнение своих обязанностей.

При Кассационном суде существуют особые поверенные, совмещающие функции адвокатов и поверенных ввиду особого характера кассационного производства. Они обладают высшим юридическим образованием и составляют коллегию, устроенную по типу адвокатских.

По образцу французской адвокатуры организованы бельгийская и испанская: первая представляет собою почти точную копию французской, вторая в некоторых отношениях значительно отклоняется от образца¹.

В Англии² правозаступничество тоже отделено от судебного представительства. Правозаступники называются барристерами, а поверенные — атторнеями или солиситорами. Для принятия в число барристеров необходимо достигнуть совершеннолетия и пробыть не менее трех лет членом-студентом одной из четырех судебных корпораций (*inns of court*). Молодые люди, желающие вступить в такую корпорацию, должны представить рекомендацию от двух барристеров в своей порядочности, удостоверить, что не занимаются профессиями, которые несовместимы с адвокатурой (каковы судебное представительство, торговля и др.), выдержать экзамен по английскому и латинскому языкам и по истории, а затем сделать денежный взнос (довольно крупный). От экзамена избавлены лица, выдержавшие раньше соответствующий государственный экзамен. Подготовка к профессии состоит в слушании лекций, устраиваемых корпорацией, и удостоверяется проверочным экзаменом по английскому и римскому праву. Кроме того, в течение периода подготовки кандидат должен принять определенное число раз участие в общих обедах корпорации. Это исстари установленное обычаем правило имеет целью побудить членов корпорации к близкому общению между собой. Посещение лекций необязательно, а экзаменационная программа слишком умеренна. Но обыкновенно кандидаты поступают в корпорацию, прослушав университетский курс, и затем занимаются частным образом у барристеров. Отбыв срок подготовки, кандидат снова делает крупный взнос и получает звание барристера и право заниматься судебной практикой. Звание барристера считается почетным и дает право на титул «эсквайра»; исключительно из числа барристеров избираются члены высших судов (см. с. 80). Барристер, составивший себе после нескольких лет практики имя в адвокатуре, может просить лорда-канцлера о предоставлении себе звания «королевского адвоката», сообщив предварительно о своем намерении

¹ Организация адвокатуры, I, 359–360, 371–374; *Douxchamps*, I. c.; *Réponses au Questionnaire*, Belgique, Espagne.

² Организация адвокатуры, I, 194–227; *Réponses au Questionnaire*, Angleterre; *Franqueville*, *Le Système judiciaire de la Grande Bretagne*, I, 281–372, 458–490; *Gerland*, *Die englische Gerichtsverfassung*, 1910, 888 ff.

старшим по времени поступления в корпорацию барристерам, если они еще не имеют этого звания. Лорд-канцлер, признав просителя достойным такого отличия, делает соответствующее представление королю. Подобно обыкновенным барристерам, королевские адвокаты могут заниматься частной практикой; но если им поручается ведение дела против казны или защита в уголовном деле, то они должны каждый раз испрашивать разрешения правительства, что, впрочем, является простой формальностью. Королевским адвокатам предоставлены некоторые привилегии. Так, им присвоен особый костюм, они имеют право сидеть в суде на первой скамье, председательствовать в судах присяжных вместо коронных судей. В сколько-нибудь сложных процессах принято приглашать их для участия в заседании, причем им уплачивается более высокий гонорар, чем обыкновенным барристерам. Английские адвокаты не составляют отдельного от магистратуры класса, а, напротив, вместе с нею образуют одно сословие, имеющее общие органы самоуправления, ибо барристеры и высшие судьи, назначаемые из числа барристеров, всю жизнь продолжают быть членами той судебной корпорации, из которой вышли. Органом управления в каждой корпорации является совет старшин, пополняемый посредством кооптации из числа старейших судей и адвокатов, принадлежащих к корпорации. Он имеет дисциплинарную власть как над студентами, так и над судьями и адвокатами. Ни объем этой власти, ни роды наказаний, ни порядок дисциплинарного производства не указаны законом. Все основывается на обычаях. На приговор совета старшин допускается апелляция в суд; но в действительности суды всегда утверждают эти приговоры. Каждый барристер имеет право выступать во всех судах Англии. Но принято, чтобы барристеры приурочивали свою деятельность к определенным судам. Большинство их избирает себе также один из судебных округов для ведения защит на выездных сессиях. С этой целью каждый барристер вступает в корпорацию адвокатов, практикующих в избранном им округе. Он должен представить рекомендацию от двух ее членов и подвергнуться баллотировке. Корпорация может его не принять и, приняв, исключить в случае совершения какого-либо поступка, не соответствующего достоинству адвокатского звания. Вопрос о гонораре находится в таком же положении, как во Франции. Адвокат не имеет права ни выговаривать себе гонорар, ни требовать его посредством иска. Клиент сносит с адвокатом через посредство атторнея, который, приглашая адвоката для ведения дела, определя-

ет размер гонорара и уплачивает его адвокату, а сам взыскивает его с клиента. Полномочие, которое дается барристеру на ведение дела, не может быть отнято у него до окончания дела; но он сам имеет право сложить его. Это полномочие не налагает на барристера юридической ответственности пред клиентами, так что он не отвечает ни за ошибки, ни за небрежность. Благодаря такому характеру отношения к клиентам, он пользуется полной свободой действий и может более объективно и справедливо относиться к делам, не поддаваясь одностороннему увлечению интересами своих клиентов. А так как, по обычаю, он обязан излагать в суде не только фактическую, но и юридическую сторону дел, приводя законы и судебные прецеденты, то «по всему своему положению в процессе барристер является скорее помощником судьи, чем представителем стороны»¹.

Атторнеи или солиситоры представляют собой второй, низший класс адвокатов — ремесленников адвокатуры. Они занимаются судебным представительством и сродными ему видами посреднической деятельности: маклерством, комиссионерством, агентурой, управлением имуществами и пр., а также выполняют обязанности нотариусов. В низших судах они имеют право заменять барристеров. В число атторнеев принимаются совершеннолетние лица, занимавшиеся не менее пяти лет в конторе какого-либо атторнея и выдержавшие в течение этого периода времени три экзамена: вступительный, элементарный по арифметике, географии и языкам, затем, по отбытии половины стажу, второй — из английского права и третий, заключительный, — из английского права и процесса. Для лиц, получивших предварительное образование, эти условия облегчаются в зависимости от его уровня. Во все время этой подготовки кандидат обязан вести себя как «джентльмен». По выдержании окончательного экзамена он может просить о принятии в число атторнеев. Организация и производство экзаменов, устройство лекций для кандидатов, допущение их в сословие атторнеев, дисциплинарный надзор за атторнеями, привлечение к дисциплинарной ответственности и производство предварительного расследования, на основании которого особое отделение высшего суда постановляет дисциплинарные приговоры, — все это предоставлено законом так называемому юридическому обществу (*Incorporated Law Society*), являющемуся частной ассоциацией атторнеев с правами юридического

¹ Gerland, 963. Cp. Stein, Zur Justizreform, 1907, 45—47.

лица. Эта ассоциация возникла еще в 30-х г. XIX в. с целью поднятия нравственного и образовательного уровня сословия атторнеев. Ее деятельность была настолько плодотворна, что правительство предоставило ей обширные полномочия по отношению ко всем атторнеям, даже и не состоящим ее членами. Общество действует под контролем Высшего суда. Атторнеи должны ежегодно получать свидетельство на право заниматься практикой. Число их не ограничено нормой, а деятельность не локализована; но атторнеи, состоящие при Высшем суде, имеют право практиковать во всех судах Англии, провинциальные же атторнеи не могут практиковать в Лондоне. Обыкновенно атторней, заканчивая свою деятельность, продает свою контору, как это делается во Франции, кому-либо из молодых коллег. Атторнеи получают вознаграждение отчасти по таксе, установленной законом для некоторых случаев, отчасти по соглашению с клиентами или по выработавшимся в практике нормам. При ведении спорных гражданских дел они представляют клиентам подробные счета, которые проверяются секретарями суда и, в случае чрезмерности, уменьшаются. В отличие от барристеров атторнеи имеют право иска о гонораре и в то же время, являясь представителями тяжущихся, несут пред ними ответственность за ошибки и небрежность при ведении дел. Но ответственность снимается с них, если они действуют, испросив предварительно мнение барристера. В то время как высшие должности судебной магистратуры замещаются барристерами, атторнеям доступны только второстепенные должности как по судебному ведомству (секретарей и других низших чиновников), так и по административному.

V. Не такова во многих отношениях организация адвокатуры в Германии, Австрии и большинстве других цивилизованных государств. Она основана на совмещении обязанностей правозаступничества и судебного представительства в руках одного класса лиц. Основная причина слияния этих двух функций, столь различных по своему существу, заключается в том, что обе они тесно соприкасаются по сфере своей деятельности. Вследствие этого соединение обеих представляет для тяжущихся несомненное удобство: каждому тяжущемуся приходится пользоваться услугами не двух лиц, а только одного, которое довольствуется меньшим вознаграждением и в то же время несет полную и нераздельную ответственность за добросовестное ведение дел. Равным образом выгодно соединение обеих функций как адвокатам, избавляющимся от неприятной зависимости со стороны поверенных, так и поверенным, которые по-

лучают возможность вести дела самостоятельно, без участия адвокатов. Этим обуславливается постоянно проявляющаяся в истории адвокатуры тенденция к слиянию правозаступничества с судебным представительством. Уже в императорском Риме адвокаты стали исполнять обязанности поверенных. Такое же соединение обеих функций произошло в Германии и происходит в настоящее время в Италии¹ и Голландии².

В Германии³ для принятия в число поверенных требуется такая же теоретическая и практическая подготовка, как и для назначения на судебские должности. Помимо этого положительного условия для кандидатов в поверенные установлено еще отрицательное: отсутствие обстоятельств, делающих их допущение в сословие адвокатов невозможным. Эти обстоятельства распадаются на две группы: абсолютные препятствия, которые безусловно лишают данное лицо права быть поверенным, и относительные, значение которых в каждом отдельном случае оценивается подлежащим органом власти. К первым принадлежат: лишение по приговору уголовного суда права занимать общественные должности; исключение из адвокатского сословия постановлением дисциплинарного суда или же такого рода поведение, которое могло бы повести за собою исключение; ограничение имущественной правоспособности; служба или деятельность, несовместимые с профессией или с достоинством адвоката; препятствующие выполнению профессиональных обязанностей телесные недостатки или слабость телесных либо умственных сил. Относительными недостатками являются: трехлетний перерыв в юридической деятельности после второго

¹ В Италии существуют адвокаты и поверенные, но закон разрешает совмещение функций правозаступничества и судебного представительства лицам, удовлетворяющим условиям, которые установлены для допущения к обоим профессиям, а также адвокатам, практикующим больше двух лет, и поверенным со степенью доктора прав, после шестилетней практики. Вследствие этого большинство адвокатов являются вместе с тем и поверенными (Орган. адвок., I, 365–366; *Mattirolo*, § 102).

² В Голландии Закон 1879 г. дозволил заниматься одновременно адвокатурой и судебным представительством всем лицам, имеющим степень доктора прав, запретив принимать в число поверенных лиц без этой степени, вследствие чего одним представительством занимаются в Голландии только старые поверенные, начавшие практиковать, не имея докторской степени (Организ. адвок., I, 362; *Réponses au Questionnaire, Pays-Bas*, 26). В Соединенных Штатах Америки обе профессии тоже слиты в одну.

³ Современная организация германской адвокатуры основывается на Уставе 1878 г. (*Rechtsanwaltsordnung v. 1. Juli 1878*), дополнением к которому служит Устав о вознаграждении поверенных 1879 г. (*Gebührenordnung für Rechtsanwälte v. 7. Juli 1879*). Комментированное издание: *Friedländer, Kommentar zur RAO, 1908 (Nachtrag, 1910)*; *Организ. адвок.*, I, 259 и сл.; *Weissler*, 597 ff.

экзамена; временная утрата по приговору суда способности к занятию государственных и общественных должностей; присуждение в течение последних двух лет к дисциплинарному наказанию не ниже выговора или штрафа в 150 марок, а также наличие близкого родства или свойства между просящим о допуске лицом и одним из членов того суда, при котором оно желает практиковать. При наличии перечисленных положительных и отрицательных условий проситель *должен быть* допущен к занятию адвокатурой в том государстве, где он выдержал второй экзамен, и *может быть* допущен во всяком другом из германских государств. Он допускается к практике при определенном суде (принцип локализации) по распоряжению подлежащего Министерства юстиции, делаемому по истребованию заключения совета местной адвокатской коллегии. Из принципа локализации сделано изъятие в том отношении, что адвокат, состоящий при одном коллегияльном суде, может быть допущен к практике и при другом суде, находящемся в месте его жительства, если это признано полезным в видах правильного отправления правосудия. По принесении присяги «добросовестно исполнять обязанности поверенного» кандидат вносится в список поверенных того суда, при котором он допущен, и получает право приступить к занятию практикой. Профессиональная деятельность германских поверенных заключается как в правозаступничестве, так и в судебном представительстве. Но границы обеих этих функций не совпадают: с одной стороны, принцип локализации касается только представительства и не распространяется на правозаступничество, которым каждый адвокат имеет право заниматься во всех судах Германии; с другой стороны, для дел, производящихся в коллегияльных судах, установлен принцип обязательного представительства (*Anwaltszwang*), согласно которому стороны не могут вести своих дел лично, а должны замещать себя поверенными из числа допущенных к практике при данном суде, — принцип, тоже не относящийся к правозаступничеству. Согласно этим правилам поверенный имеет право выступать в качестве правозаступника во всех германских судах, а в качестве представителя сторон только у единоличных судей, где представительство необязательно, и в том суде, где он приписан. При Имперском суде состоит особая камера поверенных, которые допускаются к практике президиумом Имперского суда, имеющим право отказать в допуске по своему усмотрению. Поверенные при Имперском суде не могут одновременно быть допущенными к практике при каком-либо другом суде; зато

только они пользуются монополией практики в этом суде. Допущенные к практике в округе суда второй инстанции (высшего земского суда) поверенные составляют самоуправляющуюся корпорацию, именуемую адвокатской камерой. Общее собрание камеры избирает из своей среды совет в числе от девяти до 15 членов, смотря по численности камеры, на четыре года, причем каждые два года производится переизбрание половины членов совета. Совет выбирает из своей среды председателя, товарища председателя, секретаря и товарища секретаря. Общее собрание камеры вырабатывает инструкцию для совета, изыскивает средства для покрытия расходов по делам камеры и определяет размер членских взносов, а также проверяет и утверждает представляемые советом отчеты. Совет наблюдает за исполнением членами камеры своих обязанностей; разбирает споры между ними, а также между ними и их клиентами в случае просьбы последних; дает заключения по требованию министерства юстиции или судов относительно споров между поверенными и их клиентами; управляет имуществом камеры и представляет общему собранию ее ежегодный отчет. Как общему собранию камеры, так и совету ее предоставлено право делать представления Министерству юстиции по вопросам, касающимся интересов правосудия или сословия адвокатов. Надзор за деятельностью советов принадлежит председателю высшего земского суда, а незаконные действия камеры или ее совета могут быть отменяемы этим судом. Поверенный не обязан принимать на себя ведение каждого предлагаемого дела, но если не желает принять, то должен немедленно объявить тяжущемуся о своем отказе под опасением возмещения ему убытков от несвоевременного отказа. Тяжущемуся, который не нашел себе поверенного, может быть назначен, по его просьбе, поверенный судом, если дело не представляется недобросовестным или безнадежным. Точно так же назначается поверенный и для ведения дела стороны, за которую признано право бедности. Размер гонорара определяется договором между поверенным и доверителем, а за отсутствием такого договора — по установленной законом таксе. Но выговоренный адвокатом гонорар может быть по иску клиента уменьшен до соответствующего таксе размера, если суд найдет его чрезмерным. В этом случае решение суда постановляется по выслушании заключения совета адвокатской камеры. Законная такса отличается чрезвычайной дробностью постановлений и определяет вознаграждение за выполнение каждого отдельного процессуального действия в зависимости от цены иска. В дополнение к ней изданы

в отдельных германских государствах еще особые правила относительно непредусмотренных в ней случаев. Дисциплинарный суд состоит из председателя совета, товарища его и трех членов совета, выбираемых советом. Он имеет право приговаривать виновных к предостережению, выговору, штрафу до трех тысяч марок и исключению из сословия. Дисциплинарное производство возбуждается в случае обвинения поверенного в нарушении им своих обязанностей, которые состоят в добросовестном отправлении профессии и соответствующем достоинству его звания поведении как в профессиональной деятельности, так и в частной жизни. К дисциплинарному производству применяются общие правила уголовного процесса с некоторыми изъятиями, а именно дело может быть начато без производства предварительного следствия, если дисциплинарный суд найдет это излишним, или же с производством следствия судьей, назначаемым председателем высшего земского суда; предварительное заключение, арест и привод обвиняемого не допускаются; дела разбираются не публично; личная явка обвиняемого необязательна, но суд может вызвать его под угрозой не допустить к участию в деле его защитника. Апелляционной инстанцией является Высший дисциплинарный суд, состоящий из председателя Имперского суда, трех членов этого суда и трех поверенных, избираемых адвокатской камерой при Имперском суде из своей среды. Обвинение поддерживается представителями прокуратуры: высшего земского суда — в первой инстанции дисциплинарного суда и Имперского суда — во второй.

В Австрии¹ для принятия в число адвокатов необходимо иметь степень доктора прав, отбыть практическую подготовку в течение одного года при суде и в течение шести лет при суде или адвокате, причем не менее трех лет должно быть проведено, по получении докторской степени, при адвокате, и, наконец, выдержать особый экзамен. От необходимости приобретения докторской степени, от практической подготовки и от экзамена избавлены лица, состоявшие в течение пяти лет членами суда. Австрийские адвокаты приписываются к определенным судам, но в отличие от германских имеют право вести дела во всех

¹ Организация австрийской адвокатуры основывается на Уставе 1868 г. и дисциплинарном Законе 1872 г., измененном Законом от 16 ноября 1906 г., а относительно адвокатского гонорара действует установленный министром юстиции 11 декабря 1897 г. и 8 января 1899 г. тариф (*Die Advocatenordnung v. 6. Juli 1868, samt dem Disziplinarstatute etc.*, 1885 (Wien, Manz; Организ. адвокатуры, I, 285–305; *Schrutka*, § 90–96; *Prischl*, *Advokatur und Anwaltschaft*, 1888).

судах государства: принцип локализации, существовавший и в Австрии до 1868 г., теперь отменен. Точно так же в австрийском праве отсутствует то разграничение между функциями правозаступничества и представительства, которое производится в Германии: границы той и другой функции здесь вполне совпадают. Поэтому принцип обязательного представительства в коллегиальных судах (*Anwaltszwang*) имеет в Австрии значение обязательного приглашения для ведения дела как поверенного, так и адвоката. Размер гонорара может быть определен по соглашению с клиентом; при отсутствии соглашения вступает в действие законный тариф, а по отношению к непредусмотренным в нем случаям — общие правила гражданских законов о договоре личного найма. Адвокат имеет право иска о гонораре; но прежде чем предъявлять такой иск, он должен просить решавший данное дело суд определить размер причитающегося ему вознаграждения, принимая во внимание, насколько необходимы были или насколько могут быть оправданы обстоятельствами дела совершенные им процессуальные действия. Корпоративное устройство австрийской адвокатуры тоже представляет некоторые отличия от устройства германской. А именно совет избирается общим собранием камеры на три года. К числу его функций относится принятие в коллегию. На отказ в принятии допускается жалоба в общее собрание камеры, а на постановление камеры — в высший земский суд. Дисциплинарная власть принадлежит особому дисциплинарному суду, избираемому общим собранием камеры из своей среды на три года. Обязанности обвинителя исполняет не прокуратура, а один из членов камеры по ее избранию. В числе дисциплинарных наказаний нет предостережения, но зато прибавлено запрещение практики на время не дольше года. На приговоры дисциплинарного суда допускается подача апелляции в Верховный суд.

VII. Таким образом, существуют на западе Европы две типичные системы организации адвокатуры. Одна, принятая во Франции, в Бельгии, Англии и Испании, основана на отделении правозаступничества от судебного представительства; другая, господствующая в Германии, Австрии и большинстве остальных государств, характеризуется, наоборот, слиянием этих двух функций в руках одного и того же класса лиц. Первая система более правильна с теоретической точки зрения, так как основные принципы ее ближе к тем, какие соответствуют сущности и задачам правозаступничества и судебного

представительства. Вместе с тем и на практике она принесла лучшие результаты, создав благоприятную почву для выработки более высоко-го социально-этического типа адвоката. В государствах первой группы адвокаты, избавленные от ремесленной работы ходатаев до делам, возложенной на особый класс лиц, могли сохранить характер правозаступников в чистом виде. Они являются только учеными знатоками права и судебными ораторами, преданными занятиям наукой, литературой и ораторским искусством. Не будучи представителями тяжущихся, не отождествляясь с ними, не неся пред ними ответственности за свои советы и судебные речи и не имея права ни выговаривать себе вознаграждения, ни требовать его судом, адвокаты указанных государств издавна прониклись взглядом на свою профессию как на общественное служение, требующее упорного труда, бескорыстия и самоотверженности. Далеко не таков тип адвоката в государствах второй группы, где адвокаты являются и поверенными сторон. Как только к правозаступничеству присоединяется судебное представительство, по своей сущности коренным образом отличающееся от него, призванное служить иным потребностям, требующее от занимающихся им лиц других качеств (практической деловитости, ловкости, изворотливости), тотчас адвокатура приобретает двойственный характер, душа адвоката раздваивается¹, «к его подошвам прикрепляются свинцовые гири судебного представительства, не позволяющие ему, несмотря на все усилия, подняться в идеальный мир права и постоянно заставляющие его опускаться в область низменных земных побуждений»². Из ученого эксперта по вопросам права и судебного оратора, каким он был в качестве чистого правозаступника, адвокат становится практическим дельцом, маклером по юридической части, имеющим тем больше успеха в публике, чем больше сметливости, юркости и даже неразборчивости в средствах он проявляет при устройстве материаль-

¹ *Ettinger*, 5.

² *Prischl*, 158. Автор новейшего французского сочинения о поверенных — *Vallier*, адвокат, занимавшийся раньше в конторе поверенного и лично изучивший обе профессии, подробно характеризует качества, требуемые каждой из них, и приходит к заключению, что эти качества несовместимы и что «почти всегда хороший адвокат был бы жалким поверенным, а хороший поверенный — посредственным адвокатом», как и наблюдается в действительности во французских провинциях, где адвокатура и представительство (при недостатке адвокатов) соединяются: «...из провинциальных адвокатов-поверенных одни — больше адвокаты, чем поверенные, а другие — и такие преобладают — больше поверенные, чем адвокаты» (187).

ных интересов своих клиентов. Само собою понятно, что он не может уже претендовать на то высокое доверие и уважение суда и общества, какими был окружен раньше, потому что «из-под его адвокатской тоги выглядывает портфель ходатая по делам¹, имеющего право вдобавок требовать от клиента вознаграждения за каждую написанную строчку, за каждый процессуальный шаг². Если во Франции и в Англии адвокатура всегда стояла и теперь стоит выше, чем в германских государствах и в Австрии; если она выставила несравненно больше выдающихся деятелей в области юридической науки, ораторского искусства, в рядах судебной магистратуры, на политическом поприще и в высших должностях государственной службы, то причиной этого³ является именно

¹ *Prischl*, 158.

² Различие между двумя рассматриваемыми системами организации адвокатуры ярче всего сказывается на вопросах о гонораре и несовместимости. В то время как французские и английские адвокаты, согласно истари установившейся традиции, имеющей корни в римском воззрении на адвокатский гонорар, как на добровольный и почетный дар со стороны клиента, обязаны проявлять в денежных отношениях с тяжущимися величайшую щепетильность, не имея права ни вступать в соглашения о гонораре, ни требовать его путем иска, немецкие и австрийские адвокаты получают вознаграждение по соглашению с клиентами или по таксе, представляя им подробные счета, подлежащие проверке суда и взысканию в судебном порядке, и германскому Имперскому суду дважды пришлось обсуждать вопрос, имеет ли право адвокат внести в счет пять пфеннигов (2 коп.) за написание адреса на своем письме. Приводя последний факт, проф. Штейн справедливо отмечает, что он «не служит к славе сословия» (*Stein, Zur Justizreform*, 71, Anm.). Такой же разительный контраст представляет постановка вопроса о несовместимости. Во Франции и Англии адвокаты считают свою профессию, как выразился один из них, «столь чистой, что малейшая примесь портит и искажает ее». Согласно этому взгляду, сословные обычаи воспрещают адвокатам, под угрозой исключения из сословия, все занятия, могущие хоть сколько-нибудь неблагоприятно отразиться на независимости и бескорыстии адвоката, как то: исполнение обязанностей судебного представителя, в частности при принудительном исполнении судебных решений, посредничество при заключении сделок, участие в торговых и промышленных предприятиях и т. п. (Организ. адв., I, 144, 146; *Cresson*, I, 74, II, tit. XII). Все эти занятия разрешены германским и австрийским адвокатам, а судебное представительство и действия по исполнению решений, участие в конкурсах и пр. даже составляют их законную обязанность (*Friedländer*, 27—28). Таким образом, французские и английские адвокаты, чтобы уподобиться германским и австрийским, должны систематически нарушать правила сословной этики, и можно дать такое определение германским и австрийским адвокатам: это лица, подлежащие исключению из сословия французских или английских адвокатов за постоянное и грубое нарушение правил о гонораре и несовместимости.

³ Это признают даже некоторые из тех немецких и австрийских авторов, которые находят невозможным по разным соображениям деление правозаступничества и судебного представительства у себя на родине (*Бенедикт*, 113 и сл.; *Ettinger*, 8 ff., 14—15; *Weinrich* (Preuss. Jahrb., 99 B., 95 ff.)).

то обстоятельство, что в первых двух странах адвокатская профессия сохранялась в чистом виде, что правозаступничество было отделено от судебного представительства¹.

¹ Организ. адвокат., I, 182, 223–224, 226–227, 276–277, 281–284, 303–303, 386 и сл.; II, 142 и сл. Другого мнения новейший историк германской адвокатуры *Weissler*. Признавая, что «французская адвокатура пользуется большим почетом» и представляет собою «духовную аристократию нации» (404, 405), что ее характеризуют «гордое самосознание, свято хранимые традиции, сильно развитое чувство солидарности», что «ее самоотверженность во времена революции была запечатлена античным духом» (405), Вейсслер подтверждает, что германская адвокатура стоит гораздо ниже (614–616), но причину такой разницы видит не в отделении адвокатуры от представительства во Франции, а в «склонности и способности галльского племени к ораторскому искусству» (404), в «любви французских адвокатов к своей профессии» и в «вере их в свое призвание» (405). Натянутость и поверхностность этого объяснения бьют в глаза. Способность к ораторскому искусству сама по себе не могла бы придать профессии возвышенного характера и облагородить ее служителей. Если французские адвокаты не превратились в наемных софистов и продажных прелюбодеев слова, то, значит, были какие-то причины, которые удержали их от этого выгодного в материальном отношении превращения. С другой стороны, английские адвокаты занимают столь же, если не более, почетное положение в своем отечестве, как французские — в своем. А между тем судебное красноречие в Англии всегда отличалось строго деловым характером и далеко уступает изысканному мастерству французских адвокатов. Что касается любви французских (и английских) адвокатов к своей профессии, к своему сословию и веры в свое высокое призвание, то этот факт бесспорен, но является прямым результатом отделения адвокатуры от судебного представительства и родственных ему видов посреднической деятельности. Французскому и английскому адвокатам есть что любить, есть чем гордиться, есть во что верить, потому что они живут в идеальной сфере чистого права, потому что их сословие имеет блестящую историю, потому что они — «рыцари закона и правосудия», как называли французских адвокатов еще в Средние века, потому что они сознают себя, по выражению Лоренца Штейна, носителями правового развития своего народа. А что любить, чем гордиться и во что верить, кроме хорошего заработка, германскому и австрийскому адвокатам, если они занимались и занимаются по преимуществу ходатайством и посредничеством в качестве представителей интересов частных лиц, если их профессия представляет собою, как выразился один из их же земляков, «смесь всего, что только возможно, от ведения процессов до составления доверенностей и управления домами, бюро для исполнения решений и продажи имущества, канцелярию для вексельных протестов и защиты по уголовным делам» (слова Шенка, цит. *Пришлем*, 251), если такая профессия никогда не пользовалась особым уважением общества, если даже случалось в старину, что их ставили на одну линию с «презренными ремесленниками, каковы ткачи, музыканты, банщики, медники, резники свиней и т.п.» (*Weissler*, 80–82). Ошибочность мнения Вейсслера объясняется тем, что он не вник глубже в принципиальную разницу между правозаступничеством и судебным представительством, ограничился изложением истории германской адвокатуры, где эта разница была с давних пор замаскирована и сглажена, и только вскользь коснулся римской и французской адвокатуры, обойдя молчанием историю английской адвокатуры.

Конечно, разделение этих функций в том виде, как оно исторически выработалось на практике, сопряжено с некоторыми неудобствами. Но, во-1-х, эти неудобства могут быть устранены или во всяком случае значительно ослаблены¹, а, во-2-х, вопросы удобства должны отступать на задний план там, где идет речь о создании необходимых условий для нормального развития целого института, имеющего важное социальное значение².

§ 33. Адвокатура в России³

I. В России, как и в других славянских государствах, адвокатура существовала издавна не в виде самостоятельной профессии, а в связи с судебным представительством и под его личиной: судебное представительство, вначале допускавшееся только по исключению для некоторых категорий лиц (детей, женщин, стариков, монахов, глухих), получило впоследствии свободное применение и обратилось в профессиональное занятие особого класса лиц, которые, будучи лучше других знакомы с нормами права и процесса, стали в то же время исполнять и роль правозаступников. Но никакой организации этот класс профессиональных поверенных не имел. Даже Свод законов 1832 г., разрешив

¹ Организ. адвок., II, 149 и сл.

² Это обстоятельство постоянно упускается из виду противниками разделения профессий, напирающими на практические неудобства соединения их. Суть дела не в этих неудобствах, не в том, обходится ли тяжущимся ведение дел немного дороже или дешевле, приятнее ли и выгоднее ли адвокатам вступать в личные отношения с клиентами без посредничества поверенных и т.п., а в принципиальном вопросе: представляется ли желательным — в интересах лучшего отправления правосудия, для юридического развития нации, для водворения законности в стране — существование особого класса образованных юристов, всецело отдавших изучению правоповедения, избавленных от всей черновой работы при ведении судебных дел и призванных бескорыстно и самоотверженно помогать частным лицам в борьбе за право, — класса людей, который служил бы рассадником общественных и государственных деятелей, из которых, как выразился лорд Сельборн об адвокатах своего отечества, «одни могут служить государству в качестве судей, другие — в качестве писателей-юристов, и которые бы всегда принимали большое участие в поддержании принципов свободы, независимости и достоинства закона»? По-видимому, на этот вопрос не может быть двух ответов.

³ Организация адвокатуры, I, 306—358. Сочинение П. Котляревского (Русская адвокатура и закон, 1905) посвящено главным образом обсуждению вопроса о праве присяжных заседателей выносить оправдательные вердикты при доказанности совершения подсудимым инкриминируемого ему преступления и при отсутствии законных причин невенения.

каждому вести дела при посредстве поверенного, перечислил только группы лиц, которые не имели права заниматься ходатайством по чужим делам (малолетние, духовные, чиновники, удельные крестьяне и т.д.), не установив каких-либо положительных условий для допущения к занятию представительством и не дав классу поверенных внутренней организации, так что до издания Судебных уставов 1864 г. судебное представительство, соединенное с адвокатурой, продолжало оставаться абсолютно свободной профессией. Только в Прибалтийских губерниях, в Литве и Царстве Польском существовала организованная по германскому образцу того времени адвокатура, а в 1832 г. был издан закон относительно поверенных при коммерческих судах, сводившийся только к тому, что занятие ведением чужих дел в этих судах предоставлено тем лицам, которых коммерческий суд, «по личном осведомлении об их свойствах», внесет в список практикующих при нем «присяжных стряпчих» и которые могут быть исключены судом из списка «без всяких дальнейших объяснений». Этими правилами определяется организация института присяжных стряпчих по настоящее время.

Отсутствие требования какого бы то ни было умственного и нравственного ценза, отсутствие всякой организации, всякого надзора и вдобавок письменный порядок судопроизводства, облеченный канцелярской тайной, привели к тому, что ведением судебных дел, которое состояло преимущественно в сочинении состязательных бумаг, стали заниматься прогнанные со службы чиновники и другие лица столь же сомнительной нравственности, успевшие каким-либо путем приобрести некоторое знакомство с законами. Преследуя только свою выгоду и стремясь возможно больше запутывать и затягивать дела, они являлись главными виновниками процветания клаяуз и ябедничества, характеризующих дореформенное правосудие¹. Суровые наказания, которыми облагалось ябедничество, начиная с Уложения Алексея Ми-

¹ «Одна из причин неуспешного хода гражданских дел по правилам Свода 1857 г., — говорится в мотивах к ст. 11 Учр. суд. уст., — заключается в том, что Свод не допускает признанного правительством сословия поверенных, которое как по знанию своего дела, так и по нравственным качествам и юридическим познаниям своих членов удовлетворяло бы своему призванию. От того наши поверенные, остающиеся негласными, не всегда оправдывают назначение этого важного в судебном ведомстве сословия. Для исправления сей части нашего судоустройства необходимо ввести у нас Учреждение присяжных поверенных, без которых решительно невозможно будет ведение состязания в гражданском и судебных прений в уголовном судопроизводстве, с целью раскрытия истины и предоставления полной защиты тяжущимся и обвиняемым перед судом».

хайловича, не достигали цели, так как для его развития имелись слишком благоприятные условия. Чтобы пресечь зло в корне, необходима была коренная реформа всего судебного строя и судопроизводства, а затем создание официальной, надлежащим образом организованной адвокатуры. Это и было сделано Судебными уставами 1864 г., призвавшими к жизни сословие присяжных поверенных.

Составители Судебных уставов хорошо понимали, что в интересах правильного отправления правосудия занятие адвокатурой не может быть предоставлено всем и каждому, а должно быть сосредоточено, по примеру западноевропейских государств, в руках отдельного класса лиц, обладающих таким же умственным и нравственным цензом, как судьи и прокуроры (мотивы к ст. 354, 356 и 387 Учр. суд. уст.). С этой целью и было решено создать сословие присяжных поверенных. Но условия тогдашней жизни не позволили составителям Уставов осуществить свои планы в полном объеме. Сознывая, что в первое время число лиц с требуемым для присяжных поверенных цензом будет крайне ограничено и что, таким образом, потребность населения в юридической защите останется в значительной степени неудовлетворенной, они решили предоставлять присяжным поверенным монополию ведения дел только в тех городах, где число их достигнет известного комплекта (ст. 387 и 388), а до этого времени дозволили заниматься ведением чужих дел в судах всем правоспособным гражданам за немногими изъятиями (ст. 44, 45 Уст. уг. суд. 1864 г., ст. 44, 245 и 246 Уст. гр. суд.). Вследствие этого наряду с официальной присяжной адвокатурой не прекратила своей деятельности прежняя самозванная, закулисная адвокатура. Ряды последней наполнились лицами, не имевшими необходимого, а нередко вообще никакого ценза и приносившими тяжущимся и правосудию немало вреда. Чтобы поставить предел их размножению, был создан в 1874 г. институт частных поверенных и право заниматься профессионально ведением гражданских дел предоставлено только присяжным и частным поверенным.

II. Присяжные поверенные. Условия допущения. Лица, желающие вступить в ряды присяжной адвокатуры, должны быть русско-подданными (п. 1 ст. 355), не состоять на государственной или общественной службе в каких-либо должностях, кроме почетных и бесплатных (п. 4. ст. 355) и обладать определенным возрастным, нравственным и образовательным цензом. Возрастной состоит в достижении 25 лет отроду (п. 1 ст. 355). Нравственный ценз — такой же, как требуется от судей,

со следующими отличиями. Закон не запрещает принимать в число присяжных поверенных лиц, подвергшихся по судебному приговору заключению в тюрьме или более строгому наказанию и состоящих под опекой за расточительство, но не допускает лишенных духовного сана по приговору духовного суда, исключенных раньше из сословия присяжных поверенных и тех, кому судом воспрещено ходатайство по чужим делам (ст. 355).

Образовательный ценз складывается из высшего юридического образования и пятилетней практической подготовки, состоящей в занятии такого рода деятельностью, которая дает возможность приобрести практические сведения в производстве судебных дел. Такого рода деятельностью являются служба по судебному ведомству в должностях, при исполнении которых можно получить указанные сведения, или в звании кандидата на судебные должности (ст. 354); занятия судебной практикой при присяжном поверенном в звании его помощника¹; ведение судебных дел в качестве юрисконсульты правительственного учреждения (О. с., 1906, № 9), а также в качестве частного поверенного (О. с., 84, № 7), но не присяжного стряпчего (О. с., 75, № 56).

Помощники присяжных поверенных. Большинство присяжных поверенных выходит из числа помощников. Но организация этого рассадника адвокатуры совершенно не определена законом, который ограничивается только указанием, что помощники присяжных поверенных «занимаются судебной практикой под руководством присяжных поверенных» (ст. 354). Составители Судебных уставов считали невозможным дозволить помощникам присяжных поверенных самостоятельное ведение дел (объясн. к ст. 354); но Закон 1874 г. о частных поверенных разрешил помощникам записываться в частные поверенные и получать свидетельства на право заниматься судебной практикой (ст. 406¹⁷). Вследствие этого положение помощников приобрело двойственный характер. С одной стороны, они только кандидаты в адвокатуру, занимающиеся под руководством присяжных поверенных, а с другой стороны — настоящие адвокаты, конкурирующие с присяжными поверенными в качестве частных поверенных. С одной стороны, они, наравне с частными поверенными, подлежат дисциплинарному надзору и дисциплинарной власти судов (ст. 406^{17, 13}); с другой сторо-

¹ Недостаточно помогать присяжному поверенному фактически; нужно быть принятым советом сословия в число помощников присяжных поверенных (Опред. Соед. прис. (Шрейбер, 360, п. 9; Щегловитов, 177, п. 7)).

ны, как младшие члены сословия присяжных поверенных, «состоят под ведением и ближайшим надзором их советов», которые имеют право привлекать их к дисциплинарной ответственности и подвергать дисциплинарным взысканиям (О. с., 80, № 6)¹.

Принятие в помощники присяжных поверенных производится советом присяжных поверенных, имеющим право отказывать в нем по неформальным причинам, на основании неблагоприятных сведений о нравственных качествах просителей, причем основанный на таких соображениях отказ совета не допускает обжалования (О. с., 85, № 13). Употребленное в ст. 354 выражение, что помощники «занимаются судебной практикой под руководством присяжных поверенных *в качестве их помощников*», истолковано на практике в том смысле, что каждый помощник обязан приписаться к определенному присяжному поверенному, который становится его патроном и должен наблюдать за деятельностью помощника даже при ведении им дел в качестве частного поверенного². Общий надзор за помощниками и определение порядка их делопроизводства и отчетности принадлежат советам, за которыми Сенат признал право издавать правила «для всех подведомых им лиц» (О. с., 94, № 14). Так как эти правила в разных округах не во всем совпадают, то и положение помощников не везде одинаково.

Принятие в число присяжных поверенных. Оно тоже зависит от совета этого округа, где желает поселиться кандидат, или, за отсутствием совета, от окружного суда. Совет, обсудив все сведения о кандидате, какие найдет нужным, в том числе и о нравственных качествах и предшествующей деятельности его, удовлетворяет ходатайство просителя или отказывает в нем (ст. 380). В случае удовлетворения, свидетельство совета представляется подлежащему окружному суду, который приводит вновь допущенного адвоката к присяге (ст. 381). По отношению к лицам нехристианских исповеданий Высочайшим повелением 1889 г. постановлено, что они могут быть допускаемы в число присяжных поверенных не иначе как с разрешения министра юстиции, по представлениям совета или председателя суда, заменяющего совет (прим. к ст. 380). Постановление одного совета о принятии или непринятии просителя в число поверенных данного округа необязательно для других советов,

¹ В таком же смысле определения Соед. прис. (*Шрейбер*, 371, п. 3; *Щегловитов*, 184–185, п. 12, 13, 23).

² Опред. Соедин. прис. от 4 мая 1895 г. (*Шрейбер*, 360, п. 11; *Щегловитов*, 178, п. 12).

так что лицо, зачисленное в присяжную адвокатуру одного округа, может быть, в случае желания перевестись в другой округ, не принято советом последнего (О. с., 81, № 33). На постановление совета об отказе в принятии по формальным причинам, т.е. ввиду того, что проситель не удовлетворяет указанным в законе условиям относительно подданства, ценза и несовместимости, допускаются жалобы в палату по общим правилам (ст. 376); но на отказ совета, основанный на неформальных причинах (на неблагоприятных сведениях относительно нравственных качеств просителя), жаловаться нельзя (О. с., 79, № 14, 81, № 33). Кроме того, судебная палата имеет право отменить постановление совета в порядке надзора, если усмотрит, что им принято в присяжные поверенные лицо, не обладающее необходимыми формальными условиями (О. с., 1906, № 9)¹.

Корпоративное устройство. Присяжные поверенные приписываются к судебным палатам (ст. 356), образуют при каждой палате особую коллегию, и если число членов коллегии не менее 20, то входят в палату с просьбой о разрешении им избрать совет (ст. 358). Число членов совета точно не определено законом. Оно зависит от усмотрения общего собрания, но не должно быть меньше пяти и больше 15, включая председателя и товарища председателя (ст. 361). Если в каком-либо городе, в котором нет судебной палаты, имеют место жительства более 10 присяжных поверенных, то они могут, с разрешения состоящего при местной судебной палате совета присяжных поверенных, избрать из своей среды отделение совета при окружном суде в таком составе и с теми из принадлежащих совету правами, которые будут им самим определены (ст. 366)². Председатель и члены совета избираются на один год (ст. 364). Для действительности выборов необходимо присутствие не менее половины всех поверенных округа данной судебной палаты (ст. 359, 365; О. с., 1907, № 10). Если в собрание явится их меньше, то назначается новое заседание, а если и оно не состоится за отсутствием требуемого числа участвующих, то члены совета сохраняют свое звание еще на год (ст. 365).

¹ В таком же смысле опред. Соедин. прис. (*Шрейбер*, 384; *Щегловитов*, 182).

² В 1875 г. было временно приостановлено открытие советов в тех округах, где они не успели открыться, а в 1889 г. точно так же приостановлено открытие новых отделений советов. Первое запрещение было отменено для некоторых округов в 1906 г., так что в настоящее время советы существуют в столицах, Харькове, Саратове, Казани, Одессе, Новочеркасске, Иркутске и Омске (прим. 1 и 2 к ст. 357; прим. к ст. 366).

Совету предоставлено: разрешение просьб о принятии в число присяжных поверенных и помощников присяжных поверенных (О. с., 85, № 13) данного округа, дисциплинарный надзор за всеми ними, право издания обязательных правил как относительно своего делопроизводства, так и по надзору за подведомственными ему лицами (О. с., 94, № 14), назначение поверенных для ведения дел лиц, пользующихся правом бедности или обратившихся к совету с просьбой назначить поверенного, определение размера гонорара по таксе в случае отсутствия соглашения между поверенным тяжущимся и возникновения между ними несогласия¹, распределение процентного сбора между присяжными поверенными, выдача им свидетельств о том, что они не подвергались осуждению в дисциплинарном порядке, исполнение обязанностей дисциплинарного суда (ст. 367), принятие мер охраны бумаг и имущества доверителей умершего или заболевшего присяжного поверенного².

Надзор за деятельностью совета принадлежит той судебной палате, при которой он состоит³, и все постановления совета могут быть обжалуемы этой палате в двухнедельный срок со времени их объявления (ст. 376).

В тех местностях, где нет совета или отделения его, их обязанности исполняет местный окружный суд (ст. 378).

Несовместимость. Звание присяжного поверенного несовместимо с некоторыми видами общественной и частной деятельности. Закон упоминает прямо лишь о государственной и общественной службе, разрешая притом принимать в присяжные поверенные лиц, занимающих почетные и бесплатные общественные должности (п. 4 ст. 355). В основе этого запрещения лежит общее соображение о том, что от лиц, состоящих на службе, «как подчиненных различным начальствам и несущим разные обязанности, нельзя ожидать ни той независимости, которая признается необходимою для присяжного поверенного, ни той свободы располагать своим временем, без которой невозможно исполнять многочисленные обязанности, соединенные со званием присяжного поверенного» (объясн. к ст. 355). Толкуя п. 4

¹ В случае если этот спор, несмотря на определение гонорара советом, дойдет в исковом порядке до суда, суд не обязан руководствоваться определением совета: оно равнозначно для него с заключением экспертов, так как закон не снабдил таких постановлений советов прис. пов. силой судебных решений (Гражд., 79, № 55).

² Определ. Соедин. прис. от 30 сентября 1904 г. (*Шрейбер*, 373, п. 18; *Щегловитов*, 185—186).

³ Определ. Соедин. прис. от 24 апреля 1897 г. (*Шрейбер*, 371, п. 1; *Щегловитов*, 182, п. 3).

ст. 355 в связи с преследуемой им целью, нужно признать, что присяжные поверенные не могут занимать даже почетных и бесплатных должностей в тех случаях, когда они налагают на них постоянные обязанности, отнимающие много времени, или ставят их в подчиненность другим властям, кроме сословных советов, каковы, например, должности председателя мирового съезда и почетного мирового судьи, подчиненных надзору Сената (О. с., 79, № 24), члена земской управы, не отказавшегося от вознаграждения за службу (О. с., 81, № 26), и т.п. О частных занятиях, несовместимых со званием присяжного поверенного, закон умалчивает. Но так как органы дисциплинарного надзора «вправе следить за тем, чтобы деятельность присяжных поверенных соответствовала их значению и тому положению, в какое они поставлены законом» (О. с., 77, № 27), то советы присяжных поверенных могут и должны воспрещать поверенным такие занятия, которые, по их мнению, не соответствуют обязанностям адвоката и достоинству носимого им звания, каковы, например, маклерство, комиссионерство, торговля (О. с., 77, № 27)¹. Изложенные правила о несовместимости относятся в одинаковой мере и к помощникам присяжных поверенных (О. с., 96, № 40, 1900, № 10).

Права. Присяжные поверенные совмещают в своем лице правозаступников и судебных представителей. Они действуют на основании договора доверенности (ст. 390, 391) и вполне заменяют тяжущихся в процессе (ст. 249 Уст. гр. суд.). Они имеют право вести судебные дела во всех судебных учреждениях Империи², причем, если им приходится

¹ Этим правом советы пользуются не в достаточной степени (Орган. адв., I, 338).

² Составители Судебных уставов имели в виду локализовать деятельность присяжных поверенных, основываясь на том соображении, что они будут исполнять обязанности не только правозаступников, но и судебных представителей, которые, по свойству своих функций, постоянно должны находиться в том округе, где практикуют (объясн. к ст. 384). Осуществляя эту идею, составители Уставов разрешили присяжным поверенным вести гражданские дела в судебных учреждениях округа той палаты, где они приписаны (ст. 383), а в судах других округов ходатайствовать только по тем делам, которые начаты ими в своем округе (ст. 384). С той же целью было постановлено в ст. 385, что присяжные поверенные, которым приходится для продолжения дела переехать в другой город, обязаны передавать прочие свои дела кому-либо из товарищей, конечно, с согласия доверителей. Но так как составители Уставов принуждены были, впредь до введения комплектов присяжных поверенных в отдельных округах и предоставления им монополии ведения судебных дел, разрешить это ведение всем желающим (ст. 245 Уст. гражд. суд.), то присяжные поверенные получили право заниматься судебной практикой во всей Империи (Гражд., 72, № 881), и локализация осталась неосуществленной. Закон 1874 г., вводя институт частных поверенных, отменил правило ст. 245 Уст. гр. суд.,

для этого выступать в суде не того округа, к которому они приписаны, то они подчиняются дисциплинарной власти местного совета (ст. 384) или, за отсутствием там совета, местного окружного суда (там же). Поэтому за проступки, совершенные во время пребывания в другом округе, поверенные подлежат дисциплинарной ответственности пред советом или судом этого округа¹.

Присяжные поверенные не пользуются монополией ведения гражданских дел². Не говоря уже о том, что сами тяжущиеся не лишены права лично вести свои дела (ст. 389), поверенными могут быть близкие родственники тяжущихся (их супруги, родители, дети), соучастники в тяжбе и заведующие делами тяжущихся (ст. 386) и, наконец, частные поверенные (ст. 406¹). Помимо того, по делам, производящимся в мировых судах, допускаются к ходатайству все правоспособные граждане (за исключением перечисленных в ст. 45 Уст. гр. суд. лиц), но не более чем по трем делам в течение года в пределах одного и того же мирового округа. При этом если мировой судья усмотрит, что кто-либо из таких лиц не соответствует условиям, требуемым от частных поверенных, то представляет об этом мировому съезду, который может воспретить этому лицу ведение чужих дел в данном округе (ст. 406¹⁷).

Обязанности присяжных поверенных, сверх вытекающих из договора доверенности, заключаются, согласно тексту адвокатской присяги, в том, что они должны «исполнять в точности и по крайнему своему разумению (т.е. по искреннему и добросовестному убеждению) законы Империи, не писать и не говорить на суде ничего, что могло бы клониться к ослаблению православной церкви, государства, обще-

но вместе с тем постановил, что «по делам гражданским, производящимся как в общих, так и в мировых судебных установлениях, поверенными могут быть, *кроме присяжных поверенных* и лиц, указанных в статье 389 (родителей, супругов, детей тяжущихся, соучастников в процессе и заведующих делами тяжущихся), также частные поверенные» (ст. 406¹). Так как здесь не сделано ни оговорки о том, что присяжные поверенные могут практиковать только в месте своей приписки, ни даже ссылки на ст. 383–385, то следует признать, что Закон 1874 г. не подтвердил локализации и что введение ее нужно считать отсроченным до установления комплектов присяжных поверенных.

¹ Опред. Соед. прис. (*Шрейбер*, 387–388; *Щегловитов*, 194).

² Составители Судебных уставов предполагали, что присяжные поверенные будут пользоваться монополией ведения дел в тех округах, где число их достигнет известного комплекта, который будет установлен министром юстиции в особой табели (ст. 387–388). Но до сих пор такая табель не была издана, хотя во многих городах число присяжных поверенных так значительно, что с избытком удовлетворяет потребность тяжущихся в адвокатах.

ства, семейства и доброй нравственности, честно и добросовестно исполнять обязанности принимаемого на себя звания, не нарушать уважения к судам и властям» (прим. к ст. 381). Кроме того, закон особо воспрещает присяжным поверенным: 1) приобретать на свое имя или на имя подставных лиц права по судебным делам, которые они ведут (ст. 400 Учр.)¹; 2) вести дела в качестве поверенных против своих родителей, жены, детей, родных братьев, сестер, дядьев и двоюродных братьев (ст. 401); 3) быть поверенным обеих тяжущихся сторон² или переходить по одному и тому же делу от одной стороны к другой (ст. 402)³; 4) разглашать вверенные им доверителями тайны не только во время производства дела, но и по окончании его (ст. 403)⁴; 5) вести

¹ Это правило постановлено «в видах ограждения неопытных тяжущихся от неблагоприятных действий присяжных поверенных» (объясн. к ст. 400), т.е. чтобы предотвратить вовлечение присяжными поверенными своих клиентов в невыгодные сделки. Поэтому следует признать, что ст. 400 воспрещает присяжным поверенным приобретать не только права по производящимся делам, т.е. иски своих доверителей, но и исполнительные листы (Гражд., 91, № 86) (*Савицкий*, Настоящее и будущее 400 ст. (Журн. М. Ю., 1898, № 2, 180 и сл.)).

² Это было бы нарушением адвокатской присяги, предписывающей присяжному поверенному «охранять интересы своих доверителей».

³ Это могло бы повести к нарушению адвокатской тайны. Для предупреждения этого представляется необходимым, чтобы присяжный поверенный и состоящий при нем помощник не принимали на себя обязанностей поверенных обеих тяжущихся сторон и не являлись противниками в одном и том же деле (Гражд., 84, № 129).

⁴ Иностранные законодательства облагают нарушение адвокатами профессиональной тайны уголовными наказаниями (Франц., § 378; Герм., § 300). Так как наше Уложение о наказ. не упоминает об этом преступлении, то нарушение ст. 403 может служить основанием только для дисциплинарной ответственности присяжных поверенных. Но наш закон не определяет, в какой мере принцип сохранения профессиональной тайны освобождает присяжных поверенных от общегражданской обязанности давать на суде свидетельские показания. Сопоставляя рассматриваемую статью с правилами Уст. гражд. судопр. относительно устранения и отвода свидетелей, следовало бы прийти к тому выводу, что адвокат не может быть, по своей просьбе, совершенно устраняем от свидетельства судом, без отвода со стороны противника, так как подобного права суду не предоставлено законом, но что адвокат вправе только уклоняться ввиду ст. 403 Учр. суд. уст. от показаний по тем обстоятельствам, которые он узнал в качестве поверенного, при исполнении своих профессиональных обязанностей, и которые составляют тайну клиента. В таком смысле этот вопрос разрешен в некоторых иностранных государствах, например в Германии (п. 5 § 383 Уст. гражд. суд.) и Австрии (п. 4 § 321 Уст. гражд. суд.). Однако нельзя не заметить, что подобный порядок ставит адвокатов в крайне затруднительное положение, так как, будучи допущены к свидетельству, они должны принести присягу в том, что по чистой совести покажут все, что знают по данному делу, и ничего не утаят. Следовательно, отказываясь отвечать на некоторые вопросы, чтобы не разгласить профессиональной тайны, адвокаты нарушат присягу. С этим же

списки поручаемых им дел и представлять эти списки совету по его требованию (ст. 406).

Гонорар присяжных поверенных определяется по соглашению между ними и клиентами, которое должно быть письменным (ст. 395), хотя может быть и не облечено в форму договора, а изложено в простом письме (Гражд., 1907, № 105).

Существует и законная такса¹, имеющая двоякое знамение. Суд руководствуется ею, во-1-х, при исчислении количества издержек, подлежащих взысканию с проигравшей стороны в пользу выигравшей за наем поверенного, и, во-2-х, при определении размеров гонорара поверенных в том случае, когда они не заключили письменного условия с клиентами (ст. 396). Основным принципом при определении размера гонорара принята в этой таксе цена иска: за ходатайство по делу в двух инстанциях присяжный поверенный получает известный процент со всей исковой суммы. Притом высота процента уменьшается с увеличением цены иска. По делам, не подлежащим оценке, и по охранительным размер гонорара определяется судом. За ведение дела в одной инстанции присяжный поверенный получает меньше. Точно так же уменьшается гонорар в случае проигрыша им дела (прилож. к ст. 396). Из вознаграждения, которое следует присяжным поверенным за ведение гражданских дел в общих судебных учреждениях, взимается 10% для составления общей по всей России суммы на вознаграждение присяжных поверенных за защиту подсудимых по назначению председателей судов (ст. 398)².

Ответственность. Присяжные поверенные подлежат тройкой ответственности: уголовной, дисциплинарной и гражданской. Уголовному суду они предаются за умышленные действия во вред своим доверителям (ст. 405), т.е. наравне со всеми вообще поверенными, злоупотребившими данными им другими лицами полномочиями.

затруднением встретились и французские адвокаты, которым туземные юристы (Молло, Крессон) указали следующий выход: принося свидетельскую присягу, адвокат должен сделать оговорку, т.е. заявить суду, что даваемое в присяге обещание показать всю правду не распространяется на обстоятельства, составляющие предмет профессиональной тайны. По-видимому, этот выход является единственно возможным и для наших адвокатов.

¹ Составители Судебных уставов предполагали, что на каждые три года и для каждого судебного округа будет устанавливаться особая такса (ст. 396). Первая такса была издана в 1868 г. для присяжной адвокатуры обеих столиц и вслед затем распространена на присяжных поверенных всех округов (прим. к ст. 396). С той поры она и действует. Новые таксы не издавались, да и потребности в них не было и нет.

² Порядок взимания и распределения этого сбора определен циркуляром министерства юстиции 22 апреля 1876 г. (*Щегловитов*, 198, п. 2; *Громачевский*, 224, п. 2).

К числу таких «преступлений по доверенностям» Уложение о наказаниях относит: 1) злонамеренное превышение пределов полномочия и злонамеренное вступление в сношения или сделки с противниками своего доверителя во вред ему (ст. 1709), каковы, например, умышленное признание правильности голословного иска противной стороны (Угол., 75, № 636), предоставление противнику рассрочки долга на продолжительное время в ущерб своему доверителю (Угол., 73, № 770) и т.п.; 2) злонамеренную передачу или сообщение поверенным переданных ему документов противнику своего доверителя (ст. 1710) и 3) злонамеренное истребление или повреждение, присвоение, утайку или растрату документов или имущества доверителей (ст. 1711). Кроме того, само собою понятно, присяжные поверенные подвергаются уголовному преследованию за совершение преступлений общего характера. К числу таких преступлений относится, за отсутствием положительного изъятия в нашем законодательстве, оскорбление суда или участвующих в деле лиц в судебных речах или бумагах (Угол., 67, № 322, 68, № 629, 72, № 672 и др.)¹.

Дисциплинарная ответственность присяжных поверенных распространяется на менее важные нарушения профессиональных обязанностей, которые не обложены уголовными наказаниями, а также на всякие вообще противные нравственности, предосудительные и несоответствующие достоинству адвокатского звания поступки. Советы, заботясь о поддержании чести сословия и о снискании ему уважения общества, имеют право привлекать присяжных поверенных к ответственности за совершение действий, «не согласных с понятиями нравственности» (О. с., 70, № 5), хотя бы и не предусмотренных уголовными законами (О. с., 80, № 5), и оценивать поступки поверенных «с точки зрения достоинства носимого ими звания» (О. с., 1903, № 2). Дисциплинарная ответственность распространяется и на действия, совершенные присяжным поверенным до вступления в сословие (О. с., 80, № 30), ибо «в противном случае совет, допустив какую-нибудь ошибку при принятии известного лица в присяжные поверенные и впоследствии удостоверившись в этой

¹ Иностранные адвокаты находятся в лучшем положении. Предоставляя им свободу слова, некоторые законодательства совершенно избавляют их от уголовной ответственности за оскорбление участвующих в деле (да и прочих частных) лиц, а другие допускают привлечение их к уголовному суду только с разрешения суда, в заседании которого произнесена инкриминируемая речь (*Грузенберг*, О свободе судебного слова (Труды Петерб. юрид. общ., II, 1911, 128 и сл.)).

ошибке, лишен был бы возможности исправить ее возбуждением вопроса о необходимости удалить из среды присяжных поверенных лицо, которое, по мнению самих представителей этого сословия, недостойно по своим нравственным качествам общественного доверия» (О. с., 76, № 5). Точно так же не избавляет присяжного поверенного от дисциплинарной ответственности добровольный выход из сословия¹.

Гражданская ответственность присяжных поверенных состоит в обязанности возмещения убытков, причиненных клиентам, во-1-х, перечисленными выше преступлениями (ст. 1709–1711 Улож. о нак.) и, во-2-х, вообще небрежным исполнением своих обязанностей, как то: пропуском процессуальных сроков и нарушением установленных законом правил и форм производства (ст. 404 Учр. суд. уст.).

Дисциплинарная ответственность имеет совершенно самостоятельное значение и никакой зависимости между нею и гражданской нет. Поэтому обвинение или оправдание присяжного поверенного дисциплинарным судом не лишает частное лицо права взыскивать с него вознаграждения за убытки, причиненные его неправильными действиями (ст. 374 Учр.), и, наоборот, предъявление частным лицом иска об убытках не освобождает присяжного поверенного от дисциплинарной ответственности за неправильные действия (О. с., 81, № 24).

Точно так же идут параллельно и независимо друг от друга дисциплинарное и уголовное производства. Оправдательный приговор уголовного суда не предreshает приговора дисциплинарного суда, и наоборот, потому, что «уголовные суды рассматривают деяния поверенных как преступления и проступки частных лиц вообще, караемые уголовными наказаниями; советы же присяжных поверенных обсуждают те же деяния только относительно их предосудительности, несоответствия со званием поверенного и с важностью вверенных ему интересов» (О. с., 82, № 31). В одном только отношении проявляется зависимость дисциплинарного производства от уголовного. Когда возбуждается против присяжного поверенного уголовное преследование, то об этом должно быть сообщено совету, который имеет право, если признает нужным, временно воспретить обвиняемому практику и даже исключить его из сословия (О. с., 82, № 31) по рассмотрении вопроса в порядке дисциплинарного производства, причем постановление совета подлежит обжалованию в порядке надзора (О. с., 1907, № 25).

¹ Опред. Соед. прис. от 23 ноября 1896 г. (*Шрейбер*, 372, п. 15; *Щегловитов*, 184, п. 16).

Дисциплинарное производство возбуждается как по непосредственному усмотрению совета, в силу принадлежащего ему надзора за деятельностью присяжных поверенных (О. с., 80, № 5), так и по жалобам частных лиц (О. с., 81, № 24) и по сообщениям судебных учреждений, прокуратуры и других органов государственной власти. Уездным съездам предоставлено специальным законом право, в случае замеченных ими неправильных и предосудительных действий присяжных поверенных при ведении дел в судебно-административных учреждениях, сообщать об этом прокурорам окружных судов и, до окончания возбужденного дисциплинарного производства, воспрещать им ходатайство по делам в данном уезде (ст. 9 Прав. произв. суд. д.).

Порядок дисциплинарного производства и система наказаний построены по французскому образцу. Присяжный поверенный, привлеченный к ответственности, приглашается дать объяснение к известному сроку. Если он не представит объяснения или не явится в заседание совета без уважительной причины, то совет постановляет приговор на основании имеющегося у него материала (ст. 372). Но от совета зависит признать неявку обвиняемого или непредставление им объяснения извинительными и отложить рассмотрение дела (ст. 373). Дисциплинарными наказаниями являются: предостережение, выговор, запрещение практики на время не свыше одного года и исключение из числа присяжных поверенных (ст. 368). Кроме того, совет может возбуждать вопрос о предании присяжных поверенных уголовному суду (ст. 368, п. 5). Присяжный поверенный, который дважды был приговариваем к временному запрещению практики, подлежит в том случае, если он в третий раз совершит проступок, заслуживающий, по мнению совета, такого же наказания, исключению из числа поверенных (ст. 369). Для действительности приговоров совета необходимо участие в заседании не менее половины его членов. При равенстве голосов голос председателя дает перевес. Запрещение практики и исключение из сословия могут быть налагаемы только большинством двух $\frac{2}{3}$ голосов присутствующих в заседании членов совета (О. с., 77, № 36).

Все приговоры совета сообщаются прокурору подлежащей палаты (ст. 370). Подобно тому как во Франции прокурор может опротестовать каждый приговор, а обвиненный адвокат — только такой, которым он присужден к запрещению практики или исключению из сословия (ст. 376). Протесты и жалобы приносятся подлежащей судебной палате в двухнедельный срок (ст. 376). Палата переворачивает дела, руководствуясь

правилами, установленными для дисциплинарного производства в судебных учреждениях (О. с., 79, № 61, 82, № 44, 86, № 5 и др.). Определения палаты окончательны (ст. 377) и не подлежат обжалованию в кассационном порядке (О. с., 86, № 5), но на них можно жаловаться в порядке надзора Соединенному присутствию I и кассационных департаментов Сената (О. с., 1907, № 25). Возможна также подача просьбы о возобновлении дел по вновь открывшимся обстоятельствам¹.

III. Частные поверенные. Другой класс профессиональных адвокатов образуют частные поверенные. Они состоят при коллегиальных судах первой и второй дистанций (мировых и уездных съездах, окружных судах и судебных палатах). Желаящий быть принятым в число частных поверенных должен удовлетворять следующим условиям: 1) получить высшее юридическое образование в России² или иметь свидетельство другого суда на право ходатайства по делам, или удостоверить судебное учреждение, при котором намеревается практиковать, в своих юридических познаниях (ст. 406³), т.е. выдержать испытание, объем и порядок которого определяются самим судом, 2) не принадлежать к лицам, которые правилом ст. 246 Уст. гр. суд. лишены права ходатайствовать в судах³, и 3) быть благонадежным в нравственном отношении

¹ Опред. Соед. прис. (*Шрейбер*, 382, п. 11; *Щегловитов*, 192, п. 15). В случае удовлетворения просьбы о возобновлении дело рассматривается вторично судом первой инстанции, т.е. советом, кроме того случая, когда отменяется только приговор второй инстанции (О. с., 1902, № 15).

² Опред. Соедин. прис. от 2 октября 1908 г. (*Шрейбер*, 404, п. 2; *Щегловитов*, 204, п. 4).

³ Согласно ст. 246 Уст. гражд. суд. «не могут быть поверенными: 1) неграмотные; 2) не достигшие совершеннолетия; 3) монашествующие, кроме тех дел, в коих они ходатайствуют за свои монастыри и обители или по поручению монастырского начальства; 4) священнослужители белого духовенства, кроме тех дел, в коих они ходатайствуют за духовное ведомство или за жен и детей своих, а также за питомцев, находящихся у них на попечении; 5) признанные несостоятельными, до определения свойств их несостоятельности; 6) ученики, воспитанники, студенты и слушатели, продолжающие учебный или академический курс, доколе не окончат его, за исключением лишь тех дел, в коих они приняли бы на себя ходатайство вместо их родителей или братьев и сестер; 7) состоящие под опекою; 8) члены судебных установлений и чины прокурорского надзора, кроме тех дел, в коих они ходатайствуют вместо своих детей, родителей, сестер или жены, если дела сии производятся не в том суде, в котором они состоят, и не в подведомственных оному местах; 9) отлученные от церкви по приговору духовного суда; 10) лишненные всех прав состояния или всех особенных, лично и по состоянию присвоенных, прав и преимуществ, равно освобожденные от таковых же наказаний силою Всемилоуейшего манифеста; 11) лица, которые, быв преданы суду по обвинению в преступлениях, влекущих за собою потерю всех прав состояния или всех особенных, лично и по состоянию присвоенных, прав и преимуществ, не оправданы судебным приговором; 12) исключен-

(ст. 406⁷). Кроме того, не могут быть частными поверенными женщины (ст. 406¹⁹). К этим требованиям Сенат, распространяя на частных поверенных по аналогии правило, установленное по отношению к присяжным поверенным (п. 2 и 4 ст. 355), добавил еще два: 1) быть русским подданным (О. с., 81, № 2) и 2) не состоять на государственной или общественной службе (О. с., 90, № 33, 99, № 22).

Суд производит кандидату, не получившему высшего юридического образования или не представившему свидетельства другого судебного места, испытание, о чем составляет протокол¹, и постановляет определение о допущении или недопущении просителя в число частных поверенных. Он имеет право отказать в допущении не только ввиду несоответствия кандидата формальным условиям, определенным в законе, но и по неформальным причинам, т.е. по нравственной неблагонадежности просителя (О. с., 75, № 51). В первом случае постановление суда должно быть мотивировано и подлежит обжалованию в двухнедельный срок в судебную палату (ст. 406¹⁶), а во втором случае суд не только может, но и должен воздержаться от мотивировки, заключающей в себе неодобрительное суждение о нравственных качествах кандидата (О. с., 80, № 16, 79, № 76), и постановления его окончательны (О. с., 80, № 16). Относительно приема в частные поверенные лиц нехристианских исповеданий требуется каждый раз особое разрешение министра юстиции (прим. к ст. 380). Одно и то же лицо может состоять частным поверенным при нескольких судебных учреждениях сразу. Но каждое судебное место разрешает вопрос о допущении его совершенно самостоятельно, не стесняясь постановлением другого суда (О. с., 80, № 18, 22), но не повторяя раз выдержанного экзамена (ст. 406⁵). Лица, допущенные в число частных поверенных, должны для того, чтобы иметь право практиковать, взять от допустившего их суда свидетельство, оплачиваемое особым сбором в размере 40 руб. в год, если его выдает съезд, и 75 руб., если его выдает окружной суд или палата (ст. 406⁹). Эти свидетельства берутся из каждого суда отдельно и имеют силу в продолжение одного года, по истечении которого должны быть возобновляемы посредством взноса установленной платы; если же лицо, принятое в частные поверенные, не взяло свидетельства или

ные из службы по суду или из духовного ведомства за пороки, или же из среды обществ и дворянских собраний по приговорам тех сословий, к которым они принадлежат; 13) все те, коим ходатайство по делам воспрещено судебным приговором».

¹ Опред. Соедин. прис. от 9 января 1866 г. (*Шрейбер*, 404, п. 1; *Щегловитов*, 204).

не возобновило его по истечении года, то считается выбывшим и может быть вновь зачислено с соблюдением общих правил приема, так что суд в праве отказать ему как по формальным, так и по неформальным причинам (О. с., 80, № 4, 81, № 51, 82, № 33).

Деятельность поверенных локализована: они могут ходатайствовать только в том судебном месте, которое выдало им свидетельство (406²), за исключением двух случаев: 1) поверенные, имеющие свидетельство от мирового съезда, могут ходатайствовать и по делам, производящимся у мировых судей (406³), и 2) поверенные, подучившие свидетельство от съезда, окружного суда или палаты, имеют право ходатайствовать в Сенате, и не только по тем делам, которые вели в низших инстанциях (ст. 406⁴), но и по всем другим (Гражд., 78, № 102, 1908, № 31)¹.

Вознаграждение частные поверенные получают по правилам, установленным для присяжных поверенных (ст. 406¹⁶), т.е. по письменному соглашению с клиентами, а при отсутствии его — по таксе (ст. 395, 396).

Обязанности частных поверенных вытекают из договора доверенности. Адвокатской присяги они не приносят; об их профессиональных обязанностях закон не упоминает. Но эти пробелы восполнены Сенатом, который, исходя из «однородности деятельности присяжных и частных поверенных» (О. с., 80, № 29, 81, № 2), признал «однородность гарантий, установленных законом против неблагоприятных действий поверенных» (Гражд., 91, № 85), и распространил на частных поверенных запрещение приобретать права по тяжбам своих доверителей (там же). На том же основании следует также признать, что частные поверенные обязаны хранить профессиональную тайну, не быть одновременно поверенными обеих тяжущихся сторон и вообще соблюдать правила профессии, которые установлены законом (ст. 400 и сл. Учр.).

Уголовная и гражданская ответственность частных поверенных тоже не отличаются от такой же ответственности присяжных поверенных, так как определяются общими для всех вообще действующих на основании договора доверенности лиц (см. с. 316).

¹ Такое расширение прав частных поверенных за пределы, точно обозначенные в ст. 406⁴ ст., мотивируется Сенатом теми соображениями, что институт частных поверенных создан законом с целью «возможно менее стеснять и ограничивать тяжущихся в выборе доверенных по делам ввиду малочисленности у нас присяжных поверенных» и что особого свидетельства на право ведения дел в Сенате законом не установлено (89, № 192).

Дисциплинарная власть над частными поверенными принадлежит тем судам, при которых они состоят (ст. 406¹³). Поводом к возбуждению дисциплинарного производства служат «неправильные и предосудительные действия» (ст. 406¹³), т.е. не только нарушения профессиональных обязанностей, но и поступки, противные нравственности (О. с., 78, № 20, 81, № 49), совершенные как по получении звания частного поверенного, так и до этого (О. с., 81, № 49). При рассмотрении этих дел суды руководствуются общими правилами дисциплинарного производства (О. с., 76, № 11, 81, № 48). К производству суды приступают или по собственному усмотрению, или же по предложению членов прокуратуры (ст. 406¹³) и могут налагать на виновных те же наказания, какие советы присяжных поверенных налагают на членов своего сословия, т.е. предостережение, выговор, запрещение практики и исключение из числа поверенных (ст. 406¹³). На постановление о наложении двух тягчайших наказаний (запрещения практика и исключения из числа поверенных) допускается апелляция в суды высшей инстанции, которою для съездов и окружных судов служат судебные палаты, а для палат — Сенат (ст. 406¹⁴). Кассационные жалобы не принимаются (О. с., 86, № 5). Министру юстиции предоставлено, кроме того, право воспрещать частным поверенным ходатайство по судебным делам за предосудительный образ действий (ст. 406¹⁵).

Изложенные правила о частных поверенных при мировых и общих судах распространены и на частных поверенных при уездных съездах со следующей лишь разницей: лица, получившие свидетельство на право ходатайства от уездного съезда, имеют право выступать у земских начальников и городских судей, а также в губернском присутствии, но лишь по тем делам, которые возникли в пределах округа данного съезда¹; высшей инстанцией для съезда служит губернское присутствие, которому можно жаловаться как на непринятие в частные поверенные, так и на исключение из их числа в дисциплинарном порядке; воспрещение практики за неблаговидные поступки производится министром юстиции не единолично, а по соглашению с министром внутренних дел (прил. к ст. 5 Прав. произв. суд. д.).

IV. Как видно из изложенного, организация русской присяжной адвокатуры примыкает, по лежащим в ее основе принципам, к австро-германской системе. Будучи осуществлена у нас немногим раньше, чем

¹ Цирк. Мин. внутр. д. 1890, № 18 (*Чажин*, Правила устр. суд. ч. и пр., 1911, 376).

в названных странах (Австрийский адвокатский устав издан в 1868 г., а Германский — в 1878 г.), она привела к таким же приблизительно результатам. Как по кругу своей деятельности, так и по общественному положению и по значению в общем строе государственной жизни присяжные поверенные стоят гораздо ближе к германским и австрийским адвокатам, чем к французским и английским¹. Совмещение правозаступничества с судебным представительством воспрепятствовало выработаться более высокому типу адвоката². На изменение к лучшему в будущем нет основания рассчитывать; скорее следует опасаться, что дальнейшее размножение, а затем переполнение сословия и чрезмерная конкуренция приведут к понижению нравственного уровня сословия³, как наблюдается в Германии и Австрии⁴.

Что касается сословия частных поверенных, то его организация совершенно неудовлетворительна, а нравственное состояние очень печально, так как состав этого сословия пополняется лицами с недостаточной юридической подготовкой и низкого этического уровня и так как за их деятельностью судебные учреждения не в силах следить⁵.

Проект новой редакции Учреждения судебных установлений, оставляя без изменения основные принципы современной организации адвокатуры, ограничивается улучшением деталей и восполнением пробелов в действующем законодательстве. Присяжные поверенные по проекту продолжают совмещать в своем лице роли правозаступников и судебных представителей; их гонорар определяется письменными условиями с клиентами, а при отсутствии таких условий — по таксе (ст. 469, 471); остается в силе и получает дальнейшее развитие корпоративное самоуправление; сохраняется институт частных поверенных (ст. 394 и сл.). Хотя некоторые члены комиссии по пересмотру судебных уставов указывали на необходимость разделить профессии правозаступничества и судебного представительства⁶ или по меньшей мере избавить присяжных поверенных от участия в исполнении судебных решений, но большинство не согласилось с этим.

¹ Подробности см. в: *Организ. адвокатуры*, I, 336 и сл.

² Отдельные исключения только подтверждают общее правило.

³ *Васьковский*, Будущее русской адвокатуры, 1893.

⁴ *Weissler*, 613–616; *Бенедикт*, 110–111, 140 и сл.; *Организац. адвокатуры*, I, 277 и сл., 304.

⁵ *Организ. адвокат.*, I, 350 и сл.

⁶ Спасисович, Боровиковский и автор настоящего сочинения.

ОТДЕЛ II

ИСКОВОЕ ПРОИЗВОДСТВО¹

ВВЕДЕНИЕ

§ 34. Понятие²

I. Когда домовладелец взыскивает наемную плату с квартиранта, когда законный наследник просит признать недействительным духовное завещание наследодателя в пользу постороннего лица, когда помещик домогается восстановления своего владения участком земли, который самовольно захвачен его соседом, — во всех этих случаях, как и вообще в каждом гражданском деле, задача суда состоит в том, чтобы проверить, вытекают ли требования просителей из фактических обстоятельств, на которые они ссылаются, и из постановлений действующего права, а затем окончательно определить их правомерность или неправомерность, т.е. установить, следуют ли домовладельцу деньги с квартиранта или не следуют, действительно ли завещание или недействительно, имеет ли право помещик требовать восстановления владения спорным участком земли или нет. Только после того, как такая проверка совершена, суд, смотря по ее результатам, либо удовлетворяет искимые требования, либо отказывает в них.

Отсюда видно, что сущность искового судопроизводства, или гражданского процесса в тесном, строгом смысле слова, состоит в *проверке и окончательном установлении гражданскими судами правомерности требований, заявляемых одними лицами по отношению к другим.*

¹ Литература указана в § 4 и 6 (с. 50—52, 55—60).

² *Gelb*, Rechtsschutzbegehren und Anspruchsbethätigung, 1909; *Wildhagen*, Der bürgerliche Rechtsstreit, 1912. Остальную литературу см. на с. 34.

1. Гражданский процесс представляет собою проверку, т.е. деятельность, совокупность действий, направленных к определенной цели, производство (*Verfahren, procédure*)¹.

2. Проверка и установление требований производятся судами, т.е. специальными органами государственной власти, которым граждане обязаны повиноваться. Отсюда — окончательный, неопровержимый характер результатов проверки для заинтересованных частных лиц: суд разрешает вопрос о правомерности требований граждан окончательно и бесповоротно либо в положительном, либо в отрицательном смысле. Решение суда, если оно не было обжаловано в установленном порядке или если уже не подлежит обжалованию, имеет силу закона для данного случая. Оно «обязательно не только для тяжущихся, но и для суда, постановившего оное, а также для всех прочих судебных и присутственных мест и должностных лиц Империи» (ст. 893 Уст. гражд. суд.).

3. В порядке искового судопроизводства проверка и установление требований производятся *гражданскими* судами. Однако гражданским судам предоставлено право проверять не все юридические требования: наряду с ними такую проверкой занимаются уголовные суды, административные суды (в тех государствах, где они уже введены) и органы общей администрации. Но эти учреждения не руководствуются правилами гражданского процесса: уголовные суды применяют правила уголовного судопроизводства; административные органы действуют на основании особых законов. Какие именно юридические требования подлежат компетенции гражданских судов, выяснится при определении границ их власти (см. § 53). Здесь нужно лишь заметить, что в преобладающем большинстве случаев эти требования касаются частноправовых отношений; но из этого общего правила существуют исключения, вследствие чего в определение искового судопроизводства нельзя вводить, как обыкновенно делается, указания на частноправовой характер проверяемых в нем требований.

4. В исковом порядке производства подлежат проверке требования, заявленные одними лицами против определенных других лиц. Суд рассматривает юридические отношения между ищущими его содействия (истцами) и другими, призванными к ответу лицами (ответчиками).

¹ Даже те ученые, которые считают процесс юридическим отношением, признают, что с внешней стороны он представляет собою производство (*Bülow, Die Lehre von den Processeinreden und Processvoraussetzungen, 1868, 4; Birkmeyer, § 1*). О процессе как юридическом отношении будет речь в гл. IV.

Отсюда — двусторонность гражданского процесса; всегда имеются две стороны с противоположными интересами. Если в действительности противной стороны в некоторых случаях нет, то она искусственно создается. Так, в делах о признании законности рождения роль ответчика, при отсутствии родителей, к которым мог бы быть предъявлен иск, исполняется прокурором (ст. 1354 Уст. гр. суд.). В других случаях, когда, например, ответчик умер, а наследники еще не приняли наследства, для ответа по иску назначается опекун (ст. 751 и 752).

Наличность двух сторон в процессе делает возможным спор между ними: ответчик может опровергать требования истца. Но спора может иногда и не быть, так как ответчик, по крайней мере по современным законодательствам¹, вовсе не обязан вступать в ответ: он волен не явиться в заседание суда или, явившись, не возражать против требования истца и даже признать его правильным. Поэтому часто встречающееся определение искового процесса как правового спора (*Rechtsstreit*)² представляется неточным³.

5. Исковое производство служит разным целям. Иногда истец начинает процесс только для того, чтобы суд выяснил и окончательно определил его юридическое отношение к ответчику, представляющееся неясным или спорным, как, например, чтобы суд признал договор прекращенным или завещание недействительным. В других случаях истцу желательно, чтобы суд придал его требованию к ответчику принудительную силу и предписал «взыскать с ответчика в пользу истца», «передать спорное имущество истцу» и т.п. Наконец, в порядке искового производства суд может в указанных законом случаях произвести, по желанию заинтересованного лица, изменение в его юридических отношениях к ответчику, например расторгнуть брак (ст. 1356¹ Уст. гражд. суд.), увеличить размер присужденного ему раньше срочного пособия за полученное при железнодорожном крушении повреждение здоровья (п. 6 ст. 683 Зак. гражд.), установить сервитут прохода и проезда (ст. 450 Зак. гражд.) и т.п.

Таким образом, целью искового процесса может быть: 1) устранение неопределенности в юридических отношениях заинтересованных лиц; 2) снабжение заявленных требований принудительной силой и,

¹ По римскому праву процесс действительно начинался «засвидетельствованием спора» между сторонами (*litis contestatio*), т.е. вступлением ответчика в процесс.

² *Renaud*, § 1; *Wetzell*, § 1; *Bayer*, 2; *Planck*, I, § 3; *Birkmeyer*, 3, 8—12; *Wildhagen*, 51 ff.

³ *Bülow*, *Processeinreden*, 4; *Drechsler*, 416; *Weismann*, § 3-III.

наконец, 3) преобразование юридических отношений, т.е. уничтожение и изменение уже существующих и создание новых.

Многоразличие целей искового процесса обыкновенно упускается из виду большинством ученых, которые, приписывая ему одну цель, резко расходятся между собой в ее определении. Одни считают такою целью только официальное, авторитетное установление наличия или отсутствия юридических отношений и прав¹. В противоположность этому мнению другие ученые полагают, что главная задача гражданского процесса — принудительное осуществление прав и что распознавание и удостоверение их являются только промежуточной ступенью, которая даже не всегда необходима². Гелльвиг указывает две цели:

¹ Гольмстен, 2; *Schrutka*, § 1; *Weismann*, § 3—II; *Bülow*, *Klage und Urtheil*, 1903, 55—56, 76.

² *Wach*, § 1; *Canstein*, 18, Anm. 1; *Heyssler*, *Laband* (*Degenkolb*, *Beiträge zum Zp.*, 1905, 25, Anm. 1). Вах, критикуя мнение о том, что целью процесса служит «окончательное, неопровержимое формулирование права», указывает, что «не везде, где преследуется эта цель, имеется процесс» и что, с другой стороны, бывают процессы и без такой цели. В доказательство он приводит юридические сделки, третейский суд и охранительное производство, тоже служащие к окончательному установлению прав, а с другой стороны — понудительное исполнение, конкурсное производство и другие случаи непосредственного осуществления прав без предварительного обсуждения их (10—11). Но он упускает из виду, что юридические сделки не являются способом *окончательного, неопровержимого* установления прав, так как могут быть оспариваемы путем процесса; что третейский суд заменяет с разрешения закона, при наличии определенных условий, государственный суд и исполняет тождественную с ним функцию; что определения, постановляемые в охранительном порядке, подлежат по общему правилу оспариванию в исковом порядке, т.е. не являются неопровержимыми; что понудительное конкурсное и другие формы бесспорного производства существенно отличаются от искового производства, могут быть изъяты из ведения судов и переданы другим органам государственной власти, что и делается иногда на практике. Суды существуют именно на случай споров между гражданами относительно их прав и обязанностей. Если бы законы были так ясны и способы удостоверения в существовании между гражданами любых юридических отношений были так легки, что распознать эти отношения можно было бы сразу, с первого взгляда, без всякого дальнейшего исследования, то суды оказались бы совершенно излишними и осуществление гражданских прав частных лиц могло бы с полным успехом производиться органами административной власти. Справедливо говорит по этому поводу Плоч: «Конечно, нельзя отрицать, что более отдаленною целью процесса, ради которой он вообще существует, в качестве особого юридического института, является осуществление гражданских прав, которые нуждаются в защите, в признании со стороны государства, и что вследствие этого процесс бесспорно следует считать учреждением для защиты права и средством осуществления наличного права. Но то обстоятельство, что этим средством осуществления служит именно процесс, т.е. значит, ближайшая, непосредственная, объясняющая существование процесса причина заключается в возможности недостоверного и сомнительного гражданского

установление и осуществление прав¹, упуская из виду прочие. Ближе подходит к правильному мнению Канштейн², но и он не упоминает о преобразовании юридических отношений судом.

Некоторые ученые, переходя на объективную точку зрения, видят цель искового процесса в конкретизации норм права или даже в осуществлении справедливости применительно к частным случаям жизни, так как в процессе одинаково охраняются судом права обеих сторон, а не одного только истца³. Конечно, суд конкретизирует в гражданском

права, т.е. в том, что бывают споры, где обе стороны могут быть правы» (*Plosz, Beiträge zur Theorie des Klagerechts*, 1880, 6—7).

¹ *Гельвиц*: «...гражданский процесс имеет задачей создавать средства к тому, чтобы конкретное юридическое положение, вытекающее из частноправового порядка, с полным авторитетом верховной государственной власти обязательным образом устанавливалось и чтобы нуждающиеся в удовлетворении право осуществлялось» (2). Аналогично: *Degenkolb, Beiträge zum Zivilprozess*, 1905, 24—26.

² *Канштейн*: «...цель гражданского процесса — юридическая защита права, которая, при наличии частноправовых и процессуальных предположений, должна вести к установлению, сохранению и удовлетворению частноправовых требований» (*Canstein*, I, 18—19). В брошюре, посвященной специально «цели процесса» (*Der Zweck des Civilprocesses*, 1902), Канштейн считает ею «установление истины» (S. 6). Но это — цель только одной части процесса, а именно исследования фактических обстоятельств дела. См. § 36.

³ *Wach*, I, 4—5; *Pollak*, § 15; *Chiovenda*, 54—55; *Bülow*, *Klage*, 76 ff. «Неправильно, — говорит Вах, — смотреть на цель процесса с субъективной точки зрения. Она не совпадает с целью, преследуемой одним субъектом процесса и специально истцом. Цель иска — не цель процесса. Ею определяется предмет процесса, но не цель его. В процессе сталкиваются противоречивые интересы истца и ответчика. Процесс служит одинаково нападению и защите, утверждению и отрицанию права. Двойственность цели, преследуемой сторонами, коренится в необходимости допущения юридических утверждений в качестве обосновывающих процесс действий сторон. Чье утверждение правильно — вопрос процесса, решаемый процессом. Но правильным может быть только одно из них. Отсюда следует, что цель только одной стороны действительно соответствует праву и заслуживает юридической защиты. Цель же процесса остается всегда одной и той же — осуществление справедливости посредством отправления правосудия. Оно достигается одинаково как отказом в иске, так и удовлетворением его. Таким образом, цель сторон лишь постольку является объективной целью процесса, поскольку совпадает с нею». Мнение Ваха было бы правильным, если бы суд самостоятельно исследовал юридические отношения между тяжущимися и окончательно определял их своим решением. Тогда действительно суд давал бы юридическую защиту обеим сторонам, смотря по тому, какая из них ее заслуживает. Но на самом деле суд ограничивается проверкой требований истца, не выходя за их пределы. Поэтому выигрыш дела имеет неодинаковое значение для истца и для ответчика: для истца — положительное значение, потому что бесповоротно устанавливает правомерность его требований по отношению к ответчику, а для ответчика — только отрицательное, ибо лишь извлавляет его от притязаний истца, но не подтверждает каких-либо его требований. Так, например, если суд удовлетворил иск о признании права собственности на дом, то это значит, что истец признан собствен-

процессе объективное право, но лишь в тех пределах, в каких этого требует истец, именно по отношению к тем фактическим обстоятельствам, которые приведены истцом. Таким образом, непосредственная цель процесса — проверка правомерности требования истца, а достигается она путем конкретизации правопорядка¹.

§ 35. Система²

Система изложения каждого предмета может быть целесообразной только тогда, когда она является естественной, т.е. когда она соответствует существу излагаемого предмета³.

Анализ определения искового процесса показывает, что в понятие процесса входят четыре основных элемента: 1) суд, тяжущиеся, или стороны, 3) юридические требования, проверяемые судом, и 4) самая проверка, т.е. судебное производство. По этим четырем рубрикам, образующим естественную систему процесса, и должно быть, как кажется на первый взгляд, излагаемо содержание процесса⁴. Однако при ближайшем рассмотрении можно убедиться, что эта система нуждается в исправлении. Дело в том, что требования, которым должны удовлетворять судьи и стороны, чтобы их процессуальные действия имели юридическую силу, одинаковы во всех делах: какое бы дело ни подлежало судебному рассмотрению, всегда представляется необходимым, чтобы суд был по закону уполномочен на разрешение его, т.е. обладал надлежащей компетенцией, и чтобы стороны имели право вести свои дела в суде, т.е. обладали процессуальной правоспособностью и дееспособностью. Точно так же заявляемые сторонами юридические требования должны для того, чтобы подлежать рассмотрению и удовлетворению в порядке гражданского процесса, обладать

ником этого дома; но если суд отказал в таком иске, то отсюда вовсе не следует, что право собственности на дом признано за ответчиком: о праве ответчика в решении ничего не говорится, — там лишь устанавливается, что это право не принадлежит истцу. А кому оно принадлежит в действительности, — ответчику или кому-либо другому, — этого вопроса суд не рассматривает. Ввиду этого нельзя не смотреть на процесс вопреки мнению Ваха с субъективной точки зрения, именно с точки зрения истца, потому что о требованиях истца только и постановляется решение.

¹ *Simoncelli*, 6 ss., 13; *Schmidt*, 2; *Geib*, 7—8.

² *Menger*, System d. oesferr. Cpr., § 16.

³ *Menger*, 206—207.

⁴ Такой системы придерживались, переставляя иногда рубрики, немецкие процессуалисты прежнего времени (*Martin*, *Bayer*, *Linde* и др.).

некоторыми, общими им всем, свойствами и состоять из одинаковых элементов: каждое требование, например, должно быть направлено против определенного лица, основано на определенных фактических и юридических данных и т.д. Таким образом, учение о суде и сторонах, т.е. о *субъектах процесса*, и учение о юридических требованиях, проверяемых в процессе, т.е. об *объектах процесса*, запечатлены общим, универсальным характером и могут образовать в теории процесса общую часть¹. Иной характер учения о судебном производстве. Производство не всегда одинаково; оно изменяется и может принимать разные формы в зависимости от побочных обстоятельств. Так, например, наше законодательство различает следующие порядки производства: общий, сокращенный, упрощенный и понудительный; кроме того, производство в мировых судах и судебно-административных учреждениях во многом не таково, как в общих судах. Поэтому из учения о производстве нужно выделить и присоединить к учению о субъектах и объектах процесса те элементы, которые общие всем формам и типам производства. Такими элементами являются общие свойства процессуальных прав и обязанностей, осуществляемых субъектами процесса в производстве, и общие условия и формы их осуществления. Так как этими правами и обязанностями определяются взаимные отношения между субъектами процесса, то отдел, посвященный их изложению, можно назвать *учением о процессуальных отношениях*.

Сверх того, изложению процесса по указанной системе необходимо предпослать критическое исследование основных принципов искового судопроизводства. Такое исследование представляет важность в трех отношениях.

Во-1-х, оно уяснит строение современного процесса, в частности — нашего. Процесс, по меткому выражению Канштейна, походит на здание, возведенное в определенном стиле, который проявляется в принципах, положенных в основание процесса. Поэтому, чтобы составить себе ясное понятие об общем характере какой-либо процессуальной системы, о ее «стиле», нужно ознакомиться с ее основными принципами².

Во-2-х, правильное понимание и применение постановлений процессуальных законов по частным вопросам к особенности постановлений, страдающих неясностью, неполнотой и пробелами, возможно

¹ Это обстоятельство тоже подмечено некоторыми из старых процессуалистов, например *Osterloh*, I, § 84.

² *Canstein*, Die ration. Grundlagen d. Cpr., I.

только при знакомстве с теми принципами, которые проводит законодатель и которые представляют собою «духовные элементы, оживляющие запутанную массу процессуальных норм»¹. Эти принципы служат руководящими нитями в лабиринте положительного законодательства².

Наконец, в-3-х, критическое исследование принципов процесса обнаружит, какие из них целесообразны, а какие не соответствуют целям рационального судопроизводства и в каком направлении желательны изменения в нашем действующем законодательстве.

Таким образом, наиболее правильной системой *изложения* искового процесса является следующая.

А. Общая часть.

1. Основные принципы искового процесса.
2. Субъекты процесса: а) суд, б) стороны.
3. Объекты процесса.
4. Процессуальные отношения.

Б. Особенная часть. Формы производства³.

¹ Menger, 208.

² Birkmeyer, Grundriss, 109.

³ От этой естественной системы, установленной старыми немецкими процессуалистами, отступил Ветцель, за которым последовали другие. Сам Ветцель упразднил общую часть и распределил материал крайне неудовлетворительно, разорвав связанные между собою логически части и нарушив естественную последовательность процессуальных действий (Menger, 204–205). Столь же, если не более, запутаны системы изложения современных германских процессуалистов (Шмидта, Гелльвига, Вайсмана). Немалую роль при этом в качестве побудительной причины сыграло стремление применить к построению системы процесса понятие юридического отношения, что проектировал сделать Бюлов, творец воззрения на исковой процесс как на юридическое отношение, в специальной статье: Die neue Processrechtswissenschaft und die System des Cpr. (Zt. Zr., 27 V.). Об этом воззрении будет речь в гл. IV. Такое же неблагоприятное влияние на систематизацию процессуального материала оказало другое понятие, выдвинутое новейшими германскими процессуалистами, а именно понятие права на судебную защиту, осуществляемого сторонами в процессе. Об этом будет сказано в гл. III. Проще система у Клейнфеллера; но он включает учение об объектах процесса (исках) в учение о движении производства. К естественной системе, которую рекомендовал восстановить Менгер, вернулись современные австрийские процессуалисты: Скедль (§ 2), Полляк и Шрутка. Французские процессуалисты излагают процесс в порядке его поступательного движения, следуя системе Французского кодекса, но учению о производстве предпосылают учение о компетенции судов и об исках, а иногда еще некоторые вопросы общего характера, как то: о процессуальных действиях, сроках и формальностях (Гарсоннэ), об основных принципах процесса, о недействительности процессуальных действий, сроках и пр. (Глассон). В таком выделении общих вопросов, хотя и проводимом недостаточно полно, сказывается стремление к построению естественной системы. Гораздо ближе придерживаются этой системы наши процессуалисты, отступающие от нее в немногих пунктах.

ГЛАВА I. ПРИНЦИПЫ ПРОЦЕССА¹

§ 36. ОБЗОР ПРИНЦИПОВ

I. При обзоре гарантий правильного отправления правосудия (с. 121–125) было указано, что к числу их принадлежит также раци-

¹ *Нефедьев*, Основные начала гражданского судопроизводства, 1895.

Meyer, Esprit, origine et progrès des institutions judiciaires, VI, 1823, ch. 15; *Bordeaux*, Philosophie de la procédure civile, 1857; *Menger*, System d. oesterr. Civilprocessrechts, I, 1876; *Canstein*, Die rationellen Grundlagen des Civilprozesses, 1877; *Birkmeyer*, Grundriss, 1886; *Kornfeld*, Civilprocessuale Grundsätze, 1893; *Skedl*, I, § 3–12; *Canstein*, Das oesterr. Civil-processrecht, I, § 3.

Принципы гражданского процесса обсуждались в многочисленных монографиях, брошюрах и статьях, касающихся реформы судопроизводства в разных государствах. К числу их принадлежат: *Leonhardt*, Zur Reform des Civilprocesses in Deutschland, 1865; *Bar*, Recht und Beweis im Civilprocesse. Ein Beitrag zur Kritik und Reform des deutschen Civilprocesses, 1867; Geschichte und Reform der deutschen Civiljustiz, 1871; *Plathner*, Die neue Konstruktion des Processes in dem Entwurf der deutschen CPO, 1873; *Klein*, Pro futuro, Betrachtungen über Probleme der Civilprocessreform in Oesterreich, 1891; *Horn*, Zur Reform des deutschen Civilprocesses, 1893; *Quenstedt*, Zur Reform des Civilprocesses in Deutschland, 1894; *Lang*, Die wesentlichen Mängel der deutschen Reichs – CPO, 1894; *Demelius*, Kritische Studien zu den Gesetzentwürfen ans d. Jahre 1893, 1895; *Quenstedt*, Deutsche Gestaltung des Civilprocesses, 1898; *Epstein*, Die Grundsätze der neuen CPO, 1897; *Schwartz*, 400 Jahre deutscher CP-gesetzgebung, 1898; *Klein*, Zeit- und Geistesströmungen im Processe, 1902; *Schwartz*, Die Novelle v. 17/20 Mai 1898 und die künftige Civilprocessreform, 1902; *Vierhaus*, Ueber die socialen und wirtschaftlichen Aufgaben der Civilprocessgesetzgebung, 1903; *Schneider*, Treu und Glauben im Civilprocesse, 1903; *Schmidt*, Prozessrecht und Staatsrecht, 1903; *Peters*, Prozessverschleppung, Prozessumbildung und die Lehren der Geschichte, 1904; *Kleinfaller*, Beiträge zur Reform des Civilprocesses, 1907; *Schmidt*, Fragen der Justizreform in Civilsachen, 1907; *Frank*, Verkehrsleben und Rechtsentwicklung, 1907; *Schwarz*, Erneuerung deutscher Rechtspflege, 1908; *Hellwig*, Justizreform, 1908; *Haeger*, Der französische Zivilprocess und die deutsche Zivilprozessreform, 1908; *Sauter*, Betrachtungen über das Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, 1908; *Goldmann*, Die Novelle zur CPO, 1908; *Detmold*, Die Reform unserer Zivilrechtspflege, 1911.

Seligmann, Quelles sont les réformes dont la procédure civile est susceptible, 1855; *Lavielle*, Etudes sur la procédure civile, 1862; *De la Grasserie*, Etude critique sur le projet de révision du code de procédure civile, 2 éd., 1901; *Carabelli*, La procedura civile dell'avvenire, 1897; *Lessona*, I doveri sociali del diritto giudiziario civile, 1897.

ональная организация порядка судопроизводства. И действительно, недостаточно создать хороший судейский персонал — нужно еще обставить деятельность судей такими условиями, которые, с одной стороны, давали бы им возможность правильно разрешать дела, а с другой стороны, обеспечивали бы тяжущихся от их произвола. Самый идеальный судья не в состоянии постановить, при всем своем желании, справедливого решения, если у него связаны руки нецелесообразными правилами производства, препятствующими ему раскрыть истину. Но в то же самое время нельзя обойтись совершенно без всяких правил производства, предоставив судьям поступать в каждом отдельном случае так, как они сами сочтут нужным и полезным, ибо это значило бы открыть свободный простор проявлению безграничного, *ничем не сдерживаемого* произвола со стороны судей¹. Вот почему деятельность судов должна быть поставлена в определенные рамки, ей должны быть предписаны определенные формы, которые, гарантируя наилучшим образом правильное разрешение дел, давали бы в то же время возможность контролировать действия судей.

II. Некоторые принципы рационального судопроизводства предопределяются самою сущностью искового процесса — в том смысле, что их нельзя заменить какими-либо иными, не извращая сущности и задач этого процесса. Так, исковой процесс существует для проверки и окончательного установления правомерности юридических требований, заявляемых одними гражданами по отношению к другим. Эти требования вытекают в преобладающем большинстве случаев из гражданских прав, а так как все гражданские права, за малыми изъятиями, находятся в полном распоряжении у своих

Для общей теории гражданского процесса имеют также немалое значение труды криминалистов, занимавшихся исследованием основных принципов уголовного процесса, во многом одинаковых с принципами гражданского процесса. Таковы следующие сочинения: *Тальберг*, Русское уголовное судопроизводство, I, 1889; *Фойницкий*, Курс русского уголовного судопроизводства, I, 1902; *Случевский*, Учебник русского уголовного судопроизводства, 1910; *Шегловитов*, Основные принципы уголовного судопроизводства (Журн. М. Ю., 1903, № 9); *Zachariae*, Handbuch des deutschen Strafprocesses, I, 1860; *Glaser*, Handbuch des Strafprocesses, I, 1883; *Geyer*, Lehrbuch des deut. Strafprocesses, 1880; *John*, Strafprocessordnung für das deutsche Reich, II, 1888 и др.

Некоторые процессуальные вопросы общего характера обсуждались в сочинениях, касающихся реформ в судостроительстве и перечисленных на с. 61—62.

¹ *Михайловский*, 65; *Boncenne*, I, 3; *Glasson*, 78.

обладателей, которые вольны их осуществлять или не осуществлять, передавать другим лицам и даже совершенно отказываться от них, то отсюда вытекает, что такая же свобода распоряжения должна быть предоставлена гражданам и по отношению к тем их требованиям, которые заявлены ими суду. В этом состоит принцип *диспозитивности*.

Далее, в каждом процессе участвуют две стороны с противоположными интересами — истец и ответчик. Для осуществления принципа равенства всех граждан пред законом и судом, для лучшего достижения истины, ввиду, наконец, требования элементарной справедливости необходимо предоставить обеим сторонам одинаковую возможность пользоваться для защиты своих интересов в процессе всеми допускаемыми законом способами борьбы. Это достигается проведением в процессе принципа *равноправности сторон*.

Наконец, конкретизация норм производится в гражданском процессе судом при содействии тяжущихся. Так как суд — орган государственной власти, то его деятельность регулируется законом. Вместе с тем подлежит регламентации и тесно связанная с нею деятельность сторон. Тяжущиеся вольны начать процесс или нет. Но раз они начали, то обязаны подчиняться установленным в законе правилам производства и власти разбирающего дело суда. Законодатель не может предоставить усмотрению сторон определение порядка и форм процессуальной деятельности: это повело бы к невообразимой путанице, пагубной для правильного отправления правосудия и несовместимой с достоинством и государственным характером суда.

Отсюда вытекают два принципа: 1) принцип *процессуального формализма*, или *процессуальной строгости*, и 2) принцип *формального руководства суда*.

III. Четыре названных принципа вытекают из самого существа гражданского искового процесса и потому заслуживают названия *абсолютных, фундаментальных, коренных*.

Но они определяют порядок производства только в самых общих чертах и не указывают, должно ли быть оно устным или письменным, гласным или тайным, кем должен быть собираем фактический материал процесса — судом или сторонами, как он должен быть оцениваем, и т.д. Необходимо поэтому подвергнуть исследованию возможные

способы конструкции процесса и принципы, которые лежат в основании каждого способа.

Не подлежит сомнению, что первое и главное требование, которому должен удовлетворять исковой процесс, заключается в том, чтобы он обеспечивал постановление судами правильных решений. Правильность судебного решения состоит в соответствии его, с одной стороны, действительному смыслу юридических норм, а с другой стороны — фактическим обстоятельствам каждого разбираемого дела¹. Первое требование можно назвать *постулатом правомерности*, второе обыкновенно именуется *постулатом материальной правды*².

Правомерность судебных решений гарантируется в достаточной степени надлежащим устройством судов: теоретической и практической подготовкой судей, коллегиальным разрешением дел, принципом двух инстанций, дисциплинарным надзором и в особенности проверкой юридической стороны решений в кассационном порядке.

¹ Верховным постулатом (или принципом) процесса обыкновенно считают справедливость (например, см.: *Canstein*, 2; *Бентам*, О судебных доказательствах, 1876, 2—3, и др.). Но под этим понимают не что иное, как соответствие судебного решения нормам права и обстоятельствам дела. Несколько дальше идет возникшее в последнее время среди германских юристов направление под именем «школы свободного права», признающее, что суд может проявлять свободное творчество, разрешая вопросы, прямо не предусмотренные законами, не посредством логического развития наличных законодательных норм, а по своему убеждению, на основании справедливой оценки сталкивающихся в каждом отдельном случае интересов тяжущихся сторон. Некоторые представители этого направления (*Stampe*) находят даже возможным изменение судом постановлений закона и разрешение дел вопреки им, когда закон явно не соответствует потребностям жизни. Проявляющаяся в воззрениях школы свободного права тенденция — поставить судью наравне с законодателем и даже выше его — подрывает основной принцип правового государства — подзаконность судебной власти (см. сн. 2 на с. 126), открывая простор для судебного произвола и лишая граждан уверенности в законно приобретенных правах. Если законы отстали от жизни, то для устранения этого зла имеется другой, нормальный путь, который был уже указан выше (см. с. 221). Ср.: *Лазерсон*, Свободное судебское усмотрение (Право, 1911, № 52); *Vierhaus*, Ueber die Methode der Rechtsprechung, 1911, 74 ff.; *Ельашевич*, Из иностранных журналов (Журн. М. Ю., 1911, № 10, 287, 290, 292).

² Это — постулаты, т.е. необходимые требования, предположения рационального процесса, а не принципы (как обыкновенно выражаются), потому что принципы — общие положения, проводимые законодателем в постановлениях по частным случаям. Принципы относятся к постулатам, как средства к целям, и являются целесообразными или нецелесообразными, смотря по тому, содействуют ли осуществлению постулатов или нет.

Достижение материальной правды тоже обеспечивается судостроительством, но далеко не в столь полной мере. Юридическая подготовка судейского персонала не играет при установлении фактических обстоятельств дел такой важной роли, как при юридической оценке их. Главным ведь доводом в пользу введения суда присяжных в гражданском процессе служит именно то соображение, что фактические обстоятельства лучше могут быть устанавливаемы не профессиональными судьями-специалистами, а обыкновенными гражданами, привлеченными к отправлению правосудия (см. с. 132). Точно так же не может служить гарантией в этом отношении дисциплинарный надзор, так как он не распространяется на свободу судейского убеждения, особенно полно проявляющуюся именно при установлении фактических обстоятельств. Наконец, кассационная проверка ограничивается юридической стороной решений. Остаются, следовательно, только принципы коллегиальности и двух инстанций, благоприятствующие постановлению судебных решений, правильных как с юридической, так и с фактической стороны. Ввиду таких обстоятельств достижению материальной правды должно способствовать рациональное устройство судопроизводства.

Для надлежащего установления фактической стороны любого, сколько-нибудь сложного дела нужно, во-1-х, разыскать и собрать источники, откуда возможно было бы почерпнуть сведения относительно обстоятельств, которые подали повод к возбуждению процесса и которые, относясь в громадном большинстве случаев к прошлому, должны быть восстановлены на основании документов, свидетельских показаний и пр.; во-2-х, суд должен ознакомиться с этими источниками, и, в-3-х, сделать им критическую оценку, чтобы установить на основании их действительную картину фактических обстоятельств дела.

Каждая из этих операций допускает различные способы выполнения.

Разыскание и собирание фактического материала могут быть, во-1-х, предоставлены самим тяжущимся или, во-2-х, возложены на суд, или, в-3-х, распределены между тяжущимися и судом. В первом случае процесс будет построен на принципе *состязательном*, во втором — на принципе *следственном*, или инквизиционном, а в третьем — на той или иной комбинации обоих принципов.

Восприятие фактического материала тоже может производиться тройким образом: во-1-х, непосредственно тем самым судом, которому предстоит постановить решение по данному делу, или, во-2-х, другими должностными лицами, сообщающими впоследствии суду результаты своих восприятий (секретарями, отдельными членами того же или даже другого суда, отряженными для совершения некоторых процессуальных действий: допроса свидетелей, осмотра имущества и т.п.), или, в-3-х, отчасти непосредственно самим судом, отчасти через других должностных лиц. Первый способ основан на применении принципа *непосредственности*, второй — принципа *посредственности*, а третий — комбинации обоих названных принципов.

Далее, фактический материал может быть воспринимаем судом как сразу, целиком, во всей полноте, так и постепенно, по частям. В первом случае в процессе проводится принцип *концентрации процессуального материала*, во втором — принцип *формального порядка производства или разделения процесса на стадии*.

Для оценки достоверности и доказательного значения фактического процессуального материала законодатель может: 1) установить точно определенные правила, обязав суд руководствоваться ими (например, предписав всегда отдавать предпочтение письменным документам перед показаниями свидетелей), или же 2) не стеснять ничем свободы судейского убеждения и предоставить оценку фактического материала бесконтрольному усмотрению суда, или 3) предписать суду оценивать доказательства по их внутреннему значению, мотивируя свои заключения. В первом случае в процессе будет господствовать принцип *формальных доказательств*, во втором — принцип бесконтрольности внутреннего убеждения, а в третьем — принцип свободной (логической) оценки доказательств.

К трем основным операциям по установлению фактической стороны дела может быть добавлена, в видах лучшего достижения истины и облегчения работы суда, еще предварительная разработка процессуального материала сторонами и их адвокатами. Если такая разработка допущена, то процесс принимает форму состязания сторон перед судом; если она не допущена, то процесс имеет характер официального исследования фактической стороны дела самим судом. В первом случае принято говорить о *состязательной форме* процесса, во втором случае — о *следственной форме*.

Если процесс построен законом в виде состязания сторон, то возникает дальнейший вопрос: в какой форме должно происходить это состязание — в устной, или письменной, или же частью письменной, частью устной? Смотря по смыслу, в каком законодатель разрешает этот вопрос, процесс является *устным*, или *письменным*, или *смешанным*.

Допустив разработку процессуального материала сторонами в устной форме перед судом, законодатель может сделать заседания суда гласными, открытыми для посторонней публики, или же тайными, доступными только для участвующих в деле лиц, т.е. ввести принцип *публичности* или принцип *канцелярской тайны*.

Наконец, нельзя оставить без рассмотрения и точного определения еще одной стороны в конструкции процесса, именно поступательного движения его от начального момента, которым служит предъявление иска, до заключительного, выражающегося в постановлении решения. Движение процесса может происходить либо по инициативе тяжущихся сторон, либо по инициативе самого суда, либо отчасти так, отчасти иначе. Сообразно этому различают принципы *свободного почина сторон* и *официального почина суда*. Возможна, разумеется, и комбинация обоих принципов.

Итак, рассмотрение операций, из которых состоит исковой процесс, показывает, что они могут производиться самым различным образом и что, следовательно, в основу конструкции процесса могут быть положены различные, даже противоположные принципы. Сравнительная оценка их целесообразности должна будет обнаружить, каким из них следует отдать предпочтение и какая их комбинация в состоянии наилучше обеспечить достижение материальной правды в процессе. Но во всяком случае ни один из них не вытекает непосредственно с логическою последовательностью из сущности гражданского процесса, так что они, в отличие от абсолютных, фундаментальных принципов, могут быть названы *относительными*, *конструктивными*¹.

¹ Деление принципов процесса на фундаментальные и конструктивные принято и Канштейном, но проведено им иначе. Фундаментальными принципами он считает те, из которых складывается верховный принцип процесса — справедливость. Таковы, по его мнению, принципы равноправности сторон, материальной правды и свободной оценки доказательств. Все прочие принципы не вытекают из принципа справедливости, а определяют строение процесса с точки зрения целесообразности: они — только средства для достижения цели (1—2). Но даже с такой точки зрения деление Канштейна непра-

IV. Второе требование, которое должно быть предъявлено гражданскому процессу, состоит в удобстве его для тяжущихся и судей. Порядок судопроизводства должен быть таким, чтобы гражданин, нуждающийся в защите своего права, мог быстро и легко получить ее и в то же время чтобы суд, к которому гражданин обратился, был в состоянии без излишней затраты труда удовлетворить его требования. Чем короче и легче путь от предъявления иска до судебного решения, тем процесс совершеннее.

Удобство производства имеет по сравнению с правильностью решений второстепенное значение. Процесс, в котором дела разрешались бы скоро и легко, но неправильно, не представлял бы для граждан никакой ценности. Они всячески избегали бы обращения к суду и обращались бы к другим способам разрешения споров: третейским судам, мировым сделкам, самоуправству. Отсюда следует, что раз удобство процесса имеет побочное значение и не служит самостоятельной целью, которая должна быть во что бы то ни стало достигнута при организации процесса, то оно не может и быть основанием для какого-либо самостоятельного принципа производства. Процесс должен быть возведен на фундаменте, обеспечивающем прочность и безопасность здания; ухудшать же фундамент, чтобы можно было скорее построить легкое, но хрупкое здание, было бы нецелесообразно.

Однако и удобство производства имеет хотя и меньшее, но все же важное значение. Слишком медленный, сложный и дорогой процесс тоже отвлечет от себя граждан и тоже побудит их избегать обращения к судам¹. Поэтому при сравнительной оценке значения конструктивных принципов процесса необходимо принимать в соображение большее или меньшее практическое удобство тех форм производства, которые основываются на них.

вильно, потому что принцип свободной оценки доказательств, несомненно, является не чем иным, как одним из средств достижения принципа материальной правды, а потому не может быть поставлен наряду с ним в числе фундаментальных принципов. С другой стороны, справедливость представляет собою не принцип, а постулат процесса, верховную цель, достижение которой должны обеспечивать все конструктивные принципы.

¹ Такое явление наблюдается в Англии, где по причине медленности и дороговизны процесса, а также отсутствия определенных законодательных норм, в широких размерах применяется передача торговых дел на разрешение третейских судей (*Gerland, Die englische Gerichtsverfassung und die deutsche Gerichtsreform, 1908, 54*).

Требование удобства процесса представляет собою применение к области процесса общего начала политической экономии: с наименьшими усилиями достигать наибольших результатов. Поэтому его вполне уместно назвать *постулатом процессуальной экономии*.

Процессуальная экономия может выражаться, во-1-х, в сбережении времени, или быстроте, во-2-х, в облегчении труда, или простоте, и, в-3-х, в уменьшении расходов, или дешевизне производства¹. Из этих проявлений процессуальной экономии второе не нуждается в пояснении и отдельном рассмотрении, так как простота производства является оборотной стороной принципа процессуального формализма, в связи с которым должна быть рассмотрена. Что же касается быстроты и дешевизны производства, то необходимо выяснить в общих чертах, какими способами они могут быть обеспечены и обеспечиваются в действующих законодательствах.

V. Обзор постулатов и возможных принципов искового производства определил как содержание, так и порядок дальнейшего исследования. Прежде всего необходимо выяснить и развить фундаментальные принципы процесса, именно принципы диспозитивности (§ 37), равноправности сторон (§ 38), процессуального формализма (§ 39) и судейского руководства процессом (§ 40). Затем нужно подвергнуть сравнительной критической оценке конструктивные принципы: состязательности и следственности (§ 41), непосредственности и посредственности, (§ 42), концентрации и деления производства на стадии (§ 43), формальной теории доказательств, бесконтрольного усмотрения суда и свободной оценки доказательств (§ 44), состязательной и следственной форм (§ 45), устности и письменности (§ 46), публичности и непубличности заседаний (§ 47), почина сторон и суда (§ 48). В заключение необходимо коснуться вопроса о процессуальной экономии и рассмотреть способы, которые могут быть применены и применяются в действительности современными процессуальными уставами с целью над-

¹ Канштейн относит сюда также разделение труда между судьями, канцелярией суда и судебными приставами (Das Civilprocessrecht, § 3, Nr. 11). Но это, во-1-х, относится к судоустройству, а не к порядку производства и, во-2-х, не может быть применено к чисто судейским функциям, которые нельзя поручать никому иному, кроме самих судей.

лежащего обеспечения быстроты (§ 49) и дешевизны (§ 50) производства¹.

¹ Общее учение о верховных принципах искового процесса не получило еще полной и исчерпывающей разработки в научной литературе. Из иностранных ученых наиболее потрудился над выяснением этих принципов австрийский цивилист, проф. Канштейн, который посвятил разработке их указанную выше монографию, до сих пор остающуюся единственной обстоятельной работой по этому предмету в западной литературе, а потом излагал их подробно в своих курсах австрийского гражданского процесса. В своей монографии Канштейн строит систему процессуальных принципов таким образом. Верховный принцип гражданского процесса — справедливость, состоящая в том, что судебные решения должны вполне соответствовать гражданским законам и истинным фактическим обстоятельствам дела. Из этого принципа вытекают три других: равноправности сторон (выслушивания их обеих) материальной правды и свободной оценки доказательств. Это коренные, фундаментальные принципы процесса. К ним должны быть добавлены другие принципы, касающиеся строения (структуры) процесса и основанные на простой целесообразности. Таковы: устность, непосредственность, гласность, возможность обжалования решений и правильное судоустройство. Кроме того, в гражданском процессе имеются еще специальные принципы, вытекающие из свойства гражданских прав, которые подлежат осуществлению в процессе, именно из того, что эти права находятся в полном распоряжении своих обладателей. Такими принципами, свойственными специально гражданскому процессу, являются: 1) свободный почин сторон, 2) диспозитивность и 3) состязательность. Но гражданский процесс преследует и публичный интерес, а потому свобода самостоятельности сторон ограничивается разделением производства на стадии, правом судейского руководства и обязательным участием поверенных. Наконец, отчасти в публичном интересе, отчасти ради пользы сторон вводятся еще два ограничения: принцип эвентуальности (совместного заявления всех имеющихся возражений против иска) или заменяющий его принцип судейского суверенитета (право суда отвергать без рассмотрения запоздалые заявления и доказательства) и система заочного производства (1—4). В новейшем своем курсе австрийского гражданского процесса (1905 г.) Канштейн излагает основные принципы австрийского процесса в таком порядке: равноправность, материальная правда, диспозитивность, заключающаяся из права сторон распоряжаться требованиями и процессуальными средствами борьбы, состязательности и свободного почина, судейское руководство производством, обязательное участие поверенных, устность и письменность, непосредственность и посредственность, гласность и негласность, единство производства, концентрация, процессуальная экономия, обжалование решений, обеспечение возможности будущего исполнения и социально-политическое устройство процесса исполнения решений (§ 3). Автор другой монографии о принципах процесса, Корнфельд, исследует применительно к проекту Австрийского устава гражданского судопроизводства только принципы состязательности, письменности, быстроты и концентрации производства. Авторы учебников и курсов в большинстве случаев не дают полного и связного исследования основных принципов, а ограничиваются выделением и рассмотрением некоторых из них, причем обыкновенно излагают их порознь в разных отделах курсов: о состязательности, гласности, устности и письменности говорят в учении о процессуальных действиях, о свободной оценке доказательств — в учении о доказывании и т.п. Очень немногие посвящают им специальные главы, но рассматривают далеко не все принципы. Так,

§ 37. Диспозитивность¹

1. Отличительная черта гражданских прав состоит в том, что они предоставлены в полное распоряжение своих обладателей.

Граждане пользуются в области своих частных отношений автономией, ограничиваемой законом только в виде изъятия, в немногих случаях. Каждый волен осуществлять свое частное право или не осуществлять, сохранять его за собою или отречься от него, требовать

Менгер излагает принципы состязательности, заслушивания обеих сторон, формального и произвольного порядка производства, эвентуальности, устности и письменности и непосредственности. Скедль рассматривает следующие принципы, на которых, по его мнению, построен современный австрийский процесс: материального и формального судейского руководства процессом, обязательной взаимопомощи сторон, единства производства, свободной оценки доказательств, устности и письменности, заочного производства, обжалования решений, обязательного участия адвокатуры и компетенции судов (§ 3—12). Глассон трактует об устности, о публичности, состязательности, о процессуальном равенстве всех, в том числе иностранцев, о формализме, смешанном публично-частном характере процесса, об обратном действии процессуальных законов (§ 2). Маттироло касается принципов законности (формализма), состязательности, равноправности сторон, свободы прений (§ 157).

В русской литературе существует только одна брошюра, посвященная принципам гражданского процесса и представляющая собою актовую речь. Ее автор, проф. Нефедьев, дает характеристику и выясняет значение принципов письменности, устности, гласности и состязательности, указывая постановку их во французском, германском, австрийском и нашем уставах. В курсах и учебниках русского гражданского процесса излагаются далеко не все принципы судопроизводства и притом не в совокупной связи, а вразброс, в разных отделах. Так, проф. Малышев в главе об «основных началах и формах производства» говорит только об устности и письменности, гласности и состязательности (335 и сл.). Профессор Гольмстен выделяет в главу о «форме процессуальных действий» принципы устности, непосредственности и гласности (114 и сл.). Профессор Энгельман, говоря об «условиях судебных действий сторон», останавливается на состязательности, устности, письменности и гласности (164 и сл.). О тех же принципах трактует проф. Яблочков (гл. I). Профессор Нефедьев в своем учебнике добавляет к ним еще принцип «поочередного заслушивания сторон» (148 и сл.). Наиболее обстоятельно разработан вопрос об основных началах процесса проф. Азаревичем, хотя его систематизация представляется странной, а некоторые принципы все-таки упущены из виду. Так, следственное и состязательное начала автор излагает под рубрикой «формы производства» (33), а устность, гласность, простоту, систему судебных доказательств (?) и возмездность судебной помощи называет «признаками гражданского процесса» (48). Кроме того, проф. Азаревич говорит еще об «условиях процесса», выставляя в качестве таковых «суд скорый, правый, милостивый» (43).

¹ Гольмстен, Состязательное начало (в его «Юридических исследованиях», 1894); *Heidenfeld*, Die Dispositionsbefugnis der Parteien im Civilprocess, 1868; *Heinze*, Dispositionsprincip und Officialprincip etc. (Arch. für preuss. Strafr., 24 B.); *Canstein*, Ration. Grundl., 185 ff.; *Bülow*, Dispositives Civilprocessrecht etc. (Arch. civ. Pr., 64 B.).

признания его обязанными лицами или мириться с неисполнением ими соответствующих его праву обязанностей. Государство несколько не заинтересовано в том, чтобы домохозяева взымали наемную плату с квартиронанимателей, а не позволяли им жить в своих домах даром; чтобы литераторы получали гонорар от издателей журналов, а не сотрудничали безвозмездно; чтобы наследники принимали оставленное им наследство, а не отрекались от него. Кто хочет осуществить свое право, должен сам заботиться об этом (*vigilantibus jura scripta sunt*).

Из этой частноправовой автономии вытекают по отношению к процессу следующие последствия.

Во-первых, если обладатель гражданского права волен совершенно отказать от него, то тем более он может переносить нарушение своего права другим лицом. Иначе говоря, от самого обладателя права должно зависеть разрешение вопроса, обратиться ли к суду за защитой своего права или молча терпеть его нарушение (*volenti non fit injuria*). Государство в разрешении этого вопроса совершенно не заинтересовано; для него безразлично, порвет ли кредитор выданное ему должником заемное письмо или предъявит его ко взысканию.

Это положение выражается афоризмами: «никто не может быть принужден к предъявлению иска против своей воли» (*nemo invitus agere cogitur*) и «нет судьи без истца» (*nemo judex sine actore*). Оно лежит в основании постановлений современных процессуальных уставов, но не выставляется ими в форме общего положения.

У нас, до реформы 1864 г., принцип диспозитивности часто нарушался, благодаря тому, что не был сформулирован законом в общем виде, хотя и лежал в основании его постановлений. Дела о вознаграждении за убытки от нарушения прав и о завладении имуществом зачастую начинались полицией по ее непосредственному усмотрению и пересылались в суды¹, а дела казны переходили из инстанции в инстанцию без жалоб тяжущихся, сами собой². Составители Судебных уставов, справедливо находя, что такой порядок «совершенно противен существу дел тяжёбных, которые, касаясь исключительно интересов спорящих лиц, должны не только начинаться, но и получать дальнейшее направление не иначе, как по воле сих лиц» (объясн. к ст. 13 Уст. гражд. суд.), провозгласили в ст. 4 Уст. гражд. суд.: «...судебные постановления могут приступать к производству гражданских дел не иначе,

¹ Гольмстен, 433—440.

² Статья 696 ч. 2 т. X Св. зак. 1857 г.

как вследствие просьбы о том лиц, до коих те дела касаются». Применением этого общего начала являются постановления закона относительно возбуждения судебного производства исковыми прошениями (ст. 51 и 256 Уст. гр. суд., ст. 31 и 35 Прав. произв. суд. д.).

2. На том же самом основании обладателю права предоставляется определять и размер требуемой им от суда защиты. Государству опять-таки безразлично, взыщет ли кредитор с должника всю сумму долга или только часть ее, ибо от кредитора зависит совсем не требовать уплаты долга. Это положение выражается афоризмом: «суд не должен выходить за пределы требований сторон» (*judex ne eat ultra petita partium, ultra petita non cognoscitur*)¹. Оно санкционировано по отношению к окружному суду в ст. 706: «суд не имеет права ни постановлять решения о таких предметах, о коих не предъявлено требования, ни присуждать более того, что требовалось тяжущимися»; в применении к апелляционному и кассационному производствам это начало установлено в ст. 773, 798 и 799 Устава, по отношению к мировому суду — в ст. 181, а по отношению к земским начальникам и городским судьям — в ст. 88 Прав. произв. суд. дел.

Воспреещение судам выходить за пределы требований сторон не предпрещает вопроса о праве суда присудить вместе со спорным объектом также и приращения его (плоды, проценты и т.д.), хотя бы и без просьбы стороны. По римскому праву суд не только имел право, но и был обязан присуждать победившей стороне издержки производства². Некоторые ученые, основываясь на других местах источников³, распространяли это правило на все процессуальные проценты, тогда как другие считали его специальным исключением. Германский (§ 308) и Венгерский (§ 394) уставы постановляют, что суд должен и без просьбы сторон распределять судебные издержки, но не может присуждать процентов, плодов и прочих побочных требований. Австрийский устав содержит такое же правило (ст. 405),

¹ *Javolenus*: «ultra id, quod in iudicium deductum est, excedere potestas iudicis non potest» (L. 17 D. com. divid. (10, 3); Герм. уст., § 308; Австр., § 405; Венг., § 394; Проект новой ред., ст. 603.

² С. 13, § 6, С. de iudic. (3,1): «victum in expensarum causa victori esse condemnandum». Это правило вошло во Франц. (§ 130) и Итал. (§ 370) уставы.

³ L. 49, § 1 D. de act. emti et. vend. (19, 1): «pretii sorte, licet post moram, soluta, usurae peti non possunt, quum hae non sint in obligatione, sed officio iudicis praestentur»; L. 64, pr. D. loc. cond. (19, 2); L. 26, § 8 D. de aedil. edicto (19, 1).

добавляя, что для присуждения судебных издержек сторона обязана своевременно представить счет их (ст. 52–55).

Наш устав предписывает судам присуждать судебные издержки только «по требованию стороны» (ст. 138, 868). Поэтому нарушение судом этого правила составляет повод к отмене решения (1901, № 69). Но нельзя считать нарушением того случая, когда суд, разрешая дело, укажет только, на ком из тяжущихся лежит обязанность возмещения судебных издержек, но не определит самой суммы их (76, № 243, 75, № 432).

3. Затем, если обладатель гражданского права может свободно распоряжаться им до процесса и вне процесса, если он может даже совершенно отказаться от него, то нет основания лишать его такого же свободного распоряжения во время процесса. Хотя он обратился к государственной власти в лице суда с просьбой о защите своего права, но никто больше него самого не заинтересован в том, чтобы он получил желанную защиту, и государственная власть не имеет никакого решительно основания настаивать на том, чтобы он вел процесс до конца. Поэтому истец не может быть лишен права отказаться от иска (ст. 718, п. 2; 79, № 186, 75, № 249), помириться с противником (ст. 1357), признать его возражения правильными (ст. 480)¹.

4. Наконец, если от обладателя права зависит добиваться ли его защиты путем процесса, т.е. стремиться ли к окончательной цели процесса или нет, то в его свободном распоряжении должны находиться и те процессуальные средства, которые ведут к достижению этой цели. Он волен начать дело, не начинать его или, начав, прекратить в любой момент. Следовательно, ему должно быть дано также право оспаривать возражения противника или согласиться с ними (ст. 314), приводить доказательства в пользу своих требований или нет, обжаловать судебное решение в высшую инстанцию или подчиниться ему (ст. 891, п. 1 и 2), обжаловать его целиком или в части (ст. 773), подать жалобу на решение суда и отказаться затем от нее (93, № 29, 77, № 287, 79, № 186)².

Все перечисленные последствия частноправовой автономии сводятся к праву распоряжения сторон, во-первых, объектом процесса, т.е. теми требованиями, которые заявлены относительно данного права (*res in judicium deducta*), и, во-вторых, процессуальными средствами защиты или нападения (*Rechtsmittel, Beweismittel*).

¹ Аналогично: Герм. уст., § 306, 307, 794, п. 1; Австр., § 239, 266; Венг., § 186, 390 и др.

² Герм. уст., § 346, 514, 566 и др.; Австр., § 239 и сл., 472 и др.; Венг., § 223, 410 и др.

Это право распоряжения сторон в процессе носит название *принципа диспозитивности* (*Dispositionsmaxime*). Сообразно тому, рассматривается ли он в применении к объекту процесса или к средствам процессуальной борьбы, различают принцип *материальной диспозитивности* и принцип *формальной диспозитивности*, являющиеся двумя разветвлениями одного и того же принципа¹.

Принцип диспозитивности принадлежит к числу безусловных и непреложных начал гражданского процесса — не потому, впрочем, чтобы он не мог быть нарушен законодателем, а потому, что отступления от него, если бы они и были сделаны в законе, все равно не могут получить практического осуществления без воли заинтересованных лиц. Хотя можно предписать судам начинать и продолжать производство гражданских дел без просьбы сторон, но нельзя заставить тяжущегося воспользоваться плодами своей победы. «Принудьте истца проделать все процессуальные действия, и он, если не желает воспользоваться своим правом, не воспользуется им даже в конечном акте судебного осуществления, при исполнении судебного решения; он может проделать все, что прикажете, и все-таки, если желает возвратить вещь, отобранную у ответчика в силу судебного решения и перешедшую к нему, то воспрепятствовать ему нельзя»². А нельзя воспрепятствовать потому, что право собственности на вещь — его частное право, которым он волен распоряжаться по своему усмотрению.

Но безусловность не означает беспредельности. Право свободного распоряжения сторон в процессе заключено в определенные границы, в черте которых его господство безусловно.

Во-1-х, будучи результатом частноправовой автономии, принцип диспозитивности не может выходить за ее пределы. Поэтому, если в применении к какому-либо праву эта автономия ограничена, если обладатель права стеснен в распоряжении им вне процесса, то такому же стеснению он должен быть подвергнут и в процессе, предметом которого является это право³. Например, владелец заповедного имения лишен права продавать его (ст. 435 Гр. зак.), а потому, ведя процесс с кем-либо об этом имении, не может признать, что противная сторона

¹ Вместо термина «диспозитивность» часто употребляют термин «состязательность» (*Canstein*, Rat. Grundl., 186, прим.).

² *Гольмстен*, Состяз. нач., 406.

³ Обзор ограничений диспозитивности по германскому праву сделан в статье Бирк-мейера: *Das Officialverfahren im Civilprozess* (Zt. Zp., VII, 155 ff.).

купила у него это имение, и не вправе покончить дело миром с таким условием, чтобы ответчик удержал за собой заповедное имение, а ему выплатил какую-либо сумму денег. Такое признание и такая мировая сделка будут недействительны.

По такой же причине не допускается разрешение некоторых категорий дел посредством принятия присяги одною из сторон (ст. 497) и третейским судом (ст. 1968 и объясн. к ней).

Во-2-х, каждая сторона может осуществлять принадлежащее ей право распоряжения спорными объектами в процессе, но не нарушая при этом прав другой стороны. Так, истец, предъявив иск, волен, по собственному желанию, взять его обратно, пока ответчик не вступил в дело, т.е. пока ответчику не вручена повестка о вызове в суд или копия искового прошения. Но раз ответчик вступил в дело, он получает право требовать его разрешения (ст. 318, 320, 321, п. 2 ст. 718 Уст. гражд. суд.) и право на возмещение судебных издержек в случае отказа в иске (ст. 868 и сл.). Поэтому дело уже может быть прекращено по одностороннему заявлению истца только при том условии, если истец желает прекратить его навсегда, без права возобновления, ибо такое прекращение, равносильное отказу в иске по существу, служит только к выгоде ответчика и дает ему право на взыскание с истца судебных издержек в таком же размере, как при отказе в иске (1910, № 12). Но если истец просит только оставить свой иск без рассмотрения, с сохранением права вторично предъявить его, то ответчик имеет право настаивать на рассмотрении дела, так как прекращение производства дела на неопределенное время может неблагоприятно отразиться на его правах (75, № 692, 73, № 742).

Тем же стремлением закона оградить интересы противной стороны объясняется воспрещение истцу изменять исковые требования (ст. 332) и опровергать сделанное пред судом признание в пользу противника (ст. 480).

В-3-х, при осуществлении своего права распоряжения стороны, само собою разумеется, обязаны соблюдать установленные законом процессуальные формы. Так, мировая сделка должна быть облечена в форму нотариального акта или засвидетельствована мировым судьей, или изложена в прошении, поданном суду, или в протоколе судебного заседания (ст. 1359); отзывы на заочные решения, апелляционные и кассационные жалобы должны быть приносимы в законные сроки; отводы и встречные иски заявляемы не позже указанных в законе моментов, и т.д.

§ 38. РАВНОПРАВНОСТЬ СТОРОН¹

Гражданский процесс отличается от других форм конкретизации правовых норм наличием двух сторон с противоположными интересами. В то время как в других областях государственного управления органы государственной власти имеют дело только с одним заинтересованным лицом, как, например, казенная палата или податной инспектор — с плательщиком налога, воинское присутствие — с призванным к отбыванию воинской повинности и т.п., в гражданском процессе пред судом выступают истец, добивающийся признания и удовлетворения своего требования к ответчику, и ответчик, который старается опровергнуть домогательство истца. Так как государство совершенно не заинтересовано в том, кто из них победит, и так как оно должно только позаботиться, чтобы победил тот, кто прав, то оно должно предоставить обеим сторонам одинаковые права в процессе. Этот принцип равноправности сторон сводится к двум положениям.

1. Суд не может постановить решения, не выслушав объяснений ответчика (*audiatur et altera pars*) или, точнее говоря, не предоставив ему возможности дать объяснение, ибо, если ответчик не желает высказаться, его нельзя принудить к этому. Так, по ст. 4 Устава гражд. суд. «судебные установления могут разрешать гражданские дела не иначе как по выслушании объяснения противной стороны или по истечении назначенного для представления одного срока».

2. Каждой стороне должны быть предоставлены одинаковые процессуальные средства борьбы и дана одинаковая возможность ими пользоваться: истцу не может быть дозволено то, что не разрешается ответчику, и наоборот (*non debet actori licere, quod reo non permittitur*). «Оружие, которым они сражаются, должно быть равной меры, свет и тень одинаково распределены»². Ответчик имеет право подать столько же состязательных бумаг, сколько и истец (ст. 312): в заседании «председатель суда, когда он найдет, что дело достаточно разъяснено, прекращает словесное состязание, но не прежде как по выслушании обеих сторон в равном числе изустных объяснений» (ст. 338), и т.д.

Из сказанного видно, что принцип процессуального равноправия сторон складывается из принципа выслушания обеих сторон (*Princip des*

¹ Гольмстен, Учебник, 92—93; Непефьев, § 71; Canstein, Rat. Grundl., 5—27; Wetzell, § 43—42, 60; Renaud, § 77; Bayer, § 12; Menger, § 22; Birkmeyer, § 65; Pollak, § 82.

² Jhering, Zweck im Recht, I, 1884, 396.

beiderseitigen Gehörs) и принципа равенства процессуальных средств борьбы. Но обыкновенно второй принцип упускают из виду и вместо равноправия, или юридического равенства¹, сторон говорят просто о принципе выслушания обеих сторон².

Принцип процессуального равенства сторон столь же абсолютен, как и принцип диспозитивности, и не только потому, что вытекает из естественной справедливости, но и на том основании, что государство впало бы в грубое противоречие с самим собой, если бы, предоставив частным лицам устраивать свои взаимные отношения по собственной воле и не оказывая при этом особого покровительства никому из них, оно изменяло бы этот образ действий в том случае, когда между гражданами возникает спор по поводу своих взаимоотношений, и делалось бы союзником одной из спорящих сторон. Поэтому принцип равноправности последовательно проводится процессуальными законодательствами, и если они разрешают суду иногда постановлять решения или принимать меры обеспечения по односторонней просьбе истца, без выслушания и даже без вызова ответчика (при обеспечении иска — ст. 598, в понудительном производстве), то и эти случаи, объясняемые особыми условиями, являются только кажущимися нарушениями принципа равноправности сторон, так как ответчик не лишен права оспаривать постановления суда³.

§ 39. ФОРМАЛИЗМ⁴

Процесс — единоборство тяжущихся, но единоборство урегулированное, обставленное необходимыми гарантиями, с целью обеспечения равенства условий борьбы, допускающее пользование только дозволенными средствами, происходящее в определенном порядке, с определенной последовательностью действий. Стороны могут сра-

¹ *Jhering*, *Zweck im Recht*, I, 1884, 396.

² Канштейн (6 и сл.) различает в принципе выслушания обоих тяжущихся формальную сторону, которая состоит в предоставлении каждому из них одинаковой возможности защищаться, и материальную сторону, заключающуюся в одинаковом праве сторон, а также и суда на выяснение истины в процессе. Но выяснение истины составляет служебную обязанность суда, выполнения которой могут требовать тяжущиеся и которая не находится в зависимости от равноправия сторон.

³ *Wetzell*, § 43.

⁴ *Азапович*, I, 48—50; *Wetzell*, § 67; *Birkmeyer*, § 66; *Bülow*, *Civilproc. Fictionen* (Arch. civ. Pr., 62 B., 75 ff., 85 ff.).

жаться только тем оружием, которое означено в законном инвентаре. Подобно тому как в настоящее время воспрещено употребление на войне разрывных пуль и отравленных сабель, так не разрешается ведущим процесс сторонам прибегать к самоуправству, ссылаться на свидетельство ближайших родных, условливаться о разрешении спора жребием или кулачным боем, подвергать свидетелей пытке и т.д. Для процессуальных действий законом устанавливаются обязательные формы, сроки и способы выполнения.

Процессуальный формализм при всей своей необходимости представляет большую опасность для раскрытия в процессе материальной правды. Если несоблюдение тяжущимся установленной законом формы или срока для совершения какого-либо действия (например, для апелляционной жалобы, ходатайства о вызове свидетелей, об истребовании документов), влечет за собой ничтожность этого действия, то процесс может быть разрешен неправильно, и тяжущийся потерпит невознаградимый ущерб. Ввиду этого законодатель, с одной стороны, должен устанавливать только такие формальности, без которых решительно невозможно обеспечить нормальное движение процесса, и, с другой стороны, предоставить судам право допускать исправление тяжущимися извинительных упущений.

Рациональное разрешение этой двойной задачи представляется нелегким. Законодатель рискует либо опутать тяжущихся напрасными стеснениями, либо открыть им легкий путь к обходу формальностей. Но как чрезмерная строгость, так и излишняя снисходительность одинаково вредны. С одной стороны, «последствие каждого упущения ведет к нарушению материального права ради формального. Права тяжущихся поражаются иногда более, иногда менее преклюзивными сроками и фикциями»¹. С другой стороны, «процессуальный закон никогда не должен приспособляться к небрежности и глупости: они здесь, в суде, как и повсюду в жизни, должны влечь за собой, без нарушения материальной справедливости, вредные последствия, в том числе, при известных условиях, потерю действительного права»².

Действующие уставы, в том числе и наш, стремятся к гармоничному осуществлению обеих этих тенденций. Обставляя, например, различными формальностями предъявление иска, они в то же время дают истцу возможность исправлять сделанные в этом отношении

¹ *Birkmeyer*, 290.

² *Wach* (цит. у *Биркмейера*, 289).

упущения, без вторичного предъявления иска (ст. 270); устанавливая и предоставляя суду устанавливать сроки для совершения тяжущимися процессуальных действий, допускают отсрочки и восстановление пропущенных по уважительным причинам сроков (ст. 832 и сл.).

Таким образом, при толковании постановлений закона относительно формальностей нужно исходить из того положения, что они вводятся «для того, чтобы упорядочить производство, а не с целью ставить сторонам ловушки и затруднять суду распознавание и защиту права»¹.

§ 40. СУДЕЙСКОЕ РУКОВОДСТВО²

Процессуальные действия совершаются судом или сторонами перед судом. Вследствие участия суда, являющегося органом государственной власти, гражданский процесс приближается по своему значению к другим формам конкретизации юридических норм органами государственной власти — к уголовному процессу, к деятельности административных учреждений — и запечатлен публично-правовым характером³. Хотя в гражданском процессе сторонам предоставлено право свободного распоряжения объектом спора и средствами борьбы (по принципу диспозитивности), хотя самостоятельности их открыт широкий простор, но все-таки господствующее положение в процессе принадлежит суду как потому, что он — представитель государственной власти, которой подчинены стороны, так и потому, что действия сторон сводятся, в сущности, к тому, чтобы возбудить деятельность суда и дать ему материал для постановления правильного решения.

Ввиду такого характера процесса суду должна быть предоставлена руководящая роль при определении порядка и хода производства. Это достигается принципом *судейского руководства процессом*.

Этот принцип относится исключительно к внешней, формальной стороне процесса и не касается внутренней, материальной, определяемой иными принципами (диспозитивности, состязательности и др.).

¹ Hellwig, Justizreform, 1908, 10.

² Малинин, Убеждение судьи в гражданском процессе, 1873; Gönner, Handbuch, I, 234 ff.; Feuerbach, Betrachtungen über die Oeffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege, I, 1821, 103 ff.; Puchta, Das Processleitungsamt des deutschen Civilrichters, 1836; Canstein, Rat. Grundl., 230 ff.; Ude, Zur Lehre von der Sach- und Prozessleitung (Zt. Zp., 5 B.); Birkmeyer, 255 ff.; Skedl, § 4; Schneider, Treu und Glauben im Civilprozeß und der Streit über die Prozessleitung, 1903.

³ Это обстоятельство является в настоящее время общепризнанным.

Поэтому он обыкновенно именуется принципом *формального руководства*, в отличие от принципа *материального руководства* процессом, как некоторые называют инструкционный принцип (см. § 41)¹. Не распространяется руководство суда и на переход процесса из стадии в стадию, из инстанции в инстанцию: здесь действует принцип свободного почина сторон (см. § 26).

Суд не может указывать сторонам, какие требования они обязаны предъявить, какие средства защиты употребить, какие ходатайства возбудить, словом, не может вынудить их к совершению процессуальных действий. Но если они по собственной воле совершают их, то суд наблюдает, чтобы эти действия были совершены правильно, в определенном порядке, без ущерба для нормального и быстрого хода производства. Таким образом, принцип судейского руководства процессом возлагает на суд заботу об обеспечении правомерности, последовательности, удобства и быстроты производства.

Выполняя эту задачу, суд проявляет свою деятельность в следующих направлениях.

Во-1-х, суд или в качестве представителя коллегии председатель суда наблюдает за выполнением сторонами формальностей, которым должны по закону удовлетворять подаваемые сторонами в суд письменные прошения, жалобы и другие бумаги (ст. 266, 269, 356, 800, 801 и др.).

Во-2-х, суд проверяет внешнюю правомерность процессуальных действий сторон: их своевременность, формальную правильность и т.д. (ст. 653, 654, 662, 349 и др.).

В-3-х, суд заботится о соблюдении сторонами условий, которые установлены законом в публичном интересе для обеспечения правомерности процесса (ст. 584).

В-4-х, суд (обыкновенно в лице председателя) управляет ходом судебных заседаний: руководит словесным состязанием сторон (ст. 336, 338, 361), определяет очередь допроса свидетелей и руководит допросом (ст. 393, 399–401, 404).

В-5-х, суд принимает меры к безостановочному движению процесса, устраняя мешающие этому препятствия. Так, суд назначает тяжущему-

¹ Многие, объединяя инструкционный принцип с принципом формального руководства, говорят вообще о судейском руководстве процессом (*Canstein*, 231; *Wach*, *Vorträge*, 69–70; *Birkmeyer*, § 66; *Schneider*, 22, и др.). Но это неправильно, так как формальное руководство может существовать без материального.

ся поверенного, если его поверенный отказался от ведения дела, а он не успел пригласить другого (ст. 254), приглашает переводчика для перевода показания свидетеля, не говорящего по-русски (ст. 395), или для проверки сделанного стороной перевода иностранного документа (ст. 539), и т.п.

В-6-х, суд прилагает старания к тому, чтобы движение процесса совершалось по возможности быстро. С этой целью он назначает тяжущимся сроки для совершения процессуальных действий, если такие сроки не установлены наперед законом (ст. 816).

Наконец, в-7-х, суд устраняет, в интересах достижения материальной правды, допущенные тяжущимися нарушения процессуальных формальностей, если эти нарушения являются извинительными. Так, он дает отсрочки для исполнения упущенных действий (ст. 832), восстанавливает пропущенные сроки (ст. 835), назначает сроки для доставления сведений и приложений, требуемых законом при подаче исковых прошений (ст. 270), и т.д. В этих случаях судебское руководство смягчает тяжелые для сторон последствия процессуального формализма¹.

К этим правомочиям суда по руководству ходом процесса иностранные уставы добавляют еще право соединять и разделять производство по нескольким исковым требованиям и побуждать тяжущихся к своевременному совершению процессуальных действий возложением на них судебных издержек и штрафов². Некоторые из этих мер перенимает проект новой редакции нашего Устава (ст. 193—194, 182).

§ 41. Состязательность³

I. Задача собирания процессуального материала и разыскания доказательств может быть возложена законом: 1) исключительно на самих тяжущихся; 2) на суд и 3) на тяжущихся и на суд вместе.

¹ Гольмстен, Правда и милость в гражданском процессе (Юрид. исследования, 246).

² Герм., § 145—157, 95; Австр., § 44—45, 142, 187; Венг., § 232, 233, 220. Постановления Германского устава сведены в статье *Ude*.

³ Малинин, Убеждение судьи в гражданском процессе, 1873; Гольмстен, Состязательное начало (в его «Юрид. исследов.», 1894); Окольский, Состязательный процесс в Уставе гражданского судопроизводства (Журн. гр. и уг. пр., 1880, № 2, 3, 4); Азаревич, Правда в гражданском процессе (там же, № 1); Анненков, Усмотрение суда в гражданском процессе (там же, № 4); Гредескул, К оценке теории состязательного начала в гражд. процессе (Журн. Юрид. общ., 1898, № 3, 4); Краевский, Практические заметки о свойствах

1. В первом случае все предоставляется самодеятельности тяжущихся, при пассивном положении суда. Подготовка фактического материала производится сторонами, а суд дает ему оценку, принимая во внимание только то, что доставлено сторонами, и в таком виде, как доставлено. Сами стороны несут ответственность за полноту материала и за достоверность представленных доказательств, так что если дело будет решено судом неправильно вследствие недостаточности или негодности фактического материала, то проигравшая сторона должна будет пенять на саму себя.

Такой способ собирания и подготовки процессуального материала носит название *состязательного начала*, или *принципа состязательности* (*Verhandlungsmaxime*), в тесном смысле слова, именно в смысле ответственности сторон за фактический материал процесса¹, или, говоря точнее, в смысле права сторон свободно распоряжаться фактическим материалом в процессе².

2. Законодатель может поступить как раз противоположным образом: возложить обязанность собирания и подготовки процессуального материала всецело на суд, совершенно независимо от воли и деятельности тяжущихся. Суд становится тогда самостоятельным исследо-

состязательного начала в гражданском судопроизводстве, 1897; *Рейнке*, О самодеятельности суда в состязательном процессе (Журн. Мин. Юст., 1895, № 11); *Вербичев*, Право тяжущихся и обязанность суда при избрании порядка собирания и проверки доказательств (там же, 1901, № 6); *Туткевич*, О достижении материальной правды в гражд. процессе (там же, 1897, кн. 2); *Гордон*, Правда и скорость в гражданском процессе (Вестн. Пр., 1902, № 1); *Малышев*, I, § 74; *Энгельман*, § 31; *Азаревиц*, I, 33 и сл.; *Нефедьев*, § 70; *Он же*, Основные начала гражд. суд. 1895, 28 и сл.

Gönnner, Handbuch des deut. gem. Proz., 1801, I; *Puchta*, Ueber die Grenzen des Richteramts, 1819; *Gärtner*, Kritik des Untersuchungsprincipes des Preussischen Civilprocesses, 1832; *Lotz*, Ueber die Vorzüge der Verhandlungsmaxime vor der Untersuchungsmaxime (Civil. Abhandlungen, 1832); *Puchta*, Das Processleitungsamt des deutschen Civilrichters, 1836; *Sintenis*, Vom Ergänzungsamte des Richters (Erläuterungen über verschieden Lehren des Civilprocesses, I, 1840); *Zink*, Ueber die Ermittlung des Sachverhaltes im französischen Civilprocesse, 1860; *Heinze*, Dispositionsprincip und Officialprincip, Vorhandlungsform und Untersuchungsform (Archiv für preuss. Strafr., 24 B.); *Birkmeyer*, Das Officialverfahren im Civilprocess (Zt. Zp., 7 B.); *Schneider*, Ueber richterliche Ermittlung und Feststellung des Sachverhaltes im Civilprocesse, 1888; *Pollak*, Zur Lehre von der Stoffsammlung, 1901; *Lutostański*, Z badań nad pierwiastkiem prywatnym i publicznym w procesie cywilnym, 1907; *Frankel*, Ein Vorschlag für Neugestaltung des Civilprocesses in Oesterreich (Grünh. Zt., XIX B.); *Canstein*, Rat. Grundl., 195 ff.; *Klein*, Pro futuro, 10 ff.; *Kornfeld*, Grunds., 9 ff.; *Wach*, Vorträge, 52 ff.; *Schmidt*, § 70; *Hartzfeld*, Der Streit der Parteien, 1911.

¹ *Schneider*, 22.

² *Canstein*, Rat. Grundl., 198.

вателем фактических обстоятельств дела, а стороны, наравне со свидетелями, приобретают значение только средств, источников, откуда суд черпает необходимые ему сведения. В этом состоит следственное, или инквизиционное, начало (*Untersuchungs-*, *Inquisitions-maxime*). Оно обязывает суд заботиться о всестороннем выяснении всех фактических данных, говорящих как в пользу истца, так и в пользу ответчика, и о разыскании доказательств для установления достоверности этих данных. За надлежащее выполнение этой задачи ответственность лежит на суде, так что в случае, если суд упустит из виду какое-либо обстоятельство, даже не указанное тяжущимися, решение его подлежит отмене.

3. Наконец, возможно построить процесс на более или менее равномерном сочетании состязательного и следственного принципов.

II. В пользу принципа состязательности говорят следующие соображения.

1. Прежде всего фактическая сторона дела может быть лучше установлена тем, кому она ближе знакома, кто знает, какими доказательствами ее можно подтвердить и где эти доказательства следует искать. В этом отношении тяжущиеся находятся в неизмеримо более благоприятном положении, чем судьи, потому что никто не знает лучше них обстоятельств их собственных дел. Редко кому бывают известны все подробности чужих юридических отношений: переговоры, которые вели между собою тяжущиеся, письма, которыми они обменивались, сделки, которые они заключали и изменяли, и т.д. Во всяком случае судьи, которым приходится в течение года разбирать сотни и тысячи дел между массой различных лиц, могут лишь в виде изъятия, в силу исключительных условий, знать более или менее точно обстоятельства какого-либо одного-двух дел.

2. Точно так же тяжущиеся больше кого бы то ни было и во всяком случае больше суда заинтересованы в выяснении обстоятельств дела. Каждая сторона стремится к выигрышу процесса и с этой целью старается отыскать и представить суду все факты, говорящие в ее пользу и подрывающие требования противника. Если при этом она приведет ложный факт или исказит истинный, другая сторона не замедлит раскрыть его и восстановить истину: к этому ее побуждает собственная выгода, могущественнейшая пружина человеческих поступков. Суд же находится в ином положении: он не заинтересован в раскрытии материальной правды ни лично, ни даже в качестве представителя государственной власти, для которой, собственно, безразлично, кто

из тяжущихся победит в процессе; для нее важно лишь, чтобы победа была одержана без нарушения установленных правил процессуального поединка¹.

3. Сущности гражданского процесса более соответствует принцип состязательности. Задача суда — не самостоятельная конкретизация норм, а проверка выводов, делаемых тяжущимися из норм и фактических обстоятельств². В уголовном процессе исследуется истинность самих фактов преступных деяний, с которыми связаны юридические последствия; в гражданском же процессе — истинность заявлений сторон о фактах³.

Поэтому суду нет основания разыскивать действительные обстоятельства процесса: он обязан принять в соображение лишь те обстоятельства, из которых делают выводы сами тяжущиеся.

4. Характер тех прав, о которых идет речь в гражданском процессе, не допускает применения следственного принципа. Частные права определяют отношения между гражданами в их частной жизни. А вмешательство в нее органов государственной власти, к которым относится суд, нежелательно. Частная, и в особенности семейная, жизнь должна быть неприкосновенна, ибо если дать суду право самостоятельно производить в ней розыски, то граждане во многих случаях предпочтут не обращаться к суду, а разрешать юридические споры другими способами: третейским судом, мировыми соглашениями, а иной раз даже прибегать к самоуправству⁴.

5. Принцип состязательности вполне соответствует принципу формальной диспозитивности. Обладая полной свободой распоряжения процессуальными средствами защиты, в том числе и доказательствами, которыми подтверждаются и устанавливаются те или иные части процессуального материала, тяжущиеся могут, по своему усмотрению, увеличивать или уменьшать количество самого материала. Естественно поэтому возложить на них и ответственность за полноту процессуального материала.

Обыкновенно принцип состязательности прямо выводится из принципа диспозитивности. Многие полагают, что он представляет ло-

¹ Schmidt, 417, 421; Gärtner, 69–71; Азаревич, Правда, 7–8.

² Canstein, Zweck des Civilpr., 15; Gärtner, 118.

³ Kornfeld, 19. Ср. объясн. к ст. 411 Уст.

⁴ Canstein, Zweck, 11–13, 18; Das Civilpr., 79; Klein, Pro futuro, 30; Kornfeld, 30–31.

гическое следствие последнего, и называют даже состязательность оборотной стороной диспозитивности¹.

Но это неверно. Из принципа диспозитивности вытекает по отношению к собиранию фактического материала процесса только то, что суд не вправе разыскивать доказательства и требовать их предъявления вопреки явно выраженной воле сторон. Если, например, ответчик признал требование истца правильным или если истец отказался от допроса свидетеля, которого раньше просил вызвать, то суд не может настаивать на представлении доказательств в пользу признанного ответчиком требования или на допросе свидетеля, так как то и другое было бы нарушением права свободного распоряжения сторон объектом процесса и процессуальными средствами защиты. Но тут это право и оканчивается. Дальше оно не идет и не мешает суду устанавливать фактическую сторону дела².

6. Следственный принцип заставляет суд покидать роль спокойного созерцателя единоборства тяжущихся сторон и вмешиваться в процессуальную борьбу. А такое вмешательство опасно и вредно. Суд рискует утратить соответствующие его званию хладнокровие, беспристрастие, объективность и стать в положение помощника одной из сторон, работа которой представилась ему более вероятной при предварительном исследовании обстоятельств дела³. Но если это даже не произойдет в действительности, во всяком случае одна возможность такого результата набросит на суд тень подозрения в пристрастии и лишит его доверия граждан. Судья не только должен быть беспристрастным, но и должен казаться таковым⁴. «Процесс может быть благотворным учреждением только тогда, когда стороны питают такое же доверие к гражданскому судье, как к третейскому, но не тогда, когда они боятся его, как полицейского чиновника»⁵.

Даже уголовный процесс, где суду предоставлены более обширные права в целях раскрытия материальной правды, признано более целесообразным построить на состязательном начале, устранив суд от непосредственного участия в розыске процессуального материала

¹ *Osterloh*, § 28; *Wetzell*, § 43; *Bolgiano*, 43; *Canstein*, *Rat. Grundl.*, 185; *Birkmeyer*, 271; *Lotz*, 6 ff.; *Gärtner*, 19; *Малышев*, 357; *Гольмстен*, 404 и сл.; *Нефедьев*, Учебн., 159.

² *Schmidt*, 421; *Гредескул*, 54–55.

³ *Kornfeld*, 33–34; *Gärtner*, 122.

⁴ *Gärtner*, 111.

⁵ *Canstein*, *Civilproc.*, 79, Anm. 2.

и поручив это особым органам (судебным следователям и прокуратуре) именно для того, чтобы обеспечить беспристрастие суда и вселить к нему доверие в обществе.

7. Принятие состязательного принципа имеет еще ту выгоду, что ведет к разделению труда, всегда приносящему лучшие плоды, чем исполнение всей сложной работы одним лицом. Подготовка фактического материала производится двумя тяжущимися, из коих каждый подбирает все то, что служит в его пользу, причем обе стороны могут пользоваться помощью специалистов-юристов (адвокатов)¹.

8. Принцип состязательности открывает простор для самостоятельности тяжущихся и побуждает их к проявлению личной инициативы и энергии. Напротив, следственный принцип отдаст их в опеку суда; их усердие ослабевает; они начинают полагаться на помощь свыше, и если ошибаются в расчете, то нарекают на суд и заподозревают его в пристрастии². С точки зрения воспитательного влияния на граждан состязательный принцип поэтому заслуживает предпочтения, хотя бы даже в отдельных случаях они терпели от него ущерб. Здравая идея состязательного процесса состоит, как выразился Планк, в том, что «лучше явная опасность свободы, чем сомнительная обеспеченность опеки»³.

9. Наконец, последовательное проведение следственного принципа фактически невозможно, так как работа суда увеличилась бы в десятки и сотни раз, став для него непосильным бременем⁴. Если при господстве состязательного процесса, когда суд получает готовый фактический материал из рук сторон и их адвокатов, судьи завалены работой, то при следственности нужно было бы удешевить их число, что явилось бы непосильным для государственных финансов.

III. Против принципа состязательности выставляются следующие возражения.

1. В защите гражданских прав заинтересованы не только их обладатели, но и государство, так как совокупность частных прав образует правопорядок, а поддержание правопорядка составляет главную задачу государства. Поэтому, стремясь к поддержанию правопорядка, государство должно заботиться, чтобы он был охранен в каждом отдельном

¹ Schmidt, 417, 420; Canstein, Zweck, 8.

² Kornfeld, 33.

³ Ibidem.

⁴ Schneider, 21.

случае, т.е. чтобы каждый процесс разрешался правильно, сообразно закону и действительным обстоятельствам дела. Только тогда будут обеспечены свобода и неприкосновенность личности, лежащие в основе правопорядка; только тогда у граждан не будет побудительной причины разрешать свои юридические споры путем самоуправства; только тогда они будут уважать суд и чувствовать себя обеспеченными от незаконных посягательств на свои права. А для этого необходимо, чтобы суд мог самостоятельно, не стесняясь заявлениями сторон, исследовать фактическую сторону дел¹.

Против этого нужно заметить, что государство непосредственно заинтересовано в охране *публично-правового* порядка, в предупреждении и устранении преступных посягательств на основные устои общежития, защищаемые нормами публичного права. Для государства важно, чтобы не происходило убийств, изувечений, грабежей, насилий. Но для него не представляет непосредственного интереса осуществление частноправового порядка²: государству совершенно безразлично, уплатит ли Иванов свой долг Петрову, внесет ли квартиронаниматель Федоров наемные деньги домовладельцу Григорьеву, и т.д. Поэтому государственная власть, принимая в лице своих административных и судебных органов необходимые меры к ограждению и восстановлению публично-правового порядка, *может* ограничиться по отношению к осуществлению частноправового порядка надлежащей организацией органов судебной власти. Государство сделает свое дело, создав учреждения, обладающие надлежащей подготовкой и обставленные всеми необходимыми гарантиями для беспристрастного разрешения споров между гражданами в том случае, если заинтересованные лица сочтут нужным обратиться к их посредничеству и представят достаточные для ознакомления с обстоятельствами дела данные. Дальше этого обязанность государства не простирается. Ни навязывать судебную защиту гражданам помимо их просьбы, ни побуждать суд вмешиваться во взаимные отношения между ними и самостоятельно устанавливать спорные обстоятельства государство не имеет решительно никакого основания³. Оно предоставляет только возможность каждому желающему получить судебную защиту в случае надобности, подобно тому

¹ *Нефедьев*, 36–40; *Lutostarski*, 40–41; *Тютчевич*, 47; *Азаревич*, Правда, 5.

² *Bülow*, Das Geständnisrecht, 1899, 229 ff.; *Canstein*, Zweck, 14.

³ *Bülow*, Civilprocessuale Fiktionen (Arch. civ. Pr., 62 B., 86).

как, устроив почтово-телеграфные учреждения, дает возможность гражданам сноситься между собою.

2. При господстве принципа состязательности суд превращается в бездушную машину, приводимую в движение сторонами, делается послушным орудием в их руках. Он действует только тогда, когда этого хотят стороны, и так, как они хотят. Это положение не соответствует значению и достоинству его как органа государственной власти. Каждому ведь органу государственной власти закон предоставляет известный круг функций, который не может быть изменяем по воле частных лиц. «Касса страхования больных рабочих не принимает каких-либо иных страхований»¹. Между тем, благодаря принципу состязательности, стороны получают право заключать деятельность суда в определенные рамки, по своему усмотрению то сужая, то раздвигая границы судейского исследования фактических обстоятельств дела.

Это возражение основано на недоразумении. Принцип состязательности вовсе не дает сторонам возможности изменять *круг функций* суда. Функции остаются неизменными: стороны не могут, например, заставить суд совершать страховые операции или какие-либо иные действия, не относящиеся к отправлению гражданской юрисдикции. От воли сторон зависит только *количество и состав процессуального материала*, которым оперирует суд. От этого функции суда не изменяются. Мельница остается мельницей, приходится ли ей молоть воз пшеницы или куль жита.

3. Принцип состязательности заставляет суд постановлять решения на основании наследования не всех обстоятельств дела, а только той части их, которая доставлена сторонами в качестве процессуального материала, и в том виде, как она доставлена. В результате оказывается, что судебное решение, в котором фактический процессуальный материал правильно подведен под юридические нормы, представляется с внешней, формальной стороны вполне справедливым, тогда как по существу, с внутренней стороны, может совершенно не соответствовать всем действительным обстоятельствам дела, т.е. быть материально несправедливым². Поэтому принцип состязательности — не что иное, как право сторон на постановление судами несправедливых решений³. Между тем решения должны быть внутренне справедливыми. Процесс

¹ Klein, Pro futuro, 14.

² Азаревич, 7; Тумкевич, 44; Краевский, 42; Lutostański, 46–52; Harzfeld, 58.

³ Klein, Pro futuro, 13–14.

должен служить реальным потребностям жизни¹; суд должен охранять действительно существующие правоотношения, восстанавливать истинное право, «а не воздвигать трон какому-либо призраку права, вызванному обманным образом из личных видов»². Для выполнения этой задачи суд должен быть снабжен соответствующими полномочиями: ему нужно предоставить право самому исследовать фактические обстоятельства.

Против этого рассуждения можно возразить следующее.

Конечно, процесс должен служить реальным, а не призрачным потребностям жизни. Но граждане испытывают потребность не в том, чтобы их взаимные юридические отношения в области частной жизни исследовались и устанавливались судом помимо и даже вопреки их воле, а в том, чтобы они, в случае надобности, могли обратиться к посредничеству суда и при его содействии осуществить свои юридические требования³. Предъявляя требование к ответчику, истец выводит его из норм права и фактических обстоятельств. Задача суда ограничивается проверкой, действительно ли существуют эти обстоятельства в том виде, как утверждает истец, и правильно ли подведены они под нормы действующего права. Если же суд, не ограничиваясь этим, стал бы сам разыскивать фактические данные и доказательства, а затем делать применительно к ним выводы из действующего права, то он стал бы в положение стороны и в судебном решении должен был бы проверять свои собственные выводы⁴.

4. Для того чтобы суд был в состоянии раскрыть материальную правду, он должен пользоваться неограниченной свободой исследования фактического материала дел. Связать же ему руки принципом состязательности — значит, собственно говоря, признать, что целью процесса является достижение не материальной, а только формальной правды.

Правильность этой дилеммы признают и не боятся принять второе положение даже такие тонкие процессуалисты, как Вах и Бюлов⁵.

¹ *Lutostański*, 48.

² *Zum Bach*, Vollständige Gegenüberstellung der Hauptmomente der preussischen und französischen bürgerl. Prozessordnung, 1822, 39; *Puchta*, Beiträge zur Gesetzgebung und Praxis des bürgerl. Rechtsverfahrens, I, 1822, 28, 50.

³ *Lotz*, 6–7; *Gärtner*, 117.

⁴ *Gärtner*, 118–121.

⁵ По словам Ваха, раскрытие материальной истины «не составляет и не может составлять цели процесса. Оно — желательный, но не обеспеченный результат. Матери-

Но эта дилемма вовсе не вытекает из обстоятельств спорного вопроса. Ведь сам-то принцип состязательности вводится главным образом потому, что им лучше обеспечивается установление действительных обстоятельств, т.е. достижение материальной правды (см. с. 356). Если в отдельных случаях он, по исключению, не ведет к этой цели, то этим еще не умаляется его общее значение: исключения только подтверждают правило. Шмидт верно заметил по этому поводу, что нельзя смешивать законодательного принципа, рассчитанного на большинство нормальных случаев, с результатами, получаемыми иногда при его применении в отдельных случаях: ведь и в уголовном процессе, несомненно, преследующем материальную правду, в действительности зачастую достигается только формальная¹.

5. Принцип состязательности, оправдываемый интересами тяжущихся сторон, в действительности не обеспечивает этих интересов. Кто предъявляет иск, тот, конечно, желает выиграть дело и заинтересован в том, чтобы суд принял во внимание все обстоятельства, говорящие в его пользу, хотя бы даже сам он упустил из виду какое-либо из них. Между тем принцип состязательности делает невозможным вмешательство суда с целью оказать помощь той из сторон, которая в ней нуждается и заслуживает ее².

Это соображение, несомненно, основательно, но, взятое во всей полноте, грешит преувеличением. Предъявляя иск, гражданин вовсе не желает дать суду *carte blanche* для производства расследований в области своей частной жизни. Иной раз он предпочтет проиграть дело и понести убыток — лишь бы только не были преданы гласности неко-

альная правда мыслима в качестве цели процесса лишь при официальном производстве, в таком процессе, где не только дается возможность исчерпывающего воспроизведения фактического материала, но и выставляется в качестве служебной обязанности государственных органов принцип свободного исследования. А это может быть только там, где предметом процесса служит общественный интерес. В гражданском же процессе частноправовая природа предмета спора устраняет из производства принцип свободного исследования, а вместе с ним и объективное установление действительного фактического материала. Решение представляет собой и может представлять лишь оценку подготовленного сторонами в форме заявлений и доказательств материала» (*Wach, Vorträge*, 199—200). Ср.: *Heinze*, 288; *Bülow*, Arch. civ. Pr., 64 B., 204; *Гольмстен*, Состяз. нач., 408 и сл.

¹ *Schmidt*, 436 и прим. 2. Ср.: *Schneider*, 22; *Kornfeld*, 19.

² *Gönnert*, I, 187; *Zink*, I, 356, 360; *Schneider*, 34—35; *Азаревич*, Правда, 9—10; *Краевский*, 40—41; *Змирлов*, К вопросу о пересмотре положения Уст. гр. суд. (Журн. М. Ю., 1897, № 2, 130).

торые обстоятельства, касающиеся его личности или семьи, например интимная переписка. Таким образом, без специально выраженной просьбы и во всяком случае против воли тяжущегося суд не должен вдаваться в исследование его юридических отношений.

6. Принцип состязательности может быть полезен и целесообразен только при том условии, если обе тяжущиеся стороны являются равносильными, одинаково подготовленными и умелыми противниками. Тогда суду остается только молча наблюдать их единоборство и беспристрастно решить, кто из них победил. Но если стороны не равносильны, если, например, одною является образованный человек, а другою — неграмотный крестьянин или если одному тяжущемуся помогает адвокат, до тонкости изучивший все приемы и средства процессуальной борьбы и обладающий долговременным навыком, а другой тяжущийся защищается лично, будучи совершенным новичком, впервые выступающим в процессе, то принцип состязательности приведет лишь к торжеству сильного над слабым, богача, имеющего возможность нанять хорошего адвоката, над бедняком, принужденным вести свое дело лично. А это противно справедливости¹.

Основательности этого соображения нельзя отрицать. Оно-то и побудило иностранных законодателей ввести обязательное участие поверенных в гражданском процессе (в делах, рассматриваемых коллегияльными судами), чтобы таким способом сгладить естественное неравенство сил тяжущихся.

7. Принцип состязательности ставит судей в невыносимо тягостное нравственное положение. Не имея права помочь неумелому тяжущемуся, на стороне которого в данном случае правда, но который не способен отстоять ее, суд принужден провозглашать победителем того, кто, по его убеждению, вовсе этого не заслуживает. Суд должен оставаться хладнокровным зрителем и даже пособником юридического самоубийства, которое совершает, по незнанию, неопытности

¹ *Menger*, Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen, 1890, 21; *Klein*, Pro futuro, 19, 21; *Hartzfeld*, 53–55; *Тюткевич*, 45–46: «Принцип полного невмешательства суда в ведение гражданских дел сторонами и их объяснения на суде, — принцип уместный только там, где, по составу населения, тяжущиеся более или менее интеллектуально равносильны, чего невозможно даже презюмировать у нас, ибо наше население состоит из граждан, начиная от «лиц, которые приближаются к самым верхушкам человеческой мысли», и кончая такими, «которые не ушли далеко от людей каменного и бронзового периодов»».

или робости, одна из сторон¹. Дальнейшим результатом пассивного положения судей неизбежно явится формальное отношение их к делам и деморализация².

И это соображение включает в себе долю истины. Действительно, было бы в высшей степени печально, если бы суды постановляли сознательно и заведомо несправедливые решения только потому, что одна из тяжущихся сторон не сумела отстоять своих прав. Но все-таки выступление суда в роли помощника этой стороны представляет опасность в том отношении, что суд может нарушить беспристрастие или, если не нарушить его в действительности, то во всяком случае возбудить подозрение в лицепритии. Суд не в состоянии, не выходя из своей законной роли, принимать на себя еще и роль защитника одной из сторон. Для исполнения этой второй роли существует специальный класс лиц — адвокаты, которые вдобавок могут лучше судей справиться с нею, так как имеют профессиональную подготовку и побуждаются к надлежащему выполнению своих обязанностей сознанием своего профессионального долга, а также материальной и дисциплинарной ответственности³.

8. Состязательный принцип может быть вполне целесообразным при добросовестности обеих тяжущихся сторон. Но если одна из них поступает недобросовестно, скрывает невыгодные для себя факты, выставляет заведомо ложные утверждения и возражения с целью затемнить истину и запутать дело, то другой, добросовестной стороне очень трудно бороться с этим. Против кляуз противника у нее имеется «лишь редко достаточное средство — доказательства»⁴. Помочь торжеству истины может только суд своевременным вмешательством и самостоятельным исследованием дела.

¹ *Puchta*, *Processleit.*, 79—80, 82—86; *Skedl*, *Die sociale Bedeutung der neuen CP-gesetze*, 1898, 8—9.

² «Если бы, — говорится в мотивах к Австрийскому уставу, — судье было вменено в обязанность хранить молчание, то это привело бы к опасному столкновению между его совестью и долгом службы, столкновению, которое не могло бы остаться без важных последствий. Равнодушное отношение к праву тяжущегося всего менее уместно в учреждении, которое предназначено для защиты этого права. Тонкая чуткость судей к попранному праву должна неизбежно притупиться, если суд будет принужден решать всякое дело по тем фактическим данным, которые изложили ему стороны, не заботясь вовсе о том, насколько это изложение вообще пригодно для постановления справедливого решения» (*Materialien zu den neuen oesterr. CP-gesetzen*, I, 1897, 262).

³ *Kornfeld*, 14—15.

⁴ *Puchta*, *Beiträge*, 25 ff.

Против этого нужно сказать, что недобросовестность одной из сторон несколько не опаснее в процессе, чем вне процесса — при заключении гражданами юридических сделок. Между тем никому не придет в голову требовать, чтобы, в предупреждение обманов всякого рода, все договоры совершались при участии суда или иных органов государственной власти, которые бы следили за тем, чтобы договаривающиеся действовали добросовестно. Граждане сами должны заботиться об ограждении своих интересов. Закон ограничивается тем, что дает им возможность требовать уничтожения невыгодных для них последствий обмана, которому они подверглись со стороны своего контрагента (посредством оспаривания сделок или в некоторых, наиболее важных, случаях — посредством привлечения обманщика к уголовной ответственности). Аналогичные меры достаточны и для процесса: если сторона, уличенная в недобросовестном ведении процесса, будет подвергаться наказанию в виде уплаты судебных издержек, то это послужит достаточно сильной побудительной причиной к воздержанию от кляузничества¹.

IV. Сравнивая преимущества и недостатки состязательного и следственного принципов, необходимо прийти к заключению, что состязательность, лучше обеспечивая достижение материальной правды в процессе, в то же время соответствует как частному характеру защищаемых путем гражданского процесса прав, так и принципу диспозитивности. Поэтому в основу гражданского процесса должен быть положен принцип состязательности. Но так как благотворительные результаты его могут быть парализованы неумением тяжущихся надлежащим образом пользоваться своими процессуальными правами, то необходимо сделать одно из двух: либо ввести обязательное участие специалистов-юристов в процессе, либо возложить на суды обязанность оказывать содействие сторонам при установлении фактических обстоятельств².

Первый способ осуществлен западноевропейскими законодательствами в применении к делам, разбираемым коллегияльными судами: во Франции эти дела должны вестись тяжущимися при посредстве поверенных, а в Германии и Австрии — при посредстве адвокатов, исполняющих одновременно обязанности поверенных. Однако такой корректив к принципу состязательности нельзя признать вполне целесообразным по следующим соображениям. Во-1-х, опыт показал,

¹ Gärtner, 82 ff.

² Завадский, рец. в Журн. М. Ю., 1896, № 5, 309.

что обязательное участие поверенных или адвокатов в процессе не устраняет необходимости вмешательства суда в подготовку и разработку фактического материала. Несмотря ведь на это участие, в названных государствах возник вопрос о необходимости расширить права суда. Во-2-х, хотя помощь специалистов-юристов при ведении дел и полезна для тяжущихся, но отсюда вовсе не следует, что закон должен навязывать им эту помощь, за которую к тому же им придется платить. В гражданском процессе тяжущиеся защищают и осуществляют свои частные права, преследуют свои частные интересы. Государство в исходе этих дел непосредственно не заинтересовано и выступать в роли опекуна тяжущихся не имеет основания. Оно выполнит свою задачу по охране правопорядка, если создаст рациональным образом устроенные суды и подготовленную к ведению судебных дел адвокатуру. Тяжущиеся вольны начинать дела или не начинать, доводить их до конца или мириться среди процесса, — точно так же следует предоставить их свободному усмотрению ведение дел лично или при помощи адвокатов. Нужно только принять меры, чтобы неимущие лица могли пользоваться услугами адвокатов безвозмездно, а для этого ввести институт назначения бесплатных защитников для лиц, за которыми признано право бедности¹.

Поэтому предпочтения заслуживает второй способ: предоставление суду, в видах раскрытия материальной истины, права материального руководства процессом, т.е. добавление к принципу состязательности некоторой дозы следственного начала. Но тут возникает важный вопрос о взаимном отношении между обоими принципами, о той пропорции, в какой их нужно смешать. Этот вопрос должен быть разрешен следующим образом. Процесс необходимо построить, как уже замечено выше, на принципе состязательности; *вмешательство же суда допустимо в той мере, в какой оно не противоречит принципу диспозитивности*. Именно, суд не может ни стеснять тяжущихся в распоряжении объектом процесса, ни принуждать их к применению процессуальных средств защиты, пользование которыми предоставлено их усмотрению, ни самостоятельно применять эти средства вопреки воле тяжущихся. Так, например, суд обязан удовлетворить иск, если ответчик признал его правильным, хотя бы, по мнению суда, он был

¹ В пользу и против обязательного участия поверенных и адвокатов в гражданском процессе приводятся еще и другие доводы. Оценка их сделана в моем соч. «Организация адвокатуры» (II, 196–195, 202–207).

неоснователен; не вправе принимать в расчет при постановлении решения факты, не указанные сторонами, но случайно известные ему частным образом; не вправе доискиваться посредством сношения с правительственными учреждениями или частными лицами, нет ли у них доказательств в пользу спорных фактов данного процесса, в котором те не участвуют; не вправе распорядиться, чтобы у одной из сторон был произведен обыск и арестована ее переписка, и т.п.

Напротив, суд может обратить внимание сторон на необходимость установить какой-либо факт или разъяснить их требования и возражения, может сам истребовать от стороны или от третьих лиц документ или вызвать не указанных сторонами свидетелей, если только существование документа, имеющего значение для решения дела, и свидетелей, знающих спорные факты, сделалось ему известно не частным образом, а официально, при исполнении судебных обязанностей, т.е. обнаружилось во время производства данного или какого-либо другого дела¹, и если притом стороны и в частности та из них, в пользу которой должно послужить новое доказательство, не изъявит нежелания воспользоваться им.

Словом, суд должен только помогать тяжущимся при установлении фактических обстоятельств дела, но не может при этом ни поступать наперекор воле заинтересованной стороны, ни производить самостоятельных розысков процессуального материала².

¹ *Туткевич*, 49—50: «Для достижения материально справедливых решений следует допустить право суда вводить в основание своих решений и то, что достоверно известно судье из иных (вне представленных сторонами данных) источников, например из других дел. Автору нередко приходилось испытывать чувство горечи от отсутствия такого узаконения, особенно в тех случаях, когда не было возможности указать стороне, в подтверждение ее справедливого заявления, ей не ведомого, но нам из других дел известного доказательства. Когда же оно впоследствии становилось известным и тяжущемуся, то влекло либо перенесение лишнего дела в апелляционную инстанцию или просьбу о пересмотре решения (по ст. 794 Уст. гражд. суд.), либо возбуждение нового дела в первой инстанции, а иногда составляло лишь бесплодный источник сожаления для тяжущегося, когда, за истечением давности, не могло служить и надежным основанием для нового возбуждения дела».

² «Судья, отличай нежелающего от неумеющего отстаивать свое право... Не навязывать судебной защиты нежелающему, вот это — состязательность; оставаться же безучастным к желающему, но не умеющему защищаться — это не состязательность, а неправоудие» (*Боровиковский*, Отчет судьи, III, 1894, 27; ср. *Wetzell*, 521, прим. 45). Суд, по замечанию Шнейдера, должен играть некоторым образом роль акушера, содействуя сторонам, когда их требования и заявления проявляются недостаточно полно (18, Anm. 2).

Так как суд все-таки только направляет и дополняет деятельность тяжущихся, то о применении следственного принципа в строгом смысле здесь нельзя говорить¹. Поэтому предпочтительнее употреблять термин «инструкционный принцип», хотя и отождествляемый многими со следственным², но, несомненно, имеющий более мягкий оттенок и точно определяющий задачу суда как инструкцию, направление процесса³. Как правильно заметил Шнейдер, инструкционный принцип нисколько не противоречит состязательному, ибо из того, что кто-либо объявлен ответственным за свои действия, не следует, чтобы ему не мог помогать кто-либо другой, например, судья⁴. Инструкционная деятельность суда заключается лишь в том, что он руководит тяжущимися в видах целесообразного использования ими своих процессуальных прав⁵.

¹ На это указал еще *Puchta*, *Processl.*, 69.

² *Schneider*, 20.

³ *Heinze*, 267; *Kornfeld*, 22. Некоторые употребляют в таком же смысле термин «принцип материального руководства» процессом в отличие от формального (см. с. 353).

⁴ *Schneider*, 23.

⁵ *Heinze*, 267; *Schneider*, 27–28. Состязательный, следственный и инструкционный принципы относятся к той стороне искового производства, которая состоит в собирании и доставлении фактического материала, долженствующего служить основанием для постановления судом решения, или, говоря точнее, составить содержание малой посылки в силлогизме судебного решения. Встречается, однако, и другое словоупотребление. Именно терминами «состязательность» и «следственность» характеризуется весь вообще процесс. В «состязательном» процессе все — возбуждение и движение производства, собирание фактического материала, определение предмета процесса — зависит от свободной инициативы и воли сторон, в «следственном» процессе все это составляет право и обязанность самого суда. В таком обширном смысле термин «состязательность» обнимает собою принципы диспозитивности, почина сторон и состязательности в тесном смысле. Начало этому словоупотреблению положил Гённер, впервые введший термины «состязательность» («*Verhandlungsmaxime*») и «следственность» («*Untersuchungsmaxime*»). Хотя, производя первый термин от слова «*Verhandlung*», он разъяснил, что под «*Verhandlung*» нужно понимать установление малой посылки для судебного силлогизма («таких признаков, которые должны быть подведены под закон» (I, 192)), но в то же время, противопоставляя состязательный и следственный принципы, он высказал положение, что при господстве первого «суд ничего не делает по собственному почину, и это правило, с немногими изъятиями, определяет судебное производство во всех его частях» (I, 183). За Гённером последовали и другие (*Osterloh*, § 28; *Bayer*, § 12 и др.) и стали выражать содержание принципа состязательности латинскими афоризмами: 1) *nemo iudex sine actore*, 2) *nemo invitus ad agendum cogitur*, 3) *ne procedat iudex ex officio*, 4) *ne eat iudex ultra petita partium*, 5) *iudex secundum allegata et probata iudicare debet*, 6) *judici fit probatio*. Как указал Канштейн (*Rat. Grandl.*, 197), из этих афоризмов большинство относится к принципам диспозитивности (первый, второй и четвертый) и почина сторон (третий). Восстанавливая точный смысл термина «состязательность», Канштейн определил сущность ее таким

V. Необходимость сочетания состязательного и следственного начал в гражданском процессе давно признана в литературе. Уже Гённер указал на нецелесообразность построения процесса на одном состязательном принципе и находил нужным ограничить произвол сторон вмешательством суда, «поскольку это требуется особыми причинами», в частности «целесообразностью и полнотой производства»¹. За Гённером последовали другие авторы, так что состязательность в безусловном чистом виде никем не защищалась. Спор между процессуалистами шел и идет, собственно говоря, только о границах вмешательства суда в состязание сторон: одни стремятся к сужению их (Вах, Канштейн, Корнфельд, Труттер, Штейн, Шмидт), другие — к расширению (Пухта, Цинк, Клейн, Фиргауз, Френкель, Полляк, Шнейдер, Отт)²; но точную и теоретически правильную формулу пытались выставить очень немногие. Из них вполне правильно определил границы судейского вмешательства Канштейн³. Другие ограничиваются общими замечаниями о необходимости гармонического сочетания обоих принципов⁴. Так же поступают и русские процессуалисты⁵.

образом: в силу принципа состязательности стороны состязаются перед судом и являются хозяевами фактического материала процесса и доказательств, а не служат сами средствами исследования истины для суда (Ibid., 197). Эта терминология и установилась в настоящее время в германской и австрийской литературе. Но во французской, итальянской и нашей литературе принцип состязательности понимается обыкновенно в обширном смысле самостоятельности сторон в процессе. См.: *Малышев*, I, 359 и сл.; *Азаревич*, I, 34 и сл.; *Гольмстен*, Состяз. нач., 413 и сл.; *Нефедьев*, Основн. нач., 18 и сл.; *Яблочков*, 34; *Кавелин*, Основные начала русского судоустройства и гражданского судопроизводства от Уложения до Учреждения о губ., 1844, 104. Вместо термина «состязательный» Кавелин употребляет термин «обвинительный», как делают криминалисты, противопоставляя следственный и состязательный порядки производства в уголовном процессе. Некоторые криминалисты употребляют и термин «состязательность» (*Случевский*, 68 и сл.).

¹ *Gönnér*, I, 243 ff.

² *Гольмстен*, 408 и сл.; *Kornfeld*, 12 и сл.; *Skedl*, 10–11; *Schneider*, 26 ff.

³ *Canstein*, 42–43, Anm. 6.

⁴ Даже Вах: «Нельзя ни возвысить судью до самодержца в процессе, низводя сторону из положения субъекта процесса до положения объекта и средства исследования истины, ни, наоборот, унизить судью до положения марионетки в руках сторон: нельзя ни поставить его в невозможное положение адвоката стороны, ни забывать, что он должен помогать торжеству справедливости и истины» (*Vorträge*, 62–63). Приблизительно точно указана наиболее целесообразная комбинация обоих принципов Цинком (I, 365 ff., 376–378) и Клейном (*Pro futuro*, 32–35).

⁵ Малышев выражается очень неопределенно: «...суд не должен иметь деспотического, инквизиционного характера, но в то же время он не должен быть слаб и безде-

VI. Состязательное и следственное начала комбинировались как в римском, так и в основанном на нем германском общем процессе. Оба они были построены на состязательном принципе, но с некоторыми отступлениями в сторону следственного. Так, судьи могли и должны были расспрашивать тяжущихся, предлагать им принятие присяги в подтверждение сомнительных фактов, назначать осмотр вещественных доказательств и экспертизу. На судьях лежала таким образом обязанность дополнять деятельность сторон по выяснению фактической стороны дел (*officium suppletorium, nobile, Ergänzungsamt*).

Неудовлетворительное состояние отправления правосудия в области гражданских дел в конце XVIII в., приписанное господству состязательного принципа, побудило прусских монархов ввести в гражданский процесс следственный принцип. Прусский устав судоустройства 1793 г., развивая положения Свода законов Фридриха II, предписал судам «исследовать основательность или неосновательность фактических обстоятельств дела, самостоятельно и непосредственно выясняя их, насколько необходимо, для правильного применения законов к дан-

ятелен, потому что слабый суд был бы покровителем всякого рода злоупотреблений в гражданском обороте». Из рассуждений проф. Азаревича тоже нельзя усмотреть, до каких собственно границ простирается право самостоятельности суда: «понимать состязательность гражданского процесса следует так, что от сторон зависит такое или иное установление притязания в процессе, но отданное, в этом виде, на рассмотрение притязание находится уже на попечении суда, т.е. суд должен применить все усилия для решения дела согласно действительности, и поэтому его усмотрению должен был открыт самый широкий путь». «Для выполнения ожиданий, возлагаемых на суд, т.е. для справедливого решения предложенного спора, нет основания ограничивать его в средствах для раскрытия истины... Такая самостоятельность суда подлежит ограничению только волею сторон, дающей определенную установку притязания и определенное же к нему отношение» (Судоустройство, I, 37, 38). Профессор Нефедьев находит, что «нет твердых оснований для того, чтобы определить, насколько должно быть проводимо в процессе начало состязательное и насколько — официальное» и что «гармоничное сочетание их может быть найдено только путем опыта», но в то же время полагает, что «наиболее правильно построено состязательное начало во Французском уставе» (Учебник, 161; Начала, 40, 42). По словам проф. Энгельмана, «суд не должен действовать по собственному усмотрению только там, где по закону сторона должна действовать сама» (167). Но по закону стороны нигде не должны действовать: они только имеют право действовать. Профессор Гольмстен, признавая необходимость ограничений состязательности, довольствуется общим замечанием, что «закон должен их точно определить и отнюдь не допускать аналогического применения их на однородные случаи» (411). Профессор Яблочков тоже считает задачей законодателя «гармоническое сочетание обоих принципов» (40). Наиболее приблизился к правильному разрешению этого вопроса Анненков в указ. статье.

ному случаю» (введ. § 7). К этому добавлялось, что «судья не связан заявлениями стороны, на которой лежит бремя доказывания, но имеет право и обязан применять, даже без явного желания сторон, и другие средства, которые обнаружатся из их заявлений или прений» (§ 17). Кроме того, суду было предоставлено право допрашивать тяжущихся, которые должны были говорить правду под угрозой штрафа¹. Однако эта реформа не принесла на практике ожидавшихся плодов², и состязательное начало было восстановлено в прежнем виде сначала в применении к упрощенному производству и к мелким делам (в 1833 г.), а затем и по отношению ко всем прочим (в 1846 г.). Другие немецкие партикулярные законодательства первой половины XIX в. проводили принцип состязательности в том виде, как он установился в германском общем процессе, с более или менее значительными видоизменениями.

Из современных процессуальных уставов Французский и Германский примыкают к германскому общему процессу. Стоя принципиально на почве состязательности, Французский устав дает суду право совершать по собственной инициативе некоторые действия с целью выяснения фактических обстоятельств дела, как то: требовать личной явки сторон и предлагать им вопросы, назначать осмотры вещественных доказательств, экспертизу, допрос свидетелей, указанных сторонами, предлагать стороне принять присягу в подтверждение не вполне доказанных фактов³. По Германскому уставу суд тоже имеет право назначать осмотры и экспертизу, личную явку и присягу сторон, но не может вызывать свидетелей без просьбы сторон; зато ему предоставлено требовать предъявления документов, на которые сослался тяжущийся и которые имеются у него, и торговых книг, а главное, он вправе и даже обязан посредством расспроса сторон выяснять фактические обстоятельства дела⁴. Значительно дальше в сторону расширения прав суда дошел Австрийский устав. Он возлагает на председательствующего обязанность принимать

¹ Allg. Ger.-ordn., Einl., § 12, 14; III, 3 Tit., § 22. Уничтожая состязательность, Устав сохранил, однако, диспозитивность (I, 10 Tit., § 285). Из этого видно, что оба принципа не связаны между собой неразрывно, а могут существовать и порознь.

² Gärtner, Kritik etc.; Abegg, Versuch einer Geschichte der deutschen CP-gesetzgebung, 1848, 188–189, 204; Peters, Prozessverschleppung, 72 ff.

³ Code de procéd., art. 119, 254, 295, 302; Code civ., 1366 ss.; Garsonnet, № 419, 423, 443, 444.

⁴ Герм. уст., § 139–144, 476; Wach, Vorträge, 72 ff.; Weismann, I, § 40.

меры, чтобы стороны «дали все объяснения, которые необходимы для установления, согласно с истиной, фактических обстоятельств, служащих основанием заявленных сторонами прав и требований» (§ 182). С этой целью председательствующий может требовать, чтобы стороны явились лично в заседание, и предлагать им вопросы; чтобы они представили документы и вещественные доказательства; может назначить осмотр, экспертизу и допрос свидетелей по собственной инициативе (§ 183). Кроме того, суд имеет право назначить, в разъяснение сомнительных обстоятельств дела, допрос самих тяжущихся как без присяги, так и под присягой (§ 371 и сл.). Самодеятельности суда положены два предела: 1) согласно принципу диспозитивности, суд не может требовать представления документов и вызывать свидетелей, если обе стороны заявят, что они этого не желают (§ 183), и 2) о существовании документов, вещественных доказательств и свидетелей суд должен узнать из ссылки на них одной из сторон (§ 183), а не путем самостоятельных розысков. Эти два ограничения существенным образом отличают Австрийский устав от Прусского устава 1793 г.¹ Совершенно таким же образом комбинированы состязательное и следственное начала в Венгерском уставе, воспроизводящем постановления Австрийского без существенных изменений (§ 224–228, 288, 326, 340, 350).

VII. Русский дореформенный процесс основывался на состязательном начале, соединенном с несколько большею дозой следственного, чем германский общий процесс, главным образом в том отношении, что суду было предоставлено собирать по собственной инициативе «справки» по делу, т.е. выписки и копии с документов, не приобщенных к делу, а находящихся в других делах. Благодаря неясности постановлений Свода, а также юридической неподготовленности и низкому нравственному уровню судей, на практике собирание справок превратилось в средство без конца затягивать разрешение дел в угоду влиятельным ответчикам или их покровителям².

¹ *Skedl*, 15. Неправильно поэтому некоторые полагают, что австрийский процесс построен на следственном принципе (*Kornfeld*, 9 ff.; *Canstein*, *Civilprocessr.*, 20; *Schrutka*, *Stellung des Richters*, 56 f., 84. Anm.; *Schrutka*, *Grundriss*, § 112 (следственный принцип в состязательной форме). *Contra: Pollak*, *Stoffsammlung*, 12, *Lehrb.*, 411–412). Еще шире круг самодеятельности единоличных участковых судей, на которых Устав возлагает обязанность разъяснять сторонам, не имеющим адвокатов, процессуальные вопросы и давать им соответствующие наставления (§ 432, 435).

² *Гольмстен*, *Состяз. нач.*, 446–452, 467–472.

Чтобы положить предел этому злу, составители судебных уставов провозгласили в ст. 307 Уст. гражд. суд. принцип состязательности с категорической ясностью: «...суд ни в каком случае не собирает сам доказательств или справок, а основывает решение исключительно на доказательствах, представленных тяжущимися». Развив это общее положение в постановлениях по частным случаям (ст. 129, 132, 339, 589, 706 и др.), составители Устава сохранили в то же время некоторую долю следственного принципа, именно дали право суду назначать, по собственному почину, осмотры (ст. 507) и экспертизу (ст. 515), а также «требовать объяснений от стороны, выражающейся неясно или неопределенно» (ст. 335), «предлагать тяжущимся вопросы для полного разъяснения дела» (ст. 361) и если «по некоторым из приведенных ими обстоятельств, существенных для разрешения дела, не представлено доказательств», объявлять об этом сторонам, назначая им срок для выяснения таких обстоятельств (ст. 368).

Из приведенных постановлений видно, что составители Устава вовсе не желали провести в процессе строгую состязательность и поставить суд в совершенно пассивное положение зрителя процессуальной борьбы сторон; напротив, они призвали суд к активному участию в установлении фактического материала рассматриваемых дел, но только не в качестве самостоятельного исследователя, а в роли помощника и советника сторон. Суд не вправе сам, по собственному почину, собирать доказательства и справки (ст. 367), но он должен заботиться о надлежащем выяснении обстоятельств дела и с этой целью предлагать тяжущимся вопросы и указывать им на пробелы в представленных доказательствах. Такое содействие сторонам является не только правом, но и обязанностью суда¹.

Суд не может отказать в иске на том основании, что требование истца осталось для него неясным и непонятным, или удовлетворить иск потому, что ответчик не представил доказательств в подтверждение какого-либо обстоятельства, которое считал не имеющим существенного значения, тогда как, по мнению суда, оно было очень важно. Если бы суд поступил таким образом, то он постановил бы неправильное решение вследствие того, что не исполнил возложенной на него законом обязанности выяснить фактическую сторону дела. Сенат истолковал,

¹ Анненков, Опыт ком., II, 29–30; Боровиковский, Отчет судьи, III, 1894, 29–31; Тютрюмов, Рец. в Журн. Мин. Юст., 1897, № 6, 348–349; Исаченко, Комментар., II, 77 и сл.

однако, ст. 368 в противоположном смысле из боязни нарушить принцип состязательности¹.

VIII. Проект новой редакции Устава гражд. суд., воспроизводя правило ст. 367, санкционирующее принцип состязательности (ст. 206) и все изъятия из него, существующие в настоящее время (ст. 207, 188, 396, 405), добавляет к ним еще три: предоставляет суду право вызывать стороны для расспроса (ст. 190), требовать представления документов, о существовании которых суду стало известно из объяснений сторон (ст. 208), и назначать проверку спорных письменных доказательств (ст. 348). Как было указано (с. 367–368), суду следует предоставить еще некоторые правомочия в видах лучшего раскрытия материальной истины.

¹ Решение гр. дел., 67, № 171: «...на основании состязательного порядка, составляющего основное начало нового судопроизводства, суд не принимает никакого участия в направлении дела, в изыскании и собирании доказательств, — это лежит непосредственно на обязанности самих тяжущихся, и потому ст. 368 предоставляет судебным местам только право, но не возлагает на них обязанности». Это разъяснение подтверждалось в последующих решениях (68, № 108 и 259, 69, № 48, 75, № 1022, 80, № 34, 81, № 172, 82, № 163). В нескольких решениях Сената проскользнул, впрочем, правильный взгляд, что суд обязан применить ст. 368, если существенный вопрос, возникший из объяснений сторон, ими не выяснен (71, № 617, 85, № 62, 88, № 88, 90, № 22). Однако в позднейшем решении (93, № 21) Гражданский департамент вернулся к прежнему мнению, подтвержденному и Общим собранием Сената (97, № 28). Ошибочное толкование ст. 368 точно так же, как и недостаточно энергичное применение судами ст. 361, явилось результатом неверного представления о границах состязательности в процессе. Справедливо замечает по этому поводу проф. Гредескул, «что при ином направлении теоретических воззрений, чем то, какое на самом деле господствовало, при более правильном понимании состязательного начала, которое не отождествляло бы его с пассивностью суда (благодаря чему боялись позволить суду лишний раз пошевелинуть пальцем, чтобы не нарушить состязательных основ судопроизводства), одна эта статья (361) способна была бы развиться в обширную и разумную практику... В этом случае мы имеем любопытнейший образец того, как чисто теоретическое заблуждение способно оказать сильнейшее влияние на практическое применение закона, хотя бы закон и не отразил в своем содержании этого заблуждения. На этом пункте мы можем наблюдать любопытнейшую умственную ошибку, своего рода психологический мираж, при котором на действительном поле закона усматривают целую отраженную картину, которая свое истинное пребывание имеет не в законе, а в теории. Теоретическое заблуждение, не получив доступа в текст закона прямым и непосредственным путем, проникло туда так, как проникает в бесплодную песчаную пустыню картина зеленеющего оазиса: путем отражения от выше лежащих слоев умственной атмосферы. Результаты этого умственного миража оказались совершенно такие же, какие бывают при аналогичном физическом явлении; он существенно нарушил целесообразность действий суда, совершенно извратил в этом направлении судебную практику, которая вместо того, чтобы следовать действительному смыслу закона, приспособляет свой ход к воображаемому его смыслу» (Журн. Юр. О., № 4, 98, 99).

§ 42. НЕПОСРЕДСТВЕННОСТЬ¹

I. Согласно постулату материальной правды, решение суда должно соответствовать действительным обстоятельствам дела. Но эти обстоятельства относятся к прошедшему времени. Они заключаются в разного рода фактах, которые произошли в прошлом: в юридических сделках между тяжущимися, в действиях ответчика, нарушивших права истца, в событиях, оказавших влияние на правоотношения сторон (смерть общего родственника, истечение срока давности), и т.п. Эти факты должны быть восстановлены в процессе с помощью сохранившихся от них следов в материальных предметах (документах, вещах) и в памяти посторонних лиц, должны быть восстановлены в том по возможности виде, какой они имели в действительности. Отсюда видно, что задача процессуального установления фактических обстоятельств такова же, как и задача всякого исторического исследования, и вполне правильно та часть судебного решения, где излагаются обстоятельства дела, обычно называется «исторической»: в ней суд излагает историю отношений между сторонами, давших повод к процессу.

Отсюда, далее, следует, что восстановление фактических обстоятельств дела должно производиться в процессе согласно тем же правилам, какими обеспечивается достижение истины при всяком историческом исследовании. Таких правил два: первое состоит в том, что все сведения должны быть черпаемы из первоисточников и лишь при невозможности воспользоваться ими — из вторых рук, а другое — в том, что каждому источнику должно быть придаваемо то значение, какого он заслуживает по своему внутреннему достоинству². Первое правило — работать по первоисточникам — принято называть применительно к гражданскому (как и уголовному) процессу принципом *непосредственности*, а второе — принципом *свободной оценки доказательств*.

¹ Гольмстен, Учебник, 117—119; Щегловитов, О значении начал устности и непосредственности в уголовном процессе (Журн. гражд. пр., 1888, № 8); Тальберг, Русское угол. судопр., § 22—25; Rupp, Der Beweis im Strafverfahren, 1884, § 13; Koffka, Mündlichkeit und Unmittelbarkeit im Civilprocess, 1887; Kries, Das Princip der Unmittelbarkeit im Beweisverfahren (Zeitschr. f. die gesam. Strafrechtswiss. 1887, VI B.); Jahn, Das Princip d. Unmittelbarkeit im Strafprocess, 1903; Guttmann, Unmittelbarkeit und freie Beweiswürdigung, 1907; Menger, § 29; Schrutka, § 116; Kleinfeller, § 69.

² Bernheim, Lehrbuch der historischen Methode und der Geschichtsphilosophie, 6. Aufl., 1908, 411 ff., 480 ff., 488.

Принцип непосредственности может быть выражен таким положением: суд должен устанавливать фактические обстоятельства дела по возможности на основании личного ознакомления с относящимися к ним доказательствами, давая при этом преимущество первоначальным перед производными, или, если употребить отрицательную формулировку: между судом и исследуемыми фактами должно быть возможно меньше посредствующих инстанций¹.

Основание принципа непосредственности ясно: чем ближе подходит исследователь к факту, тем правильнее может его узнать и описать; чем больше между ними посредствующих фактов, тем больше вероятность ошибки. Описание какого-либо события, сделанное очевидцем, более соответствует действительности, чем описание того же события

¹ *Щегловитов*, 135, 189; *Тальберг*, 35. Принцип непосредственности относится к той части производства, которая состоит в установлении судом фактических обстоятельств дела, т.е. к восприятию судом доказательств (*Kries*, 101; *Glaser*, I, 247; *Kleinfeller*, § 59). Но многие понимают непосредственность в более обширном смысле и распространяют ее на состязание сторон, усматривая ее в том, что стороны должны в современном процессе устно излагать в заседании суда свои требования, возражения, заявления и т.д. (*Schmidt*, 440, 442; *Weismann*, I, 7–8, и др.). На самом деле в этом случае применяется принцип не непосредственности, а устности, потому что принцип непосредственности требовал бы, чтобы тяжущиеся давали суду объяснения лично, а не при посредстве доверенных. Другими словами, принцип непосредственности в приложении к состязанию сторон означал бы воспреещение судебного представительства; а так как оно не только допускается, но даже иностранными уставами предписывается для большинства дел, то ясно, что о проведении принципа непосредственности в состязании нельзя и говорить. Сами поборники употребления термина «непосредственность» в таком обширном смысле признают, что он нарушается участием поверенных в процессе (*Schmidt*, 443: «...конечно, непосредственность подвергается ослаблению вследствие того, что вместо сторон могут выступать их поверенные»). Но это ослабление, по Германскому уставу, является общим правилом для дел, производящихся в коллегияльных судах, так что принцип непосредственности в этих судах заменен принципом обязательного представительства (*Katz*, *Schriftsätze und Anwaltszwang*, 1883, 53; *Schwartz*, *Die Novelle*, 108–109).

Еще более широкий смысл придает непосредственности Коффка, различающий: 1) непосредственность *восприятия* процессуального материала судом, которая обуславливается отсутствием всякой посредствующей инстанции между судом и доказательствами; 2) непосредственность *формирования* (создания) *процессуального материала*, состоящую в том, что этот материал образуется на глазах суда (свидетели являются и дают впервые пред судом свои показания; стороны устно излагают свои доводы), и 3) непосредственность *состязания*, которая проявляется в том, что разработка процессуального материала сторонами происходит в том же заседании, где этот материал предъявляется (51–53). Нетрудно заметить, что в первом случае имеется непосредственность в собственном смысле слова, во втором случае — отчасти непосредственность (по отношению к свидетелям), отчасти устность (по отношению к тяжущимся), а в третьем случае — концентрация процессуального производства.

другим лицом со слов очевидца. С каждой дальнейшей передачей этого описания новыми лицами картина события все более и более отдаляется от истины, потому что каждый из передатчиков опускает какую-либо подробность или дает той или иной части другую окраску, другой оттенок¹. Лучи истины тем сильнее отклоняются, чем больше преломляющих сред проходят.

Принцип непосредственности не воспрещает пользоваться посредствующими доказательствами за отсутствием прямых.

Он лишь требует, во-1-х, чтобы суд не прибегал к посредствующим доказательствам, если имеет возможность ознакомиться с непосредственными; во-2-х, чтобы из двух посредствующих доказательств, если одно из них является воспроизведением другого, суд предпочитал ближайшее, первоначальное, дальнейшему, производному², и, в-3-х, чтобы он знакомился с доказательствами лично, а не при чем-либо посредстве.

Например, в процессе о границах земельного участка суд должен лично осмотреть спорный участок и только в случае невозможности этого удовлетвориться посредствующими доказательствами, отдавая преимущество ближайшим пред дальнейшими: фотографическому снимку участка — пред описанием границ, сделанным на основании этого снимка; составленному землемером плану участка — пред срисованной свидетелем копией этого плана, и т.п. Но если посредствующие доказательства не зависят друг от друга, то, хотя бы они были различны по степени близости к объекту, к которому они относятся, суд должен войти в рассмотрение всех их и определить достоверность каждого на основании сравнительного изучения их внутреннего достоинства³. Например, в подтверждение иска представлены письма умершего уже лица и сделана ссылка на свидетелей. Суд не вправе оставить без рассмотрения письма по той причине, что они — посредствующие дока-

¹ Щегловитов, 135.

² Поэтому не вполне точна формула Криза: «предметом доказательства может быть все, кроме содержания других доказательств» (99), так как она устраняет пользование производными доказательствами.

³ Английские юристы выражают это правило в такой форме: «производные доказательства не имеют степеней» (*Владимиров*, Учение об уголовных доказательствах, 1910, 155). Столь общая формулировка не точна, так как не имеют степеней только самостоятельные по отношению друг к другу доказательства, но не зависящие одно от другого. Например, описание свидетелем спорного участка представляет собою производное доказательство первой степени, а пересказ этого описания другим лицом — производное доказательство второй степени.

зательства, тогда как имеются налицо прямые (свидетели), не вправе оттого, что все это — самостоятельные доказательства, не опирающиеся одно на другое, как было бы в том случае, если бы автором писем был кто-либо из живых свидетелей, вызванных в суд¹.

II. Принцип непосредственности проявляет свое действие в трех направлениях:

1. По отношению к самому суду из принципа непосредственности вытекает, что весь фактический материал дела, все доказательства должны быть исследованы и восприняты именно тем судьей или теми судьями, которым предстоит разрешить данное дело. Поэтому, если во время производства дела случится перемена в составе суда, если один судья будет по какой-либо причине заменен другим, то производство во всем, что касается установления фактических обстоятельств, должно быть повторено сызнова. Иначе новому судье придется составлять себе понятие об обстоятельствах дела не на основании непосредственного изучения доказательств, а по изготовленным другими судьями и секретарем протоколам допроса свидетелей, осмотра спорных имуществ и т.д.

2. По отношению к вещественным доказательствам принцип непосредственности требует, чтобы суд лично, с помощью своих внешних чувств, ознакомился с ними, не полагаясь на рассказы и описания других лиц. Если, например, дело идет об убытках, причиненных имуществу истца ответчиком, то суд должен осмотреть это имущество и лично убедиться, насколько велик вред; если производится взыскание на основании документов, суд должен прочесть их и удостовериться в законности их содержания и формы, и т.д.

3. В применении к личным доказательствам, т.е. к показаниям свидетелей, сообщающих сведения относительно фактических обстоятельств дела, принцип непосредственности требует, чтобы суд пошел в личное общение с ними и сам выслушал их.

Особенно ярко обнаруживается значение принципа непосредственности именно в применении к допросу свидетелей. Между показанием свидетеля, данным с глазу на глаз и записанным членом суда в протокол, и показанием, даваемым в публичном заседании суда, лежит целая пропасть. «Заочные показания никогда не могут вполне заменить изустных, как бы они ни были верно записаны. Записывается только

¹ Щегловитов, 140—141.

содержание и смысл свидетельских показаний, а не самые слова их. Кто может видеть из протокола, как свидетель колебался, как долго медлил он ответом и с каким видом, после каких увещаний давал его? Кто может поручиться в том, что он повторил бы свои показания в торжественном собрании суда?»¹ Понимание важности внешней формы показаний привело в дореформенном уголовном процессе Германии к требованию записывать в протоколы не только слова допрашиваемого лица, но и его манеру держать себя, интонацию, выражение лица и т.д.² Само собой понятно, что это записывание не могло быть ни полным, ни точным. Только соединение фонографа с синемаграфом в состоянии воспроизвести, как следует, картину допроса свидетеля.

Из сказанного ясно, что принцип непосредственности требует *личного* и *устного* допроса свидетелей судом. Только в тех случаях, когда устный допрос совершенно невозможен, например, когда свидетель

¹ Баршев, Об устности и гласности (Рус. в., 1857, № 7, 192). «Кому хоть раз в жизни приходилось, — говорит г. Бардзкий об уголовном процессе, где принцип непосредственности имеет еще более важное значение, чем в гражданском, — присутствовать на мало-мальски серьезном процессе уголовном, тот отлично знает и понимает всю разницу, какая существует между письменным показанием известного лица, записанным судебным следователем в протоколе на предварительном следствии, и словесным показанием, данным изустно на суде, сначала в форме рассказа, а затем в виде ответов на вопросы, предложенные путем перекрестного допроса. Там — все мертвящая холодная бумага; тут — жизнь со всеми ее мелочами, оттенками и неуловимыми вариациями. И выходят на суде вещи невероятные: черное вдруг делается белым, а белое — черным. В письменном показании свидетеля — одно, на суде — прямо противоположное. И судьи решают участь человека под влиянием этого слышанного ими живого рассказа, в память их врезывается всякая мимолетная, на первый взгляд ничего не значащая мелочь; на зрение их действует жестикация его, выражение его лица, блеск его глаз — одним словом, все эти малозначащие *petits riens*, коими полна жизнь и которые так искусно скрываются за бумажной ширмой, где одни сухие фразы да стереотипные ответы. И сколько разнообразных причин влияет на то или другое содержание, даже на тот или иной тон письменного, бумажного свидетельского показания? Даже иногда невидимому ясный, точный и категорический ответ, данный свидетелем одной из сторон, при подробном расспросе его другой стороной получает совершенно другой смысл, другую окраску, другое значение. Но и помимо этого даже показание вполне точное и не представляющее сомнений и двусмысленности, но данное заведомо ложно, может получить надлежащую окраску только при сравнении его с другими показаниями, путем очной ставки, путем предложения побочных вопросов, с целью уличить свидетеля во лжи, и пр., не говоря уже об интонации голоса, о том невольном впечатлении, которое производит добросовестное, хотя неточное иногда показание в сравнении с показанием заученным, ловко обдуманым и даваемым без запинок, решительно и бойко» (Бардзкий, Пределы устности в суде уголовном (Журн. гражд. пр., 1889, № 3, 5–6, 8)).

² Тальберг, 37.

нем, суд вправе прибегнуть к предложению письменных вопросов и отобранию показаний на письме. Но что недопустимо, так это замена личного допроса свидетелей прочтением присланных ими письменных показаний или писем: это является грубым нарушением принципа непосредственности¹.

¹ Некоторые авторы не усматривают существенной разницы между устным допросом свидетелей и прочтением сделанного ими вне суда письменного изложения обстоятельств дела. Так, например, Рупп говорит: «...в одном случае свидетель, делая свое сообщение, говорит, в другом случае — пишет. Судья воспринимает это сообщение в одном случае, слушая его, в другом — читая, после чего в обоих случаях истолковывает свое чувственное восприятие согласно смыслу слов» (144). «Доказательством, — замечает г. Щегловитов, — является для суда в сущности не рассказ свидетеля, а то впечатление, которое он получил, те факты, которые он сообщает; по отношению к этому впечатлению и фактам устный и письменный рассказ являются одинаково посредствующими инстанциями» (137). Но принцип непосредственности требует, чтобы судья вошел в личное общение со свидетелями, а это вполне достигается только при устном допросе их. Дело ведь в том, что доказательством служит не показание свидетеля и даже не полученное им от фактических обстоятельств впечатление, а сам свидетель, как живая личность, хранящая в себе следы прошлых восприятий относительно обстоятельств дела, подобно тому, как письменным доказательством служит не содержание документа, не письменные знаки, изображенные на бумаге, а сам документ, сама бумага со всеми своими физическими и химическими свойствами. В самом деле, суд не может удовлетворяться одним ознакомлением с содержанием документа, ибо в таком случае точная копия документа вполне заменяла бы подлинник; недостаточно для суда и прочесть письменные знаки, начертанные на документе, ибо в таком случае фотографический снимок с документа имел бы одинаковое доказательное значение с самим документом. Суду необходимо ознакомиться *непосредственно с самим подлинным документом*, чтобы иметь возможность подвергнуть всестороннему исследованию его достоверность. Такое исследование может иной раз совершенно подорвать доказательную силу самого ясного по содержанию документа, если, например, обнаружится из фабричных водяных знаков на бумаге или из ее химического состава, что она выпущена с фабрики после той даты, которую помечена изложенная в документе сделка, т.е. что документ совершен задним числом, подложно. Таково же значение и свидетеля. Он — живой документ, живой памятник прошлого. Он воспринял с помощью своих внешних чувств известные факты; следы этих восприятий хранятся в его памяти, как письма на бумаге; по этим следам суд должен восстановить восприятия свидетеля, а по восприятиям — факты. Для этого суду недостаточно прочесть письменное показание свидетеля. Ведь свидетель может неточно и неполно передать свои впечатления, обратив внимание на одни подробности, почему-либо остановившие на себе его внимание, и упустив из виду другие; мало того, его память могла вследствие своих природных особенностей ясно запечатлеть в себе следы одних восприятий (например, зрительных) и не удержать или слабо сохранить следы других (например, слуховых); наконец, самые восприятия не у всех людей одинаковы, а обуславливаются состоянием органов внешних чувств, степенью внимания и наблюдательности, подготовкой к наблюдению данного рода явлений и т.п. (*Bernheim*, 480 ff.). Поэтому суд должен не только

III. Принцип непосредственности выражается современными иностранными уставами в форме трех положений: 1) решение должно быть постановляемо теми судьями, которые непосредственно воспринимали фактический материал дела, так что если состав присутствия изменяется, то заседание, в котором дело рассматривалось по существу, должно быть повторено перед новым составом присутствия¹; 2) восприятие доказательств происходит по общему правилу в заседании суда, которому предстоит постановить решение², и 3) письменные доказательства, на которые ссылаются тяжущиеся, должны быть представляемы ими в подлинниках³.

ознакомиться с содержанием свидетельского показания, но и определить степень его достоверности и точности, зависящую от состояния органов чувств свидетеля, свойств памяти, способности передавать свои впечатления и ряда внешних условий, которыми сопровождалось восприятие интересующих суд фактов. Наконец, только при устном допросе суд имеет возможность делать очные ставки свидетелям, давшим противоречивые показания относительно одних и тех же фактов, и определять достоверность их показаний в зависимости от того, каким образом они их дают. Все это при письменности показаний недостижимо, так как тут, по справедливому замечанию Криза, «между судом и свидетелем оказывается имеющий самостоятельное существование документ. Что он представляет собою доказательство, этого никак нельзя отрицать, а в таком случае посредством находящегося в руках суда доказательства устанавливается содержание другого — отсутствующего доказательства» (101). Суд принужден ограничиваться изъяснением письменного показания свидетеля подобно тому, как он толкует завещание умершего лица.

В пользу приравнения письменных показаний свидетелей к устному допросу их приводит то соображение, что иногда первые могут быть более достоверны, чем вторые. Если, например, письменное описание свидетеля сделано им без предвидения того, что будет представлено в суд, то оно может быть «признано более близким к истине, чем устный рассказ того же свидетеля перед судом, так как этот последний рассказ может быть заученный и умышленно лживый или может быть дан под влиянием смущения или замешательства перед официальной обстановкой судебного следствия, или, наконец, под давлением слишком придирчивого допроса которого-либо из сторон» (Щегловитов, 187). Но даже и в таком случае суд, имея пред собой два противоречивых показания свидетеля — устное и письменное, — может определить сравнительную достоверность каждого не иначе как посредством тщательного, повторного допроса свидетеля, очной ставки с другими свидетелями, сопоставления его показаний с прочими доказательствами и т.п., не говоря уже о том, что только при устном допросе могут быть выяснены важные для разрешения дела подробности, упущенные свидетелем из виду в письменном показании, и возможна оценка правдивости и добросовестности самого свидетеля (Mittermaier, Mündlichkeit, 248, 251; Barrot, 102 ss., 184).

¹ Герм. уст., § 309, 329; Австр., § 412, 276; Венг., § 242; Итал., § 357; Garsonnet, 622; Boitard, I, № 250.

² Герм., § 355; Австр., § 276; Венг., § 274; Франц., § 1035.

³ Герм., § 420, 434 (Weismann, I, 165); Австр., § 299; Венг., § 334.

В нашем Уставе гражданского судопроизводства первое положение отсутствует¹. Но из общего смысла ст. 324 и сл. о слушании дела и ст. 693 и следующих о порядке постановления решений видно, что в постановлении решения должны участвовать именно те судьи, которые присутствовали при слушании дела и словесном состязании сторон в последнем пред разрешением дела заседании (73, № 180). Второе положение выставлено в Уставе в виде общего правила по отношению к допросу свидетелей (ст. 385) и поверке доказательств (ст. 500), а третьего положения нет.

IV. Строгое проведение принципа непосредственности иногда невозможно, а иногда хотя и возможно, но связано с большими неудобствами для участвующих лиц или для судей. Вследствие этого становятся неизбежны отступления от этого принципа.

Прежде всего, конечно, физическая невозможность непосредственного восприятия фактов заставляет суд довольствоваться производными доказательствами. Если, например, спорный товар сгорел или подлинный документ утрачен, то суду приходится основываться на описании товара, делаемом свидетелями, и на копии утерянного документа (ст. 441).

Затем, трудно обойтись без нарушения принципа непосредственности в апелляционном производстве, так как передопрос всех свидетелей в заседании судебной палаты, обыкновенно находящейся в другом городе, и осмотр палатой спорных недвижимостей чрезвычайно затруднили бы участвующих в деле лиц и судей и замедлили разрешение дел. Ввиду этого палатам приходится обыкновенно знакомиться с процессуальным материалом по протоколам судов первой инстанции и, в случае надобности, произвести поверку доказательств, поручать ее членам судов первой инстанции или единоличным судьям (ст. 771).

Но и суды первой инстанции не всегда могут воспринимать процессуальный материал непосредственно. Зачастую это очень неудобно, так что им приходится отряжать с этой целью кого-либо из своих членов или же обращаться к содействию единоличных судей. Но так как все-таки принцип непосредственности имеет немалое значение для раскрытия материальной правды, то уклонения от него могут быть допускаемы

¹ Оно имеется в Уставе уголовного судопроизводства (ст. 596). Проект новой редакции Устава гр. суд. вводит первой положение (ст. 592) и подтверждает второе по отношению к допросу свидетелей (ст. 241); определение же способа проверки письменных доказательств предоставлено усмотрению суда (ст. 349).

только в крайних случаях, когда в этом чувствуется настоятельная необходимость. На такой точке зрения стояли составители судебных уставов. Статья 500 Уст. гр. суд. в первоначальной редакции позволяла поручать проверку доказательств отряженному члену суда только по исключению, «в указанных законом случаях», а ст. 386 указывала, при каких условиях свидетели могли быть допрашиваемы вне заседания суда одним из его членов. Но в обоих случаях суд действовал через одного из своих членов, который, лично участвуя в рассмотрении дела, «служил как бы проводником той же непосредственности»¹. Закон 1896 г. ухудшил положение, разрешив окружным судам поручать допрос свидетелей и совершение поверочных действий уездным членам окружных судов и мировым судьям (ст. 386, 500, 501¹ в современной редакции)².

Само собою разумеется, что производимая в этих случаях замена первоначальных доказательств производными должна быть обставлена такими условиями, которые все-таки обеспечивали бы достижение истины. Так, если суд ради удобства и ускорения дела поручает допрос свидетелей или осмотр спорного имущества одному из своих членов, то стороны должны быть уведомлены об этом (ст. 501), им следует дать право следить за правильным производством этих действий, за точною записью их в протокол заседания и обжаловать действия производящего их судьи (ст. 588)³.

¹ *Сабинин*, Нарушение принципа непосредственности (Суд. газ., 1898, № 13).

² Там же: «Исполняя данные поручения суда, уездные члены и мировые судьи являются посторонними органами, не принимающими никакого участия в решении дел, и результаты их исполнений доходят до окружных судов в форме бумажных протоколов, за которыми скрыта от суда непосредственность. Занятые своим делом уездные члены и мировые судьи неизбежно смотрят на поручения окружных судов, как на постороннее дело, а при таком взгляде не может быть той энергии и внимания в выполнении их, которые необходимы для успеха работы. Наконец, исполнение поручений окружных судов, несомненно, требует также опыта или хорошего знания гражданской практики судов, иногда весьма сложной, и во всяком случае обстоятельного и серьезного знакомства с тем делом, по которому дано поручение, чего также вообще недостает уездным членам и мировым судьям, занятым, как мы заметили выше, своими собственными делами. И вот в результате получают иногда неудовлетворительные, спешные исполнения, неполные или неясные осмотры, допросы свидетелей и дело возвращается обратно для дополнения, почему оно останавливается в своем движении. Таким образом, нарушение принципа непосредственности, иногда неудовлетворительность исполнений и затем медленность производства дел — последствия крайне широкого применения поручений уездным членам и мировым судьям».

³ *Kries*, 112, 118; Герм. уст., § 357, 365, 367 и др.; Австр., § 207 и сл.; Франц., ст. 252 и сл.; Венг., § 279 и сл.

Но принцип непосредственности не может быть ограничиваем по желанию сторон. Принципы диспозитивности и состязательности дают им право распоряжаться объектом процесса, средствами процессуальной борьбы и фактическим материалом, который должен быть положен судом в основу решения, но не предоставляют им предписывать суду тот или иной способ ознакомления с этим материалом. Иностранные уставы последовательно проводят это положение, разрешая судам отступать от непосредственного восприятия процессуального материала только в особо указанных случаях, совершенно независимо от желания или нежелания сторон¹, и давая судам право требовать по собственной инициативе представления подлинных документов, если ими представлены копии². Наш Устав таким же точно образом разрешает вопрос о проверке доказательств (ст. 500) и допросе свидетелей (ст. 386). Но относительно права судов требовать представления документов в подлинниках он умалчивает, предоставляя такое право только сторонам (ст. 441). Отсюда Сенат вывел, «что суд, руководствуясь правилами состязательного процесса (ст. 367), не имеет права требовать представления подлинных документов, если это не делают тяжущиеся» (68, № 806, 76, № 300 и др.), хотя бы копия не была засвидетельствована надлежащим образом (73, № 1519, 77, № 44, 79, № 80) или противник тяжущейся стороны, представившей копию, выразил сомнение в ее точности, не требуя представления оригинала (79, № 320). Однако принцип состязательности, выставленный в ст. 367, на которую ссылается Сенат, здесь не при чем: он воспрещает суду разыскивать и принимать в соображение новые, не указанные тяжущимися доказательства, но не препятствует ему проверять те, которые уже имеются в деле. Напротив, ст. 499 прямо разрешает суду назначать по своей инициативе проверку доказательств, по которым объявлен спор. А так как истребование подлинника, в случае представления тяжущимся копии, делается судом для того, чтобы проверить точность копии, то общее правило ст. 499 вполне применимо и к этому случаю. Следовательно, если тяжущийся выражает сомнение в точности копии, представленной противной стороной, то суд может потребовать от нее представления подлинника³.

¹ Герм., § 355, 361 и др.; Австр., § 276; Венг., § 274; Франц., § 1035.

² Герм., § 435; Австр., § 299; Венг. § 333.

³ Наши процессуалисты разделяют точку зрения Сената (Анненков, Коммент., II, 188; Гольмстен, 209; Исаченко, Комм., II, 462.

§ 43. КОНЦЕНТРАЦИЯ¹

I. Заявления сторон и доказательства, на основании которых суду необходимо установить фактическую сторону дела, могут быть восприняты им сразу и целиком или же по частям, в известной, установленной законом последовательности. Первый способ именуется концентрацией процессуального материала, второй — делением производства на самостоятельные стадии.

Суд может составить себе гораздо более ясное и правильное представление о деле в том случае, когда он в одном и том же заседании, непосредственно перед постановлением решения, допросит всех свидетелей, сделает им очные ставки в случае разногласия между их показаниями, рассмотрит все документы, сопоставит их между собой и со свидетельскими показаниями, потребует разъяснения по поводу их у сторон и свидетелей, чем тогда, когда он выслушает в одном заседании часть свидетелей, в другом заседании, через более или менее значительный промежуток времени, — остальных свидетелей, в третьем — ознакомится с письменными доказательствами, в четвертом — осмотрит предмет спора, в пятом — выслушает заключение экспертов, а в последнем — прения сторон по поводу всех обстоятельств дела и доказательств, воспринятых частями в предшествующих заседаниях. При концентрации процессуального материала в уме судьи сама собой, автоматически вырисовывается живая и цельная картина дела; при исследовании материала по частям суд принужден сшивать белыми нитками не всегда приходящиеся друг к другу клочки смутных воспоминаний, сохранивших в его уме отдельные эпизоды процесса.

Нельзя даже требовать от судей, чтобы в сколько-нибудь сложных и продолжительное время разбираемых делах они помнили все, что происходит во всех заседаниях. Приходится поэтому допустить одно из двух: либо чтобы в заключительном заседании было сызнова повторено, хотя бы в сокращенном виде, все, что было уже произведено в предшествующих заседаниях, т.е. чтобы были передопрошены свидетели и эксперты, опять произведен осмотр вещественных доказательств и т.д., либо чтобы по каждому заседанию велся подробный протокол,

¹ *Wach*, Vorträge, 16 ff.; *Canstein*, 20 ff., 245 ff.; *Bar*, Recht und Beweis 1867, 62 ff.; *Mieck*, Das civilprocessuale Konzentrationsprincip, 1901; *Fierich*, O władzy dyskrejonalnej sędziego, 1891; *Birkmeyer*, 199 ff.; *Rupp*, Der Beweis im Strafverfahren, 1884, § 15; *Geyer*, § 4; *Schmidt*, § 61; *Skedl*, 54 ff; *Pollak*, § 92; *Schrutka*, § 114.

который затем прочитывался бы в последнем заседании. Но в первом случае предварительные судебные заседания утратили бы всякое значение и вели бы к напрасному осложнению процесса, а во втором случае был бы подорван принцип непосредственности, потому что суд, постановляя решение, должен был бы руководствоваться исключительно тем, что занесено в протокол, хотя бы там не были воспроизведены какие-либо важные данные по недосмотру или вследствие того, что первоначально они казались не имеющими значения для дела¹.

II. Принцип концентрации обладает, однако, и теневой стороной.

Сосредоточение всего фактического материала для одновременного исследования в одном и том же заседании суда чрезвычайно затруднительно и даже иной раз совершенно невозможно в тех случаях, когда разбираемое дело очень сложно, когда в нем соединен целый ряд юридических требований, подкрепляемых многочисленными, не связанными друг с другом доказательствами. Суду нелегко в таких случаях разобраться в противоречащих друг другу и взаимно перекрещивающихся требованиях сторон и в необозримой гряде фактического материала. Гораздо удобнее и рациональнее обследовать этот материал по частям. Особенно же целесообразно разделение производства в тех случаях, когда процессуальный материал распадается на части, из которых одна обуславливает другую. Тогда исследование одной части может сделать излишним исследование другой, зависящей от нее. Так, например, если ответчик, возражая против иска о возврате занятых им у истца денег, возражает, что отработал ему долг и ссылается на свидетелей, а в то же время возбуждает вопрос о неподсудности дела данному суду, то вполне целесообразно было бы, чтобы суд сначала

¹ Bar, 50. Некоторые считают принцип концентрации процессуального материала просто следствием устности и непосредственности (*Birkmeyer*, 209, 214). Но это неверно, так как круг применения всех этих принципов различен: непосредственность относится к способу восприятия судом фактического материала, устность определяет форму, в какой должно происходить состязание сторон, а концентрация имеет в виду преподнесение суду материала не по частям, а сразу. Вследствие этого производство не перестанет быть устным и непосредственным только от того, что рассмотрение дела будет произведено не сразу, а в нескольких заседаниях, если только суд будет лично воспринимать доказательства, а стороны — вести прения устно. Наоборот, письменное и посредственное производство может быть сконцентрировано в одном заседании. Не вытекая, таким образом, прямо из устности и непосредственности, концентрация процессуального материала только содействует достижению тех целей, к которым стремятся эти принципы, а потому является особым, отличным от них, хотя и родственным принципом.

решил спор о подсудности и только после того, как признает дело подсудным себе, назначил рассмотрение его по существу и вызвал указанных ответчиком свидетелей: ведь если отвод о неподсудности окажется правильным, то незачем будет рассматривать иск по существу и допрашивать свидетелей.

Помимо этого, концентрация процессуального материала связана с правом сторон приводить новые доказательства вплоть до момента постановления решения, а это открывает широкий простор для умышленного затягивания производства. Стоит одной из сторон, после того как обстоятельства дела казались уже вполне выясненными и дело готовым к разрешению по существу, указать на новые обстоятельства и привести новые доказательства, чтобы суд должен был отложить рассмотрение дела и в новом заседании повторить все производство сызнова.

Указанные неудобства принципа концентрации несомненны. Но они не подрывают его значения, так как проявляются не всегда, а при наличии особых условий, каковы сложность дел, чрезвычайное обилие фактического материала, недобросовестность сторон, стремящихся затянуть производство, и т.д. Вредное же влияние этих особых условий может быть предотвращено специальными мерами, к числу которых относятся: воспрещение соединять в одном исковом прошении несколько требований, не связанных тесной внутренней связью, предварительная письменная подготовка дела тяжущимися посредством обмена состязательными бумагами, возложение на сторону, виновную в умышленном затягивании дел, судебных издержек и штрафа и т.д. (§ 49).

В общем же следует признать вместе с проф. Вахом, что «сосредоточение всего процессуального материала, всех заявлений и состязания сторон, восприятия всех доказательств в одном судебном заседании представляет собою идеал, который зачастую не может быть достигнут вполне, но к достижению которого можно и необходимо приблизиться»¹.

¹ *Wach*, *Vorträge*, 15. Принцип концентрации производства имеет в уголовном процессе еще большее значение, чем в гражданском, потому что при разрешении гражданских дел суды принимают во внимание только юридически существенные обстоятельства, а при постановлении уголовных приговоров — всю бытовую обстановку, в которой действовал правонарушитель, мотивы, которыми он руководствовался, среду, которая на него влияла, и т.д., словом, многое такое, что не представляет никакого значения в глазах гражданского суда. Поэтому принцип концентрации, как и принцип непосредственности, проводится в уголовном процессе более строго и последовательно, чем

III. Важное значение принципа концентрации для раскрытия материальной истины в процессе ясно указывается весьма немногими процессуалистами. Прочие либо обходят его полным молчанием, либо упоминают о нем лишь мимоходом, обыкновенно в качестве средства к ускорению производства. Последнюю точку зрения проводят даже Канштейн¹ и автор единственной монографии о принципе концентрации — Мик².

в гражданском: весь процессуальный материал представляется и разрабатывается в так называемом главном заседании, и суд постановляет приговор исключительно на основании того, что им непосредственно воспринято в этом заседании (*Rupp*, 150–151, 152; *Zachariae*, I, 52; *Glaser*, I, 248–249). Ср. объяснения к ст. 633 Устава уголовного судопроизводства. Вследствие тесной связи между принципами непосредственности, концентрации и устности в уголовном процессе они иногда объединяются и рассматриваются как проявление одного принципа непосредственности или устности (*Палаузов*, К вопросу о форме участия народного элемента в уголовной юстиции, 1876, 14–15).

¹ *Canstein*, 245–246.

² *Mieck*, X; *Schrutka*, § 114. Вместо термина «концентрация материала» некоторые употребляют термин «единство производства, единство главного заседания», а криминалисты говорят обыкновенно о «непрерывности судебного следствия или производства» (*Щегловитов*, 151–152; *Случевский*, 57). Под единством производства некоторые разумеют внутреннее единство гражданского процесса, в силу которого все производство, хотя бы растянувшееся на много заседаний, разделенных более или менее значительными промежутками времени, все-таки рассматривается как одно целое (*Canstein*, 78, Anm.; *Birkmeyer*, 214; *Weisman*, 200; *Skedl*, 30). Практическим результатом такого воззрения является признание за сторонами права приводить новые доводы и доказательства вплоть до конца заключительного устного заседания (*Skedl*, 29 ff.; *Birkmeyer*, 197 ff.). В этом отношении принципу единства производства противопоставляется принцип *формального порядка производства* (*Pr. der formalen Ordnung*), согласно которому производство делится на несколько самостоятельных стадий, из которых каждая посвящена установлению какой-либо определенной части процессуального материала. Так, например, первоначально в германском общем процессе производство распадалось на две стадии, являясь, по выражению Геннера, драмой в двух актах, из которых каждый заканчивался решением суда: сначала выяснялся предмет спора — требования и возражения сторон, а затем суд постановлял определение о том, какие обстоятельства и кем из тяжущихся должны быть доказаны, после чего начинался второй акт — производство по доказыванию, завершавшееся уже решением дела по существу (*Birkmeyer*, 198). Нецелесообразность такого разделения процесса на самостоятельные стадии, создающая искусственное препятствие к достижению материальной истины, давно признана и никем в настоящее время не опровергается. Германский и Австрийский уставы, уничтожив существовавшее в прежнем процессе деление процесса на стадии, предоставили судам право, по мере надобности, соединять и разделять процессуальные действия. Это преобразование характеризуется многими авторами как замена принципа формального порядка производства принципом *произвольного порядка* (*Menger*, 319–320; *Schrutka*, § 113; *Ullman*, Grundriss oester. Cr., § 26). Но такая характеристика неверна. Принципу деления производства на стадии противоположен принцип единства производства. Право же суда делать из-

IV. Действующие процессуальные уставы не формулируют принципа концентрации в виде общего положения и даже не употребляют этого термина. Но при определении порядка производства они принимают некоторые меры к тому, чтобы восприятие судом процессуального материала могло быть сосредоточено в одном заседании, и притом непосредственно предшествующем постановлению решения. Наш Устав в этом отношении отстает от западно-европейских. Он устанавливает только предварительную письменную подготовку сложных дел в состязательных бумагах (ст. 312, 363) и требует от сторон представления относящихся к делу документов при самом заявлении своих притязаний и возражений (ст. 263, 264, 316, 353). Но и соблюдение этих правил не безусловно обязательно, потому что нарушение их не связано с какими-либо невыгодными последствиями: тяжущиеся вправе уклониться от обмена состязательными бумагами (ст. 320), а новые доказательства могут быть предъявляемы в продолжение всего производства, вплоть до постановления судом решения (80, № 313, 78, № 77 и др.).

По Германскому уставу предварительная письменная подготовка тоже необязательна (§ 129); однако если вследствие этого дело не будет надлежащим образом подготовлено, то, по просьбе противной стороны, суд может отложить заседание, возложив на виновную сторону судебные издержки или подвергнув ее штрафу¹. Затем, суд имеет право назначать подготовительное (расчетное) производство (§ 348), соединять и разделять производство по нескольким исковым требованиям (§ 145–147), устранять несвоевременно представленные доказательства (§ 279, 374, 402, 433), удерживать тяжущихся от попыток замедлить движение процесса возложением на них судебных издержек (§ 95) и штрафов (§ 49 Зак. о суд. изд.). Ко всем этим мерам Австрийский устав присоединил еще предварительное производство пред председателем или членом суда для разрешения разных предварительных вопросов (отводов о неподведомственности дела судам, неподсудности дела данному суду, о нахождении того же иска на рассмотрении другого суда, о разрешении того же иска последовавшим раньше решением) и для постановления решения ввиду признания ответчиком иска или

менения в порядке совершения процессуальных действий не противоречит делению процесса на стадии, потому что может быть предоставлено суду в каждой из стадий в отдельности.

¹ Weismann, I, 191–192.

отказа истца от иска (§ 289)¹. Сходные, хотя и не тождественные, правила дает новый Венгерский устав (§ 178 и сл., 222 и сл.).

Проект новой редакции Устава гражданского судопроизводства дополняет действующие ныне постановления некоторыми новыми правилами по образцу Германского устава, предоставляя суду право соединять и разделять производство по нескольким требованиям (ст. 193, 194) и возлагать судебные издержки на ту из сторон, которая несвоевременным представлением доказательств вызвала отсрочку заседания (ст. 182). Что касается принятого в Австрии предварительного производства, то комиссия сочла его непригодным для России, главным образом потому, что оно может быть полезно только «при близости суда к населению и при обязательности посредничества адвокатуры»; ввиду же отсутствия у нас этих условий явка в суд, «как доказано опытом, составляет у нас самое тяжкое бремя для тяжущихся»².

§ 44. ОЦЕНКА ДОКАЗАТЕЛЬСТВ³

I. Фактический материал, собранный и представленный сторонами, должен быть критически проверен судом. Принять слепо на веру все, на что стороны нашли полезным сослаться, суд не может уже потому, что стороны обыкновенно противоречат друг другу и взаимно опровергают себя.

¹ Существование такого предварительного производства не только не нарушает принципа концентрации процессуального материала, но, напротив, способствует его применению, потому что в предварительном производстве разрешаются вопросы о правильности предъявления иска и возможности принятия дела к производству для постановления решения по существу. Таким образом, предварительное производство, или «производство по принятию процесса» (*Prozessaufnahmeverfahren*), как его назвал Венгерский устав, обеспечивает, по замечанию мотивов к этому Уставу «успешность главного заседания, выключая из него то, что может быть разрешено отдельно, чтобы не перегрузить главное заседание материалом» (*Gottl, Ungarische CPO, 1911, 139*).

² Объяснит. зап., I, 131. В нашей литературе этот вопрос спорен (см. там же, 131 и 132, прим.).

³ *Владимиров*, Учение об уголовных доказательствах, 3-е изд., 1910, 15–98; *Малышев*, I, § 61; *Азаревич*, I, 55–61; *Энгельман*, § 42, п. 3; *Нефедьев*, 183–187; *Endemann*, Die Beweislehre des Civilprocesses, 1860; *Zink*, Ueber die Ermittlung des Sachverhaltes, 1860, I, 11 ff.; *Kroll*, Ueber die Beweiswürdigung im Cpr., 1862; *Bar*, Recht und Beweis im Cpr., 1867; *Canstein*, Die Grundlagen d. Beweisrechts (Zt. Zp., 2 B.); *Ude*, Freie Beweiswürdigung (Zt. Zp., 6 B.); *Bähr*, Die Grenzen der freien Beweistheorie (Jahrb. f. Dogm., 26 B.); *Wach*, Vorträge, 213 ff.; *Canstein*, Rat. Grundl., 52 ff.; *Birkmeyer*, 295 ff.; *Schmidt*, § 82; *Weismann*, § 44, 44a; *Skedl*, § 7.

Кроме того, постулат материальной правды требует, чтобы суд стремился по возможности к обнаружению истины, к установлению фактических обстоятельств, на почве которых возник процесс, в том виде, какой они в действительности имели.

Законодатель может придать этого рода деятельности суда, направленной на оценку процессуального материала, тройкий характер: 1) либо снабдить судей точными критериями для измерения сравнительной силы доказательств, 2) либо предоставить оценку их свободному и бесконтрольному убеждению судей, 3) либо обязать судей оценивать доказательства по их внутреннему значению и мотивировать свои выводы.

При первой системе суд должен определять силу представленных сторонами доказательств, руководствуясь преподанными ему формальными правилами, вроде, например, таких: суд обязан считать факт установленным, если он подтверждается двумя свидетелями; письменные документы достовернее показаний свидетелей; в случае разногласия между свидетелями следует более достоверными считать показания мужчин, чем показания женщин, и т.п.

При второй системе суд устанавливает фактическую сторону дела по своему убеждению, на основании общего впечатления, которое произвели на него представленные сторонами данные, не указывая, почему он пришел именно к такому, а не к иному убеждению.

При третьей системе суд оценивает значение доказательств по их внутреннему достоинству, руководствуясь при этом законами логики, выводами наук и данными житейского опыта и приводя основания, по каким признает доказанными или недоказанными те либо иные факты.

Первая система связывает деятельность суда при установлении фактических обстоятельств дела формальными, наперед указанными в законе правилами и потому называется *системой (или теорией) формальных, законных доказательств*. Вторая система открывает неограниченный простор судейскому усмотрению и заслуживает названия системы *свободного внутреннего убеждения судьи*. А третья система носит имя *системы свободной оценки доказательств*, или *материальной теории доказательств*¹.

Первая система наиболее обеспечивает тяжущихся от судейского произвола при оценке доказательств, и с этой точки зрения она

¹ Вторую систему обыкновенно упускают из виду, противопоставляя первую третьей.

заслуживала бы предпочтения, если бы не страдала существенным недостатком, подрывающим ее значение. Этот недостаток состоит в том, что она затрудняет и даже зачастую делает невозможным раскрытие материальной истины. Как ни соблазнительна мысль наперед установить объективные мерилы для определения силы доказательств, но осуществить эту мысль невозможно¹, потому что значение доказательства определяется целым рядом условий, которые не поддаются ни точному измерению, ни даже исчерпывающему перечислению и вдобавок комбинируются между собой в различных случаях самым различным образом. Достоверность свидетельского показания, например, зависит от его ясности, точности, обстоятельности, от условий, при которых свидетель воспринял сообщаемые им суду факты, от состояния его органов чувств и всего организма вообще во время восприятия, от душевного настроения, от степени остроты памяти и т.д. Обобщить все эти условия и выразить в отвлеченных формулах, которые бы годились для каждого отдельного случая, решительно невымыслимо. Можно, например, сказать, что согласное показание двух свидетелей достовернее противоположного показания одного свидетеля *при равенстве всех прочих условий*, т.е. если нет никаких оснований признать одно показание более достоверным, чем другое. Но такого равенства всех условий в действительности не бывает: если показание одного свидетеля точнее показания другого, зато показание другого подробнее; если один свидетель был ближе к наблюдаемому событию, то у другого зрение или слух лучше, и т.д.

Поэтому, если даже некоторые правила формальной теории доказательств верны в большинстве случаев, являясь результатом продолжительного житейского опыта, тем не менее они не могут претендовать на значение общеобязательных норм. Они даже в лучшем случае «представляют собою только приблизительные обобщения, допускающие множество исключений. Поэтому возведение их в обязательные для судей правила — такая же нелепость, как если бы законодатель признал для поведения людей обязательными пословицы, также составляющие наследия веков»². Связывая суду руки из опасения судейского произвола, формальная система доказательств тем самым лишает его свободы действий, необходимой для раскрытия материальной правды.

¹ L. 3, § 2 D. de test. (22, 5): «Quae argumenta ad quem modum probandae cuique rei sufficient, nullo certo modo satis definiri potest»; *Canstein*, Die Grundl. d. Beweisr., 356 ff.

² *Владимиров*, 71–72.

Вторая система — полной свободы судейского убеждения — исключает возможность проверки правильности сделанной судом оценки доказательств и вследствие этого открывает широкий простор для судейского произвола. Не будучи обязаны мотивировать свои решения, судьи получают возможность недобросовестно и небрежно относиться к исполнению своих обязанностей, уклоняться от всестороннего и тщательного исследования и сопоставления доказательств и довольствоваться общим впечатлением, которое произведено на них данным процессом. Ввиду этого вторая система применима только по отношению к таким судьям, которые, в силу каких-либо условий, могут быть избавлены от контроля. Таковы присяжные заседатели. Если им, как верно указано в объяснениях к ст. 411 Уст. гражд. суд., «предоставляется в уголовных делах руководствоваться исключительно своим внутренним убеждением и не давать отчета в основаниях постановленного ими решения, то на это есть разумные причины: невозможность установить для уголовных дел, по внутреннему их существу, какую-либо удовлетворительную систему доказательств и особенное доверие к присяжным, как представителям общественной совести».

Третья система свободна от недостатков, свойственных двум первым. Не ставя искусственных преград свободе судейского исследования истины и в то же время не открывая дороги судейскому произволу, она вполне соответствует одному из основных правил исторического исследования, заключающемуся в том, что каждому источнику следует придавать то значение, какого он заслуживает по своему внутреннему достоинству (см. с. 376).

Вместе с тем она не дает суду возможности ограничиваться поверхностным ознакомлением с делом и удовольствоваться общим, нередко смутным и неопределенным впечатлением, выносимым из производства, а побуждает разбираться в этом впечатлении, уяснять себе, на чем оно основано, и излагать эти основания в решении для того, чтобы другие лица и в особенности высшие судебные инстанции могли проверить правильность заключений суда¹.

¹ *Canstein*, Rat. Gr., 54—55. В таком виде принцип свободной оценки доказательств, по выражению Ваха, «не возводит судейского произвола на трон. Убеждение судьи должно быть мотивировано объективными данными... Представляется естественным и даже неизбежным, что впечатление, производимое личностью тяжущегося, его манера говорить, отношение к утверждениям противника — все это не может остаться без влияния на тот умственный процесс, каким является образование судейского убеждения. Но никогда не следует упускать из виду, что смутное доверие к личности не может

II. В республиканском Риме гражданский процесс основывался на принципе свободной оценки доказательств. Но когда отправление правосудия перешло в руки чиновников, начали появляться ограничения этого принципа: законодатели стали определять в общей форме сравнительное значение отдельных видов доказательств. С падением нравов в Византийской империи и возрастающим недоверием к судейскому сословию теория формальных доказательств все более развивалась и достигла, под влиянием схоластической философии, пышного расцвета в Средние века, как в каноническом, так и в светском праве.

Из западных законодательств она проникла и в наш Свод законов. Вторая часть т. X разделяла доказательства на полные, или совершенные, и половинные, требовавшие дополнения другими доказательствами (ст. 329 и сл.); при разноречии между одинаково достоверными свидетелями суд обязан был отдавать предпочтение мужчинам перед женщинами, знатным перед незнатными, ученым перед неучеными, духовным перед светскими (ст. 404, 405) и т.п.

Действующие процессуальные уставы предоставляют судам оценивать доказательства по внутреннему убеждению, обязывая их в то же время мотивировать свои выводы¹.

Наш Устав не формулирует этого положения в общем виде, но из постановлений по частным вопросам (ст. 102, 411, 437, 533, 711, 774 и др.), а также из объяснений к ст. 411 и 711 видно, что составители судебных уставов отступили от господствовавшей в дореформенном процессе системы формальных доказательств и предпочли принцип свободной оценки доказательств.

Так, в объяснениях к ст. 411 Устава говорится: «...по правилам, предначертанным в Уставе гражданского судопроизводства, определение достоверности и силы свидетельских показаний (ст. 411), а также силы и преимущества письменных доказательств, между собою несогласных (ст. 459), предоставляется усмотрению суда, который

при этом играть никакой роли. Основой для суждения об истинности утверждений могут служить только фактические опорные пункты, объективные данные. Точно так же должно быть отвергнуто пресловутое «общее впечатление», самоочевидность раскрывающегося при устном разбирательстве фактического материала. Этим словом очень легко прикрываются туманные представления и распушенная мысль. «Общее впечатление» — не доказательство и не основа для суждения. Мы должны отдавать отчет себе и сторонам относительно тех посылок, из которых извлекаем заключение об истине (Vorträge, 214—215). Ср. Bähr, 399.

¹ Герм., § 286; Австр., § 272; Венг., § 270; Франц., § 140; Ит., § 360⁶.

не обязан подчиняться и мнению сведущих людей, если почитает его несогласным с достоверными обстоятельствами дела» (ст. 533). Приведя затем возражения противников, предложивших совсем иные правила, составители Устава замечают, что эти правила «принадлежат к остаткам отживающей теории законных доказательств, в коей форме отдается предпочтение пред существом дела, и жизнь стесняется мертвыми формами».

Вместе с тем составители Устава нашли, что «для того, чтобы решение не имело вида произвольного приказания судьи, а содержало в себе изъяснение и удостоверение в правильности оногo, надлежит вменить судебным местам в обязанность излагать в решении те соображения, на коих оно основано» (объясн. к ст. 711). Сообразно с этим п. 2 ст. 711 и соответствующий ему п. 4 ст. 142 постановляют, что решение должно заключать в себе «соображения суда»¹.

III. Но принцип свободной оценки доказательств не может быть проведен в гражданском процессе, безусловно, последовательно. Особые свойства гражданского процесса, характер прав, составляющих его объект, и разные другие соображения побуждают законодателя ограничить в некоторых отношениях право свободного исследования суда².

1. Прежде всего преграда свободной деятельности суда при оценке доказательств может быть поставлена самими тяжущимися. Имея, в силу принципа формальной диспозитивности, право распоряжаться средствами процессуальной борьбы, тяжущийся может не оспаривать фактов, приводимых противной стороной в подтверждение ее требований и утверждений, а признать их верными. В таком случае и суд обязан признать эти факты доказанными, потому что такова воля обеих сторон, имеющая, при данных условиях, решающее значение (ст. 480). Далее, закон позволяет сторонам условиться о разрешении спора присягой, так что если такое условие состоится и будет осуществлено, то подтвержденные присягой факты должны считаться окончательно установленными (ст. 498). Точно так же могут тяжущиеся придать, с обоюдного согласия, решающее значение дознанию через окольных людей (ст. 422).

¹ Профессор Нефедьев ошибочно полагает, будто «суд имеет отношение к доказательствам, сходное с отношением к ним со стороны присяжных заседателей» (Учебник, 186).

² *Canstein*, Rat. Grundl., 62–63; *Die Grundl. d. Beweisr.*, 308 ff.

2. Другую преграду свободному исследованию фактических обстоятельств судом ставят нормы материального гражданского права, предписывающие для некоторых юридических сделок обязательную форму совершения. Так, например, сделки, касающиеся вещных прав на недвижимые имущества, должны быть совершаемы крепостным порядком (ст. 66 Нотар. пол.), договоры займа должны быть облекаемы в письменную форму и т.д. Этими правилами обязан руководствоваться и суд. Он не может, например, признать действительной продажу дома по домашней расписке или допустить в доказательство займа допрос свидетелей¹.

3. Далее, не подлежат проверке гражданского суда вошедшие в законную силу решения других гражданских судов, приговоры уголовных и дисциплинарных судов, а в некоторых случаях и постановления административных властей (ст. 5, 6, 893 и др.).

4. Наконец, законодатель устанавливает для отдельных случаев предположения относительно доказанности тех или иных фактов, предположения либо безусловно обязательные для суда, либо подлежащие применению лишь тогда, когда не были опровергнуты сторонами. Так, например, в силу ст. 531 ч. 1 т. X Св. зак., владелец движимости считается ее собственником, пока не доказано противное; согласно ст. 119 той же части т. X дети, рожденные в законном браке, признаются законными, и т.д.

IV. Принцип свободной оценки доказательств относится, строго говоря, ко всему процессуальному материалу, на основании которого суд должен установить фактическую сторону дела, т.е. не только к доказательствам, представленным тяжущимися в подтверждение своих требований и утверждений, но и ко всем утверждениям, заявлениям и логическим доводам сторон. Суд должен составить себе убеждение относительно истинности фактов на основании всего того, что им воспринято при производстве. Это признано как иностранными уставами², так и нашим. Именно по ст. 339 решение суда должно быть основано на представленных сторонами документах и «на доводах, изъясненных при устном состязании»; ст. 711 постановляет, что суд обязан привести

¹ Best, Grundzüge des englischen Beweisrechts, 1851, 28: «Власть суда сделалась бы вскоре абсолютной, хотя бы нормы материального права предусматривали все до мельчайших подробностей, если бы от усмотрения суда зависело объявлять факты доказанными или недоказанными. Сообразно с этим мы видим, что законы каждого благоустроенного государства устанавливают правила относительно качества, а нередко и количества доказательств, которые могут быть положены в основу судебных решений».

² Герм., § 286; Австр., § 272; Венг., § 270, 376, 401; Уде, 423 ff.

в решении «обстоятельства, на которых оно основано», а ст. 129 предписывает мировым судьям «принимать в соображение все приведенные по делу обстоятельства». Во всех этих статьях говорится не об одних лишь доказательствах, но вообще об «обстоятельствах» и «доводах», т.е. о фактических утверждениях (хотя и без доказательств) и логических соображениях сторон¹.

Суд не лишен права признать доказанным и такой утверждаемый стороной факт, в пользу которого ею не приведено никаких доказательств, если только справедливость утверждения стороны обнаруживается из достаточных логических или психологических оснований², если, например, данный факт представляется в каком-либо отношении невыгодным для стороны, так что следует полагать, что она не сослалась бы на него, если бы он не соответствовал истине³.

Ввиду этого некоторые справедливо полагают, что вместо свободной оценки доказательств правильнее было бы говорить вообще о свободной оценке фактов или свободном исследовании истины⁴.

§ 45. СОСТЯЗАТЕЛЬНАЯ ФОРМА

В исковом процессе проверяются судом юридические требования, предъявляемые одним гражданином к другому и касающиеся преимущественно их частных отношений. Как наличность двух сторон с противоположными интересами, так и характер объекта спора, не представляющий непосредственного интереса для государственной власти, предопределяют внешнюю форму искового производства, придавая ему вид состязания, борьбы сторон перед судом. Такая форма настолько естественна для искового процесса, что сама собою подразумевается, так что весьма немногие упоминают о ней в числе основных принципов процесса⁵. Между тем мыслима и другая, следственная, форма производства, при господстве которой разработка процессуального материала делалась бы не сторонами, а самим судом, стороны же являлись бы таким же источником сведений о фактической стороне дел, таким же

¹ Исаченко, Комментар., IV, 80–82.

² Cicero, De republ., I, 38: «Apud bonum judicem argumenta plus quam testes valent».

³ Bar, 8.

⁴ Schrutka, 191; Wehli (Skedl, 39, прим. 4).

⁵ Heinze, Dispositionsprincip und Officialprincip etc. (Arch. für preuss. Strafr., 24 B.); Schneider, 19, Anm.; Lutostański, 7–8; Schrutka, Stellung des Richters, 56; Stein, Das private Wissen des Richters, 1893, 87.

объектом исследования, как свидетели и документы. Следственная форма производства, конечно, более свойственна процессу, построенному на следственном начале; однако она возможна и при состязательном начале — точно так же как, наоборот, состязательная форма совместима со следственным или инструкционным принципами, возлагающими на суд обязанность заботиться о полноте процессуального материала¹.

Преимущество состязательной формы перед следственной состоит в том, что она ведет к разделению труда в производстве, и притом к такого рода разделению, при котором каждому из тяжущихся предоставлено выполнение той части работы, которая его наиболее интересует, которая ему наилучше известна и которую вследствие этого он в состоянии наиболее успешно выполнить (см. с. 356, 359).

Благотворительные последствия такого разделения труда увеличиваются в значительной степени в том случае, когда тяжущимся оказывают помощь специалисты-адвокаты. Задача суда тогда еще больше облегчается, ибо адвокаты подвергают бытовой материал процесса, преподносимый им тяжущимся, предварительной юридической обработке, просеивают его, отделяют зерна от плевел и представляют его суду уже в готовом, легко усваиваемом виде². Суд воспринимает этот материал и дает ему юридическую квалификацию. При господстве же следственного принципа деятельность суда совмещает в себе деятельность истца, ответчика, их адвокатов и самого суда. Удовлетворительное выполнение всех этих ролей одним и тем же лицом сразу превышает силы обыкновенного человека³.

¹ *Lutostański*, ib.; *Schrutka*, ib., 56.

² *De la Grasserie*, *De la fonction et des juridictions de cassation*, 1911, 122: «Чем был бы судья без адвоката? Адвокат подготавливает дело с самого начала, фактическую и юридическую стороны его; он терпеливо выслушивает тяжущихся, разбирается в их речах, расспрашивает их, часто отыскивает свидетелей, подбирает все доводы, говорящие в пользу клиента, придумывает военные хитрости, старается изо всех сил, доставляет дело в заседание продуманным, протертым, готовым, приспособливает его к желудку судьи, следит за ним с самого начала до первой инстанции, до апелляционной и дальше, по всем извилинам процесса. Дело, которое он изучает, может быть, целый год, выслушивается в один день, но оно так обработано, что судья может уяснить его себе в одну минуту. Без адвоката судья часто чувствовал бы себя покинутым: он привык к такому сотрудничеству. Сам он был бы не в силах отыскивать и находить доводы за и против. Адвокат привык даже указывать ему страницы и строки обширных юридических компиляций, которыми он мог бы воспользоваться при постановлении решения».

³ *Canstein*, *Zweck*, 9: «Судья должен стоять на своем педестале, выше тяжущихся, и беспристрастно проверять, оправдываются ли заявленные ими требования доказательствами. Быть одну минуту представителем одной стороны, другую минуту — представи-

§ 46. Устность и письменность¹

I. При состязательной форме производства процессуальный материал сообщается суду и разрабатывается перед ним тяжущимися, которые могут делать это устно или письменно, или же частью устно, частью письменно. Но от законодателя зависит потребовать, чтобы стороны применяли обязательно только одну из этих форм.

Так, законодатель может предписать, чтобы суд, устанавливая фактическую сторону дела, имел в виду только те обстоятельства, которые сообщены ему сторонами устно в заседании, оставляя без внимания все то, что заключается в письменных документах, имеющихся в производстве, протоколах допроса свидетелей, осмотра и проч., если никто из тяжущихся не повторил устно содержания этих актов. Тогда то, что не изложено устно в заседании, будет считаться несуществующим. В этом состоит *принцип устности* в чистом его виде.

телем противной стороны, а третью минуту возвыситься над сторонами и постановлять решение в качестве беспристрастного судьи, — это превосходит человеческие силы, а сверхчеловеком не является и судья».

¹ *Варшав*, Об устности и гласности уголовного судопроизводства (Рус. вестн., 1857, № 7); *Кн. Багратион-Мухранский*, О словесном суде и письменном производстве (Журн. М. Ю., 1862, № 5); *Миттермайер*, Законодательство и юридическая практика в новейшем их развитии, 1864; *Шегловитов*, О значении начал устности и непосредственности в уголовном процессе (Журн. гражд. пр., 1888, № 8); *Бардзский*, Пределы устности на суде уголовном (там же, 1889, № 3); *Рихтер*, Значение письменности в словесном процессе (Журн. М. Ю., 1900, № 5); *Нефедьев*, Основные начала, 6—25.

Малышев, I, § 72; *Азаревич*, I, 50—54; *Гольмстен*, 114—117; *Энгельман*, § 32; *Нефедьев*, § 68; *Яблочков*, 29—32.

Feuerbach, Betrachtungen über die Oeffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege, I, 1821, 193 ff.; *Mittermaier*, Die Mündlichkeit, das Anklageprincip, die Oeffentlichkeit und das Geschwornengericht, 1845; *Wiest*, Die Nothwendigkeit und die Bedingungen der Mündlichkeit im Strafverfahren, 1844; *Leonhardt*, Zur Reform des Cpr., 1865; *Sonnenschmidt*, Ueber das... Princip der Mündlichkeit (Zt. Zp., 2 B.); *Vierhaus*, Der Grundsatz der M. (ib.); *Bähr*, Der deutsche Civilprocess in praktischer Bethätigung (Jahrb. f. Dogm., 23 B.); Noch ein Wort zum deut. CP. (ib., 24 B.); *Kräwel*, Die Mündlichkeit (ib.); *Koffka*, Mündlichkeit und Unmittelbarkeit im Civilprocess, 1887; *Kries*, Das Princip der Unmittelbarkeit im Beweisverfahren (Zeitschr. f. die gesam. Strafrechtswiss., 1887, 2 B.); *Jahn*, Das Princip d. Unmittelbarkeit im Strafprocess, 1903; *Wach*, Die civilprocessuale Enquête, 1887; Die CPO und die Praxis, 1888; *Klein*, Mündlichkeitstypen (Allgem. österr. Gerichtszeitung, 1894, № 36); *Kornfeld*, Wort und Schrift im mündlichen Cpr., 1895; *Wach*, Die Mündlichkeit im öster. Cpr-entwurf, 1895; *Coith*, Ueber das wahre Wesen und die Schattenseiten der Mündlichkeit (Sächs. Arch. für bürg. R., XI B.); *Goldenring*, Begriff und Durchführung d. Mündl. im Cp. (Zt. Zp., 14 B.).

Canstein, Rat. Grundl., 72 ff.; *Wach*, Vorträge, 1—51; *Birkmeyer*, 123 ff.; *Schmidt*, § 74; *Weismann*, I, § 47—52; *Skedl*, § 8.

В противоположность этому законодатель может потребовать, чтобы процессуальный материал был облечен в письменную форму, т.е. чтобы суд принимал в соображение только то, что заключается в поданных тяжущимися бумагах и в судебных протоколах, игнорируя словесные заявления сторон. При таком порядке требования и возражения сторон должны быть восприимчивы судом в том виде, какой им придан письменным изложением в состязательных бумагах и протоколах. Чего нет в актах производства, то признается несуществующим: *quod non est in actis, non est in mundo*. Таково требование *principia письменности*.

Устность и письменность представляют собою, таким образом, среду, через которую процессуальный материал доходит до суда¹.

При устности центр тяжести лежит в словесном состязании сторон, при письменности — в обмене письменными бумагами²; в первом случае материал для постановления судебного решения должен быть представлен суду устно, во втором — на письме³; в первом случае суд основывается на том, что сохранилось у него в памяти после заседания и прений сторон, во втором — на том, что закреплено на бумаге⁴; словом, при устности решающее значение имеет *сказанное* слово, а при письменности — *написанное*⁵.

Возможно, конечно, и одновременное, совместное применение обеих форм в разных сочетаниях⁶.

Устность производства следует строго отличать от непосредственности, а письменность — от документальности. Устность определяет

¹ Koffka, 47.

² Kornfeld, Wort und Schrift, 6—7.

³ Weismann, 182; Birkmeyer, 125.

⁴ Canstein, 75.

⁵ Ibid., 78.

⁶ Из сказанного видно, что устность и письменность относятся не к моменту представления сторонами доказательств, а к моменту их восприятия судом. Поэтому принцип устности не нарушается тем, что стороны подают в суд письменные прошения, объяснения и заявления, а также представляют разные документы, если только закон требует, чтобы стороны изложили устно в судебном заседании содержание всех таких бумаг, и предписывает суду принимать во внимание только то, что изложено сторонами устно. Равным образом и принцип письменности не подрывается в том случае, когда стороны дают свои объяснения лично и в словесной форме, если только все это заносится в протоколы, и суд имеет в виду, при постановлении решения, лишь то, что записано в протоколах, и в таком виде, как оно записано (*Zachariae*, 49—50; *Canstein*, Rat. Gr., 76, Anm. 4).

внешнюю форму, в какой процессуальный материал должен быть представлен суду и воспринимаем им, а непосредственность — способ восприятия материала: личное ознакомление с ним по первоисточникам¹.

¹ В литературе устность часто отождествляется с непосредственностью. Так, в мотивах к Германскому уставу гражд. с. говорится: «...устность производства хотя и ходячее, но неправильное выражение. Правильнее говорят о принципе непосредственности и понимают под этим, что состязание сторон перед постановляющим решением судом должно быть устным» (*Hahn*, Die ges. Mater. II, 124; ср.: *Азаевич*, I, 54; *Энгельман*, § 32; *Leonhardt*, 56–57; *Mittermaier*, Mündlichkeit, 246; *Mumtarmaier*, Законодательство, 247–248; *Zachariae*, *Dochow*, *Ullmann*, *Fuchs* и др. (*Kries*, 102, прим.; *Jahn*, 20 ff.)). Такого словоупотребления ни в коем случае нельзя оправдать, ибо сфера применения обоих принципов совершенно различна: непосредственность неприменима к устному состязанию сторон, так как она влекла бы за собой воспреещение судебного представительства; наоборот, устность приурочивается к состязанию сторон, но не имеет прямого отношения к восприятию судом доказательств. В самом деле, разница между устностью и письменностью основана на противоположении устной и письменной речи, воспринимаемых слухом или зрением судьи. Но существуют доказательства, не облеченные ни в форму устной, ни в форму письменной речи и воспринимаемые не слухом или зрением, а другими чувствами судей. Возьмем, например, процесс о доставке тухлой рыбы или прокисшего вина. Рыба и вино — не письменные и не устные доказательства, и ознакомиться с их свойствами, имеющими решающее значение для процесса, суд может не слухом или зрением, а обонянием и вкусом. В большей степени применимы понятия устности и письменности к случаям посредственного восприятия судом доказательств, когда суд знакомится с ними из сообщений других лиц, которые могут делать их словесно или письменно. Однако посредствующей инстанцией между судом и доказательствами бывают не только лица, но и предметы, которые в некоторых случаях должны быть воспринимаемы не зрением или слухом, а другими чувствами. Если, например, судье нужно ощупать гипсовый слепок статуи или понюхать реактив, с помощью которого была исследована какая-либо жидкость, то ни об устности, ни о письменности здесь нельзя говорить. «При личных доказательствах производство может быть устным, хотя и посредственным; но при вещественных доказательствах (вещах и документах) никогда не может быть речи об устности, даже в случае непосредственности» (*Kries*, 104).

Употребление термина «устность» германскими юристами в таком обширном смысле явилось результатом желания обозначить одним термином сущность современного процесса, гражданского и уголовного, в отличие от прежнего, построенного на принципе письменности, устранявшем непосредственное восприятие судом доказательств. «Непосредственность и устность, — говорит Рупп, — были, как известно, девизами во время борьбы с устарелыми формами производства... Но девизы, особенно имеющие политическую окраску, всегда страдают некоторой неясностью; поэтому-то непосредственность и устность часто представляются туманным пятном, способным окутывать самые разнообразные вещи до полной неразличимости» (*Rupp*, 125; *Wach*, Vorträge, I). Как правильно указал Коффка, принцип устности, понимаемый столь широко, обозначает сразу три понятия: 1) непосредственность восприятия доказательств, 2) непосредственность устного состязания сторон и 3) посредственное устное производство (чтение сторонами документов) (*Koffka*, Mündlichkeit, 54). Но и в столь широком значении термин «устность» не характеризует вполне современного процесса, так как

Письменность тоже касается разработки доказательств сторонами и формы предъявления их суду, но она не имеет никакого отношения к вопросу о записывании уже представленных доказательств. Этот вопрос составляет часть более общего вопроса относительно облечения в письменную форму, документирования, протоколирования судебного производства, которое требуется ввиду необходимости закрепить па письме важнейшие акты и моменты производства на случай обжалования решения суда, чтобы сделать возможной проверку правильности решения¹. Для лучшего достижения этих целей желательно было бы сохранять точный письменный след от всех процессуальных действий, в какой бы форме они первоначально ни совершались, так, чтобы все производство (показания свидетелей, прения сторон, постановления суда) было дословно воспроизведено в протоколах. Если бы это было достижимо путем фотографирования или стенографирования судебных заседаний, то вопрос о письменности и устности в применении к действиям суда и протоколированию производства упразднился бы, ибо все без изъятия заносилось бы в протоколы. Только технические и финансовые затруднения, вызываемые сплошным протоколированием всего процесса, заставляют удовольствоваться закреплением в письменной форме важнейших процессуальных действий и порождают вопрос о том, какие именно из них считать более важными, а какие менее важными и кем, каким образом, с какими формальностями должны вестись протоколы².

II. Как устность, так и письменность имеют свои светлые и темные стороны. Преимущества устности состоят в следующем.

1. Устное производство делает возможным личное общение суда с тяжущимися, что представляет такую же важность для выяснения истинных обстоятельств дела, как и личный допрос свидетелей судом. Суд в состоянии посредством расспросов выяснить вполне точно и без излишней траты времени сущность заявлений сторон: чего именно одна требует от другой, чем подтверждает свои требования, какие факты приводит в опровержение заявлений противника³. Все

не включает в себе указания на другие принципы его: свободную оценку доказательств, гласность, состязательность,

¹ *Тальберг*, 39.

² Письменность и документальность недостаточно различаются многими авторами (*Kleinfeller*, 179; *Энгельман*, § 32; *Малышев*, § 72, и др.).

³ *Muttermaier*, Законод., 246–247; *Rupp*, 145; *Bähr*, CP, 39.

это при письменности процесса может остаться неясным. Бумага не краснеет, и в состязательных бумагах тяжущимся нетрудно без всякого риска извращать факты, делать заведомо ложные заявления, прибегать к двусмысленному и уклончивому способу выражения своих фактических утверждений. Суд принужден будет требовать от тяжущихся дополнительных письменных объяснений, которые вновь могут оказаться недостаточными, вследствие чего возникнет дальнейшая переписка, которой нельзя положить наперед определенной границы без опасности преградить суду путь к достижению материальной правды. Поэтому при желании одного из тяжущихся, которому выгодно оттянуть разрешение дела, процесс может длиться без конца¹.

2. Столь же благоприятное влияние оказывает устность производства на образ действий поверенных сторон. «Непосредственное общение поверенных между собою и с судом уменьшает в них охоту к сутяжничеству, облегчая заключение выгодных для обеих сторон мировых сделок». Кроме того, в присутствии суда они станут воздерживаться от таких уловок и недобросовестных приемов борьбы, на которые могли бы согласиться под давлением своих клиентов в письменном производстве — при посредстве «некраснеющей» бумаги².

3. При устном производстве суд может воспринять весь фактический материал процесса сразу и во всей полноте. Этот материал создается сторонами тут же, в заседании, на глазах судей, в живом и непрерывном судебном состязании³.

Совсем не то при письменности производства. Поданные тяжущимися бумаги и протоколы осмотров и допросов не в состоянии воспроизвести с детальной полнотой всего фактического материала, а заключают в себе только более или менее удачно сделанное, но едва ли когда-нибудь безукоризненно точное извлечение из фактического материала. В письменном процессе господствует поверхностность под тяжеловесным покровом кажущейся основательности, в устном — основательность при легкости формы⁴.

4. Устная форма производства гораздо удобнее для тяжущихся, чем письменная, ибо громадное большинство людей легче выражает свои мысли словесно, нежели письменно. Требовать, чтобы тяжущиеся

¹ *Нефедьев*, Оsn. нач., 17–18.

² *Wach*, Die CPO, 57–58.

³ *Ibid.*, 54.

⁴ *Rupp*, 76.

вели судебное состязание письменно, значит напрасно утруждать их, осложнять производство и вместе с тем делать его дороже, ибо для надлежащей формулировки своих заявлений стороны принуждены в большинстве случаев обращаться к помощи специалистов, опытных в составлении судебных бумаг. «Письменность, в качестве принципа судопроизводства, можно сравнить с костылями человека, обладающего вполне здоровыми ногами, но вообразившего себя парализованным и потому прибегнувшего к помощи костылей»¹.

5. Устность производства придает процессу подвижность. Суд имеет возможность направлять его по своему усмотрению, разделять, соединять, прерывать, смотря по надобности и ради удобства и ускорения дела². Словом, только при устности производства осуществимо формальное руководство процессом со стороны суда (см. с. 353—354).

6. Устная форма производства необходима для проведения в процессе принципа публичности. Хотя можно представить себе и письменный процесс публичным (если бы все судебные бумаги и все акты производства оглашались в публичном заседании суда), но это была бы гласность наполовину, так как авторы бумаг были бы скрыты от взоров публики и не давали бы своих объяснений и показаний в присутствии посторонних лиц. Потому-то письменность производства всегда вела на практике к устранению публичности, утрачивавшей реальное значение³.

III. В свою очередь и письменность обладает рядом достоинств.

1. Требования и заявления тяжущихся должны быть выражены ясно и точно, а сделать это можно гораздо лучше на письме, чем на словах⁴. Чтобы точно сформулировать даже вполне продуманное и ясно себе представляемое положение, нужно прибегнуть к помощи пера и бумаги: в устной речи, слишком подвижной, непрерывно текущей и легко уклоняющейся в сторону под влиянием внезапных ассоциаций идей, очень легко упустить не только какую-либо деталь, но и существенные обстоятельства. Мало того, изложение мысли на письме содействует ясности уразумения ее самим пишущим. «Я каждый раз убеждаюсь, — говорит Иеринг, — что даже теми мыслями, которые я годами носил в себе и перерабатывал в своей голове, я вполне овладеваю только

¹ *Rupp*, 76.

² *Wach*, *Die CPO*, 58—60.

³ *Нефедьев*, 18—19; Объяснения к ст. 13 Уст. гр. суд.

⁴ *Bähr*, 393—394; *Нефедьев*, 14.

тогда, когда изложу их письменно»¹. Справедливость этого замечания может подтвердить каждый писатель.

2. Письменное производство представляет большие удобства для тяжущихся. Вместо того чтобы лично являться в заседания суда, находящегося иной раз далеко от их постоянного места жительства, или нанимать поверенных, которые выступали бы в суде вместо них, тяжущиеся могут ограничиться посылкой по почте письменных заявлений и объяснений. Благодаря этому они сберегают как время, так и деньги.

3. Другое удобство письменного производства для тяжущихся состоит в том, что оно дает возможность каждой стороне хорошо обдумать возражения противника и составить надлежащий ответ. Между тем при устном состязании недостаточно сообразительный тяжущийся всегда подвергается опасности, что противник огорошит его каким-нибудь совершенно непредвиденным и неожиданным доводом или доказательством, которое поставит его в тупик. Опытные адвокаты на это и рассчитывают, приберегая самые сильные доводы для заключительного устного состязания, чтобы привести противника в замешательство.

4. Устность производства требует от тяжущихся или их поверенных дара слова и хорошей памяти, способной удержать все обстоятельства дела: они должны уметь свободно и точно излагать свои мысли и быть полными хозяевами фактического материала процесса. Если же они ни тем, ни другим не обладают, то принуждены обращаться к помощи адвокатов, т.е. нести излишние расходы. Но и не каждый адвокат удовлетворяет этим условиям, так что даже участие его в процессе не обеспечивает тяжущегося от проигрыша дела только вследствие того, что его адвокат не обладал достаточной емкостью памяти и свободой речи.

Письменное производство делает все это излишним, так как тяжущемуся дается достаточно времени, чтобы на досуге освоиться с обстоятельствами дела и письменно изложить свои объяснения².

5. Аналогичные удобства представляет письменность и для судей. В то время как устное производство требует от них напряженного внимания, чтобы не пропустить чего-либо мимо ушей, способности сосредоточиться и удержать в памяти все, что выслушано в течение заседания, и умения сейчас же разобраться во всей массе юридического и фактического материала, сразу поднесенного ему сторонами, письменность

¹ *Ihering*, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, 1884, 350.

² *Kräwel*, 820.

открывает судьям возможность постепенно и не спеша изучить дело, вникнуть во все обстоятельства, всесторонне и неоднократно обдумать их и постановить решение по тщательном и зрелом обсуждении дела¹. Если суду приходится разобрать в одном заседании целый ряд дел, среди которых встречаются очень сложные и запутанные, то без предварительного ознакомления с письменными документами, представленными сторонами, судья не в состоянии вполне сознательно отнестись к делу². В результате строгая устность состязания может привести к тому, что судьи вовсе не станут вникать в прения сторон, а будут постановлять решения на основании документов³.

6. При господстве принципа устности заседания судов нередко откладываются по причине неявки сторон, а также по просьбе адвокатов обеих сторон, которые охотно прибегают к этому, если один из них занят в тот же день в другом суде. Результатом этого является медленность в отправлении правосудия. Письменность производства устраняет это нежелательное явление, ибо решение постановляется исключительно на основании письменных документов.

7. Наконец, при письменности процесса все производство закрепляется на бумаге; всякое процессуальное действие оставляет прочный след, тогда как при устности не остается ничего, кроме более или менее неясных и неточных воспоминаний присутствовавших в заседании лиц. Благодаря этому письменность производства облегчает перевершение дела высшей судебной инстанции. Так как все обстоятельства дела, все заявления и требования тяжущихся уже закреплены на письме, то нет надобности вызывать тяжущихся в заседание нового суда, а равным образом, не может оказать неблагоприятного влияния на успешность вторичного разбирательства дела невозможность явки кого-либо из них.

IV. Сопоставляя изложенные преимущества устности и письменности, нельзя не прийти к убеждению, что ни та, ни другая не заслуживают абсолютного предпочтения и что исключительное проведение в судопроизводстве одной из них представляло бы существенные неудобства. Требовать, чтобы стороны повторяли в заседании содержание тех документов, которые представлены ими раньше в суд,

¹ *Mittermaier*, Mündlichkeit, 260; *Bähr*, Der deut. Civilpr., 394—396; *Kräwel*, 820.

² Это удостоверяют сами судьи (*Niedner*, Zur Frage einer durchgreifender Justizreform, 1906, 12—14).

³ *Leonhardt*, Zur Reform, 63; *Bähr*, Das Rechtsmittel 2. Instanz, 1871, 60—61.

под угрозой, что иначе суд будет игнорировать их, является столь же нерациональным нарушением принципа непосредственности, как и противоположное требование — облекать в письменную форму устные показания свидетелей, с тем чтобы суд придавал значение только тем из них, которые записаны, и принимал в том виде, как они записаны. Чрезмерная устность в первом случае, как и преувеличенная письменность во втором, одинаково препятствуют достижению материальной правды, создавая между судом и доказательствами посредствующую инстанцию и подставляя суду взамен действительного процессуального материала несовершенное воспроизведение его¹.

Кроме того, проводить в процессе строго принцип устности — значит заставлять тяжущихся переливать в подвижную форму текущей речи весь процессуальный материал, который вследствие этого неминуемо утратил бы твердость и определенность очертаний; значит ставить тяжущихся и суд в опасность быть подавленными грудой фактов, необозримой сразу; значит «строить судебное решение на воздухе»² и делать невозможной проверку правильности действий суда по установлению фактических обстоятельств; словом, значит уподобить производство «дикому горному потоку, который, не будучи сдерживаем руслом, свободно разливается во все стороны по полям и лугам, а когда выльется весь, оставляет после себя только бесплодные камни»³.

Наоборот, строить производство на одном принципе письменности — значит воздвигать между судом и тяжущимися непроницаемую бумажную стену, значит открывать широкий простор для кляузничества и крючкотворства со стороны недобросовестных тяжущихся и их поверенных, избавляя их от благодетельного контроля гласности, и дать им возможность без конца обмениваться возражениями и опровержениями, затягивая производство дел.

Таким образом, речь не способна заменить в процессе писание, а бумага не должна прикрывать собою живых лиц⁴. «То, что может быть свойственно хорошему процессу, недостижимо ни с помощью одной речи, ни с помощью письма»⁵.

¹ *Kräwel*, 456.

² *Bähr*, 395.

³ *Feuerbach*, I, 308.

⁴ *Kräwel*, 445.

⁵ *Klein*, Mündl., 294.

Необходимо, следовательно, сочетать принцип устности с принципом письменности и каждому из них отвести в процессе то место, какого он заслуживает по своему достоинству¹.

Письменная форма имеет преимущество точности и прочности. Следовательно, она должна быть применена к тем заявлениям сторон, где они формулируют свои юридические требования, исследование и проверка которых судом составляет задачу процесса. Напротив, устность необходима там, где нужно достигнуть концентрации производства и обеспечить возможность личного общения суда со сторонами, т.е., значит, в заключительном заседании суда перед постановлением решения.

Затем, в сложных процессах, изобилующих фактическим материалом и возбуждающих много запутанных юридических вопросов, чрезвычайно полезной и даже иной раз совершенно необходимой является предварительная письменная подготовка к устному заседанию, т.е. представление тяжущимися суду и обмен между ними самими письменных объяснений. «Устная форма может вместить в себя определенное количество процессуального материала; но как только это количество превышено, она разрывается от перегрузки, и на подмогу ей должна быть призвана письменность»². А так как нет возможности перечислить наперед в законе те категории дел, которые, по своей сложности, требуют письменной подготовки, то приходится предоставить усмотрению сторон и суда разрешение вопроса о необходимости ее в каждом отдельном случае. Другими словами, обмен состязательными бумагами должен составлять право, но не обязанность сторон, и только в тех случаях, когда они этим правом не воспользуются, а между тем дело будет представляться суду сложным и трудным, суд может назначить предварительную письменную подготовку. С другой стороны, следует предоставить тяжущимся, которым затруднительно явиться в заседание суда, право ограничиться обменом состязательными бумагами — с тем, чтобы суд мог, в случае надобности, вызвать их для устных объяснений³.

¹ Это положение признано большинством процессуалистов (*Canstein*, 74 ff.; *Birkmeyer*, 130; *Wach*, 4; *Kleinfeller*, 179; *Skedl*, 63; *Goldenring*, 55 ff.).

² *Klein*, *Mündlichkeitstypen*, 294²; ср.: *Skedl*, 54 ff.; *Canstein*, 79—81.

³ В пользу такого свободного распределения устности и письменности в производстве начинают раздаваться голоса в Германии (*Kade*, *Ein Ueberblick über die zur Neugestaltung des bürgerl. Rechtsstreitverfahrens neuerdings gemachten Vorschläge* (Arch. bürgerl. R., 30 B.,

V. На практике были испробованы принципы устности и письменности как в чистом своем виде, так и в различных сочетаниях. Смотря по своему отношению к этим принципам, процессуальные системы сводятся к пяти главным типам.

Первый тип характеризуется господством принципа устности в чистом виде. Это — начальная ступень в истории гражданского (и уголовного) процесса у каждого народа. Судопроизводство повсюду было первоначально устным просто вследствие отсутствия или недостаточного развития грамотности. В этой первобытной форме усмотрели идеал и сделали попытку к ней вернуться после многовековой исторической эволюции германские процессуальные уставы XIX в.: Ганноверский, Баденский, Вюртембергский и, наконец, действующий Общеперсский. Принцип устности проведен в нем наиболее последовательно, с самыми незначительными, безусловно уже неизбежными отступлениями. Он обязывает суды постановлять решения исключительно на основании того, что словесно изложено сторонами в заседании суда, игнорируя содержание письменных актов, имеющих в производстве, если стороны не повторили его устно¹.

Столь прямолинейное применение принципа устности, без внимания к удобству тяжущихся и судей, не раз подвергалось осуждению в литературе и навлекло на составителей Устава упрек в доктринерстве, формализме, фанатизме — в том, что они одержимы «энтузиазмом к устности», что они «обожествили» принцип устности, превратили

194); *Sauter*, 31–32; *Horn*, Zur Reform, 98–99; *Noest*, Vorschläge zur Verbesserung unseres Processverfahrens, 1911, 10–12).

¹ По Германскому уставу стороны обязаны изложить суду как свои требования, так и обстоятельства дела, содержание представленных документов и протоколов восприятия доказательств отряженным членом суда (§ 137–285). Предварительный обмен состязательными бумагами хотя и требуется, но не безусловно, так что если одна из сторон не представит письменного объяснения, то это не отразится на исходе дела, а может повлечь за собой только возложение на нее судебных издержек и штрафа в том случае, когда суд найдет нужным отложить заседание вследствие недостаточной подготовки дела; кроме того, виновный в таком упущении лишается права просить о постановке заочного решения (§ 95, 129, 335, п. 3). Письменная форма сохранена и сделана обязательной только для исковых прошений, апелляционных и ревизионных жалоб, отзывов и некоторых других процессуальных действий, которыми открывается производство (§ 253, 518, 553 и др.). Эти же правила применяются и в апелляционном производстве (§ 524 и сл.). Новелла 1909 г. несколько смягчила строгую устность, разрешив сторонам не повторять устно заявленных в состязательных бумагах требований, а лишь ссылаться на них (доп. к § 297).

его в «фетиш» и принесли ему в жертву интересы участвующих в делах лиц и самого правосудия¹.

¹ После Зонненшмидта (ук. ст.) наиболее решительно указал на вред строгой устности *Bähr* в указ. ст. За ним последовали и другие: *Kräwell* (I. c.; *Horn*, *Zur Reform*, 97 ff.; *Quenstedt*, *Zur Reform*, 22–24; *Deutsche Gestaltung*, 64–65; *Schwartz*, *Die Novelle*, 44 ff., и др.). Бэру возражали многие (см. указ. у *Goldenring*'а, 55, Anm.), и прежде всех Вах (*Die CPO*; *Enquête*). Надо, впрочем, отметить, что Вах толкует эти правила слишком свободно, смягчая в значительной степени строгое применение принципа устности. Так, он полагает, что суд обязан знакомиться с протоколами восприятия доказательств, составленными отдельными отраженными членами суда, *ex officio*, хотя бы стороны не изложили их содержание устно (*Vorträge*, 7 ff.), тогда как § 285 Устава категорически предписывает сторонам «докладывать суду результаты восприятия доказательств отраженными членами суда» (*Birkmeyer*, 161; *Weismann*, I, 188; *Goldenring*, 63 ff.). Точно так же, по мнению Ваха, апелляционный суд должен при разрешении дела принимать в соображение акты производства суда первой инстанции независимо от ссылки на них сторон (*Vorträge*, 11–12, 249 ff.), вопреки предписанию § 526 Устава (*Birkmeyer*, 162; *Weismann*, I, 433; *Goldenring*, 66 ff.). Наиболее рельефно выставил хорошие стороны устного производства председатель кельнской палаты *Hamm* на 26-м съезде немецких юристов: «В нашем производстве установилась практика, что в апелляции не приводится никаких оснований и что впоследствии либо совершенно не происходит обмена состязательных бумаг, либо стороны обмениваются очень краткими. Поэтому предварительное ознакомление суда с тем, что будет представлено во второй инстанции, по большей части вовсе невозможно. Ознакомиться с делом можно лишь из устного состязания в заседании. Это обстоятельство в необычайной степени увеличивает интерес суда к устному производству. Председатель, быть может, читал документы и узнал из них хотя бы то, что происходило в первой инстанции. Но никто из участвующих в заседании судей не знает, на кого из них будет впоследствии возложено составление решения. Само собой понятно, что решение никогда не составляется до заседания; не изготовляется даже доклад дела. Каждый член суда внимательно следит с пером в руке за устным изложением адвокатов, так как каждый знает, что если он не сделает себе заметок, то потом, когда получит акты производства, ничего в них не разберет. Вследствие этого и адвокат говорит совершенно иначе, ибо знает, что судьи еще абсолютно не предубеждены. Я могу только сказать, что всегда с удовольствием слушаю речи адвокатов в кельнской палате. Как в то время, когда я был молодым референдарием, так и теперь, уже старик, я испытываю истинное наслаждение, слушая умные и содержательные речи адвокатов. В них исчерпывающим образом развивается юридическая сторона дела и до тончайших оттенков излагается фактическая, и притом не одним докладчиком, который нейтрален, а двумя докладчиками, которые являются сторонами. Вследствие этого производство приближается к идеалу — к производству у единоличного судьи, перед которым стоят сами стороны и излагают свое дело. Только дело излагается в красивой, художественной форме, и фактический состав выходит на свет со всеми своими оттенками, со всем своим колоритом. Суд бывает на мгновение увлечен словами адвоката. И то, что внушено суду одним адвокатом, должно быть исторгнуто другим. Таким путем создается живое понимание фактического состава не только у докладчика и председателя, но и у всех членов суда. Фактический состав обрисовывается пред ними так, как будто они сами его пережили. Благодаря яркому воспроизведению содержания дела с двух различных точек зрения судьи получают стереоскопическое, полное осязательности изображение.

Вторая типичная форма процесса — чистая письменность. Она начала вытеснять устность в Средние века в каноническом и светском процессах, а с рецепцией римского права окончательно утвердилась в Германии и Австрии. Как германский общий процесс, так и австрийский процесс по Судебному уставу 1781 г. были, безусловно, письменными. Такую же форму имел и наш процесс по Своду за-

Ничего подобного я никогда не встречал в судах старых провинций, ни в окружных, ни в палатах. Там работают преимущественно на основании актов производства. Когда суд выходит в заседание, то председатель и докладчик, изучивши весь фактический состав и прочитавши все документы, обыкновенно знают все, что произойдет в заседании, и даже нередко обнаруживают неудовольствие, если сторонами представляется что-либо новое. Я утверждаю, что в старых провинциях нет почти ни одного окружного суда, ни одной палаты, где докладчик не имел бы в кармане готового решения или хотя бы доклада. Он уже составил себе мнение. Мы же прежде выслушиваем, в чем состоит дело. О документах часто говорилось: бумага не краснеет. На бумаге гораздо легче делать ложные заявления, чем перед судом в присутствии противника. То же самое относится к софизмам и искусственным хитросплетениям. Если к ним прибегают в устном состязании, то председатель просто говорит: «Любезный г. адвокат, я ничего не понял, не можете ли вы нам повторить эти тонкости?» Адвокат большей частью настолько умен, что, смеясь, отвечает: «Подобных объяснений нельзя давать дважды» (*Verhandlungen d. 26 deut. Juristent., III, 495–496*).

Недостатки такого производства очевидны. Оно годится для дел небольших и несложных, в которых судьи легко и сразу могут ориентироваться. Но если обстоятельства дела запутаны, если прения сторон продолжаются часами, если в деле возникает ряд трудных юридических вопросов, то предварительная письменная подготовка дела является не только полезной, но и прямо необходимой. Затем, при таком порядке разбирательства суд не может надлежащим образом осуществлять свое право расспроса сторон с целью выяснения обстоятельств дела, потому что для успешного пользования этим правом требуется близкое знакомство с делом, и если в совещательной комнате, при ознакомлении с актами, у судей возникнут какие-либо сомнения или разногласия относительно того или другого фактического обстоятельства, то они уже не могут устранить их посредством расспроса сторон. Наконец, строгое применение принципа устности к сложным делам неизбежно ведет к тому, что, по выслушании прений сторон, в совещательной комнате делается одним из судей, ознакомившимся раньше с обстоятельствами дела по письменным актам производства, доклад присутствию суда, так что дело слушается дважды: в заседании суда и в совещательной комнате (*Leonhardt, 63*). При этом постановление решений неизбежно откладывается (*Wach, CPO, 24*), а производимый в совещательной комнате через несколько дней, по разборе многих других дел, доклад в отсутствие сторон, которые могли бы внести в него фактические поправки, может страдать неполнотой и неточностью (*Puchter, 32 и сл.*). Германский устав не указывает, обязаны ли судьи знакомиться с содержанием состязательных бумаг и вообще актов производства до заседания, вследствие чего судебная практика не везде одинакова: в одних местностях с этими актами знакомится только председатель суда, в других — председатель и один из членов, которому придется писать решение, в иных все судьи, в прочих (где раньше действовал Французский устав) — никто (*Wach, Enquête, 46 ff.; Weismann, I, 190*).

конов¹. Повсюду она привела к печальным результатам, к полному упадку правосудия и к процветанию кляузничества.

Третья типичная форма процесса основывается на сочетании обоих принципов с преобладанием принципа письменности. Таков был, например, прусский сокращенный процесс по Закону 1833 г.: после обмена состязательными бумагами происходило словесное разбирательство, но стороны могли только разъяснять и развивать то, что было изложено ими в бумагах, не имея права делать изменений и дополнений. Вследствие этого устное состязание было лишено самостоятельного значения, и стороны избегали его, ограничиваясь обменом состязательными бумагами².

Четвертый тип процесса — комбинация письменности и устности с преобладанием устности. Эта форма господствует во французском и австрийском процессах: материал для установления фактических обстоятельств суд заимствует как из актов производства, так и из словесных прений сторон, причем в этих прениях стороны имеют право приводить новые обстоятельства и изменять сделанные в бумагах заявления относительно фактической стороны дел; но если стороны не явятся в заседание, то решение может быть постановлено и на основании письменных объяснений и актов производства³.

¹ Состязание сторон состояло в обмене письменными объяснениями и возражениями, число которых не было ограничено. На основании этих состязательных бумаг составлялась секретарем докладная записка, которая сообщалась тяжущимся для проверки и подписи, причем им предоставлялось право просить о дополнении ее. Разбор дела состоял в том, что докладная записка прочитывалась секретарем суду в присутствии сторон, которые имели право только указывать на пропуски, сделанные секретарем, но ни в какие прения не могли вступать (ст. 242 и сл., 445 и сл., 461 и сл. ч. 2 т. X Св. зак.).

² Опасение такого результата и побудило составителей Германского устава предписать судам постановлять решения исключительно на основании того, что изложено сторонами в словесном состязании (*Hahn*, II, 118).

³ Французский процесс издавна основывается на *сочетании* принципов устности и письменности. Производство начинается письменным вызовом в суд, передаваемым поверенным истца ответчику через судебного пристава, с означением предмета иска и доказательств. В недельный срок ответчик должен выбрать себе поверенного, который может обменяться с поверенным противной стороны письменными объяснениями, но это не обязательно, а в суммарном производстве не допускается, и во всяком случае суд таких предварительных бумаг не читает. В заседании суда поверенные сторон прочитывают или импровизируют устно свои «заключения» (*conclusions*), т.е. точно сформулированные и мотивированные требования и возражения против них, а затем передают в письменной форме секретарю. В следующем заседании происходят устные прения сторон или их адвокатов. Но до начала прений поверенные имеют право изменять и дополнять свои первоначальные заключения, так что решающее значение имеет то, что ими заявляется в последнем устном заседании. Поэтому неправильно говорить, что «Французский устав отдает предпочтение

Наконец, пятая система придает одинаковое значение как устной, так и письменной форме состязания сторон. Это — система нашего действующего Устава. При постановлении решения суд обязан основываться как на доводах и доказательствах, изложенных сторонами в словесном состязании, так и на поданных ими состязательных бумагах и вообще на имеющихся в деле письменных актах (ст. 339), не упуская из виду ни одного из них (ст. 456). Но ни обмен состязательными бумагами, ни устные прения не обязательны. Стороны могут не подать письменных объяснений и прямо явиться в заседание для устного состязания (ст. 312 и сл.): в таком случае процесс будет чисто устным. Наоборот,

началу письменности пред началом устности» (*Puxter*, 13): документирование заявлений поверенных, делаемых устно, не превращает производства в письменное. Материалом при постановлении решения служат судам, во-1-х, заключения поверенных; во-2-х, протоколы допроса свидетелей и восприятия других доказательств и, в-3-х, прения сторон, если они были (это не обязательно). Таково же в общем производство в апелляционной и кассационной инстанциях. Существует еще исключительно письменное производство, где прения сторон заменяются подачей состязательных бумаг, на основании которых одним из членов суда делается доклад, причем сторонам предоставляется только указывать на неполноту и неточность его. Но эта форма производства применяется крайне редко (*Code de proc.*, art. 59 ss., 404 ss., 443 ss.; *Garsonnet*, 334 ss., 560 as., 838 ss., 886 ss.). Австрийский устав, подобно Французскому, комбинирует устность и письменность, но несколько иначе. Принципиально он стоит на почве устности. «Решение должно быть постановлено на основании словесного разбирательства» (§ 414) и должно заключать в себе «изложение обстоятельств дела, извлеченных из словесного разбирательства» (§ 417). Чтение письменных объяснений вместо устного изложения воспрещено (§ 177), а прочтение документов, на которые ссылаются стороны, дозволяется только в том случае, если они не известны суду или противной стороне или если буквальное содержание их имеет значение для дела (там же). Результат подготовительного производства, если оно было, и результаты восприятия и проверки доказательств отряженным членом излагаются председателем или членом суда устно (§ 262, 286, 287). В случае неявки стороны, присланные ею письменные объяснения не подлежат прочтению (§ 397). Обеспечивая этими правилами устность производства, Австрийский устав, с другой стороны, делает ряд существенных уступок письменности: устанавливает письменную форму для искового прошения и ответа на него, который обязателен (§ 226, 229, 243, 258); допускает представление дополнительных письменных объяснений (§ 258); дает право председательствующему, по просьбе сторон или по собственному усмотрению, распорядиться, чтобы стороны изложили свои требования и объяснения в форме записок, которые прочитываются, проверяются судом и приобщаются к протоколу (§ 265). Наконец, если стороны обменялись состязательными бумагами и одна из них не явится в заседание, то другая может просить о постановлении решения, и в таком случае суд разрешает дело на основании письменных актов, имеющихся в производстве (§ 399). В апелляционном производстве преобладает письменность; в ревизионном она господствует почти исключительно, так как словесное состязание сторон допускается только по особому постановлению суда (§ 480 и сл., 509) (*Skedl*, § 8; *Pollak*, § 85; *Schruka*, § 115). Правила Австрийского устава послужили образцом для Венгерского (§ 129, 136, 137, 178, 195, 203, 219, 254, 285, 401, 445, 484, 489, 492, 497, 512 и др.).

стороны вправе обмениваться письменными объяснениями и не прибыть в заседание (ст. 719 и 719¹): в этом случае производство будет чисто письменным. Однако суду принадлежит право, в случае надобности, назначать предварительный обмен письменными объяснениями (ст. 362) и требовать личной явки сторон (ст. 719, 719¹). Апелляционное и кассационное производства могут быть чисто письменными в случае неявки сторон, но могут основываться как на письменных актах, так и на устных прениях (ст. 768, 770, 804).

Эта система является наиболее целесообразной. Превосходство ее над всеми другими состоит в том, что она не навязывает тяжущимся какой-либо одной формы производства для всех дел независимо от их простоты или сложности, а дает возможность сторонам избирать под контролем суда такую форму, которая наиболее соответствует характеру каждого отдельного дела: если обстоятельства дела настолько неясны и запутанны, что требуется изучение его по письменным объяснениям сторон, то стороны по собственному почину или по требованию суда обмениваются состязательными бумагами; наоборот, простые и легкие дела могут быть разрешаемы сразу на основании устного состязания или же, если явка в суд для сторон затруднительна, а личные объяснения их не нужны, — то на основании их письменных объяснений. Опасность такой системы заключается только в том, что она может при желании сторон или адвокатов и при пассивном отношении судов вырождаться в чисто письменное производство. Но устное разбирательство настолько удобнее для тяжущихся, для адвокатов и для самих судей, что такая перспектива представляется маловероятной; по крайней мере до настоящего времени подобной тенденции к превращению устного производства в письменное совершенно незаметно.

Эту систему сохраняет и проект новой редакции Устава (ст. 165 и сл., 174 и сл., 183 и сл., 626 и сл., 706 и сл., 776).

§ 47. Публичность¹

1. Деятельность судов, как и других органов государственной власти, может быть либо окружена непроницаемой для частных лиц тайной,

¹ Яневич-Яневский, О публичности и устности уголовного судопроизводства, 1857; Баршнев, Об устности и гласности уголовного судопроизводства (Рус. Вестн., 1857, июнь, т. X); Окс, О публичности или гласности суда, 1889 (и в Трудах Одесского юрид. общ., 1887, т. IV); Нефедьев, Основные начала, 25—28; Малышев, I, § 78; Азаревич, I, 54—58; Энгельман, § 33; Гольмстен, 119—121; Нефедьев, § 69; Бентам, О судоустройстве, 133 и сл.; О судебных доказательствах, 1876, 74—85.

либо совершаться в большей или меньшей степени открыто. В первом случае в процессе господствует принцип *канцелярской тайны*, во втором — принцип *гласности*.

Смотря по кругу лиц, имеющих право знакомиться с процессуальной деятельностью суда, различают гласность для сторон (*Parteiöffentlichkeit*), если это право принадлежит только ведущим данный процесс лицам, или гласность в тесном смысле слова, и гласность общую (*Volksöffentlichkeit*), которая распространяется на всех желающих, или *публичность*.

Гласность в тесном смысле слова не представляет собою самостоятельного принципа, а является следствием, с одной стороны, принципов непосредственности и устности, требующих, чтобы суд входил в личное общение с тяжущимися, а с другой стороны — принципов состязательности и равноправности, из которых первый возлагает на самих тяжущихся подготовку процессуального материала, а второй — дает им одинаковые средства защиты и нападения. Проведение всех четырех названных принципов¹ было бы совершенно невозможно, если бы действия одной стороны и вызванная ими деятельность суда были неизвестны другой стороне². Поэтому принцип гласности для сторон имеет безусловное значение и не терпит никаких изъятий. Стороны имеют право присутствовать при всех действиях суда в заседаниях (ст. 13 Уст. гр. суд.), при допросе свидетелей и во всех поверочных действиях вне заседаний (ст. 390, 414, 501 и др.), обозревать в канцелярии суда все делопроизводство по своим делам (ст. 271) и получать копии с процессуальных бумаг (ст. 854). Стороны не могут только присутствовать при совещании судей в совещательной комнате

Meyer, Esprit, origine etc., VI, ch. 7; *Feuerbach*, Betrachtungen über die Oeffentlichkeit und Mündlichkeit, II, 1821; *Bordeaux*, 262 ss.; *Canstein*, Rat. Grundl., 100 ff.; *Friedmann*, Die Oeffentlichkeit der Gerichtsverhandlungen, 1887; Geheime Verhandlungen und Wahrung von Geheimnissen, 1895; *Kleinfeller*, Die Oeffentlichkeit (Gerichtssaal, 1887, 39 B.). Старая литература указ. у Биркмейера (§ 43) и Канштейна (100, 102).

¹ А не одного лишь принципа непосредственности, как думают некоторые (*Kleinfeller*, 421; *Geyer*, 14).

² Отсюда, однако, не следует, чтобы в определение гласности можно было вводить указание на осуществление сторонами своих процессуальных прав, как делает Клейнфеллер: «...гласность сторон есть предоставленная сторонам по закону возможность непосредственного восприятия процессуальных фактов, связанная с данным сторонам правом самостоятельного вмешательства в производство путем немедленных заявлений, объяснений и постановки вопросов» (419—420). В подчеркнутых словах речь идет уже не о гласности, а о пользовании процессуальными средствами защиты.

(ст. 693), потому что это вовсе не требуется теми принципами процесса, для осуществления которых нужна гласность.

Публичность, наоборот, не вытекает из других принципов процесса, не является даже необходимой спутницей гласности для сторон, а представляет собою совершенно самостоятельный принцип, нуждающийся в специальном рассмотрении и обосновании. Важнейшим проявлением его является право печатания отчетов о делах в прессе. Благодаря этому публичность получает серьезное практическое значение. Лично посещать заседания судов в состоянии очень немногие; благодаря же газетным отчетам каждый желающий может следить за тем, что происходит в судах.

II. Публичность производства имеет огромное значение для правильного отправления правосудия.

1. Она дает возможность обществу контролировать деятельность судей. Благодаря ей отправление правосудия совершается, так сказать, всенародно, на глазах у всего населения и даже, при современном развитии периодической печати, разносящей сведения во все концы цивилизованного мира, на глазах всего культурного человечества¹. Вследствие этого судьи, сознавая, что их деятельность находится у всех на виду и подвергается свободной критике, стараются возможно лучше исполнять свои обязанности. Не только явное пристрастие, вымогательство, взяточничество становятся невозможными или по меньшей мере очень затруднительными, но и вообще все производство ведется правильное, тщательнее, с соблюдением всех установленных законом формальностей. «Гласность — это возжи для страстей и узды для плохих судей»².

2. Значение хорошего отправления правосудия удваивается, если оно отправляется публично. Тайное судопроизводство всегда возбуждает подозрение, хотя бы даже оно было в действительности безупречно: всегда найдутся лица, которые останутся недовольны постановленными по их делам решениями и будут приписывать эти решения несправедливости и недобросовестности судей. Другие граждане, слушая такие обвинения, станут придавать им веру, не имея возможности проверить их личным наблюдением за деятельностью судей³.

¹ За ходом процесса Дрейфуса следил весь мир.

² Слова *Ayrault* (*Bordeaux*, 263). Ср.: *Meyer*, 120 ss.; *Бентам*, О судебных доказательствах, 1876, 76–79; *Mittermaier*, *Mündlichkeit*, 338–340; *Friedmann*, *Oeffentl.*, 11; *Geheime Verb.*, 2, 3.

³ *Бентам*, О суд. доказ., 78: «Чем более суды были тайные, тем были они ненавистнее. Средневековый тайный суд, инквизиция, совет десяти опозорили те правительства,

3. Публичность оказывает благотворное влияние и на тяжущихся. Боязнь общественного мнения, стыд перед знакомыми и земляками удерживают их от недобросовестных исков, от заведомо ложных заявлений, от неосновательного отрицания справедливых требований противной стороны, от кляуз и крючкотворства¹.

4. Публичность производства отражается благоприятным образом и на других участвующих в процессе лицах: свидетелях, экспертах, адвокатах. Боязнь общественного осуждения побуждает всех их к добросовестному выполнению своих функций².

5. Публичность имеет большое значение для юридического развития общества. Благодаря ей граждане получают возможность следить за отправлением правосудия и знакомиться с действующим правом в его практическом осуществлении. Они проникаются сознанием важности правильного отправления правосудия и стараются содействовать ему, когда им приходится выступать в роли свидетелей или экспертов³.

6. При публичности производства отдельные граждане получают возможность оказывать непосредственные услуги отправлению правосудия: узнав о возникшем процессе, каждый, бывший случайным свидетелем каких-либо фактов, которые должны быть установлены в этом процессе, может объявить об этом заинтересованной стороне и быть вызванным для дачи показания. В Англии, например, бывали случаи, что во время разбора уголовных дел посторонние лица, присутствовавшие в заседании в качестве публики, сообщали суду очень важные сведения, влиявшие на исход процесса⁴.

которые их установили. Им приписали, может быть, во сто раз более преступлений, нежели они совершили».

¹ *Canstein*, 101; *Нефедьев*, Основные начала, 27; *Окольский*, Состязательность (ст. I, 171).

² *Бентам*, О суд. доказ., 75: «Ложь может быть смелой при секретном допросе: трудно допустить, чтобы она была смелой перед публикой; это даже невероятно со стороны человека, еще не совсем развращенного. Все взоры, направленные на свидетеля, смущают его, если он имеет план обмануть; он чувствует ложь, может встретить обличителя в каждом слушателе. Знакомое лицо и много незнакомых одинаково его беспокоят, и против воли он воображает, что истина, которую он старается подавить, выйдет из этой аудитории и подвергнет его всем опасностям ложного свидетельства; по крайней мере, он чувствует, что есть наказание, которого не избегнет, — заключающееся в стыде на глазах толпы зрителей». Ср.: *Mittermaier*, Mündl., 337—340; Законодат., 259; *Zachariae*, I, 61; *Friedmann*, Geh. Verh., I.

³ *Бентам*, О судоустр., 135: «Какая школа может лучше судебного места служить к образованию опытных граждан, способных обсуждать юридические вопросы и взвешивать человеческие деяния на весах правосудия?» Ср.: *Mittermaier*, Mündl., 342; Законодательство, 269; *Zachariae*, I, 61; *Friedmann*, Geh. Verh., 2.

⁴ *Mittermaier*, Законодательство, 259; *Friedmann*, Geh. Verh., I.

7. Публичность производства благоприятствует развитию науки права. Ученые получают возможность знакомиться с судебными решениями и пользоваться судебной практикой при своих теоретических исследованиях. Благодаря этому теория сближается с практикой, что одинаково полезно для обеих¹.

8. Публичность процесса соответствует современным понятиям о необходимых условиях каждой общественной деятельности. «Начало это признается во всех важнейших функциях правового государства»². Особенно же важное значение оно имеет по отношению к деятельности судов, которую обеспечивается правопорядок. «Правосудие — дело света, а не тьмы»³.

Диаметрально противоположными свойствами обладает и к совершенно иным результатам приводит принцип канцелярской тайны. Он прикрывает от глаз общества непроницаемой ширмой судей и участвующих в процессе лиц, и под ее покровом свободно развиваются взяточничество, подкупы судей и свидетелей, затягивание дел в угоду влиятельным ответчикам, постановление неправильных решений⁴.

III. Несмотря, однако, на всю очевидность благотельного влияния, которое должен оказывать на отправление правосудия принцип публичности, находятся писатели, относящиеся к нему отрицательно.

Прежде всего говорят, что публичность производства является весьма сомнительным средством контроля над деятельностью судов ввиду некомпетентности публики в вопросах права⁵.

¹ *Нефедьев*, Осн. нач., 27.

² *Тальберг*, 42.

³ *Frain du Tremblay*, Parfait Magistrat (цит. у *Bordeaux*, 263).

⁴ *Малышев*, I, 353: «Таинственность судопроизводства представляет большие выгоды для канцелярии и для судей. При отсутствии посторонних лиц, они располагаются в суде, как у себя дома, и каждый чиновник, угождая своему непосредственному начальнику и живя в мире с товарищами, не обязан владеть другими талантами или обременять себя трудом, а предается служебным занятиям только по любви или интересу. Надзор высших установлений не проникает далее формы, а внезапные ревизии являются только редкою и временною тревогою. За доступ к тайнам производства можно брать деньги и под покровом тайны наживать себе состояние. Интересы многих тяжущихся и ходатаев также совпадают с этой обстановкой процесса, потому что не всякую роль в процессе можно показывать публике с удовольствием; тайные ходы часто выгоднее открытой борьбы: сторона неправая всегда предпочтет их».

⁵ *Баршев*, Основания угол. судопроизв., 1841, 67: «Народ, стекающийся на место суда, может быть только худым контролером судебных действий, потому что он имеет самую малую часть тех сведений, которые необходимы, чтобы судить о полноте и формальности следствия и о правильности приговора». Основательность такого со-

Но суть не в действительном контроле со стороны случайной и некомпетентной публики, а в возможности контроля со стороны лиц, знающих обстоятельства разбираемых дел¹, и, главное, со стороны представителей печати и специалистов-юристов, которые могут следить за разбираемостью дел по отчетам прессы².

Другое возражение против публичности судопроизводства состоит в том, что она, делая возможной критику судебных решений со стороны всех и каждого, подрывает их авторитетность и умаляет престиж суда³.

Против этого нужно заметить, что если судебные решения хороши, то критика невежд не уменьшит их достоинств в глазах прочих граждан, а компетентные люди — специалисты, близко знакомые с деятельностью судов, сумеют воздать им должное и составить им надлежащую репутацию в обществе. С другой стороны, тайное отправление правосудия не предотвратит критической оценки его; разница только в том, что эта оценка не может быть верной за отсутствием точных и достоверных сведений о деятельности суда⁴.

ображения признает и Миттермайер: «Никто не может серьезно думать, что случайно собравшееся, состоящее, быть может, из малоспособных к правильному суждению людей, зачастую небольшое число слушателей в состоянии осуществлять действительный контроль над отправлением правосудия» (*Mündlichkeit*, 333). *Bayer*, 43–44; *Martin, Haimertl* и др. (*Birkmeyer*, 184–185).

¹ *Friedmann*, *Oeffentl.*, 18–19: «Достаточно простого факта, что не только лица, причастные к делу по долгу службы или в качестве обвиняемых, свидетелей или экспертов, присутствуют в заседании, но что и другие тоже присутствуют или даже только могут присутствовать, если пожелают. Достаточно, если должностные лица, на ответственности которых лежит исполнение закона, не только чувствуют эту ответственность в глубине своей собственной груди, но и постоянно подвергаются возможности действовать под контролем чужих ушей и глаз. Чрезвычайно важно также сознание судьи, что во всяком почти деле за ходом заседания следят друзья и враги обвиняемого (почти никто ведь не одинок на свете), которые вдвойне чувствуют всякое уклонение судьи от пути права и, по причине своей субъективной заинтересованности в деле, особенно чутки ко всякой ошибке суда».

² На основании изучения судебных отчетов английской прессы проф. Мендельсон-Бартольди написал обстоятельное исследование о состоянии гражданского правосудия в Англии (*Mendelssohn-Bartholdy*, *Das Imperium des Richters*, 1908).

³ *Буше д'Аржи* (цит. у *Бентама*, О суд. доказ., 80).

⁴ *Бентам*, О доказ., 81: «Народный суд, при всей его неспособности судить, все-таки судит. Помешать ему судить — это домогаться невозможного: но можно помешать ему правильно судить, и все, что делается для того, чтобы скрыть от него сведения о судопроизводстве, приводит только к умножению ошибочных суждений. Итак, заблуждения народа и даже ложные обвинения, возводимые им на судей, мрачные мысли, составляемые им о судах, сочувствие, оказываемое им к обвиненным, ненависть к законам,

Приводятся еще некоторые возражения против публичности судопроизводства, но они относятся специально к уголовному процессу¹.

IV. Публичность относится только к судебным заседаниям, но не распространяется на процессуальные действия суда вне заседаний. Посторонние лица имеют право присутствовать в заседаниях суда и слушать то, что там говорится и читается. Но им нельзя дать права являться в канцелярию суда и рассматривать акты делопроизводства: это не только было бы излишне, так как содержание этих актов излагается в заседании суда членом-докладчиком и разбирается сторонами, и могло бы вредно отразиться на сохранении актов в целостности и порядке, но и вовсе не требуется для достижения той цели, ради которой вводится публичность, — для контроля над деятельностью суда и участвующих в процессе лиц². Для этой цели совершенно достаточно, чтобы публика могла присутствовать в судебном заседании, и если судом или участвующими лицами были совершены какие-либо неправильные действия вне заседания, то стороны укажут на это во время производства.

все эти важные бедствия — дело тех, которые отменяют публичность доказательств. Когда общественный суд воздерживается от суждения, это значит, что он от избытка невежества и отчаяния впал в совершенный индиферентизм. Эта апатия для государства служит знаком крайнего несчастья. В тысячу раз лучше, если народ судит худо, нежели если он перестает интересоваться общественными делами: всякий уединяется и сосредоточивается в себе, и национальная связь разрывается. Как только публика говорит: «Какое мне дело?» — нет больше ничего, кроме владык и рабов». Ср. *Meyer*, VI, 133 ss.

¹ Они изложены и разобраны Бентамом (О доказ., 79—80). Некоторые ученые, признавая полезность публичного производства, находят в то же время, что «преимущества публичности не настолько значительны, чтобы признать ее безусловно необходимой» и причислить к основным началам процесса (*Canstein*, Grundriss, 101). Конечно, публичность не служит сама по себе безусловной гарантией правильного отправления правосудия, и нельзя не признать преувеличения в словах Мирабо, сказавшего: «Дайте мне какого хотите судью — пристрастного, корыстолюбивого, даже моего врага, лишь бы он действовал в виду публики» (*Бентам*, О судостр., 66). История учит, что публичность производства не всегда удерживала судей от злоупотреблений и что во времена упадка общественной нравственности судебное разбирательство, несмотря на присутствие посторонней публики и представителей прессы, иной раз представляло собой прямое издевательство над правосудием (*Meyer*, 126, note). Но не следует упускать из виду, что если это было возможно при гласности производства, то без нее было бы в тысячу раз хуже. Притом нужно обратить внимание еще и на то, что такие злоупотребления судей являлись по большей части результатом давления на них со стороны административной власти и были бы невозможны, если бы судьи пользовались полной самостоятельностью и независимостью, но боясь мести власть имущих и не ожидая награды с их стороны.

² Неправильно поэтому говорить, что публичность обеспечивает посторонним лицам «чувственное восприятие процессуальных действий» (*Kleinfeller*, 419): это верно только относительно действий, совершаемых в заседании суда.

Публичность может распространяться на все действия суда в судебном заседании, в том числе и на постановление им решений и предшествующие этому совещания судей, или же ограничиваться только стадией разбирательства дела или судебным заседанием, не идя дальше прений сторон. В первом случае внимательное отношение судей к разбираемым делам гарантируется в большей мере, чем во втором. Но присутствие публики при совещании судей нежелательно по другим соображениям, которые изложены выше (см. с. 173).

V. Принцип публичности тесно связан с принципом устности и постоянно сопровождает его. В тех процессуальных системах, которые построены на принципе устности, господствует и публичность производства: словесное состязание сторон происходит в открытом заседании суда¹. Наоборот, письменный процесс всегда был тайным, да это и понятно: если суд разрешает дело на основании письменных актов, без устных прений сторон, без допроса свидетелей в заседании, то публичность оказывается совершенно излишней. Наш дореформенный процесс, как и другие процессуальные системы прежнего времени, построенные на принципе письменности, был тайным. Составители Судебных уставов в корне изменили этот порядок, провозгласив в ст. 153 Учр. суд. уст., что «судебные заседания для решения уголовных и гражданских дел происходят публично», и повторив в ст. 324 Уст. гражд. суд., что «доклад дела и словесное состязание тяжущихся происходят в открытом заседании суда»².

Однако публичность заседания иногда очень неприятна для тяжущихся, если, например, дело касается их семейных отношений. С другой стороны, бывает, что публичное разбирательство грозит нарушением общественного порядка или оскорблением нравственного и религиозного чувства. В этих случаях рассмотрение дела должно происходить при закрытых дверях³, но все-таки с тем, чтобы в заседание было допущено несколько посторонних лиц, по желанию тяжущихся, для того, чтобы деятельность суда и других участвующих лиц не была совершенно избавлена от общественного контроля. Об этих отступлениях от принципа публичности будет речь в особенной части курса.

¹ Франц. уст., § 87; Герм. уст. судоустр., § 170; Австр., § 171; Венг., § 200.

² Признавая важное значение публичности производства, император Александр I допустил ее задолго до судебной реформы в военных судах (Яневич-Яневский, 13—14).

³ Feuerbach, I, 174 ff.; Canstein, 102—103; Бентам, О доказ., 83—84.

§ 48. Почин сторон и суда¹

I. Процесс представляет собою динамическое явление. Он движется и развивается, переходя постепенно от начального пункта, которым служит предъявление иска, до конечного, каким является постановление судом решения. Между этими крайними пунктами находится более или менее значительное число, смотря по степени сложности процесса, промежуточных процессуальных стадий, через которые последовательно проходит процесс.

Поступательное движение процесса может совершаться, подобно собиранию и подготовке процессуального материала, тройким образом.

Во-1-х, закон может предоставить все свободному почину сторон. В таком случае суд не предпринимает ничего сам, без предварительной просьбы одного из тяжущихся: не назначает заседаний, не вызывает в заседание противной стороны и свидетелей, не разрешает процессуальных вопросов. Он уподобляется машине, которая приходит в движение только тогда, когда ее заводят тяжущиеся. При таком устройстве в процессе господствует принцип свободного почина сторон (*freier Parteibetrieb, Privatbetrieb*), выражаемый положением: суд не должен действовать по обязанности (*ne procedat iudex ex officio*)².

Во-2-х, почин сторон может быть заменен инициативой суда. В таком случае суд не должен и не смеет выжидать заявления тяжущимися просьб относительно совершения тех или иных действий, а сам обязан заботиться о безостановочном движении процесса. Он действует по обязанности (*ex officio*), и процесс развивается по его официальному почину (*Officialbetrieb*).

В-3-х, оба указанных принципа допускают совместное применение таким образом, что почин сторон дополняется самостоятельностью суда.

II. В пользу принципа свободного почина сторон говорят те же приблизительно соображения, какими оправдывается принцип состязательности.

¹ Canstein, Rat. Grundl., 169 ff.; Wach, Vorträge, 63 ff.; Pollak, Richterbetrieb und Parteibetrieb (Zt. Zp., 31 B.); Kohler, Process als Rechtsverhältniss, 1891, § 5; Lang, Die Mängel, § 1; Hartzfeld, Der Streit der Parteien, 1911; Birkmeyer, 239 ff.; Schmidt, § 54; Weismann, I, § 76; Schrutka, § 111.

² Некоторые добавляют к этому положению еще другое: «*nemo iudex sine actore*», но оно представляет в действительности проявление принципа диспозитивности (см. с. 344) и потому может сохранять полную силу и при господстве в процессе принципа официального почина.

Стороны или, во всяком случае, одна из них (обыкновенно истец) больше кого бы то ни было заинтересованы в скорейшем разрешении дела; поэтому вполне естественно предоставить заботу о движении процесса им самим. Это будет вполне соответствовать также принципам диспозитивности и состязательности: ведь движение процесса обуславливается, между прочим, подачей тяжущимися жалоб, апелляций, предъявлением частных требований и т.д., а эти средства процессуальной борьбы находятся в их полном распоряжении. Затем, только тяжущиеся знают, когда ими исчерпан весь фактический материал дела и представлены все необходимые доказательства и когда, следовательно, дело созрело для окончательного разрешения. Точно так же только им известно, могут ли они немедленно предъявить то или другое доказательство или же им нужно время и сколько именно времени, чтобы раздобыть его. Поэтому назначение дела к слушанию и вообще назначение заседаний по делу лучше всего поставить в зависимость от желания сторон, так как если бы предоставить это усмотрению суда, то сплошь и рядом пришлось бы откладывать разбирательство для дополнения фактического материала, а отсюда возникло бы замедление производства.

Словом, подобно тому, как на тяжущихся лежит ответственность за полноту процессуального материала, должна быть возложена на них и ответственность за нормальный ход производства¹.

¹ Принцип свободного почина сторон относится к движению процесса. Но нередко его распространяют также и на способ взаимного сношения между сторонами: если тяжущиеся сообщают друг другу документы, повестки с вызовом в заседания и т.п. без посредничества суда, то в этом видят поправление процесса сторонами; если же сношения между ними происходят при посредстве суда, то тут усматривают принцип официального почина (*Canstein*, 172–173). Первая система принята во Франции и (с ограничениями) в Германии; вторая — в Австрии и у нас. Но для такого понимания принципа свободного почина сторон нет достаточного основания, так как он несколько не подрывается посредничеством суда в сношениях между сторонами: вызывает ли истец ответчика в судебное заседание сам, посылая ему повестку через судебного пристава или по почте, производится ли этот вызов по распоряжению суда, согласно просьбе истца, суть дела несколько не изменяется: в обоих случаях силой, движущей процесс, служит почин истца (*Weisman*, I, 257; *Birkmeyer*, 245). Притом большая или меньшая степень участия суда в качестве передаточной инстанции между сторонами обуславливается не теми соображениями, на которые опираются принципы официального и частного почина, а просто желанием избавить суд от излишней работы, тяжущихся же от ненужных формальностей и расходов (*Wach*, *Vorträge*, 63). Опыт Франции и Германии обнаружил нецелесообразность совершенного устранения суда от посредничества между тяжущимися (*Bähr*, *Noch ein Wort*, 50 ff.; *Schwartz*, *Novelle*, 34 ff.; *Lang*, *Die Mündel*, 2 ff.) и побудил составителей Австрийского устава предпочесть противоположную систему, существовавшую в германском общем

С другой стороны, нельзя отрицать, что было бы опасно и нецелесообразно ставить движение процесса исключительно в зависимость от доброй воли тяжущихся. В скорейшем окончании дела по большей части заинтересована одна сторона, именно та, которая домогается осуществить какое-либо юридическое требование к противнику при помощи суда; противной же стороне, обязанной выполнить это требование (например, уплатить долг, возвратить имущество), желательно, наоборот, оттянуть неприятный для себя финал. Вследствие этого заботится о безостановочном движении процесса обыкновенно только одна сторона, другая же противодействует этому.

Кроме того, если дела ведутся поверенными, то разбирательство их нередко затягивается вследствие того, что поверенные, по небрежности или умышленно, запаздывают с представлением состязательных бумаг и документов, или же откладывают рассмотрение дел по взаимному соглашению: как только одному из них почему-либо неудобно или нежелательно, чтобы дело слушалось в том заседании, на которое назначено, он просит своего противника-коллегу отложить дело, что тот и исполняет по чувству товарищества, в ущерб интересам клиента¹.

Необходимо поэтому дать суду возможность устранять такие злоупотребления процессуальными правами и принимать меры к восстановлению нормального движения производства. С этой целью принцип свободного почина сторон должен быть соединен с принципом официального почина суда.

III. Наиболее строго проведен принцип свободного почина сторон во французском процессе: суд проявляет деятельность только по ходатайствам сторон и, разрешив возбужденный ими вопрос, приостанавливает производство впредь до нового ходатайства. Этот же принцип был принят

процессе и некоторых партикулярных уставах (*Wach*, ib., 63 ff.; *Birkmeyer*, 247; *Canstein*, 176). Эту же систему принял Венгерский устав (§ 140, 200 и др.).

С другой стороны, принцип официального почина часто смешивают с принципом формального руководства процессом (*Ude*, 328). Но такое руководство ходом процесса может принадлежать суду и при господстве принципа свободного почина сторон: передвижение процесса со ступени на ступень, из стадии в стадию, из инстанции в инстанцию может составлять исключительное право сторон, а руководство производством на каждой ступени процесса, в каждой стадии, в каждой инстанции должно принадлежать суду, как органу государственной власти. От тяжущихся зависит, например, обжаловать решение низшего суда или нет; но если решение обжаловано, то порядок производства уже определяется судом.

¹ Это явление вызывает постоянно жалобы в германской литературе (*Lang*, 16 ff.; *Peters*, *Processverschleppung*, 12 ff.; *Wach*, *Die Mündlichkeit*, 15–16).

в германском общем процессе, но смягчался тем, что суд мог проявлять свою инициативу там, где примешивался публичный интерес, или где можно было предположить, что одна из сторон желает вмешательства суда¹.

Действующий Германский устав комбинирует принципы почина сторон и суда. От сторон зависит возбудить движение процесса искомым прошением (п. 3 § 253), условиться о приостановлении производства (§ 251), возобновить прерванное в силу закона или постановления суда производство (§ 250). В остальном движение процесса происходит по почину суда, без просьб сторон (§ 136, 156, 206, 336, 356, 361 и сл., 370 и др.)².

Австрийский устав еще больше ограничил почин сторон и значительно усилил официальный почин суда. Выставив общее положение, что «заседание назначается, за исключением особо указанных в законе случаев, судом по просьбе одной из сторон» (§ 130), он не разрешил, однако, отсрочки заседаний по соглашению сторон³.

¹ *Wetzell*, § 43, la; *Osterloh*, § 87.

² На 26-м съезде германских юристов в 1902 г. *Neukamp* сделал доклад о сравнительном достоинстве обоих рассматриваемых принципов (*Neukamp*, Ueber die Frage der Abgrenzung vom Richterrecht und Parteibetrieb, Verhandl. d. 26. deut. Juristent., I, 1902, 125 ff.) и, указав на небрежное пользование и злоупотребление правом почина со стороны поверенных, предложил заменить его почином суда. Съезд хотя и не согласился с этим предложением, но признал в своей резолюции, что необходимо принять меры против постоянного откладывания дел. Предложение Нейкампа поддержали в литературе *Pol-lak* (I. c., 427 ff.); *Vierhaus*, Ueber die socialen und wirtschaftlichen Aufgaben der Zivilprozessgesetzgebung, 1903, 40—41, 50. В пользу принципа официального почина еще раньше высказывались некоторые, например *Lang* (22—24).

³ Она допускается только в исключительных случаях, а именно: 1) когда сторона не может явиться в заседание или принять в нем участие вследствие «непреодолимых препятствий», и притом если без отсрочки заседания она понесет невознаградимые убытки; затем, 2) если суд по уважительным причинам не может приступить к рассмотрению дела; 3) если нужно отложить заседание для проверки доказательств или истребования документов и, наконец, 4) если дело не может быть рассмотрено в одном заседании (§ 134—135). Но при отсрочке заседания суд сам же немедленно назначает день нового заседания, не выжидая просьбы сторон (§ 137). Стороны, которым желательно почему-либо отсрочить заседание при отсутствии «непреодолимых препятствий» к явке, могут достигнуть этого одним из двух способов: ходатайствовать о приостановлении производства или не явиться в заседание. В обоих случаях производство приостанавливается впредь до подачи одною из сторон просьбы о возобновлении его, причем в том случае, когда приостановка произошла по ходатайству сторон, она длится не менее трех месяцев. Последнее обстоятельство, а также другие невыгодные последствия приостановки (перерыв течения всех процессуальных сроков, ничтожность процессуальных действий, совершенных во время приостановки) делают отсрочку заседания посредством приостановки производства неудобной для тяжущихся (§ 163, 168—170) (*Skedl*, 22—23). Такое стеснение сторон в праве откладывать дела по взаимному соглашению вызвало осуж-

Венгерский устав следует за Австрийским, предоставляя право назначения заседаний председателю суда независимо от ходатайства сторон (§ 14, 15, 192 и др.), но не стесняет в такой степени воли сторон. Именно отсрочка заседания допускается им, во-1-х, по взаимному соглашению сторон, заявленному суду за неделю до дня заседания (§ 240), во-2-х, по просьбе одной стороны, если суд признает ее уважительной (§ 238, 239), и, в-3-х, по усмотрению суда при наличии какой-либо важной причины (§ 241).

IV. В нашем Уставе нет общего положения относительно того, кому принадлежит возбуждение поступательного движения процесса: суду или сторонам. Статья 4, в которой некоторые усматривают воспрещение суду проявлять свою процессуальную деятельность без просьбы о том одной из сторон, на самом деле, как видно из ее текста и из помещенных под нею объяснений составителей Устава, имеет в виду не все вообще движение процесса, а только начало его, т.е. формулирует правило: «*nemo iudex sine actore*», а не правило «*ne procedat iudex ex officio*» (ст. 4: «Судебные установления могут *приступать к производству* гражданских дел не иначе, как вследствие просьбы о том лиц, до коих те дела касаются»). В постановлениях по частным случаям закон иногда предоставляет инициативу возбуждения хода процесса сторонам, иногда суду, а иногда оставляет вопрос открытым. Так, при обмене состязательными бумагами в общем порядке производства, «с пропуском одною из сторон срока на представление своего объяснения, противная сторона может просить председателя суда о назначении заседания для слушания дела» (ст. 320, ср. ст. 317–319, 321); от взаимного соглашения сторон зависит отсрочка заседаний (ст. 356, 357, 365¹¹) и приостановление производства (ст. 681), а от одной из них

дение со стороны некоторых процессуалистов, упрекавших составителей Австрийского устава в непрошеной опеке над тяжущимися, в стремлении «защитить их от самих себя» (*Demelius*, Kritische Studien, I, 28; *Kornfeld*, Grundsätze, 120 ff.; *Wach*, Mündlichkeit, 15 ff.). Напротив, другие оправдывали правила Австрийского устава, указывая, что быстрота в отправлении правосудия имеет важное значение не только для самих тяжущихся, но для всего общества и что откладывание дел, в особенности внезапное, представляет большое неудобство для судей, которые тратили время на подготовку к ним, и нарушает интересы других лиц, чьи дела находятся в производстве и могли бы быть назначены к слушанию (*Skedl*, 18, Amn. 2; *Klein*, Pro futuro, 81 ff.). Обе спорящие стороны в данном случае правы, и потому необходимо прибегнуть к компромиссу; разрешив откладывание дел по взаимному соглашению тяжущихся, назначить срок для заявления ими ходатайств об этом (например, за неделю до заседания), а в прочих случаях предоставить суду оценку основательности мотивов, по которым стороны ходатайствуют об отложении дела. Ср.: *Wach*, Mündlichkeit, 18; *Skedl*, 20–21. Так и поступает Венгерский устав.

или от обеих — возобновление приостановленного производства (ст. 681). Напротив, инициативе суда предоставлено назначение первого заседания по делам, разбираемым в порядках сокращенного (ст. 350), упрощенного (ст. 365¹¹), апелляционного (ст. 767), кассационного (ст. 802) и расчетного (ст. 904 и сл.) производства. Что же касается порядка назначения последующих заседаний при отсрочке, после произведенных допроса свидетелей, осмотра на месте и поверочных действий отряженным членом суда или другим судьей (ст. 387, 512, 506 и др.), а также после разрешения судом частных вопросов (ст. 588, 791), то Устав не указывает, делается ли это по ходатайству тяжущихся или же по инициативе самого суда. Молчание закона истолковывается судебной практикой и литературой в том смысле, что окружной суд не должен приступать к дальнейшему производству без требования сторон, а палата должна.

Проект новой редакции Устава вводит принцип почина суда (ст. 122, 165, 170—172, 183, 184, 628, 630, 640 и др.), но допускает откладывание дел по взаимному соглашению сторон¹.

V. Принципы диспозитивности, состязательности и почина сторон (а иногда и состязательная форма) очень часто объединяются вместе под общим названием состязательности² (см. сн. 5 на с. 369). Действи-

¹ Прямого постановления по этому вопросу в проекте нет, но из объяснительной записки (I, 160) видно, что составители его полагали, что исключаемое ими «правило ст. 356 Устава — о допущении по делам сокращенного порядка отсрочки более одного раза лишь с взаимного согласия обеих сторон — вытекает из ст. 832 Устава», определяющей случаи, когда вообще дается отсрочка для совершения процессуальных действий. Но во избежание недоразумения следовало бы особо оговорить право сторон откладывать рассмотрение дел по взаимному соглашению и притом обставить его осуществление указанными выше ограничениями (см. сн. 3 на с. 426).

² Употребляются и другие термины: право распоряжения сторон (*Canstein*, 169, Anm., 189, Anm.), диспозитивный принцип (*Heinze*, 270; *Chiovenda*, 595), право процессуального самоопределения (*Bülow*, Arch. civ. Pr., 62 B., 39), начало личной автономии тяжущихся (*Гольмстен*, Состяз. нач., 404). Состязательному началу в обширном смысле слова противопоставляют официальное начало, заключающееся в том, что как возбуждение производства, так и дальнейшее движение, а равным образом и распоряжение объектом процесса изъяты из власти частных лиц: вместо них действует суд по собственной инициативе в силу служебной обязанности. Таким официальным характером был запечатлен, например, следственный уголовный процесс прежнего времени (*Canstein*, 169, Anm.; *Heinze*, 273). Возможно применение официального начала в большей или меньшей степени и в гражданском процессе. Так, по Германскому уставу назначение опеки над умалишенными, расточителями и пьяницами делается судом в порядке искового производства, но с применением почти исключительно официального начала (*Weismann*, I, § 120). Другие случаи сведены в статье Биркмейера: *Das Officialverfahren im Civilprozess* (Zt. Zp., VII, 155 ff.). В нашем процессе тоже проявляются, как было выяснено выше, некоторые элементы официального начала,

тельно, у них имеется общая черта: все они представляют собой проявления самостоятельности сторон в процессе. Тем не менее такого объединения их нельзя одобрить. Как показало исследование каждого из них в отдельности, самостоятельность сторон проявляется в них неодинаково; каждый из них имеет самостоятельное значение и может существовать без других. Так, принцип диспозитивности безусловен и должен быть проводим в гражданском процессе всегда, даже при господстве принципов следственности и судейского почина (с. 347). Точно так же принцип состязательности не связан неразрывно с принципом свободного почина сторон, а может существовать и при официальном почине.

§ 49. БЫСТРОТА¹

I. Быстрота производства необходима прежде всего в качестве одного из условий правильности судебных решений, для лучшего достижения материальной правды. Судебное решение должно соответствовать действительным фактическим обстоятельствам, а они могут быть установлены тем полнее и точнее, чем меньше времени прошло со времени их наступления, ибо с течением времени сглаживаются следы, оставленные ими во внешних предметах и в памяти свидетелей, утрачиваются письменные доказательства и т.п.²

Далее, помощь, которую суд оказывает гражданину, просящему у него защиты права, тем ценнее, чем быстрее она дается. Сторублевый вексель, по которому можно произвести взыскание в течение трех дней, ценится в обороте выше, чем такой же вексель, требующий для своей реализации три недели, ибо время — деньги³.

Наконец, всякий процесс создает временную неопределенность прав, которая, с одной стороны, вызывает более или менее значительную, смотря по важности процесса, заминку в деятельности тжу-

именно инструкционный принцип, официальный почин суда и др. Термин «официальное начало» употребляется и криминалистами, но не всеми в одинаковом значении (*Canstein*, ib.; *Menger*, System, 16, Anm. 8).

¹ *Гордон*, Правда и скорость в гражданском процессе (Вестн. Пр., 1909, № 1); *Азапович*, I, 44—46; *Исаченко*, Причины судебной волокиты (Право, 1911, № 22, 23); *Fierich*, O władzy dyskrecyjnej sędziego, 1891; *Klein*, Pro futuro, 72 ff.; *Mieck*, Das civilprocessuale Konzentrationsprinzip, 1901; *Peters*, Processverschleppung, Processumbildung und die Lehren der Geschichte, 1904; Die Beschleunigung und Vereinfachung des bürg. Streitverfahrens, 1908; *Klein-feller*, Beiträge zur Reform d. Cpr., 1907, 3—26; *Pacaud*, Lenteurs et frais de justice civile, 1899.

² *Peters*, Processverschleppung, 17, Anm.

³ *Vierhaus*, 65.

щихся, а с другой стороны, вредно отражается и на всем гражданском обороте. Владелец земли, о которой идет процесс, воздерживается от затрат на нее, не зная, будет ли она присуждена ему; кредитор, претензия которого оспаривается должником, лишен возможности пустить ее в оборот; капитал, о котором спорят несколько лиц, не участвует в производстве; пока между родителями идет процесс о праве воспитания ребенка, ребенок рискует остаться без всякого воспитания¹.

За этими непосредственными результатами медленного производства следует целый ряд дальнейших: «Потеря времени, увеличение издержек, продление агонии истца, поддержание озлобления сторон, обессиление прав, разорение вследствие долгого ожидания, вынужденные мировые сделки, осуществление обманных замыслов, уничтожение объектов судебного решения, парализование наперед его исполнения, — таковы пагубные последствия обычно медленного отправления правосудия; они равносильны (немногого не хватает для этого) самому бедствию неправосудия»².

II. Существует только один радикальный и безусловно верный способ обеспечить быстроту разрешения дел судами и притом даже точно определенную степень быстроты. С этой целью необходимо наперед назначить в законе период времени, в течение которого каждый процесс непременно должен быть окончен. Такая мера была применена в римском процессе, где для одной категории дел (*legitima judicia*) был установлен полуторагодовой срок, а для другой (*judicia, quae imperio continentur*) — срок службы того магистрата, который дал истцу формулу. Дело, не законченное в течение этого периода времени, прекращалось, «умирало»³. Такая «процессуальная давность» (*Prozessverjährung*) была известна и русскому дореформенному процессу. Так, словесные суды в частях города должны были оканчивать производство всякого дела не позже трех дней, под страхом взыскания (ст. 1235 ч. 2 т. X Св. зак.).

Нерациональность установления такой давности очевидна. «Что делать, когда какой-нибудь свидетель отлучится, когда какой-нибудь документ затеряется, когда нужно искать доказательства в отдаленной стране, когда какое-нибудь дело находится в зависимости от нескольких других? Определить наперед продолжительность процесса столько же возможно, сколько возможно наперед определить продолжительность

¹ Klein, Zeitström., 23—25.

² Мотивы к Женевскому уставу гражд. суд., цитиров. Бордо (256).

³ Keller, Röm. Cpr., § 45.

болезни или морского путешествия»¹. Давность процесса потеряла силу в римском праве с изменением форм суда, в которых применялась. Вследствие этого Юстиниан прибег к другому средству против умышленного затягивания процессов. Именно он постановил, что в первой инстанции, по истечении трех лет с начала процесса, тяжущийся может требовать постановления решения, хотя бы противная сторона не закончила представления своих доказательств. В таком случае только производился в течение 10 дней троекратный вызов противной стороны². В позднейшей новелле (115) Юстиниан, не упоминая уже о трехлетнем сроке, прямо предписал судам, в случае, когда одна из сторон прекращает дальнейшее представление доказательств, трижды назначать другой стороне месячный срок для осуществления средств защиты и затем постановлять решение³. Но и этот способ ускорения дел был нецелесообразным, так как не считался с индивидуальными особенностями отдельных случаев, не обращал внимания на большую или меньшую сложность процесса и не затрагивал вопроса о необходимости или извинительности промедления тяжущегося в том или ином случае.

III. В каноническом процессе зародился, а в германском и австрийском развился особый способ пресечения умышленного затягивания процесса, известный под названием *эвентуального принципа* (*Eventualprincíp*). Сущность его состояла в требовании одновременного представления тяжущимся всех средств защиты, какие он может выдвинуть, хотя бы удачное применение одного из них делало излишними другие. Положим, например, что ответчик по данному иску вправе, во-1-х, заявить отвод о неподсудности; во-2-х, сослаться на истечение давности и, в-3-х, потребовать зачета искового требования с имеющимся у него требованием к истцу. Каждое из этих средств защиты ему удобно представлять отдельно и последовательно: сначала отвод о неподсудности, который может сразу повлечь за собою прекращение дела; затем, если он будет отвергнут судом, выдвинуть возражение о давности, а если и оно не увенчается успехом, то потребовать зачета. Но представление всех этих возражений порознь требовало при господствовавшем в прежнее время письменном производстве много времени: не успел истец выяснить неосновательность одного

¹ Бентам, Судоустр., 164, прим.

² L. 13 C. de jud. (3, 1).

³ Wetzell, § 71. Постановления Юстиниана, впрочем, понимаются не всеми одинаково. Новейшая работа по этому вопросу: Tuor, Die mors litis im röm. Formularverfahren, 1906.

возражения, как ответчик выдвигал другое, быть может, заведомо неосновательное, лишь бы осложнить дело и отдалить его разрешение. Между тем если бы все средства защиты, которыми желает воспользоваться ответчик, были предъявлены сразу, то истец в первой ответной бумаге мог бы сразу опровергнуть их. На таком именно соображении и основывалось требование эвентуального принципа предъявлять не только стоящие на первом плане возражения, но и другие на *том случай (in hunc eventum)*, если первые не достигнут цели¹.

Эвентуальный принцип, развившийся в письменном процессе, только в нем имел смысл и приносил пользу, уменьшая количество состязательных бумаг. Но при господстве в процессе устности, когда происходит живое состязание сторон в присутствии суда, он скорее затрудняет, чем облегчает движение процесса. Если, например, ответчик в приведенном выше примере не связан принципом эвентуальности, то он сначала заявит отвод о неподсудности и только в том случае, когда он будет отвергнут судом, перейдет к дальнейшим возражениям. При господстве же эвентуального принципа ответчику приходится предъявлять и доказывать все свои возражения сразу, а истцу — опровергать их тоже сразу, хотя уже первого из них, быть может, было бы достаточно в глазах суда для отказа в иске².

Вот почему в современном процессе, по преимуществу устном, эвентуальный принцип может иметь только ограниченное применение и в действительности применяется законодательствами только к отводам (ст. 574 Уст. гражд. суд.)³.

Помимо того эвентуальный принцип недостаточен, потому что он направлен на устранение одной только причины замедления производства, заключающейся в запаздывании тяжущихся с представлением возражений и доказательств. Между тем существуют и другие причины медленности процесса.

IV. Ближким к эвентуальному принципу, по своему значению, является другой принцип, издавна установившийся во французской и английской судебной практике под именем *судейского суверенитета*, или *дискреционной власти суда*. Он состоит в праве суда отклонять и ос-

¹ Bayer, 36–37; Renaud, § 79.

² Canstein, Rat. Grundl., 248–249; Kleinfeller, Beitrage, 8–9. Поэтому предложение Петерса восстановить эвентуальный принцип в германском процессе встретило основательный отпор со стороны Клейнфеллера (ук. с., 9 и сл.).

³ Fierich, 7 и прим.

тавлять без внимания заявления тяжущегося о новых обстоятельствах и доказательствах, если суд найдет, что тяжущийся умышленно запоздал с их представлением для того, чтобы затянуть производство дела¹. Этот принцип, принятый теперь также Германским, Австрийским и Венгерским уставами², имеет, однако, опасную сторону потому, что не только дает простор судейскому произволу³, но и уполномочивает суд постановлять решения на основании недостаточного материала, с полным сознанием, что решение может быть неправильным. Целесообразнее поэтому предупреждать затягивание производства другим, менее строгим средством: возложением издержек производства и штрафов на сторону, умышленно запоздавшую с предъявлением средств защиты.

V. Процессуальная давность — единственное радикальное и универсальное средство обеспечить быстроту производства⁴. За невозможностью применить его законодателью приходится обратиться к другим, частичным мерам, направленным против отдельных причин медленности производства. А эти причины весьма разнообразны.

Медленность судопроизводства может быть результатом неправильного судоустройства, нерадения судей, злоупотребления процессуальными правами со стороны тяжущихся и их адвокатов, нецелесообразного порядка производства.

Судоустройство обуславливает медленность процесса, главным образом в тех случаях, когда личный состав судей плохо подготовлен или не соответствует по численности количеству возникающих дел, а затем, когда число инстанций чересчур велико. Рациональный способ комплектования судейского персонала, учреждение достаточного числа судов

¹ *Canstein*, 247, Anm.; *Zink*, Ermittl. d. Sachverh., 157 ff; 194 ff.; *Bar*, Recht und Beweis, 1867, 67 ff.

² Германский устав дает суду право осуществлять свой суверенитет только по просьбе сторон (§ 279), а Австрийский (§ 179) и Венгерский (§ 222) и *ex officio*. Принцип суверенитета имеет многих защитников (*Fierich*, 26–34; *Kleinfeller*, Beiträge, 18 ff.; *Skedl*, 80 ff.; *Klein*, Pro fut., 75, и др.). Но некоторые из них сознают его опасность и рекомендуют судам осторожно пользоваться им (*Skedl*, 35).

³ *Kornefeld*, 100 ff.; *Leonhardt*, *Wach* (цитировано у *Биркемейера*, 237). Впоследствии Вах изменил мнение (*Vorträge*, 34–35).

⁴ Впрочем, кроме процессуальной давности, предлагались и другие меры общего характера с целью ускорения производства, как то: сделать законы столь ясными и простыми, чтобы применение их к частным случаям не составляло никакого труда, уничтожить все решительно процессуальные формальности и т.п. Но эти предложения столь наивны, что не стоят разбора. О них см. у *Pacaud*, 19 ss.

и осуществление принципа двух инстанций, — вот, очевидно, средства, которыми могут быть устранены эти недостатки судоустройства.

Другая причина медленного движения дел — нерадение судей. Против него имеются два средства: право тяжущихся приносить жалобы на медленность производства (ст. 166 и 784 Уст. гражд. суд.) и привлечение судей к ответственности органами надзора.

Далее, производство дел может быть умышленно затягиваемо сторонами, преимущественно ответчиками. Изобретательность их в этом отношении, как свидетельствует опыт, «нередко доходит до виртуозности»¹. Уклонение от принятия повесток, возбуждение заведомо неосновательных отводов, возражений и ходатайств, запоздалое представление доказательств, — вот главнейшие из употребляемых ими приемов. Чтобы обезвредить их, нужен целый ряд специальных мер: установление рационального порядка вручения повесток, назначение законом или, при отсутствии постановлений в законе, судом сроков для совершения процессуальных действий; применение в известной мере эвентуального принципа; возложение издержек и штрафов на сторону, умышленно запоздавшую с представлением возражений или доказательств или заявлявшую явно и заведомо неосновательные возражения, и др.

Наравне с тяжущимися могут быть виновниками медленности производства их поверенные не только потому, что, заменяя тяжущихся в процессе, они в состоянии совершать те же злоупотребления процессуальными правами, как и тяжущиеся, но и потому, что они могут затягивать движение производства, даже в ущерб интересам своих клиентов, небрежным осуществлением принципа свободного почина (преимущественно неаккуратным заявлением просьб о назначении заседаний) и откладыванием дел по соглашению с противниками. Как уже было указано в предыдущем параграфе, устранить это можно введением официального почина и ограничением права сторон откладывать дела по соглашению.

К этим мерам Австрийский (§ 179) и Венгерский (§ 222) уставы присоединяют еще одну: дают суду право штрафовать адвокатов за умышленно запоздалое представление возражений и доказательств. Нельзя не признать такую меру излишней и крайне обидной для достоинства адвокатского сословия. Если ее нашли возможным ввести в Австрии и Венгрии, то это обстоятельство ясно свидетельствует, что туземная адвокатура не пользуется доверием и уважением в такой степени, как было

¹ Исаченко, ук. ст. (Право, 1911, № 22, 1259—1260).

бы желательно. Ни во Франции, ни в Англии, ни в Бельгии, где адвокатура стоит на высоте призвания и окружена почетом, ничего подобного не могло бы произойти. Во всяком случае для борьбы с умышленным затягиванием адвокатами дел, как и с другими нарушениями ими профессиональных обязанностей, имеются нормальные способы: привлечение к дисциплинарной ответственности и наложение взысканий сословными дисциплинарными судами, а также имущественная ответственность пред клиентами в общем порядке гражданского судопроизводства.

Наконец, причина медленности производства может лежать в самой организации его: в излишнем формализме, в обремененности судей письменной работой, в применении коллегиального начала там, где можно обойтись единоличным (см. с. 178); в нецелесообразном применении принципов устности, концентрации, почина сторон и т.д. В самой формулировке этих недостатков заключается указание на средства к их устранению.

VI. Таким образом, ускорение производства может быть достигнуто только целым рядом мер¹. Современные законодательства применяют их не в одинаковой степени. Наиболее отсталым в этом отношении является Французский устав. Поставив суд в совершенно почти пассивное положение, возложив заботу о движении процесса исключительно на поверенных, проводя наиболее строго принцип состязательности, Французский устав недостаточно обеспечивает правильное и быстрое движение дел. Дальше пошел Германский устав, снабдивший суды некоторыми специальными средствами для борьбы с попытками тяжущихся замедлять производство (ст. 419), и еще больше таких средств дал судам Австрийский устав (ст. 419). И опыт вполне подтвердил их действительность. Судебная статистика свидетельствует, что наиболее продолжительны процессы во Франции, меньше длятся в Германии и еще меньше в Австрии².

¹ Совокупность этих мер Мик объединяет под именем «принципа концентрации» (с. 2); но, следя за их осуществлением в различных процессуальных системах, он упускает из виду многие из них.

² Так, более года производилась в судах первой инстанции в 1897 г. во Франции — треть дел, в Германии — 21,2%, а в Австрии только — 2,8% (Verhadl. d. 26. deut. Juristen-tages, 1902, II, 3 ff.). В 1901 г. германские участковые судьи закончили в течение трех месяцев производство 58,4% дел, а австрийские — 97,8%, германские земские суды — 28,2%, а австрийские — 96,2% (Vierhaus, l. c., 68). Мнения относительно причин медленности гражданского процесса в Германии и о средствах к устранению ее сведены Петерсом (Prozessverschleppung, 33 ff.). О том же применительно к французскому законодательству подробно трактует *Pacaud*.

У нас отправление гражданского правосудия совершается очень вяло, и жалобы на это раздаются со всех сторон¹. Причины медленного движения дел заключаются преимущественно в недостаточном личном составе судов, в обремененности их работой, затем в отсутствии у них законных мер к пресечению затягивания дел недобросовестными тяжущимися и, наконец, в нецелесообразности некоторых процессуальных правил. Проект новой редакции Устава, расширяя права суда по руководству движением процесса и внося поправки в процессуальные правила, обнаружившие на практике свою неудовлетворительность, несомненно, в большей степени обеспечивает скорость производства.

§ 50. ДЕШЕВИЗНА²

I. Не раз высказывалось мнение, что идеалом процесса была бы полная безвозмездность его. И действительно, на первый взгляд кажется, что, давая гражданам возможность принудительного осуществления их прав при помощи судебных учреждений, государство не должно было бы брать с них взамен никакой платы, ибо это уменьшает ценность самих прав. Сторублевый вексель, например, взыскание по которому обходится в 5 руб., будет стоить в обороте на 5 руб. дешевле.

Но осуществление этого идеала практически невозможно. Дело в том, что содержание многочисленного судейского персонала, необходимого для быстрого отправления гражданского правосудия, обходится современным государствам очень дорого; судебные приставы и адвокаты также оказывают тяжущимся услуги, без которых зачастую нельзя обойтись, не бесплатно; наконец, частные лица, содействующие отправлению правосудия в роли свидетелей и экспертов тоже нуждаются в вознаграждении за отвлечение от своих прямых занятий и потерю рабочего времени. Словом, каждое гражданское дело, производящееся в суде, связано с расходами как для государства, содержащего за свой счет судебные учреждения,

¹ Л-в, О причинах медленности в производстве гражданских дел (Журн. гражд. пр., 1887, кн. 4); Сап, Практическая заметка о Судеб. уставах (там же, 1888, кн. 5); Цуханов, Причины медленности нашего гражд. процесса (Журн. М. Ю., 1895, № 7); Шамонин, Главнейшие недостатки гражд. судопр. (Журн. Ю. О., 1898, № 2); Краевский, Практические заметки по вопросу о достижении скорости в гражд. судопр., 1898; Гордон, К вопросу об ускорении нашего гражд. процесс. (Журн. М. Ю., 1903, № 5); Носенко, Очерки по гражд. процес. (там же, 1903, № 10) и др.

² Мальшев, I, § 23; Азаревич, I, 61–64; Энгельман, § 27; Birkmeyer, Grundr., § 76; Bordeaux, Philosophie de la procédure civile, 1857, 232 ss.; Picaud, Lenteurs et frais de justice civile, 1899.

так и для тяжущихся, которым приходится оплачивать услуги адвокатов и приставов, так и для лиц, являющихся свидетелями и экспертами¹.

Разумеется, все эти расходы можно было бы принять на общегосударственные средства, т.е. возложить их, иначе говоря, на всех плательщиков государственных налогов, на все население. В пользу такого решения вопроса приводят, во-1-х, то соображение, что существование хорошо организованных судов приносит пользу не только сравнительно немногочисленной группе лиц, которая ведет судебные дела, но и всем гражданам данного государства, потому что одна возможность быстрой и беспристрастной защиты прав придает гражданскому обороту устойчивость и предупреждает нарушение прав². Во-2-х, говорят, что хотя принудительное осуществление прав судом прежде всего и непосредственно служит к выгоде обладателей этих прав, но в то же время оно укрепляет весь правопорядок. Права граждан, говорят, основаны на юридических нормах, а эти нормы создаются для того, чтобы применяться в жизни. Правовая норма, которая никогда не применяется, не может, по словам Иеринга, притязать на имя права, она — «негодная пружина в машине права». Но применение норм гражданского права всецело зависит от инициативы и самостоятельности частных лиц. Поэтому, отстаивая свои права, частное лицо содействует осуществлению юридических норм, т.е. поддерживает правовой порядок и тем приносит пользу всему обществу³.

Но если первое соображение следует признать вполне верным, если действительно существование правильно функционирующих судов обеспечивает прочность гражданского оборота и является полезным для всего населения, то второе соображение неосновательно приписывает такое же общепользное значение каждому отдельному проявлению деятельности судов. Прочность гражданских прав зависит не от того,

¹ *Jeanvrot*, La magistrature, 1883, II, 95.

² Было бы большой ошибкой думать, что гражданские суды служат только тяжущимся. Каждый член общества испытывает на себе их благотворное влияние. Если он и его семья находятся в обеспеченном положении, если его право собственности уважается, если он с уверенностью вступает в договоры, если он мирно пользуется наследством своих предков или плодами собственного труда, то всем этим он обязан той всегда готовой охранять права и обеспечивать исполнение обязательств судебной власти, которая не столько прекращает, сколько предупреждает попытки злоупотребления и обмана и даже самую мысль о них и влияние которой будет тем действительнее и обширнее, чем лучше будет она сама организована». Слова составителя Женевского устава *Bellot* (цитир. у *Bordeaux*, 235).

³ Развитие этого положения составляет, как известно, содержание знаменитой речи Иеринга «Борьба за право». Исходя из аналогичных соображений, Бентам считал даже справедливым вознаграждать тяжущихся за ведение дел (*Garsonnet*, Cours, II, 250).

что все их обладатели энергично борются за свои права, а от того, что органы государственной власти функционируют правильно и дают надлежащую охрану всякому, кто обращается к ним за помощью. Если я предъявляю иск на основании векселя, то мое юридическое положение не улучшится и не ухудшится вследствие того, что одновременно со мною приступят к осуществлению своих прав еще тысячи векселедержателей или же, наоборот, не приступит ни один из них; лишь бы суд не отказал мне в защите моего законного и доказанного мною права. Вот, если он откажет, тогда я утрачу веру в законный порядок и почувствую шаткость своих прав. Отсюда ясно, что для поддержания авторитета закона и правового порядка вовсе не нужно, чтобы всякий гражданин энергично защищал все свои права: для этого вполне достаточно, если граждане знают, что, в случае надобности, получают надлежащую охрану со стороны органов государственной власти¹.

Поэтому нельзя требовать, чтобы государство взяло на себя все расходы по отправлению гражданского правосудия². Напротив, нужно признать, что оно имеет право, создав надлежащим образом устроенные судебные учреждения, взимать с лиц, пользующихся их услугами, особую плату, которая шла бы на покрытие части указанных расходов. Кроме того, вознаграждение адвокатам, приставам, свидетелям и экспертам должно быть уплачиваемо самими тяжущимися сторонами. Только неимущие лица должны быть освобождены от вноса судебных издержек. «Процессы — такие же бедствия, как болезни, а между тем доктор обязан вознаграждать больной. Общество призвано помочь больному только в двух случаях: когда бедность не позволяет ему лечиться и когда врач прибегает к злоупотреблениям, чтобы принудить к слишком щедрой оплате своих услуг»³.

Кроме принципиальных соображений, в пользу возложения некоторой части судебных издержек на самих тяжущихся говорит еще одно практическое соображение: боязнь уплаты судебных издержек будет удерживать граждан от легкомысленного возбуждения неосновательных или сомнительных дел, которые, при полной безвозмездности

¹ Коренная ошибка Иеринга и Бентама состоит в приравнении частноправовых норм к публично-правовым. См. выше, с. 359—360.

² По таким же точно соображениям нельзя отнести их и на счет более мелких общественных союзов, членами которых являются тяжущиеся, т.е. на средства городов, сельских общин, дворянских обществ и т.п., нельзя именно потому, что и эти союзы непосредственно не заинтересованы в каждом отдельном гражданском процессе.

³ *Bordeaux*, 237.

юстиции, могут расплодиться до чудовищных размеров¹. Правильность этого соображения неоднократно подтверждалась на практике. В 1818 г. в женеvском кантоне были значительно уменьшены сборы по ведению дел, и тотчас же количество дел значительно возросло². Во Франции дешевизна производства по жалобам на неправильности при составлении избирательных списков привела к тому, что гражданский департамент кассационного суда, которому они подведомственны в качестве третьей инстанции, был буквально засыпаем ими, причем бо́льшая часть кассационных жалоб была совершенно не мотивирована³. У нас первоначально за производство в мировых судах не взимались судебные пошлины, но уже в 1877 г. было признано нужным уничтожить эту льготу, поощрявшую сутяжничество.

II. Но если отправление гражданского правосудия не может производиться безвозмездно, то во всяком случае оно не должно обходиться тяжущимся дорого, — иначе граждане будут уклоняться от передачи своих юридических споров на разрешение судов, а станут применять другие способы разрешения их.

В видах удешевления процесса нужно, во-1-х, взимать судебные пошлины в умеренном, необременительном для малоимущих лиц размере; во-2-х, не требовать обязательного участия адвокатов, наем которых не всем тяжущимся по средствам, и, в-3-х, уменьшить по возможности число должностных лиц, услугами которых приходится пользоваться тяжущимся при ведении дел, а именно не требовать коллегиального рассмотрения малоценных дел, допустить сношения между судом и тяжущимся при посредстве почтовых учреждений, без обязательного участия судебных приставов, и т.д.⁴

Далее, стороне, выигравшей дело, следует дать право на возмещение понесенных ею расходов, так как несправедливо заставлять граждан покупать защиту своих действительно существующих прав ценою уплаты судебных издержек.

¹ *Wetzell, Renaud, Kohler, Planck (Birkmeyer, Grundr., 316).*

² *Pacaud, 40.*

³ *Ibid., 40—41.*

⁴ Дороговизна процесса во Франции обуславливается в значительной степени именно многочисленностью персонала, принимающего участие в производстве дел. Так, в любом, даже незначительном, деле, если оно проходит через три инстанции, должны последовательно принять участие не менее 25 человек (судей, адвокатов, поверенных, приставов, секретарей) (*Pacaud, 223—224*).

Наконец, граждане, которые совершенно не имеют средств для несения расходов по производству дел, должны быть избавлены от уплаты издержек посредством признания за ними так называемого права бедности. Об этом праве и вообще о взимании и распределении судебных издержек будет речь в особенной части курса.

§ 51. Сочетания принципов¹

I. Конструктивные принципы искового процесса могут комбинироваться между собою самым различным образом. Состязательное производство может быть устным или письменным, гласным или тайным, непосредственным или посредственным и т.д. Но и следственный принцип совместим как с устностью, так и с письменностью, как с публичностью, так и с канцелярской тайной.

Однако между некоторыми принципами существует более или менее близкая связь, вследствие чего одни из них обуславливаются другими и сопутствуют им. Так, публичность, концентрация процессуального материала, судебское руководство ходом производства, непосредственность, свободная оценка доказательств теготеют к принципу устности и не согласуются или плохо согласуются с письменным производством. Поэтому в действительности осуществлялись далеко не все возможные комбинации принципов².

Сделанное в предшествующих параграфах критическое исследование возможных принципов процесса обнаружило, что наиболее целесообразной комбинацией их является следующая: состязательность, умеренная инструкционной деятельностью суда; состязательная форма разработки фактического материала сторонами, смотря по сложности дел и удобству для тяжущихся, письменно или словесно или же тем и другим способом; концентрация этого материала и восприятие его судом непосредственно, по возможности в одном заседании, происходящем публично; свободная оценка доказательств по их внутреннему значению; поступательное движение производства по почину сторон, дополняемому почином суда.

На такой именно комбинации принципов — с немногими отклонениями в деталях — построен, как было изложено выше, исковой процесс

¹ *Wetzell*, § 2, 3; *Wach*, Handbuch, I, § 10 ff.; *Schmidt*, § 5 ff.; *Engelmann*, Civilprocess, II. B.; *Schwartz*, 400 Jahre deutscher Civilprocessgesetzgebung, 1898; *Weismann*, § 7, 8; *Kleinfeller*, § 2, 3.

² *Goldenring* (Zt. Zp., 14 B., 67).

в Германии, Австрии, во Франции и в других странах, где действуют кодексы, созданные под влиянием французского, а также и в России¹. Эта же комбинация положена в основу новейших кодификационных попыток в области гражданского процесса: нового Венгерского устава (1911 г.)² и проекта Финляндского устава (1901 г.)³.

Но к этой процессуальной системе законодательства пришли не сразу. Раньше всего она была осуществлена во Франции, где уже в ордо-нансе 1667 г. намечены основные черты современной организации производства⁴. Другие же государства ввели ее только в XIX в. Непосредственно перед тем в германских государствах, в Австрии и у нас исковой процесс основывался на совершенно иной комбинации принципов, именно на принципах строгой письменности, канцелярской тайны, формальной системы доказательств, отсутствия концентрации и непосредственного восприятия процессуального материала, воспринимавшегося по частям и на основании протоколов производства; только состязательность, состязательная форма и свободный почин сторон существовали и там, причем даже проводились с большою последовательностью.

Таким именно характером был запечатлен так называемый германский общий процесс. Он представлял собою сложную смесь начал римского, древнегерманского и канонического процессов, реципированных в том виде, какой был придан им судебной практикой

¹ Английский гражданский процесс очень близок к французскому, но отличается, как и английское судоустройство некоторыми своеобразными особенностями, которые объясняются историческими условиями. Сжатый очерк английского процесса сделан по сочинению Франквилья Леонтьевым в статье «Гражданский суд в Англии» (Журн. М. Ю., 1899, № 9).

² Составление Венгерского устава было поручено в 1880 г. известному процессуалисту проф. Плочу, который сначала изготавил проект сокращенного производства, утвержденный и введенный в действие в 1893 г. В том же году был закончен проект всего Устава, который, после переработки на основании представленных специалистами замечаний, был в 1901 г. внесен в парламент, но санкцию получил только в прошлом году. Ближе всего он стоит к Австрийскому уставу (*Pap, Entwurf einer ungar. CPO (Zt. Zp., 31 B., 167 ff.)*).

³ Финляндский проект тоже очень близок к Австрийскому уставу. Он проводит инструкционно-состязательный принцип, комбинирует устность с письменностью, требует непосредственного восприятия материала и предоставляет суду почин в движении процесса и право свободной оценки доказательств (даже в большей мере, чем другие кодексы) (*Gröndahl, Der Entwurf einer neuen CPO für Finnland (Zt. Zp., 31 B., 435 ff.)*, *Сандр*, Судебная реформа в Финляндии (Вестн. Пр., 1902, № 2)).

⁴ Оттого французские юристы мало занимаются принципами процесса (*Goldenring, 53, Anm. 3; Garsonnet, Traité, II, § 536*).

и статутами верхнеитальянских городов и в каком его разрабатывали глоссаторы и комментаторы¹. Германская судебная практика и законодательство внесли сюда еще начала туземного процессуального права, сохранившиеся в саксонском процессе. Образовавшаяся таким образом процессуальная система получила в XVIII в. повсеместное распространение в Германии и была воспроизведена с небольшими изменениями Баварским уставом 1753 г. и Австрийским 1781 г.

Практические результаты, принесенные этой процессуальной системой, были плачевны; она привела к полному упадку правосудия.

«Письменность, исключавшая непосредственное общение суда с тяжущимися и непосредственное восприятие процессуального материала, отнимала у судьи возможность вникнуть в истинную волю сторон и в действительное содержание материала доказательств. Теория формальных доказательств, которою в связи с письменностью определялась оценка доказательств, лишала его возможности следовать собственному убеждению. Строгие и необходимые для порядка в письменном производстве механические принципы последовательности и эвентуальной оценки средств нападения и защиты обременяли процесс невыносимой тяжестью излишнего материала, плодили недобросовестность, которая беззастенчиво прикрывалась необходимостью предотвращения преклюзивных последствий и зачастую, в союзе с длинной цепью инстанций, убивали бесконечной продолжительностью процесса здоровое право. Чуждый язык, трудность источников и негласность производства вызвали неприязненное отношение к нему в народе»².

Первая попытка реформы процесса была сделана в Пруссии Судебным уставом 1793 г. Но так как корень зла был усмотрен исключительно в господстве состязательного начала и свободного почина сторон, то реформа ограничилась заменой их следственным началом и официальным почином; принципы же письменности и формальная система доказательств были сохранены. Неудача, постигшая эту по-

¹ Германский общий процесс не имел с римским процессом непосредственной связи. Римский формулярный процесс конца Республики был построен на иных принципах: производство пред присяжным судьей, к которому претор отсылал тяжущихся с формулой, происходило устно и публично, доказательства воспринимались судьей непосредственно и оценивались по внутреннему убеждению. В императорский период, хотя присяжные судьи были заменены правительственными чиновниками, порядок производства все-таки оставался прежним; ограничению подверглась только публичность производства, и вошло в обычай протоколирование заседаний.

² Wach, Handbuch, I, 132–133.

пытку, показала, что улучшения гражданской юстиции нужно было искать в другом направлении, именно в том, которое давно было указано французским законодательством. На этот путь и вступили германские государства в XIX в. Ознакомившись с преимуществами французского процесса, проверенными на практике в тех частях Германии, где был введен во время Наполеоновых войн Французский устав (по левую сторону Рейна), правительства германских государств стали, одно за другим, реформировать гражданское судопроизводство по французскому образцу (Бавария уже в 1819 г., Бремен — в 1820 г., Баден — в 1831 г. и т.д.). По тому же направлению пошли и составители Общегерманского устава, построившие его на принципах французского процесса с некоторыми изменениями и дополнениями¹. Австрийский устав представляет собой в сущности переработку германского на основании результатов почти 20-летнего применения его на практике. Смягчив крайний формализм в проведении принципа устности, расширив инструкционные функции суда и дополнив почин сторон официальным почином суда, Австрийский устав гораздо полнее осуществил наиболее целесообразную комбинацию принципов.

II. Наш дореформенный процесс был построен на тех же принципах, как германский общий процесс: письменность, канцелярская тайна и формальная система доказательств неограниченно господствовали в нем и приносили тем худшие плоды, что судейский персонал был плохо подготовлен, вследствие чего главную роль играла канцелярия с секретарем², и вдобавок заменявшие официальную адвокатуру подпольные

¹ Отдельные процессуальные институты нормированы по образцу германского общего процесса. Но отсюда не следует, что устав «возведен на основе общего процесса» (Planck, I, 499): основа, т.е. основные принципы те же, что во Французском кодексе: устность, гласность, свободная оценка доказательств.

² Вербловский, О сокращении письменной работы в гражданском суде (Юр. В., 1888, № 3, 427—428): «Движущей силою прежнего судебного аппарата была канцелярия с могущественным, неутомимым секретарем во главе. Он был главным, можно сказать, жрецом в храме Фемиды: все нити дела были в его руках; он почти один управлял всем движением процесса, склонял весы правосудия в ту или другую сторону, и, благодаря его опытности и проницательному уму, воздействие его на развязку дела было решительно и неотразимо. Вспомним знаменитые «докладные записки», составлявшиеся в канцеляриях судебных мест «с присовокуплением к оным (как выражается закон) приличных законов», доклад записки присутствию, состоявший в чтении ее секретарем, и картина тогдашней юстиции ярко обрисовывается перед нами... Правда, закон рекомендовал судьям «при докладе тяжёбного дела прилежно наблюдать, дабы ничего из дела и законов пропущено не было и доклад учинен был с точностью, чистосердечно и сходно с истиною» (ст. 466). Но одного даже самого прилежного наблюдения мало. Для того чтобы

адвокаты-ходатаи развивали в чудовищных размерах кляузничество. Под покровом канцелярской тайны кляуза и взятка свили себе прочное гнездо в храме правосудия. Очистить его от осквернения можно было только коренной реформой, и ее произвели Судебные уставы 1864 г.

Пред составителями Устава гражданского судопроизводства было несколько образцов, которым они могли подражать: Французский устав, Женевский устав 1819 г., представлявший самостоятельную переработку Французского, прусские законы 1833 и 1846 гг., модифицировавшие германский общий процесс, Ганноверский устав 1850 г. Составители нашего Устава не увлеклись слепым подражанием по отношению к какому-либо одному из названных кодексов, а взяли из каждого то, что считали наиболее целесообразным и соответствующим условиям русской жизни, не останавливаясь перед существенными переделками и изменениями. При этом, перестраивая процесс на новых началах, они сумели соблюсти меру и не впали, при осуществлении их, в крайность, как случилось позже с редакторами Германского устава. Благодаря этому созданный ими кодекс после полувекового почти применения сохранил полную жизнеспособность и нуждается только в улучшении деталей. И вполне основательно при выработке проекта новой редакции Устава было поставлено целью удержать «начала действующего Устава о гласности, устности, непосредственности и состязательности процесса, как вполне оправдавшиеся опытом и сделавшиеся дорогим достоянием нашего народа, развивая и укрепляя эти начала и допуская в них лишь такие усовершенствования, которые, по указаниям опыта, вызываются настоятельными жизненными нуждами и потребностями»¹.

верно судить о деле, нужно воспринимать все его составные, иногда весьма сложные элементы и вникнуть во все его детали, нужно его изучить. Кто же из тогдашних судей мог состязаться с всемогущим секретарем, вооруженным сводом законов и всею его казуистикою, до совершенства искусившимся в подыскании приличных всевозможным случаям законов. Едва ли ошибемся если скажем, что тогдашние судьи, за немногими исключениями, только присутствовали при докладе и решении дела, только слушали чтение записки; действительным же решателем судеб и носителем юстиции был всеведущий секретарь». Ср. *Гессен*, Судебная реформа, 1905, 15–16.

¹ Объяснит. зап., I, V.

ГЛАВА II. СУБЪЕКТЫ ПРОЦЕССА

А. Суды

§ 52. КОМПЕТЕНЦИЯ СУДОВ¹

Применение юридических норм к частным случаям жизни производится целым рядом судебных, судебно-административных и административных учреждений и должностных лиц. При этом, во избежание столкновений между ними, каждому из них отведен определенный круг деятельности, в границах которого ему предоставлено право и вместе с тем вменено в обязанность совершать определенные действия. Этот круг деятельности называется *компетенцией*.

Пределы компетенции судов устанавливаются законом в следующих направлениях.

Во-1-х, закон разграничивает область ведения судебных и административных учреждений, предоставляя первым конкретизацию юридических норм в одних случаях, а вторым — в других. Право судебных учреждений разбирать известную категорию дел называется *судебной юрисдикцией* (*jurisdictio*, *Gerichtsbарkeit*), *судебным разбирательством* или *властью суда*.

Во-2-х, в сфере судебной юрисдикции различаются юрисдикция *гражданская* (*Civilgerichtsbарkeit*) и *уголовная*, смотря по тому, разбирают ли суды споры между гражданами по поводу их взаимных правоотношений или же осуществляют карательную власть государства.

В-3-х, ведомство каждого отдельного гражданского суда определяется с трех сторон:

А) Закон указывает, какие именно категории гражданских дел подлежат ведению данного рода судов. Так, например, дела о расторжении

¹ Wach, Handbuch, I, § 43; Schmidt, § 43; Renaud, Zur Lehre v. d. ger. Zuständigkeit (Zt. Zp., 5 B.); Höfner, id. (ib., 34 B.).

браков (кроме раскольничьих) отнесены нашим законом к ведению духовных судов; иски о вещных правах на недвижимости — к компетенции окружных судов, и т.п. В этом состоит *объективная, предметная компетенция судов (competentia ratione materiale, objective, sachliche Zuständigkeit)*, или *родовая подсудность, подсудность по роду дел*.

Б) Закон определяет, какие именно из процессуальных действий имеет право совершать данный суд, т.е. указывает его функции. Это — *функциональная компетенция (funktionelle Kompetenz)*¹. Например, судебным палатам предоставлено перевершение дел, решенных окружными судами; Сенату — отмена решений палат и т.д.

В) Наконец, компетенция каждого отдельного суда определяется в отношении пространства, ограничиваясь известными частями государственной территории. Так, власть мирового судьи распространяется на его участок; власть окружного суда — на округ и т.д. Такое пространственное разграничение компетенции судебных учреждений именуется *личной или субъективной компетенцией (competentia ratione personae, subjective Kompetenz)*, или *подсудностью (forum, Gerichtsstand)*, а также *личной подсудностью*, в отличие от родовой.

Таким образом, компетенция гражданских судов обнимает собою: 1) судебную юрисдикцию (в отличие от административной), 2) гражданскую юрисдикцию (в отличие от уголовной), 3) объективную компетенцию (по роду дел), 4) функциональную компетенцию (по кругу функций) и 5) пространственную компетенцию (по округам).

При определении ведомства каждого суда необходимо сообразоваться с границами, установленными для него законом во всех перечисленных направлениях. Для того, например, чтобы данное дело подлежало ведению Московского окружного суда, необходимы следующие условия. Это дело должно: 1) вообще подлежать власти судебных учреждений (а не административных), 2) относиться к компетенции не уголовных, а гражданских судов и 3) притом судов той категории, к которой принадлежит данный суд (т.е. окружных), 4) возникнуть в округе именно Московского, а не какого-либо иного окружного суда и 5) требовать в данном случае исполнения именно тех действий, на которые Московский суд уполномочен законом.

Из этих видов компетенции одна, а именно функциональная, не имеет самостоятельного значения, так как она отчасти обусловли-

¹ Этот термин предложен Вахом (Handbuch, 350) и принят другими учеными.

вается разделением судов по инстанциям, отчасти же связана с распределением судов по различным категориям. Так, например, функциональная компетенция мирового съезда определяется, во-1-х, тем, что он — суд второй инстанции, и, во-2-х, тем, что он — мировой, а не какой-либо иной суд. В качестве суда второй инстанции он переревершает решения мировых судей, чего не могут делать суды первой инстанции (окружные, коммерческие и др.); в качестве же мирового суда он может, по желанию тяжущихся, разрешать дела не по законам, а по местным обычаям (ст. 130 Уст. гражд. суд.), чего не вправе делать другие суды второй инстанции (судебные палаты, Судебный департамент Сената). Вследствие этого функциональная компетенция выяснится при изложении порядка производства в судах различных категорий (см. особенную часть)¹.

В настоящем месте подлежат, следовательно, рассмотрению три вида компетенции, имеющие самостоятельное значение: 1) гражданская юрисдикция, 2) объективная компетенция и 3) пространственная компетенция. Во избежание недоразумений в последующем изложении будет применяться однообразная терминология: а именно гражданская юрисдикция, в отличие от уголовной и административной, будет именоваться «властью гражданского суда»; для обозначения объективной компетенции будет употребляться термин «ведомство», а для пространственной — «подсудность»².

¹ Многочисленность этих категорий у нас делает неудобным изложение правил, определяющих ведомство судов, в такой системе, как предложил Гёфнер. А именно, он делит эти правила на две группы: в одну входят те, которыми компетенция судов устанавливается *непосредственно* (например, «суд первой инстанции»), а другую образуют те, которые определяют компетенцию судов только в связи с другими постановлениями (например, «земский суд разрешает в апелляционном порядке те дела, которые решены в первой инстанции участковыми судьями»). По второй группе, далее, различаются правила, разграничивающие круг деятельности судов (функциональную и объективную компетенцию), и правила, определяющие их пространственную компетенцию (подсудность). *Höfner* (Zt. Zp., 34 B., 465 ff.).

² В нашей юридической литературе нет прочно установившейся терминологии. Обыкновенно компетенция судов во всех ее направлениях называется *ведомством*, а принадлежность дел к компетенции того или иного суда — *подсудностью*. Нередко, однако, термин «подсудность» употребляется по отношению специально к пространственной компетенции, а компетенция во всех отношениях называется *ведомством*. Точно так же не выдержана и терминология в нашем Уставе гражд. суд. Гражданская юрисдикция называется иногда *ведением* (прим. к ст. 1, ст. 1287), иногда — *властью* (п. 3 ст. 186, п. 3 ст. 793), иногда — *ведомством* (ст. 240), иногда — *судебным производством* (ст. 237), а в Учреждении судебных установлений — также *разбирательством* (ст. 46—51).

Эти виды компетенции имеют неодинаковое юридическое значение. Именно, пространственная компетенция судов резко отличается от их компетенции во всех других направлениях. В то время как пределы власти судов, в отличие от прочих правительственных учреждений, являются осуществлением публично-правового принципа разделения властей и установлены, следовательно, в публичном интересе; в то время как разграничение категорий дел, предоставленных ведению разнородных судов, и установление функций каждого суда тоже обуславливаются соображениями публично-правового характера относительно наилучшей организации судебной власти, — приурочение деятельности однородных судов к определенным частям территории имеет в виду преимущественно удобство тяжущихся и сделано в их частном интересе¹.

Отсюда вытекают следующие важные в практическом отношении последствия.

1. Пределы ведомства судов во всех отношениях, кроме пространственного, являются безусловными и не могут быть изменяемы тяжущимися по соглашению между собой. Тяжущиеся, например, не могут условиться, чтобы их бракоразводный процесс разрешался коммерческим судом, а иск о миллионном наследстве — мировым судьей. Напротив, пространственная компетенция может быть изменяема по желанию сторон, которые вправе, например, войти между собою в соглашение о том, чтобы их споры о взыскании по исполнению договора страхования, подсудные Петербургскому окружному суду, разбирались Московским (ст. 227 Уст. гр. суд.).

2. За соблюдением границ компетенции во всех отношениях, кроме пространственного, обязаны следить сами суды, не принимая к своему

Ведомством именуется как компетенция по роду дел (ст. 28, 29, 31, 38, 39, 202, 1289, 1310), так и по пространству (ст. 208, 214–217, 220, 222, 223, 226, 1305, 1438). Для обозначения родовой компетенции употребляется также термин «власть» (ст. 65 Учр. суд. уст.), а для пространственной — «ведение» (ст. 1409, 1451). Подсудностью называется принадлежность дел к числу подведомственных данному суду как по своему роду (ст. 42, 236, 584, п. 1), так и по пространству (ст. 37, 40, 41, 43, 230–232, 234, 571, п. 1, 574, 584, п. 2, 1275), так и в обоих этих отношениях вместе (рубрика: пререкания о подсудности, ст. 69, п. 1, ст. 209). В проекте новой редакции Устава эта терминологическая путаница сохранена в неприкосновенности.

¹ Такова же точка зрения Французского устава. *Garsonnet*, *Traité*, II, § 401 ss.; *Précis*, № 143–148; *Glasson*, I, § 25. Напротив, Германский устав и германская литература не проводят принципиального различия между предметной и пространственной компетенцией, приписывая им одинаково обязательное значение. Это объясняется укоренившеюся со времени германского общего процесса привычкой. *Fitting* (Zt. Zp., 6 B., 358 ff.).

рассмотрению дел, им неподведомственных. Пространственная же компетенция составляет исключение: заботиться о соблюдении ее может только ответчик (ст. 571, п. 1, ст. 574, 584 Уст. гр. суд.).

3. На нарушение судом всякой компетенции, кроме пространственной, могут указывать и обе стороны в течение всего производства; нарушение же судом пространственной компетенции дает одному только ответчику право заявить отвод о неподсудности дела — и то в самом начале процесса (ст. 574, 584, 793, п. 3).

Из этих трех общих положений существуют, однако, изъятия (см. § 65).

§ 53. ПРЕДЕЛЫ ВЛАСТИ ГРАЖДАНСКИХ СУДОВ¹

Гражданские суды учреждены для проверки и установления правомерности требований, вытекающих из юридических отношений граждан между собою, т.е. из отношений между отдельными частными лицами как самостоятельными, равноправными, координированными субъектами. Такие требования называются гражданско-правовыми². Им противоположны требования публично-правовые, возникающие, во-1-х, из отношений между частными лицами, с одной стороны, и органами государственной власти — с другой, т.е. между субъектами неравноправными, субординированными, находящимися в подчинении один другому, и, во-2-х, из отношений органов власти между собою. Публично-правовые требования подлежат рассмотрению уголовных судов, административных судов в тех странах, где они введены, и общих административных учреждений³.

¹ Думашевский, Предмет гражд. судопроизв. и пределы ведомства гражд. суда (Суд. Журн., 1874, № 1); Лазаревский, Ответственность за убытки, причиненные должностными лицами, 1905; Азаревич, I, 195 и сл.; Нефедьев, § 19—21; Гольмстен, 52—55; Исаченко, Основы гражданского процесса, 1904, 22 и сл.; Анненков, Опыт комментария, I, 8—25.

Uebel, Ein Beitrag zur Feststellung des Begriffs und Umfangs von bürg. Rechtsstreitigkeiten nach CPO (Zt. Zp., 1 B.); Prazak, Die prinzipielle Abgrenzung der Kompetenz der Gerichte und der Verwaltungsbehörden, 1889; Wach, § 8; Hellwig, I, § 10; Pollak, § 3.

² Таково господствующее в литературе мнение: Wach, 94—95; Hellwig, I, 61; Weismann, I, § 12; Schrutka, § 2; Pollak, § 3; Kleinfeller, § I—V; Uebel, I, с.; Малышев, I, 15; Азаревич, I, 205—206; Гольмстен, 10—11. Дальнейшие указания и разбор других мнений см. в «Курсе гражданского права» Шершеневича (I, 1901, 50 и сл.), в его же «Общей теории права» (III, 1912, 513 и сл.) и в моем «Учебнике гражданского права» (I, 1894, 2 и сл.).

³ Взаимные требования, возникающие между разными органами государственной власти, но подчиненными друг другу, разрешаются либо по взаимному соглашению главных начальников соответствующих ведомств, либо, если соглашения не последовало,

Таким образом, по общему правилу власть гражданских судов распространяется на все гражданско-правовые требования, но и только на них. Таков именно и смысл ст. 1 Уст. гражд. суд.: «...всякий спор о праве гражданском подлежит разрешению судебных установлений». Под словом «спор» понимается в этом случае «иск». Это доказывается сопоставлением ст. 1 с теми статьями Устава, с которыми она сопрягается по своему содержанию¹.

высшим административным органом — Первым департаментом Сената (ст. 1297 Уст. гражд. суд.). Публично-правовые требования, принадлежащие органам государственной власти по отношению к частным лицам, осуществляются принудительными мерами администрации без предварительной проверки их судом. В этом смысле они признаются законом «бесспорными» и осуществляются в особом порядке административного производства, определенном в Положении о взысканиях по бесспорным делам казны (ч. 2 XVI т. Св. зак. изд. 1910 г.). К таким требованиям принадлежат, например, относящиеся к уплате государственных налогов, податей и других сборов (ст. 1 указ. Полож.). Этот же порядок применяется и к осуществлению публично-правовых требований органов общественного самоуправления: городских управлений, земских учреждений и т.д. (прил. к ст. 1 Полож.). Однако частные лица не лишены возможности оспаривать распоряжения органов государственной власти и общественного самоуправления, делаемые с целью осуществления публично-правовых требований. Только это оспаривание облекается в форму жалобы по начальству (ст. 1, 5, 126, 126 Полож. о взыск.) и не останавливает начатого производства по осуществлению требований (ст. 127 Полож.). Точно так же и публично-правовые требования частных лиц к государственной власти (например, о возвращении неправильно взысканных сборов), в случае невыполнения их подлежащими ее органами добровольно, осуществляются посредством подачи жалоб по начальству. См. объясн. к ст. 244 Уст. гражд. суд.

¹ В ст. 1 выставлено общее положение о подведомственности всех споров о праве гражданским судам. При определении же круга ведомства отдельных гражданских судов Устав употребляет безразлично термины «иск» и «спор». Так, ст. 29 гласит, что «ведомству мирового судьи подлежат: 1) *иски* по личным обязательствам... 2) *иски* о вознаграждении... 3) *иски* о личных обидах и оскорблениях...» и т.д. Статья 202 постановляет: «...окружным судам подсудны все *иски*, не подлежащие ведомству мировых судей». Такие же выражения употреблены в ст. 229, 1287, 1288, 1291, 1305, 1315, 1317, 1336 и др. А в ст. 31, 215, 216, 222, 227, 228, 1298 и др. говорится попеременно то об «исках», то о «спорах».

Тожественный результат дает и сопоставление ст. 1 с теми постановлениями Устава, которые определяют компетенцию гражданских судов с отрицательной стороны, указывая, что не подлежит их ведению. А именно, в примечании к ст. 1 говорится, что подлежат ведению не судебных, а административных установлений «такие *требования*, коим закон присвоил свойство *бесспорных*, не допускающих возражений в состязательном порядке». Отсюда следует, что компетенции судов подлежат *требования спорные*, допускающие возражения противной стороны, т.е. *иски*. Статья 2, предоставляя частным лицам и обществам обращаться к судебной защите в случае нарушения их прав правительственными учреждениями и должностными лицами, прямо употребляет термин «*иск*». Так же поступает и ст. 3, предписывающая административным учреждениям и должностным лицам не рассматривать спорных обстоятельств, возникших при обсуждении какого-либо дела

Однако из этого общего положения законодательства устанавливают ряд изъятий, отчасти расширяя пределы власти гражданских судов, отчасти суживая их, отчасти предоставляя заинтересованным лицам выбор между гражданскими судами и уголовными или между гражданскими судами и административными учреждениями¹.

I. Область гражданского процесса расширяется включением в компетенцию гражданских судов некоторых публично-правовых требований имущественного характера между частными лицами и органами государственной власти.

1. К числу этих требований принадлежат прежде всего те, которые возникают из таких отношений, где органы государственной власти выступают не в качестве носителей государственного суверенитета, а в качестве представителей казны как юридического лица, участвующего в гражданском обороте на правах обыкновенного частного лица.

Подчинение таких требований юрисдикции гражданских судов — явление нового времени. В римском праве до самого конца существования Империи взаимные требования, возникавшие из юридических сделок между частными лицами и казной, осуществлялись таким же порядком, как все вообще публично-правовые требования: а именно, «если контрагент казны не исполнял своего обязательства, казна сама его к тому принуждала; если своего обязательства не исполняла казна, то ее контрагент мог обращаться с жалобой лишь к самой казне»². Этот же порядок продолжал существовать и в течение Средних веков. Но он представлял немалое неудобство, которое особенно сильно стало

и подведомственных судебным учреждениям, а объявлять просителям, что они могут обратиться с иском в подлежащий суд. Ср. ст. 1297, 1298, 1302, 1307, 1308.

¹ Число таких изъятий на западе Европы гораздо значительнее, чем у нас. В Австрии они направлены в сторону сужения компетенции судов в пользу административных учреждений, причем, однако, допускается во многих случаях последующее оспаривание административных распоряжений путем иска. *Canstein*, *Civilproc.*, I, 158 ff.; *Schruka*, § 44, 45. В Германии, наоборот, больше изъятий в сторону расширения пределов власти судов. В частности, к их ведомству отнесены имущественные требования судей, вытекающие из служебных отношений, а в Пруссии — такие же требования всех вообще чиновников. *Hellwig*, 59 ff. У нас подобные требования должностных лиц (об уплате жалованья или пенсии), как вытекающие из публично-правовых отношений по государственной службе, не подлежат, вопреки мнению некоторых авторов (*Мальшев*, I, 29; *Азаревич*, I, 209), власти судебных учреждений (О. с., 1907, № 19). Но лица, служащие в правительственных учреждениях по частному найму, имеют право иска о жаловании. *Исаченко*, Основы, 39–40.

² *Лазаревский*, 6 и сл.; *Хвостов*, История римского права, 2-е изд., 1905, 135.

чувствоваться в Новое время, когда с развитием государственности и расширением задач управления государственной власти все чаще и чаще приходилось заключать сделки с частными лицами. Чтобы частные лица не уклонялись от вступления в сделки с органами государственной власти, нужно было дать им уверенность, что государственная власть будет соблюдать условия подобно любому частному лицу и что в случае возникновения спора он будет разрешаться так же, как споры между частными лицами. С другой стороны, и государственная власть, выступая в роли контрагента в гражданских сделках, может заключать их на выгодных для себя условиях — тоже только при том условии, если частные лица будут уверены в прочности этих сделок и справедливом разрешении возникающих из них споров¹.

Это подчинение государственной власти общим нормам гражданского права и процесса получило юридическое объяснение в теории *казны* (фиска) как особого от государства юридического лица, являющегося носителем имущественно-правовых отношений государства в области гражданского оборота. Будучи основана на несостоятельном с научной точки зрения разделении единого государства на две половины — публично-правовую и гражданско-правовую², теория казны представляла, однако, немалое практическое удобство, так как давала достаточно ясный критерий для определения того круга юридических отношений, в котором органы государственной власти подчинены нормам гражданского права и процесса. Вследствие этого теория казны получила широкое распространение в литературе и законодательствах³. Ее разделяли и составители Судебных уставов 1864 г.⁴ Ее же проводит в судебной практике Сенат, установивший такое общее положение: «Если казенное установление является представителем или защитником имуществ, принадлежащих казне, спор признается подведомственным судебным установлениям; если же, напротив того, оно действует как власть, в пределах функций, ему предоставленных по управлению государственными делами, спор является подведом-

¹ «Государство, — как сказано в одном указе Директории, — посредством великолепной фикции слагает с себя свой суверенитет и в лице своих органов становится перед беспристрастным судом, обсуждает пред ним свое право и заранее подчиняется тому же решению, которое могло бы касаться и простого частного человека». *Лазаревский*, 63.

² *Лазаревский*, 8, 31 и сл.; *Шершеневич*, Общая теория права, III, 1912, § 57.

³ *Лазаревский*, 79 и сл.

⁴ Объясн. к ст. 244 Уст. гражд. суд.

ственным установлениям административным» (О. с., 1903, № 34, 1906, № 23; Гражд., 92, № 43 и др.).

2. Органы общественного самоуправления (городские управления, земские учреждения, дворянские общества и пр.) приравнены по своему значению к казне: когда они действуют в качестве носителей принудительной власти, то их требования к частным лицам осуществляются в административном порядке (прим. к ст. 1 Полож. о взыск. по бесспорн. дел. казны); когда же они выступают в роли представителей общественных союзов как юридических лиц частноправового характера, их дела с частными лицами подлежат рассмотрению судебных учреждений (прим. 2 и 4 к ст. 1282 Уст. гражд. суд.). Это положение тоже твердо установлено в сенатской практике (О. с., 1906, № 23 и др.).

3. Те соображения, которыми обуславливается подчинение власти гражданских судов между казною и частными лицами, не имеют силы в применении к спорам между различными органами казны. Поэтому имущественно-правовые споры между казенными управлениями подлежат разрешению не в судебном, а в административном порядке, т.е. по соглашению между главными начальниками этих управлений, а если соглашения между ними не последует, то разрешаются высшим административным местом — Первым департаментом Сената (ст. 1297)¹. Только для некоторых ведомств сделано изъятие из этого общего положения, а именно для удельного и духовных. Они являются обладателями самостоятельных имуществ, не входящих в общий состав казенных, а потому правило ст. 1297 на них не распространено, так что подлежат власти гражданских судов: 1) имущественно-правовые споры между удельным и духовными ведомствами с казенными управлениями; 2) такие же споры духовных ведомств различных исповеданий между собою и 3) споры духовных ведомств с удельным (ст. 1298).

¹ Правило ст. 1297 мотивируется в объяснениях к ней тем, что разрешение споров между казенными управлениями «должно всегда зависеть от высших правительственных соображений, что вмешательство суда в таких случаях может только замедлить ход дела и затруднить действия правительства». Но высшие правительственные соображения могут иметь значение и при разрешении споров между казною и частными лицами, так что с этой точки зрения следовало подчинить и их административному порядку производства. Дело здесь вовсе не в этом, а в том, что казенные управления являются органами одной и той же казны, «для которой безразлично — то или другое казенное управление будет заведовать спорным казенным имуществом, так как последнее все-таки останется принадлежностью казны». *Мыш*, Казенный интерес в суд. делах (Журн. Ю. О., 1801, № 8, 21—22).

Точно так же не могут быть разрешаемы административными учреждениями споры об имуществе между казенными управлениями, с одной стороны, и городскими либо земскими учреждениями — с другой (77, № 308), а равным образом и споры между городскими и земскими учреждениями, потому что их имущества не принадлежат к составу казенных.

4. Равным образом подлежат ведению гражданских судов требования возмещения убытков, причиненных не преступными, не наказуемыми в уголовном порядке, а просто неправильными действиями должностных лиц (ст. 1316, 1330¹, 1331). Но когда такие убытки покрываются, в силу закона, из особо назначенных для того сумм и когда за неправильное действие виновный может быть подвергнут дисциплинарному наказанию, без предания уголовному суду (ст. 1068 Уст. угол. суд.), то взыскание убытков производится в административном порядке. При этом должностное лицо, подвергнутое такому взысканию, может просить о предании себя уголовному суду, и если представить надлежащее обеспечение в размере взыскиваемой суммы, то производство взыскания приостанавливается (ст. 1069 Уст. угол. суд.).

II. С другой стороны, область гражданской юрисдикции сужена изъятием некоторых требований частных лиц к казне из ведения гражданских судов, а именно.

1. Требования о возмещении судебных издержек по производству уголовных дел, заявляемые свидетелями, экспертами и другими участвовавшими в делах лицами, разрешаются теми же уголовными судами, которые рассматривали данные дела (ст. 192 и сл., 876 и сл. Уст. угол. суд.).

2. Споры, возникающие между казенными управлениями и частными лицами *во время исполнения* договоров подряда и поставки, подлежат разрешению в административном порядке, т.е. рассматриваются подлежащим административным начальством, на распоряжение которого можно приносить жалобы в Первый департамент Сената (ст. 23, 28—30 Пол. о взыск. по беспсп. дел. казны, ст. 1301 Уст. гражд. суд.).

III. Наконец, в некоторых случаях закон предоставляет гражданам выбор между гражданскими судами и административными учреждениями или между гражданскими и уголовными судами.

1. Споры, возникающие между казенными управлениями и частными лицами *после выдачи* казенными управлениями окончательного

расчета по договорам подряда и поставки, могут быть, по желанию частного лица, либо представляемы на разрешение в административном порядке (ст. 5 Полож. о взыск.), либо заявляемы суду в исковом порядке (ст. 1302 Уст. гр. суд.).

2. Споры между казенными управлениями и частными лицами по договорам об отдаче в аренду казенных оброчных статей *как во время исполнения договора, так и после выдачи* окончательного расчета подлежат рассмотрению, по желанию арендатора, либо в административном порядке, либо в судебном (ст. 1307).

3. Иски о вознаграждении за убытки, причиненные уголовно наказуемыми деяниями, могут быть предъявляемы в уголовном суде, во время производства уголовного дела (ст. 5 Уст. гражд. суд.), до открытия судебного заседания (ст. 7 Уст. угол. суд.).¹ Но потерпевшие имеют право предъявлять такие иски в течение давностного срока и отдельно, в гражданском суде, который приступает к производству только после того, как уголовное дело будет окончено, или в том случае, когда оно приостановлено ввиду душевной болезни обвиняемого либо по незнанию его, или же когда оно прекращено по указанным в законе причинам (ст. 5, 6 Уст. гражд. суд., ст. 7, 16—18 Уст. угол. суд.).

4. Лица, привлеченные к уголовной ответственности и оправданные судом, имеют право предъявить в уголовном суде, разбиравшем дело, или же в гражданском суде, по общим правилам подведомственности, иск о вознаграждении за убытки, причиненные неосновательным возбуждением уголовного преследования, к тем частным лицам, которые возбудили это преследование (ст. 32, 121, 780—782 Уст. угол. суд.).²

¹ При разрешении гражданского иска уголовный суд применяет Уложение о наказ. и Гражданские законы (ст. 779 Уст. уг. суд.); в порядке же производства руководствуется Уставом уголовного судопроизводства и только теми правилами Устава гражданского судопроизводства, которые не противоречат установленным для разбирательства уголовных дел правилам (реш. Угол. касс. деп., 96, № 4, 89, № 43).

² По вопросу о подведомственности этих исков в сенатской практике были колебания. Сенат признавал их подведомственными то исключительно гражданскому суду (Угол., 1872, № 156), то исключительно уголовному (Гражд., 1900, № 34, 73, № 126), но в конце концов пришел к правильному мнению, что они могут быть предъявляемы в уголовном суде, разбиравшем дело, согласно точному смыслу ст. 121 Уст. угол. суд., но если истец не сделает этого, то не лишается права обратиться в гражданский суд на общем основании, согласно ст. 574 ч. 1 т. X (Гражд., 1900, № 82). Если привлечение к уголовной ответственности последовало вследствие неправильных действий должностных лиц, то оправданный подсудимый может взыскивать о них убытки в порядке, определенном в ст. 1316—1336 Уст. гражд. суд.

§ 54. РАЗГРАНИЧЕНИЕ ВЕДОМСТВА ГРАЖДАНСКИХ СУДОВ¹

Как было указано выше (с. 65), существующие у нас в настоящее время гражданские суды разделяются на две группы: на суды *обыкновенные*, или *нормальные*, которым подведомственны все вообще граждане и все гражданские дела, поскольку в законе не установлено каких-либо изъятий, и на *специальные*, или *особенные*, к ведению которых отнесены только определенные категории лиц и определенные разряды дел. Обыкновенными судами являются общие, мировые и судебно-административные учреждения, а особенными — духовные, коммерческие, волостные и однородные с волостными низшие суды (станичные, инородческие и др.).

Как видно уже из самых названий обеих групп судов, обыкновенные находятся в таком же отношении к особенным, в каком общее правило, общая норма находится к специальному исключению. Отсюда следует, что для установления границ ведомства обыкновенных судов нужно определить круг дел, подлежащих ведению особенных судов, и тогда все остальные дела составят компетенцию обыкновенных судов.

Нужно заметить, что одинаковое значение с особенными судами имеют смешанные присутствия общих судебных учреждений, образуемые из судей и представителей административных ведомств для разрешения специальной категории дел: требований о вознаграждении за убытки, причиненные неправильными действиями должностных лиц. Такие присутствия образуются как в окружных судах, так и в палатах и Сенате, причем смешанные присутствия палат являются не только апелляционной инстанцией для присутствия окружных судов, но и разрешают некоторые дела в качестве первой инстанции. Точно так же смешанные присутствия Сената совмещают функции апелляционной инстанции для дел, решенных присутствиями судебных палат, и первой инстанции для других дел. В этих случаях нарушается инстанционное соотношение судов.

¹ Малышев, I, § 25 и сл.; Азаревич, I, 210 и сл.; Гольмстен, 49 и сл.; Энгельман, § 14, 15; Нефедьев, § 48, 49; Яблочков, 46 и сл.; Анненков, Опыт комментария, I, 25 и сл.; Исаченко, Комментарии, I, 1 и сл.

Wach, § 20 ff.; Schmidt, § 44; Hellwig, I, § 15 ff.; II, § 94 ff.

Weismann, I, § 28; Kleinfeller, § 24, 25; Pollak, § 46 ff.; Schrutka, § 15 ff.; Garsonnet, Traité, II, § 397 ss.; Glasson, I, § 26; Boitard, I, № 71 ss.; Simoncelli, IV; Chiovenda, § 27—28.

Рассматривая правила действующего законодательства относительно подведомственности дел обыкновенным судам, можно заметить, что закон точно определяет круг дел, подлежащих ведению каждого из них, за исключением только гражданских отделений окружных судов. Дела, подведомственные им, прямо не перечислены, так что их компетенция должна быть формулирована следующим положением: ведомству гражданских отделений окружных судов подлежат все дела, на которые распространяется власть гражданских судов и которые не отнесены законом к ведомству никакого иного судебного или судебно-административного учреждения. В этом отношении их компетенция представляется *неограниченной* (*illimitata*). Таков действительный смысл ст. 202 Уст. гражд. суд., хотя она формулирована крайне неточно¹.

Следуя приему, употребленному в законодательстве, можно про- извести разграничение ведомства отдельных гражданских судов таким образом: очертить последовательно круг ведомства особенных, мировых и судебно-административных учреждений, а также смешанных присутствий окружных судов, палат и Сената, и тогда сами собой установятся границы ведомства гражданских отделений окружных судов.

§ 55. ВЕДОМСТВО ДУХОВНЫХ СУДОВ²

Ведомству духовных судов подлежат: 1) дела брачные, 2) споры между лицами духовного звания относительно церковной собственности и 3) иски к духовным лицам о вознаграждении за личные оскорбления.

1. Русское брачное право основывается на вероисповедном принципе. Брак рассматривается как таинство и совершается обязательно в церковной форме; регистрация браков, а вместе с тем и рождений

¹ В ней говорится: «Окружным судам подсудны все иски, но подлежащие ведомству мировых судей». Но из сопоставления ее с другими правилами закона, определяющими подведомственность гражданских дел прочим судебным и судебно-административным учреждениям, следует, во-1-х, что ст. 202, говоря вообще об окружных судах, на самом деле имеет в виду только гражданские их отделения, так как пределы ведомства уголовных отделений и смешанных присутствий указаны законом в других статьях Устава (5, 1316 и сл.). Во-2-х, упоминая только о мировых судах, она в действительности отграничивает ведомство окружных судов от ведомства как мировых, так и всех иных судов, учреждений и должностных лиц, которым предоставлено разрешение каких-либо гражданских дел, опять-таки потому, что их ведомство определено законом исчерпывающим образом, так что на долю гражданских отделений окружных судов остаются только те гражданские дела, которые не отнесены уже к чьему-либо ведомству.

² Малышев, I, § 26; Азаревич, I, 218 и сл.; Гольмстен, 52; Исаченко, Коммент., I, 20—26.

предоставлена духовенству (изъятие сделано только для раскольниковых браков). Результатом такого отношения законодательства к институту брака является подчинение дел, касающихся брачного права, духовным судам.

К брачным делам относятся: 1) дела о признании браков недействительными по причине отсутствия требуемых законом условий относительно возраста, не принужденного согласия, вероисповедания и проч. (ст. 37 ч. 1 т. X Св. зак.) и 2) дела о расторжении браков по указанным в законе причинам: в случае прелюбодеяния одного из супругов, лишения его правоспособности, безвестного отсутствия (ст. 45 ч. 1 т. X Св. зак.).

Духовные суды должны ограничиваться только признанием браков действительными или недействительными и расторгнутыми, т.е. разрешением вопроса о существовании или несуществовании в данном случае законного брака. Дела же, касающиеся последствий брака, т.е. вытекающих из него личных и имущественных прав супругов и их детей, подлежат ведомству гражданских судов (ст. 1337 Уст. гр. суд.).

Подведомственность указанных категорий брачных дел духовным судам установлена по отношению к православным ст. 148 Уст. дух. конс.¹, а по отношению к католикам, протестантам и лицам других вероисповеданий — Уставом иностр. исповеданий².

По исключению к ведомству гражданских судов отнесены брачные дела раскольников (ст. 1356¹ Уст.), а в Царстве Польском — дела о недействительности и расторжении браков лиц, не принадлежащих к православному, католическому, униатскому и евангелическому вероисповеданиям (ст. 1619 Уст. гр. суд.).

2. Споры между лицами духовного звания: а) возникающие из пользования церковной собственностью, движимой и недвижимой, и б) касающиеся церковных доходов (ст. 148, I, п. 5, п. 197 Уст. дух. конс.; ст. 64, I, п. 2; 250, I, п. 2; 533, п. 16; 760 и др. Уст. иностр. испов.).

¹ В пункте «в» второй части ст. 148 Уст. дух. конс. говорится еще о «случаях, в которых нужно удостоверение о действительности события рождения от законного брака». Но здесь имеются в виду только такие случаи, когда нет спора о законности или незаконности рождения, так как Уставом гражд. суд. все такие споры подчинены ведомству окружных судов (ст. 1346—1356). Этот взгляд усвоен практикой Сената (79, № 152, 82, № 155) и Синода. *Григоровский*, 179.

² Часть I т. XI Св. зак., ст. 64-II; 250-II; 356 и сл.; 1188, п. 6; 1289; 1325, п. 3; 1399, п. 1; 1418, 1500, 1514, п. 3; 1567, 1615, 1629, п. 3, и др. Эти законы сведены в сборниках Григоровского (Законы о браке и разводе, 1909) и Максимова (Законы о разводе, 1909).

Из выражений, употребленных в ст. 148, и из сопоставления их со ст. 197 следует, что духовным судам подведомственны не только дела о праве пользования церковной собственностью, но и иски, вытекающие из нарушения этого права, т.е. о возвращении неправильно полученных доходов, причиненных убытков и пр. (81, № 68).

3. Иски о вознаграждении за личные оскорбления, нанесенные духовными лицами православного исповедания, и за причиненные этими оскорблениями убытки (п. «в» второй части ст. 148 Уст. дух. конс.), т.е. а) иски о платеже так называемого бесчестия, или частного штрафа в пользу обиженного лица, в размере от 1 до 50 руб. (ст. 667 ч. 1 т. X Св. зак.) и б) иски о вознаграждении за убытки, причиненные личной обидой кредиту или имуществу потерпевшего (ст. 670 ч. 1 т. X Св. зак.)¹.

По отношению к духовенству римско-католического и армяно-католического исповедания такие иски могут быть предъявляемы как в духовных консисториях, так и в гражданских судах (ст. 64, п. 3 ч. I, ст. 250, п. 5 ч. I Уст. иностр. исп.), а по отношению к духовным лицам прочих исповеданий — только в гражданских судах (ст. 1281, 1351, 1693, 553 *a contrario*, 1188 и др. Уст. иностр. испов.).

§ 56. ВЕДОМСТВО КОММЕРЧЕСКИХ СУДОВ²

I. Ведомство каждого коммерческого суда распространяется на тот город, где он находится, и на уезд этого города (ст. 47 Уст. суд. торг.)³.

¹ Тем же пунктом «в» ст. 148 отнесены к ведомству духовных судов иски к духовным лицам, вытекающие из беспорных обязательств. Этим постановлением было сделано изъятие для духовенства из общего порядка взыскания долгов полицией, существовавшего до судебной реформы 1864 г. Но эта привилегия духовенства утратила силу с введением в действие Устава гражданского судопроизводства, уничтожившего разницу между спорными и беспорными делами и подчинившего все гражданские дела судебным учреждениям, так что все иски из беспорных обязательств следует считать изъятиями из ведомства духовных судов (77, № 157, 79, № 246).

² *Депт*, О торговых судах, о подсудности (Журн. гражд. и торг. пр., 1872, № 8); *Мелик-Оганджанов*, Разграничение подсудности комм. судов от подсудности суд. учр., общих и мировых, 1880; *Нефедьев*, Судопроизводство торговое и конкурсный процесс, 1908, § 4; *Шершеневич*, Курс торгового права, т. IV, 1912, § 178; *Мальшев*, I, § 27; *Азаревич*, I, 210—217; *Гольмстен*, 49—51; *Исаченко*, Комментарий, I, 27—41. Сенатская практика сведена в сборниках Носенко (1878—1882), Вильсона (1896—1897), Гребнера (1896—1897) и Добровольского (1908).

³ Коммерческие суды существуют только в столицах, Одессе и Варшаве. В остальных местностях дела, подведомственные коммерческим судам, разрешаются общими

Ограничение ведомства коммерческих судов определенным округом имеет по закону то значение, что дело может подлежать компетенции коммерческого суда только при наличии одного из трех условий, а именно: 1) если ответчик живет или по крайней мере временно пребывает в округе данного суда, или 2) если в том же округе находится предмет процесса (товары, суда и т.д.), или 3) если при заключении договора контрагенты согласились, чтобы их споры разрешались в округе данного коммерческого суда (ст. 47, 154–156).

Иск, направленный против нескольких ответчиков, живущих в различных округах, может быть предъявлен по месту жительства любого из них (ст. 157), т.е., значит, в коммерческом суде, если такой суд имеется в месте жительства того из ответчиков, на которого пал выбор истца, или в общем суде, если в данном округе нет коммерческого суда¹. Точно так же, если предмет процесса находится в округе коммерческого суда, а ответчик живет в другом округе, иск может быть предъявлен по тому или по другому основанию подсудности, хотя бы в месте жительства ответчика не было коммерческого суда; в таком случае дело придется разбирать общему суду².

II. Но ведомству коммерческих судов подлежат не все гражданские дела, возникающие в их округах, а только три категории их, а именно: 1) торговые дела на сумму свыше 150 р., за исключением споров по купле товаров за наличные деньги в торговых помещениях (в магазинах, на базарах, на ярмарках и т.д.), 2) вексельные дела на сумму свыше 500 руб. и 3) дела о торговой несостоятельности (ст. 40, 43).

судами, которые в таких случаях действуют на основании правил Устава гражданского судопроизводства (ст. 28 Уст. гражд. суд.), применяя, однако, постановления материального торгового права, заключающиеся в Уставе торговом, в тех случаях, на которые распространяется его действие, ибо к юридическим отношениям должны быть применимы те нормы, которые для них установлены. *Исаченко*, Основы гражд. процесса, 1904, 575–576.

¹ Суд., 98, № 1146, 1901, № 2339 (*Добровольский*, I, 140).

² Сенат высказал противоположный взгляд, признав, что правило ст. 156 «обязательно для такого истца, который предъявляет иск к ответчику, не имеющему жительства или пребывания в городе, в коем учрежден коммерческий суд, но товар коего, составляющий предмет тяжбы, находится в округе последнего». Суд., 95, № 1289, 98, № 1041 (*Добровольский*, I, № 137). Никаких доводов Сенат, однако, не высказал. Между тем по общему началу подсудности, одинаково принятому как Уставом торгового (ст. 154), так и Уставом гражданского судопроизводства (ст. 203, 206, 219 и др.), иски о движимом имуществе могут быть предъявляемы по месту жительства или по месту пребывания ответчика, совершенно независимо от того, где находится спорное имущество.

И. Торговыми делами называются всякого рода «споры по торговым оборотам» (ст. 40, п. 1), т.е. иски, вытекающие из торговых отношений и сделок торгового оборота¹.

Под торговым оборотом понимается совокупность возмездных юридических сделок, заключаемых в виде промысла с целью посредничества между производителями и потребителями при обращении экономических благ.

Поэтому в понятие торговой сделки входят четыре признака.

1. Торговые сделки заключаются *с целью посредничества* между производителями экономических благ и потребителями. Отсюда следует, во-1-х, что сделки между производителями и потребителями, заключаемые ими непосредственно, не входят в область торгового оборота. Таковы, например, продажа помещиком сена или дров из своего имения другому помещику для его надобностей. Во-2-х, сделки между производителями и посредниками или между потребителями и посредниками являются торговыми для посредников и неторговыми для их контрагентов. Так, продажа помещиком хлеба и других продуктов своего хозяйства скупщику, приобретающему их для дальнейшей продажи, имеет торговый характер для скупщика, но не имеет его для помещика. В-3-х, торговыми сделками для обеих сторон являются лишь те, которые заключаются между посредниками, ибо только в этом случае оба контрагента преследуют посредническую цель. Таковы сделки между профессиональными купцами, приобретающими товары друг у друга не для личного потребления, а с целью перепродажи.

Иски из двусторонних торговых сделок подлежат ведомству коммерческих судов безусловно; иски же из односторонне-торговых сделок, по установившемуся в нашей судебной практике взгляду, могут быть предъявляемы в коммерческих судах только в том случае, когда имеют торговый характер по отношению к ответчику².

¹ Торговые сделки перечислены в Уставе судопроизводства торгового и в Уставе о прямых налогах (т. V Св. зак. изд. 1903 г.). Но оба эти перечня далеко не полны. Кроме того, в Уставе о прямых налогах к торговым действиям отнесены некоторые виды промышленности. Поэтому при определении сделок, за которыми должен быть признан характер торговых, следует исходить из анализа понятий торговли и торгового оборота. Употребление такого приема оправдывается первым пунктом ст. 40 Уст. суд. торг., постановляющим, что «к ведомству коммерческого суда принадлежат все споры и иски по торговым оборотам, договорам и обязательствам словесным и письменным, *торговле свойственным*».

² По этому вопросу существует разногласие между бывшим IV, ныне Судебным, департаментом Сената и Гражданским кассационным. Первый придерживается того

2. К торговому обороту относятся не все сделки с посреднической целью, а только те из них, которые совершаются *в виде промысла*, каковы сделки профессиональных торговцев, банкиров, маклеров, и т.д. Напротив, случайное посредничество, например покупка капиталистом-помещиком урожая соседнего имения с целью перепродать его, не составляет торговой сделки и не подлежит ведению коммерческого суда. Таким образом, внешним критерием промышленного характера торговых сделок является не частая повторяемость их, ибо и продажа одной вещи торговцем¹, открывшим магазин, который вслед за тем сорел, будет, несомненно, торговой, а принадлежность контрагентов к числу лиц, профессионально занимающихся торговлей².

3. Посредническая деятельность для того, чтобы быть торговой, должна *преследовать корыстную цель*, т.е. материальную выгоду. Всякого рода благотворительное посредничество, например по приисканию занятий безработным, а также предприятия, устраиваемые с научной или художественной целью, например выставки³, стоят вне торгового оборота. Но корыстный характер должен быть присущ вообще деятельности данного лица, а не каждой отдельной его сделке, которая, по исключению, может быть для него невыгодной⁴.

4. Торговое посредничество касается *экономических благ*, а не каких-либо иных. Деятельность артистов — музыкантов, певцов, драматичес-

мнения, что для подведомственности дела коммерческому суду достаточно, чтобы оно вытекало из сделок, имеющих торговый характер по отношению к одному ответчику (95, № 1068, 96, № 167 и др.). Второй, напротив, считает подлежащими ведомству коммерческих судов только двусторонне-торговые сделки (1902, № 89, 84, № 69, 82, № 23, 74, № 761). Результатом такого противоречия в практике двух департаментов Сената является возможность предъявления неторговцами исков из сделок, торговых для ответчика как в коммерческом, так и в окружном суде, в зависимости от желания истца. Во французском Кодексе нет по этому вопросу прямого постановления, а судебная практика пришла к такому же положению, как и наш Судебный департамент (*Garsonnet*, № 162). Напротив, германский Устав судостройства относит к ведомству торговых отделений земских судов только двусторонне-торговые сделки (§ 101, п. 1). В Австрии иски из торговых сделок подведомственны коммерческим судам, когда ответчиком является торговое товарищество или купец, фирмы которых внесены в реестр, производительное либо хозяйственное общество, тоже зарегистрированное, и если притом сделка представляет для ответчика торговый характер (Закон об учр. судов, § 51, 52; *Schrutka*, § 19, 20).

¹ *Нефедьев*, 14.

² Хотя бы они не имели патента на право торговли. Гражд., 72, № 236.

³ Суд., 1907, № 2545 (Право, 1908, № 17).

⁴ *Федоров*, 137.

ких актеров и т.д., — занимающихся исполнением чужих произведений и являющихся посредниками между сочинителями и публикой, не относится к торговому обороту даже в том случае, когда составляет постоянную профессию всех этих лиц. Нельзя считать торговой деятельностью и театральную или музыкальную (концертную) антрепризу¹, потому что цель ее состоит хотя и в получении денежной выгоды, но не из содействия обращению экономических благ. Напротив, издание² и взятие литературных и музыкальных сочинений на комиссию носят характер торговый³, будучи направлены на распространение в публике не произведений духовного творчества самих по себе, а отдельных материальных вещей — книг, нот, — имеющих экономическую ценность и являющихся товаром.

Экономическими благами, фигурирующими в обороте, служат: а) товары, б) деньги и ценные бумаги (фонды) и в) труд. Сообразно с этим торговые сделки распадутся на три вида: одни заключаются в посредничестве при обращении товаров, другие — при обращении денег и фондов, третьи — при обращении труда⁴.

А. Посредничество при обращении товаров проявляется в купле с целью перепродажи или извлечения выгоды посредством отдачи в пользование другим лицам (ст. 41, п. 1, 4; ст. 43, п. 1), поставке (ст. 41, п. 4), хранении в складах (Уст. торг., ст. 766 и сл.), перевозке (ст. 41, п. 4) и комиссионерстве, экспедиторстве, маклерстве, агентуре (ст. 41, п. 4, ст. 214, п. 2).

Б. Посредничество в кредитном и денежном обращении обнимает банкирские сделки и биржевые операции по купле и продаже ценных бумаг, страхованию их от тиражей, учету векселей, денежным переводам, сделкам на разность и т.д. (ст. 41, п. 5, и 42, п. 3; Уст. о прям. нал., ст. 214, п. 3, 5).

В. Посредничество в обращении труда имеет место во всякого рода обрабатывающей промышленности — ремесленной, заводской и фабричной (ст. 41, п. 2), где применяется наемный труд (ст. 43, п. 1), при подрядах для построек и совершения иных работ (ст. 41,

¹ Суд., 1901, № 1106 (*Добровольский*, I, № 114).

² Статья 57 Уст. торг.

³ Конечно, для издателя и комиссионера, а не для автора (*Гражд.*, 1902, № 89).

⁴ Излагаемая в тексте система торговых сделок представляет собою модификацию той, которая установлена проф. Шершеневичем в его «Курсе торгового права» (I, § 8) и в «Учебнике торгового права» (§ 6).

п. 4, 42, п. 4), при найме рабочих, прислуги и проч. (ст. 41, п. 4; Уст. о прям. нал., ст. 214, п. 7). Напротив, ремесленная деятельность, не связанная с применением наемного труда, не имеет торгового характера, и дела между ремесленниками и заказчиками по поводу платы за личный труд не подлежат ведомству коммерческих судов, если не сопровождаются поставкой материала или оказанием кредита (ст. 43, п. 1).

Кроме торговых сделок, образующих непосредственное содержание торгового оборота, к области последнего относятся еще: 1) организация торговых предприятий со всеми вытекающими из нее правоотношениями между хозяевами и служащими у них лицами (приказчиками, сидельцами, артельщиками, корабельщиками, матросами и т.п.) (ст. 42, п. 1 и 4), между членами товариществ (ст. 42, п. 2), но не акционерных компаний (прим. к ст. 154; Гражд., 82, № 15); 2) сделки, необходимые для осуществления торговой деятельности, как то: постройка, покупка, починка и наем купеческих судов (ст. 41, п. 3; 45, п. 4; Уст. о прям. нал., ст. 214, п. 1), приобретение материала и дров для фабрик и заводов¹, наем помещений для торговли² и т.д.; 3) правоотношения, возникающие при осуществлении или прекращении торговых предприятий: возмещение убытков, причиненных при эксплуатации предприятий, например при кораблекрушении или столкновении судов (ст. 42, п. 5), и 4) сделки, являющиеся придаточными по отношению к торговым и потому становящиеся торговыми в силу приращения. Сюда относятся сделки по обеспечению торговых обязательств: поручительство за кредитоспособность другого лица и по всякой торговой сделке³, неустойчивая запись, заклад товара или ценных бумаг в обеспечение обязательства из торговой сделки

¹ Носенко, II, № 444–460, 464–466, 469–470. Противоп. взгляд в реш. Общ. собр. Сен., 1905, № 25.

² Добровольский, I, № 64–68. Примечание к ст. 42 относит к ведомству Одесского коммерческого суда иски из договоров найма строений, назначенных для торговли (магазинов, амбаров и т.п.). Сенат истолковал это правило в том смысле, что в Одессе коммерческому суду подведомственны все иски, вытекающие из найма означенных помещений, как предъявляемые хозяевами помещений к нанимателям, так и наоборот, между тем как в столицах ведомство коммерческих судов простирается по общему правилу только на первую категорию исков вследствие того, что во второй категории ответчиком является лицо, для которого наем помещения не представляется торговой сделкой (там же, 108–111).

³ Добровольский, I, № 17–19, 21.

(ст. 42, п. 5: бодмерея), страхование при перевозке морской (ст. 42, п. 5), но не сухопутной¹.

Таковы, по смыслу нашего действующего законодательства, сделки и правоотношения, входящие в состав «торгового оборота».

Но не все иски, возникающие из них, подведомственны коммерческим судам. Четыре изъятия установлены законом. Первое обусловлено ценою исков: дела на сумму менее 150 руб. не подведомственны коммерческим судам (ст. 43, п. 2). Второе изъятие касается торговли в специально для этого отведенных местах (в лавках, на рынках и ярмарках). А именно споры по покупке и продаже товаров в этих местах за наличный расчет подлежат ведению обыкновенных судов — окружных, мировых, городских и т.д., в зависимости от цены иска и других обстоятельств (ст. 43, п. 1). Точно так же не подлежат разбору коммерческих судов споры ремесленников между собою и с заказчиками относительно платы за личный труд, при том условии, если не было ни поставки материала со стороны ремесленника, ни окредитования (ст. 43, п. 1). Наконец, четвертое изъятие сделано для некоторых железнодорожных дел, а именно для исков, вытекающих из перевозки пассажиров, багажа и грузов: эти иски не подлежат ведению коммерческих судов (прим. к ст. 125 Уст. жел. дор.)².

II. Вторую категорию дел, подведомственных коммерческим судам, составляют вексельные дела на сумму свыше 500 руб. (ст. 40, п. 3; 41, п. 5), т.е. иски, основанные на векселях, так как особенности вексельного процесса обуславливаются тем значением, какое закон придает написанным по установленной форме векселям. Поэтому коммерческим судам подлежат взыскания по векселям как с векселедателей, так и с надписателей (ст. 157) и поручителей³, все равно, были ли векселя протестованы или нет⁴, выданы ли они в России или за границей⁵, и, наоборот, не подведомственны иски, хотя и касающиеся векселей, но не основанные на них, каковы, например, иски по расписке о рас-

¹ Суд., 1901, № 1921 и 2239 (*Добровольский*, I, № 123).

² Первоначально Сенат считал подведомственными обыкновенным судам все дела, в которых одною из сторон является управление какой-либо железной дороги, но затем правильно разъяснил, что прим. к ст. 125 Уст. жел. дор. имеет в виду только иски, указанные в ст. 125–130 этого Устава. *Добровольский*, I, № 14.

³ 90, № 523 (*Добровольский*, I, № 22); Гражд., 1876, № 409.

⁴ 90, № 72 (*Добровольский*, I, № 78); Гражд., 1867, № 50, 1868, № 289 и 540.

⁵ 97, № 440 (*Добровольский*, I, № 83).

срочке платежа по векселю¹, о взыскании вексельного долга с поручителя по отдельно совершенному обязательству² и т.д.

III. Наконец, коммерческим судам подведомственны дела о несостоятельности торговой, т.е. неоплатности долгов, явившейся результатом торговых операций лица, взявшего купеческое или промысловое свидетельство (ст. 386)³.

§ 57. ВЕДОМСТВО ВОЛОСТНЫХ СУДОВ⁴

Пределы ведомства волостных судов не везде одинаковы. В этом отношении различаются: 1) местности, где институт земских начальников не введен, 2) местности, где он введен, и 3) Прибалтийские губернии.

I. В тех местностях, где земские начальники не введены, ведомству волостных судов подлежат:

1) иски ценою до 100 руб. между крестьянами, вытекающие из обязательств или касающиеся прав на имущества, как движимые, так и недвижимые, в пределах крестьянского надела (Общее полож. о крест., ст. 159), а также иски о восстановлении нарушенного владения (О. с., 1901, № 12);

2) иски ценою свыше 100 руб., иски между крестьянами и лицами других сословий, а также иски относительно прав на недвижимость вне надела, — при условии, если ответчик не потребует, чтобы дело рассматривалось общими судами (там же, ст. 160);

3) все иски без ограничения цены, как между крестьянами, так и между крестьянами и лицами других сословий, при том условии, если стороны согласились передать их на разрешение волостного суда (ст. 161). Согласие сторон должно быть подтверждено ими в заседании и занесено в протокол (прим. 2 к ст. 161).

Все эти иски подведомственны волостному суду и в том случае, когда одною из сторон является целое крестьянское общество (О. с.,

¹ 76, № 1712 (Носенко, II, № 512).

² Статья 1560 ч. 1 т. X Св. зак.; Добровольский, I, § 23.

³ Исаченко, Русское гражд. судопр., II, § 263.

⁴ Малышев, I, § 28; Исаченко, Коммент., I, 3 и сл.; Волжин, Подсудность гражд. дел волостному суду по ст. 15 Врем. прав. о вол. суде (Журн. Юрид. Общ., 1897, № 10); Чихачев, Споры о надельной земле и дела по наследованию в волостных судах (Журн. М. Ю., 1904, № 4).

1907, № 2); но иски между крестьянскими обществами рассматриваются общими судами (О. с., 1907, № 2, 1903, № 4).

II. В местностях, где существуют земские начальники¹, компетенция волостного суда гораздо шире. Она раздвинута в двух направлениях: в отношении круга подлежащих власти волостных судов лиц и в отношении цены исков. А именно волостным судам в означенных местностях подведомственны:

1) все иски между крестьянами об имуществе, входящем в состав крестьянского надела, независимо от их цены (ст. 125, п. 1 Общ. пол. о крест.);

2) дела по наследованию и разделу наследства между крестьянами относительно наследственного имущества, не входящего в состав крестьянского надела, но стоящего не более 500 руб. (ст. 125, п. 4 б);

3) всякого рода иски между крестьянами, мещанами, посадскими, ремесленниками и цеховыми, имеющими постоянное жительство в селениях, ценой до 300 руб.², за исключением исков о праве собственности или праве владения недвижимостью, основанном на крепостном или нотариальном акте (ст. 125, п. 2, прим. 1 к ст. 77);

4) иски, указанные в предыдущем пункте, если они предъявлены неподведомственными волостному суду лицами к подведомственным, которые согласятся на решение дел волостным судом (п. 3 той же статьи).

Эти правила не распространяются на евреев в западных губерниях (Виленской, Витебской, Гродненской, Ковенской, Минской и Могилевской) и на инородцев Ставропольской губернии (прим. к ст. 125).

III. Волостным судам в Прибалтийских губерниях подведомственны следующие иски между членами волостных обществ: 1) личные — на сумму до 100 руб., 2) вещные о движимых вещах — на такую же сумму, 3) владельческие — относительно имущества, находящегося в пределах волости, в течение одного года со времени нарушения владения и 4) о восстановлении нарушенного пользования сервитутами в пределах волости — тоже в течение года (ст. 7 Волостн. суд. уст. Прибалт. губ.). Кроме того, эти же иски между лицами, не состоящими членами волостных обществ, а также между дворянами, чиновниками, священно- и церковнослужителями, почетными гражданами и купцами

¹ Постановления закона по этому вопросу не отличаются точностью формулировки. *Дружинин*, Крестьянский суд в его последнем фазисе (Наблюд., 1892, № 3, 238 и сл.).

² В том числе и по векселям (О. с., 96, № 49).

могут быть разбираемы волостными судами по взаимному согласию сторон (там же, ст. 8).

§ 58. ВЕДОМСТВО СМЕШАННЫХ ПРИСУТСТВИЙ¹

Для разбора исков о вознаграждении за убытки, причиненные частным лицам неправильными действиями чинов администрации, образуются в составе общих судебных учреждений смешанные присутствия из судей и представителей различных ведомств. Необходимость изъятия этих дел из ведения обыкновенных судов и передачи их в такие смешанные коллегии мотивируется составителями судебных уставов тем, что судьи, деятельность которых состоит в применении точных и определенных норм права к отдельным случаям жизни, «не в состоянии взвесить все отношения и мотивы, по коим действует администрация», руководствующаяся соображениями целесообразности, и не могут самостоятельно определить, правильно или неправильно поступил в том или ином случае чиновник администрации, вследствие чего нужно усилить состав суда чинами администрации, «чтобы об- суждение распоряжения административного лица могло происходить и с полным беспристрастием при уравнительном участии элементов судебного и административного, и с полным знанием свойства сделанного административным лицом распоряжения (объясн. к ст. 1322 Уст. гражд. суд.).

Пределы ведомства смешанных присутствий очерчиваются следующими условиями (ст. 1316 и 1330¹).

1. Предметом иска должно быть вознаграждение за убытки.
2. Ответчиками могут быть только должностные лица административного ведомства, к числу которых относятся и служащие по выборам в общественных и сословных учреждениях: городских, земских и дворянских (ст. 1330¹), но не сельских (ст. 1330⁶)².
3. Действия должностного лица, подавшие повод к иску, не должны принадлежать к числу преступлений по службе, влекущих за собою уголовное преследование, а должны быть просто «неправильными».

¹ Лазаревский, Ответственность за убытки, причиненные должностными лицами, 1905.

² К чинам судебного ведомства иски предъявляются с предварительного разрешения судебных палат или Сената, которые назначают тот окружный суд, где должен быть предъявлен иск (ст. 1330 и сл. Уст. гр. суд.).

Статья 1316 говорит о «нерадении, неосмотрительности и медленности должностного лица». Медленность и нерадение предусмотрены Уложением о наказаниях и влекут на собой дисциплинарные наказания (ст. 410), а в особо важных случаях — и предание суду (ст. 411). Но о неосмотрительности Уложение умалчивает. Из сопоставления ст. 1316 с указанными статьями Уложения и со ст. 1070 Уст. уг. суд. («взыскание с должностных лиц вознаграждения за вред и убытки, приписываемые преступным их действиям по должности, совершенным вследствие корыстных или иных личных видов, производится не иначе как по предании обвиняемых суду в порядке, ниже сего постановленном»), а также со ст. 1068, которая говорит о «неправильных действиях», подлежащих наказанию в дисциплинарном порядке, — из сопоставления всех этих статей следует вывести, что ст. 1316 имеет в виду всякого рода неправильные действия должностных лиц, т.е. служебные нарушения, не составляющие уголовно наказуемых преступлений по должности¹. Этот вывод подтверждается ст. 783 и 784 Уст. угол. суд., которые дают право подсудимому, оправданному судом, взыскивать в порядке, установленном ст. 1316 и сл., вознаграждение с должностных лиц, действовавших «пристрастно, притеснительно без законного повода и основания или же вообще недобросовестно».

4. Неправильность действий должностного лица, давших повод к предъявлению иска, не должна быть установлена его начальством. Если же она уже установлена, то вторичное исследование ее в смешанном присутствии представляется излишним и потерпевшее убытки лицо может отыскивать их в гражданском суде по общим правилам (О. с., 1908, № 26, 1903, № 20)².

¹ Лазаревский, 423; О. с., 1903, № 80, 1904, № 67, 1885, № 27.

² Сопоставление изложенных на с. 454 правил подведомственности исков к должностным лицам о вознаграждении за причиненные их действиями убытки приводит к следующим положениям: 1) если убытки причинены преступными, уголовно наказуемыми действиями должностных лиц, то иск может быть предъявлен, по желанию потерпевшего, либо в уголовном, либо в гражданском суде по общим правилам подведомственности; 2) если действия должностного лица не подлежат уголовному преследованию, а являются просто неправильными, то различаются три случая: а) убытки по специальному предписанию закона, подлежат возмещению из особо назначенных сумм, — тогда они возмещаются в административном порядке; б) начальство должностного лица уже признало действия его, причинившие убыток, неправильными, — тогда потерпевший убытки может предъявить иск в гражданском суде по общим правилам подведомственности; в) неправильность действий должностного лица еще не установлена начальством, — тогда иск потерпевшего подлежит ведомству смешанного присутствия.

5. Истцами могут быть частные лица, не связанные с ответчиками служебными отношениями. Напротив, должны быть предъявляемы по общим правилам подведомственности иски правительственных или общественных учреждений к подчиненным им должностным лицам (90, № 84), а также иски подчиненных к начальникам, действия которых признаны неправильными высшим начальством (О. с., 1908, № 26)¹.

6. Для предъявления этих исков установлены краткие сроки: трехмесячный, считая со времени объявления истцу распоряжения должностного лица, признаваемого им неправильным, и шестимесячный — со времени приведения этого распоряжения в действие, если оно было исполнено без предварительного объявления (ст. 1318). По истечении этих сроков право иска к должностным лицам утрачивается (О. с., 1908, № 22).

При наличии изложенных условий иски об убытках рассматриваются: 1) в особых смешанных присутствиях окружных судов² — против должностных лиц до 9-го класса включительно; 2) в особых присутствиях палат³ — против должностных лиц, занимающих долж-

¹ В тексте закона прямо не сказано, кто может предъявлять иски об убытках к должностным лицам. Но из выражения ст. 1318: «срок на предъявление иска полагается трехмесячный со дня объявления *просителю* распоряжения, признаваемого им нарушающим *его права*, или шестимесячный со дня приведения такого распоряжения в действие», видно, что закон имеет в виду нарушение прав частных лиц распоряжениями должностных лиц, потому что термин «проситель» не был бы употреблен по отношению к должностным лицам, потерпевшим убытки от своих начальников или подчиненных. Этот вывод подтверждается объяснениями к ст. 1322 Устава, где говорится: «только при установлении означенного порядка можно надеяться, что частные лица будут ограждены от нарушения их гражданских прав, а административные власти будут действовать в пределах законности».

² Присутствия окружного суда образуются, под председательством председателя суда, из вице-губернатора, двух членов суда и двух членов из чинов местных управлений. От местных управлений приглашаются в состав сего присутствия: или 1) начальник отделения казенной палаты и состоящие в управлении государственными имуществами в губернии чиновник особых поручений или лесной ревизор, по усмотрению управляющего, или же 2) старший из сих лиц, по службе, и ближайший начальник того управления, к которому принадлежит ответчик (ст. 1320). Если ответчик служит по выборам, то в присутствие приглашаются вместо чинов казенного управления местные уездный предводитель дворянства (а где дворянского представительства нет — председатель губернской земской управы) и товарищ городского головы или член городской управы, назначенный Думой для исполнения его обязанностей (ст. 1330³).

³ Присутствие палаты составляется, под председательством старшего председателя палаты, из местного губернатора, двух членов судебной палаты, управляющего казенною палатою и управляющего государственными имуществами, или же старшего из сих пос-

ности от 8-го до 5-го класса включительно, а также против уездных предводителей дворянства, городских голов, председателей и членов городских и земских управ и 3) в соединенном присутствии Гражданского кассационного департамента с Первым департаментом Сената — против должностных лиц выше 5-го класса и губернских предводителей дворянства (ст. 1317, 1320—1322, 1330¹, 1330²⁻⁴ Уст. гражд. суд.).

§ 59. ВЕДОМСТВО МИРОВЫХ СУДОВ¹

Пределы ведомства мировых судебных учреждений определены Уставом двояко: с положительной стороны — в ст. 29, указывающей, какие дела и иски подлежат их компетенции, и с отрицательной — в ст. 31, которая перечисляет иски, изъятые из их компетенции. При этом, однако, некоторые категории исков не упомянуты ни в той, ни в другой статье. Не будь в Уставе ст. 31, все иски, отсутствующие в ст. 29, нужно было бы считать подведомственными окружным судам согласно ст. 202, по которой «окружным судам подсудны все иски, не подлежащие ведомству мировых судей». Но при наличии ст. 31, прямо перечисляющей иски, которые не подлежат ведомству мировых судей, вопрос о подведомственности непредусмотренных в ст. 29 исков решается не так просто. Чтобы разграничить ведомство окружных и мировых судов, недостаточно истолковать ст. 29, а необходимо сопоставить ее со ст. 31 и затем непредусмотренные ни в той, ни в другой иски подвести по аналогии под одну из них, руководствуясь их сходством по существу с теми исками, которые предусмотрены в законе. Тогда иски, однородные с указанными в ст. 29, войдут в число подведомственных мировым судам, а однородные с перечисленными в ст. 31 будут включены в компетенцию окружных судов.

ледних по службе и ближайшего начальника того управления, к которому принадлежит ответчик (ст. 1321). Если ответчик состоит на службе по выборам, то в присутствия приглашаются вместо чинов казенного управления губернский предводитель дворянства и городской голова того города, где палата находится (ст. 1330⁵). В случае предъявления иска против головы того города, в котором находится судебная палата, место его в особом присутствии занимает член городской управы, назначенный для временного исполнения его обязанностей, или товарищ головы (ст. 1330³). В состав особого присутствия Одесской судебной палаты приглашается одесский уездный предводитель дворянства, а в случае предъявления иска против него — избранный от Одесского уезда депутат дворянства или старший по баллам заседатель местной дворянской опеки (ст. 1330⁴).

¹ Малышев, I, § 26; Анненков, I, 25 и сл.; Исаченко, I, 50 и сл.

Так, первый пункт ст. 29 относит к ведомству мировых судов «иски по личным обязательствам и договорам ценою не свыше 500 рублей», противопоставляя «личные обязательства» «договорам». Это деление соответствует тому, которое установлено в Гражданских законах (ч. 1 т. X), где различаются обязательства по договорам на имущества и обязательства личные по договорам, причем ко вторым причислены обязательства по договорам личного найма и доверенности. Нет никакого сомнения, что составители судебных уставов позаимствовали в данном случае терминологию из Гражданских законов и что в п. 1 ст. 29 под исками по личным обязательствам и договорам имелись в виду иски, вытекающие из всех обязательств по договорам, как личных, так и имущественных¹. Но обязательства возникают не только из договоров, а и из правонарушений, из односторонних сделок (завещаний), из неосновательного обогащения, из брачных и семейных отношений. Обязательства из правонарушений предусмотрены в п. 2 ст. 29; об остальных же ни в ст. 29, ни в ст. 31 ничего не говорится. Но так как они однородны с обязательствами по договорам, так как из них вытекают тоже личные, а не вещные иски, то, применяя к ним по аналогии первый пункт ст. 29, нужно признать, что они тоже должны быть отнесены к ведомству мировых судов, если их цена не превышает 500 руб. К такому выводу пришли наши юристы и Сенат, который признал подлежащими ведомству мировых судов иски между супругами, родителями и детьми о содержании (71, № 1282, 83, № 28, 95, № 44, 1904, № 112), о вознаграждении за находку (69, № 73), о судебных издержках (69, № 1033, 71, № 183) и т.д. Неподведомственны мировым судам только иски о личных правах, вытекающих из брачных и семейных отношений, так как они не подлежат денежной оценке и не могут быть подведены под категорию исков «на сумму менее 500 руб.» (83, № 20, 1908, № 56)².

Другой существенный пробел в ст. 29 и 31 касается исков об авторском праве на литературные, музыкальные и художественные произведения, о праве на фирму, на отличительные знаки, на фабричные рисунки и модели. Все эти иски по существу своему однородны с предусмотренными в п. 4 ст. 31 «спорами о праве на открытия и изобретения», так как все они касаются одного и того же класса прав — исключительных, или на нематериальные объекты. Такое мнение высказал относительно

¹ Мальшев, I, 145—146; Анненков, 48; Исаченко, I, 54.

² Исаченко, I, 51; Анненков, I, 47—48.

исков об авторском праве и Сенат (88, № 22)¹. При этом Сенат нашел, что «по ст. 217 исключительно ведению окружного суда подлежат не только иски о признании за истцом права литературной собственности, но вообще все дела о нарушении этой собственности». Это неверно. Из авторского права могут вытекать не только абсолютные, вещные иски (о признании и восстановлении авторского права), но и личные (об уплате издателем условленной суммы денег, о вознаграждении за убытки, причиненные перепечаткой). К ведомству окружных судов следует относить только абсолютные иски относительно авторского и прочих исключительных прав, потому что ближе всего они подходят к вещным искам о недвижимости, отнесенным к ведомству окружных судов, и к «спорам о привилегиях на открытия и изобретения», тоже изъятым из ведения мировых судов. Но личные иски, вытекающие из авторского и других исключительных прав, и иски о вознаграждении за нарушение этих прав подходят под п. 1 и 2 ст. 29, а потому их следует признать подведомственными мировым судам.

Далее, п. 1 ст. 31 изъемятся из мировой подсудности «иски о праве собственности и о праве на владение недвижимостью, утвержденном на формальном акте». В этом правиле возбуждает сомнение вторая половина: что следует понимать под правом на владение? Только вещное право на недвижимость (сервитуты, залог, право вечного владения и пользования и проч.) или также и право владения, основанное на обязательственных отношениях между собственником недвижимости и посторонним лицом (по договору найма, аренды)?

Если принять во внимание, что по п. 1 ст. 29 все личные иски входят в компетенцию мировых судов и что иски о праве на владение

¹ Но Сенат основывается не на аналогическом применении п. 4 ст. 31, а на ст. 217, из которой такого вывода вовсе нельзя сделать, так как она разграничивает только *подсудность*, т.е. пространственную компетенцию отдельных окружных судов, и не касается ведомства окружных и мировых судов. Она лишь предоставляет истцу на выбор, предъявить ли иск о нарушении авторского права по месту жительства ответчика или по месту нарушения права. Но из того, что это правило не повторено в отделе о подсудности мировой, вовсе не следует, будто иски авторов на сумму до 500 руб. не могут подлежать рассмотрению мировых судов. Ведь и многие другие правила судопроизводства, в том числе определяющие подсудность (например, ст. 208, 209, 210, 215 и др.), установлены только по отношению к окружным судам, однако это не мешает применению их мировыми судами, ибо согласно ст. 80 Устава мировые суды обязаны руководствоваться правилами, установленными для общих судов, во всех тех случаях, когда для них не преданы особые правила и когда применение общих правил не противоречит особенностям мирового судопроизводства (92, № 73, 76, № 17, 72, № 254).

недвижимостью, основанном на обязательственных отношениях, являются иски личными, то нужно прийти к заключению, что они подведомственны мировым судам и что под «исками о праве на владение, основанном на формальных актах», закон разумеет только иски вещные. Правильность такого вывода подтверждается, во-1-х, объяснениями к п. 4 ст. 29, где сказано, что «из дел, касающихся непосредственно¹ недвижимых имений, мировым судьям могут быть предоставлены по закону только споры о завладении имуществом и о других нарушениях права законного владения... с тем, чтобы они, *не входя в рассмотрение вопроса о самом праве на владение*, только удостоверяться, в чем владении и в каком состоянии находился спорный предмет».

Употребляя выражение «дела, касающиеся непосредственно недвижимого имущества», составители Устава, несомненно, имели в виду иски о вещных правах на недвижимость, потому что у вещных прав непосредственным объектом является имущество. У обязательственных же между вещью и обладателем права находится непосредственный объект — действие другого лица, а имущество — только дальнейший, посредственный объект². Так, собственник имеет право на вещь, а наниматель — только право требовать от хозяина, чтобы он передал ему вещь во владение и не препятствовал пользоваться ею. Во-2-х, совершение формальных (крепостных) актов требуется только для вещных прав на недвижимость (ст. 66 Нотар. полож.); обязательственные же права по имуществам могут быть устанавливаемы и доказываемы домашними актами и даже нередко словесными договорами. В-3-х, в объяснениях к ст. 228 составители Устава проводят «различие между исками личными и исками о недвижимых имуществах», понимая под вторыми, очевидно, вещные иски.

Такова и практика Сената, признавшего неподведомственными мировым судам иски о праве пожизненного владения (73, № 1440), праве бессрочного пользования (79, № 226, 78, № 241), чиншевом праве (77, № 109, 111, 114—119), сервитутах (90, № 106). Наоборот, иски о недвижимости, вытекающие из обязательственных отношений, правильно отнесены Сенатом к ведомству мировых судов (1880,

¹ В тексте сказано: «не непосредственно», но это очевидная опечатка, так как вслед за тем речь идет о завладении имуществом и других нарушениях владения им, а это касается непосредственно имущества.

² См. мой «Учебник гражданского права», вып. 2, § 1.

№ 300, 75, № 914). По аналогичным соображениям следует признать, что иски о залоговом праве (о признании его действительности или недействительности, об определении объема и т.д.) относительно недвижимого имущества подведомственны окружным судам (87, № 34, 92, № 54), а иски о взыскании долга по закладным, как требования личные, подлежат компетенции мировых судей, если, разумеется, не превышают 500 руб. (75, № 508, 86, № 25).

По восполнении таким образом пробелов в ст. 29 и 31, можно с точностью установить круг дел, подведомственных мировым судам. Группируя эти дела, нетрудно заметить, что они распадаются на две категории: одна всегда и обязательно подлежит ведомству мировых судов, другая — только при наличии некоторых дополнительных условий. Таким образом, следует различать *обязательную*, или *безусловную*, подведомственность и *необязательную*, или *условную*.

I. *Обязательная подведомственность* распространяется, во-1-х, на иски о личных обидах и об оскорблениях (п. 3 ст. 29). Размер вознаграждения (так называемое «бесчестие») не может превышать 50 руб. (ст. 667 Гр. зак.). Это вознаграждение установлено законом в виде возмещения за причиненный оскорблением нравственный ущерб достоинству и чести обиженного лица. Что же касается материальных убытков, которые иногда бывают результатом такого оскорбления, в частности клеветы (ст. 670 Гр. зак.), то они могут быть взыскиваемы по общим правилам, т.е. иски о них подлежат ведомству общих или мировых судов в зависимости от своей цены¹.

Во-2-х, в мировых судах должны быть предъявляемы иски о вознаграждении за убытки, размер которых не может быть наперед известен даже приблизительно (п. 2 ст. 29).

В-3-х, кроме исковых дел, указанных выше, мировым судьям подведомственны просьбы об обеспечении доказательств по делам, подлежащим рассмотрению в мировых (п. 6 ст. 29) и коммерческих судах (1902, № 73). По остальным делам, отнесенным к компетенции окружных судов, они могут быть заявляемы как мировым судьям, так и окружным судам (ст. 369¹)².

¹ Анненков, I, 49–50.

² Исаченко, I, 70–71. В Прибалтийских губерниях к ведомству мировых судей относятся еще иски для осмотра движимых вещей и просьбы об обеспечении будущих исков (ст. 1806, п. 3 и 4, Уст. гражд. суд.).

II. Условная подведомственность бывает тройкого рода: А) в зависимости от времени предъявления иска, Б) в зависимости от цены иска и В) в зависимости от соглашения тяжущихся.

А. Временем предъявления определяется подведомственность: 1) исков о восстановлении нарушенного владения и 2) исков о праве участия частного.

1. Иски о восстановлении нарушенного владения подлежат ведомотству мировых судей, если предъявляются не позже шести месяцев со времени нарушения (п. 4 ст. 29).

Сам закон не определяет, что собственно следует понимать под этими исками. Но из сопоставления п. 1 ст. 31 Устава, изъемлющей из ведения мировых судей иски о праве собственности на недвижимое имущество и на владение недвижимостью, основанном на формальном акте, со ст. 73, воспреещающей мировому судье входить, при разрешении дел о восстановлении нарушенного владения, в рассмотрение документов, доказывающих право собственности на спорное имущество, следует, что закон имеет в виду владельческие, или посессорные, иски. Это подтверждается объяснениями к п. 4 ст. 29, где говорится: «Мировой судья, в делах сего рода, не входя в рассмотрение самого права на владение, должен ограничиться возвращением имущества тому, в чьем владении оно состояло до нарушения».

Владельческие иски могут быть направлены либо на возвращение владения (*interdicta recuperandae possessionis*), либо на устранение нарушения владения (*inderdicta retinendae possessionis*), смотря по тому, отнял ли ответчик у истца владение совсем (например, заняв и отгородив его участок земли) или же только нарушил владение истца, например устроил улей в его лесу (75, № 757), примкнул плотину к его берегу (79, № 3012)¹.

Особый вид владельческих исков составляют иски о восстановлении нарушенных земельных границ генерального межевания: судья обязан в этих случаях восстанавливать границы исключительно на основании межевых планов и книг (ст. 11 прил. 1 к ст. 1400).

¹ Что под иском о восстановлении нарушенного владения нужно понимать оба эти иска, это подтверждается как объяснениями к п. 4 ст. 29, в которых говорится, что мировым судьям должны быть подведомственны «споры о завладении имуществом и о других нарушениях законного владения», так и ст. 1310, различающей среди дел казенных управлений «иски» о «завладении недвижимым имуществом» и о «нарушениях владения» им (92, № 18).

По истечении шести месяцев иски о восстановлении нарушенного владения становятся подведомственными окружным судам (ст. 212, 213, 1312)¹, которые, в отличие мировых, имеют право входить в рассмотрение документов, удостоверяющих права ответчика на владение спорным имуществом, так как правило ст. 73 не повторено в отделе Устава, посвященном производству в окружных судах (84, № 44). Вследствие этого владельческий процесс утрачивает в окружном суде свой специфический характер спора о факте и соединяется со спором о праве вопреки самому существу владельческого процесса, не допускающему такого соединения (*possessorium cum petitorio non cumulatur*)².

2. Иски о праве участия частного подведомственны мировому суду в течение одного года со времени последовавшего нарушения этого права ответчиком (п. 5 ст. 29). По прошествии этого срока они переходят в ведомство окружных судов.

Под исками о праве участия частного следует понимать, согласно сделанной в п. 5 ст. 29 ссылке на ст. 442, 445, 451 Гражд. зак., иски, вытекающие из соседского права, или из законных ограничений права собственности (легальных сервитутов). Таковы, например, иски об уничтожении запруды, устроенной соседом, владеющим землей у верхнего течения реки (п. 1 ст. 442 Гр. зак.), о заделке окон, сделанной соседним домовладельцем в стене своего дома, находящейся на границе владений истца (ст. 446, 99, № 74), о восстановлении права проезда через землю соседа на отхожие промыслы (ст. 448)³.

¹ Эти статьи прямо указывают на подведомственность владельческих исков окружным судам, опровергая противоположное мнение Малышева (I, 154) и составителей обязательной записки к проекту новой редакции Уст. гр. суд. (II—III, 31—33).

² См. мой «Учебник гражданского права», вып. 2, § 3.

³ Так как в ст. 29 сделана ссылка на ст. 450 и 431 Гражд. зак., где речь идет о праве смежного поземельного владельца требовать отвода ему дороги через землю соседа, то, значит, к искам о праве участия частного закон относит и иск об установлении сервитута проезда. Но эти иски возникают не из нарушения права участия частного, которое до решения суда об установлении сервитута еще не существует. А между тем п. 5 ст. 29 ограничивает возможность предъявления всех таких исков в мировых судах годичным сроком со времени нарушения этого права. Как же быть? Анненков полагает, что указанный срок к искам об отводе дорог совсем неприменим (I, 82). Но правильнее будет исчислять его с того времени, когда создалось фактическое положение, дающее право владельцу требовать установления сервитута в чужом имуществе, ибо иски возникают не только тогда, когда нарушается право, но и тогда, когда фактическое положение вещей вообще начинает не соответствовать предписаниям права.

По аналогии следует отнести к мировой подсудности и другие иски о нарушении ограничений права собственности, хотя и не предусмотренных в ст. 442, 445–451 Гражд. законов, но по существу сходных с предусмотренными, каковы, например, пристройка кузницы к стене дома (74, № 673), ограничения права собственности, установленные в Положении о крестьянах (73, № 508), и т.д.

Напротив, иск собственника или вообще владельца имущества об устранении ограничения его права собственности посторонним соседом, неправильно присвоившим себе легальный сервитут (например, право прохода или проезда через землю истца), является не иском о праве участия частного, а иском о восстановлении нарушенного владения или об устранении нарушения права собственности (*actio negatoria*). Другими словами, в процессе о праве участия частного истцом может быть лицо, требующее признания такого права за собою в чужом имуществе; владелец же этого имущества может фигурировать только в роли ответчика (79, № 302, 304, 89, № 91, 99, № 74)¹.

Иски о праве участия следует строго отличать от споров о праве участия общего (ст. 434–441 Гражд. зак.) и о праве угодий (ст. 452–466 Гражд. зак.). Первые вовсе неподведомственны судебным учреждениям, так как право участия общего представляет собою ограничение права собственности частных лиц в общественном интересе, а потому о соблюдении его собственниками должна заботиться административная власть, принимая соответствующие меры и привлекая виновных к уголовной ответственности (Уст. о наказ., налаг. мир. суд., ст. 73 и сл.).

Так, неподведомственны судебным учреждениям иски об открытии общей дороги (75, № 829), уничтожении запруды на сплавной реке (78, № 20, 1906, № 39), о воспрещении запашки большой дороги (79, № 220) и т.п.² Иски же о праве угодий, т.е. о вещных правах на недвижимые

¹ В решении 1899 г. № 74 Сенат вовсе не отступил от этого взгляда, как думает Исаченко (Основы, 116), а, напротив, подтвердил, что в «исках о праве участия частного истец защищает не факт владения своим имением, а принадлежащее ему право пользования в выгодах чужого имения». В том, что собственник имения, в котором сосед незаконно присвоил себе право участия частного, лишен возможности предъявить иск по п. 5 ст. 29, нет, вопреки мнению Исаченко (Основы, 116–117), ничего странного и несправедливого, ибо этот собственник может воспользоваться иском о восстановлении нарушенного владения (в течение шести месяцев у мирового судьи, а позже в окружном суде) или негаторным иском об устранении нарушения своего права собственности.

² В нескольких решениях Сенат высказал противоположный взгляд, найдя неподведомственными судам иски о восстановлении проселочной дороги, уничтоженной собственником земли, через которую она пролегала (70, № 414), и о признании за обществом

имущества, подлежат, в силу п. 1 ст. 31 Уст., ведомству окружных судов (90, № 106, 76, № 595).

Из споров, касающихся права участия общего, судебным учреждениям подведомственны только две категории исков, а именно, во-1-х, иски собственников недвижимых имуществ, в которых установлены ограничения в публичном интересе (большая дорога, бечевник и проч.), к посторонним лицам, превысившим пределы этих ограничений. Так как собственник обязан терпеть ограничение своего права только в указанных законом пределах, то если постороннее лицо преступит их (если, например, кто-либо, не довольствуясь проездом по большой дороге, построит на ней здание или рельсы), собственник может предъявить к нарушителю иск о восстановлении своего владения или права собственности (85, № 101, 91, № 114 и 48). Во-2-х, если собственник имущества, в котором установлено право участия общего, или постороннее лицо помешает кому-либо воспользоваться этим правом и причинит этим убыток, то требование о взыскании такого убытка, а равным образом и особой пени за задержание товара на путях общего пользования (ст. 674 Гражд. зак.) подлежит предъявлению в гражданском суде по общим правилам подведомственности, так как относится к числу исков, вытекающих из проступков (ст. 664 Гражд. зак.), а именно из нарушения правил о путях сообщения и бечевниках (1906, № 39).

Б. По цене подведомственны мировым судам все личные иски и все вещные иски о движимом имуществе (п. 1 и 2 ст. 29), кроме тех, в которых одною из тяжущихся сторон или обеими являются казенные управления (п. 2 ст. 31). По исключению к ведомству мировых судов отнесены: 1) иски о вознаграждении за повреждения имений ведомства Министерства государственных имуществ; 2) дела управлений казенных железных дорог (прим. 1 к ст. 1289); 3) иски о вознаграждении

крестьян права прохода и проезда по улице села, являющейся частью большой дороги (86, № 9), на том основании, будто в таких случаях дело идет не о восстановлении права участия общего, а о защите основанного на этом праве частного права пользования. Эту точку зрения оправдывает Исаченко: «Коль скоро право участия общего установлено и существует, вследствие чего пользование им является уже частным правом каждого, то почему нельзя требовать восстановления этого права судебным порядком?..» (Основы, 120). Конечно, потому, что это право хотя и принадлежит частному лицу, но является не гражданским, а публичным правом и состоит в возможности требовать от административной власти, чтобы она заставила собственника имущества, в котором установлено легальное ограничение в публичном интересе (например, большая дорога, бечевник), соблюдать это ограничение, а посторонних лиц — не нарушать его.

за убытки и повреждение здоровья, причиненные вольнонаемным мастеровым рабочим и служащим в артиллерийских заведениях военного ведомства, в государственной и сенатской типографиях, в предприятиях фабрично-заводской, горной и горнозаводской промышленности ведомства Кабинета Его Величества и уделов, в казенных предприятиях торговых портов, в адмиралтействах, заводах и технических заведениях морского ведомства; 4) иски семейств всех перечисленных лиц о вознаграждении и о производстве пенсий (Уст. о пром., ст. 156^{20–24}; прим. 3 к ст. 1289 Уст. гражд. суд.) и 5) иски, вытекающие из страхования доходов и капиталов через посредство государственных сберегательных касс (прим. 4 к ст. 1289).

Предельная цена иска, которою ограничивается компетенция мировых судов, — 500 руб. В Царстве Польском она уменьшена до 300 руб., а в Закавказье, Черноморской губ., Архангельской губ., Сибири, в областях Сыр-Дарьинской, Самаркандской, Ферганской, Семиреченской, Закаспийской, Акмолинской, Семипалатинской, Уральской и Тургайской увеличена до 2 тысяч, причем до этой суммы подчинены ведомству мировых судов и вещные иски о недвижимости, а иски по взысканиям в упрощенном порядке даже на всякую сумму (ст. 1462, 1489, 1481³, 2099, 2100, 2122, 2125, 2126, 2151, 2153, 2154),

В. По соглашению сторон на разрешение мировых судей могут быть передаваемы иски между сельскими обывателями, подведомственные их сословным судам (п. 3 ст. 31). Это соглашение может быть как явным, выраженным в форме договора, так и молчаливым, проявляющимся в том, что истец предъявляет иск у мирового судьи, а ответчик вступает в дело, не заявляя отвода (77, № 88, 73, № 208).

§ 60. ВЕДОМСТВО СУДЕБНО-АДМИНИСТРАТИВНЫХ УЧРЕЖДЕНИЙ¹

Судебно-административные учреждения, заменившие во внутренних губерниях мировые суды, унаследовали от них всю их компетенцию в гражданских делах, причем часть этих дел пришлась на долю земских начальников и городских судей, а часть — на долю уездных членов окружных судов.

¹ Гольмстен, 61–65; Азаревич, I, 234 и сл.; Загоровский, Очерки гражданского судопроизводства в новых административно-судебных и судебных учреждениях, 1892, 25 и сл.; Асоков, О подсудности судебных дел уездным членам окружных судов, зем. нач. и проч., 2-е изд., 1905.

1. Из дел, входящих в обязательную компетенцию мировых судов, земским начальникам и городским судьям подведомственны: 1) иски о личных обидах и об оскорблениях (ст. 20, п. 5 Прав. о произв. суд. дел) и 2) просьбы об обеспечении доказательств (ст. 20, п. 6). Кроме того, земским начальникам предоставлено разрешение исков, предъявляемых в порядке понудительного пополнения (ст. 141, 142 Прав.).

Из условно подведомственных мировым судам выделены земским начальникам и городским судьям: 1) иски о восстановлении нарушенного владения в течение шестимесячного срока со времени нарушения (ст. 20, п. 2); 2) иски по найму земельных угодий, оброчных и доходных статей¹, по личному найму на сельскохозяйственные должности и работы, а также иски о потравах и других повреждениях лугов, полей и иных угодий — на сумму не свыше 500 руб. (ст. 20, п. 1 и 3); 3) все остальные личные иски — на сумму не свыше 300 руб. (ст. 20, п. 4).

Пункт 4 ст. 20 воспроизводит правило, изложенное в п. 1 ст. 29 Устава гражданского судопроизводства, но с перестановкой слов, а именно вместо «исков по личным обязательствам и договорам» сказано «иски по личным договорам и обязательствам». Эта перестановка не сделана умышленно, с целью отнести к ведомству земских начальников и городских судей только иски по личным договорам (доверенности и личному найму) и изъять из их компетенции иски по имущественным договорам. Это видно из того, что в ст. 48 Полож. о зем. нач. после трех пунктов, буквально тождественных с тремя первыми пунктами ст. 20 Правил о производстве, говорилось: «Все прочие иски на сумму не свыше 300 руб., означенные в статье 29 Устава гражд. суд.»². Так как ст. 20 Правил издана не в отмену, а лишь в развитие ст. 48 Положения, то она должна быть толкуема в соответствии со ст. 48 Положения.

Подобные перестановки слов при воспроизведении постановлений Устава гражданского судопроизводства постоянно встречаются в правилах производства у земских начальниках и являются чисто редакционными, не всегда удачными изменениями³. Поэтому им нельзя придавать существенного значения⁴.

¹ К искам по найму угодий относятся и иски о вознаграждении за убытки, причиненные нарушением договора найма (1905, № 34).

² Гольмстен, 63—64.

³ Барздский, Подсудность по имущественным сделкам и договорам (Право, 1904, № 41).

⁴ Гольмстен, 64.

Имея в виду, что п. 4 ст. 20 подчиняет компетенции земских начальников и городских судей все личные иски, следует признать, что в число этих исков входят также иски по договору найма недвижимостей как в уездах, так и в городах. Этот вывод подтверждается п. 2 ст. 141 Правил.

Однако для того, чтобы перечисленные иски подлежали ведомству земских начальников и городских судей, необходимы еще три отрицательных условия: 1) чтобы они не предъявлялись против лиц, место жительства или пребывания которых неизвестно или которые проживают за границей; 2) чтобы эти иски не были подведомственны волостному суду или чтобы тяжущиеся согласились предоставить свое дело на разрешение земского начальника или городского судьи и 3) чтобы ни один из ответчиков (если их несколько) не подлежал ведомству мирового судьи (ст. 21, п. 3, 5, ст. 22).

II. Уездным членам окружных судов подведомственны возникающие в уездах дела мировой компетенции, за вычетом отнесенных к ведомству земских начальников и городских судей (ст. 29 Правил об устройстве суд. части в местн., где введены зем. нач.), т.е. значит: 1) иски о праве участия частного, если со времени нарушения его прошло не более года; 2) все личные иски на сумму от 300 до 500 руб.; 3) иски о вознаграждении за убытки, количество которых во время предъявления иска неизвестно (п. 1, 2, 5 ст. 29 Уст. гр. суд.; ст. 21, п. 6 Прав. произв.); 4) иски, предъявляемые в порядке упрощенного судопроизводства, на всякую сумму (п. 1 ст. 365⁶ Уст.).

§ 61. ВЕДОМСТВО ГРАЖДАНСКИХ ОТДЕЛЕНИЙ ОКРУЖНЫХ СУДОВ

Все иски, не подведомственные ни особенным судам, ни смешанным присутствиям судебных учреждений, ни мировым и заменившим их судебно-административным учреждениям, подлежат ведомству гражданских отделений окружных судов.

Если преобразовать эту отрицательную формулировку в положительную, то получится такое положение.

Обязательная подведомственность гражданским отделениям окружных судов обнимает: 1) вещные и смешанные иски о недвижимом имуществе (п. 1 ст. 31); 2) абсолютные иски об исключительных правах (п. 4 ст. 31 по аналогии); 3) иски о личных правах, вытекающих из брачных и семейных отношений; 4) иски казенных управлений

и к казенным управлениям, кроме исков о потраве и других убытках в имениях ведомства Министерства государственных имуществ и указанных в примечаниях к ст. 1289 исков к некоторым казенным управлениям; 5) иски о расторжении и недействительности раскольничьих браков (ст. 1356¹, 1400).

Условно подведомственны окружным судам: 1) по времени предъявления — владельческие иски, если со времени нарушения владения прошло более шести месяцев, и иски о праве участия частного, если со времени нарушения его прошло больше года (п. 4 и 5 ст. 29); 2) по цене — все личные иски на сумму свыше 500 руб., кроме исков об убытках, причиненных неправильными действиями должностных лиц административного ведомства (ст. 1316) и служащих по выборам в городских, земских и дворянских общественных учреждениях (ст. 1330¹).

§ 62. Виды подсудности¹

I. Подсудность дел в тесном, собственном смысле слова — то же самое, что пространственная компетенция однородных судов (*forum*, *Gerichtsstand*, *competentia ratione personae*).

Ограничение ведомства каждого суда определенным округом обуславливается невозможностью подчинить все дела, возникающие на пространстве государственной территории, одному центральному суду. Исключение составляет только высший суд, Сенат, не рассматривающий дел по существу, а наблюдающий за правильным применением судами материальных и процессуальных законов. Его ведомство «распространяется на всю Империю» (ст. 4 Учр. суд. уст.), за исключением только Финляндии.

Так как все однородные суды обладают одинаковой организацией и одинаковой предметной и функциональной компетенцией, то каждый из них точно так же способен к правильному разрешению дел, как и любой другой. Поэтому с точки зрения успешного отправления пра-

¹ Малышев, I, § 30 и сл.; Азаревич, I, 239 и сл.; Гольмстен, 65 и сл.; Энгельман, § 16; Нефедьев, § 53—55; Яблочков, 51 и сл.; Гордон, Система, 60—66.

Savigny, System d. heut. röm. R., VIII, § 350 ff.; Wetzell, § 40; Renaud, § 29; Osterloh, § 74 ff.; Wach, I, § 33 ff.; Hellwig, II, § 98 ff.; Weismann, I, § 29 ff.; Schmidt, § 45; Kleinfeller, § 26; Canstein, I, § 8; Pollak, § 58 ff.; Schrutka, § 45.

Garsonnet, Traité, II, § 468 ss.; Précis, № 163 ss.; Chiovenda, § 30.

восудия совершенно безразлично, какой именно из них будет разбирать то или другое дело. Только ввиду каких-либо особых обстоятельств может быть необходимо отступление от этого правила¹.

Отсюда вытекают следующие общие положения.

1. Обязательная подсудность может быть установлена только для некоторых категорий дел ввиду наличности условий, делающих желательным рассмотрение их именно теми, а не иными из однородных судов.

2. По отношению ко всем прочим делам можно предоставить тяжущимся избирать, по взаимному соглашению, для разрешения своих дел один из судов, которым такого рода дела подведомственны (ст. 227, 228).

3. Истец имеет право предъявить иск в любом из однородных судов, компетентных для разрешения данного рода дел, и если ответчик не заявит отвода о неподсудности, то суд обязан приступить к рассмотрению этого дела (ст. 571, п. 1, ст. 574).

4. Если между сторонами не состоялось соглашения относительно подсудности данного дела, то подсудность его определяется по месту постоянного жительства ответчика (*actor sequitur forum rei*). Предпочтение должно быть отдано интересам ответчика ввиду следующих обстоятельств. Во-1-х, ответчику удобнее защищаться от притязаний истца в месте своего постоянного жительства, где ему легче собрать доказательства и найти свидетелей в свою пользу. Во-2-х, первоначальные издержки по ведению дела, както: уплата судебной пошлины и других сборов, а равным образом и расходы, связанные с производством дела в суде другого округа, должны падать на истца, так как от него зависит предъявление иска и он должен нести последствия неосновательности или недоказанности своего иска. Наконец, в-3-х, если бы дать истцам возможность предъявлять иски не по месту жительства ответчиков, то это повело бы к тому, что предъявлялись бы нередко совершенно неосновательные иски с целью причинить ответчикам беспокойство и вовлечь их в излишние расходы, которые не всегда можно возместить с истцов.

5. Истцу предоставляется право начать дело в более удобном для себя суде, если имеются налицо особые обстоятельства, оправдывающие нарушение интересов ответчика в пользу интересов истца, если, например, ответчик не имеет постоянного места жительства или если оно

¹ *Fitting* (Zt. Zp., 6 B., 368 ff.); *Бентам*, О судоустр., 20–22. См. с. 448.

неизвестно истцу; если иск касается исполнения договора, который, по своему существу или по соглашению сторон, подлежит исполнению в определенном месте, и т.п.

6. Подсудность дела определяется по моменту предъявления иска: дело подлежит рассмотрению того суда, которому оно подсудно в момент предъявления иска. Если в течение производства основание подсудности, которым руководствовался истец, возбуждая дело, упадет, суд все-таки должен довести дело до конца (*ubi coeptum est semel iudicium, ibi et finem accipere debet*). Например, иск был предъявлен правильно по месту постоянного жительства ответчика; во время производства ответчик переехал на жительство в другой судебный округ; это обстоятельство никакого значения не имеет (68, № 762, 69, № 440). Допустить противное — значило бы замедлить производство дел и дать ответчикам средство затягивать их.

7. Если иск предъявлен с нарушением правил подсудности, но это нарушение устранилось до разрешения судом заявленного ответчиком отвода, то дело должно быть признано подсудным данному суду, так как интересы ответчика не будут нарушены: дело будет производиться в том именно суде, которому оно во время производства подсудно¹. Разрешение этого вопроса в противоположном смысле было бы проявлением чрезмерного формализма и вело бы к замедлению производства и неосновательному обогащению ответчика².

II. Фактические обстоятельства, которыми определяется подсудность дел, называются основаниями подсудности. Они чрезвычайно разнообразны и могут быть классифицируемы различным образом³.

¹ *Hellwig*, § 67, I, 1a. Такое разъяснение дал и германский Имперский суд (ib.). Нашему Сенату не приходилось высказываться по этому вопросу; но в аналогичном случае Сенат поступил таким точно образом, признав, что иск, не подведомственный мировым судам по первоначально показанной в исковом прошении цене, становится подведомственным им, если истец уменьшит цену до постановления решения в первой инстанции (1902, № 68, 87, № 52).

² Суд прекратил бы дело по отводу ответчика; истцу пришлось бы предъявлять вторично тот же иск в том же суде и вторично вносить судебные пошлины, а ответчик мог бы взыскать с него судебные издержки по прекращенному делу. И все это для того, чтобы тот же самый иск был рассмотрен тем же самым судом. Вот один из случаев, где принцип процессуального формализма должен отступить пред принципом процессуальной экономии. См. с. 351.

³ Обыкновенно противопоставляют подсудность *добровольную*, или *договорную* (*forum conventionale, prorogatum*), обусловливаемую соглашением сторон, и *законную* (*f. legale*), основания которой указаны в самом законе, а законную подразделяют на *общую* (*f. commune*,

Наш Устав выставляет в качестве общего правила подсудность исков по месту постоянного жительства ответчика; прочие основания подсудности называет исключениями из этого общего правила (ст. 203). Однако, рассматривая эти исключения, можно убедиться, что они имеют далеко не одинаковое значение. Некоторые основания подсудности, например место нахождения недвижимости, совершенно устраняют возможность применения общего основания — по месту жительства ответчика (ст. 212, 228), не допускают изменения по воле сторон (ст. 228) и подлежат соблюдению судами независимо от указания ответчика (ст. 384, п. 2). Другие основания подсудности применяются только при невозможности руководствоваться общим основанием, а именно когда ответчик не имеет постоянного места жительства в России или когда оно истцу неизвестно (ст. 210, 215). Существуют и такие основания подсудности, которые в указанных законом случаях конкурируют с общим основанием, так что выбор одного из них принадлежит усмотрению истца (ст. 209, 217, 219). Поэтому следует различать сообразно действительному юридическому значению отдельных оснований подсудности: 1) *исключительную*, безусловно обязательную и неизменную подсудность, 2) условно обязательную, подлежащую изменению по соглашению сторон и подразделяющуюся на *общую*, применимую ко всем

generale), применимую ко всем делам, и *особенную* (*f. speciale*), относящуюся к некоторым определенным категориям дел, причем особенная может быть *исключительной* (*f. exclusivum*), безусловно обязательной, или же *элективной* (*f. electivum*), предоставленной на выбор истца. *Мальшев*, I, 165, 171; *Гольмстен*, 66; *Азаревич*, I, 240; *Нефедьев*, § 53. Сходные классификации преобладают и в западной литературе: *Bayer*, § 62; *Osterloh*, § 75; *Weismann*, I, § 29; *Schruika*, § 28; *Pollak*, § 58; *Chiovenda*, § 30. Вах различает общие и особенные основания, а среди особенных а) обусловливаемые характером исков, б) обусловливаемые процессуальными моментами и в) диспозитивные, определяемые соглашением сторон (§ 33). Сходной, но более сложной системы держится Гельвиг (§ 99—106). Шмидт проводит различие между тремя группами оснований подсудности, из которых первая характеризуется непосредственным отношением лица к определенному округу и применяется ко всем искам, предъявленным к данному лицу; другую группу образуют основания подсудности, определяемые отношением не лица, а искового требования или юридического отношения к судебному округу, и, наконец, третью — те, которые хотя и коренятся в отношении лица к округу, но распространяются только на некоторые группы дел. Таким образом, Шмидт излагает основания подсудности по трем рубрикам: 1) общие личные, 2) предметные и 3) особенные личные (*Schmidt*, 341). Господствующая классификация правильнее, так как в основании ее лежит сравнительное *юридическое* значение разных способов определения подсудности, тогда как Вах, Гельвиг и Шмидт строят свои классификации на таких признаках, которые не имеют непосредственного юридического значения. Но господствующая классификация нуждается в улучшении, что и сделано в тексте.

искам, кроме подчиненных исключительной подсудности, и *особенную*, которая установлена только для некоторых, определенных категорий исков. Общая в свою очередь делится на *оговорную*, основывающуюся на соглашении сторон, и *законную* (легальную), установленную в законе. Специальная подсудность конкурирует с общей подсудностью в тех случаях, для которых установлена, и потому является *элективной*, *факультативной*.

§ 63. ИСКЛЮЧИТЕЛЬНАЯ ПОДСУДНОСТЬ

1. *Место нахождения недвижимого имущества (forum rei sitae)* определяет безусловно обязательным образом подсудность некоторых категорий исков относительно этого имущества и его принадлежностей, а именно, во-1-х, вещных исков о недвижимости. Статья 212 по буквальному своему смыслу («иски о праве собственности, владении или пользовании и о всяком ином праве») обнимает и личные иски. Но из сопоставления ее со ст. 29 и 31, а также из объяснений к ней составителей Устава следует, что действительный ее смысл более узок и что она имеет в виду только вещные иски. И в самом деле, если бы относить ее к личным искам о недвижимости, то оказалось бы, что такие иски, когда цена их меньше 500 руб., подсудны мировым судам по месту жительства ответчиков (п. 1 ст. 29), а когда цена их больше 500 руб. — то подсудны окружным судам по месту нахождения спорной недвижимости. Такого ничем не объяснимого противоречия нельзя приписывать законодателю. Поэтому нужно толковать ст. 212 ограничительно и признать, что она относится только к вещным искам о недвижимости¹.

2. Из общего правила ст. 212 вытекает, что вещные иски относительно золотых приисков подлежат предъявлению по месту нахождения этих приисков. Подтверждая этот вывод, ст. 212¹ распространяет установленное в ст. 212 основание подсудности на иски о всяком праве на золотые прииски, даже находящиеся на земле, не принадлежащей ответчику по праву собственности.

3. По месту нахождения недвижимости должны быть предъявляемы иски о восстановлении нарушенного владения (ст. 213, 213¹), которые

¹ Мальшев, I, 171; Исаченко, I, 140 и сл.; Азаревич, I, 250; Яблочков, 53. Contra: Анненков, I, 140, 144.

становятся подведомственными окружным судам по истечении шестимесячного срока со времени нарушения владения (см. с. 477).

4. Точно так же по этому основанию подсудности предъявляются иски о вознаграждении за убытки, причиненные недвижимому имуществу (п. 2 ст. 213, 213¹) самовольными действиями ответчика¹, но не нарушением договора с истцом (94, № 27).

5. Иски по закладным (ст. 214), т.е. не иски о самом залоговом праве, которые в качестве вида вещных исков подходят под ст. 212, но иски о взыскании занятых под закладные сумм, т.е. личные иски из договоров, обеспеченных залогом. Когда их цена не превышает 500 руб., они подведомственны мировым судам (с. 475) или заменяющим их судебным-административным учреждениям; в противном же случае переходят в ведомство окружных судов.

Все эти иски² могут быть предъявляемы только в том суде, в округе которого находится спорная недвижимость. Сами суды обязаны следить за соблюдением этой подсудности и оставлять предъявленные вопреки ей иски без рассмотрения (ст. 584, п. 4). Отступление от нее по соглашению сторон не допускается (ст. 228).

Придавая такое безусловно обязательное значение этому основанию подсудности, составители судебных уставов руководствовались следующими соображениями: «...место нахождения имения, о коем спор происходит, составляет такой признак подсудности, который,

¹ Исаченко (I, 180) полагает, что эта подсудность необязательна, так как она установлена исключительно в интересах истца, который поэтому вправе не воспользоваться ею, а предъявить иск по общим правилам. С этим нельзя согласиться. Для определения размера убытков суду необходимо произвести осмотр недвижимости и допрос свидетелей на месте, а это удобнее сделать тому суду, в округе которого находится данная недвижимость, так что ст. 213 имеет в виду не только интересы истца, но и процессуальное удобство, точно так же, как и ст. 212. Поэтому подсудность по ст. 213 безусловно обязательна, и за соблюдением ее должны следить суды *ex officio* (п. 2 ст. 584), что и признал Сенат относительно ст. 34, содержащей аналогичное правило (70, № 1916). Ср. Азаревич, I, 250—251.

² К ним ст. 213¹, внесенная в Устав после издания закона 6 января 1869 г., присоединила еще «иски управления железной дороги на владельцев земель вдоль линии железной дороги по уничтожению или перенесению сооружений, складов, раскопок и раскопок». Но это правило — плод недоразумения, так как требования железнодорожных управлений об уничтожении и перенесении указанных сооружений и приспособлений, если таковые существовали при проведении дороги, разрешаются в административном порядке, а если сделаны после и без дозволения надлежащей власти — то в порядке уголовного судопроизводства (ст. 66¹, 68 Уст. о наказ., ст. 1227, 1235 Уст. угол. суд.). Исаченко, I, 182—183.

с одной стороны, по своей простоте, точности и определительности, не допускает никаких споров и возражений, а с другой, по справедливости своей внутренней цели, — охраняет не только права самих тяжущихся, но и других лиц, могущих предъявить какое-либо право к тому имуществу. Независимо от сего строгое соблюдение сего закона имеет в виду упрощение и ускорение рассмотрения вообще дел о недвижимых имениях, требующих нередко местного осмотра, допроса свидетелей на месте и т.п.» (объясн. к ст. 228)¹.

II. Место нахождения движимого имущества служит основанием исключительной подсудности только в одном специальном случае: для исков об освобождении имущества от описи и продажи за чужие долги (ст. 1092 Уст.).

Иски, касающиеся движимого имущества, подсудны вообще тому суду, в округе которого проживает ответчик, в том, очевидно, предположении, что движимость обыкновенно находится при своем хозяине (*mobilia sequuntur personam*). Но когда она описана за долги и подвергнута аресту, тогда это предположение отпадает, и место нахождения движимости приобретает самостоятельное значение. Потому-то закон и придает ему в этом случае значение основания подсудности и притом подсудности исключительной. Последнее обстоятельство хотя и не оговорено в законе, но вытекает из смысла ст. 1092. В самом деле, иск об освобождении имущества должен быть предъявлен против должника и взыскателя, но они могут жить не в том округе, где находится арестованное имущество, и оба не в одном округе. Постановляя, что «лицо,

¹ В римском процессе это основание подсудности получило применение только в позднейшее время (IV в.) по отношению как к недвижимым, так и к движимым имуществам в качестве не обязательного, а факультативного основания наряду с местом жительства ответчика. В Германии это основание подсудности играло важную роль. Оно применялось к недвижимым имуществам и отличалось обязательным характером, так как обладание землей было связано с подданством феодальному владельцу и подчиненностью его суду. Этот характер сохранило оно в некоторых частях Германии и после рецепции римского права (*Ветцель*, § 41, III). Напротив, в других частях восторжествовала точка зрения факультативности, получившая признание в некоторых партикулярных кодексах. По действующему Германскому уставу место нахождения недвижимого имущества служит исключительным основанием подсудности для исков, касающихся вещных прав, установления границ раздела и владетельных исков (§ 24). Аналогично: австр. Зак. об отправл. прав., § 81; Венг. уст., § 39. Французский Кодекс подчиняет суду места нахождения спорного имущества все вещные иски (ст. 59, § 2), но французские юристы и судебная практика относят это правило к одним недвижимостям, ссылаясь на то, что Кодекс часто смешивает понятие «вещности» и «недвижимости» и что по существу движимые вещи не имеют определенного места нахождения. *Garsonnet*, *Traité*, II, § 460.

находящее, что ему принадлежит какое-либо право на описанное имущество, обязано предъявить иск в суде по месту наложения ареста», ст. 1092 тем самым лишает истца предоставленного ему ст. 218 права обратиться с иском в суд по месту жительства одного из ответчиков¹.

III. *Место открытия наследства* сделано основанием подсудности для «исков о наследстве, споров наследников как между собою, так и против подлинности и действительности завещаний и исков о разделе». Но ст. 215, устанавливающая эту подсудность, отредактирована так неточно, что возбуждает целый ряд вопросов.

1. Прежде всего она не определяет, что следует понимать под местом открытия наследства. Так как и в Гражданских законах на этот счет нет указания, то в литературе произошло разногласие. Одни считают местом открытия наследства место нахождения наследственного имущества, другие — последнее место постоянного жительства наследодателя. В подтверждение первого мнения приводят ст. 1226 Гр. зак. («опись оставшемуся после умершего имуществу и опечатание оного производится, когда при открытии наследства наследников налицо не будет») и ст. 1401 и 1408 Уст. гр. суд., согласно которым вызов наследников делается по распоряжению того мирового судьи, в участке которого находится наследственное имущество, а просьбы об утверждении в правах наследства должны быть предъявляемы по общим правилам подсудности². Но из этих постановлений никакого вывода относительно места открытия наследства нельзя сделать. Предписывая принимать меры охраны наследственного имущества по месту его нахождения, закон руководствуется просто соображениями удобства: умерший мог оставить несколько имуществ в разных концах государства, и вполне естественно, что каждое из этих имуществ охраняется от расхищения до явки наследников тем судом, в округе которого оно находится, совершенно независимо от того, в каком месте открылось наследование. Что же касается ст. 1408, то она говорит о «подсудности исков по роду и по цене», а не по округам судов, т.е. имеет в виду не подсудность в собственном смысле слова как пространственную компетенцию, а подведомственность. При отсутствии, таким образом, положительных

¹ Наши процессуалисты не считают подсудность, установленную в ст. 1092, обязательной (Нефедьев, 107; Гольмстен, 66; Исаченко, V, 642). Из них только Исаченко мотивирует свое мнение именно тем соображением, что это — подсудность не родовая, а местная. Но и местная подсудность бывает обязательной, как указано в тексте.

² Гольмстен, 74.

указаний в законе необходимо определить понятие места открытия наследства исходя из сущности наследования. А именно, если наследование представляет собой преемство во всех юридических отношениях умершего, то нужно заключить, что оно открывается там, где эти отношения были сосредоточены, т.е. в последнем месте постоянного жительства наследователя. Таково господствующее в нашей литературе мнение¹, принятое и Сенатом (85, № 131). В таком же смысле разрешается этот вопрос и западноевропейскими кодексами².

2. Но наследодатель мог иметь оседлость в нескольких местах. В таком случае «местом последнего постоянного жительства должно почитаться, применительно к указанию ст. 1285 ч. 1 т. X, то место оседлости, где умерший имел пребывание в последнее время» (85, № 131).

3. Может также случиться, что наследодатель в последние годы жизни не имел постоянного места жительства в пределах России, путешествуя, например, все время за границей, или что место его жительства неизвестно наследникам. Так как в Уставе на этот счет нет никаких правил, то не остается ничего иного, как, применяя ст. 210 по аналогии, признать за наследниками право предъявлять иски по месту нахождения недвижимого имущества наследодателя или, если после него такого имущества не осталось, по последнему известному им месту жительства умершего³.

4. Наследование открывается не только смертью, но и лишением правоспособности при поступлении в монашество и присуждении уголовным судом к наказанию, связанному с лишением всех прав состояния (ст. 1222, 1223 Зак. гражд.), а также объявлением безвестно отсутствующим (92, № 97, 90, № 129). В первых двух случаях местом открытия наследства нужно считать, за отсутствием каких-либо иных указаний в Уставе, тоже последнее место постоянного жительства наследодателя⁴. В третьем случае все иски, перечисленные в ст. 215, должны быть предъявляемы в том суде, где производилось дело о безвестном отсутствии (ст. 1455, 1459).

5. Под «исками о наследстве» нужно понимать иски о признании права наследования, т.е. иски наследников друг к другу, предъявляемые до вступления кого-либо из них во владение наследственным имуществом.

¹ Малышев, I, 169; Азаревич, I, 257–258; Анненков, I, 155; Исаченко, I, 185–186.

² Герм., § 28; австр. Зак. об отпр. правос. § 77, 105, 106; Напол. Код., ст. 110.

³ Анненков, I, 155–156.

⁴ Там же, 155.

вом, потому что наследник, принявший наследство, тотчас становится самостоятельным собственником наследственного имущества и иски к нему должны быть направляемы по общим правилам подсудности¹.

6. «Споры наследников между собою» в действительности не что иное, как те же самые упомянутые в предыдущем пункте «иски о наследстве»².

7. Иски о признании завещаний недействительными представляют собою один вид споров между наследниками. Они могут быть предъявляемы как до утверждения завещаний судом, так и после, в течение двухлетнего срока (ст. 1066¹² Гражд. зак.).

8. Иски о признании завещаний действительными не упомянуты в ст. 215. Но так как предъявление их допускается в тех случаях, когда суд или палата отказали в утверждении завещания в охранительном порядке (ст. 1066^{11, 12} Зак. гр.), и так как для этих исков не установлено особого основания подсудности, то по аналогии следует признать, что они должны быть предъявляемы тоже по месту открытия наследства³. Иски, основанные на завещании (о выдаче легатов и вообще об исполнении завещательных распоряжений), предъявляются по общим правилам подсудности к душеприказчикам и наследникам, на которых возложено исполнение завещания (ст. 24).

9. Иски о разделе наследства нашим Уставом не допускаются: раздел наследства либо производится по взаимному соглашению между сонаследниками (ст. 1315 Зак. гражд.), либо, если соглашения не состоялось, совершается судом в порядке охранительного производства (ст. 1332 Зак. гр., ст. 1409 Уст. гр. суд.). Недовольные судебным разделом наследники могут предъявлять иски о переделе, но для этих исков установлена в ст. 216 особая подсудность — по месту совершения раздела. Таким образом, под указанными в ст. 215 исками о разделе наследства остается понимать только иски отдельных наследников о выделе им частей из наследственного имущества, но не всех наследников⁴, а только таких, в пользу которых законом установлены указные доли, т.е. детей женского пола и супругов (ст. 1130—1132, 1148 и сл., 1152, 1154 Зак. гр.), потому что прочие наследники, желающие выделиться, должны заявлять просьбы о разделе в охранительном порядке (ст. 1318 Зак. гр.: «Двухгодичный срок, назначенный для полюбовного раздела между

¹ Исаченко, I, 187—188; Анненков, I, 161.

² Анненков, I, 162.

³ Исаченко, I, 186.

⁴ Так ошибочно думает Анненков, I, 158.

наследниками, считается с того времени, когда от всех или кого-либо из них подано будет о разделе прошение»).

10. Все перечисленные иски предъявляются по месту открытия наследства до тех пор, пока у истца нет в виду определенного ответчика, т.е. пока наследство не принято никем из наследников или не захвачено посторонним лицом. Но раз оно уже поступило в чье-либо владение, то личность ответчика определилась, и иск должен быть направлен против владельца по общим правилам подсудности (85, № 1691, 95, № 47).

IV. *Место производства другого дела* обуславливает в некоторых случаях подсудность, имеющую с этим делом тесную связь. Так, иск о взыскании убытков, доходов и судебных издержек предъявляется в суде, где производилось главное дело (ст. 898); иск клиента к присяжному поверенному о вознаграждении за убыток, причиненный его упущениями, — в суде, где рассматривалось дело, которое вел присяжный поверенный (ст. 404 Учр. суд. уст.); иск о разделе наследства — в суде, которым совершен раздел (ст. 216); иск безвестно отсутствовавшего — в суде, где производилось дело о его безвестном отсутствии (ст. 1459). Установление такой подсудности объясняется тем соображением, что это иски — дополнительные, которые лучше всего могут быть разрешены судом, рассматривавшим главные иски (объясн. к ст. 898). Отсюда вытекает обязательный характер этой подсудности¹.

V. *Место жительства истца* служит основанием подсудности в тех случаях, когда закон допускает предъявление иска, несмотря на отсутствие лица, обязанного отвечать по этому иску. Это возможно в делах о личных и имущественных правах, связанных с существованием законного брака (ст. 1339 и 1356³, п. 1). Роль ответчика в таких случаях исполняет прокурор (ст. 1344).

VI. *Место записи брака в метрическую книгу* определяет подсудность исков о признании недействительности и расторжении браков между раскольниками (ст. 1356³, п. 2—4).

VII. *Место нахождения товарищества или общества*, т.е., значит, место нахождения их правления (ст. 220), признано законом основанием подсудности для тех исков между членами товарищества или общества, которые возникают из учредительского договора (ст. 222). Это основание введено не в интересах тяжущихся, которые во время

¹ Анненков, I, 135.

предъявления иска могут не жить в месте нахождения товарищества или общества, а ради процессуального удобства, которое требует, чтобы дело разбиралось там, где сосредоточены необходимые доказательства. Поэтому подсудность, обусловливаемая этим основанием, должна быть рассматриваема как исключительная¹.

VIII. *Место нарушения права (forum delicti commissi)* является основанием подсудности для исков частных лиц о вознаграждении за убытки, причиненные действиями должностных лиц административного ведомства (ст. 1317) и служащих по выборам в дворянских, городских и земских учреждениях (ст. 1330²).

IX. *Место службы должностного лица*, причинившего своими неправильными действиями кому-либо убытки, определяет подсудность исков об этих убытках по отношению к некоторым должностным лицам, а именно нотариусам (ст. 64 Нотар. полож.) и присяжным переводчикам (ст. 429 Учр. суд. устан.).

X. *По указанию высшей инстанции* определяется подсудность исков частных лиц к чинам судебного ведомства о возмещении убытков, причиненных неправильными или пристрастными действиями ответчиков (ст. 1335 Уст. гр. суд.).

Во всех перечисленных в п. III—VIII подсудность имеет по смыслу установивших ее норм закона обязательный характер.

§ 64. ОБЩАЯ ПОДСУДНОСТЬ

I. Главным основанием общей подсудности является место постоянного жительства ответчика (*forum domicilii*). По этому основанию могут быть предъявляемы все иски, кроме только тех, для которых установлена исключительная подсудность (ст. 203).

Местом постоянного жительства является судебный округ, где ответчик «имеет оседлость или домашнее обзаведение» (ст. 205), т.е. где у него постоянная квартира и его личное хозяйство. В нашем законодательстве термин «место жительства» употребляется в двояком смысле: в *формальном*, т.е. в смысле места, где лицо числится по службе или по приписке к сословию, цеху, гильдии и т.п. (Уст. о пасп., ст. 2), и в *материальном*, т.е. в смысле места действительной, фактической оседлости. В Уставе гражд. суд. придается ему второй смысл, и хотя

¹ Таково, по-видимому, мнение Исаченко (I, 241). Другие процессуалисты не затрагивали этого вопроса.

ст. 204, говоря, что постоянное место жительства полагается там, где кто-либо «имеет оседлость или домашнее обзаведение», добавляет: «по своим занятиям, промыслам или по своему имуществу, либо по службе военной или гражданской», но эта прибавка имеет значение указания на причины оседлости или домашнего обзаведения в определенном месте. Центр тяжести этого правила лежит в словах «оседлость или домашнее обзаведение»¹. Перечисление же причин сделано только для пояснения. Вдобавок оно неполно, так как в нем упущена из виду служба по выборам в общественных учреждениях и по духовному ведомству.

Из этого вытекают следующие положения:

1) если у ответчика два места постоянного жительства, одно — формальное, по месту службы, другое — фактическое, по месту действительного проживания (например, во время продолжительной служебной командировки), то иск должен быть предъявлен по фактическому месту жительства²; 2) если иск предъявлен по месту службы ответчика, то ответчик не лишен права доказывать, что фактически живет в другом месте, и если докажет, то иск должен быть оставлен без рассмотрения; 3) место приписки ответчика само по себе не может служить основанием для определения подсудности, и предъявленный в таком месте иск должен быть оставлен, по требованию ответчика, без рассмотрения, раз только ответчик удостоверит, что в данном месте не живет.

Так как лица, лишенные дееспособности и состоящие под опекой, не могут вести своих судебных дел и так как их процессуальное место занимают опекуны, то иски к ним должны быть предъявляемы в лице их опекунов по месту постоянного жительства последних³.

Юридические лица не могут обладать местом постоянного жительства в смысле оседлости и домашнего обзаведения. Поэтому по отношению к ним общим основанием подсудности должна служить какая-либо аналогичная постоянному жительству связь юридического лица с тем или иным судебным округом. Такая связь создается местом нахождения органов управления юридического лица: иски против юридических лиц должны быть предъявлены по месту нахождения их правления или фирмы (ст. 220), присутственного места или должнос-

¹ Анненков, I, 110—112; Исаченко, I, 108—109.

² Анненков, I, 112—113.

³ Анненков, I, 98—99; Исаченко, I, 97—98; Гордон, 62.

тного лица, которое является представителем казенного управления (ст. 1288), и т.д.¹

II. Предъявление иска по месту постоянного жительства ответчика не всегда возможно прежде всего потому, что ответчик может не иметь постоянного жительства в пределах России, например, если он постоянно живет за границей и только временами приезжает в Россию или если вообще он по характеру своей профессии нигде не имеет домашнего обзаведения, что бывает, например, с коммивояжерами и артистами. Затем, место жительства ответчика, хотя и имеющееся у него, может быть неизвестно истцу. Для этих случаев введены вспомогательные основания общей подсудности, а именно следующие.

1. *Место временного пребывания ответчика.* Истец имеет право предъявить иск в том суде, в котором ответчик временно пребывает (ст. 206). Но для того, чтобы истец не злоупотреблял этим правом, заставляя ответчика вести дело вне места его постоянного жительства, ответчику предоставляется просить о переводе дела в суд по месту своего постоянного жительства (ст. 207). Эта просьба подлежит удовлетворению при наличии трех условий: 1) если ответчик не застигнут иском в том округе, где подлежал исполнению договор, на котором основан иск (ст. 208), 2) если ответчик укажет место своего постоянного жительства (ст. 207) и 3) если суд найдет, что дело по своему свойству не требует немедленного рассмотрения и может быть отложено (ст. 580). Удовлетворяя просьбу о переводе дела, суд вправе, по просьбе истца, обеспечить иск (ст. 581). Иначе говоря, иск, предъявленный по месту временного пребывания ответчика, рассматривается судом только в том случае, когда ответчик не имеет или не может удостоверить места постоянного жительства в пределах России (ст. 207) либо когда дело представляется суду нетерпящим отлагательства (ст. 580), либо когда дело подсудно тому же суду по месту исполнения договора (ст. 208). Вне этих случаев предъявление иска по месту временного

¹ Подсудность исков против юридических лиц определяется в Уставе только применительно к «компаниям, обществам и товариществам» (ст. 221), т.е. частным юридическим лицам, возникающим на основании договора. Ввиду этого некоторые авторы полагают, что иски против остальных юридических лиц (городских, дворянских, земских, сельских обществ, а также всякого рода учреждений, имеющих права юридических лиц: приютов, больниц, библиотек и т.п.) должны быть предъявляемы, согласно ст. 203, по месту оседлости, т.е. нахождения самих этих лиц (*Мальшев*, I, 169; *Анненков*, I, 102—103). Но правильнее применить в этих случаях правило ст. 1288. *Исаченко*, I, 226. Проект новой редакции Устава санкционирует этот вывод (ст. 46).

пребывания ответчика влечет за собой, по отводу ответчика, возвращение искового прошения истцу. Но производство не считается прекращенным и прерывает течение исковой давности, если истец в течение трех месяцев подаст исковое прошение в суд по месту постоянного жительства ответчика (ст. 583).

От временного пребывания ответчика в каком-либо месте следует отличать «кратковременную остановку по случаю проезда», которая не может служить основанием подсудности (ст. 206), так что иск, предъявленный в том месте, где ответчик остановился проездом, должен быть оставлен судом, по требованию ответчика, без рассмотрения. При этом ответчик не обязан удостоверить, что имеет место постоянного жительства в России¹.

Временное пребывание отличается от кратковременной остановки не большею продолжительностью, а наличием какой-либо особой цели, ради которой ответчик отлучился из места своего постоянного жительства и пребывает в данном месте (например, для выполнения какого-либо торгового предприятия, покупки имущества, лечения и т.д.). Долго ли находился ответчик в данном месте — не важно, так как и остановка по случаю проезда может затянуться вследствие непредвиденных причин (болезни, наводнения)².

¹ Исаченко, I, 115. Другого мнения Анненков, полагающий, что если ответчик не имеет постоянного жительства в каком-либо месте России, то не вправе возражать против привлечения его к ответу по месту кратковременной остановки (I, 117–118). Но это условие установлено в законе только по отношению к случаям предъявления иска по месту временного пребывания ответчика (ст. 207). Распространять же его по аналогии на случаи предъявления иска по месту кратковременной остановки было бы возможно, если бы в Уставе не было правила для определения подсудности исков к лицам, не имеющим постоянного жительства в России. Но такое правило существует в ст. 210.

² Западные кодексы иначе разрешают вопрос о замене места постоянного жительства другими основаниями подсудности. Германский устав (§ 16) позволяет предъявлять иски к ответчику, не имеющему постоянного места жительства, по месту его фактического нахождения, а если оно неизвестно, то по последнему месту его постоянного жительства (точно так же Венг., § 21). Австрийское законодательство воспроизводит это правило с двумя изменениями: 1) иски к ответчику, который не имеет места постоянного жительства и место нахождения которого неизвестно, могут быть предъявляемы не только по последнему месту его постоянного жительства, но и по последнему месту его нахождения; 2) но это правило применяется не ко всем искам, а только к искам по обязательствам, заключенным или подлежащим исполнению в Австрии (§ 67 Зак. об отпр. правос.). Французский Кодекс разрешает предъявление исков к ответчику, не имеющему места постоянного жительства (*domicile*), по месту его пребывания (*résidence*) (§ 59), умалчивая о том случае, когда у ответчика нет более или менее определенного места пребывания, а он переезжает с места на место, как, например, странствующий торговец или коме-

2. *Место нахождения недвижимого имущества* ответчика служит вспомогательным основанием общей подсудности в тех случаях, когда истец не в состоянии воспользоваться главным основанием (ст. 210, 222¹), а именно когда место жительства ответчика ему неизвестно (там же).

3. *Место последнего жительства* ответчика, *место заключения и место исполнения договора* могут, по выбору истца, определять подсудность иска, если он не может быть предъявлен ни по главным основаниям общей подсудности, ни по месту нахождения недвижимого имущества ответчика (ст. 210).

4. *Место открытия наследства*, т.е. последнее место постоянно-го жительства ответчика, являющееся основанием исключительной подсудности для споров между наследниками о праве наследования (с. 490), служит вспомогательным основанием общей подсудности для посторонних лиц, имеющих какие-либо юридические требования к ответчику, но не успевших осуществить их при его жизни.

диант. По мнению некоторых французских процессуалистов, в этом случае иски могут быть предъявляемы по месту жительства истца, а другие полагают, что по месту нахождения (*demeure*) ответчика. Второе мнение правильнее, так как соответствует общему принципу, лежащему в основе ст. 59: *actor sequitur forum rei*. Garsonnet, Traité, § 461, 3. Оно воспроизведено Итальянским уставом (ст. 90) и имелось в виду при составлении нашего Устава, но не было принято гласным образом на том основании, будто «установление этих терминов (жительство, пребывание, нахождение) имеет мало практического значения» и будто «отличие места пребывания от места нахождения относится к тем отвлеченным понятиям, которые могут быть предметом юридических исследований, а не положительного закона» (объясн. к ст. 205). Эти доводы совершенно необидительны. Все юридические понятия отвлеченны, и разница между местом пребывания и местом нахождения несколько не отвлеченнее, чем разница между местом пребывания и местом кратковременной остановки, проведенная составителями Устава в ст. 206. Что же касается практического значения всех этих понятий, то оно, несомненно, имеется. Из принципа «*actor sequitur forum rei*» следует, что иск должен быть предъявлен в удобном для ответчика месте. Таким местом является прежде всего место постоянного жительства ответчика; если ответчик не имеет его или если оно истцу неизвестно, то иск может быть предъявлен по месту пребывания ответчика; если и это представляется невозможным, то следует допустить предъявление иска по месту фактического нахождения ответчика, так как возможно, что для ответчика удобнее защищаться против иска в таком месте, чем переезжать с этой целью в какое-либо другое место, например в последнее место своего постоянного жительства (ст. 210). Конечно, ответчик мог бы просить о переводе иска в суд по месту своего постоянного жительства или временного пребывания. Такой порядок, соответствуя интересам ответчика, представлял бы удобство и для истца, так как давал бы ему возможность заставить ответчика, хотя бы ни место его постоянного жительства, ни место временного пребывания не были известны. Проект новой редакции Устава сохраняет ст. 206 без изменения (ст. 42).

Это основание подсудности введено законом по следующим соображениям. Пока собственник жив, до тех пор все иски, касающиеся его имущества, предъявляются, само собой понятно, по общим правилам подсудности. Те же правила вступают в силу в тот момент, когда имущество умершего собственника перешло к наследникам. Остается, следовательно, промежуток времени между моментом открытия наследства (т.е. смерти собственника) и моментом принятия его, промежуток, когда наследство остается без хозяина и когда применение общих правил подсудности оказывается невозможным. Для этих-то случаев и устанавливается особое основание подсудности — по последнему месту жительства наследодателя, где были сосредоточены юридические отношения его и где поэтому хранятся документы и другие доказательства, касающиеся этих отношений.

Отсюда следует, что это основание подсудности имеет временный характер: оно применяется до тех пор, пока у истца нет в виду определенного ответчика в лице наследников, утвержденных судом в правах наследства или по крайней мере фактически принявших наследство. Другими словами, последнее место жительства наследодателя является основанием подсудности на время бесхозяйности наследственного имущества¹.

5. *Последнее место нахождения юридического лица* имеет такое же значение для определения подсудности к юридическому лицу, прекратившему уже существование, как последнее место жительства физического лица для исков к лицу умершего (ст. 222). Местом же нахождения юридического лица считается, согласно ст. 220, место нахождения представительного его органа (см. с. 495—496).

III. Вспомогательные основания подсудности установлены законом на тот случай, когда невозможно применение главного — по месту жительства ответчика. Они вызваны крайней необходимостью и представляют собой отступления от общего правила. Ввиду такого характера их, а также для того, чтобы предупредить злоупотребления со стороны истцов, которые могут уклоняться от предъявления исков по месту постоянного жительства ответчиков под тем предлогом, будто оно им неизвестно или будто ответчик живет за границей, надо, во-1-х, признать за ответчиком или, если иск предъявлен к лицу умершего, за его наследниками право просить о переводе дела в случае предъ-

¹ Анненков, I, 161.

явления иска по вспомогательным основаниям подсудности — в суд места своего жительства (ст. 211), и, во-2-х, допускать применение вспомогательных оснований только по проверке наличия указанных в законе условий для их применения. Первое положение прямо выставлено законом (ст. 211); второе проводит Сенат, разъяснивший, что суд и без отвода со стороны ответчика обязан проверять, соблюдены ли требования ст. 210 Уст. гражд. суд. (76, № 201 и 252), так что если, например, из представленных истцом документов будет видно, что место постоянного жительства или пребывания ответчика известно, то суд не должен принимать дела к производству (76, № 252).

§ 65. ОСОБЕННАЯ ПОДСУДНОСТЬ

I. Кроме общей подсудности, распространяющейся на все иски, с изъятием тех, которые подчинены исключительной подсудности, законом установлены для некоторых категорий исков специальные основания подсудности. Предъявление исков по этим основаниям необязательно, так что особенная подсудность не устраняет общей в тех случаях, для которых введена, а конкурирует с нею, и от истца зависит, какую из них воспользоваться.

1. *Место правонарушения*, обуславливающее иногда исключительную подсудность, в двух случаях является основанием специальной, факультативной подсудности: во-1-х, для исков, вытекающих из нарушения авторского права (ст. 217), и, во-2-х, для исков к управлениям железных дорог о вознаграждении за личный вред (ст. 127 Уст. жел. дор.). Те и другие могут быть предъявляемы либо по месту нарушения права, либо по месту жительства ответчика.

2. *Место нахождения конторы или агента ответчика или вообще место управления его делами* (*forum gestae administrationis*) может служить основанием для подсудности исков, вытекающих из договоров, которые были заключены истцом с конторой, агентом или управляющим делами ответчика (ст. 224 Уст.). Но это основание введено нашим Уставом только для «компаний, обществ или товариществ», т.е. для частных юридических лиц, образуемых по договору, и для железнодорожных управлений (ст. 127 Уст. жел. дор.). Отсюда надо вывести *a contrario*, что ст. 221 неприменима ни к остальным юридическим лицам, ни к физическим лицам (75, № 988). Равным образом из указания закона на то обстоятельство, что подсудность по ст. 221 относится к искам,

возникающим из *договоров* с местными агентами и конторами, нужно заключить, что другие иски, вызванные действиями местных представителей юридического лица, подлежат общим правилам подсудности (79, № 7, 72, № 347, 78, № 282)¹.

3. *Место исполнения договора (forum contractus vel solutionis)* является основанием подсудности для всех исков, вытекающих из договоров.

Всякое обязательство рассчитано на исполнение; в момент исполнения и в месте исполнения оно осуществляется, получает реальное воплощение; если исполнение не последует добровольно, то должник может быть вынужден, при помощи судебной власти, исполнить свое обязательство или вознаградить за убытки, причиненные кредитору своею неисправностью. Естественно поэтому предоставить кредитору право предъявить иск в случае неисполнения должником обязательства там, где должно было произойти исполнение.

Но предъявление иска по месту исполнения договора допускается при том условии, если договор должен быть исполнен в определенном месте, а это бывает в тех случаях, когда в самом договоре было обусловлено место его исполнения или когда исполнение, по самому свойству обязательства или по специальному постановлению закона, должно произойти в определенном месте (ст. 209)². Если ни одного из этих условий нет налицо, то иск должен быть предъявлен по какому-либо иному основанию подсудности, применение которого соответствует обстоятельствам данного случая.

По месту исполнения договора могут быть предъявляемы все «иски, возникающие из договоров», все равно, касаются ли они исполнения договора или вознаграждения за неисполнение или ненадлежащее

¹ Противоположное мнение высказал Анненков (I, 101—103), считающий более правильным применение ст. 221 по аналогии. Но это было бы возможно при том условии, если бы ст. 203 прямо не постановляла, что «иск предъявляется суду, в округе коего ответчик имеет постоянное жительство» и что «из сего исключаются положительно указанные в законе случаи». А так как в числе этих случаев нет такого, когда разрешалось бы предъявлять всякие вообще личные иски по месту нахождения представителей всех ответчиков, а имеется только специальное правило ст. 221, то вне пределов действия этой статьи должно применяться общее положение ст. 203 о подсудности исков по месту жительства ответчика.

² *Mayer, Zur Lehre v. Gerichtsstande des Erfüllungsortes (Zt. Zp., 14 B., 250 ff.)*. Статья 209 не упоминает о третьем случае, но несомненно, что если закон указывает, где должны быть исполняемы те или другие договоры, то иски, касающиеся исполнения их, могут быть предъявляемы по правилу ст. 209.

исполнение его, а также иски о признании договора недействительным или прекратившим свою силу (1908, № 5)¹.

Но истец сохраняет право воспользоваться для предъявления этих исков и общею подсудностью, потому что ст. 209 имеет значение льготы, которая установлена в интересах истца и от которой он волен отказаться (1903, № 134). Это заключение подтверждается ст. 208, по которой от воли истца зависит допустить перевод дела в суд по месту жительства ответчика, когда иск, вытекающий из договора, предъявлен

¹ Сенат долгое время толковал ст. 209 в более узком смысле, считая, что она разрешает предъявлять по месту исполнения договора только иски об исполнении его (77, № 283, 76, № 142, 74, № 543, 73, № 553). Это мнение защищает и Анненков (I, 123), приводя ст. 209 в связь со ст. 208, по которой перевод дела в суд по месту жительства ответчика не допускается без согласия истца, «если ответчик застигнут иском о неисполнении договора в том судебном округе, в ведомстве коего надлежало, по силе договора, учинить исполнение». Отсюда Анненков заключает, что употребленное в ст. 209 выражение «иски, возникающие из договора» нужно понимать в смысле «исков о неисполнении договора» (ст. 208), т.е. исков о понуждении к исполнению договора. Но из этих двух статей (208 и 209) главной является ст. 209, так как она устанавливает особое основание подсудности, а ст. 208 представляет собою только применение его к частному случаю, а именно к тому случаю, когда ответчик временно пребывает в месте, где должен быть исполнен договор, на основании которого предъявлен иск. В этом частном случае возникает особый вопрос: имеет ли право ответчик просить, в силу ст. 206, о переводе дела в суд по месту своего постоянного жительства? Статья 208 и постановляет, что не может. Ввиду этого следует толковать ст. 208 в смысле 209 как основной и главной, а не наоборот. Исаченко (I, 126—127) примиряет несоответствие терминов в ст. 208 и 209 иначе, а именно таким образом, что по месту исполнения договора могут быть предъявляемы *все* иски, вытекающие из этого договора, но ответчик, застигнутый таким иском в месте своего пребывания, имеет право просить о переводе дела по месту своего постоянного жительства только в одном случае: если иск направлен на понуждение его к исполнению договора. Но такое толкование приводит к странному результату: если ответчик, к которому предъявлен иск по месту исполнения договора, не имеет в этом месте временного пребывания, то он лишен права просить о переводе дела в суд по месту своего жительства; если же он пребывает в этом месте, то может просить об этом по крайней мере в большинстве случаев. Между тем очевидно, что ему легче защищаться против иска в месте своего временного пребывания, чем там, где он даже временно не пребывает. Оказывается, таким образом, будто законодатель больше заботится об ответчике в том случае, когда он находится в лучшем положении, чем в том случае, когда его положение хуже. Приписывать законодателю такой нерациональный способ действий нет необходимости, если представляется полная возможность дать ст. 208 и 209 другое, самое простое и естественное толкование, а именно признать, что обе они имеют в виду одно и то же: все иски, вытекающие из договоров. Тогда смысл ст. 208 будет таков: перевод дела в суд по месту жительства ответчика возможен лишь с согласия истца, если ответчик застигнут иском в месте своего пребывания и если место пребывания совпадает с местом исполнения договора, так что данный иск все равно мог быть предъявлен по месту исполнения договора.

по месту исполнения последнего и когда ответчик пребывает в этом месте. Но если от истца зависит согласиться на перевод начатого дела в суд по месту жительства ответчика, то тем более он вправе прямо начать дело в этом суде¹. Наконец, из мотивов к ст. 209 видно, что изложенное в ней правило представляет собой обобщение существовавших раньше частных постановлений о подсудности торговых дел и дел между жителями Империи с жителями Царства Польского, а в этих постановлениях подсудность по месту исполнения договора имела факультативный характер наряду с подсудностью по месту постоянного жительства ответчика².

4. *Связь иска с другим производящимся уже делом (forum connexitatis)* может служить основанием для совместного рассмотрения их обоих в тех случаях, когда предметом иска является предмет другого процесса, как, например, когда третье лицо заявляет свои самостоятельные права на предмет, о котором идет уже процесс между двумя лицами (ст. 665), или когда иск предъявляется ответчиком с целью защиты против требований истца, т.е. когда ответчик заявляет встречный иск (ст. 226). В первом случае одновременное рассмотрение обоих дел тем же самым судом необходимо во избежание противоречивых, друг друга исключающих судебных решений, а во втором случае — для упрощения и ускорения производства.

Как иск третьего лица, так и встречный иск ответчика могут быть предъявлены либо по общим правилам подсудности, либо в том суде, где производится первоначальный иск, с целью совместного с ним рассмотрения. Но само собой понятно, что в последнем случае не должны быть нарушены пределы ведомства суда. Статья 226 прямо требует, чтобы встречный иск не был «по своему роду подведом другому суду», а п. 1 ст. 584 предписывает судам следить за соблюдением пределов своего ведомства. Точно так же недопустимо нарушение исключительной подсудности как по месту нахождения недвижимости (п. 2 ст. 584), так и по другим основаниям.

Из этого общего положения существует, однако, изъятие. Статья 39 постановляет, что если встречный иск неразрывно связан с первоначальным, предъявленным у мирового судьи, и превышает, по своей цене, компетенцию этого судьи, то оба они подлежат ведомству окружного суда. Это постановление, повторенное в ст. 30 Прав. произв.

¹ Анненков, I, 124—125.

² Исаченко, I, 128—129.

суд. д. по отношению к земским начальникам и городским судьям, выражает в казуистической форме общий принцип «при стечении в одном производстве нескольких предметов, из коих одни подсудны низшему, а другие — высшему суду, все дело, в целом объеме, подлежит рассмотрению высшего суда» (69, № 1311). Основание этого принципа¹ заключается в том, что суд, который признан законом, по своему составу, организации и порядку производства, способным к разрешению более важных дел, способен и к разрешению менее важных дел². Применяя этот принцип во всей полноте, следует признать, что иск, подведомственный низшему суду, подлежит рассмотрению высшего суда, если заявлен в качестве встречного. Это положение применимо и к коммерческим судам, которые, являясь по объему своей компетенции высшими по отношению к волостным, мировым и судебно-административным судам, стоят ниже окружных судов, так как им подведомственны только торговые и вексельные дела, а окружным — не только эти дела в тех местностях, где нет коммерческих судов, но и все вообще гражданские дела, за немногими изъятиями³.

Особым случаем связи между делами является тот, когда ответчик предъявляет иск об освобождении себя от ответственности по присужденному в упрощенном порядке требованию или об обратном взыскании уплаченной суммы. Такой иск может быть предъявлен в суде, постановившем оспариваемое решение, в трехмесячный срок или же в суде по месту исполнения решения в течение года, но при условии, что исполнение еще продолжается (ст. 365²²).

¹ Он формулирован в общем виде в Уставе угол. суд. Статья 207: «...если одни из соучастников в преступлении или проступке подсудны высшему, а другие — низшему суду, то дело обо всех обвиняемых подлежит решению высшего суда».

² *Wach*, 363–364. Германский устав прямо постановляет, что решение земского суда не может быть оспариваемо на том основании, что дело было подведомственно участковому суду (§ 10).

³ *Исаченко*, I, 282–283. В решении 70, № 349 Сенат, разъясняя, что если встречный иск неразрывно связан с первоначальным, то они не могут быть разрешаемы отдельно, справедливо замечает: «...допустив противное, надлежало бы признать, что одно и то же дело, по различию возникающих требований сторон из одного и того же договора или сделки, может подлежать, соображаясь с подсудностью заявленных требований, последовательному рассмотрению нескольких судебных установлений, т.е. судов мировых, общих, торговых и волостных. Такой порядок имел бы неминуемым последствием замедление хода дел, возбуждение пререканий между судебными местами и стеснение судов в правильном разборе споров, ибо предшествовавшее постановление суда неизбежно заключало бы предрешение вопросов, подлежащих обсуждению другого суда».

II. Каждый раз, когда нужно предъявить иск, принадлежащий к такой категории, для которой установлена специальная подсудность, возникает *стечение оснований подсудности*. Истец может предъявить его по любому из этих оснований. Так, например, иск, вытекающий из договора, может быть предъявлен либо по месту постоянного жительства ответчика, либо по месту исполнения договора.

Но, кроме того, возможно стечение оснований одной и той же подсудности. Так, когда у ответчика не одно, а несколько мест постоянного жительства (ст. 205), то происходит стечение оснований общей подсудности. То же самое имеет место, когда иск предъявляется к нескольким ответчикам, живущим в разных округах (ст. 218). Возможно также стечение нескольких исключительных оснований подсудности, если, например, иск относится к нескольким недвижимым имуществам, находящимся в разных округах (ст. 218).

Выбор между конкурирующими основаниями подсудности принадлежит истцу, если только, конечно, они равносильны, потому что исключительная подсудность устраняет всякую иную, а договорная устраняет общую и специальную. Для одного только случая стечения исключительной и общей подсудности законом сделано изъятие: когда иск относится к недвижимому имуществу совокупно с движимым, находящимся в другом округе, то от истца зависит обратиться в суд по месту нахождения недвижимости или по месту жительства ответчика (ст. 219).

§ 66. ДОГОВОРНАЯ ПОДСУДНОСТЬ¹

I. Как было указано выше (с. 530), подсудность гражданских дел, за исключением только тех случаев, когда она определена в законе безусловно обязательным образом, может быть изменяема по соглаше-

¹ Мальшев, I, § 33; Азаревиц, I, 264 и сл.; Гольмстен, 76—88; Нефедьев, § 54; Гольмстен, Юридические исследования и статьи, 1894, 286 и сл.; Анненков, I, 185 и сл.; Исаченко, I, 284 и сл.

Wach, Das Princip des gewillkürten Gerichtsstandes, 1879 (перепеч. в дополненном виде в Arch. f. civ. Pr., 62 B.); Fitting, Zur Lehre v. d. vereinb. Gerichtsstande (ib., 63 B.); Amsberg, Prorogatio fori und Contumacia (ib., 65 B.); Renaud, Zur Lehre v. d. ger. Zuständigkeit (Zt. Zp., 5 B.); Vierhaus (ib.); Birkmeyer (ib.); Fitting, Ueber die prinz. Grundlagen d. vereinb. Gerichtsstandes (Zt. Zp., 6 B.); Adam, Die civilproc. Zuständigkeitsvereinbarung in geschichtl. Entwicklung, 1888; Kraus, Die Vereinbarung üb. die Zuständ. d. Gerichte, 1888; Deybeck, Der Gerichtsstand der Vereinbarung, 1888; Sperl, Vereinbarung der Zuständigkeit und Gerichtsstand des Erfüllungsortes, 1897; Wach, I, § 43; Hellwig, II, § 106; Weismann, I, § 81; Pollak, § 56; Schrutka, § 36; Garsonnet, II, § 403.

нию сторон. Воспрещать им это нет никакого основания, ибо разграничение пространственной компетенции судов сделано в громадном большинстве случаев в интересах сторон, так что если они находят в том или ином случае более удобным для себя передать дело на разрешение не того суда, которому оно подлежало бы по правилам легальной подсудности, а другому — однородному, то им следует предоставить полную свободу выбора. Опасение, высказывавшееся некоторыми авторами, что в результате свободного применения договорной подсудности может явиться неравномерное распределение дел между судами, так как тяжущиеся будут предпочитать одних судей и избегать других¹, не оправдывается на практике в тех государствах, где допущено определение подсудности по договору сторон.

Соглашение о подсудности называется обыкновенно *пророгацией* (*prorogatio*), или *пророгационным договором*².

II. Римскому процессу был неизвестен предварительный пророгационный договор; но некомпетентный по общим правилам подсудности судья становился компетентным, если стороны явно или молчаливо соглашались подчиниться его решению. В такой форме применялась пророгация и в германском общем процессе. В современных процессуальных уставах Германии и Австрии область при-

¹ Что вышло бы, говорит, например, Гарсоннэ (Traité, II, § 403), «если бы позволить всем тяжущимся во Франции назначать друг другу свидание в Сенском суде?».

² Автор новейшей монографии о нем — Шперль — пытается доказать, что договорной подсудности, в сущности, нет и что соглашение о подсудности вовсе не договор, так как оно не направлено на установление или прекращение какого-либо юридического отношения, а просто совпадение двух одинаковых односторонних волеизъявлений, двух процессуальных действий — истца и ответчика, — тождественных по содержанию. Это совпадение волеизъявлений представляет собою фактический состав, с которым закон связывает юридическое последствие — определение подсудности, и является таким же критерием для распознавания законной подсудности, как и всякое иное указанное в законе основание подсудности: место жительства ответчика, место нахождения недвижимости и проч. (64—67). Взгляд Шперля вызвал справедливое замечание, что с такой точки зрения всякое соглашение, заключаемое на основании диспозитивной нормы, порождает обязательство из закона, а не из договора, так как сила каждого договора покоится в конце концов на законе (*Canstein*, Спр., 327, Anm. 2). В действительности соглашение о подсудности является договором, потому что представляет собою согласное волеизъявление двух лиц, направленное на юридическое последствие: подчинение дела определенному суду, которому без этого соглашения оно было бы неподсудно. Если это юридическое последствие не представляет собою возникновения или прекращения правоотношения, то просто потому, что пророгационный договор направлен не на материально-правовые, а на процессуальные последствия.

менения свободной воли сторон при установлении подсудности дел расширена в том отношении, что сторонам дано право заключать договоры о подсудности наперед — как для одного определенного дела, так и для ряда дел, вытекающих из одного юридического отношения. Кроме того, по обоим уставам соглашением сторон может быть изменяема не только подсудность, но отчасти и подведомственность дел (в Германии — относительно участков судей и земских судов, в Австрии — еще и относительно общих, торговых, морских и горных судов, но с разными ограничениями). С другой стороны, тяжущиеся стеснены в праве изменять подсудность некоторых исков (в Германии — исков, не представляющих имущественной ценности)¹. Французский устав прямо разрешает пророгацию только по отношению к мировым судьям (ст. 7); но судебная практика распространила это правило и на окружные суды, признавая, однако, за ними право не принимать к своему рассмотрению исков, неподсудных им по общим правилам закона².

III. Наш Устав, допуская определение подсудности по соглашению сторон, разрешает им делать выбор только между судами первой инстанции (ст. 227, 228, 37). Отсюда вытекают следующие ограничения пророгационного договора.

Во-1-х, тяжущиеся не вправе обратиться прямо в суд второй инстанции, минуя первую и выбрав для разрешения дела какую-либо судебную палату или Гражданский департамент Сената (70, № 507).

Во-2-х, стороны не могут нарушать правил подведомственности дел, так что соглашение сторон о передаче торгового дела, подведомственного коммерческому суду, или малоценного дела, подведомственного мировому суду, на рассмотрение окружного суда недействительно (76, № 461, 90, № 26). Однако из этого положения сделано несколько изъятий для низших судов (см. с. 466).

В-3-х, точно так же недействительно соглашение о передаче дела, подсудного русским судам, на разрешение иностранного суда: ответчик вправе отказаться от исполнения такого условия (90, № 26)³.

¹ Герм., § 38; § 104; *Schrutka*, § 25; Венг., § 45.

² *Garsonnet*, II, § 403. Правильность такого вывода из ст. 7 оспаривает проф. Гольмстен (Юр. иссл., 290—291).

³ Другого мнения *Анненков* (I, 188), полагающий, что эти условия не противоречат ст. 288. Но дело в том, что русские законы о пророгационном договоре относятся и могут относиться только к русским судам; признать же пророгационный договор о передаче дела на разрешение иностранного суда действительным значило бы, иными словами, сказать, что иностранные суды должны руководствоваться русскими процессуальными

Кроме того, соглашением сторон может быть изменяема только общая и специальная подсудность, но не исключительная, которая безусловно обязательна, так как установлена не столько в интересах сторон, сколько в видах лучшего отправления правосудия. Устав прямо оговаривает это по отношению к подсудности по месту нахождения недвижимости (ст. 228); но такое же безусловно обязательное значение следует признать и за прочими основаниями исключительной подсудности.

Наконец, предметом соглашения может быть подсудность одного определенного дела (ст. 228) или целой группы дел, которые могут возникнуть в будущем из совершаемого сторонами договора (ст. 227); но нельзя заключить условия о подсудности всех вообще своих дел одному окружному суду.

Для соглашения сторон относительно подсудности не установлено обязательной формы. Поэтому оно может быть облакаемо в любую форму. Так, лица, заключающие какой-либо договор, вправе внести в него условие относительно подсудности всех будущих исков из этого договора определенному окружному суду (ст. 227); далее, соглашение о подсудности может быть облечено в форму отдельного договора (84, № 96) или выражено в одностороннем письменном заявлении ответчика о согласии на разбор дела тем судом, в котором предъявлен иск, и, наконец, даже в устном заявлении ответчика о том же в заседании суда.

Соглашение о подсудности представляет собою договор, а потому требует для своей действительности наличности всех тех условий, которые необходимы для действительности каждого вообще гражданско-правового договора: правоспособности и дееспособности сторон, свободы обоюдного волеизъявления и проч. Отсутствие одного из этих условий дает ответчику право оспаривать действительность пророгации. Так, например, помещаемая в полисах страховых обществ оговорка о том, что все споры по заключенному договору страхования должны быть представляемы на разрешение определенного суда, не имеет обязательной силы как одностороннее волеизъявление одного контрагента, если другой не выразил в какой-либо форме своего согласия на эту оговорку (84, № 96). По той же причине соглашение о подсудности может быть игнорируемо не участвовавшим в нем лицом, если оно не является правопреемником одного из контрагентов (86, № 2, 65). Обязатель-

законами. Далее, право обращаться к русским судам за защитой в случае надобности представляет собою неотъемлемое публичное право каждого лица, пребывающего на территории России, и отказ от этого права не имеет юридической силы (90, № 26).

ная сила соглашения о подсудности выражается в том, что если истец предъявит иск в каком-либо другом суде, то ответчик вправе заявить отвод о неподсудности, и наоборот, когда иск предъявлен в избранном по соглашению суде, то ответчик лишается права отвода, хотя бы дело по общим правилам подсудности подлежало ведению другого суда.

IV. К такому же последствию — изменению законной подсудности — может вести и незаявление ответчиком своевременно отвода о неподсудности: если иск предъявлен с нарушением правил подсудности и ответчик не возразит против этого немедленно, то производство дела будет продолжаться так же, как если бы оно было подсудно данному суду (ст. 571, п. 1). Этот случай наши процессуалисты считают особым видом пророгации, а именно молчаливым, безмолвным соглашением сторон¹. Но в действительности образ действий истца и ответчика может быть результатом не сознательного желания подчинить данное дело юрисдикции определенного суда, а просто ошибки или небрежности, если, например, истец обратился с иском в известный суд, ошибочно думая, что ответчик живет в округе этого суда, или если ответчик пропустил срок на заявление отвода по небрежности. Конечно, закон мог бы предписать судам рассматривать молчание ответчика в таких случаях как выражение согласия на сделанное истцом изменение подсудности. Но это было бы прямо оговорено в законе, как сделано, например, в Германском уставе².

Наш Устав подобного правила в себе не содержит, вследствие чего незаявление отвода о неподсудности делает иск подсудным данному суду не потому, что состоялось молчаливое соглашение между сторонами, а потому, что ответчик не воспользовался предоставленным ему правом отвода и должен подчиниться решению суда. Другими словами, точка зрения нашего Устава такова: каждый из однородных судов компетентен разрешить каждое отнесенное к кругу ведомства этих судов дело; но ответчик имеет право требовать, чтобы его дела

¹ Гольмстен, 76—78; Нефедьев, § 54; Исаченко, I, 296; Гордон, Система, 65. Анненков (I, 190—191) выражается неопределенно.

² Параграф 39: «...если ответчик, не заявляя отвода о неподсудности, вступит в устное состязание по существу дела, то нужно считать, что состоялось молчаливое соглашение». Несмотря, однако, на категорическое предписание Устава, некоторые германские процессуалисты видят в этом случае не пророгацию, а односторонний отказ ответчика от права отвода (*Bülow* в *Arch. civ. Pr.*, 62 B., 41 ff.; *Fitting*, ib., 63 B., 250) или пресекательное действие срока (*Wach*, там же, 63 B., 383 ff.; впоследствии Вах переменял мнение (*Handb.*, 500 ff.)).

разбирались тем судом, которому они подсудны по закону; это право срочное, и если ответчик не осуществит его в течение установленного срока, то лишается его и уже не может возражать против нарушения истцом правил подсудности¹.

Между двумя изложенными взглядами имеется не только теоретическая, но и практическая разница. Если незаявление ответчиком отвода считать молчаливой пророгацией, т.е. договором, то оно должно обсуждаться по правилам, имеющим силу для всех вообще договоров. Напротив, если здесь видеть непользование ответчиком своим процессуальным правом отвода, то нужно применять правила относительно процессуальных прав. Исходя из первой конструкции придется признать за ответчиком право оспаривать юридическое значение своего молчания по всем тем основаниям, по каким допускается оспаривание действительности всякого волеизъявления, т.е. доказывать, что он не заявил отвода не потому, что желал подчиниться решению данного суда, а потому, что ошибся, был обманут, невменяем и т.п.² С точки зрения второй конструкции пропуск ответчиком срока на заявление отвода погашает право отвода безусловно, по какой бы причине ни произошел, и единственно о чем может просить ответчик в таком случае, это о восстановлении срока, если, например, его письменное объяснение с заявлением отвода по вине почты было доставлено в суд после срока (ст. 835)³.

§ 67. СООТНОШЕНИЕ ОСНОВАНИЙ ПОДСУДНОСТИ

Общий результат исследования оснований установленных нашим законодательством видов подсудности может быть выражен следующими положениями.

¹ Такую точку зрения приписывал Германскому уставу Фиттинг (Arch. civ. Pr., 63 B., 245 ff.; Zt. Zp., 6 B., 368–369), но, конечно, неосновательно ввиду ясного постановления § 39; Renaud, l. c. (Zt. Zp., 5 B., 29 ff.).

² Это и допускалось в римском и германском общем процессе. Osterloh, § 74.

³ Wach, ib., 382. Если считать незаявление ответчиком отвода молчаливым согласием на изменение подсудности, то возникает вопрос, как быть суду в случае неявки ответчика в заседание по неизвестной причине и непредставления письменного объяснения. Должен ли суд и тут видеть пророгацию подсудности или же, не зная причины неявки ответчика, считать, что пророгации нет и проверить подсудность дела себе? Этот вопрос вызвал много споров в германской литературе. В пользу первого решения его высказалось большинство авторов, а также Имперский суд. Amsberg, l. c.; Vierhaus, l. c.; Wach, Handb., § 43; Fitting, Lehrb., § 16, II.

I. Если иск принадлежит к числу таких, для которых установлена исключительная подсудность, то он должен быть предъявлен с соблюдением этой подсудности.

II. При стечении нескольких оснований исключительной подсудности выбор между ними принадлежит истцу.

III. Для рассмотрения исков, не подчиненных исключительной подсудности, стороны могут, по взаимному соглашению, избрать любой из окружных судов.

IV. При неприменимости исключительной подсудности и при отсутствии соглашения между сторонами иск может быть предъявлен либо по основаниям особенной подсудности, если они подходят к данному случаю, либо по основаниям общей подсудности, которые принимаются к руководству в следующем порядке.

А. Для исков против физических лиц:

1) место постоянного жительства ответчика или место временного пребывания (ответчик может требовать перевода дела по месту своего постоянного жительства);

2) при неизвестности места постоянного жительства ответчика — место временного его пребывания или место нахождения его недвижимого имущества (ответчик имеет право требовать перевода дела);

3) при неизвестности места нахождения недвижимого имущества ответчика — либо место последнего известного истцу жительства ответчика, либо место заключения договора, либо место исполнения договора (во всех случаях, кроме последнего, ответчик имеет право перевода дела);

4) в случае смерти ответчика до предъявления иска и при отсутствии принявших наследство наследников или душеприказчиков — место последнего постоянного жительства ответчика.

Б. Для исков против юридических лиц: место нахождения представительного органа.

V. При стечении нескольких оснований общей или особенной подсудности или же той и другой вместе право выбора между ними принадлежит истцу.

VI. Такова подсудность дел, подлежащих ведению окружных судов; что же касается пространственной компетенции мировых и судебно-административных учреждений, то о ней будет речь при изложении особенностей производства в этих учреждениях.

§ 68. УСТРАНЕНИЕ СУДЕЙ¹

I. Возбуждение дела в суде, которому оно подведомственно и подсудно, дает этому суду право и вместе с тем налагает на него обязанность приступить к разбору этого дела. Правильное и беспристрастное разрешение дел обеспечивается основными началами судоустройства, определяющими ценз и служебное положение судей. Но эти начала, касающиеся общих условий деятельности судей, не в состоянии устранить неблагоприятного влияния случайных обстоятельств, встречающихся в некоторых отдельных процессах и способных побудить того или другого судью склонять весы правосудия в сторону одного из тяжущихся. Чтобы предотвратить эту опасность, необходимо воспретить судьям участие в разборе таких дел, в исходе которых они почему-либо заинтересованы. С этою целью законодательства, с одной стороны, дают тяжущимся право требовать устранения от участия в деле заинтересованного судьи, а с другой — налагают на судей обязанность устранять себя в таких же случаях. В этом состоит институт устранения (*recusatio*, *Ausschliessung*) и самоустранения судей (*excusatio*, *déport*, *Selbstausschliessung*).

II. Источники римского права различают три категории лиц, которые могли быть устраняемы от исполнения судебных обязанностей: 1) таких, которые вообще лишены права быть судьями (не достигшие возраста 18 лет, женщины, рабы, умалишенные, глухие, слепые, немые), 2) лично заинтересованных в исходе дела и 3) внушающих тяжущимся недоверие по какой-либо основательной причине². Это тройственное разделение причин устранения судей перешло из римских источников, дополненных каноническим правом, в германский общий процесс и немецкую процессуальную литературу, выработавшую три соответствующих понятия: абсолютной неспособности, относительной неспособности и подозрительности. Абсолютно неспособными (*absolut unfähig*) к исполнению судебных обязанностей считались судьи, не обладающие качествами, необходимыми для занятия судебных должностей, и лишившиеся этих качеств во время службы (например, сошедшие

¹ Неведьев, Устранение судей в гражданском процессе, 1885; Учебник, § 32; Малышев, I, § 23; Азаревич, I, 184—190; Гольмстен, 46—47; Энгельман, § 12; Анненков, III, § 274 и сл.; Исаченко, III, 831 и сл.; Keller, § 11; Wetzell, § 36; Osterloh, § 52—55; Wach, § 27; Schmidt, § 35, V; Hellwig, II, § 79—80; Weismann, I, § 83; Pollak, 230—232; Schrutka, § 53; Garsonnet, Traité, II, § 747 ss.; Chiovenda, § 33.

² L. 12, § 2 D. de jud. (5, 1); L. 17 h. t.; L. 1, § 11 D. qu. appel. (49, 4); L. 5 pr. D. de injur. (47, 10); C. 12 C. de jud. (3, 1).

с ума, оглохшие, ослепшие). Участие таких судей в производстве дел вело в общем германском процессе к ничтожности судебного решения и всех процессуальных действий. Относительно неспособными (*inhabilis, relativ unfähig*) считались судьи, неспособные к справедливому разрешению определенных дел вследствие личной заинтересованности в их исходе, а подозрительными (*suspectus, verdächtig, befangen*) — те, беспристрастие которых представлялось тяжущимся сомнительным в силу какой-либо иной основательной причины. Как относительная неспособность, так и подозрительность могли служить причиной к устранению судьи только по требованию сторон или по заявлению самого судьи. Разница между ними состояла в том, что основания неспособности были точно определены правом и при наличии их устранение судьи было обязательно, тогда как основания подозрительности не были перечислены, и в доказательство ее тяжущиеся могли ссылаться на всевозможные обстоятельства¹, причем должны были доказать наличие таких обстоятельств или подтвердить их присягой (*juramentum perhorrescentiae*), вопрос же о том, насколько указанные обстоятельства свидетельствуют о подозрительности судьи, разрешался тем судом, к составу которого принадлежал отводимый судья, или же высшим в порядке подчиненности.

Действующий Германский устав считает основаниями устранения и самоустранения судей неспособность, под которой понимает относительную неспособность и подозрительность. Об абсолютной неспособности он умалчивает, но так как и она может встречаться на практике, то не остается ничего иного, как применять в этих случаях по аналогии правила, установленные для относительной неспособности². Сходные постановления об устранении судей содержатся

¹ *Tancredus*: «Causa recusationis unica est, sc. suspicio, quae consurgit multis ex causis» (*Wetzell*, 423, Anm. 21).

² *Wach*, 334, Anm. 5; *Hellwig*, § 79, 1 d. Разница между неспособностью и подозрительностью судьи проявляется в четырех отношениях. Во-1-х, причины первой перечислены в законе, а о второй просто сказано, что она «имеет место при наличии причины, способной оправдать недоверие к беспристрастию судьи». Во-2-х, неспособный судья устраняется от участия в деле самим судом, как по отводу стороны, так и без него, а подозрительный — по отводу стороны или заявлению самого судьи. В-3-х, отвод против неспособного судьи может быть заявлен в течение всего производства, а против подозрительного — только в начале процесса. В-4-х, участие в деле судьи, подлежавшего по закону устранению, является основанием к обжалованию решения в ревизионном порядке и к предъявлению иска о недействительности судебного решения, если отвод против судьи не был оставлен без последствий при производстве дела; участие же подоз-

в австрийском законодательстве, которое, в отличие от Германского устава, не только дает судье право, но и обязывает его заявить о существовании причин, по которым стороны могли бы возбудить отвод ввиду его неспособности или подозрительности¹. Так же поступает и Венгерский устав.

На другой точке зрения стоит Французский устав: он совершенно не проводит различия между неспособностью и подозрительностью судей, а прямо указывает основания, которые дают стороне право заявить отвод против судьи и обязывают самого судью возбудить вопрос о своем устранении. Отвод должен быть заявлен в начале процесса, за исключением того случая, когда причина устранения возникла или стала известна тяжущемуся позже. Если отвод не был заявлен или был оставлен без последствий, то участие судьи в производстве дела не влечет недействительности решения и не служит поводом к его обжалованию. Сторона, заявившая неосновательный отвод, подвергается штрафу в размере не ниже 100 франков (ст. 378–396).

Наше дореформенное законодательство не формулировало вполне определенно разницы между неспособностью и подозрительностью, но она лежала в основе его постановлений. Так, перечислив в восьми пунктах «причины подозрения со стороны истца и ответчика», которые «приемлются в уважение» (ст. 299 ч. 2 т. X Свода зак.), закон добавлял: «сверх означенных причин подозрения, истец и ответчик могут приводить и другие, о которых разумный судья сам рассудить может, ибо законами всех оных определить в точности невозможно» (ст. 300). Вместе с тем закон предписывал судьям в двух из указанных им случаях подозрения, а именно при наличии родства или свойства (до внучатного) между судьей и тяжущимся, устранять себя независимо от отвода сторон, а в двух других случаях — при наличии более отдаленного свойства или дружбы с тяжущимся — «объявлять о сем прочим членам суда, от которых зависит разрешение, быть ли в таком случае судье при слушании дела или не быть» (ст. 303).

Составители судебных уставов предпочли последовать примеру Французского устава, уничтожили отвод судей по подозрению и перечислили

рительного судьи может быть основанием к обжалованию в указанном порядке только в том случае, когда судья был по отводу устранен, но все-таки продолжал участвовать в деле (§ 41–48, 551, п. 2, 579, п. 2).

¹ Зак. об учрежд. суд., § 22; Зак. об отпр. суда, § 19–25; Уст. суд., § 529, п. 1; Венг., § 59–63.

в самом законе основания неспособности, при наличии которых судьи обязаны устранять себя от участия в производстве дела, а тяжущиеся имеют право отводить их.

III. Действующий Устав различает следующие основания к отводу и самоустранению судей.

1. Судья подлежит устранению от участия в производстве такого дела, в котором он сам, его жена, усыновленный им или его усыновитель, близкие родственники (в прямой линии без ограничения степеней, а в боковых — до четвертой степени включительно) и свойственники (первых трех степеней) участвуют в деле (ст. 667, п. 1). Так как по терминологии Устава участвующими в деле лицами являются истец, ответчик и третьи лица (ст. 660, 792, п. 3, 797, п. 3, 799), а за лиц, состоящих под опекой, «ищут и отвечают на суде их опекуны» (ст. 16), за несостоятельных должников — конкурсные управления и администрации (ст. 21, 22), за юридических лиц — их представители (ст. 26), то под лицами, «принимающими участие в деле», следует понимать как тяжущихся, так и их представителей и третьих лиц. Против такого понимания рассматриваемой статьи нельзя возражать, что она, как имеющая значение исключения, не подлежит распространительному толкованию¹, ибо каждому закону должен быть придаваем тот смысл, который соответствует его действительному значению и преследуемой им цели, а с этой точки зрения в видах лучшего ограждения беспристрастия судей, ради чего и введено рассматриваемое правило, предпочтительнее широкое толкование его. В таком смысле высказался и Сенат, признавший, что близкое родство (70, № 1191) и свойство (72, № 517) между судьей и поверенным тяжущегося являются основаниями к устранению судьи от участия в производстве дела.

Под родством следует понимать не только законное родство, основанное на происхождении от законного брака, но и естественное — в тех, конечно, пределах, в каких закон придает ему юридическое значение², а именно родство между внебрачным ребенком и 1) его родителями (ст. 132⁴⁻⁷ Зак. гражд.), 2) его нисходящими и 3) его единоутробными внебрачными братьями и сестрами с их законными нисходящими (ст. 132¹⁴).

¹ Анненков, III, 283—284. Это традиционное правило толкования ошибочно. См. мое «Учение о толковании законов», 1901, 274—275, 286—287, 307—308.

² Гольмстен, 46.

Что касается отношений по усыновлению, то закон упоминает только о том случае, когда судья является усыновителем, а тяжущийся — его усыновленным. Но это правило следует распространить по аналогии и на противоположный случай: когда судья — усыновленный одного из тяжущихся, ибо таким образом, по справедливому замечанию Анненкова, «не устанавливается какое-либо новое основание отвода, в законе не предусмотренное», а применяется указанное законом основание (усыновление) к непредусмотренному частному случаю¹.

2. Другим основанием к устранению судьи закон считает отношения по опеке: когда судья состоит опекуном которого-либо из тяжущихся (ст. 667, п. 2). Закон говорит только об опеке и умалчивает о попечительстве. Этот пробел должен быть восполнен по аналогии в том смысле, что судья не может участвовать в разрешении такого дела, в котором одним из тяжущихся является лицо, состоящее под его попечительством. Хотя попечитель и «мало заинтересован в делах несовершеннолетнего»², но все-таки заинтересован, а главное, должен контролировать действия несовершеннолетнего при заключении им юридических сделок (ст. 220 Гражд. зак.).

3. Такое же значение имеют отношения по управлению делами: если судья управляет делами одного из тяжущихся или, наоборот, один из тяжущихся состоит управляющим делами судьи, то судья обязан устранить себя от участия в деле (ст. 667, п. 2). Закон говорит об «управлении делами или имением судьи», т.е. *всеми* делами и *всем* имуществом, имея в виду близкие отношения, при которых судья и тяжущийся настолько связаны общностью материальных интересов, что юридически отождествляются. Это бывает, например, в следующих случаях: когда судья выдал тяжущемуся полную доверенность на управление всеми своими делами; когда судья состоит председателем правления общества взаимного кредита, являющегося стороной в данном деле (86, № 76), или председателем земской управы, предъявившей у него иск (72, № 569). Напротив, нельзя считать основанием к устранению судьи, если одною из сторон являются управляющий домом или арендатор имения судьи (74, № 604), поверенный судьи по другому делу (70, № 985), земство, гласным которого он состоит (70, № 505).

¹ Анненков, III, 282. Подтверждением правильности такого вывода служит п. 3 ст. 373, по которому устраняются по отводам тяжущихся от свидетельства одинаково усыновители и усыновленные противной стороны, сделавшей ссылку на них.

² На этом основании Анненков решает вопрос в противоположном смысле (III, 285).

4. Судья не может участвовать в разборе дела, если он или его жена являются ближайшими законными наследниками одного из тяжущихся (ст. 667, п. 3).

5. Причиной устранения судьи служит также то обстоятельство, что судья или его жена состоят противниками одного из тяжущихся в другом деле (ст. 667, п. 3). Закон употребляет термин: «когда судья или жена его... имеют с одним из тяжущихся тяжбу». Под «тяжбами» в Уставе гражданского судопроизводства, как и вообще в судебных уставах, разумеются только гражданские дела (см. с. 537). Но в данном случае действительному смыслу закона больше соответствует понимание этого термина в обширном смысле всякого спорного дела, которое ведется судьей или его женой с одним из тяжущихся в одном учреждении — не только судебном, но и административном и церковном, так как основанием рассматриваемого правила служит то соображение, что всякий процесс вызывает в спорящих сторонах чувство неприязни, обиды и раздражения, препятствующее им относиться друг к другу спокойно и объективно.

Но во всех таких процессах судья должен принимать участие в качестве частного лица, так как если он выступает в роли органа государственной власти, то для личной вражды к противной стороне нет столь сильного побуждения. Поэтому не может служить поводом к устранению судьи то обстоятельство, что один из тяжущихся оказал неуважение к судье как должностному лицу и что об этом производится уголовное дело (80, № 6).

Другое ограничение состоит в том, что для устранения судьи по причине производящегося между ним и одною из тяжущихся сторон дела необходимо, чтобы это дело возникло раньше того, в котором заявляется отвод против судьи, так как в противном случае тяжущиеся могли бы по произволу устранять нежелательных для них судей, возбуждая против них заведомо неосновательные дела, вследствие чего «для некоторых дел могло бы не найтись ни одного судьи»¹. Равным образом не могут служить поводом к устранению судьи уже оконченные дела между ним и одною из тяжущихся сторон (74, № 864).

6. Судья подлежит устранению, если он участвовал в разрешении его в низшей инстанции (ст. 146 Учр. суд. уст. и ст. 180 Уст. гражд. суд.).

Основание этого правила заключается в том, что судья не может с полным беспристрастием проверять правильность своих собственных

¹ Исаченко, 840.

действий. Но это основание отпадает в тех случаях, когда судья не участвовал в постановлении решения, а совершал в низшей инстанции только отдельные процессуальные действия, например производил допрос свидетелей, если только на эти его действия не принесена жалоба, подлежащая рассмотрению в высшей инстанции (68, № 303, 495).

Вот и все основания к устранению судей, перечисленные в действующем законодательстве. Несомненно, что этот перечень недостаточен, ибо существуют другие, не менее, а иногда и более важные основания. Так, судья может быть лично заинтересован в исходе дела вследствие того, что он связан с одним из тяжущихся общностью прав или обязанностей, например состоит соучастником в общей собственности или в товариществе, является легатарием по завещанию, о действительности которого идет спор, несет ответственность пред тяжущимся в силу регресса¹ и т.п. Далее, возможно, что судья участвовал в данном процессе в качестве свидетеля или эксперта²; что судья, его жена или близкие родственники ведут в другом суде аналогичный процесс³; что судья состоит кредитором или должником одной из сторон⁴; что он находится в явно дружеских или враждебных отношениях с тяжущимся⁵; что он имеет процесс, где будет судьей один из тяжущихся⁶. Наконец, мыслимы и такие случаи, когда судья является женихом или сожителем истицы или ответчицы, когда жена судьи бросила его и живет с одним из тяжущихся и т.д.⁷ Всех таких обстоятельств нельзя даже предусмотреть наперед, а между тем не подлежит сомнению, что они способны неблагоприятным образом влиять на разрешение дел. Ввиду этого

¹ Герм. уст., § 41, п. 1; Австр. уст. судоустр., § 20, п. 1; Венг., § 59, п. 1.

² Германский уст., § 41, п. 4, 6; Австр., § 20, п. 4, 5; Франц., ст. 378, п. 8; Венг., § 59, п. 5; наш Уст. угол. суд., ст. 600, п. 2.

³ Франц., ст. 378, п. 3; ч. 2 т. X Св. зак., ст. 299, п. 6.

⁴ Франц., ст. 378, п. 4.

⁵ Там же, ст. 378, п. 8, 9.

⁶ Часть 2 т. X Св. зак., ст. 299, п. 7.

⁷ Некоторые процессуалисты присоединяют сюда еще те случаи, когда в решении дела участвуют «мнимые судьи», т.е. лица, не назначенные судьями в законном порядке (присвоившие себе судебную власть), или же судьи, уже уволенные от должности (*Wach*, 334, Anm. 5; *Мальшев*, I, 109). Но как те, так и другие — вовсе не судьи. Их столь же неправильно называть судьями, как причислять, например, к женатым людям женихов или вдовцов. Что касается слепоты и глухоты, которые считались в Риме причинами абсолютной неспособности судей, то современные законодательства о них умалчивают. Поэтому они имеют такое же значение, как всякие иные фактические обстоятельства, нарушающие правильный ход производства, вроде, например, того, что один из судей заснул во время заседания (*Hellwig*, § 79, 1 d.).

и Сенату пришлось, несмотря на молчание закона, допустить отвод судьи, когда он является соучастником в общей собственности с одною из сторон, хотя бы лично не предъявлял иска (70, № 1561), или если он давал свидетельское показание по разбираемому делу (70, № 822). Вместе с тем Сенат признал за судьями право возбуждать вопрос о своем устранении и в непредусмотренных законом случаях (72, № 172)¹.

V. Последствия участия в процессе судьи, подлежавшего устранению, не указаны в Уставе. Имея в виду, что закон предоставляет

¹ Проект новой редакции Устава гражданского судопроизводства вносит несколько дополнений в ст. 667, прибавляя к числу указанных в ней оснований к устранению судьи еще близкое родство или свойство судьи с поверенным одной из сторон и участие судьи в предшествовавшем производстве дела в качестве свидетеля, сведущего лица или поверенного (ст. 557). Но и этого, конечно, недостаточно — ввиду того, что проект новой редакции, как и действующая редакция Устава, не допускает отвода судей по подозрительности. Обойтись без понятия «подозрительности» невозможно, хотя вовсе не потому, что между нею и неспособностью имеется принципиальная разница, как думает, например, Нефедьев, по мнению которого «в интересе государства устраняется судья относительно неспособный, в интересе тяжущихся — судья подозрительный» (Устранение, с. 8). С такой точки зрения оказалось бы, что государство заинтересовано в том, чтобы судья не проявил пристрастия в деле своей жены или своего племянника, но не заинтересовано в том, чтобы он справедливо разрешил дело своей невесты или друга детства. Очевидно, это неверно. Государству важно, чтобы правосудие отправлялось беспристрастно во всех делах. Точно так же и каждому тяжущемуся желательно, чтобы судья не покривил душой в пользу противной стороны по какому бы то ни было поводу. Поэтому устранение как неспособных судей, так и подозрительных необходимо в интересах и государства, и тяжущихся; если же приходится проводить различие между неспособностью и подозрительностью, то просто потому, что одни обстоятельства в огромном большинстве случаев (близкое родство и свойство, брак, отношения по опеке, управлению делами и проч.), при нормальных условиях, должны оказать влияние на отношение судьи к делу, а другие обстоятельства (например, дальнейшее родство, приятельские отношения и т.п.) иногда могут побудить судью к пристрастию, но могут и не повлиять на него. Какие именно обстоятельства должны быть включены в первую группу, этот вопрос разрешен на основании долгого практического опыта германским и австрийским уставами почти одинаково, так что выработанные ими перечни могут быть воспроизведены без изменения. Составители судебных уставов ограничили право тяжущихся отводить судей только по указанным в ст. 667 основаниям — из боязни, «что предоставление тяжущимся слишком широкого права просить об устранении судей может повести на практике к заявлению бесконечных и самых неосновательных притязаний, служащих к напрасному обременению судебных мест, а иногда и к самому замедлению дела» (объясн. к ст. 667). Но не говоря уже о том, что лучше допустить несколько неосновательных отводов судей, чем открыть простор для нарушения судебного беспристрастия, существуют средства против злоупотреблений тяжущихся в виде разрешения заявлять отводы только в начале дела и угрозы денежным штрафом за явно неосновательные заявления.

тяжущимся право заявить отвод против судей в перечисленных ст. 667 случаях не позже первого заседания по существу дела, после чего заявление отвода допускается только при том условии, если причина к устранению возникла в течение производства (ст. 669), необходимо прийти к выводу, что если тяжущийся своевременно не заявил отвода, то участие в рассмотрении дела такого судьи, который мог быть отведен, не влечет недействительности решения и не может служить поводом к его обжалованию: молчание тяжущегося должно быть рассматриваемо как отказ от права отвода (86, № 76, 75, № 188, 72, № 332 и др.). Что касается судьи, не возбудившего вопроса о самоустранении, то он может быть привлечен к дисциплинарной ответственности за неисполнение своей служебной обязанности (67, № 422)¹.

Б. Стороны²

§ 69. ПОЛОЖЕНИЕ СТОРОН

I. Так как исковой процесс представляет собою проверку судом юридического требования, заявленного одним лицом по отношению к другому, то субъектами процесса являются, кроме суда, два лица: во-первых, заявившее какое-либо юридическое требование и, во-вторых, другое, по отношению к которому это требование заявлено. Первое *ищет* судебной помощи, второе должно держать *ответ* пред судом. Поэтому первое называется *истцом*, а второе — *ответчиком*³.

¹ Исаченко, III, 841—842.

² Малышев, I, § 36, 37; Азаревич, I, 336 и сл.; Гольмстен, 91—96; Энгельман, § 18, 23; Нефедьев, § 56—59; Исаченко, Основы гражданского процесса, 1904.

Barazetti, Zur Lehre von der Processfähigkeit, 1885; Stegemann, Die Parteien im Process (Zt. Zp., 17 B.); Petersen, Ueber den Parteibegriff (ib., 18 B.); Bunsen, Die Parteien im Civilprocesse (ib., 26); Ehemann, Der Parteibegriff, 1898; Schott, Das Armenrecht mit Beitrag zur Lehre vom Parteibegriff, 1900; Rosenthal, Die Sachlegitimation, 1903; Thiele, Wer ist Partei (Arch. civ. Pr., 82 B.); Fuchs, Zur Lehre von der Processfähigkeit etc. (Gruchot's Beitr., 38 B.); Thiele, id. (ib., 39 B.).

Bayer, § 18 ff.; Renaud, § 45 ff.; Wetzell, § 5 ff.; Osterloh, § 109; Wach, § 46—48; Schmidt, § 50; Hellwig, I, § 23, 43 ff.; II, § 111 ff.; Weismann, I, § 22 ff.; Kleinfeller, § 37 ff.; Canstein, § 11; Skedl, § 13 ff.; Pollak, § 21 ff.; Schrutka, § 66 ff.; Chiovenda, § 34.

³ В прежних процессуальных законах (ч. 2 т. X Св. зак., ст. 160) эти термины определялись так: «Истец есть тот, кто отыскивает свое право или ищет что-либо на другом

Истец — активная, наступающая сторона. Он возбуждает процесс; он действует; он домогается судебной помощи; он жалуется суду на ответчика. Оттого в иностранных языках он именуется *деятелем* (*actor*), *просителем* (*demandeur*), *жалобщиком* (*Kläger*).

Ответчик — сторона пассивная, *обороняющаяся* (*défendeur*), *обвиняемая* (*reus*, *Beklagte*). Он не нападает, а только отражает нападение истца, не просит судебной помощи, а старается, чтобы она не была оказана истцу.

Истец и ответчик носят вместе название *сторон* (*partes*, *parties*, *Parteien*), или *тяжущихся* (*litigantes*), а также тяжущихся сторон (*Streitheile*).

Положение в процессе сторон, в отличие от судей и других принимающих участие в производстве лиц (свидетелей, поверенных, экспертов, третьих лиц, приставов и проч.), характеризуется следующими признаками: 1) стороны ведут процесс от своего собственного имени («дело Иванова с Петровым»); 2) на их имя выносится судебное решение («рассмотрев дело по иску Иванова к Петрову, суд постановил...»); 3) на них распространяется в полной мере сила судебного решения; 4) на них падают издержки производства; 5) в случае смерти или потери правоспособности кем-либо из них его место в процессе занимает его наследники¹.

Напротив, поверенные, свидетели, эксперты и проч. принимают участие в *чужом* процессе, не связываются лично законной силой решения, не несут судебных издержек, не передают своей процессуальной роли наследникам. Исключение составляют третьи лица — пособники, которые во многом приравняются к сторонам. Об этом будет речь в особенной части курса.

Таким образом, сторонами являются лица, *от имени которых ведется процесс*².

поданном о том в суд прошения. Ответчик есть тот, кто должен дать в суде ответ на поданное истцом прошение». В действующем Уставе такого определения нет.

¹ *Hellwig*, § 111; *Canstein*, § 11, II; *Petersen*, 39 ff.; *Bunsen*, 212 ff.

² Определение понятия «сторон» вызвало много споров в немецкой и австрийской литературе. Старые писатели держались того мнения, что под «сторонами» следует понимать активных и пассивных субъектов того материально-правового отношения, которое исследуется судом в процессе (*res in judicium deducta*), или, говоря точнее, тех лиц, которые выдают себя за субъектов этого материального правоотношения (*Bayer*, § 19; *Wetzell*, § 5, 9; *Renaud*, § 45, 46 и др., а из позднейших процессуалистов: *Planck*, I, 199—200, 206; *Canstein*, § 11, A; *Engelmann*, III, 189; *Skedl*, § 13; *Thiele* (Arch., 38, 43, 50;

Взаимное отношение сторон определяется *принципом равноправности* (с. 349—350).

Однако естественное различие между наступлением и обороной не может не сказываться на их процессуальном положении. В общем положение ответчика выгоднее, ибо легче защищаться, чем нападать (*favorabiliores sunt partes rei quam actoris*). Ответчик может пассивно

Gruch., 602); у нас: Гольмстен, 91; Энгельман, 100; Неведьев, § 56). Видоизменением этого определения является другое, по которому сторонами называются лица, осуществляющие в процессе свой юридический интерес от собственного имени (*Bolgiano, Handbuch, I, 108; Barazzetti, 3; Petersen, 15; Bunsen, 203; Fuchs, 261; Азаревич, I, 338*). Принимая такое определение, Вах указал вместе с тем, что оно неприменимо к тем случаям, когда в роли стороны выступает не субъект спорного материально-правового отношения, а кто-либо другой, что возможно, по Германскому уставу, в процессах, где одною из сторон является такое коллективное целое (общество, товарищество, компания), за которым не признается характера юридического лица. В этих случаях субъектами прав, о которых идет процесс, являются отдельные лица, образующие коллективное целое, а стороной в процессе выступает это целое через своих представителей, подобно юридическому лицу. Отсюда Вах заключил, что необходимо различать формальное и материальное понятия «сторон». В формальном смысле ею является всякий ведущий процесс от своего имени, а в материальном смысле — тот, «в чьем интересе оказывается судебная защита, кто объявил себя активным или пассивным субъектом материального правоотношения, составляющего предмет спора» (518). Такое раздвоение понятия «сторон» можно было бы допустить, если бы последствия действительности формальной стороны (представителя коллективного целого) не выходили за пределы процесса и не отражались на гражданско-правовом положении материальной стороны (отдельных лиц, составляющих коллективное целое). Но так как формальная сторона, ведущая процесс, имеет право, в силу принципа диспозитивности, распоряжаться судьбой объекта процесса (посредством признания, мировой сделки, отказа от средств защиты), то, значит, она является вместе с тем и субъектом спорного материально-правового отношения (см. сн. 1 на с. 527). Вместо раздвоения понятия «сторон» некоторые предложили совершенно упразднить материальное понятие и ограничиться одним формальным, разумея под «сторонами» просто «лиц, ведущих процесс» (*Oetker, Jurist. Literaturblatt, 1890, 189: «res in iudicium deducens und is contra quem res in iudicium deducitur»; Siegemann, 357; Kohler, Grundr., § 16*). Против такого определения справедливо возражали, что оно чересчур широко, так как под него подойдут опекуны, душеприказчики и другие лица, ведущие процессы не от своего имени и не несущие ни судебных издержек, ни материально-правовых последствий судебного решения (*Petersen, 8 ff.; Bunsen, 201*). Устранить этот недостаток формального определения можно, дополнив его указанием, что стороны ведут процесс «от собственного имени» (*Petersen, 39; Rosenthal, 17—18; Chiovenda, 481*). Но добавлять сюда еще, что стороны имеют юридический интерес в разрешении дела, нет надобности, так как наличие юридического интереса не является субъективным качеством лиц, ведущих процессы, а представляет собою одно из объективных условий (предположений) процесса. Еще менее основания указывать в определении «сторон», что они должны быть субъектами спорного материально-правового отношения. Это — одно из доказательств наличия юридического интереса.

ожидать, чтобы истец доказал правильность своего требования, и ограничиться отпарированием его доказательств и доводов, причем если требование истца не будет доказано, ответчик считается победившим (*actore non probante reus absolvitur*) и может взыскать с истца судебные издержки.

С другой стороны, положение истца лучше в том отношении, что с него не может быть присуждено в пользу ответчика ничего, кроме судебных издержек (*actor non condemnatur*)¹.

Из самого существа спорного, или искового, производства следует, что каждый процесс предполагает наличность двух сторон с противоположными интересами.

Отсюда вытекают следующие положения.

Во-первых, роли истца и ответчика не могут быть совмещаемы в одном лице точно так же, как несовместимы роли кредитора и должника. Если такое слияние произойдет, например, вследствие того, что истец стал наследником умершего во время производства ответчика, то процесс должен прекратиться. В самом деле, «если бы процесс продолжался, то оказалось бы, что истец ведет тяжбу с самим собой и что каково бы ни было судебное решение, он ничего не выиграет и не проиграет от него»², т.е. процесс превратился бы в пустую забаву без всякого реального значения.

¹ Присуждение с истца возможно только в случае предъявления ответчиком встречного иска. Но производство по встречному иску представляет особый процесс, где ответчик является истцом.

² *Мальшев*, I, 184. Однако некоторые полагают, что иногда одно и то же лицо бывает как истцом, так и ответчиком, и указывают на дела о восстановлении нарушенного владения, где владение может быть принуждено к уступке части общего имущества другим соучастникам (*Азаревич*, I, 339; *Мальшев*, I, 186). Это верно по отношению к римскому и германскому общему процессу, где в указанных случаях суд действительно мог постановить двойственное решение (*judicia duplicia*) и, не довольствуясь отказом в иске, присудить объект спора целиком или в части ответчику (*Wetzel*, § 46 в.). Но нашему процессу такие случаи неизвестны. Дела о восстановлении нарушенного владения заканчиваются либо удовлетворением иска, либо отказом в нем, но никак не присуждением владения ответчику, потому что согласно принципу диспозитивности суд не вправе выходить за пределы требований сторон (ст. 706) и мог бы присудить владение ответчику только в том случае, если бы тот заявил об этом требование в форме встречного иска. Что же касается исков о разделе общего имущества (точнее: общего наследства, так как Устав предусматривает только его в ст. 1409 и сл.), то они разбираются в порядке охранительного производства, а искомому подлежат только иски о разделе, которые в сущности представляют собою требования о дополнительном наделе (ст. 1332 Гражд. зак.; ст. 1420 Уст. гр. суд.; 77, № 142, 201) и могут оканчиваться тоже только удовлетворением или отказом.

Во-вторых, в тех случаях, когда истец обязан по закону предъявить иск для ограждения своих прав, а между тем противной стороны, т.е. лица, заинтересованного в оспаривании прав истца, либо совершенно нет, либо временно нельзя определить, закон искусственно создает ответную сторону, чтобы сделать возможным исковое производство. Это бывает в делах брачных, где роль ответчика, за отсутствием такового, исполняет прокурор, и в исках «к лицу умершего» (ст. 215), где интересы наследников, еще не вступивших во владение наследственным имуществом, защищает опекун.

II. Предъявить иск может каждый: и восьмилетний ребенок, и сумасшедший, и лишенный всех прав состояния. Равным образом иск может быть направлен против каждого: и против новорожденного младенца, и против безвестно отсутствующего, и против запрещенного законом сообщества. Но для того, чтобы вести начатое дело дальше, чтобы оно не было прекращено в самом начале, а дошло до разрешения по существу, необходимо обладать: 1) способностью быть стороной в процессе (*Parteifähigkeit*), или, иначе, процессуальной правоспособностью, и 2) способностью самостоятельно вести процесс, т.е. процессуальной дееспособностью (*Prozessfähigkeit, legitima persona standi in judicio*).

В нашем Уставе термины «правоспособность и дееспособность» не употребляются, а для обозначения обоих этих понятий безразлично применяются выражения: «способность отыскивать и защищать на суде свои права» (ст. 17, 18), «право искать и отвечать на суде» (ст. 20, 21, 26, 27, 69, п. 4, 571, п. 4) и даже «право ходатайствовать в суде» (ст. 584, п. 3)¹. Ввиду такой неустойчивости терминологии необходимо в каждом отдельном случае устанавливать, идет ли речь о правоспособности или о дееспособности².

§ 70. ПРОЦЕССУАЛЬНАЯ ПРАВОСПОСОБНОСТЬ

Процессуальная правоспособность соответствует гражданской правоспособности: подобно тому, как последняя представляет собой способность быть субъектом юридических отношений, носителем гражданских прав и обязанностей, так и процессуальная правоспособ-

¹ В проекте новой редакции Устава эта путаница не устранена (ст. 24–31).

² Малышев (I, 186 и сл.) смешивает правоспособность с дееспособностью. Сенат иногда называет дееспособность правоспособностью (72, № 1049, 95, № 58 и др.).

ность заключается в возможности быть субъектом процесса, стороной, обладать процессуальными правами.

Процессуальная правоспособность — одно из проявлений гражданской правоспособности, а именно отражение ее в процессе. В самом деле, раз за кем-либо признана способность вступать в юридические отношения и обладать правами, то ему должна быть предоставлена и возможность обращаться к суду в случае надобности защитить свои права от нарушения: иначе его права не имели бы никакой цены, никакого реального значения, и самое существование их было бы поставлено в зависимость от доброй воли других лиц, которые могли бы безнаказанно нарушать их. Поэтому процессуальная правоспособность должна сопутствовать гражданской: каждое правоспособное лицо должно иметь право быть субъектом процесса.

Вместе с тем, так как гражданская правоспособность не у всех лиц одинакова, то и процессуальная не может быть одинаковой: она не может идти дальше гражданской правоспособности. Допустить противное значило бы разрешить гражданам начинать процессы о таких правах, какими они не могут обладать и которых суд не может за ними признать, т.е., следовательно, напрасно обременять суды совершенно бесплодной работой.

Отсюда следует, что *каждый может быть стороной в процессе в пределах своей гражданской правоспособности*¹.

Это положение выражено в ст. 17 и 18 Уст. гр. суд. По ст. 17 «каждый признается способным отыскивать и защищать на суде свои права; исключения из сего правила означены в нижеследующих статьях», а по ст. 18 «лишенные всех прав состояния, со времени объявления им окончательного судебного о том приговора, не могут искать и защищать на суде те *права, которых они лишены*». Последние подчеркнутые слова показывают, что процессуальная правоспособность простирается только до границ гражданской. Так, например, если монахи лишены права наследования (ст. 1109 ч. 1 т. X), то они не могут вести наследственных процессов; юридическое лицо обладает лишь имущественной правоспособностью, а следовательно, не может быть стороной в брачном процессе².

¹ Венг. уст., § 70: «...стороной может быть тот, кто правоспособен в силу гражданского права». Аналогично Герм. уст., § 50.

² В ст. 18 бросается в глаза несоответствие между началом ее («лишенные всех прав состояния») и концом («те права, которых они лишены»). Казалось бы, что если кто-

Отсюда вытекает, что процессуальной правоспособностью обладают: 1) физические лица и 2) юридические лица. Как тем, так и другим процессуальная правоспособность принадлежит в той мере, в какой за ними признана гражданская правоспособность. Поэтому для определения пределов их процессуальной правоспособности необходимо обращаться к нормам материального права.

Исключение сделано законом только для иностранцев, пользующихся правом внеземельности, т.е. входящих в состав иностранных посольств и облеченных дипломатическим званием (95, № 15): к ним не могут быть предъявляемы иски о взыскании денег. С такими требованиями кредиторы должны обращаться в Министерство иностранных дел, которое принимает меры к удовлетворению их (ст. 224).

либо лишен всех прав, то, значит, он не может искать и защищать на суде никаких прав. Это несоответствие объясняется тем обстоятельством, что лишенные всех прав могут вновь приобретать некоторые права в месте ссылки (Уст. о ссылк., ст. 422 и сл.), а следовательно, могут и защищать их судебным порядком.

В нашем праве имеется постановление, рассматриваемое некоторыми (Азаревич, I, 344) как ограничение одной лишь процессуальной правоспособности. Это — запрещение детям предъявлять к своим родителям иски о вознаграждении за личные обиды (ст. 168 Зак. гр.), т.е. иски о бесчестии (ст. 667—669 Зак. гр.) и о вознаграждении за ущерб в кредитные или имущество, происшедший вследствие личной обиды (ст. 670 Зак. гр.). В действительности здесь имеется не ограничение процессуальной правоспособности, а нечто совсем иное. Закон предоставляет всякому потерпевшему от преступления, в том числе от личной обиды (оскорбления чести), лицу право получить с виновника вознаграждение за причиненные его преступным деянием убытки (ст. 644 Зак. гр.). В этих случаях в пользу потерпевшего возникает обязательство из преступного нарушения его права (*obligatio ex delicto*), которое может быть осуществлено путем предъявления иска (так называемого деликтного). Но дети лишены права предъявлять деликтные иски в случае нанесения им личной обиды их родителями. Почему? Потому, что это с точки зрения нашего закона несовместимо с существованием родительской власти над детьми, независимо от возраста последних (ст. 164 Зак. гр.); потому, что никакие действия родителей по отношению к своим детям не могут считаться оскорбительными для детей, которые «должны оказывать родителям чистосердечное почтение, послушание, покорность и любовь... и сносить родительские увещания и исправления терпеливо и без ропота» (ст. 177 Зак. гр.); словом, потому, что родители не могут совершать по отношению к детям преступления, именуемого личной обидой, подобно тому, как не могут совершать такого же преступления по отношению друг к другу супруги (Угол., 69, № 551, 612). Следовательно, деликтный иск детей к родителям из-за личных обид недопустим просто вследствие невозможности такого преступления со стороны родителей. Рассматривать этот случай как ограничение процессуальной правоспособности — все равно что относить к числу таких ограничений недопустимость иска о вознаграждении за убытки, причиненные лицом, действующим в пределах своего права или по законному требованию правительства (ст. 684 Зак. гр.).

Наоборот, не имеют процессуальной правоспособности, во-1-х, союзы людей и общества, не являющиеся по закону юридическими лицами, и, во-2-х, имущества, временно не имеющие собственника, но не признаваемые законом юридическими лицами.

1. Общества и союзы, за которыми не признано законом значения юридических лиц, представляют собою совокупности физических лиц, хотя и объединенных какою-нибудь общей целью, но с юридической точки зрения не составляющие одного целого, отличного от входящих в его состав членов. Ни самостоятельного имущества, ни самостоятельных прав или обязанностей такие общества или союзы не могут иметь; все принадлежит отдельным лицам, образующим их, а потому быть стороной в процессе могут только эти лица, все совокупно¹.

¹ В германском праве процессуальная правоспособность признавалась раньше и признается теперь за лишенными гражданской правоспособности обществами и союзами (торговыми товариществами и разного рода другими обществами, не имеющими прав юридического лица). Такие общества и союзы могут быть субъектами процесса, хотя, не будучи юридическими лицами, не являются субъектами тех прав, которые защищаются ими в процессе и которыми обладают в действительности отдельные физические лица, входящие в состав этих обществ и союзов. Вследствие такого отделения процессуальной правоспособности от гражданской возникает ряд вопросов, затруднительных для разрешения: считать ли членов общества или союза участвующими в деле лицами, могут ли они быть в этом деле свидетелями, могут ли вступать в него в качестве третьих лиц, распространяется ли на них сила судебного решения, может ли взыскание по этому решению быть обращено непосредственно на их имущество, и т.д. Число этих недоразумений увеличилось еще больше после издания новеллы 1898 г., которая признала за обществами и союзами, не получившими прав юридического лица, процессуальную правоспособность только в половинном размере, дозволив им быть ответчиками, но не упомянув о праве быть истцами (§ 50 Герм. устава: «...стороной способен быть тот, кто правоспособен; допускается предъявление иска к союзу, не обладающему правоспособностью; он занимает в процессе положение правоспособного союза»). Догматическая конструкция этих случаев вызвала большое разногласие в литературе. Одни считают действительными субъектами процесса все-таки всех отдельных членов коллективного целого (*Petersen*, 59 ff.), другие – самые союзы и общества (*Schmidt*, 328; *Bunsen*, 275); третьи – тех лиц, которые выступают в процессе от имени обществ и союзов, т.е. органы их (*Stegemann*, 373); четвертые – самостоятельные имущественные массы, принадлежащие этим обществам и союзам и приравняемые в процессуальном отношении к юридическим лицам (*Hellwig*, I, § 45). Вах (§ 46, II) считает такие союзы субъектами не в материальном смысле, а только в формальном. Нельзя не согласиться со Скедлем (§ 13, прим. 2), что в признании за союзом процессуальной правоспособности в каких-либо пределах заключается само собою и признание его гражданской правоспособности в тех же пределах просто потому, что в самостоятельном праве искать и отвечать по суду содержится право распоряжаться лежащими в основании иска материальными правами. В самом деле, в силу принципа диспозитивности тяжущийся имеет полную возможность распоряжаться объектом процесса: прекращать дело мировой сделкой, делать на суде уступки и признания, отказы-

2. Лишены процессуальной правоспособности также имущественные массы, хотя и составляющие одно хозяйственное целое и временно не имеющие собственника, но в то же время не признаваемые законом юридическими лицами.

Они принимают участие в экономическом обороте благодаря тому, что управление ими предоставляется по закону особым лицам — опекунам и душеприказчикам. Эти лица могут вести и процессы, касающиеся управляемых ими имуществ, но не в качестве самостоятельных субъектов, не от своего личного имени и не за свой собственный счет, а от имени отсутствующих собственников и за счет управляемого имущества, из которого покрываются издержки производства и на которое распространяются материальные последствия судебных решений¹.

§ 71. ПРОЦЕССУАЛЬНАЯ ДЕЕСПОСОБНОСТЬ

Процессуальная дееспособность аналогична гражданской дееспособности и состоит в возможности самостоятельно осуществлять свою правоспособность как личными своими действиями, так и через посредство уполномочиваемых на это лиц. Говоря иначе, процессуальная дееспособность

взаться от иска или от средств защиты против иска и т.д. Но если так, если, например, поверенный общества признает на суде правильным предъявленный к обществу иск о платеже наемных денег за квартиру и это признание ставится судом в основу решения, значит, суд удостоверяет, что общество состоит должником истца, с которым заключило договор найма квартиры, что оно, следовательно, способно приобретать права и обязанности из договоров, т.е. правоспособно. Поэтому если закон дает кому-либо право выступать в тех или иных случаях стороной в процессе, то это в сущности представляет собою косвенное признание за данным лицом гражданской правоспособности в известных пределах. С этой точки зрения постановление § 50 Германского устава, снабжающее лишенные гражданской правоспособности союзы и общества пассивной процессуальной правоспособностью, постановление, вызванное политическими соображениями, а именно стремлением побудить союзы к регистрации (*Schmidt*, 329), является юридической уродливостью, свидетельствующей о том, что законодатель не желает прямо и в полной мере признать гражданскую правоспособность за всеми обществами и союзами, а уступая настоятельным потребностям гражданского оборота, уделяет им частицу ее, и то косвенно, под маской пассивной процессуальной правоспособности.

¹ На вопрос, от чьего имени выступают душеприказчики и опекуны, даются процессуалистами самые различные ответы (*Petersen*, 12 ff.; *Bunsen*, 253 ff.; *Skedl*, 122, Anm.). Но вдаваться в оценку споров по этому предмету было бы в курсе процесса неуместно, потому что опекуны и душеприказчики действуют не только в процессе, но и вне его, заведая и управляя имущественными массами, так что опека и душеприказничество — институты не процессуальные, а материально-правовые, конструкция которых относится к материальному гражданскому праву.

способность представляет собою признанную законом за данным лицом способность осуществлять принадлежащие ему процессуальные права¹.

Не всякое правоспособное лицо дееспособно: новорожденный младенец или безумный, запертый в доме для умалишенных, могут иметь права, но не в состоянии лично осуществлять их. Точно так же и процессуальная правоспособность не всегда сопровождается процессуальной дееспособностью. Процессуальная дееспособность по существу своему аналогична способности к совершению сделок. Кого закон признает способным вступать в договоры и принимать на себя обязательства, того нет основания лишать права самостоятельного ведения своих судебных процессов, потому что результатом неудачного ведения их может быть в худшем случае потеря спорного права и возникновение обязанности уплатить судебные издержки. Еще менее рационально было бы обратное: признать процессуальную дееспособность за тем, кто лишен гражданской. Если кто-либо не имеет права обязываться по договорам и распоряжаться своим имуществом, то непоследовательно предоставить ему право вести самостоятельно свои судебные дела, из которых могут возникать для него обязательства и где он может прямо (посредством мировой сделки) или косвенно (путем отказа от требования, признания, пренебрежения средствами защиты) распорядиться своим имуществом, составляющим предмет процесса.

По этим основаниям иностранные уставы признают процессуальную дееспособность за каждым в той мере, в какой он может обязываться договорами².

Но два элемента, входящие в состав понятия процессуальной дееспособности — права личного ходатайства по делам и право пору-

¹ Разница между дееспособными и недееспособными в процессуальном отношении лицами состоит не в том, что первые могут лично совершать юридические действия, а вторые действуют через представителей. Дееспособные лица тоже могут иметь представителей (поверенных). Дело не в этом, а в том, что дееспособные лица могут действовать как лично, так и уполномочивать на это других лиц, а недееспособным не предоставлено ни то, ни другое: они всегда заменяются *законными* представителями, избрание которых не зависит от их воли. Некоторые вводят в определение дееспособности указание на возможность ведения не только своих, но и чужих процессов (например, *Vax*, 533: «...способность совершать имеющие юридическую силу процессуальные действия за себя или за других лиц, лично или через избранного представителя»). Но это может повести к неправильному выводу, будто каждому, имеющему право вести свои дела, разрешается вести и чужие, тогда как при существовании специального класса адвокатов прочие граждане лишены права заниматься ведением чужих дел, за немногими только изъятиями.

² Герм., § 52; Австр., § 1; Венг., § 71.

чать его поверенному по своему выбору — иногда отделяются одно от другого таким образом, что первый элемент отпадает, а сохраняются только второй. В таком случае говорят, что данное лицо не имеет *права личного ходатайства* в суде (*jus postulandi*, *Postulationsfähigkeit*). В Риме, например, были лишены этого права несовершеннолетние до 17 лет и глухие, а в современных государствах континентальной Европы (во Франции, в Германии, Австрии и др.) все тяжущиеся, имеющие дела в коллегияльных судах, обязаны действовать через представителей-адвокатов.

Наш Устав не содержит в себе какого-либо общего определения процессуальной дееспособности и ее пределов, а его постановления относительно отдельных категорий лиц, ограниченных в дееспособности или совершенно лишенных ее, страдают неполнотой и пробелами. Так, говоря в ст. 19 о несовершеннолетних, состоящих под опекой, он умалчивает о несовершеннолетних, состоящих под попечительством; упоминая в той же статье о безумных и умалишенных, он упускает из виду немых и глухонемых; обязывая расточителей уведомлять опекуновское учреждение о каждом возникшем деле (ст. 20), он не указывает последствий исполнения и неисполнения этой обязанности, и т.д. Ввиду этого правила Устава должны быть толкуемы в связи с постановлениями Гражданских законов и в соответствии с ними. В результате применения такого приема оказывается, что и по нашему действующему законодательству границы процессуальной и общегражданской договорной дееспособности совпадают.

Необходимо различать два разряда лиц, ограниченных в процессуальной дееспособности: одни не имеют ее совершенно, так что никогда и ни при каких условиях не могут самостоятельно вести своих судебных дел, другие же не имеют права вести только некоторые из своих судебных дел или совершать некоторые, особенно важные процессуальные действия. Первые *лишены процессуальной дееспособности*, вторые — *ограничены* в ней.

I. *Лишенными процессуальной дееспособности* являются по нашему праву: 1) несовершеннолетние, не достигшие возраста 17 лет, 2) душевнобольные, состоящие под опекой, 3) глухонемые и немые, не достигшие возраста 21 года или хотя и достигшие, но состоящие под опекой, и 4) юридические лица.

1. Статья 19 говорит: «...за всех, состоящих под опекою как по несовершеннолетию, так и по душевным или физическим недугам, ищут

и отвечают на суде их родители или опекуны». Согласно Гражданским законам над несовершеннолетними, не достигшими возраста 14 лет и обыкновенно называемыми малолетними (ст. 213), назначаются опекуны (ст. 225), которые совершают вместо малолетних и от их имени все юридические сделки (ст. 217, 218, 266 и сл.) и ведут их процессы (ст. 274 и 282: «...опекун обязан иметь ходатайство по всем судебным делам малолетнего»). В одинаковом юридическом положении с малолетними находятся несовершеннолетние в возрасте от 14 до 17 лет, которые хотя и могут просить о замене опеки над ними попечительством, но все-таки остаются недееспособными и не вправе самостоятельно вступать в юридические сделки (ст. 219). Только по достижении возраста 17 лет они приобретают некоторую долю дееспособности и переходят в разряд лиц, не лишенных дееспособности, а только ограниченных в ней (ст. 220). До назначения опекунов право ходатайствовать на суде за малолетних принадлежит их родителям (74, № 243, 95, № 96).

2. Над душевнобольными опека назначается по предварительном официальном освидетельствовании их (ст. 368 Гр. зак.), так что до этого они являются дееспособными наравне со всеми совершеннолетними лицами (ст. 221), хотя бы их болезнь была несомненна (75, № 250).

3. Глухонемые и немые считаются состоящими под опекой до совершеннолетия (ст. 381), т.е., значит, приравниваются к малолетним до 14 лет. По достижении возраста 21 года они подвергаются освидетельствованию, результатом чего может быть либо объявление их дееспособными, либо назначение к ним попечителей, либо оставление их под опекой (ст. 381). В последнем случае они продолжают быть лишенными дееспособности, причем опекуны над ними пользуются теми же правами, как и опекуны над малолетними (ст. 381)¹.

¹ В этих постановлениях Гражданских законов относительно глухонемых и немых имеется существенный пробел: здесь ничего не говорится о положении тех глухонемых и немых, которые не были освидетельствованы по достижении возраста 21 года. Сенат высказал по этому вопросу следующие положения: 1) глухонемые и немые, не освидетельствованные по достижении совершеннолетия, предполагаются недееспособными, пока не будут признаны дееспособными посредством освидетельствования (83, № 51) или пока их дееспособность не установлена в каждом данном случае другим способом (76, № 593, 96, № 44), 2) грамотные глухонемые и немые считаются дееспособными на общем основании (99, № 116). Для такого противопоставления неграмотных глухонемых грамотным нет никакого основания в законах, по смыслу которых глухонемые и немые предполагаются недееспособными, пока не доказано противное. *Анненков*, Система гражд. права, I, 1910, 219 и сл. Применяя это положение к процессу, следует признать, что не освидетельствованные глухонемые и немые не могут быть допущены

4. Не обладают процессуальной дееспособностью и юридические лица. От их имени судебные дела ведутся их представительными органами, которые в свою очередь лишены права личного ходатайства на суде, а могут только избирать для ведения дел особых поверенных. Так, всякого рода частные общества, товарищества и компании допускаются к участию в делах «не иначе как в лице особого поверенного» (ст. 27); казенные управления, являющиеся органами казны (1907, № 6 и 9), «ищут и отвечают на суде не иначе как в лице особых уполномоченных» (ст. 1285); то же самое правило должно быть распространено по аналогии на городские и земские учреждения, а также на прочие юридические лица (прим. к ст. 1282; 81, № 189, 83, № 41, 74, № 836, 85, № 90 и др.).

Но из этого положения существуют изъятия.

Первое изъятие сделано для полных товариществ (торговых и неторговых) и для торговых домов, имеющих торговую фирму. От имени первых могут вести дела те из товарищей, которым предоставлено учредительским договором право распоряжения делами товарищества, а от имени вторых — лица, хотя и не состоящие товарищами, но получившие в силу учредительского договора такое право распоряжения делами торгового дома (ст. 26)¹.

Другое изъятие имеется в том случае, когда за отсутствием лица, к которому может быть предъявлен иск о законности рождения, или в делах брачных роль ответчика исполняет прокурор (ст. 1344; 1900, № 35). Прокурор выступает здесь от имени государства как публично-правового юридического лица, а не от имени казны.

II. Ограничены в процессуальной дееспособности: 1) несовершеннолетние, достигшие возраста 17 лет, 2) глухонемые и немые, состоящие под попечительством, 3) лица, взятые под опеку за расточительность, и 4) лица, объявленные несостоятельными должниками.

1. Статья 19 Уст. гражд. суд. говорит вообще о несовершеннолетних, без различия возраста, и поручает ведение их судебных дел опекунам, не упоминая о попечителях, тогда как несовершеннолетние, по достижении возраста 17 лет, имеют уже не опекунов, а попечителей.

судом к совершению процессуальных действий (подаче прошений, жалоб, объяснений и других бумаг от собственного своего имени), но имеют право вести свои дела через поверенных, если нотариусы совершат от их имени доверенности, установив предварительно наличность у них сознательной воли (ст. 106 и сл. Нотар. пол.).

¹ Нужно заметить, что вопрос о том, являются ли товарищества полное и на вере юридическими лицами, спорен. Сенат решает его в утвердительном смысле (1887, № 42, 1908, № 49).

Молчание закона Сенат сначала толковал в том смысле, что с достижением возраста 17 лет несовершеннолетние остаются процессуально недееспособными, а затем признал, что они приобретают полную процессуальную дееспособность, так что могут вести свои судебные дела самостоятельно, без участия попечителей (79, № 118, 76, № 203, 75, № 205). Но более правильным представляется толкование ст. 19 в соответствии с постановлениями Гражданских законов, ибо из мотивов к ст. 19 видно, что составители Устава ввиду ожидавшегося введения нового Устава об опеках решили «до окончательного утверждения этого проекта вошедшие в свод 1857 г. и в продолжения к нему постановления по сему предмету оставить без изменения». А это именно те постановления, которые доньше сохранились в Гражданских законах. Согласно им несовершеннолетние по достижении возраста 17 лет приобретают право самостоятельно управлять своим имуществом (ст. 220), а следовательно, совершать необходимые в целях управления сделки и вести возникающие отсюда судебные дела. В остальных отношениях они остаются ограниченными в дееспособности и обязаны действовать не иначе как с согласия своих попечителей, а потому и вести свои процессы должны при участии попечителей¹.

Под понятие управления имущественными делами подходит также извлечение дохода из своего личного труда, а потому несовершеннолетние имеют права самостоятельно заключать договоры личного найма (ст. 2202 Гр. зак. воспрещает это только несовершеннолетним, состоящим под опекой), в частности найма на фабричные и сельские работы (ст. 90 и 98 Уст. промышл., ст. 10 и 11 Полож. о найме на сельск. раб.).

2. Глухонемые и немые, состоящие под попечительством, находятся в таком же юридическом положении, как и имеющие попечителей несовершеннолетние, т.е. могут вступать в сделки и вести свои судебные дела только при участии и с согласия попечителей (ст. 381 Гр. зак.; 99, № 116).

¹ Гольмстен, 94—95; Нефедьев, 115—116 (неточно изложена сенатская практика); Исаченко, Основы, 401—404. Анненков (Система гражд. права, I, 214) присоединяется к мнению Сената, с тою оговоркой, высказанной раньше Победоносцевым (Суд. рук., № 250), что для действительности мировых соглашений, признания и других актов, имеющих характер распоряжения имуществом, необходимо согласие попечителей. Однако Устав об этом молчит, и представляется даже неизвестным, каким образом может быть изъявляемо попечителями согласие на то, чтобы несовершеннолетний, ведущий самостоятельно процесс, не подал апелляции на неблагоприятное для него решение суда или не оспаривал верности какого-либо фактического утверждения противника.

3. Лица, над имуществом которых учреждена опека вследствие признания их расточителями, сохраняют полную процессуальную дееспособность в отношении к делам, касающимся их личных прав (например, семейных, брачных). Процессы же об имуществе они могут вести только с ведома своих опекунов и не вправе без положительно выраженного теми согласия избирать поверенного, оканчивать дела примирением, делать на суде какие-либо уступки, предъявлять спор о подлоге акта и вступать в ответ по такому спору (ст. 20). Для этого они обязаны о каждом возникшем деле доводить до сведения опекунского учреждения, так что пока расточитель не уведомил опекунского учреждения, суд не может приступить к рассмотрению его иска, а если расточитель является ответчиком, то суд должен потребовать от истца копию искового прошения и препроводить ее опекунскому учреждению¹. По получении такого уведомления опекун, заведующий имуществом расточителя, имеет право принять участие в процессе, начатом расточителем, наряду с самим расточителем, подобно тому, как тяжущийся может вести процесс совместно со своим поверенным. Исполняя свою обязанность охранять имущественные интересы расточителя, опекун должен следить за ведением дела расточителем и исправлять его процессуальные упущения (например, просить о вызове дополнительных свидетелей, представлять новые документы, подавать апелляционные, кассационные и частные жалобы, если расточитель не подал их, и т.д.). К такому мнению пришел Сенат (90, № 66, 03, № 126), сначала отрицавший за опекунами над расточителями право вмешиваться в процессы последних (73, № 801, 75, № 1013). Мало того, если для охранения имущественных интересов необходимо предъявление иска, а сам расточитель этого не сделал, или если иск, касающийся имущества расточителя, предъявлен кем-либо не к расточителю, а к опекуну, то опекун не только вправе, но и обязан взяться за ведение дела (90, № 66), так как в противном случае на него падет ответственность за убытки, которые будут причинены имуществу расточителя по причине «нерадения» опекуна (ст. 290 Гр. зак.).

4. Лица, впавшие в несостоятельность, по объявлении их несостоятельными должниками посредством публикации (79, № 366), ограничиваются в процессуальной дееспособности. Право вести судебные дела об их имуществе переходит, смотря по обстоятельствам:

¹ Исаченко, Основы, 439—440.

1) к администрации, если она учреждена (ст. 22), 2) к присяжному попечителю совместно с наличными кредиторами, если должник уже объявлен несостоятельным, но конкурс еще не учрежден (ст. 428 Уст. суд. торг., 1900, № 111), 3) к конкурсному правлению (ст. 21) или, при невозможности избрать его, к присяжному попечителю (ст. 15, прил. III к ст. 1400 Уст. гр. суд., 1903, № 36).

Но так как ограничение процессуальной деятельности несостоятельного должника установлено законом исключительно в интересах его кредиторов с целью обеспечить им возможность покрыть свои долговые требования из имущества должника, то должник сохраняет право самостоятельно вести те свои судебные дела, которые не грозят ущербом для кредиторов, а именно 1) дела относительно своих личных прав, как то: семейных, брачных и др. (99, № 5, 80, № 279), 2) те дела по имуществу, от ведения которых отказались конкурсное правление (ст. 21) или, до учреждения конкурса, присяжный попечитель вместе с наличными кредиторами (по аналогии со ст. 21; 84, № 44) и 3) дела относительно имуществ, не входящих по закону в конкурсную массу (80, № 279)¹.

¹ В дополнение к понятиям процессуальной правоспособности и дееспособности Колер вводит понятие процессуального заместительства (*Processstandschaft*), а Гельвиг — понятие права ведения процесса (*Processführungsrecht*). Эти понятия представляются названным ученым необходимыми для того, чтобы ввести в догматическую систему процесса те случаи, когда в качестве сторон выступают в процессе лица, не являющиеся субъектами спорных материально-правовых отношений, а действующие вместо этих субъектов, но не в качестве их представителей. Так, по германскому праву муж имеет право в некоторых случаях самостоятельно, без полномочия, предъявлять иски в защиту права собственности своей жены и производить взыскание по принадлежащим ей обязательствам от своего имени (BGB, § 1380); тяжущийся, отсудивший во время процесса спорное имущество или исковое требование другому лицу, продолжает оставаться стороной в процессе и вести его дальше, хотя уже перестал быть субъектом спорного материального правоотношения (CPO, § 265, 325); в таком же положении находится опекун, назначенный для ответа по иску (CPO, § 58, 494, 787), душеприказчик и проч. Kohler, *Process als Rechtsverhältniss*, 95 ff., *Gesam. Beiträge*, 1894, 295 ff.; Hellwig, I, § 25-III; 4, § 48 ff. Но предложенные этими учеными понятия совершенно излишни при правильном взгляде на «стороны в процессе», которыми следует считать всех, кто ведет процесс от своего имени, безразлично, касается ли дело его собственного правоотношения или чужого. Те же лица, которые ведут дела не от своего имени (опекун, душеприказчики и др.), являются не сторонами, а представителями сторон. Притом понятия «процессуального заместительства» и «права ведения дела» объединяют разнородные случаи ходатайств по чужому делу, не объясняя причин, по которым это допускается и которые далеко не всегда одинаковы. Schmidt, 314—315.

ГЛАВА III. ОБЪЕКТЫ ИСКОВОГО ПРОЦЕССА

§ 72. Иск и его элементы¹

I. Объектом каждого искового процесса служит то юридическое требование или те юридические требования, которые заявлены истцом. Они составляют предмет спора между сторонами; их правомерность ставится доказать истец и стремится опровергнуть ответчик; их исследует суд; о них постановляется решение; они, в случае признания их правомерности, приводятся в осуществление принудительным путем. Словом, вокруг них, как вокруг оси, вертится все судебное производство².

¹ Гольмстен, Принцип тождества (Юрид. исслед., 1894, 276 и сл.); Гордон, Основание иска в составе изменения исковых требований, 1902; Он же. Иски о признании, 1906; Нефедьев, Учение об иске, 1895; Малышев, I, § 50 и сл.; Гольмстен, 136–143, 147–152; Азаревич, II, 1–19; Нефедьев, Курс, § 1 и сл.; Яблочков, 1–9; Windscheid, Die Actio des röm. Civilrechts v. Standpunkt d. heut. R., 1856; Weismann, Die Feststellungsklage, 1879; Plosz, Beiträge zur Theorie des Klagerechts, 1880; Fischer, Recht und Rechtsschutz, 1889; Wach, Der Feststellungsanspruch, 1889; Ott, Die Feststellungsklage, 1899; Langheinecken, Der Urtheilsanspruch, 1899; Hellwig, Anspruch und Klagerecht, 1900; Bülow, Klage und Urtheil, 1903; Kisch, Beiträge zur Urtheilslehre, 1903; Eltzbacher, Die Unterlassungsklage, 1906; Stephan, Die Unterlassungsklage, 1908; Hölder, Ueber das Privatrecht als Objekt gerichtlicher Geltendmachung, 1909; Leonhard, Der Anspruchsbegriff (Zt. Zp., 15 B.); Oertmann, Die Incidentfeststellungsklage (ib., 22 B.); Flechtheim, Die Struktur der negativen Feststellungsklage (ib., 25); Oppermann, Zur Lehre von der Aenderungsklage (ib., 38 B.); Heinsheimer, Klage und Widerklage (ib., 38 B.); Bolze, Der Anspruch (Gruchot's Beitr., 46 B.); Hellmann, Klagerecht etc. (Jahrb. f. Dogm., 31 B.); Schlossmann, Anspruch, Klage etc. (ib., 45 B.); Hölder, Ueber das Klagerecht (ib., 46 B.). Wach, § 2; Hellwig, I, § 1, 8–10, 32, 33, 37–38, 57–62; Schmidt, § 64, 111–114; Weissmann, I, § 17–21; Kleinfeller, § 76; Canstein, § 4; Pollak, § 2; Schrutka, § 147–149; Garsonnet, Traité, II, § 289 ss.; Précis, 68 ss.; Glasson, § 27; Boncenne, ch. V; Chiovenda, § 1; Simoncelli, c. III. Windscheid, Pand., I, § 37 ff.; Dernburg, Pand., I, § 127; Regelsberger, I, § 13 ff.; Unger, System. d. oesterr. Privatr., II, § 113 ff.

² Старые писатели считали предметом процесса действия суда и сторон, упуская из виду, как правильно заметил Ветцель, что сам-то процесс представляет собою не что иное, как совокупность этих действий (35). Некоторые причисляют к объектам процесса доказательства, представляемые тяжущимися. Но они служат в действительности только средствами, с помощью которых суд проверяет правильность требований сторон. Предметом процесса может быть названо только то, что подвергается судебному ис-

Требования истца называются *исковыми* или просто *иском* (*actio, action, Klage*). Они заявляются суду в форме просьбы, которая именуется *исковой* (*libellus, demande, ajournement, citation, Klagbitte*) или тоже *иском*. Вследствие этого термин «иск» употребляется в процессуальной теории¹ и законодательствах в двух значениях: формальном и материальном. В формальном смысле, с внешней стороны, иск представляет собою ходатайство, с которым истец обращается к суду, домогаясь проверки и окончательного установления правомерности своего требования. Наш Устав употребляет для означения этого понятия выражения «исковая просьба» (ст. 51, 55–58, 197), «просьба» (ст. 74, 349, п. 3, ст. 52, 54, 29, п. 6) и «исковое прошение», если просьба заявляется в письменной форме (ст. 58, 256, 257 и сл., 665, 666, 332). В материальном смысле, т.е. по содержанию и существу, иском называется самое требование, заявляемое в исковой просьбе, т.е. предмет ее. В таком именно материальном смысле применяется термин «иск» в нашем Уставе (ст. 366, 722, 146, 2, 3, 5, 6, 24, 25, 29–36, 38, 39 и др.)².

следованию: никто же не называет объектом химического исследования манипуляций самого химика или реактивов и инструментов, посредством которых он определяет состав и свойства анализируемого вещества. Вах считает объектом процесса, с одной стороны, то материальное гражданское правоотношение, к которому относится иск, а с другой стороны, право на судебную защиту, т.е. «право истца, а также и ответчика на оказание им юридической защиты путем процесса» (§ 2, п. II и IV). По поводу последнего Гельвиг справедливо заметил, что суд проверяет требование истца, касающееся материального правоотношения, вследствие чего и судебное решение распространяется на это отношение, а вовсе не на право истца или ответчика требовать судебной защиты (I, 150, прим. 2). Но и материальное правоотношение не является само по себе объектом процесса, потому что суд проверяет его лишь постольку, поскольку оно служит основанием для заявленного истцом требования (см. ниже). Сам Гельвиг в тексте курса смешивает объект процесса с предметом иска (I, 150), а в примечании на той же странице (150) высказывает мнение, будто «требование в процессуальном смысле есть каждое юридическое утверждение, представленное на рассмотрение суда и тем сделанное предметом процесса», между тем как требование представляет собою не утверждение, а ходатайство, притязание, домогательство. Некоторые процессуалисты называют объектом процесса «гражданское дело» или «гражданско-процессуальное дело», не определяя в точности, что следует разуметь под этим термином (*Schrutka*, § 101; *Weismann*, I, § 12; *Pollak*, § 3).

¹ Другое значение придается термину «иск» в науке гражданского права (см. дальше в тексте).

² «Иск» иногда прямо противопоставляется «исковой просьбе», например в ст. 55: «Ценою *иска* признается сумма, показанная в *исковой просьбе*». Ср. ст. 258: «По каждому отдельному *иску* должно быть подано особое *исковое прошение*». Ср. ст. 340–342, 29, п. 6.

Для означения понятия «требование» Устав употребляет как самый термин «требование» (ст. 57, 69, п. 3, 131, 142, 146, 314, 332–336, 571, 694, 706, 722 и др.), так и описатель-

II. Когда собственник имущества, основываясь на своем праве собственности, требует возвращения этого имущества от незаконного владельца; когда отец предъявляет иск о признании рожденного его женою ребенка незаконным ввиду того, что тот прижит не с ним; когда помещик домогается установления в свою пользу права проезда через имение соседа, так как его имение окружено со всех сторон чужими владениями, — то каждый из этих истцов в сущности требует, чтобы суд постановил решение определенного содержания («присудить», «признать», «установить») относительно определенного предмета («требования возвратить», «незаконнорожденности», «права проезда») на указываемом основании (ввиду «обладания правом собственности», «прижития ребенка с другим лицом», «отсутствия выхода из имения»).

Таким образом, в каждом иске следует различать три составные части: содержание, предмет и основание¹.

1. *Содержанием иска* (иначе — целью) является то действие суда, которого истец требует, т.е. постановление решения определенного рода².

Истец может требовать, чтобы суд признал за ним право собственности, право владения или какое-либо иное право, присудил определенную вещь, известную сумму денег и т.д. Все эти разнообразные действия суда, а потому и направленные на них иски сводятся к трем группам.

А. Первую группу образуют иски, направленные на принудительное осуществление гражданских прав или, точнее, на признание требований, вытекающих из субъективных гражданских прав, правомерны-

ные выражения: «что отыскивает» (ст. 54, п. 4), «то, о чем он просит суд постановить решение» (ст. 257, п. 6), а также термины «предмет иска» (ст. 61, п. 1), «претензия» (ст. 222), «просьба» (ст. 74, 349, п. 3). В Гражд. законах встречается еще слово «притязание» (ст. 558).

Для означения отдельного процесса в Уставе обыкновенно употребляются термины «дело», «гражданское дело», «судебное дело» (ст. 4, 6, 10—16, 21, 23, 28, 37, 68 и мн. др.), «спор» (ст. 222, 1298, 1307, 1340 и др.), «тяжба» (ст. 86, п. 4, 373, п. 4, 667, п. 3).

Профессор Нефедьев указал, что под иском в нашем законодательстве понимается также вся деятельность истца в течение всего процесса (Учение об иске, 7—11). Но приведенные им примеры из Устава гражд. суд. и Гражданских законов свидетельствуют, что в этом значении употребляется часто глагол «искать», существительное же «иск» крайне редко (только в ст. 1352 Уст., ст. 566 и п. 7 ст. 683 Гражд. зак.).

¹ К числу элементов иска иногда относят истца и ответчика на том основании, что иск вытекает из юридических отношений между *определенными* лицами. Но истец и ответчик — субъекты процесса, а не иска. Существо виндикационного иска не изменяется в зависимости от того, предъявил ли его Иванов к Петрову или Павлов к Сидорову. Гордон, Основание иска, 208 и сл.

² *Hellmann*, 98; *Hölder* (Jahrb., 46 B., 276); *Hellwig*, I, § 1—III; II, § 64—III; Гордон, Основание иска, I, 108 и сл.; *Он же*. Иски о признании, 3—5 (здесь дальнейшие литературн. указ.).

ми и подлежащими принудительному осуществлению. Такой смысл имеют, например, иски собственника о возвращении захваченной ответчиком вещи, кредитора — о взыскании ответчиком суммы, автора — об уплате гонора издателем.

Статья 17 Устава предоставляет каждому «отыскивать и защищать свои права». В Гражданских законах это общее положение повторяется в конкретной форме применительно к отдельным категориям прав. Так, ст. 690 постановляет: «каждый имеет право отыскивать свое имущество из чужого неправильного владения». Статья 693 дает каждому право «искать удовлетворения и вознаграждения посредством суда в случае неисполнения по договорам и обязательствам, а также в случае обид, ущербов и убытков». В целом ряде других статей (122, 131, 175, 274, 282, 532, 572, 609 и сл., 644 и сл., 683, 1529 и др.) говорится о праве требовать судебной защиты в частных случаях.

Так как признание судом требований истца подлежащими принудительному осуществлению равносильно присуждению ответчика к исполнению обязанностей, лежащих на нем, то эти иски заслуживают названия исков *о присуждении*, *исков с исполнительной силой* или просто *исполнительных* (*actiones cum condemnatione*, *Verurtheilungs-*, *Leistungs-*, *Vollstreckungs-klagen*). Точнее всего было бы назвать их исками о присуждении. Но так как удобнее употреблять в качестве определения прилагательное, а термин «присудительный» не в духе русского языка, то лучше остановиться на термине «исполнительный», тем более что он употребляется в нашем Уставе именно для обозначения производства по присуждению с ответчика определенной суммы (ст. 896) в отличие от предварительного признания за истцом права на взыскание.

Б. Второй разряд требований, годный служить объектом гражданского процесса, образуют те, которые направлены на признание или, иначе, установление, подтверждение (констатирование) судом личности или отсутствия юридического отношения. Например, истец требует признания законности своего рождения (ст. 1346 и сл.); недействительности сделки, заключенной под влиянием принуждения или обмана; подтверждение обязанности собственника возобновить арендный контракт, срок которого истек, и т.п.

Не будучи направлены на присуждение ответчика к исполнению, а имея в виду только предварительное установление или официальное признание правоотношений, за которым еще может последовать иск о присуждении, эти иски носят название исков *без присуждения* (*act. sine*

condemnatione), предварительных, преюдициальных (*praejudiciales*), установительных или о признании (*Feststellungs-, Anerkennungs-klage*). Наиболее подходящим и удобным для них является термин «установительные иски».

В. Наконец, третий разряд исков составляют те, которые направлены на преобразование судом юридических отношений. В этих исках дело идет не о том, чтобы суд помог истцу осуществить право, и не о том, чтобы суд просто удостоверил существование или несуществование какого-либо юридического отношения, а о том, чтобы суд создал новое правоотношение или изменил либо уничтожил уже существующее. Такие иски называются *преобразовательными* (*Rechtsgestaltungsklagen, Bewirkungsklagen*).

Так, например, если собственник земельного участка не имеет доступа к своей пашне или к своему лесу, лежащим вне участка и окруженным владениями других лиц, то он может предъявить иск к одному из этих лиц о предоставлении ему права проезда (ст. 450 Гр. зак.). Суд, найдя его требование основательным, установит дорогу через чужую землю, т.е. *создаст* новое, не существовавшее раньше правоотношение между истцом и ответчиком, предоставив истцу такое право, какого у него до того не было: сервитут проезда. Точно так же суд может уничтожить существующее правоотношение, например расторгнуть брак раскольника по его просьбе (ст. 1356¹).

2. *Предметом иска* служит все то, относительно чего истец домогается судебного решения. С этой стороны исполнительные иски резко отличаются от установительных и преобразовательных. Предъявляя исполнительный иск, тяжущийся добивается присуждения и принудительного осуществления своего материально-правового требования к ответчику: собственник требует возврата своего имущества, кредитор — уплаты долга. Следовательно, предмет исполнительного иска — материально-правовое требование истца к ответчику (*Anspruch*). Установительные и преобразовательные иски направлены на признание наличия или отсутствия, на создание, изменение и прекращение юридических отношений. Поэтому предметом этих двух групп исков следует считать *юридические отношения*¹.

Предмет иска, т.е. материально-правовое требование или юридическое отношение, в свою очередь характеризуется известным содержанием, а во многих случаях еще и особым предметом. Так, когда собственник

¹ Гордон, Иски о признании, 31 и сл., 45.

требует возвращения своего имущества, а кредитор — уплаты долга, то содержанием их требований являются определенного рода действия ответчика, который должен «возвратить», уплатить» и т.д., а предметом — материальный объект, относительно которого действие ответчика должно быть совершено (имущество, деньги). Точно так же отношения брака и законнорожденности, составляющие предмет установительных или преобразовательных исков, различаются между собой своим содержанием, хотя и не имеют особого — материального или нематериального объекта¹.

Ввиду этого необходимо отличать предмет иска в собственном смысле, или *ближайший, непосредственный предмет*, от материально-го объекта (*res de qua agitur*), или *материального предмета иска*². Эти понятия очень часто смешиваются³.

Материально-правовые требования, составляющие предмет исполнительных исков, исследуются в науке гражданского права. Так, из договора займа выводится требование кредитора к должнику о воз-

¹ Эти отношения слагаются из прав и обязанностей, направленных на определенные предметы. Так, например, отношение брака само по себе безобъектно: нельзя же считать, как правильно замечает Гельвиг, объектом самих супругов, которые являются субъектами отношения (III, 29, прим. 69). Но брачное отношение состоит из ряда взаимных прав и обязанностей супругов — личных и по имуществам.

² Примеры: собственник заявляет в иске требование (предмет иска) о возвращении (содержание требования) своего имущества (предмет требования, или материальный предмет иска). Кредитор требует (предмет иска) уплаты (содержание требования) занятой ответчиком суммы (предмет требования, или материальный предмет иска). Артист просит суд уничтожить (содержание иска) ангажементный контракт (предмет иска: юридическое отношение определенного содержания, а именно отношение личного найма). Собственник имения просит признать недействительным (содержание иска) арендный контракт (предмет иска: арендное правоотношение) на свое имение (материальный объект иска).

³ Даже проф. Гельвиг, глубже других анализирующий понятие иска, иногда впадает в ошибки. Так, спрашивая «что является предметом брачного отношения, или *иска* о преобразовании юридического отношения?» (III, 21, прим. 22), он в первом случае говорит о предмете *юридического отношения*, составляющего предмет иска, а во втором случае — о предмете самого *иска*. В другом месте (III, 27, прим. 57) он замечает по поводу права требовать преобразования юридических отношений: «...предметом этого *права* могло бы быть названо то правоотношение, на которое оно направлено, как то: предметом *иска* о разводе — брак, предметом *иска* об устранении недостойного наследника — наследственное право этого наследника». Здесь тоже, сам того не видя, Гельвиг подставляет понятие *иска* под понятие *права*: начав речь о предмете *права*, он внезапно заменяет «право» «иском». А на с. 150 первого тома Гельвиг отождествляет предмет процесса с предметом иска: «...предметом *процесса* является в установительном *иске* утверждаемое или отрицаемое правоотношение, в исполнительном *иске* — требование, направленное на настоящее или будущее действие ответчика, в преобразовательном — право на изменение юридического положения».

вороте занятых заменимых вещей, из права собственности — требование собственника к каждому самовольному фактическому владельцу о возврате собственной вещи, и т.д. Если эти требования могут быть осуществляемы принудительным путем при содействии суда, то они называются *исками в материально-правовом смысле слова*. Таким образом, в науке гражданского права под исками разумеются требования, основанные на гражданских правах и допускающие принудительное осуществление при помощи суда¹.

3. *Основание иска* образуют те данные, из которых истец выводит свое исковое требование. Они не одинаковы в исполнительных, установительных и преобразовательных исках.

¹ Термин «требование» (*Anspruch*) введен в употребление Виндшейдом. До него цивилисты употребляли, по примеру римских юристов, термин «иск» (*actio, Klage*). Виндшейд выяснил, что современному правосознанию чужда точка зрения римского права, ставившего на первый план понятие «иска», так как это зависело от особенности римского юридического быта. Преторы, как известно, не были связаны нормами права, а сами создавали нормы, объявляя наперед в своих эдиктах, что будут давать защиту тем или иным правоотношениям. «*Actionem dabo*» провозглашал претор. Точно так же он и «отнимал иски», лишая судебной защиты некоторые права, которые становились тогда «голыми» (*nuda jura*), т.е. превращались в фактические отношения, не охраняемые от нарушений (*qui nudum jus in servo habet, is potestatem habere non intelligitur*). Вследствие этого в римском праве первенствующую роль играли иски (*Windscheid, Actio, 4*). Согласно же нашему правосознанию иск является просто результатом и принадлежностью субъективного права. «Для римлян иск был «вещью в себе» с самостоятельным существованием и жизнью, реальной сущностью, ибо он был вписан в преторский эдикт; для нас он только тень права, нечто, заключающееся в праве и получающее жизнь только от него» (*ib.*, 229). Поэтому «выражение «некто имеет иск» в переводе на язык нашего правосознания, для которого судебная осуществимость является следствием права, означает: некто имеет юридически признанное требование», или просто «требование» (*ib.*, 6, *Pand.*, § 44). После Виндшейда понятие «требование» разрабатывалось Тоном, Регельсбергером, Колером и др. и вошло в Германское гражданское уложение, определяющее его как «право требовать от другого лица действия или воздержания от действия» (§ 194). Очень часто употребляется слово «требование» в таком же смысле и в наших Гражданских законах (ст. 442, 445, 570, 574, 632, 1547, 1548 и др.). Взаимное отношение между требованием и иском в материальном смысле таково: требование есть притязание, допускающее принудительное осуществление всякими дозволенными законом способами (путем самопомощи, зачета, ретенции), а иск есть притязание, осуществляемое при помощи судебной власти. Иск — самая важная, самая частая, самая решительная форма требования. Отсюда вытекает, что требование может существовать без иска. Таковы, например, натуральные обязательства: кредитор может представить их к зачету, но не может требовать осуществления их иском. О понятии требования в материально-правовом смысле: *Windscheid, Pand.*, I, § 43, 44, 47, 107; *Thon, Rechtsnorm und subjectives Recht*, 1878, 223 ff.; *Fischer*, § 8; *Langheinecken*, 121 ff.; *Hellwig, Anspruch*, § 1 ff.; *Lehrb.*, I, § 30 ff.; *Гримм*, Курс рим. права, вып. 1, 1904.

А. Исполнительные иски имеют целью осуществление гражданско-правовых требований, т.е. требований, вытекающих из субъективных гражданских прав. Поэтому основанием у этих исков являются субъективные гражданские права. Так, собственник, предъявивший иск о восстановлении владения своим имуществом, ссылается на свое право собственности; писатель, требующий вознаграждения за контрафакцию, — на свое авторское право; дряхлый отец, просящий о присуждении сына к выдаче ему денег на содержание, — на свое алиментарное право.

Но конкретные гражданские права не имеют самостоятельного существования в объективной форме: истец не может доставить в заседание суда и показать судьям своего права собственности, авторского права или права на алименты; он не может даже привести статьи закона, где было бы прямо сказано, что ему, Иванову, принадлежит право собственности или какое-либо иное право. В законе указываются только в общей и отвлеченной форме те факты, те «фактические составы», которые влекут за собою возникновение прав и определяют их содержание и предмет (например, права собственности или залога на движимости и недвижимости, авторского права на литературные, музыкальные и художественные произведения и т.д.). Каждое отдельное лицо узнает о существовании своих прав, подводя свои фактические отношения под формулированные в законе фактические составы (см. с. 34 и сл.). Таким образом, конкретные субъективные права являются результатом логической операции, результатом вывода из юридических норм и фактических обстоятельств и основываются, с одной стороны, на юридических нормах, а с другой — на фактических составах, подходящих под определения норм.

Отсюда следует, что истец может удостоверить существование своего материального права, на котором он основывает иск, не иначе как установив наличность, во-первых, определенного фактического состава и, во-вторых, юридических норм, предусматривающих этот состав и связывающих с ним возникновение данного права.

Но в современном процессе истец не обязан указывать суду юридические нормы, подтверждающие его требование. Суд сам обязан знать их (*jura novit curia*) и применять те, которые подходят к данному случаю, хотя бы истец вовсе на них не сослался или указал не относящиеся к данному случаю нормы. Истец должен только изложить фактические обстоятельства дела, дать суду только меньшую посылку для силлогиз-

ма; отыскать же соответствующие законы и построить из них большую посылку составляет задачу суда (*da mihi factum, dabo tibi jus*)¹.

Истец может ограничиться представлением доказательств того, что он, например, купил или получил в наследство спорную вещь, что он написал сочинение, самовольно изданное ответчиком, что он законный отец ответчика и т.п. Подвести эти обстоятельства под нормы закона и установить, что истец имеет право собственности, авторское право или алиментарное право, обязан сам суд. Ввиду этого под основанием субъективного права нужно понимать только те *фактические составы, из которых истец выводит возникновение своего права* и которые можно назвать *правопроизводящими фактами*².

Итак, исполнительные иски обосновываются субъективными правами, а субъективные права, в свою очередь, — правопроизводящими фактами. Поэтому субъективные права образуют *ближайшее основание*, а правопроизводящие факты — *отдаленное*³.

¹ Хотя п. 5 ст. 257 требует, чтобы в исковом прошении были указаны «законы, на коих иск основан», но неисполнение этого требования не влечет за собой никаких последствий: ни возвращения искового прошения, ни оставления его без движения (ст. 266 и 269). В других же статьях Устава основанием иска называются только обстоятельства, приведенные истцом. Так, в ст. 314 говорится: «...в ответе должно быть выражено положительно, признает ли ответчик или отвергает требования истца и те обстоятельства, на коих сии требования основаны». В ст. 330, 331 и 335 тоже идет речь об «обстоятельствах, на коих основаны требования» истца и обеих сторон. Ср. ст. 72 и 129. Поэтому Сенат правильно разъяснил, что суды обязаны применять соответствующие законы, не стесняясь указаниями сторон (86, № 33, 79, № 83, 76, № 195 и др.). Такова же точка зрения иностранных уставов и практика судов. *Гордон*, Основание иска, 60 и сл.

² Термин «правопроизводящие факты» следует понимать в самом обширном смысле, т.е. в смысле всякого рода фактических обстоятельств, которые делают исковое требование заслуживающим удовлетворения, так что под это понятие подходят и правонарушительные факты (нарушения прав истца ответчиком, порождающие деликтные обязательства), и правопрекращающие (например, погашение обязательства давностью дает право должнику требовать возвращения его себе), и правопрепятствующие (например, наличие ошибки в предмете купли дает покупателю право требовать возвращения купленной цены или задатка). *Гордон*, Основание, 128 и сл.

³ Под основанием иска некоторые понимают то юридическое отношение, из которого вытекает иск. *Wach*, Vorträge, 28; *Анненков*, I, 275; *Исаченко*, I, 272 и др.

Так определял основание иска неоднократно и Сенат (73, № 1311, 83, № 1, 50, 89, № 66, 1900, № 74). Но и этот взгляд приводит к такому же точно результату. Юридическим отношением в обширном смысле называется фактическое отношение, нормируемое правом, т.е. совокупность фактов, с которыми нормы права связывают юридические последствия. Под юридическим отношением в тесном смысле разумеют соответствие права одного лица и обязанности другого. Но в каком бы смысле ни употреблять термин «юридическое отношение», во всяком случае в понятие его входят два элемента: совокупность тех или иных

В науке гражданского права под основанием иска (*causa actionis*) понимают не те обстоятельства, из которых истец *выводит* свой иск (хотя бы и ошибочно), а те субъективные гражданские права и юридические отношения, из которых его иск *действительно вытекает*. Если, например, истец, требуя с ответчика 100 руб., ссылается на заключенный ими в словесной форме договор личного найма, тогда как такой договор недействителен и уплата этой суммы может быть требуема на основании незаконного обогащения, то с процессуальной точки зрения основанием иска является договор найма, а с материально-правовой — незаконное обогащение¹.

Это материально-правовое понятие основания иска в процессе, построенном на состязательном начале, неприменимо. Суд сам не исследует юридических отношений между сторонами и не доискивается действительного основания требований истца, а только проверяет наличность того основания, которое приведено истцом, так что материально-правовое понятие основания иска может иметь в процессе только косвенное значение в том смысле, что суд, усмотрев несоответствие действительного основания иска с тем, которое выставлено истцом, убеждается в неправильности заявления истца.

Поэтому следует строго различать основание иска в процессуальном смысле (*fundamentum agendi*), т.е. правопроизводящие факты, указываемые истцом, и в материально-правовом смысле (*causa actionis*), т.е. правопроизводящие факты, из которых данный иск действительно вытекает².

Субъективные гражданские права, служащие основанием исполнительных исков, различаются между собой по содержанию и по ма-

фактических обстоятельств (фактический состав), подходящий под те или иные нормы объективного права. Но указание норм обязательно для сторон и не избавляет суд от обязанности самостоятельного разыскания их. Поэтому основанием иска в процессуальном смысле нужно считать только фактический состав юридического отношения, т.е. опять-таки только фактические обстоятельства. *Гордон*, Основание, 39 и сл., 53 и сл. Нужно, впрочем, заметить, что по существу этот взгляд неверен: в установительных и преобразовательных исках юридические отношения являются предметом, а не основанием.

¹ *Unger*, II, § 114, 123. В решении 1900 г. № 35 Сенат отчетливо провел разницу между материально-правовым и процессуальным понятиями основания иска: «В смысле материального права основание иска составляет то правоотношение, из которого иск проистекает, а в процессуальном смысле — совокупность обстоятельств, оправдывающих по закону исковое требование и подлежащих указанию в искомом прошении».

² Основанием иска часто называют также те письменные документы, которые представляются истцом в доказательство правильности его требования. Так, говоря, что иск основан на векселе, что основанием иска служит закладная или купчая крепость и т.п. Такого словоупотребления следует избегать, так как оно ведет к смешению понятий «основание иска» и «доказательства в пользу иска».

териальному предмету. Содержание права собственности не таково, как права пожизненного владения или права залога, а предмет залога иной, чем заклада. Содержание и предмет исковых требований иногда совпадают с содержанием и предметом субъективных прав, из которых эти требования выводятся, а иногда не совпадают. Первое имеет место преимущественно в обязательственных правах, содержание которых часто исчерпывается одним требованием кредитора к должнику (например, при договоре займа), которое и осуществляется путем иска. Напротив, во многих случаях содержание и предмет субъективного права и искового требования, основанного на этом праве, различны. Когда, например, собственник имущества взыскивает убытки, причиненные этому имению ответчиком, то содержание и предмет иска (уплата денежной суммы) не тождественны с содержанием и предметом права собственности.

Б. Установительные и преобразовательные иски не направлены на осуществление гражданско-правовых требований, а потому и не основываются на субъективных гражданских правах. Основанием у них служат только фактические обстоятельства: в установительных исках о признании наличности прав или юридических отношений и в преобразовательных исках, направленных на создание прав, — правопроизводящие факты; в установительных исках о несуществовании прав и юридических отношений и в преобразовательных исках об уничтожении правоотношений — правопрекращающие факты; в преобразовательных исках об изменении юридических отношений — правопрекращающие и правопроизводящие факты вместе, потому что изменение отношения может быть рассматриваемо как прекращение существующего и возникновение нового¹.

Примеры: кто просит признания своего права собственности, тот должен указать, каким способом приобрел его; кто домогается уничтожения сделки, тому следует привести обстоятельства, обуславливающие по закону ее прекращение.

¹ Многие включают в основание иска также нарушение ответчиком права истца, побудившее истца обратиться к судебной защите, и называют его *пассивным* основанием иска в отличие от *активного*, обнимающего собою правопроизводящие факты (Мальшев, I, 247; Гольмстен, 171; Wetzell, 150, и др.). Но, во-1-х, установительные и преобразовательные иски не вызываются нарушением права, а, во-2-х, нарушение прав истца — не основание иска, а повод к нему, который не входит в состав иска, не индивидуализирует его, а оправдывает только предъявление иска, делая его своевременным. Наличность повода к иску необходима для рассмотрения иска по существу (Гордон, Основание иска, 216 и сл.).

III. Исследование элементов иска обнаружило, во-1-х, что иск в процессуальном смысле — понятие не простое, а весьма сложное; во-2-х, что по составу все иски распадаются на три группы и, в-3-х, что термины, которыми означаются элементы иска («содержание», «предмет», «основание») употребляются и в науке гражданского права по отношению к материально-правовым требованиям и субъективным правам. Последнее обстоятельство создает благоприятную почву для всевозможных недоразумений, чем главным образом и объясняются бесчисленные споры по поводу понятия иска и его элементов¹.

Ввиду этого бесполезно резюмировать все сказанное об иске и представить в наглядной таблице состав иска и соотношение его элементов.

Иск в процессуальном смысле представляет собою требование, облеченное в форму исковой просьбы (*иска в формальном смысле*), о постановлении судом определенного решения. В исполнительных исках истец домогается присуждения ему гражданско-правового требования (*или иска в смысле гражданского права*) к ответчику, выводимого им из своего субъективного права (*ближайшего основания иска*), которое, в свою очередь, выводится из правопроизводящих фактов (*отдаленного основания*). В установительных исках дело идет о подтверждении судом наличности или отсутствия юридического отношения на основании приведенных истцом правопроизводящих или правопрекращающих фактов. Преобразовательные иски направлены на создание, изменение или прекращение юридических отношений на основании таких же фактов.

Как материально-правовые требования, так и субъективные права и равным образом юридические отношения характеризуются определенным содержанием и могут иметь материальные объекты, причем содержание, предметы и материальные объекты у материально-правовых требований и субъективных прав, из которых они выводятся, не всегда совпадают.

Таким образом, термин «иск» употребляется в тройном смысле: *материально-процессуальном* (требование к суду), *формально-процессуальном* (исковая просьба) и *материально-правовом* (гражданско-правовое требование, основанное на субъективном гражданском праве).

¹ Другой причиной путаницы понятий и разногласий служит неустойчивость терминологии: *содержание* иска часто называют *предметом* или *целью* иска (Гордон, Иски о признании, I и сл.), а *содержание* субъективного гражданского права — *объектом* его, *существом*, *природой* и т.п. См. указания у Гольмстена (Принцип тождества, 276 и сл.; ср. Unger, II, § 115).

Взаимное отношение между ними таково, что иск в материально-процессуальном смысле составляет предмет иска в формально-процессуальном, а иск в материально-правовом смысле является предметом исполнительного иска в материально-процессуальном смысле.

Затем нужно различать содержание иска в материально-процессуальном смысле (действие, требуемое от суда), содержание материально-правового требования (действие обязанного лица) и содержание субъективного гражданского права или юридического отношения (действия обязанных лиц), не всегда совпадающие с теми действиями, которые составляют содержание материально-правового требования.

Наконец, не следует смешивать понятий: *предмет процесса* (иск в материально-процессуальном смысле), *предмет иска* (в исполнительных исках — материально-правовое требование, в прочих — юридические отношения), *материальный объект* гражданско-правового требования и *материальный объект* субъективного права или юридического отношения, не всегда тождественные в обоих случаях.

Иск в материально-процессуальном смысле (требование в процессуальном смысле, заявленное в форме просьбы к суду)

| Что сделать? (содержание иска) | Относительно чего? (предмет иска) | На основании чего? (основание иска) | |
|---|--|---|--|
| | | (ближайшее) | (отдаленное) |
| Присудить (исполнительный иск) | Материально-правовое требование (<i>требование</i> , или <i>иск в материальном смысле</i>) определенного содержания (<i>содержание материально-правового требования</i>) относительно определенного предмета (<i>предмет материально-правового требования</i>) | Субъективного права определенного содержания (<i>содержание права</i>) относительно определенного предмета (<i>объект права</i>) на основании: (<i>основание права</i>) | Правопроизводящих или правопрекращающих фактов |
| Подтвердить наличие или отсутствие (установительный иск) | Юридические отношения определенного содержания (<i>содержание юридич. отношения</i>) относительно определенного предмета (<i>предмет юридического отношения</i>) | Нет | |
| Преобразовать (преобразовательный иск) | То же | Нет | |

§ 73. Виды исков

Как обнаружилось из сделанного в предыдущем параграфе исследования составных частей иска, существуют три главных вида исков, различающиеся между собою по содержанию, предмету и основанию. Каждый из этих видов допускает в свою очередь дальнейшие подразделения.

1. Исполнительные иски направлены на присуждение определенного гражданско-правового требования. Вследствие этого исполнительные иски тесно связаны с материально-правовыми требованиями или исками в материально-правовом смысле, представляют собою их процессуальную форму и отражают на себе их юридический характер.

Цивилисты с давних пор установили некоторые подразделения исков. Так, они различают иски вещные, личные и смешанные, петиционные, посессорные и т.д. Точно так же за некоторыми отдельными исками утвердились еще со времен римских юристов специальные названия. Так, иск, основанный на праве собственности и направленный на возвращение вещи из чужого владения, именуется виндикационным; иск, основанный на том же праве и имеющий целью устранить нарушение его посторонним лицом, носит название негаторного, и т.д. Но эта номенклатура не проведена последовательно, не обнимает всех возможных исков, да и самые термины возникли случайно и часто не характеризуют существенных признаков тех исков, к которым относятся. Поэтому обойтись ими невозможно, и при индивидуализации исполнительных исков необходимо указывать их предмет, содержание и лежащее в их основании субъективное право¹.

¹ Мнения ученых относительно практического значения римской номенклатуры исков весьма различны. В качестве представителей двух диаметрально противоположных взглядов можно привести Савиньи, который выразился, что «она представляет собою для системы практического права почти то же, что грамматика для языка» (*System des heut. röm. R.*, V, § 224), и с другой стороны — Бенгтама, давшего о ней следующий едкий отзыв: «...здесь названий вовсе нет, там же, где достаточно было бы одного, их несколько. Многие из них непонятны, другие выражают понятия наполовину, некоторые дают ложные понятия. В них нет ни ясности, ни аналогии, ни симметрии. Эти названия часто произвольны, они взяты то из одного источника, то из другого; иногда они происходят от названия преступления (*actio de sepulcro violato*); иногда от основания, которым подтверждается просьба (*actio ex fidejussione*); иногда от состояния тяжущихся (*actio tutelae*); иногда названием служат несколько слов, заимствованных из закона (*actio ex lege si contendat*); часто иску придается имя законодателя (*actio Pauliana*, *Publiciana*, *Serviana*); иногда названием служит предполагаемое основание иска (*condictio ex moribus*); иногда это просто галиматья, которая не пропускает ни одного луча света (*actio praejudicialis*,

2. Установительные иски могут быть двоякого рода. Одни направлены на официальное признание наличия юридического отношения или части его (права или обязанности), другие — на такое же признание отсутствия юридического отношения или части его. Первые именуются *положительными*, вторые — *отрицательными*.

Иностранные уставы допускают еще один вид установительных исков, а именно иски о признании документа подлинным или неподлинным¹. Но нашему законодательству такие иски, представляющие собою, в сущности, один из способов обеспечения доказательств для возможного в будущем процесса, неизвестны.

Установительные иски имеют совершенно самостоятельное значение, не являясь, подобно исполнительным, процессуальной формой материально-правовых требований, или исков в материальном смысле. Этим главным образом и объясняется тот факт, что установительные иски подверглись специальному изучению и были введены в систему процесса только в недавнее время. Как положительные законодательства, так и теоретики, исходя из убеждения в тесной связи гражданского права с процессом, игнорировали их и строили процесс применительно к одним только исполнительным искам.

Между тем установительные иски существовали уже в римском процессе под именем «преюдициальных исков», хотя допускались, по всей вероятности, только для установления прав состояния. В Средние века сфера применения была несколько расширена. Но постановления современных законодательств относительно установительных исков находятся в непосредственной связи не с этими преюдициальными исками, а с так называемым *провокационным производством*, которое было создано на основании отрывочных постановлений римского права глоссаторами и получило широкое распространение в законодатель-

actio praescriptis verbis, actio confessoria); есть некоторые названия, которыми старались как-нибудь выразить предмет просьбы (*hereditatis petitio, actio de communi dividundo, interdictum ne quid in loco sacro fiat*). Но эти многозначительные названия являются весьма редко» (О судоустройстве, 212).

¹ Герм., § 256; Австр., § 228, Венг., § 130. Они применяются на практике очень редко, вследствие чего комиссия по выработке проекта новой редакции Устава гражд. суд. нашла излишним вводить их, тем более что в случае надобности обеспечить такое доказательство «могут быть применены общие способы обеспечения доказательств — допрос свидетелей и экспертов» (Объясн. зап., I, 23). Такое же мнение высказали Змирлов (Журн. М. Ю., 1897, № 1, 112) и проф. Гордон, исходящий из принципиального соображения, что установление голых фактов не может входить в задачу суда (48 и сл.).

ствах, где существовало до половины XIX в. Сущность провокационного процесса состояла в том, что в некоторых случаях лицо, юридически заинтересованное в немедленном выяснении спорного правоотношения к другому лицу, могло просить суд потребовать от противника предъявления соответствующего иска под угрозой в случае неисполнения этого требования утратить навсегда право на этот иск¹.

Коренной недостаток провокационного производства состоял в том, что оно нарушало основной принцип гражданского процесса, а именно принцип диспозитивности (*nemo invitus agere cogitur*), так как возбуждалось с целью принудить другое лицо к предъявлению иска, дабы суд выяснил и окончательно установил сомнительное правоотношение. Между тем этого результата можно было, не нарушая принципа диспозитивности, достигнуть другим путем: тот, кто заинтересован в выяснении спорного правоотношения, должен был бы предъявить иск об установлении его. Другими словами, следовало взамен провокационного производства ввести установительные иски. Так и произошло в действительности: установительные иски, сперва существовавшие наряду с провокационным производством (в германском общем процессе, в Баденском уставе 1851 г.), затем окончательно вытеснили его, так что современные уставы уже не упоминают о провокационном производстве, а разрешают предъявление исков об установлении наличия или отсутствия правоотношений всякому, кто имеет в этом юридический интерес².

Наш Устав не предусматривает в общей форме установительных исков, а говорит о них только в отделе, посвященном судопроизводству в Прибалтийском крае (ст. 1801). Это обстоятельство в связи с ошибочным пониманием ст. 1 Уст., гласящей, что «всякий спор о праве гражданском подлежит разрешению судебных установлений», дало

¹ Провокационное производство могло быть возбуждаемо в двух случаях: 1) если кто-либо хвалился, что имеет юридическое требование к данному лицу, и 2) если у данного лица были такие возражения против возможного в будущем иска, которые могли потерять силу вследствие истечения времени. Первый случай формально выводился из Конституции Диоклетиана и Максимиана, начинавшейся словом «Diffamari» (L. 5 C. 7, 14) и потому носил название «provocatio ex lege diffamari». Второй случай опирался на фрагмент Дигест, начинавшийся словами «Si contendat» (L. 28 D. 46, 1) и потому именовался «provocatio ex lege si contendat».

² Герм., § 256; Австр., § 228; Венг., § 130. Французский устав не упоминает об установительных исках, но судебная практика допускает их при наличии у истца юридического интереса (*Garsonnet*, № 82). По мнению некоторых французских авторов, возможно и провокационное производство (*Гордон*, Иски о признании, X, прим.).

основание мнению, будто установительные иски по действующему Уставу недопустимы¹. Такого мнения прежде держался и Сенат (75, № 246, 1052, 79, № 154). Однако оно совершенно неверно. Во-1-х, действующими законами прямо допускается предъявление установительных исков в частных случаях. Таковы, например, иски о признании законности или незаконности рождения (ст. 1346 и сл.), недействительности раскольничьих браков (ст. 1356¹), договоров по имени (ст. 1100), действительности и недействительности завещаний (ст. 1066^{10, 11} Гражд. зак.), недействительности сделок, заключенных под влиянием принуждения (ст. 703 Гражд. зак.), недействительности купчих и закладных крепостей по истечении семи дней (ст. 1424 и 1648 Гражд. зак.). Во всех этих случаях иск направляется не на присуждение какого-либо материально-правового требования, а на официальное подтверждение наличности или отсутствия того или другого юридического отношения. Во-2-х, ст. 1 ничуть не препятствует допущению установительных исков. Если даже понимать употребленный в ней термин «спор» буквально², то и в таком случае под нее вполне подходят споры о наличности или отсутствии прав и юридических отношений³. Вдобавок из того, что согласно этой статье «всякий спор о праве гражданском подлежит разрешению судебных установлений», вовсе не следует, будто их компетенция распространяется только на споры⁴: этого ограничения в ней нет, а другими статьями Устава к ведению гражданских судов отнесены как охранительные дела, где никакого «спора» нет, так и некоторые перечисленные выше установительные иски. Поэтому никаких препятствий к допущению установительных исков по смыслу Устава нет, как и признано другими процессуалистами⁵ и новейшей практикой Сената (82, № 82, 93, № 6, 1900, № 35).

3. Преобразовательные иски направлены на создание, изменение и прекращение юридических отношений. Участие суда в этой стороне гражданского оборота происходит обыкновенно в порядке охранительного производства (см. с. 38—39), так что применение искового порядка представляется явлением исключительным. Поэтому преоб-

¹ Анненков, Система гражд. пр., I, 642—644 (здесь указана предшеств. литература); Исаченко, Основы, 18—20.

² В действительности под «спором» здесь разумеется «иск». См. сн. 1 на с. 450.

³ Гессен, 239, Германский иск об установлении (Журн. М. Ю., 1898, № 6).

⁴ Делать из ст. 1 такой вывод — все равно что из положения «всякий гусь имеет две ноги» заключать, что только гуси — двуногие животные.

⁵ Гольмстен, 138 и сл.; Энгельман, 201, прим.; Гордон, 260 и сл.

преобразовательные иски могут быть допускаемы только в тех случаях, когда это специально разрешено законом.

По своему содержанию преобразовательные иски распадаются на три категории: *правосозидающие*, *правоизменяющие* и *правопрекращающие*. Кроме того, из числа правоизменяющих исков можно выделить в особую группу¹ те, которые имеют целью изменение правоотношений, определенных раньше состоявшимся постановлением суда. Сюда относятся, например, иски о переделе уже разделенного судом наследственного имущества (ст. 1332 Гражд. зак., ст. 1420 Уст.); об изменении размера срочного пособия, присужденного в виде вознаграждения за убыток, причиненный при эксплуатации железнодорожного или паровозного предприятия (п. 5 б. и 6 ст. 683 Гражд. зак.); об освобождении от ответственности по присужденному в упрощенном порядке требованию (ст. 365²² Устава); об уничтожении решения третейского суда (ст. 1397).

Отличительная черта этой группы исков состоит в том, что они заменяют собою обычные способы обжалования судебных постановлений; вместо апелляции или просьбы об отмене решения по вновь открывшимся обстоятельствам закон дает заинтересованному лицу право предъявить новый иск об изменении судебного постановления, хотя бы уже вошедшего в законную силу².

¹ Hellwig, Anspruch, § 59; Lehrb., § 62; Schrutka, § 147.

² Вопрос о взаимном отношении трех указанных категорий исков до сих пор возбуждает разногласия. Некоторые отрицают самостоятельное значение преобразовательных исков. По мнению Канштейна, их следует считать исполнительными исками, так как они «по общему правилу связаны с требованием присуждения ответчика» (I, 150). Но это не доказывает их несамостоятельности, для признания которой важно только, что они могут быть предъявляемы и отдельно. Вайсман, напротив, думает, что преобразовательные иски являются видом установительных (I, 61), но это неверно, так как в отличие от установительных исков их целью является не констатирование, а изменение юридических отношений.

Точно так же спорно взаимное отношение между установительными и исполнительными исками. По мнению Гельвига, в исполнительном иске содержится *implicite* — требование признания наличности юридического отношения, из которого вытекает иск (I, 47). С такой точки зрения исполнительные иски представляют собой только вид установительных. Так думает и Шрутка (§ 147), разделяющий установительные иски на исполнительные и установительные в тесном смысле. Но с этим нельзя согласиться, потому что в установительных исках право или юридическое отношение служат предметом иска, а в исполнительных — ближайшим основанием.

Другие, напротив, считают установительные и преобразовательные иски видами исполнительных исков на том основании, что все они направлены на осуществление

§ 74. ПРАВО НА ИСК¹

Слово «иск» употребляется нередко в смысле «права на иск», или права на судебную защиту. Так, говорят: «...владельцу имущества принадлежит иск о восстановлении нарушенного владения; займодавец имеет иск о возврате занятых денег; в момент нарушения права у его обладателя возникает иск». Во всех этих случаях идет речь о праве на иск, о возможности требовать судебной защиты².

определенного материально-правового требования, т.е. права на действие или воздержание от действия со стороны ответчика. *Kleinfeller*, § 75. Но и это неверно, так как целью установительных и преобразовательных исков служат действия не ответчика, а суда (официальное подтверждение или преобразование юридических отношений).

Что же касается исков о прекращении действий или воздержании от действий (*Unferlassungsklagen*), то они составляют вид исполнительных исков, так как предметом их является материально-правовое требование отрицательного содержания: воздерживаться от действий. *Hellwig*, Anspruch, § 50, 54.

¹ *Гордон*, Иски о признании, 1906, 73 и сл.; *Гольмстен*, Об отношении гражд. судопр. к гражд. праву (Юрид. исследования и статьи, 1894, 232 и сл.); *Нефедьев*, Учение об иске, 1895; Курс, § 4 и сл.; § 8 и сл.; *Гримм*, Курс римского права, вып. 1, 1904.

Degenkolb, Einlassungszwang und Urtheilsnorm, 1877; *Plosz*, Beiträge zur Theorie des Klagerechts, 1880; *Fischer*, Recht und Rechtsschutz, 1889; *Langheinecken*, Der Urtheilsanspruch, 1899; *Hellwig*, Anspruch und Klagrecht, 1900; *Schmidt*, Processrecht und Staatsrecht, 1903; *Stein*, Voraussetzungen des Rechtsschutzes, 1903; *Bülow*, Klage und Urtheil, 1903; *Hellwig*, Klagrecht und Klagmöglichkeit, 1905; *Degenkold*, Der Streit über den Klagrechtsbegriff, 1905 (непеч. в его «Beiträge zum Civilprocess», 1905); *Goldschmidt*, Materielles Justizrecht (Festgabe für Hübler, 1905); *Geib*, Rechtsschutzbegehren und Anspruchsbethätigung, 1909; *Schmidt*, Der Prozess und die staatsbürgerlichen Rechte, 1910.

Bülow, Die neue Prozessrechtswissenschaft (Zt. Zp., 27 B.); *Affolter*, Die celsinische Actio und der Anspruch d. BGB (ib., 31 B.); *Wach*, Der Rechtsschutzanspruch (ib., 36 B.); *Kohler*, id. (ib., 33 B.); *Grosse*, Der R-anspruch des Beklagten (ib., 36 B.); *Bolze*, Der Anspruch (Gruchot's Beiträge, 46 B.); *Hellmann*, Klagrecht, Feststellungsklage und Anspruch (Jahrb. f. Dogm., 31 B.); *Eisele*, Civilistische Kleinigkeiten (ib.); *Schlossmann*, Anspruch, Klage etc. (ib., 45 B.); *Hölder*, Ueber das Klagrecht (ib., 46 B.); *Seuffert*, Recht, Klage, Zwangsvollstreckung (Grünh. Zt., 12 B.); *Kohler*, Grundlagen des Civilprocesses (Arch. civ. Pr., 97 B.); *Pagenstecher*, Der Rechtsschutzanspruch des Beklagten (ib.).

Diana, Dei rapporti processuali, 1901; *Chiovenda*, L'azione nel Sistema dei diritti, 1903; *Manfredini*, 55 ss.

² Основанием для такого словоупотребления послужило изречение Цельса: «Иск — не что иное, как право требовать судом того, что тебе следует» (*nil aliud est actio, quam jus quod sibi debeatur, iudicio persequendi*).

В наших законах слово «иск» в таком смысле не употребляется. Как в Уставе гражд. суд., так и в ч. 1 т. X Св. зак. говорится в этих случаях о «праве на иск», «праве отыскивать», «праве предъявить иск» и т.п. Например, ст. 7 Уст.: «Истец не лишается *права на иск*...»; ст. 589: «Ответчик, утверждающий, что самое *право на иск* не принадлежит истцу...» Ср. ст. 18, 921, 1304 Уст., ст. 691—694 и п. 5 прил. к ст. 694 ч. 1 т. X Св. зак.

Но при ближайшем определении этого понятия мнения расходятся. Три главные теории существуют на этот счет.

I. Правом на иск называют присущую субъективным гражданским правам возможность принудительного осуществления при помощи судебной власти. Кто имеет право собственности, тому принадлежит и право на иск в защиту его от нарушения; кто имеет право требовать от другого лица возвращения занятых денег или вознаграждения за убытки, тот может предъявить об этом иск в суде.

С этой точки зрения «право на иск» рассматривается в науке гражданского права, для которой право на иск представляет интерес лишь постольку, поскольку им охраняется материальное гражданское право. Поэтому такое понятие права на иск можно назвать, как и делается в литературе, *материально-правовым*. Взаимное отношение между правом на иск и субъективным гражданским правом определяется цивилистами весьма различно. Одни считают право на иск особым гражданским правом, возникающим вследствие нарушения субъективного права¹, другие называют иск придатком субъективного права², элементом его, свойством³, наконец, самим правом в его особом — динамическом, боевом положении⁴.

Но какую бы из этих формулировок ни предпочесть, во всяком случае сущность материально-правовой теории сводится к тому, что она устанавливает тесную и неразрывную, доходящую до тождества связь права на иск с субъективным гражданским правом.

Такая точка зрения естественна и целесообразна в науке гражданского права: изучая абстрактные типы прав, цивилисты могут выражать присущую этим правам возможность принудительного осуществления при помощи судебной власти термином «право на иск» и говорить, что всякий обладатель гражданского права имеет и право на иск в защиту его.

Но в теории процесса это понятие «права на иск» неприменимо, ибо ведет к неправильному воззрению на сущность процесса. В самом деле, с точки зрения материально-правового понятия права на иск гражданский процесс определяется как принудительное осуществление

¹ *Savigny*, System, V, § 205: «Возникающее из нарушения права отношение называется правом на иск или также иском».

² *Puchta*, Pand., § 81; *Arndts*, Pand., § 96; *Gierke*, Deutsches Privatrecht, I, 323.

³ *Dernburg*, Pand., § 127; *Regelsberger*, Pand., § 191; *Bruns*, *Wächter* (*Bolze*, 772—773); *Unger*, System, § 113; *Mattirolo*, § 10.

⁴ *Unger*, System, § 113; *Garsonnet*, № 69.

субъективных гражданских прав: так как каждому субъективному праву присуще и право на иск, то в случае нарушения права обладатель его обращается к суду, который устраняет нарушение и восстанавливает право.

Но такая конструкция процесса рассчитана только на исполнительные иски, ибо только они направлены на принудительное осуществление требований, вытекающих из субъективных прав (см. с. 538–539). Однако и по отношению к исполнительным искам она покрывает лишь те сравнительно немногочисленные случаи, когда ответчик не оспаривает наличия права у истца, не отрицая, например, что истец — собственник спорного участка или что он имеет право произвести взыскание по представленному обязательству. Но если ответчик оспаривает наличие права истца, если он, например, утверждает, что право собственности на спорный участок принадлежит не истцу, а ему самому, или что представленное истцом к взысканию обязательство недействительно, то задача суда состоит вовсе не в том, чтобы просто присудить истцу заявленное им требование и восстановить его право, а в том, чтобы проверить, кто из спорящих прав и действительно ли истцу принадлежит то право, которое он себе присваивает.

Таким образом, материально-правовая теория права на иск приводит к непримиримому внутреннему противоречию: с одной стороны, для того, чтобы процесс начался и суд приступил к деятельности, необходимо, чтобы истец обладал правом на данный иск, а с другой стороны, процесс и деятельность суда в том именно и состоят, чтобы обнаружить, имеет ли истец право на иск или нет. В результате получается настоящий заколдованный круг вроде, например, такого: не следует читать книг, которые не заключают в себе ничего оригинального, а для того, чтобы узнать, оригинальна ли книга, необходимо ее прочесть¹.

¹ Профессор Гольмстен чрезвычайно удачно охарактеризовал с точки зрения материально-правовой теории разницу между отделом гражданского права, посвященным изучению осуществления субъективных прав, и процессом следующим образом: «Предметом учения об искомом праве является право в судебном его осуществлении; предметом же гражданского судопроизводства — судебное осуществление права. Различие между предметами этих двух учений то же, что, например, между телом, рассматриваемым в его движении, и самым движением тела, между птицею, наблюдаемою нами во время полета, и самым полетом птицы» (Юрид. исслед., 241). Пользуясь этим метким сравнением, можно возразить против материально-правовой теории, что в процессе зачастую вовсе не исследуется полет птицы, а разрешается вопрос, действительно ли существует та птица, о которой говорит истец, или это просто плод его вымысла либо галлюцинация, а на самом деле никакой птицы не было и нет.

Недостаточность материально-правовой теории для объяснения сущности гражданского процесса давно была подмечена некоторыми процессуалистами¹, но все-таки она продолжала господствовать в учебниках процесса, пока ей не нанесли решительного удара Дегенкольб, Зом, Вах и Плоч².

II. Если для предъявления иска в суде и для получения судебного решения вовсе не нужно быть обладателем того права, об осуществлении которого заявляется просьба; если суд обязан войти в рассмотрение всякой исковой просьбы, удовлетворяющей формальным требованиям закона, значит, каждое правоспособное лицо имеет право обращаться к суду за защитой, имеет право на иск в абстрактном смысле (*abstraktes Klagerecht*), или *абстрактное право на судебную защиту* (*abstr. Rechtsschutzanspruch*)³. Это право определяется различно: как «право на юридическую помощь»⁴, как «право на получение судебного решения»⁵, как «право посредством

¹ Так, например, Ветцель говорит: «Из нарушения гражданского права возникает спорное отношение, которое римляне называют иском в материальном смысле. Но с процессуальной точки зрения понятие иска должно быть определено шире. Так как наличность права и нарушения его может быть формально обязательным образом установлена только посредством судебного решения, то пока это не установлено, в процессе под иском понимается требование, выводимое из утверждаемого, т.е. действительного или мнимого нарушения» (38; ср. 36, 134, 822).

² *Degenkolb*, *Einlassungszwang*, 11–12: «Право истца на благоприятное решение обуславливается с точки зрения процессуальных норм не наличностью у него права, а состоянием процессуального материала — фактов, выставленных в иске, и возражениях, доказанностью или недоказанностью распределенных по процессуальным правилам утверждений сторон. Поэтому сам закон допускает возможность проигрыша дела истцом, хотя бы право было на его стороне, и, наоборот, выигрыша им дела, хотя бы его требование не существовало в действительности» (ср. 26 ff., 74 ff.); *Plosz*, 14: «Для возбуждения процесса вовсе не нужно, чтобы существовало гражданское право. До окончательного решения суда его существование сомнительно, и оно не может быть осуществлено. Впрочем, только что сказанное вовсе не ново, поскольку всеми признано, что для предъявления иска необходимо только утверждение о гражданском праве, а не наличность его»; *Wach*, I, 19 ff.; *Feststellungsanspruch*, 15 ff.; *Sohm*, *Der Begriff des Forderungsrechts* (Grünh. Zt., 4 B., 467 ff); ср.: *Langheinecken*, 2–3; *Hellwig*, *Anspruch*, § 17; *Chiovenda*, 42 ss.; *Manfredini*, 58 ss.; *Нефедьев*, Учение об иске, 12 и сл.; Курс, § 4.

Однако материально-правовая теория до сих пор господствует во французской и итальянской литературе. *Garsonnet*, № 69; *Glasson*, § 27; *Boncenne*, ch. V; *Mattirolo*, § 10 и др.

³ Введенный в употребление Вахом термин «*Rechtsschutzanspruch*» неточен, так как им означает не требование (*Anspruch*), а право. Правильные термины: «*Klagerecht*», «*Schutzrecht*», «*Gerichtsschutzrecht*» (*Langheinecken*, 15, Anm. 4).

⁴ *Heyssler*, 29.

⁵ *Seuffert*, 626.

предъявления иска поставить суд в необходимость разрешить дело согласно закону¹ и т.п.²

Теория абстрактного права на иск совершенно верно подметила тот факт, что в современных государствах предъявлять иски и вести гражданские дела может каждое правоспособное лицо.

Суды обязаны рассматривать все заявляемые с соблюдением необходимых формальностей иски, хотя бы безусловно и явно неосновательные, и постановлять по ним решения. За испол-

¹ *Hellmann*, 102.

² Хотя понятие абстрактного права на иск впервые формулировали Гассе (в 1853 г.), а затем Мутер (в 1857 г.), но оно не прижилось (*Degenkolb*, *Beiträge*, 6; *Gordon*, 76), и отцом этой теории считают Дегенкольба, который, выразившись, что в праве на иск заключается только «ожидание судебного решения» (*Einlassungszwang*, 26), пояснил это так: «Наличное право стремится к осуществлению и в качестве чистейшего частного права — к осуществлению частным образом: самим управомоченным субъектом. Самопомощь — и только она одна — вытекает из частного права... Но в устроенном государстве взамен самопомощи управомоченный субъект получает иск; за эту цену он отказывается от самопомощи... Истец требует в процессе осуществления своего конкретного права лишь весьма условно; гораздо безусловнее требует он, чтобы суд его выслушал и тем засвидетельствовал юридическое значение его правосознания и его правовой воли» (31, 32, 35–36). Эти и подобные им выражения дали основание заключить, что Дегенкольб считает право на иск абстрактным правом на судебную защиту. Однако в последующем изложении он устанавливает границы праву на иск и находит, что оно принадлежит не всякому правоспособному лицу, а только такому, которое домогается судебной защиты, честно (добросовестно) утверждая, что ему принадлежит определенное материально-правовое требование и что оно потревожено ответчиком в пользовании своим правом (*ib.*, § 7–10). Поставив в такие границы право на иск, Дегенкольб подошел очень близко к теории конкретного права на иск, что он и признал в позднейшем своем сочинении, отклонив от себя честь «отцовства абстрактной теории права на иск» (*Beiträge*, 44–47). Действительным автором ее нужно считать скорее Плоча, который впервые употребил и термин «абстрактное право на иск». Он говорит следующее: «Рассматривая действительную жизнь без предвзятых мыслей, можно составить себе следующее представление о современном праве на иск. Каждый, кто вообще может выступать в качестве истца в данном государстве, имеет самостоятельное право призывать другого по поводу определенных утверждений на суд и требовать, чтобы тот вступил с ним в процесс и чтобы суд предпринял исследование и разрешение его утверждения. Это право не частное, а скорее публичное... Если у меня есть право на иск, то это не значит, что я имею также и материальное право. Так как процессуальное право на иск отвлечено от реального существования права, то его можно назвать *абстрактным правом на иск*, а материально-правовое — конкретным» (15, 40). Материальное право необходимо только для выигрыша дела: «оно является условием победы в процессе» (42). Нельзя, однако, не заметить, что Плоча, противореча себе, заявляет, будто материальное право на иск тождественно с процессуальным, но рассматривается с другой точки зрения, в связи с субъективным правом (31, 40). Другие приверженцы теории абстрактного права на иск: *Sohm* (*Grünh. Zt.*, 4 B., 466 ff.), *Löning*, *Rocholl* (*Langheinecken*, 3–5), *Гольмстен*, 137.

нением судьями этой обязанности, как и других обязанностей службы, следят органы надзора, принимающие в нужных случаях те меры, на которые они уполномочены законом. Кроме того, частные лица, заявляющие судам требования по отношению друг к другу, могут настаивать, чтобы суды рассматривали и разрешали их. С этой точки зрения можно сказать, что частные лица имеют право на судебную защиту, или абстрактное право на иск.

Это право — публичное, потому что направлено против органа государственной власти — суда¹, и притом не голое, не лишенное защиты право, а охраняемое от нарушения подобно другим публичным правам, посредством жалоб высшим властям. Если судья или коллегиальный суд не принимают прошения или другой процессуальной бумаги, которою

¹ Многие полагают, что оно направлено не против судов, а против самого государства: *Wach, Helwig, Schmidt, Degenkolb* и др. (*Langheinecken*, 13–15, 19–20; *Гордон*, 76 и сл.). Конечно, можно сказать, что если государство воспрещает самопомощь, то оно принимает на себя обязанность защищать права граждан, и что, значит, граждане имеют право требовать от государства защиты своих субъективных прав. Но, выражаясь таким образом, мы употребляем термин «право» в смысле голого, естественного или нравственного права, потому что оно ничем решительно не обеспечено, и если государство не захочет в том или другом случае оказать защиту законным требованиям гражданина, то он против этого ничего не может поделать. Поэтому многие не без основания находят, что говорить о праве граждан на юридическую защиту со стороны государства нельзя. «Целям юридической защиты, — замечает Клейнфеллер, — служит не только отправление правосудия и не только гражданского правосудия, но также отправление уголовного правосудия, применение полицейской и военной власти. Несмотря на это, отдельный подданный не имеет права требовать от государства наложения определенного наказания, определенного устройства полиции, содержания постоянной армии, солдатских упражнений, посылки военных судов в чужие края и т.п., а государство создает и поддерживает эти учреждения точно так же, как судебную организацию, в интересах собственного самосохранения. Защита прав для него необходимость, условие его существования» (*Zt. Zp.*, 34 В., 378). Аналогично: *Kohler, Eisele, Bülow* и др. (указ. см. у *Гордона*, 85 и сл.). Кроме того, многие гражданские иски могут быть предъявляемы не только в отечественных, но и в иностранных судах, так что один и тот же иск может, смотря по месту пребывания ответчика, подлежать ведению французского, английского или какого-либо иного суда, наперед неизвестно даже какого именно, ибо заранее неизвестно, где будет жить ответчик в момент предъявления иска. «Что же это за право, если оно направлено против всех государств и судов всего мира, или, может, в том случае, когда ответчик поселился в стране, отказывающей в юридической защите иностранцам, не направлено ни против одного из государств?» (*Bülow, Zt. Zp.*, 27 В., 244; *Klage*, 13 ff.). Ввиду неточности термина «право на иск» были предложены разные другие термины для означения этого же понятия: «*Klagbefugnis*», «*Berechtigung*», «*Macht*» и др. (*Гордон*, 95–97; *Bülow, Klage*, 18 ff.). Но никакой надобности в них нет, так как понятие «право на иск» в смысле абстрактного права на судебную защиту тождественно с понятием процессуальной правоспособности.

возбуждается производство у этого суда, то проситель имеет право подать жалобу на это высшей судебной инстанции (ст. 166, 167, 268, 784 Уст. гражд. суд.). Точно так же в случае уклонения суда от разрешения дела¹ или даже неосновательного промедления тяжущиеся могут жаловаться высшей инстанции в общем порядке (ст. 166, 784 Уст. гражд. суд.) или в порядке надзора (ст. 275 Учр. суд. уст.). В этих случаях судьи подлежат, смотря по обстоятельствам, уголовной или дисциплинарной ответственности за нерадение и медленность по службе, а также гражданской ответственности за причиненные частным лицам убытки (см. с. 229 и сл.).

Однако никакого применения из этого понятия абстрактного права на иск нельзя сделать в системе процесса ввиду того, что оно лишено самостоятельного значения и совпадает с понятием процессуальной правоспособности. В самом деле, если бы в современном процессе требовались помимо процессуальной правоспособности еще какие-либо дополнительные условия для предъявления иска и разрешения его судом, если бы, например, лицо, желающее начать дело и пользоваться процессуальными правами, должно было предварительно установить свою добросовестность или вероятность своего искового требования (присягой или каким-либо иным способом), в таком случае право на иск имело бы значение самостоятельного права, должно было бы получить место в системе процесса и подвергнуться исследованию в качестве одного из условий возникновения процесса. Но так как никаких дополнительных условий для предъявления иска и осуществления процессуальных прав не установлено, а единственно, что требуется, это наличность у истца процессуальной правоспособности, совпадающей с общегражданской правоспособностью (см. с. 524—525), то ясно, что

¹ Статья 10 Уст. гражд. суд. постановляет, что «за приостановку решения дела под предлогом неполноты, неясности, недостатка или противоречия законов виновные подвергаются ответственности как за отказ в правосудии». Но в Уложении о наказ. особого преступления «отказа в правосудии» нет. Точнее выражается ст. 13 Уст. угол. суд., воспроизводящая такое же правило по отношению к уголовным судам: она грозит им ответственностью за «противозаконное бездействие власти» по ст. 341—343 Улож. о нак. Статья 10 Уст. гражд. суд. представляет собою перевод ст. 4 Французского гражданского кодекса. Под отказом в правосудии, о котором говорится в этой статье, Французский устав (ст. 505, п. 4, 506—508) понимает те случаи, когда суд, несмотря на двукратное ходатайство тяжущихся, не приступает к разрешению дела или отказывается судить под предлогом молчания, темноты или недостатка закона. В таких случаях судьи подлежат, как и у нас, уголовной (Угол. код., ст. 175, 177, 183, 185), дисциплинарной и гражданской ответственности. *Garsonnet, Traité*, I, § 140.

вводить понятие «права на иск в абстрактном смысле» в систему процесса совершенно излишне¹. Его вполне заменяет понятие «процессуальной правоспособности», обладающее вдобавок тем преимуществом, что характеризует право на судебную защиту не только истца, но и ответчика, которому оно принадлежит в такой же точно мере.

III. Под правом на иск многие понимают предоставленную законом каждому гражданину возможность требовать судебной защиты *действительно принадлежащих ему субъективных гражданских прав*, т.е. право на благоприятное решение, на победу в процессе. Это уже не отвлеченное право на иск, направленное на разрешение судом всякого искового требования, хотя бы и неосновательного, а право *действительно управомоченного* лица на удовлетворение своего *основательного* требования. В отличие от абстрактного права на иск оно носит название *конкретного*.

Эту теорию основал и развил Вах². За Вахом последовал целый ряд процессуалистов, привнося в нее более или менее значительные изменения, так что она является в настоящее время господствующей, хотя формулируется не всеми одинаково³. Но общий смысл всех этих

¹ Wach, I, 22; Hellwig, I, 147; II, 10; Kohler, Rechtsschutzanspruch, 211 ff.; Bülow (Zt. Zp., 27 B., 243 ff.).

² Wach, Handbuch, I, § 2; Feststell., 15 ff.; Rechtsschutzanspruch (Zt. Zp., 32 B.).

³ Вах: «Это связанное законом с внепроцессуальным фактическим составом требование по отношению к государству — удовлетворить в установленной процессуальной форме интерес в юридической защите против ответчика, а по отношению к ответчику — требование, чтобы он претерпел меры защиты... Право на судебную защиту не является функцией субъективного права, ибо не обуславливается им и существует не только там, где есть такое право. Так называемый отрицательный иск о признании преследует удостоверение и охранение не только субъективного гражданского права, но и всего правового положения истца целиком... Сообразно с различными формами судебной защиты можно различать право на признание, на присуждение, на исполнение, на арест, на предварительное или окончательное решение и т.д.» (I, 19, 20, 21). Гельвиг: «Не допуская самопомощи и определяя условия, при которых суды обязаны оказывать юридическую помощь в той или иной форме, государство признает такую защиту своею обязанностью и предоставляет тому частному лицу, у которого имеется в данном случае определенная законом потребность в юридической защите, право требовать от государства выполнения принятой им на себя обязанности защиты. Это полномочие добиваться посредством иска определенного решения и требовать исполнения решения представляет собою публичное право» (Klagrecht und Klagmöglichkeit, 1—2; Lehrbuch, I, 146; Anspruch, § 22). Ланггейникен: «Право на юридическую защиту — субъективное право, направленное на судебную защиту, в гражданско-правовых спорах, направленное против государства в его судебной функции» (15—16), или, иначе: «Публичное субъективное право на оказание государством юридической защиты определенного рода в граж-

определений один и тот же: он сводится к тому, что каждый гражданин имеет право требовать, чтобы суд оказал ему защиту в той мере, в какой он действительно заслуживает ее, согласно закону и фактическим обстоятельствам данного случая.

Из этого ясна разница между абстрактным и конкретным правом на иск. Первое сводится к возможности требовать, чтобы суд рассмотрел предъявленный с соблюдением необходимых формальностей иск и постановил решение; второе, не ограничиваясь этим требованием, заключает в себе еще и другое — чтобы суд не только постановил решение, но и постановил его в *благоприятном для истца* смысле¹.

Теория «конкретного права на иск» представляется неправильной в двояком отношении. Во-1-х, она характеризует только положение истца, тогда как право на судебную защиту принадлежит и ответчику, и, во-2-х, она применима только к истцу, заявляющему *основательное* требование, а между тем до конца процесса вовсе неизвестно, насколько требование истца основательно, потому что процесс состоит

данском деле, согласно нормам процессуального права» (44). Смотри по роду защиты, Лангейникен различает, подобно Ваху, право на судебное решение (благоприятное), на арест (как меру обеспечения), на открытие конкурса и т.д. (44 и сл.).

Шмидт: «Право на юридическую защиту означает, что решение и исполнение его не оставлены на произвол государства, а составляют содержание его обязанности, которая налагается на государство нормами процессуального права. Само собою понятно, что эта обязанность исполняется и осуществляется только отдельными органами, создаваемыми государством для отправления правосудия, и что только в течение каждого отдельного производства при посредстве иска, прений, представления доказательств и юридической оценки фактического материала выясняется, лежит ли в данном случае на государстве обязанность оказать юридическую помощь» (Lehrbuch, 15—16). Ср. его же: *Processrecht und Staatsrecht*, 9 ff.

Canstein: «Конечно, Бюлов правильно заметил, что в процессе все сводится к доказыванию: «*si patet, dare oportere*»; но доказывание предполагает существование внепроцессуального факта, который должен быть доказан и из которого прежде всего вытекает исковое требование или возражение, подлежащее защите в процессе при наличности предположений процесса и при том условии, если правообразующий факт частноправового требования будет утверждаем и доказан» (I, 19, Anm.). Ср.: *Stein*, 1 ff.; *Pollak*, 1 ff.

¹ Разницу между этими двумя понятиями Лангейникен (47) поясняет таким сравнением. В уголовном процессе председатель суда имеет право предлагать вопросы подсудимому и свидетелям, которые обязаны отвечать. Но подсудимый может ограничиться формальным ответом, что «не желает представить объяснений по данному обстоятельству»; свидетели же обязаны отвечать по существу и сообщать все, что знают по делу. Подобным же образом отвлеченному праву на иск соответствует формальная обязанность суда постановить решение, каково бы оно ни было, хотя бы и против истца, а конкретное право на иск состоит в праве получить решение в свою пользу.

именно в проверке правомерности исковых требований. В последнем отношении она страдает тем же недостатком, как и материально-правовая теория, от которой она отличается лишь более общей формулировкой, охватывающей не только исполнительные, но также установительные и преобразовательные иски. Поэтому против нее справедливо возражали, что до предъявления иска не может быть речи о праве истца на благоприятное судебное решение, потому что иском только начинается производство, решение же есть окончательный результат его, который обуславливается действиями истца и ответчика. Притом «существование еще до процесса у истца права на благоприятное решение можно было бы допустить, если бы все необходимые для его существования условия имелись налицо до начала процесса»¹. Между тем условия права на иск обсуждаются по моменту постановления решения и могут раньше отсутствовать². Выходит, что «право на иск существует до возникновения условий своего существования»³. Но и после предъявления иска подобное право у истца не возникает; будет ли решение суда для него благоприятно или нет, это зависит не только от того, прав ли он объективно, но и от того, сумеет ли он надлежащим образом воспользоваться своими процессуальными правами и убедить суд в своей правоте⁴.

Говорить о праве истца на благоприятное решение суда все равно, что признавать за экзаменуемым, знающим предмет, право на хорошую отметку: он ее получит, если сумеет обнаружить достаточные знания. Экзаменуемой имеет право только на добросовестное и беспристрастное отношение к себе экзаменаторов⁵. Но это право сводится к возможности жаловаться на нарушение экзаменаторами служебных обязанностей их начальству. Точно таким же образом с предъявлением иска как у истца, так и у ответчика возникает право требовать, чтобы суд разрешил дело добросовестно и беспристрастно, т.е. чтобы он «на основании согласного с процессуальными нормами рассмотрения и проверки фактического материала касательно подлежащего обсуждению гражданского права вынес соответствующее Гражданским

¹ *Bülow*, *Klage*, 40.

² Это признают и защитники конкретной теории: *Hellwig*, I, 187.

³ *Bülow*, *Klage*, 41.

⁴ *Ibid.*, 48 ff.; *Weismann*, I, 68; *Гордон*, 109 и сл.

⁵ *Kohler*, *Rechtsschutzanspruch*, 213.

законам решение»¹. Другими словами, единственный реальный смысл, какой можно придать термину «конкретное право на иск», состоит в том, чтобы понимать под ним право тяжущихся на закономерную деятельность судов. Такое право действительно им принадлежит, так как они, несомненно, могут требовать, чтобы суды разрешали их дела правильно, т.е. согласно с законами и обстоятельствами дел и с соблюдением установленного законами порядка. Это право осуществляется ими, во-1-х, путем применения общих процессуальных способов обжалования действий судов в порядке инстанций; во-2-х, путем жалоб на действия судей в порядке надзора. Кроме того, тяжущиеся могут, в случае причинения им неправильными действиями суда убытков, взыскивать с судей вознаграждение.

Однако понимаемое в таком смысле конкретное право на судебную защиту, подобно абстрактному, не имеет самостоятельного значения, так как принадлежит каждому обладающему процессуальной правоспособностью лицу. Вследствие этого оно тоже представляется в системе гражданского процесса излишним. В самом деле, поскольку оно состоит в праве тяжущихся пользоваться всеми установленными законом процессуальными средствами борьбы, постольку оно заключается в общей процессуальной правоспособности; поскольку оно выражается в праве жаловаться в уголовном или дисциплинарном порядке на нарушение судьями своих служебных обязанностей, постольку оно опять-таки совпадает с этой правоспособностью; наконец, его третья составная часть — право взыскивать с судей вознаграждения за убытки, понесенные от их неправильных действий, — представляет собою особый вид обязательственных прав, возникающих из правонарушений (деликтов) и рассматриваемых в науке гражданского права. В системе гражданского процесса может идти речь только об одном: о порядке взыскания этих убытков, который имеет особенности, отличающие его от общего порядка производства гражданских дел. Об этом и будет речь в своем месте².

¹ *Bülow*, Die neue Prozess.-r.-w., 218—219; *Гордон*, 112: «Право на иск надлежит представлять себе не иначе как право на объективно правильное судебное решение».

² Чтобы защитить свою теорию от убийственной критики Бюлова, Вах должен был призвать на помощь метафизику. По его словам, Бюлов стоит на эмпирической точке зрения, а право на иск в конкретном смысле представляет собою метафизическое понятие, так как им выражается самая сущность, идея судебной защиты, состоящая в том, что суд обязан оказывать защиту только действительно существующим правам (*Zt. Zp.*, 32 B., 4 ff.).

IV. Три изложенные воззрения на право иска нередко комбинируются различным образом, так что кроме основных теорий существует еще ряд смешанных, посредствующих¹, которые, однако, не нуждаются в отдельном разборе, ибо не имеют самостоятельного значения, являясь только сочетаниями основных.

V. Предшествующее изложение показало, что понятие «права на иск», или «на судебную защиту», какой бы оттенок ему ни придавать, является в системе гражданского процесса совершенно излишним. Оно вполне заменяется понятием «процессуальной правоспособности», в котором содержится как право на предъявление любого иска, так и право добиваться всеми законными способами благоприятного решения суда и требовать признания и осуществления материального гражданского права, если оно действительно принадлежит истцу².

Но Вах упускает из виду, что сущность, идея искового процесса, о котором идет речь в данном случае, заключается в выяснении, действительно ли существует то право, на которое ссылается истец; защита же праву дается уже после того, как оно установлено судом, и дается путем исполнительного производства (см. с. 34 и сл., 325 и сл.).

¹ Чаще всего соединяются абстрактное и конкретное понятия права на иск, так что оно определяется, с одной стороны, как право на выслушание судом и на судебное решение, а с другой стороны, как право на благоприятное решение. *Dernburg*, Pand., I, § 127; *Hellmann*, *Canstein* и др. (*Langheinecken*, 6—8).

Другие ученые соединяют абстрактное и материально-правовое понятия (*Азапович*, II, 3; *Regelsberger*, Pand., § 191; *Hölder*, Pand., I, 324, 334, 335).

Иногда комбинируются даже все три понятия (*Planck*, II, 3 ff.).

² Поэтому спор немецких процессуалистов о понятии «права на судебную защиту» не имеет для гражданского процесса ни практического, ни теоретического значения, и небезосновательно один автор приравнял его к бесплодным схоластическим спорам вроде того, сколько ангелов может уместиться на острие иглы. *Fuchs*, *Recht und Wahrheit in unserer heutigen Justiz*, 1908, 102.

ГЛАВА IV ПРОЦЕССУАЛЬНЫЕ ОТНОШЕНИЯ

§ 75. ПОЛОЖЕНИЕ СУДА³

Суд — орган государственной власти, призванный к выполнению одной из функций государственного управления. С этой целью ему отведен законом определенный круг деятельности, в границах которой он имеет право и обязан действовать. Вместе с тем законом установлены и правила, которыми суд должен руководствоваться в своей деятельности. Этим обуславливается характерная черта процессуального положения суда, состоящая в том, что процессуальные права суда являются вместе с тем и его обязанностями. Суд не только вправе совершать известные действия при наличии указанных в законе условий, но и обязан к этому. Если, например, обнаружилось, что истец лишен правоспособности, то суд имеет право и вместе с тем обязан прекратить дело; если иск оказался неосновательным, то суд не только может, но и должен отказать в нем.

Поэтому неосуществление судом своих процессуальных прав, вопреки имеющимся для этого условиям, равносильно нарушению им служебных обязанностей, которое является основанием для обжалования его действий в установленном порядке, а в более важных случаях может повести к возбуждению против судей уголовного или дисциплинарного преследования. Даже те немногочисленные нормы, которые предоставляют совершение или несовершение некоторых процессуальных действий усмотрению суда, вовсе не открывают простора для проявления судейского произвола; суд всегда обязан поступать разумно, справедливо, целесообразно, прилагая заботу к поддержанию быстрого и правильного хода производства и охраняя законные интересы обеих сторон. Так, например, Устав предоставляет усмотрению суда отсрочку заседания

³ Гольмстен, 129 и сл.; Wach, Vorträge, 98 ff.; Schmidt, § 91 ff.; Weismann, § 79; Canstein, I, § 16.

для предъявления встречного иска (ст. 341), назначение осмотра на месте (ст. 507) и экспертизы (ст. 515). Но это не значит, что суд волен принять эти меры или не принять, как ему вздумается. Суд может и обязан принимать их только тогда, когда это является, по его добросовестному убеждению, необходимым ввиду обстоятельств дела (76, № 54)¹.

Так как судебная функция состоит в проверке и окончательном установлении правомерности требований, предъявляемых тяжущимися друг к другу, то права и обязанности суда в гражданском процессе направляются на совершение действий, прямо или косвенно ведущих к этой цели. По степени своей близости к ней процессуальные действия суда распадаются на три группы, и сообразно с этим права суда делятся на три категории.

1. Первую категорию образуют права суда на совершение таких действий, которые *непосредственно* направлены на проверку требований сторон и заключаются в восприятии и оценке процессуального материала, установлении фактической стороны дел и постановлении решений².

¹ В статьях нашего Устава, посвященных процессуальной деятельности суда, чаще всего употребляется изыскательное наклонение глаголов, означающих те действия, о которых идет речь. Так, в Уставе говорится, что суд «*прекращает* производство дела» (ст. 89), «*предлагает* истцу рассказать обстоятельства дела» и «*выслушивает* объяснения ответчика» (ст. 72), «*выдает* тяжущемуся, по его просьбе, свидетельство» (ст. 76), «*принимает* в соображение», «*постановляет* решение» (ст. 129) и т.д. Таким способом действительно точнее всего обозначается двойственный характер деятельности суда: указывая просто, какое действие суд совершает, законодатель тем самым дает понять, что суд имеет право и в то же время обязан совершить это действие. Наряду с таким способом выражения в Уставе употребляются и другие: а именно весьма часто вспомогательный глагол «*мочь*» (ст. 4: «судебные установления *могут* приступать к производству дел...»; ст. 60: «в случае личной явки обеих сторон к мировому судье он *может* немедленно приступить...»); реже глаголы: «*быть* обязанным» (ст. 9: «все судебные установления *обязаны* решать дела...», ст. 140: «мировой судья *обязан* объяснить тяжущемуся...»); «*долженствовать*» (ст. 142: «решение... *должно* заключать в себе...»; ст. 339: «решение... *должно* быть основано»); «*иметь* право» (ст. 127: «мировой судья *имеет* право, по просьбе истца, потребовать от ответчика...», ст. 128: «в случае неисполнения такого требования мировой судья *имеет* право наложить арест...»); «*быть* вправе» (ст. 80, п. 2, ст. 238), а также различные синонимы, как то: «от суда *зависит*» (ст. 138³, 145², 362, 719, 741, 836), «суду *дозволяется*» (ст. 377, 702) и т.п.

² Так, суд имеет право и обязан выслушивать требования и объяснения сторон (ст. 4, 52, 72, 129, 368, 561), принимать от них прошения и другие документы (ст. 53, 57, 152, 164, 168, 265, 267, 353 и др.), предлагать вопросы тяжущимся и свидетелям (ст. 93–95, 361, 400, 401 и др.), рассматривать представленные документы и проверять их подлинность (105, 107, 547, 548, 456 и др.), производить осмотр спорного имущества (ст. 507

В эту категорию прав суда входят и те, которые касаются выяснения фактического материала процесса в силу инструкционного принципа, как то: право расспроса сторон, назначения осмотра, экспертизы и проч. (см. с. 366 и сл.).

2. Вторую категорию составляют права по управлению ходом процесса, принадлежащие суду согласно принципу формального руководства процессом (см. с. 353).

3. Ко второй группе примыкает в качестве необходимого дополнения право принимать меры к поддержанию внешнего порядка, приличия и благопристойности во время заседаний (см. с. 250–251).

Сообразно этим трем направлениям, в которых проявляется процессуальная деятельность суда, различают в судебной власти: 1) власть *решающую* (*Urtheilsgewalt*), 2) направляющую процесс (*processleitende Gewalt*) и 3) дисциплинарную (*Disciplinargewalt*).

Помимо этих трех основных и главных функций на суды возложен целый ряд других, более или менее тесно связанных с ними. Так, суд обязан закреплять в письменной форме свои действия или по крайней мере важнейшие из них, чтобы обеспечить возможность проверки их правомочности высшими инстанциями¹.

Далее, суд (в коллегиальных судах председатель) выдает тяжущимся копии своих постановлений, исполнительные листы, удостоверения, справки и т.п. документы, относящиеся к производству данного дела (ст. 53, 74, 76, 136, 157, 144, 452, 453, 454, 455, 716 и др.), определяет размер судебных издержек, вознаграждения свидетелей и экспертов (ст. 104, 498, 530 и др.); хранит документы (ст. 271, 311 и др.); исполняет судебные поручения других судов (ст. 500 и др.); сносится с прокуратурой и другими судебными и правительственными учреждениями (ст. 110, 165, 563, 564, 267, 454, 540 и др.); сносится с тяжущимися, сообщая им свои постановления и судебные бумаги (ст. 233, 317, 318,

и сл.), выслушивать заключение экспертов (ст. 515 и сл.), оценивать доказательную силу документов и свидетельских показаний (ст. 102, 129, 411, 459 и др.), обсуждать все вообще обстоятельства дела и разрешать как самое дело, так и возникающие при производстве частные вопросы и споры (ст. 129, 145, 146, 693 и сл., 160, 161, 229, 566 и др.).

¹ Мировой судья, например, обязан «записывать свои решения или в особый по каждому делу протокол, или в общую книгу» (ст. 143); результаты каждого действия по проверке доказательств — осмотра спорного имущества, допроса свидетелей и т.д. — должны быть занесены в протокол тем судом или судьей, который это действие совершил (ст. 101, 124, 406, 434, 508 и др.); решения и определения судов излагаются в письменной форме (ст. 719 и др.) и т.д.

492, 557, 559, 600, 656 и др.); предлагает сторонам покончить дело миром (ст. 70, 177, 337, 361, 490 и др.) и т.д.

§ 76. ПОЛОЖЕНИЕ СТОРОН¹

I. Закон предоставляет гражданам, обращающимся к судам для проверки и окончательного установления правомерности своих юридических требований, целый ряд процессуальных прав. Но осуществление этих прав необязательно. Это обстоятельство, резко отличающее положение сторон от положения суда в процессе, является прямым последствием принципов диспозитивности и состязательности. Процессуальные права предоставляются сторонам в их частном интересе, с целью дать им возможность добиться определения своих частноправовых отношений друг к другу. Поэтому пользование или непользование процессуальными правами должно зависеть исключительно от усмотрения их обладателей.

Конечно, бездействие тяжущегося может принести ему вред и даже быть причиной проигрыша дела. Но из того, что ему было бы полезно и выгодно совершить какое-либо процессуальное действие, еще не вытекает юридическая обязанность совершения его. Процессуальные действия представляют собою только средства, которыми стороны могут пользоваться с целью защиты своих прав в процессе и которые необходимы для достижения этой цели точно так же, как необходимо, например, землепашцу посеять зерна, чтобы взошел хлеб. Нельзя, однако, назвать эту необходимость обязанностью и сказать, что землепашец юридически *обязан* производить посевы: его побуждает к этому только собственный интерес, но не станут принуждать органы государственной власти.

«Кто не охраняет своих юридических интересов, — говорит Бюлов, — своевременными действиями, протестами, оспариванием, опровержением, тот всегда рискует лишь тем, что процесс будет продолжаться и без его содействия, без внимания к предоставленным ему, быть может, средствам защиты и что решение будет построено судом на односторонних уверениях противника... Но ни к какому действию ни истец, ни ответчик не обязаны. По отношению к защите имеет силу

¹ Гольмстен, 129—132; Гордон, Понятие процесса в науке гражданск. судопр., 1901; Bülow, Civilprocessualische Fictionen und Wahrheiten (Arch. civ. Pr., 62 B.).

такой же принцип, как и по отношению к предъявлению иска: *neto invitus agere cogitur*¹.

Итак, тяжущиеся не обязаны проявлять деятельности в процессе; они могут относиться к нему совершенно пассивно и не принимать в производстве ни малейшего участия: истец, подав исковое прошение, вправе не ударить больше пальцем о палец, чтобы добиться скорейшего разрешения дела в свою пользу, ответчик же волен совершенно игнорировать производящееся дело. В этом смысле можно сказать, что стороны имеют только процессуальные права, но не несут никаких процессуальных обязанностей.

Но если стороны принимают участие в производстве дела, то в таком случае они подчиняются формальному руководству и дисциплинарной власти суда и обязаны исполнять его распоряжения. Раз суд, например, постановил отложить дело или прекратить прения сторон (ст. 338), то стороны не могут вступать с ним в пререкания и продолжать свои объяснения, так как рискуют быть удаленными из залы заседания².

¹ Bülow, Fictionen, 61, 74.

² Терминология нашего Устава в общем согласуется с этим положением. Говоря о действиях сторон, Устав чаще всего употребляет выражения: «*могут*» (ст. 15, 18, 20, 26, 27, 82¹, 106, 108, 145¹, 152¹, 154, 166, 170, 195, 206, 207, 211, 227, 228, 251, 268, 317, 318, 320, 331, 332, 365³, 365^{19, 23}, 378, 389, 422, 440, 479, 481, 483, 510, 512, 555, 571, 576, 578, 612, 652¹, 654, 659, 663, 664, 680, 692, 715, 716, 718¹, 719, 732, 734, 780, 814, 921 и др.), «*имеют право*» (ст. 14, 25, 69, 151, 321, 340, 356, 365^{13, 20}, 390, 430, 439, 589, 601, 619, 652, 727, 743, 770, 906 и др.), «*вправе*» (ст. 82⁶, 155¹, 310, 332, 365^{12, 22}), «*дозволяется*» (ст. 426), «*допускается*» (ст. 13, 82⁷, 109, 118, 149, 169, 186—188, 208, 239, 356, 365¹¹, 512, 543, 586, 587, 660, 662, 673, 721, 730, 733, 768, 783, 794, 795, 908, 910 и др.), «*не запрещается*» (ст. 115, 485), «*предоставляется*» (ст. 23, 26, 205, 431, 572, 752, 764, 766 и др.). Иногда встречается в Уставе просто изъявительное наклонение глаголов, означающих действия, на которые стороны имеют право (ст. 19: «*ищут и отвечают*», ст. 46: «*тяжущиеся заявляют*», ст. 57: «*истец передает*», ст. 164, 167, 168, 189, 199, 655, 674, 744, 746 и др.). Наконец, в некоторых статьях Устав выражается о тяжущихся, что они «*должны*» или «*обязаны*». Но во всех этих статьях речь идет не о том, *что* им нужно делать, а о том, *как* следует делать, т.е. предписывается не совершение процессуальных действий, зависящее от доброй воли сторон, а форма, способ, срок, которые должны быть соблюдены при их совершении (ст. 54: «*как в просьбе письменной, так и при просьбе словесной, истец обязан* 1) указать звание, имя, отчество...»; ст. 87: «*отводы свидетелей должны быть* предъявлены до приведения их к присяге...»; ст. 116: «*тяжущиеся о согласии своем на решение дела присягою обязаны* подать особое прошение...», ст. 163, 257, 258, 262, 264, 314, 315, 365⁴, 353, 375, 443, 446, 495, 729, 745, 747, 790 и др.). В одном только случае Устав выражается так, как будто требует совершения тяжущимися процессуальных действий, а именно когда говорит о распределении между ними бремени доказывания (ст. 61 и 366: «*истец*

II. Вопрос о существовании у сторон процессуальных обязанностей до сих пор возбуждает споры в литературе. Многие ученые решают его в отрицательном смысле¹.

должен доказать свой иск; ответчик, возражающий против требований истца, *обязан* доказать свои возражения»). Но и здесь идет речь не о юридической обязанности к совершению действий, а о фактической необходимости совершить их, если тяжущийся желает остаться победителем в процессе.

¹ *Bülow* (Zl. Zp., 27 B., 231): «Стороны в гражданском процессе не имеют юридических обязанностей ни по отношению к суду, ни одна по отношению к другой. Они не обязаны ни к явке в суд, ни к вступлению в ответ, ни к опровержению заявлений противника, ни к признанию, ни к отрицанию, ни к доказыванию, ни к присяге и т.д. Сторона не обязана совершать этих действий ни по отношению к государству, ни по отношению к своему противнику и тем более не понуждается к совершению их. Если она упустит обеспечить в достаточной степени свой юридический интерес и не воспользуется представляющеюся ей возможностью действовать, следствием этого будет ухудшение ее процессуального положения, а в силу воздействия исхода процесса на гражданско-правовые отношения ухудшение и ее материально-правового положения: *cum liceat sui juris persecutionem deteriorem constituere* (L. 46 D. de pactis (2, 14))». *Schmidt*, 350–351: «Стороны действуют не в качестве представителей высшей власти согласно объективным правилам, выполнение которых они принимают на себя официально, подобно судебному органу при назначении на должность. Они действуют на собственный страх, по субъективным соображениям целесообразности, т.е. произвольно. Потому-то именно их ответственность за направление процесса, поскольку оно ожидается от них, является не юридической, а чисто фактической, основанной исключительно на свободном выборе между деятельной заботливостью о своих юридических интересах и косным пренебрежением к ним по соображениям личного удобства... Стороне предоставляется на выбор либо действовать в своем собственном эгоистическом интересе, либо принять на себя невыгодные последствия своего бездействия. Стороны должны предпринять труд, необходимый при предъявлении иска, заявлении фактических утверждений, представлении доказательств, возражении против утверждений противника, сообщении противнику благоприятных решений и т.д., если они желают обратить ход процесса к своей выгоде; но они могут не предпринимать этого, если не желают обратить движение процесса в свою пользу. Называть такое отношение обязанностью значило бы злоупотреблять этим понятием. Закон устанавливает обязанность и принуждение там, где требует действия ради объективных целей права, а не там, где действие требуется только в качестве средства для достижения частной эгоистической цели. Процессуальная деятельность ставит сторону в такое положение, которое нередко вытекает из социального общения и необходимости утвердиться в нем и которое вообще может быть означено, как связанность, бремя или просто ответственность. Во всяком случае фактически ответственная деятельность стороны стоит в решительном противоречии с юридически ответственной, основанной на служебном долге деятельностью чиновника судебного ведомства». *Hellwig*: «Современный процесс рассчитан лишь на возможность, но не на необходимость спора. Ни возникновение процесса, ни завершающая его победа истца не обусловливаются каким бы то ни было участием ответчика; если же истец совсем или отчасти прекращает свое нападение, то победителем становится без всякого труда ответчик... Конечно, бездействие стороны влечет для нее невыгодные

Напротив, другие признают существование более или менее значительного числа процессуальных обязанностей сторон. Так, Вах считает обязанностью сторон обязанность защищаться¹. Планк — обязанностью явки и выдачи документов². Канштейн насчитывает даже целый ряд обязанностей и разделяет их на три группы: 1) публично-правовые обязанности повиновения суду и уважения к нему как к органу государственной власти; 2) публично-правовые обязанности по отношению к суду, из коих некоторым соответствует право противной стороны избавлять от исполнения их обязанное лицо ввиду того, что они установлены в ее интересах (таковы, например, обязанности принятия присяги, представления доказательств, выдачи документов), а другим такое право не соответствует (обязанность соблюдать при совершении процессуальных действий правила относительно времени и места их совершения, защищать свои права только при помощи средств судебного производства, давать объяснения по поводу утверждений и заявлений противника и др.); наконец, 3) обязанности только по отношению к противной стороне, каковы возмещение судебных издержек, предоставление обеспечения иностранцем и исполнение судебного решения³.

Разногласие между корифеями процессуальной науки по столь существенному вопросу объясняется тем, что в западных кодексах имеются постановления, которые могут быть с большим или меньшим основанием толкуемы в смысле возложения на тяжущихся процессуальных обязанностей⁴.

последствия. Но они точно так же не представляют собою наказания, как в области гражданского права те невыгоды, которые связаны с воздержанием от оспаривания сделки или от перерыва исковой либо приобретательной давности... Если в этих случаях говорят об обязанности действовать, то лишь в смысле обязанности по отношению к самому себе, т.е. о необходимости совершать действия, если желаешь воспользоваться их выгодами» (II, 33, прим. 28). В таком же смысле: *Kleinfeller*, § 62, 3; *Geib*, *Rechtsschutzbegehren*, 1909, § 25; *Kohler*, *Grundriss*, § 44 (признает только обязанность возмещения противнику судебных издержек).

¹ *Wach*, I, 34 ff. и в *Grünh. Zt.*, 6 B., 315 ff.; 7 B., 147 ff.

² *Planck*, II, 250; I, 47 ff.

³ *Canstein*, I, 726 ff. Признают существование процессуальных обязанностей сторон также *Pollak* (§ 93) и *Skedl* (§ 5).

⁴ Так, по Германскому уставу неявка истца в заседание ведет к отказу в иске (§ 330), а неявка ответчика приравнивается к признанию им правильности приведенных истцом фактов (§ 331). Следовательно, в то время как у нас при неявке одной из сторон другая сторона все-таки должна представить суду доказательства в пользу своих требований и заявлений и суд имеет право присудить только «доказанные требования» (ст. 722), в Германии неявка одной стороны избавляет другую от бремени доказывания. Отсюда

Существуют такого рода постановления, хотя и менее многочисленные, и в нашем Уставе.

Сюда относится прежде всего лежащая на проигравшей дело стороне обязанность возместить противнику судебные издержки. Статья 868 прямо говорит, что «тяжущийся, против которого постановлено решение, обязан, по требованию противной стороны, возратить ей судебные издержки». Но право на получение судебных издержек и обязанность их уплатить возникают только по окончании дела и определяются исходом его: во время процесса неизвестно, кто кому должен будет возместить издержки. Затем по общему правилу возмещение издержек производится не в течение процесса, а по окончании его, так что является не процессуальным, а послепроцессуальным действием. Наконец, даже в тех случаях, когда оно происходит в течение процесса (при уплате издержек за две инстанции, если дело перешло

выводят, что, значит, на сторонах лежит *обязанность* защищаться (*Defensionspflicht*) или вступать в процесс (*Einlassungspflicht*), ибо неисполнение этой обязанности влечет за собою специальные процессуальные последствия (*Degenkolb*, *Einlassungszwang*, 15 ff.; *Plosz*, *Beiträge*, 158; *Wach*, I. c.; *Canstein*, I. c.).

Против такого вывода небезосновательно возражают, что вряд ли можно усматривать обязанность в том, что установлено законом в интересах самой стороны, а не ее противника. Закон дает каждому тяжущемуся право защищаться от нападения противника, и какие бы вредные последствия ни грозили тому, кто не хочет защищаться, все-таки нельзя сказать, что он *обязан* защищаться (*Weismann*, § 85—IV; *Bülow*, *Fictionen*, 61 ff.): кто в поединке не отражает ударов шпаги противника, тот рискует быть убитым, но отсюда не следует, что он *обязан* драться.

Затем, принимаемые германским и австрийским уставами меры против умышленного затягивания дел тяжущимися равносильны признанию обязанности сторон своевременно представлять доказательства и совершать некоторые другие процессуальные действия. Однако в этих случаях можно видеть не обязанность, а срочное право сторон, погашение которого с истечением срока приносит ущерб своему обладателю, ибо «невыгодные последствия являются результатом не только неисполнения обязанности, но и неосуществления права» (*Bülow*, *Fictionen*, 73).

Наконец, к числу процессуальных обязанностей сторон относят также обязанность правдивости в заявлениях и фактических сообщениях (*Wahrheitspflicht*). Но и этот случай допускает другое толкование: вместо обязанности сторон говорить правду можно усматривать здесь воспрещение злоупотреблять процессуальными правами (см. § 81).

Некоторые авторы объединяют обязанность правдивости, обязанность выдачи документов и обязанность отвечать на расспросы суда под общим именем обязанности «взаимопомощи сторон» (*Skedl*, § 5).

Столь же спорен был вопрос о существовании процессуальных обязанностей у тяжущихся в германском общем процессе. В то время как одни перечисляли целый ряд таких обязанностей (*Renaud*, 486, 487), другие отрицали их существование и давали этим случаям иное объяснение (*Bülow*, *Fictionen*, 27 ff.).

в Сенат), оно не является процессуальным действием, потому что не имеет ни прямого, ни косвенного отношения к сущности процесса — проверке требований истца: уплатит ли сторона издержки, присужденные противнику, или нет, это никакого влияния на последующее производство во второй инстанции не будет иметь.

Второй случай, в котором можно усмотреть наличие процессуальной обязанности, — это постановление п. 5 ст. 571, по которому если иск предъявлен иностранно-поданным, не состоящим на русской государственной службе и не владеющим в России недвижимостью, то ответчик имеет право потребовать от него обеспечения возможных издержек и убытков по делу. Из этого как будто вытекает, что на иностранно-подданных истцах лежит специальная обязанность по отношению к ответчикам. Но это неверно. Хотя действительно ответчику принадлежит процессуальное право, но только не право требовать обеспечения от истца, потому что в случае неисполнения этого требования ответчик не может просить о принудительном взыскании обеспечения с истца, а право требовать от суда прекращения дела вследствие несоблюдения истцом правил предъявления иска¹. Подобным же образом ответчик может требовать оставления иска без рассмотрения по неподсудности (ст. 571, п. 1) или по нарушению установленных для исковых прошений формальностей (ст. 579). Однако из этого не следует, что у ответчика имеется право по отношению к истцу: оно направлено не против истца, а против суда и состоит в возможности требовать, чтобы каждое дело рассматривалось компетентным судом и с соблюдением установленных законом формальностей.

Наконец, третий случай содержится в правиле ст. 442: «...каждая сторона обязана, по требованию своего противника, представлять находящиеся у нее документы, служащие к подтверждению спорных обстоятельств дела». Однако такое же точно право требовать представления документов тяжущиеся имеют и по отношению к посторонним, не участвующим в процессе лицам и даже по отношению к правительственным учреждениям (ст. 442, 453). Это обстоятельство показывает, что в данном случае имеется не процессуальная обязанность сторон, а общегражданская обязанность содействовать отправлению правосудия², аналогичная обязанности давать показания в качестве свидетеля. Притом право тяжущегося требовать представления документов направлено не против

¹ *Bülow*, *Fictionen*, 67.

² *Гольмстен*, 132.

другой стороны, а против суда: тяжущийся может просить, чтобы суд вытребовал документ от противника или от постороннего лица. Поэтому и в данном случае стороны не находятся в непосредственном отношении друг к другу, а каждая из них находится в отношении к суду: одна требует от суда выполнения известного действия, другой предлагается судом доставить документ. Но последняя имеет право либо удовлетворить это требование, либо нет, рискуя в последнем случае подвергнуться невыгодным последствиям, заключающимся в том, что суд может признать доказанными обстоятельства, в подтверждение которых сделана ссылка на требуемые документы (ст. 444).

Ввиду изложенного следует признать, что согласно нашему действующему Уставу у тяжущихся нет процессуальных обязанностей (не считая, конечно, тех, которые соответствуют правам суда по формальному руководству процессом и поддержанию порядка в заседаниях) и, в частности, нет никаких процессуальных обязанностей по отношению друг к другу¹.

III. Процессуальные права тяжущихся распадутся по своему содержанию на две группы. В одну входят те, которые заключаются в возможности влиять своими волеизъявлениями на деятельность суда и, следовательно, на судьбу процесса, а в другую — те, которые направлены на содействие суду при исполнении им своих функций по производству дела.

А. К первой группе принадлежат следующие права.

1. Право возбуждать ходатайства (*Anträge*), т.е. обращаться к суду с просьбами (требованиями) относительно совершения определенных действий, как то: предъявлять иски (ст. 4, 51, 526), ходатайствовать о допросе свидетелей и проверке доказательств (ст. 369), об истребовании документов (ст. 447), о перевершении дела (ст. 743) и т.п.

Этому праву сторон соответствует обязанность суда проверять правомерность заявленных ходатайств и, если они правомерны, удовлетворять их. Так, суд обязан присудить истцу требования, доказанные им (ст. 693 и сл., 722), и постановить определение о допросе свидетелей и проверке доказательств, об истребовании документов, об обеспечении

¹ Таково же мнение проф. Гольмстена (Учебник, 130–131), Нефедьева (К учению о сущности, 161, прим.) и Гордона (Понятие процесса, 12–13). Профессор Яблочков упоминает об «обязанности содействовать достижению цели, преследуемой судом, и подчиняться его распоряжениям» (с. 10), не поясняя, в чем выражается первая из этих обязанностей. Прочие процессуалисты не высказывались по этому вопросу.

иска и т.д., если признает, что соответствующие ходатайства сторон удовлетворяют указанным в законе требованиям (ст. 369, 443, 591 и др.). В случае отказа в ходатайстве сторона имеет право обжаловать постановление суда в высшую инстанцию.

2. Право распоряжаться объектом процесса, т.е. заявляемыми суду юридическими требованиями: истец может отказаться от иска, ответчик — признать правильность требований истца. В этом проявляется принцип диспозитивности (см. с. 346—348).

3. Право вступать между собою в соглашения с целью повлиять на ход процесса или на регулирование отдельных процессуальных вопросов. Так, стороны могут окончить дело миром (ст. 1357) или договором о третейском суде (ст. 1373 и сл.), условиться о решении дела присягой (ст. 485) или на основании показаний окольных людей (ст. 422), вступить в соглашение о приостановлении производства (ст. 681, п. 1), об отсрочке заседания (ст. 356), избрании экспертов (ст. 518), освобождении свидетелей от присяги (ст. 395) и пр.

Это право сторон является тоже выражением принципа диспозитивности. Ему соответствует обязанность суда делать согласные с волеизъявлением сторон, облеченным в требуемую законом форму, постановления. Если, например, стороны заключили мировую сделку и представили засвидетельствованную нотариусом запись, то суд обязан прекратить производство дела (ст. 1359, 1366); если обе стороны выразили суду желание отложить рассмотрение дела, суд обязан постановить определение об отсрочке заседания (ст. 356) и т.д.

Б. Вторую группу процессуальных прав тяжущихся составляют следующие.

1. Право приводить фактические обстоятельства в подтверждение своих ходатайств и опровержение ходатайств противника.

Так, в исковом прошении могут и даже «должны быть указаны обстоятельства дела, из коих иск проистекает» (п. 4 ст. 257); в ответе «должны быть изложены обстоятельства, на коих основан спор ответчика» (ст. 315); в заседании сначала истец, а затем ответчик излагают «как требования, так и обстоятельства и доводы, на коих сии требования основаны» (ст. 330); в апелляционной жалобе «должно быть объяснено, какими обстоятельствами дела или законами опровергается правильность решения» (п. 2 ст. 745).

Этому праву сторон соответствует обязанность суда воспринимать фактические сообщения и заявления сторон своими внешними чувства-

ми, т.е. выслушивать их, если они делаются устно, и прочитывать, если представляются в письменной форме. Суд может постановить решение «не иначе как по выслушании объяснения противной стороны» (ст. 4); председатель и члены суда могут требовать от тяжущихся объяснений (ст. 335); суд, найдя, по выслушании сторон, что какие-либо существенные обстоятельства дела остались невыясненными, назначает сторонам срок для разъяснения их (ст. 368) и т.д.

2. Право представлять доказательства в подтверждение указанных фактических обстоятельств, а именно предъявлять документы, на которых основаны требования (п. 1 ст. 263, 316), доставлять в заседание суда свидетелей (ст. 379), принимать присягу (ст. 485 и сл.) и пр.

Со своей стороны суд обязан воспринимать и оценивать значение этих доказательств согласно постановлением закона (ст. 339, 409, 410, 411, 498 и др.).

3. Право давать объяснения по делу, т.е. обсуждать, развивать и разъяснять юридическими и логическими соображениями требования, возражения, фактические обстоятельства и постановления законов, относящиеся к данному делу. Осуществление этого права происходит преимущественно в заседаниях суда в форме «словесных объяснений» (ст. 512, 721, 770) или «словесного состязания сторон» (ст. 324, 329, 570, 768 и др.), которое «заключается в изложении требований, обстоятельств и *доводов*, на которых сии требования основаны» (ст. 330). Но стороны не лишены права представлять такие объяснения и в письменных бумагах, которые подаются ими в суд: в исковых и иных прошениях, апелляционных, частных, кассационных жалобах и т.д. Это видно из ст. 331, по которой «при словесном состязании тяжущиеся могут приводить *новые доводы* в разъяснение обстоятельств дела, изложенных в поданных ими суду бумагах».

Суд обязан выслушивать и прочитывать объяснения сторон. Председатель суда, руководя словесным состязанием, может прекратить его только тогда, когда «дело достаточно разъяснено» и стороны представили «равное число изустных объяснений» (ст. 338), а решение суда «должно быть основано не только на документах и других доказательствах», но и «на *доводах*, изъясненных при устном состязании» (ст. 339).

4. Право выяснять фактические обстоятельства дела посредством активного содействия суду при восприятии и проверке доказательств. Так, при допросе свидетелей и оковых людей стороны имеют право предлагать допрашиваемым вопросы (ст. 400, 436); при осмотре на мес-

те — «обращать внимание лица, производящего осмотр, на предметы, требующие осмотра» (ст. 510), и т.д.

5. Право следить за всеми действиями по производству дела. Это право представляет собою проявление принципа гласности процесса для сторон (см. с. 415–417).

Суд обязан предоставлять тяжущимся возможность осуществлять это право, извещая их о времени своих заседаний и производства поверочных действий, сообщая им копии документов, представленных противной стороной, и выдавая копии своих постановлений (ст. 275 и сл., 501, 854 и др.).

6. Право требовать соблюдения судом, противной стороной и другими участвующими в деле лицами правил производства. Так, тяжущийся может «указывать на нарушение в исковом прошении предписанных законом форм» (ст. 579), «доводить до сведения суда о существовании законных причин к устранению прокурора» (ст. 680), «делать оговорки на протоколе о замеченных в нем неправильностях» (ст. 512, 543), «указывать на неправильности, допущенные при составлении списка окольных людей» (ст. 426), и т.д.

Суд обязан обсуждать эти требования и указания сторон и, если они основательны, принимать указанные в законе меры (ст. 680, 427, п. 1 ст. 793).

§ 77. СУДЬБЫ ПРОЦЕССУАЛЬНЫХ ПРАВ

Процессуальные права суда и тяжущихся, подобно материальным гражданским правам, возникают и прекращаются, могут быть осуществляемы, нарушаемы и защищаемы.

1. *Возникновение* процессуальных прав как у суда, так и у сторон происходит постепенно. Они не существуют все одновременно с самого начала процесса, а появляются одни за другими, последовательно сменяя друг друга. Каждое из них обусловливается наступлением известных фактических обстоятельств, известных фактических составов, которые можно назвать, по аналогии с юридическими фактами материального гражданского права, *процессуальными фактами*¹. Эти факты могут за-

¹ Обыкновенно термин «процессуальные факты» употребляется в более обширном смысле обстоятельств, нормируемых процессуальными законами и ведущих к процессуальным последствиям (Wach, § 3, Hellwig, § 1). Но правильнее придавать этому термину тот смысл, какой имеет термин «юридические факты» в гражданском праве.

ключаться, во-первых, в действиях субъектов процесса. Так, с подачи искового прошения у суда возникает право и обязанность приступить к производству; вручение копии искового прошения ответчику дает ему право представить суду письменный ответ против иска и т.д.

Во-вторых, такое же правопроизводящее влияние могут иметь действия посторонних участвующих в процессе лиц: неявка свидетеля, например, ведет к возникновению у суда права и обязанности оштрафовать его и вызвать вновь (ст. 383).

Наконец, процессуальными фактами являются независимые ни от чьей воли события. Таковы, например, смерть или сумасшествие тяжущегося, ведущие к приостановке производства (ст. 681).

Из этих трех категорий процессуальных фактов наиболее важное значение имеет первая. В громадном большинстве случаев возникновение процессуальных прав у одного из субъектов процесса является результатом осуществления или неосуществления прав другими субъектами. Как только истец подаст исковое прошение, у председателя суда возникает право проверить соблюдение истцом установленных в законе формальностей для предъявления иска и, смотря по результату проверки, либо возвратить прошение, либо оставить без движения, либо дать ему ход (ст. 265 и сл.). Если председатель распорядился возвратить истцу прошение, то истец получает право предъявить иск вторично или принести жалобу судебной палате (ст. 268); если прошение оставлено без движения, председатель обязан известить об этом истца и назначить ему срок на исправление формальных погрешностей в прошении (ст. 270), а истец получает право исправить их; буде же он этот срок пропустит, председатель имеет право и обязан возвратить ему прошение (ст. 270). Если прошение составлено правильно и председатель нашел возможным дать ему ход, то он имеет право и обязан сообщить его копию ответчику, у которого возникает право дать письменный ответ на исковое прошение (ст. 313), и т.д. Словом, процесс представляет собою постепенно раз-
вертывающуюся цепь взаимно переплетающихся процессуальных прав.

Так как по мере движения производства одни процессуальные права прекращаются, а другие возникают, то каждая такая перемена ставит субъектов процесса в новое юридическое взаимоотношение, в новое *процессуальное положение*¹. Вследствие этого процесс разлагается на целый ряд процессуальных положений, переходящих одно в другое.

¹ Этот термин хотя и не получил прямого признания в науке процесса, но применяется процессуалистами, например Гельвигом (14, 16, 34, 35, 36, 37, 46), так как удачно

Находясь во взаимной зависимости и обуславливая друг друга, процессуальные права в то же время не вытекают одно из другого, не опираются одно на другое: каждое из них возникает самостоятельно в качестве первоначального права. Другими словами, процессуальные права подлежат лишь первоначальному способу приобретения и не допускают производного: суд не может передать каких-либо своих прав тяжущимся, а тяжущиеся не могут взаимно приобретать их друг от друга, точно так же, как не могут передавать отдельных прав посторонним лицам (возможно только общее преемство в процессе). В этом отношении процессуальные права неотчуждаемы. Это свойство обуславливается их публично-правовым характером: права суда являются вместе с тем его обязанностями, а правам тяжущихся соответствуют обязанности суда.

2. *Прекращение* процессуальных прав является прежде всего результатом их осуществления, если они не допускают по своему содержанию возможности многократного осуществления, а погашаются уже однократным осуществлением. Так, право обжалования судебного решения во вторую инстанцию прекращается с подачей апелляции, а право требовать обеспечения иска может быть осуществляемо неограниченное число раз (ст. 592).

Другим способом прекращения процессуальных прав является истечение срока, ибо преобладающее большинство их срочно, так что существование почти каждого наперед ограничено известным периодом времени, указанным в законе или установленным судом. Как только этот период истек, тотчас неосуществленное право погашается (ст. 816).

характеризует изменяющееся взаимоотношение сторон в процессе. В более узком смысле употребляет термин «процессуальное положение» проф. Колер, впервые предложивший (безуспешно) ввести его в теорию процесса. Именно, Колер понимает под ним только «такое неизменяемое» положение, которое оказывает существенное влияние на окончательное решение дела. Подобные процессуальные положения создаются, например, предъявлением иска, обжалованием решения в высшую инстанцию, признанием иска, отказом от иска, судебным решением и т.п. Юридическое значение таких процессуальных положений состоит, по мнению Колера, в том, что они остаются неизменными при перемене субъектов процесса вследствие преемства (при вступлении в процесс вместо тяжущегося его наследника или правопреемника). *Kohler, Process als Rechtsverh.*, 62 ff.; *Zt. Zp.*, 29 B., 1 ff.; *Grundriss*, § 43. Однако не только эти, но и все вообще процессуальные положения обладают таким же свойством: лицо, вступающее в процесс вместо одного из его первоначальных субъектов, приобретает те только права, которые принадлежали его предшественнику в момент преемства. Поэтому хотя выделенные Колером процессуальные положения оказывают более сильное влияние на исход процесса, чем все другие, но ни к каким особым процессуальным последствиям не ведут.

Но при наличии указанных в законе обстоятельств, извиняющих бездействие тяжущегося, срок существования права может быть продлен судом, а прекратившееся уже право возобновлено посредством восстановления срока (ст. 835).

3. *Нарушение* прав выражается в неисполнении обязанностями лицами своих обязанностей, соответствующих этим правам. Сообразно взаимному положению субъектов процесса тяжущиеся могут нарушать только те права суда, в которых проявляется его власть по руководству ходом процесса и поддержанию внешнего порядка в заседаниях (с. 570), а права тяжущихся допускают нарушение судом, так как их правам соответствуют обязанности суда (с. 575). Но взаимное нарушение сторонами своих прав невозможно вследствие того, что они не имеют обязанностей по отношению друг к другу (с. 575).

4. *Защита* процессуальных прав производится принятием принудительных мер, если нарушению подверглось право суда (с. 570), и обжалованием действий суда, если ими нарушены права тяжущегося (с. 575 и сл.).

5. *Осуществление* процессуальных прав выражается в совершении их обладателями соответствующих содержанию прав действий.

Об этом будет речь в следующих параграфах.

§ 78. ПРОЦЕССУАЛЬНЫЕ ДЕЙСТВИЯ¹

I. Как суд, так и тяжущиеся совершают в силу принадлежащих им процессуальных прав различные действия: тяжущиеся, например, подают бумаги, заявляют устно ходатайства, сообщают факты, приводят доказательства; суд читает состязательные бумаги, допрашивает свидетелей, делает постановления и т.д. Все такие действия субъектов про-

¹ *Нефедьев*, К учению о сущности гражданского права. Соучастие в гражданском процессе, 1891, 142 и сл.; 169 и сл.; *Энгельман*, § 30.

Klein, Die schuldhafte Parteihandlung, 1885; *Trutler*, Processualische Rechtsgeschäfte, 1890; *Pollak*, Gerichtliches Geständniss, 1893; *Bülow*, Das Geständnissrecht. Ein Beitrag zur allgem. Theorie der Processhandlungen, 1899; *Rosenberg*, Stellvertretung im Process, 1908, 27 ff., 54 ff.; *Nussbaum*, Die Processhandlungen, 1908; *Hellwig*, Processhandlung und Rechtsgeschäft, 1910.

Kohler, Processhandlungen mit Civilrechtswirkungen (Zt. Zp., 29 B.); *Sinten*, Der simulirte Process (ib., 30 B.); *Schneider*, Anfechtung wegen Irrthums im Laufe des Processes (ib., 31 B.); *Bunsen*, Processrechtsgeschäfte (ib., 35 B.); *Bülow*, Civilproc. Fictionen und Wahrheiten (Arch. civ. Pr., 62 B.); *Wach*, Geständniss (ib., 64); *Walsmann*, Der Irrthum im Processrecht (ib., 102 B.).

Schmidt, § 51–57; *Weismann*, § 75–76; *Kleinfeller*, § 51, 62; *Pollak*, § 74 ff.; *Canstein*, I, § 13–17; *Schrutka*, § 118 ff.

цесса заслуживают названия *процессуальных*. Следовательно, под процессуальными действиями в точном смысле слова нужно понимать *действия субъектов процесса, совершаемые ими с целью осуществления своих процессуальных прав*¹.

Как видно из этого определения, процессуальные действия характеризуются двумя признаками.

Во-1-х, они совершаются субъектами процесса, т.е. судом и сторонами, а также, разумеется само собою, заменяющими их или приравняемыми к ним лицами, каковы: председатель суда, отдельные члены суда и единоличные судьи, исполняющие поручения суда, представители сторон, прокуроры, заменяющие отсутствующую сторону, третьи лица — пособники.

Напротив, к числу процессуальных действий в собственном смысле слова не принадлежат действия других участвующих в производстве лиц (свидетелей, экспертов, священников, приводящих к присяге, переводчиков и проч.). Их действия могут быть называемы процессуальными только в обширном, не техническом смысле.

Во-2-х, процессуальные действия являются способами осуществления процессуальных прав.

Как суд, так и стороны могут совершать в процессе не все действия, какие покажутся им пригодными для достижения цели процесса — разрешения дела, а только те, на которые уполномочены законом, т.е. которые соответствуют их процессуальным правам. Суд, например,

¹ Предложенные в литературе определения понятия «процессуальных действий» чрезвычайно разнообразны: «действия, из которых складывается процесс» (*Weismann*, I, § 75, 1), «действия субъектов процесса, направленные на юридические последствия, которые должны касаться процессуального положения сторон, но могут иметь и материально-правовое значение» (*Wach*, 25), «действия, способные вести к процессуальным последствиям» (*Hellwig*, 6–7), «действия, направленные на возникновение, движение и окончание процесса» (*Kleinfeller*, § 51; *Canstein*, 206; *Pollak*, § 74); «направленные на достижение процессуальной цели, т.е. на постановление решения» (*Bülow*, *Geständn.*, 76 ff.; *Schmidt*, § 3); «направленные непосредственно на возбуждение процесса и способные по закону вести к этой цели» (*Walsmann*, 22; *Rosenberg*, 63) и т.п. Во всех этих определениях упускается из виду самая существенная и характерная черта процессуальных действий, а именно та, что они являются способами осуществления процессуальных прав. Наш Устав не употребляет термина «процессуальные действия», а говорит о «действиях по производству дела» (ст. 16) и просто «действиях», причем имеет в виду как действия суда (ст. 13: «при всех действиях судебных установлений», ст. 389: «на действия лица, производившего допрос»), так и действия тяжущихся (ст. 16: «все действия по производству дела, о коих упоминается в сем Уставе, могут быть совершаемы не только тяжущимися, но и их поверенными»; ст. 50, 249, 151, 817, 824, 832).

не смеет произвести обыск в квартире ответчика, подвергнуть свидетелей пытке, распорядиться о приводе в суд поверенного стороны. Точно так же не вправе тяжущиеся условиться, чтобы дело было разрешено судом по жребию или на основании исхода кулачного поединка между ними; истец не может требовать, чтобы суд арестовал ответчика, намеревающегося уехать за границу, и т.д.

II. Между процессуальными действиями суда и сторон имеется разница в трех отношениях.

1. Совершение или несовершение процессуальных действий сторонами зависит исключительно от их доброй воли. Другими словами, процессуальные действия сторон *факультативны*. Это их свойство является результатом отсутствия у тяжущихся процессуальных обязанностей (с. 575). Напротив, процессуальные действия суда *обязательны* в том смысле, что суд не только может, но, при наличии указанных в законе условий, должен совершать их, потому что его права являются вместе с тем и обязанностями (с. 566).

2. Другая разница между процессуальными действиями суда и сторон состоит в том, что первые ведут к юридическим последствиям *непосредственно*, а вторые — только через посредство первых.

Дело в том, что цель процесса — проверка и установление правомочности требований сторон судом. Следовательно, главным действующим лицом является суд; стороны же только возбуждают его деятельность и доставляют материал для нее. Вследствие этого на первом плане стоят в процессе действия суда; в них заключается существо процесса; ими непосредственно вызываются процессуальные последствия; они служат ближайшей причиной этих последствий. Действия же сторон имеют значение поводов, вызывающих действия суда и влияющих на них; они производят процессуальные последствия через посредство действий суда; они служат отдаленною причиной, причиною причины¹.

Так, стороны, желая приостановить производство дела, подают об этом прошение суду, который, проверив формальную сторону прошения (наличность подписи сторон, полномочие поверенного, если сторона не подписала прошение лично, и т.п.), постановляет определение о приостановлении производства, и в результате такого определения производство приостанавливается. Истец ходатайствует о допросе свидетелей; суд постановляет определение о допросе и затем

¹ Hellwig, II, 349; Нефедьев, 172—173.

производит допрос. Ответчик представляет возражения против иска и просит отказать в нем: суд проверяет возражения и отказывает в иске или же удовлетворяет его.

3. Однако в другом отношении действия суда являются несамостоятельными, по крайней мере в большинстве случаев. В силу принципов диспозитивности, состязательности и почина сторон суд не может ни приступить к производству, ни совершать последующих процессуальных действий без ходатайства и содействия сторон. С этой точки зрения можно сказать, что действия сторон обуславливают деятельность суда и являются необходимыми поводами для нее.

В общем отношении между действиями суда и сторон такое же, как между заводом, перерабатывающим сырые продукты, и механиками, кочегарами и рабочими: переработку производит завод, но подкладывают топливо в печи, регулируют ход машин и доставляют сырой материал люди.

Ввиду существенного различия между процессуальными действиями суда и сторон они должны быть рассмотрены отдельно.

§ 79. ПРОЦЕССУАЛЬНЫЕ ДЕЙСТВИЯ СУДА¹

I. Суд осуществляет свои процессуальные права и обязанности двояким способом: либо высказывая суждения (признает иск доказанным или недоказанным, подлежащим удовлетворению или нет, находит просьбу о вызове свидетелей или обеспечении иска основательной или неосновательной и т.п.), либо совершая те или другие фактические действия (производит осмотр имущества, допрашивает свидетелей, заслушивает заявления сторон).

В первом случае деятельность суда — логическая: он строит суждения, т.е. делает логические заключения из норм объективного права и фактических обстоятельств. Во втором случае его деятельность фактическая.

Между этими двумя видами судейской деятельности имеется существенное различие. Первая оказывает непосредственное влияние на процесс: на передвижение его из стадии в стадию, на окончательную судьбу как самого иска, так и побочных, возникающих в течение производства требований; вторая же сводится только к подготовке

¹ Кроме литературы, указанной в сн. 1 на с. 581, еще: *Wach*, Vorträge, 98 ff.

фактического материала для первой. Поэтому деятельность первого рода требует особого рассмотрения.

II. Суждения, высказываемые судом, носят совершенно особенный характер: они отличаются от суждений других участвующих в процессе лиц и от суждений всех вообще граждан двумя важными свойствами.

Во-1-х, они обязательны. Закон придает им, при наличии некоторых внешних условий, значение непререкаемых истин, не допускающих оспаривания аксиом. Если суд решит, что поверенный истца не имеет достаточного полномочия для ведения дела, что представленные ответчиком документы лишены доказательной силы, что исковые требования не доказаны, и если задетая этими суждениями сторона не добьется изменения их в установленном законом порядке, то они приобретают значение непреложных истин, хотя бы в действительности, объективно, были совершенно ошибочны. Это свойство обязательности, непререкаемости суждений, высказываемых судом, сообщается им должностным положением суда, который при разрешении гражданских дел осуществляет возложенную на него государственной властью функцию — конкретизировать нормы права¹.

Во-2-х, высказываемые судом мнения являются не только логическими выводами, но и выражениями воли.

В юридических нормах выражаются желания законодателя, его волевая деятельность. Грамматическая форма, в какую облечены нормы, не изменяет их авторитетного характера. Говорится ли в законе, что «запрещается» вступать в брак монахам (Гр. зак., ст. 2), или что желающий вступить в брак «должен» подать соответствующее заявление священнику (ст. 25 Гр. зак.), или что по такому заявлению «производится» в церкви оглашение (ст. 26), или что «главным доказательством брачного союза «признаются» приходские (метрические) книги» — во всех этих случаях законодатель предписывает желательный для него образ действий, изъявляет свою волю относительно того, как *должны* поступать при указанных в законе обстоятельствах те лица, к которым обращаются его веления. А так как суд делает умозаключения из норм права, т.е. из велений законодателя, то и его суждениям сообщается

¹ Wach, Vorträge, 98–99: «Судья *судит, признает*, поскольку он подводит специальный фактический состав под закон, поскольку раскрывает в нем норму закона... Но он делает это в качестве органа государственной власти. Его устами говорит закон. Поэтому суд говорит авторитетно. Положение суда как органа государства сообщает его постановлениям и, в частности, решениям силу закона».

такой же волевой характер: его суждения являются вместе с тем и волеизъявлениями¹. «В судебном решении проявляется через уста суда абстрактное веление закона в конкретной форме»².

Мыслительный и волевой элементы могут сочетаться различным образом: в некоторых суждениях преобладает мыслительный элемент, если, например, суд после проверки противоречивых заявлений сторон признает неправильность требования стороны; в других же суждениях на первый план выступает волевой элемент, а мыслительный ступшевается, а именно когда суд делает простые распоряжения, касающиеся направления процесса («исключить дело из доклада», «приостановить производство», «отложить дело»)³. Но и в том, и в другом случае имеются оба элемента, хотя и не в равномерном сочетании.

Ввиду своего волевого характера и обязательной силы суждения, высказываемые судом, называются вообще *постановлениями* (*Dekrete*). Смотри по своему значению, они носят разные наименования. По нашему действующему Уставу различаются: 1) постановления, касающиеся самого объекта процесса, т.е. разрешающие по существу, в том или ином смысле, исковые требования, и 2) постановления по всякого рода частным вопросам, возникающим в течение производства. Постановления первого рода называются *решениями*, а второго рода — *частными определениями* (ст. 705) или просто *определениями*, а изредка, преимущественно в тех случаях, когда они исходят от единоличных органов судебной власти, — *распоряжениями* (ст. 137, 148, 268, 275, 378)⁴.

Решения и определения облакаются в двойную форму. Они излагаются, во-1-х, в виде кратких немотивированных постановлений с указанием только времени судебного заседания, участвовавших в нем судей и тяжущихся (ст. 701), и, во-2-х, в виде мотивированного рассуждения

¹ Волевой характер судебных суждений выражается в повелительной форме, в какую они облакаются. Суд не говорит «признаю за истцом право», «нахожу, что ответчик должен уплатить 100 руб.», «считаю иск неосновательным», а выражается решительно: «признать за истцом право», «взыскать с ответчика 100 руб.», «отказать в иске».

² Wach, I, 314. Ср.: *Нефедьев*, Учение об иске, 28–29.

³ Для обозначения суждений первого рода старые немецкие процессуалисты употребляли термины «sententia» и «interlocutiones vim definitivam habentes», а для суждений второго рода — термин «interlocutiones merae». *Gönnér*, I, § 22–26.

⁴ Простота и выдержанность этой терминологии выгодно отличают наш Устав от Германского и Австрийского, которые употребляют для означения судебных постановлений целый ряд терминов без точного разграничения круга их применения («Entscheidungen», «Anordnungen», «Befehle», «Verfügungen», «Beschlüsse», «Urtheile»). *Wach*, Vortr., 101 ff.

с изложением обстоятельств дела и соответствующих законов (ст. 711, 712). В первом случае они называются *резолюциями*, во втором — *решениями и определениями в окончательной форме* (ст. 141, 142). В резолюции содержится, таким образом, резолютивная, императивная часть решения.

Между решениями и частными определениями существует важное различие. Первые, со времени объявления резолюции, не могут быть ни отменяемы, ни изменяемы постановившим их судом, а допускают только обжалование в порядке инстанций. Напротив, свои частные определения суд вправе отменять и изменять в случае изменения обстоятельств, ввиду которых они были постановлены (ст. 891).

III. Волеизъявления суда, составляющие содержание его постановлений, могут страдать такими же недостатками, как и сделки частных лиц, посредством которых они определяют свои взаимные гражданско-правовые отношения.

Прежде всего возможно несовпадение действительной воли суда с употребленным в постановлении способом выражения вследствие, например, ошибки или описки: вместо взыскиваемых 2500 р. присуждено 2050 р.; вместо свидетеля «Ивановского» вызван «Иванов» и т.п.

Затем возможно, что волеизъявление суда страдает внутренними пороками: сделано в пьяном виде, в припадке безумия, под влиянием психического принуждения (угроз), заблуждения (допрос свидетеля Иванова вместо Ивановского), обмана (приостановление производства на основании ложного заявления стороны о смерти ее поверенного)¹.

Исправление таких волеизъявлений суда, страдающих каким-нибудь пороком, может быть производимо как самим судом, так и высшей инстанцией.

Первый способ — самоисправление — допустим по отношению, во-1-х, к чисто механическим погрешностям в способах волеизъявления, т.е. опискам и очевидным ошибкам², и, во-2-х, к постановлениям, при-

¹ Симуляция и шутки в постановлениях суда, конечно, недопустимы. Если бы они, паче чаяния, встретились, то послужили бы доводом к обжалованию постановлений и к возбуждению против судей дисциплинарного преследования. Но они возможны в предварительных действиях суда, предшествующих постановлениям, в виде шуточных вопросов тяжущимся или иронических заявлений (например, председатель, считая иск явно неосновательным, предлагает истцу не давать объяснений, так как его правота очевидна, а затем суд отказывает в иске). Если от таких действий суда пострадали права тяжущегося, то он может жаловаться в порядке инстанций и в порядке надзора.

² Сенат разъяснил, что суд имеет право исправлять свои постановления в порядке, который установлен для толкования решений (ст. 101, 966, 967 Уст. гражд. суд.), если

надлежащим к числу изменяемых, т.е. к частным определениям, если притом произошла перемена в обстоятельствах дела, ввиду которых они были сделаны судом (ст. 891).

Второй способ — обжалование в высшую инстанцию — применим ко всем постановлениям суда на общем основании. Если, например, суд по ошибке вызвал не тех свидетелей, которых указала сторона, или постановил решение, основываясь на ошибочно понятом сообщении свидетеля, то тяжущийся, против которого постановлено решение, вправе обжаловать его установленным в законе порядком.

IV. Суд в своих постановлениях, как и законодатель в своих нормах, обращается к определенным лицам или кругам лиц, предписывая им то или иное поведение, тот или другой образ действий. Некоторые постановления суд делает для самого себя, предопределяя свой собственный образ действий в будущем или предписывая совершение определенных действий своим членам, когда, например, постановляет прекратить или приостановить производство, вызвать свидетелей, произвести осмотр и проч. Иногда суд обращается к другим органам судебной власти, поручая им исполнение вместо себя определенных процессуальных действий, относящихся к проверке доказательств. В некоторых случаях суду предоставлено право требовать совершения определенных действий и от должностных лиц несудебного ведомства, каковы: полиция, волостные и сельские власти (ст. 158, 280). Но чаще всего суд обращается со своими постановлениями к участвующим в деле лицам, в особенности к тяжущимся сторонам или одной из них.

Все, к кому обращены постановления суда, обязаны исполнять их, так как они исходят от органа государственной власти, действующего в пределах своей компетенции. Неисполнение этих постановлений влечет за собою либо прямое принуждение со стороны уполномоченных на то органов власти, либо наказание или иное невыгодное последствие для ослушника. Так, по ст. 154, 155 и 156 Учр. суд. уст. председатель суда имеет право распорядиться об удалении из зала заседания такого лица, которое не подчинилось его распоряжению относительно соблюдения порядка, тишины и благопристойности, а если это лицо не участвует в данном деле, то и подвергнуть его аресту не более суток. Точно так же суд может оштрафовать свидетеля или эксперта, не явив-

ошибка является «случайным искажением не самого существа, а лишь внешней формы решения, а потому, несомненно, подлежит устранению в видах восстановления действительного значения решений» (90, № 11).

шегося без уважительной причины по вызову в заседание; сообщить о действиях судебного пристава председателю суда (ст. 329, 330, 272 Учр. суд. уст.) и т.д. Если сам суд не исполнит сделанного им для самого себя постановления, то это будет нарушением служебной обязанности и может повлечь за собой соответствующие последствия.

В совершенно особом положении находятся стороны. Не все постановления суда обязательны для них. Они обязаны повиноваться распоряжениям суда, в которых проявляется его дисциплинарная власть, и в случае неповиновения могут подвергнуться замечанию, выговору или удалению из заседания (ст. 157 и 158 Учр. суд. уст.). Точно так же обязаны они исполнять постановления суда, делаемые им при осуществлении его права формального руководства ходом процесса, под опасением подвергнуться удалению из заседания.

Но для тяжущихся не имеют обязательной силы постановления суда, которыми предоставляется или предписывается им совершение каких-либо процессуальных действий. Сторонам принадлежит право выбора между подчинением и неподчинением постановлениям суда. Ни мер прямого принуждения, ни каких-либо специальных невыгодных последствий с таким неповиновением не связано, сверх тех, которые вообще могут наступить вследствие несовершения этих действий независимо от требования суда.

Если, например, ответчик не явится в заседание суда, то рискует, что суд удовлетворит искимые требования, доказанные истцом (ст. 722). Но такое же самое последствие грозит ответчику и тогда, когда он явится, но ничего не возразит против иска или упустит из виду существенные возражения. Следовательно, проигрыш дела будет результатом непользования или неумелого пользования процессуальными правами защиты, а не простой неявки. Точно так же сторона, не участвовавшая в осмотре на месте, не может оспаривать акта осмотра, но не потому, что не явилась на осмотр, а потому, что возражения против акта осмотра могут быть делаемы только при составлении его, так что и участвовавший в осмотре тяжущийся не имеет «права возражения против того, что актом осмотра установлено и что при составлении оного сторонами оговорено не было» (ст. 512). Даже отказ тяжущегося представить требуемый судом документ ведет только к тому, что «суд *может* (значит, не безусловно обязан) признать доказанными те обстоятельства, в подтверждение коих была сделана ссылка на документ» (ст. 444). Другими словами, из отказа стороны представить документ, на который ссылается противник, суд

может заключить, что этим документом действительно устанавливаются указанные противной стороной обстоятельства. И такое заключение по существу своему вполне естественно, так что суд, согласно принципу свободной оценки доказательств, мог бы сделать его и при отсутствии в Уставе правила ст. 444.

§ 80. ПРОЦЕССУАЛЬНЫЕ ДЕЙСТВИЯ СТОРОН¹

I. Процессуальные действия сторон являются способами осуществления процессуальных прав². Вследствие этого они отражают на себе

¹ Литература, указ. в сн. 1 с. 581. Общая теория процессуальных действий стала разрабатываться только во второй половине XIX в. Но и до сих пор она не установлена вполне и возбуждает много споров. Основным пунктом разногласия служит вопрос о том, распространяются ли на процессуальные действия сторон правила материального гражданского права относительно юридических сделок или же они — совершенно самостоятельная, своеобразная категория явлений, подчиняющаяся особым нормам. В первом смысле вопрос разрешался до недавнего времени всеми. Но постепенно стало получать преобладание противоположное воззрение, впервые решительно выдвинутое австрийскими процессуалистами Клейном (*Schuldh. Parteihandl.*, 27 ff.) и Поллаком (*Gerichtliches Geständniss*, 1892, 32 ff.), за которыми последовали и другие, в частности Бюлов (*Geständn.*, 74 ff.) и Гельвиг (*Anspruch und Klagrecht*, 1900, 157 ff., 211–212). Ср.: *Weismann*, I, § 74, 4; *Pollak*, § 74; *Rosenberg*, 57 ff.; *Hellwig*, *Processhandl.*, 5 ff., 60 ff.

Насколько учение о процессуальных действиях стоит в науке шатко, лучше всего свидетельствует тот факт, что некоторые процессуалисты, как, например, Шмидт (353–354), высказываются против создания особой категории «процессуальных действий», находя, что невозможно установить общих принципов относительно их формы, значения и последствий.

В русской литературе общая теория процессуальных действий совершенно не разрабатывалась.

² Это обстоятельство, дающее ключ к пониманию истинной природы процессуальных действий сторон и объясняющее все их особенности сравнительно с юридическими сделками материального гражданского права, упускается из виду процессуалистами (см. сн. 1 на с. 582). Хотя от внимания многих не ускользнуло, что тяжущимся разрешается совершение только определенных, перечисленных в законе действий, но это отмечается лишь мимоходом и остается без влияния на общую конструкцию процессуальных действий. Наиболее близко подошел к правильному мнению Труттер. Он вполне правильно указал, что содержание процессуального отношения образуют процессуальные права и соответствующие им обязанности, что процессуальные права уполномочивают на совершение процессуальных действий, которые разделяются на фактические действия, на сообщения и на волеизъявления (*Rechtsgeschäfte*, 37 ff., 45 ff.; *Bona fides*, 123 ff.). Но затем Труттер заявляет, что кроме обыкновенных волеизъявлений возможны еще процессуальные сделки, которые отличаются тем, что не основываются на определенных процессуальных правах, а являются осуществлением предоставленной сторонам по закону возможности правосозидающей деятельности

присущие этим правам свойства. Два таких свойства были уже указаны выше: факультативность и несамостоятельность (с. 583). Кроме них процессуальные действия сторон обладают еще двумя свойствами: срочностью и отменимостью.

1. *Факультативность* процессуальных действий состоит в том, что тяжущиеся имеют право, но не обязаны совершать их (с. 569, 583, 589).

2. *Несамостоятельность* процессуальных действий выражается в том, что они не ведут непосредственно, сами своею силой к юридическим последствиям, а только возбуждают деятельность суда и составляют для нее материал (с. 583).

3. *Срочность*. Существование процессуальных прав ограничивается определенными промежутками времени, в течение которых они должны быть использованы своими обладателями. Как только право погашено истечением срока, отпадает и возможность совершения действий, основанных на нем. В этом состоит принцип срочности, или *преклюзивности*¹.

4. *Отменимость*². Так как процессуальные действия — не что иное, как способы осуществления процессуальных прав, и так как тяжущиеся не обязаны осуществлять их, то, следовательно, от воли тяжущихся зависит начать осуществление права или не начинать, прервать в любой момент, возобновить, опять прекратить и т.д. Если тяжущийся, предъявив иск, вслед затем раздумает и предпочтет не судиться с ответчиком, то нет основания воспрепятствовать ему прекратить дело. Точно так же если он волен избрать для ведения своего дела поверенного (ст. 16), то от него должно зависеть «во всякое время прекратить уполномочие данному поверенному» (ст. 251); если он может представлять документы в подтверждение своих требований или возражений (ст. 263, 264, 316), то ему принадлежит право и отказаться от пользования представленными документами (ст. 546, 557).

Однако отменимость процессуальных действий не может быть безграничной, так как привела бы к напрасному обременению судов

(Rechtsgeschäfte, 8 ff., 100 ff.; Bona fides, 97–98, Anm.). Таким выделением процессуальных сделок Труттер подорвал свою теорию процессуальных прав и подготовил себе почву для ошибочных заключений. На самом деле процессуальные сделки тоже представляют собою способы осуществления процессуальных прав, потому что праву сторон совершать их соответствует обязанность суда сообразоваться с выраженной в них волей сторон (*Klein*, рец. в *Grünh. Zt.*, 19 B., 436–437).

¹ *Bülow*, Fictionen, 59 ff.

² *Bülow*, Geständn., 213 ff.; *Hellwig*, 22–23, 31–33, 36, 42–43, 64.

работой и к нарушению прав противной стороны. Поэтому ей должны быть положены пределы во времени.

Общим пределом отменимости всякого процессуального действия нужно считать наступление того юридического последствия, ради которого действие было совершено. Так, например, цель ходатайств о допросе свидетелей, обеспечении иска, истребовании документов состоит в том, чтобы суд допросил свидетелей, обеспечил иск, истребовал документы. Пока эти цели не достигнуты, тяжущийся вправе взять свое ходатайство назад, хотя бы суд уже совершил предварительные действия: постановил определения о вызове и даже вызвал свидетелей, постановил определение об обеспечении иска и истребовании документов. Но раз свидетели допрошены, меры обеспечения приняты, документы истребованы, то цель ходатайств достигнута, право стороны возбудить их погашено осуществлением, а потому и отказ от ходатайств невозможен.

Конечно, тяжущийся вправе просить об исключении показаний допрошенных свидетелей и вытребованных документов из числа доказательств (ст. 478) и об изменении меры обеспечения (ст. 612). Но это будет не отмена прежних ходатайств, а заявление новых, направленных на совершенно иные предметы: на исключение доказательств и принятие других мер обеспечения.

Многие процессуальные действия могут быть совершаемы в течение всего производства в обеих инстанциях вплоть до постановления окончательного судебного решения по существу, каковы: представление новых доказательств, документов, повторение ходатайства о вызове свидетелей и др. Для этих действий пределом отменимости служит постановление судом окончательного решения¹ или, говоря точнее, конец последнего заседания пред постановлением такого решения².

Для некоторых действий установлены законом особые пределы ради соблюдения главным образом принципа равноправности сторон. Так, истец, предъявив иск, волен прекратить дело с правом возобновления, пока ответчик не вступил в процесс (см. с. 348); предъявив иск в суде, которому он неподсуден, истец вправе взять его обратно, но лишь до изъяснения ответчиком согласия подчиниться решению этого суда, так как по изъяснении им согласия осуществляется пророгационный договор (с. 508)³.

¹ *Planck*, I, 248; *Walsmann*, 82.

² *Bülow*, *Geständn.*, 213.

³ Бюлов (*Geständn.*, 213—214), один из немногих процессуалистов, коснувшихся вопроса о пределах отменимости процессуальных действий, распределяет процессу-

Существуют, наконец, процессуальные действия, которые допускают отмену только при наличии каких-либо добавочных условий или сопровождаются наступлением невыгодных для тяжущегося последствий. Так, признание, сделанное в пользу противной стороны, считается бесповоротным и может быть опровергаемо лишь в некоторых случаях (ст. 481); согласие принять присягу в подтверждение правильности своего требования или возражения может быть взято назад как до постановления судом определения о допущении присяги, так и после; но в первом случае отказ от присяги не влечет за собой никаких специальных, невыгодных для отказавшегося последствий, а во втором случае рассматривается как признание правильности противоположного утверждения противной стороны (ст. 492). Тяжущийся волен отказаться от представленного им в доказательство своих заявлений документа, однако этот документ не устраняется из числа доказательств и может служить к подтверждению прав противной стороны (ст. 478).

II. Сообразно двум группам процессуальных прав сторон (с. 575) процессуальные действия тоже распадаются на две категории. Одну составляют *волеизъявления*, имеющие целью повлиять на деятельность суда, а через нее и на судьбу процесса. Вторая категория обнимает *фактические действия*, направленные на доставление суду материала для постановления решения и на оказание ему помощи при установлении фактической и юридической сторон дела¹.

Хотя исход процесса зависит от выполнения тяжущимися как тех, так и других действий, но действия второй категории, по своему чисто фактическому характеру (разъяснение тяжущимися обстоятельств дела, приведение доказательств, участие в допросе свидетелей и т.п.), являются более простыми и в то же не направлены *непосредственно* ни на какие особые процессуальные последствия, а готовят только почву для окончательного судебного решения по существу дела. Ввиду этого они часто обходятся молчанием, а некоторые процессуалисты прямо

альные действия на четыре группы: 1) отменяемые до конца последнего заседания перед постановлением окончательного решения, 2) отменяемые до начала восприятия судом доказательств, 3) отменяемые до вступления противной стороны в дело и 4) отменяемые до изъявления противником согласия. Но эта классификация не обнимает всех случаев (*Walsmann*, 83) и, главное, не дает общего критерия для определения границ отменимости тех действий, о которых нет специального упоминания в законах. Общим пределом отменимости процессуальных действий нужно считать, как указано в тексте, достижение той цели, ради которой действие совершается.

¹ *Klein*, 16 ff., 20 ff.; *Hellwig*, 14 ff., 23 ff.; *Pollak*, § 75.

исключают их из числа процессуальных действий, относя к таким действиям только волеизъявления тяжущихся¹. Однако это неверно, так как, с одной стороны, фактические действия тяжущихся по доставлению и разработке материала тоже представляют собою осуществление процессуальных прав, а с другой стороны, и в них проявляется воля тяжущихся: истец, например, представляет документы в подтверждение своего требования, допрашивает свидетелей, толкует законы потому, что *хочет* делать это, — иначе он ничего не предпринимал бы.

Следовательно, и в фактических действиях сторон имеется волевой элемент, с тою, конечно, разницей, что воля сторон направлена не на возбуждение и направление деятельности суда, а на подготовку ему материала для решения.

Процессуальные действия первой категории, т.е. волеизъявления сторон, в свою очередь могут быть двоякого рода, смотря по степени своей обязательности для суда. Иногда суд, прежде чем удовлетворить требование стороны, подвергает его проверке по существу и только в том случае, если найдет его правомерным и соответствующим обстоятельствам дела, удовлетворяет его.

В таких случаях процессуальные последствия не всегда наступают в том виде, как желает сторона; бывает, например, что суд, рассмотрев просьбу стороны о вызове свидетелей, вызывает только часть их, найдя вызов других излишним, так как обстоятельства, которые должны быть установлены, не имеют значения для дела. Или суд может удовлетворить исковое требование истца о взыскании денег с ответчика в половинной сумме, если признает, что только в этом размере оно доказано истцом.

В других случаях суд ограничивается проверкой требований сторон с формальной стороны, удостоверяясь только, заявлены ли они в установленной законом форме, и если убедится, что эта форма соблюдена, удовлетворяет их, не входя в оценку их правильности по содержанию². В таких случаях процессуальные последствия наступают хотя и по постановлению суда, но согласно волеизъявлению стороны и в том виде, как она желает. Если, например, тяжущийся, по пропуске противной стороной срока на представление письменного объяснения, заявит ходатайство о назначении заседания для слушания дела (ст. 320—321) или если обе стороны подадут прошения о приостановлении, прекра-

¹ Rosenberg, 63; Walsmann, 22.

² Pollak, 364—365.

щении или возобновлении производства (ст. 681–687), о разрешении дела присягой одной из них или допросом оковых людей (ст. 486, 422), то суд, проверив наличие и подлинность подписей сторон на прошениях, обязан удовлетворить их ходатайства.

Эта категория процессуальных действий очень походит по своему характеру на юридические сделки. Подобно тому как волеизъявления граждан, заключающиеся в завещаниях, купчих крепостях, векселях и т.п., определяют их взаимные юридические отношения, так и заявления сторон о назначении заседаний, приостановлении, возобновлении, прекращении производства, разрешении дела присягой и т.п. вызывают желаемые сторонами юридические последствия, если делаются в установленной законом форме. Поэтому их называют *процессуальными сделками*. Однако, употребляя этот термин, не следует думать, что юридические и процессуальные сделки тождественны. Напротив, между ними имеется существенная разница в трех отношениях.

1. Юридические сделки вызывают наступление юридических последствий непосредственно, в силу состоявшегося волеизъявления заинтересованного лица или заинтересованных лиц, а процессуальные сделки определяют непосредственно только образ действий суда; юридические же последствия (в виде приостановления и прекращения дела, допущения разрешить дело присягой и проч.) являются результатом постановлений суда¹.

2. Гражданские законы не перечисляют сделок, совершение которых дозволяется гражданам, а разрешают каждому правоспособному и дееспособному лицу совершать любые сделки, лишь бы они не были противозаконны или безнравственны; в области гражданского оборота действует правило: «все, что не воспрещено, считается дозволенным». Напротив, в процессе тяжущиеся могут совершать только те процессу-

¹ На этом основании Бюлов даже отрицал за сторонами право распоряжения объектом процесса, указывая, что их процессуальные действия только готовят судебное решение, которым, собственно, определяются материально-правовые последствия процесса, что процессуальные действия могут быть отменены и в таком случае ни к каким последствиям не приведут (Geständn., 76 ff.). Но, во-1-х, действия сторон, направленные на распоряжение объектом процесса (мировые сделки, отказ от иска, признание иска), раз они облечены в установленную законом форму, обязательны для суда и предопределяют содержание его постановлений; во-2-х, отменимость юридических действий не лишает их самостоятельного характера: духовные завещания тоже могут быть уничтожены и изменяемы составителем их, однако, если завещание не уничтожено, оно проявит свое действие, и выраженная в нем воля составителя будет осуществлена.

альные сделки, которые указаны в законе; здесь имеет силу обратное правило: «все считается воспрещенным, что прямо не дозволено». Так, тяжущийся, например, проиграв дело, вправе обжаловать решение во вторую инстанцию, но не может, минуя ее, обратиться с жалобой прямо в Сенат; стороны могут условиться, чтобы спор о владении недвижимостью был разрешен на основании показаний оковых людей (ст. 422), но их соглашение о том, чтобы таким же образом был разрешен спор об арендном праве, недействительно; стороны не могут требовать, чтобы иск о законности рождения был рассмотрен коммерческим судом или чтобы суд разрешил дело на основании заключения трех профессоров. Ограничение свободы самоопределения сторон объясняется тем, что процессуальные сделки представляют собой вид процессуальных действий, а все процессуальные действия — способы осуществления процессуальных прав (с. 582). Отсюда вытекает, что тяжущиеся могут совершать только такие действия, которые соответствуют содержанию их процессуальных прав. В этом отношении положение тяжущихся напоминает положение поверенных в гражданском праве, которые могут заключать только те сделки, на которые уполномочены доверенностью¹.

3. Так как волеизъявления сторон вызывают процессуальные последствия не непосредственно, а через посредство постановлений суда, то стороны должны обращаться со своими волеизъявлениями к суду.

¹ По вопросу о процессуальных сделках мнения процессуалистов расходятся. Одни считают все или многие процессуальные действия сделками (см. сн. 1 на с. 590, с. 620). Другие, наоборот, совершенно отрицают существование процессуальных сделок ввиду того, что действия тяжущихся в процессе не имеют того самостоятельного значения, какое присуще гражданско-правовым сделкам, а с другой стороны, еще и потому, что между так называемыми процессуальными сделками и остальными процессуальными действиями тяжущихся нет никакой разницы ни в условиях совершения, ни в последствиях. *Bülw*, *Geständn.*, 86 ff., 153 ff.; *Canstein*, I, 553, Anm. 1; *Pollak*, *Gest.*, 63 ff.; *Pollak*, *CPR*, 355; *Kleinfeller*, 218; *Rosenberg*, 87 ff.

Как одним, так и другим воззрением игнорируется существенная разница между двумя группами процессуальных действий, формулированная в тексте. Для обозначения этой разницы полезно выделить из процессуальных действий одну категорию, характеризующуюся первенствующим значением воли сторон, и дать ей название *процессуальных сделок*. *Weismann*, I, 298; *Schmidt*, § 55.

Разногласие между процессуалистами по поводу процессуальных сделок проявляется еще и в том, что некоторые считают не процессуальными, а гражданско-правовыми сделки, направленные на процессуальные последствия, но совершаемые вне процесса (пророгационный договор, соглашение о приостановлении производства, третейский договор и др.). *Bunsen*, 400 ff.; *Kohler* (*Gruch. Beit.*, XXXI B.); *Hellwig*, 47.

Так, истец может написать прошение о прекращении дела, но пока оно не подано суду, никакого действия оно не проявит; обе стороны могут подписать соглашение или объявить при свидетелях, что кончают дело миром или приостанавливают производство на год, но пока об этом не доведено до сведения суда, производство будет продолжаться.

Отсюда следует, во-1-х, что соглашения между тяжущимися, направленные на процессуальные последствия, или *процессуальные договоры*, завершаются только в момент доведения их до сведения суда и, во-2-х, что одинаковое значение с заранее заключенными между тяжущимися соглашениями имеют односторонние их заявления суду, согласные по содержанию. Так, если, например, истец подал прошение об отсрочке заседания, о приостановлении производства, о разрешении дела присягой или о назначении экспертом проф. Иванова, а ответчик, *не зная о действиях истца*, возбудил точно такие же ходатайства, то суд удовлетворит их, хотя между тяжущимися никакого предварительного соглашения не было, — удовлетворит потому, что обе стороны желают такого процессуального последствия, наступление которого по закону зависит от их обоюдной воли¹.

III. Воля сторон, проявляющаяся в процессуальных действиях, может страдать такими же пороками, как и воля каждого совершающего гражданско-правовую сделку. Тяжущийся может совершить процессуальное действие (например, подписать заявление о признании требования или утверждения противника правильным, об отказе от иска, об отсрочке заседания, прекращении или приостановлении дела) в состоянии опьянения или умопомешательства, под влиянием физического насилия или угроз со стороны противника или другого лица, по ошибке (думая, что подписывает другую бумагу), наконец, вследствие обмана со стороны противника или другого лица, убедивших его какими-нибудь ложными уверениями или обещаниями в необходимости сделать это.

¹ На этом основании некоторые отрицают существование процессуальных договоров, утверждая, что все процессуальные действия односторонни. *Rosenberg*, 102—104. Ср. *Bülow*, Gest., 216, Anm.

Но из того, что два явления вызывают в одном отношении одинаковые последствия, еще не следует, что они тождественны. Их последствия могут ведь быть различны в других отношениях. Несомненно, например, что когда тяжущийся связал себя договором с противником, то он обязан соблюдать его и отвечает за неисполнение или нарушение, тогда как в односторонних действиях он свободен и может отменять их по своему усмотрению.

Случаи таких порочных в каком-либо отношении волеизъявлений встречаются в гражданском процессе реже и имеют меньше практического значения, чем в области гражданского оборота, по двум причинам.

Во-1-х, большинство процессуальных действий совершается в присутствии и при участии суда, вследствие чего такие способы воздействия одной стороны или посторонних лиц на волю другой стороны, как насилие, угрозы и обман, невозможны или чрезвычайно затруднительны.

Во-2-х, стороны совершают в огромном большинстве случаев процессуальные действия исключительно в своем интересе, для ограждения своих прав. Поэтому надобность в опровержении и исправлении действий возникает у них лишь по отношению к тем немногим сравнительно действиям, которые для них вредны, каковы: отказ от иска, признание, отказ от средств защиты и т.п.

Тем не менее случаи противозаконного воздействия на волю тяжущегося со стороны противника или постороннего лица возможны и в процессе.

В области гражданского оборота сделки, страдающие подобными недостатками, подлежат оспариванию посредством иска о признании их недействительными. Но по отношению к процессуальным действиям такой способ обессилиения неприменим не только потому, что был бы связан с практическими затруднениями (по поводу отдельных процессуальных действий, чтобы оспорить их силу, пришлось бы возбуждать новые процессы), но и по другой причине принципиального характера. Нужно вспомнить, что процессуальные действия представляют собою способы осуществления процессуальных прав. Следовательно, если тяжущийся под влиянием ошибки, обмана, принуждения совершает не то процессуальное действие, какое в действительности совершил бы, не будь одной из этих препятствующих сознательному и свободно-му проявлению воли причин, то, значит, он не воспользовался своим процессуальным правом надлежащим образом по не зависящим от него обстоятельствам. Поэтому он может добиваться осуществления этого права или восстановления его, если оно уже прекратилось, общими способами, к которым процессуальные законы разрешают тяжущимся прибегать с целью ограждения своих прав.

Прежде всего если процессуальное право тяжущегося, осуществленное ненадлежащим образом, еще не прекратилось, то тяжущийся вправе отменить свое действие и совершить вместо него другое. Истец, например, перепутавший в прошении о вызове свидетелей их фамилии,

может подать новое прошение и в нем исправить свою ошибку; если он под влиянием обмана или угрозы подписал прошение о приостановлении производства или прекращении дела, то он имеет право немедленно подать новое прошение противоположного содержания.

Далее, когда процессуальное право уже прекратилось, так что отмена совершенного действия невозможна, тяжущемуся предоставляется просить суд об отсрочке или восстановлении срока (ст. 832, 835) или об изменении ввиду вновь открывшихся обстоятельств (ошибки, обмана и пр.) постановленного судом частного определения (ст. 891). Если ни то, ни другое невозможно или недостаточно, тяжущийся вправе обжаловать постановление суда в высшую инстанцию, где по закону могут быть приводимы новые обстоятельства, доказательства и доводы, благодаря чему тяжущиеся имеют возможность исправлять промахи, сделанные в первой инстанции: представлять документы, которые по ошибке не были представлены раньше, указывать свидетелей, фамилии которых были перепутаны, опровергать утверждения противника, против которых не выставлялись возражения в первой инстанции по ошибке или недоразумению, и т.п.

Наконец, после того, как дело завершилось окончательным судебным решением, вошедшим в законную силу, у тяжущихся остается еще один способ устранения невыгодных последствий своих процессуальных действий, основанных на каком-либо дефекте воли, а именно просьбы о пересмотре решения (ст. 794), которые могут быть приносимы в случаях извинительной ошибки, когда тяжущийся не сослался на благоприятные для него обстоятельства или не представил говорящих в его пользу документов, не зная об их существовании (85, № 75, 80, № 12 и 87, 67, № 37 и 97), в случае представления противной стороной подложных документов (ст. 794) или неверных справок из правительственных учреждений (74, № 182)¹.

¹ Наш Устав не упоминает в числе поводов к пересмотру решений о тех случаях, когда решение суда основано на действиях тяжущегося (например, признании), совершенных под влиянием обмана или принуждения со стороны противника. В этих случаях тяжущемуся остается привлечь к уголовной ответственности виновное лицо и взыскать с него убытки.

Германский (§ 580) и Австрийский (§ 530) уставы, а за ними и проект новой редакции нашего Устава (§ 773) говорят не только о представлении подложных документов, но вообще о преступных, т.е. уголовно-наказуемых, действиях стороны или ее поверенного. Однако и этого недостаточно, так как остаются непредусмотренными случаи ненаказуемого обмана и принуждения. А именно, ввиду этого обстоятельства германский

Несоответствие волеизъявления тяжущегося действительной его воле бывает также умышленным. Это происходит в случаях так называемых умолчания (*reservatio mentalis*), шутки и притворства, или симуляции.

А. Умолчание. Волеизъявления тяжущихся обращаются к суду и принимаются им в соображение тогда, когда сделаны в установленной законом форме. Поэтому если тяжущийся, скрывая свою истинную волю, делает несогласное с нею волеизъявление (например, одобряет сделанный противной стороной выбор эксперта, хотя втайне желает, чтоб экспертизу произвело другое лицо), то впоследствии не может оспаривать своего волеизъявления¹, ибо имел возможность выразить свою действительную волю, и если упустил это, то должен пенять на самого себя².

Но само собою понятно, что тяжущийся вправе отменить свое волеизъявление и заменить его другим, соблюдая условия и пределы отменимости данного рода действий.

Б. Шутка. Точно так же не может тяжущийся оспаривать своего волеизъявления на том основании, что оно было сделано им в шутку, если суд не распознал шуток и отнесся к его словам серьезно: процесс — не место для шуток. Но, конечно, в том случае, когда шутка распознана судом, волеизъявлению тяжущегося не должно быть придаваемо значения. Так, например, ответчик, считая иск явно неосновательным, иронически заявляет, что против такого святого требования ничего

Имперский суд признал допустимыми иски о повороте исполнения, последовавшего по таким решениям, которые основывались на недобросовестных действиях противной стороны (обмане, злоупотреблении бедственным положением должника и т.п.), если, конечно, решение уже вошло в законную силу и не подлежит обжалованию. Эта практика Имперского суда вызвала полемику в литературе. Одни ученые оправдывали ее; другие осуждали, находя, что она подрывает принцип законной силы судебных решений. Обзор разных мнений сделал: *Dalberg*, Rechtskräftiges Urtheil und Verstoß gegen die guten Sitten (Zt. Zp., 40 B., 5 ff.). По мнению Дальберга, следует расширить пределы отмены решений и допустить ее в тех случаях, «когда решение явилось результатом умышленного, противного добрым нравам образа действий победившей стороны» (47). См. ниже, § 81.

¹ *Hellwig*, 63.

² Ввиду этого говорят, что к процессуальным действиям применяется теория изъявления воли, а не теория воли. *Hellwig*, 60 ff.; *Walsmann*, 33 ff., 42, Anm. 49.

Но дело здесь вовсе не в этом, а в том, что процессуальные действия представляют собою способы осуществления процессуальных прав, вследствие чего выражение стороной не той воли, какую она имела в действительности, является просто ненадлежащим осуществлением ею процессуального права обращаться к суду с волеизъявлениями. А так как в этом она сама виновата, то должна принять на себя все невыгодные последствия своего упущения.

не может возразить. Если суд поймет шутку, то обязан считать заявление тяжущегося отрицанием правильности иска; если же не поймет и, истолковав слова ответчика в смысле признания иска, удовлетворит иск, то ответчик не вправе оспаривать свое волеизъявление и ссылаться на желание пошутить. Неумело воспользовавшись своим правом делать в процессе волеизъявления, он опять-таки должен винить самого себя¹.

В. Что касается *симуляции*, то она может принимать в процессе различные формы, а потому и иметь неодинаковые последствия. Необходимо отличать полную симуляцию, в которой участвуют все три субъекта процесса (суд и стороны), и неполную, когда симулируют только стороны или же суд с одной из сторон.

1. Полная симуляция может быть вызвана желанием сторон замешать судебным решением юридическую сделку² или причинить ущерб третьим лицам — кредиторам ответчика. Например, А. желает продать Б. участок своей земли. Так как совершение крепостного акта почему-либо невозможно или неудобно (например, за неимением у продавца формальных документов или ввиду желания сторон избежать уплаты крепостных пошлин), то они условились с судьями, что Б. предъявит к А. иск о праве собственности по давности владения, А. признает иск правильным и суд удовлетворит его, не проверяя. Другой пример: приятель несостоятельного должника предъявляет к нему иск по фиктивному обязательству, чтобы принять участие в распределении денег должника между кредиторами и, получив какую-либо сумму, отдать ее должнику, а суд, зная о фиктивности обязательства, удовлетворяет иск.

¹ Walsmann, 28—29, 73; Hellwig, 63, Anm.

² Процессы, возбуждаемые с такою целью, принято называть, по примеру Иеринга, мнимыми (*Scheinprocesse*). Они представляют собою суррогаты юридических сделок и в обширных размерах практикуются на первоначальных ступенях юридического развития. Такова была в Древнем Риме, например, *in jure cessio*: притворный процесс о праве собственности. Jhering, Geist d. röm. R., III, § 66 ff.; Дормидонтов, Юридические фикции и презумпции, 1895, 76 и сл. Существовали такие же типичные формы мнимых процессов и у других народов, являясь способами обхода строгого формализма при заключении сделок: «Это — иногда слишком искусственные, натянутые, но признанные законом технические средства для достижения вполне законных целей, которых стороны не могут почему-либо достигнуть более простым способом» (Дормидонтов, 78). Так как в современном гражданском праве господствует принцип свободы договоров и так как требуемые при совершении их формальности сведены до минимума, то законодательства в настоящее время не разрешают гражданам прибегать к мнимым процессам взамен заключения соответствующих сделок. Sintenis, 367 ff.

Суд в качестве органа государственной власти не должен оказывать содействия обходу законов. Поэтому, вступая в соглашение с тяжущимися и освящая своим решением их притворные действия, он нарушает свой служебный долг и подлежит ответственности либо дисциплинарной, либо даже, в случае получения взятки или явного неправоудия, уголовной (см. с. 229). Его решение допускает обжалование по общим правилам и подлежит отмене, если высшая инстанция обнаружит наличие симуляции. Но когда оно вошло в законную силу, то уже не может быть оспорено сторонами, потому что они сами участвовали в симуляции и не вправе сослаться на нее как на вновь открытое обстоятельство (ст. 794)¹. Только третьи лица, права которых нарушены таким решением, могут требовать отмены его (ст. 795) и взыскивать понесенные убытки с судей (ст. 677 Гражд. зак.) и тяжущихся (ст. 684 Гражд. зак.).

2. Симуляция суда с одною из сторон во вред интересам другой стороны подвергает судей ответственности за неправоудие (ст. 366 Улож. о нак.), а противная сторона, потерпевшая ущерб, имеет право обжаловать решение или, если оно вошло в законную силу до обнаружения симуляции, просить о его отмене по вновь открывшемуся обстоятельству (ст. 794), а также взыскивать убытки с судей и противной стороны².

3. Симуляция сторон без участия суда принадлежит к наиболее часто встречающимся на практике случаям симуляции в процессе. Стороны прибегают к ней для тех же целей, ради которых предпринимается и полная симуляция, т.е., во-1-х, чтобы достигнуть желательного юридического результата (например, передачи права), не совершая

¹ Синтенис полагает, что такое решение само по себе ничтожно, без всякого даже оспаривания, и приравнивает его к решениям с противозаконным содержанием (например, «предоставить истцу право вырезать фунт мяса из тела ответчика») или постановленным судьей в припадке умопомешательства (418–422). Но, во-первых, между этими случаями имеется существенная разница: в симулятивном процессе решение постановляется судом с согласия сторон и в желательном для них смысле, а потому они и не вправе оспаривать его. Во-вторых, современным процессуальным законодательствам вообще неизвестен институт ничтожности судебных решений. Обставляя назначение судей на должности и деятельность их целым рядом гарантий (образовательный и нравственный ценз, коллегиальное устройство судов, система двух инстанций, кассационная проверка правомерности решений и проч.), законодательства не упоминают о ничтожности судебных решений, считая, очевидно, невозможным, чтобы явно незаконные или бессмысленные решения не были обжалованы заинтересованными лицами и изменены высшими инстанциями. Ср. *Bülow, Fictionen*, 76.

² *Sintenis*, 415–418.

необходимой для этого сделки, либо чтобы достигнуть какого-либо чисто фактического (экономического) результата, например сохранения части имущества несостоятельного должника от кредиторов.

Если симуляция сторон не раскрыта и неизвестна суду, она не оказывает никакого влияния на процесс. Конечно, пока судебное решение не вошло в законную силу, каждая из сторон имеет право обжаловать его и, разоблачив симуляцию, требовать постановления другого решения, соответствующего действительной воле сторон и действительным обстоятельствам процесса. Но раз решение вошло в законную силу, оно становится незыблемым, и стороны не могут просить о пересмотре его по вновь открывшимся обстоятельствам, так как о своей симуляции они, очевидно, знали раньше¹. Таким образом, симуляция сторон, не разоблаченная до вступления решения в законную силу, остается без всякого влияния на процесс². Оспаривать решение могут лишь третьи лица, если оно нарушает их права.

Но если суд знает о симуляции сторон, то должен игнорировать притворные действия, не соответствующие их действительной воле, — подобно тому, как игнорирует их шуточные заявления. Поэтому, обнаружив симулятивный характер иска, суд должен оставить его без рассмотрения за отсутствием действительного искового требования («спора»), подлежащего рассмотрению судебных учреждений (ст. 1 Уст. гражд. суд.)³. В противном случае суд стал бы соучастником сторон и нарушил свои служебные обязанности точно так же, как при полной симуляции, — по предварительному соглашению с тяжущимися.

Так как симуляция сторон, если она не разоблачена, не оказывает никакого влияния на процесс, то судебное решение имеет полную силу даже в случаях, когда им удовлетворяется фиктивный иск (например,

¹ *Sintenis*, 391 ff.; *Geib*, Rechtsschutzbegehren und Anspruchsbethätigung, 1909, 209.

² Ввиду этого многие отказываются признавать процессы, где симулируют только стороны, симулятивными, считая таковыми только случаи полной симуляции — сторон совместно с судом. *Sintenis*, 392 ff.; *Hellwig*, 63, примеч.; *Geib*, 209, прим.

³ *Geib*, 209; *Kohler*, Process als Rechtsverhältniss, 1888, 94. Синтенис думает, что если симуляция обнаружилась не в самом начале процесса, а во время производства, то суд должен отказать в иске по существу, а не просто прекратить дело, ибо «процессуальное отношение было установлено правильно и суд не может внезапно отказать в своем содействии» (464), тем более что мотивы, побуждающие истца к предъявлению иска, и, в частности, серьезность его намерений не имеют значения для возникновения процесса (там же, прим.). Но с этим нельзя согласиться: раз нет налицо настоящего искового требования, суд должен прекратить дело, как прекращает все вообще не подведомственные себе дела (80, № 253).

по безденежному обязательству). Чтобы оградить себя от исполнительных мер по такому решению, ответчики обыкновенно заключают с истцами предварительные соглашения о неприведении решения суда в исполнение или об отсрочке исполнения до наступления известного обстоятельства. Такие условия, если, конечно, в них нет чего-либо противного закону или нравственности, следует считать действительными, так как выигравшая дело сторона имеет право, но не обязана требовать исполнения решения, а потому вольна и отказаться от этого права или подвергнуть его ограничениям¹.

§ 81. ЗЛОУПОТРЕБЛЕНИЕ ПРАВАМИ²

I. Предъявить любой иск и вести любой процесс может каждое правоспособное лицо совершенно независимо от того, убеждено ли оно в своей правоте или сознает неосновательность иска. Точно так же каждое правоспособное лицо, став стороной в процессе, имеет возможность пользоваться всеми процессуальными правами, предоставленными законом тяжущимся, и применять все основанные на этих правах средства защиты, хотя бы вполне понимало правоту противной стороны. Благодаря такой ничем не ограниченной возможности возбуждения и ведения гражданских дел открыт широкий простор для злоупотреблений процессуальными правами.

Недобросовестные лица могут предъявлять заведомо неосновательные иски, если знают, что у ответчика нет доказательств, способных

¹ *Geib*, 208–209, 210; *Kohler*, 94; *Sinten*, 400 ff., 406 ff.

² *Gedda*, Недобросовестность сторон в гражданском процессе (Журн. Мин. Юст., 1910, № 1); *Бугаевский*, Ложь в гражд. суде (Право, 1909, № 12); *Розин*, Ложь в процессе (Право, 1910, № 48).

Degenkolb, Einlassungswang und Urtheilsnorm, 1877, 41 ff. (*contra*: *Wach* в Grünh. Zt., IV B.); *Menger*, Rechte und Pflichten der Processparteien (Grünh. Zt., VII B.); *Klein*, Die schuldhaftige Parteihandlung, 1885; *Truttermann*, Bona fides im Civilprozeß, 1892; *Kade*, Der Eid und das Recht auf Wahrheit, 1895; *Michel*, Der strafbare Betrug im Cpr., 1897; *Schneider*, Treu und Glauben im Cpr. und Streit über die Processleitung, 1903; *Degenkolb*, Beiträge zum Cpr., 1905, 8 ff., 63 ff.; *Bursztyn*, Die Wahrheitspflicht der Parteien im Cpr., 1906; *Geib*, Rechtsschutzbegehren und Anspruchsbethätigung, 1909, 195 ff.; *Görres*, Ueber das Verschulden im Prozesse (Zt. Zp., 34 B.); *Hellwig*, Die Lüge im Prozess (Woche, 1908, № 40); *Neumann*, Ein Wort der Abwehr (Jur. Wochenschr., 1908, № 19); *Hellwig* (ib., № 20); *Schmidt*, Die Lüge im Prozess (Deut. Jur. Zt., 1909, № 1); *Hellwig* (ib., № 2); *Binding* (ib., № 3); *Wetzell*, § 30; *Bayer*, § 28 ff.; *Osterloh*, § 118, 160; *Renaud*, § 54 ff.; *Birkmeyer*, § 72–76; *Planck*, I, § 65; *Hellwig*, I, § 71; *Weismann*, I, § 85, X; *Pollak*, § 11, 12; *Schrutka*, § 107.

опровергнуть их требования (что, например, он потерял платежную расписку, что умер единственный свидетель, которому были известны обстоятельства дела, и т.п.). Точно так же возможно обжалование решений суда в полном сознании их правильности и возбуждение бесцельных ходатайств только для проволочки процесса (например, о вызове свидетелей, которые в действительности ничего по делу не знают или даже не существуют), заявление заведомо неправильных отводов и т.д. Равным образом стороны могут сообщать суду ложные фактические сведения и представлять фальшивые доказательства (поддельные документы, подкупленных свидетелей и пр.), извращать обстоятельства дела, сбивать суд юридическими и логическими софизмами и т.д. Некоторые виды этих действий, например подлог документов, предусмотрены Уложением о наказаниях (ст. 1690 и сл.) и подвергаются виновных уголовной ответственности, но прочие уголовно ненаказуемы.

II. С недобросовестностью сторон боролось уже римское право. В источниках его злоупотребление процессуальными правами носит общее название «кляузы» (*calumnia*), которым означаются: 1) процессуальная ложь, т.е. заведомо неверные фактические сообщения и утверждения (*mendacium*), 2) заведомо неправомерные требования (*improbabilis petitio*) и 3) умышленное употребление дозволенных средств защиты с целью замедления или затруднения производства (*fraus, frustratio*)¹.

Против этих злоупотреблений в римском праве применялись две меры: предупредительная — присяга (*jusjurandum calumniae*) и карательная — штрафы в разной форме. Присяга могла быть общей, которая приносилась в начале процесса, и специальной, предшествовавшей совершению отдельного процессуального действия. Отказ от принесения присяги лишал тяжущегося права совершить процессуальное действие, которому она должна была предшествовать. Со времен Юстиниана общая присяга сделалась обязательной для всех тяжущихся: пред началом каждого процесса истец должен был присягнуть, что предъявляет иск не с целью кляузы, а с сознанием своей правоты, ответчик же должен был поклясться, что возражает против иска добросовестно². Адвокатам тоже предписывалось присягать, что они приложат все усилия к тому, чтобы оправдать законные и справедливые требования

¹ К такому результату пришел в своем исследовании Клейн (65 ff., 105). Мнения других авторов по этому вопросу не вполне одинаковы. *Klein*, 105, Anm.

² L. 2 pr. C. de jurej. (II, 59).

клиентов, и не замедлят отказаться от ведения дела, как только заметят его нечестность или безнадёжность¹.

Оба вида присяги сторон перешли в канонический процесс, а затем и в германский общий процесс, где сохранилась до последнего времени только специальная присяга, назначавшаяся судом как по собственному усмотрению, так и по просьбе одной из сторон. Действующему германскому Уставу, как и другим современным процессуальным кодексам, ни общая, ни специальная присяга сторон неизвестны².

Кара за злоупотребление процессуальными правами состояла в денежных штрафах, которые имели разную форму и назначались в разном размере. Одни носили частноправовой характер и поступали в пользу противной стороны обыкновенно в размере 10% с суммы иска; другие были наказанием в уголовном смысле; особый штраф взимался за неправоую апелляцию первоначально в размере четверной суммы издержек по делу, а впоследствии в размере, определяемом судом по своему усмотрению³.

Процессуальные штрафы удержались и в последующее время как в каноническом и германском общем процессе, так и в партикулярных германских уставах.

III. Отношение современных процессуальных законодательств к злоупотреблению процессуальными правами со стороны тяжущихся неодинаково. Французский устав совершенно не реагирует против недобросовестности сторон и хотя назначает штраф в некоторых частных случаях, как то: при заявлении неосновательного отвода против судей (см. с. 514) и неправильного спора о подлинности документа (ст. 213, 246 Фр. уст.), но совершенно независимо от того, действовал ли тяжущийся добросовестно или нет.

Германский устав не содержит в себе общего правила о недопустимости злоупотребления процессуальными правами, но устанавливает невыгодные последствия для некоторых отдельных проявлений недобросовестности сторон, предоставляя суду право: отклонять заявления тяжущихся о новых обстоятельствах и доказательствах, если тяжущийся не представил их своевременно с целью замедлить разрешение дела (см.

¹ L. 14, § 1 C. de jud. (3, 1).

² Введенный некоторыми из них допрос сторон под присягой имеет значение не предварительного удостоверения добросовестности сторон, а одного из способов доказывания спорных фактов.

³ Keller, § 58; Bayer, § 30.

с. 430–431); возлагать судебные издержки вполне или в части на выигравшую дело сторону, если она замедляла производство несвоевременным осуществлением средств защиты (§ 91); возлагать судебные издержки на истца, выигравшего дело, если ответчик не дал повода к предъявлению иска (§ 93, 94); штрафовать сторону, по вине которой отложено заседание, и т.п.¹ Эти постановления в связи с другими, имеющими задачей обеспечить раскрытие судом истины (наказание за лжесвидетельство, подделку документов и проч.), послужили для некоторых процессуалистов основанием к заключению, что германский Устав принципиально требует от сторон добросовестного образа действий в процессе².

Австрийский устав присоединил к этим мерам еще ряд других. На первом плане должно быть поставлено принципиальное требование от тяжущихся правдивости в сообщении фактов: «...каждая сторона обязана указать полно, определенно и согласно истине все фактические обстоятельства, требуемые в каждом отдельном случае для обоснования ее ходатайств» (§ 178)³. Хотя общею санкцией это предписание не снабжено, но нарушение его обставлено невыгодными последствиями в частных случаях. Так, «если суд найдет, что проигравшая дело сторона вела его явно недобросовестно, то может присудить ее, по просьбе противника, к уплате ему соответствующего вознаграждения за убытки» (§ 408). Затем, недобросовестная, только с целью замедления процесса, подача частной или ревизионной жалоб может повести к оштрафованию тяжущегося или его поверенного (§ 512, 528). Точно так же суд вправе присудить поверенного к возмещению издержек, причиненных вследствие его грубой вины (§ 49)⁴. Штрафы за недобросовестные поступки налагаются в размере до 300 гульденов (240 руб.) и, в случае несостоятельности виновного, заменяются арестом до 10 дней (§ 220).

Еще более решительно требует от сторон добросовестности Венгерский устав: «Кто заведомо ложно утверждает относящийся к делу и явно неверный факт, кто явно неосновательно отрицает относящийся к делу факт или явно неосновательно ссылается на доказательство,

¹ *Weismann*, I, 201, 267, 346; II, 269.

² *Hellwig*, § 71; *Geib*, 199 ff. В обстоятельной статье Гёрреса сведены все меры, которые могут быть принимаемы против недобросовестности тяжущихся по германскому законодательству.

³ Русский перевод этого постановления в издании Тура неточен.

⁴ В русском переводе пропущена средняя часть ст. 49.

того суд карает штрафом в размере до 600 крон. Если поверенный стороны не может в этом отношении оправдаться полученным от нее указанием, то штраф падает на него без права обратного взыскания с тяжущегося» (§ 222). Особо предусмотрен тот случай, когда истец, предъявляя иск, скроет, что ему известно местопребывание ответчика или его наследников: по обнаружении обмана все производство уничтожается и истец уплачивает не только судебные издержки, но и штраф до 1000 крон (§ 175). Установлен штраф и за явно неосновательные ревизионные жалобы, если обе предшествующие инстанции постановили одинаковые решения или если в данном случае закон явно не допускает обжалования в ревизионном порядке (§ 544). Кроме этих мер венгерский Устав применяет и те, которые введены с целью предупредить затягивание производства Германским и Австрийским уставами (§ 221, 431, 496 и др.).

IV. Наш Устав, подобно Французскому, не содержит в себе ничего подобного приведенным постановлениям. Во всех случаях, когда тяжущийся подвергается невыгодным последствиям в виде уплаты судебных издержек, возмещения убытков, потери кассационного залога, эти последствия обуславливаются неосновательностью его требований и заявлений, все равно, заведомой или нет, т.е., значит, наступают, несмотря на то, что тяжущийся действовал вполне добросовестно (ст. 601, 800 и прил., ст. 868 и сл.). Единственный случай, когда Устав обращает внимание на недобросовестность тяжущихся, имеется в ст. 562, согласно которой штраф за неосновательный спор о подложности документа¹ увеличивается, если «суд признает спор о подлоге недобросовестным».

V. Различное отношение современных законодательств к злоупотреблению процессуальными правами делает безусловно необходимым теоретическое исследование этого вопроса. Но и между представителями современной процессуальной теории царит на этот счет полное разногласие. Тогда как одни считают добросовестность сторон самоочевидным постулатом и находят, что стороны обязаны быть прав-

¹ Это единственный случай, когда гражданскому суду принадлежит право по действующему Уставу штрафовать тяжущихся. Существовавшие в дореформенном процессе штрафы за неправоые иски и апелляции (ч. 2 т. X Св. зак., ст. 227 и сл., 666–671, 746, 759), сохранившиеся отчасти в Уставе торг. судопр. (ст. 177–180, 267–268, 382), не вошли в Устав гражд. суд. Впрочем, они не обусловлены недобросовестностью сторон и не направлены непосредственно на борьбу с нею.

дивыми¹, что в области процесса должны иметь полное применение общие положения гражданского права относительно добросовестности в гражданском обороте², другие, наоборот, стоят за полную свободу действий сторон³, не находят возможным требовать от них добросовестности, считая даже ложь в процессе естественным и этически безразличным явлением⁴.

Такое разногласие объясняется главным образом неправильной постановкой вопроса. Когда вопрос ставится в такой форме: «обязаны ли тяжущиеся говорить правду или нет?»⁵, то при всем желании ответить утвердительно невольно возбуждается сомнение, можно ли нравственную обязанность правдивости превращать в юридическую и можно ли возлагать ее на тяжущихся, непосредственно заинтересованных в выигрыше дела, когда закон разрешает отказываться от дачи свидетельских показаний родственникам тяжущихся и лицам, чьи выгоды зависят от исхода дела, а именно чтобы избавить их от тягостной «борьбы между чувством долга и чувством родственной привязанности или денежным интересом» (объясн. в ст. 370)⁶, и когда по аналогичным соображениям допускается в широких размерах устранение свидетелей тяжущегося по отводу противной стороны (ст. 373)?

Точно так же неправильна и другая постановка вопроса: «Обязаны ли тяжущиеся поступать добросовестно?» Конечно, можно и даже следует сказать, что обязаны. Но что это будет значить? Разве термин «добросовестность» может иметь здесь такое значение, как в области материального права? Ведь между гражданским процессом и сделками

¹ *Hellwig*: «Обязанность процессуальной правды принадлежит к разряду таких юридических истин, которые настолько элементарны, что закон не должен выражать их в общей форме. Она вытекает из цели процесса — оказывать правосудие».

² *Trutler*, 8 ff.; *Schwartz*, Die Novelle v. 1898 und die künftige Civilprocessreform, 1902, 156 ff.

³ *Wach*, l. c.

⁴ *Schmidt* (D. Jur. Zt., № 43).

⁵ Такая постановка вопроса была дана в полемике между Гельвигом, к которому присоединился Биндинг, и Шмидтом (в указ. ст.). Гельвиг решительно высказался за существование юридической обязанности тяжущихся говорить на суде правду и за необходимость наказывать их в случае нарушения этой обязанности, а Шмидт отрицал то и другое. Обзор этой полемики сделан Бугаевским (ук. ст.), который стал на сторону Гельвига, и Розиным (ук. ст.), присоединившимся к Шмидту. Признают существование обязанности сторон говорить правду также *Weismann*, *Degenkolb*, *Klein*, *Kade*, *Vierhaus*, *Görres*, *Bursztyn* (*Geib*, 198, Anm. 2).

⁶ *Schmidt*, Der Process und die staatsbürg. Rechte, 1910, 19–20.

гражданского оборота существует коренное различие. В области гражданского оборота добросовестный образ действий соответствует интересам самого совершающего сделку: торговец, обманывающий покупателей и неаккуратный в исполнении своих обязательств, рискует потерять и клиентов, и кредит. Вследствие этого интересы лиц, заключающих сделки, не противоречат друг другу, а идут, так сказать, параллельно: «В этих отношениях имеется мирное сосуществование участвующих лиц, связанных между собою интенсивной солидарностью интересов»¹. Наоборот, в гражданском процессе происходит резкое столкновение интересов обеих сторон; о солидарности их нет речи; каждый стремится к полному поражению противника. Очевидно, применение к процессу материально-правового понятия добросовестности «равносильно некритическому отождествлению совершенно разнородных институтов»².

Единственно правильной является следующая постановка вопроса: «позволительно ли тяжущимся злоупотреблять своими процессуальными правами?» Чтобы разрешить этот вопрос и вместе с тем выяснить истинный смысл выражения «злоупотребление правом», необходимо взять исходной точкой сущность и задачи гражданского процесса.

Государство создает гражданские суды для того, чтобы они конкретизировали нормы права, применяя их к частным случаям жизни. Эта конкретизация совершается в форме проверки и установления правомерности юридических требований, заявляемых гражданами друг к другу. Суды обязаны производить проверку правильно, т.е. согласно с нормами права (постулат правомерности) и действительными обстоятельствами дел (постулат материальной правды). Государство могло бы возложить исполнение всех действий по проверке юридических требований на одних судей, построив производство на принципах ответственности и официального почина суда. Но современные законодательства считают вполне основательно более целесообразным предоставить широкий простор самодеятельности тяжущихся, чтобы лучше обеспечить раскрытие материальной правды и, следовательно, правильность судебных решений (см. с. 355 и сл.). Отсюда видно, что процессуальные права даны законом тяжущимся для содействия суду при рассмотрении дел, для содействия их правильному разрешению и что каждый раз, когда тяжущийся совершает какое-либо процессуальное действие не с этой целью, а для достижения каких-либо посторонних целей (для введения

¹ Görres, 6.

² Ib., 7.

судей в заблуждение, для проволочки дела, для причинения затруднения противнику), он выходит за пределы действительного содержания своего права, т.е., говоря иначе, злоупотребляет им.

Таким образом, под злоупотреблением процессуальными правами следует понимать осуществление их тяжущимися для достижения целей, несогласных с целью процесса — правильным и скорым разрешением дел.

В самом этом определении¹ содержится указание на необходимость умысла тяжущихся для наличия злоупотребления правами: раз действия совершаются ими с определенной целью, значит, они действуют умышленно. И действительно, было бы неправильно приравнять неосторожность или небрежность тяжущихся при осуществлении своих процессуальных прав к злоупотреблению. Стороны не обязаны осуществлять своих процессуальных прав; они могут ровно ничего не делать; тем менее они обязаны заботиться об интересах противника или об облегчении работы суда. Достаточным наказанием за неосторожность и небрежность (например, за предъявление неосновательного иска по легкомыслию, за сообщение принятых на веру, но ложных фактов, и т.п.) является проигрыш дела и уплата судебных издержек. Подвергать их еще каким-либо иным невыгодным последствиям нет основания за отсутствием у них злой воли. Притом от легкомыслия и небрежности их будет удерживать опасение, как бы суд не усмотрел в их действиях умысла².

Не следует думать, что воспреещение умышленного злоупотребления процессуальными правами, ограничивая свободу действий сторон,

¹ Сходны с ним определения некоторых других авторов. Гедда, 7—8: «Всякое действие тяжущегося, заключающееся в том, чтобы путем пользования установленными в законе возможностями либо совершенно воспрепятствовать отысканию правды и восстановлению права, либо отдалить их на время как можно больше, если, конечно, все это делается сознательно, мы называем недобросовестностью». Более кратко выражается Клейн: «Под виною стороны мы понимаем всякую вменяемую, противную закону деятельность в процессе» (220). Гельвиг определяет обязанность правдивости как «воспреещение выставлять неверные утверждения и оправдывать ими неосновательные требования» (41). Гёррес не дает общего определения, а перечисляет четыре способа злоупотребления процессуальными правами: 1) заведомо неправые требования; 2) заведомо неверные фактические утверждения с целью обмануть другого; 3) совершение дозволенных действий с противной закону целью и 4) совершение недозволенных действий с такою же целью (13—14). По словам Планка, стороны должны «избегать умышленного или неосторожного причинения затруднений суду или противнику», — умышленного, если сторона «сознает, что осуществление процессуального права или способ его осуществления для защиты права бесполезны, а для противника или суда связаны с потерей времени, труда и денег», и неосторожного, «если этого можно было избежать при некоторой заботливости» (I, 358).

² Поэтому нельзя признать правильным приведенное выше определение Планка.

не согласуется с принципом состязательности¹. Во-1-х, принцип состязательности принят в гражданском процессе вовсе не в силу какого-либо присущего ему абсолютного совершенства, а просто потому, что им лучше обеспечивается достижение материальной правды в процессе. Следовательно, в тех случаях, когда он к этой цели не ведет, его можно и нужно ограничивать, что и делается путем смягчения его инструкционным принципом (с. 366 и сл.). Во-2-х, принцип состязательности предоставляет сторонам заботиться о полноте фактического материала, обязывая суд ограничиваться исследованием того материала, который собран и представлен тяжущимися (с. 355 и сл.). Но отсюда вовсе не следует, что стороны вправе подсовывать суду вымышленные факты и вводить его в заблуждение². Еще менее может быть оправдываемо принципом состязательности заявление тяжущимися заведомо неосновательных ходатайств (исков, частных требований, жалоб), так как он относится только к подготовке фактического процессуального материала.

Нельзя также ссылаться на то, что процессуальное право — право войны, а на войне допускается применение таких средств борьбы, которые в мирное время недопустимы, но от которых трудно удержаться сражающимся в пылу раздражения³. Во-1-х, и на войне многого нельзя делать: запрещается ведь употребление разрывных пуль, отравленных сабель и т.п., а по мере развития культуры число таких ограничений все больше возрастает. Во-2-х, если воюющие государства прибегают к нечестным способам борьбы, то это объясняется тем, что над ними нет высшей власти, которая была бы в состоянии заставить их воздерживаться от таких действий. Между тем над сторонами в процессе стоит суд, могущий пресекать их злоупотребления. Наконец, в-3-х, от тяжущихся не требуется проявления какого-либо героического великодушия или необычной умеренности: они должны воздерживаться только от умышленного злоупотребления своими процессуальными правами, от заведомо ложных заявлений, сообщений и требований.

¹ Wach (Grünh. Zt., 6 B., 547 ff.).

² Gedda, 13: «Едва ли вообще можно говорить о том, что человек не пользуется полною свободой потому, что ему, например, запрещается совершать преступления или вообще безнравственные действия, убивать, красть, клеветать, лгать... Но если бы даже и признать, что обязанность говорить на суде правду и действовать только добросовестно и являлась некоторым стеснением тяжущихся, то с этим нужно примириться ради достижения конечной цели гражд. процесса — материальной правды». Ср.: Klein, 125 ff.; Geib, 205.

³ Schwartz, Novelle, 202–203, Anm. 80; Schneider, 2 ff.

Но если, таким образом, нужно признать, что умышленное злоупотребление процессуальными правами со стороны тяжущихся недопустимо, то, спрашивается, какими же способами следует с ним бороться? Кроме общих процессуальных мер, каковы: применение судом инструкционного принципа с целью разъяснения заявлений сторон и обстоятельств дела, обжалование постановлений суда, в том числе просьбы об отмене их ввиду обнаружившихся недобросовестных действий противника и пр., на практике были испробованы еще четыре специальные меры, прямо направленные против злоупотребления процессуальными правами со стороны тяжущихся: предварительное удостоверение тяжущимися своей добросовестности посредством принесения присяги, возложение издержек производства на виновную в недобросовестном ведении дела сторону, возмещение ею причиненных этим противнику убытков и штраф, заменяемый в случае несостоятельности арестом.

Присяга сторон давно признана нецелесообразной мерой. Для человека верующего чрезвычайно тягостно призывать имя Господа всуе ради достижения материальной выгоды, обыкновенно являющейся конечной целью процесса; неверующего принятие присяги не удержит от недобросовестных поступков и в то же время, прикрыв его личиной честности, облегчит ему обман судей. Кроме того, каждого неопороченного по суду человека нужно считать честным, пока не доказано противное. Требовать же, чтобы тяжущийся пред началом процесса удостоверял присягой свою добросовестность, — значит нарушать это естественное предположение и наносить ему личное оскорбление без всякого повода с его стороны¹.

Остальные три меры заслуживают одобрения и внесения в Устав. Представляется вполне естественным, чтобы издержки по производству дела, вызванные злоупотреблением процессуальными правами, пали на виновную в этом сторону. Точно так же целесообразно и справедливо предоставить тяжущемуся, потерпевшему убытки от недобросовестных действий противника, право взыскивать эти убытки с противника².

¹ *Trutter*, 53—55.

² С этой целью следовало бы, по примеру австрийского Устава (§ 408 и 273), установить такое правило: «Постановляя решение, суд может по просьбе стороны предоставить ей право взыскивать с противника в порядке исполнительного производства убытки, причиненные им злоупотреблением своими процессуальными правами, причем размер убытков в случае невозможности или трудности доказать его определяется судом по своему убеждению».

Наконец, штрафы, заменяемые в случае несостоятельности виновного арестом, тоже способны служить хорошим средством для предупреждения злоупотреблений процессуальными правами. Они должны быть налагаемы в тех случаях, когда действия тяжущегося нарушают нормальный ход отправления правосудия, затягивая производство или напрасно затрудняя судей, так как в этих случаях они являются посягательством на публично-правовые нормы, обеспечивающие правильное функционирование государственных учреждений — судов, и дают достаточный повод для возбуждения карательной деятельности государства¹.

Что касается поверенных сторон, заменяющих их в процессе, то необходимо отличать случайных, непрофессиональных поверенных (например, родственников, управляющих делами тяжущегося) от профессиональных адвокатов (присяжных поверенных, их помощников и частных поверенных). Первые должны быть подвергаемы вместо тяжущихся всем последствиям, к каким ведет злоупотребление процессуальными правами, если не представят доказательств, что следовали в данном случае прямому указанию своих доверителей.

В ином положении находятся адвокаты. Злоупотребление процессуальными правами с их стороны является нарушением профессиональных обязанностей и профессиональной этики, а потому должно влечь за собой дисциплинарную ответственность. Кроме того, за лицами, понесшими убытки от неправильных действий адвокатов, следует признать право на взыскание этих убытков в общем порядке. Но возложение судом издержек производства и штрафов² непосредственно

¹ В этом отношении злоупотребление процессуальными правами существенным образом отличается от злоупотребления материальными гражданскими правами, обыкновенно именуемого «шikanой» (*la chicane, die Schicane*). Хотя понятие шиканы до сих пор спорно в науке и некоторыми считается даже излишним, но если придавать ему, как уже делается многими, обширный смысл пользования своим правом, несогласно с той целью, какую имел в виду законодатель, т.е. несогласно с экономическим и социальным предназначением данного права (*Saleilles, Porcherot, Charmot, Ramdohr*), то и в таком случае злоупотребление процессуальными правами следует считать особым, квалифицированным видом шиканы, так как оно направлено против органа государственной власти — суда, по отношению к которому предпринимаются тяжущимися процессуальные действия. Новейшая литература о шикане: *Porcherot*, De l'abus du droit, 1902; *Charmot*, L'abus du droit (Rev. trimestr. de droit civ., 1902, I, 113 ss.); *Ramdohr*, Rechtsmissbrauch (Gruch. Beitr., 46 B., 577 ff.); *Trueb*, Der Rechtsmissbrauch (Schikane) im modernen Recht, 1909.

² Введение таких штрафов Австрийским и Венгерским уставами опровергает мнение тех авторов, которые полагают, что для пресечения недобросовестности тяжущихся

на адвокатов (по крайней мере на присяжных поверенных и их помощников) нельзя признать желательным (см. с. 434—435).

Из всех перечисленных мер против недобросовестности тяжущихся проект новой редакции Устава гражданского судопроизводства вводит только одну, а именно возложение издержек производства на сторону, действовавшую недобросовестно (ст. 847, 850, 852). Что же касается злоупотреблений профессиональных адвокатов, то они предусмотрены и действующим правом (см. с. 316 и сл.).

§ 82. ПРОЦЕСС КАК ЮРИДИЧЕСКОЕ ОТНОШЕНИЕ¹

I. Если субъекты процесса имеют процессуальные права и если на них лежат известные обязанности, то, спрашивается, нельзя ли рассматривать процесс как юридическое отношение?

Этот вопрос был впервые прямо и ясно поставлен проф. Бюловым² и разрешен им же в утвердительном смысле. «Никто еще не выражал сомнения, — говорит он, — что процессуальное право определяет права и обязанности суда и сторон в их взаимных отношениях. Но этим самым говорится, что процесс есть соотношение прав и обязанностей, т.е. юридическое отношение». Однако это не частноправовое отношение. «Так как процессуальные права и обязанности существуют между государственными учреждениями и гражданами, так как в процессе проявляется деятельность должностных лиц и так как стороны рассматриваются только в их отношении к деятельности этих лиц и с точки зрения содействия этой

достаточно признать обязательным участие адвокатов в процессе.

¹ Гольмстен, Принцип тождества (Юридич. исслед., 1894, 251 и сл.); Учебник, 1—12, 129—135; Непефедьев, К учению о сущности гражд. процесса; Он же. Соучастие в гражд. процессе, 1891, 81 и сл.; Гредескул, К учению об осуществлении права, 1900, 189 и сл.; Гордон, Понятие процесса в науке гражд. судопроизводства, 1901; Розин, Процесс как юридическая наука (Журн. М. Ю., 1910, № 8); Непефедьев, Курс, § 5; Учебник, § 3; Яблочков, 10—11.

Bülow, Die Lehre von den Processeinreden und die Processvoraussetzungen, 1868; Kohler, Process als Rechtsverhältniss, 1888; Schwalbach, Die Processvoraussetzungen (Arch. civ. Pr., 63 B.); Bülow, Die neue Processrechtswissenschaft (Zt. Zp., 27 B.); Birkmeyer, § 2, 3; Wach, § 4; Schmidt, § 4; Hellwig, II, § 63, 69—70; Kleinfeller, § 12; Canstein, § 18; Pollak, § 19; Schrutka, § 132.

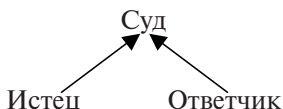
Diana, Dei rapporti processuali, 1901.

² И до него многие употребляли в применении к процессу термин «юридическое отношение», но это делалось мимоходом, случайно, без попытки вывести отсюда какие-либо дальнейшие заключения. Первые Бюлов подробно развил это воззрение и применил его к разрешению некоторых частных процессуальных вопросов в своем сочинении о процессуальных отводах.

деятельности, то само собою понятно, что процесс входит в область публичного права: процесс есть публично-правовое отношение». От других юридических отношений он отличается тем, что, возникнув, не остается неизменным и неподвижным, а, наоборот, развивается и движется вплоть до окончательного разрешения. Субъектами процессуального отношения являются суд и стороны; но по отношению друг к другу стороны не имеют процессуальных прав и обязанностей: они имеют по отношению к суду лишь права, которым соответствуют обязанности суда¹. В одной из позднейших своих статей Бюлов выражает это положение так: «Процесс — трехстороннее, весьма сложное, юридическое целое, состоящее из разнообразных элементов, частью из взаимной правовой связанности сторон, частью из обязанностей суда к совершению действий и соответствующих этим обязанностям прав сторон»².

Идея Бюлова встретила почти всеобщее сочувствие³. Представлялось — и не без основания — весьма соблазнительным воспользоваться для построения системы процесса понятием юридического отношения, которое с таким успехом применяется в науке гражданского права, и при его помощи подвергнуть процессуальные институты строго догматической обработке. Однако при ближайшем определении сущности того юридического отношения, которым-де является процесс, мнения резко разошлись. Одни процессуалисты всецело примкнули к Бюлову, другие же больше или меньше уклонились от его формулировки, так что в результате образовалось четыре воззрения на сущность процесса.

1. Согласно одному, которого придерживается сам Бюлов и его прямые последователи, процесс представляет собою трехстороннее юридическое отношение, в котором стороны имеют только права и то по отношению к одному суду, суд же имеет только обязанности⁴. Схематически это воззрение должно быть изображено так:



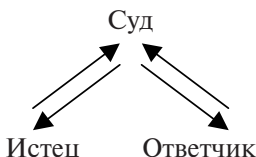
¹ *Bülow*, Die Lehre, 1, 2, 3, 55 ff.

² Zt. Zp., 27 B., 233.

³ С Бюловым не согласились только: *Menger*, System, 293 ff.; *Planck*, I, 199 ff.; *Bekker*, Pand., I, 46, и немногие другие. В нашей литературе последователями Бюлова являются проф. Гольмстен, Гордон, Яблочков и др. Разбор его теории сделан проф. Нефедьевым и Гредескулом.

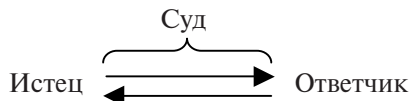
⁴ *Bülow*, 1. с.; *Schmidt*, § 4; *Engelmann*, § 49; *Гольмстен*, ук. соч.; *Гордон*, ук. соч.

2. Другие, соглашаясь, что стороны не имеют по отношению друг к другу ни прав, ни обязанностей, полагают, что суд обладает не только обязанностями, но и правами. Согласно такому мнению начертанная схема видоизменяется так:



Такой схемой изображает свой взгляд проф. Гельвиг, замечая, что «суд имеет по отношению к сторонам право и обязанность» проявлять принадлежащую ему, как органу государства, власть¹.

3. Некоторые процессуалисты находят, что суд, не преследуя в процессе самостоятельных интересов, не является и субъектом процессуального отношения, а в качестве органа государственной власти стоит выше сторон, над ними². Схема этой теории такова:

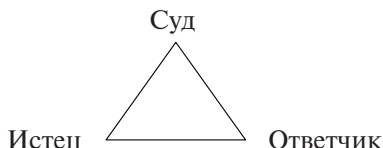


4. Наконец, ряд писателей, высказывающихся за существование процессуальных обязанностей сторон, полагают, что все три субъекта процесса — суд и стороны — истец и ответчик взаимно свя-

¹ Hellwig, II, 34–35; Яблочков, 10.

² Kohler, Process als Rechtsv., 6–7: «Процесс является правоотношением между сторонами, ибо между ними и только между ними возникают права, а также и обязанности, поскольку процессу известны обязанности... Содействие органа государства не превращает чиновника или государство в соучастника юридической сделки или правоотношения: государство как публичное, предназначенное к охранению культурной жизни учреждение стоит слишком высоко для того, чтобы вступать в такие постоянные правоотношения с отдельными лицами. Когда государство воздействует на стороны посредством судебного решения, оно делает это не в качестве равноправного с ними фактора, не в силу специального отношения, в которое оно вступило со сторонами, и не в силу возникшей для него из этого отношения обязанности, — нет, оно делает это в качестве стоящей над сторонами величины: оно не вступает в договоры со сторонами, не совершает с ними сделок, а решает и повелевает». Сходно: *Sperl*, Succession in den Process, 1895, 6 ff. Ошибка Колера состоит в том, что он упускает из виду разницу между гражданско-правовыми и публично-правовыми отношениями. Конечно, между тяжущимися и судом нет частноправового отношения, но между ними имеется, несомненно, публично-правовое отношение.

заны правами и обязанностями¹. С такой точки зрения процесс имеет следующий вид:



Разногласие между приверженцами теории Бюлова не ограничилось одним основным вопросом о сущности того юридического отношения, каким, по их мнению, является гражданский процесс, а распространилось дальше — на вопрос, представляет ли процесс одно отношение или складывается из нескольких и каких именно. Одни держатся первого мнения²; другие, признавая единство процесса, в то же время различают в нем «три, отделяющиеся друг от друга относительной самостоятельностью своих целей, правоотношения: подготовительное, главное и исполнительное»³; некоторые довольствуются двумя правоотношениями, соответственно двум основным стадиям производства — по разрешению дела и по исполнению решения⁴.

II. Исследование юридического положения суда и сторон в процессе показало, что стороны имеют только процессуальные права, но не несут никаких чисто процессуальных обязанностей, и что правам сторон соответствуют обязанности суда (см. с. 570). Так как соответствие права одного лица и обязанности другого составляет юридическое отношение в тесном, техническом смысле, то, значит, в гражданском процессе существуют два юридических отношения: 1) между истцом и судом и 2) между ответчиком и судом. Стороны же не состоят между собой в юридическом отношении, потому что процессуальным правам одной не соответствуют обязанности другой. Таким образом, следует признать, что гражданский исковой процесс по своему внутреннему строению представляет собою

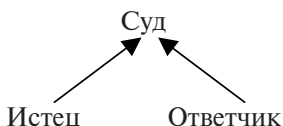
¹ Wach, 38—39; Canstein, 418 ff.; Kleinfeller, § 12; Bunsen (Zt. Zp., 26 B., 202); Diana, 21 ss.; Розин, 28. Странным образом к Ваху присоединился в позднейшем сочинении Бюлов (Das Geständ., 79, Anm.), оговариваясь, что «у сторон в их отношениях друг к другу и к суду нет обязанностей», и не замечая, что эта оговорка резко отделяет его точку зрения от взгляда Ваха, признающего существование процессуальных обязанностей сторон.

² Hellwig, II, 31; Гольмстен, 3.

³ Wach, 38.

⁴ Canstein, 697.

соединение двух двусторонних правоотношений и может быть изображен схемой, соответствующей теории самого Бюлова:



Так как одним из субъектов в каждом из этих отношений является суд, то оба отношения объединяются тождеством существенного элемента и образуют одно целое. Вследствие этого процесс приобретает внутреннее единство. Чтобы оттенить это его свойство, можно называть весь процесс как целое юридическим отношением¹. Но при этом нужно иметь в виду, во-1-х, что это — не простое, а сложное отношение, слагающееся из двух правоотношений; во-2-х, что в нем три субъекта, но между двумя из них нет соответствия прав и обязанностей, т.е. непосредственного отношения; в-3-х, что, следовательно, процесс как целое может быть назван юридическим отношением не в строгом, техническом смысле, а в обширном смысле фактического отношения, нормируемого правом, и, в-4-х, что это отношение публично-правовое, так как одним из его субъектов является орган государственной власти — суд, который действует по долгу службы.

В какой именно мере может быть использовано понятие процесса как юридического отношения в системе процесса, выяснится в особенной части курса².

¹ *Weismann, I*, § 89, Anm. 34: «Это понятие выражает, в сущности, лишь то же самое, что и понятие единого производства и юридического положения участвующих в едином производстве лиц».

² Нельзя не отметить странной судьбы, постигшей теорию Бюлова в западноевропейской литературе. Почти в каждом учебнике гражданского процесса выставляется заслуга Бюлова, и процесс торжественно провозглашается юридическим отношением. Но дальше этого формального признания, соединенного часто с разными оговорками, дело не идет, а понятие юридического отношения не оказывает никакого почти влияния на конструкцию отдельных процессуальных институтов, за исключением только того, что изложению порядка производства предпосылается учение о предположениях процесса, развитое еще самим Бюловым. Так, например, в первом томе курса Канштейна, который наиболее широко использовал теорию Бюлова, из 1026 страниц учению о процессуальном отношении посвящены с. 700—738 и 982—1021, а в остальных местах курса о нем упоминается только случайно.

III. Кроме теории Бюлова были и другие попытки охарактеризовать внутреннюю сторону искового процесса¹. А именно процесс определяли как совокупность юридических сделок² и как властеотношение³. Против первого определения нужно сказать, что только очень немногие процессуальные действия, из которых складывается процесс, походят на юридические сделки (см. с. 595), а против второго — что суд проявляет свою власть по отношению к сторонам только в формальном руководстве ходом процесса и поддержании внешнего порядка в заседаниях и что во всем прочем стороны не только не подчинены его власти, но, наоборот, могут требовать от него исполнения указанных в законе действий, ибо имеют по отношению к суду только права и не несут никаких чисто процессуальных обязанностей (с. 569 и сл., 575, 588–590).

Печатается по: Васьковский Е.В.

Курс гражданского процесса.

*Т. I: Субъекты и объекты процесса,
процессуальные отношения и действия*

М.: Изд. Бр. Башмаковых, 1913

То, чего не сделали ни сам Бюлов, ни его западные последователи, выполнено блестящим образом в нашей литературе проф. Гольмстеном, который, положив в основание своего учебника понятие процесса как юридического отношения, построил на нем с неуклонной последовательностью всю систему процесса. В этом отношении учебник проф. Гольмстена представляет огромный научный интерес как наглядная демонстрация сильных и слабых сторон теории Бюлова.

¹Что с внешней стороны процесс представляет собою совокупность действий или производство, это признают все, не исключая Бюлова (*Processeinr.*, 4). Ср.: *Birkmeyer*, § 1; *Helwig*, I, 3, Anm. 14; *Canstein*, I.

²*Schultze*, *Privatrecht und Process in ihrer Wechselbeziehung*, 1883, 48; *Schultze*, *Begriff d. Cpr.* (Zt. Zp., 12 B., 475 ff.). Первоначально Шульце назвал даже гражданский процесс просто «юридической сделкой», но впоследствии отказался от этого мнения и определил процесс как совокупность юридических сделок.

На попытках охарактеризовать гражданский процесс посредством уподобления его поединку (*Bordeaux*, 13), машине (*Rossi*, *Canstein*, I, 70), драме (*Planck*, I, 205) и т.п. нет надобности останавливаться, так как в этих определениях применяются к процессу понятия, не имеющие юридического значения.

³*Нефедьев*, К учению о сущности, 142 и сл.; Курс, § 5, 6.

СОДЕРЖАНИЕ

| | |
|---|----|
| Вступительное слово (<i>Д. Валеев</i>) | 5 |
| Евгений Владимирович Васьковский (одесский период) (<i>В. Зубарь</i>) | 7 |
| Евгений Владимирович Васьковский и Казанский университет (казанский период) (<i>Г. Валеева</i>)..... | 13 |
| Евгений Владимир Васьковский (Eugeniusz Włodzimierz Waśkowski): две жизни — одна наука (польский период) (<i>Я. Турлуковский</i>)..... | 22 |

КУРС ГРАЖДАНСКОГО ПРОЦЕССА

| | |
|--|----|
| Предисловие..... | 30 |
| Объяснение сокращений | 33 |
| Введение | 34 |
| § 1. Область гражданского процесса | 34 |
| § 2. Источники процессуального права | 41 |
| § 3. Русское законодательство | 44 |
| § 4. Русская литература | 50 |
| § 5. Иностранные законодательства..... | 53 |
| § 6. Иностранная литература | 55 |

Отдел I. Устройство гражданских судов

| | |
|--|-----|
| § 7. Значение суда..... | 61 |
| § 8. Система гражданских судов России | 63 |
| § 9. Гражданские суды иностранных государств | 67 |
| § 10. Задачи рационального судоустройства | 70 |
| § 11. Подготовка к судебским должностям в иностранных государствах..... | 74 |
| § 12. Подготовка к судебским должностям в России | 80 |
| § 13. Способы замещения судебных должностей | 93 |
| § 14. Замещение судебных должностей в России | 112 |
| § 15. Гарантия правильного отправления правосудия..... | 121 |
| § 16. Самостоятельность судебной власти | 125 |
| § 17. Суд присяжных | 131 |

| | |
|---|-----|
| § 18. Несменяемость судей..... | 134 |
| § 19. Повышения по службе..... | 149 |
| § 20. Награды | 159 |
| § 21. Несовместимость | 162 |
| § 22. Материальное вознаграждение | 165 |
| § 23. Коллегиальное устройство судов | 170 |
| § 24. Инстанционная система..... | 179 |
| § 25. Принцип двух инстанций..... | 187 |
| § 26. Устройство третьей инстанции | 199 |
| § 27. Надзор за судьями | 221 |
| § 28. Ответственность судей..... | 229 |
| § 29. Внутреннее устройство судов | 245 |
| § 30. Второстепенные судебные деятели | 259 |
| § 31. Необходимые реформы | 264 |
| § 32. Адвокатура..... | 282 |
| § 33. Адвокатура в России | 306 |

Отдел II. Исковое производство

| | |
|---------------------|-----|
| Введение | 325 |
| § 34. Понятие | 325 |
| § 35. Система | 330 |

Глава I. Принципы процесса

| | |
|-------------------------------------|-----|
| § 36. Обзор принципов..... | 333 |
| § 37. Диспозитивность | 343 |
| § 38. Равноправность сторон | 349 |
| § 39. Формализм | 350 |
| § 40. Судейское руководство..... | 352 |
| § 41. Состязательность | 354 |
| § 42. Непосредственность | 376 |
| § 43. Концентрация | 386 |
| § 44. Оценка доказательств | 391 |
| § 45. Состязательная форма | 398 |
| § 46. Устность и письменность | 400 |
| § 47. Публичность | 415 |
| § 48. Почин сторон и суда | 423 |
| § 49. Быстрота..... | 429 |
| § 50. Дешевизна..... | 436 |
| § 51. Сочетания принципов | 440 |

Глава II. Субъекты процесса

| | |
|--|-----|
| <i>А. Суды</i> | 445 |
| § 52. Компетенция судов..... | 445 |
| § 53. Пределы власти гражданских судов | 449 |
| § 54. Пределы ведомства гражданских судов | 456 |
| § 55. Ведомство духовных судов | 457 |
| § 56. Ведомство коммерческих судов | 459 |
| § 57. Ведомство волостных судов..... | 466 |
| § 58. Ведомство смешанных присутствий | 468 |
| § 59. Ведомство мировых судов | 471 |
| § 60. Ведомство судебно-административных учреждений | 480 |
| § 61. Ведомство гражданских отделений окружных судов | 482 |
| § 62. Виды подсудности | 483 |
| § 63. Исключительная подсудность..... | 487 |
| § 64. Общая подсудность..... | 494 |
| § 65. Особенная подсудность | 500 |
| § 66. Договорная подсудность..... | 505 |
| § 67. Соотношение оснований подсудности | 510 |
| § 68. Устранение судей | 512 |
| <i>Б. Стороны</i> | 520 |
| § 69. Положение сторон | 520 |
| § 70. Процессуальная правоспособность | 524 |
| § 71. Процессуальная дееспособность..... | 528 |

Глава III. Объекты искового процесса

| | |
|-------------------------------|-----|
| § 72. Иск и его элементы..... | 536 |
| § 73. Виды исков..... | 549 |
| § 74. Право на иск | 554 |

Глава IV. Процессуальные отношения

| | |
|--|-----|
| § 75. Положение суда | 566 |
| § 76. Положение сторон | 569 |
| § 77. Судьбы процессуальных прав..... | 578 |
| § 78. Процессуальные действия | 581 |
| § 79. Процессуальные действия суда | 584 |
| § 80. Процессуальные действия сторон..... | 590 |
| § 81. Злоупотребление правами | 604 |
| § 82. Процесс как юридическое отношение..... | 615 |

ЕВГЕНИЙ ВЛАДИМИРОВИЧ ВАСЬКОВСКИЙ

**КУРС
ГРАЖДАНСКОГО ПРОЦЕССА**

**Субъекты и объекты процесса,
процессуальные отношения и действия**

Подписано в печать 16.11.2015. Формат 60×84 $\frac{1}{16}$. Бумага офсетная.
Гарнитура Newton. Печать офсетная. Печ. л. 39. Усл. печ. л. 36,27. Тираж 500 экз.
Заказ №

Издательство «Статут»:
119454, г. Москва, ул. Лобачевского, д. 92, корп. 2;
тел./факс: +7(495) 649-18-06
E-mail: book@estatut.ru
www.estatut.ru

ISBN 978-5-8354-1197-9



9 785835 411979