

КУРСЪ

ГРАЖДАНСКАГО СУДОПРОИЗВОДСТВА.

СОЧИНЕНІЕ

КРОНИДА МАЛЫШЕВА

ДОЦЕНТА С.-ПЕТЕРБУРГСКАГО УНИВЕРСИТЕТА.

ТОМЪ ПЕРВЫЙ.

ВТОРОЕ, ИСПРАВЛЕННОЕ И ДОПОЛНЕННОЕ ИЗДАНИЕ.

С.-ПЕТЕРБУРГЪ.

Типографія М. М. Стасюлевича, В. О., 24, 7.

1876.



.177)

Государственная
библиотека СССР
им. В. И. Ленина



2004127262

ПРЕДИСЛОВІЕ.

До настоящаго времени у насъ нѣтъ систематическаго курса гражданскаго судопроизводства, въ которомъ бы дѣйствующее законодательство и матеріаль судебной практики обработаны были въ одно стройное цѣлое и раскрыты были внутреннія начала, на коихъ основано гражданское правосудіе. Мы имѣемъ прекрасныя работы по исторіи русскаго процесса, но по теоріи судопроизводства у насъ нѣтъ сочиненій. Почтенный трудъ К. П. Побѣдоносцева, замѣчательный по богатству собраннаго матеріала, по глубинѣ взгляда и точности отдѣльныхъ положеній, изложенъ, однако, не въ видѣ курса, а по мысли самого автора является сборникомъ правилъ, положеній и примѣровъ, извлеченныхъ изъ теоріи и практики. Такіе своды служатъ необходимою предварительною ступенію для построенія науки и нельзя не радоваться тому, что послѣ судебной реформы, когда матеріаль практики сталъ быстро наростать, наши юристы обратились прежде всего къ собранію и сопоставленію этого матеріала. „Систематическій сводъ“ А. Б. Думашевскаго можетъ быть названъ однимъ изъ превосходнѣйшихъ сочиненій въ этомъ родѣ. Но за подготовительною работою для свода матеріаловъ предстоитъ еще возвести самое зданіе науки, выяснить общія начала, дѣйствующія въ системѣ гражданскаго процесса, прослѣдить внутреннюю связь между понятіями и положеніями законодательства и разрозненными явленіями судебно-практическаго міра. Чѣмъ болѣе растетъ лѣсъ прецедентовъ, тѣмъ болѣе судебная практика нуждается въ высшей научной точкѣ зрѣнія, съ которой бы возможно было обозрѣвать разнообразныя явленія дѣйствительности и оцѣнивать ихъ. Пока эта точка зрѣнія не установлена, пока не выработана научная система процесса, практика можетъ теряться въ разнообразіи своихъ же собственныхъ произведеній, изъ коихъ каждое имѣетъ свои оттѣнки и, взятое отдѣльно, противорѣчитъ другимъ. Только въ системѣ возможно провѣрить понятія, уловить связь и внутренній смыслъ явленій и съ этимъ руководствомъ науки смѣло идти далѣе аналитическимъ путемъ практики. Созданіе системы граждан-

скаго судопроизводства имѣть значеніе охранительной мѣры противъ вреднаго вліянія частныхъ случаевъ на сознаніе общихъ началъ процесса, противъ вліянія казуистики на душу судебной реформы.

Основные начала, руководившія автора при составленіи настоящаго курса, изложены во вступительной его лекціи. Наука должна имѣть достаточно твердое и широкое основаніе для всесторонняго свободнаго развитія. Какъ плодъ общечеловѣческой культуры, теорія процесса должна основываться на матеріалахъ всемірной исторіи и сравнительнаго правовѣдѣнія и держаться постоянно на уровнѣ современнаго сознанія образованныхъ народовъ. Но какъ наука по преимуществу практическая, она должна раскрывать намъ проявленіе этого, развивающагося въ общечеловѣческомъ сознаніи, разума въ дѣйствующемъ законодательствѣ страны и въ русской судебной практикѣ, подобно тому какъ естествоиспытатель изучаетъ мѣстныя явленія природы при свѣтѣ общихъ началъ естествознанія.

Опредѣляя ближайшимъ образомъ задачу курса, слѣдуетъ припятъ во вниманіе, что развитіе науки есть дѣло совокупнаго и преемственнаго труда многихъ поколѣній. Въ учебникѣ процесса должны быть изложены не только общіе выводы теоріи изъ матеріаловъ, подлежащихъ ея разработкѣ, но вмѣстѣ съ тѣмъ должны быть указаны и самые матеріалы, источники и литература какъ цѣлой науки, такъ и каждаго отдѣльнаго вопроса ея, чтобы такимъ образомъ каждому желающему облегченъ былъ путь къ дальнѣйшей разработкѣ предмета во всѣхъ его частяхъ. Авторъ приводитъ съ этою цѣлью матеріалы всемірной исторіи процесса, начиная съ римскаго права, современныя западныя законодательства, проекты и ученія изслѣдованія, дѣйствующіе законы Россіи, русскую судебную практику и литературу. Въ самомъ текстѣ курса онъ старался слѣдовать положительному методу группировки существующаго матеріала съ возможною точностію и враткостію. Каждое понятіе надлежало опредѣлить, разложить на логическіе элементы и раскрыть по возможности глубже и подробнѣе его содержаніе.

13 марта 1874 г.

Второе изданіе перваго тома курса дополнено въ разныхъ мѣстахъ указаніями перемѣнъ въ законодательствѣ, а также литературы и судебной практики.

13 ноября 1875 г.

ДВиноръ.

ОГЛАВЛЕНІЕ.

СТРАН.

Вступительная лекція	1—14
Элементы науки гражданского судопроизводства: историческій, сравнительный, практический и критическій.	

ВВЕДЕНІЕ	15—74
--------------------	-------

ГЛАВА ПЕРВАЯ.

Понятіе о гражданскомъ судопроизводствѣ	15
Общія положенія, § 1	—
Отношеніе къ гражданскому праву, § 2.	16
Несудебное охраненіе гражданскихъ правъ, § 3.	21
Административныя дѣла, § 4	25
Отношеніе къ уголовному судопроизводству, § 5	32

ГЛАВА ВТОРАЯ.

Историческій очеркъ гражданского судопроизводства	39
Римскій процессъ, § 6.	—
Судопроизводство у новыхъ народовъ Запада, § 7	43
Русское судопроизводство, § 8.	55

ГЛАВА ТРЕТЬЯ.

Нормы гражданского судопроизводства	64
Законы, § 9	65
Постановленія органовъ судебной власти, § 10	67
Научная обработка процессуальнаго права, § 11	69

ГЛАВА ЧЕТВЕРТАЯ.

Система науки и планъ курса, § 12.	71
--	----

ОТДѢЛЪ ПЕРВЫЙ.

Объ органахъ процесса.

ГЛАВА ПЕРВАЯ.

О судебныхъ установленіяхъ 75—180

Отдѣленіе I. Система судебныхъ установленій.

Судебныя установленія губерній по общему порядку управляемыхъ, § 13 75

Судебныя учрежденія по уставамъ 20 ноября. Старыя судебныя мѣста общаго порядка. Особые суды: духовныя, коммерческія, крестьянскіе и инородческіе.

Мѣстныя судебныя учрежденія западной окраины и Сибири, § 14. 84

Судоустройство Западной Европы, § 15. 86

Германская группа, французская и англійская.

Отдѣленіе II. Составъ и внутреннее устройство судебныхъ установленій 89

Составъ ихъ, § 16 —

Опредѣленіе на судебную службу, § 17 91

Права и преимущества, срокъ службы, увольненіе и перемѣщеніе должностныхъ лицъ судебного вѣдомства, § 18. 101

Устройство присутствій и засѣданій, § 19. 104

1. Мѣсто, время и внѣшняя обстановка судебной дѣятельности. 2. Виды засѣданій. 3. Составъ засѣданій и устраненіе членовъ его, § 20 108

4. Наблюденіе за порядкомъ и благопристойностью въ засѣданіяхъ 113

Дѣятельность внѣ засѣданій. Распредѣленіе занятій. Устройство канцелярій, кассы и проч., § 21 114

Отдѣленіе III. Отношенія судебныхъ установленій 119

Внѣшнія отношенія, § 22 —

1. Отношеніе къ законодательной власти. 2. Отношеніе къ административной власти, надзоръ и отчетность по судебному вѣдомству. 3. Отношеніе къ частнымъ лицамъ: а) лица, подчиненныя судебной власти; б) обязанности и отвѣтственность судей въ отношеніи лицъ, имѣющихъ судебныя дѣла; в) обязанности частныхъ лицъ въ отношеніи къ суду. Судебныя издержки и право бѣдности, § 23 127

Взаимныя отношенія судебныхъ установленій, § 24	135
1. Подчиненность и надзоръ	—
2. Взаимныя сношенія и содѣйствіе	136
3. Предѣлы вѣдомства, § 25.	139
I. Вѣдомство мировыхъ судовъ, § 26	140
Общія понятія. О цѣнѣ исковъ. О родѣ правъ, составляющихъ предметъ иска; о защитѣ владѣнія въ особенности. О третейскомъ правѣ мировыхъ судей. О лицахъ, изъятыхъ изъ вѣдомства мировыхъ судовъ.	
II. Вѣдомство коммерческихъ судовъ, § 27	156
Общія понятія. Предметы вѣдомства по товарной торговлѣ, по денежной, фондовой и кредитной торговлѣ, по организациі торговли вообще. Ограниченія вѣдомства коммерческихъ судовъ.	
III. Вѣдомство волостныхъ судовъ, § 28	164
IV. Вѣдомство церковныхъ судовъ, § 29	—
Общія понятія о подсудности, § 30	—
Мѣсто общей подсудности, § 31	165
Особенная подсудность, § 32.	170
Добровольная подсудность, § 33	175
Пререканія о подсудности, § 34	177
Послѣдствія неподсудности, § 35	178

ГЛАВА ВТОРАЯ.

О сторонахъ, участвующихъ въ процессѣ	181—245
Общія понятія, § 36	181
Способность къ процессу, § 37	186
Право на искъ и ответственность по иску, § 38	189
Соучастіе въ процессѣ, § 39	193
Участіе третьихъ лицъ въ процессѣ, § 40.	199
Вступленіе третьяго лица въ качествѣ самостоятельной стороны, § 41	—
Вступленіе третьяго лица въ качествѣ пособника одной изъ сторонъ, § 42.	201
Привлеченіе третьяго лица къ дѣлу, § 43.	204
Представительство и правозаступничество въ процессѣ. Общія понятія, § 44	207
Адвокатура. I. Сравнительно-историческій очеркъ, § 45	210
II. Адвокатура въ Россіи, § 46	217
Представительство по довѣренности, § 47	231
Представительство по другимъ основаніямъ, § 48	242
Преемство въ процессѣ, § 49	243

ОТДѢЛЪ ВТОРОЙ.

О предметѣ процесса.

ГЛАВА ПЕРВАЯ.

Объ искахъ и защитѣ	246—270
Понятіе объ искѣ, § 50	246
Классификація исковъ, § 51	248
Возникновеніе и прекращеніе иска, § 52	252
Давность въ особенностях.	255
Предъявленіе иска, § 53	257
Свобода и ограниченія ея. Соединеніе и раздѣленіе исковъ. Формальная сторона предъявленія исковъ.	
О защитѣ, § 54	264
Право защиты, существо и виды ея, порядоковъ предъявленія средствъ защиты.	
О встрѣчномъ искѣ, § 55	268

ГЛАВА ВТОРАЯ.

О доказательствахъ	271—326
------------------------------	---------

I. ОБЩАЯ ТЕОРІЯ ДОКАЗАТЕЛЬСТВЪ.

Понятіе о доказательствахъ, § 56	271
Предметъ доказательства, § 57.	272
Продолженіе. Обязанность въ представленію доказательствъ, § 58.	274
Средства доказательства, § 59.	278
Представленіе доказательствъ, § 60	283
Оцѣнка доказательствъ, § 61	286

II. ОТДѢЛЬНЫЯ ДОКАЗАТЕЛЬСТВА.

1. Матеріальные слѣды событій.

Документы, § 62.	290
Понятіе. Условія доказательной силы. Представленіе.	
Осмотръ на мѣстѣ, § 63.	299

2. Показанія сторонъ.

Признаніе, § 64.	300
Присяга, § 65	306

3. Показанія стороннихъ лицъ.

Показанія свидѣтелей, § 66.	311
-------------------------------------	-----

Дознаніе черезъ окольныхъ людей, § 67	321
Заключеніе свѣдущихъ людей, § 68	323
III. ОБЕЗПЕЧЕНІЕ ДОКАЗАТЕЛЬСТВА, § 69	325

ГЛАВА ТРЕТЬЯ.

О случайныхъ требованіяхъ въ процессѣ	327
Общія понятія, § 70	—
Охранительныя требованія и временныя мѣры въ процес- сѣ, § 71	329

ОТДѢЛЪ ТРЕТІЙ.

О движеніи процесса.

ГЛАВА ПЕРВАЯ.

Основныя начала и общія формы производства.	335—377
--	---------

Устность и письменность процесса и судебный языкъ, § 72	335
--	-----

1. Языкъ. 2. Письменность; развитіе письменной формы процесса; производство по своду законовъ. 3. Устность; состояніе процесса по западно-европейскимъ законодательствамъ и въ Россіи. 4. Общіе выводы. 5. О протоколахъ въ особенности.

Гласность судопроизводства, § 73.	353
--	-----

Состязательное начало, § 74	357
--	-----

Формы сношеній между лицами, дѣйствующими въ процес- сѣ, § 75	363
--	-----

Общія формы. Органы. Порядоки доставленія повѣстоковъ. Публикаціи.

Время дѣйствій въ процессѣ, § 76.	368
--	-----

Сроки и термины. Виды сроковъ, назначеніе ихъ. Продолжительность, исчисленіе, сокращеніе и отсрочки, пропускъ и возстановленіе.

ГЛАВА ВТОРАЯ.

Общій порядоки производства.

I. Начало процесса, § 77	377
---	-----

Предъявленіе иска. Извѣщеніе отвѣтчика объ искѣ и послѣдствія его. Litis contestatio. Условія установленія процессуальнаго отношенія.

II. Изслѣдованіе дѣла, § 78.	385
---	-----

1. Формы производства: мировое судопроизводство, обыкновенное, сокращенное и расчетное производство. 2. Дѣятельность органовъ процесса: а) сторонъ, б) суда, в) заключеніе прокурора.

III. Окончаніе процесса, § 79	398
--	-----

Рѣшеніе, § 80	405
1. Предметъ его; различіе отъ опредѣленій и распоряженій	—
2. Постановленіе, форма и объявленіе рѣшенія	411
3. Неизмѣнность, исправленіе, толкованіе и дополненіе судебных постановленій	429
4. Объявленіе рѣшеній въ окончательной формѣ, выдача копій и исполнительныхъ листовъ	432
5. Законная сила рѣшенія	433
Условія законной силы рѣшеній. Послѣдствія и предѣлы законной силы рѣшенія: а) въ отношеніи объективномъ и б) субъективномъ	436—444

ВСТУПИТЕЛЬНАЯ ЛЕКЦІЯ ¹⁾.

Гражданское судопроизводство есть система судебных дѣйствій для охраненія правъ гражданскихъ по поводу нарушенія или спора. Каждое право гражданское должно найти въ немъ охраненіе въ случаѣ надобности, каждое фактическое отношеніе быта, связанное съ вопросомъ о правѣ, должно быть выяснено и обращено на правильный путь. Съ этою цѣлью исторически развивается сложный рядъ судебныхъ установленій и, какъ въ устройствѣ ихъ, такъ и въ дѣлопроизводствѣ, проводятся разнообразныя начала, обеспечивающія правосудіе, организуются разныя инстанціи, устанавливаются различныя обряды и формы судопроизводства, издаются законы, наказы, инструкціи, открывается цѣлый міръ судебной практики. Только въ области мышленія всѣ эти явленія имѣютъ одну и ту же природу: всѣ они сводятся къ понятіямъ и положеніямъ, имѣющимъ логическую структуру. Эта сложность ихъ въ мірѣ внѣшнемъ и возможность свести ихъ къ единству логической системы вызываютъ на свѣтъ науку гражданского процесса, которая помогаетъ практикѣ ориентироваться въ окружающемъ ее разнообразіи и, раскрывая внутреннюю природу гражданского правосудія, содѣйствуетъ осуществленію и усовершенствованію этого основнаго условія свободы, порядка и благосостоянія въ общественномъ быту. Съ другой стороны, бытовая многозначительность и сложность предмета, его повсемѣстность и многовѣковое историческое развитіе естественно отражаются и въ наукѣ, въ ея содержаніи и изложеніи. На эту техническую сторону я намѣренъ теперь обратить ваше вниманіе, мм. гг., желая указать въ общихъ чертахъ матеріалы науки и въ особенности направленіе и методъ ихъ обработки.

Гражданское судопроизводство есть явленіе историческое и вмѣстѣ съ тѣмъ фактъ современнаго быта, выраженіе дѣйствующаго права, обязательнаго для практики. Въ ту и другую сторону открывается здѣсь обширное поле для научнаго изслѣдованія. Приступая къ изложенію такого предмета, необходимо со всею точностью разрѣшить себѣ вопросъ, какую сторону его мы желаемъ изслѣдовать, въ какое отношеніе ставимъ себя къ этимъ двумъ элементамъ—историческому и практическому. Сами по себѣ они имѣютъ одинаковое право на ученую разработку. Можно воспроизводить развитіе процесса въ порядкѣ вре-

¹⁾ Читана въ Сиб. Университетѣ 11 сентября 1873 г.

мени, нисколько не думая о примѣненіи историческихъ формъ его къ современной практикѣ; и наоборотъ, можно раскрывать дѣйствующую въ практикѣ систему судопроизводства, не обращая вниманія на развитіе ея изъ временъ прошедшихъ. То и другое направленіе одинаково почтенно и достойно нашего сочувствія, потому что это раздѣленіе труда проливаетъ свѣтъ науки на разные стороны предмета. Но очевидно, что эти спеціальныя, противоположныя направленія не могутъ быть соединены въ одной системѣ, въ одномъ курсѣ. Отсюда естественно возникаетъ вопросъ: не слѣдуетъ ли исключить ту или другую сторону предмета и сосредоточить свое вниманіе на одной сторонѣ его?

Было время въ исторіи нашихъ университетовъ, время важныхъ заслугъ ихъ въ наукѣ русскаго права, когда въ изложеніи этой науки преобладало направленіе историческое, когда главною дѣлю университетскаго образованія считалось раскрытіе историческихъ основаній дѣйствующаго права, какъ такой стороны его, которая всего удобнѣе изучается только въ университетѣ и не можетъ быть изучена путемъ судебной практики. Дѣйствующій законъ всегда будетъ въ рукахъ юриста-практика и справки съ нимъ не только всегда возможны, но ихъ нужно даже присовѣтовать ему: чѣмъ болѣе онъ будетъ уважать законъ, тѣмъ чаще и охотнѣе будетъ справляться съ его текстомъ и вдумываться въ смыслъ его. Каждое судебное дѣло, каждый моментъ практики будутъ наводить его на эти вопросы о буквѣ и смыслѣ закона и дополнять пробѣлы теоретическаго образованія. Напротивъ, историческій горизонтъ, если мы не успѣли освоиться съ нимъ въ университетѣ, почти совершенно закрывается на практикѣ. Обремененный дѣлами и заботами по службѣ, часто въ глухой мѣстности или въ разъѣздахъ, юристъ-практикъ при всемъ своемъ желаніи не найдетъ ни времени, ни средствъ къ самостоятельному изученію исторіи права, а его служебныя занятія не дадутъ ему ни одного свѣдѣнія въ этомъ отношеніи. Этотъ мотивъ представляется тѣмъ болѣе уважительнымъ, что юристъ-практикъ, призванный къ обсужденію всевозможныхъ гражданскихъ отношеній, къ направленію всего гражданского быта на путь права, по необходимости долженъ быть человѣкомъ многосторонне образованнымъ и въ особенности основательно знакомымъ съ общимъ историческимъ направленіемъ той великой равнодѣйствующей силы права, по которой совершается развитіе быта разныхъ вѣковъ и народовъ. Его практической умъ долженъ быть богатъ опытами временъ прошедшихъ, въ сравненіи съ которыми его собственная жизнь является почти незамѣтною точкою въ величественной смѣнѣ столѣтій.

Таковъ былъ смыслъ стараго направленія университетской науки. Новое время поставило наукѣ другіе запросы, выдвинуло на первый планъ другія потребности и наука успѣла уже отвѣтить на нихъ. Наше время требуетъ болѣе тѣсной, болѣе непосредственной связи теоріи съ практикой, и вотъ почему практической элементъ науки получилъ теперь рѣшительное преобладаніе, а историческая сторона ея отступила на задній планъ. Этому новому направленію обязаны своимъ образованіемъ многіе изъ лучшихъ дѣятелей нашей современной практики, а теорія обязана ему разработкою системы дѣйствующаго права и судебной юриспруденціи. Нельзя не замѣтить, что при этомъ направленіи наука служитъ насущнымъ потребностямъ дня и соотвѣтствуетъ

отвращенію практики отъ всего того, что отжило свой вѣкъ и слано въ архивъ. Это отвращеніе весьма понятно. Практику нужно дѣйствовать не во времена тиуновъ или дьяковъ приказныхъ, не при XII таблицахъ; онъ имѣетъ передъ собой другой міръ, другія дѣла, другіе законы; всѣ его потребности обращены въ другую сторону. И чѣмъ болѣе наука погрузилась бы въ глубину вѣковъ давнопрошедшихъ, чѣмъ болѣе растерялась бы въ историческомъ разнообразіи процесса, тѣмъ менѣе она удовлетворяла бы требованіямъ современной практики. Юристъ практической не можетъ успокоиться на той мысли, что законъ всегда будетъ у него подъ руками и справки всегда возможны. Судебная практика есть постоянное примѣненіе закона, а чтобы примѣнять его, нужно его знать, нужно изучить его предварительно, вдуматься въ общій его духъ и въ логическое соотношеніе деталей, однимъ словомъ—нужно основательное знакомство съ теоріею закона. Въ этой теоріи, какъ въ прочной формѣ, онъ нуждается прежде всего, потому что текучее состояніе идей, это *perpetuum mobile* исторіи, не даетъ ему никакой надежной опоры; и для цѣлаго гражданскаго быта оно гораздо менѣе важно, чѣмъ твердыя формы и неизмѣнныя; для даннаго времени, начала. Въ настоящее время у насъ только что совершилась судебная реформа и ни одинъ юристъ не можетъ желать, чтобы мы вернулись къ прежнему порядку вещей, развившемуся исторически. Его надо вытѣснить изъ жизни и всю нашу любовь перенести на новыя начала процесса, обезпечивающія правосудіе.

Таково, мм. гг., направленіе нашего времени. Если бы за тѣмъ намъ нужно было выбирать между стремленіями стараго и новаго времени, то мы не могли бы колебаться въ выборѣ, потому что разумныя потребности живаго міра во всякомъ случаѣ ближе къ намъ, чѣмъ интересы исторіи. Мнѣ кажется, однако, что новое направленіе нашей науки не исключаетъ и историческаго элемента. Въ самомъ дѣлѣ, наука и практика и само законодательство, даже новѣйшее, суть продукты исторіи. Корни ихъ кроются въ прошедшемъ. Ихъ практическія начала и направленіе, ихъ стремленія, обращенныя къ будущему, объясняются исторіею, историческимъ опытомъ народовъ, часто опытомъ горькимъ, разорившимъ массы народа, поражавшимъ кредитъ, торговлю и промышленность цѣлой страны. Этого опыта не слѣдуетъ забывать. Его нужно постоянно помнить и напоминать себѣ. Чтобы прошлое не возвратилось, надо его знать, надо поставить себя къ нему въ отношеніе положительное, критическое; недостаточно его игнорировать. И судебную реформу нельзя вполнѣ оцѣнить, не обращая вниманія на времена, ей предшествовавшія. Съ другой стороны, что такое исторія процесса въ отношеніи къ современной практикѣ? Ничто иное, какъ практика прошлаго времени въ общирномъ смыслѣ слова. Одна работаетъ въ извѣстный моментъ времени, другая на пространствѣ вѣковъ, но существо ихъ дѣятельности одинаково: и та и другая относится къ теоріи процесса, какъ аналитика понятій, развиваемыхъ путемъ ежедневнаго опыта. Какъ явленія современной практики, такъ и историческія формы и начала процесса всегда можно свести къ простымъ логическимъ моментамъ одной и той же системы. И такая теорія можетъ быть вполнѣ практической, непосредственно примѣнимою въ современномъ быту, если она поставитъ себѣ цѣлью не только обобщеніе историческихъ явленій, но позаботится отличить дѣйствующее право отъ отжившаго свой вѣкъ и этимъ сравненіемъ и противополо-

женіемъ обрисовать со всею ясностью и рельефностью всѣ характеристическія начала современнаго процесса. Кромѣ того, она будетъ имѣть и другое, также практическое значеніе; она укажетъ судебной практикѣ такія стороны понятій, которыя не должны примѣняться въ настоящее время, отъ примѣси которыхъ юристъ-практикъ долженъ остерегаться, чтобы не повернуть къ старому порядку вещей. Вѣдь идеи не умираютъ. Ихъ дѣйствіе можетъ быть парализовано другими идеями, но самое существованіе ихъ въ духѣ человѣческомъ не преобразуется. Возьмите институтъ рабства, одно изъ позорнѣйшихъ явленій исторіи: онъ заглушенъ теперь понятіями о человѣческомъ достоинствѣ, о личной свободѣ, о равенствѣ людей предъ закономъ и т. д. Но самая мысль о немъ и до сихъ поръ живетъ въ памяти народовъ, она такъ же безсмертна, какъ ея противоположности и какъ мыслящій духъ человѣческаго рода. Обыкновенно бываетъ даже такъ, что и самое дѣйствіе идей не вполне уничтожается, а только ограничивается болѣе или менѣе. Такъ напр., въ гражданскомъ процессѣ минувшихъ временъ сильно развито было начало слѣдственное, доводившее тяжущихся до застѣнка и пытки; теперь оно уступило мѣсто началу состязательному; но это не значитъ, что оно совершенно перестало дѣйствовать; нѣтъ, оно только ограничено въ своемъ дѣйствіи сравнительно съ прежнимъ его объемомъ. Чтобы понять это ограниченіе, необходимо сравнить его историческія состоянія, прослѣдить его видоизмѣненіе въ исторіи.

По всѣмъ изложеннымъ основаніямъ мы не можемъ игнорировать историческую сторону процесса въ нашемъ курсѣ. Но какъ опредѣлить ближайшимъ образомъ положеніе этого элемента въ системѣ? Вѣдь исторія есть нѣчто непредѣльное и можетъ служить предметомъ особыхъ изслѣдованій совершенно независимо отъ потребностей новой судебной практики. Въ нашемъ курсѣ историческій элементъ не долженъ имѣть такого самостоятельнаго значенія. Намъ нужно изложить теорію судопроизводства именно для судебной практики. Исторія должна указать намъ, во-первыхъ, почву, на которой развилось нынѣ существующее судопроизводство и судоустройство. Ближайшее къ намъ прошлое имѣетъ здѣсь преимущественное право на наше вниманіе, однако нѣкоторые институты процесса имѣютъ болѣе глубокие корни въ исторіи, и мы обязаны будемъ прослѣдить ихъ. Во-вторыхъ, историческіе моменты понятій должны служить намъ для болѣе отчетливаго и глубокаго раскрытія современнаго процесса, съ его началами и направленіемъ. Съ этою цѣлью даже идеи вѣковъ отдаленныхъ, представляющія рѣзкій контрастъ нашему времени, могутъ оказаться полезными, а потому мы будемъ указывать и на нихъ, впрочемъ, именно въ этихъ только видахъ. Рисовать же картины прошедшаго съ единственной цѣлью объективнаго воспроизведенія минувшихъ временъ, изображать мелкія подробности и отличія древнихъ вѣковъ, входить въ розысканія археологическія и антикварныя—все это можетъ быть уместно въ спеціальномъ историческомъ изслѣдованіи, но въ догматику процесса нужно вносить только общіе результаты этихъ работъ, насколько они содѣйствуютъ разъясненію современной его структуры.

Говоря объ историческомъ элементѣ нашей науки, я имѣю въ виду не только русскую исторію, а желалъ бы обратить въ пользу догматики матеріалы болѣе богатые, начиная съ римскаго процесса. Но

здѣсь мы вступаемъ уже въ область другаго вопроса, на которомъ и должны теперь остановиться.

Гражданскій процессъ есть явленіе повсемѣстное. Его основанія коренятся въ природѣ самыхъ правъ гражданскихъ, въ потребностяхъ каждаго общественнаго быта, въ призваніи каждаго государства. Не одинъ только русскій народъ постарался утвердить въ своей странѣ правосудіе, установить его начала и научную систему. Народы западные издавно работали надъ этою задачею и успѣли также разрѣшить ее по мѣрѣ своихъ силъ, развить законодательство, практику, науку процесса. Спрашивается теперь: какъ должны мы отнестись къ этому новому, сравнительному материалу науки?

Можно привести, повидимому, весьма солидныя основанія въ пользу исключенія его изъ теоріи русскаго гражданского судопроизводства. Нужно обратить вниманіе прежде всего на практическій характеръ этой науки, которая должна изложить не международныя какія-нибудь начала процесса, а начала, примѣнимыя къ русской судебной практикѣ, слѣдовательно, извлеченныя изъ юридическихъ нормъ, обязательныхъ въ нашей странѣ. И не подлежитъ сомнѣнію, что создать теорію на основаніи однихъ только русскихъ материаловъ вполне возможно. Наши матеріалы довольно богаты и разнообразны; кромѣ различныхъ системъ процесса, дѣйствующихъ въ собственно русскихъ губерніяхъ, мы располагаемъ источниками шведскими, нѣмецкими и французскими въ западныхъ окраинахъ имперіи. Уходить еще далѣе въ пространство, по всей вѣроятности, значило бы терять время на гоньбу за неопредѣленною далью. Въ самомъ дѣлѣ, гражданскій процессъ у разныхъ народовъ представляетъ большое разнообразіе, и по практическому свойству предмета, каждый народъ обыкновенно разрабатываетъ только свою систему судопроизводства, не заботясь о чужихъ. Это направленіе находить себѣ отголосокъ и въ народномъ самосознаніи и въ обращеніи отъ заимствованій по такому важному дѣлу внутреннего устройства, тѣсно связанному со всѣми особенностями юридическаго быта и міросозерцанія народа. Въ нашемъ отечествѣ мы только-что пережили громадную судебную реформу и должны думать теперь не о новой реформаціи, а о разработкѣ началъ совершившагося преобразованія и судебной практики съ цѣлью облегчить примѣненіе закона.

Я позволяю себѣ думать, что эти соображенія не вполне убѣдительны. Они не доказываютъ того, что сравнительный элементъ долженъ быть совершенно исключенъ изъ теоріи процесса. Изъ нихъ слѣдуетъ только, и мы вполне согласны съ этими выводами, что нельзя смѣшивать этого элемента съ источниками, имѣющими обязательную силу для русской судебной практики, что необходимо разрабатывать главнымъ образомъ эти источники, что юридическихъ основаній теоріи можно искать только въ нихъ, а все прочее можетъ служить только пособіемъ для науки, что нѣтъ надобности слѣдить за мелкими различіями иностранныхъ законодательствъ, неимѣющими для насъ никакой цѣны, что не нужно ставить ихъ въ образецъ для насъ, рекомендовать заимствованія или возбуждать вопросы о реформѣ. Все это мы признаемъ вполне вѣрнымъ. Но есть положительные доказательства, что сравнительный элементъ составляетъ существенную принадлежность теоріи процесса.

Эта теорія есть плодъ общечеловѣческой цивилизаціи и взаимнаго знакомства народовъ. Нельзя думать, будто образованіе процесса дѣло

каприза законодателей той или другой страны, зависящее от их изобрѣтательности. Напротивъ, при извѣстномъ уровнѣ быта потребность судебного охраненія правъ выступаетъ вездѣ съ одинаковою силою, и средства для ея удовлетворенія являются сходными: каждое просвѣщенное государство сосредоточиваетъ судебную власть въ своихъ рукахъ, организуетъ ее въ особыя установленія, старается обезпечить правильность и авторитетъ судебныхъ рѣшеній, устанавливаетъ способы обжалованія и исполненія ихъ. Самый процессъ вездѣ имѣетъ одну и ту же цѣль: исслѣдовать юридическія отношенія между тяжущимися и примѣнить къ нимъ нормы объективнаго права. Оттого и логическіе моменты суда вездѣ одинаковы: иски, защита, состязаніе, доказательства, рѣшеніе. Въ самомъ порядкѣ этихъ моментовъ, въ самыхъ гарантіяхъ праваго суда нѣтъ ничего произвольнаго, потому что умъ, чело- вѣчестій для познанія истины и для соображенія дѣйствительности съ ея законами нуждается въ однихъ и тѣхъ же средствахъ и слѣдуетъ одинаковыми путями. Но какъ инструменты физики и химіи могутъ быть различнаго достоинства и способны къ усовершенствованію общими усиліями испытателей природы, такъ и организанія процесса проходятъ разныя ступени въ своемъ развитіи, малу по малу усовершеншаяся путемъ собственнаго опыта народа и знакомства его съ другими народами. Теорія процесса есть результатъ этого развитія. Вслѣдствіе тождества логической его природы, общія начала его принадлежатъ наукамъ всѣхъ просвѣщенныхъ народовъ. По своему практическому дѣйствію, они могутъ быть или ограничены, или распространены, или даже занять мѣсто отрицательныхъ началъ, недѣйствующихъ въ данной странѣ; но самыя понятія о нихъ тѣмъ не менѣе суть общее достояніе науки. Научный анализъ ихъ, произведенный въ одной странѣ, имѣетъ цѣнность и въ другой. Точно также и разныя попытки законодательства—опредѣлить начала судопроизводства и гарантировать правосудіе составляютъ важный матеріалъ для теоріи процесса, содѣйствующій раскрытію его естественной организанія и разъясненію нашего роднаго законодательства. По самой природѣ мышленія, понятія выясняются именно посредствомъ сравненія. Напр., понятіе о кассации становится яснымъ, если сравнить его съ понятіемъ объ апелляціи, но тотъ и другой способъ обжалованія судебныхъ постановленій раскроется еще глубже и отчетливѣе, когда мы сопоставимъ ихъ съ нѣкоторыми явленіями нѣмецкаго и англійскаго процесса; въ этомъ смыслѣ техническихъ реагентовъ, понятія объ этихъ явленіяхъ столько же принадлежатъ русскому ученому, какъ и другимъ, хотя самыя явленія встрѣчаются не вездѣ. Этимъ свойствомъ мышленія можно объяснить, напр., высокое теоретическое достоинство германской науки, которая издавна работала надъ весьма богатымъ сравнительнымъ матеріаломъ, и относительно низшій уровень англійской теоріи, замкнувшейся въ практикѣ своихъ только судовъ; и, если плоды науки должны оцѣниваться по практическимъ ея послѣдствіямъ, никто не можетъ сказать, чтобы юристы-практики въ Германіи менѣе понимали свое дѣло и правосудіе было менѣе обезпечено тамъ, чѣмъ въ Англій. Чѣмъ глубже и рельефнѣе раскроются понятія въ теоріи процесса, тѣмъ полезнѣе она будетъ и для судебной практики. На практику нельзя смотрѣть такъ узко, будто она должна знать статьи закона, для нея обязательныя, и ничего больше. Она обладаетъ творческою силою, она восполняетъ и развиваетъ законодательство страны и не имѣетъ ни-

какого повода изолироваться въ этой дѣятельности отъ всѣхъ образованныхъ народовъ. Интересы гражданскаго правосудія слишкомъ дороги, его задачи и вліяніе на бытъ народа слишкомъ громадны, и судебная практика должна встрѣчать съ полнымъ сочувствіемъ каждый лучъ свѣта въ такомъ дѣлѣ, откуда бы онъ ни шелъ. Наша судебная реформа, плодъ знакомства съ западомъ Европы, не только не мѣшаетъ дѣлу сравнительнаго правовѣдѣнія, но и съ своей стороны указываетъ нашей наукѣ болѣе глубокую почву для разработки, точно также какъ и источники процесса, дѣйствующие въ западныхъ окраинахъ имперіи, и уже теперь разрабатываемые въ связи съ европейскою наукою. Не слѣдуетъ также думать, будто при такомъ расширеніи кругозора наука неминуемо должна заблудиться въ великомъ пространствѣ міра. Обращая все свое вниманіе на раскрытіе внутренней природы гражданскаго правосудія и на потребности русской судебной практики, она не можетъ удалиться отъ этой цѣли, а только воспользуется для того опытомъ вѣковъ и народовъ, который, вслѣдствіе логической конструкціи процесса, естественно разлагается на простые моменты системы. Безъ сомнѣнія, здѣсь нужно ограничиться лишь тѣми вѣками и народами, которые несли на своихъ плечахъ дѣло цивилизаціи и представляютъ именно для теоріи процесса матеріалы важные и обильные. Изъ древняго міра сюда относится римскій процессъ, а для новаго времени законодательства и наука Германіи, Франціи, Италіи и Англіи. Историческое развитіе, источники и литературу каждой изъ этихъ группъ возможно представить въ самомъ краткомъ очеркѣ, который и будетъ служить основой для дальнѣйшихъ указаній, въ порядкѣ системы. Въ нашемъ курсѣ эти указанія обыкновенно будутъ имѣть характеръ подстрочныхъ примѣчаній или цитать, потому что въ самомъ текстѣ курса мы будемъ имѣть дѣло только съ понятіями и сводить ихъ только къ обязательнымъ для практики источникамъ.

Я остановился, мм. гг., прежде всего на историко-сравнительномъ элементѣ нашей науки, потому что въ нашъ практической вѣкъ нужно было ожидать болѣе всего возраженій именно съ этой стороны. Необходимо было отстоять ее въ интересахъ науки и самой практики. Но затѣмъ не подлежитъ никакому сомнѣнію, что нашъ главный матеріалъ заключается въ дѣйствующемъ законодательствѣ Россіи и въ произведеніяхъ русской судебной практики; мы должны изложить гражданскій процессъ, какъ явленіе судебно-практическаго міра. Я позволю себѣ теперь опредѣлить нѣсколько ближе отношеніе науки къ этому матеріалу и начну съ произведеній судебной практики.

Судебная практика есть воплощеніе закона. Идея организаціи правосудія, сознанныя законодательствомъ, становится въ ней осязательнымъ, живымъ и работающимъ учрежденіемъ. Всматриваясь въ эту жизнь, вы замѣтите въ ней множество подробностей, въ законѣ неопредѣленныхъ, а созданныхъ автономіею судебного міра для осуществленія общей мысли законодателя; таковы правила внутренняго порядка и формъ дѣлопроизводства, устройство канцелярій, архивовъ, кассы и т. д. Задача науки состоитъ, безъ сомнѣнія, прежде всего въ томъ, чтобы освѣтить научнымъ сознаніемъ общую идею законодательства; но, мнѣ кажется, она не должна обходить и этихъ деталей въ устройствѣ и работѣ судебной машины, отъ коихъ также не мало зависитъ успѣшный ходъ правосудія. Правда, она можетъ познакомить насъ только съ теоріею механизма: чтобы стать мастеромъ дѣла, надобно,

кромѣ того, лично видѣть машину въ дѣйстви и самому поработать на ней; но чѣмъ глубже и точнѣе она воспроизведетъ устройство практическаго міра, тѣмъ болѣе подготовить юриста къ разумной и достойной дѣятельности въ этомъ мірѣ. Если я не ошибаюсь, то именно пренебреженіемъ въ теоріи этихъ обыденныхъ формъ и порядковъ дѣлопроизводства объясняется предубѣжденіе судебного сословія противъ теоретиковъ. Замѣчая, что юристъ, въ совершенствѣ владѣющій общими началами теоріи, чувствуетъ себя въ судебной регистратурѣ, какъ въ лѣсу, и что только служба знакомитъ его съ самыми элементарными правилами составленія и движенія бумагъ, веденія книгъ и отчетности, дѣловые люди судовъ естественно приходятъ къ мысли, что теорія даетъ имъ слишкомъ мало практическихъ свѣдѣній, что юристъ-практикъ образуется только службой и опытомъ. Между тѣмъ, мнѣ кажется вполне возможнымъ внести въ теорію и этотъ элементъ практической опытности и устранить такимъ образомъ поводъ къ недоразумѣніямъ. Я считаю это тѣмъ болѣе полезнымъ, что собственно практическая подготовка къ судебной карьерѣ внѣ университетовъ у насъ не организована такъ систематически, какъ на Западѣ, и наука должна до нѣкоторой степени восполнять этотъ пробѣлъ, хотя вполне замѣнить практику она, конечно, не можетъ. Мнѣ остается замѣтить еще, что автономическія произведенія или нормы судебной практики, насколько они основаны на правѣ и не противорѣчатъ закону, нужно излагать объективно какъ фактъ, не только существующій, но и имѣющій право существовать.

Рядомъ съ этою группою судебно-практическаго матеріала, съ этими наказами, инструкціями, опредѣленіями общихъ и распорядительныхъ собраній судовъ и т. д., въ судебномъ мірѣ есть матеріалъ другаго рода, болѣе обширные, болѣе неопредѣленные по своему теоретическому значенію, обнимающіе всю область гражданскаго и уголовнаго права и процесса: я разумю судебныя рѣшенія. Каждый день вершится въ судахъ множество дѣлъ и по каждому дѣлу судъ непременно касается того или другаго вопроса о правѣ и процессѣ и разрѣшаетъ эти вопросы такъ или иначе. Окончательное судебное рѣшеніе имѣетъ силу закона только по тому дѣлу, по которому состоялось. Но этимъ еще не исчерпывается все его значеніе. Какъ явленіе судебной практики вообще, оно представляетъ намъ индуктивный матеріалъ права и процесса. Въ основаніи индукціи, какъ извѣстно, лежитъ предположеніе, что въ природѣ и жизни людей существуютъ параллельные случаи, что случившееся однажды повторится при достаточномъ сходствѣ обстоятельствъ, и повторится всякій разъ, какъ будутъ наступать тѣ же самыя обстоятельства (см. логику Милля). Въ области права и судопроизводства это предположеніе получаетъ такой смыслъ, что судебныя мѣста не будутъ безъ всякой причины мѣнять своихъ взглядовъ, и что дѣло, подлежащее рѣшенію завтра, будетъ рѣшено на тѣхъ же основаніяхъ, какъ прежнія подобныя дѣла. Правда, въ дѣлахъ могутъ быть отлѣнки, но они еще не исключаютъ примѣненія индукціи, потому что посредствомъ сравненія, выдѣленія общихъ и особенныхъ обстоятельствъ дѣлъ, всегда есть возможность прийти къ индуктивному выводу, и, если дѣла окажутся въ чемъ-либо сходными, заключить, что въ этомъ отношеніи и рѣшенія ихъ должны быть сходны, насколько на нихъ не будетъ имѣть вліянія разниа въ обстоятельствахъ дѣлъ. Народо, имѣющіе по преимуществу индуктивный, практической складъ ума,

особенно дорожатъ этимъ однообразіемъ судебныхъ рѣшеній и на основаніи его строятъ цѣлую систему права и процесса; такъ, напримѣръ, дѣлается это въ Англіи. И въ самомъ дѣлѣ, отвлеченное единство закона еще недостаточно для равноправности, если судебныя рѣшенія по сходнымъ дѣламъ противорѣчатъ одно другому, если одно взираетъ на лица, другое на постороннія дѣлу обстоятельства, если сегодня судъ держится одного мнѣнія, а завтра другаго о томъ же самомъ предметѣ. Напротивъ, сходные элементы судебныхъ рѣшеній составляютъ настоящее практическое право народа въ отличіе отъ законовъ, писанныхъ на бумагѣ. Эти элементы часто состоятъ въ простыхъ цитатахъ закона, однако не всегда такъ. Постоянно работая въ формахъ процесса, судебная практика непремѣнно развиваетъ его въ хорошую или дурную сторону. Въ ней постепенно раскрываются отдѣльныя понятія, неопредѣленныя прямо закономъ, устанавливаются частныя положенія, накапливаемыя по мѣрѣ судебного опыта и дополняющія собой пробѣлы законодательства. Остановить это движеніе жизни невозможно, какъ бы ни былъ подробенъ судебный уставъ, лежащій въ основаніи процесса. И если общія начала закона правильны и достаточно ясны, можно ожидать, что и развитіе ихъ въ практикѣ будетъ слѣдовать доброму направленію. Весьма важно здѣсь, чтобы на этомъ пути судебная практика руководилась здоровою теоріею процесса, чтобы розысканія науки освѣщали ей путь во всѣхъ направленіяхъ. Наука должна стоять въ тѣсномъ союзѣ съ практикою и неуклонно слѣдить за результатами практическаго развитія процесса. Она получитъ тѣмъ болѣе силы и власти надъ этимъ міромъ, чѣмъ болѣе явленій дѣйствительности съумѣетъ обобщить и подчинить своимъ законамъ.

Опредѣлимъ теперь нѣсколько точнѣе отношенія науки къ этому матеріалу. Понятно, что онъ сохраняетъ и въ теоріи свой индуктивный характеръ. Первоначальныя операціи надъ судебными рѣшеніями производятся индуктивнымъ путемъ, посредствомъ вывода, сравненія и группировки отдѣльныхъ положеній; масса ихъ относится къ теоріи какъ одинъ изъ ея элементовъ, подчиненный законодательству страны. Но, когда эта предварительная работа окончена, наука идетъ уже дедуктивнымъ методомъ, подчиняя разрозненныя явленія дѣйствительности своимъ общимъ понятіямъ и положеніямъ. Именно въ этомъ законченномъ видѣ, въ этой самобытности и самостоятельности, она оказывается полезною для практики. Міръ судебного опыта разнообразенъ до безконечности, и, если теорія съ своей стороны не дастъ намъ общихъ началъ, лежащихъ въ основаніи этой пестроты явленій, если она сама будетъ ссылаться на отдѣльныя судебныя рѣшенія, какъ на авторитетъ для себя, то задача науки не будетъ выполнена и нескончаемая вереница явленій будетъ закрывать намъ глаза отъ единой и цѣльной природы процесса. Нѣчто подобное замѣчено въ Англіи, гдѣ наука представляетъ намъ такой сводъ, построенный на авторитетѣ судебныхъ рѣшеній. Вотъ отзывъ о ней англійскаго судьи, мистера Кетли, данный имъ судебной комиссіи парламента: „этотъ дѣсь прецедентовъ“, говоритъ онъ, „составляетъ язву нашего права, система котораго содержитъ въ себѣ массу непримиримыхъ рѣшеній и обращаетъ взглядъ юристовъ на мелочи, на детали, закрывая отъ нихъ общія, научныя начала права“¹⁾. А вотъ другой отзывъ, профессора лондонскаго университета,

¹⁾ Report of Com. on trib. of Commerce, 1871 г.

Шельдонъ Эмоса: „англійскій студентъ“, говоритъ онъ, „пристѣпаетъ къ наукѣ права съ трепещущимъ сердцемъ, какъ къ чему-то великому и возвышенному, какъ къ юриспруденціи, но потомъ видитъ передъ собой вовсе не то, чего ждалъ, и не знаетъ, куда онъ пришелъ и пришелъ ли куда-нибудь; онъ жаждетъ чего-то такого, что шире, глубже, солиднѣе, чѣмъ то, что онъ можетъ найти въ учебникахъ англійскаго права; вмѣсто науки или систематическаго изложенія началъ всеобщихъ и вѣчныхъ, его угощаютъ скучнымъ реестромъ мелочей, безпрестанныхъ перемѣнъ и разнообразія ¹⁾“. Въ томъ и другомъ отзывѣ, мнѣ кажется, есть нѣкоторая доля преувеличенія. Англійскую науку нельзя не уважать именно за то, что она стоитъ въ тѣсной связи съ практикою, что она издавна умѣла овладѣть громадною массою судебно-практическаго матеріала, разработываетъ его съ удивительной энергіею и успѣла создать изъ него систему, правда, не столь глубоко продуманную въ своихъ философскихъ основаніяхъ, какъ система германская, не столь твердую по своей положительной основѣ, какъ комментарий работы Франціи и Италіи, однако довольно стройную, согласную съ бытомъ народа и примѣнимую на практикѣ; она тѣсно связана съ консерватизмомъ народа, съ тою великою способностью фиксировать и облекать въ формы права все теченіе общественной жизни, которая составляетъ отличительную черту юридическаго и въ особенности англійскаго ума, и съ сознаніемъ историческаго тождества и непрерывной преемственности права и правосудія, какъ идеи, господствующей надъ всѣмъ общественнымъ бытомъ и охраняющей его отъ произвола мыслителей и экспериментовъ законодательства. Можно прибавить еще, что эти *textbooks*, эти систематическіе своды рѣшеній служатъ настоятельными книгами каждаго юриста-практика въ Англии, и обойтись безъ нихъ онъ не можетъ. Напротивъ, въ самой Германіи, кто теперь читаетъ на практикѣ тѣ голыя теоріи, которыя когда-то строились учеными людьми на основаніи естественнаго права, безъ всякаго соображенія съ потребностями и взглядами практическаго міра? Въ этомъ контрастѣ выражается индуктивное направленіе англійскаго ума, и мы не можемъ не сочувствовать этому методу, считая его необходимымъ ступенію для построенія теоріи. Но не слѣдуетъ терять изъ вида, что это только первая ступень, только приготовительная работа. Наука должна потомъ объяснить и обосновать эти явленія практики, вывести ихъ, насколько возможно, изъ общихъ началъ теоріи и ссылаться на судебныя рѣшенія только въ видѣ примѣровъ или частныхъ случаевъ примѣненія теоріи, только въ подтвержденіе своего господства надъ міромъ дѣйствительнымъ, въ доказательство подчиненія практики логическимъ законамъ. Только этотъ результатъ убѣждаетъ насъ въ томъ, что наука вполнѣ овладѣла своимъ матеріаломъ, претворила его въ понятія и положенія, вдумалась въ логическую структуру ихъ, установила естественный ихъ порядокъ и вывела ихъ одно изъ другаго. У законченной теоріи не можетъ быть такого внѣшняго авторитета, какъ судебное рѣшеніе, тѣмъ болѣе, что масса судебныхъ рѣшеній сама по себѣ составляетъ элементъ подчиненный законодательству страны, какъ главнѣйшему матеріалу, изъ котораго должны быть извлечены общія начала теоріи. Вѣроятно, отсутствіе кодификаціи, отрывочность и пробѣлы законодательства въ Англии содѣйствовали

¹⁾ Lecture on the best modes of stud. the science of jurispr. 1870.

тому, что наука, не находя въ себѣ самой авторитета положительнаго, стала искать для себя основаній въ произведеніяхъ судебной практики, въ убѣжденіи, что эти положенія, высказанныя въ публичномъ судѣ, отъ лица судебной власти, по тщательномъ изслѣдованіи частнаго случая, какъ торжественный голосъ самого правосудія, имѣютъ за себя высшій авторитетъ, чѣмъ частныя мнѣнія ученыхъ, выработанныя въ кабинетѣ и разнообразныя, какъ волны на безбрежномъ морѣ, что они служатъ и болѣе надежную гарантію нормальнаго развитія права при постоянной повѣркѣ его съ отношеніями и потребностями быта. Такое убѣжденіе высказываютъ многіе англійскіе писатели и нельзя не согласиться съ ними, когда рѣчь идетъ о частныхъ мнѣніяхъ, неопирающихся на авторитетъ закона. Но, съ другой стороны, необходимо принять въ соображеніе тѣ историческіе факты, что судебная практика можетъ и портить систему процесса. Я считаю преувеличеннымъ мнѣніе одного изъ новыхъ законодателей, будто практики заинтересованы въ искаженіи судопроизводства ¹⁾, но исторія разныхъ народовъ и самой Англій неоспоримо доказываетъ, что судебная практика вполнѣ добросовѣстно способна загромаждать правосудіе разными формальностями и тонкостями и проводить сюда такія начала, которыя впослѣдствіи, послѣ горькаго опыта, само законодательство находитъ нужнымъ отмѣнить, какъ безполезныя и вредныя. Вотъ почему желательно, въ интересахъ правосудія, чтобы наука относилась къ практикѣ самостоятельно: если бы она получала весь свой свѣтъ изъ практики, то этотъ заимствованный свѣтъ могъ бы мириться и съ ночью. Впрочемъ, какъ мы уже замѣтили, судебныя рѣшенія имѣютъ высшій авторитетъ только въ сравненіи съ частными мнѣніями, а не въ объективной системѣ, основанной на законодательствѣ страны; гдѣ существуетъ полное и стройное уложеніе, опредѣляющее цѣлую организацію процесса, тамъ наука не только имѣетъ право, но и обязана различать судебныя рѣшенія, согласныя съ закономъ и противорѣчащія ему, она обязана относиться къ нимъ критически, повѣрять ихъ началами теоріи, основанной на твердомъ авторитетѣ закона.

Но спрашивается: можетъ ли теорія идти еще далѣе? Можетъ ли она, основавшись на своихъ общихъ началахъ, отнестись критически и къ самому законодательству страны? Вѣдь и законодательство есть только одинъ изъ элементовъ науки, если она владѣетъ, кромѣ того, матеріалами исторіи и сравнительнаго правовѣдѣнія. Чѣмъ обширнѣе сравниваемый матеріалъ, тѣмъ выше обобщеніе, а въ мірѣ логики понятія частныя необходимо подчиняются общимъ. Воспользовавшись опытомъ вѣковъ и народовъ, трудами науки и попытками законодательства разныхъ странъ для раскрытія внутренней природы гражданскаго правосудія, не имѣемъ ли мы права осуждать наше дѣйствующее законодательство, когда оно оказывается несогласнымъ съ этою природою процесса? Мнѣ кажется, нужно различать два рода критики. Критика есть сужденіе о частныхъ явленіяхъ на основаніи общихъ началъ, сведенныхъ въ систему. Въ области права она примѣняется, напримѣръ, къ отдѣльнымъ источникамъ права или юридическимъ нормамъ, каковы статьи закона. Онѣ могутъ и даже должны быть обсуждаемы въ общей ихъ связи, по общему духу и системѣ закона, и на основаніи этого обсуждения буквальныи смыслъ ихъ можетъ иногда быть ограни-

¹⁾ *Bellot*, Exposé des motifs, 3 изд. 1870.

ченъ или распространенъ и даже оставленные законодателемъ пробѣлы могутъ быть наполнены, содержаніе закона можетъ опредѣляться болѣе и болѣе, чѣмъ глубже проникнетъ наука и практика въ природу институтовъ, закономъ установленныхъ. Это обсужденіе и развитіе закона можно назвать юридическою или положительною критикою. Она выходитъ изъ понятія о законѣ, какъ о положительномъ источникѣ права, обязательномъ для юридическаго быта; она держится въ его предѣлахъ и на основаніи общихъ началъ его раскрываетъ его содержаніе. На ряду съ этою дѣятельностью существуетъ и отрицательная критика, которая смотритъ на законъ, какъ на измѣняющееся явленіе быта и, обсуждая его на основаніи какихъ-либо понятій объ организаціи быта, оказывается не въ состояніи примирить его съ ними и требуетъ потому отмѣны или измѣненія закона. Очевидно затѣмъ, что, допуская только критику перваго рода, наука можетъ пользоваться для раскрытія природы процесса разнообразными матеріалами, но главнымъ ея источникомъ остается одно дѣйствующее законодательство страны; все прочее служитъ только къ разъясненію его. Если изъ историко-сравнительныхъ изслѣдованій вытекаетъ какое-либо понятіе или начало процесса, то юристъ долженъ опредѣлить его отношеніе къ закону и затѣмъ можетъ оказаться, что это начало согласно съ закономъ, что оно ограничено или распространено въ немъ, или же что оно противорѣчитъ закону, замѣнено въ немъ прямо противоположными началами и потому самому не можетъ считаться дѣйствующимъ въ нашей странѣ. Въ первомъ случаѣ историко-сравнительный матеріалъ даетъ намъ чистую монету, имѣющую опредѣленный курсъ въ нашемъ отечествѣ, но, выполнивъ свою роль реагента для раскрытія началъ законодательства, онъ отступаетъ затѣмъ на задній планъ, потому что самостоятельнаго значенія онъ не имѣетъ: вся теорія закона должна основываться на самомъ законѣ, какъ обязательной нормѣ, а не на пособіяхъ науки, каковъ историко-сравнительный матеріалъ. Въ послѣднемъ же случаѣ онъ доставляетъ намъ цѣнность другаго рода, именно ведетъ къ разъясненію закона посредствомъ контраста. Напротивъ, допуская критику отрицательную, наука уравниваетъ всѣ свои матеріалы и подчиняетъ себѣ всѣ отдѣльныя законодательства, не сводя теоріи къ устойчивой формѣ ни одного изъ нихъ. Процессъ въ такомъ случаѣ является исторически развивающеюся идеею, которую законы разныхъ вѣковъ и народовъ стараются опредѣлить по мѣрѣ своихъ силъ, но которая постепенно разрушаетъ эти временныя формы, замѣняя ихъ другими, третьими и т. д. Не подлежитъ сомнѣнію, что серьезный трудъ, изслѣдующій историческое направленіе этой идеи, можетъ быть полезенъ для законодательныхъ учреждений страны и вовсе не выходитъ изъ круга задачъ науки. Но процессъ въ этой текучей формѣ идеи оказывается рѣшительно непригоднымъ для судебной практики, которая нуждается именно въ устойчивой, твердой формѣ судопроизводства и должна потому опираться на законъ существующій, а не на тотъ, какой могъ бы быть изданъ съ пользою по соображеніямъ теоріи, но еще не изданъ и неизвѣстенъ никому на свѣтѣ. Правда, въ тѣхъ частяхъ процесса, которыя относятся къ внутреннему дѣлопроизводству и касаются только самихъ юристовъ-практиковъ, такія убѣжденія въ лучшемъ, болѣе удобномъ устройствѣ его, могутъ постепенно осуществляться на дѣлѣ, проводя сюда тѣ или другія начала и формы еще прежде, чѣмъ они опредѣлены закономъ. Но, вообще говоря, весь строй

процесса стоит въ тѣснѣйшей связи съ матеріальными гражданскими правами и, въ видахъ охраненія ихъ, требуетъ прочной, устойчивой формы. Возьмите, на примѣръ, такой институтъ, какъ доказательства въ гражданскомъ процессѣ; они опредѣлены закономъ, и каждый судья долженъ составить себѣ глубокое убѣжденіе въ томъ, что его призваніе состоитъ въ вѣрномъ и точномъ примѣненіи закона существующаго. Полагаясь на прочность закона, люди совершаютъ ежедневно миллионы разныхъ сдѣлокъ и актовъ; охраненіе возникающихъ изъ нихъ правъ лежитъ на обязанности суда и онъ обманулъ бы основанныя на юридическомъ порядкѣ надежды гражданъ, если бы сталъ перетолковывать и измѣнять дѣйствующій законъ, вводя сюда начало произвола и усмотрѣнія, въ которомъ нѣтъ ничего прочнаго, которое противорѣчитъ и самому понятію о судебной власти по дѣламъ гражданскимъ: судъ вѣдь не жалуетъ правъ по своему усмотрѣнію, они принадлежатъ не ему, онъ обязанъ только охранять права, утвержденныя на законномъ основаніи.

Едва ли нужно прибавлять затѣмъ, что отрицательная критика закона будетъ совершенно устранена изъ нашего курса. Для объясненія его мы должны употребить матеріалы исторіи, сравнительнаго правовѣдѣнія и судебной практики, разложить самый законъ на его логическіе элементы и вывести его положенія изъ общихъ понятій, обосновать ихъ теоретически, но эта теорія закона должна быть для насъ окончательною формою, измѣненіе которой есть уже дѣло законодателя. Вводя сюда личныя воззрѣнія о потребности законодательныхъ реформъ, мы уничтожили бы въ теоріи главное качество, отъ котораго зависитъ ея практическая сила, именно объективность изложенія. Теорія объективная, основанная на законѣ, раскрывающая его содержаніе, есть чисто научное воспроизведеніе права и, насколько она объективна, имѣетъ обязательную силу для судебной практики, которая, примѣняя законъ, естественно примѣняетъ и теорію закона. Напротивъ, личныя воззрѣнія, хотя бы вооруженныя всѣми авторитетами учености и знанія, не имѣютъ для судебной практики никакой цѣны; эта примѣсь можетъ только портить цѣлую систему. Съ другой стороны, нельзя не замѣтить, что критика отрицательная часто указываетъ на недостатки положительной. Послѣдняя есть дѣятельность техническая, требующая нѣкотораго искусства. Гдѣ наука и практика владѣютъ этимъ искусствомъ, онѣ не особенно жалуются на неполноту, неточность и неопредѣленность закона, а умѣютъ сами помогать себѣ, постепенно развивая и расширяя систему дѣйствующихъ нормъ на основаніи общаго духа законовъ, природы вещей и удобствъ практики. Этимъ можно объяснить замѣчательный консерватизмъ юристовъ на западѣ Европы въ отношеніи источниковъ права; на примѣръ, въ Германіи до сихъ поръ считается дѣйствующимъ источникомъ законодательства римской имперіи, въ Англии и теперь еще цитуются на практикѣ источники 13-го столѣтія и берутся за образецъ рѣшенія судовъ тогдашняго времени, во Франціи дѣйствуетъ уставъ гражданскаго судопроизводства 1806 года, который въ свою очередь есть только новое изданіе Ордонанса 1667 года. Докторъ Леонгардъ, прусскій министръ юстиціи, въ своихъ мотивахъ къ проекту устава гражданскаго судопроизводства для Германіи, хочетъ объяснить это явленіе просто рутиною, привычкою практиковъ къ существующимъ формамъ. Но отчего эта рутинная замѣняется въ другихъ странахъ прогрессомъ? Бывали примѣры, что

наше русское законодательство заимствовало разныя идеи судоустройства и правила процесса у западныхъ народовъ, но у насъ они, какъ говорится, не привились, а на Западѣ продолжаютъ дѣйствовать въ полной силѣ. Мнѣ кажется, что гдѣ упомянутое выше искусство недостаточно развито, тамъ совершенно естественны жалобы на пробѣлы въ законѣ и потребность въ новыхъ изданіяхъ, дополненіяхъ и измѣненіяхъ его въ порядкѣ законодательномъ. Надо надѣяться, что распространеніе юридическаго образованія предохранитъ отъ этой судьбы наши новые судебные уставы. Они признали столько драгоценныхъ и возвышенныхъ началъ, гарантирующихъ правосудіе, что охраненіе и постепенное развитіе ихъ во всякомъ случаѣ есть дѣло благородное, достойное науки.

ВВЕДЕНИЕ.

Во введении въ курсъ гражданскаго судопроизводства надобно опредѣлить прежде всего предметъ этой науки и прослѣдить въ общихъ чертахъ его историческое развитіе, затѣмъ указать источники и литературу ея и въ особенности систему и планъ нашего курса.

ГЛАВА I.

Понятіе о гражданскомъ судопроизводствѣ.

§ 1. Общія положенія. Гражданское судопроизводство есть система судебныхъ дѣйствій, имѣющихъ цѣлью охраненіе гражданскихъ правъ по поводу нарушенія или спора. Гражданскими правами называются тѣ, которыя составляютъ частную семейную и хозяйственную сферу каждаго лица и, вытекая изъ понятій о лицахъ физическихъ и отдѣльныхъ хозяевахъ, живущихъ другъ подле друга, не могутъ быть выведены изъ понятія о государствѣ или политическомъ союзѣ. Въ этомъ смыслѣ они отличаются отъ публичныхъ правъ, которыя принадлежатъ государству и его органамъ и, вытекая изъ понятія о государственномъ организмѣ въ его внѣшнихъ и внутреннихъ отношеніяхъ, наоборотъ, не могутъ быть выведены изъ понятій о кругѣ семейномъ или объ отдѣльномъ хозяйствѣ. Существо и пространство гражданскихъ правъ, порядокъ ихъ приобрѣтенія, передачи и прекращенія опредѣляются закономъ и обычаями и излагаются въ науцѣ гражданскаго права. Судопроизводство имѣетъ цѣлью только охраненіе этихъ правъ по поводу нарушенія или спора.

Съ каждымъ правомъ соединяется какой-нибудь интересъ, польза или цѣнность, а потому владѣлецъ права обыкновенно стремится къ осуществленію его на дѣлѣ. Осуществленіе права есть выполненіе тѣхъ дѣйствій, которыя входятъ въ содержаніе права. По нравственной необходимости, вытекающей изъ условій общественнаго быта, права осуществляются обыкновенно мирнымъ путемъ, и безспорно. Но эта необходимость не есть физическая и возможны уклоненія отъ нея; осуществляя свое право, лицо сталкивается съ волею другихъ людей, которые часто заинтересованы въ томъ, чтобы оказать ему отпоръ, помѣшать осуществленію его права. Такія дѣйствія или упущенія, мѣшающія осуществленію права, назы-

ваются нарушеніемъ права. Нерѣдко осуществленіе права встрѣчаетъ отпоръ въ другихъ лицахъ потому, что самое право кажется имъ сомнительнымъ, такъ что они отрицаютъ его вполне или отчасти, поднимаютъ споръ противъ права или его условій, какъ-то: правоспособности, состоянія лица, и т. п. Въ другихъ случаяхъ осуществленіе права сталкивается съ фактическими отношеніями, повидимому, законными, но которыя на самомъ дѣлѣ противорѣчатъ закону и должны быть уничтожены, прежде чѣмъ лицо получитъ возможность осуществленія своихъ правъ.

Въ виду этихъ нарушеній и споровъ, по свойственной дѣловому быту предусмотрительности, принимаются разныя предупредительныя мѣры, съ цѣлью обезпечить право на будущее время отъ споровъ и нарушеній. Совокупность этихъ мѣръ называется предохраненіемъ правъ. Иногда въ нихъ принимаетъ участіе судъ, и система судебныхъ дѣйствій, направленная къ этой цѣли, носитъ названіе охранительнаго судопроизводства. Однако, за невозможностью полнаго предупрежденія часто открываются споры и совершаются нарушенія правъ, несмотря на предохранительныя мѣры или независимо отъ нихъ. Отсюда необходимость охраненія или защиты правъ, т.-е. необходимость дѣйствій, имѣющихъ цѣлью прекратить спорное состояніе юридическихъ отношеній и устранить правонарушеніе, насколько возможно, со всѣми гражданскими его послѣдствіями. Во многихъ случаяхъ эта цѣль можетъ быть достигнута безъ участія суда, въ другихъ же случаяхъ только при посредствѣ суда. Система судебныхъ дѣйствій направленныхъ къ этой цѣли, называется гражданскимъ судопроизводствомъ въ тѣсномъ смыслѣ слова или судопроизводствомъ по дѣламъ спорнымъ.

Выходя изъ этихъ общихъ опредѣленій, намъ нужно теперь развить ихъ послѣдствія, чтобы разграничить предметъ нашей науки отъ смежныхъ съ нимъ понятій, каковы область гражданского права и такого охраненія правъ, которое не подходитъ подъ понятіе о гражданскомъ судопроизводствѣ. Цѣлый рядъ сомнѣній и пререканій возникаетъ по поводу этого разграниченія на практикѣ судебной и административной и, такъ какъ они возбуждаются именно въ конкретныхъ случаяхъ и по вопросамъ частнымъ, то однихъ общихъ неразвитыхъ опредѣленій еще недостаточно для надлежащаго ихъ разрѣшенія. Поэтому мы раскроемъ сначала въ

2. Отношеніе гражданского судопроизводства къ гражданскому праву.

1. Гражданское право есть система юридическихъ понятій опредѣляющихъ порядокъ приобрѣтенія, передачи и прекращенія, а также и самое содержаніе или объемъ гражданскихъ правъ. Напротивъ, гражданское судопроизводство есть система судебныхъ дѣйствій, имѣющихъ цѣлью охраненіе гражданскихъ правъ по поводу нарушенія или спора. Нарушеніемъ права называется дѣйствіе или упущеніе, мѣшающее осуществленію права. Такой отпоръ праву отражается прежде всего на самомъ владѣльцѣ права. Поэтому онъ же самъ долженъ заботиться и объ охраненіи своихъ правъ, если того желаетъ. Для заинтересованнаго лица охраненіе права есть ничто иное, какъ особая форма осуществленія его, и никто, кромѣ владѣльца права

или его представителей, не призванъ къ этому осуществленію. Въ самомъ дѣлѣ, гражданскія права отличаются индивидуальностью, они принадлежатъ извѣстному лицу или опредѣленной группѣ лицъ, и потому самому не принадлежатъ никому другому. Оттого, когда послѣдовало нарушение, никто другой не имѣетъ права настаивать на охраненіи. Право на охраненіе есть только особая форма, особое проявленіе того матеріальнаго права, которое предполагается нарушеннымъ. Слѣдовательно, съ передачею или прекращеніемъ матеріальнаго права необходимо утрачивается лицомъ и право на охраненіе и, сверхъ того, очевидно, что ни осуществленіе права, ни особая форма его—охраненіе не могутъ законнымъ образомъ выходить за предѣлы, заключающіеся въ самомъ объемѣ или содержаніи матеріальнаго права. Отсюда слѣдуетъ, что въ дѣлѣ охраненія непременно должны возникать вопросы о томъ, принадлежитъ ли извѣстному лицу то право, охраненія котораго оно домогается, т.-е. приобрѣтено ли имъ это право и не потеряно ли оно имъ; далѣе, если принадлежитъ, то въ чемъ заключается содержаніе права, каковъ объемъ его и въ какомъ отношеніи къ нему стоятъ тѣ дѣйствія или упущенія противной стороны, которыя проситель считаетъ нарушеніемъ своего права. Всѣ эти вопросы естественно разрѣшаются на основаніи той системы понятій, которая опредѣляетъ общій порядокъ и способы приобретенія и потери гражданскихъ правъ, ихъ содержаніе или объемъ. А такъ какъ гражданское судопроизводство имѣетъ дѣло съ охраненіемъ только гражданскихъ правъ, то очевидно, что вся вообще матеріальная сторона его опредѣляется нормами гражданского права. Эта система имѣетъ одинаково основной характеръ, какъ для мирнаго теченія гражданского оборота, естественно принимающаго формы гражданскихъ отношеній, такъ и для судопроизводства, задача котораго состоитъ въ томъ, чтобы обратить это теченіе въ правильныя формы въ случаѣ уклоненія или остановки. Вопросы гражданского права возникаютъ въ судопроизводствѣ на каждомъ шагѣ и обыкновенно на нихъ именно сосредоточивается весь споръ между заинтересованными сторонами. Одна сторона утверждаетъ, что такое-то право ей принадлежитъ, т.-е. приобрѣтено и не потеряно ею, и что содержаніе или объемъ этого права таковы, что извѣстныя дѣйствія или упущенія противника составляютъ нарушеніе ея права. А другая сторона отзывается, что это право совсѣмъ не принадлежитъ тому лицу, не приобрѣтено имъ, или уже потеряно, и что самое содержаніе права таково, что извѣстныя дѣйствія, на которыя это лицо жалуется, вовсе не составляютъ нарушенія права, что правонарушенія совсѣмъ нѣтъ и не было, или было, но прекратилось по мировой сдѣлкѣ или другими способами. Среди этой борьбы интересовъ судъ долженъ удостовѣриться въ существованіи права, опредѣлить его объемъ, установить фактъ правонарушенія съ его гражданскими послѣдствіями. Всѣ эти операціи совершаются на основаніи системы гражданского права. Онѣ сводятся обыкновенно къ удостовѣренію событій или дѣйствій, съ которыми законъ связываетъ приобретеніе или потерю права или характеръ правонарушенія, частію же къ толкованію тѣхъ нормъ или актовъ, которыми опредѣляется объемъ правъ. Такимъ образомъ всѣ дальнѣйшіе вопросы о томъ, какое событіе или дѣйствіе должно быть доказано для удостовѣренія права, кто и что долженъ

доказать, — все это разрѣшается по началамъ гражданскаго права и можно замѣтить, что многія ошибки судебной практики при разрѣшеніи этихъ вопросовъ зависятъ отъ неточнаго анализа и примѣненія именно этихъ началъ. Затѣмъ, когда существованіе права и правонарушенія удостовѣрено, несмотря на споръ, суду остается только признать и охранить право, потому что въ охраненіи правъ состоитъ вся цѣль судопроизводства и судъ не призванъ ни къ установленію новыхъ правъ, ни къ уничтоженію или измѣненію правъ существующихъ. Онъ долженъ охранять право въ томъ его объемѣ или содержаніи, какіе установлены закономъ, обычаемъ или актомъ, составляющими норму этого права.

При такомъ значеніи матеріальной стороны судопроизводства понятно, что характеръ гражданскихъ правъ необходимо долженъ отпечатлѣться на самомъ охраненіи ихъ. Цѣльный рядъ важнѣйшихъ принциповъ гражданскаго судопроизводства выводится, какъ рядъ логическихъ послѣдствій, изъ существа гражданскихъ правъ. На одно изъ такихъ началъ я уже указалъ. Именно: владѣлецъ права долженъ самъ заботиться объ охраненіи его, если того желаетъ. Это положеніе прямо вытекаетъ изъ индивидуальности гражданскихъ правъ и свободы ихъ осуществленія. Изъ него въ свою очередь можно вывести цѣлый рядъ послѣдствій, которыя имѣютъ значеніе общихъ началъ гражданскаго судопроизводства. Такъ, напр., изъ него слѣдуетъ, что судебныя установленія могутъ приступать къ производству гражд. дѣлъ не иначе, какъ по просьбѣ о томъ лицъ, до коихъ тѣ дѣла касаются (ст. 4 Уст.) и что судъ не имѣетъ права ни постановлять рѣшенія о такихъ предметахъ, о коихъ не предъявлено требованія, ни присуждать болѣе того, чтó требовалось сторонами (131 и 706 Уст.). Далѣе изъ него слѣдуетъ, что сторона, требующая охраненія своихъ правъ, во всякое время можетъ уменьшить свои требованія (ст. 332 Уст.), даже совсѣмъ отказаться отъ нихъ, и такое отреченіе, какъ мы впослѣдствіи увидимъ, часто предполагается не только на основаніи положительныхъ дѣйствій, но и въ случаяхъ бездѣйствія заинтересованной стороны. Еще далѣе изъ него слѣдуетъ, что лицо, требующее охраненія своихъ правъ, должно само заботиться о подкрѣпленіи своихъ требованій надлежащими доказательствами и что судъ ни въ какомъ случаѣ не собираетъ самъ доказательства или справки, а основываетъ рѣшенія исключительно на доказательствахъ, представленныхъ сторонами (81 и 82, 366 и 367 Уст.). Весь этотъ рядъ принциповъ есть ничто иное, какъ результатъ, логически вытекающій изъ характера гражд. правъ. Мы уже замѣтили, что когда послѣдовало нарушеніе гражд. права, только заинтересованное лицо или его представители могутъ настаивать на охраненіи. Притомъ и для самого заинтересованнаго лица нарушеніе открываетъ только юридическую возможность охраненія, только право на охраненіе, а не возлагаетъ на него обязанности, потому что осуществленіе гражд. правъ вообще свободно и самыя эти права состоятъ обыкновенно въ свободномъ распоряженіи тѣхъ лицъ, кому принадлежатъ. Положимъ, наприм., что должникъ не платитъ долга, а кредиторъ не требуетъ платежа или, заявивъ такое требованіе, не хочетъ представить никакихъ доказательствъ, оставляетъ дѣло безъ всякаго

хожденія или покидаетъ его въ теченіи производства, не приноситъ жалобъ на отказъ суда въ его первоначальномъ притязаніи и т. п. Въ каждомъ такомъ упущеніи со стороны кредитора можетъ выражаться желаніе отсрочить платежъ, дать льготу должнику, передать или даже, можетъ быть, совсѣмъ простить долгъ или зачесть его по какимъ-нибудь другимъ расчетамъ. Всѣ эти желанія вполне законны, потому что кредиторъ можетъ распоряжаться своимъ правомъ, какъ ему угодно. Результатъ же здѣсь очевиденъ: если заинтересованное лицо бездѣйствуетъ въ преслѣдованіи нарушенія его правъ, то никто не можетъ сказать, что такое нарушение дѣйствительно существуетъ; можетъ быть его и совсѣмъ нѣтъ, или оно было, но гражданскія отношенія сторонъ разрѣшились или разрѣшатся мирнымъ безспорнымъ порядкомъ.

Очевидно, такимъ образомъ, что нормы гражданскаго права имѣютъ основное значеніе для всей вообще матеріальной стороны судопроизводства и что изъ особенной природы гражд. правъ вытекаютъ общія начала, опредѣляющія положеніе и дѣятельность какъ участвующихъ въ процессѣ лицъ, такъ и самого суда.

2. Съ другой стороны, періодъ процесса есть особое критическое состояніе гражд. правъ, въ которомъ возможны не только измѣненіе, но и потеря или уничтоженіе ихъ. Судопроизводство представляется довольно сложнымъ механизмомъ, ходъ котораго совершается по своимъ обрядамъ и формамъ и, особенно когда управляется неискусными руками, можетъ затереть и уничтожить даже дѣйствительное право. Такіе случаи составляютъ всегда непріятное и иногда позорное фіаско для цивилиста, не сумѣвшаго отстоять и охранить дѣйствительное право, — пораженіе тѣмъ болѣе досадное и позорное, чѣмъ глубже свѣдѣнія юриста въ области матеріальнаго права и чѣмъ непростительнѣе его невѣжество въ отношеніи къ порядку и формамъ судопроизводства. Эти формы и обряды въ извѣстной мѣрѣ являются необходимыми принадлежностями процесса, какъ такія гарантіи правосудія, которыя въ теченіе вѣковъ постепенно вырабатываются умомъ и опытомъ человѣчества. Дѣятельность суда, какъ особаго учрежденія въ общественномъ организмѣ, уже по тѣмъ же соображеніямъ должна быть подчинена извѣстной системѣ правилъ и формъ, какъ и дѣятельность другихъ государственныхъ и общественныхъ учреждений, въ видахъ порядка, контроля, обезпеченія гражданъ отъ произвола и т. п. Но по особой природѣ суда гражданскаго эти формы и обряды оказываются здѣсь еще болѣе необходимыми. Гражд. судопроизводство есть борьба интересовъ весьма могущественныхъ и, какъ каждая борьба, естественно подлежитъ извѣстнымъ условіямъ, формамъ и ограниченіямъ въ видахъ равноправности сторонъ и правильнаго исхода. Конечная цѣль процессуальныхъ обрядовъ и формъ состоитъ въ томъ, чтобы обезпечить надлежащее раскрытіе предъ судомъ спорныхъ отношеній и правильное разрѣшеніе ихъ на основаніи системы гражд. права. Но именно потому, что они необходимы для этой цѣли, нарушеніе ихъ влечетъ за собой разныя невыгодныя послѣдствія, которыя отражаются и на самыхъ правахъ. Судебное рѣшеніе можетъ отказать просителю въ охраненіи даже дѣйствительнаго права, если его защита въ процессѣ была недостаточна, если пропущены были сроки, установленные для судебныхъ дѣйствій стороны, или не соблюдены существенныя формаль-

ности этихъ дѣйствій. Вступивъ въ окончательную законную силу, рѣшеніе становится новымъ основаніемъ, опредѣляющимъ отношенія сторонъ безповоротно, хотя бы прежнія ихъ отношенія были имъ измѣнены или прекращены.

Очевидно, такимъ образомъ, что періодъ судопроизводства есть фазисъ въ развитіи гражданскихъ правъ, обнаруживающій вліяніе на судьбу ихъ, фазисъ критическій, болѣзненный, который можетъ кончиться или возстановленіемъ права во всей его силѣ, или измѣненіемъ и даже уничтоженіемъ права. Совокупность юридическихъ нормъ, опредѣляющихъ судьбу правъ въ процессѣ, называютъ исковымъ правомъ (Actionenrecht), потому что отдѣльныя притязанія на судебную защиту, основанныя на матеріальныхъ правахъ, носятъ названія исковъ или правъ иска (actiones). Какъ матеріальная сторона процесса, безъ которой и формальная обрядовая сторона его не могла бы быть понята въ надлежащихъ ея предѣлахъ, исковое право составляетъ существенную часть системы судопроизводства и вносится естественно во всѣ учебники по этому предмету, а потому должно войти и въ нашъ курсъ. Но съ другой стороны, какъ особое состояніе матеріальныхъ гражданскихъ правъ, оно излагается и въ учебникахъ права. По крайней мѣрѣ такъ дѣлается въ литературахъ западной Европы, особенно въ Германіи.

Этотъ общій капиталъ служитъ доказательствомъ тѣсной внутренней связи между двумя науками. Было время, когда области права и процесса еще гораздо болѣе сливались одна съ другою и затѣмъ въ историческомъ развитіи ихъ замѣчается постоянное взаимодѣйствіе. Судопроизводство есть сужденіе спорящихъ сторонъ и суда о правѣ и неправѣ, притомъ такое сужденіе, которое обыкновенно приходитъ къ положительному результату—къ рѣшенію. Въ этомъ постоянномъ процессѣ сужденія и разрѣшенія споровъ естественно опредѣляются, выясняются и развиваются понятія о гражданскихъ правахъ и создается такимъ образомъ тотъ матеріалъ юридическихъ идей и положеній, который впоследствии входитъ въ законодательство и въ научную систему права. Явленіе совершенно понятное. Каждое право есть ничто иное, какъ притязаніе или требованіе, признанное основательнымъ въ юридическомъ быту. Но гдѣ оно можетъ получить это признаніе прежде всего? Первый вопросъ о немъ возникаетъ по поводу спора, въ процессѣ, и первую санкцію даетъ ему судъ, выражая такимъ образомъ юридическое сознаніе своего вѣка, своего народа. Съ другой стороны, конечно, чѣмъ глубже развита система матеріальнаго права, тѣмъ правильнѣе работаетъ самый механизмъ процесса и тѣмъ удобнѣе его собственное внутреннее развитіе.

3. Разсматривая отношенія гражд. права и судопроизводства, мы имѣли до сихъ поръ въ виду судопроизводство въ тѣсномъ смыслѣ этого слова, но дѣламъ спорнымъ или тяжбымъ. Но выше уже замѣчено, что, кромѣ этого рода, есть еще судопроизводство охранительное, имѣющее цѣлью охраненіе гражд. правъ до спора и на случай возможныхъ нарушеній и споровъ. Такія предохранительныя мѣры нужны напримѣръ, въ случаѣ смерти хозяина имущества, когда нѣтъ налицо наслѣдниковъ; здѣсь надобно сбережъ имущество отъ расхищенія и охранить права наслѣдниковъ. И далѣе, при осуществленіи права наслѣдованія, можетъ оказаться необходимымъ посредничество суда, наприм., при раздѣлахъ наслѣдства и выкупѣ родовыхъ имуществъ законными

наслѣдниками. Другой подобный случай, когда какое-нибудь лицо пропало безъ вѣсти и нужно сберечь его имущество и охранить права заинтересованныхъ лицъ. Затѣмъ есть цѣлый рядъ мѣръ, имѣющихъ цѣлью охраненіе правъ посредствомъ укрѣпленія, т.-е. совершеніемъ письменныхъ актовъ, свидѣтельствующихъ о правѣ, вводимъ пріобрѣтателя во владѣніе имѣніемъ и т. п. Въ принятіи этихъ мѣръ не всегда участвуетъ судъ, а существуютъ для того особыя учрежденія, наприм.: нотаріальныя, вотчинно-крѣпостныя, учрежденія для веденія метрическихъ книгъ и т. д. Но нѣкоторыя мѣры поручены судебнымъ мѣстамъ, напримѣръ, распоряженія о вводѣ во владѣніе. Къ дѣламъ судебного же управленія принадлежитъ надзоръ надъ опекунскими учрежденіями.—Изъ этого перечня дѣлъ охранительнаго судопроизводства или, какъ они прежде назывались у насъ, дѣлъ судебного управленія, можно видѣть, что такое участіе суда въ охраненіи гражд. правъ составляетъ также общій предметъ науки гражд. права и судопроизводства. Въ самомъ дѣлѣ, изложить понятія и положенія о посредничествѣ суда въ установленіи, укрѣпленіи и безспорномъ осуществленіи правъ необходимо прежде всего въ системѣ матеріальнаго гражданскаго права. Къ судопроизводству въ тѣсномъ смыслѣ этого слова этотъ предметъ не относится, потому что въ дѣлахъ этого рода нѣтъ спора о гражданскихъ правахъ, нѣтъ нарушенія, нѣтъ иска о защитѣ противъ правонарушенія: если нарушеніе послѣдовало и возникъ споръ, то онъ долженъ быть предъявленъ въ видѣ иска въ спорномъ порядкѣ судопроизводства. Дѣла судебного управленія принадлежатъ къ судопроизводству только въ обширномъ смыслѣ этого слова, какъ системѣ судебныхъ дѣйствій, имѣющихъ цѣлью охраненіе гражданскихъ правъ вообще. Для нихъ существуютъ также свои формы и обряды производства, опредѣляемые судебными законами и практикою. Судебная статистика показываетъ, что число такихъ дѣлъ въ нашихъ судахъ весьма значительно. Они вызываютъ на практикѣ цѣлый рядъ затрудненій и недоразумѣній. По всѣмъ этимъ основаніямъ краткій очеркъ охранительнаго судопроизводства долженъ найти себѣ мѣсто и въ нашемъ курсѣ.

Указавъ на отношенія гражданскаго судопроизводства къ гражданскому праву, мы переходимъ теперь къ разграниченію его отъ другой, весьма обширной смежной области, именно такого охраненія правъ, которое по какимъ-либо признакамъ не принадлежитъ къ гражданскому судопроизводству. Такъ какъ гражданское судопроизводство есть судебное охраненіе гражданскихъ правъ, то въ другихъ видахъ охраненія правъ можно указать два признака, отличающіе ихъ отъ нашего предмета; именно охраненіе гражданскихъ правъ можетъ быть несудебное, или самыя права, подлежащія охраненію, могутъ быть негражданскія. Поэтому необходимо рассмотретьъ въ

§ 3. Несудебное охраненіе гражданскихъ правъ.

Во многихъ случаяхъ нарушеніе права можетъ быть устранено посредствомъ внѣсудебной самообороны и расправы, то-есть такого приложенія силы къ охраненію правъ, которое не подходитъ подъ понятіе о запрещенномъ самоуправствѣ. Этотъ способъ охраненія, особенно въ первоначальныхъ обществахъ, поддерживаетъ челоуѣка въ его борьбѣ за существованіе и оберегаетъ еще мало

установившееся владѣніе отъ насилій окружающей среды съ ея бродячимъ неосѣвшимъ населеніемъ. Явленіе совершенно понятное тамъ, гдѣ общественная власть еще не успѣла окрѣпнуть, какъ на первыхъ порахъ исторіи каждаго народа или въ странахъ новыхъ, въ мѣстностяхъ глухихъ, съ рѣдкимъ населеніемъ, при недостаткѣ путей сообщенія. Напротивъ, гдѣ населеніе сплотилось и завязался прочный общественный бытъ, тамъ этотъ способъ охраненія постепенно ограничивается, потому что только въ извѣстныхъ предѣлахъ онъ можетъ быть примиренъ съ требованіями общественнаго порядка и спокойствія.

Нашимъ закономъ „всякое самоуправство по имуществамъ, хотя бы они состояли и въ незаконномъ владѣніи, строго воспрещается“. Однако „законная оборона отъ насилія не считается самоуправствомъ, когда она не выходитъ изъ предѣловъ, закономъ опредѣленныхъ“ (X, I, 690). Въ уголовныхъ законахъ установлены и наказанія за самоуправство (М. У. 142). Вотъ почему съ этимъ явленіемъ довольно часто сталкивается наша уголовная судебная практика и въ уголовныхъ рѣшеніяхъ Сената мы встрѣчаемъ цѣлый рядъ попытокъ опредѣлить понятія о самоуправствѣ, попытокъ не всегда согласныхъ между собою (Сводъ Таганцева, № 1643—98). Основываясь на законѣ и практикѣ, можно провести слѣдующія границы между дозволеннымъ самоохраненіемъ и запрещеннымъ самоуправствомъ.

1. Пока лицо состоитъ во владѣніи предметомъ своего гражданскаго права, оно можетъ отражать нападенія на него силою, только не выходя изъ предѣловъ, соответствующихъ характеру нападенія (690, X, I). Эта самооборона не есть самоуправство, потому что здѣсь *vim vi repellere licet* (L. I § 27-й D. 43. 16).

2. Если лицо не состоитъ во владѣніи предметомъ своего права, то возстановленіе его владѣнія частнымъ путемъ нельзя считать самоуправствомъ, когда оно совершается безъ насилія (Угол. кас. 71 № 339 д. Третьякова) или возмущенія общественнаго спокойствія ¹⁾, или же при невозможности получить своевременную помощь отъ надлежащей власти, напримѣръ, когда кто-либо намѣревается ухватить и скрыться съ чужими вещами (Угол. кас. 70 № 1507).

3. Когда предметомъ права служитъ дѣйствіе другаго лица, то посягательство на чужое имущество или на личную свободу обязаннаго лица, съ цѣлью получить удовлетвореніе своего права, не считается самоуправствомъ лишь въ тѣхъ случаяхъ, которые положительно дозволены закономъ или обычаемъ. Иногда это дѣйствительно дозволяется. А именно:

¹⁾ Самоуправство можетъ быть не только преступленіемъ противъ личности (Лохвицкій. Курсъ угол. права стр. 596), но и противъ общественнаго порядка и благочинія, Срав. Merkel, Selbsthilfe въ Энци. Словарѣ Гольцендорфа. Linde въ Zeit. für Civilrecht und Process, т. I. стр. 361. Blackstone, Comment, т. III, стр. 3 (by Kerr, 1857). Бернеръ Неклюдова, § 211 относитъ самоуправство къ самостоятельнымъ преступленіямъ противъ судебной власти, но замѣчаетъ, что было бы вполне цѣлесообразно совершенно уничтожить особыя опредѣленія о самоуправствѣ и наказывать только за тѣ преступленія, въ которыя оно облекается. Такъ это и сдѣлано въ Герм. Улож.

А. Есть рядъ случаевъ, гдѣ по закону или обычаю существуетъ право задержанія (*ius retentionis, lien*), т.-е. право пріостановки въ исполненіи обязательства въ виду неисполненія того же или другого, стоящаго съ нимъ въ связи, обязательства со стороны противной ¹⁾. Особенно развито это право въ торговомъ быту, гдѣ вообще признается право задержанія цѣнностей, обеспечивающихъ кредитъ, хотя бы онѣ поступили въ руки кредитора и не въ видѣ спеціальнаго обезпеченія, только не съ такимъ ограниченіемъ со стороны передатчика, которое бы прямо отрицало характеръ обезпеченія ²⁾. Такъ банки могутъ задерживать вклады въ размѣрѣ, обеспечивающемъ открытый кредитъ. Возчики, комиссіонеры, корабельщики могутъ задерживать товары до уплаты фрахта, комиссіи и другихъ расходовъ. Наше законодательство допускаетъ право задержанія и въ нѣкоторыхъ другихъ случаяхъ, напримѣръ, задержанія домашняго скота, который производитъ или можетъ произвести потраву на земельныхъ угодьяхъ (Полож. о губ. и уѣзд. по крест. дѣламъ учр., прил. 1, ст. 1), задержанія лошадей, захваченныхъ лѣсовладѣльцемъ на мѣстѣ незаконной порубки лѣса (зак. 15-го мая 1867 г.) и т. д.

Б. Когда актъ, удостоверяющій право кредитора, имѣетъ силу исполнительнаго листа, то на основаніи его кредитору принадлежитъ право непосредственнаго взысканія (*ius executionis*). Уже въ древнемъ римскомъ быту мы встрѣчаемъ одностороннія обязательства, давашія кредитору право наложить руки на лицо или имущество должника безъ суда и слѣдствія и такимъ образомъ приступить прямо ко взысканію долга въ исполнительномъ порядкѣ. Не одни только судебныя рѣшенія вели кредитора къ этой цѣли. Впослѣдствіи, въ торговомъ быту новыхъ народовъ Европы, снова появляются такія формальныя сдѣлки, которыя даютъ кредитору право непосредственнаго взысканія. И теперь почти у всѣхъ народовъ Запада считается правиломъ, что непосредственному исполненію подлежатъ не одни только судебныя рѣшенія, а наравнѣ съ ними и разные безспорные акты, имѣющіе силу исполнительныхъ листовъ, каковы акты, совершенные порядкомъ нотаріальнымъ или судебнымъ, въ которыхъ должникъ заранѣе предоставилъ кредитору право безспорнаго взысканія и на которыхъ съ этою цѣлью сдѣлана надпись—исполнительный приказъ нотаріусомъ или судомъ ³⁾. Наше прежнее законодательство также допускало по дѣламъ безспорнымъ особый порядокъ взысканія черезъ полицію (X, 2, кн. 1), но при судебной реформѣ онъ замѣненъ былъ сокращеннымъ порядкомъ судебного производства (Мотивы гос. канц. къ ст. 348, 352 и 364 Уст. гражд. суд.), такъ что теперь и безспорныя взысканія обращаются въ судъ въ видѣ исковъ и масса такихъ дѣлъ въ нашихъ судахъ весьма велика; таковы, напримѣръ, дѣла по закладнымъ, по формальнымъ заемнымъ письмамъ и т. п. Однако, право непосредственнаго взысканія существуетъ у насъ и теперь. Такъ, кредитныя учрежденія имѣютъ право продавать залоги для взысканія съ неисправ-

¹⁾ Источники и литературу по этому предмету см. у Гольдшмидта „Handbuch des H. R.“ § 93. По англійскому праву мой „очеркъ конкурснаго пр.“ стр. 239.

²⁾ Deut. H. G. B. § 323.

³⁾ Франц. Уст. гр. суд. 545. Итал. 554. Бавар. 821—822. Герман. проектъ 1872 г. 638—641. Blackstone by Kerr, т. II, стр. 342. Bouvier Law Dict. v. Recognizance.

ныхъ должниковъ ¹⁾. Судебный приставъ, доставившій повѣстку и не получившій опредѣленной за то платы, можетъ тотчасъ же приступить къ аресту имущества получателя ⁴⁾. Особенную судьбу имѣли у насъ вексельныя взысканія. По отмѣнѣ полицейскихъ судовъ возникли на практикѣ сомнѣнія, куда предъявлять векселя ко взысканію— въ коммерческой или въ общіе суды ³⁾. Сенатъ рѣшилъ, что гдѣ учреждены коммерческіе суды, вексельныя дѣла принадлежать къ ихъ вѣдомству. Поэтому петербургскому коммерческому суду было предписано озаботиться о принятіи мѣръ къ приведенію въ исполненіе сенатскаго указа, а управѣ благочинія прекратить пріемъ дѣлъ по вексельнымъ взысканіямъ съ того времени, какъ получить увѣдомленіе коммерческаго суда о готовности его къ принятію такихъ дѣлъ (Рѣш. общ. собр. 1 и касс. департаментъ 1866 г. № 95). Но этотъ указъ не былъ приведенъ въ исполненіе за неполученіемъ коммерческимъ судомъ разрѣшенія встрѣченныхъ имъ затрудненій, а потому общее собраніе сената рѣшило, что впредь до принятія надлежащихъ мѣръ, которыя могли бы дать коммерческому суду возможность приступить къ исполненію сенатскаго указа, вексельныя взысканія должны производиться по прежнему въ управѣ благочинія или въ мѣстныхъ полицейскихъ управленіяхъ (Общ. собр. 1867 г., № 513, 1870 г., № 28, по дѣлу Чаусова, и 1871 г., № 107, по дѣлу Михельсона). Такимъ образомъ и здѣсь мы имѣемъ взысканія въ исполнительномъ порядкѣ ⁴⁾.

В. Весьма обширныя права непосредственнаго взысканія принадлежатъ государственнымъ, или казеннымъ учрежденіямъ, въ видахъ своевременнаго исполненія обязательствъ, принятыхъ частными лицами по договорамъ съ казною, и въ особенности въ обезпеченіе точнаго поступленія податей, пошлинъ и другихъ налоговъ или штрафовъ. Взысканія производятся здѣсь подлежащими органами казны изъ залоговъ, обезпечивающихъ обязательство (X, 1, 1993, X, 2, 133), изъ товаровъ, задержанныхъ таможеню (Уст. тамож. 1780 и слѣд.), изъ жалованья, аренды и пенсій (X, 2, 133) и т. п. или же черезъ полицію (X, 2, 131), волостныя и сельскія начальства (Полож. о выкупѣ ст. 119, 127 и слѣд.) и т. д. Впрочемъ, казенныя требованія по податямъ, пошлинамъ и другимъ налогамъ или штрафамъ основываются уже на публичномъ правѣ и уже по этому признаку стоятъ внѣ области гражд. судопроизводства.

Во всѣхъ разсмотрѣнныхъ нами случаяхъ дозволеннаго охраненія правъ безъ посредства суда, если владѣлецъ права успѣлъ получить удовлетвореніе или охранить свое право отъ нарушеній, очевидно онъ не будетъ имѣть никакого повода требовать судебной защиты. Однако, эта внѣ судебная расправа, не говоря уже о томъ, что самыя предѣлы ея ограничены, далеко не всегда ведетъ къ окончанію споровъ.

¹⁾ Уставъ госуд. банка, § 106. Полож. о городскихъ банкахъ, § 73. Уст. херсон. земск. банка, § 64—68. Уст. харьков. зем. банка, § 20 и слѣд. Уст. слоб. городского кредит. общ., § 69 и слѣд. Уст. казан. купеч. банка, § 20. Уст. москов. купеч. общ. взаим. кредита, § 24. Уст. новоторжск. общ. взаим. кред., § 21, 23 и слѣд. Уст. слоб. общ. для заклада движ. имущ., § 48. II другіе уставы.

²⁾ Наказъ касс. департаменту сената.

³⁾ Суд. Вѣст. 1866 г. № 2 и 3. Рѣш. моск. суд. палаты тамъ же, № 6. Думашевскій въ Ж. М. Ю. 1866 г. № 8.

⁴⁾ Впрочемъ управа благочинія въ Петербургѣ теперь закрыта и дѣла по вексельнымъ взысканіямъ переданы въ коммерческой судъ.

Напротивъ, именно по поводу ея могутъ возникать новые споры, потому что подъ влияніемъ интересовъ и страстей лицо, охраняющее свое право, легко увлекается и переступаетъ за границу законной обороны, а другая сторона обыкновенно не признаетъ этой расправы законною даже и въ надлежащихъ ея размѣрахъ. Иногда эти споры улаживаются мировою сдѣлкою сторонъ или же рѣшеніемъ третьяго лица, избраннаго ими въ посредники, но при исполненіи мировой сдѣлки и по поводу третейскаго рѣшенія нерѣдко происходятъ новыя разногласія. Поэтому всѣ вообще способы несудебнаго охраненія гражд. правъ не должны преграждать путь къ судебной защитѣ. Если одна изъ сторонъ обратится къ посредничеству суда, онъ обязанъ принять ея просьбу и войти въ разсмотрѣніе дѣла. Конечно, въ теченіи производства можетъ оказаться, что нарушенное право было уже восстановлено законною вѣдсудебною расправою, что нарушение покрыто мировою сдѣлкой или что рѣшеніе третьяго лица было постановлено въ законныхъ предѣлахъ и стороны должны подчиниться ему. Въ такихъ случаяхъ притязаніе просителя можетъ быть найдено неосновательнымъ. Но судить объ основательности или неосновательности его возможно только по разсмотрѣніи дѣла и по выслушаніи сторонъ. Слѣдовательно, судъ не въ правѣ отказать въ принятіи такой просьбы и уклониться отъ разбирательства по дѣлу (69 г. Кас. 389, д. Шеницына, 72 г. кас. 13, д. Демиса).

Мы должны теперь провести болѣе точныя границы между нашимъ предметомъ и охраненіемъ публичныхъ правъ. Такъ какъ это охраненіе совершается двоякимъ путемъ: административнымъ и уголовнымъ, то мы и рассмотримъ сначала въ

§ 4. Административныя дѣла. ¹⁾

Въ одномъ государствѣ, безъ сомнѣнія, должна быть и одна государственная власть. Но она развѣтвляется по различнымъ отраслямъ дѣятельности государственнаго организма — по законодательству, суду и управленію, и распределяется между различными органами, изъ коихъ каждому принадлежитъ извѣстный кругъ власти и соединенныхъ съ нею обязанностей. Для правильнаго развитія государственной жизни, для обезпеченія порядка въ дѣлахъ и поддержанія въ гражданахъ довѣрія къ власти необходимо, чтобы установленные этимъ развѣтвленіемъ ея предѣлы вѣдомствъ были строго

¹⁾ Думашевскій, Сводъ т. 1, № 122—126, т. 2, № 1—8, 1968—72 Побѣдоносцевъ, Суд. Рук. №№ 9—30. Буксгевденъ въ Ж. М. Ю. 1864 г., мартъ. Gneist, *Selfgovernment und Verwaltungsgerichte in England*, 3 изд. 1871 г. Его же *Verwaltungsjustiz* въ Юрид. Словарѣ Гольцендорфа. Stein, *Verwaltungslehre*, т. 1, стр. 105. Bähr *Rechtsstaat*, 1864. Regelsberger, *Justiz und Verwaltung* въ *Kritische Ueberschau IV*, 52 и слѣд. Meier, das *Verwaltungsrecht* въ Энци. Гольцендорфа.— Büff въ *Zeit. für Civilrecht u. Process*, N. F. т. XI. Шлайеръ, *ib.* т. X. Dareste, *la justice administrative en France*, 1862. Praneuf, *jurid. admin.*, 1863.—Serrigny 1865, 3 vol. Macarel, Deloche и др. *Recueil des arrêts du conseil 1821—65* г., 47 томовъ Carré et Chauveau Adolphe *lois de la proc.* т. 8. Mittermaier въ *Archiv. f. civ. Prax.*, т. XXI, стр. 254 ff. (1838 г.), т. 23, стр. 125 и слѣд. Rönne, *preus. Staats-Recht*, § 56. Borsari, *il codice di proc. civ.* 1, стр. 166—79. Roesler въ *Zeit. v. Grünhut*, т. 1, стр. 181—200 (1874 г.).

соблюдаемы, потому что только при этомъ условіи возможно каждому вѣдомству выполнять лежащія на немъ обязанности. Если бы законодательство стало кассировать судебныя рѣшенія, постановленныя на основаніи существующихъ законовъ, или, наоборотъ, судебныя установленія стали бы рѣшать дѣла не по твердой нормѣ закона, а по своимъ собственнымъ воззрѣніямъ, то это повело бы непременно къ ослабленію той и другой отрасли государственной власти, поколебало бы довѣріе къ закону и къ суду. Въ виду подобныхъ же послѣдствій должны быть установлены точныя предѣлы между областью суда и обширною сферою администраціи. Этотъ вопросъ по справедливости считается архимедовою точкою опоры для государственнаго устройства. Во всей своей полнотѣ онъ входитъ въ систему государственнаго права. Здѣсь мы должны только разграничить область гражданскаго судопроизводства отъ административныхъ дѣлъ.

Гражданское судопроизводство имѣетъ цѣлью охраненіе гражданскихъ правъ въ случаяхъ нарушенія или спора, и, насколько въ немъ участвуетъ судъ, какъ органъ государства, есть особенное проявленіе государственной власти въ примѣненіи къ этой специальной цѣли, особая отрасль государственнаго управленія. Предметъ этой дѣятельности государственной власти есть сужденіе о гражданскихъ отношеніяхъ, правахъ и обязанностяхъ между заинтересованными въ нихъ сторонами, съ цѣлью разрѣшить ихъ споръ и охранить право отъ нарушенія. Такое сужденіе возможно только на основаніи существующихъ юридическихъ нормъ, потому что нѣтъ гражданскаго права, которое бы не находило себѣ основанія въ системѣ дѣйствительно существующихъ юридическихъ нормъ.

Цѣлая область государственнаго управленія, какъ развитіе всей вообще государственной жизни, на основаніи и въ духѣ законодательства, гораздо шире частной сферы гражданскаго судопроизводства. Если мы выдѣлимъ эту особенную отрасль управленія, обезпечивающую судебное осуществленіе гражданскихъ правъ въ случаѣ спора или нарушенія, то внѣ ея будетъ лежать цѣлая система публичныхъ отношеній и удовлетвореніе всѣхъ прочихъ требованій общественной безопасности и благосостоянія. Выдѣляя затѣмъ другую вѣтвь судебного управленія—уголовное судопроизводство, имѣющее цѣлью судебное осуществленіе государственнаго права на наказаніе за нарушенія охраняемаго уголовнымъ закономъ общественнаго порядка, мы получимъ въ остаткѣ область администраціи или государственнаго управленія въ тѣсномъ смыслѣ слова, въ отличіе отъ судебного охраненія правъ и отъ законодательной дѣятельности, устанавливающей общія нормы для государственнаго и гражданскаго быта.

Административное вѣдомство обнимаетъ такимъ образомъ дѣятельность различныхъ органовъ государственной или общественной власти въ исполнительномъ порядкѣ, съ цѣлью удовлетворенія всѣхъ тѣхъ требованій общественной безопасности и благосостоянія, которыя не могутъ быть удовлетворены въ порядкѣ судебномъ или частною дѣятельностью гражданъ. Въ этой области администраціи естественно должны встрѣчаться разнообразныя столкновенія властей какъ съ публичными, такъ и съ гражданскими правами отдѣльныхъ лицъ или обществъ. Они происходятъ далеко не всегда отъ злоупотребленія властью, а часто и

по неосновательнымъ претензіямъ отдѣльныхъ лицъ (Рѣш. моск. окр. суда по д. Артемьева съ Майеръ, 4 авг. 1866 г., въ С. Вѣст. 1866 г., № 59). Кромѣ того, по самому положенію своему и именно вслѣдствіе увлеченія обязанностями службы, какъ требованіями общественной безопасности и государственнаго интереса, должностное лицо легко можетъ терять хладнокровіе, необходимое для надлежащей оцѣнки частныхъ интересовъ и правъ. Разрѣшеніе возникающихъ такимъ образомъ споровъ и жалобъ принадлежитъ частью административному же вѣдомству (это такъ называемыя административныя дѣла или споры ¹, Administrativ-Sachen, contentieux administratif), частью судебному вѣдомству (гражданскія и уголовныя судебныя дѣла). Это распредѣленіе основывается на самой природѣ дѣлъ и стоитъ въ связи съ началомъ раздѣленія административнаго вѣдомства отъ судебного, такъ что одни дѣла невозможно передать суду, а другія администраціи безъ вреда правильному ихъ разрѣшенію и безъ нарушенія естественныхъ предѣловъ того и другаго вѣдомства.

Къ административнымъ дѣламъ принадлежать:

1. Отношенія по государственному устройству и по государственной и общественной службѣ военной и гражданской, именно: споры о правѣ участія въ государственномъ, земскомъ или общественномъ управленіи, о правахъ на должность, на чины и отличія, на повышение оклада жалованья, на пособія и пенсіи; отчетность, начеты и взысканія по службѣ, дисциплинарныя дѣла по надзору высшихъ органовъ власти надъ низшими, жалобы на перемѣненіе и увольненіе отъ службы (Св. Зак., т. I—III и Св. Воен. Зак.).

2. Требования личныхъ или имущественныхъ пожертвованій со стороны подданныхъ, основанныя на верховномъ правѣ государства, а именно на правѣ экспроприаціи, налоговъ и повинностей. Такимъ образомъ, всѣ случаи, въ коихъ можетъ представиться нужнымъ обратить частное недвижимое имущество на государственную или общественную пользу, опредѣляются именными высочайшими указами (X, I, 576), а опредѣленіе вознагражденія за него владѣльцамъ производится въ административномъ порядкѣ, хотя и съ участіемъ должностныхъ лицъ судебного вѣдомства въ составѣ оцѣночныхъ комиссій (X, I, 581 и слѣд.) ²). Точно также и всѣ операціи по выкупу крестьянами усадебной оцѣдности и полевыхъ угодій производятся въ особомъ административномъ порядкѣ (Полож. о выкупѣ, т. IX

¹) Въ Суд. В. 1874 г. № 254 сообщается, что въ Госуд. Совѣтъ поступаетъ на разсмотрѣніе проектъ правилъ о примѣненіи судебныхъ уставовъ къ административнымъ вѣдомствамъ и о порядкѣ производства казенныхъ взысканій, опредѣляемыхъ административными установленіями, выработанный особою комиссіею подъ предсѣдательствомъ сенатора Любоцинскаго.

²) Въ западныхъ государствахъ существуютъ 4 системы для опредѣленія вознагражденія при экспроприаціи: 1) административнымъ начальствомъ, съ правомъ недовольныхъ обратиться съ жалобой въ судъ (Пруссія и Саксонія); 2) Судомъ чрезъ экспертовъ съ совѣщательнымъ голосомъ (Австрія, Женева, Бельгія и др. Ср. также *Dorpat'sche Zeit.* IV, 2, стр. 104 и слѣд. и III, I, стр. I и слѣд.); 3) черезъ оцѣночную комиссію съ правомъ жалобы по начальству или въ судъ (Баварія, Брауншвейгъ, Швейцарія и др.); 4) черезъ присяжныхъ (Франція). Въ Англіи оцѣнка имуществъ незначительныхъ производится двумя мировыми судьями, а прочихъ присяжными. Meyer, *das Recht der Expr.* 1868 г., Stein, *Verwaltungslehre*, т. VII. 1868 г.

по прод. 1863 г.) и всё споры по исполненію уставныхъ грамотъ или обязательныхъ отношеній между помѣщиками и крестьянами, опредѣленныхъ положеніями 19 февраля 1861 г., разбираются въ особыхъ по крестьянскимъ дѣламъ учрежденіяхъ (Зак. 25 окт. 1865 г. ст. 1, 1867 г. Кас. 498, д. Безсоновой. 1869 г. Кас. 550, д. Лачинова. 1869 г. Кас. 978 д. Колокольцова. 1872 г. Кас. 457 д. Гуртоваго), до тѣхъ поръ пока эти обязательныя отношенія существуютъ и пока крестьяне не сдѣлались неограниченными собственниками выкупленныхъ имѣній (1871 г. Кас. 236 д. Обрѣзова).—Распредѣленіе и взысканіе податей, пошлинъ и другихъ государственныхъ земскихъ и общественныхъ сборовъ и повинностей, взысканіе штрафовъ, таможенныхъ акцизидній и т. п. производятся также въ административномъ порядкѣ (Св. Зак., т. IV—VIII, т. XI Уст. Торг. 839, прил. 28 и т. III ч. I. Полож. о Зем. Учр., ст. 62, 68) и даже когда судебное мѣсто взыскиваетъ, наприм., гербовыя пошлины или штрафы, оно дѣйствуетъ здѣсь въ качествѣ административнаго установленія, а не суда, потому что самое требованіе здѣсь принадлежитъ ему, какъ органу государства, а между тѣмъ въ области судопроизводства никто не можетъ быть судьей въ собственномъ дѣлѣ. Законъ называетъ такія требованія административныхъ мѣстъ и лицъ безспорными, недопускающими возраженій въ состязательномъ порядкѣ (Уст. Гр. Суд. I, прим. X, 2, ст. 102). Споры и жалобы, конечно, возможны и здѣсь, но они не останавливаютъ взысканія.

3 Полицейскія распоряженія какъ по предупрежденію опасностей, такъ и въ видахъ общественнаго благосостоянія, и возникающіе по поводу ихъ споры. Этотъ послѣдній разрядъ административныхъ дѣлъ весьма обширенъ, потому что самыя задачи полиціи чрезвычайно разнообразны (Св. Зак., т. XI—XIV). Такъ, напримѣръ, сюда относится добровольная административная юрисдикція (*instruction gracieuse*) по просьбамъ о концессіяхъ, привилегіяхъ и разрѣшеніяхъ всякаго рода на такія дѣйствія, предпріятія или промыслы, которые поставлены въ зависимость отъ предварительнаго разрѣшенія начальства (Уст. Фабрич. ст. 136 и слѣд. Уст. строит. ст. 322 и слѣд. Уст. пожар. ст. 28 и слѣд. X, I, ст. 2140. Учр. Сен. ст. 29, п. 2 и 3), а также рассмотрѣніе въ порядкѣ спорномъ (*instruction contentieuse*) жалобъ на отказъ въ этихъ разрѣшеніяхъ, напримѣръ, на отказъ губернскаго правленія въ разрѣшеніи постройки (Сенат. распор. 15 сент. 1869 г. по д. Богдановскаго). Другая группа дѣлъ административныхъ возникаетъ по поводу принятія или непринятія различныхъ мѣръ и распоряженій въ видахъ общественной безопасности и благосостоянія, наприм., распоряженій въ обезпеченіе продовольствія, народнаго здравія, образованія, благочинія въ собраніяхъ, распоряженій объ устройствѣ плотинъ, о запрещеніи ѣзды по такой-то улицѣ и проч.

Наряду съ этою областью административныхъ дѣлъ, сфера гражд. судопроизводства опредѣляется слѣдующими началами:

1. Цѣль гражданскаго судопроизводства состоитъ въ охраненіи только гражданскихъ правъ, а не простыхъ интересовъ, которые, по отсутствію матеріальныхъ или формальныхъ условій для пріобрѣтенія правъ, еще не обратились въ пріобрѣтенное право. Этотъ принципъ примѣняется въ особенности къ тѣмъ случаямъ, гдѣ самое пріобрѣтеніе права поставлено въ зависимость отъ концессіи, привилегіи, усмотрѣнія и разрѣшенія правительственной власти. Съ другой

стороны, имѣя дѣло съ охраненіемъ только гражданскихъ правъ, гражданскій судъ не призванъ къ охраненію правъ публичныхъ до тѣхъ поръ, пока публичное отношеніе не превратилось въ гражданское. Такія превращенія вполне возможны, потому что лица публичныя въ кругу однихъ отношеній являются въ то же время частными лицами въ кругу другихъ отношеній. Изъ отношеній публичныхъ естественно развивается гражданское право, лишь только оказываются въ наличности матеріальныя условія и формальныя основанія для приобрѣтенія такого частнаго права. Такъ, наприм., отношенія по государственной службѣ имѣютъ безъ сомнѣнія публичный характеръ, какъ внутреннія отношенія государственнаго организма, изъ которыхъ слагается его устройство. Поэтому, какъ уже замѣчено выше, права на жалованье, на пособія, пенсіи, награды и т. п., суть права публичныя. Они стоятъ въ связи съ безпорочностью службы и съ тѣми нравственными качествами служащихъ, которыхъ требуетъ государственный законъ, предписывая имъ упражняться въ добродѣтеляхъ и похвальномъ любочестіи и воздерживаться отъ безбожнаго житія, пьянства, лжи, и обмановъ, такъ чтобы лѣность, нерадѣніе и неприлежность къ дѣлу почитались наивышшимъ для нихъ стыдомъ, упущеніе же должности и нерадѣніе по части блага общаго, имъ ввѣреннаго, главнѣйшимъ поношеніемъ (Уст. о службѣ гр. ст. 1189 и 1198). На этомъ основаніи просьбы о назначеніи жалованья, наградъ и т. п. не могутъ подлежать гражданскому суду. Но когда жалованье не только назначено и опредѣлено по штату, но и заслужено, когда пенсія уже назначена къ выдачѣ, въ такихъ случаяхъ возникаетъ чисто гражданское отношеніе между заинтересованнымъ въ полученіи ихъ лицомъ и казною. Здѣсь уже нѣтъ отношенія между государственною властью и лицомъ подчиненнымъ въ порядкѣ службы, нѣтъ рѣчи о добродѣтеляхъ по служебной карьерѣ, а существуетъ только денежное обязательственное отношеніе одного частнаго хозяина, казны, къ другому частному хозяину. Поэтому заслуженнаго жалованья или назначенныхъ къ выдачѣ пенсій могутъ требовать какъ тѣ лица, которымъ они слѣдуютъ къ выдачѣ, такъ и лица постороннія, если обратятъ на нихъ долговое взысканіе судебнымъ порядкомъ (Уст. Гр. Суд. 1084 и слѣд.).— Точно также и во второй и третьей группѣ указанныхъ выше административныхъ дѣлъ возможны такія превращенія публичныхъ отношеній въ гражданскія. Возьмемъ, наприм., отношеніе по экспроприаціи. Оно естественно переходитъ въ чисто гражданское отношеніе, лишь только вопросы о примѣненіи экспроприаціи къ извѣстному имуществу и о количествѣ вознагражденія за него разрѣшены въ установленномъ для того порядкѣ. Опредѣленіе вознагражденія становится здѣсь формальнымъ основаніемъ требованія, соединяющаго въ себѣ всѣ условія гражданскаго отношенія. Предметомъ его служитъ денежная сумма или вообще имущественная цѣнность; отношеніе сторонъ по платежу этой суммы уже не основывается на верховномъ правѣ государства, а утверждается на своемъ спеціальномъ основаніи и сводится по своему содержанию къ обыкновеннымъ правамъ кредитора и должника по денежному обязательству. Поэтому и исполненія такого обязательства можно требовать посредствомъ гражданскаго суда (70 г. Кас. 472, д. Полякова).— Равнымъ образомъ и въ тѣхъ случаяхъ, когда приобрѣтеніе права поставлено въ зависимость отъ концессіи, разрѣшенія или распоряженія пра-

вительственной власти и когда эти основанія оказываются въ наличности, возникает гражданское право, охраненія котораго можно требовать судебнымъ порядкомъ. Здѣсь нѣтъ столкновенія между административной и судебной властью, а напротивъ замѣчается единодушная дѣятельность въ одномъ и томъ же направленіи, точно также какъ между полиціею и судомъ уголовнымъ, полагающимъ наказанія за нарушение законныхъ ея распоряженій, существуетъ отношеніе взаимнаго содѣйствія. Но какъ уголовный судъ можетъ охранять только законныя распоряженія полиціи (М. У. 29, 67 г. Кас. Угол. № 14, д. Шибаева), такъ и на гражданскомъ судѣ, безъ сомнѣнія, лежитъ обязанность изслѣдовать, при сужденіи о формальныхъ основаніяхъ правъ, законную компетентность того начальства, на разрѣшеніи или распоряженіи котораго проситель основываетъ свое право. Такъ, наприм., еслибы концессию на желѣзную дорогу или привилегію на изобрѣтеніе выдалъ какой-нибудь регистраторъ губернскаго правленія или частный приставъ, то судъ обязанъ отвергнуть притязанія, основанныя на такомъ незаконномъ актѣ, потому что иначе его рѣшеніе противорѣчило бы закону (129 Уст. Гр. Суд.) и подлежало бы отмѣнѣ (67 г. Кас. 289, д. Иванова, 70 Кас. 868, д. Маркварта и мн. др.).

2. Какъ по общему закону никто не можетъ быть безъ суда лишенъ правъ, ему принадлежащихъ, то всякій ущербъ въ имуществѣ и причиненные кому либо вредъ и убытки съ одной стороны налагаютъ обязанность доставлять, а съ другою производятъ право требовать вознагражденія (X, I, 574). Поэтому частныя лица или общества, права коихъ, на законѣ основанныя, будутъ нарушены распоряженіемъ вѣдѣтельныхъ мѣстъ или лицъ, могутъ предъявить суду искъ о возстановленіи нарушенныхъ правъ (ст. 2 Уст. Гр. Суд.). Такъ, наприм., губернское правленіе нуждается въ частномъ домѣ для помѣщенія пожарной команды, но несогласно на просимую домовладѣльцемъ арендную плату за наемъ дома и дѣлаетъ распоряженіе занять этотъ домъ противъ воли хозяина. Въ такомъ случаѣ нѣтъ законныхъ условій экспроприаціи, а есть только нарушеніе владѣнія или права собственности, и можетъ быть предъявленъ въ судѣ искъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія или права и о присужденіи казны къ платежу просимой домовладѣльцемъ арендной платы съ тѣмъ, чтобы казна въ свою очередь взыскала убытки съ виновныхъ, если она понесла ихъ (Сенат. рѣш., т. I, № 655, 1860 г., д. Монфредъ, Уст. Гр. Суд. 1310 и слѣд.; т. II. Св. Зак. о губ. учр., ст. 225). Впрочемъ, далеко не всегда казна должна отвѣчать за убытки, причиненные дѣйствіями должностныхъ лицъ ¹⁾. Обыкновенно само должностное лицо, которое изъ корыстныхъ или иныхъ личныхъ видовъ, пристрастными дѣйствіями или же нерадѣніемъ, неосмотрительностью, медленностью или неправильными распоряженіями, наприм., закрытіемъ заведенія, фабрики или завода и т. п., нанесетъ частнымъ лицамъ вредъ или убытки,

¹⁾ Опредѣленіе этихъ случаевъ относится къ науцѣ гражд. и государств. права Срав. Verhandlungen des deut. Juristentages, VI, т. 3, стр. 54—31, VIII, т. I, стр. 388—411 и др. Казна отвѣчаетъ по началамъ *in rem verso*, когда выгоды отъ незаконнаго распоряженія должностнаго лица поступили въ ея пользу, или же когда самыя убытки понесены по договору съ казною (ст. 1302 Уст. Гр. Суд.), или вызваны доврѣемъ гражданъ къ казенному учрежденію (Сен. рѣш. 1, № 155, д. Элизовой, 1845 г.).

обязано вознаградить за то потерпѣвшихъ лицъ (X, I, 677 и примѣч. по прод. 1868 г.). Искъ объ этомъ вознагражденіи можетъ быть проведенъ въ порядкѣ уголовного или гражд. суда (Уст. Угол. Суд. 1066 и слѣд. Уст. Град. Суд. 1316 и слѣд.). Въ нашей прежней практикѣ высказывалось иногда правило, что отвѣтственность предъ частными лицами за вредъ и убытки наступаетъ только тогда, когда уголовнымъ судомъ доказано, что должностное лицо дѣйствовало изъ корыстныхъ или иныхъ личныхъ видовъ (Сен. рѣш. т. I № 597, 1858 г., д. Виноходова), но уже въ то время это положеніе было неточно и взысканія за убытки производились съ должностныхъ лицъ и въ такихъ случаяхъ, когда они причинены были неправильными распоряженіями, нерадѣніемъ или неосмотрительностью ихъ (Сен. рѣш., т. I № 707, д. Кафтанникова, 1862 г., № 305, д. Утямышева, 48 г. и мн. др.). Нынѣ дѣйствующее законодательство опредѣлило этотъ предметъ совершенно ясно и положительно и вмѣстѣ съ тѣмъ, въ образованіи самаго состава суда по такимъ дѣламъ, приняло мѣры, обезпечивающія правосудіе и предупреждающія развитіе вреднаго антагонизма между властями судебною и административною; такъ что должностное лицо, теперь уже безъ сомнѣній, отвѣчаетъ за убытки, причиненные частнымъ лицамъ даже неосмотрительнымъ дѣйствіемъ по службѣ, и рѣшеніе вопроса о томъ, было ли извѣстное дѣйствіе неосмотрительнымъ, принадлежитъ суду, а не административному начальству, а потому для начатія иска не требуется ни предварительнаго дозволенія этого начальства, ни признанія имъ дѣйствій должностнаго лица неправильными (70 г. Кас. 893, д. Высоцкаго. 72 г. Кас. 321, д. Шибаева. Мотивы Гос. Канц. къ ст. 1316 Уст. Град. Суд.). Но такъ какъ одинъ судъ не всегда былъ бы способенъ разрѣшать такіа дѣла безъ участія административнаго вѣдомства, то для нихъ образуется въ судѣ особое присутствие, составленное изъ членовъ суда и администраціи (Уст. 1320—22. Град. Суд. В. 66 г., № 95). Въ такомъ составѣ суда соединяются, по мысли законодателя, какъ юридическія, такъ и административныя свѣдѣнія, гарантирующія правильное рѣшеніе дѣлъ, а вмѣстѣ съ тѣмъ и административному начальству предоставляется по справедливости извѣстная доля вліянія, дается голосъ въ сужденіи о томъ, были ли дѣйствія должностнаго лица, ему подчиненнаго, неправильными или неосмотрительными, были ли дозволены имъ упущенія или небрежность по службѣ. Въ такомъ присутствіи, наприм., было признано по одному дѣлу, что если инспекторъ типографій избереть для повѣрки шрифтовъ такой способъ, который наноситъ содержателю типографіи явный ущербъ въ имуществѣ, именно взвѣшиваніе шрифтовъ, такое дѣйствіе должно считаться неосмотрительнымъ (67 г. Кас. 228, д. Куволь-Яснопольскаго съ генераль-майоромъ Чебыкинымъ).

3. Дѣла по договорамъ съ казною также входятъ въ область гражданскаго судопроизводства, потому что, хотя въ нихъ заинтересовано государство, но оно участвуетъ, въ договорныхъ отношеніяхъ не какъ субъектъ верховной власти, а какъ частный хозяинъ, равноправный съ другими контрагентами. Отношенія здѣсь чисто гражданскія, а не публичныя. Только нѣкоторыя изъ нихъ, именно дѣла по казеннымъ подрядамъ и поставкамъ, представляютъ ту особенность, что ихъ исполненіе или реализація имѣетъ длительный характеръ. До выдачи подряда или поставкѣ окончательнаго расчета, съ обѣихъ сторонъ могутъ быть взаимныя претензіи, которыя

могутъ еще уладиться добровольнымъ соглашеніемъ ихъ при посредствѣ начальства. Судебное вмѣшательство въ этотъ періодъ исполненія могло бы только разстроить отношенія сторонъ. Поэтому законъ не допускаетъ его въ это время и жалобы подрядчиковъ должны приноситься по начальству (1301 Уст.). Напротивъ, по окончаніи расчетовъ предоставляется контрагентамъ или жаловаться по начальству, или же предъявить къ казнѣ искъ судебнымъ порядкомъ (ст. 1302). Но они должны выбрать что-нибудь одно, потому что иначе тоже самое дѣло стало бы производиться и въ административномъ и судебномъ вѣдомствѣ, изъ чего могло бы произойти столкновение властей. Поэтому контрагентъ, принеся, по объявленіи ему окончательнаго расчета, жалобу по начальству, теряетъ право предъявить искъ судебнымъ порядкомъ (ст. 1304). Конечно, эта жалоба по начальству должна быть настоящею жалобою, а не однимъ лишь донесеніемъ начальству о томъ, что на неправильныя дѣйствія казеннаго управленія контрагентъ намѣренъ предъявить искъ въ судебномъ порядкѣ (Общ. Собр. Сен. 1869 г. № 20, д. Членова). Но если жалоба принесена дѣйствительно съ ходатайствомъ объ удовлетвореніи въ административномъ порядкѣ (X, 2, 118, 119), то право судебного иска теряется, хотя бы она и не получила удовлетворенія (Общ. Собр. Сен. 1869 г., № 28, д. Шорнеля).

§ 5. Отношеніе гражданскаго судопроизводства къ уголовному ¹⁾.

1. Различіе производствъ. 1. Уголовное судопроизводство есть судебное изслѣдованіе условий, при наличности которыхъ въ отдѣльномъ случаѣ подлежитъ удовлетворенію искъ о наказаніи лица, обвиняемаго въ преступленіи (уголовный искъ). Преступленіемъ называется дѣйствие или упушеніе, запрещенное закономъ подъ угрозю наказанія; наказаніе же есть необходимое зло, вознаграждающее нарушителей закона въ видахъ предупрежденія подобныхъ нарушеній. Гражданскій искъ, напротивъ, никогда не направленъ на наказаніе отвѣтника за преступленіе, а требуетъ только признанія права, въ случаѣ отрицанія его, прекращенія факта, мѣшающаго осуществленію права, и вознагражденія истца за вредъ и убытки, понесенные имъ вслѣдствіе правонарушенія. Правда, наказаніе состоитъ иногда въ денежномъ штрафѣ и вознагражденіе за вредъ и убытки обыкновенно производится также въ видѣ денежнаго платежа; но и здѣсь различіе между ними весьма рѣзко. Денежный штрафъ, какъ особая форма зла, вознаграждающаго нарушителей закона въ видахъ предупрежденія по-

¹⁾ Чебышевъ-Дмитріевъ, Сводъ, №№ 5—93, 103—154, 884—6, 1359—70. Таганцевъ въ Ж. М. Ю. 66 г., № 9, сентябрь. Побѣдоносцевъ №№ 131—149, 1140—44. Думашевскій, Сводъ, 1, № 119—121, 127 и слѣд., т. II № 21—48. Левенштейнъ, Опытъ разграниченія подсудностей гражд. и угол. 1872 г. Буцковскій, Очерки суд. порядковъ 74 г., стр. 471 и слѣд. Стефановскій въ Ж. М. Н. Пр. 1873 г. февраль-сентябрь. John, Civilprocess und Strafprocess въ Энциклоп. Гольцендорфа. Ortloff. Der Adhäsionsprocess 64 г. Hoffmann, traité des questions préjudicielles en matière repressive 65 г. Zimmermann, ist der Civilrichter an den Ausspruch des Crimnalrichters gebunden und umgekehrt въ Zeit. für Civilrecht u. Proc. № F. т. II и 12. Schäffer по тому же вопросу въ Civil. Archiv, т. 37. Planck, Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten, 44 г. Endemann, das deutsche Civilprocessrecht § 2 и 154.

добныхъ нарушеній, не имѣть въ виду возстановить интересъ, утраченный потерпѣвшими лицами вслѣдствіе преступленія, а потому и не соразмѣряется съ этимъ интересомъ и можетъ значительно превышать его; какъ справедливое и практическое воздаяніе за нарушение уголовного закона, онъ соображается съ разными внутренними моментами преступленія и съ публичною его стороною—со степенью его опасности и общественнаго интереса въ предупрежденіи подобныхъ нарушеній. Тогда какъ вознагражденіе за вредъ и убытки имѣетъ цѣлью только возстановить интересъ, утраченный владѣльцемъ права вслѣдствіе правонарушенія, а потому необходимо соразмѣряется съ этимъ интересомъ и не можетъ превышать его.

Гражданское правонарушеніе также легко отличить отъ преступленія. Нарушеніе гражданскаго права есть дѣйствіе или упущеніе, мѣшающее осуществленію этого права, тогда какъ преступленіе есть дѣйствіе или упущеніе, запрещенное закономъ подъ угрозою наказанія. Часто нарушеніе гражданскихъ правъ является вмѣстѣ съ тѣмъ нарушеніемъ уголовного закона, влекущимъ за собою наказаніе. Въ такомъ случаѣ одно и то же дѣйствіе имѣетъ двойственный характеръ и должно оцѣниваться съ двухъ разныхъ сторонъ. Въ этомъ нѣтъ ничего страннаго. По связи всѣхъ явленій юридическаго быта, часто одинъ и тотъ же фактъ, одно и то же дѣйствіе отражается не только на двухъ разныхъ отношеніяхъ, но иногда на цѣлой массѣ разнородныхъ отношеній, и притомъ отражается различнымъ образомъ, устанавливая одни отношенія, прекращая другія, измѣняя третьи и т. д. Въ каждомъ особомъ отношеніи такое дѣйствіе должно обсуживаться съ своей особой стороны, и никоимъ образомъ нельзя сказать, наприм., что если рожденіе младенца есть способъ установленія родства, то оно не можетъ служить способомъ прекращенія завѣщательнаго права, способомъ измѣненія права наслѣдованія, права выкупа и т. д. Въ отношеніи къ каждому такому послѣдствію оно имѣетъ свое особое значеніе. Поэтому нѣтъ ничего необыкновеннаго въ томъ, что одно и то же дѣйствіе въ ряду отношеній гражданскихъ можетъ имѣть характеръ гражданскаго правонарушенія, а въ отношеніи къ общественному порядку, охраняемому уголовнымъ закономъ,—характеръ преступленія. Та и другая сторона его зависитъ отъ своихъ особыхъ условій и влечетъ за собою особыя послѣдствія.

Ислѣдованіе преступленій съ цѣлью наказанія совершается въ порядкѣ уголовного судопроизводства, а ислѣдованіе гражданскихъ правонарушеній и споровъ съ цѣлью удовлетворенія гражданскаго иска обыкновенно въ порядкѣ гражданскаго судопроизводства. То и другое судопроизводство имѣетъ свои особенности, вытекающія изъ различія ихъ предметовъ, а потому тѣмъ болѣе рѣзкій, чѣмъ болѣе ислѣдуемое преступленіе по тяжести наказанія удаляется отъ простыхъ гражданскихъ правонарушеній и споровъ, не влекущихъ за собою никакого наказанія. Уголовный искъ имѣетъ свои особыя условія предъявленія, проходитъ черезъ особую организацію слѣдствія и суда, повѣряется особою системою доказательствъ и уликъ, обезпечивается особыми мѣрами и разрѣшается особымъ финаломъ. На всемъ производствѣ отражается болѣе или менѣе вліяніе общественнаго интереса, связаннаго съ преслѣдованіемъ преступленій, а потому судебная организація рассчитана на болѣе дѣятельное участіе судебной власти въ этомъ преслѣдованіи, а сами стороны имѣютъ меньше вліянія на про-

цессъ и даже на отказъ обвинителя отъ преслѣдованія обращается вниманіе лишь въ немногихъ случаяхъ такъ-называем. частныхъ преступленій, преслѣдованіе и наказаніе коихъ поставлено въ зависимость отъ произвола потерпѣвшихъ лицъ. Напротивъ, гражданскіе иски, возраженія, доказательства, взысканія стоятъ въ полномъ распоряженіи подлежащей стороны, судъ занимаетъ положеніе посредника, нисколько не заинтересованнаго ни въ преслѣдованіи отвѣтчика, ни въ удовлетвореніи истца, а потому не собираетъ самъ ни доказательствъ, ни справокъ, а можетъ только напомнить сторонамъ, чтобы онѣ представили надлежащія доказательства, чисто формальныя, опредѣленныя законами о формахъ установленія и прекращенія гражданскихъ отношеній, и отказываетъ въ притязаніяхъ сторонъ, если найдетъ, что доказательства не представлено, или изъ какого-нибудь другаго упущенія стороны заключить, что она отказалась отъ судебного осуществленія своихъ притязаній.

2. Соединеніе и раздѣленіе производствъ. Различіе уголовного и гражданскаго судопроизводства выражается наглядно въ томъ, что для каждаго изъ нихъ существуютъ свои обряды и формы, опредѣленные особыми законами. И естественно, что каждое дѣло должно слѣдовать установленному для него порядку судопроизводства, такъ что всѣ дѣла о преступленіяхъ и проступкахъ должны производиться въ уголовномъ порядкѣ. (Уст. Угол. Суд. ст. 1), а споры о правѣ гражданскомъ обыкновенно разбираются въ порядкѣ гражданскаго судопроизводства¹⁾. Отсюда же слѣдуетъ, что въ производствѣ дѣла гражданскимъ порядкомъ судъ не имѣетъ права ни примѣнять формы и обряды уголовного судопроизводства, ни разрѣшать вопросовъ о преступленіи и наказаніи въ томъ же самомъ рѣшеніи, которымъ опредѣляются спорныя гражданскія отношенія сторонъ²⁾. Такое смѣшеніе производствъ встрѣчается нерѣдко въ тѣхъ случаяхъ, когда гражданское правонарушеніе имѣетъ въ тоже время значеніе проступка, предусмотрѣннаго уголовнымъ закономъ, или же когда въ теченіи гражданскаго производства открывается по дѣлу уголовное обстоятельство. Особенно при самомъ началѣ дѣла у мирового судьи бываетъ трудно рѣшить, какой оно имѣетъ характеръ — гражданскій или уголовный, и слѣдовательно въ какомъ порядкѣ оно должно быть разсмотрѣно. Здѣсь примѣняется общее правило, что „первоначальное направленіе каждаго дѣла обуславливается характеромъ и свойствомъ первоначальнаго заявленія, дальнѣйшее же направленіе его зависитъ отъ тѣхъ обстоятельствъ, которыя обнаружены при судебномъ разбирательствѣ“ (68 г. Кас. 360, д. Львова). Поэтому, если дѣло началось искомъ гражданскимъ, то его надлежитъ направить въ порядкѣ гражданскаго судопроизводства, вызвать отвѣтчика и выслушать объясненія сторонъ, хотя бы въ дѣлѣ уже при самомъ началѣ его видно было

¹⁾ Уст. Гражд. Суд. ст. 1. 69 г. Угол. кас. 342, д. Маховитскаго; 1870 г., № 80, д. Абрамова—дѣла по личному найму. 69 г. Угол. кас. 99, д. крестьянъ дер. Таратиной о погравѣ и др.

²⁾ 67 г. Кас. 463 д. Бабина о расчетахъ по подряду постройки завода и объ обманѣ. 68 г. Кас. 218, д. Стариченкова о платежѣ по сохраннымъ роспискамъ и наказаніи за упорное запирательство. 67 г. Кас. 58, д. Синябрюхова, дилижансъ котораго наѣхалъ на истца Станкузевича, и мн. др.

уголовное обстоятельство; по крайней мѣрѣ такъ слѣдуетъ поступать, когда усматриваемое въ дѣлѣ уголовное обстоятельство относится къ частнымъ преступленіямъ, которыя подлежатъ преслѣдованію только по жалобамъ потерпѣвшихъ лицъ (70 г. Кас. 625, д. князя Волконскаго).

Затѣмъ, когда во время производства гражданскаго дѣла изъ обстоятельствъ его откроется общее преступленіе, требующее уголовнаго преслѣдованія, то объ этомъ предметѣ сообщается прокурору, отъ котораго уже потомъ зависитъ дальнѣйшее направленіе его въ уголовномъ порядкѣ (ст. 8 Уст. гражд. суд.). Когда преступленіе—частное и нѣтъ уголовного иска отъ потерпѣвшихъ лицъ или ихъ законныхъ представителей, уголовное преслѣдованіе, конечно, не можетъ быть начато (ст. 5 Уст. угол. суд. Улож. ст. 157. М. Уст. 18—20). Если же есть уголовная жалоба или преступленіе общее, подлежащія мировому суду, то уголовное дѣло обращается къ особому производству, въ уголовномъ порядкѣ, потому что судъ ни въ какомъ случаѣ не въ правѣ вносить разбирательство по обоимъ дѣламъ, гражданскому и уголовному, въ одинъ протоколъ и постановлять одинъ общій для обоихъ дѣлъ приговоръ (69 г. Кас. 1113, д. Ренье). Впрочемъ, мировой судъ не безусловно обязанъ заводить у себя особое дѣло по каждому подозрѣнію или требованію, заявленному тяжущимися сторонами во время гражданскаго производства, а только тогда, когда найдется достаточный поводъ къ возбужденію уголовного преслѣдованія (72 г. Кас. 501, д. Войки. Справ. уст. угол. суд. ст. 42).

Такое же выдѣленіе чуждыхъ вопросовъ *ad separatum* можетъ имѣть мѣсто и въ уголовномъ судѣ, потому что иски о правѣ гражданскомъ обыкновенно должны подлежать разрѣшенію въ порядкѣ гражданскаго суда. Изъ этого правила допускается, впрочемъ, исключеніе. Есть одна довольно обширная группа исковъ, которые основываются на преступленіи и стоятъ въ такой тѣсной связи съ уголовнымъ приговоромъ о немъ, что законъ допускаетъ возможность соединенія ихъ въ одно производство съ уголовнымъ дѣломъ. Таковы именно иски объ удовлетвореніи за вредъ или убытокъ, причиненный преступленіемъ или проступкомъ. Они могутъ быть предъявлены, по желанію истца, или въ уголовномъ судѣ во время производства уголовного дѣла, до открытія судебнаго засѣданія, или въ судѣ гражданскомъ до истеченія срока давности (Уст. угол. суд. 6 и 7., Уст. гражд. суд. ст. 5). Если искъ заявленъ въ уголовномъ судѣ, то онъ присоединяется къ уголовному производству (отсюда и названіе его *Adhäsionsprocess*) и обыкновенно разрѣшается судомъ уголовнымъ на ряду съ уголовными вопросами дѣла. Такое дозволеніе уголовному суду разсматривать иски о вознагражденіи основано на томъ, что въ этихъ случаяхъ право гражданскаго иска есть послѣдствіе того же самаго дѣйствія или упущенія, которое въ виду уголовныхъ его послѣдствій подлежитъ разсмотрѣнію уголовного суда. Когда судъ признаетъ фактъ преступленія совершившимся, а обвиняемаго виновнымъ, то право потерпѣвшаго лица на вознагражденіе дѣлается безспорнымъ и можетъ быть присуждено короче всего тѣмъ же судомъ. Гражданскій искъ здѣсь зависитъ отъ разрѣшенія уголовного обвиненія, такъ что если бы даже потерпѣвшее лицо предъявило его въ гражданскомъ судѣ, послѣдній, конечно, обязанъ былъ бы

принять его, но могъ бы приступить къ разбирательству и разрѣшить его только по окончаніи уголовного производства по тому предмету, изъ коего искъ проистекаетъ ¹⁾. Соединеніе производствъ здѣсь представляется выгоднымъ какъ для гражданскаго истца, потому что въ его пользу обращается вся вообще дѣятельность обвинительной и слѣдственной власти по уголовному дѣлу, такъ и для самой обвинительной и слѣдственной власти, потому что потерпѣвшее лицо, обыкновенно близко знакомое съ фактомъ преступленія, можетъ указывать на слѣды преступленія и поддерживать основанія обвиненія, объясняя и доказывая всѣ тѣ дѣйствія и обстоятельства, отъ признанія и опредѣленія которыхъ зависятъ его требованія (Уст. угол. суд. 559, 560, 570, 599, 631, 735—6, 742—3. 67 г. Угол. кас. № 64, д. Крашенинникова); особенно по дѣламъ о маловажныхъ проступкахъ и о частныхъ преступленіяхъ, успѣхъ уголовного преслѣдованія стоитъ въ полной зависимости отъ энергіи потерпѣвшаго лица.

Въ соединенномъ производствѣ гражданскій искъ разрѣшается или самымъ приговоромъ о виновности подсудимаго, или же послѣ постановленія приговора, когда нужно собрать еще дополнительныя свѣдѣнія или произвести подробный расчетъ убытковъ (ст. 122, 776 и 785 Уст. угол. суд.). По связи этихъ расчетовъ съ уголовнымъ дѣломъ, производство ихъ поручается одному изъ членовъ того же уголовного суда (ст. 785). Напротивъ, если уголовный судъ не призналъ подсудимаго виновнымъ, то въ оправдательномъ приговорѣ онъ вовсе не долженъ касаться вопроса о вознагражденіи гражданскаго истца за вредъ и убытки (69 г. Угол. кас. 905, д. Теребинина). Это правило вытекаетъ изъ двойственной природы того дѣйствія, на которомъ основываются въ одно и то же время уголовный и гражданскій искъ. Уголовный искъ долженъ быть признанъ неосновательнымъ, если это дѣйствіе не составляетъ преступленія или не можетъ быть вмѣнено въ вину подсудимому; но и затѣмъ самый фактъ дѣйствія можетъ еще считаться совершившимся и имѣть характеръ гражданскаго правонарушенія, такъ что на немъ можетъ опираться гражданскій искъ. Поэтому, въ случаѣ непризнанія дѣйствія за преступленіе или невмѣненія его въ вину подсудимому, если только самое дѣйствіе не признано недоказаннымъ или несовершеннымъ чрезъ подсудимаго, гражданскій искъ еще не устраняется (ст. 31 Уст. угол. суд.); уголовному суду съ нимъ нечего дѣлать (противъ этого, 71 г. Кас. угол. 120, д. о порубкѣ лѣса въ каньонной пустоши), но онъ можетъ быть проведенъ въ судѣ гражданскомъ, если отъ дѣйствій оправданнаго подсудимаго произошелъ для истца ущербъ или убытокъ (ст. 7 Уст. гражд. суд.; 69 г. Угол. кас. 362, д. Боброва). Кромѣ того, бываютъ случаи, что уголовное преслѣдованіе прекращается за смертью обвиняемаго, за истеченіемъ уголовной давности, за высочайшимъ указомъ или манифестомъ, дарующимъ прощенье; но гражд. искъ и здѣсь не уничтожается *ipso facto*, а судьба его слѣдуетъ своему теченію; если онъ начатъ былъ въ уголовномъ судѣ до прекращенія уголовного преслѣдованія, то онъ и разрѣшается тѣмъ же судомъ, а въ другихъ случаяхъ можетъ быть обращенъ въ

¹⁾ Ст. 6 Уст. гражд. суд. 68 г. Угол. кас. 388, д. Постовскаго. 70 г. Гражд. кас. 38, д. Арванити. Установленная кассационною практикою формула не совсѣмъ точна, именно, что лицо потерпѣвшее можетъ просить о вознагражденіи въ порядкѣ гражданскаго судопроизводства не ранѣе, какъ по окончаніи уголовного дѣла.

надлежащему отвѣтчику только въ порядкѣ гражданскаго судопроизводства (Уст. угол. суд. 16—20).

3. Взаимная обязательность рѣшеній гражданскаго и уголовного суда, преюдициальность и приостановка производства. Рѣшенія и приговоры судебныхъ мѣстъ считаются обязательными, въ предѣлахъ ихъ законной силы, какъ для самихъ судовъ, такъ и для тѣхъ лицъ, отношенія которыхъ ими опредѣлены. И безъ сомнѣнія сами суды должны подавать примѣръ уваженія къ законной силѣ судебныхъ постановленій, потому что ихъ непостоянство, произволь и противорѣчія составляли бы настоящій позоръ для судебного вѣдомства, *libido iudicum, inconstantia rerum judicatarum — turpitude iudiciorum* (Cic. pro Cluentio XXII, 61). Тоже самое слѣдуетъ сказать и о взаимныхъ отношеніяхъ суда гражданскаго и уголовного, которые являются только отдѣльными вѣтвями одной и той же судебной власти. Поэтому окончательное рѣшеніе гражданскимъ судомъ подлежащихъ его разсмотрѣнію вопросовъ обязательно и для уголовного суда, въ отношеніи дѣйствительности и гражданскаго свойства событія или дѣянія, установленныхъ рѣшеніемъ, такъ что онъ не можетъ осудить обвиняемаго въ такомъ дѣяніи, которое окончательнымъ рѣшеніемъ гражданскаго суда признано недоказаннымъ¹⁾. И наоборотъ, окончательное рѣшеніе суда уголовного по вопросамъ: совершилось ли событіе преступленія, было ли оно дѣяніемъ подсудимаго и какого свойства это дѣяніе—обязательно для суда гражданскаго во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда гражданскія послѣдствія дѣянія, бывшаго предметомъ уголовного суда, разсматриваются судомъ гражданскимъ (Уст. угол. суд. 30). Однако, такъ какъ гражданскія послѣдствія дѣяній различны отъ уголовныхъ, и гражданскій искъ, основанный на дѣйствіяхъ отвѣтчика, не предполагаетъ непременно, чтобы они были преступными и наказуемыми, то очевидно, что гражданскія послѣдствія дѣянія могутъ быть опредѣлены положительно гражданскимъ судомъ и послѣ оправдательнаго уголовного приговора²⁾, если только уголовный судъ не призналъ самаго дѣянія недоказаннымъ или несовершенномъ чрезъ подсудимаго (Уст. угол. суд. 31; 68 г., Кас. 166 д. Кисса). И наоборотъ, такъ какъ наказуемость дѣянія не всегда зависитъ отъ того, что оно составляетъ гражданское правонарушеніе, то очевидно, что она можетъ быть опредѣлена положительно уголовнымъ судомъ и послѣ отказа въ гражданскомъ искѣ, если только гражданскій судъ не призналъ самаго дѣянія недоказаннымъ или несовершенномъ чрезъ обвиняемаго (ст. 29 Уст. угол. суд.). Рѣшеніе гражданскаго суда относительно свойства дѣянія устраняетъ уголовную отвѣтственность лишь настолько, насколько для наказуемости дѣянія необходимо, чтобы оно составляло гражданское правонарушеніе

¹⁾ Уст. угол. суд. 29. 69 г. Угол. кас. 467, д. Щелкановцева, гдѣ сенатъ отмѣнилъ приговоръ съѣзда, потому что имъ осужденъ обвиняемый въ присвоеніи ванили, въ противорѣчье прежнему окончательному рѣшенію съѣзда, коимъ было отказано въ бездоказательномъ гражданскомъ искѣ о возращеніи ванили.

²⁾ Такимъ образомъ есть различіе между обвинительнымъ и оправдательнымъ уголовнымъ приговоромъ: первый обязателенъ для гражданскаго суда, а второй нѣтъ. (Zwinghamm, civilrechtl. Entscheidungen, т. III, № 478).

(Arg. 68 г. Угол. кас. 770, д. Зонтъ. 70 г. Угол. кас. 146, д. Селезнева, и нижеслѣд.).

Всматриваясь въ отношенія между уголовными и гражданскими дѣлами нельзя не замѣтить, что они часто стоятъ въ такой взаимной связи, что или опредѣленіе преступности дѣянія зависитъ отъ предварительнаго разрѣшенія вопроса гражданского права въ судѣ гражданскомъ, или же, наоборотъ, разрѣшеніе гражданского иска гражданскимъ судомъ зависитъ отъ предварительнаго опредѣленія въ уголовномъ судѣ преступности дѣянія, изъ котораго этотъ искъ проистекаетъ. Такая связь между дѣлами называется преюдиціальною. Здѣсь мы имѣемъ дѣло только съ однимъ изъ видовъ преюдиціальнаго отношенія, которое можетъ существовать и между дѣлами одного и того же рода, наприм., между одними гражданскими или между одними уголовными.

Естественное и необходимое послѣдствіе преюдиціальности состоитъ въ томъ, что разрѣшеніе дѣла, зависящее отъ разсмотрѣнія какихъ-либо вопросовъ въ другомъ судѣ, должно быть приостановлено какъ по основательному отводу стороны (*exceptio praejudicii*), такъ и *ex officio iudicis*, впредь до рѣшенія этихъ вопросовъ. Поэтому производство гражданского дѣла приостанавливается, если разрѣшеніе его зависитъ отъ разсмотрѣнія уголовного обстоятельства, или, что тоже, если разрѣшеніе уголовного обстоятельства должно имѣть несомнѣнное вліяніе на исходъ гражданского иска (Уст. гражд. суд. ст. 8 и 564. Уст. угол. суд. ст. 30. 72 г. Гражд. касс. 483, д. Шилова. 69 г. Гражд. касс. 613 д. Тилло). Отсюда же очевидно, что когда уголовное обстоятельство откроется во время гражданского производства дѣла и когда оно стоитъ въ преюдиціальномъ отношеніи къ этому дѣлу, то судъ обязанъ, не рѣшая гражданского иска, или приступить къ отдѣльному разсмотрѣнію уголовного дѣла, если оно ему подсудно, или же обратитъ его въ надлежащемъ порядкѣ къ уголовному производству и впредь до окончанія его приостановитъ производство гражданское, или же, гдѣ возможно, предоставитъ истцу просить о присоединеніи гражданского иска къ уголовному дѣлу. Такъ, напримѣръ, если бы по дѣлу объ исполненіи договора открылось, что при заключеніи договора употреблено мошенничество (72 г. гражд. кас. 360, д. Кокуль), принужденіе (X, 1,700 и слѣд., 68 г. Гражд. касс. 785, д. Туляковыхъ) или заявлено было бы обвиненіе въ подлогѣ (Уст. гражд. суд. 564). Точно также и, наоборотъ, уголовное производство приостанавливается, если опредѣленіе преступности дѣянія или признаніе самаго событія преступления зависятъ отъ рѣшенія такого спорнаго вопроса о гражданскихъ отношеніяхъ, который долженъ быть рѣшенъ судомъ гражданскимъ (Уст. угол. суд. ст. 27, 69 г. Угол. кас. 122, д. Фомина, и № 580, д. Маграмъ); однако не каждый такой споръ обращается въ гражданскій судъ, тѣмъ болѣе, что и самый искъ гражданскій часто соединяется съ уголовнымъ производствомъ и одинъ и тотъ же судья имѣетъ какъ уголовную, такъ и гражданскую юрисдикцію. Подробности этого вопроса, какъ руководство для уголовной практики, относятся къ теоріи уголовного судопроизводства (Срав. Чебышева-Дмитріева, Сводъ, №№ 20 и слѣд.).

Указавъ на отношенія гражданского судопроизводства къ смежнымъ съ нимъ понятіямъ и учрежденіямъ, мы переходимъ теперь отъ этого

логического анализа нашего предмета къ краткому очерку историческаго развитія его. Намъ необходимо окинуть общимъ взглядомъ ту почву, на которой развилась и установилась современная намъ система гражданскаго судопроизводства, отмѣтить главнѣйшіе фазисы ея развитія и указать въ примѣчаніяхъ научные матеріалы, касающіеся разныхъ вѣковъ этого процесса, чтобы такимъ образомъ ориентироваться въ нашей области съ исторической ея стороны.

ГЛАВА II.

Историческій очеркъ гражданскаго судопроизводства.

Такъ какъ наука гражданскаго судопроизводства есть результатъ общечеловѣческой цивилизаціи, жизненнаго опыта и взаимнаго знакомства народовъ, то за историческимъ развитіемъ ея надобно слѣдить на пространствѣ всемірной исторіи. Не уходя въ антикварныя розысканія о народахъ древности, надобно принять здѣсь во вниманіе, что практическій интересъ этого изслѣдованія сосредоточивается только на тѣхъ народахъ, которые оставили наукѣ богатый запасъ идей и учреждений, касающихся гражданскаго судопроизводства. Поэтому мы считаемъ нужнымъ начать нашъ очеркъ съ римскаго процесса, такъ какъ здѣсь впервые была выработана и съ юридическою точностью опредѣлилась цѣлая масса понятій по матеріальной и формальной сторонѣ судопроизводства, и этотъ матеріалъ находится до сихъ поръ во владѣніи науки. Слѣдующій затѣмъ періодъ исторіи—средневѣковой—представляетъ намъ частію попытку новыхъ народовъ Европы создать себѣ систему судебного охраненія правъ, сообразную съ понятіями тогдашняго юридическаго быта, частію же дальнѣйшую разработку римскаго процесса въ борьбѣ его съ этими произведеніями народнаго творчества и видоизмѣненія его подъ вліяніемъ потребностей торговли и новаго склада общественной жизни. Въ третьемъ періодѣ мы замѣтимъ соединеніе этихъ элементовъ и цѣлый рядъ работъ, которыя привели повсемѣстно къ современной кодификаціи законовъ о судопроизводствѣ. Въ заключеніе этого обзора мы должны будемъ обратить особенное вниманіе на исторію русскаго процесса, такъ что въ нашемъ очеркѣ изложены будутъ 3 группы: 1) римскій процессъ, 2) судопроизводство у новыхъ народовъ Запада и 3) русское гражданское судопроизводство въ историческомъ ихъ развитіи.

§ 6. Римскій процессъ ¹⁾, въ теченіи многихъ вѣковъ своего существованія, потерпѣлъ глубокія перемѣны. Главные фазисы его развитія объясняются слѣдующими принципами. Въ древнѣйшемъ періодѣ и у римлянъ, какъ у всякаго другаго народа, еще не было развитой зако-

¹⁾ Литература: Bethmann-Hollweg, Civilprocess, т. 1—3. Puchta, Instit. т. 2. Kuntze, Cursus. Keller, Civiprocess. Karlowa, Legisactionen, 72 r. Latreille, Histoire des institutions judiciaires des Romains, т. 1, 70 r. Rudorff, Rechtsgechichte. т. 2. Ihering, Geist, § 10—12, 50—52.

подательной и судебной системы права, не было внѣшнихъ, записанныхъ и формулированныхъ юридическихъ нормъ, а все право жило въ сознаниіи народа, выражаясь въ каждомъ отдѣльномъ лицѣ субъективнымъ чувствомъ права и неправа. При такомъ порядкѣ вещей правонарушеніе должно было вызывать реакцію прежде всего въ самомъ потерпѣвшемъ лицѣ и въ родовомъ его союзѣ, вызывать месть и самооборону. Эта самоуправная защита должна была играть важную роль въ то время, пока ни судебная власть, ни объективная система права не были еще развиты. Древніе законы признають ее въ широкихъ размѣрахъ. Убийство вора на мѣстѣ, убійство прелюбодѣя, тальонъ за увѣче, manus injectio на должника, уводъ его кредиторомъ и право продажи въ рабство или расчлененія на части для раздѣла между вѣрителями, *pignoris capio* съ правомъ внѣсудебнаго удовлетворенія — такова была система расправы въ старое время Рима. Имущественная почва хозяйства была еще бѣдна и потому взысканія обращались главнымъ образомъ на лицо должника. — Когда правонарушеніе не было очевиднымъ, когда возникалъ споръ о правѣ, примѣненіе непосредственной расправы казалось сомнительнымъ, и истецъ долженъ былъ обратиться къ посредничеству третьяго лица для разрѣшенія спора. На первыхъ порахъ своего развитія право еще не выдѣляется отъ морали и религіи, а напротивъ живетъ вмѣстѣ съ ними въ сознаниіи народа. Истцу нужно было, чтобы кто-нибудь сказалъ право въ его отношеніяхъ къ отвѣтчику. Онъ обращался съ этою цѣлью къ представителямъ религіозно-нравственнаго сознания, къ *pontifices*, завѣрялъ клятвенно что такая-то вещь ему принадлежитъ, и представлялъ въ залогъ правой клятвы штрафъ, опредѣленный для умилостивленія боговъ за ложное призваніе ихъ имени. Отвѣтчикъ, если онъ не признавалъ притязаній истца, долженъ былъ сдѣлать то же самое съ своей стороны. Такъ какъ при этомъ чья-нибудь клятва необходимо была ложною (*falsum sacramentum*), и за нее слѣдовалъ религіозный штрафъ, *paculi solutio*, то разбирательство спора становилось дѣломъ жрецовъ, которые должны были рѣшить, чья клятва справедлива и чья несправедлива, *sacramentum iustum, resp. injustum iudicare*. Такова была древняя форма суда — *legis actio sacramento*, о которой юристъ Гай замѣчаетъ, что *legis actio sacramento generalis est* (Gai IV, 13).

Обратимся теперь къ другому принципу, который объясняетъ намъ важный переворотъ въ исторіи римскаго процесса и господствуетъ въ самый пвѣтущій періодъ его развитія. Онъ состоитъ въ томъ, что судебная практика постепенно разрабатываетъ и формулируетъ матеріалъ права, лежащій въ народномъ сознаниіи, а съ развитіемъ объективной системы права оно необходимо отдѣляется отъ религіи и морали. Судебная юрисдикція переходитъ отъ *pontifices* къ органамъ государственной власти, особенно преторамъ, при которыхъ и въ лицѣ которыхъ дѣйствуетъ въ буквальномъ смыслѣ слова творческая сила права — практическіе юристы, *juris consulti*. Дебатируя вопросы права въ качествѣ *oratores, patroni, advocati*, подавая совѣты сторонамъ и судьямъ, составляя *consilium* претора, часто назначаемые для самаго разбора и рѣшенія дѣлъ въ роли *iudices privati*, и избираемые въ должность магистратовъ, они должны были оказывать самое рѣшительное и глубокое вліяніе на развитіе права. Пока объективная система права еще бѣдна, первая за-

дача практики состоитъ въ томъ, чтобы найти формулу для притязанія и защиты, т.-е. опредѣлить, при какихъ условіяхъ предъявленный искъ можетъ быть признанъ основательнымъ и какія обстоятельства, приведенныя въ защиту противъ него, могутъ обезсилить его. По поводу каждаго казуса практики эта работа предпринималась особо, и для нея отведено было особое предварительное производство—in iure, т.-е. въ совѣтѣ претора. Мало по малу должны были выработаться такимъ путемъ общія формулы для однородныхъ исковъ и возраженій, такъ что ихъ слѣдовало только примѣнять къ частнымъ случаямъ и, по мѣрѣ накопленія судебного опыта, распространять и видоизмѣнять, допуская къ судебному охраненію все большую и большую массу притязаній, основанныхъ на природѣ человѣка и на существѣ постепенно усложняющихся отношеній гражданского быта. Когда дѣло было юридически формулировано, оно поступало для разбирательства и рѣшенія въ iudicium, къ присяжному судѣ, избранному сторонами или назначенному преторомъ, для каждаго дѣла особо. Эти судьи были, слѣдовательно, выборные изъ народа, непостоянные, производство было гласное, устное, рѣшенія постановлялись, въ предѣлахъ порученія или формулы, по совѣсти и окончательно ¹⁾).

Переходимъ теперь къ третьему принципу, который объяснить намъ дальнѣйшій переворотъ и, наконецъ, упадокъ римскаго процесса. Онъ состоитъ въ томъ, что по мѣрѣ накопленія судебно-практическаго матеріала права возрастаетъ потребность въ специальномъ его изученіи, группировкѣ и научной конструкціи, практика должна владѣть теперь общими началами и дѣйствовать честно и добросовѣстно на основаніи ихъ; судебная организація, не удовлетворяющая этой потребности, должна рушиться или окончиться развитіемъ системы надзора, ослабленіемъ и разстройствомъ правосудія. Мы дѣйствительно видимъ, что римскіе юристы сознаютъ эту потребность; въ средѣ ихъ появляются частныя школы правовѣдѣнія, читаются лекціи, пишутся сборники практическихъ совѣтовъ, комментаріи, догматическіе очерки цѣлой системы права. Въ законодательствѣ замѣчаемъ то же стремленіе къ группировкѣ матеріала, къ кодификаціи. Прежніе iudices privati, народный, выборный и непостоянный элементъ суда, оказываются несостоятельными и сначала подчиняются по закону совѣтамъ юристовъ, какъ обязательной для нихъ нормѣ, а потомъ и совѣмъ замѣняются юристами, опредѣленными на судебную службу безсрочно; въ императорскій періодъ судьи становятся чиновниками имперіи. Такъ какъ формулировка исковъ и возраженій была уже выработана и нужно было только примѣнять общія начала исковаго права къ отдѣльнымъ случаямъ, съ другой же стороны съ развитіемъ и усложненіемъ права необходимо было владѣть специальными юридическими свѣдѣніями и для самаго разбирательства и рѣшенія дѣлъ, то производства in iure и in iudicio соединяются теперь въ одинъ процессъ и въ однихъ рукахъ. Такимъ образомъ на мѣсто прежняго ordo iudiciorum становится extraordinaria cognitio.

Обратимъ теперь вниманіе на состояніе юридическаго обра-

¹⁾ Главные источники нашихъ свѣдѣній о Legis Actiones и Formulae суть: Гай, вв. 4 (въ изд. Гукке и Бекинга, XII tabul. и др. Fontes, изд. Брунса; Преторскій эдиктъ, изд. Рудерфа; Речи Цицерона и др.

зованія въ римской имперіи. Въ первые вѣка ея существованія мы замѣтимъ энергическую разработку права. Юристы классическаго періода поражаютъ насъ обширностью свѣдѣній, близкимъ знакомствомъ съ практикой, съ законодательствомъ и трудами своихъ предшественниковъ, замѣчательною глубиною и точностью юридическаго анализа. Но, во-первыхъ, уже въ тотъ періодъ это были явленія исключительныя, а во-вторыхъ, самая постановка юридическаго образованія была непрочна и вслѣдъ за корифеями римской юриспруденціи начинается рѣшительный упадокъ правовѣдѣнія. Почти всѣ знаменитые юристы Рима дѣйствовали въ центрѣ имперіи, о провинціальныхъ практикахъ намъ мало извѣстно, провинціи жили своимъ правомъ и въ этой глуши ни просвѣщеніе, ни честность и неподкупность судей не находились въ цвѣтущемъ состояніи. Ни законодательство, ни наука не нашли въ себѣ достаточно силы, чтобы овладѣть всею территоріею государства. Надобно припомнить, что въ то время еще не было книгопечатанія и пути сообщенія не вездѣ были въ исправности. Не только списки юридическихъ сочиненій, но и самые законы съ трудомъ могли проникать въ глубь страны, а говорить о повсемѣстномъ распространеніи и знаніи ихъ рѣшительно невозможно. Легко было придворному юристу, служившему въ *consilium* или *auditorium principis*, приводить разные указы, декреты, инструкціи, посланные такому-то лицу, въ такую-то провинцію. Для провинціаловъ это было не мыслимо.

Какъ необходимое послѣдствіе такого порядка вещей нужно было допустить обжалованіе рѣшеній низшихъ судовъ передъ высшими (*appellatio*) и даже дозволить мѣстнымъ судьямъ еще до рѣшенія дѣла испрашивать изъ дворцовой консисторіи совѣта и наставленія (*relatio, consultatio ante sententiam*). Система апелляціи, надзора и пересылки дѣлъ на ревизію должна была вызвать іерархическое устройство судебныхъ инстанцій и развитіе письменности, канцелярскія формы дѣлопроизводства, потому что устные рѣчи нельзя пересылать на ревизію; естественнымъ спутникомъ письменности является канцелярская тайна; въ связи же съ пересылкою дѣлъ по жалобамъ и докладамъ изъ одной инстанціи въ другую, изъ другой въ третью и т. д. она необходимо даетъ въ результатъ медленность судопроизводства, дороговизну его, и вызываетъ небрежность низшихъ инстанцій, рѣшенія которыхъ въ виду ревизіи и всегда возможной отмѣны теряютъ авторитетъ даже въ глазахъ самихъ судей и тяжущихся. Центръ правосудія переносится въ столицу, въ дворцовые суды, куда со всѣхъ сторонъ наплываютъ ходатаи съ дѣлами и жалобами. Эта кабинетная юстиція не могла, конечно, замѣнить и испривить всѣ недостатки цѣлой судебной организаціи, дѣйствовавшей на огромномъ пространствѣ имперіи, тѣмъ болѣе, что, сосредоточиваясь въ однѣхъ и тѣхъ же рукахъ съ законодательствомъ и высшею администраціею, она необходимо отражала на себѣ вредныя послѣдствія смѣшенія властей.

Такова картина римскаго судопроизводства въ послѣдній его періодъ. Оно падало тѣмъ глубже, чѣмъ болѣе понижался уровень юридическаго образованія, чѣмъ болѣе вся наука права сводилась къ бездарнымъ компиляціямъ, чѣмъ необъятнѣе становился сводный матеріалъ законодательства. И такимъ образомъ римское правосудіе погибло подъ тяжестью той самой массы юридическихъ идей и положеній, которую само же оно выработало въ цвѣтущую пору своего развитія и которая

разложилась постепенно под влиянием времени и законодательных реформ ¹⁾.

§ 7. Судопроизводство у новых народов Запада. А) Во время завоевания римской империи германцами, их право стояло еще на низшем уровне развития, чем римское в эпоху 12 таблиц, и это состояние права необходимо должно было отразиться на судопроизводстве. Вышней системы формулированного права еще не было, а юридические понятия жили еще невыработанными, неопределенными в народном сознании и в субъективном чувстве каждого лица. Новейшие немецкие писатели видят в этом субъективизме даже особое национальное отличие германского правосознания в сравнении с римским (В.-Hollweg, IV, § 4). На самом деле о национальном отличии здесь не может быть речи, а неразвитость вышней формулированной системы права указывает только на низший уровень юридического быта, на более древний склад его, тогда как подобное первобытное состояние права у римлян оставило лишь немногие следы в историческом предании. Впрочем, как из германского, так и из римского быта мы имеем сведения о кровавой мести, как первой реакции внутреннего чувства права, вызываемой правонарушением. У германских племен этот обычай отличался упорной живучестью, не смотря на то, что уже древние *leges barbarorum* и впоследствии капитулярии Карла Великого старались всеми мерами ограничить и искоренить его. Полагают, что он прекратился только в исходе 15 в., с установлением вѣчнаго земскаго мира 1495 г., но в формѣ дуэли и офицерской мести за оскорбленія онъ дѣйствуетъ и до настоящаго времени.

Посмотрим теперь, каково было судопроизводство в древней періодъ германскаго быта ²⁾. Мѣстомъ суда былъ мирской сходъ (*concio*, *mallus*, *ding*). Истецъ приносилъ сюда жалобу на обиду, причиненную ему отвѣтчикомъ, призывая боговъ во свидѣтели своей правды. Отвѣтчикъ, если онъ не признавалъ иска, долженъ былъ удостовѣрить клятвенно, что истецъ неправъ. Затѣмъ споръ сторонъ рѣшался судомъ божіимъ, т.-е. поединкомъ и т. п. испытаніями, въ той вѣрѣ, что боги укажутъ, на чьей сторонѣ право. Вотъ основныя черты процесса. Всѣ онѣ вытекаютъ изъ того принципа, что пока понятія о гражданскихъ правахъ еще не опредѣлились, не формулированы, невозможно и логическое разрѣшеніе спора о нихъ, даже и споръ идетъ не о правахъ, а объ обидѣ, и кто правъ, кто виноватъ — рѣшаютъ боги, миръ только присутствуетъ въ качествѣ свидѣтеля и смотритъ, какъ они рѣшатъ.

Въ исторіи римскаго процесса мы замѣтили, что судебная практика постепенно разрабатываетъ и формулируетъ матеріалъ

¹⁾ Главные источники суть: *дигесты*, *кодексы* и позднѣйшія произведенія византийцевъ.

²⁾ Литература: В.-Hollweg, т. IV и V. Rogge, *Gerichtswesen der Germanen*, 1820. Maurer, *Geschichte des altgerm. Gerichtsverfahrens*, 1824. Savigny, *Geschichte des R. R. im M. A.* Unger *Altdeutsche Gerichtsverfassung*, 1842. Siegel, *Gesch. des deut. Gerichtsverfahrens*, 1857. Sohm, *Process der Lex salica*, 1867. Его же, *altd. Reichs u. Gerichtsverfassung*. *Deutsche Rechtsgeschichte* Вальтера, Цюффля, Эйхгорна и другихъ.

права, лежащей въ народномъ сознаниі, и что съ развитіемъ объективной системы права оно отдѣляется отъ религіи и морали. Подобныя явленія встрѣчаемъ мы и въ исторіи германскаго процесса. Различіе только въ организаціи этого творчества судебной практики, а затѣмъ и въ цѣльности и правильности развитія. Римляне весьма рано усвоили себѣ ту идею, что каждый процессъ есть осуществленіе права, что притязанія одного лица къ другому заслуживаютъ судебного разбирательства лишь тогда, когда они заключаютъ въ себѣ требованіе юридическое, т.-е. основанное на правѣ и ищущее осуществленія этого права. По новѣйшимъ изслѣдованіямъ можно думать, что всѣ другія пререканія между гражданами (*jurgia*) рѣшались самими магистратами *extra ordinem*, не поступая въ судъ. Изъ этой идеи ясно видно значеніе предварительнаго производства *in jure*, предшествовавшего передачѣ дѣла *in judicium*. Притязанія сторонъ должны были пройти здѣсь черезъ операцію юридическаго анализа, получить точную юридическую формулировку и затѣмъ уже обращались въ судъ для фактической повѣрки и рѣшенія. Такой процессъ долженъ былъ воспитывать строгое юридическое мышленіе и нѣтъ ничего удивительнаго, что около него сгруппировались лучшіе таланты народа. — У германскихъ племенъ, за исключеніемъ англосаксовъ, о которыхъ мы будемъ говорить далѣе, не было такой организаціи процесса. Идея, что въ каждомъ процессѣ идетъ споръ о правѣ, съ теченіемъ времени также проникла и въ сознаніе германцевъ. Мы видимъ, что судъ начинается доискиваться: справедливы-ли домогательства и объясненія сторонъ? Въ прежнее время этотъ вопросъ рѣшался чисто формальнымъ путемъ — присягою и судомъ божіимъ, но мало по малу на мѣсто этихъ формальныхъ доказательствъ развивается новая система способовъ доказательства, имѣющая цѣлью убѣдить судъ логическимъ путемъ въ справедливости заявленій и требованій каждой стороны. Но за всѣмъ тѣмъ, когда истинность заявленій стороны удостовѣрена передъ судомъ тѣмъ или другимъ способомъ доказательства, возникалъ дальнѣйшій вопросъ, требовавшій разрѣшенія суда. Именно, то притязаніе, которое сторона основываетъ на этомъ доказанномъ фактѣ, можно ли считать правомъ или нѣтъ? Это вопросъ чисто юридическій: для отвѣта на него нужна юридическая конструкція притязанія, нужно отыскать въ системѣ гражданскихъ правъ такое право, подъ содержаніе котораго подходитъ данное притязаніе, рассмотреть условия этого права и прослѣдить ихъ въ отношеніяхъ между тяжущимися, однимъ словомъ — нужно юридически формулировать отношенія сторонъ. Пока право не успѣло еще развиться въ систему строго опредѣленныхъ понятій, а живетъ еще въ сознаниі народа, эта операція оказывается для судьи чрезвычайно трудною и онъ обращается за рѣшеніемъ къ представителямъ народнаго сознанія, по правилу: какъ міръ положить, на томъ и стоять. Такое явленіе мы видимъ и въ германскомъ процессѣ. Судъ цѣлой общины, правда, вышелъ изъ употребленія съ теченіемъ времени, и мы видимъ особыхъ судей подъ разными именами графовъ, сотскихъ, байлифовъ, сеншаловъ, *jude*овъ, рихтеровъ, шульцевъ и т. п. Королевская власть заключала въ себѣ, между прочимъ, право суда, а слѣдовательно, и право назначенія судей; параллельно съ феодальнымъ разложеніемъ имперіи, и право суда, сначала посредствомъ привилегій и раздачи, а потомъ путемъ наслѣдованія, укрѣпляется за патримоніальными владѣльцами и правителями отдѣльныхъ земель

или провинцій; къ нимъ же переходить и право назначенія судей. Какъ были юридическія свѣдѣнія судей, объ этомъ любопытно прочесть отъзвъ швабскаго зеркала (XIII стол.), въ которомъ прямо говорится, что они нерѣдко были люди невѣжественные и что кругомъ ихъ люди были гораздо свѣдущѣе, чѣмъ сами судьи. И вотъ, для разрѣшенія вопросовъ о правѣ въ судѣ засѣдаютъ представители народа — *gachimburgii*, *scabini*, шэффены, обыкновенно въ числѣ 12 человѣкъ. Они рѣшаютъ по большинству голосовъ, имѣеть ли право та или другая изъ тяжущихся сторонъ. Иногда въ этомъ отыскиваніи рѣшенія принимаетъ участіе и публика, присутствующая на судѣ (*Umstand*). До какой степени еще нетверды были юридическія понятія, это видно изъ того, что каждый могъ оспорить правильность отысканнаго большинствомъ рѣшенія, признавъ его несогласнымъ съ правомъ и для себя необязательнымъ, *das Urtheil schelten*, и перенести дѣло въ судъ высшей инстанціи. Съ теченіемъ времени образовалось нѣсколько судебныхъ инстанцій, раздробленныхъ по сословіямъ, корпораціямъ, привилегіямъ, такъ что были судьи патримоніальные, городскіе, королевскіе, имперскіе и т. п.; на дальнѣйшую исторію ихъ имѣли вліяніе уже римскія понятія.

Если мы объединимъ теперь всѣ эти явленія въ одномъ принципѣ, то замѣтимъ, что германскій процессъ менѣе римскаго способенъ былъ къ созданію объективной системы права, къ формулировкѣ и обобщенію юридическихъ понятій, потому что онъ стоялъ въ болѣе прямой связи съ непосредственнымъ народнымъ сознаніемъ права. Въ древнихъ германскихъ памятникахъ мы встрѣчаемъ извѣстія о повѣренныхъ и защитникахъ сторонъ, но они не приобрѣли здѣсь рѣшительнаго вліянія на развитіе права, какъ это было у римлянъ.

Б. Мы должны прослѣдить теперь другой рядъ историческихъ явленій, вытекающей изъ того начала, что если система права и процесса, развитая трудомъ прежнихъ вѣковъ, дѣлается извѣстною народамъ, стоящимъ на низшемъ уровнѣ юридическаго быта, то она постепенно проникаетъ въ этотъ бытъ, разрушаетъ и пересоздаетъ его учрежденія и мало по малу прививается къ духу народа, становится его достояніемъ. Германскія племена столкнулись съ римскимъ правомъ уже при самомъ наводненіи ими имперіи. Римское населеніе провинцій продолжало жить этимъ правомъ, имѣло свои суды и процессъ, даже и послѣ завоеванія. Сами германцы тотчасъ же начали заимствовать у римлянъ разныя юридическія понятія и учрежденія, хотя, конечно, не могли усвоить ихъ себѣ вдругъ. *Leges barbarorum* наполнены такими заимствованіями, такъ что нѣкоторыя племена уже при первомъ знакомствѣ съ римлянами оставили свой древній процессъ; только у франковъ и болѣе сѣверныхъ племенъ онъ сохранился въ цѣлости. Съ другой стороны, римскій процессъ принятъ былъ церковью и продолжалъ дѣйствовать въ обширныхъ владѣніяхъ папы, духовныхъ курфирстовъ, монастырей и прочаго духовенства, которымъ уже съ давняго времени предоставлено было право суда. Развитый декретами папъ¹⁾, судебною практикою и

¹⁾ Изъ *Corpus juris Can.* сюда относятся глав. обр. слѣд. мѣста: *Decr. Crat.* P. 2 *Causa* 2, 11, 14. *Decretal. Greg.* IX, I, 3, 29, 31, 37; 43, II. *Lib. Sext. Decr.* I, 3, 14, 16, 19, 22. II. *Clem.* I, 2, 8—10, 11. II.

литературою итальянскихъ юристовъ ¹⁾, этотъ такъ наз. каноническій процессъ ²⁾ господствовалъ въ церковныхъ судахъ всѣхъ странъ западной Европы и былъ ничѣмъ инымъ, какъ продолженіемъ и отчасти дальнѣйшимъ развитіемъ началъ римскаго судопроизводства времени имперіи; такъ, наприм., въ немъ развиты были письменныя формы и апелляціонный переносъ дѣлъ. Письменное производство, кстати замѣтимъ, отличается отъ устнаго тѣмъ, что оно способно къ разложенію на опредѣленныя стадіи или періоды, тогда какъ устный процессъ естественно представляется болѣе цѣльнымъ и недѣлимымъ: попытки установить такія пезуры письменнаго производства замѣчаются уже въ каноническомъ процессѣ. Римскій процессъ времени имперіи, какъ мы видѣли, соединенъ былъ съ большими проволочками и медленностью. Торговые города средневѣковой Италіи создали на мѣсто его болѣе простыя и сокращенныя формы производства. И этотъ суммарный процессъ отчасти признанъ былъ каноническимъ правомъ. Въ тѣхъ же видахъ сокращенія тяжбъ оно предписываетъ судьямъ склонять тяжущихся къ миру. Затѣмъ постановленія о доказательствахъ, рѣшеніяхъ, повѣренныхъ и проч. — все это было по существу римское, только схоластическій характеръ вѣка набрасывалъ иногда на римскія понятія отбѣнокъ формализма.

Римско-каноническій процессъ, въ самые первые годы возрожденія юридическихъ наукъ въ итальянскихъ университетахъ, сдѣлался предметомъ живой научной разработки. Университетскія корпораціи имѣли обыкновенно свой судъ, иногда подъ апелляціею папскаго суда, и римско-каноническіе источники считались обязательною нормою ихъ судопроизводства. Съ теченіемъ времени и университеты другихъ странъ, даже уединенной Англіи и Шотландіи, вмѣстѣ съ итальянской доктриною права, приняли и ввели у себя этотъ порядокъ судопроизводства, а чрезъ посредство университетовъ онъ сталъ проникать и въ другіе суды. Надобно представить себѣ состояніе тогдашнихъ юристовъ, когда наука раскрыла предъ ними новый міръ идей и отношеній, стоявшихъ неизмѣримо выше окружающаго ихъ быта, идей, которыя должны были пересоздать этотъ бытъ. Тогдашніе студенты пѣшкомъ странствовали изъ одного университета въ другой, списывали собственноручно весь *corpus juris* съ глоссами и, конечно, потомъ въ судебной практикѣ старались провести въ жизнь научную систему знаній, пріобрѣтенныхъ такимъ упорнымъ трудомъ. Система идей, опредѣляющихъ отношенія гражданскаго быта и порядокъ осуществленія гражданскихъ правъ, есть сила великая, способная увлечь цѣлыя поколѣнія, а за ними и народы. Юристы новыхъ школъ повсюду становятся во главѣ дальнѣйшаго развитія права и процесса. Во Франціи эти *gens de robe longue* постепенно вытѣсняють бароновъ изъ королевскаго совѣта и изъ парламентовъ и поддерживаютъ королей въ ихъ борьбѣ съ патримоніальными судебными привилегіями, проводятъ римскую систему апелляціи отъ владѣльческихъ судовъ въ королевскіе, и постепенно стѣсняютъ патримоніальную юрисдикцію до такой сте-

¹⁾ Изъ сборниковъ рѣш. извѣстны въ особенности *Decisiones Rotae Romanae*. Изъ сочин. юристовъ знаменито *Speculum judiciale* Дурантиса 1272 г.

²⁾ См. о немъ *Instit. jur. can. Pauli Lancelotti Perusini* 1605 г. кн. 3 de judiciis.—Fessler, *kan. Process.* 1860. München, *Kanon. Gerichtsverfahren*, т. I, 65 г. (во 2 т. угол. право). *Mittermaier* въ *civ. Archiv.* т. 40, стр. 124 и слѣд.

пени, что она оказалась, наконецъ, совершенно лишнимъ звѣномъ въ судоустройствѣ страны и отмѣнена учредительнымъ собраніемъ 1789 и 90 г. Неудивительно, что и въ судопроизводство страны, постепенно развитое практикою и королевскими ордонасами (особенно орд. 1667 г.), юристы успѣли провести цѣлую массу римскихъ понятій¹⁾. Въ Германіи они проникаютъ въ имперскіе Kammergericht (1495 г.) и Hofrath, въ высшіе суды отдѣльныхъ королевствъ, герцогствъ и другихъ территорій, на которыя распалась Германская Имперія. Римское право считалось дѣйствующимъ закономъ имперіи и въ судопроизводстве также проведена была система понятій, заимствованныхъ частію изъ римскихъ и каноническихъ источниковъ, частію изъ итальянской доктрины²⁾. Но такъ какъ образованныхъ юристовъ было еще недостаточно для занятія всѣхъ судебныхъ должностей, то установился обычай пересылать судебныя дѣла на обсужденіе университетовъ (Actenversendung), заключеніе которыхъ замѣнило собою прежнее участие шѣффеновъ въ отысканіи рѣшенія. Этотъ обычай отмѣненъ только недавно, наприм. въ Пруссіи въ концѣ прошлаго столѣтія, а въ нѣкоторыхъ частяхъ Германіи сохранился до настоящаго времени. Даже въ Англіи римско-каноническое право долго считалось обязательнымъ для всѣхъ судовъ и только во время реформаціи, вслѣдствіе разрыва съ Римомъ, такое положеніе дѣлъ признано было ненормальнымъ и постановлено, что обязательными для судовъ нормами должны считаться лишь тѣ правила, которымъ народъ англійскій подчинился по своей доброй волѣ и съ согласія короля въ формѣ закона или обычая (25 Henr. VIII, с. 19). Однако, и послѣ того римскій элементъ не исчезъ изъ англійскаго права, а напротивъ, наприм. въ договорномъ, торговомъ, морскомъ правѣ и т. д., англійскіе писатели ставятъ его на ряду съ другими домашними источниками. Что касается судопроизводства³⁾, оно удержало вообще свои древнія формы, выработанныя практикою лондонскихъ судовъ, къ которымъ, за постепеннымъ ослабленіемъ и уничтоженіемъ патримоніальныхъ судовъ, перешла почти вся

1) Литература: Система судопроизводства на основаніи этихъ ордонасовъ и практики изложена извѣстнымъ пандектистомъ Потье, Tr. de la proc. civile, 1778 г., (въ Поли. Собр. Соч., т. 13). Ср. также Masuerii, Practica forensis 1577. Imbert, pratique jud. 1602, и комментаріи на орд. 1667 г. par Boutaric, Serpillon, Jousse, Sallé и др. По исторіи франц. судоустройства есть соч. Мейера, Esprit, origine et progrès des instit. judic. des principaux pays de l'Europe, 23 г., 5 т. Regnard Organis. jud. 55 г., Perrot de Chezelles, тоже 64 г. Boncenne, Introduction, 59 г., стр. 105 и слѣд.

2) Матеріалы для изученія имперскаго процесса заключаются въ Reichskammergerichtssordnungen 1495, 1521 и 1555 г., Reichsabschiede, особенно der Jungste R. A. 1654 г., также въ постановленіяхъ общаго собранія суда, conclusa pleni, dubia cameraia и т. д. Ср. также Reichshofrathsordnungen 1559 и 1654 г.

3) Объ англійскомъ судопроизводствѣ до реформъ, начинающихся съ 30-хъ годовъ настоящаго столѣтія, см. Bracton, de legibus et consuetudinibus Angliae 1256—9 г. Особенно о римско-каноническомъ элементѣ въ соч. Брэктона см. Güterbock, by Coxe, Bracton a. his relation to rom. law. Phil. 1866. Авторъ, впрочемъ, упустилъ изъ вида самый существенный пунктъ, именно сходство Writs съ формулами. См. далѣе Gilbert, History and Practice of the C. of C. P. 1737,—C. of Chancery 1758 г.,—C. of Exchequer 1758,—History a. Practice of civil Actions 1792. Stephen, on pleading 1824 и 27 гг. (перепечатана въ Вашингтонѣ 71 г.). Blackstone, by Kerr, т. III.

судебная власть страны. Но, всматриваясь въ эти формы, нельзя не замѣтить, что онѣ развились подъ вліяніемъ римскаго процесса и, что особенно замѣчательно, англичане ввели у себя нѣчто подобное формулярному процессу римской республики; затѣмъ нѣчто подобное преторской юрисдикціи *extra ordinem*, и сохранили, наконецъ, въ учрежденіи присяжныхъ участіе народнаго элемента въ гражданскомъ судѣ. Процессъ открывался прошеніемъ о выдачѣ дозволенія на начатіе иска судебнымъ порядкомъ. Эта просьба подавалась лорду-канцлеру и въ судѣ его (*Court of Chancery*) слѣдовало за нею особое производство, имѣвшее цѣлью формулировать искъ просителя. Если требованіе было по формѣ законнымъ и могло быть допущено къ судебному разсмотрѣнію, то истецъ получалъ отъ канцлера порученіе (*writ, breve originale*), адресованное на имя шерифа; въ началѣ его стояла юридическая формула иска, просительный пунктъ истца; затѣмъ приказывалось шерифу пригласить отвѣтника къ добровольному удовлетворенію истца и, буде не пожелаетъ, вызвать его въ надлежащій судъ для отвѣта. Эти формулы выработывались практикою канцлерскаго суда въ теченіи нѣсколькихъ вѣковъ, постепенно видоизмѣняясь и распространяясь по мѣрѣ усложненія гражданскихъ отношеній. Какъ у римлянъ онѣ постепенно вносились въ *album* и въ эдиктъ претора, такъ и здѣсь онѣ собраны были съ теченіемъ времени въ особый *Register of writs*, напечатанный въ первый разъ въ царствованіе Генриха VIII. Только по полученіи такой формулы истецъ могъ предъявить свой искъ въ надлежащемъ судѣ, *in judicio*¹⁾. Въ этой стадіи процесса мы замѣчаемъ новое дѣленіе, именно исполненіе формъ и обрядовъ судопроизводства, направленіе дѣла и рѣшеніе юридическихъ вопросовъ его сосредоточиваются въ самомъ судѣ, распредѣляясь между адвокатами, канцелярією и судьями; изслѣдованіе же фактической стороны дѣла возлагается на присяжныхъ. Могло, конечно, случиться, что притязаніе истца еще въ предварительномъ производствѣ у канцлера оказывалось неподлежащимъ судебному разсмотрѣнію. Наприм., по старому англійскому праву мужъ и жена считаются за одно лицо и мужъ, какъ говорится, покрываетъ жену. Если бы случилось, что жена вошла съ прошеніемъ о выдачѣ ей формулы для начатія иска въ судѣ противъ мужа, то удовлетвореніе ея просьбы оказалось бы юридически невозможнымъ. Между тѣмъ претензія ея могла казаться справедливою и заслуживающею удовлетворенія. И вотъ для цѣлаго ряда такихъ случаевъ постепенно развилось въ канцлерскомъ судѣ особое экстраординарное производство, напоминающее преторскую *extraordinaria cognitio*. Выѣсто выдачи формулы и обращенія дѣла къ обыкновенному судебному порядку, канцлерскій судъ самъ приступалъ къ разсмотрѣнію и рѣшенію его по существу, слѣдуя при этомъ болѣе широкимъ началамъ справедливости, чѣмъ общіе суды закона. Такимъ путемъ, наряду съ общимъ порядкомъ судопроизводства (*proceedings in an Action at Law*), образовалась и развилась постепенно новая система—суда по справедливости (*proceedings in Equity*), въ которомъ уже не принимаютъ участія присяжные. Съ теченіемъ времени, когда формулировка исковъ была уже выработана, предварительное производство въ судѣ канцлера вышло изъ употребленія, и иски стали предъявляться прямо въ надлежащій судъ въ формѣ прошенія (*bill*).

¹⁾ Non potest quis sine brevi agere, говорить Bracton.

Но самое дѣленіе судовъ закона и справедливости осталось въ силѣ и послѣ того.

В. Мы должны прослѣдить теперь послѣдній рядъ явленій въ исторіи западнаго судопроизводства, вытекающій изъ того начала, что римскія понятія о правѣ и процессѣ, распространяясь между западными народами и входя въ столкновеніе съ ихъ собственными учреждениями, законами и обычаями, не могли не потерпѣть здѣсь существенныхъ измѣненій уже потому, что финаль, закончившій развитіе процесса въ римско-византійской имперіи, оставилъ для будущихъ поколѣній такія задачи, которыхъ не могли разрѣшить ни законодатели Рима и Византіи, ни судебная практика, ни упавшая наука. Уничтожить канцелярскую тайну, ускорить движеніе дѣлъ, сокративъ судебную переписку и переводы дѣлъ по длинной лѣстницѣ судебныхъ инстанцій, прекратить смѣшеніе властей судебной, законодательной и административной, сгруппировать обязательныя для судовъ нормы въ систематическіе, точные и удобные для справокъ кодексы, свести лежація въ нихъ начала въ стройную научную систему, которая служила бы руководствомъ для практики, — таковы были задачи, оставленныя Римомъ и Византіею. И новые народы Запаदा ревностно взялись за разрѣшеніе ихъ. Уже средневѣковые торговые города Италіи, вмѣстѣ съ развитіемъ новыхъ институтовъ кредита и торговаго обращенія, успѣли развить у себя особыя формы сокращеннаго судопроизводства для дѣлъ торговыхъ, для взысканій по векселямъ и другимъ безспорнымъ документамъ, для обезпеченія долговыхъ взысканій арестомъ и т. п. Итальянскіе юристы старались разработать этотъ матеріалъ городскихъ статутовъ и практики торговыхъ судовъ и, какъ мы уже видѣли, сокращенный процессъ признанъ былъ съ теченіемъ времени даже каноническомъ правомъ ¹⁾. Это дѣленіе процесса на обыкновенный и сокращенный проникло потомъ и въ другія страны Европы и въ дальнѣйшей исторіи можно замѣтить постоянное стремленіе къ обобщенію сокращенныхъ формъ и къ ускоренію всего производства. Часто случалось, что сокращенная форма вводилась въ законъ въ видѣ исключенія, но на практикѣ она становилась общимъ правиломъ, а напротивъ, обыкновенный порядокъ судопроизводства — исключеніемъ. Такъ было, наприм., во Франціи. Конецъ прошлаго столѣтія, какъ извѣстно, былъ бурною эпохою преобразованій всего вообще государственнаго и соціальнаго устройства Франціи. Судебная организація была значительно упрощена отмѣною цѣлаго ряда судебныхъ инстанцій, закрытіемъ патримоніальныхъ, церковныхъ и множества особыхъ или специальныхъ судовъ, а съ другой стороны освобожденіемъ судей отъ цѣлой массы дѣлъ охранительнаго свойства, наприм. по совершенію нотаріальныхъ актовъ, веденію крѣпостныхъ и метрическихъ книгъ и т. п. Каждая конституція революціонной

¹⁾ Литература: Bulgarus (XII в.) De judiciis. Ricardus (XII в.) Ordo judicarius. Tancredus (XIII в.) Ordo judicarius. Straccha, De mercatura: quomodo procedum sit in causis mercatorum. Scaccia De judiciis. Zirciaeus, De jure sistendi et manum injectione, quam vulgo arrestationem vocant. Curtius De sequestris. Statuta reip. Genuensis, 1668 r. lib. 2, c. 3: de causis executivis, c. IV: de causis brevioribus, lib. 3, c. XX, lib. 4, c. I и XV de cambiis и др. Briegleb Exekutivprocess, 2 изд. 45 г. Его же, Einleit. sum. Pr. 59 r. Wach, Arrestprocess, 1868 г.

эпохи считала необходимымъ остановиться на вопросѣ о судоустройствѣ, съ цѣлью упростить систему судовъ, гарантировать ихъ самостоятельность, безпристрастіе, независимость отъ другихъ органовъ государственной власти, публичность судебныхъ засѣданій. Нормою судопроизводства все еще оставались старые ордонансы и практика, хотя національный конвентъ, увлекаясь духомъ радикализма и ненавистью къ историческому порядку вещей, объявилъ, что дѣла должны производиться *sans procédure*. Осуществленіе этой идеи было невозможно, потому что производство должно слѣдовать непременно какому-нибудь порядку, какъ въ интересѣ суда, такъ и для охраненія сторонъ отъ произвола. Вотъ почему судебная практика, несмотря на конвентъ, сохранила свои прежніе обряды и формы, на мѣсто которыхъ не было установлено никакихъ положительныхъ правилъ. Только нѣкоторые судьи завели у себя новые порядки своего собственнаго изобрѣтенія, но этотъ произволь не замедлилъ вызвать жалобы въ обществѣ. Въ 1800 г. обязательное дѣйствіе прежнихъ ордонансовъ было возстановлено впредь до пересмотра законовъ о судопроизводствѣ. Вскорѣ за тѣмъ учреждена была особая коммиссія для составленія устава гражд. судопроизводства (членами ея были Трельяръ, Пижо и др.); проектъ устава, по соображеніи съ примѣчаніями судовъ, рассмотрѣнъ былъ въ государственномъ совѣтѣ, трибунатѣ и законодательномъ корпусѣ и получилъ силу закона въ 1806 г. подъ названіемъ *Code de procédure civile* ¹⁾. Законы о судоустройствѣ не внесены въ этотъ уставъ но онъ предполагаетъ двѣ судебныхъ инстанціи и учрежденіе мировыхъ судей для склоненія тяжущихся къ миру и для разбирательства дѣлъ маловажныхъ и нетерпящихъ отлагательства. Правила судопроизводства взяты болѣею частью изъ прежнихъ ордонансовъ; установлено два порядка—обыкновенное и цѣлый рядъ сокращенныхъ производствъ; такъ что на практикѣ послѣднія должны были получить перевѣсъ. Производство обыкновенно устное, объясненія сторонъ и ихъ повѣренныхъ выслушиваются въ публичныхъ засѣданіяхъ; но устному процессу предшествуетъ внѣсудебный обмѣнъ бумагъ между стряпчими, съ цѣлью подготовки сторонъ къ словесному состязанію, а по дѣламъ сложнымъ, гдѣ нужны точные расчеты, судъ можетъ потребовать отъ сторонъ письменнаго изложенія ихъ требованій и объясненій. Начало публичности выдержано уставомъ не вполне, наприм. допросъ свидѣтелей происходитъ при закрытыхъ дверяхъ передъ однимъ изъ членовъ суда. Вообще уставъ можно упрекнуть въ неполнотѣ и отрывочности его содержанія, такъ что по немъ трудно составить себѣ понятіе о дѣйствительной практикѣ французскаго судопроизводства. Такъ, наприм., цѣлое производство по просьбамъ объ отбѣннѣ рѣшеній (кассационное производство) вовсе не нашло себѣ мѣста въ уставѣ ²⁾.

Тѣмъ не менѣе, однако, начала устности и гласности процесса, признанныя уставомъ, и въ особенности начала судоустройства, предполагаемыя имъ, именно: ограниченное число инстанцій, выдѣленіе

¹⁾ Законодательные матеріалы, относящіеся къ этому уставу, собраны *Lostré, Législation*, т. 21—23.

²⁾ Вотъ почему, кто желаетъ ознакомиться съ французскимъ процессомъ долженъ обратиться къ учебникамъ и другимъ руководствамъ, наприм. Буатара, Бонье, Бонсена Мурлона, *Carré et Chauveau-Adolph'a*, и др.

дѣль маловажныхъ и недопускающихъ отлагательства въ особе мировыхъ суды, обособленіе судебной власти отъ законодательной и административной, независимое и почетное положеніе судей и адвокатуры, сосредоточеніе надзора за правильнымъ теченіемъ судебныхъ дѣлъ и за исполненіемъ судами закона въ самихъ же судебныхъ мѣстахъ—эти начала сдѣлали французскую организацію процесса образцомъ, которому старались потомъ подражать законодательства другихъ странъ Европы, исправляя по мѣрѣ силъ недостатки оригинала. Изъ этихъ реформъ особенно замѣчательны: изданіе женеваго закона о гражданскомъ судопроизводствѣ 1819 г. съ послѣдующими приложеніями къ нему ¹⁾, уставы гражд. судопроизводства Голландіи ²⁾, Сардиніи 1854 и 1859 г. ³⁾, Испаніи 1855 г. ⁴⁾ и новаго Итальянскаго королевства 1865 г. ⁵⁾, а также новые законы и проекты Бельгіи и самой Франціи ⁶⁾.

Что касается Германіи, то здѣсь, по примѣру римско-каноническаго процесса, развилось письменное производство съ канцелярскою тайною. Тогда какъ во Франціи письменная подготовка дѣлъ постепенно сосредоточилась въ рукахъ стряпчихъ (avoués), особой корпораціи, состоящей при судебныхъ мѣстахъ, а доставка бумагъ и вообще исполнительная часть—въ рукахъ судебныхъ приставовъ (huissiers), такъ что на долю самого суда осталось только выслушивать словесныя объясненія сторонъ или ихъ адвокатовъ, отбирать показанія свидѣтелей и другія доказательства и постановлять рѣшенія, а потому естественно было принять здѣсь начала устности и гласности судопроизводства; въ Германіи, напротивъ, вся переписка и все направленіе дѣлъ сосредоточились въ судебныхъ коллегіяхъ съ ихъ канцеляріями и присутствіе лицъ постороннихъ найдено было неудобнымъ. Устность процесса была невозможна, пока дѣла должны были пересылаться на заключеніе университетовъ и переходить длинный рядъ судебныхъ инстанцій, обыкновенно не менѣе трехъ. Для ускоренія дѣлопроизводства принимались разныя искусственныя мѣры, которыя можетъ вынести именно только письменный процессъ, наприм. изложеніе бумагъ по пунктамъ (articuli, positiones), дѣленіе процесса на стадіи или цезуры съ обязанностью сторонъ представить въ извѣстный моментъ его всё свои требованія, возраженія и доказательства подъ страхомъ потери ихъ (Eventualmaxime) и т. п. Но эти мѣры не только не ослабляли канцелярскаго характера производства, а, напротивъ, еще болѣе укрѣпляли его. На устномъ процессѣ Франціи воспиталось свобод-

¹⁾ Bellot loi de la proc. de Genève suivie de l'exposé des motifs, 3 ed. 1870.

²⁾ Wetboek van burgerlijke regtsvordering.

³⁾ Есть русскій переводъ.

⁴⁾ Ley de enjuiciamiento civil. Madrid, 1855.

⁵⁾ Borsari, il codice italiano di procedura civile annotato. 1870—71 въ 3 томахъ Allard, Examen critique du C. de Pr. C. du Royaume d'Italie, 1870.

⁶⁾ Бельгійскій Projet de révision du code de procédure civile напечатанъ въ Documents de la Chambre des représentants, session de 69—70, стр. 149. Въ томъ же изд. и за послѣдующіе годы помѣщены мотивы и обсужденіе проекта въ законодательномъ корпусѣ. Новые бельгійскіе законы по судостроюству и процессу см. въ изд. Delebecque et Hoffman, les cinq codes, Bruxelles, 1872.—Новые французскіе законы въ изд. Трипье, Роже и Сореля и др. Въ послѣднее время и во Франціи подготовленъ projet de revision du Code de pr. civ. и другой проектъ, касающійся судостроюства. Справ. Reorganisation judiciaire p. De Cleru.

ное и независимое адвокатское сословіе; въ распложеніи переписки тамъ заинтересованы были только стряпчіе и потому только съ ними вело борьбу французское законодательство, ограничивая число бумагъ, опредѣляя количество строкъ въ каждой страницѣ бумаги и т. д. Напротивъ, въ Германіи устной защиты почти не было и адвокаты должны были принять на себя роль стряпчихъ, т.-е. сочинительство бумагъ и хожденіе по канцеляріямъ; получая плату съ листа, они естественно прилагали къ каждому дѣлу полное усердіе пера и плодovitость мысли. Оттого германскія законодательства уже издавна относились къ нимъ недружелюбно, хотя при запутанномъ состояніи матеріальнаго права и письменномъ, искусственномъ процессѣ нельзя было обойтись безъ нихъ. Только уничтоживъ хаосъ въ состояніи источниковъ права посредствомъ кодификаціи, можно было думать о серьезномъ преобразованіи процесса. И дѣйствительно мы видимъ, что правительства отдѣльныхъ государствъ Германіи уже издавна начинаютъ заботиться о кодификаціи права, но эта громадная работа требовала времени, такъ что удовлетворительные кодексы гражданского права появляются только съ конца прошлаго столѣтія. Тогда же мы видимъ попытку вытѣснить адвокатовъ изъ процесса, а затѣмъ уже въ настоящемъ столѣтіи мало по малу проникаютъ въ Германію и начала устности и гласности судопроизводства, подъ влияніемъ французскаго *Code de procédure civile*.

Старые уставы Австріи ¹⁾, Пруссіи ²⁾, Баваріи ³⁾, и другихъ германскихъ государствъ ⁴⁾ основаны почти исключительно на письменности. Все состязаніе сторонъ сводилось въ нихъ къ попеременно зареестровкѣ и подшиванію бумагъ и къ протоколированію объясненій и показаній. Для того, чтобы суды не затягивали и безъ того медленнаго хода дѣлъ разными справками и сношеніями *ex officio*, въ ббольшей части германскихъ государствъ и въ имперскомъ процессѣ принято было за правило, что судебныя мѣста должны ограничиваться только разсмотрѣніемъ предъявленныхъ сторонами требованій и доказательствъ и судить на основаніи составленныхъ такимъ образомъ актовъ, не розыскивая и не принимая въ соображеніе ничего такого, чего нѣтъ въ этихъ актахъ: *quod non est in actis, non est in mundo*. Это называлось состязательнымъ началомъ процесса (*Verhandlungs maxime*). Но такъ какъ все состязаніе состояло въ борьбѣ чернилъ и перьевъ и сосредоточивалось въ судебныхъ канцеляріяхъ, то судъ естественно становился господиномъ процесса и управлялъ всѣмъ его движеніемъ. Прусское законодательство сдѣлало еще новый шагъ въ этомъ направленіи. Устранивъ адвокатовъ изъ про-

1) *Allg. Gerichtsordnung* 1781 г. (Иосифа II), Итал. переводъ съ нѣкоторыми измѣненіями и дополненіями *Regolamento giudiziario per le provincie Venete e Tirolo* 1803 и 1814 г. Выстѣ съ позднѣйшими законами см. въ изд. Manz'a *Jurisdictionsnorm etc.* Литерат. см. въ моемъ Очеркѣ конкур. Пр. стр. 362.

2) *Allg. Gerichtsordnung* 1793. Съ послѣдующими измѣненіями см. въ изд. Коха 1870—71 г.

3) *Codex juris Bavarici judicarii* 1753 г.

4) Въ Саксоніи еще въ 1622 г. изданъ былъ *Process-und Gerichtsordnung* Георга I; въ судебной практикѣ издавна развился здѣсь особый порядокъ судопроизводства, имѣвшій въ свое время влияніе и на имперское законодательство, и на германскую теорію процесса. О немъ см. *Carpzovii processus juris in foro saxonico* 1657.

цесса, оно ввѣрило самимъ членамъ суда (Assistenzrätthe, Justizkommissarii) попечение о тяжущихся сторонахъ и возложило на судъ обязанность доискиваться матеріальной истины въ дѣлѣ всѣми законными способами, хотя бы сами тяжущіеся и не сдумѣли изложить дѣла съ надлежащею полнотою и ясностью. Это слѣдственное начало (Untersuchungs maxime) на практикѣ оказалось несостоятельнымъ, потому что эти розыски матеріальной истины, справки и сношенія, требовали много времени и за всѣмъ тѣмъ рѣдко вели къ цѣли, такъ какъ судъ, по самому положенію своему, мало способенъ изслѣдовать спорныя гражданскія отношенія непосредственно, не на основаніи тѣхъ данныхъ, какія сообщены ему сторонами.

Въ началѣ настоящаго столѣтія французскій Code de pr. civile введенъ былъ, во время наполеоновскихъ войнъ, въ рейнскія провинціи. Судебная практика быстро усвоила его себѣ и умѣла оцѣнить важность началъ, лежащихъ въ его основаніи, такъ что и по прекращеніи французскаго протектората на Рейнѣ онъ сохранилъ здѣсь силу закона. Черезъ посредство рейнскихъ судовъ съ нимъ познакомились и другіе юристы Германіи и на него обращено было вниманіе законодателей. Простое сопоставленіе результатовъ устнаго и гласнаго процесса съ канцелярскимъ механизмомъ не могло не убѣдить основательные умы въ рѣшительномъ преимуществѣ французскаго порядка судопроизводства. И вотъ, со второй четверти настоящаго столѣтія почти повсемѣстно въ Германіи открывается рядъ реформъ съ цѣлью ввести въ процессъ начала устности и гласности и французскія начала судоустройства, съ нѣкоторыми ихъ измѣненіями. Кромѣ отдѣльныхъ законовъ Пруссіи и Австріи, составленныхъ въ этомъ направленіи ¹⁾, особеннаго вниманія заслуживаютъ новые уставы Ганновера ²⁾, Бадена ³⁾, Виртемберга ⁴⁾, и Баваріи ⁵⁾. Впрочемъ, каждая территорія Германіи имѣетъ свое отдѣльное законодательство по судебной части ⁶⁾, хотя безъ сомнѣнія въ нихъ есть и общія черты и германская наука умѣла создать изъ сравненія ихъ съ историческими памятниками даже особую систему общегерманскаго процесса, весьма важную именно вслѣдствіе точныхъ историко-сравнительныхъ изслѣдованій, на которыхъ она построена ⁷⁾. Къ формальному

¹⁾ См. у Манца и Коха; сравн. Nikisch, Preussens Gesetzsammlung, а новый австрійскій законъ 1873 г., распространяющій примѣненіе устнаго процесса, въ Reichsgesetzblatt. Срав. также прусскіе проекты устава гражд. суд. 1842 и 1864 г. съ мотивами; о послѣднемъ см. въ Ж. М. Ю. 66 г. № 6. Австрійскіе проекты 66, 67 и 70 г. (Referenten-Entwurf и Regierungsvorlage).—Учебники по прус. суд. Коха, Гефтера, Марционскаго и др. По австр. Fügner-Wessely, 62 г.

²⁾ 1850 г., изд., Леонгардта 1867 г. Его же Civilprocessverfahren des Königreichs Hannover, 61 г. Ж. М. Ю. 62 г., мартъ.

³⁾ 1864 г. оффиц. изд.

⁴⁾ 1868 г. Fecht, Gerichtsgesetze.

⁵⁾ 1869 г. изд. Фирлинга и Барга, съ комментаріями. Schmidt, der bayrische Civilprocess, 2 тома 71 г.

⁶⁾ См. Renaud, Lehrbuch, § 5.

⁷⁾ Walther. Die Literatur des gem. ordentlichen Civilprocesses, 65 г. Старые учебники указаны въ моемъ Очеркѣ К. Пр., стр. 302 и слѣд. Изъ новыхъ Байеръ, Эндеманъ, Рено, Ветцель, Гефтеръ, Остерлохъ, Линде, Мартинъ, Шмидтъ и др. Лучшіе учебники: Ветцеля и Рено.

объединенію процесса въ порядкѣ законодательномъ приступлено было только недавно, въ послѣдніе годы существованія прежняго германскаго союза, и въ особенности послѣ того, какъ состоялось политическое объединеніе территорій сначала въ Сѣверо-Германскомъ Союзѣ, а потомъ въ Германской Имперіи. Изготовленные вслѣдствіе того проекты уставовъ ¹⁾ вызвали за собою довольно богатую критическую литературу ²⁾, но до сихъ поръ еще не получили силы закона.

Съ 30-хъ годовъ настоящаго столѣтія открывается и въ Англіи длинный рядъ судебныхъ реформъ, которыя и до сихъ поръ нельзя еще считать законченными. Англійское судопроизводство, какъ уже замѣчено выше, есть результатъ судебной практики, свободно руководившейся въ дѣлѣ его развитія примѣромъ классическаго римскаго процесса. На характеръ его естественно отразились особенности оригинальнаго судоустройства Англіи. Уже издавна образовались тамъ сильныя корпораціи адвокатовъ, сосредоточившія въ себѣ почти все юридическое образованіе страны, такъ что университетское преподаваніе права постепенно пришло въ упадокъ. Эти юристы-практики приобрѣли монополію веденія дѣлъ въ судебныхъ мѣстахъ и подъ вліяніемъ ихъ прежнее устное производство постепенно преобразовалось въ письменное, хотя участіе присяжныхъ въ судѣ и весь вообще строй англійской жизни не допустили здѣсь канцелярской тайны. Въ письменномъ дѣлопроизводствѣ установились искусственныя, только исторически объяснимыя формы, варварскіе термины, фикціи и т. п. техническіе приемы. Этотъ формализмъ сдѣлалъ суды совершенно недоступными для самихъ тяжущихся. Новые законы о судопроизводствѣ имѣли между прочимъ цѣлью упростить его и доставить судебную защиту каждому притязанію, въ подтвержденіе котораго, хотя бы не техническимъ языкомъ, приведены были правильныя основанія ³⁾. Другая потребность реформъ возникла изъ сосредоточенія судовъ почти исключительно въ столицѣ, вызвавшаго справедливыя жалобы провинціаловъ на централизацію правосудія. Для удовлетворенія ихъ учреждены были особые суды въ графствахъ, которымъ постепенно передана цѣлая масса дѣлъ мало-важныхъ или требующихъ мѣстнаго и безотлагательнаго рѣшенія. Однако, провинціальное населеніе, особенно торговое, не вполне удовлетворилось этими мѣрами и требуетъ теперь устройства коллегіальныхъ общихъ или, по крайней мѣрѣ, торговыхъ судовъ въ главныхъ городахъ провинціи ⁴⁾. Историческое дѣленіе судебныхъ мѣстъ на суды закона и справедливости также возбуждало противъ себя критику и вызвало уже реформу съ цѣлью сліянія ихъ. Слышатся жалобы и на присяжныхъ ⁵⁾,

¹⁾ Ганноверской комиссіи 1866 г. Сѣверо-германскій 70 г. Прусскаго мин. истиціи 71, 72 и 74 г. съ мотивами. Ср. Ж. М. Ю. 66 г., № 4. Жур. Гр. и Торг. Пр. 71 г., кн. 4.

²⁾ Сюда относятся замѣтки, разбросанныя въ разныхъ повременныхъ изданіяхъ, брошюрахъ, запискахъ адвокатскихъ корпорацій и т. д.

³⁾ Сюда относятся такъ наз. Common Law Procedure Acts 1852, 1854 и 1860 гг.

⁴⁾ Аглы 46, 49, 50, 52, 56, 58, 65, 69 гг. Davis County Court Practice a. Evidence, 4 ed. 1871. Справ. Report on Tribunals of commerce 1871 г.

⁵⁾ Brown the dark side of trial by jury, 59 г.: Times 73 г., мартъ и апрѣль: извѣстія о присяжныхъ въ Ирландіи.—Esher Schwurgerichte, 68 г. Въ особенности же см. статью: the judicial investigation of truth въ Quarterly Review 1875 г. январь, авторъ которой находитъ, что присяжные полезны въ гражд. процесѣ только тамъ, гдѣ

хотя Англія едвали рѣшится разстаться съ этимъ многовѣковымъ національнымъ учрежденіемъ, которое имѣетъ безъ сомнѣнія и свою свѣтлую сторону, какъ гарантія правосудія и какъ народная школа гражданскаго и торговаго права. Можно замѣтить здѣсь, что участіе присяжныхъ въ судѣ имѣло глубокое вліяніе на строй англійскаго судопроизводства. Такъ какъ вопросы факта по требованію одной изъ сторонъ должны были рѣшаться присяжными, а вопросы юридическіе подлежали рѣшенію суда (*Ad quaestionem facti non respondent iudices, ad quaestionem juris non respondent juratores*, говоритъ одинъ изъ древнихъ англійскихъ юристовъ. *Coke, inst. 1, 155*), то въ теченіи судебного состязанія (*pleading*) необходимо было въ точности установить спорные вопросы такъ, чтобы предметъ спора былъ очевиденъ. По этому поводу развилась любопытная система правилъ, имѣющихъ цѣлью привести состязаніе къ опредѣленному исходу (*issue, litis contestatio* по Брак-тону), а именно къ прямому противорѣчію сторонъ на какомъ-нибудь опредѣленномъ пунктѣ, будетъ ли то вопросъ факта или права. Съ другой стороны, должны были развиться правила о созваніи присяжныхъ, объ обжалованіи ихъ вердиктовъ и т. д. Англійскій законъ вообще значительно ограничиваетъ право аппеляціи на судебныя рѣшенія, но обжалованіе вердиктовъ допускаетъ въ довольно широкихъ предѣлахъ ¹⁾.

§ 8. Русское судопроизводство.

А) Въ древнѣйшемъ періодѣ русскаго процесса мы встрѣчаемъ опять уже знакомыя намъ явленія—неразвитость объективной системы права, реакцію внутренняго чувства права противъ правонарушенія, родовую месть и самоуправство, участіе народа въ судѣ, а потому судъ гласный и устный, преобладаніе формальныхъ доказательствъ, рѣшенія на основаніи поля и крестнаго цѣлованія, взысканія, падающія на лицо и личную свободу должника, и наконецъ медленное, постепенное развитіе права и процесса. Нужно только взглянуть на порядокъ рубрикъ въ Русской Правдѣ: о послушествѣ, о бородѣ, о зубѣ, а се о борти, о смердѣ и т. д., и для насъ очевидно будетъ, что объективной системы права въ тѣ вѣка еще не было. Для нея еще только собирался разрозненный матеріалъ практики. Первая статья древнѣйшаго списка Правды говоритъ о мести: мститъ брату брата;

дѣло идетъ объ опредѣленіи размѣра убытковъ, или о выборѣ между противоположными показаніями свидѣтелей, и что во всякомъ случаѣ, судъ долженъ рѣшать, подлежитъ-ли вопросъ факта изслѣдованію суда съ присяжными, или безъ присяжныхъ, т.-е., по нашей терминологіи, безъ экспертовъ (стр. 246 ff.).

¹⁾ Руководства по англійскому процессу: *Smith, Proceedings in an action at Law* 10 изд. 68 г.; *Kerr, Action at Law* 61 г.; *Lush, Practice by Dixon*, 3 ed. 65 г. *Stephen, On pleading*, 7 ed. 66 г. *Best, principles of Evidence*. 5 ed. 70 г. *Ayckbourn Chancery Practice, Forms a. Orders*, 70 и слѣд. гг. *Hunter, Suit in Equity* 71 г. *Goldsmith Doctrine a. Practice of Equity* 71 г. *Coote, Probate Court Practice* 71 г. *New Admiralty Practice* 1869 г. *Brownne, Divorce a. Matrimonial Causes Practice* 1868 г. Англійскій процессъ издавна служилъ образцомъ для С. Америки, но потерпѣлъ здѣсь и весьма существенныя измѣненія; въ настоящее время почти каждый штатъ имѣетъ тамъ свой уставъ гражд. судопроизводства, наприм. *N. York Code* (annotated by *Voorhis*. 1871). *Massachusetts Statutes*, ч. 3 of Courts and proceedings in civil cases и *Richardson, Supplement to*, vol. I. 1860—72 гг.

въ другихъ статьяхъ говорится, что правонарушителя чада смирять, бьютъ его, убьютъ во пса мѣсто. Въ договорѣ Смоленскаго князя Мстислава съ Ригю встрѣчается такое правило: имѣть татя, своя ему воля. Вездѣ видны затѣмъ слѣды древней народной расправы: судъ происходитъ въ своемъ міру (1 Рус. Пр. 12), передъ добрыми мужами (1 Смол. Дог. 24), передъ 12 человекъ (1 Рус. Пр. 14: это напоминаетъ шѣффовъ и присяжныхъ), передъ братчиною (Пск. Суд. Гр. 27, 4—5), имущество отыскивается сводомъ (1 Рус. Пр. 13), права охраняются въ закличъ (Пск. Суд. Гр. XI, 11, XII, 17). Съ призваніемъ князей имъ предоставлено было, между прочимъ, и право суда, но долгое время они смотрѣли на него болѣе какъ на доходную статью, чѣмъ какъ на правосудіе. Княжескіе люди (въ старое время обыкновенно холопы), отроки, тѣны, вирники, намѣстники, волостели и т. п. занимались болѣе сборомъ судебныхъ пошлинъ и штрафовъ на князя и на себя самихъ, а рѣшеніе принадлежало міру или добрымъ мужамъ изъ народа. Съ теченіемъ времени это соучастіе двухъ элементовъ въ судѣ опредѣлялось точнѣе и постепенно видоизмѣнялось. Такъ, въ новгородскихъ судахъ отъ в. князя дѣйствуютъ намѣстникъ и тѣнъ и въ договорахъ съ князьями обыкновенно встрѣчаются разные ограниченія ихъ суда: они не должны замышлять самосуда, мстить судомъ новгородцамъ и, главное, они не могутъ судить въ Новгородѣ безъ посадника, ни вмѣшиваться въ судъ тысяцкаго; тѣнъ судить во владычнѣхъ комнатѣхъ (одринѣхъ) и въ судѣ его участвуютъ, съ правомъ рѣшительнаго голоса, изъ каждаго конца новгородскаго по боярину, да по житьему, да приставы отъ каждой изъ тяжущихся сторонъ (Суд. Новг. Гр. въ А. А. Э., т. 1, № 92 и Договоры 1265, 1327, 1471 гг.). Во Псковѣ рядомъ съ княжескимъ намѣстникомъ, съ приставами и подверниками отъ князя дѣйствуютъ городскіе люди—посадникъ, сотскіе, старосты, подверники и приставы (Энгельманъ, стр. 99 и слѣд.). И въ другихъ мѣстахъ Руси господствуетъ правило, что намѣстники и тѣны безъ старостъ и безъ лучшихъ людей суда не судятъ (Онеж. Уст. Гр.), какъ это признано и судебниками Ивана III и Грознаго, изъ которыхъ особенно послѣдній видитъ въ земскомъ элементѣ суда главнѣйшую гарантію правосудія (62, 68—70 ст.).

Нельзя, однако, не замѣтить, что въ московскомъ государствѣ, вмѣстѣ съ накопленіемъ объективныхъ нормъ права, постепенно усиливается дьяческій элементъ суда, въ Москвѣ развивается цѣлая система приказовъ, а въ областяхъ, гдѣ старое начало кормленія мало по малу уступило мѣсто государственному управленію, при воеводахъ появляются съѣзжія или приказныя избы; и тамъ и здѣсь пріобрѣтаютъ все болѣе и болѣе вліянія на дѣлопроизводство дьяки и подьячіе, юристы-практики древней Руси, воспитанные за приказными столами. Кромѣ того, сами государи московскіе начинаютъ принимать дѣятельное участіе въ судѣ и надъ приказами и воеводскими судами устанавливается контроль боярской думы, напоминающей римскій *consilium principis*. Проводится начало доклада отъ низшихъ судей высшимъ ¹⁾, размножаются жалобы и переводы дѣлъ въ Москву. Вмѣстѣ съ тѣмъ идетъ

¹⁾ Котораго жалобника не пригоже управити, и то сказать великому князю. Суд. 1497 г.; ст. 1.

развитіе письменности и канцелярской тайны ¹⁾ и процессъ постепенно склоняется къ слѣдственному, инвизиціонному началу. Въ древнее время вообще гражд. и угол. процессъ мало различаются другъ отъ друга, потому что и тамъ и здѣсь идетъ дѣло объ обидѣ ²⁾. Поэтому развившіяся первоначально въ уголовномъ процессѣ слѣдственные начала и приемы, какъ-то: очныя ставки, сыскъ, розыскъ и даже пытка (Улож. XIV, 2), пересылка дѣлъ ех.офиціо на ревизію высшаго суда, постепенно перенесены были и на гражд. дѣла, въ которыхъ особенно замѣшанъ былъ общественный интересъ, наприм. на дѣла о холопствѣ, о помѣстьяхъ и вотчинахъ и т. п.

Въ древнее время основаніемъ судебныхъ рѣшеній были формальныя доказательства, наприм. испытаніе желѣзомъ, поле и крестное цѣлованіе. Первое господствовало особенно въ періодъ Рус. Правды (Калач. Сводъ, ст. 118), когда и византійскій процессъ паль такъ глубоко, что допускалъ этотъ способъ доказательства (Гриммъ, Deut. Rechtsalterthümer, 933—4 стр.). Поле также очень древній обычай славянъ, о немъ упоминаетъ уже одинъ арабскій писатель XI в. (Мукаддези. Погодинъ, Изслѣд. III, 384), и оно существовало у насъ до конца 16 столѣтія (А. А. Э. 1, 348, I, Уст. Гр. Троицко-Серг. монаст. 1590 г.). Часто случалось, что oprичъ поля у тяжущихся не было никакихъ доводовъ; такъ что обои истцы имались за поле и лѣзли на поле битися. Свидѣтельскія показанія сначала также опровергались полемъ. Исходъ поединка рѣшалъ дѣло. Только съ теченіемъ времени мало-по-малу развилась другая система доказательствъ; изъ древняго суда народнаго развился обыскъ, съ появленіемъ слѣдств. производства введены въ процессъ очныя ставки, затѣмъ являются крѣпостные документы и т. д.

Объективныя нормы гражданскаго права создавались медленно, путемъ договоровъ, судебной практики, сборниковъ старой пошрины и правды; особенно, начиная съ судебного Ивана III, мы видимъ непрерывный рядъ такой группировки юридическаго матеріала, указовъ и боярскихъ приговоровъ, такъ что Уложеніе съ новоуказными статьями къ нему представляло уже весьма почтенный для своего времени сводъ земскаго права. Но если подъ этою оболочкою мы рассмотримъ существо дѣла, то замѣтимъ, что понятія о частныхъ правахъ въ Московской Руси были весьма слабы; это ея характеристическая черта. Историческая задача Москвы состояла въ томъ, чтобы создать и сплотить громадное государство на восточной равнинѣ Европы. И эта задача была выполнена, установленъ суровый внѣшній порядокъ и все населеніе закрѣпощено на службу, въ тягло или въ холопство. Безъ сомнѣнія, это была заслуга передъ дальнѣйшею исторіею. Но въ этомъ закрѣпощеніи народа частныя права по необходимости должны были ослабѣть. Политика московскихъ государей постепенно сломила права удѣльныхъ князей и вольности дружины и, ограничивая неза-

¹⁾ А которыя дѣла судятъ бояре, и тотъ судъ велѣти дьякомъ записывати передъ собою; а истцомъ у записки не стояти. А будетъ надобѣть на которое дѣло истца или отвѣтчика спросити, ино его къ себѣ позвати, да спросивъ его отъ записки отослати; а какъ дѣло ихъ дьякъ запишетъ, и того дѣла передъ истцы не чести, а прочести его бояромъ. Суд. Гр., 29.

²⁾ 1 Рус. Пр. 4: утнеть мечемъ, 12 гривнѣ за обиду, 10: челядинъ скретсяя, а не выведуть, а познають и, три гривнѣ за обиду, 14: при неплатежѣ долга 3 гривнѣ за обиду и т. д.

висимое землевладѣніе, развила владѣніе помѣстное, общинное и тяглое, поставивъ на мѣсто свободнаго гражданскаго общества — отношенія служилыя и крѣпостныя, холопскія или кабалныя. Въ связи съ этими явленіями можно указать и на то, что древняя Русь не имѣла самостоятельнаго судебного сословія и въ особенности положеніе адвокатовъ было незавидное. Въ судахъ ходили холопы и дѣти боярскіе, нанимаясь въ повѣренныя къ тяжущимся. Но приказные дѣяки, которыхъ еще Татищевъ обличалъ въ лакомствѣ къ грабленію тяжущихся, отнеслись недоброжелательно къ этимъ ходакамъ закона; они обвинены были передъ царскою думою въ ябедахъ и крамолахъ и въ умноженіи негожихъ тяжъ, и дума постановила ихъ не щадити, а въ судѣ будетъ говорить не по дѣлу, и того не слушати и не писати, а его бивъ кнутѣмъ отъ суда отсылати и впредь къ суду не пущати (Ук. 1582 г.) ¹⁾.

Б) Съ Петра Великаго начинается въ нашемъ судоустройствѣ и процессъ рядъ преобразованій, частію заимствованныхъ изъ Запада, особенно изъ остзейскаго края, завоеваннаго у Швеціи. На мѣсто личнаго начала судоустройства введено коллегіальное, на мѣсто царской думы учрежденъ сначала одинъ сенатъ, но потомъ судебныя дѣла стали восходить изъ сената еще въ государственный совѣтъ и для приѣма просьбъ на Высочайшее имя учреждена была коммиссія прошеній. На мѣсто приказовъ учреждены Петромъ I коллегіи, но при Екатеринѣ II эти столичные присутственныя мѣста, въ видахъ децентрализаціи, перемѣщены въ губерніи подъ названіемъ палатъ. Въ областяхъ на мѣсто воеводъ появляются губернаторы и при нихъ ландратскія коллегіи (заимствованныя изъ Эстляндіи), переименованныя потомъ въ канцеляріи, а при Екатеринѣ II въ губернскія правленія. Въ городахъ и уѣздахъ въ указахъ Петра упоминаются и частію даже дѣйствительно существовали разные суды и судьи, земскіе (Landgericht, Landrichter), нижніе городовые (Nieder-stadtgericht), надворные (Hofgericht), съ ассессорами или комиссарами, со шрейберами, выписанными изъ цезарскихъ (германскихъ) коллегій или набранными изъ шведскихъ военноплѣнныхъ и т. д., и особо, для городскаго сословія, бурмистры и бурмистерскія палаты, потомъ городовые магистраты на основаніи рижскаго и ревельскаго регламентовъ, подчиненные главному магистрату въ Петербургѣ. Но въ 1727 г., при Екатеринѣ I опредѣлено было какъ надворные суды, такъ и всѣхъ лишнихъ управителей, и канцеляріи ихъ, и конторы, камерировъ и земскихъ комиссаровъ, и прочихъ тому подобныхъ вовсе отставить, а положить всю расправу и судъ (въ областяхъ) по прежнему на губернаторовъ и воеводъ, чтобы подданнымъ тѣмъ показано быть могло облег-

¹⁾ Литература: Калачевъ, Исслѣд. о Рус. Правдѣ, 46 г., и о Судеб. царя Іоанна Вас. въ Юрид. Зап. Рѣдина, т. 1 (41 г.). Энгельманъ, Гр. Зак. Псковской Суд. Грамоты, 55 г. (срав. списокъ во 2 изд. Мурзаевича 68 г.). Утинъ и Лазаревскій, Собр. Памятниковъ, 59 г. Акты юрид., арх. и истор. Пановъ, о Новгор. Суд. Грам. въ Сборникѣ студентовъ Сиб. Унив. 1857 г., вып. 1. Татищевъ, Судеб. Грознаго, изд. 2, 1786 г. Уложеніе и Новоуказ. статьи въ Пол. Собр. Зак. Куницынъ, Истор. изображеніе суд., 43 г. Дювернуа, Источники права и судъ. Михайловъ, Исторія гр. судопроизводства до Уложенія, 48 г. Дмитріевъ, Исторія судеб. инстанцій, 59 г. Чоглоковъ, О судоустройствѣ до Алексѣя Михайловича въ Юрид. Сбор. Мейера. Пахманъ, О доказательствахъ, 51 г. Кавелинъ, Судоустр. и судопроизв. отъ Улож. до Учр. о губ. въ Собр. соч., т. 1.

ченіе, а вмѣсто бы разныхъ многихъ канцелярій и судей, знали токмо одну канцелярію. Болѣе прочны были областныя учрежденія Екатерины II, весьма замѣчательныя для своего времени, только слишкомъ сложныя и заключавшія въ своемъ выборномъ, сословномъ составѣ начало разложенія и смерти. Въ основу областного судоустройства положено было германское начало 3-хъ инстанцій: высшую составляли палаты гражданскаго и уголовнаго суда, а среднія и низшія инстанціи раздѣлены по сословіямъ и имѣли выборный составъ, такъ для дворянъ 1 инстанція — уѣздный судъ,

	2	—	верхній земскій судъ,
для городскихъ обывателей	1	—	магистратъ или ратуша,
	2	—	губернскій магистратъ,
для крестьянъ	1	—	нижняя расправа,
	2	—	верхняя расправа,

для разночинцевъ въ столицахъ—нижній и верхній надворные суды.

Изъ 3-й инстанціи дѣла переходили въ Сенатъ, который съ теченіемъ времени раздѣленъ былъ на департаменты: сначала дѣло поступало въ департаментъ, потомъ могло переходить въ общее собраніе сената, далѣе въ послѣдствіи въ государственный совѣтъ и даже рѣшенія государственнаго совѣта въ нѣкоторыхъ случаяхъ могли быть обжалованы снова въ комиссіи прошеній и дѣло восходило на Высочайшее разсмотрѣніе (Уст. ком. прош. 26, 36). Еще болѣе усложнялся ходъ дѣла вслѣдствіе смѣшенія судебной власти съ административною, хотя законодательство издавна стремилось отдѣлить ихъ. Уже Петръ Великій старался сосредоточить надзоръ за судебными мѣстами въ самихъ же судахъ или въ лицѣ состоящихъ при нихъ прокуроровъ разныхъ степеней, но эта мысль привилась при немъ прочно только къ столичнымъ судебнымъ установленіямъ, а въ областяхъ—особенно послѣ упомянутаго указа 1727 г.—губернаторы и воеводы имѣли рѣшительное вліяніе на судъ. Учрежденіе о губерніяхъ Екатерины II создало особую систему судебныхъ мѣстъ въ области и рядомъ съ нею систему полицейскихъ установленій, а при судахъ для надзора—прокуроровъ и стряпчихъ. Въ послѣдствіи, вмѣстѣ съ другими учреждено было и особое министерство юстиціи. Однако, раздѣленіе суда и администраціи не было выдержано съ достаточною строгостью, потому что губернаторы и губернскія правленія, на ряду съ прокуратурою, получили право надзора надъ судами; разныя казенныя учрежденія имѣли своихъ стряпчихъ, которые также были обязаны наблюдать за судебными дѣлами; въ интересахъ казны установлена была пересылка дѣлъ изъ судовъ на заключеніе разныхъ мѣстъ и лицъ административнаго вѣдомства. Кромѣ того, полиція завѣдывала взысканіями по дѣламъ безспорнымъ, на ней же лежала обязанность производить вызовы, принимать мѣры обезпеченія и исполнять судебныя рѣшенія по дѣламъ тяжбынымъ.

Вообще говоря, начала областного судоустройства, установленныя учрежденіемъ о губерніяхъ, остались въ силѣ до новѣйшаго времени и вошли въ Сводъ законовъ. Послѣдовали только немногія измѣненія; такъ, наприм., въ 1797 и 1801 г. суды 2-й инстанціи, въ видахъ упрощенія судоустройства, были закрыты, а въ 1801 и 1831 г. выборное начало было распространено и на составъ палатъ гражданскаго и уголовнаго суда; съ 1832 г. въ важныхъ торговыхъ городахъ учреждены были коммерческіе суды; судебныя дѣла государствен-

ныхъ крестьянъ въ 1838 г. сосредоточены въ волостной и сельской расправѣ, а по положенію о крестьянахъ 19 февраля 61 г. въ особыхъ волостныхъ судахъ и мировыхъ по крестьянскимъ дѣламъ учрежденіяхъ, замѣнившихъ прежніе вотчинные суды помѣщиковъ надъ крѣпостными людьми; въ 1866 г. они распространены и на государственныхъ крестьянъ.

Что касается началъ судопроизводства, то въ царствованіе Петра I прежде всего усилено было начало слѣдственное. Указомъ 1697 г. во всѣхъ гражданскихъ, какъ и въ уголовныхъ, дѣлахъ введенъ розыскъ, а въ 1716 г. воинскій процессъ съ употребленіемъ пытокъ. Въ концѣ того же царствованія, въ указѣ 1723 г. о формѣ суда, замѣчается поворотъ къ началу состязательному и къ устной формѣ процесса; но этотъ указъ былъ слишкомъ кратокъ и не могъ замѣнить собой всего исторически накопившагося матеріала судебной практики; прежнее письменное производство не только удержалось въ судахъ, но должно было по необходимости усилиться, чѣмъ сложнѣе становилась система судебныхъ инстанцій, чѣмъ рѣшительнѣе стало влияние секретарей и канцелярій въ судахъ съ выборнымъ, сословнымъ составомъ. Въ развитіи слѣдственного и состязательнаго начала составляетъ эпоху раздѣленіе, по крайней мѣрѣ въ нѣкоторыхъ инстанціяхъ, суда гражданского отъ уголовного; такъ, по учрежденію о губерніяхъ открыты были особыя палаты гражданского и палаты уголовного суда; съ теченіемъ времени въ департаментахъ сената, управъ благочинія, уѣздныхъ и надворныхъ судовъ образовалось также раздѣленіе гражданскихъ и уголовныхъ дѣлъ. Это обособленіе гражданского процесса естественно должно было вести къ выясненію и развитію особаго характера его, вытекающаго изъ существа правъ гражданскихъ. Однако, до новѣйшаго времени ходъ этого развитія былъ довольно медленъ, и въ гражданскомъ судопроизводствѣ держались исторически внесенныя въ него примѣсы слѣдственного начала. Такъ, наприм., судебныя мѣста обязаны были, не довольствуясь доказательствами, представленными истцомъ и отвѣтчикомъ, разяснить дѣло всѣми потребными обстоятельствами, собирать для того справки, требовать свѣдѣній изъ другихъ присутственныхъ мѣстъ и т. д. (X, 2, 441—42). Многія дѣла, соединенныя съ общественнымъ интересомъ, особенно казеннымъ, производились слѣдственнымъ порядкомъ и переходили на ревизію изъ низшихъ инстанцій въ высшія даже безъ жалобы сторонъ (X, 2, 154, 156—7, 692, 696, 700, 706, 709, 712, 722, 775—7, 822, 829, 841, 842, 977 и др.). Бывали даже случаи, что и самое дѣло заводилось на судѣ безъ исковой просьбы, а вслѣдствіе того только, что полиція, остановивъ взысканіе въ безспорномъ порядкѣ за возбужденнымъ противъ него споромъ, препровождала дѣло въ надлежащій судъ (X, 2, 22, 24, 95). По учиненіи надлежащихъ справокъ, въ канцеляріи суда составлялась докладная записка изъ дѣла (445 и слѣд. X, 2) и, такъ какъ члены судовъ были болѣею частію выборные и не всегда свѣдуци въ законахъ, то канцелярія, состоявшая изъ юристовъ-практиковъ, должна была приводить въ запискѣ приличныя къ дѣлу законы, и секретарь, скрѣпляя записку, долженъ былъ удостовѣрить, что узаконенія приличныя указаны всѣ и что болѣе приличныхъ узаконеній не имѣется (461). Черезъ посредство этой записки судъ знакомился съ дѣломъ и на основаніи ея рѣшалъ дѣло; для удостовѣренія фактической ея точности и полноты, устано-

влено было сообщать ее тяжущимся для прочтенія и рукоприкладства (447 и слѣд.), на что и назначался имъ срокъ. Вообще же въ канцелярскомъ судопроизводствѣ господствовала тайна, потому что и для чиновъ судебного вѣдомства обязательно было общее правило, по которому состоящее въ службѣ лицо должно хранить свято и ненарушимо всякую касающуюся службы тайну (Уст. служ. 1191. Ср. Воин. Прог. гл. 1. п. 10). Поэтому публикѣ не было доступа въ суды даже и такіе, гдѣ въ видѣ исключенія допущено было устное разбирательство дѣла, наприм. въ коммерческихъ (учр. 1832 г.) и торговыхъ словесныхъ судахъ при магистратахъ и ратушахъ (XI, 2, 1771 и слѣд.).

Мы не будемъ говорить о злоупотребленіяхъ, вызванныхъ на практикѣ этою тайною, этимъ господствомъ канцелярій, проволочкою дѣла за собираніемъ справокъ и пересылкою на ревизію или пересмотръ по жалобамъ черезъ длинный рядъ судебныхъ инстанцій. Это были простыя послѣдствія началъ, лежавшихъ въ основѣ судоустройства и процесса, на раскрытіе которыхъ обращено теперь наше вниманіе. Для судьбы нашего процесса было весьма важно, что со времени реформъ Екатерины II, закончившихъ бурную эпоху законодательныхъ экспериментовъ Петра I и его ближайшихъ преемниковъ, наступилъ періодъ довольно спокойнаго развитія судебной практики, періодъ установленія судебного опыта, собиранія и свода законовъ. Въ это именно время выработались у насъ прочныя правила и обряды судопроизводства и въ Сводѣ законовъ практика получила, вообще говоря, довольно полную и стройную систему опредѣленныхъ нормъ для судебныхъ рѣшеній, систему, въ которой понятія громаднаго организма нашей общественной жизни были разграничены и приведены въ порядокъ съ удивительною для того времени силою анализа. Стремленіе къ разграниченію историческаго матеріала сказалось и въ Сводѣ законовъ о гражд. судопр. (2 ч. X т.); здѣсь, кромѣ дѣленія взысканій на безспорныя и спорныя, установлено четыре главныхъ и 18 особенныхъ порядковъ гражд. судопр., да сверхъ того еще примирительное разбирательство и особыя изыятія для разныхъ губерній Россіи и Сибири ¹⁾. Понятія о правахъ гражд. также постепенно выяснялись и крѣпли; мы видимъ, что публичныя начала, ослаблявшія въ древней Руси всякаго рода частное владѣніе, постепенно стираются, особенно со времени Екатерины II, и владѣніе выростаетъ въ прочное право собственности. 19-е февраля открыло собою новый рядъ преобразованій, направленныхъ къ той же цѣли—развитію

¹⁾ Впрочемъ, не всѣ мѣстные законы вошли въ Сводъ. Такъ, въ Финляндіи дѣйствуетъ шведское уложеніе—*Sveriges Rikes Lag*. 1734 г., съ послѣдующими прибавленіями и измѣненіями, сохранившее въ своихъ 12 засѣдателяхъ судовъ древнее германское учрежденіе шэффеновъ. (Есть изд. 1807, 1824 и 1856 г.) Дундаль Изображеніе суд. въ Финл. 1852. Въ Остзейскомъ краѣ дѣйствуютъ разные древніе источники, развитые и видоизмѣненные судебною практикою при пособіи германской теории процесса. Schmidt, Verfahren nach livländischem Landrecht и его же статьи въ *Dorp. Zeit.* I. 1 (1868 и 1869 г.) Старые учебники Нильсона 1806, Самсона, Бунре, *Geschichte*, 32 и 49 г. *Der Stadt Riga Statuta und Rechte*, изд. 68 г. *Vorschläge zur Reform Цвингмана* и др. *Estländ. Ritter u. Landrechte*, изд. литер. общества 52 г. Св. Зак. Ост. т. I, ч. I. Въ польскомъ краѣ принятъ былъ во времена Наполеона 1 фран. С. д. *pr. civ.* Польскіе законы и др. источники см. въ Сбор. Постан. Ц. Пол., 67 г., т. VI—VIII.

прочныхъ формъ свободнаго гражд. быта. Что касается судебнаго опыта, то распространенію его, безъ сомнѣнія, много вредила у насъ канцелярская тайна, въ силу которой судебныя рѣшенія не печатались и доступны были лишь мѣстнымъ, при каждомъ судѣ, практикамъ. Но здѣсь же нельзя не упомянуть, что въ этотъ періодъ у насъ образуется фактически сословіе адвокатовъ или ходатаевъ по дѣламъ, въ видѣ особой профессіи. Въ первые годы царствованія Петра I, указомъ 1697 г., запрещено было тяжущимся сторонамъ нанимать за себя „свою братью и боярскихъ людей ябедниковъ и составщиковъ же, воровъ и душевредцевъ“. Но уже воинскій процессъ 1716 г. допускаетъ свободный наемъ повѣренныхъ, хотя, по тогдашнему германскому обычаю, смотритъ на нихъ недоброжелательно, потому что „оныя судью болѣе утруждаютъ и дѣло къ вящшему пространству приводятъ“. Съ тѣхъ поръ начало свободы въ этомъ отношеніи сохранилось и признано въ Сводѣ Законовъ; мало того, при разныхъ казенныхъ мѣстахъ установлены особые казенныхъ дѣлъ стряпчіе, а при коммерческихъ судахъ присяжные стряпчіе для ходатайства по торговымъ дѣламъ частныхъ лицъ; другимъ адвокатамъ еще не было дано организаціи и не мудрено, что эти практики, воспитанные на хожденіи по тайнамъ канцелярій и оставленные безъ надзора, иногда были очень далеки отъ идеала ораторовъ и юрисконсультовъ, хранителей права.

Судебныя взысканія, какъ выше замѣчено, въ древней Россіи имѣли характеръ личный. Сначала должники даже продавались въ рабство, впослѣдствіи выдавались головою взыскателю. Съ развитіемъ слѣдственного начала образовался обычай правежа долговъ тѣлеснымъ наказаніемъ, именно прутьями по голымъ пяткамъ; при Петрѣ I, государѣ, умѣвшемъ извлекать изъ всего пользу для общественнаго дѣла, правежь замѣненъ былъ ссылкой должниковъ на галерную работу въ адмиралтействѣ и въ прядильномъ домѣ; впослѣдствіи при Аннѣ Ивановнѣ мы видимъ отдачу должниковъ въ заработки взыскателямъ. Но при Екатеринѣ II, неоплатныхъ должниковъ велѣно подвергать тюремному заключенію, не болѣе какъ на 5 лѣтъ, и затѣмъ все взысканіе съ нихъ прекращалось. Мало по малу должны были получить рѣшительный перевѣсъ разные способы имущественныхъ взысканій, хотя и долговая тюрьма сохранилась у насъ до настоящаго времени.

Одно изъ самыхъ наглядныхъ послѣдствій нашего судоустройства и процесса состояло въ крайней медленности дѣлопроизводства при переходѣ дѣлъ по инстанціямъ. Законодательство должно было уже давно замѣтить этотъ порокъ; и оно приняло здѣсь два рода мѣръ: по однимъ дѣламъ, соединеннымъ съ интересомъ государственнымъ и переходившимъ на ревизію безъ жалобы, оно предписывало наблюдать за скорѣйшимъ окончаніемъ ихъ особымъ стряпчимъ казенныхъ дѣлъ, разнымъ казеннымъ управленіямъ и административнымъ начальствамъ, хотя это часто вело только къ расположенію переписки. По другимъ, частнымъ дѣламъ, восходившимъ въ высшія инстанціи только по жалобамъ, оно установило разные штрафы за неосновательные иски и апелляціи. При Екатеринѣ II былъ введенъ залогъ правой апелляціи, и въ то же время срокъ для подачи апелляціонной жалобы опредѣленъ годичный, а для пребывающихъ за границею двухъ годовой. По Своду Законовъ, за объявленіемъ неудовольствія

на рѣшеніе, все дѣло запаковывалось, отсылалось въ высшій судъ и хранилось тамъ нераспечатаннымъ до истеченія года или двухъ лѣтъ ¹⁾).

В. Такое состояніе правосудія вполне объясняетъ намъ какъ необходимость, такъ и самое направленіе судебной реформы, совершившейся въ наше время. Первая мысль о преобразованіи возникла уже довольно давно и за нею послѣдоваль, какъ извѣстно, длинный рядъ законодательныхъ работъ, съ участіемъ, можно сказать, всѣхъ лучшихъ юридическихъ силъ Россіи, закончившійся, послѣ обнародованія въ 1862 г. основныхъ положеній преобразованія, изданіемъ судебныхъ уставовъ 20 ноября 1864 г., а именно, между прочимъ, учрежденія судебныхъ установленій и устава гражданского судопроизводства. Эти источники нынѣ дѣйствующаго процесса должны служить главною основою нашего догматическаго изложенія, но и здѣсь въ историческомъ очеркѣ они имѣютъ свое почетное мѣсто, заключая собою для нашего времени и народа многовѣковое развитіе судебной организациі. Нельзя не замѣтить при этомъ, что наша судебная реформа есть плодъ не только русскаго историческаго опыта, но и знакомства съ исторіею и современными учрежденіями Запада, въ особенности государствъ французской группы, хотя можно указать въ судебныхъ уставахъ лишь немного прямыхъ заимствованій. Начала судопроизводства и процесса составляютъ общее достояніе человѣчества, общее наслѣдство, передаваемое изъ однихъ вѣковъ исторіи въ другіе, и если они принимаются народомъ въ свою очередь вслѣдствіе самостоятельнаго, историко-практическаго ихъ обсужденія и оцѣнки, то называть это заимствованиемъ у какого-нибудь другаго народа было бы не совсѣмъ точно, скорѣе это — результатъ общаго историческаго развитія и движенія идей, результатъ естественнаго роста народовъ.

По отношенію къ судопроизводству новые судебные уставы точнѣе опредѣлили начало отдѣленія судебной власти отъ административной и законодательной. Прекративъ полицейское разбирательство по гражданскимъ взысканіямъ и вмѣшательство административныхъ властей въ дѣло суда по праву надзора, они сосредоточили всѣ гражданскія дѣла въ судебныхъ учрежденіяхъ, установивъ, для дѣлъ маловажныхъ и требующихъ немедленнаго разрѣшенія, особую систему мировыхъ судовъ, а для исполнительныхъ дѣйствій—судебныхъ приставовъ, и предоставивъ надзоръ за судебными мѣстами и лицами, при нихъ состоящими, самому же судебному вѣдомству, именно судамъ, прокуратурѣ съ министромъ юстиціи во главѣ, и сенату въ качествѣ высшаго судебного установленія, охраняющаго въ судебной практикѣ силу закона въ порядкѣ кассационномъ и распорядительномъ. И въ отношеніи къ отдѣльнымъ членамъ судовъ проведено начало самостоятельности и прочности судебныхъ должностей, усилены требованія на счетъ юридическаго образованія и ограничено выбор-

¹⁾ Литература. Дмитріевъ и Кавелинъ I. с. Градовскій, Высшая админ. и генераль-прокуроры. Михайловъ, Гр. судопр. отъ Улож. до Свода, 56 г. Главный матеріалъ заключается въ Пол. Собр. Зак. и въ Св. Зак. Судебно-практическій матеріалъ въ сборникѣ мнѣній Гос. Совѣта по гр. дѣламъ 1850—54 (2 тома) и Сборникѣ рѣш. Прав. Сената (2 т. въ 3 кн.) 64—66 г. Дегай, Учебная книга гражд. суд., 40 г. Камбекъ, Опытъ начертанія гр. судопроизводства, 48 г., 2-е изд. 1859 г. Владиславлевъ, Общія основанія гражд. судопроизв. 1857 г. Разныя изслѣдованія и матеріалы можно найти въ Жур. М. Юст. съ 1859 г.

ное начало для опредѣленія на судебную службу. Вслѣдствіе разграниченія судебной власти отъ законодательной и исполнительной открылась возможность значительно сократить число инстанцій, предоставивъ важнѣйшія дѣла двумъ коллегіальнымъ судамъ, а менѣ важные—единоличнымъ мировымъ судьямъ и ихъ съѣздамъ, какъ 2-й инстанціи, подъ общимъ надзоромъ сената, который, впрочемъ, не разсматриваетъ дѣлъ по существу и не составляетъ потому 3-ей инстанціи, а ограничивается только отмѣною или кассаціею рѣшеній по основаніямъ формальнымъ, наприм. по нарушенію прямого смысла закона или правъ 3-хъ лицъ. вмѣстѣ съ судебными установленіями и адвокатское сословіе получило самостоятельную организацію, внутреннее самоуправленіе и надзоръ за отдѣльными членами.

Въ основаніе судопроизводства положены начала устности, гласности, состязательности, болѣе свободной оцѣнки доказательствъ и разрѣшенія дѣлъ по непосредственному ихъ разсмотрѣнію самимъ судомъ и по добросовѣстному убѣжденію суда, съ тѣмъ только, чтобы рѣшеніе не противорѣчило закону. Такимъ образомъ, ограничено вліяніе канцелярій на судебныя дѣла и суду дана возможность постановлять болѣе справедливыя рѣшенія. Судебные сроки сокращены и, вмѣсто прежнихъ разнообразныхъ дѣленій процесса, установлены болѣе общія и естественныя дѣленія порядковъ судопроизводства ¹⁾).

ГЛАВА III.

Нормы гражданского судопроизводства.

Нормами гражданского судопроизводства называются правила судебныхъ дѣйствій, имѣющихъ цѣлью охраненіе гражданскихъ правъ. Совокупность такихъ нормъ или правилъ образуетъ судебное или процессуальное право въ отличіе отъ права матеріальнаго, опредѣляющаго гражданскія отношенія въ ихъ существѣ и порядкѣ установленія и прекращенія. Эти нормы заключаются въ судебныхъ законахъ, т.-е. общихъ постановленіяхъ законодательной власти о гражданскомъ судѣ, или же развиваются на основаніи этого источника органами судебной власти или наукою.

¹⁾ Официальная разработка вопроса о судебномъ преобразованіи оставила за собою слѣды болѣе чѣмъ въ 50 фоліантахъ разныхъ матеріаловъ, которые еще ждутъ своего Локаре для группировки и обнародованія столь важныхъ памятниковъ настоящаго царствованія. Сюда относятся разные проекты, мѣтнія, записки, журналы комиссій, заключенія II Отдѣленія, Журналы Государственнаго Совѣта, замѣчанія и отзывы практиковъ и т. д. Только небольшая часть этого матеріала обнародована въ изданіи Суд. Уставовъ Госуд. Канцеляріею 1866 и 68 г. Судебная реформа вызвала также разные замѣтки и отзывы печати. См. о нихъ въ Жур. Мин. Юст. 1863 г. № 2, 4 и 5 и за слѣдующіе годы въ Суд. Вѣст. и въ томъ же журналѣ. Отзывъ Миттермайера въ Archiv für die civ. Praxis, т. 48, стр. 273 и слѣд.

§ 9. Основнымъ источникомъ служатъ, слѣдовательно, судебныя законы. Для тѣхъ мѣстностей, гдѣ введена уже судебная реформа, главнымъ закономъ этого рода являются судебныя уставы, а именно въ отношеніи судоустройства Учрежденіе Судебныхъ Установленій, и въ отношеніи гражданскаго процесса Уставъ гражданскаго судопроизводства, въ томъ ихъ видѣ, какъ они препровождены были въ правительствующій сенатъ и обнародованы при именномъ Высочайшемъ указѣ 20 ноября 1864 г. Напечатанныя вполслѣдствіи частныя изданія ихъ, равно какъ и изданія государственной канцеляріи, съ изложеніемъ мотивовъ или разсужденій, на коихъ они основаны, не имѣютъ officialнаго значенія и обязательной силы (67 г. К. 158, д. Лукьянова.— Предисл. къ т. I Суд. Уст. изд. гос. канц.—72 г. Общ. Собр. Сен. № 20, распор.) Самые мотивы, руководившіе законодательными работами по судебной реформѣ, безъ сомнѣнія, въ высшей степени важны для разумѣнія цѣлей закона (ratio legis), исторической и психологической стороны реформы, а затѣмъ и общаго духа и направленія закона. Поэтому изданіе судебныхъ уставовъ государственной канцеляріи, въ которомъ эти мотивы сгруппированы по системѣ самыхъ уставовъ, слѣдуетъ признать необходимою настольною книгою, на которой должны воспитываться, въ духѣ современной реформы, всѣ наши юристы-практики, на нравственной обязанности коихъ лежитъ сохранить въ чистотѣ высокіе идеалы правосудія, руководившіе участниками реформы, и не потерять ихъ, гоняясь за буквою закона и казуистикою практики. Однако, по вопросу о практическомъ значеніи мотивовъ, служившихъ душою судебной реформы, необходимо различать соображенія окончательныя, на основаніи которыхъ принято то или другое правило, та или другая редакція уставовъ, и соображенія предварительныя, возникшія въ теченіи законодательныхъ работъ, но вполслѣдствіи оставленныя и не выразившіяся въ законѣ, даже, можетъ быть, противорѣчащія его окончательной редакціи (67 г. Кас. 158, д. Лукьянова. 69 г. Кас. 642, д. Газоваго Общества). Соображенія перваго рода естественно отпечатлѣваются на буквальномъ смыслѣ закона или же выражаются въ общемъ его характерѣ и духѣ, такъ что логическое толкованіе закона естественно приводитъ юриста только къ раскрытію той же самой воли законодателя. Напротивъ, если соображеніе, хотя и высказанное въ теченіи законодательныхъ работъ, не выразилось окончательно ни въ буквальномъ смыслѣ, ни въ общей связи постановленій закона, то его слѣдуетъ считать оставленнымъ. Отсюда вытекаетъ то правило толкованія, что судебныя мѣста обязаны руководиться логическимъ содержаніемъ закона, выражающимся въ буквальномъ его смыслѣ и въ общей связи его постановленій, и принимать въ руководство только тѣ мотивы судебной реформы, которые не противорѣчатъ результатамъ логическаго толкованія.

Въ дополненіе къ судебнымъ уставамъ изданы были въ разное время отдѣльные законы и распоряженія. Нѣкоторые изъ нихъ, напримѣръ, положеніе объ охранительномъ судопроизводствѣ 14-го апрѣля 1866 г., введены въ самый текстъ уставовъ; другіе помѣщены особо въ продолженіяхъ къ Св. Зак., именно ко 2-му тому Свода—законы, касающіеся судоустройства, и къ 10-му тому Свода—законы, относящіяся къ судопроизводству гражданскому, или же въ „Собраніи узаконеній и распоряженій“, издаваемомъ при Сенатѣ.

Въ тѣхъ мѣстностяхъ, гдѣ судебная реформа еще не введена,

остаются въ силѣ прежнія узаконенія, общія или мѣстныя. Такъ, въ губерніяхъ, въ которыхъ еще дѣйствуютъ старыя судебныя установленія, продолжаютъ примѣняться законы о судопроизводствѣ гражданскомъ, изложенные во 2-й части X т. Св. Зак. съ послѣдующими измѣненіями ихъ, помѣщенными въ продолженіяхъ къ этой части, а въ коммерческихъ судахъ законы 2-й части XI т. Только въ тѣхъ судебныхъ округахъ, гдѣ новыя учрежденія введены въ полномъ ихъ составѣ, послѣднія обязаны руководиться новыми судебными уставами по вопросамъ судоустройства и судопроизводства, и 2-я часть X т. сохраняетъ здѣсь свою силу только въ отношеніи статей, касающихся матеріальнаго гражданского права; это положеніе не выражено въ законѣ и 2-я часть X т. нигдѣ прямо не отмѣнена; но оно вытекаетъ изъ общаго начала, что новый законъ, вступая въ дѣйствіе, отмѣняетъ старыя законы по всѣмъ тѣмъ предметамъ, какіе въ немъ опредѣлены, но и только по этимъ предметамъ (67 г. Кас. 417, д. Пучина; 70 г. Кас. № 1452 д. Федорова). Въ видѣ временной переходной мѣры, въ нѣкоторыхъ губерніяхъ вводятся новыя судебныя учрежденія не вполнѣ, а на особыхъ правилахъ, изданныхъ въ 1868 и 69 г.; именно вводятся мировыя судебныя установленія на точномъ основаніи судебныхъ уставовъ и дополнительныхъ къ нимъ узаконеній, а вмѣсто новыхъ окружныхъ судовъ образуются изъ прежнихъ палатъ соединенныя палаты гражданского и уголовного суда и остаются въ прежнемъ видѣ департаменты сената, иуго 2-я инстанція; къ дѣлопроизводству этихъ палатъ и сената примѣняются частію правила 2-й ч. X т. съ послѣдующими измѣненіями ихъ, частію же правила новыхъ судебныхъ уставовъ. Подобное же временное и смѣшанное примѣненіе отдѣльныхъ правилъ прежняго порядка судопроизводства установлено для нѣкоторыхъ неоконченныхъ дѣлъ, передаваемыхъ изъ старыхъ судовъ въ новыя въ тѣхъ мѣстностяхъ, гдѣ новыя судебныя учрежденія введены уже въ полномъ ихъ составѣ (законъ 10-го марта 1869 г. въ „Собраніи узаконеній“, № 24), а также для дѣлъ особаго рода, напримѣръ, межевыхъ, конкурсныхъ и т. п.

Отдѣльныя мѣстности представляютъ теперь въ отношеніи къ судоустройству и судопроизводству довольно разнообразную картину. Не говоря уже о томъ, что старыя мѣстныя учрежденія Финляндіи, губерній прибалтійскихъ и польскихъ ¹⁾ сохраняютъ свое дѣйствіе на прежнихъ основаніяхъ, и въ самомъ центрѣ Россіи повсюду виденъ еще характеръ переходной эпохи. Въ отдаленныхъ краяхъ, напримѣръ, на Кавказѣ и въ польскихъ губерніяхъ при введеніи судебной реформы оказалось необходимымъ допустить нѣкоторыя измѣненія судебныхъ уставовъ для приспособленія ихъ къ мѣстнымъ условіямъ. Наконецъ, есть мѣстности, которыхъ реформа еще совсѣмъ не успѣла коснуться. Таковы сибирскія губерніи.

¹⁾ Что касается губерній прибалтійскихъ и польскихъ, то вопросъ о примѣненіи къ нимъ Судебныхъ Уставовъ вызвалъ уже разныя работы, проекты, отзывы и т. п. См. Bun ge, Entwurf e. Ordnung des gerichtlichen Verfahrens in Civilrechtssachen fur Liv,—u. Curland 1864. Проектъ пятой части Свода Остзейскихъ губерній, составленный центральною судебною комиссіею: Уст. гражд. суд. И къ нему заключенія генераль-губернатора и соображ. комиссіи для работъ по преобразованію судебной части. Sechstes Buch: Concursordnung и проч.

§ Постановления органовъ судебной власти. Судебное вѣдомство, какъ и всякое другое, имѣеть свой кругъ автономическаго самоопредѣленія въ духѣ закона и въ предѣлахъ, имъ установленныхъ. Всѣхъ подробностей судебной организаціи, всѣхъ временныхъ приспособленій и деталей дѣлопроизводства невозможно заранѣе предвидѣть и опредѣлить въ законѣ, а потому въ предѣлахъ общихъ началъ судоустройства и процесса, установленныхъ закономъ, необходимо допустить автономію судебной власти, предоставивъ ей ближайшее приспособленіе и примѣненіе закона. Такія постановленія или распоряженія органовъ судебной власти должны основываться на законѣ въ томъ смыслѣ, что право на нихъ въ опредѣленномъ кругу предметовъ должно быть признано закономъ и что они не должны противорѣчить ему, какъ нормы второстепенныя и подчиненныя основной нормѣ—закону. Понятно, что гдѣ процессуальное право не кодифицировано или опредѣляется старыми уставами, тамъ автономія судебныхъ мѣстъ естественно возрастаетъ и, какъ замѣчаетъ Белло, можетъ даже опутывать процессъ разными рядами и формальностями и дѣлать его недоступнымъ для непосвященныхъ лицъ. Такое явленіе встрѣчалось въ старинныхъ судахъ Франціи, Англии и др. странъ. У насъ болѣе всего развита автономія судовъ въ остзейскомъ краѣ, гдѣ высшія судебныя мѣста, напимѣръ, гофгерихты и магистраты, имѣють право издавать подробныя правила дѣлопроизводства какъ въ нихъ самихъ, такъ и въ подчиненныхъ имъ судахъ (Сводъ I, ст. 311, 458 и др.). На основаніи судебныхъ уставовъ сюда относятся наказы, опредѣляющіе внутренній распорядокъ и дѣлопроизводство въ каждомъ судебномъ мѣстѣ или мировомъ судебномъ округѣ (Учр. 74, 166 и слѣд.). Они составляются самими судебными мѣстами въ распорядительныхъ и общихъ собраніяхъ и представляются министру юстиціи для свѣдѣнія (Іб. 74, 169 — 173). Изъ этихъ особыхъ наказовъ со временемъ долженъ выработаться общій наказъ, подлежащій утвержденію въ законодательномъ порядкѣ (Іб. 167); до сихъ поръ изданы только временныя правила и предоставлено министру юстиціи дѣлать въ нихъ перемѣны по указаніямъ опыта (Іб. 168 по прод. 68 г.). Отдѣльные наказы печатались до сихъ поръ въ „Судебномъ Вѣстникѣ“ или особыми брошюрами. Наказъ кассационныхъ департаментовъ Сената помѣщенъ въ „Сборникѣ министерства юстиціи“ 1868 г. Наказы с.-петербургскаго окружнаго суда 1869 г. и мирового сѣзда 1873 г., харьковской судебной палаты 1871 г., напечатаны отдѣльными брошюрами. Далѣе, сюда же относятся указы правительствующаго Сената въ разъясненіе встрѣчающихся на практикѣ затрудненій и вопросовъ по примѣненію закона, опредѣленія общаго собранія Сената въ порядкѣ распорядительномъ (они печатаются въ особомъ періодическомъ сборникѣ), циркуляры министра юстиціи, въ предѣлахъ предоставленной ему власти; они публикуются въ „Собраніи узаконеній и распоряженій правительства“, и вошли отчасти въ упомянутый „Сборникъ министерства юстиціи“. Сюда же принадлежатъ распоряженія общихъ собраній судебныхъ мѣстъ, постановленія совѣтовъ присяжныхъ повѣренныхъ и т. д., въ предѣлахъ власти каждаго учрежденія. Наконецъ совершенно особаго рода значеніе имѣють судебныя рѣшенія. Для того дѣла, по коему они состоялись, окончательныя судебныя рѣшенія имѣють силу закона, но въ отношеніи другихъ дѣлъ, хотя бы и подобныхъ, они не могутъ быть признаваемы закономъ общимъ, для всѣхъ обязательнымъ (Осн.

зак. 68 и 69). Это правило вытекает из самой сущности рѣшенія, которое имѣетъ цѣлью установленіе спорныхъ гражданскихъ отношеній только между тяжущимися сторонами и на основаніи особенныхъ по каждому дѣлу обстоятельствъ; въ другомъ дѣлѣ, хотя бы и подобномъ, могутъ быть иныя обстоятельства, иные оттѣнки отношеній, иные субъекты, иной предметъ спора и т. д. Слѣдовательно, отъ одного частнаго случая нельзя прямо заключать къ другому. Однако, судебныя рѣшенія составляютъ весьма важный матеріалъ для индуктивнаго примѣненія, развитія и построенія права. Какъ мы уже имѣли случай замѣтить, отвлеченное единство закона еще недостаточно для равноправности, если судебныя рѣшенія по сходнымъ дѣламъ противорѣчатъ одно другому, если сегодня судъ держится одного мнѣнія, а завтра другаго о томъ же самомъ предметѣ. Напротивъ, сходные элементы судебныхъ рѣшеній составляютъ настоящее, практическое право народа, въ отличіе отъ законовъ, писанныхъ на бумагѣ, и какъ всякое искусство, такъ и судебная практика нуждается не только въ знаніи общихъ началъ, но и примѣровъ или образцовъ практической дѣятельности. Кромѣ этого общаго значенія судебныхъ рѣшеній, они имѣютъ еще особенный, болѣшій или меньшій авторитетъ вслѣдствіе іерархической подчиненности судовъ. Соображенія, на основаніи которыхъ высшая инстанція утверждаетъ или отмѣняетъ и измѣняетъ рѣшеніе низшаго суда, имѣютъ, очевидно, силу авторитета для послѣдняго по дѣламъ подобнымъ, насколько онъ можетъ предполагать, что высшій судъ будетъ и впредь держаться высказанныхъ имъ соображеній. Поэтому, напримѣръ, рѣшенія мировыхъ сѣздовъ и судебныхъ палатъ съ большою пользою могутъ быть изучаемы юристами-практиками, имѣющими дѣла или занятія въ мировыхъ или общихъ судебныхъ установленіяхъ ¹⁾. Въ особенности же важны въ этомъ отношеніи кассационныя рѣшенія правительствующаго сената, которыя публикуются съ 1866 г. во всеобщее свѣдѣніе, для руководства къ единообразному истолкованію и примѣненію законовъ (Осн. зак. 69, прим. по прод. 68 г.). И они, конечно, не имѣютъ силы закона для всѣхъ судовъ и дѣлъ обязательнаго. По особенной природѣ кассациі, они не устанавливаютъ окончательно даже и того спорнаго дѣла, по которому состоялся дѣло передается для пересмотра и новаго рѣшенія другому суду, который, правда, обязанъ въ разъясненіи точнаго разума закона подчиняться сужденію сената (Уст. 813), но можетъ рѣшить дѣло и по другимъ соображеніямъ и притомъ рѣшить въ томъ же направленіи, какъ и отмѣненное сенатомъ рѣшеніе. Упомянутая обязанность суда подчиняться въ разъясненіи смысла закона сужденію Сената охраняется въ порядкѣ распорядительномъ и посредствомъ новой отмѣны рѣшенія, постановленнаго въ противность разъясненіямъ Сената. Однако, принятіе или непринятіе этихъ мѣръ предоставлено усмотрѣнію самого Сената и онъ можетъ иногда даже уступить настоятельной практикѣ подчиненныхъ ему судовъ и отказаться отъ прежняго своего толкованія закона (70 г. Касс. 1628, д. Бѣляева). Сенату неприлично было

¹⁾ Богатое собраніе судебныхъ рѣшеній заключаетъ въ себѣ газета „Судебный Вѣстникъ“, изд. съ 1866 г. Есть также „Сборникъ рѣшеній московской судебной палаты“ 66—67 г. Кромѣ того, рѣшенія печатаются въ „Журналѣ гражданского и торговаго (нынѣ и уголовного) права“ съ 1871 г. и въ другихъ изданіяхъ. Жаль только, что обработка этого матеріала до сихъ поръ довольно слаба.

бы мѣнять свой взглядъ по тому же самому дѣлу только въ томъ случаѣ, когда судъ подчинился его истолкованію закона и постановилъ на этомъ основаніи свое рѣшеніе (813 Уст.). Что же касается другихъ дѣлъ, то при разрѣшеніи ихъ опредѣленія Сената, конечно, должны приниматься въ руководство къ единообразному истолкованію и примѣненію законовъ (Уст. 815), въ виду того, что дѣло можетъ дойти въ порядкѣ обжалованія до Сената и что онъ, по всѣмъ вѣроятностямъ, отмѣнитъ рѣшеніе, постановленное на основаніяхъ, противорѣчащихъ его толкованію закона; однако и здѣсь эти опредѣленія не имѣютъ силы общаго закона (Осн. зак. 69), и должны проникать въ судебную практику *non ratione imperii, sed rationis imperio* ¹⁾.

§ 11. Научная обработка процессуальнаго права.

Личныя мнѣнія такъ называемыхъ ученыхъ юристовъ не имѣютъ никакого авторитета. Напротивъ, эта субъективная примѣсь можетъ ронять практическое значеніе научной теоріи процесса. Судъ не имѣетъ права рѣшать дѣла на основаніи личныхъ взглядовъ частнаго лица и, когда къ теоріи примѣшана болѣе или менѣе значительная доза этого личнаго элемента, естественно относится съ недовѣріемъ къ цѣлой теоріи. Научная система заимствуетъ всю свою силу изъ объективности изложенія; основанія ея пракческаго примѣненія лежатъ въ положительномъ матеріалѣ, который служитъ предметомъ научной обработки, именно въ обязанности этого матеріала, какъ логическаго цѣлаго, какъ системы понятій и положеній. Въ самомъ дѣлѣ, какъ скоро въ государственномъ быту накопляется разнородный обязательный для судовъ матеріалъ, какъ-то: законы и распоряженія, указы, постановленія и рѣшенія судебныхъ мѣстъ, то объ этомъ бытѣ слѣдуетъ сказать, что для него обязательна юридическая система всего этого матеріала въ совокупности; напротивъ, было бы ошибочно думать, что гражданскій бытъ подчиняется отдѣльнымъ буквамъ, словамъ или статьямъ закона, отдѣльнымъ №№ кассационныхъ рѣшеній и т. д. Подобный взглядъ можно встрѣтить у насъ въ кругу частныхъ адвокатовъ при мировыхъ судахъ, міросозерцаніе которыхъ, развиваясь путемъ практики, еще не успѣло обнять цѣлой системы права. Ошибочность его очевидна, потому что отдѣльные элементы юридическаго матеріала получаютъ свой истинный обязательный для судовъ смыслъ только въ связи съ системою всѣхъ остальныхъ элементовъ, взятыхъ въ совокупности. Отдѣльная статья можетъ спокойно стоять въ законѣ, не отмѣненная никакимъ другимъ закономъ, и въ то же время можетъ

1) „Сборникъ рѣшеній кассационныхъ департаментовъ и общаго собранія сената“ издается съ 1866 г. Есть также нѣсколько частныхъ изданій, которыя извлекаютъ отсюда юридическія положенія съ большимъ или меньшимъ искусствомъ. Надобно желать, чтобы это искусство у насъ развивалось въ связи съ систематическимъ изученіемъ процесса. Сюда относятся, напримѣръ: „Систематическій сводъ рѣшеній кассационныхъ департаментовъ сената“ Думашевскаго, т. II, 1872 г. 2-е изд. 1875 г. „Судебное руководство“ Побѣдоносцева, 1872 г. „Сводъ рѣшеній кассационныхъ департаментовъ“, ч. 3, Уст. гражд. суд., Утина и Эндена, 1871 г. и др. О силѣ кассационныхъ рѣшеній см. ст. Думашевскаго въ „Журналѣ министерства юстиціи“ 1867 г., августъ, Фонтъ Р—нъ, въ „Судебн. журн.“ 73 г., августъ, Валлерштейнъ въ „Судебномъ Вѣстникѣ“ 73 г. № 208. Градовскій въ „Журналѣ гражданского и уголовного права“, 74 г. № 1.

не дѣйствовать и не имѣть никакого практическаго значенія, вслѣдствіе того, что она обезсилена системою другихъ положеній закона. Мы сейчасъ прошли одну такую статью, именно 813 ст. Уст. Гр. Суд., и, взявъ изъ нея элементъ практической, пропустили другую часть ея, не имѣющую того практическаго значенія, какое, повидимому, должно было бы вытекать изъ буквальнаго ея смысла. Въ этой статьѣ говорится, что „въ разъясненіи точнаго разума закона судебныя установлеія обязаны подчиняться сужденію сената, и кассационныя жалобы противъ постановленнаго на семь основаніи втораго рѣшенія ни въ какомъ случаѣ не приемятся“. Послѣднее положеніе, по своему буквальному смыслу, не дѣйствуетъ и не можетъ дѣйствовать на практикѣ; кассационныя жалобы на второе рѣшеніе приемятся и должны приниматься, по точному смыслу другихъ статей закона, какъ тѣмъ судомъ, куда онѣ подаются, такъ и сенатомъ, куда потомъ препровождаются (69 г. Кас. 853, д. Тихонова). Въмѣсто этого положенія, изъ 2-й половины этой статьи слѣдуетъ вывести два совершенно другія правила, имѣющія практическій смыслъ: 1) что 1-я половина этой статьи опредѣляетъ обязательную силу кассационныхъ рѣшеній для того суда, въ который дѣло передается для пересмотра послѣ отмѣны обжалованнаго рѣшенія; 2) что не прилично правительствующему сенату измѣнять свой взглядъ по тому же дѣлу, когда второй судъ подчинился его истолкованію закона и постановилъ на этомъ основаніи свое рѣшеніе. Въ этомъ именно смыслѣ статья эта и введена нами въ систему, потому что только въ этомъ смыслѣ она имѣетъ практическое значеніе. Тоже самое слѣдуетъ сказать и о множествѣ другихъ отдѣльныхъ статей: онѣ получаютъ свой истинный смыслъ только по сравненіи съ цѣлою массою законодательства, смыслъ или совпадающій съ буквальнымъ, или болѣе обширный или тѣсный, или же, наконецъ, чисто отрицательный, потому что статья можетъ быть и совершенно обезсилена другими правилами закона. Еще болѣе необходимъ предварительный научный процессъ сравненія, анализа, критики основаній по отношенію къ второстепеннымъ нормамъ процессуальнаго права уже потому, что онѣ второстепенныя и не имѣютъ никакой силы, если изъ сравненія съ закономъ окажется, что онѣ ему противорѣчатъ. Особенно въ отношеніи судебныхъ рѣшеній, наприм. кассационныхъ, процессъ вывода понятій и положеній, въ нихъ заключающихся, есть строго научный процессъ индукціи, подчиненный всѣмъ логическимъ условіямъ этого метода. Необходимо предостеречь каждаго юриста-практика отъ того грубаго примѣненія прецедентовъ, которое состоитъ только въ подыскиваніи кассационнаго рѣшенія на открывшійся случай. Кассационныя рѣшенія приобрѣтаютъ свою практическую цѣнность только во взаимной связи и послѣдовательности и только послѣ повѣрки ихъ съ цѣлою системою законодательства и въ той точной формулировкѣ, которая является результатомъ научной работы. Если вы приведете въ кассационной жалобѣ отдѣльный прецедентъ изъ сенатской практики, повидимому подтверждающій ваши требованія, то далеко не всегда можете рассчитывать, что этотъ прецедентъ окажетъ вамъ услугу; онъ будетъ пригоденъ только тогда, когда въ системѣ права и процесса имѣетъ тотъ самый смыслъ, какой нуженъ для подкрѣпленія вашего требованія. И чѣмъ болѣе растетъ этотъ лѣсъ прецедентовъ, тѣмъ рискованнѣе становится отрывочное ихъ примѣненіе, если практикѣ закроетъ глаза на цѣлую систему, на

общую связь началъ теоріи, и изъ-за деревьевъ не будетъ видѣть лѣса. Здѣсь мы касаемся опасной стороны исключительно практическаго развитія права и процесса, на которую жалуются теперь даже англійскіе практики: если научная, обобщающая, систематизирующая и конструктивная дѣятельность въ народѣ слаба, то практика можетъ теряться въ разнообразіи своихъ же собственныхъ произведеній, рядъ прецедентовъ застилаетъ ей глаза и цѣльное теоретическое созерцаніе права постепенно слабѣетъ и утрачивается, уступая мѣсто казуистикѣ и мелочнымъ ухищреніямъ тѣхъ практиковъ ex professo, которыхъ римляне называли *anserps syllabarium*.

Изъ всего вышеизложеннаго съ достаточною ясностью открывается значеніе научной обработки процессуальнаго права. Объективная теорія этого права есть та именно форма юридическаго матеріала, въ которой онъ имѣетъ и долженъ имѣть практическое значеніе: та именно система понятій, которая должна примѣняться въ судебныхъ мѣстахъ. Но силу свою она заимствуетъ именно изъ объективности, изъ соответствія съ предметомъ изложенія. Субъективныя же мнѣнія такъ называемыхъ ученыхъ юристовъ не имѣютъ никакого авторитета.

ГЛАВА IV.

Система науки и планъ курса.

§ 12. Система науки есть порядокъ понятій и положеній, выводимыхъ одно изъ другаго въ логической ихъ послѣдовательности. Эта система будетъ объективною, когда порядокъ и самое развитіе ея содержанія въ точности будутъ соответствовать самому предмету изложенія, логической структурѣ и соотношенію излагаемыхъ понятій, а не будутъ опредѣляться какими-либо посторонними соображеніями и взглядами автора. Такихъ постороннихъ соображеній можетъ быть много и нѣтъ надобности перечислять ихъ; такъ, наприм., систематикъ можетъ руководиться желаніемъ сохранить во всей неприкосновенности систему закона и въ порядку этихъ основныхъ нормъ судопроизводства свести весь остальной матеріалъ и т. п. Напротивъ, чисто научная система можетъ быть основана только на точномъ анализѣ понятій, составляющихъ содержаніе науки, на опредѣленіи ихъ соотношенія, на выводѣ общихъ понятій и группировкѣ частныхъ понятій подъ эти общія въ логической ихъ послѣдовательности. На этомъ именно основаніи долженъ быть построенъ и планъ нашего курса.

1) Система закона, къ сожалѣнію, не вездѣ совпадаетъ съ требованіями научной системы и не можетъ быть положена въ основу всего зданія нашей науки. Чтобы убѣдиться въ этомъ, нужно только обозрѣть современное состояніе нашихъ судебныхъ законовъ. Главный нашъ источникъ — Уставъ гражданскаго судопроизводства состоитъ изъ 4 книгъ, именно, послѣ краткаго введенія съ общими положеніями, изложены въ книгѣ 1-ой порядокъ производства въ мировыхъ судебныхъ установленіяхъ, въ книгѣ 2-ой порядокъ производства въ

общихъ судебныхъ мѣстахъ, правила котораго, по статьѣ 80 Уст., обязательны и для мировыхъ судовъ, затѣмъ въ книгѣ 3-ей изъятія изъ общаго порядка гражданскаго судопроизводства и въ книгѣ 4-ой судопроизводство охранительное. Статьи первыхъ двухъ книгъ часто идутъ параллельно, такъ что одна книга просто повторяетъ другую, иногда буквально, иногда съ пропусками и прибавками. Очевидно, что этотъ порядокъ нельзя считать научною системою, потому что онъ не удовлетворяетъ самой первой операціи логическаго анализа — соединенію тождественныхъ положеній и понятій въ одно цѣлое съ выдѣленіемъ положеній несходныхъ въ другія группы. И вообще невозможно усмотрѣть логическихъ основаній для этого дѣленія устава на 4 книги, хотя, безъ сомнѣнія, законодатель, принимая его, имѣлъ свои практическія соображенія; такъ, наприм., излагая, по примѣру французск. *C. de pr. civ.*, въ 1-й книгѣ порядокъ судопроизводства въ мировыхъ установленіяхъ, онъ имѣлъ въ виду облегчить мировыхъ судей въ управленіи ихъ обязанностей и сдѣлать для самихъ тяжущихся доступнѣе порядокъ мирового судопроизводства, такъ чтобы они обращались къ подробнымъ правиламъ слѣдующихъ книгъ только тогда, когда въ примѣненіи своей особой книги встрѣтятся затрудненія. Вѣренъ ли былъ такой расчетъ — этотъ вопросъ насъ теперь не касается, потому что порядокъ устава остается тѣмъ же самымъ какъ при утвердительномъ, такъ и при отрицательномъ отвѣтѣ на него. Помѣщеніе правилъ объ охранительномъ судопроизводствѣ въ 4-й книгѣ устава объясняется тѣмъ, что они были составлены позже 3 первыхъ книгъ, уже въ 1866 г., и въ отношеніи мѣста, имъ принадлежащаго, принято было во вниманіе, что въ иностранныхъ законодательствахъ правила сего рода образуютъ послѣдній раздѣлъ гражданскаго судопроизводства. Какъ бы то, впрочемъ, ни было, уставъ не можетъ служить основою научной системы, уже потому, что она должна включить въ себя много такихъ предметовъ, которыхъ совсѣмъ нѣтъ въ немъ. Такъ, наприм., говоря о процессѣ, нельзя не указать на устройство судебныхъ органовъ его; этотъ предметъ опредѣленъ частію въ Учрежд. суд. уст., частію въ I, II, IX, X, XI и XII т. Св. Зак., или же въ законахъ мѣстныхъ; притомъ учрежденіе судебныхъ установленій организуетъ не только гражданскіе, но и уголовные суды, которые въ наукѣ гражданскаго судопроизводства слѣдуетъ выдѣлать. Затѣмъ, какъ уже замѣчено выше, кромѣ устава гражданскаго судопроизводства, у насъ дѣйствуютъ еще разные отдѣльные законы, наприм. о судопроизводствѣ межевомъ, конкурсномъ, торговомъ и проч., и еще примѣняются отчасти старые законы X тома Св., въ которыхъ опять свой порядокъ изложенія (кн. 1, о производствѣ по дѣламъ безспорнымъ, кн. 2, о судопроизводствѣ въ спорныхъ дѣлахъ, кн. 3, о взысканіяхъ гражданскихъ). Если къ этому присоединить еще второстепенный юридическій матеріалъ, наказы, рѣшенія, историко-сравнительный элементъ и т. д., то очевидно будетъ, что втиснуть все это въ рубрики устава невозможно и надобно искать болѣе широкихъ логическихъ рамокъ въ самомъ содержаніи науки.

2) Система науки основывается на логическихъ элементахъ самаго понятія о судопроизводствѣ. Сложность этого понятія, обнимающаго собой всѣ видоизмѣненія и приемы судебной дѣятельности, съ цѣлю разрѣшенія всевозможныхъ гражданскихъ притязаній и споровъ, достаточно объясняетъ намъ различія въ порядкѣ изложенія учебниковъ гражданскаго судопроизводства; они происходятъ оттого, что

разные авторы принимают за основание системы различные моменты этого понятия, не говоря уже о томъ, что многіе процессуалисты стараются придерживаться болѣе или менѣе системы закона, особенно французскіе и итальянскіе писатели и комментаторы всѣхъ странъ. Другіе обращаютъ особенное вниманіе на хронологическій и генетическій порядокъ дѣйствій, входящихъ въ содержаніе процесса, считая отдѣльныя стадіи его за такіе моменты понятія, по которымъ должна располагаться и самая система судопроизводства (Бруннеманъ, Потье и др.). Этотъ приемъ въ извѣстныхъ предѣлахъ можетъ считаться вѣрнымъ, именно насколько вопросъ о системѣ изложенія относится къ ходу или прогрессивному движенію процесса. Но движеніе есть только отдѣльный моментъ, не исчерпывающій цѣлаго понятія о процессѣ. Почти во всѣхъ учебникахъ мы встрѣтимъ, наприм., ученіе объ органахъ судопроизводства, которое, очевидно, не подходитъ подъ понятіе о движеніи, а указываетъ скорѣе на дѣйствующія силы, отъ которыхъ зависитъ движеніе процесса. Такъ, наприм., въ учебникахъ Эндемана, Бонсеня и др. принято два отдѣла—объ органахъ процесса и о самомъ производствѣ. Такими органами являются судебныя установленія и частныя лица или стороны, участвующія въ процессѣ. Основываясь на этомъ различіи нѣкоторые германскіе писатели, особенно Ветцель, группируютъ матеріалъ процесса подъ двѣ рубрики—дѣятельность суда и дѣятельность сторонъ, излагая въ заключеніе общія формы производства, которымъ подчинена та и другая дѣятельность. Въ извѣстной степени и это дѣленіе должно признано основательнымъ, именно насколько отдѣльнымъ изложеніемъ дѣйствій суда и сторонъ не разрывается естественная связь и взаимная зависимость ихъ одно отъ другого и не ступшевается существенное различіе между дѣйствіями, которыя относятся по этой системѣ въ одну какую-нибудь группу. Въ самомъ дѣлѣ, другіе юристы, наприм. Гефтеръ, не безъ основанія различаютъ между процессуальными дѣйствіями такія, которыя представляютъ собой матеріалъ процесса, подлежащій судебному разсмотрѣнію и рѣшенію, и такія, которыя только направляютъ и поддерживаютъ въ законномъ порядкѣ ходъ процесса съ цѣлью надлежащаго разсмотрѣнія и разрѣшенія спора, сосредоточеннаго на этомъ матеріалѣ.

Гражданскій процессъ можно представить себѣ какъ юридическое отношеніе между судомъ и сторонами, имѣющее цѣлью раскрытіе и разрѣшеніе спорнаго вопроса о правѣ или гражданскомъ матеріальномъ отношеніи между истцомъ и отвѣтчикомъ¹⁾. Какъ каждое юридическое отношеніе, процессъ предполагаетъ: 1) опредѣленныхъ субъектовъ, 2) опредѣленный предметъ и 3) подлежить извѣстному движенію, которое рѣшаетъ его судьбу, т.-е. установленіе, развитіе и прекращеніе, и совершается по опредѣленнымъ началамъ, формамъ и порядку. Таковы главные логическіе моменты понятія о судопроизводствѣ. Разсматривая его какъ систему судебныхъ дѣйствій, имѣющихъ цѣлью охраненіе гражданскихъ правъ по поводу нарушенія или спора, мы спрашиваемъ себя прежде всего, кѣмъ совершаются эти дѣйствія, затѣмъ, на какомъ предметѣ сосредоточивается споръ, подлежащій разрѣшенію и, наконецъ, по какимъ началамъ, формамъ и въ какомъ порядкѣ совершаются эти дѣйствія. По этимъ тремъ ка-

¹⁾ Буловъ, *Processeinreden*. 68 г.—Рено, *Lehrbuch*.

тегоріямъ, дѣйствительно исчерпывающимъ все понятіе о гражданскомъ судопроизводствѣ, расположены, наприм., учебники Рудорфа, Блекстона и другихъ англійскихъ писателей и порядокъ этотъ напоминаетъ намъ еще древнее римское дѣленіе юридическаго матеріала по тремъ рубрикамъ—*personae, res* и *actiones*.

3) На этомъ же основаніи будетъ построенъ и планъ нашего курса. Въ первомъ отдѣлѣ его мы изложимъ ученіе объ органахъ гражданского процесса, т.-е. судебныхъ установленіяхъ и сторонахъ, участвующихъ въ процессѣ. Во второмъ отдѣлѣ ученіе о матеріалѣ гражданского судопроизводства, именно о притязаніяхъ и защитѣ, о доказательствахъ и разныхъ случайныхъ требованіяхъ. Въ третьемъ отдѣлѣ ученіе о движеніи процесса, именно объ основныхъ началахъ, формахъ и порядкѣ судопроизводства, подраздѣляя этотъ порядокъ на общій и особенные.

ОТДѢЛЪ ПЕРВЫЙ.

ОБЪ ОРГАНАХЪ ПРОЦЕССА.

ГЛАВА I.

О судебныхъ установленіяхъ.

Отдѣленіе I. Система судебныхъ установленій.

Устройство судебныхъ установленій должно быть знакомо юристамъ-практикамъ преимущественно въ томъ его видѣ, какъ оно существуетъ въ настоящее время въ Россіи, въ губерніяхъ, по общему порядку управляемыхъ и въ тѣхъ, кои состоятъ на особомъ мѣстномъ положеніи. Но нельзя считать лишними и свѣдѣнія о судоустройствѣ главныхъ государствъ западной Европы, съ которыми наши дѣловыя сношенія съ каждымъ годомъ болѣе и болѣе развиваются. Съ теоретической же точки зрѣнія такія свѣдѣнія представляются даже полезными и необходимыми для уясненія началъ судоустройства и судопроизводства, потому что исторія одного народа не можетъ дать намъ тѣхъ богатыхъ и разнообразныхъ матеріаловъ для этой цѣли, какъ историческій опытъ разныхъ народовъ. Поэтому мы изложимъ здѣсь: 1) общую систему русскихъ судебныхъ установленій, 2) мѣстныя судебныя учрежденія и 3) судоустройство западной Европы.

§ 13. Судебныя установленія губерній, по общему порядку управляемыхъ. Въ настоящее время у насъ существуютъ одна подлѣ другой разныя системы судебныхъ учреждений, а именно: 1) новыя судебныя установленія, образованныя по уставамъ 20-го ноября 1864 г., 2) старыя судебныя мѣста общаго порядка, по Своду Законовъ, впрочемъ преобразованныя новѣйшимъ законодательствомъ, и 3) особые суды, какъ-то: крестьянскіе, коммерческіе, церковные и т. д.

1. Судебныя учрежденія по уставамъ 20-го ноября. Система ихъ основывается на трехъ началахъ: 1) на различеніи судовъ общихъ и мировыхъ, 2) на установленіи однократнаго пересмотра дѣлъ по существу въ апелляціонномъ порядкѣ (начало двухъ инстанцій), и 3) на различеніи апелляціонной повѣрки отъ кассационнаго надзора за правильностью судебныхъ рѣшеній.

Учрежденіе мировыхъ судовъ отдѣльно отъ общихъ вызвано было желаніемъ установить для маловажныхъ и нетерпящихъ отлагательства гражданскихъ и уголовныхъ дѣлъ суды мѣстныя, выборныя отъ

земства, близкіе къ населенію, особенно сельскому, дешевые и простые, доступные массѣ народа, не связанные сложною системою формальностей общаго порядка судопроизводства, болѣе чуткіе къ народному сознанию справедливости, обязанные прежде всего заботиться о примиреніи враждующихъ сторонъ, подобно мировымъ по крестьянскимъ дѣламъ учреждениямъ, и только при безуспѣшности этихъ попытокъ постановлять рѣшеніе по доброй совѣсти или внутреннему убѣжденію въ правотѣ той или другой стороны; напротивъ, для остальныхъ болѣе важныхъ и сложныхъ дѣлъ учредить судебныя коллегіи, дорого стоющія для государственнаго казначейства, а потому и не столь многочисленныя, не столь близкія, дешевыя и доступныя для массы народонаселенія, но за то обставленныя всѣми гарантіями законности и правосудія, замѣщаемыя отъ правительства образованными юристами и практиками и подчиненныя такой общей формѣ судопроизводства, по которой бы могли быть разбираемы самыя трудныя и запутанныя процессы со всѣми формальностями положительныхъ законовъ (Жур. Соед. Д-въ гос. совѣта объ основ. началахъ суд. преобраз., стр. 18—45, 309—312).

Начало двухъ инстанцій, по мысли судебной реформы, должно было замѣнить прежнюю ихъ многочисленность, въ которой заключалась одна изъ важнѣйшихъ причинъ медленности судопроизводства, многочисленности его формъ и той неопредѣлительности и шаткости правъ гражданскихъ, какая продолжается обыкновенно во все теченіе судебного процесса и составляетъ главную тягость для заинтересованныхъ въ дѣлѣ лицъ. За устраненіемъ этого многосложнаго судебного механизма, залутовавшаго даже простыя гражданскія дѣла и ронявшаго значеніе низшихъ судовъ даже въ глазахъ самихъ судей и тяжущихся, признано было, однако, необходимымъ сохранить двѣ судебныя инстанціи и предоставить тяжущимся право обжалованія рѣшеній и опредѣленій суда первой степени, какъ естественное послѣдствіе несовершенства человѣческаго суда, всегда способнаго уклоняться отъ справедливости по пристрастію, небрежности или злонамѣренности судей, въ особенности же по ошибкѣ или недоразумѣнію, отъ которыхъ иногда не ускользаютъ и люди самыя честныя и непристрастные (ib., стр. 16, 17, 83). Желаніе сохранить во всей полнотѣ и цѣлости характеристическія свойства и особенности двухъ системъ судебныхъ учреждений, мировыхъ и общихъ судовъ, не устанавливая подчиненія мировыхъ судей общимъ судамъ и не вводя пересмотра постановленныхъ въ мировомъ порядкѣ рѣшеній въ формальномъ производствѣ общихъ судовъ, побудило законодателя учредить отдѣльно въ той и другой системѣ судебныхъ установленій по двѣ инстанціи, а именно единоличныхъ мировыхъ судей и мировые сѣзды, а съ другой стороны окружные суды и судебныя палаты (ib., 25 — 45 и Жур. 27-го авг. 1862 г., стр. 9—18) Всѣ эти инстанціи разрѣшаютъ гражданскія дѣла по существу, т.-е. разсмотрѣвъ требованія, объясненія и доказательства, представленныя сторонами, признаютъ право за той или другой стороною, опредѣляютъ въ пользу ея взысканіе съ противной стороны, или же отказываютъ въ удовлетвореніи иска. Дѣла, рѣшенныя мировыми судьями или окружнымъ судомъ неокончательно, переходятъ по апелляціи въ мировые сѣзды или судебныя палаты и пересматриваются здѣсь снова по существу, т.-е. снова обсуждается правильность или неправильность иска, возраженій и объясненій сторонъ, снова повѣ-

ряются представленные ими доказательства, разбираются новые доводы, какіе приведены тяжущимися въ апелляціонной инстанціи, и наконецъ постановляется рѣшеніе, окончательно опредѣляющее права и обязанности сторонъ. За таковымъ двукратнымъ разсмотрѣніемъ дѣла по существу, фактическая сторона его предполагается установленною вполне правильно, потому что упущенія и ошибки суда низшей степени, при новомъ разборѣ дѣла въ апелляціонномъ порядкѣ, естественно въ большинствѣ случаевъ будутъ исправлены. По крайней мѣрѣ, по мысли законодателя, не возможно допустить еще новый пересмотръ дѣла по существу въ третьей инстанціи, потому что, допуская третью инстанцію, отчего не установить четвертую, пятую, шестую и т. д. Исторія судопроизводства неоспоримо доказала намъ, что отъ такого нескончаемаго пересмотра дѣлъ гораздо болѣе вреда, нежели пользы для правосудія; инстанціи высшія, отдаленныя отъ мѣста, гдѣ дѣло первоначально возникло, обыкновенно гораздо менѣе способны къ правильной оцѣнкѣ фактической стороны дѣла, чѣмъ мѣстные суды, такъ какъ средства удостовѣренія и разъясненія ея имѣютъ болѣею частію мѣстный характеръ; таковы, напр., показанія свидѣтелей и окольных людей, осмотръ на мѣстѣ и т. п. Вотъ почему при судебной реформѣ положено было ограничиться установленіемъ двухъ судебныхъ инстанцій для рѣшенія дѣлъ по существу.

Предполагая, что рѣшеніе 2-й инстанціи, постановленное съ соблюденіемъ всѣхъ гарантій судопроизводства, вполне правильно опредѣлить юридическія отношенія сторонъ, законъ считаетъ его окончательнымъ и подлежащимъ немедленному исполненію. Но какъ могутъ быть случаи, когда это предположеніе закона будетъ явно нарушено, когда изъ самаго дѣлопроизводства, изъ протоколовъ рѣшенія и другихъ бумагъ видно будетъ, что апелляціоннымъ судомъ не соблюдены существенныя формы и обряды судопроизводства, не разрешены и не рассмотрѣны существенныя вопросы дѣла и отношенія тяжущихся опредѣлены неправильно по невѣрному толкованію и примѣненію закона, по искаженію смысла договора и т. п., то въ такихъ случаяхъ и самое рѣшеніе апелляціоннаго суда не можетъ считаться непреложнымъ, а должно подлежать отмѣнѣ по жалобѣ заинтересованныхъ лицъ, за отмѣною же долженъ слѣдовать пересмотръ дѣла по существу съ точнымъ выполненіемъ того предположенія законности, подъ условіемъ котораго признается за судебнымъ рѣшеніемъ окончательный характеръ и законная сила. Если бы допустить болѣе двухъ судебныхъ инстанцій, то отмѣна рѣшенія 2 й степени суда и постановленіе новаго рѣшенія по существу дѣла, очевидно, могли бы быть предоставлены 3-ей инстанціи, затѣмъ новый пересмотръ 4-ой инстанціи и т. д. Но послѣ того, какъ признано было необходимымъ ограничиться учрежденіемъ двухъ только инстанцій, порядокъ отмѣны и пересмотра естественно долженъ былъ образоваться въ иномъ видѣ. А именно, для разсмотрѣнія просьбъ объ отмѣнѣ апелляціонныхъ рѣшеній установленъ верховный кассационный судъ, въ составѣ Сената, а пересмотръ дѣлъ по существу, за послѣдовавшею отмѣною рѣшенія, предоставленъ судамъ тѣхъ же двухъ инстанцій, которыя вообще разрѣшаютъ дѣла по существу. Такимъ образомъ, во главѣ судебныхъ учреждений поставленъ правительствующій Сенатъ, въ качествѣ верховнаго кассационнаго суда, который, не рѣшая дѣлъ по существу въ общемъ порядкѣ судопроизводства, наблюдаетъ за охраненіемъ точ-

ной силы закона и за единообразнымъ его исполненіемъ всѣми новыми судебными установленіями имперіи (Учр. ст. 5). Такое верховное положеніе сената соотвѣтствуетъ и первоначальной идеѣ, съ которой онъ учрежденъ былъ въ 1711 г. Петромъ Великимъ; по мысли Петра правительствующій сенатъ долженъ былъ составить верховное мѣсто государственнаго управленія, административнаго, судебного и даже законодательнаго; только съ теченіемъ времени, когда законодательная и высшая административная дѣятельность сосредоточилась въ другихъ учрежденіяхъ, а въ сенатѣ развились чисто судебныя операціи по апелляціонному пересмотру и ревизіи рѣшеній подчиненныхъ ему судовъ, и вслѣдствіе смѣшенія судебной власти съ законодательной самыя рѣшенія сената стали подлежать дальнѣйшему обжалованію, онъ постепенно утратилъ свое прежнее значеніе средоточія верховнаго надзора за судебнымъ управленіемъ и обратился въ обыкновенную апелляціонную и ревизіонную инстанцію. При обсужденіи основныхъ началъ судебного преобразованія, меньшинство членовъ государственнаго совѣта предполагало сохранить и на будущее время этотъ апелляціонный характеръ за судебными департаментами сената, подчинивъ ихъ кассационнымъ департаментамъ; но такое раздвоеніе одного и того же учрежденія признано было неудобнымъ и положено возстановить правительствующему сенату въ новой степени чистоты и силы его древнее значеніе верховнаго блюстителя законовъ въ судебномъ вѣдомствѣ, который самъ не рѣшаетъ дѣлъ по существу, а слѣдитъ только за законностію дѣйствій всѣхъ, подчиненныхъ его надзору, судебныхъ установленій (Жур. Соед. Д-въ госуд. совѣта 28-го апр. — 30-го іюля 1862 г., стр. 287—299).

По всѣмъ изложеннымъ соображеніямъ „власть судебная принадлежитъ мировымъ судьямъ, сѣздамъ мировыхъ судей, окружнымъ судамъ, судебнымъ палатамъ и правительствующему сенату, въ качествѣ верховнаго кассационнаго суда“ (Учр. ст. 1). Вѣдомство мировыхъ и общихъ судебныхъ инстанцій ограничивается особыми участками и округами, а вѣдомство сената распространяется на всю имперію, по мѣрѣ введенія въ ней новыхъ судебныхъ установленій (Учр. ст. 4).

Введеніе ихъ началось съ 1866 г., на основаніи высочайшаго указа и положенія о введеніи въ дѣйствіе судебныхъ уставовъ, 19-го окт. 1865 г., и продолжается еще теперь. Въ настоящее время, подъ кассационнымъ надзоромъ двухъ департаментовъ сената (гражданскаго и уголовнаго), открытыхъ въ Петербургѣ, состоятъ общіе и мировые суды, уже образованные вполнѣ въ округахъ 8-ми судебныхъ палатъ: Петербургской, Московской, Харьковской, Тифлисской, Одесской, Казанской, Саратовской и Варшавской. Каждый округъ палаты состоитъ изъ нѣсколькихъ губерній и еще большаго числа окружныхъ судовъ; вѣдомство окружного суда обыкновенно распространяется на нѣсколько уѣздовъ, а округа мировыхъ сѣздовъ совпадаютъ съ уѣздами и дѣлятся на участки, завѣдываемые участковыми мировыми судьями. Такимъ образомъ система новыхъ судебныхъ учрежденій введена теперь почти на всемъ пространствѣ европейской Россіи съ Кавказомъ, за исключеніемъ только крайняго сѣвера, западной полосы и губерній Астраханской, Оренбургской и Уфимской. На сѣверѣ одна только Архангельская губернія остается до сихъ поръ въ сторонѣ отъ реформы, тогда какъ часть Вологодской губерніи получила уже новыя судебныя учрежденія въ полномъ ихъ составѣ съ причисленіемъ къ округу Московской

палаты, а въ Олонецкой губерніи, высочайшимъ указомъ 30-го іюня 1868 г., велѣно ввести одни мировыя судебныя установленія. Въ западной полосѣ остались въ сторонѣ отъ реформы губерніи финляндскія и прибалтійскія, а въ 9 западно-русскихъ губерніяхъ введены уже мировыя учрежденія отдѣльно отъ общихъ по ук. 23-го іюня 1871 г. Въ польскомъ краѣ судебная реформа введена на основаніи положенія 19-го февраля 1875 г. (Собр. Уз. № 254).

2. Старыя судебныя мѣста общаго порядка, по мѣрѣ введенія въ дѣйствіе судебныхъ уставовъ, подлежатъ закрытію и многія изъ нихъ уже прекратили свое существованіе, особенно въ тѣхъ губерніяхъ, гдѣ новыя судебныя учрежденія введены въ полномъ ихъ составѣ. Тамъ, гдѣ введены временно одни мировыя установленія, упраздняются только суды первой инстанціи, а палаты гражданскаго и уголовнаго суда сливаются въ соединенныя палаты на правахъ окружныхъ судовъ, подчиненныя въ апелляціонномъ порядкѣ старымъ судебнымъ департаментамъ сената, которые, впрочемъ, съ уменьшеніемъ дѣлъ также постепенно закрываются; наприм. закрыты уже Д-ты 6, 7 и 8. Дальнѣйшія инстанціи суть общее собраніе сената, коммиссія прошеній и государственный совѣтъ.

3. Особые суды. Они имѣютъ обыкновенно смѣшанный характеръ, частью сословный, частью спеціальный, зависящій отъ особаго рода дѣлъ, предоставленныхъ ихъ вѣдомству. Судебная реформа имѣла въ виду, между прочимъ, уничтоженіе сословныхъ судовъ, потому что въ сословномъ началѣ нашего прежняго судоустройства заключался одинъ изъ коренныхъ его недостатковъ. Сословные суды дѣйствуютъ обыкновенно врознь, каждый въ интересахъ своего сословія, а потому произвольно и разнообразно, и не имѣютъ ни единства въ дѣйствіяхъ, ни безпристрастія — этого необходимаго условія суда (Жур. Соед. Д-въ, № 65, стр. 15). Признавая на этомъ основаніи необходимымъ преобразовать всю систему судовъ сословныхъ и, уничтоживъ разные магистраты, ратуши, расправы и уѣздные суды, поставить на ихъ мѣсто суды общіе — государственные и мировые-земскіе, законодатель не желалъ усложнять и безъ того весьма сложныхъ работъ по этому преобразованію, вводя въ нихъ еще новый вопросъ о судахъ спеціальныхъ, и потому оставилъ ихъ существовать по прежнему впредь до особаго ихъ изслѣдованія и приспособленія къ общимъ началамъ реформы. По изданіи судебныхъ уставовъ начались съ этою цѣлью новыя, весьма интересныя работы, которыя и до сихъ поръ продолжаются. Къ такимъ особымъ судамъ относятся:

А) Духовные суды. Они отличаются именно тѣмъ смѣшаннымъ характеромъ, на который выше указано. Отчасти это суды духовнаго сословія, поддерживающіе въ немъ порядокъ и благочиніе, но съ другой стороны — это суды спеціальныя, которымъ, въ особомъ кругѣ дѣлъ, подчинены даже и міряне или свѣтскія лица; таковы именно дѣла брачныя (Уст. 1338, X, 2, 796), и дѣла о нарушеніи мірянами уставовъ и правилъ церкви (Уст. Угол. Суд. 1001—1016). Эту церковную юрисдикцію надъ свѣтскими лицами можно объяснить себѣ историческимъ путемъ ¹⁾.

³⁾ Литература. Неволинъ, О пространствѣ церк. суда въ П. Собр. Соч., т. VI, стр. 251 и слѣд. Горчаковъ, О монастыр. приказахъ, 68 г. Оршанскій въ Жур. Гр. и Торг. Права, 72 г. августъ. Нильскій, Семейная жизнь въ русскомъ расколѣ, 1869 г.

Христіанство появилось въ римской имперіи въ періодъ глубокой порчи нравовъ и разложенія общественнаго быта. Какъ система нравственныхъ идей, прочувствованная подъ вліяніемъ гоненій и развитая теорією и практикою, оно заключало въ себѣ начала нравственнаго перевоспитанія общества; другими словами, съ точки зрѣнія политики, оно было важною и могущественною полицейскою силою, которою государство должно было воспользоваться, лишь только сѣумѣло оцѣнить ее. Со времени Константина дѣйствительно установился союзъ между государствомъ и церковью и чѣмъ далѣе, тѣмъ онъ становился тѣснѣе, потому что ни государство, ни земство, съ ихъ ничтожнымъ запасомъ учебныхъ и образовательныхъ средствъ, съ бюрократическимъ характеромъ управленія, при упадкѣ правосудія и отсутствіи стройной системы учрежденій, взаимно другъ друга поддерживающихъ и ограничивающихъ, способныхъ провести единство и связь въ разрозненныя провинціи и отрасли управленія, не могли обойтись безъ содѣйствія церкви, въ которой сосредоточилось съ теченіемъ времени почти все народное образованіе, все дѣло общественнаго призрѣнія и благотворительности, въ которой притѣсняемые находили себѣ убѣжище и защиту, въ которой хранились нравственные идеалы общественной жизни и господствовали строгій порядокъ и субординація нарушаемые только догматическими разногласіями. При византійскихъ императорахъ архіереи получили право участія въ мѣстномъ гражданскомъ управленіи, право надзора за правосудіемъ провинціальныхъ начальниковъ, за тюрьмами, за мѣрами и вѣсами, за распредѣленіемъ постоянной повинности и т. д. При такомъ направленіи легко было дойти и до порученія церкви суда по нѣкоторымъ дѣламъ гражданскимъ, тѣмъ болѣе, что христіане уже съ давняго времени, избѣгая суда языческаго, часто обращались къ своему духовенству съ просьбою о рѣшеніи ихъ споровъ на правахъ посредниковъ. Право такого третейскаго суда по обоюдному согласію сторонъ естественно было признано за церковью и свѣтскимъ закономъ. Церковная власть принимала, кромѣ того, участіе въ дѣлахъ опекунскихъ, въ совершеніи отпускныхъ для рабовъ и т. п. актахъ добровольной юрисдикціи. Но замѣчательно, что въ этомъ кругѣ дѣлъ законодательство отнеслось къ духовенству съ недоувѣріемъ, устранивъ его отъ участія въ засвидѣтельствovanіи духовныхъ завѣщаній. Брачныя дѣла также не подлежали церковной власти, потому что въ Византіи еще до императора Льва Философа бракъ совершался гражданскимъ порядкомъ, а разводъ слѣдовалъ этому порядку и въ позднѣйшіе вѣка византійской имперіи. Однако, именно на брачномъ союзѣ отразилось весьма сильное вліяніе церкви, подготовившее постепенную передачу брачныхъ дѣлъ въ вѣдомство церковной власти. Римскіе законы о бракѣ заключали въ себѣ два важныхъ недостатка: 1) неопредѣлительность, негласность и нетвердость формъ для совершенія брака и 2) слишкомъ широкую свободу разводовъ. Нетрудно представить себѣ, какъ вредно должны были дѣйствовать эти два начала: *solus consensus facit nuptias* и *solutio matrimonii fit consentiente utraque parte*; на такихъ подпорахъ невозможно было основать никакого прочнаго зданія, на нихъ можетъ вырости только временное сожительство отъ перваго мира до первой ссоры, какъ это и дѣйствительно было въ скандальнѣйшій вѣкъ, предшествовавшій узаконенію конеубината. Законодательство имперіи, какъ извѣстно, принимало разныя мѣры къ устраненію этого зла, но, вообще говоря, мѣры недостаточныя; такъ, наприм., даже

письменная форма брачных договоров требовалась не для всѣхъ браковъ; вообще въ Византіи не было надлежащей организаціи актовъ гражданскаго состоянія. При такомъ порядкѣ вещей государство должно было отнестись съ особеннымъ сочувствіемъ къ ученію церкви о тайнствѣ брака, о нерасторжимости и церковномъ вѣнчаніи его. Какъ сейчасъ упомянуто, при императорѣ Львѣ Философѣ церковное вѣнчаніе признано было и свѣтскимъ закономъ обязательною формою совершенія брака. Съ другой стороны, постепенно проводились закономъ разныя ограниченія свободы разводовъ и, наконецъ, при императорѣ Алексѣѣ Комнинѣ высказано было начало, что какъ совершеніе, такъ и разводъ брака относятся къ вѣдомству церковной власти.

Въ древней Руси духовенство должно было приобрѣсти еще болѣе обширныя права гражданскаго суда. Чтобы собрать нашу землю, государство должно было пользоваться каждою сколько-нибудь просвѣщенною и организованною силою, а такой именно силою была церковь. Древніе наши государи управляли страной, не имѣя учрежденій постоянныхъ и прочныхъ, глубоко проникающихъ въ народъ и систематически связанныхъ между собою. Формой администраціи было личное порученіе или приказъ, взаимнѣ военной силы дѣйствовала вольная дружина, мѣсто закона занималъ личный указъ, мѣсто суда—кормленщики и приказные люди; на такой зыбкой почвѣ государственная власть по необходимости была слаба и должна была искать опоры въ церковной іерархіи, которая умѣла забираться въ самыя глухія дебри русской земли. Извѣстно, что въ теченіи всей до-петровской исторіи духовенство принимало самое дѣятельное участіе въ государственномъ управленіи, съ нимъ совѣтовались при изданіи законовъ, при заключеніи международныхъ трактатовъ, по вопросамъ мира и войны и по всѣмъ важнѣйшимъ дѣламъ внутренняго управления. Съ давнихъ поръ оно приобрѣло себѣ и право гражданскаго суда по дѣламъ брачнымъ и семейнымъ вообще, по дѣламъ объ опекаѣ, о духовныхъ завѣщаніяхъ и наслѣдствѣ по закону: мало того, съ теченіемъ времени церковныя власти и монастыри сдѣлались богатыми вотчинниками и получили право суда въ своихъ земляхъ не только гражданскаго, но и уголовнаго. Съ этого же вотчиннаго владѣнія начинаются и постепенныя ограниченія церковной власти, возможность и необходимость которыхъ открылись тотчасъ же, какъ только окрѣпшее вокругъ Москвы государство испытало нѣсколько рѣшительныхъ столкновеній съ высшею іерархіею церкви и выйдя изъ нихъ побѣдителемъ, почувствовало свою силу, особенность, потребность большей свободы дѣйствій и опасность положенія. Чѣмъ разнообразнѣе становился религіозный составъ Россіи съ присоединеніемъ разныхъ территорій, тѣмъ государство болѣе должно было сознавать особенность своихъ задачъ, въ сравненіи съ церковными, и потребность болѣе широкой почвы для своего зданія, потому что государство, какъ юридическая форма общества, должно объединять всѣ его составныя части и охранять всѣ живыя силы и законные интересы различныхъ его слоевъ. При Петрѣ Великомъ духовный судъ по дѣламъ гражданскимъ былъ значительно ограниченъ, такъ что за нимъ остались только дѣла о незаконности и расторгненіи брака, все прочее отошло къ судамъ государственнымъ.

На этой реформѣ, въ сущности, и остановилось историческое развитіе гражданскаго суда церкви. Устройство его опредѣлено консисторскимъ Уставомъ 1841 г. Судъ сосредоточивается въ духовныхъ

консисторіяхъ, подчиненныхъ епархіальному архіерею, и въ св. синодѣ, какъ высшей инстанціи. Разработкою вопроса о преобразованіи духовнаго суда занимается теперь особый комитетъ, учрежденный при синодѣ, успѣвшій уже выработать основныя начала реформы ¹⁾, по которымъ брачныя дѣла изъемяются изъ вѣдомства духовныхъ судовъ и предоставляются судамъ свѣтскимъ.

Б. Коммерческіе суды. Они также имѣютъ смѣшанный, сословно-спеціальный характеръ; имъ подлежатъ такъ-наз. торговыя дѣла, возникающія изъ торговыхъ операцій, но въ опредѣленіе этого круга дѣлъ примѣшивается сословный элементъ, потому что не каждое отдѣльное торговое дѣйствіе считается источникомъ дѣлъ, подсудныхъ коммерческому суду, а обыкновенно такія только дѣйствія или операціи, которыя производятся въ видѣ промысла, т.-е. составляютъ занятіе, называемое купеческимъ или торговымъ промысломъ. Сословный характеръ замѣтенъ въ торговыхъ судахъ особенно въ первый періодъ ихъ существованія. Они возникли первоначально въ средневѣковыхъ торговыхъ городахъ Италіи и отсюда распространились во Франціи и Германіи. Средніе вѣка были временемъ сословнаго дробленія судебныхъ установленій и эти выборные *curiae mercatorum* или *consules mercatorum* вначалѣ были также чисто сословными учрежденіями, власть которыхъ ограничивалась только дѣлами купеческаго сословія. Коммерческіе суды служили въ то время охранителями торговыхъ обычаевъ противъ чуждаго имъ римскаго права, начала котораго усердно примѣнялись учеными юристами въ другихъ судебныхъ мѣстахъ. Кромѣ того, въ торговыхъ судахъ уже издавна развились сокращенныя формы судопроизводства, которыя въ сравненіи съ письменною и тайною процедурою другихъ судовъ представляли важное удобство для торговаго быта. Съ теченіемъ времени сословный характеръ ихъ постепенно сглаживался; они стали завѣдывать вообще торговыми дѣлами, т.-е. спорами по торговымъ операціямъ, хотя бы онѣ совершены были и не членами купеческаго сословія; однако нѣкоторая примѣсь сословнаго начала юрисдикціи, именно зависимость ея отъ рода занятій или промысловъ извѣстнаго класса общества, удержалась въ нихъ и до настоящаго времени. Въ связи съ этою примѣсью стоитъ и сословный составъ этихъ судовъ.

Въ древней Руси участіе общинъ во всѣхъ дѣлахъ судебныхъ устраняло всякую потребность въ особыхъ судахъ для торговаго класса, тѣмъ болѣе, что и самъ этотъ классъ былъ еще немногочисленъ и не выдѣлялся изъ массы народа. Но мало по малу въ русскихъ посадахъ сосредоточилась торговля и торгующіе люди образовали цѣлый рядъ сословій: гости, сотни, посадскіе. Большого мира и согласія въ нихъ не было; гости стремились выйти изъ связи съ общиною и съ мѣстными властями и дѣйствительно освобождались отъ суда и расправы мѣстныхъ властей и судились въ московскомъ приказѣ, наприм., Большой казны, какъ откупщики. Посадскіе люди, напротивъ, стояли за право собственнаго суда у своихъ старостъ, излюбленныхъ судьей и цѣловальниковъ и получали дѣйствительно жалованныя грамоты, освобождавшія ихъ отъ суда намѣстниковъ, волостелей и воеводъ. При Иванѣ Грозномъ это право признано было за ними и въ видѣ общей мѣры, но потомъ посадскій самосудъ стѣснялся все болѣе и болѣе воз-

¹⁾ Правит. Вѣст. 73 г. № 157—59.

растающею властью воеводъ, такъ что земскіе старосты и цѣловальники обратились въ простыхъ сборщиковъ податей. Въ центральномъ управленіи мы также не встрѣчаемъ особыхъ приказовъ для торговаго суда. Петръ Великій, желая собрать разсыпанную храмину торговаго сословія, учредилъ для него выборное городское управление—ратуши, подчиненныя Коммерцъ-Коллегіи. Въ 1720 г. ратуши знатныхъ посадовъ получили названіе магистратовъ, а въ слѣдующемъ году учрежденъ въ Петербургѣ главный магистратъ, которому и подчинены провинціальныя магистраты и ратуши. Эти ратуши и магистраты, не смотря на разныя перемѣны, продолжали существовать до новаго времени, и были городскими сословными судами; они вѣдали всѣ гражданскія и уголовныя дѣла городскихъ обывателей купеческаго и мѣщанскаго сословія (Св. Зак. II, 4534). Но на ряду съ ними и отчасти взаимѣнъ ихъ учреждены были, по положенію 1832 г., спеціальныя коммерческіе суды въ столицахъ и въ нѣсколькихъ другихъ важнѣйшихъ торговыхъ городахъ: въ Одессѣ, Таганрогѣ, Керчи, Архангельскѣ и др. Они должны были вѣдать только гражданскіе споры по торговымъ дѣламъ и при томъ не въ торговомъ только сословіи, а между лицами всѣхъ состояній, хотя въ опредѣленіе торговыхъ дѣлъ и входитъ отчасти элементъ занятія или промысла. При судебной реформѣ, какъ извѣстно, сословныя суды признаны были несостоятельными и потому магистраты и ратуши закрыты. Судебная коммиссія, подъ предсѣдательствомъ статсъ-секретаря Буткова, въ которой сосредоточивались работы по преобразованію судебной части, предполагала съ своей стороны закрыть и коммерческіе суды, передавъ дѣла ихъ въ новыя судебныя установленія для производства на общемъ основаніи судебныхъ уставовъ. И дѣйствительно, со введеніемъ новыхъ учреждений, нѣкоторые коммерческіе суды въ провинціяхъ прекратили свое существованіе, именно Тифлисскій. Но другіе остались и вопросъ о преобразованіи ихъ возложенъ на особую коммиссію при министерствѣ юстиціи, которая и выработала уже проектъ устава торговаго судопроизводства, имѣя въ виду не только сохранить торговые суды или образовать, въ нѣкоторыхъ городахъ, взаимѣнъ ихъ, торговыя отдѣленія при окружныхъ судахъ, но и учредить вновь торговую судебную палату въ Петербургѣ, какъ 2-ю инстанцію, вѣдомство которой распространялось бы на всѣ торговые суды имперіи ¹⁾.

В. Крестьянскіе и инородческіе суды. Положеніемъ о крестьянахъ 19 февраля 1861 г., какъ извѣстно, образованы волостныя суды для разбирательства споровъ между крестьянами объ имуществѣхъ движимыхъ и недвижимыхъ, по договорамъ и обязательствамъ, цѣною до 100 руб., а въ 1866 г. это учрежденіе распространено и на волости государственныхъ крестьянъ. Подобно прежнимъ волостнымъ и сельскимъ расправамъ, эти суды возбуждали въ нашемъ обществѣ довольно разнообразныя и противоположныя мнѣнія. Одни полагали, что порученіе суда невѣжественной толпѣ не можетъ ни въ какомъ случаѣ считаться надлежащимъ устройствомъ правосудія. Напротивъ, по мнѣнію другихъ, волостныя суды, даже и безграмотныя, были все-таки луч-

¹⁾ Endemann, Beiträge zur Kenntniss des Handelsrechts im Mittelalter въ Z. f. Handelsr., т. 5. Денпъ, О торгов. судахъ въ Жур. Граж. и торг. права, 71 г. кн. 1. Проектъ Уст. Торг. Суд. съ мотивами, 72 г. Къ нему: Замѣчанія Суд. мѣсть, 73 г. Исправленный проектъ 74 г.

шими органами правосудія, какіе государство могло дать крестьянамъ, потому что до самаго новѣйшаго времени никому, кромѣ самихъ крестьянъ, не было извѣстно въ точности устройство ихъ гражданскаго быта, ихъ семейныя отношенія, порядокъ наслѣдованія и т. д. Та и другая сторона здѣсь была права, но съ развитіемъ полемики вопросъ значительно усложнился. Дѣло шло до того, что сторонники перваго мнѣнія заподозрѣны были въ намѣреніи снова закрѣпить крестьянъ, а другая сторона обвинялась въ склонности къ коммунизму. Вопросъ такимъ образомъ болѣе и болѣе запутывался и для изслѣдованія его учреждена правительствомъ особая коммиссія. Она приступила къ дѣлу весьма умно и практично, постановивъ обозрѣть волостные суды на мѣстѣ ихъ дѣйствія, познакомиться съ ихъ практикою, извлечь отсюда матеріалы, касающіеся обычнаго права крестьянъ, и собрать отъ нихъ самихъ отзывы объ удовлетворительности или неудовлетворительности этихъ судовъ. Первый томъ трудовъ коммиссіи о волостныхъ судахъ Тамбов. губ. уже отпечатанъ и заключаетъ въ себѣ множество драгоценныхъ матеріаловъ для законодательства и науки; надобно только желать, чтобы коммиссія выполнила свою программу до конца ¹⁾.

Рядомъ съ волостными судами стоятъ въ колоніяхъ иностранцевъ въ Россіи разные суды колонистовъ, какъ-то: приказы, правленія общества и т. п. Хотя колоніи и подчинены въ послѣднее время вѣдѣнію общижъ по крестьянскимъ дѣламъ учреждений, но внутреннее устройство управленія и суда въ этихъ обществахъ оставлено въ прежнемъ видѣ (Св. Зак. XII, 2 Уст. о кол.).

Разные инородцы въ Россіи имѣютъ также своихъ особыхъ судей, разбирающихъ дѣла по ихъ обычаямъ. Таковы, наприм., старосты у самоѣдовъ, бѣи въ киргизскихъ аулахъ, зарго въ калмыцкихъ улусахъ, ламы по брачнымъ дѣламъ буддійскаго вѣроисповѣданія, татарская расправа въ Астрахани и т. д. Они подчиняются обыкновенно общимъ уѣзднымъ, окружнымъ или областнымъ учрежденіямъ мѣстностей, хотя эта подчиненность вообще довольно слаба и къ нѣкоторымъ изъ нихъ, наприм. къ суду ламы, вовсе не примѣняется.

Говоря о судахъ инородцевъ, мы уже касаемся мѣстныхъ судебныхъ установленій нашей страны, хотя инородцы встрѣчаются и въ центральной Европейской Россіи. Переходимъ теперь къ обзору другихъ мѣстныхъ судовъ въ краяхъ, болѣе благоустроенныхъ.

§ 14. II. Мѣстныя судебныя учрежденія западной окраины и Сибири.

Въ западной полосѣ мы обратимъ вниманіе на судебныя учрежденія Финляндіи, Прибалтійскаго и Польскаго края.

1. Въ финляндскихъ уѣздахъ 1-ю инстанцію составляютъ уѣздные суды (Герадскіе суды), а вторую земскіе (Лагманскіе суды, Hägads-Rätt, Lagmans-Rätt), состоящіе изъ предсѣдателя и 12-ти засѣдателей-немдемановъ; сессіи этихъ судовъ открываются періодически два или три раза въ годъ. Въ городахъ 1-я инстанція городской (Кемнерскій) судъ, 2-я ратуша; впрочемъ, многія дѣла начинаются прямо въ ратушѣ. Эти суды состоятъ изъ предсѣдателя и выборныхъ отъ городского общества гласныхъ—кемнеровъ или ратмановъ, отъ 2 до 5. Какъ городскіе, такъ и уѣздные суды подчинены, въ третьей инстанціи, Надворнымъ судамъ (Hof-Rätt), состоящимъ изъ предсѣдателя, совѣт-

¹⁾ Теперь вышли еще шесть томовъ.

никовъ и ассессоровъ, назначаемыхъ отъ правительства, а въ четвертой инстанціи судебному департаменту Финляндскаго Сената. Впрочемъ, дѣла дворянъ принадлежатъ къ вѣдомству надворныхъ судовъ въ 1-й инстанціи.

2. Въ Прибалтійскихъ уѣздахъ высшую инстанцію, впрочемъ, подчиненную третьему д-ту Сената, составляютъ надворные суды (Гофгерихты или Оберландгерихты), изъ выборныхъ отъ дворянства членовъ, принадлежащихъ къ коренному дворянству; они считаются первою инстанціею для дворянскихъ дѣлъ и послѣднею для крестьянскихъ. За ними слѣдуютъ, въ порядкѣ подчиненности, земскіе суды (Ландгерихты, Нидерландгерихты, Обергауптманскіе и Гауптманскіе суды), и для крестьянъ уѣздные суды и приходскіе судьи, избираемые также дворянствомъ изъ дворянъ. Для городскихъ обывателей высшую инстанцію, подчиненную сенату, образуютъ магистраты, состоящіе изъ выбранныхъ гражданами на всю жизнь бургомистровъ и ратсгеровъ. За ними слѣдуютъ нижніе городскіе суды разнаго рода, наприм. фохтейскіе или нидергерихты, коммерческіе суды или ветгерихты, сиротскіе, кемерейные или цеховые, словесные и т. п. Составъ ихъ образуется изъ членовъ магистрата или же изъ лицъ, особо выбранныхъ городскими сословіями.

3. Въ Польскомъ краѣ было введено въ 1808 г. французское судоустройство и судопроизводство, но съ теченіемъ времени судебная организація потерпѣла значительныя перемѣны. Кассационный судъ былъ закрытъ и высшая ревизія по гражданскимъ дѣламъ Польскаго края принадлежала IX д-ту Сената, засѣдающему въ Варшавѣ. За нимъ слѣдовали 2-я инстанція—апелляціонный судъ—также въ Варшавѣ, и 1-я инстанція—9 гражданскихъ трибуналовъ въ разныхъ городахъ и 1 коммерческій трибуналъ въ Варшавѣ, подчиненный апелляціонному суду, съ распредѣленіемъ дѣлъ торговыхъ, наравнѣ съ другими сокращенными, по вѣзмъ отдѣленіямъ этого суда (Ср. Сбор. Пост. VIII, № 106). Гражданскимъ трибуналамъ подчинены были мировые судьи, рѣшавшіе дѣла цѣною до 500 золотыхъ. Выборы мировыхъ судей съ теченіемъ времени были отмѣнены, какъ и въ самой Франціи, такъ что судьи выбирались губернаторами по совѣщанію съ предсѣдателемъ и прокуроромъ гражданскаго трибунала. Впрочемъ, самъ мировой судья занимался только примиреніемъ тяжущихся по дѣламъ общихъ судовъ и предсѣдательствовалъ въ семейныхъ совѣтахъ по дѣламъ опекунскимъ и т. п. Спорными же дѣлами мировыхъ судовъ завѣдывали такъ-наз. подсудки, подъ апелляціею гражданскихъ трибуналовъ. Нашимъ волостнымъ судамъ соотвѣтствуютъ въ Польскомъ краѣ гминные суды.

На основаніи положенія 19 февраля 1875 г. (Собр. Уз. № 254), въ губерніяхъ царства польскаго вводятся теперь общіе судебные уставы 20 ноября 1864 года, съ нѣкоторыми дополненіями и измѣненіями. По дѣламъ гражданскимъ, судебныя учрежденія этого края будутъ послѣ реформы почти во всемъ сходны съ судебными установленіями другихъ губерній. А именно, власть судебная будетъ принадлежать: гминнымъ (волостнымъ) судамъ и мировымъ судьямъ (изъ коихъ первые, т. е. гминные судьи, избираются сходомъ, а мировые назначаются министромъ юстиціи), далѣе окружнымъ судамъ и судебной палатѣ (въ Варшавѣ), и Сенату какъ верховному кассационному суду. Варшав-

скій коммерческій судъ сохраняется и на будущее время (Полож. ст. 2 и 114).

4. Въ сибирскихъ губерніяхъ 1-я инстанція—суды окружные, городовые и ратуши, 2-я—суды губернскіе; высшій надзоръ сосредоточивается въ 4 д-тѣ Сената.

§ 15. III. Судостроительство западной Европы можно свести къ тремъ группамъ: германской, французской и англійской.

1. Въ германской группѣ мы обратимъ вниманіе прежде всего на Пруссію. Здѣсь высшая инстанція, соотвѣтствующая нашему старому Сенату, есть Обертрибуналъ въ Берлинѣ изъ 5 гражданскихъ д-товъ (Civilsenate), 2-я инстанція—апелляціонные суды подъ разными названіями, 1-я инстанція — уѣздные и городскіе суды (Крайсъ и Штадгерихты), учрежденія коллегіальныя, но маловажныя дѣла рѣшаются единолично отдѣльными членами ихъ. Для сближенія судовъ съ уѣзднымъ населеніемъ приняты въ Пруссіи мѣры троякаго рода: 1) въ случаѣ надобности открываются мѣстныя засѣданія, для которыхъ командировается одинъ членъ суда съ писмоводителемъ и приставомъ; 2) въ нѣкоторыхъ мѣстахъ такія комиссіи обратились въ постоянныя учрежденія, и 3) въ главныхъ пунктахъ уѣздовъ учреждены отдѣленія судовъ, такъ наз. депутаціи, изъ трехъ членовъ для коллегіальнаго рѣшенія дѣлъ. Мировыхъ судей въ собственной Пруссіи нѣтъ; они существуютъ, впрочемъ, въ рейнскихъ провинціяхъ и рѣшаютъ здѣсь дѣла, не терпящія отлагательства и маловажныя (до 100 тал.), въ Ганноверѣ, вмѣсто нихъ, учреждены Амтсгерихты, изъ 1 или нѣсколькихъ судей, изъ коихъ каждый рѣшаетъ дѣла единолично до 150 тал. И коммерческихъ судовъ собственно въ Пруссіи нѣтъ; есть правда коммерцъ- и адмиралтействъ-коллегіи въ Кенигсбергѣ и Данцигѣ, но засѣдатели отъ купечества здѣсь имѣютъ только совѣщательный голосъ, вообще же торговыя дѣла поступаютъ въ общіе суды. Но коммерческіе суды есть на Рейнѣ, въ Гамбургѣ, въ Баваріи, вообще въ новыхъ составныхъ частяхъ германской имперіи, и для нихъ учреждена недавно высшая инстанція—имперскій торговый судъ въ Лейпцигѣ.

Въ этихъ новыхъ составныхъ частяхъ Германіи судостроительство довольно раанообразно, хотя въ существѣ близко къ прусской системѣ. Такъ, наприм., въ Баваріи низшая инстанція—единоличные земскіе и городскіе суды, рѣшающіе дѣла, не терпящія отлагательства или малоцѣнные, до 150 гульд. — Затѣмъ слѣдуютъ коллегіальные окружные суды (Bezirks-G.), далѣе апелляціонные суды и верховный судъ (der oberste Gerichtshof), соотвѣтствующій прусскому обертрибуналу. Но въ католической Баваріи дѣйствуютъ еще духовные суды по дѣламъ брачнымъ, вышедшіе изъ употребленія въ протестантскихъ государствахъ.

Новые проекты Германіи предполагаютъ объединить судостроительство отдѣльныхъ территорій союза, сохраняя впрочемъ германскій типъ его. Именно предполагается образовать для не терпящихъ отлагательства и малоцѣнныхъ дѣлъ Амтсгерихты, единоличные и невыборные суды, подчиненные земскимъ судамъ (Ландгерихтамъ). Земскіе суды и для торговыхъ дѣлъ коммерческіе суды будутъ 1-ю инстанціею общаго порядка. Вторую инстанцію предполагается назвать высшими земскими судами (Oberlandesgericht), а третью—верховнымъ судомъ, который долженъ быть одинъ для цѣлой имперіи и будетъ соотвѣтствовать отчасти нашему старому Сенату. Такимъ образомъ, ни кассацион-

ный судъ, ни учрежденіе выборныхъ мировыхъ судей не будутъ имѣть мѣста въ Германіи.

Съ этимъ планомъ очень схоже и австрійское судоустройство. Въ Австріи именно существуютъ: верховный судъ въ Вѣнѣ, высшіе земскіе суды въ отдѣльныхъ земляхъ имперіи, далѣе суды первой инстанціи — земскіе или уѣздные, а для дѣлъ малоцѣнныхъ участковые единоличныя суды, для торговыхъ дѣлъ — коммерческіе.

2. Французское судоустройство имѣетъ много общаго съ нашею новою системою судебныхъ учреждений, для которой оно служило образцомъ. Во главѣ судебного вѣдомства стоитъ кассационный судъ (Cour de cassation) въ Парижѣ, разившійся изъ судебного отдѣленія древняго королевскаго совѣта (Conseil des parties въ Conseil du roi) и учрежденный въ 1790 г. Онъ отличается и отъ германскихъ обер-трибуналовъ, и отъ нашего стараго Сената тѣмъ, что не разсматриваетъ и не рѣшаетъ судебныхъ дѣлъ по существу, не присуждаетъ ничего ни истцу, ни отвѣтчику и не составляетъ посему судебной инстанціи въ точномъ смыслѣ слова; онъ ограничивается только отгѣбною рѣшеніемъ противозаконныхъ и передачею дѣлъ другому суду для новаго рѣшенія по существу. Высшею судебною инстанціею являются во Франціи апелляціонныя суды (Cours d'appel прежде Cours imperiales), по одному на нѣсколько департаментовъ, соотвѣтствующіе въ точности нашимъ судебнымъ палатамъ. Затѣмъ первою инстанціею общаго порядка служатъ окружныя суды (tribunaux d'arrondissement или de première instance), а для торговыхъ дѣлъ суды коммерческіе (tr. de commerce), одинаково подчиненныя апелляціоннымъ судамъ. Наконецъ въ самомъ низу судебной іерархіи стоятъ мировые судьи (juges de paix), завѣдывающіе разными актами охранительнаго производства, обязанные примирять тяжущихся передъ открытіемъ формальнаго процесса и рѣшать дѣла, не терпящія отлагательства, требующія мѣстнаго изслѣдованія и малоцѣнныхъ, окончательно до 100 фр., на правѣ апелляціи до 200 фр. Но они не имѣютъ сѣздовъ, жалобы на ихъ рѣшенія поступаютъ въ окружныя суды. По первоначальному учрежденію ихъ въ 1790 г., они должны были быть выборными, но съ 1814 г. стали назначаться отъ правительства и потеряли несмѣняемость, такъ что только въ настоящее время во Франціи стали думать о болѣе самостоятельномъ положеніи ихъ.

Въ сущности таково же судоустройство въ Бельгіи. Мировые судьи тамъ тоже назначаются отъ правительства, притомъ изъ докторовъ права. Кассационный судъ засѣдаетъ въ Брюсселѣ, затѣмъ есть три апелляціонныхъ суда, 26 окружныхъ и 14 коммерческихъ. Эти цифры довольно интересны, потому что вся Бельгія можетъ помѣститься въ одну нашу губернію.

И въ Италіи суды общаго порядка тѣ же самыя: кассационный судъ (la corte di cassazione), апелляціонныя суды (le corti di appelo), гражданскіе суды 1-й инстанціи (tribunali civili), а для торговыхъ дѣлъ суды коммерческіе (tr. di commercio). Но затѣмъ слѣдуютъ единоличныя преторы для рѣшенія общихъ и торговыхъ дѣлъ, не терпящихъ отлагательства или не превышающихъ по цѣнѣ иска 1,500 лиръ или франковъ, подчиненныя въ апелляціонномъ порядкѣ судамъ гражданскимъ или коммерческимъ, смотря по роду дѣла. А за ними еще особыя примирители (conciliatori) для примиренія сторонъ и для рѣшенія дѣлъ по личнымъ искамъ цѣною до 30 лиръ, подъ апелляціею пре-

торовъ въ случаѣ нарушенія этихъ предѣловъ вѣдомства. Очевидно, что институтъ единоличныхъ судей здѣсь имѣетъ болѣе власти, чѣмъ во Франціи и Бельгіи; это объясняется тѣмъ, что Италія по своимъ финансовымъ средствамъ не въ состояніи содержать такого множества коллегіальныхъ судовъ, какъ Франція и Бельгія.

3. Англійское судоустройство до преобразованія его въ 1873 г. было такъ же оригинально какъ и весь бытъ островитянь. Во главѣ судебныхъ учрежденій стояла палата лордовъ, рѣшавшая дѣла по существу на основаніи печатнаго производства, такъ что стороны обязывались представить по 250 печатныхъ экземпляровъ обжалованнаго дѣлопроизводства для распредѣленія между лордами, хотя въ самомъ рѣшеніи дѣла обыкновенно участвовали не болѣе трехъ лордовъ. Затѣмъ слѣдовали три высшіе вестминстерскіе суды общаго права (Superior Courts of Common Law), именно Queens Bench, Common Pleas и Exchequer, и рядомъ съ ними канцлерскій судъ справедливости (Court of Chancery, раздѣленный на двѣ инстанціи). Ни одинъ изъ судовъ общаго права не былъ подчиненъ другому, а всѣ три имѣли конкурирующую власть; жалобы на рѣшеніе одного изъ нихъ поступали въ соединенное присутствіе двухъ остальныхъ, которое называлось Exchequer Chamber. Если дѣло истца было таково, что въ системѣ общаго права онъ не могъ найти себѣ охраненія, то онъ долженъ былъ обратиться въ канцлерскій судъ; а такъ какъ система справедливости, развившаяся въ канцлерскомъ судѣ, была только новымъ наслоеніемъ всего вообще права, то понятно, до какой степени запутано было разграниченіе предѣловъ вѣдомства этихъ судовъ. Всѣ эти суды находились въ Лондонѣ, но высшіе суды общаго права періодически объѣзжали провинціи и открывали тамъ временныя засѣданія (ассизы), частію для уголовныхъ, частію для гражданскихъ дѣлъ; между прочимъ здѣсь, на мѣстѣ, собирались и присяжные для разсмотрѣнія провинціальныхъ дѣлъ. Ассизовъ по гражданскимъ дѣламъ приходилось для каждаго графства два въ годъ; для густаго населенія Англии, при громадномъ развитіи промышленности и торговли, очевидно недостаточно было этой періодической юстиціи. Провинціалы издавна жаловались на сосредоточеніе правосудія въ столицѣ. Правда, въ Англии существуютъ повсюду мировые судьи и сѣзды, но это учрежденія уголовно-полицейскія, не имѣющія судебной власти по дѣламъ гражданскимъ. Этимъ признакомъ они рѣшительно отличаются отъ нашихъ мировыхъ судебныхъ установленій. Жалобами провинціаловъ было вызвано въ 1846 г. учрежденіе графскихъ судовъ (County Courts). Сначала имъ предоставлена была лишь весьма ограниченная власть рѣшать дѣла цѣною до 20 ф. стерл., но потребность мѣстнаго правосудія была такъ сильна, что, не смотря на оппозицію лондонскаго адвокатскаго сословія, кругъ ихъ вѣдомства почти съ каждымъ годомъ расширялся и самое число ихъ возрасло до 500. Въ настоящее время они рѣшаютъ дѣла общаго права по личнымъ искамъ цѣною до 50 ф., дѣла справедливости до 500 фунт. стерл., дѣла по морскому праву до 1,000 фунт. и дѣла конкурсныя безъ ограниченія въ цѣнѣ. Графскій судъ состоитъ изъ одного судьи и секретаря; притомъ въ видахъ экономіи на нѣсколько судовъ назначается одинъ судья (всѣхъ судей теперь 60), который имѣетъ такимъ образомъ пвдѣ своимъ вѣдомствомъ нѣсколько участковъ (иногда до 12), по которымъ держитъ секретарей и рсзѣзжаетъ каждый мѣсяцъ для засѣданій. Графскіе судьи назначаются лордомъ канцлеромъ,

онъ же можетъ смѣнять и переводить ихъ по своему усмотрѣнію. Они судятъ безъ присяжныхъ и жалобы на ихъ рѣшенія обращаются въ лондонскіе суды.

Кромѣ этихъ общихъ судовъ, было довольно много судовъ особыхъ. Такъ на примѣръ существовали и до сихъ поръ сохранились церковныя суды, отъ которыхъ только недавно изъяты окончательно дѣла о духовныхъ завѣщаніяхъ и разводѣ браковъ, предоставленныя теперь свѣтскимъ судамъ (Courts of Probate and Divorce). Для дѣлъ по морскому праву существовалъ въ Лондонѣ адмиралтейскій судъ (Court of Admiralty). Но особыхъ коммерческихъ судовъ въ Англіи нѣтъ. Въ послѣдніе годы поднималась агитація въ ихъ пользу, доходившая и до парламента, но по изслѣдованіи вопроса парламентскими комиссіями дѣло затихло. Между тѣмъ возникли другія предположенія, которыя отчасти уже и приведены въ исполненіе; именно, во-первыхъ, предположено было соединить разнообразныя лондонскіе суды въ одно учрежденіе, раздѣливъ его на двѣ инстанціи, а съ другой стороны провинціальное населеніе желало видѣть у себя, вмѣсто разѣздныхъ судей, постоянныя коллегіальныя суды, которымъ бы были подчинены единоличныя графскіе суды, каждый въ своемъ участкѣ.

Въ 1873 г. произведена въ Англіи глубокая реформа центральныхъ судебныхъ учреждений, значительно упростившая судоустройство этой страны. Именно, палата лордовъ, какъ учрежденіе законодательное, перестала участвовать въ рѣшеніи судебныхъ дѣлъ; затѣмъ всѣ остальные лондонскіе суды соединены въ одинъ, состоящій изъ двухъ инстанцій—первой (High Court of Justice) и апелляціонной (Court of Appeal), а прежніе суды общаго закона и справедливости сдѣлались отдѣленіями суда первой инстанціи (Chancery Division, Common Pleas Division, Queens Bench Division, Exchequer D., Probate Divorce and Admiralty Division). Всѣ отдѣленія образуютъ одинъ судъ, такъ что искъ можетъ быть предъявленъ въ каждомъ изъ нихъ по всякому дѣлу, а затѣмъ передается въ надлежащій департаментъ. Вмѣстѣ съ соединеніемъ судовъ, и самыя источники права слиты въ одну систему, такъ что судъ разрѣшаетъ теперь каждое дѣло и по общему праву (common law), и по справедливости (equity), смотря по тому, какими нормами оно опредѣляется въ системѣ дѣйствующаго права. Периодическіе разѣзды судей по провинціямъ остались и на будущее время, вѣроятно, до устройства коллегіальныхъ судовъ въ графствахъ. Институтъ присяжныхъ также сохраненъ, однако примѣненіе его по гражданскимъ дѣламъ нѣсколько ослаблено на практикѣ, потому что для разрѣшенія трудныхъ фактическихъ вопросовъ, напр. для изслѣдованія документовъ, для повѣрки расчетовъ, для ученой экспертизы и осмотровъ на мѣстѣ, введены эксперты* (official referees), назначаемые по усмотрѣнію суда. Заключение ихъ имѣетъ такую же силу, какъ у насъ ¹⁾.

Отдѣленіе II.—Составъ и внутреннее устройство судебныхъ установленій.

§ 16. Составъ ихъ. Судебныя установленія, по составу ихъ, раздѣляются на единоличныя и коллегіальныя. Единоличнымъ называется такой судъ, въ которомъ одно физическое лицо, въ званіи судьи, постанов-

¹⁾ Supreme Court of judicature Act 5 августа 1873 г., вступившій въ силу 2 ноября 1874 г.

ляютъ судебныя опредѣленія и рѣшенія, хотя бы при немъ состояли писмоводители, разсылные и т. п. лица, не имѣющія права участвовать въ этихъ постановленіяхъ съ рѣшительнымъ голосомъ. Напротивъ, коллегіальный судъ состоитъ изъ нѣсколькихъ лицъ, постановляющихъ рѣшеніе по большинству голосовъ. Коллегіальная форма суда выработана только новыми народами Европы; римскіе суды были единоличныя; и теперь въ Англіи рѣшительно преобладаетъ послѣдняя форма. На континентѣ Европы единоличныя суды вѣдаютъ только дѣла малоцѣнные или требующія безотлагательнаго рѣшенія и мѣстныхъ изслѣдованій, а всѣ прочія дѣла предоставлены коллегіальнымъ судамъ, потому что содержаніе единоличныхъ судей дешевле, они могутъ быть учреждены въ большемъ числѣ, въ разныхъ пунктахъ государственной территоріи, не требуя большихъ расходовъ отъ общества; производство дѣлъ у нихъ быстрѣе, чѣмъ въ коллегіяхъ, но за то суды коллегіальныя прочтѣе, самостоятельнѣе, способнѣе къ развитію практики постоянной и однообразной, къ соединенію силъ, знаній и опыта въ своемъ составѣ, къ занятіямъ сложнымъ и разносторонности въ обсужденіи дѣлъ, а потому болѣе обезпечиваютъ правосудіе ¹⁾. Въ Россіи коллегіальное начало судоустройства утвердилось со временъ Петра I. Въ настоящее время, по судебнымъ уставамъ, только мировой судья есть власть единоличная, а всѣ остальные суды имѣютъ коллегіальный составъ (Учр. ст. 3).

Коллегіальныя суды раздѣляются иногда на департаменты или отдѣленія, болѣею частію по роду дѣлъ, а иногда и для распредѣленія дѣлъ однородныхъ. Такъ въ сенатѣ образовано два департамента для уголовныхъ и для гражданскихъ дѣлъ (Учр. 114), судебныя палаты также дѣлятся на департаменты (Учр. 111), окружныя суды и коммерческіе въ столицахъ имѣютъ у себя отдѣленія (Учр. 78. Уст. Торг. 1268) и мировыя сѣзды при значительномъ накопленіи дѣлъ могутъ раздѣлиться на отдѣленія (Учр. 55). На этомъ основаніи, наприм., въ Петербургскомъ окружномъ судѣ образовано 7 отдѣленій: четыре гражданскихъ и три уголовныхъ (Нак. ст. 2), а въ мировомъ сѣздѣ столицы 5 отдѣленій (Нак. ст. 61), изъ которыхъ каждое, въ случаѣ накопленія дѣлъ, можетъ подраздѣлиться на два отдѣленія (ст. 64). Составъ коллегіальныхъ судовъ опредѣляется штатами, а число и мѣсто дѣйствія судебныхъ установленій вообще—особыми росписаніями. Коллегіи состоятъ изъ предсѣдателя и членовъ, а если раздѣлены на департаменты или отдѣленія, то для каждаго изъ нихъ имѣется предсѣдательствующее лицо и нѣсколько членовъ ²⁾. Во всѣхъ колле-

¹⁾ Противъ коллегіальныхъ судовъ: Бентамъ, О судоустр. стр. 34 и слѣд. Charles Comte, Considerations sur le pouvoir judiciaire. Въ защиту ихъ Bordeaux phil. de la proc. civ., стр. 285 и слѣд. О преимуществахъ единоличной формы Rathmann der Einzelrichter 1872 г. Другія указанія литерат. у Рено, § 17, пр. 12. Гдѣ для разрѣшенія техническихъ вопросовъ въ составъ суда входятъ засѣдатели, имѣющіе только совѣтательный голосъ, тамъ возникаетъ какъ бы средняя форма суда; такъ въ прусскихъ торговыхъ судахъ, такъ въ англійскихъ морскихъ и въ графскихъ судахъ по морскимъ дѣламъ. См. еще Verhandl. X. Juristent., т. II, стр. 249 и слѣд.

²⁾ Такъ въ каждомъ департаментѣ Сената и въ общемъ собраніи ихъ—особый пер-воприсутствующій (Учр. 118 и 119, предсѣдателемъ же Сената почитается Государь Императоръ, Учр. Сен. ст. 4), въ каждомъ департаментѣ Судебной Палаты особый предсѣдатель и одинъ изъ нихъ, который предсѣдательствуетъ въ общемъ собраніи, назы-

гiальныхъ судахъ имѣется опредѣленное число членовъ — не менѣе 3, считая и предсѣдателя въ томъ числѣ (Учр. 56, 140, Уст. Т. 1329), потому что *tres faciunt collegium* (85 D. 50, 16). По дѣламъ уголовнымъ къ составу окружныхъ судовъ иногда присоединяются присяжные засѣдатели (Учр. 7. Уст. Уг. Суд. 201), но у насъ, въ отличіе отъ Англіи, они не участвуютъ въ гражданскомъ судопроизводствѣ.

Далѣе, при судебныхъ мѣстахъ состоятъ: лица прокурорскаго надзора—оберъ-прокуроры и ихъ товарищи при сенатѣ, прокуроры съ товарищами при судебныхъ палатахъ и окружныхъ судахъ, а при мировыхъ сѣздахъ прокурорскія обязанности исполняются товарищемъ прокурора окружнаго суда (Учр. 8, 58, 124—136); для регистратуры, архива, храненія кассы, переписки и разсылки бумагъ имѣются при судахъ канцелярїи, т.е. оберъ-секретари и ихъ помощники при сенатѣ, секретари съ помощниками при другихъ коллегіальныхъ судахъ и другіе канцелярскіе чиновники, напримѣръ архиваріусы, при мировомъ судѣ—наемный письмоводитель и разсылный, а при волостномъ—писарь (Учр. 44, 59, 120—123, Уст. Т. 1269, 1281—83); для исполнительныхъ дѣйствій при общихъ судахъ и мировыхъ сѣздахъ судебныя приставы, при коммерческихъ присяжные приставы (Учр. 60—63, 297 и слѣд. Уст. Т. 1270); наконецъ, также къ лицамъ, состоящимъ при судебныхъ мѣстахъ, причисляются присяжные повѣренные (въ коммерческихъ судахъ присяжные стряпчіе и попечители), кандидаты на судебныя должности и нотаріусы (Учр. 11, 353—420. Уст. Т. 1271. Полож. о нотар. части).

§ 17. Опредѣленіе на судебную службу.

Указавъ на составъ судебныхъ установленій, перейдемъ теперь къ вопросу о замѣщеніи его или объ опредѣленіи на судебную службу. Здѣсь нужно различать три частныхъ вопроса.

А. Отъ кого зависитъ опредѣленіе на судебную службу? Опредѣленіе на судебную службу совершается тремя путями: по выборамъ отъ общества, по усмотрѣнію правительства, или же при соучастіи самихъ судебныхъ установленій. Въ исторіи встрѣчаются, впрочемъ, и другія системы; такъ наприм. въ древнемъ Римѣ судебныя установленія еще не успѣли сформироваться въ постоянныя, а судьи назначались на каждое дѣло особо, по соглашенію сторонъ (*conventio*), такъ что истецъ предлагалъ (*judicem ferre*), а отвѣтчикъ принималъ предложенное ему лицо (*judicem sumere*), но могъ и отвѣсти его (*sibi iniquum ejurare*). Для нѣкоторыхъ только дѣлъ, наприм.

ваются старшимъ (Счр. 112, 113), въ окружномъ судѣ предсѣдатель, а въ каждомъ отдѣленіи, гдѣ онъ не присутствуетъ, особый товарищъ предсѣдателя (Учр. 77 и 78); также въ столичныхъ коммерческихъ судахъ (Уст. Т., 1268), въ мировыхъ сѣздахъ предсѣдатель, а въ отдѣленіяхъ, гдѣ онъ не присутствуетъ, временные предсѣдатели (Нак. Спб. Сѣзда, 63), въ консисторіяхъ предсѣдательствуетъ обыкновенно архимандритъ; впрочемъ, весь судъ подчиненъ владыкѣ, т.е. архіерею; въ волостныхъ судахъ законъ не упоминаетъ о предсѣдателѣ, а только о судьяхъ (отъ 4 до 12 человекъ), но они могутъ безъ сомнѣнія выбрать одного изъ своей среды въ предсѣдатели; законъ постановляетъ только, что волостной старшина и староста, какъ власти административныя, не должны вмѣшиваться въ производство волостнаго суда и не присутствуютъ при обсужденіи дѣла (Общ. Крест. Пол. 104).

о свободѣ, о правахъ состоянія и о наслѣдствѣ, существовали выборные изъ классовъ народа постоянные суды (X—viri, C—viri). Въ императорскій періодъ Рима развилось начало правительственнаго назначенія судей тѣмъ естественнѣе, что судебная власть обыкновенно соединялась въ однѣхъ рукахъ съ административною и даже военною, воеводы преторіанцевъ и правители провинцій были вмѣстѣ съ тѣмъ и высшими послѣ императора судьями. Впрочемъ, при назначеніяхъ должностныхъ лицъ правительство обыкновенно обращало вниманіе на кандидатовъ, указанныхъ ему мѣстнымъ населеніемъ или общинами, такъ что общественные выборы продолжали существовать. Въ средніе вѣка дѣйствовали весьма разнообразныя системы: судъ общинъ или ихъ выборныхъ представителей, суды сословій и корпорацій, судьи, назначаемые отъ короля и мало по малу присвоившіе себѣ наслѣдственную судебную власть и право назначенія судей отъ своего лица, продажа мѣстъ отъ правительства и распоряженіе ими, какъ частною собственностію, суды по назначенію духовной власти и т. д. Однако, направленіе историческаго развитія состояло въ томъ, что начало назначенія судей отъ правительства усиливалось болѣе и болѣе на счетъ другихъ, по мѣрѣ того какъ падали феодальные порядки, дробленіе сословій и свѣтская власть церкви и устанавлился цѣльный и равноправный государственнй бытъ; правительственное назначеніе судей постепенно сосредоточилось въ особыхъ министерствахъ юстиціи и самими судебнымъ установленіямъ и корпораціямъ, при нихъ состоящимъ, предоставлено право соучастія въ опредѣленіи на судебныя должности. Въ настоящее время, наприм. въ Англіи, всѣ судьи центральныхъ и графскихъ судовъ назначаются отъ правительства, послѣдніе лордомъ канцлеромъ; на континентѣ Европы выборное начало удержалось главнымъ образомъ въ коммерческихъ судахъ и то въ различной мѣрѣ.

Въ Россіи выборное начало весьма древне, но ко времени Петра I оно отступило на задній планъ передъ системою правительственнаго назначенія. Приказные и воеводскіе суды, замѣщаемые отъ правительства, оказались впрочемъ неудовлетворительными вслѣдствіе смѣшенія въ нихъ властей и введенія канцелярской тайны. Со временъ Петра Великаго наше законодательство, въ видахъ обособленія суда отъ администраціи, старалось развить сословный, а вмѣстѣ съ тѣмъ и выборный характеръ судебныхъ установленій. Выборы соединены были съ срочностью службъ. На основаніи Свода Законовъ эти начала сословности, срочности и выборной службы проведены были во всю систему судебныхъ учреждений, за исключеніемъ только центральныхъ, и въ такомъ сочетаніи выборное начало естественно признано было несостоятельнымъ при судебной реформѣ. Защитники ея указывали на то, что это сочетаніе случайно, что выборы могутъ быть и пожизненные и производиться цѣлымъ земствомъ и что въ этой формѣ они болѣе способны поддерживать связь суда съ мѣстнымъ населеніемъ и довѣріе народа, чѣмъ назначеніе судей отъ правительства, т.-е. въ сущности назначеніе однимъ лицомъ, живущимъ въ столицѣ, которое не можетъ знать всѣхъ людей и необходимо подчиняется вліянію другихъ лицъ, дѣйствующихъ по разнымъ побужденіямъ, не всегда согласнымъ съ интересами правосудія. Однако, это мнѣніе было отвергнуто на томъ основаніи, что выборная система и сама по себѣ представляется неудовлетворительною: она стѣсняетъ кругъ кандидатовъ на судебныя должности предѣлами избирательныхъ округовъ и вручаетъ все дѣло по

образованію состава судебныхъ установленій такимъ лицамъ, которыя по своимъ свѣдѣніямъ и по роду занятій не способны оцѣнить юридическихъ познаній въ кандидатахъ; кромѣ того, признано было, что она неразрывно соединена съ срочностью службы, такъ что пожизненность судей подрываетъ выборное право въ самомъ корнѣ, а періодическія избранія уничтожаютъ самостоятельность судей и прочность судебной карьеры, устраняя отъ этого поприща всѣхъ даровитыхъ людей, которыя всегда могутъ найти себѣ внѣ судебной службы болѣе постоянный родъ жизни. Вотъ почему выборное право не привилось къ судоустроюству и въ западной Европѣ. По этимъ соображеніямъ признано было необходимымъ устранить его и въ Россіи, однако съ нѣкоторыми исключеніями. А именно оно удержано въ отношеніи мировыхъ судей для выбора ихъ изъ мѣстныхъ землевладѣльцевъ и потому еще, что „достоинство сихъ судей не обусловливается такими способностями и познаніями, о которыхъ трудно было бы судить избирателямъ“ (Сообр. гос. канц. 1862 г., стр. 29 и слѣд.). Затѣмъ, такъ какъ реформа не касалась коммерческихъ и крестьянскихъ судовъ, а равно и судебныхъ установленій остзейскаго края, выборное начало удержалось и здѣсь. Въ старыхъ судебныхъ мѣстахъ общаго порядка, гдѣ они еще продолжаютъ существовать, оно было отмѣнено въ 1865 г., и всѣ открывающіяся въ нихъ вакансіи замѣщаются съ того времени отъ правительства (Общ. губ. учр. ст. 2376 по прод. 1868 г.).

Выборы мировыхъ судей производятся въ земскихъ собраніяхъ, уѣздныхъ или губернскихъ, а въ столицахъ думами (24, 25, 33 и 40 Учр.) и списки избранныхъ лицъ постунаютъ на утвержденіе въ 1-й д-тъ Сената (Учр. 37). Если бы оказался недостатокъ въ лицахъ, которыя могли бы быть выбраны такимъ порядкомъ, то мировые судьи назначаются 1-мъ департаментомъ Сената по представленію министра юстиціи (Учр. 38). Въ западныхъ губерніяхъ, гдѣ земскія учрежденія еще не введены, мировые судьи назначаются министерствомъ юстиціи по особымъ временнымъ правиламъ 1871 г. (Учр. ст. 1, прилож. по прод. 1872 г.). Что же касается коммерческихъ судовъ, то председатели ихъ съ товарищами въ столицахъ опредѣляются съ высочайшаго разрѣшенія по представленію министра юстиціи изъ кандидатовъ, выбираемыхъ купечествомъ, а въ другихъ мѣстахъ безъ участія городского общества; члены же ихъ вездѣ выбираются городскими обществами на три года (Уст. Т., 1272—80). Волостные судьи избираются ежегодно на волостныхъ сходахъ (Полож. о крест. 78 и 93).

Другое начало — назначеніе отъ правительства. Оно примѣняется къ общимъ судебнымъ мѣстамъ. Такъ, председатели и члены судебныхъ палатъ и окружныхъ судовъ назначаются высочайшею властью по представленіямъ министра юстиціи (Учр. 212), а сенаторы и первоприсутствующіе по непосредственному усмотрѣнію государя, именными указами (216), лица прокурорскаго надзора также или высочайшею властію, или министромъ юстиціи (219—222). Министръ же назначаетъ оберъ-секретарей Сената (217), а въ западныхъ губерніяхъ мировыхъ судей и председателей мировыхъ сѣздовъ (Учр. 1 по прод. 72 г.). Въ закавказскомъ краѣ представленія о кандидатахъ дѣлаются, вмѣсто министра, намѣстникомъ, а мировые судьи опредѣляются первымъ департаментомъ Сената (Полож. 66 г. п. 13, Собр. Узак. 1870, № 111, п. 4).

Третій способъ — участіе самихъ судебныхъ установленій въ

опредѣленіи на судебныя должности. Это участіе состоитъ 1) въ правѣ представленія кандидатовъ на открывшіяся вакансіи. Такъ, когда въ окружномъ судѣ или судебной палатѣ откроется вакантная должность члена, въ общемъ собраніи суда или палаты избираются кандидаты на эту должность и дѣлается о нихъ представленіе министру, министръ же представляетъ о нихъ государю императору, но имѣетъ право присоединить къ нимъ кандидатовъ и отъ себя (Учр. 213—15). Такое право представленія принадлежитъ судебнымъ мѣстамъ и въ сѣверо-западной окраинѣ имперіи; наприм. Финляндскіе гофгерихты представляютъ на высочайшее утвержденіе трехъ кандидатовъ на каждую вакансію члена или ассессора (Лундаль, стр. 107). Подобное же право представленія существуетъ и на западѣ Европы: его рекомендовала недавно во Франціи особая коммиссія національнаго собранія (De Clerq, Reorg. jud). Въ республикахъ оно имѣетъ громадную важность, потому что безъ этого или еще болѣе рѣшительнаго средства суды становятся въ нихъ орудіями и слугами политическихъ партій. 2) Въ правѣ назначенія на нѣкоторыя должности. Такъ, общему собранію мировыхъ судей принадлежитъ право избирать изъ своей среды предсѣдателя мирового съѣзда (Учр. 17 и 35). Предсѣдатели судовъ опредѣляютъ судебныхъ приставовъ, нотаріусовъ, секретарей и другихъ канцелярскихъ чиновниковъ; впрочемъ, въ Сенатѣ приставы и канцелярскіе чиновники назначаются оберъ-прокурорами (Учр. 59, 62, 217 и 218, 300. Нотар. Пол. ст. 16, Срав. Уст. Т. 1281—83). 3) Существуетъ еще право принятія въ корпорацію; такъ, совѣтъ пріисяжныхъ повѣренныхъ допускаетъ просителей въ это сословіе или отказываетъ въ томъ (Учр. 379—380); въ остзейскихъ городахъ магистраты замѣщаютъ по собственному выбору всѣ открывающіяся въ составѣ ихъ вакансіи, избирая членовъ на всю жизнь, а такъ какъ члены магистрата засѣдаютъ и въ низшихъ городскихъ судахъ, то самообновленіе магистрата касается и ихъ состава (Сводъ Остз. 2, ст. 1282 и слѣд.).

Б. Кто способенъ къ судебному званію. Условія или ограниченія этой способности вытекаютъ частію изъ существа судебной службы, частію изъ закона, и потому раздѣляются на естественныя и юридическія.

Ограниченія естественныя вытекаютъ изъ физическихъ состояній, непримиримыхъ съ существомъ судебной дѣятельности; нѣтъ надобности, чтобы они перечислены были въ законѣ, они разумѣются сами собою, какъ простыя послѣдствія физической невозможности. А именно судебная дѣятельность предполагаетъ способность воспріятія, сужденія и выраженія своихъ мыслей въ словѣ, а потому состоянія, поражающія эту способность, уничтожаютъ вмѣстѣ съ тѣмъ и способность къ судебной дѣятельности. Наприм. слѣпые, глухіе, нѣмые, безумные и сумасшедшіе и дѣти естественно не способны къ судебному званію. Законодатель долженъ былъ опредѣлить положительно только возрастъ, съ котораго начинается способность къ судебной службѣ. Въ этомъ отношеніи есть общее правило, что недостигшій 14-ти лѣтняго возраста не можетъ быть причисленъ ни къ какому гражданскому вѣдомству, а начало дѣйствительной службы считается лишь съ того времени, когда служащему минетъ 16 лѣтъ (Св. Зак. III, ч. 1, ст. 8, срав. Прод. 69 г.) Впрочемъ, для нѣкоторыхъ судебныхъ должностей опредѣленъ особый наименьшій возрастъ кандида-

товъ; такъ мировые судьи, судебные слѣдователи и присяжные повѣренные должны имѣть по крайней мѣрѣ 25 лѣтъ (Учр. 19, 205, 355), судебные приставы 21 годъ (ст. 293); для другихъ онъ опредѣляется косвенно требованіемъ юридическаго образованія или практики (ст. 203—211. Уст. Т. 1274, прим. 1 по прод. 63 г.)

Юридическія ограниченія основываются на законѣ и сами собою не подразумеваются; напротивъ, каждое физически способное лицо имѣетъ право на судебную службу, насколько законъ не ограничиваетъ этого права особыми условіями. Законъ требуетъ, въ интересахъ надлежащей организаціи судебного вѣдомства, нѣкоторыхъ гарантій социальныхъ, нравственныхъ и умственныхъ. Къ социальнымъ условіямъ относится прежде всего русское подданство; въ должности по судебному вѣдомству могутъ быть опредѣляемы только русскіе подданные (Учр. 200, 299, 355. Нотар. Пол. 5. Уст. о служ. гражд. 4. п. 1) всѣхъ племенъ (Уст. о служ. гр., ст. 2), всякаго чина (Учр. 236) и происхожденія, если удовлетворяютъ другимъ условіямъ (Уст. о службѣ, 3—7). Въ прежнее время у насъ игралъ важную роль сословный характеръ лицъ, желавшихъ занять мѣсто по выборной службѣ, но теперь это удержалось только въ судахъ духовныхъ и коммерческихъ, члены послѣднихъ выбираются изъ купцовъ (Уст. Т. 1278—80). Вообще же судебная служба открыта лицамъ всѣхъ сословій, несостоящимъ на другой непримиримой съ ней службѣ, духовной или свѣтской (Учр. 22, 42, 49, 121, 246). Сословныя ограниченія и на западѣ Европы давно уже отжили свой вѣкъ и на прим., когда въ Англіи обсуждался вопросъ о коммерческихъ судахъ, то нѣкоторые эксперты высказались противъ сословнаго состава даже этихъ судовъ (Report 1871 г.), которые впрочемъ еще сохраняютъ его въ нѣкоторыхъ странахъ континента, исполнѣ или отчасти, въ соединеніи съ юристами всякаго сословія различно. Далѣе, къ социальнымъ же условіямъ относятся нѣкоторыя имущественныя гарантіи, именно трехъ родовъ: а) хозяйственная безпорочность лица; на этомъ основаніи не могутъ быть ни избираемы, ни назначаемы на судебныя должности лица, объявленныя несостоятельными должниками или состоящія подъ опекою за расточительностью (Учр. 21, 201, 201², 299, 255); б) отъ судебныхъ приставовъ и нотариусовъ требуется залогъ на случай взысканій по службѣ (Учр. 301—2. Нотар. Пол. 8—14); в) для выборныхъ мировыхъ судей установленъ цензъ, именно владѣніе недвижимымъ имуществомъ не менѣе опредѣленнаго закономъ размѣра или цѣнности (Учр. 19, 20); впрочемъ, избиратели могутъ и освободить ихъ отъ этого условія по единогласному постановленію земскаго собранія или думы (Учр. 34, 40).

Къ условіямъ нравственнымъ относится честь, неопороченная судомъ или общественнымъ приговоромъ. На этомъ основаніи въ должности по судебному вѣдомству не могутъ быть опредѣляемы: 1) состоящіе подъ слѣдствіемъ или судомъ за преступленія или проступки, а равно и подвергнушіеся по судебнымъ приговорамъ, за противозаконныя дѣянія, заключенію въ тюрьмѣ или иному болѣе строгому наказанію, и тѣ, которые бывъ подъ судомъ за преступленія или проступки, влекущіе за собою такія наказанія, не оправданы судебными приговорами; 2) исключенные изъ службы по суду, или изъ духовнаго вѣдомства за пороки, или же изъ среды обществъ и дворянскихъ собраній по приговорамъ тѣхъ сословій, къ которымъ они принадлежали (Учр. 201). Менѣе строгія ограниченія постановлены относительно судебныхъ при-

ставовъ (299), присяжныхъ повѣренныхъ (355) и нотариусовъ (Нотар. Пол. ст. 5). О волостныхъ судьяхъ см. Крест. Пол. 114 и 115. Къ этой же категоріи относятся религіозныя ограниченія, весьма широкія въ старое время, а теперь большею частію изгнанныя изъ законодательства государственныхъ. Наши судебныя уставы не упоминаютъ о нихъ и, хотя въ формахъ присяги на судебныя должности встрѣчаются слова, которыя можетъ произнести только христіанинъ (см. прилож. къ ст. 225 Учр.), но это еще не исключаетъ иновѣрцевъ; такъ наприм., по Уст. о Службѣ Гр., евреи не устраниются отъ службы потому только, что для вступленія въ нее установлена присяга: они приводятся къ присягѣ по своимъ обрядамъ (Уст. о Служб. ст. 4 п. 10, ст. 5, 59 и 411 по прод. 63 г.) Вообще въ гражданскомъ судопроизводствѣ нѣтъ основаній для устраненія судей иновѣрцевъ. Только въ судахъ духовныхъ естественно участвуютъ послѣдователи той вѣры, къ которой принадлежатъ судъ.

Умственныя условія способности къ судебному званію состоятъ въ юридическомъ образованіи и судебной практикѣ. Задача юридическаго образованія заключается въ томъ, чтобы познакомить насъ съ системою права, которая подлежитъ судебному охраненію и на основаніи которой судъ долженъ дѣйствовать; отсюда очевидно, что это условіе составляетъ кардинальный пунктъ въ организаціи правосудія: невозможно охранять такую сложную систему, какъ законодательство цѣлой страны, если судья не знаетъ того, что ввѣрено его охраненію; въ судопроизводствѣ гражданскомъ нельзя сдѣлать ни одного шага безъ вопросовъ о правѣ, о законѣ, и самый честный, самый православленный судья съ потомственнымъ цензомъ, при отсутствіи основательныхъ и точныхъ свѣдѣній о правѣ, не въ состояніи будетъ удовлетворить требованіямъ правосудія и будетъ плохимъ защитникомъ правъ гражданскихъ, ненадежнымъ блюстителемъ закона, потому что право есть система положительная, исторически вырастающая, ее нельзя замѣнить ни религіознымъ міросозерцаніемъ, ни чутьемъ честнаго чловѣка, ни здравымъ смысломъ одного лица. Вотъ почему въ тѣ вѣка, когда падаетъ юридическое образованіе, неминуемо разстроивается и правосудіе въ странѣ. Такой фактъ мы видѣли въ римской исторіи. Но это фактъ всеобщій: вы не найдете ни одного невѣжественнаго народа, не укажете ни одного темнаго вѣка, въ которомъ юридическія познанія были бы ничтожны и въ то же время правосудіе находилось бы на высокой степени совершенства. Это логически невозможно. Напротивъ, въ эти вѣка вы встрѣтите кулачное право, гнетъ и страданія народа, грубыя формы самообороны и процесса, странное смѣшеніе понятій и повсемѣстныя жалобы на отсутствіе правды. Только съ развитіемъ юридической культуры улучшается и процессъ. Вовсе не случайный фактъ, что образованные юристы постепенно сосредоточиваютъ все правосудіе народовъ въ своихъ рукахъ, вытѣсняя изъ судовъ элементъ народный, выборный, феодальный, сословный, церковный и т. д. Этому классу специалистовъ обязаны современныя государства западной Европы установленіемъ прочной и надежной системы охраненія правъ, подобно тому, какъ специалистамъ въ области естественныхъ и техническихъ наукъ и искусствъ обязаны мы современнымъ развитіемъ промышленности. Въ настоящее время на западѣ Европы юридическое образованіе считается за *conditio sine qua non* для судебной службы и обыкновенно раздѣляется на два періода: теоретическое образованіе въ уни-

верситетахъ и практическое при судебныхъ мѣстахъ. Наприм. въ Пруссіи на университетъ полагается 3 года, на практическую подготовку 4 года; въ университетѣ студентъ обязанъ только посѣщать лекціи юридическаго факультета въ любомъ порядкѣ и получаетъ въ томъ удостовѣреніе отъ преподавателей; затѣмъ ему предстоитъ первый экзаменъ при апелляціонномъ судѣ, предъ особою комиссіею изъ членовъ суда, адвокатовъ и преподавателей университета. За экзаменомъ открывается періодъ практической подготовки, цѣль котораго состоитъ въ послѣдовательномъ научно-практическомъ образованіи юриста, а не въ томъ, чтобы его, какъ кандидата на судебныя должности, ставили къ тѣмъ дѣламъ или въ тѣ отдѣленія суда, гдѣ чувствуется надобность въ людяхъ, или же прикрѣпляли къ какому нибудь старому адвокату для изученія житейской мудрости. Онъ проходитъ въ систематическомъ порядкѣ разные отдѣлы судопроизводства гражданскаго и уголовнаго, начиная съ низшей инстанціи и останавливаясь на каждомъ отдѣлѣ по нѣсколькѣ мѣсяцевъ, обыкновенно 3 мѣсяца. По окончаніи 4-лѣтней подготовки онъ допускается ко 2-му экзамену, т.-наз. большому государственному, передъ комиссіею, назначаемой министромъ юстиціи, также изъ юристовъ практиковъ и преподавателей, и затѣмъ только ему открывается уже доступъ къ судебнымъ должностямъ. Замѣтимъ встаети, что такіе государственные экзамены существуютъ въ Пруссіи и для кандидатовъ на административную службу и вообще считается принципомъ, что должности по государственной службѣ могутъ быть поручаемы только такимъ лицамъ, которыя доказали свою способность по надлежащемъ испытаніи; этотъ принципъ внесенъ даже въ основные законы Пруссіи ¹⁾. Въ существѣ дѣла таковой же порядокъ подготовки къ судебному поприщу установленъ и въ другихъ частяхъ Германіи, и въ Австріи; въ послѣдней требуются 4-лѣтній университетскій курсъ, 3 штатскіе экзамена и 1 годъ практики ²⁾. Точно также въ Англіи лица, кончившія курсъ университета, не прямо допускаются къ занятію судебныхъ должностей, а поступаютъ сначала въ одинъ изъ адвокатскихъ инновъ въ Лондонѣ и здѣсь практикуютъ подъ руководствомъ какого-нибудь адвоката, посѣщаютъ спеціальныя лекціи и частныя классы особыхъ преподавателей-практиковъ, должны обѣдать въ инвѣ определенное число разъ въ каждый семестръ и послѣ трехлѣтней подготовки выдержать экзаменъ передъ особою комиссіею изъ преподавателей и членовъ совѣта правовѣдѣнія (Council of Legal Education). Затѣмъ только они посвящаются въ адвокаты низшей степени (barristers), а послѣ 16-лѣтней практики получаютъ званіе Sergeants at Law, и уже изъ этого-то класса обыкновенно берутся судьи Англіи ³⁾. Это соединеніе адвокатовъ въ корпораціи, имѣющія цѣлью сохранять въ своей средѣ преданія юриспруденціи и юридическія познанія, свидѣтельствуетъ какъ нельзя лучше о практическомъ тактѣ англійскаго народа. Въ Сѣверной Америкѣ прежде не

¹⁾ Gesetz vom 6 Mai 1869 u. Regulativ dazu nebst Bemerkungen неизв. автора. Berl. 73 r.—Meier, Prüfungswesen въ Энци. Гольцendorфа. Rönne Preuss-Staats Recht. S. 55. Behaghel, über die Ausbildung, der Rechtspraktikanten въ Verh. VIII Juristentages, m. 1, стр. 412).

²⁾ Verordnung 10 октября 1854 г. См. Manz'sche Gesetzes-Ausgabe, m. VI, 69 r.

³⁾ Guide to the bar, by a Templar, 1871. Rules for the General Examinations for Trinity Term, 1872.

требовалось судебного экзамена отъ лицъ, кончившихъ курсъ университета и желавшихъ вступить, послѣ стажъ, въ сословіе присяжныхъ повѣренныхъ, изъ котораго обыкновенно выбираются тамъ судьи и прокуроры; но въ послѣднее время судебные экзамены начинаютъ вводиться и тамъ въ нѣкоторыхъ штатахъ. Такъ, по наказу Нью-Йоркскаго апелляціоннаго суда 1871 г., отъ кандидатовъ требуется трехлѣтній стажъ на мѣстѣ помощника присяжнаго повѣреннаго и затѣмъ экзаменъ при судѣ; если кандидатъ проходилъ университетскій курсъ, то стажъ можетъ быть сокращенъ до 2 лѣтъ, но судебный экзаменъ требуется и отъ него. Противъ этого наказа Нью-Йоркскій университетъ протестовалъ, ссылаясь на то, что по закону дипломы его освобождаютъ отъ дальнѣйшихъ испытаній. Но судъ уступилъ только въ томъ, что студентамъ, принятымъ въ университетъ до 1 мая 72 г., дозволилъ поступать въ присяжные повѣренные безъ судебного экзамена ¹⁾. Во Франціи до первой революціи также требовались отъ кандидатовъ на судебныя должности университетскій дипломъ и сдача судебного экзамена послѣ трехлѣтней практики, а при переводѣ съ низшаго мѣста на высшее еще новый экзаменъ. Одинъ старый французскій писатель замѣчаетъ, что эти судебные экзамены строги, но благодѣтельны для усовершенствованія познаній тѣхъ лицъ, въ руки которыхъ ввѣрены жизнь, честь и имущество всѣхъ гражданъ ²⁾. Только 20-лѣтняя практика освобождала отъ нихъ. Эти-то строгія требованія объясняютъ намъ тотъ фактъ, что юристы судовъ государственныхъ постепенно сосредоточили въ своихъ рукахъ все правосудіе страны и вытѣснили феодальную юстицію. Изъ этой школы вышли всѣ знаменитости старой французской юриспруденціи и въ особенности тѣ, которыя создали систематическое законодательство Наполеоновскаго времени. Идеи революціи, какъ извѣстно, не всѣ были благоприятны развитію судебного образованія; было время, когда и стряпчие и адвокаты и самый процессъ отмѣнены были какъ излишнія помѣхи быстротѣ правосудія *sans procédure*, а судьи замѣнены посредниками. Экзамены вышли изъ употребленія. Существовавшая прежде при судахъ подготовительная должность аудиторовъ была отмѣнена, какъ учрежденіе аристократическое, доступное только людямъ со средствами къ жизни. При Наполеонѣ постановлено было, что кандидаты на судебныя должности обязаны имѣть дипломы отъ университетовъ и затѣмъ опредѣлены были условія и порядокъ университетскихъ испытаній. Судебные же экзамены не были восстановлены. По окончаніи стажъ лицо получаетъ право на вступленіе въ адвокатское сословіе, а кандидаты, ищущіе званія судьи, обыкновенно практикуются у прокуроровъ и, занятые здѣсь только уголовными дѣлами, позабываютъ и тотъ скудный запасъ свѣдѣній по другимъ отраслямъ права, какой на-скоро приобрѣли для сдачи университетскихъ экзаменовъ; для поступленія въ стряпчие требуется состоять влеркомъ стряпчаго въ теченіи 5 лѣтъ и эта школа рутинны, письменныхъ ухищреній и формализма способна только заглушить въ молодомъ практикѣ свѣжесть чувства и высокое нравственное настроеніе духа, столь необходимыя для органовъ правосудія. Такое положеніе дѣлъ давно уже возбуждало во Франціи громкія жалобы, въ немъ видѣли причину упадка судебного образованія и адвокатуры въ новое время и высказывались

¹⁾ Rules and Regulations 1 мая 71 г. и Дополненіе къ нимъ 14 іюня 1871 г.

²⁾ Coquille, Annotations sur l'Ord. de Blois, т. 1, стр. 44.

именно предложенія возстановить прежніе экзамены при судахъ и систематическую подготовку практиковъ ¹⁾. Въ послѣдніе годы комиссія національнаго собранія, о которой мы уже упоминали, предложила эти же мѣры и съ своей стороны, установивъ строгія условія теоретическаго образованія и практической подготовки кандидатовъ, удостовѣряемой судебными экзаменами ²⁾.

Въ Россіи, какъ во Франціи, университетскій дипломъ даетъ право на вступленіе въ судебную службу безъ дальнѣйшихъ испытаній. Но въ прежнее время и вообще юридическое образованіе требовалось у насъ только въ исключительныхъ случаяхъ. Правительство не могло предпринять мѣръ къ замѣщенію всѣхъ судебныхъ должностей лицами, къ званію судьи приготовленными, съ одной стороны потому, что лица съ спеціальнымъ юридическимъ образованіемъ были у насъ большою рѣдкостью, а съ другой—потому, что прежніе практики, замѣнявшіе юридическое образованіе судебною рутиню, не имѣли такихъ качествъ, чтобы имъ можно было ввѣрить самостоятельныя и важныя должности не только высшихъ, но даже и низшихъ судей (журн. соединенныхъ департаментовъ государственнаго совѣта, № 65, стр. 293). Въ среднихъ и низшихъ инстанціяхъ судьи были выборные и главнымъ дѣломъ считалось то, чтобы судья былъ дворянинъ, купецъ и т. д. Предполагалось, что дворяне, какъ служилый классъ, естественно способны къ службѣ военной и гражданской и что купцамъ ближе всего знать торговое право, какъ податному народу свои обычаи, духовенству—законы церкви. Эти предположенія не всегда оправдывались на дѣлѣ и законодательство должно было изыскивать средства гарантировать правосудіе даже и при такихъ условіяхъ. За выборнымъ, періодически смѣнявшимся составомъ судовъ стояли канцеляріи, чины которыхъ были постоянные, служили по назначенію и, выходя изъ долголѣтней практической школы, обладали навыкомъ къ закону, а иногда, особенно въ высшихъ инстанціяхъ, были изъ училища правовѣдѣнія или даже изъ университетовъ. На этихъ-то законниковъ и была возложена обязанность подводить къ дѣламъ законы для руководства судей, съ роспискою секретаря, что узаконенія приличныя означены всѣ и болѣе приличныхъ узаконеній не имѣется (X, 2, 461). Въ коммерческихъ судахъ такимъ законникомъ, кромѣ секретаря, былъ еще и самъ предсѣдатель суда, выбиравшійся изъ чиновниковъ не ниже VI класса (съ 1862 г. отъ нихъ требуется предварительная практика по судебной части или по торговому управленію); въ ихъ-то рукахъ и сосредоточивалось все дѣлопроизводство, потому что члены-судцы естественно слѣдовали за юристами. Даже въ сенатѣ члены судебныхъ департаментовъ не всегда были юристами. Сенаторы назначались изъ первыхъ трехъ классовъ чиновъ гражданскихъ и военныхъ съ сохраненіемъ военнаго ихъ званія или съ переименованіемъ, по высочайшему усмотрѣнію (Учр. сен. ст. 5 и 6), за ихъ заслуги на военномъ поприщѣ или въ гражданскихъ административныхъ должностяхъ; оттого и здѣсь господствовали канцеляріи.

Однимъ изъ важнѣйшихъ результатовъ судебной реформы надобно считать то, что она обратила серьезное вниманіе на необходимость

¹⁾ Bordeaux, phil. de la pr. civ. стр. 159 и слѣд. Regnard, L'Organis. jud. стр. 88 и слѣд.

²⁾ De-Clery, l. cit.

юридической подготовки къ судебному званию, хотя по обстоятельствамъ времени этотъ принципъ не могъ быть тотчасъ же проведенъ въ жизнь со всею строгостію и во всей полнотѣ. Такъ, относительно общихъ судовъ постановлено, что должности предсѣдателей, товарищей предсѣдателей и членовъ судебныхъ мѣстъ, въ томъ числѣ и судебныхъ слѣдователей, а равно чиновъ прокурорскаго надзора, оберъ-секретарей, секретарей и ихъ помощниковъ замѣщаются не иначе, какъ изъ числа лицъ, имѣющихъ аттестаты университетовъ или другихъ высшихъ учебныхъ заведеній объ окончаніи курса юридическихъ наукъ, или о выдержаніи экзамена въ сихъ наукахъ, или же доказавшихъ на службѣ свои познанія по судебной части (Учр. 202). Послѣдняя альтернатива есть временная уступка, основанная на томъ, что при начертаніи судебныхъ уставовъ у насъ было недостаточно людей юридически образованныхъ (Мот. къ этой ст.). Въ отношеніи мировыхъ судей сказано, что они избираются изъ мѣстныхъ жителей, которые получили образование въ высшихъ или среднихъ учебныхъ заведеніяхъ или выдержали соотвѣтствующее сему испытаніе, или же прослужили не менѣе трехъ лѣтъ въ такихъ должностяхъ, при исполненіи которыхъ могли приобрести практическія свѣдѣнія въ производствѣ судебныхъ дѣлъ (Учр. 19). Здѣсь, слѣдовательно, требуется только общее, неюридическое, образование въ размѣрѣ среднихъ учебныхъ заведеній, или же практика. Среднія учебныя заведенія перечислены въ прил. къ ст. 88 Уст. о служ. гражд.; таковы: гимназіи, семинаріи, школы гвардейскихъ подпрапорщиковъ, юнкеровъ, штурмановъ, инженеровъ, артиллеристовъ, межевщиковъ и т. д., такъ что этотъ рядъ специальностей въ извѣстной степени обезпечиваетъ земскіе выборы. Однако, еслибы и затѣмъ оказался недостатокъ въ людяхъ, земское собраніе или дума можетъ, по единогласному постановленію членовъ, предоста-вить званіе мирового судьи и такимъ лицамъ, которыя не владѣютъ ни образованіемъ, ни практикой, но приобрѣли общественное довѣріе и уваженіе своими заслугами и полезною дѣятельностію (Учр. 34 по прод. 68 г.).

Для первоначальной подготовки къ судебной дѣятельности установлено званіе кандидатовъ на судебныя должности (ст. 407—419 Учр.). Они должны имѣть юридическій аттестатъ или предварительную практику (Собр. Узак. 67 г., № 52) и, распредѣляясь по общимъ судамъ или по камерамъ прокуроровъ и судебныхъ слѣдователей, занимаются большею частью уголовной практикой—слѣдствіями и защитой подсудимыхъ, подъ наблюденіемъ предсѣдателя и прокуроровъ, которые въ правѣ подвергать ихъ предостереженіямъ, замѣчаніямъ и выговорамъ. Въ Петербургскомъ окружномъ судѣ они обязаны представлять ежемѣсячные отчеты о своихъ занятіяхъ (Наказъ, 259).

Для назначенія въ должности членовъ и предсѣдателей общихъ судовъ и прокурорскаго надзора установлены опредѣленные періоды судебной практики, ранѣе которыхъ назначеніе не можетъ состояться ¹⁾. Такъ, наприм., для назначенія въ члены окружнаго суда нуж-

¹⁾ Для освѣженія состава судовъ и расширенія юридическаго кругозора судей существуютъ во Франціи такъ-наз. roulements, т. е. періодическія перемѣщенія судей изъ одного отдѣленія суда въ другое. См. Зак. 30 марта 1808 г., §§ 5 и 50. Предложеніе ввести этотъ обычай у насъ было отвергнуто. Мотивы см. подъ ст. 225 Учр. по изд. Гос. Канц.

но прослужить не менѣе 3-хъ лѣтъ въ судебныхъ званіяхъ не ниже секретаря окружнаго суда, или 10 лѣтъ въ званіи присяжнаго повѣреннаго (Учр. 203—4). См. также ст. 205 — 210. Для званія присяжнаго повѣреннаго требуется юридическое образованіе и 5-ти-лѣтняя практика, между прочимъ, въ качествѣ помощниковъ присяжныхъ повѣренныхъ (Учр. 354); только на первое время дозволено было принимать въ присяжные повѣренные на болѣе льготныхъ условіяхъ даже лицъ, не получившихъ образованія (Пол. о введ. Суд. Уст., ст. 44. Въ Петерб. округѣ дѣйствіе этого временнаго правила уже прекратилось, см. Отчетъ Совѣта Прис. Пов. въ Суд. Вѣст. 72 г., № 144). Естественно еще болѣе льготны эти условія для должности судебныхъ приставовъ, въ способностяхъ коихъ удостовѣряются сами лица, ихъ назначающія (Учр. 300), а равно и нотаріусовъ, для которыхъ, однако, установленъ судебный экзамень, въ умѣннѣ правильно излагать акты и въ знаніи формъ и законовъ, относящихся къ нотаріальной части (Нотар. П., 15). Наконецъ, судьи волостныхъ судовъ могутъ быть и неграмотные и это—почти повсемѣстное явленіе въ нашихъ волостяхъ.

В. Порядокъ и формы опредѣленія. Назначеніе отъ правительства совершается, смотря по лицамъ, отъ которыхъ оно зависитъ, или именными высочайшими указами, или высочайшими повелѣніями, объявляемыми чрезъ министра юстиціи, или приказами министра, распоряженіями предсѣдателей и постановленіями судовъ. Порядокъ выбора мировыхъ судей опредѣленъ подробно въ ст. 24—40 Учр.; они избираются по спискамъ, заранѣе составленнымъ, и представляются на утвержденіе 1-го д-та Сената. О выборѣ коммерческихъ судей см. Уст. Т., ст. 1274 по Прод. 68 г. и 1278—80. За первымъ назначеніемъ или выборомъ въ судебное званіе слѣдуетъ присяга (Учр. 36, 225, 303, 381, Нотар. Пол. 16. Уст. о служ. по выб., ст. 422).

§ 18. Права и преимущества, срокъ службы, увольненіе и перемѣщеніе должностныхъ лицъ судебного вѣдомства.

А. Права и преимущества ихъ состоятъ, во-первыхъ, въ почетѣ, соединенномъ съ судебнымъ званіемъ, какъ вышнемъ выраженіи того общественнаго уваженія, которое естественно вызывается важностью обязанностей, лежащихъ на судѣ. Въ этомъ отношеніи судебныя должности раздѣляются на классы, одинаковые для всѣхъ судей, и высшіе— для предсѣдателей. Состоя на службѣ, судьи не получаютъ чиновъ, но пользуются заурядъ всѣми правами и преимуществами того чина, который соотвѣтствуетъ классу ихъ должности, и не теряютъ права на производство въ чины по расчету времени ихъ службы, если пожелаютъ оставить судебное званіе (Учр. 237—42). И волостные судьи имѣютъ почетъ, только меньшій; такъ, они освобождаются отъ тѣлеснаго наказанія (Крест. Пол. 124), вносятся въ списки присяжныхъ за сѣдателей (Учр. 84) и т. д. О мировыхъ судьяхъ можно замѣтить еще, что они отличаются особымъ знакомъ ихъ званія (Учр. 18), который и должны носить на себѣ при исполненіи публичныхъ дѣйствій на службѣ (Сбор. Узак. 66 г. №№ 24 и 59, Нак. Спб. М. Съѣзда, ст. 15). — Во-вторыхъ, въ матеріальномъ обеспеченіи опредѣленнымъ окладомъ содержанія, пенсіями и деньгами на разъѣзды (Учр. 238, 244, 245, 247); этотъ матеріальный пунктъ составляетъ именно матеріальную основу, на которой, вообще говоря, только и можетъ быть возведено

прочное зданіе правосудія; извѣстно, что и эта основа была слаба у насъ въ прежнее время, извѣстны также и необходимыя послѣдствія такого положенія вещей. Въ настоящее время эта часть значительно улучшена, между прочимъ и вслѣдствіе сочувствія общества къ новымъ судебнымъ учрежденіямъ, сочувствія не только благороднаго, но тѣсно связаннаго съ интересами самого общества. Однако, новое законодательство, признавая необходимымъ обезпечить матеріальное положеніе судей, вмѣстѣ съ тѣмъ считало возможнымъ воспользоваться услугами такихъ лицъ, которыя, владѣя самостоятельными средствами къ жизни, согласились бы участвовать въ дѣлѣ правосудія безвозмезднымъ трудомъ. Отсюда объясняется учрежденіе почетныхъ мировыхъ судей, не получающихъ содержанія. Они избираются въ томъ же порядкѣ, какъ участковые мировые судьи, и считаются такими же членами мировыхъ сѣздовъ, но внѣ сѣзда разбираютъ дѣла только въ тѣхъ случаяхъ, когда обѣ стороны обратятся къ ихъ посредничеству (Учр. 46—50). И участковый мировой судья можетъ отказаться отъ слѣдующаго ему по этой должности содержанія и называется въ такомъ случаѣ почетнымъ участковымъ мировымъ судьей (Учр. 45). Въ коммерческихъ судахъ члены-купцы служатъ по выборамъ безмездно, а прочіе получаютъ содержаніе (Уст. Т. 1299). Что же касается волостныхъ судей, то отъ общества зависитъ назначить имъ содержаніе; обыкновенно они не получаютъ его, а только освобождаются отъ натуральныхъ повинностей (Крест. Пол. 123, 124).—Въ третѣихъ, въ томъ, что судьи и предсѣдатели судовъ удостоиваются награды единственно по личному усмотрѣнію Императорскаго Величества (Учр. 248).

Б. Срокъ службы. Судебная служба, въ отношеніи своей продолжительности, раздѣляется на срочную и безсрочную. Срочность устанавливается исторически тамъ, гдѣ служба, какъ общественная повинность, отбывается безвозмездно, по періодическимъ выборамъ; ея выгода состоитъ въ возможности весьма просто удалить судью по выслугѣ имъ срока, если онъ оказался неспособнымъ, и замѣнить его другимъ лицомъ, успѣвшимъ пріобрѣсти общественное довѣріе. Но, съ другой стороны, она представляетъ важныя неудобства: она уничтожаетъ прочность и самостоятельность судебной карьеры, отвлекаетъ отъ судебной службы людей способныхъ, ищущихъ надежнаго и постояннаго помѣщенія своего труда, отбиваетъ охоту къ спеціальному изученію сухой науки законовѣднія вслѣдствіе неблагодарности этого труда, отнимаетъ возможность практическаго образованія судей посредствомъ продолжительнаго опыта, нарушаетъ спокойный ростъ и преемство судебной практики, ставитъ судей въ зависимость отъ партій, побуждаетъ покровительствовать на судѣ лицамъ, имѣющимъ вліяніе на выборахъ въ пользу судьи, а у народа коммерческаго ведетъ даже къ тому, что судья старается благовременно застраховать себя и семейство отъ риска, соединеннаго съ выборами, извлечь изъ своего непрочнаго положенія капиталъ, обезпечивающій его на случай перемѣны карьеры. Вотъ почему принципъ срочной службы постепенно вымираетъ въ исторіи; его преобладаніе относится къ тѣмъ временамъ, когда судъ носитъ характеръ общинно-сословный; быть государственнѣе склоняется, напротивъ, къ началу безсрочности судебной службы, если какія либо соображенія, болѣе или менѣе постороннія дѣлу правосудія, не поддерживаютъ въ немъ срочную, подвижную, зависимую постоянно отъ воли народа магистратуру. Въ настоящее время почти всѣ

судьи западной Европы служатъ безсрочно. У насъ, въ настоящее время, взамѣнъ прежняго порядка вещей, также установилось, въ видѣ общаго правила, начало безсрочности судебнаго званія; однако, кромѣ мѣстныхъ исключеній изъ этого правила, существуютъ и другія изъятія; такъ, выборные мировые судьи служатъ 3 года, а лица, выбранныя на вакансію мирового судьи въ продолженіе избирательнаго періода, служатъ только до окончанія его (Учр. 23, 40, прим. по прод. 68 г.). Таковъ же срокъ службы для членовъ коммерческихъ судовъ, председатели которыхъ съ товарищами служатъ безсрочно (Уст. Т. 1277—78); въ Петербургскій коммерческій судъ съ 1869 г. командированы отъ министерства юстиціи еще особые чиновники, участвующіе въ рѣшеніи дѣлъ на правахъ членовъ (ibid., прим.); они служатъ также безсрочно. Волостные судьи избираются на 1 годъ (Крест. Пол. 93).

В. Увольненіе и перемѣщеніе. Увольненіе отъ службы должностныхъ лицъ судебнаго вѣдомства зависитъ отъ той власти, которою они опредѣлены къ должностямъ, а перемѣщеніе ихъ въ другія судебныя мѣста или на другія должности отъ той власти, которой принадлежитъ назначеніе въ эти новыя должности (Учр. 226). Но въ отношеніи судей надобно замѣтить, что ни увольненіе, ни перемѣщеніе ихъ не зависитъ отъ одного усмотрѣнія власти, ихъ назначающей. Въ самомъ дѣлѣ, судъ есть органъ закона и долженъ быть твердъ, какъ законъ; измѣнился законъ, измѣняются и основанія судебныхъ рѣшеній; но пока законъ остается неизмѣннымъ, судъ обязанъ примѣнять его со всею точностію и безпристрастіемъ какъ противъ произвола частныхъ лицъ, такъ и противъ незаконныхъ распоряженій казны и другихъ административныхъ вѣдомствъ, земскихъ и общественныхъ учрежденій. Не слѣдуетъ видѣть въ этомъ принципѣ какое-нибудь преобладаніе суда надъ правительствомъ; напротивъ, это—простое послѣдствіе общаго правила, что государство управляется на точномъ основаніи законовъ; и административныя учрежденія съ своей стороны не только имѣютъ право, но и обязаны не исполнять противозаконныхъ требованій суда, потому что каждая власть должна дѣйствовать въ предѣлахъ закона. Очевидно затѣмъ, что задача суда какъ государственнаго учрежденія, ведущаго во имя закона постоянную борьбу противъ неправа, противъ могущественныхъ матеріальныхъ интересовъ и страстей,—такая задача превышаетъ силы отдѣльныхъ лицъ, если само законодательство не обезпечитъ ихъ положенія въ такой степени, чтобы они могли стоять твердо и безбоязненно на стражѣ закона. Обезпеченіе это состоитъ въ принципѣ несмѣняемости судей, т.-е. въ томъ началѣ, что судья не можетъ быть смѣненъ или переведенъ противъ воли, иначе какъ по суду и по основаніямъ, въ законѣ предусмотрѣннымъ. Этотъ принципъ развивается въ исторіи постепенно и въ настоящее время признается всѣми законодательствами Европы и, между прочимъ, нашими судебными уставами. По точному смыслу ст. 72 и 243 Учр. мировые судьи въ продолженіе выборнаго срока, а председатели, товарищи председателей и члены общихъ судебныхъ мѣстъ въ теченіе всей своей жизни, не могутъ быть ни увольняемы безъ прошенія, кромѣ случаевъ въ законѣ опредѣленныхъ, ни переводимы изъ одной мѣстности въ другую безъ ихъ согласія. Временное устраненіе отъ должностей допускается только въ случаѣ преданія ихъ суду, а совершенному удаленію или отрѣшенію отъ должностей они подвергаются не иначе, какъ по приговорамъ уголовнаго суда. Къ упомяну-

тымъ случаямъ увольненія безъ прошенія относятся неавка на службу въ теченіи установленнаго срока (Учр. 224 и 228), тяжкая болѣзнь въ продолженіи цѣлаго года (Учр. 229 — 31), личное задержаніе за долги или объявленіе судьи несостоятельнымъ должникомъ (Учр. 296) и уголовное наказаніе его, признанное общимъ собраніемъ кассационныхъ д-въ Сената достаточнымъ основаніемъ къ удаленію его отъ должности (Учр. 295), или соединенное съ лишеніемъ всѣхъ особенныхъ правъ и преимуществъ (Улож. о нак. 43, п. 2. Общ. Собр. Кас. Д. 70 г. 8 іюля по д. Захарова, см. Побѣд. ст. 153). Однако, не всѣ судьи прользуются у насъ несмѣняемостью. Такъ, мировые судьи, назначаемые отъ правительства въ западныхъ губерніяхъ, по временнымъ правиламъ 71 г., увольняются на основаніи кн. I Уст. о службѣ гр., наприм., когда по убѣжденію начальства неспособны или почему либо неблагонадежны, или сдѣлали вину, извѣстную начальству, но такую, которая не можетъ быть доказана фактами (Врем. пр., ст. 6, Уст. о Служ. ст. 1239). Такимъ же образомъ увольняются кандидаты, исправляющіе должности судебныхъ слѣдователей (Учр. 418, срав. Прод. 69 г.), чиновники министерства юстиціи въ коммерческомъ судѣ и др. Волостные судьи увольняются по усмотрѣнію схода (Крест. Пол., 122 прим.). Но выборные члены коммерческихъ судовъ несмѣняемы (Уст. о службѣ по выб., ст. 448).

§ 19. Устройство присутствій и засѣданій.

1. Мѣсто, время и внѣшняя обстановка судебной дѣятельности. Въ настоящее время суды имѣютъ почти вездѣ осѣдлый характеръ; кочевую жизнь ведутъ наприм. судьи Англіи, въ видахъ сближенія суда съ мѣстностями, но и тамъ слышатся жалобы на этотъ порядокъ вещей. Въ устройствѣ англійскихъ судовъ, въ особенности графскихъ, выражена мысль, что дѣятельность судей можетъ быть періодическая, а дѣятельность канцелярій должна быть постоянная и осѣдлая. Но и эта мысль оказывается невѣрною при большомъ скопленіи судебныхъ дѣлъ, разрѣшеніе которыхъ необходимо затягивается при періодичности судебныхъ засѣданій. Единственная выгода этой системы—возможность имѣть судей въ небольшомъ числѣ, при незначительныхъ расходахъ казны, но въ то же время отлично обеспеченныхъ, способныхъ и надежныхъ—не окупаютъ неудобствъ, связанныхъ съ нею, именно медленности и дороговизны судопроизводства ¹⁾.—Вотъ почему періодическіе суды естественно становятся постоянными съ размноженіемъ народонаселенія и съ развитіемъ гражданскаго оборота; такое превращеніе совершилось, наприм., съ французскими парламентами въ началѣ 15 вѣка и совершается теперь на нашихъ глазахъ въ Россіи.—По громадному пространству Русской земли, начала осѣдлости и непрерывности суда не легко могли установиться у насъ. Древніе княжескіе судьи вели кочевую жизнь, а суды общинъ были періодическіе. Постоянные суды образовались сначала въ центральныхъ пунктахъ государства; таковы были приказы и коллегіи въ столицахъ, земскія избы или воеводскія канцеляріи въ областяхъ. Съ прошлаго столѣтія они начинаютъ проникать глубже въ населеніе городовъ и уѣздовъ, такъ что ко времени судебной реформы мы имѣли уже довольно обширную и частую сѣть постоянныхъ судовъ. Но содержаніе этихъ

¹⁾ Бентамъ о суд., стр. 23 и слѣд. Report on trib. of Com. 1871 г.

многочисленныхъ коллегіальныхъ установленій было весьма скудно и, кромѣ того, они обыкновенно не провикали въ глубь уѣздовъ, уѣздный городъ былъ послѣднимъ пунктомъ развѣтвленія судебныхъ учреждений. Такое положеніе дѣлъ опредѣлило задачи реформы. Коллегіальные суды, вполне осѣдлые и постоянные, стали теперь менѣе многочисленны, за то болѣе обезпечены. Прежнія низшія инстанціи замѣнены мировыми учреждениями, именно единоличными судьями и періодическими съездами ихъ. Институтъ мировыхъ судей идетъ гораздо глубже во внутрь уѣздовъ и каждый мировой судья есть власть осѣдая, дѣйствующая постоянно, за исключеніемъ только періода засѣданій мирового съезда. Только мировые съезды имѣють періодическій характеръ, но и они въ большихъ центрахъ, наприм. въ столицахъ, сами собою превратились въ постоянные суды.

Мѣсто дѣятельности мировыхъ судей можетъ, впрочемъ, измѣняться. Оно опредѣляется въ каждый избирательный періодъ общимъ собраніемъ мировыхъ судей, которое распредѣляетъ мировые участки между судьями (Учр. 35); затѣмъ каждый участковый судья избираетъ, съ согласія съѣзда, постоянное мѣсто пребыванія въ своемъ участкѣ, для разбирательства подвѣдомыхъ ему дѣлъ; но просьбы онъ долженъ принимать вездѣ и во всякое время, а въ необходимыхъ случаяхъ и разбирать дѣла на мѣстахъ, гдѣ они возникли (Учр. 41). Почетные мировые судьи могутъ и не жить въ своемъ округѣ (Учр. 46), но если они назначены по очереди для исправленія должности участковыхъ судей, въ случаѣ устраниенія, отсутствія, болѣзни или смерти участкового судьи, то не въ правѣ уже ни отлучаться съ мѣста жительства въ округѣ безъ разрѣшенія съѣзда, ни инымъ образомъ уклоняться отъ исполненія принятыхъ ими на себя обязанностей (Учр. 35, прим. по прод. 69 г. и 43). Впрочемъ, на такіе случаи теперь избираются въ большихъ городахъ особые добавочные мировые судьи (Учр. 16 по прод. 69 и 71 г.), а въ другихъ мѣстахъ кандидаты, которые въ случаѣ выбытія мирового судьи вступаютъ въ его должность съ утвержденія 1-го д-та Сената (Учр. 40, прим. по прод. 68 г.).

Въ предѣлахъ своего участка судья избираетъ помѣщеніе для камеры, но можетъ затѣмъ и перемѣнять его, доводя о томъ до свѣдѣнія мирового съезда и публики, наприм. вывѣской и объявленіемъ въ мѣстныхъ газетахъ (Наказъ Спб. Съезда, ст. 1. Наказъ Харьк. М. Съезда, ст. 6 — 7). Эти перемѣны помѣщенія часто необходимы, особенно когда оно нанято судьей у частныхъ домовладѣльцевъ. Камера судьи должна быть отдѣлена отъ его жилыхъ комнатъ, и состоять не менѣе какъ изъ двухъ комнатъ (Нак. Спб. 2, Харьк. 1, Богучар. 1 и др.). Она имѣетъ разныя принадлежности, которыя заводятся на счетъ земства или городовъ и передаются отъ судьи его преемникамъ въ должности по описи; таковы: икона, портретъ Государя Императора, шкапы для дѣлъ, желѣзный несгораемый сундукъ для денежныхъ суммъ и документовъ, мебель, книги дѣлопроизводства, зеркало и вообще полное устройство присутствія и канцеляріи (Св. Зак. т. II, ч. I, ст. 47 и слѣд.). Въ наказахъ обыкновенно не упоминается, должны ли находиться въ камерѣ мирового судьи законы и сборники рѣшеній и правительственныхъ распоряженій; безъ сомнѣнія наказы полагаются на то, что сами судьи заведутъ себѣ эти существенныя принадлежности суда, особенно необходимыя для лицъ, неполучившихъ юридическаго образованія; однако этотъ расчетъ не совсѣмъ основателенъ: источ-

ники права должны быть принадлежностью судебного установления, а не лицъ, временно занимающихъ мѣсто судьи; многія изданія этого рода стоятъ дорого и скоро выходятъ изъ продажи; только постоянными, ежегодными пожертвованіями земства и городовъ возможно составить такія бібліотеки при мировыхъ судахъ и поддерживать здѣсь преемство юридическихъ сокровищъ въ такомъ же порядкѣ, какъ денежныхъ суммъ или дѣлъ и документовъ. На Западѣ такія бібліотеки существуютъ при каждомъ судѣ и даже у мировыхъ судей содержатъ въ себѣ иногда сотни томовъ. Вопросъ о преемствѣ юридическихъ свѣдѣній, дѣлъ, денегъ и проч. указываетъ на самый слабый пунктъ срочной выборной магистратуры.

Что касается времени засѣданій мирового судьи, то, по наказамъ, засѣданія его происходятъ или ежедневно, за исключеніемъ праздниковъ и дней присутствія въ сѣздѣ, или же не менѣе 4 разъ въ недѣлю, и начинаясь въ 10 часовъ утра закрываются не ранѣе 2 часовъ по полудни и не прежде разрѣшенія всѣхъ дѣлъ, назначенныхъ къ разбору по очередному списку; въ случаѣ необходимости, мировой судья назначаетъ и вечернее засѣданіе; объявленіе о дняхъ и часахъ присутствія выставляется на входной двери камеры и, кромѣ того, вывѣшивается ежедневно очередной списокъ дѣлъ, назначенныхъ къ разбору (Спб. Нак. 6—13. Харьк. 9. Богучар. 11, 12, 16).

Мировые сѣзды обыкновенно имѣютъ періодическія засѣданія, срочныя и особыя. Время и мѣсто открытія срочныхъ сѣздовъ опредѣляются уѣзднымъ земскимъ собраніемъ, а въ столицахъ думами, при выборѣ мировыхъ судей, и о томъ объявляется заблаговременно всѣмъ жителямъ мирового округа (Учр. 52). Но въ случаѣ надобности предсѣдатель сѣзда ¹⁾ можетъ открывать, сверхъ этихъ срочныхъ сѣздовъ, еще особыя, о времени и мѣстѣ коихъ заблаговременно объявляется мировымъ судьямъ округа (Учр. 54).

Неудобства, связанные съ періодическимъ характеромъ сѣздовъ, смягчены въ нашемъ законодательствѣ нѣкоторыми мѣрами. Такъ, наприм., для исполненія разныхъ текущихъ дѣлъ и для предварительныхъ распоряженій по дѣламъ, подлежащимъ разсмотрѣнію сѣзда, избирается мировыми судьями непремѣнный членъ сѣзда, дѣйствующій на мѣстѣ собранія сѣзда и дополняющій дѣятельность послѣдняго; онъ выбирается изъ мировыхъ судей, участковыхъ, почетныхъ или добавочныхъ (Учр. 16 прод., и 57), его обязанности могутъ быть соединены и съ должностью предсѣдателя сѣзда (Общ. Собр. Кас. Д. 69 г., № 29). Затѣмъ канцелярія сѣзда дѣйствуетъ также постоянно (Учр. 59). Въ тѣхъ округахъ, которые имѣютъ большое число участковыхъ и почетныхъ судей, самые сѣзды могутъ собираться довольно часто, такъ какъ участковые судьи могутъ засѣдать въ нихъ по очереди, а почетные судьи, не занятые дѣлами въ 1-й инстанціи, оказываются особенно полезными для комплектованія состава сѣздовъ. При такихъ условіяхъ сѣзды собираются у насъ ежемѣсячно или даже два раза въ мѣсяцъ, а во многочисленныхъ городахъ превратились даже въ постоянные суды: наприм. въ Петербургскомъ столичномъ сѣздѣ постоянно кипитъ самая живая дѣятельность, дни засѣданій каждаго отдѣленія опредѣляются общимъ собраніемъ мировыхъ судей по окончаніи выборовъ (Нак. 62), но въ случаѣ экстренной надобности предсѣда-

¹⁾ А не члены сѣзда помимо предсѣдателя (Общ. Собр. Кас. Д., 10 дек. 1873 г.).

тель сѣзда можетъ назначить засѣданіе во всякое время (ib 66), судебныя засѣданія открываются въ 11 часовъ утра и продолжаются до разрѣшенія всѣхъ назначенныхъ къ разбору дѣлъ (ib. 65).

Въ обстановкѣ присутствія мировыхъ сѣздовъ нѣкоторые наказы считаютъ существенными принадлежностями, между прочимъ, Сводъ Законовъ со всѣми продолженіями и дополнительными узаконеніями и сборникъ всѣхъ рѣшеній кассационныхъ д-въ Сената (Спб. 56).

Общіе и коммерческіе суды имѣютъ свои засѣданія въ назначенныхъ для того зданіяхъ (Учр. 137) въ теченіи круглаго года, хотя члены ихъ могутъ пользоваться вакантнымъ временемъ (Учр. 184 и 185. Уст. Т. 1316). Дни и часы обыкновенныхъ судебныхъ засѣданій опредѣляются наказами (обыкновенно каждое отдѣленіе имѣетъ два судебныхъ засѣданія въ недѣлю), а другія засѣданія назначаются председателями (Уст. Т. 1311 и слѣд.; Нак. Спб. Окр. С., 18—23; Нак. Таганр. О. С., 8 и слѣд.; Тифлис. О. С. 12., Харьк. Суд. П. 30). Волостные судьи засѣдаютъ обыкновенно по воскреснымъ днямъ въ зданіяхъ волостныхъ правленій.

2. Виды засѣданій. Судебная дѣятельность по своему предмету представляется различною. Предметомъ ея служатъ дѣла подсудимыхъ, тяжущихся или просителей объ охраненіи гражданскихъ правъ, или же дѣла по внутреннему управленію судебного вѣдомства. Дѣла перваго рода разбираются въ судебныхъ засѣданіяхъ, а дѣла втораго рода въ распорядительныхъ засѣданіяхъ или въ общихъ собраніяхъ коллегіальныхъ судовъ. Въ дѣлахъ перваго рода заинтересованы частныя лица и публика, потому судебныя засѣданія происходятъ обыкновенно публично (Учр. 153); напротивъ, дѣла втораго рода касаются только самихъ должностныхъ лицъ суда и потому засѣданія распорядительныя и общихъ собраній происходятъ обыкновенно при закрытыхъ дверяхъ, за исключеніемъ одного только случая, когда должностное лицо, обвиняемое въ дисциплинарномъ порядкѣ передъ общимъ собраніемъ суда, потребуетъ публичнаго доклада по его дѣлу (Учр. 152, 161 и 281). На томъ же основаніи судебныя засѣданія отличаются особенною регулярностью: они происходятъ въ заранѣе опредѣленные дни и часы; напротивъ, другія засѣданія назначаются по мѣрѣ надобности председателемъ суда, хотя и для нихъ въ судахъ, имѣющихъ обширный кругъ дѣлъ, отводятся обыкновенно опредѣленные дни и часы, когда не бываетъ судебныхъ засѣданій.

Для общихъ судебныхъ мѣстъ, предметы распорядительныхъ засѣданій означены въ ст. 151 Учр., а предметы общихъ собраній въ ст. 160. Но дѣла этого рода встрѣчаются и въ другихъ судахъ; напримѣръ, въ этомъ порядкѣ избираются мировыми судьями председатели и непремѣнные члены сѣздовъ, распределяются участки, разсматриваются отчеты, производятся ревизіи кассы мирового сѣзда, разрѣшаются вопросы о привлеченіи судей и другихъ должностныхъ лицъ мирового округа къ дисциплинарной отвѣтственности, составляются наказы и проч. (см. Наказъ спб. сѣзда, ст. 74).

Напротивъ, дѣла гражданскія и уголовныя должны разбираться въ судебныхъ засѣданіяхъ, публичность ихъ составляетъ существенную гарантію правосудія; закрытыя распорядительныя засѣданія не представляютъ такой гарантіи для заинтересованныхъ въ дѣлѣ лицъ. Вотъ почему разсмотрѣніе гражданскаго дѣла въ распорядительномъ засѣ-

даніи влечетъ за собою отмѣну рѣшенія. Гласность судебныхъ дѣйствій есть основное начало гражданскаго судопроизводства; при всѣхъ дѣйствіяхъ судебныхъ установленій по производству гражданскихъ дѣлъ, за исключеніемъ случаевъ, положительно въ законѣ указанныхъ, допускается присутствіе тяжущихся и постороннихъ лицъ и представленіе тяжущимися словесныхъ объясненій (Уст. 13, 68, 173, 325, 326, 1334). Посему каждое судебное дѣйствіе по гражданскому дѣлу, послѣдовавшее въ нарушение этого начала въ закрытомъ распорядительномъ засѣданіи, влечетъ за собою отмѣну рѣшенія; такъ, напримѣръ, разрѣшеніе вопроса о подсудности дѣла или жалобы (69 г. Кас. 1304, д. Первушина. 70 г. Кас. 702, д. Герна), о восстановленіи сроковъ (70 г. Кас. 280, д. Перельмана), о вызовѣ свидѣтелей (70 г. Кас. 1615, д. Голева), о повѣркѣ доказательствъ (Уст. 500, 70 г. Кас. 1013, д. Корбе), или разрѣшеніе споровъ и жалобъ, возникающихъ при исполненіи рѣшеній (67 г. Кас. 239, д. Шестакова), частныхъ жалобъ, имѣющихъ дѣлю отмѣну дѣйствій суда первой инстанціи по гражданскому дѣлу (67 г. Кас. 375, д. Курганова) и т. п. Напротивъ, если проситель, жалуясь на дѣйствія должностныхъ лицъ, требуетъ возбужденія дисциплинарнаго или уголовнаго производства о нихъ или же ходатайствуетъ о разрѣшеніи взыскивать съ нихъ убытки, то просьбы этого рода разсматриваются въ закрытомъ засѣданіи (Учр. 152, 274, Уст. угол. суд. 1080, 1084. Уст. гражд. суд. 1334; 69 г. Кас. 448, д. Ламбина).

§ 23. Составъ засѣданій и устраненіе членовъ его. Судебныя дѣйствія, совершаемыя мировымъ судьей, требуютъ только его личнаго присутствія. Засѣданія же коллегіальныхъ судовъ, равно какъ ихъ департаментовъ или отдѣленій, должны состоять не менѣе какъ изъ трехъ членовъ, въ томъ числѣ предсѣдателя или первоприсутствующаго ¹⁾ (Учр. 56, 140. Уст. торг. 1329. Крест. Пол. 93, п. 1); въ засѣданіяхъ общихъ судовъ должны находиться, кромѣ того, секретарь или его помощникъ (Учр. 140); въ засѣданіяхъ другихъ судовъ, напримѣръ, мировыхъ и коммерческихъ, онъ можетъ не присутствовать (68 г. Кас. 487, д. Домана), но присутствіе писаря въ волостныхъ судахъ часто необходимо, потому что сами судьи безграмотны, а рѣшенія ихъ должны записываться (Крест. пол. 107).

Въ засѣданіяхъ общихъ судовъ и мировыхъ съѣздовъ присутствуетъ, кромѣ того, лицо прокурорскаго надзора, но въ засѣданіяхъ распорядительныхъ и въ судебныхъ по дѣламъ, не требующимъ предварительнаго заключенія его, присутствіе прокурорскаго надзора зависитъ отъ его усмотрѣнія (Учр. 58, 141). Когда судьи удаляются въ особую комнату для совѣщанія о постановленіи рѣшенія (Уст. 693), чины прокурорскаго надзора не могутъ находиться при этомъ совѣщаніи (Учр. 142), потому что иначе они могли бы вліять на рѣшеніе въ пользу стороны, которую поддерживали въ своемъ заключеніи. Что касается

¹⁾ Нѣкоторыя дѣйствія по судопроизводству въ коллегіальныхъ судахъ поручаются отдѣльнымъ членамъ, какъ судьямъ единоличнымъ. Такъ, напримѣръ, допросъ свидѣтелей на мѣстахъ ихъ жительства (Уст. 386), повѣрка доказательствъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ (500, 508, 517, 534, 548), расчеты при исполнительномъ производствѣ (904) и при раздѣлѣ наслѣдства (1411).

секретаря или его помощника, то въ законѣ нѣтъ запрещенія ему находиться при совѣщаніи суда ¹⁾ (70 г. Кас. 285, д. Исакова).

Наконецъ, для охраненія порядка въ засѣданіи обыкновенно находится здѣсь судебный приставъ, но его присутствіе или отсутствіе не имѣетъ никакого вліянія на постановленія суда (70 г. Кас. 840, д. Коротковой).

Вообще въ составъ засѣданія должны входить лица, способныя къ совершенію дѣйствій, служащихъ предметомъ засѣданія. Неспособность къ этимъ дѣйствіямъ можетъ быть абсолютная или относительная. Абсолютно неспособны (*incapaces*) къ совершенію дѣйствій судьи такія лица, которыя не облечены судейскимъ званіемъ ²⁾ или лишены его, или же находятся въ состояніи физической неспособности; напротивъ, другія юридическія условія способности къ судебному званію, какъ-то соціальныя, нравственныя и умственныя, обыкновенно повѣряются при самомъ опредѣленіи лица на должность и, когда опредѣленіе состоялось, покрываются этимъ актомъ до тѣхъ поръ, пока лицо сохраняетъ свое званіе.

Относительно неспособны (*inhabiles*) тѣ судьи, которые не могутъ входить въ составъ извѣстнаго засѣданія, хотя и вполне способны къ разбирательству дѣлъ или вопросовъ, подобныхъ предмету этого засѣданія. Эта относительная неспособность вытекаетъ изъ основаній двоякаго рода:

1) Въ коллегіальныхъ засѣданіяхъ желательно охранить самостоятельность мнѣній каждаго судьи и предупредить вліяніе на нихъ той *entente cordiale*, какая естественно устанавливается между близкими родственниками и свойственниками; посему въ одномъ и томъ же засѣданіи (72 г. Кас. 473, д. Цихмистровой, 68 г. Кас. 173; 69 г. Кас. 161 и 382, 70 г. Кас. 1463) не могутъ присутствовать судьи, состоящіе между собою въ родствѣ по прямой линіи безъ ограниченія степеней, а въ боковыхъ до четвертой и въ свойствѣ до второй степени включительно (Уст. о служ., кн. 1, 376, кн. 2, 188, 357. Учр. 148). Законъ говоритъ о свойствѣ до второй степени, не различая свойства двухроднаго и трехроднаго; поэтому слѣдуетъ думать, что судьи, женатые на двухъ родныхъ сестрахъ, какъ свойственники 2-й степени, не могутъ присутствовать въ одномъ засѣданіи (69 г. Кас. 815, д. Ивашкиной), хотя общее собраніе кассационныхъ департаментовъ приняло противоположное мнѣніе по этому предмету въ распорядительномъ засѣданіи 27-го апрѣля 1871 г. (Побѣдон: § 174, 69 г. Угол. кас. 798, д. Иванова); напримѣръ, засѣданіе мирового съѣзда, въ которомъ двое

1) Во Франціи это запрещается. Carré et Ch. Ad., т. I, § 488 bis.

2) Замѣтимъ кстати, что выбранные обществомъ мировые судьи приводятся къ присягѣ и допускаются къ исправленію своихъ должностей еще прежде, чѣмъ выборы ихъ утверждены 1-мъ департаментомъ сената (Учр. 36. 37; 70 г. Кас. 505, д. Волкова. Contra 70 г. Угол. кас. 251). Другое примѣчаніе: для пополненія присутствія окружнаго суда въ случаѣ надобности приглашаются судебные слѣдователи и почетные мировые судьи (Учр. 146), но чиновники министерства юстиціи, временно командируемые для исполненія обязанностей судебныхъ слѣдователей, какъ лица, смѣняемая по усмотрѣнію начальства и не имѣющія вслѣдствіе того самостоятельности, гарантирующей правосудіе, не могутъ быть приглашаемы для пополненія засѣданій окружныхъ судовъ (70 г. Кас. Угол. 1411, д. Александрова и Богданова).

судей женаты на родныхъ сестрахъ третьяго судьи, справедливо признано несогласнымъ съ требованіями закона (70 г. Кас. 104, д. Краснопѣвцевой).

2) Есть основанія, возбуждающія подозрѣніе противъ безпристрастія судьи, и въ такихъ случаяхъ подозрительный судья (*judex suspectus*) не долженъ участвовать въ производствѣ и рѣшеніи дѣла. Такъ, напримѣръ, судья, производившій и рѣшавшій дѣло въ низшей инстанціи, на дѣйствія которой принесена потомъ жалоба, не долженъ принимать участія въ производствѣ и рѣшеніи дѣла по этой жалобѣ въ высшей инстанціи (Учр. 146; Уст. 180); конечно, онъ можетъ находиться въ числѣ слушателей въ залѣ засѣданія, не участвуя въ разбирательствѣ и разрѣшеніи дѣла (72 г. Кас. 469, д. Кагана. 70 г. Кас. 671), можетъ быть даже приглашенъ сюда для объясненій, но по представленіи ихъ долженъ оставить судейское кресло (ст. 180 Уст.). Одно присутствіе его въ совѣщательной комнатѣ бросило бы тѣнь подозрѣнія на рѣшеніе (68 г. Кас. 232, д. Симоненко); даже и внѣ засѣданія онъ не долженъ участвовать въ совершеніи отдѣльныхъ дѣйствій по производству, напримѣръ, въ повѣркѣ доказательствъ по порученію 2-й инстанціи (70 г. Кас. 1028, д. Суханова). Затѣмъ, судья можетъ состоять въ разныхъ другихъ отношеніяхъ къ тяжущимся сторонамъ, возбуждающихъ подозрѣніе противъ его безпристрастія по ихъ дѣлу: такъ, когда онъ самъ, жена его или родственники его въ прямой линіи безъ ограниченія, а въ боковыхъ родственники первыхъ четырехъ и свойственники первыхъ трехъ степеней, или усыновленные имъ лица имѣютъ участіе въ дѣлѣ, т.-е. являются въ немъ въ качествѣ стороны, повѣреннаго (72 г. Кас. 517, д. Филевского. 70 г. Кас. 1911, д. Томарова) или соучастника, заинтересованнаго въ спорѣ (67 г. Кас. 498, д. Безсоновой 70 г. Кас. 1561, д. Абдула); когда судья состоитъ опекуномъ одного изъ тяжущихся, либо управляетъ его дѣлами, или когда тяжущійся завѣдываетъ дѣлами или имѣніемъ судьи, когда судья или жена его состоятъ по закону ближайшими наслѣдниками одного изъ тяжущихся, или же имѣютъ съ однимъ изъ нихъ тяжбу (Уст. 195 и 667). Всѣ эти основанія подозрительности перечислены въ законѣ, причемъ имѣлось въ виду исключить другіе предлоги къ устраненію судей и предупредить обремененіе судовъ неосновательными претензіями этого рода (Мот. къ 667 ст.).

Въ отношеніи коммерческихъ судей законъ перечисляетъ еще и другія основанія; напримѣръ, когда судьи состоятъ заимодавцами или должниками тяжущихся, или находятся съ ними въ товариществѣ, въ непримиримой враждѣ или въ тѣсной дружбѣ и пріязни (Уст. торг. 1561). Впрочемъ, и въ Уставѣ гражданскаго судопроизводства понятіе объ участіи судьи въ дѣлѣ или въ тяжбѣ довольно тягуче, и можно подвести сюда по крайней мѣрѣ нѣкоторые случаи, указанные въ Торговомъ уставѣ, напримѣръ полное товарищество, взятки съ одного изъ тяжущихся (Уст. торг. 1566) и т. п. Или, напримѣръ, если судья далъ въ дѣлѣ свидѣтельское показаніе, его нужно считать участникомъ въ дѣлѣ (70 г. Кас. 822, д. Рагулина), точно также, если онъ, обидѣвшись выраженіями апелляціонной жалобы на его рѣшеніе, вошелъ въ судъ съ ходатайствомъ о преслѣдованіи апеллятора уголовнымъ порядкомъ (71 г. Кас. 120, д. Мартынова). Иностраннаго законодательства обыкновенно также содержатъ въ себѣ такіе перечни, но болѣе подробные и, сверхъ того, нѣкоторыя даютъ суду право

признавать уважительными, по просьбѣ заинтересованныхъ лицъ, и другія основанія подозрительности ¹⁾. Такъ это было и у насъ въ прежнее время (X, 2, 299, 300); кромѣ означенныхъ въ законѣ причинъ подозрѣнія, стороны могли приводить и другія, уваженіе которыхъ предоставлено было свободному усмотрѣнію суда, „ибо законами всѣхъ оныхъ опредѣлить въ подробности невозможно“. Въ новыхъ судебныхныхъ уставахъ этотъ послѣдній рядъ отводовъ не упоминается.

Послѣдствія не надлежащаго состава суда могутъ быть различны. При абсолютной неспособности лицъ, входившихъ въ составъ засѣданія, всѣ дѣйствія ихъ должны считаться не имѣющими силы судебныхныхъ постановленій. При относительной неспособности, по основаніямъ, опредѣленнымъ въ законѣ, судьи обязаны сами устранять себя отъ участія въ засѣданіи или въ производствѣ и рѣшеніи дѣла, или же устраняются по просьбѣ одной изъ сторонъ (Уст. 195, 667—668. Уст. торг. 1562).

Чтобы предупредить замедленіе въ производствѣ дѣлъ такими отводами, законъ требуетъ, чтобы просьба отъ устраненія мирового судьи, съ изложеніемъ основаній, была заявлена истцомъ при предъявленіи иска, а отвѣтчикомъ не позже первой явки на судъ (Уст. 196); если мировой судья признаетъ поводы къ устраненію его правильными, то онъ передаетъ дѣло другому мировому судѣ, который заранѣе назначается къ исправленію его должности въ подобныхъ случаяхъ (Уст. 197); если же онъ признаетъ поводы къ устраненію его недостаточными, то вопросъ о нихъ поступаетъ на разрѣшеніе сѣзда, а производство дѣла приостанавливается, за исключеніемъ развѣ предварительныхъ мѣръ, не терпящихъ отлагательства, особенно при отводахъ по основаніямъ, не означеннымъ въ законѣ ²⁾; впрочемъ, когда сѣздъ не въ сборѣ и до открытія его засѣданій надо было бы ждать болѣе недѣли, въ такомъ случаѣ дѣло немедленно передается для производства другому судѣ (Уст. 197).

Просьба отъ устраненія членовъ мирового сѣзда предъявляется, на словахъ или на письмѣ, предсѣдателю сѣзда, до открытія засѣданія по дѣлу или, по крайней мѣрѣ, до слуханія дѣла (69 г. Кас. 461, д. Зайцевыхъ), и разрѣшается мировымъ сѣздомъ безъ участія отводимого судьи и по выслушаніи заключенія товарища прокурора (Уст. 199).

¹⁾ Франц. 44—47, 378—396. Итал. 116—131. Прус. 1, тит. 2, § 143—147. Австр. зак. 1853 г., § 52—58. Ганнов. 21—27. Брауншв. 46—56. Баден. 66—91. Бавар. 40—53. Ганнов. пр. 32—44. Прус. пр. 64—80. Сѣверо-гер. пр. 22—35. Герм. пр. 41—49. Послѣдніе 7 уставовъ допускаютъ устраненіе судей, сверхъ перечисленныхъ въ нихъ случаевъ неспособности судьи (Unfähigkeit. Behinderung), и по всякому другому поводу возбуждающему основательное, по мнѣнію суда, подозрѣніе противъ безпристрастія судьи (Verdächtigkeit, besorgte Befangenheit).

²⁾ Это исключеніе допускается Герм. Пр. § 47 и Бавар. Уст.; послѣднимъ подъ условіемъ уничтоженія дѣйствій судьи, когда отводъ будетъ уваженъ, § 51; Франц. Уставъ дозволяетъ въ такихъ случаяхъ просить о немедленномъ назначеніи другаго судьи, § 387; также Итал. 124; Бавар. Уст. опредѣляетъ штрафъ до 50 гульд. за недобросовѣстные или легкомысленные отводы судей (§ 50). У насъ, по примѣру Финляндіи (Улож. Rätt. В. гл. 13, § 2), при судебной реформѣ также возникало предположеніе ввести подобныя штрафы, но оно было отвергнуто (Мот. къ ст. 676). Издержки производства по неосновательнымъ отводамъ во всякомъ случаѣ падаютъ на просителя.

Точно также и въ общихъ судахъ просьба объ устраненіи судьи заявляется суду, членомъ котораго онъ состоитъ, не позже перваго засѣданія для слушанія дѣла. Но какъ въ мировыхъ, такъ и въ общихъ и въ особыхъ судахъ возможны случаи, когда причина къ устраненію судьи возникаетъ ¹⁾ уже въ теченіи производства; въ такихъ случаяхъ опредѣленный выше срокъ заявленія отвода не обязательенъ (Уст. 669. Уст. Торг. 1561—66 вообще не опредѣляетъ срока).

Отводъ можетъ быть заявленъ или въ особомъ прошеніи, или словесно, съ запискою въ протоколъ и разрѣшается судомъ въ закрытомъ засѣданіи по выслушаніи отводимаго судьи и прокурора (Уст. 670—72). На отказъ въ отводѣ допускается жалоба въ трехдневный, а въ торговомъ судопроизводствѣ—въ 8-ми дневный срокъ, разрѣшаемая судомъ высшей инстанціи (Уст. 673—75, Уст. Т. 1750—53). На такой же отказъ со стороны мирового съѣзда можно жаловаться сенату вмѣстѣ съ просьбою объ отмѣнѣ рѣшенія (Уст. 185) и незаконный составъ суда или незаконное участіе судьи въ производствѣ служить достаточнымъ основаніемъ къ отмѣнѣ рѣшенія (68 Кас. 180. 69 г. Кас. 1280. 67 г. К. 509. 70 г. К. 1625 и др.)

Высшій же судъ рѣшаетъ вопросъ объ отводѣ и въ тѣхъ случаяхъ, когда отводъ касается столькихъ членовъ низшаго суда, что за исключеніемъ ихъ не окажется въ немъ достаточнаго числа судей для разрѣшенія этого вопроса; если просьба уважена, то высшій судъ распоряжается о временной замѣнѣ устраненныхъ судей или же передаетъ дѣло въ другой судъ равной степени (Уст. 677—8). Такъ, наприм., по устраненіи мирового съѣзда, дѣло передается сенатомъ въ другой съѣздъ (69 г. Кас. 461, д. Зайцевыхъ).

Таковы послѣдствія относительной неспособности судей, когда своевременно предъявлена тою или другой стороною просьба объ устраненіи ихъ. Представимъ себѣ теперь, что просьба заявлена несвоевременно. Законъ обязываетъ самихъ судей устранять себя отъ производства въ опредѣленныхъ имъ случаяхъ неспособности; кромѣ того, на предсѣдатель суды лежить обязанность наблюдать за законностію состава засѣданія и указывать членамъ на обнаружившіеся въ дѣлѣ поводы къ устраненію ихъ (Учр. 149. 69 г. Кас. 860, д. Гузикова). Слѣдовательно, пока судъ имѣетъ возможность исправить составъ засѣданія, т.-е. до постановленія рѣшенія, просьба объ устраненіи судьи можетъ еще имѣть успѣхъ и вопросъ объ устраненіи подлежитъ разрѣшенію суда во всякомъ положеніи дѣла, пока оно не рѣшено по существу.

Предположимъ наконецъ третій случай, что ни отзыва, ни просьбы объ устраненіи не было заявлено и въ составѣ засѣданія участвовали судьи относительно неспособные. Спрашивается, каковы будутъ послѣдствія этого состава суда? Въ этомъ случаѣ тяжущіяся стороны, не просившія объ устраненіи судьи, признаются добровольно отказавшимися отъ предъявленія своего права на его устраненіе, а вмѣстѣ съ тѣмъ и отъ права требовать отмѣны рѣшенія, съ участіемъ его постановленнаго (72 г. Кас. 469, д. Кагана, 333, д. Ситни-

¹⁾ Или становится известною сторонѣ. Герм. Пр. § 44. 68 г. Кас. 586, д. Ивашкиной. Напротивъ, 70 г. Кас. 435, д. Кузнецки.

кова, 67 г. Кас. 422 и др.). Это предположеніе устраняетъ какъ подозрительность судей, такъ и вредныя послѣдствія семейнаго единодушія въ коллегіальномъ засѣданіи, хотя высшій судъ, по праву надзора, можетъ обратить вниманіе подчиненной коллегіи на незаконность такого состава.

До сихъ поръ мы говорили объ устраненіи судей. Но и лица прокурорскаго надзора обязаны устранять себя отъ участія въ производствѣ дѣла по тѣмъ же основаніямъ подозрѣнія, какъ и судьи, передавая исполненіе своихъ обязанностей по этимъ дѣламъ другому лицу прокурорскаго надзора (Уст. 679). Тяжущійся можетъ довести до свѣдѣнія суда о существованіи законныхъ причинъ къ устраненію прокурора, если самъ онъ не устраняетъ себя. Въ этомъ случаѣ судъ, не останавливая производства дѣла, сообщаетъ о поступкѣ прокурора на усмотрѣніе его ближайшаго начальства (Уст. 680). Безъ сомнѣнія и секретарь суда, ведущій протоколъ засѣданія, оказывается подозрительнымъ по тѣмъ же причинамъ, какъ судьи, а потому иностранныя законодательства и на него распространяютъ правила устраненія судей. Въ нашей практикѣ, по отношенію къ секретарю мирового съѣзда, сенатъ признавалъ, что неудовлетвореніе просьбы объ устраненіи его, какъ лица состоявшаго прежде повѣреннымъ одной изъ тяжущихся сторонъ, еще не влечетъ за собою отмѣны рѣшенія, постановленнаго въ его присутствіи (70 г. Кас. № 1870, д. Кочиной), „такъ какъ, по Уст. гр. суд., секретари не принимаютъ участія въ рѣшеніи дѣла и присутствованіе ихъ при слушаніи дѣла не можетъ имѣть вліянія ни на докладъ, ни на рѣшеніе дѣла“. И нельзя не согласиться, что простое присутствованіе ихъ безвредно; но подозрительному секретарю не слѣдуетъ вести протокола.

4. Наблюденіе за порядкомъ и благопристойностью въ засѣданіяхъ. Право этого наблюденія принадлежитъ какъ единоличнымъ судьямъ (Учр. 67. Уст. 388), такъ и предсѣдателямъ коллегій (Учр. 68, 149, 154—159), власти которыхъ подчиняются въ этомъ отношеніи всѣ лица, находящіяся въ засѣданіи, даже сами члены суда, прокуроры (Побѣдон. § 217 и 225 а) и проч. Каждое лицо, находящееся въ засѣданіи суда, обязано строго соблюдать правила благопристойности, порядокъ и тишину, безпрекословно повинуваясь въ семъ отношеніи распоряженіямъ судьи или предсѣдателя (Учр. 67, 154). Виновныхъ въ нарушеніи этого правила въ засѣданіи мирового судьи онъ останавливаетъ сперва напомианіемъ, а за повтореніе можетъ приговорить къ денежному взысканію отъ 25 к. до 3 р., смотря по ихъ средствамъ, и даже удалить неповинующихся изъ присутствія ¹⁾ (Учр. 67), хотя бы то были и участвующія въ дѣлѣ лица (70 г. Кас. 490, д. Сенявина). Въ коллегіальныхъ засѣданіяхъ законъ различаетъ мѣры противъ лицъ постороннихъ и участвующихъ въ дѣлѣ. Если въ нарушеніи благочинія окажется виновнымъ лицо постороннее, то оно можетъ быть немедленно и безъ всякаго предваренія удалено изъ присутствія или выведено и задержано подъ стражею до 24 часовъ (Учр. 155), а въ крайнихъ случаяхъ, когда невозможно различить виновныхъ въ безпорядкѣ, дѣлается внушеніе публикѣ и при безуспѣшности его всѣ постороннія лица могутъ быть

¹⁾ Въ Англіи судья графства имѣетъ право арестовать виновныхъ на 7 дней или наложить на нихъ штрафъ до 5 фунт. стерл Davis стр. 75 и слѣд.

высланы изъ залы засѣданія (Учр. 156). Напротивъ, когда участвующія въ дѣлѣ лица или ихъ повѣренные позволятъ себѣ нарушеніе благочинія или оскорбительныя выраженія противъ соперника, то имъ дѣлается предостереженіе или выговоръ, съ предвареніемъ, что въ случаѣ повторенія виновный будетъ удаленъ и дѣло рѣшится безъ его словесныхъ объясненій; затѣмъ уже, при повтореніи, виновный можетъ быть удаленъ изъ присутствія (Учр. 157—8). Въ крайнихъ случаяхъ, для восстановленія порядка въ засѣданіи и для огражденія свободы и безопасности суда, онъ можетъ требовать содѣйствія мѣстной полиціи и даже военной команды; эти требованія должны быть исполняемы въ точности и безотлагательно (Учр. 159).

Надобно замѣтить, что къ понятію о благочиніи судебныхъ засѣданій относятся и нѣкоторыя внѣшнія формы уваженія къ суду, какъ органу верховной государственной власти. Такъ наприм., при входѣ суда въ залу засѣданія всѣ находящіеся въ ней лица встаютъ съ своихъ мѣстъ, а также и при провозглашеніи резолюціи суда (Нак. Спб. Окр. С. 34, Нак. Спб. Съѣзда 71, Нак. Кас. Д-въ 33 и др.) Далѣе всѣ лица, объясняющіяся передъ судомъ или судьей, кромѣ только самихъ судей, входящихъ въ составъ коллегіальнаго присутствія, даже прокуроры и товарищи ихъ, секретари и проч. излагаютъ объясненія свои стоя (Нак. Спб. Окр. С. 35, Спб. М. Съѣзда 14 и 71. Угол. Кас. 70 г. № 282. Побѣдон. 225 а). Особенно развиты эти формы выраженія почтенія къ суду въ Англии, въ классической странѣ законности и уваженія къ праву. За явное неуваженіе къ суду или оскорбленіе должностныхъ и частныхъ лицъ полагаются у насъ уголовныя наказанія (Улож. о нак. ст. 282 и слѣд.).

§ 21. Дѣятельность внѣ засѣданій. Распредѣленіе занятій. Устройство канцеляріи, кассы и проч.

Не вся судебная дѣятельность совершается въ засѣданіяхъ суда: внѣ засѣданій производятся разнаго рода приготовительныя, исполнительныя и распорядительныя дѣйствія, предоставленныя частію отдѣльнымъ членамъ и предсѣдателямъ судовъ, частію разнымъ чинамъ и служителямъ, состоящимъ при судебныхъ установленіяхъ. Въ прежнее время вліяніе этой, такъ сказать, закулисной дѣятельности было значительнѣе, чѣмъ теперь, потому что судебная реформа перенесла центръ тяжести изъ канцелярій въ судебныя присутствія и распространила свѣтъ гласности на всѣ отправленія судебныхъ установленій. Но и въ настоящее время эта дѣятельность имѣетъ весьма важное значеніе и всякій беспорядокъ во внутреннемъ хозяйствѣ и канцелярскомъ дѣлопроизводствѣ суда необходимо отражается на самомъ правосудіи, тормозитъ ходъ дѣлъ, затрудняетъ контроль надъ служащими лицами и сопровождается обыкновенно злоупотребленіями. Вотъ почему и эта сторона судебной дѣятельности заслуживаетъ серьезнаго вниманія. Очеркъ ея полезно начать съ низшихъ инстанцій, гдѣ дѣлопроизводство проще.

Мировой судья, имѣя только наемнаго письмоводителя и рассыльнаго, естественно самъ завѣдываетъ всѣмъ дѣлопроизводствомъ. Онъ долженъ лично принимать прошенія и жалобы (69 г. Кас. S94, д. Алферьева), а также деньги и документы, къ нему поступающіе (Прав. счетоводства 71 г., § 5); полученіе тѣхъ, которые высылаются по почтѣ, онъ можетъ поручить уполномоченному лицу, но съ собствен-

ною отвѣтственностью за цѣлость ихъ (ib. § 7). Онъ долженъ самъ подписывать всѣ исходящія бумаги (Врем. Прав. внутр. распорядка 1866 г., § 20), даже повѣстки (69 г. Кас. 831, л. Иванова), копии (Нак. Спб. Съѣзда, § 20) и проч. Подъ его непосредственнымъ надзоромъ и отвѣтственностью ведутся, хранятся и отсылаются по принадлежности всѣ книги, цѣнности, дѣла, отчеты и вѣдомости. При всей простотѣ его дѣлопроизводства здѣсь имѣются уже всѣ главные элементы самой обширной канцеляріи, которые въ большихъ коллегіальныхъ судахъ образуютъ цѣлые департаменты канцелярскаго міра: 1) регистра, имѣющая цѣлью контролировать движеніе бумагъ; мировой судья обязанъ вести съ этой цѣлью реестръ входящихъ бумагъ, реестръ исходящихъ бумагъ и алфавитный указатель дѣламъ (Прав. внутр. распорядка, § 11); 2) архивъ для храненія дѣлъ; каждое дѣло, въ смыслѣ коллекціи бумагъ, заводится отдѣльно; оно должно имѣть обложку съ показаніемъ № дѣла и времени, когда оно началось; въ дѣлѣ должна быть опись всѣмъ бумагамъ и долженъ оставаться слѣдъ всѣхъ совершенныхъ судьей дѣйствій, т. е. протоколъ, отпускъ или краткая отмѣтка (Нак. Спб. Съѣзда, 21). Дѣла у мирового судьи хранятся въ камерахъ, въ шкапахъ, за замками (ibid, 23), но только временно. Они сдаются потомъ въ общій архивъ мировыхъ судей округа, устраиваемый при мировомъ съѣздѣ (ibid, 126 и слѣд.), и здѣсь спорныя дѣла, совершенно конченныя, т. е. исполненныя или прекращенныя, по истеченіи опредѣленныхъ сроковъ уничтожаются, если къ нимъ не приложено документовъ (ibid, 130—134); 3) касса; мировые судьи заводятъ насчетъ земства или города особыя сундуки и должны хранить въ нихъ, подъ замкомъ и печатью, деньги, денежные документы и цѣнные вещественныя доказательства (Прав. счетов. § 12), подъ собственною отвѣтственностью за ихъ сохранность и цѣнность (§ 13); впрочемъ, денежные суммы могутъ храниться такимъ образомъ не долѣ мѣсяца, а затѣмъ передаются въ государственное казначейство или по принадлежности (§ 15—17). По приходу и расходу денегъ, о денежныхъ документахъ и вещественныхъ доказательствахъ ведутся особыя книги (§ 9—11), ревизуемыя съѣздомъ и контрольными палатами (§ 19—26), а о денежныхъ суммахъ посылаются ежемѣсячныя отчетныя вѣдомости въ контрольныя учрежденія (§ 18).

Въ мировомъ съѣздѣ, естественно, существуетъ уже раздѣленіе труда между разными судьями и лицами, состоящими при коллегіи. Тамъ, гдѣ съѣздъ обратился въ постоянный судъ съ многочисленнымъ составомъ, его канцелярское устройство и порядокъ дѣлопроизводства представляютъ много сходнаго съ общими судебными мѣстами, конечно съ тѣмъ различіемъ, что, по своему составу, это — судъ земскій, всѣ элементы его болѣе подвижны и менѣе прочны. Обыкновенно, впрочемъ, съѣзды имѣютъ періодическій характеръ, а это влечетъ за собою нѣкоторыя особенности въ распредѣленіи занятій. Предсѣдатель съѣзда, кромѣ его роли въ засѣданіяхъ, ограничивается только общимъ надзоромъ за дѣлами, отчетностью и составомъ служащихъ. Непосредственное же завѣдываніе дѣлопроизводствомъ, регистрацией, кассой, денежной отчетностью и хозяйственной частью съѣзда сосредоточивается въ лицѣ непремѣннаго члена его (Нак. Спб. Съѣзда, 86, 123), хотя отвѣтственность по веденію денежныхъ книгъ и храненію денежныхъ суммъ и документовъ лежитъ какъ на непремѣнномъ членѣ, такъ и на предсѣдателѣ (Прав. счетов. § 12 и 13). Непремѣнный членъ при-

нимаютъ всё бумаги, прошенія, жалобы и т. п., подаваемые или присылаемыя въ сѣздъ, дѣлаютъ по нимъ надлежащее распоряженіе и сдаютъ въ регистратуру, наблюдаютъ за исполнительными работами канцеляріи, подписываютъ исходящія бумаги и т. д. (Нак. Спб. Сѣзда 86, 87, 99 и слѣд.). Понятно, что въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ законъ требуетъ постановленія сѣзда, непрѣмный членъ слѣдитъ только за подготовкою и за исполненіемъ его, а не можетъ замѣнить постановленіе сѣзда собственнымъ распоряженіемъ (70 г. Кас. 621, д. Тугиринова).

Въ окружныхъ судахъ предсѣдатель завѣдуетъ дѣлами о личномъ составѣ суда, регистратурою, кассою и архивомъ, отчетностью, производствомъ дѣлъ по общему собранію отдѣленій и по тому отдѣленію, гдѣ онъ предсѣдательствуетъ, перепискою по дѣламъ общимъ, не поступающимъ въ отдѣленія и т. д. (Нак. Спб. Окр. Суда, 37). Для занятій по этимъ дѣламъ состоятъ въ его распоряженіи помощники секретаря съ писцами, одинъ помощникъ, наприм., для занятій по принятію прошеній, другой по регистратурѣ, третій по архиву (архивариусъ), далѣе по кассѣ (кассиръ), по дѣламъ общаго собранія и по дѣламъ предсѣдателя (ib. 9). Кромѣ этой общей канцеляріи, въ каждомъ отдѣленіи суда есть особая канцелярія, именно секретарь, нѣсколько помощниковъ, канцелярскіе чиновники и писцы. Число секретарей и помощниковъ опредѣляется штатами, а число канцелярскихъ чиновниковъ и писцовъ въ общей канцеляріи по усмотрѣнію предсѣдателя, въ отдѣленіяхъ по усмотрѣнію товарищей предсѣдателя (ib. 8), которые исполняютъ въ отдѣленіяхъ обязанности предсѣдателя по производству дѣлъ и надзору за канцеляріей отдѣленія (ib. 38). Члены суда, содѣйствуя товарищамъ предсѣдателя въ надзорѣ за дѣлопроизводствомъ, принимаютъ подъ свое наблюденіе состоящіе въ отдѣленіяхъ канцелярскіе столы (39, 40). Ближайшій начальникъ канцеляріи каждаго отдѣленія есть секретарь, онъ отвѣчаетъ за правильность дѣлопроизводства и за исполненіе канцеляріею всѣхъ распоряженій суда и судей, производитъ возможно часто ревизіи у подчиненныхъ ему лицъ, обращая вниманіе на порядокъ веденія его помощниками книгъ и дѣлъ и на то, своевременно ли представляются для подписанія постановленія и протоколы суда и исполнительныя бумаги, оставляются ли при дѣлахъ отпуски съ исходящихъ бумагъ, дѣлаются ли надлежащія отмѣтки о посылкѣ бумагъ и т. п., и въ случаѣ обнаруженія какихъ-либо беспорядковъ, упущеній или злоупотребленій немедленно доводитъ о томъ до свѣдѣнія предсѣдательствующаго въ отдѣленіи (ibid., 41 и 42). Секретари ведутъ, подъ наблюденіемъ членовъ суда, указатель юридическихъ вопросовъ, разрѣшенныхъ отдѣленіями суда, хранятъ печати отдѣленій, указы, копіи опредѣленій, журналы суда и книгу распоряженій товарища предсѣдателя, и отвѣчаютъ за цѣлость сданныхъ въ отдѣленіе книгъ Св. Зак., сенатскихъ вѣдомостей и другихъ изданій (ibid. 43). Подъ непосредственнымъ вѣдѣніемъ секретаря, въ каждомъ отдѣленіи состоитъ особая регистратура, т.-е. ведутся особо назначеннымъ къ тому канцелярскимъ чиновникомъ реестры входящихъ въ отдѣленіе и исходящихъ изъ него бумагъ и общій алфавитный указатель дѣлъ, находящихся въ отдѣленіи (Прав. внутр. распор., § 11. Нак. Спб. Окр. Суда, § 44). Помощники секретаря въ отдѣленіяхъ занимаются дѣлопроизводствомъ по состоящимъ въ ихъ вѣдѣніи столамъ и отвѣчаютъ за порядокъ въ дѣлахъ, за цѣ-

лость дѣла и точное исполненіе всёхъ распоряженій суда, судей и секретаря; они могутъ замѣнять секретаря въ веденіи протоколовъ и журналовъ засѣданій (§ 122), и въ случаѣ надобности исполнять обязанности переводчиковъ по дѣламъ (§ 45). Каждый помощникъ ведетъ по своему столу настольный реестръ, въ которомъ отмѣчается каждый шагъ въ движеніи каждаго дѣла, далѣе алфавитный указатель находящихся въ столѣ дѣлъ и книгу повѣстокъ, назначенную для контроля за своевременной доставкой ихъ (§ 46).

За этимъ общимъ очеркомъ интересно теперь поближе всмотрѣться въ жизнь каждаго департамента канцеляріи.

1. Дѣла по принятію прошеній и другихъ входящихъ бумагъ.—Регистратура.—Исходящія бумаги. Здѣсь надобно замѣтить различіе между входящими бумагами, именно между прошеніями, по которымъ начинаются въ судѣ дѣла, и разными бумагами, слѣдующими къ производящимся уже въ судѣ дѣламъ; тѣ и другія подаются въ судъ лично, или же присылаются по почтѣ. Всѣ лично подаваемыя прошенія перваго рода принимаются въ особой комнатѣ суда ежедневно однимъ изъ членовъ, отправляющимъ дежурство по очередному списку, который тутъ же дѣлаетъ по нимъ надлежащее распоряженіе, наприм. возвращаетъ прошеніе, если оно не соответствуетъ извѣстнымъ требованіямъ закона, назначаетъ, въ какое отдѣленіе должно быть передано дѣло по своему роду или по числовой вѣдомости регистратора, показывающей сданныя въ каждое отдѣленіе дѣла и т. п. Поданныя прошенія вносятся состоящимъ при приемѣ прошеній помощникомъ секретаря въ особый списокъ и сдаются въ регистратуру (*ibid*, 55, 56, 70)¹⁾. Напротивъ подаваемыя лично бумаги втораго рода, слѣдующія къ производящимся уже въ судѣ дѣламъ, принимаются въ томъ отдѣленіи, гдѣ дѣло производится, председательствующимъ или членомъ; только въ случаѣ отсутствія судей подлежащаго отдѣленія, если на представленіе бумагъ истекаетъ срокъ, онѣ принимаются дежурнымъ членомъ (*ibid*, 57). Присылаемые по почтѣ пакеты и бумаги, кромѣ тѣхъ, при которыхъ приложены деньги, и повѣстокъ почтамта, принимаются въ присутственные часы въ регистратурѣ, а въ остальное время въ курьерскомъ дежурствѣ, откуда ежедневно утромъ сдаются нераспечатанными въ регистратуру. Пакеты съ надписью „секретно“, „конфиденціально“ или „въ собственныя руки председателя суда“ вскрываются председателемъ, а прочіе помощникомъ секретаря, завѣдующимъ регистратурою (*ibid*, 60). Повѣстки почтамта принимаются помощникомъ секретаря, состоящимъ при приемѣ прошеній, записываются имъ въ особую книгу и за тѣмъ по довѣренности дежурнаго члена тотъ же помощникъ получаетъ по нимъ денежную корреспонденцію съ почты, представляетъ ее дежурному члену и, послѣ записи бумагъ въ списокъ поданныхъ лично прошеній, деньги сдаются въ кассу, а бумаги въ регистратуру (61 и 62). Замѣтимъ наконецъ общее правило, что на каждомъ поданномъ прошеніи или другой поступающей въ судъ бумагѣ, немедленно по ея принятіи или по вскрытіи пакета, помѣчается принявшимъ бумагу или вскрывшимъ пакетъ лицомъ годъ, мѣсяць и

¹⁾ Эту процедуру передачи исковыхъ прошеній отъ председателя въ отдѣленія суда слѣдовало бы упростить, такъ чтобы истецъ, узнавъ отъ дежурнаго члена, въ какое отдѣленіе должно поступить его дѣло, могъ тотчасъ же обратиться туда съ просьбою о вызовѣ отвѣтчика въ засѣданіе. Ср. ниже § 76 и 78.

число вступленія бумаги, а также количество и названіе приложеній (64).

Въ общей регистратурѣ суда, какъ извѣстно, дѣйствуетъ особый помощникъ секретаря (регистраторъ) съ писцами. Онъ ведетъ общіе по суду реестры входящихъ и исходящихъ бумагъ и алфавитные указатели дѣлъ (ibid. 48), а также числовую вѣдомость, показывающую распредѣленіе дѣлъ по отдѣленіямъ суда (§ 70). За исключеніемъ бумагъ, лично подаваемыхъ прямо въ отдѣленія суда и записываемыхъ только во входящій реестръ отдѣленія (§ 57 и 73), всѣ прочія бумаги, поступающія въ судъ проходятъ чрезъ руки этого сановника, записываются имъ во входящій реестръ и на каждой изъ нихъ отмѣчается №, подъ которымъ она записана въ этомъ реестрѣ (§ 65). Затѣмъ бумаги сдаются изъ регистратуры, по распредѣленію дежурнаго члена, въ надлежащее отдѣленіе подъ росписку чиновника, ведущаго реестры отдѣленія, а слѣдующія къ предсѣдателю суда подъ росписку помощника секретаря, завѣдующаго дѣлами предсѣдателя (§ 66). Пропущенныя такимъ образомъ въ судъ бумаги вызываютъ тамъ надлежащее дѣлопроизводство и или присоединяются къ прежнимъ дѣламъ, или основываютъ новыя дѣла, записываемыя въ настоящие реестры и въ алфавитный указатель (§ 74); одна бумага можетъ вызвать много другихъ бумагъ, которыя и подшиваются въ дѣлахъ по порядку вступленія (§ 75). Это внутреннее движеніе дѣлопроизводства не интересуетъ регистратора; онъ выжидаетъ только, когда начнется обратное теченіе бумагъ изъ суда. Исходящія бумаги, подлежащія отправленію изъ зданія суда, если къ нимъ не прилагаются деньги или документы, сдаются, по запискѣ ихъ въ исходящій реестръ отдѣленія, вмѣстѣ съ этимъ реестромъ въ регистратуру и отправляются уже регистраторомъ, который вноситъ ихъ въ общій по суду исходящій реестръ, отмѣчая на нихъ, послѣ исходящаго № отдѣленія, исходящій № регистратуры; исходящіе реестры отдѣленій, по отмѣткѣ на нихъ №№ общаго по суду исходящаго реестра, возвращаются въ отдѣленія (§ 97). Однако не всѣ исходящія бумаги проходятъ черезъ общую регистратуру; такъ, напр., сношенія между отдѣленіями и должностными лицами суда, а также выдаваемые частнымъ лицамъ исполнительные листы, кошія, выписки, свидѣтельства и объявленія записываются только въ исходящихъ реестрахъ отдѣленій суда, а бумаги, при которыхъ должны быть отправлены деньги или документы, сдаются для отправленія кассиру суда (§ 98 и 99). Повѣстки подписываются секретаремъ и помощникомъ и посылаются также помимо регистратуры черезъ судебныхъ приставовъ отдѣленія, по отмѣткѣ ихъ въ книгѣ повѣстокъ, а если при нихъ прилагаются деньги на путевыя издержки или повѣстка посылается черезъ приставовъ, находящихся въ уѣздахъ, то онѣ отправляются чрезъ кассира суда (§ 94, 125 и 126).

2. Касса. Дѣлами кассы завѣдуетъ особый помощникъ секретаря (кассиръ, приходорасходчикъ или казначей), но для контроля надъ нимъ ежемѣсячно назначается по очереди секретарь отдѣленія (§ 47 и 137). Деньги, процентныя бумаги и документы исключительной важности хранятся въ желѣзномъ сундукѣ за печатами того и другаго, и кассиръ не можетъ отпереть этого сундука иначе какъ въ присутствіи секретаря (136, 137, 142); въ этомъ же сундукѣ хранится кладовая книга, куда записываются всѣ вкладышаемыя въ сундукъ и вынимаемыя оттуда деньги (138). Приемъ и выдача денежныхъ

суммъ производятся по приходнымъ и расходнымъ ордерамъ и квитанціямъ (§ 143—152), которые вырѣзываются изъ заготовленныхъ для того книгъ съ оставленіемъ въ книгѣ корешковъ, показывающихъ содержаніе ордера; принявъ или выдавъ деньги по ордеру, кассиръ прикладываетъ къ квитанціи штампель кассы и отправляетъ ее туда, откуда полученъ ордеръ. По корешкамъ ордерныхъ книгъ ежемѣсячно составляются расчеты суммъ, поступившихъ въ кассу и выданныхъ изъ нея; они представляются предсѣдателю и служатъ для ежемѣсячной ревизіи кассы; кромѣ того, иногда производятся и внезапныя ревизіи. Впрочемъ, каждая отдѣльная сумма хранится въ кассѣ не долго, а обыкновенно выдается по принадлежности или отсылается въ казначейство. Замѣтимъ, наконецъ, что въ кассѣ же хранятся документы особенной важности, принадлежащіе къ дѣламъ (78—79), и вещественныя доказательства, имѣющія особую цѣнность; они держатся въ особомъ сундукѣ и записываются въ особую книгу (142); прочіе же документы хранятся при дѣлахъ, а вещественныя доказательства при регистратурѣ въ особой комнатѣ ¹⁾ (67).

3. Архивъ. Къ архивариусу поступаютъ дѣла совершенно конченныя, т.-е. исполненныя или прекращенныя (157). При сдачѣ въ архивъ уничтожаются въ распорядительномъ засѣданіи отдѣленія всѣ ненужныя и неимѣющія значенія документовъ бумаги въ дѣлѣ, а остальнымъ составляется опись и каждый полулистъ дѣла скрѣпляется помощникомъ секретаря, сдающимъ дѣло подъ росписку архивариуса въ настольномъ реестрѣ (158—160). Архивариусъ размѣщаетъ дѣла по шкапамъ, изъ каждаго отдѣленія особо, наклеиваетъ на нихъ ярлыки и ведетъ по каждому шкапу книгу для записки дѣлъ по порядку положъ и номеровъ (161—2). Кромѣ того, каждое имя, встрѣчающееся въ названіи дѣла или главныхъ слова, опредѣляющія предметъ дѣла, онъ выписываетъ на отдѣльныя карты, которыя потомъ служатъ для отысканія дѣлъ въ случаѣ надобности въ справкахъ, копіяхъ и т. п. (163—171).

Мы остановились такъ долго на устройствѣ канцеляріи окружнаго суда, принявъ за образецъ порядокъ, введенный въ самомъ обширномъ окружномъ судѣ, именно петербургскомъ, съ тою цѣлью, чтобы выяснить на немъ сущность канцелярской работы. Затѣмъ относительно судебныхъ палатъ, кассационныхъ департаментовъ сената и судовъ коммерческихъ мы можемъ только замѣтить, что существо канцеляріи вездѣ тоже самое ²⁾. Въ сенатѣ канцеляріи состоятъ подъ надзоромъ оберъ-прокуроровъ и оберъ-секретарей (Учр. 260).

Отдѣленіе III.—Отношенія судебныхъ установленій.

§ 22. Внѣшнія отношенія.

Судъ, какъ органъ государственной власти, стоитъ въ опредѣленныхъ отношеніяхъ къ другимъ развѣтвленіямъ этой власти и, сверхъ того, къ частнымъ лицамъ, имѣющимъ судебныя дѣла. Поэтому здѣсь

¹⁾ Вишняковъ о счетоводствѣ въ окруж. судахъ, въ Суд. В. 75 г. № 47.

²⁾ Австр. Gerichts-instruction 53 г., § 108—255 (въ изд. Манца). Прус. Registratur und Canzeley—Reglement въ прил. къ 3 ч. G. ord.—Позднѣйшія Geschäftsordnungen въ Сборн. Никиша. Французскіе законы и регламенты см. у Роже и Сореля, Lois Usuelles, v. Greffes, Huissiers, и др.

слѣдуетъ разсмотрѣть отношенія суда 1) къ власти законодательной, 2) къ власти административной и 3) къ частнымъ лицамъ.

1. Отношеніе къ законодательной власти ¹⁾. Оно опредѣляется существомъ законодательства и суда и отчасти уже указано нами выше. Такъ какъ судъ не жалуетъ и не создаетъ правъ гражданскихъ, а обязанъ только признавать и охранять права, основанныя на существующихъ законахъ или юридическихъ нормахъ вообще, то отсюда слѣдуетъ, что судъ не въ правѣ ни измѣнять законовъ, ни оставлять ихъ безъ примѣненія. Всѣ постановленія законодательной власти, въ надлежащемъ порядкѣ обнародованныя и обязательныя для гражданъ, должны быть примѣняемы и судомъ со всею точностью ²⁾, а потому судъ долженъ знать всѣ законы страны (*jura novit curia*) и отвѣчаетъ не только за намѣренное нарушеніе ихъ или легкомысленное неисполненіе указовъ (Улож. о нак. 329 и слѣд., 366 и слѣд.), но и за ошибочное или неправильное толкованіе закона, когда оно ведетъ къ неправосудію (*ibid*, 370 и 371). Изъ обязательности закона вытекаетъ обязательная сила и прavitельственныхъ распоряженій, основанныхъ на законномъ кругѣ власти того или другаго органа государственнаго управления: но такъ какъ этотъ кругъ власти на разныхъ степеняхъ управленія является болѣе или менѣе ограниченнымъ, то судъ не только имѣетъ право, но и обязанъ, при обсужденіи такихъ распоряженій, принимать во вниманіе предѣлы вѣдомства и власти, установленныя закономъ: въ противномъ случаѣ самъ онъ могъ бы явиться нарушителемъ закона.

2. Отношеніе къ административной власти. Надзоръ и отчетность по судебному вѣдомству. Говоря о предметѣ науки гражданскаго судопроизводства, мы уже указали на разграниченіе между административными и судебными дѣлами. Каждая власть въ законныхъ предѣлахъ своего вѣдомства дѣйствуетъ самостоятельно и обязана поддерживать другую въ законныхъ ея требованіяхъ. Но такъ какъ понятіе о государственномъ управленіи распространяется и на судебную область, въ смыслѣ управленія юстиціею или судебнымъ вѣдомствомъ, то мы должны теперь разсмотрѣть отношеніе суда къ этой особой отрасли управленія. Судебное управленіе сосредоточено у насъ въ министерствѣ юстиціи и съ точки зрѣнія этого управленія сами судьи суть чины министерства юстиціи. Но въ составѣ этого вѣдомства необходимо различать собственно судебныя установленія, которымъ принадлежитъ право рѣшать дѣла гражданскія и уголовныя и приводить эти рѣшенія въ исполненіе, а съ другой стороны такія установленія, которымъ предоставлено только право административныхъ распоряженій и надзора по судебному вѣдомству и которыя не имѣютъ права рѣшить ни одного даже самаго маловажнаго гражданскаго или уголовнаго дѣла. Послѣднія установленія, каковы: министръ юстиціи и прокуроры, имѣютъ въ строгомъ смыслѣ слова административную власть по судебному вѣдомству, они являются здѣсь органами государствен-

¹⁾ Stockmar, вЪ Z. f. Civilr. N. F. т. 10 Ihering's Jahrbücher, т. 9, ст. Планка. Rönne, пр. Staatsr. 1, стр. 205 и слѣд. Gneist, Verwaltung etc. Meier, вЪ Rechtslex. v. Holtzendorff, v. Prüfungsrecht.

²⁾ Эта законность дѣйствій суда столь естественна и такъ тѣсно связана съ самымъ понятіемъ о судѣ, что она предполагается до тѣхъ поръ, пока противное не доказано. Endemann, § 32, N. 15.

наго надзора и распоряженій по устройству судебной части, но право суда имъ не принадлежитъ (Учр. Минист. 213 и 214). Судъ не только совершенно независимъ отъ нихъ во всёхъ отправленіяхъ, входящихъ въ составъ понятія о судебной власти по дѣламъ гражданскимъ, т.-е. въ разсмотрѣніи, рѣшеніи и исполненіи своихъ постановленій по этимъ дѣламъ, но имѣетъ право разбирать иски самихъ этихъ чиновъ точно такъ же, какъ иски всёхъ прочихъ гражданъ. Напротивъ, въ порядкѣ государственнаго управленія судъ подчиненъ надзору министра и обязанъ предъ нимъ отчетностью; кромѣ того, министру принадлежитъ, какъ мы видѣли, право назначенія на нѣкоторыя судебныя должности, право представленія на другія и право распоряженій по судебному вѣдомству въ предѣлахъ закона. Что касается надзора, надобно замѣтить, что самимъ судебнымъ мѣстамъ въ порядкѣ инстанцій и въ каждомъ судебномъ мѣстѣ предсѣдателю и цѣлой коллегіи принадлежитъ право внутренняго надзора, о которомъ мы будемъ говорить въ слѣдующемъ параграфѣ, и, сверхъ того, общій надзоръ за судебными установленіями и должностными лицами судебного вѣдомства сосредоточивается въ лицѣ министра юстиціи, какъ генераль-прокурора (Учр. 254). Онъ получаетъ отъ прокуроровъ представленія о важнѣйшихъ, замѣченныхъ имъ, упущеніяхъ судебныхъ мѣстъ или должностныхъ лицъ (253) и, усмотрѣвъ въ судѣ накопленіе дѣлъ, медленность или остановку въ движеніи оныхъ, предлагаетъ предсѣдателю принять противъ этого мѣры и представить объясненіе о причинахъ (255). Онъ можетъ производить ревизію судебныхъ установленій лично, чрезъ своего товарища или членовъ судебныхъ палатъ (256) и въ случаѣ надобности возбуждаетъ дисциплинарное производство противъ лицъ, допустившихъ неисправность въ дѣлахъ (258), поручая прокурорамъ принять законныя мѣры (259).

Съ другой стороны, судебное вѣдомство, какъ и всё прочія отрасли государственнаго управленія, обязано отчетностью. Мы уже упоминали о денежной отчетности судовъ передъ контрольными учрежденіями. Но, сверхъ того, существуетъ еще система отчетности о движеніи дѣлъ въ судахъ. Она ведется по отчетнымъ вѣдомостямъ, формы которыхъ устанавливаются министромъ юстиціи; подчиненные суды и прокуроры представляютъ свои отчеты въ высшія инстанціи, здѣсь они сводятся въ одинъ судебный и одинъ прокурорскій отчетъ по округу и препровождаются въ началѣ каждаго года въ министерство, гдѣ, на основаніи ихъ, составляется общій отчетъ по судебной части во всей имперіи, представляемый на высочайшее усмотрѣніе. Отчеты судебныхъ мѣстъ публикуются во всеобщее свѣдѣніе (Учр. 174 — 183). За недоставленіе отчетовъ и объясненій виновные подлежатъ наказанію (Улож. 336 — 7).

3. Отношеніе къ частнымъ лицамъ. Здѣсь намъ нужно, разсмотрѣть: а) какія лица подчиняются судебной власти, б) обязанности и отвѣтственность судебныхъ чиновъ въ отношеніи къ этимъ лицамъ и в) обязанности частныхъ лицъ въ отношеніи къ суду.

а) Лица, подчиненныя судебной власти. Въ области гражданскаго права всё субъекты гражданскихъ правоотношеній считаются за частныхъ лицъ, хотя бы въ отношеніяхъ по праву публичному была ввѣрена имъ, въ большей или меньшей степени, общественная власть. Съ другой стороны, судебныя установленія суть органы верховной государственной власти. Отсюда слѣдуетъ, что суду гражданскому

равно подчинены всѣ граждане, не смотря на различія въ общественномъ ихъ положеніи. Даже лица императорскаго дома по своимъ имущественнымъ отношеніямъ въ судахъ и расправахъ подвергаются общимъ государственнымъ узаконеніямъ и суду установленныхъ для того мѣстъ (Осн. Зак. 196). Дѣла самаго государства, какъ частнаго хозяина (казны), а также дѣла удѣльнаго и придворнаго вѣдомствъ подлежатъ, какъ и всѣ другія, гражданскому суду (Уст. 1282 и слѣд.), и поэтому, наприм., департаменту удѣловъ строго запрещается вмѣшиваться въ разбирательство тяжёбныхъ дѣлъ между членами императорской фамилии и въ распоряженіе наслѣдства, онъ долженъ предоставлять то и другое обыкновенному законному теченію (Осн. Зак. 198). Только когда уже постановлено окончательное судебное рѣшеніе, по которому удѣльное имѣніе отчуждается въ чье-либо владѣніе, то рѣшеніе это представляется на высочайшее благоусмотрѣніе, потому что никакое имѣніе сего рода не можетъ быть отчуждено отъ удѣловъ безъ утвержденія рѣшенія Императорскимъ Величествомъ (Осн. Зак. 197, Уст. 1299 прим. по прод. 68 г.). Надобно замѣтить еще, что не одни только русскіе подданные подчинены гражданскому суду Россіи, но и иностранцы, находящіеся на русской территоріи, какъ въ дѣлахъ ихъ между собою, такъ и съ русскими подданными: вступая въ предѣлы нашего государства, они естественно подчиняются его законамъ и судебнымъ установленіямъ (Уст. 224). Исключаются только лица, принадлежащіи къ иностраннымъ посольствамъ, которыя по международнымъ обычаямъ пользуются правомъ внѣземельности или экстерриториальности, т.-е. по предположенію жительства въ представляемомъ ими государствѣ подсудны только судамъ этого государства; русскіе подданные, имѣющіе денежные требованія къ этимъ лицамъ, могутъ обращаться въ министерство иностранныхъ дѣлъ, которое обязано имѣть настояніе объ удовлетвореніи ихъ (Уст. 225). Къ такимъ экстерриториальнымъ лицамъ принадлежатъ члены посольствъ съ ихъ свитою и семействами, но лица, находящіеся въ услуженіи у нихъ, подчиняются русскимъ судамъ на общемъ основаніи (*ibid.*, прим. по прод. 69 г.), равно какъ и консулы ¹⁾. Кромѣ того, фикція внѣземельности, по началамъ международного права, не распространяется на иски о правахъ на недвижимыя имущества ²⁾, потому что невозможно предполагать, наприм., супругу посланника живущую внѣ территоріи въ то самое время, когда она, въ качествѣ отвѣтчицы по такому иску, окazyвается владѣлицею земельного участка внутри территоріи и даже, можетъ быть, сама утверждаетъ, что ей принадлежитъ право собственности на этотъ участокъ. Равнымъ образомъ и иностранцы, не имѣющіе права экстерриториальности и пребывающіе не въ Россіи, подчиняются, однако, русскимъ судамъ въ отношеніи тѣхъ имуществъ (даже

¹⁾ Консулы, если нѣтъ особыхъ трактатовъ, не имѣютъ экстерриториальнаго права. Прус. G. O. 1, тит. 2, § 65, Австр. Civ. Jurisd. Norm., § 28 (за исключеніемъ французскихъ и германскихъ по особымъ трактатамъ; см. у Манца, стр. 19). Massé, Dr. Com. 1, § 445. Martens, Dr. des gens, § 148. Kent, Com. 1, стр. 52 и слѣд. Bouvier. Law Dict. v. Consuls. Heffter, droit internat., § 248. Bluntschli, Dr. intern. Codifié, art. 135, 267.

²⁾ Прус. G. O. 1, тит. 2, § 66. Lush, Practice ¹⁾, стр. 5. Preus. Landrecht, Einl., § 36 примѣч. Коха. Block, Dict. de la polit. v. Exterritorialité. Manz. l. cit. и др.

движимыхъ), которыя находятся на русской территоріи ¹⁾, такъ какъ государственная власть господствуетъ не только надъ лицами, составляющими народонаселеніе страны, но и надъ территоріею со всѣми ея принадлежностями. И по другимъ началамъ подсудности, о которыхъ мы будемъ говорить ниже, дѣла иностранцевъ, не находящихся въ Россіи, могутъ подлежать рѣшенію русскихъ судовъ.

б) Обязанности и отвѣтственность судей въ отношеніи лицъ, имѣющихъ судебныя дѣла ²⁾. Судебная власть есть право публичное и въ то же время обязанность тѣхъ лицъ, которымъ она ввѣрена. Они обязаны къ точному, быстрому, безпристрастному и безкорыстному отправленію правосудія и подвергаются наказаніямъ за противозаконное бездѣйствіе власти (Улож. 339 и слѣд.), медленность и нерадѣніе въ управленіи должности (Улож. 410 и слѣд.), за отказъ въ правосудіи, неправосудіе и мздоимство (Уст. 10. Улож. 366 и слѣд., 372 и слѣд.), даже за несправедливыя рѣшенія по ошибкѣ или вслѣдствіе неправильнаго, лишь по недоразумѣнію, толкованія законовъ (Улож. 370), если по обстоятельствамъ дѣла и по ясности закона эта ошибка и неправильное толкованіе могутъ быть вмѣнены имъ въ вину ³⁾. Наложеніе этихъ наказаній совершается въ порядкѣ дисциплинарнаго или уголовнаго судопроизводства (Учр. 261, Уст. Угол. Суд. 1077 и слѣд.). Кромѣ того, должностныя лица судебного вѣдомства подлежатъ отвѣтственности и за убытки, причиненные ихъ неправильными или пристрастными дѣйствіями по службѣ частнымъ лицамъ (Уст. 1331 и слѣд.). Эта отвѣтственность отнесена закономъ къ категоріи обязательствъ, возникающихъ изъ преступленія или проступка (X, 677, ср. рубрику надъ ст. 644) и, слѣдовательно, основывается лишь тогда, когда дѣйствіе, причинившее убытки, составляетъ преступленіе или проступокъ, т. е. дѣйствіе или упущеніе противозаконное, сопровождающееся наказаніемъ въ порядкѣ уголовнаго или даже только дисциплинарнаго производства (ср. Улож. 370 и Учреж. 262). Всѣ перечисленныя выше нарушенія служебныхъ обязанностей могутъ составить основаніе и для иска объ убыткахъ. Законъ даетъ право иска по всякому неправильному или пристрастному дѣйствію, насколько неправильность дѣйствія можетъ быть вмѣнена въ вину должностнаго лица. Въ вину можетъ быть вмѣнено дѣйствіе, совершенное съ сознаніемъ, что лицо обязано дѣйствовать иначе, или же съ такимъ этого сознанія отсутствіемъ, которое можно и должно было устранить при надлежащей внимательности и при тѣхъ свѣдѣніяхъ, какія требуются службою ⁴⁾. А по чрезвычайной важности судебной службы, по тѣмъ условіямъ образованія, правамъ и преимуществамъ, которыми она обставлена, по особенному отношенію суда къ законодательству, административной власти и гражданамъ, даже легкая неосмотрительность

¹⁾ Срав. Итал. Уст. § 105, Прус. Уст. 1, тит. 2, § 114. Anh, § 34.

²⁾ Endemann, § 32, 33 и 34. Voitar, § 757 и слѣд. Mourlon стр. 422. Davis, стр. 87 и слѣд. Borsari II, 313 и слѣд. Квириумъ въ „Ж. М. Ю.“ 62 г. июнь. II.. въ „Суд. В.“ 70 г. № 203—210 (съ противорѣчiami). Г... въ „Суд. В.“ 70 г. № 166 и слѣд.

³⁾ Ошибки непроизвольныя, которыя не могли быть предупреждены человѣкомъ съ тѣмъ образованіемъ, какое предполагается службой, при всей его добросовѣстности и внимательности, конечно, не влекутъ за собой наказанія.

⁴⁾ Allg. L. R. II, 10 § 89. Weber въ Zeit. f. Civilr. VII, стр. 4. L. 6 D. 50, 13 (Gai): licet per imprudentiam.

(*imprudencia culpa levis*) должна считаться нарушением судебныхъ обязанностей, преступленіемъ по службѣ ¹⁾). Искъ объ убыткахъ можетъ быть проведенъ двоякимъ путемъ (Уст. ст. 5). Если онъ основанъ на дѣйствіяхъ, влекущихъ за собою уголовное преслѣдованіе, то потерпѣвшее лицо можетъ провести его, возбудивъ уголовное дѣло въ порядкѣ, опредѣленномъ ст. 1077 и слѣд. Уст. Уг. Суд. Но оно не лишается права на искъ гражданскій, хотя бы ему было отказано въ просьбѣ о преданіи должностнаго лица уголовному суду, потому что и независимо отъ уголовного преслѣдованія законъ предоставляетъ ему право иска объ убыткахъ (Уст. 1331). Однако въ видахъ предупрежденія бездѣльныхъ исковъ, какихъ легко можно ожидать отъ сторонъ, интересы коихъ постоянно затрогиваются судомъ по самому существу его дѣятельности, законъ дозволяетъ предъявлять этотъ искъ объ убыткахъ только съ разрѣшенія высшихъ судовъ, именно судебной палаты или кассационнаго сената по гражданскимъ ихъ департаментамъ (*ibid.* Стр. 72 г. Общ. Собр. Сен. № 1). Если они признаютъ, по предварительномъ разсмотрѣніи просьбы, что она можетъ подлежать удовлетворенію, то сообщаютъ копию просьбы обвиняемому для доставленія по ней объясненія, затѣмъ разсматриваютъ дѣло въ закрытомъ засѣданіи, по выслушаніи доклада и прокурорскаго заключенія, рѣшаютъ, подлежитъ ли просьба удовлетворенію или нѣтъ, назначая въ первомъ случаѣ окружной судъ, въ который проситель можетъ обратиться съ искомъ объ убыткахъ по общимъ обрядамъ гражданскаго судопроизводства (1332—36). При разрѣшеніи такихъ просьбъ, судебная палата и сенатъ не имѣютъ права отказывать въ удовлетвореніи просьбы, когда искъ объ убыткахъ представляется основательнымъ, хотя рѣшеніе вопроса о правильности или неправильности дѣйствій и о винѣ обвиняемаго предоставлено окончательно ихъ усмотрѣнію. Этотъ вопросъ по самому существу своему зависитъ отъ обстоятельствъ каждаго отдѣльнаго случая. Такъ, напримѣръ, судья можетъ быть привлеченъ къ гражданской отвѣтственности за медленность и проволочки въ дѣлѣ, но слѣдуетъ ли вѣнчать ему въ вину медленное движеніе дѣла—это зависитъ отъ обстоятельствъ; нерѣдко проволочки вызываются упущеніями самихъ сторонъ ²⁾. Отвѣтственность за несправедливое рѣшеніе по ошибкѣ или неправильному толкованію закона можетъ быть допущена только въ томъ случаѣ, когда рѣшеніе было своевременно обжаловано въ апелляціонномъ или кассационномъ порядкѣ ³⁾ (Побѣдон. § 33: распоряд.

¹⁾ Франц. и Итал. Уст. допускаютъ искъ объ убыткахъ (*prise à partie*) въ видѣ общаго правила только въ тѣхъ случаяхъ, когда судьи оказываются виновными въ зломъ умыслѣ, обманѣ или стачкѣ съ тяжущимся или при отказѣ въ правосудіи (Фр. 505, Итал. 783), Англійскій законъ—въ случаѣ превышенія власти (*action of trespass*). *Davis l. cit.*

²⁾ По Франц. и Итал. уставамъ, тяжущійся можетъ обвинить судью въ проволочкѣ дѣла только послѣ двухъ формальныхъ заявленій о томъ секретарю суда черезъ пристава. *C. de pr. 507. Итал. 784.*

³⁾ *Allg. L. R. II, 10, § 91. Эндеманъ, § 34-й, № 7*, объясняетъ это положеніе тѣмъ, что съ развитіемъ чиновническаго бюрократизма и системы инстанцій въ судахъ, гражданская отвѣтственность судей отступаетъ на задній планъ. Но оно имѣетъ и внутреннее основаніе, потому что нельзя считать рѣшеніе несправедливымъ, когда оно не обжаловано, ни повѣрять его правильность, когда сроки пропущены по волѣ самихъ тяжущихся: въ такомъ случаѣ *sententia pro veritate habetur*.

15-го июня 1867 г., д. Франка). За нѣкоторыя дѣйствія суда, совершенныя безъ нарушенія судебныхъ обязанностей, должны отвѣчать тѣ лица, по просьбѣ которыхъ они совершены ¹⁾, потому что если судъ не вышелъ изъ предѣловъ просьбы, убытки, причиненные судебнымъ распоряженіемъ, являются, хотя и не непосредственнымъ, послѣдствіемъ просьбы, а каждое лицо обязано отвѣчать за всѣ послѣдствія своихъ дѣйствій, какія разсудительный человѣкъ могъ ожидать, предпринимая эти дѣйствія ²⁾. Такъ, наприм., отвѣтственность за убытки отъ наложенія ареста падаетъ на того, по чьей просьбѣ онъ былъ наложенъ (Уст. 601. Спб. Суд. Пал., д. Крестовскихъ въ „Суд. В.“ 71 г. № 25. 69. Кас. 343, д. Мазуриной. Contra 68 г. Кас. 372, д. Апраксиной и 69 г. Кас. 539, д. Коростовцева) ³⁾; также по поводу предварительнаго исполненія рѣшеній (Уст. 736—742) и т. п. случаевъ, въ которыхъ просьба, хотя формально дозволительная и уваженная судомъ, оказывается впослѣдствіи несогласною съ матеріальнымъ правомъ просителя.

в) Обязанности частныхъ лицъ въ отношеніи къ суду. Всѣ лица, являющіяся предъ судомъ, обязаны, какъ мы уже видѣли, соблюдать правила благопристойности, порядокъ и тишину, безпрекословно повинаясь въ этомъ отношеніи распоряженіямъ судьи или предсѣдателя и другихъ органовъ судебной полиціи. Кромѣ охраненія этого внѣшняго порядка, суду принадлежитъ право управленія всѣмъ ходомъ процесса, право изслѣдованія и разрѣшенія всѣхъ частныхъ вопросовъ, по дѣлу возникающихъ, и самаго дѣла по существу, и право принудительнаго исполненія своихъ постановленій. Этимъ правамъ суда соотвѣтствуютъ и обязанности лицъ, принимающихъ участіе въ судебныхъ дѣлахъ: они должны повиноваться опредѣленіямъ и рѣшеніямъ суда, насколько законъ соединяетъ съ ними обязательную силу. Такъ, наприм., свидѣтели и свѣдущіе люди обязаны являться по вызову суда въ назначенное имъ мѣсто и время; иначе подвергаются штрафу (Уст. 91, 124 прим. по прод. 71 г., 383 и 528). Невяка сторонъ или третьихъ лицъ лично или чрезъ повѣреннаго въ назначенные судомъ сроки также можетъ сопровождаться невыгодными для нихъ послѣдствіями, хотя эти послѣдствія и не составляютъ наказанія (Уст. 145, 358, 659, 718 и слѣд.). Если тяжущійся не повинуется судебнымъ постановленіямъ объ обезпеченіи иска или о взысканіи, то противъ него принимаются разныя принудительныя мѣры, которыя, впрочемъ, также не составляютъ наказанія. Вообще повинованіе сторонъ судебнымъ опредѣленіямъ вынуждается собственными ихъ интересами и наше новое законодательство не полагаетъ штрафовъ или наказаній за неповиновеніе. Далѣе, всѣ дѣйствующія предъ судомъ лица обязаны къ правдивости и добросовѣстности въ своихъ показаніяхъ, требованіяхъ и объясненіяхъ и за нѣкоторыя нарушенія этой обязанности подлежатъ наказаніямъ или штрафамъ. Принципъ правдивости и добросовѣстности весьма широкъ и изъ него выводятся разныя послѣдствія въ разные вѣка исторіи и у разныхъ народовъ. Такъ, наприм., въ римскомъ процессѣ за недобросовѣстныя или легкомысленныя домогательства и

¹⁾ Кристи въ „Ж. М. Ю.“ 62 г., апрѣль, стр. 203. Contra Книримъ, *ibid.* 61 г. ноябрь и 62 г. июнь. Pro Думашевскій, Сводъ I, § 126 прим.

²⁾ Bouvier, *Law D. v. Torts.*

³⁾ Сюда же относится, по вопросу объ отвѣтственности за объявленіе должника не состоятельнымъ, рѣш. Спб. Коммерч. Суда по д. Семенова. „Суд. В.“ 68 г. № 65-й.

объясненія установлена была цѣлая система наказаній—роенае temere litigantium ¹⁾). За ложное отрицаніе нѣкоторыхъ исковъ съ отвѣтчика взыскивали вдвое (lis infitiando crescit in duplum), въ другихъ случаяхъ запирательство сопровождалось потерю права на возраженія или льготы ²⁾, и т. п. Изъ новыхъ законодательствъ особенно послѣдовательно развита система такихъ наказаній въ прусскомъ судебномъ уставѣ. Онъ выходитъ изъ того положенія, что никто не имѣетъ права поддерживать свои интересы недозволительными дѣйствіями и что поэтому тяжущіяся стороны обязаны излагать предъ судомъ согласно съ истиною и добросовѣстно всѣ обстоятельства дѣла, существенныя для его рѣшенія; за умышленное искаженіе или утайку истины назначаются наказанія (Einl. § 13 и 14). Наприм., за безсовѣстное отрицаніе иска оувѣтчикъ теряетъ свои возраженія, а кто приведетъ въ основаніе своего иска или возраженія вымышленный фактъ, тотъ проприваетъ дѣло, хотя бы у него были другія законныя основанія; кто будетъ отговариваться злоумышленно, что онъ ничего знать не знаетъ о какомъ-нибудь фактѣ или доказательствѣ, тотъ лишается всѣхъ выгодъ этого факта, такъ что въ отношеніи къ его выгодамъ фактъ этотъ считается какъ бы не существующимъ. Кромѣ того, назначаются денежныя штрафы за ложь и за стараніе скрыть или затруднить разъясненіе истины, самое имя лжеца записывается въ черный реестръ суда и на будущее время онъ, какъ persona notata, ограничивается въ правѣ судебной защиты (i, 23 § 51 и 52). При дальнѣйшемъ развитіи прусскаго законодательства эти наказанія, поражавшія матеріальныя права тяжущихся лицъ, вышли изъ употребленія, хотя они и до сихъ поръ стоятъ въ уставѣ ³⁾. И вообще этого рода наказанія вездѣ на западѣ Европы отжили свой вѣкъ ⁴⁾. Вмѣсто ихъ, новыя законодательства опредѣляютъ сами или даютъ суду право назначать за подобныя нарушенія денежныя штрафы или даже личный арестъ. Такъ, наприм., по ганноверскому уставу судъ можетъ подвергать лицъ виновныхъ въ злонамѣренномъ и упорномъ сутяжничествѣ или въ безсовѣстномъ отрицаніи фактовъ выговорамъ, денежнымъ штрафамъ и аресту до 8 дней (§ 43); также по баденскому уставу (§ 249). Другія законодательства стараются обойти и это, слишкомъ общее и неопредѣленное право суда, изъ опасенія, чтобы оно не превратилось въ произвольное, и сами опредѣляютъ отдѣльные случаи такихъ нарушеній и точную или наибольшую цифру, до которой можетъ доходить денежный штрафъ за нихъ ⁵⁾. Этому приему слѣдуетъ и наше

1) Gai IV, 171 и слѣд. Inst. IV, 16.

2) L. 10 § 1 D. 46, 1. L. 67. § 3, D. 17, 2. L. 1 § 15 D. 9, 1.

3) Heffter, pr. Civ. Process, § 72.

4) Renaud, § 55.

5) Баварскій уставъ опредѣляетъ слѣдующія наказанія: за нарушеніе порядка и благочинія въ засѣданіяхъ, за перерывъ и оскорбленіе свидѣтелей, за предложеніе имъ вопросовъ безъ дозволенія предсѣдателя — удаленіе изъ залы засѣданія и арестъ до 24 часовъ (§ 151 и 420); за невыдачу или невозвращеніе документовъ по приказу суда — арестъ или денежный штрафъ (§ 931, 174, 389—90); за невыдачу опредѣленнаго имущества по рѣшенію суда — штрафъ или арестъ до 3 мѣсяцевъ (860, 864, 856); за неповиновеніе предохранительнымъ мѣрамъ — штрафъ или арестъ (§ 614); за неявку свидѣтелей и свѣдущихъ лицъ и за уклоненіе отъ принятія присяги — штрафъ до 50 гульд. (381, 427, 432, 443); за позднее указаніе или ссылку на свидѣтелей съ намѣреніемъ прово-

законодательство, которое въ этомъ отношеніи отличается особенною либеральностію. Принципъ правдивости и добросовѣстности надобно считать дѣйствующимъ и въ нашей современной практикѣ, потому что онъ вытекаетъ изъ существа отношенія частныхъ лицъ къ судебной власти и подтверждается отдѣльными постановленіями нашихъ законовъ: но что касается наказаній за нарушение этой обязанности, то здѣсь нужно руководиться правиломъ: nulla poena sine lege; нашъ законъ опредѣляетъ такія пени только въ немногихъ случаяхъ. Такъ, уложенію о наказаніяхъ извѣстны преступленія лжеприсяги, лжесвидѣтельства, ябедничества, мошенничества и т. д. Уставъ же Граж. Суд. назначаетъ денежный штрафъ за сокрытіе третьими лицами имущества должника (638, 639, 640), за неосновательный споръ о подлогѣ (562) и за неосновательныя просьбы объ отміѣнѣ рѣшеній (190 и 800) ¹⁾. Независимо отъ этихъ наказаній и штрафовъ, существуютъ въ процессѣ разныя невыгодныя послѣдствія бездѣльныхъ исковъ, запирательства и старанія проволочить дѣло; такъ, наприм., тяжущійся, противъ котораго постановлено рѣшеніе, обязанъ вознаградить противную сторону за всѣ понесенныя ею судебныя издержки и за веденіе дѣла (Уст. 868) и, даже когда онъ выигралъ дѣло, судебныя издержки, вызванныя его собственными ошибками, упущеніями и проволочками, или несправедливыми притязаніями и возраженіями, падаютъ на его счетъ ²⁾ (Уст. 870, 776, 290, 448, 661, 718, п. 2, 723, 919), потому что платиться за его вину никто другой не обязанъ. Уклоненіе отъ сообщенія истины суду иногда также влечетъ за собою невыгодныя послѣдствія; наприм., когда тяжущаяся сторона отказывается отъ представленія документа, находящагося въ ея рукахъ, то судъ можетъ признать доказанными тѣ обстоятельства, въ подтвержденіе коихъ была сдѣлана ссылка на документъ (Уст. 444).

§ 23. Судебныя издержки и право бѣдности. Въ ряду обязанностей частныхъ лицъ, ищущихъ судебной защиты, мы должны упомянуть здѣсь еще о процессуальныхъ пошлинахъ и сборахъ, которые они обязаны уплачивать. Подробности этого предмета мы можемъ иложить только впоследствии, потому что онѣ связаны съ разными отдѣльными дѣйствіями процесса и предполагаютъ уже полное знакомство съ деталями его. Но самый принципъ этихъ пошлинъ и сборовъ по судопроизводству долженъ быть указанъ именно здѣсь. Онъ состоитъ въ томъ, что частныя лица, требующія въ своихъ частныхъ интересахъ труда —

лчить дѣло—штрафъ до 100 гульд. (415); за неосновательные отводы судей или секретаря до 50 гульд. (50 и 52), за неосновательный споръ противъ дѣйствій повѣреннаго или о подлинности документовъ—до 100 гульд. (99, 385), за неправыя частныя жалобы до 25 гульд. (749), просьбы объ отміѣнѣ рѣшеній и о пересмотрѣ дѣла—до 100 гульд. (785, 813).

¹⁾ Въ прежнемъ нашемъ судопроизводствѣ существовали еще другіе денежные штрафы, наприм. за неправые иски и апелляціи взыскивалось въ 1-й инстанціи 5%, во 2-й 10%, а въ сенатѣ 20%; кромѣ того, неосновательный апелляторъ терялъ залогъ, внесенный при апелляціи подъ именемъ переносныхъ денегъ (X, 2, 665—671, 746, 759, 1741). Теперь эти штрафы и залого остались только въ коммерческихъ судахъ (XI, 2, 1769—70), какъ *privilegia odiosa* торгов. людей.

²⁾ Preus. G. O. 1, 23 § 2—5, 52.

или издержекъ отъ должностныхъ лицъ судебного вѣдомства и отъ постороннихъ частныхъ лицъ, обязаны покрывать эти издержки изъ своихъ собственныхъ средствъ и, кромѣ того, участвовать въ известной мѣрѣ въ общихъ расходахъ государства на содержаніе судебныхъ учреждений ¹⁾. Отсюда вытекаютъ: 1) разные сборы по производству дѣла, какъ-то: на публикаціи о вызовѣ, на расходы по командировкѣ членовъ суда для мѣстныхъ осмотровъ или допросовъ, на вознагражденіе свидѣтелей, свѣдущихъ и духовныхъ лицъ, судебныхъ приставовъ и повѣренныхъ (Уст. 857 — 67); 2) канцелярскія пошлины за переписку бумагъ для тяжущихся и за приложеніе къ нимъ печати, поступающія на содержаніе канцелярій (Уст. 201 и 854 — 6); 3) государственные сборы отъ правосудія, именно гербовыя пошлины съ бумагъ, подаваемыхъ въ судъ и тѣхъ, которыя выдаются изъ суда (Уст. 844—47), и судебныя пошлины съ исковыхъ прошеній, отзывовъ и жалобъ (Уст. 848—52). О всѣхъ судебныхъ издержкахъ надобно замѣтить, что высочій размѣръ ихъ составляетъ радикальный порокъ правосудія, способный парализовать дѣйствіе самаго прекраснаго законодательства, преграждая частнымъ лицамъ путь къ охраненію ихъ правъ. Съ другой стороны на размѣръ судебныхъ издержекъ отражаются всѣ прочіе недостатки процесса, усложняющіе механизмъ его и замедляющіе движеніе дѣлопроизводства. Другими словами, дороговизна и разорительность процесса служатъ нагляднымъ, осязательнымъ для тяжущихся лицъ признакомъ его неудовлетворительности и скорѣе всего вызываютъ жалобы на дурное состояніе правосудія. И наоборотъ, дешевизна судопроизводства составляетъ для публики доказательство столь убѣдительное въ пользу суда, что оно покрываетъ въ глазахъ общества даже нѣкоторые недостатки процесса. Сборы по производству дѣла и канцелярскія пошлины стоятъ въ зависимости отъ сложности процесса, отъ степени развитія письменности и отъ самаго размѣра платежей за отдѣльныя дѣйствія или услуги; этотъ размѣръ опредѣляется обыкновенно такою и, когда цифры такы умѣренны, производство просто и основано на устности и гласности, то противъ этихъ сборовъ нечего возразить. Напротивъ, самый принципъ государственныхъ налоговъ на правосудіе нерѣдко подвергается сомнѣнію. Указываютъ, напр., на то, что они составляютъ прямую противоположность тѣмъ налогамъ, которые падаютъ на наличное имущество и на доходы гражданъ, пропорціонально ихъ цѣнности или количеству; здѣсь налогъ берется, напротивъ, съ такихъ лицъ, у которыхъ отнято имущество, которымъ не заплачены деньги или причинены убытки, и берется именно соразмѣрно съ цѣною этого имущества, съ количествомъ убытковъ и въ то самое время, когда лицо заявляетъ суду о своихъ потеряхъ и требуетъ защиты. Возраженіе съ этой точки зрѣнія противъ самаго принципа судебныхъ налоговъ намъ кажется неосновательнымъ: налогъ берется здѣсь съ имущественнаго требованія, представляющаго известную цѣнность, и въ этомъ отношеніи сходенъ съ другими налогами; сомнѣнію могутъ подлежать только вопросы о томъ, своевременно ли брать этотъ налогъ до удовлетворенія требованія и справедливъ ли самый налогъ на требованія,

¹⁾ Bellot, стр. 51—63. Bentham, Scotch. Reform, 1780. Protest against law taxes 1793. Bordeaux, стр. 229, 232, 331. Марковъ, въ „Ж. М. Ю.“ 63 г., декабрь, Renaud, § 228 и слѣд. Wetzell, § 46 примѣч. 52 и слѣд.

обращенныя къ суду. Время взиманія судебныхъ и гербовыхъ пошлинъ опредѣляется финансовыми соображеніями, а не потребностями правосудія или судебного охраненія гражданскихъ правъ, кредита и т. п.; онѣ должны быть уплачены тогда, когда лицо именно нуждается въ помощи суда или въ какой нибудь судебной бумагѣ, потому что взыскивать ихъ впоследствии, по окончаніи процесса, было бы въ высшей степени затруднительно. Иногда высказываются еще и другіе мотивы въ пользу этого порядка, но неосновательные. Такъ, наприм., говорятъ, что обязанность къ немедленному платежу этихъ пошлинъ сдерживаетъ сутяжничество и служитъ какъ предохранительною мѣрою, такъ и наказаніемъ за неправоны иски и упорное заперательство, потому что по окончаніи процесса пошлины падаютъ на счетъ неправой стороны. Такой взглядъ на пошлины юридически не вѣренъ; онѣ должны быть внесены каждымъ просителемъ, хотя бы судъ былъ вполне убѣжденъ въ основательности его требованій, и совершенно безразлично, будетъ ли проситель дѣйствовать добросовѣстно или по страсти къ сутяжничеству. Точно также нельзя считать ихъ и наказаніемъ за неправоны иски и заперательство, потому что онѣ должны вноситься со всею точностью и тогда, когда для наказанія той или другой стороны не представляется никакого основанія, когда тяжба произошла, наприм., отъ неполноты, недостатка или противорѣчій въ законахъ страны или отъ запутанности отношеній между сторонами при полной ихъ добросовѣстности; судъ не имѣетъ права освобождать тяжущихся отъ платежа пошлинъ по тому только поводу, что самая тяжба представляется ему вполне естественною и независящею отъ вины сторонъ (71 г. Кас. 173). Дѣйствительный принципъ судебныхъ налоговъ, какъ уже замѣчено выше, состоитъ въ томъ, что частныя лица, вызывающія дѣятельность судебныхъ учреждений государства, обязаны участвовать въ извѣстной мѣрѣ въ расходахъ государства на содержаніе этихъ учреждений. Противъ этого принципа нѣкоторые писатели ¹⁾ возражаютъ, что такъ какъ судебныя учреждения существуютъ и приносятъ пользу не для однихъ только тяжущихся, а для цѣлага общества, юридическій порядокъ котораго они обезпечиваютъ, то они должны и содержаться на счетъ цѣлага общества, а не отдѣльныхъ лицъ. Мало того, судебныя учреждения приносятъ больше пользы обществу, охраняя его спокойствіе, чѣмъ тяжущимся, которые ведутъ судебную борьбу на свой рискъ и страхъ въ интересъ цѣлага общества. Однако и это возраженіе не ослабляетъ принципа и даже, — можно сказать, не касается его. Судебный налогъ падаетъ въ результатѣ на того, кто проигрываетъ свое дѣло, не получая изъ него никакой пользы, кромѣ развѣ урока на будущее. Слѣдовательно, о пользѣ здѣсь говорить нечего. Основаніе пошлинъ состоитъ въ томъ только, что кто вызываетъ судебную дѣятельность, тотъ привлекается къ участию въ содержаніи судебныхъ учреждений ²⁾; ее вызываетъ сначала истецъ и потому онъ же долженъ уплатить и пошлину, но когда по разрѣшеніи дѣла окажется, что процессъ вызванъ былъ отвѣтчикомъ, то судъ обязываетъ его возратить уплаченныя истцомъ деньги.

¹⁾ Белло, Гарнье въ примѣч. къ Адаму Смиуту и др.

²⁾ Въ Англіи судебныя пошлины соразмѣряются съ количествомъ судебного труда. Такъ, наприм., если тяжущіеся примирятся въ срокъ явки передъ секретаремъ County Court, то съ нихъ берется половина пошлины, слѣдующихъ за слушаніе дѣла.

Существенный недостатокъ судебныхъ и гербовыхъ пошлинъ заключается въ томъ, что, особенно при высокомъ размѣрѣ ихъ и въ соединеніи съ другими издержками процесса, онѣ затрудняютъ и для людей бѣдныхъ даже преграждаютъ путь къ правосудію, отправленіе котораго составляетъ прямую обязанность государства. Такой результатъ замѣчается теперь, напримѣръ, въ Англіи, гдѣ сами адвокаты нерѣдко совѣтуютъ кліентамъ не начинать дѣлъ по совершенно основательнымъ требованіямъ, потому что судебныя издержки иногда значительно превышаютъ цѣну иска ¹⁾. Наши судебныя уставы провели въ этомъ отношеніи чрезвычайно важную мѣру, освободивъ производство въ мировыхъ судебныхъ установленіяхъ отъ употребленія гербовой бумаги и отъ всякихъ судебныхъ пошлинъ ²⁾ (Уст. 200) и оставивъ здѣсь только весьма умѣренные канцелярскія пошлины (Уст. 201) и сборы на вознагражденіе свидѣтелей и свѣдущихъ людей (Уст. 104, 107, 119, 529, 70 г. Кас. 983, д. Карповича). Но, съ другой стороны, было принято въ соображеніе, что введеніе судебныхъ учреждений потребуетъ отъ казны новыхъ расходовъ, и для облегченія ея установлены по производству въ общихъ судебныхъ мѣстахъ нѣкоторыя новыя сборы и пошлины. Въ прежнее время, при письменномъ строѣ процесса, главный доходъ казны по судебной части получался изъ сбора за гербовую бумагу разныхъ разрядовъ (X, 2, 1725 и 1758, 1786 — 1803), затѣмъ въ пользу ея же поступали залогомъ по неуваженнымъ апелляціямъ (X, 2, 1725 и 1741) и половина штрафовъ за неправо иски и жалобы (X, 2, 227, 665 — 671, 746 и 759); другая половина обращалась въ пользу суда (X, 2, 237). Казна получала, кромѣ того, незначительныя пошлины съ исковыхъ и мировыхъ прошеній (Св. З., т. V. Уст. о пошл. ст. 451—455 и 463. X, 2 1734 и 1739), съ первыхъ по 1 р. 80 к., со вторыхъ по 3 к. съ человѣка. При судебной реформѣ гербовой сборъ сдѣланъ однообразнымъ во всѣхъ инстанціяхъ общихъ судовъ, такъ что вмѣсто бумаги разныхъ разборовъ употребляется одинаковая бумага въ 40 к. листь, но за то, кромѣ опредѣленныхъ закономъ бумагъ, все вообще дѣлопроизводство и всѣ сношенія судебныхъ установленій и лицъ совершаются теперь на простой бумагѣ и казна, слѣдовательно, не заинтересована въ размноженіи переписки (Уст. 844—47 X, 2, 1767). Вмѣстѣ съ тѣмъ введены новыя судебныя пошлины по $\frac{1}{2}$ ‰ съ цѣны исковъ, отзывовъ и апелляціонныхъ жалобъ (Уст. 848), достигающія по крупнымъ дѣламъ весьма значительной цифры, и новыя канцелярскія пошлины (854—6). Первые поступаютъ въ доходъ казны, послѣднія на содержаніе канцелярій (874 и 875), но тѣ и другія, какъ и гербовый сборъ, имѣютъ цѣлью облегчить казну въ расходахъ по судебной части, а потому казенныя управленія освобождены отъ всѣхъ этихъ пошлинъ и платятъ только судебныя сборы по производству дѣлъ, напримѣръ, на вознагражденіе свидѣтелей и т. п. (Уст. 879).

¹⁾ Report on trib. of com. 71 г. Тарифъ судебныхъ сборовъ въ графскихъ судахъ см. у Девиса, стр. 17 и слѣд. Весьма любопытная вещь. За каждый искъ 1 шилл. съ фунта, т. е. 50‰; за каждое слушаніе дѣла 2 шилл. съ фунта, т. е. 10‰; за каждое рѣшеніе и частное опредѣленіе по 1 шилл. съ фунта, за наложеніе ареста $1\frac{1}{2}$ шилл. съ ф., т. е. $7\frac{1}{2}$ ‰, и т. д.

²⁾ Судя по газетамъ, есть предположенія ввести и здѣсь судебныя пошлины („Суд. Вѣстн.“ 74 г. № 24). По закону 23 апр. 1874 г. онѣ дѣйствительно введены въ 9 западныхъ губерніяхъ.

Право бѣдности ¹⁾. Для того, чтобы судебныя издержки не служили для бѣдныхъ людей преградой къ правосудію, законодательства разныхъ народовъ уже издавна допустили исключеніе изъ общаго правила объ уплатѣ ихъ, основанное на правѣ бѣдности. По римскому законодательству и средневѣковой итальянской доктринѣ, развившейся на его основаніи, право бѣдности даже совершенно освобождало тяжущагося отъ платежа судебныхъ издержекъ; напротивъ, по болѣе точнымъ понятіямъ новаго времени, оно даетъ только право на отсрочку этого платежа или на кредитъ судебныхъ издержекъ до тѣхъ поръ, пока перемѣна въ хозяйственномъ положеніи лица не позволитъ ему уплатить свой долгъ. Это право бѣдности извѣстно было и нашему прежнему законодательству въ видѣ разныхъ изыятій отъ платежа отдѣльныхъ судебныхъ пошлинъ (X, 2, 1727, 1753, 1776 прим., 1797—98, 1802, 1804, 1806), а въ новомъ уставѣ гр. суд. обобщено и получило во всѣхъ отношеніяхъ болѣе правильный характеръ (Уст. 880—90). Въ прежнее время тяжущійся, желавшій получить освобожденіе отъ пошлинъ, долженъ былъ объявить суду лично или черезъ повѣреннаго, что по неимуществу своему не можетъ внести оныхъ, и утвердить подпискою, что въ случаѣ обнаруженія несправедливости этого объявленія подвергаетъ себя наказанію, какъ за лживый поступокъ. Судъ производилъ потомъ публикацію въ вѣдомостяхъ объ этой подпискѣ, съ тѣмъ, чтобы другія присутственныя мѣста, имѣющія свѣдѣнія о состоятельности тяжущагося, обличили его своимъ увѣдомленіемъ (X, 2, 1727). Но такъ какъ присутственные мѣста естественно заняты были своими дѣлами и не имѣли возможности слѣдить за публикаціями и разузнавать частныя средства тяжущихся, то установленный закономъ порядокъ удостовѣренія бѣдности нельзя было назвать практичнымъ. Въ настоящее время, по Уст. гр. суд., принять другой порядокъ. Право бѣдности вообще должно быть признано тѣмъ судомъ, которому подлежитъ дѣло ²⁾. Уст. гр. суд. упоминаетъ только объ окружномъ судѣ (881) и на этомъ основаніи можно бы подумать, что признаніе права бѣдности въ судопроизводствѣ общихъ судовъ зависитъ всегда отъ окружнаго суда. Однако, статья эта относится только къ тѣмъ случаямъ, когда тяжущійся желаетъ воспользоваться правомъ бѣдности уже въ первой инстанціи; въ каждомъ такомъ случаѣ право это должно быть признано окружнымъ судомъ и, если признано имъ, то продолжаетъ оказывать услугу тяжущемуся и въ судебной палатѣ по тому дѣлу, по которому оно признано (886). Но если вопросъ о правѣ бѣдности возникаетъ въ первый разъ только въ судебной палатѣ, наприкладъ, по случаю пожара или внезапнаго разоренія одного изъ тяжу-

¹⁾ Linde въ Zeit. f. Civilr. т. I, и въ Civ. Arch. т. 16, Sartorius, въ Civ. Arch. т. 18. Albrecht въ Zeit. f. Civilr. т. XI. Fuchs въ Zeit. f. Rechtsgesch. т. 5. Renaud, § 232. Endemann, § 56. Bayer, § 9. Regnard de l'org. jud. стр. 248. Франц. Зак. 22 янв. 51 г. Lush, 1. с. Прус. G. O. 1, 23. § 30 и слѣд. Ганнов. Уст. § 61 и слѣд. Бавар. § 133 и сл. Бад. 160 и сл. Герм. Пр. § 103 и сл. Остр. Пр. 207—218. Бунге, § 983—1002. Австр. Refer. E. § 94 ff. Reg. E. § 92 ff.

²⁾ Это правило примѣняется почти вездѣ на западѣ Европы. Только во Франціи признаніе права бѣдности зависитъ отъ особой комиссіи (bureau d'assistance judiciaire) при судахъ окружныхъ, апелляціонныхъ и кассационномъ, составленной изъ чиновника министерства финансовъ, депутата отъ префекта и представителей судебного и адвокатскаго сословія (Зак. 22 янв. 1851 г.).

щихся, то нѣтъ основанія ни лишать его права бѣдности потому только, что онъ платилъ судебныя издержки въ 1-й инстанціи, когда имѣлъ на то средства, ни обращать его просьбу въ окружной судъ, который, не имѣя свѣдѣній о количествѣ судебныхъ издержекъ по производству въ палатѣ, не могъ бы и рѣшить этого вопроса столь же удовлетворительно, какъ сама палата. Напротивъ, признаніе права бѣдности въ данномъ случаѣ должно зависѣть отъ судебной палаты (Уст. 777). Равнымъ образомъ и отъ кассационнаго д-та сената нельзя отнять права, напримѣръ, возвращать кассационный залогъ по снисхожденію къ бѣдности просителя (Уст. 190, прим. по прод. 69 г.). Итакъ, мы можемъ настаивать на томъ положеніи, что признаніе права бѣдности зависитъ отъ суда, въ которомъ производится дѣло, если это право уже не признано судомъ низшей инстанціи. Что касается мировыхъ судебныхъ установленій, то за освобожденіемъ ихъ производства отъ гербовыхъ и судебныхъ пошлинъ и при умѣренности остальныхъ издержекъ вопросъ о правѣ бѣдности не имѣетъ здѣсь той важности, какъ въ общихъ судахъ, и можно даже сомнѣваться, допускается ли выдача свидѣтельствъ о правѣ бѣдности для мирового судопроизводства ¹⁾. По вопросу объ освобожденіи тяжущихся отъ употребленія гербовой бумаги при обжалованіи рѣшеній мировыхъ съѣздовъ, сенатъ высказалъ по одному дѣлу, что непремѣнный членъ съѣзда только тогда можетъ допустить это освобожденіе, когда за просителемъ признано право бѣдности окружнымъ судомъ (70 г. Кас. 1918, д. Баевского); но, на основаніи 80 ст. Уст., слѣдуетъ, кажется, предоставить признаніе этого права не окружному суду, а мировому съѣзду (ст. 269 Уст.).

Лица, желающія воспользоваться правомъ бѣдности, должны войти съ просьбою о томъ въ судъ, которая можетъ быть писана и на простой бумагѣ, такъ какъ все производство о признаніи права бѣдности освобождается отъ употребленія гербовой бумаги (881, 885). Судъ разрѣшаетъ эту просьбу безъ вызова противной стороны, права которой въ сущности не затрогиваются этимъ прошеніемъ, но по выслушаніи заключенія прокурора или его товарища, какъ охранителя интересовъ казны (884). Впрочемъ, если противная просителю сторона представитъ суду, хотя бы и послѣ признанія права бѣдности, свои возраженія, то судъ долженъ разсмотрѣть ихъ (69 г. Кас. 981, д. графа Зубова). На отказъ въ признаніи права бѣдности проситель можетъ принести частную жалобу (Уст. 783 и слѣд.; 72 г. Кас. № 542, д. Руккера). Но въ случаѣ признанія права бѣдности, противная сторона не можетъ жаловаться на то, что ея возраженія не уважены (69 г. Кас. 981).

Условіе для признанія за лицомъ права бѣдности состоитъ въ недостаточности средствъ его на веденіе дѣла, т.-е. въ томъ, что проситель, за покрытіемъ необходимыхъ расходовъ на содержаніе себя и своей семьи, не располагаетъ имуществомъ или доходами для своевременной уплаты тѣхъ судебныхъ издержекъ по дѣлу, въ виду коихъ испрашивается признаніе права бѣдности, и въ томъ размѣрѣ, какой требуется на основаніи закона. Эта недостаточность средствъ должна быть удостовѣрена служебнымъ или общественнымъ начальствомъ или мѣстнымъ мировымъ судьей: въ удостовѣреніи должны заклю-

¹⁾ Отчетъ Сов. Прис. Пов. Спб. Округа въ „Суд. Вѣст.“ 72 г. № 144. Право бѣдности допускается въ западныхъ губерніяхъ, гдѣ судебныя пошлины и сборы введены и въ мировыхъ судахъ (зак. 23 апр. 74 г. п. 5).

чаться точныя свѣдѣнія объ имуществѣ, доходахъ и семейномъ положеніи просителя (Уст. 881—82) и при неопредѣлительности удостовѣренія судъ можетъ отказать въ признаніи права бѣдности (67 г. Кас. 36, д. Сидорова. Спб. О. Суда по д. Мазинга въ „Суд. В.“ 66 г. № 15). За представленіе же ложныхъ свѣдѣній объ имуществѣ, за выдачу ложныхъ удостовѣреній о бѣдности опредѣлены въ законѣ наказанія (Уст. 883. Улож. 364 и 943) ¹⁾—Затѣмъ, такъ какъ признаніе или непризнаніе за лицомъ права бѣдности не предрѣшаетъ самаго дѣла его по существу, то и не требуется, чтобы судъ при разрѣшеніи вопроса о бѣдности просителя входилъ въ разсмотрѣніе основательности его притязаній или возраженій по самому дѣлу, въ виду котораго онъ ходатайствуетъ о признаніи за нимъ права бѣдности ²⁾. Но когда вопросъ о правѣ бѣдности подлежитъ разрѣшенію уже по разсмотрѣніи требованія или жалобы просителя по дѣлу, тогда и моментъ основательности жалобы естественно принимается судомъ въ соображеніе (Уст. 190 прим.) Обыкновенно же производство о признаніи права бѣдности предшествуетъ разбирательству дѣла по существу, такъ что сначала лицо проситъ выдать ему свидѣльство о бѣдности, а затѣмъ возбуждаетъ уже самое дѣло или вступаетъ въ процессъ.

Просить о правѣ бѣдности можетъ какъ истецъ, такъ и отвѣтчикъ, русскій подданный или иностранецъ ³⁾ и даже юридическое лицо, наприм. сельское общество (Опред. Моск. О. Суда въ „Суд. В.“ 66 г., № 114 по д. крестьянъ села Дракина), конкурсы (Мотивы Гос. Канц. къ ст. 879 Уст.) и т. п.

Послѣдствія права бѣдности состоятъ во временномъ освобожденіи бѣднаго лица отъ взноса судебныхъ издержекъ всякаго рода (Уст. 880 и 839), наприм. гербовыхъ (70 г. Кас. 1918, д. Баевского. Свидѣтельство о бѣдности даетъ право получать и изъ другихъ присутственныхъ мѣстъ копии необходимыхъ для дѣла документовъ, писанныя на простой бумагѣ „Суд. В.“ 66 г. № 97, д. Мѣшкова) и другихъ пошлинъ и сборовъ по производству дѣла, такъ что бѣдное лицо получаетъ возможность вести дѣло совершенно одинаковую съ богатымъ

¹⁾ По старому германскому законодательству требовалось еще клятвенное удостовѣреніе своей бѣдности просителемъ съ общаніемъ уплатить судебныя издержки, когда онъ будетъ въ состояніи. Въ большей части новыхъ германскихъ уставовъ и проектовъ эта присяга отмѣнена и у насъ не требуется.

²⁾ Многія иностранныя законодательства допускаютъ такое предварительное изслѣдованіе основательности требованій просителя по самому существу дѣла. См. Renaud, § 232. Бавар. 137, Ганнов. 62, Франц. зак. 51 г. § 11 (установлены даже вызовы противной стороны для объясненій по существу дѣла) и др. Но какъ справедливо замѣчено въ мотивахъ къ германскому проекту, это предварительное, можетъ быть неосновательное изслѣдованіе представляетъ важныя неудобства (стр. 154 и слѣд.). По англійскому праву судъ можетъ послѣдствіи разбѣднить тяжущагос, если его дѣло окажется клеузнымъ или совершенно безосновательнымъ. Lush, стр. 24.

³⁾ На западѣ Европы иностранецъ можетъ воспользоваться правомъ бѣдности только тогда, когда собственнымъ подданнымъ государства, гдѣ производится дѣло, обеспечена въ родинѣ иностранца такая же возможность. Съ этой цѣлью иногда заключаются особія международныя конвенціи (наприм., Бельгія съ Франціею, Италіею и Люксембургомъ конвенціи 1870 г., между Швейцаріею и Франціею 69 г. § 14 и др.), необходимыя для опредѣленія властей, отъ которыхъ должно исходить удостовѣреніе въ бѣдности иностранца. Инициатива въ заключеніи такихъ конвенцій принадлежитъ министру юстиціи.

и не ограничивается фактически въ правѣ судебной защиты. Распространяется ли это освобожденіе на залогомъ при кассационныхъ жалобахъ, сомнительно: кассационный департаментъ сената рѣшаетъ этотъ вопросъ въ отрицательномъ смыслѣ, такъ что никакая кассационная жалоба не можетъ быть принята безъ установленнаго залога (190 и 800 Уст., 70 г. Кас. 1918, 68 г. Кас. 810, д. Семенова, и 833, д. Коптева, 69 г. Кас. 837, д. Фонъ-Кеппена). Однако, это значитъ только, что свидѣтельство о бѣдности, данное низшими судами, не освобождаетъ просителя отъ взноса залога при кассационной жалобѣ; но если самъ сенатъ признаетъ за лицомъ право бѣдности, то дѣйствіе этого права распространяется и на кассационный залогъ (Уст. 190 прим., 68 г. Кас. 810, д. Семенова), потому что залогъ также относится къ судебнымъ издержкамъ (Уст. 868). Самое ограниченіе дѣйствія свидѣтельствъ о бѣдности, выданныхъ низшими судами, едвали удобно и согласно съ закономъ¹⁾ (Уст. 886), хотя оно и представляетъ рѣшительную мѣру, предупреждающую обремененіе сената кассационными жалобами.—Освобожденіе отъ взноса судебныхъ издержекъ состоитъ въ томъ, что гербовыя, судебныя и канцелярскія пошлины, слѣдующія съ бѣднаго лица, не взыскиваются съ него тотчасъ же, а только ведется имъ счетъ на случай будущаго взысканія; также поступаетъ съ вознагражденіемъ судебныхъ приставовъ по таксѣ и съ гонораромъ присяжнаго повѣреннаго, если таковой былъ назначенъ (Учр. 367, п. 4, 390, 394, 396, 397, Уст. Гр. Суд. 866—7)²⁾. Другіе же сборы или издержки по производству дѣла, какъ-то: на публикаціи, на командировку членовъ, на вознагражденіе свидѣтелей и свѣдущихъ лицъ, уплачиваются въ счетъ бѣднаго лица изъ казны (Уст. 857—65, 887).—Право бѣдности есть личное право, а потому не переходитъ на преемниковъ, и если признано только за однимъ изъ тяжущихся, то не распространяется на другихъ; послѣдніе съ своей стороны обязаны уплачивать всѣ судебныя издержки, падающія на ихъ долю. Мало того, право бѣдности и вообще не измѣняетъ взаимнаго отношенія сторонъ и не освобождаетъ тяжущагося, за коимъ оно признано, отъ возвращенія противной сторонѣ судебныхъ издержекъ, понесенныхъ ею по винѣ бѣднаго лица (Уст. 868 и 889).—Оно отличается характеромъ специальнымъ въ томъ смыслѣ, что имѣетъ силу лишь по тому дѣлу, по которому оно за кѣмъ-либо признано (Уст. 886).

Право бѣдности прекращается смертью или выбытіемъ бѣднаго лица изъ процесса, а также по опредѣленію суда или съ перемѣною обстоятельствъ, вслѣдствіе которой лицо сдѣлалось состоятельнымъ (Уст. 886). Судъ каждой инстанціи, въ которомъ производится дѣло, можетъ постановить о прекращеніи права бѣдности, если убѣдится, по заявленію одной изъ сторонъ, или прокурора, или ех officio, въ томъ, что фактическія условія этого права не существуютъ или перестали существовать. Въ англійскомъ процессѣ это называется разбѣдненіемъ тяжущагося (dispaupering). Самъ тяжущійся, за коимъ при-

¹⁾ Ст. 190 прим. Уст. относится только къ производству дѣлъ мировыхъ судовъ и, кажется, къ тому только случаю, когда право бѣдности не признано мировымъ съѣздомъ и потому представленъ залогъ при кассационной жалобѣ съ просьбою освободить его по бѣдности.

²⁾ Также слѣдовало бы поступать и съ кассационнымъ залогомъ, еслибы сенатъ не установилъ здѣсь ограниченія для права бѣдности.

звано было право бѣдности, обязанъ объявить суду о перемѣнѣ обстоятельствъ, вслѣдствіе которой онъ сдѣлался состоятельнымъ къ платежу судебныхъ издержекъ, и за необъявленіе подлежитъ наказанію (Уст. 883).

За прекращеніемъ права бѣдности, лицо не только теряетъ льготу отъ судебныхъ издержекъ на будущее время (пока снова не будетъ признано бѣднымъ), но и кредитованныя ему издержки взыскиваются изъ имущества, ему принадлежащаго или слѣдующаго. Чаще всего это бываетъ въ тѣхъ случаяхъ, когда бѣдное лицо выигрываетъ дѣло по рѣшенію суда; кредитованныя издержки, пошлины, гонорары и т. п. взыскиваются въ этихъ случаяхъ или съ имущества, ему присужденнаго, или съ обвиненной по дѣлу стороны (Уст. 888, Учр. 396 и 397).

§ 24. Взаимныя отношенія судебныхъ установленій. Судебныя установленія относятся другъ къ другу или въ порядкѣ подчиненности и надзора, или независимо отъ подчиненности, какъ установленія, дѣйствующія для одной общей цѣли и другъ другу помогающія; во всякомъ случаѣ каждое изъ нихъ имѣетъ свой кругъ дѣятельности, опредѣляющій его мѣсто въ ряду другихъ судовъ. Поэтому намъ нужно рассмотреть здѣсь: 1) подчиненность и надзоръ; 2) взаимныя отношенія и содѣйствіе, и 3) предѣлы вѣдомства судебныхъ установленій.

1. Подчиненность и надзоръ. Мы уже имѣли случай замѣтить, что законъ организуетъ нѣсколько видовъ надзора надъ судебными установленіями и должностными лицами судебного вѣдомства, именно, кромѣ надзора общества надъ гласными судами (Учр. 153, Уст. 13, 815 и Зак. о печат. рѣш. 20 ноября 64 г.), надзоръ прокуроровъ и министра юстиціи (Учр. 253, 254 и слѣд.), внутренний надзоръ cadaго суда и предсѣдателя суда (Учр. 250 — 252) и, наконецъ, надзоръ высшихъ, въ порядкѣ подчиненности, судебныхъ мѣстъ надъ низшими (Учр. 249). Здѣсь намъ слѣдуетъ сказать только о послѣднемъ видѣ надзора. Онъ принадлежитъ кассационнымъ департаментамъ сената надъ всѣми судебными установленіями и должностными лицами судебного вѣдомства въ имперіи; судебнымъ палатамъ, надъ состоящими въ округѣ каждой изъ нихъ судебными мѣстами и должностными лицами, кромѣ мировыхъ судовъ (*ibid*); мировымъ сѣздамъ надъ мировыми судьями округа (Учр. 64). Самый надзоръ состоитъ въ томъ, что судебное мѣсто, обнаружившее неправильныя дѣйствія, безпорядки или злоупотребленія подвѣдомаго ему установленія или должностнаго лица, принимаетъ мѣры къ возстановленію нарушеннаго порядка, а когда признаетъ нужнымъ привлечь виновныхъ къ отвѣтственности, то возбуждаетъ дисциплинарное о томъ производство (Учр. 250, 262—291), или даже вопросъ о преданіи суду уголовному (Учр. 261, 292 и слѣд. Уст. Угол. Суд. 1077 и слѣд.). Съ этою цѣлью кассационныя департаменты сената могутъ назначать ревизіи судебныхъ установленій чрезъ сенаторовъ (Учр. 257). Но надзоръ не даетъ права высшему суду вмѣшиваться въ производство дѣлъ въ подчиненномъ судѣ для стѣсненія свободы убѣжденія въ рѣшеніи дѣлъ: высшій судъ не можетъ предписать низшему, чтобы онъ рѣшилъ дѣло такъ, а не иначе. Когда вопросъ о неправильныхъ дѣйствіяхъ дойдетъ до высшаго суда посредствомъ частной жалобы, онъ имѣетъ право отмѣнить опредѣленіе подчиненнаго суда и, наприм., предписать ему,

чтобы онъ принялъ дѣло къ своему разсмотрѣнію, прекратилъ медленность въ производствѣ дѣла и т. п. Но требовать, чтобы онъ перерѣшилъ свое рѣшеніе или опредѣленіе, высшій судъ не можетъ.

2. Взаимныя сношенія и содѣйствіе ¹⁾. Судебныя установленія не только цѣлой русской имперіи, но и разныхъ государствъ существуютъ для одной и той же цѣли — для охраненія гражданскихъ правъ и юридическаго порядка. Обязанные къ дѣятельности для достиженія этой цѣли, они вмѣстѣ съ тѣмъ обязаны и помогать другъ другу въ общемъ дѣлѣ. Чѣмъ болѣе развиваются международныя торговыя сношенія, чѣмъ чаще становятся переѣзды гражданъ изъ одного государства въ другое и сдѣлки, заключаемыя за-границею, чѣмъ болѣе сосредоточивается въ судахъ дѣлъ между подданными разныхъ государствъ, тѣмъ очевиднѣе становится общность цѣли гражданскихъ судовъ во всѣхъ странахъ и тѣмъ необходимѣе взаимное ихъ содѣйствіе въ изслѣдованіи дѣлъ. Въ старое время, при раздѣленіи народовъ и раздробленіи судебной власти по сословіямъ, общинамъ, поземельному владѣнію и т. д., эта мысль о взаимномъ содѣйствіи судовъ встрѣчала преграды на каждомъ шагу. Она осуществляется только послѣ того, какъ государство успѣло соединить судебную власть въ своихъ рукахъ, но и тогда осуществляется только въ предѣлахъ cadaго государства въ отдѣльности; и теперь еще процессуалисты отрицаютъ обязательность взаимнаго содѣйствія между судами разныхъ государствъ, если она не установлена особыми трактатами или конвенціями ²⁾. Однако, въ настоящее время, содѣйствіе иностраннымъ судамъ существуетъ по обычаю и въ международномъ союзѣ, хотя мѣра и формы его отличаются отъ взаимнаго содѣйствія внутреннихъ судебныхъ установленій каждой страны. Поэтому мы рассмотримъ сначала взаимныя сношенія и содѣйствіе:

а) Между судебными установленіями имперіи. Предметы этихъ сношеній могутъ быть различныя; такъ, наприм., иногда нужно вызвать въ судъ отвѣтника, пребывающаго въ округѣ другаго суда, а потому требуется содѣйствіе этого суда (Уст. 279); или нужно допросить свидѣтелей, имѣющихъ жительство въ округѣ или участкѣ другаго суда (Уст. 382, 94, 386—389), привести къ присягѣ тяжущагося или несостоятельнаго должника, который живетъ въ другомъ округѣ ³⁾ (Уст. 485—498, 1267 прим. по прод. 68 г.), произвести осмотръ на мѣстѣ, допросъ окольныхъ людей или изслѣдованіе чрезъ свѣдущихъ людей въ округѣ другаго суда (Уст. 508, 413, 517, 524); внести въ ипотечныя книги отмѣтку о наложеніи или снятіи запрещенія на недвижимое имѣніе отвѣтника въ обезпеченіе иска, если имѣніе нахо-

¹⁾ Endemann, § 46, Его же, Die Rechtshülfe im Nordd. Bunde, 70 г. Зак. 21 іюня 69 г. „О взаимномъ содѣйствіи судовъ въ Германіи,“ у Коха въ G. O. 1, 24, § 30, съ прибавл. Renaud, § 18. Wetzell, § 38. Fölix, tr. du droit internat. privé, 1, стр. 437—458 des commissions rogatoires. Bouvier, Law Dict. v. Letters rogatory. Allg. Verf. des preuss. Justiz Min. 12 іюля 1867 г. „О сношеніяхъ между внутренними судами,“ и 28 іюля 1819 г., 16 сент. 1844 г., 8 іюля 1852 г., 31 мая 1856 г., 28 февр. 1857 г., и 11 янв. 1864 г. „О сношеніяхъ иностранныхъ,“ см. у Коха въ Allg. G. O. 1, 7, § 4 и слѣд.

²⁾ Рено, Эндеманъ, Феликсъ, l. cit. и др.

³⁾ Rig. Stat., Tit. 31 abgeänd., § 5. Smith's Manual of equity, Wash. 1871 г., стр. 480 ff.

дится въ такихъ губерніяхъ, гдѣ существуетъ ипотечная система (Уст. 602, 605), напр. въ Прибалтійскихъ (Сз. Остз. Гр. Зак., ст. 1569—71) и Польскихъ (Собр. Гр. Зак. Ц. Пол., Зак. 20 іюля 1818 г., ст. 7 и 9), наложить или снять арестъ движимаго имущества отвѣтчика въ округѣ другого суда (Уст. 626—628, 938, 962, 968 и слѣд.), привести въ исполненіе рѣшеніе одного суда въ округѣ другого (Уст. 937 и слѣд., 962, 1267—72, 126, 159—161. Ср. Уст. Торг. 1747—48). Принципъ, опредѣляющій предметы сношеній и содѣйствія судовъ, состоитъ въ томъ, что судъ, требующій содѣйствія, долженъ имѣть право на то распоряженіе или постановленіе, послѣдствіемъ котораго является требованіе содѣйствія отъ другого суда; кромѣ того, исполненіе этого распоряженія или постановленія собственною дѣятельностью требующаго суда или состоящихъ при немъ, или частныхъ лицъ, должно быть невозможно, потому что иначе онъ обязанъ исполнить его самъ или поручить исполненіе тѣмъ силамъ, коими располагаетъ (Уст. 508, 413, 517, 524, 386, 278, 453, 454, 937 и др. Уст. Торг. 1747—48); наконецъ, требуемая услуга должна входить въ кругъ вѣдомства и власти того суда, отъ котораго она требуется.

Формы сношеній опредѣлены закономъ ¹⁾. Общее правило состоитъ въ томъ, что судебныя мѣста и должностныя лица судебного вѣдомства, въ случаѣ надобности, сносятся какъ между собою, такъ и съ мѣстами и лицами другихъ вѣдомствъ, непосредственно (Учр. 69 и 186). Исключенія изъ этого правила указаны въ ст. 187—190 Учр. А именно министръ юстиціи сносится съ судебными мѣстами чрезъ прокуроровъ и предсѣдателей, прокурорскій надзоръ сносится съ судами черезъ прокуроровъ, состоящихъ при нихъ (Учр. 187, 188, 196, 197). Есть еще исключеніе для сношеній съ Финляндіею; они производятся обыкновенно чрезъ министра юстиціи,—впрочемъ, въ нетерпящихъ отлагательства случаяхъ и непосредственно между судебными и другими властями (189). По внѣшней формѣ, мѣста и лица, другъ другу подчиненныя, сносятся сообщеніями (Учр. 192 — 197), а если подчинены другъ другу, то высшее посылаетъ низшему указы или предписанія, а само получаетъ отъ него рапорты, доношенія или представленія (Учр. 70, 191—197). Впрочемъ, во всей этой перепискѣ нѣтъ надобности, когда содѣйствіе одного суда другому можетъ совершиться и безъ нея, по просьбѣ заинтересованныхъ лицъ, обращенной прямо въ этотъ послѣдній судъ. Частныя лица служатъ обыкновенно посредниками между судами и замѣняютъ своею дѣятельностью непосредственныя ихъ сношенія (Уст. 379, 452—455, 628, 631, 938, 1267 и слѣд.). Только въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ такое посредничество невозможно или неудобно и рискованно, сношенія судовъ должны производиться по почтѣ (Уст. 279, 379, 382, 386, Учр., ст. 4, Уст. 508, 517, 809 и др.). Такъ, напр., вмѣсто того, чтобы требовать справки изъ другихъ присутственныхъ мѣстъ, судъ долженъ выдать просителю свидѣтельство для полученія справки (68 г. Кас. 218, Побѣд. § 1082).

Обязательность взаимнаго содѣйствія судебныхъ установленій также положительно опредѣлена закономъ. Каждое судебное или иное мѣсто и должностное лицо, получивъ законное требованіе другого мѣста или должностнаго лица, обязано исполнить оное безъ замедленія

¹⁾ Правила о порядкѣ передачи вызововъ и другихъ актовъ польскихъ судовъ лицамъ, проживающимъ въ прочихъ частяхъ государства см. въ Собр. Уз. 67 г., № 77.

и объ исполненіи сообщить тому мѣсту или лицу (Учр. 198). Но обязательная сила принадлежит только законнымъ требованіямъ, а слѣдовательно судъ, получивъ требованіе, долженъ рассмотретьъ, входитъ ли оно въ кругъ вѣдомства и власти требующаго установленія и исполненіе его не превышаетъ ли предѣловъ власти того суда, отъ котораго требуется. Если да, то онъ обязанъ исполнить оное безъ замедленія и отвѣчаетъ за проволочки, нерадѣніе и убытки на общемъ основаніи. Если нѣтъ, то, не исполняя требованія, во всякомъ случаѣ онъ обязанъ довести о томъ до свѣдѣнія требующаго установленія или лица. Мѣста и лица, не получившія своевременно увѣдомленій объ исполненіи законныхъ ихъ требованій, сообщаютъ о томъ надлежащему прокурору (Учр. 199).

б) Между русскими и иностранными судами. Эти отношенія вообще слѣдуетъ обсуждать по аналогіи съ отношеніями внутреннихъ судебныхъ установленій, насколько для нихъ не опредѣлено особыхъ правилъ въ законѣ или въ системѣ международнаго права и конвенцій между государствами. Такъ, наприм., предметы сношеній и здѣсь почти тѣже: просьбы о содѣйствіи въ вызовѣ тяжущихся, въ допросѣ свидѣтелей, въ приводѣ къ присягѣ, въ сообщеніи копій или въ засвидѣтельствovanіи документовъ и т. п. ¹⁾. Однако, такъ какъ власть иностранныхъ судовъ не простирается на имущества, находящіяся на нашей территоріи ²⁾, то просьбы объ обезпеченіи исковъ наложеніемъ запрещенія, отмѣткою въ ипотечныхъ книгахъ или арестомъ не подлежатъ удовлетворенію. Для исполненія рѣшеній иностранныхъ судовъ въ Россіи установленъ особый порядокъ, о которомъ мы будемъ говорить впослѣдствіи (Уст. 1273—1281). Главный случай сношеній съ иностранными судами — это когда нужно вызвать изъ-за-границы русскаго подданнаго или иностранца къ дѣлу, которое производится въ нашихъ судахъ (Уст. 281), или наоборотъ доставить повѣстку лицу, пребывающему на русской территоріи и вызываемому въ иностранный судъ. Въ такихъ случаяхъ иностранные суды обыкновенно указываютъ вызываемому лицу имена и адреса адвокатовъ, состоящихъ при судѣ или иностранныя правительства содержатъ при своихъ посольствахъ въ Россіи особыхъ юрисконсультовъ для совѣтовъ тяжущимся по вопросу объ избраніи адвоката ³⁾. Такая практика можетъ быть рекомендована и у насъ — что касается формы, то сношенія судебныхъ мѣстъ и должностныхъ лицъ имперіи съ судебными и другими мѣстами иностранныхъ государствъ производятся посредствомъ министра юстиціи чрезъ министерство иностранныхъ дѣлъ (Учр. 190); и повѣстки за границу также отсылаются чрезъ министерство иностранныхъ дѣлъ (Уст. 281) ⁴⁾. Затѣмъ, какія правила соблюдаетъ министерство въ этихъ сношеніяхъ, не извѣстно ⁵⁾; материалы по этой отрасли

1) Fölix l. cit. Деклар. рус. итал. 28 авг. 1874 г. (Собр. Уз. № 74).

2) Уст. 224, 212, 628, 937. „Law Times“ 13 сент. 1873 г., дѣло Hart v. Herwig.

3) Koch, Allg. G. O., стр. 142 прим.

4) Прусскіе суды иногда отсылаютъ повѣстки о вызовѣ прямо въ посольство, состоящее при дворѣ иностраннаго государства (Koch, стр. 143), а изъ Риги вызываютъ кого нужно чрезъ прусскаго консула (ibid, стр. 147, п. 10).

5) Передача повѣстокъ и судебныхъ порученій между Россією и Италією дѣлается дипломатическимъ путемъ; къ нимъ прилагается французскій переводъ, а равно и росписка въ полученіи возвращается съ французскимъ переводомъ. Расходы прини-

международнаго права, какъ и по другимъ, у насъ еще не обнаружены и этотъ полезный трудъ, безъ сомнѣнiя, лежитъ на обязанности просвѣщеннаго правительства и ученыхъ изслѣдователей международнаго права, которые теперь, по необходимости, черпаютъ всю свою мудрость изъ иностранныхъ сочиненiй и сборниковъ. По международному обычаю считается приличнымъ вносить въ такiя сношенiя съ иностранными судами изъявленiе готовности на подобную услугу и со стороны требующаго суда — *assertio reciproci, l'assurance de réciprocité* ¹⁾; однако едвали это существенно ²⁾, потому что взаимность предполагается, пока не доказано противнаго. — Въ конвенцiяхъ нѣкоторыхъ государствъ встрѣчается условiе о безпошлинной пересылкѣ такой корреспонденцiи, если она помѣчена на конвертѣ надписью: „*herrschaftliche Sachen*“, „*herrschaftliche gerichtliche Insinuationen*“, „*incinuations judiciaires*“ и т. п. ³⁾. — Обязательность содѣйствiя иностраннымъ судамъ по сношенiямъ, произведеннымъ въ надлежащемъ порядкѣ, опредѣляется тѣми же условiями, какъ и содѣйствiе внутреннимъ судамъ государства; требованiе не должно противорѣчить законамъ страны, ни превышать предѣлы вѣдомства и власти иностраннаго и русскаго суда. Жалобы на неисполненiе требованiя обращаются въ министерство иностранныхъ дѣлъ для разрѣшенiя путемъ дипломатическимъ и окончательный отказъ въ исполненiи влечетъ за собою возмездiе (*retorsio*) судамъ иностраннаго государства, если они впоследствии сами обратятся съ подобнымъ требованiемъ ⁴⁾.

§ 25. 3. Предѣлы вѣдомства судебныхъ установленiй ⁵⁾. Каждое судебное установленiе имѣетъ опредѣленный кругъ вѣдомства или власти, изъ границъ котораго не должно выходить. Онъ опредѣляется:

а) по пространству. Въ этомъ отношенiи вѣдомство мировыхъ судей и ихъ сѣздовъ, окружныхъ судовъ и судебныхъ палатъ ограничивается особыми участками и округами, а вѣдомство правительствующаго сената въ отношенiи къ судебной части распространяется на всю имперiю (Учр. 4, 12, 15, 16, 41, 46, 77, 110, Учр. 37, 202); послѣднее положенiе, впрочемъ, будетъ точно только тогда, когда мы будемъ считать финляндскiй сенатъ отдѣленiемъ русскаго (Учр. Сен.

маеть государство, въ предѣлахъ котораго производится доставка или исполненiя порученiя (Собр. Уз. 1874 г. № 74).

¹⁾ Оттого и самыя требованiя называются *litterae mutui compassus*, другiя названiя *litterae requisitoriales, commissions* или *lettres rogatoires, letters rogatory, Requisitionen, Hülfschreiben*. Денизаръ даетъ слѣдующiй образецъ общанiя взаимности: *Nous vous prions de... comme nous ferions le semblable pour vous, si par vous nous étions priés et requis.*

²⁾ *Bayer*, § 88, стр. 273. Впрочемъ, наприм., прусскiй законъ прямо требуетъ этой оговорки или общанiя взаимности. *Allg. G. O.* 1, 7, §. 4.

³⁾ *Koch*, стр. 148.

⁴⁾ Право возмездiя вытекаетъ изъ понятiя о самостоятельности государства и о равноправности, а потому не принадлежитъ государствамъ полусамостоятельнымъ (*Vulme-ginck* въ *Юрид. Словарѣ Гольцендорфа*, v. *Retorsion*), а тѣмъ менѣе прилично судамъ одной и той же страны, напр. финляндскимъ противъ русскихъ и наоборотъ.

⁵⁾ *Renaud*, § 23. *Побѣдоносцевъ*, § 56—68, 87—129, 1508, 1510—15. *Дума-шевскiй*, § 77—187. *Unico, giurisdizione e competenza* въ *Arch. giur.* VI, fasc. 4 стр. 314 и слѣд.

ст. 1, 12, 42—47, 52). Вѣдомство коммерческихъ судовъ простирается обыкновенно только на тотъ городъ, гдѣ такой судъ учрежденъ, и на уѣздъ его, а въ Петербургѣ на Охтенскій пригородъ (Уст. Торг. 1307, 1426), консисторскихъ судовъ—на епархію, волостныхъ—на волость.

б) по роду и цѣнности дѣлъ, т.-е. по предмету и цѣнѣ исковъ и по характеру лицъ, участвующихъ въ дѣлѣ, какъ-то, по сословному ихъ положенію (крестьянскіе суды), по торговымъ занятіямъ (коммерческіе суды), по казенному интересу, замѣшанному въ дѣлѣ и т. п. Такимъ путемъ разграничивается кругъ вѣдомства общихъ, мировыхъ и особыхъ судовъ. Основное правило для этого разграниченія состоитъ въ томъ, что суды общіе завѣдываютъ всѣми дѣлами, которыя не подлежатъ мировымъ или особымъ судамъ (Уст. 202). Вотъ почему намъ нужно только опредѣлить кругъ вѣдомства мировыхъ и особыхъ судовъ, а затѣмъ предѣлы вѣдомства общихъ судовъ будутъ видны сами собою.

§ 26. I. Вѣдомство мировыхъ судовъ. Оно опредѣлено въ ст. 29—31 Уст. гражд. суд. на основаніи которыхъ „вѣдомству мирового судьи подлежатъ: 1) иски по личнымъ обязательствамъ и договорамъ и о движимости цѣною не свыше 500 руб. ¹⁾; 2) иски о вознагражденіи за ущербъ и убытки, когда количество оныхъ не превышаетъ 500 руб., или же во время предъявленія иска не можетъ быть положительно извѣстно; 3) иски о личныхъ обидахъ и оскорбленіяхъ; 4) иски о возстановленіи нарушеннаго владѣнія, когда со времени нарушенія прошло не болѣе шести мѣсяцевъ; 5) иски о правѣ участія частнаго (ст. 442, 445—451 Зак. Гражд.), когда со времени его нарушенія прошло не болѣе года“. Такова ст. 29 Устава. Но кромѣ дѣлъ, поименованныхъ въ ней, мировой судья можетъ принять къ своему разсмотрѣнію всякій споръ и искъ гражданскій, если обѣ тяжущіяся стороны будутъ просить его о рѣшеніи ихъ дѣла по совѣсти; состоявшіяся вслѣдствіе такихъ просьбъ рѣшенія мировыхъ судей считаются окончательными и апелляціи не подлежатъ (Уст. 30). Далѣе ст. 31 Устава опредѣляетъ вѣдомство мирового судьи еще съ отрицательной стороны. Именно „вѣдомству мирового судьи не подлежатъ: 1) иски о правѣ собственности или о правѣ владѣнія недвижимостью, утвержденномъ на формальномъ актѣ, 2) иски, сопряженные съ интересомъ казенныхъ управленій, за исключеніемъ исковъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія, 3) иски между сельскими обывателями, подлежащіе вѣдомству ихъ собственныхъ судовъ, развѣ на предоставленіе такого рода иска разбору мирового судьи послѣдовало взаимное между истцомъ и отвѣтчикомъ соглашеніе, 4) споры о привилегіяхъ на открытія или изобрѣтенія (С. Уз. 74 г. № 97).

Изъ этихъ статей закона видно, что кругъ вѣдомства мировыхъ судовъ опредѣляется цѣною или предметомъ иска, взаимнымъ соглашеніемъ сторонъ и личнымъ положеніемъ тяжущихся. Намъ нужно теперь рассмотреть эти признаки въ отдѣльности.

аа) О цѣнѣ исковъ ²⁾. По отношенію къ этому масштабу, кругъ

¹⁾ Въ польскихъ губерніяхъ—не свыше 250 р. Такова же норма и для гминныхъ судовъ (Полож. ст. 115 и слѣд.).

²⁾ Прусскій законъ 21-го іюля 1843 г. Ueber die Grunsätze, wonach der Werth des Streitgegenstandes in Civilprozessen zu berechnen ist, см. у Коха G. O., стр. 399 и слѣд. Schmitt, der bayer. Civilpr. § 47. Leonhardt, Han. Processordnung, стр.

вѣдомства мировыхъ судовъ опредѣляется различно. А именно, нѣкоторыя дѣла подлежатъ ихъ вѣдомству, если цѣна иска не превышаетъ 500 руб.; таковы дѣла по личнымъ обязательствамъ и договорамъ, по искамъ о движимомъ имуществѣ, о вознагражденіи за убытки и за личныя обиды и оскорбленія (Уст. 29, п. 1—3, X, 1, 667—670), а также о вознагражденіи за судебныя издержки въ исковомъ порядкѣ (Уст. 921, 68 г., Кас. 255, д. Мухина). Напротивъ, нѣкоторыя другія дѣла подлежатъ ихъ вѣдомству независимо отъ цѣны иска и хотя бы она была выше 500 руб.; таковы иски о восстановленіи на рушеннаго владѣнія (69 г. Кас. 789, д. Князева, 70 г. Кас. 1602, д. крест. с. Легчищева) или участія частнаго (Уст. 29, п. 4 и 5), а также случаи добровольнаго подчиненія суду обѣихъ тяжущихся сторонъ (Уст. 30, 31, п. 3). Наконецъ, нѣкоторыя дѣла не подлежатъ ихъ вѣдомству независимо отъ цѣны иска и хотя бы она была ниже 500 руб.; таковы иски о правѣ собственности на недвижимое имущество или о правѣ на владѣніе недвижимостью, утвержденномъ на формальномъ актѣ, иски сопряженные съ интересомъ казенныхъ управленій и дѣла, предоставленныя вѣдомству особыхъ судовъ (Уст. 31). Въ основаніи всей этой классификаціи лежитъ слѣдующій взглядъ законодательства: въ виду дешевизны и простоты мирового судопроизводства и болѣе надежныхъ гарантій правильнаго разрѣшенія дѣлъ, представляемыхъ общими судами, оно поручаетъ мировымъ судьямъ разбирательство только дѣлъ малоцѣнныхъ, именно до 500 руб.: это ихъ нормальный кругъ вѣдомства и власти. Но нѣкоторыя дѣла, по самому роду ихъ или по свойству интересовъ, съ ними связанныхъ, законъ считаетъ столь важными или требующими разсмотрѣнія въ особыхъ судахъ, что исключаетъ ихъ изъ вѣдомства мировыхъ судей независимо отъ цѣны иска. Съ другой стороны, по мысли закона, нѣкоторыя дѣла требуютъ особенно быстраго, немедленнаго разсмотрѣнія и рѣшенія въ томъ самомъ участкѣ, гдѣ послѣдовало нарушеніе правъ, а потому эти дѣла и поручены мировому суду, какъ суду мѣстному и особенно способному къ быстротѣ дѣйствій, независимо отъ цѣны исковъ; кромѣ того, устанавливая въ общихъ интересахъ извѣстные предѣлы власти единоличныхъ мировыхъ судей по цѣнѣ исковъ, законъ не желаетъ ограничивать довѣріе къ нимъ отдѣльныхъ тяжущихся сторонъ, если онѣ добровольно предоставятъ мировому судья разобратъ ихъ дѣло по совѣсти: въ такомъ случаѣ мировой судья можетъ принять къ своему разсмотрѣнію и рѣшаетъ окончательно всякій искъ и споръ о правѣ гражданскомъ.

Опредѣленіе цѣны иска должно быть по возможности просто и незатруднительно 1) и наше законодательство вполне удовлетворяетъ этому требованію. Оно указываетъ на самый простой масштабъ для

12 и слѣд. Баден. Уст. § 15—17. Герм. проектъ, §§ 2—9 и мотивы къ нимъ. Итал. Уст. § 72 и слѣд. Остѣ. проектъ, § 14—25. Bunge's Entwurf, § 887—904. Въ учебникахъ германскаго процесса подобный вопросъ излагается въ ученіи объ апелляціи, а именно объ ограниченіи права апелляціи цѣною требованія (*summa appellabilis*, *Appellations-summe*). См. Rénéaud, § 176. Endemann, § 232. Bayer, § 313. Wetzell, § 54 и др. Также статьи: Линде, Шольца, Флаха, Гессе въ *Civ. Arch.* т. IX, т. XXI, въ *Zeit f. Civilr. u. Proc.* т. X, XII, XIII, XVIII, и Pfeiffer, *prakt. Ausführungen*, т. VI.

1) Мотивы къ § 2—9 герм. проекта.

опредѣленія цѣны иска. Именно, цѣною иска признается сумма, показанная въ исковой просьбѣ съ причисленіемъ къ суммѣ капитала и отыскиваемыхъ по день предъявленія иска процентовъ (Уст. 55, 272, 273, п. 1). Съ этой цѣлью законъ требуетъ, чтобы истецъ началъ въ своей просьбѣ цѣну иска, за исключеніемъ дѣлъ, оцѣнокъ неподлежащихъ, и случаевъ, положительно въ законѣ опредѣленныхъ (Уст. 54, п. 3, 257, п. 3, 266, п. 4, 273), хотя мировой судъ не имѣетъ права возвращать прошеніе, въ которомъ не означено цѣны иска (67 г. Кас. 413, д. Заруднаго, № 398 д. Максимова, 70 г. Кас. 775, д. Мордка Іоло-са ¹⁾ Итакъ, если цѣна иска показана въ исковой просьбѣ, то это показаніе и признается за мѣру цѣны, пока отвѣтчикъ не докажетъ противнаго ²⁾. И притомъ именно это показаніе нужно считать масштабомъ цѣны иска, а не ту сумму, на которую истецъ имѣетъ право по матеріальному основанію своего иска, напримѣръ по договору или обязательству, изъ котораго искъ проистекаетъ (70 Кас. 1221 и 1280, д. Трейтеръ); это вполне понятно, потому что сторона, имѣющая право по договору или обязательству, можетъ добровольно отступить отъ своего права въ цѣломъ составѣ или въ части (X, 1, 1547), слѣдовательно, предъявить искъ въ меньшемъ размѣрѣ, отказавшись отъ остальной части права, хотя и не можетъ дробить свои требованія для послѣдовательнаго предъявленія исковъ по одному и тому же основанію (Кас. р. по д. Трейтеръ. 70 Кас. 1304, д. Иванова). Судъ долженъ считать мѣрою цѣны иска только тотъ размѣръ требованія, въ какомъ оно предъявлено въ исковомъ прошеніи. Такъ, напримѣръ, если истецъ въ своей просьбѣ требуетъ опредѣленной суммы, то именно эта сумма и служитъ мѣрою цѣны иска, хотя бы проданное имущество, за которое онъ требуетъ эту сумму, стояло дороже и продано было за болѣе высокую цѣну (69 Кас. 1294, д. Отто). Или напримѣръ, когда истецъ требуетъ только извѣстной доли наслѣдства, то эта только доля и принимается въ расчетъ (70 Кас. 374, д. Моховыхъ. Contra 71 Кас. 237, д. Зайцевыхъ, именно по отношенію къ просьбамъ о признаніи правъ на наслѣдство въ исковомъ порядкѣ). Кромѣ того, эта показанная первоначально въ исковой просьбѣ цѣна остается основаніемъ повѣдомственности дѣла, хотя бы истецъ въ теченіи процесса увеличилъ свои требованія: такое увеличеніе вообще запрещается (Уст. 332, 163 и 747), а потому судъ не уважить новыхъ требованій и останется въ предѣлахъ первоначально показанной цѣны иска (70 Кас. 1920, д. Визгалина), но нѣкоторыя дополнительныя требованія дозволены закономъ (Уст. 333, 747, 133, 868, 870) и судъ можетъ уважить ихъ, хотя бы вслѣдствіе того онъ присудилъ истцу болѣе 500 руб. (70 г. Кас. 302, д. Мальцова; 72 г. Кас. 672 и др.); это вполне возможно, потому что для опредѣленія цѣны иска служитъ основаніемъ первоначально показанная въ исковомъ прошеніи сумма, а не та, которая въ послѣдствіи присуждена судомъ (68 г. Кас. 695, д. Никитина. 69 Кас. 85, д. Левченковой, 494, д. Суворова). Эта же первоначально пока-

¹⁾ Возвращеніе такого прошенія, поданнаго въ окружной судъ, основывается на соображеніяхъ, непримѣнимыхъ къ мировому судопроизводству (Уст. 266, п. 4. 269, п. 5, 200).

²⁾ Если дѣло идетъ о денежномъ платежѣ и не затрогиваетъ какого-нибудь отношенія между сторонами съ содержаніемъ болѣе обширнымъ, чѣмъ одно это обязательство къ платежу, то отвѣтчикъ и совсѣмъ не можетъ увеличить показанія истца.]

занная сумма принимается въ расчетъ и въ тѣхъ случаяхъ, когда истецъ уменьшаетъ въ теченіи процесса свои требованія, на что онъ имѣетъ полное право (70 г. Кас. 444, д. Иконникова и 1718, д. Венедиктова).

Если въ просьбѣ соединены разныя требованія, вытекающія изъ одного и того же основанія, то цѣна иска опредѣляется суммою ихъ; напротивъ, если требованія вытекаютъ изъ разныхъ основаній (въ формальныхъ исковыхъ прошеніяхъ это смѣшеніе исковъ, вытекающихъ изъ разныхъ основаній, запрещается, ст. 258 Уст.), то они будутъ отдѣльными исками, хотя бы предъявлены были одновременно; цѣна иска должна быть опредѣлена въ этихъ случаяхъ для каждаго иска особо ¹⁾. По этимъ же правиламъ надобно обшуживать и тѣ случаи, когда въ одномъ прошеніи соединены иски нѣсколькихъ лицъ ²⁾: если они отыскиваютъ слѣдующія имъ части изъ общаго цѣлаго или на одномъ и томъ же основаніи, то цѣной иска будетъ сумма ихъ требованій (Уст. 273, п. 3); наприм. если рабочіе нанялись въ работу къ одному хозяину по одному и тому же артельному договору и съ круговою другъ за друга отвѣтственностію и погомъ эта артель отыскиваетъ съ хозяина недоплаченное ей жалованье однимъ исковымъ прошеніемъ, то цѣной иска будетъ сумма всѣхъ требованій (67 г. Кас. 87 и 88, д. Никифорова, Иванова и др.); но если рабочіе служили отдѣльно и потому каждый требуетъ жалованья для себя, и только для удобства одновременныя и сходныя просьбы ихъ разбираются совокупно, то иски, не смотря на соединеніе ихъ, остаются раздѣльными и цѣна каждаго изъ нихъ должна опредѣляться особо ³⁾, именно потому, что самое соединеніе ихъ есть дѣло простаго удобства и судья можетъ раздѣлить ихъ во всякое время, если найдетъ это нужнымъ ⁴⁾. Такія же правила примѣняются и къ соединеннымъ искамъ противъ нѣсколькихъ отвѣтчиковъ: обыкновенно это соединеніе основывается на солидарности нѣсколькихъ лицъ по отношенію къ истцу и въ такомъ случаѣ цѣной иска будетъ совокупность отдѣльныхъ требованій съ каждаго отвѣтчика, однако не болѣе той суммы, какую истецъ можетъ получить со всѣхъ ихъ вмѣстѣ (70 г. Кас. 42, д. Левыкиныхъ); если же соединенное производство было бы допущено по совершенно раздѣльнымъ искамъ только въ видахъ удобства, то нѣтъ основанія складывать ихъ въ общую сумму для опредѣленія цѣны иска.

Часто случается, что отвѣтчикъ въ зашиту противъ иска предъявляетъ съ своей стороны встрѣчный искъ и, если онъ стоитъ въ связи съ первоначальнымъ искомъ, то оба они разсматриваются въ одномъ производствѣ. Для опредѣленія подвѣдомственности дѣла въ этихъ случаяхъ нужно брать цѣну каждаго иска отдѣльно, а не складывать ихъ: для такого сложенія противоположныхъ требованій, изъ коихъ одно

¹⁾ Итал. 78. Contra 70 г. Кас. 564, д. Старцева, впрочемъ, довольно неопредѣленное по изложенію.

²⁾ Остз. Пр. 99, 100, 21, Contra Bunge, § 892.

³⁾ Для такихъ исковъ между хозяевами и рабочими особенно необходимъ мѣстный судъ. Иностранная законодательства обыкновенно относятъ ихъ къ вѣдомству единоличныхъ судей даже независимо отъ цѣны иска. Бавар. 6., Ганнов. Зак. 31 марта 59 г. § 4, п. в. Баден. § 9, п. 3. Франц. зак. 25 мая, 1838 г. § 5, п. 3. Бельг. Зак. 25 марта 41 г. § 7, п. 4. См. также Ендтампъ, § 232. прим, 29 и Рено, § 176,

⁴⁾ Ганновер. § 34. Герм. Пр. § 130.

уменьшаетъ другое, очевидно нѣтъ ни малѣйшаго основанія (70 г. Кас. 105, д. Случевского). Если окажется, что встрѣчный искъ самъ по себѣ превышаетъ предѣлы вѣдомства мирового судьи, то судья долженъ отказать въ принятіи его къ разсмотрѣнію. Мало того, если въ этомъ случаѣ встрѣчный искъ неразрывно связанъ съ первоначальнымъ искомъ, то, хотя бы послѣдній самъ по себѣ и подлежалъ вѣдомству мирового судьи, онъ долженъ прекратить у себя производство по цѣлому дѣлу и оба иска принадлежать затѣмъ къ вѣдомству окружнаго суда (Уст. 38, 39, 202, 226.—68 г. Кас. 724, д. Эбергардта). Такое прекращеніе цѣлаго производства допускается, впрочемъ, только при неразрывной связи исковъ, т.-е. когда первоначальный искъ, вытекающая изъ одного и того же отношенія со встрѣчнымъ, не можетъ быть разрѣшенъ отдѣльно (Уст. 39.—68 г. Кас. 295, д. Демидовой, 72 г. Кас. 559, д. Левицкой).

До сихъ поръ мы предполагали, что цѣна иска опредѣлительно означена въ самой просьбѣ и что со стороны отвѣтчика не предъявлено спора противъ этого показанія истца. Но такой споръ возможенъ. Часто истецъ требуетъ себѣ какую-нибудь вещь *in specie* и оцѣниваетъ ее по своему усмотрѣнію; конечно, и здѣсь, пока нѣтъ спора, судья не обязанъ входить въ изслѣдованіе того, правильно ли показана истцомъ цѣна имущества (72 г. Кас. 55, д. Олещенко): если нѣтъ спора, то предполагается, что дѣло по цѣнѣ иска подлежитъ суду, въ которомъ предъявлено исковое требованіе ¹⁾, пока это предположеніе не будетъ опровергнуто (Уст. 79.—70 г. Кас. 810, д. Борисова). Въ случаѣ же спора противъ показанной въ исковой просьбѣ цѣны имущества она опредѣляется по убѣжденію судьи черезъ свѣдущихъ людей (Уст. 56) или на основаніи другихъ способовъ доказательства ²⁾. Въ основу оцѣнки полагается моментъ предъявленія иска, хотя бы послѣ того цѣнность имущества измѣнилась ³⁾ (Уст. 55). Цѣна иска, безъ разныхъ придаточныхъ или присоединенныхъ требованій, будетъ равна цѣнѣ самой вещи, когда истецъ требуетъ ее въ свое владѣніе по праву собственности или по какому-нибудь основанію приобрѣтенія, или проситъ въ качествѣ третьяго лица освободить имущество отъ ареста, какъ его собственность (*contra* 69 г. Кас. 1269, д. Воллнера). Напротивъ, когда дѣло идетъ только о правѣ пользованія или объ обезпеченіи вещью какого-нибудь долга, цѣна иска не совпадаетъ съ цѣною вещи, а опредѣляется цѣнностью права или требованія ⁴⁾. Такъ, наприм., если споръ касается права пользованія имуществомъ по найму, именно, если дѣло идетъ о существованіи или продолженіи найма, то цѣна иска опредѣляется суммою арендной платы за все то время, на которое распространяется оспариваемое дѣйствіе договора найма ⁵⁾ (*contra* 67 г. Кас. 243, д. Прокофьева), потому что именно эта сумма служить эквивалентомъ права пользованія (Уст. 273, п. 4). Но когда искъ относится не къ праву пользованія, когда истецъ требуетъ только извѣстной платы за наемъ и ни та, ни другая сторона не отрицаетъ самаго найма, тогда цѣной иска безъ сомнѣнія бу-

¹⁾ Итал. 80.

²⁾ Герм. Пр. 72 г. § 3.

³⁾ Герм. Пр. § 4: моментъ доставленія отвѣтчику новѣстии объ искѣ.

⁴⁾ Герм. Пр. § 6. Итал. 78. Остз. Пр. 16—17.

⁵⁾ Герм. Пр. § 8. Итал. 77. Остз. Пр. 20.

деть только та часть арендной платы, на которую обращено требование истца (Уст. 55.—67 г. Кас. 5, д. Бабарыкиной).—Въ искахъ о правѣ на періодическіе платежи, въ теченіи извѣстнаго срока, цѣна опредѣляется совокупностью всѣхъ платежей, а въ искахъ о правѣ, которое не ограничено срокомъ, или о пожизненномъ правѣ цѣна опредѣляется десятилѣтнею сложностью платежей (Уст. 273, п. 4 и 5).

66) О родѣ правъ, составляющихъ предметъ иска. Мы уже видѣли, что нѣкоторые дѣла, по самому роду своему и независимо отъ цѣны иска, или изъяты изъ вѣдомства мировыхъ судовъ, или, напротивъ, предоставлены ихъ вѣдомству. Къ первому классу принадлежатъ вещные иски о правѣ на недвижимое имущество (Уст. 31, п. 1). Однако, не всѣ дѣла, касающіяся недвижимыхъ имуществъ, изъяты изъ вѣдомства мировыхъ судовъ. Здѣсь нужно различать иски личные (*actiones in personam*) и вещные (*actiones in rem*). Личные иски суть тѣ, кои вытекаютъ изъ обязательствъ по договору, правонарушенію и т. п. основаніямъ, и направлены противъ стороны, отвѣтствующей по обязательству; вещные иски суть тѣ, которые основываются на вещномъ правѣ и требуютъ его признанія и охраненія по отношенію къ извѣстной вещи противъ каждаго лица, оспаривающаго или нарушающаго это право ¹⁾. Вещные иски, по своему предмету, относятся или къ имуществамъ движимымъ, или къ недвижимымъ. Только послѣдніе изъяты изъ вѣдомства мировыхъ судовъ; таковы иски о признаніи права собственности на недвижимое имущество (72 г. Кас. 87, д. Вороны) или на наследство, состоящее, между прочимъ, изъ недвижимыхъ имуществъ (Уст. 29; 31, п. 1, 202, 215, 1408,—67 г. Кас. 85, д. Геттуна, № 294, д. Александрова), притомъ, какъ просьбы объ утвержденіи въ правахъ на такое наследство (68 Кас. 238, д. Акимовой), такъ и о раздѣлѣ его ²⁾ (68 г. Кас. 74, д. Мизонова). Таковы же иски о признаніи закладнаго права на недвижимость (Уст. 214), съ которыми, однако, не должно смѣшивать исковъ о платежѣ долга по закладной: послѣдніе могутъ быть разрѣшены и мировымъ судомъ, если сумма долга не превышаетъ 500 руб. и нѣтъ спора о дѣйствительности самой закладной (69 г. Кас. 1243, д. Каплуна); въ случаѣ спора мировой судья превращаетъ у себя производство и затѣмъ дѣло подлежитъ окружному суду (70 г. Кас. 1556, д. Латышева). Точно также и другія вещныя права на недвижимое имущество могутъ составить предметъ исковъ, изъятыхъ изъ вѣдомства мировыхъ судовъ; наприм., право пользованія земельнымъ надѣломъ временно-обязанныхъ крестьянъ (70 г. Кас. 1217, д. Буниной), право пожизненнаго владѣнія и т. п.

Замѣтимъ теперь, что разнаго рода личные иски нерѣдко находятъ въ связи съ правами на недвижимое имущество и однако подлежатъ вѣдомству мировыхъ судовъ, если цѣна ихъ не превышаетъ 500 р. Такъ., наприм., по договору о куплѣ-продажѣ недвижимаго имущества продавецъ обязывается сдать его въ исправности и очищать покупателя отъ постороннихъ вступившихъ, а покупатель — ис-

¹⁾ *Gai, IV, 2: in personam actio est, quoties cum aliquo agimus, qui nobis vel ex contractu vel ex delicto obligatus est, id est cum intendimus dare facere praestare oportere. 3. In rem actio est, cum aut corporalem rem intendimus nostram esse, aut jus aliquod nobis competere, velut utendi aut utendi fruendi и т. д.*

²⁾ Если наследство состоитъ только изъ движимости, то дѣла эти подлежатъ мировымъ или окружнымъ судамъ, смотря по цѣнѣ имущества (67 г. Кас. 177, д. Маевского).

правно уплатить покупную цѣну. На этихъ обязательствахъ могутъ основываться личные иски о вознагражденіи за неисправную сдачу имущества (69 г. Кас. 1103, д. Дириной, 68 г. Кас. 422, д. Грабовской), объ очисткѣ (72 г. Кас. 319, д. Фалькевича), о платежѣ покупной цѣны и т. п. Всѣ такіе иски, цѣною до 500 р., должны разбираться въ мировыхъ судахъ. Еще очевиднѣе, что иски по договору запродажи недвижимаго имущества (69 г. Кас. 84, д. Фомина, 423, д. Купріянова, 72 г. Кас. 320, д. Сергѣева, 71 г. Кас. 898, д. Филареты) или о вознагражденіи за убытки, причиненные подтопомъ, потравомъ и т. п. поврежденіями въ недвижимомъ имуществѣ (Уст. 29, п. 2) не изъяты изъ вѣдомства мировыхъ судовъ въ общихъ предѣлахъ ихъ власти по цѣнѣ исковъ. То же самое нужно сказать объ искахъ по договору найма или аренды недвижимаго имущества. Кромѣ того, что эти иски, вытекающіе изъ обязательства, имѣютъ личный характеръ, самыя дѣла этого рода особенно нуждаются въ судѣ мѣстномъ ¹⁾ и потому естественно принадлежать къ вѣдомству мировыхъ судей (69 г. Кас. 903, д. Мелиховой, 1019, д. Тетюревой, 70 г. Кас. 323, д. Башлавина, 378, д. Шмидта, 72 г. Кас. 759). Наша судебная практика, впрочемъ, допускаетъ здѣсь одно исключеніе, относительно исковъ о досрочномъ прекращеніи права пользованія недвижимымъ имуществомъ, основаннаго на формальномъ арендномъ контрактѣ: дѣла этого рода не подлежатъ мировымъ судамъ (Зак. гражд. 514. Уст. 31, п. 1.—67 Кас. 521, д. Дуклау, 68 г. Кас. 276, д. Меншутина и 291, д. Михайловой. 72 г. Кас. 316, д. Біерзертъ).

Съ другой стороны, нѣкоторыя дѣла, касающіяся главнымъ образомъ недвижимыхъ имуществъ, предоставлены мировымъ судамъ даже независимо отъ цѣны иска. Таковы именно дѣла о возстановленіи нарушеннаго владѣнія.

О защитѣ владѣнія ²⁾. Владѣніе, какъ извѣстно, есть господство лица надъ вещью, которое существуетъ независимо отъ вопроса о правѣ лица на эту вещь, т. е. можетъ совпадать съ этимъ правомъ, но можетъ и расходиться съ нимъ. Обыкновенно, впрочемъ, право и владѣніе совпадаютъ, такъ что надъ вещью господствуетъ то же самое лицо, которое

¹⁾ Вотъ почему иностранныя законодательства поручаютъ ихъ единоличнымъ судьямъ даже независимо отъ цѣны исковъ: Бавар. 6, Баден. 9, Ганнов. зак. 59 г. § 4-й, Франц. зак. 38 г. ст. 3 и слѣд., Бельг. зак. 41 г. ст. 7 (однако иски о досрочномъ прекращеніи договора и объ очисткѣ имущества—только когда цѣна ихъ не свыше 200 fr., ст. 5). Германскіе законы обыкновенно различаютъ здѣсь наемъ и аренду (Mithe und Pacht). Объ ejectment и replevin, см. Davis. стр. 28, 37, 405, 370.

²⁾ Dig. 43 книга. Франц. Уст. 23—27 (Бугарь, § 626 и слѣд. Карре и Ш. Ад. т. I, стр. 93 и слѣд.). Итал. ст. 443—445 (Борсари, I, стр. 562 и слѣд.). Женев. 258—266 (Бордо, стр. 397 и слѣд.). Баден. § 655—672. Ганнов. 504—507. Прус. I, 31, Прус. L. R. I, 7, § 184—187 (Förster, § 162). Бавар. Уст. § 584—8 (Schmitt, II, § 397 f.). Бунге, § 1645—50. Ост. Пр. 640—645. Австр. зак. 27 окт. 49 г. (у Манца стр. 377 и слѣд.). Reusch. Ausserord. Proz. § 24—27. Schmid, III, § 191 и слѣд. Bayer, Theorie d. sum. Pr. § 63 и слѣд., Martin, § 258 f. Endemann, § 276 f. Mittermaier, IV, стр. 285—340. Savigny, Besitz. 65 r. Bruns, Besitz 48 r. Höpfner, Besitzrechtsmittel, 41 r. Belime, Poss. et actions poss. 42 r. Alauzet, Hist. de la poss. et des actions pos. 49 r. De-Parieu, Etudes hist. 50 r. Ihering въ ero Jahrbücher, т. IX. Blackstone, by Kerr, III, стр. 217 of trespass Kerr on injunctions 67 r., Юрсевъ въ Жур. Гражд. и Угол. Права, 75 г., мартъ—апрѣль.

имѣть на нее право; это явленіе вполне понятно, потому что юридическій порядокъ отношеній не есть нѣчто только идеальное, а существуетъ въ дѣйствительности: лица, имѣющія право на ту или другую вещь, обыкновенно и пользуются своимъ правомъ, господствуютъ надъ вещью. Это фактъ всеобщій и повсемѣстный и, если лицо состоитъ во владѣннй вещью, мы можемъ съ увѣренностью предполагать, что оно имѣетъ и право на это владѣннй. Только въ исключительныхъ случаяхъ право и владѣннй расходятся между собою, такъ что вещью владѣетъ лицо, не имѣющее на нее права, наприм., воръ и т. п. Эти случаи сравнительно весьма рѣдки и не устраняютъ общаго предположенія, что владѣльцы вещью обыкновенно имѣютъ и право на эти вещи. Во всякомъ случаѣ владѣннй нуждается въ защитѣ и заслуживаетъ ея до тѣхъ поръ, пока это предположеніе о сообразности его съ правомъ не будетъ опровергнуто судебнымъ порядкомъ и не будетъ доказано, что владѣлецъ не имѣетъ права на вещь, что это право принадлежитъ другому лицу, которому и должно быть предоставлено владѣннй вещью. Притомъ владѣннй требуетъ защиты особой, самостоятельной, независимо отъ вопроса о правѣ владѣльца на вещь: нельзя заставить каждаго владѣльца, при каждомъ нарушеннй его владѣннй, доказывать первому встрѣчному свои права на эту вещь и впредь до рѣшенія вопроса объ этихъ правахъ оставлять вещь въ рукахъ сторонняго лица потому только, что ему вздумалось потревожить или нарушить существующее владѣннй. Въ пользу владѣльца говоритъ уже одинъ фактъ владѣннй и онъ въ правѣ требовать защиты, ссылаясь только на этотъ фактъ. Именно, онъ можетъ требовать, чтобы стороннее лицо не тревожило его владѣннй самовольно и не завладѣвало вещью или возвратило ему вещь, отнятую по произволу и самоуправству. Если этотъ нарушитель полагаетъ, что самъ онъ имѣетъ какое-нибудь право на эту вещь, то ему открытъ законный путь: онъ долженъ сначала доказать судебнымъ порядкомъ свои права на вещь, а до тѣхъ поръ не вторгаться въ чужое владѣннй.

Отсюда видно, что защита владѣннй есть нѣчто совершенно особое въ сравненнй съ процессомъ о правахъ, что судъ можетъ охранять владѣннй въ особомъ порядкѣ, независимо отъ вопроса о правѣ на вещь, такъ что сторона, проигравшая дѣло въ этомъ порядкѣ, можетъ потомъ предъявить къ своему противнику особый искъ, основанный на правѣ и, доказавъ свои права, можетъ выиграть дѣло. Первый порядокъ, назначенный единственно для защиты владѣннй, называется *judicium possessorium*, а второй порядокъ, въ которомъ рѣшаются вопросы о правахъ на отыскиваемую вещь, называется *judicium petitorium*. Между той и другой формой судебного охраненія есть различіе и по отношеннй къ подвѣдомственности дѣлъ. Защита владѣннй особенно нуждается въ судѣ, ближайшемъ къ мѣсту нарушенія и способномъ оказать немедленную помощь противъ самоуправства и насилія. Такъ какъ онъ рѣшаетъ здѣсь только вопросъ о владѣннй, то даже единоличному судѣ возможно поручить эти дѣла независимо отъ рода и цѣны имущества, о которомъ идетъ споръ. Напротивъ, разрѣшеннй вопроса о правахъ на имущество недвижимое или дорого стоящее можетъ быть предоставлено и болѣе отдаленному коллегіальному суду, въ устройствѣ котораго соединены наибольшія гарантіи правосудія. Такое распределеннй мы дѣйствительно и находимъ въ нашемъ законодательствѣ. Дѣла по защитѣ владѣннй въ прежнее время возла-

гались у насъ на полицію (X, 2, ст. 6, 10, 21 и слѣд.), а теперь поручены мировымъ судамъ независимо отъ рода и цѣны имуществовъ, если со времени нарушенія владѣнія прошло не болѣе 6 мѣсяцевъ (Уст. 29, п. 4). Напротивъ, споры о правѣ, если имущество недвижимое или цѣна иска свыше 500 руб., разрѣшаются общими судебными мѣстами (31, п. 1, 202 Уст.).

Дѣла перваго рода назывались у насъ прежде „безспорными дѣлами о завладѣнiяхъ“ или „дѣлами о насильномъ и самоуправномъ завладѣнiи“, а въ Уставѣ гр. суд. они названы „дѣлами о возстановленiи нарушеннаго владѣнiя“. Вся эта терминологiя не совсѣмъ точна; правильнѣе было бы назвать ихъ „дѣлами по защитѣ владѣнiя“ или просто „защитою владѣнiя“, но законъ не употребляетъ этого названiя, вѣроятно, потому, что слово „владѣнiе“ у насъ довольно двусмысленно, иногда и право собственности зовется у насъ просто владѣнiемъ, а собственникъ владѣльцемъ.

Искъ о защитѣ владѣнiя можетъ имѣть цѣлью или охраненiе существующаго владѣнiя (*interdicta retinendae possessionis, complainte, possessorium ordinarium* и *summariissimum, injunctio, einstweilige Verfügungen, operis novi nunciatio*¹⁾ и проч.), или же возвращенiе нарушеннаго и отнятаго владѣнiя (*interdicta recuperandae possessionis, remedium spoli, reintegrande*). Кроме того, можно представить себѣ еще искъ о полученiи владѣнiя, котораго истецъ вовсе не имѣлъ до предъявленiя иска (*interdicta adipiscendae possessionis*)²⁾ и котораго онъ домогается на основанiи какого-нибудь акта прiобрѣтенiя, напримѣръ, по завѣщанiю, по праву законнаго наслѣдованiя, по куплѣ-продажѣ и т. п. Впрочемъ, послѣднiй разрядъ исковъ вытекаетъ уже не изъ владѣнiя и направленъ не къ защитѣ, а, напротивъ, къ перемѣнѣ владѣнiя. Только два первые разряда исковъ относятся собственно къ дѣламъ о защитѣ владѣнiя, и терминъ, употребленный Уставомъ гр. суд. для обозначенiя этихъ дѣлъ („дѣла о возстановленiи нарушеннаго владѣнiя“) обнимаетъ ту и другую группу ихъ.

Иски объ охраненiи существующаго владѣнiя³⁾ зависятъ отъ слѣдующихъ условiй: 1) необходимо, чтобы истецъ въ моментъ предъявленiя иска состоялъ въ дѣйствительномъ владѣнiи имуществомъ (движимымъ или недвижимымъ). Это владѣнiе можетъ быть весьма различно по своимъ основанiямъ и по своему характеру. Такъ, оно можетъ быть основано на правѣ собственности (X, 1, 420 и 513), на правѣ пожизненнаго владѣнiя (X, 1, 116 и прилож.), на правѣ общаго владѣнiя (71 г. Кас. 743, д. Степанова. 69 г. Кас. 1112, д. Кованьки, contra 72 г. Кас. 472, д. Сая и Побѣдон. § 118-а), на правѣ пользованiя по найму или арендѣ⁴⁾ и т. п. актмъ (X, 1, 514), или даже на незаконномъ осно-

¹⁾ Heinzerling, *Noviperis Nunciatio* въ *civ. Arch. m.* 53, объ отношенiи къ интердиктамъ, § 12-й.

²⁾ По римскому праву сюда относятся: *int. quorum bonorum, int. fraudatorium, quod legatorum, Salvianum, int. „quo itinere venditor usus est, quominus emtor utatur, vim fieri veto.“*

³⁾ Въ римскомъ правѣ извѣстны были два *interdicta retinendae possessionis: uti possidetis* по отношенiю къ недвижимымъ имуществомъ, и *utrubi* по отношенiю къ движимости. Въ современномъ правѣ оба они совершенно сравнены между собою.

⁴⁾ 70 г. Кас. 1627, д. Бережнаго неправильно мотивировано. Пользованiе имѣло здѣсь пречкарный характеръ (*procatio ab adversario*). Ср. далѣе въ текстѣ. Поэтому нельзя

вані, напрімѣръ, на недѣйствительномъ духовномъ завѣщаніи (X, 1, 1098) или вообще на неправильномъ присвоеніи наслѣдства (X, 1, 1242, 1300—1303), на завладѣніи посредствомъ подлога, обмана, насилія или самовольства (X, 1, 525—528), потому что даже и незаконное владѣніе охраняется общественною властью до толѣ, пока имущество не будетъ присуждено другому по разсмотрѣніи его правъ на оное (X, 1, 531). Далѣе, владѣніе можетъ быть добросовѣстное и недобросовѣстное (X, 1, 529—531), и то и другое подлежитъ защитѣ. Но оно не должно быть такимъ владѣніемъ, которое бы давало отвѣтчику право на искъ о возстановленіи владѣнія (X, 1, 532). Въ самомъ дѣлѣ, споры о защитѣ владѣнія суть *judicia duplicitia* въ томъ смыслѣ, что если отвѣтчикъ заявилъ споръ противъ владѣнія истца, то дѣло можетъ кончиться не только отказомъ истцу въ его просьбѣ объ охраненіи владѣнія, но и присужденіемъ его къ возврату имущества во владѣніе отвѣтчика. Каждая сторона здѣсь является истцомъ и отвѣтчикомъ въ одно и тоже время, потому что искъ объ охраненіи и искъ о возвратѣ нарушеннаго владѣнія суть понятія соотнесенныя и взаимно противоположныя. Напрімѣръ, представьте такой случай: одно лицо самовольно или насильно вытѣснило домовладѣльца изъ дома и расположилось въ немъ; хозяинъ, однако, тревожить этого пришлеца; но тотъ, съ своей стороны, не только не намѣренъ уступить ему, а предъявляетъ даже искъ объ охраненіи его владѣнія. Хозяинъ, конечно, заявитъ въ отвѣтъ противъ этого иска, что самый домъ принадлежитъ ему, что онъ же и владѣлъ этимъ домомъ за недѣлю, но былъ вытѣсненъ насильно и на этомъ основаніи потребуетъ возстановленія нарушеннаго владѣнія. Оба эти противоположныя притязанія будутъ разматриваться въ одномъ производствѣ и, при данныхъ условіяхъ, первый истецъ не только проиграетъ искъ, но будетъ даже присужденъ возстановить владѣніе отвѣтчика. Отсюда слѣдуетъ, что незаконное владѣніе (X, 1, 525—532), основанное на захватѣ имущества отвѣтчика, охраняется мировымъ судьей только тогда, когда оно продолжалось болѣе шести мѣсяцевъ (Уст. 29, п. 4), или же, когда отвѣтчикъ не заявитъ противъ него спора и не докажетъ своихъ правъ на возстановленіе нарушеннаго владѣнія. Далѣе, отсюда же слѣдуетъ, что только то владѣніе заслуживаетъ охраненія, которое не имѣетъ прекарнаго характера по отношенію къ отвѣтчику¹⁾, т. е. продолженіе или прекращеніе котораго не зависитъ исключительна отъ воли отвѣтчика. Есть въ самомъ дѣлѣ много отношеній съ такимъ прекарнымъ характеромъ; такъ, напрімѣръ, чужой человекъ или отдаленный родственникъ часто живетъ въ чьей-нибудь семьѣ, пользуется

согласиться съ § 146 Св. Думашевскаго. См. 72 г. Кас. 467, д. Шафира; 71 г. Кас. № 6, д. Михайлова. Различенія, которыя проводитъ Побѣдоносцевъ, § 117 и 118, также не имѣютъ основанія. Цитаты его говорятъ совершенно о другихъ вещахъ и ничего не доказываютъ.

1) Въ интердиктахъ *uti possidetis* постоянно оговаривается: *pec vi, pec clam, pec precario alter ab altero* (Dig. 43, tit. 17—22, срав. 23, § 7). Съ другой стороны, см. *interdicta restitutoria: quod vi aut clam* (tit. 24) и *de precario* (tit. 26). Здѣсь же юристъ Ульпіанъ даетъ опредѣленіе прекарныхъ отношеній: *precarium est, quod precibus petenti utendum conceditur tamdiu, quamdiu is qui concessit patitur; quod genus liberalitatis ex jure gentium descendit... Natura aequum est, tamdiu te liberalitate mea uti, quamdiu ego velim, et ut possim revocare, quum mutavero voluntatem.*

квартирою, столомъ и проч. потому только, что его любятъ или терпятъ, или привыкли къ нему. Представимъ теперь, что хозяинъ дома поссорился съ нимъ и гонить его изъ дома; въ правѣ ли онъ просить объ охраненіи его прекарнаго владѣнія противъ воли хозяина? Очевидно нѣтъ; напротивъ, хозяинъ дома имѣетъ полное право принудить его судебнымъ порядкомъ къ очисткѣ квартиры (72 г. Кас. 467, д. Шафира). Таково же будетъ отношеніе сторонъ, когда одно лицо предоставило другому безсрочное пользованіе земельнымъ участкомъ на какихъ-нибудь условіяхъ, но съ правомъ прекратить его во всякое время по своему усмотрѣнію (70 г. Кас. 1627, д. Бережного). Таково же отношеніе по найму или арендѣ послѣ того, какъ истекъ срокъ пользованія, опредѣленный договоромъ (70 г. Кас. 401, д. Демиса, 420, д. Туманова), а наниматель продолжаетъ пользоваться имуществомъ безъ договора съ хозяиномъ (69 г. Кас. 645, д. Михайлова).

2) Другимъ условіемъ иска объ охраненіи существующаго владѣнія служитъ нарушеніе владѣнія, т.-е. дѣйствіе, возмущающее покой владѣнія, мѣшающее осуществленію господства лица надъ вещью или пользованію ею ¹⁾, противозаконное распоряженіе имуществомъ владѣльца, бросающее тѣнь сомнѣнія на независимость и самостоятельность его владѣнія, или такія, хотя еще не совершенныя, а только угрожающія дѣйствія, которыя заставляютъ владѣльца опасаться за цѣлость имущества ²⁾. Такъ, напр., кто-нибудь разбираетъ заборъ или завалину при чужомъ домѣ, роетъ канаву и намѣренъ провести ее подъ стѣну сосѣда, рубить лѣсъ во владѣніяхъ арендатора или мѣшаетъ ему вспахивать и засѣвать земли, и т. п. Формы этой тревоги чужаго владѣнія могутъ быть весьма разнообразны. Но нарушеніе, какъ условіе иска объ охраненіи владѣнія, не должно состоять въ завладѣніи, потому что иначе этотъ искъ будетъ не примѣнимъ и нужно будетъ обратиться къ другому иску—о возвратѣ владѣнія.

Искъ о возвратѣ владѣнія зависитъ отъ слѣдующихъ условій: 1) необходимо, чтобы истецъ былъ владѣльцемъ имущества до момента нарушенія владѣнія. Основанія и характеръ этого владѣнія вообще могутъ быть столь же различны, какъ и при первомъ родѣ исковъ. Безъ сомнѣнія и здѣсь недостаточно владѣнія прекарнаго между сторонами; 2) необходимо, чтобы истецъ до предъявленія иска въ мировомъ судѣ и не далѣе какъ за 6 мѣсяцевъ до этого дня былъ вытѣсненъ вполне или отчасти изъ владѣнія имуществомъ вслѣдствіе захвата или завладѣнія: иначе онъ не могъ бы просить судью о возвращеніи владѣнія ³⁾. Этотъ 6-мѣсячный срокъ исчисляется со дня нарушенія вла-

¹⁾ L. 11, Dig. 43, 16: Vim facit qui non sinit possidentem eo, quod possidebat, uti arbitrio suo, и т. д.

²⁾ Въ этихъ случаяхъ судья можетъ постановить запрещеніе дѣйствій, угрожающихъ опасностью (injunction) и принять другія предохранительныя мѣры или распоряженія (einstweilige Verfügungen), потребовать обезпеченія и т. п. Остз. пр. 645. Такъ, наприм. если бы лицо собиралось увести въ море чужое судно или хранитель чужаго имущества по договору поклажи намѣренъ былъ продать его. Сюда же относятся operis novi nunciatio, когда, напримѣръ, сосѣдъ намѣренъ измѣнить теченіе ручья и т. п.

³⁾ Возможно ли просить мирового судью о восстановленіи владѣнія, нарушеннаго при исполненіи рѣшенія полиціею или судебнымъ приставомъ? Сенатъ по дѣлу Булатова (70 г. Кас. 1320) рѣшилъ этотъ вопросъ отрицательно. Также, когда имѣніе продано от-

вв) О третейскомъ правѣ мировыхъ судей ¹⁾. По ст. 30 Уст. гражд. суд., мировой судья можетъ принять къ своему разсмотрѣнію всякій споръ и искъ гражданскій, если обѣ тяжущіяся стороны будутъ просить его о рѣшеніи ихъ дѣла по совѣсти; состоявшіяся вслѣдствіе такихъ просьбъ рѣшенія мировыхъ судей считаются окончательными и апелляціи не подлежатъ. Эту юрисдикцію мирового судьи въ качествѣ суда третейскаго (Уст. 1367—1400) слѣдуетъ отличать отъ тѣхъ случаевъ, когда тяжущіеся, по праву добровольнаго выбора подсудности, подчиняются разбирабельству мирового судьи по общимъ правиламъ мирового судопроизводства, т.-е. подъ условіемъ апелляціи и другихъ способовъ обжалованія его рѣшеній и опредѣленій. Такъ, напримѣръ, по ст. 31, п. 3 Устава, мировой судья можетъ разбирать иски между сельскими обывателями, подлежащіе вѣдомству ихъ собственныхъ судовъ, если истецъ и отвѣтчикъ, по взаимному соглашенію, предоставятъ ему разборъ дѣла; но въ этихъ случаяхъ производство дѣла у мирового судьи слѣдуетъ общимъ правиламъ, каждая сторона можетъ принести апелляцію на рѣшеніе судьи и т. п.; самое соглашеніе сторонъ на разборъ ихъ дѣла мировымъ судьей не связано никакими формальностями и можетъ выразиться со стороны истца—предъявленіемъ исковой просьбы, а со стороны отвѣтника—явкой на судъ, заявленіемъ отвода противъ подсудности и представленіемъ объясненій по существу дѣла (70 г. Кас. 351, д. Вятскаго по крест. д. присутствія, № 77, д. Миронова, № 1633, д. Козлова). Напротивъ, третейское право мирового судьи основывается лишь въ тѣхъ случаяхъ, когда обѣ тяжущіяся стороны просятъ его о рѣшеніи дѣла именно по совѣсти, на правахъ 30 ст. Устава; эта просьба есть непремѣнное условіе законности и дѣйствительности производства дѣлъ въ третейскомъ порядкѣ. Она должна быть обращена къ мировому судѣй въ такой формѣ, которая не допускала бы ни малѣйшаго сомнѣнія въ дѣйствительности воли лица, отъ имени котораго она исходитъ (72 г. Кас. 682). Необходимо, чтобы просьба эта была личная, или же чтобы повѣренный былъ положительно уполномоченъ въ довѣренности на такую просьбу. Возникающій на этомъ основаніи порядокъ судопроизводства отличается исключительнымъ характеромъ, потому что мировой судья рѣшаетъ здѣсь окончательно всякій споръ о правѣ гражданскомъ (за исключеніемъ дѣлъ, означенныхъ въ ст. 1368 Устава), напримѣръ, всякій споръ о недвижимомъ имуществѣ (68 г. Кас. 531, д. Гладышева), по внутреннему убѣжденію его совѣсти, не стѣсняясь постановленіями положительнаго закона. Ни апелляціи, ни обыкновенныя кассаціонныя жалобы на эти рѣшенія не допускаются. Они подлежатъ обжалованію и уничтоженію только тогда, когда можетъ быть признано, что производство на правѣ третейскомъ началось вопреки условіямъ, при которыхъ оно допускается закономъ (72 г. Кас. 515, д. Вѣхова, 69 г. Кас. 1299, д. Бакуревича, 70 г. Кас. 1255, д. Блоцкаго). Вообще къ дѣламъ этого рода примѣняются начала третейскаго разбирабельства съ нѣкоторыми только исключеніями, вытекающими изъ того обстоятельства, что третейскій судья здѣсь есть въ то же время лицо облеченное судебною властью отъ государства. Поэтому, напримѣръ, нѣтъ надобности, чтобы согласіе сторонъ на разборъ дѣла по совѣсти мировымъ судьей выражено было въ особой третей-

¹⁾ „Суд. Вѣст.“ 73 г. ст. Мыша. № 218—19, 74 г. № 114.

ской записи (Уст. 1369), а вполне достаточно, если оно записано въ протоколъ судьи за подписью сторонъ (70 г. Кас. 852, д. Брновицкаго). Рѣшенія, постановленныя мировымъ судьей въ этомъ порядкѣ, исполняются подъ его же наблюденіемъ по общимъ правиламъ исполненія судебныхъ рѣшеній, такъ что въ этомъ періодѣ исполненія допускаются и жалобы на распоряженія судьи (68 г. Касс. 615, д. Друри).

г) О лицахъ, изъятыхъ изъ вѣдомства мировыхъ судовъ. Сюда относятся, во-первыхъ, нѣкоторыя изъятія въ пользу особыхъ судовъ, которыя будутъ указаны ниже. Здѣсь мы обратимъ вниманіе только на изъятія въ пользу судовъ общихъ. А именно вѣдомству мировыхъ судей не подлежатъ дѣла казенныхъ управленій, за исключеніемъ только исковъ о восстановленіи нарушеннаго владѣнія (Уст. 31, п. 2). Дѣлами казеннаго управленія признаются дѣла, сопряженныя съ интересомъ казны, удѣльнаго и придворнаго вѣдомствъ и другихъ правительственныхъ установленій, управленій и вѣдомствъ, а также дѣла монастырей, церквей, архіерейскихъ домовъ и всѣхъ христіанскихъ и магометанскихъ духовныхъ учрежденій (Уст. 1282). Поэтому, напримѣръ, не подлежатъ вѣдомству мировыхъ судей иски о правѣ участія частнаго въ церковныхъ земляхъ (72 г. Кас. 362, д. Романова), объ арендѣ монастырской земли (72 г. Кас. 63, д. Θεодосія) и даже иски о квартирной платѣ по церковному дому (68 г. Кас. 297, д. Нахтмана), также дѣла по договорамъ удѣльнаго вѣдомства (70 г. Кас. 534, д. Иванова), дѣла о вознагражденіи полиціи за сломку строеній, возведенныхъ съ нарушеніемъ устава строительнаго (69 г. Кас. 1229, д. Антонова) и т. п. Напротивъ, дѣла о восстановленіи нарушеннаго владѣнія между казенными управленіями и частными лицами, если со времени нарушенія прошло не болѣе шести мѣсяцевъ, подлежатъ мировымъ судамъ (Уст. 1310—15); такъ, напримѣръ, еслибы казна завладѣла частнымъ лѣсомъ или вытѣснила частнаго владѣльца изъ общаго лѣснаго участка (69 г. Кас. 1112, д. Кованьки). Надобно замѣтить еще, что дѣла земскихъ учрежденій не считаются дѣлами казеннаго управленія и подлежатъ вѣдомству мировыхъ или общихъ судовъ на равнѣ съ исками частныхъ лицъ (Уст. 343, 1282, 67 г. Кас. 512, д. епиф. управы).

О другомъ изъятіи мы уже упоминали прежде. Именно, дѣла о вознагражденіи за вредъ и убытки, причиненные должностными лицами административнаго вѣдомства, разсматриваются особыми присутствіями при общихъ судахъ (Уст. 1316—22;—70 г. Кас. 1446, д. Некрасова и 70 г. Угол. кас. 966; 71 г. Угол. кас. 257), а за вредъ, нанесенный должностными лицами судебного вѣдомства — разрѣшаются общими судебными мѣстами (Уст. 1331—1335).

§ 27. II. Вѣдомство коммерческихъ судовъ ¹⁾. Вопросъ о предметахъ вѣдомства коммерческихъ судовъ надобно различать отъ другаго во-

¹⁾ C. de Commerce, ст. 1, 631—641. Бельг. зак. 25 марта, 41 г. ст. 21, законъ о несост. 18-го апр. 1851 г. in fine. Голланд. Тор. Улож. ст. 2—5: о торговыхъ дѣлахъ (въ Голландіи нѣтъ коммерческихъ судовъ). Испан. Торг. Улож. кн. 5 (отмѣнена, съ закрытіемъ коммерческихъ судовъ, декретомъ 6 дек. 1868 г.). Report of the Committee on trib. of Com. 1871. Гамбург. Handels-Gerichts-Ordnung, изд. 44 г. § 9—18. Итал. Торг. Ул., ст. 2 и 3 и Уст. гр. суд., ст. 85. Баден. § 11—14. Бавар. § 7. Австр. законы у Манца, стр. 45 и слѣд.

проса—о предметахъ торговаго права или законодательства. Еслибы коммерческимъ судамъ подлежали дѣла по особеннымъ отношеніямъ, опредѣленнымъ въ торговыхъ законахъ, то разграничить ихъ вѣдомство отъ общихъ гражданскихъ судовъ ¹⁾ было бы не трудно, потому что общіе гражданскіе суды разсматривали бы въ такомъ случаѣ дѣла, возникающія изъ другихъ отношеній, опредѣленныхъ въ законахъ гражданскихъ. Однако, такое ясное и простое разграниченіе законовъ и судовъ въ дѣйствительности нигдѣ не существуетъ; для него нѣтъ матеріальной почвы. Торговля есть нечто иное, какъ промышленная организація того самаго оборота цѣнностей, который составляетъ общее явленіе гражданского быта и опредѣляется потому общими гражданскими законами. Одна и таже сдѣлка, одинъ и тотъ же договоръ, наприм. купля-продажа или поставка, служить и орудіемъ торговли и формою имущественнаго оборота или обмѣна вообще. Вотъ почему коммерческіе суды разсматриваютъ и такія отношенія и сдѣлки, которыя опредѣлены общими гражданскими законами; дѣла, изъ нихъ возникающія, обыкновенно подлежатъ вѣдомству общихъ гражданскихъ судовъ, но когда эти сдѣлки заключены въ торговомъ быту и для торговыхъ оборотовъ, то споры о нихъ разрѣшаются коммерческими судами. Оттого, что сдѣлка заключена для торговыхъ оборотовъ, она не превращается въ какую-нибудь другую сдѣлку, а остается тою же самою сдѣлкою общаго гражданского права. Поэтому въ тѣхъ мѣстностяхъ, гдѣ нѣтъ особыхъ коммерческихъ судовъ, всѣ дѣла о гражданскихъ отношеніяхъ и договорахъ подлежатъ вѣдомству общихъ гражданскихъ судовъ. Нѣкоторыя формы сдѣлокъ первоначально развились въ торговомъ быту и опредѣляются, по историческому преданію, въ торговыхъ законахъ; но съ теченіемъ времени примѣненіе ихъ расширено, такъ что онѣ стали общими формами кредита или обращенія цѣнностей, какъ торговаго, такъ и неторговаго. Таковы, напримѣръ, векселя. Иностранные уставы гражд. суд. обыкновенно и этого рода дѣла распределяютъ между общими и коммерческими судами, смотря по тому, относится ли сдѣлка къ торговымъ операціямъ, или нѣтъ. Одно то обстоятельство, что сдѣлка опредѣлена правилами торговаго уложенія или устава, еще не лишаетъ ее значенія общегражданской сдѣлки, если она встрѣчается и внѣ торговаго оборота и служить общимъ орудіемъ кредита или имущественнаго обращенія. Въ тѣхъ мѣстностяхъ, гдѣ нѣтъ особыхъ коммерческихъ судовъ (какъ наприм. въ Англіи, Голландіи, Пруссіи и большей части Россіи), общіе суды гражданскіе разбираютъ споры по всѣмъ вообще имущественнымъ отношеніямъ и сдѣлкамъ, хотя бы для торговаго быта они опредѣлялись особыми торговыми законами.

Изъ всего вышеизложеннаго очевидно, что къ вѣдомству коммерче

Герм. Торг. Ул. § 271—7. Разные Германскіе зак. о введ. въ дѣйствіе Тор. Улож. см. въ Прилож. къ Проток. Нюрнб. Конфер. Massé, § 10—31. Pardessus, § 4—54, 1344—60. Alauzet, § 11—36, 2947—3043. Goldschmidt, § 40—59. Schmidt, Der bayer. Pr. § 57—62. Денизъ, о торговой подсудности въ «Жур. Гр. и Торг. Права» 1872 г., июнь. Зубаревъ, *ibid* 72 г. февр. Проектъ комиссіи при М. Юст., ст. 73—31, мотивы, стр. 122 и слѣд.

¹⁾ Мы употребляемъ здѣсь этотъ терминъ въ отличіе отъ коммерческихъ судовъ, какъ особыхъ. Онѣ обнимаютъ какъ общія судебныя мѣста (по терминологіи Устава гражд. суд.), такъ и мировыя судебныя установленія.

скихъ судовъ относится известная группа гражданскихъ дѣлъ, которая безъ этого изъятія подлежала бы общимъ гражданскимъ судамъ наравнѣ съ другими дѣлами. На коммерческіе суды можно смотрѣть, какъ на особыя отдѣленія общихъ гражданскихъ судовъ, въ коихъ сосредоточены известныя категоріи гражданскихъ дѣлъ, въ тѣхъ же видахъ удобства и развитія однообразной практики, какъ, напримѣръ, полезно было бы сосредоточить въ особомъ отдѣленіи суда дѣла семейныя и наслѣдственныя, въ другомъ отдѣленіи—дѣла о недвижимыхъ имуществахъ и т. п. Правда, эти послѣднія группы гораздо опредѣленнѣе и разграниченіе ихъ легче.

Коммерческіе суды въ Россіи завѣдываютъ вообще дѣлами, стоящими въ связи съ торговлею, однако нѣкоторыя дѣла подлежатъ ихъ вѣдомству даже когда не имѣютъ никакого отношенія къ торговлѣ; таковы, напримѣръ, дѣла вексельныя. Самыя понятія о торговлѣ и торговыхъ дѣлахъ развиваются исторически и, отражая въ себѣ весьма разнообразныя явленія промышленнаго быта, тѣсно связанныя съ другими отраслями народнаго хозяйства, не разграниченныя отъ нихъ твердою гранью, поддаются лишь такимъ опредѣленіямъ, которыя оставляютъ за собою широкое поле для казуистики и пререканій, и каждое такое пререканіе сопровождается потерей времени и денегъ для тяжущихся сторонъ.

Торговлею называется вообще промышленная дѣятельность, имѣющая цѣлью посредничество между производствомъ и потребленіемъ или содѣйствіе передвиженію хозяйственныхъ силъ и цѣнностей. По предмету, на который обращено это посредничество, исторически развиваются одинъ за другимъ разные виды торговли. Древнѣйшій видъ—товарная торговля; за нею слѣдуетъ денежная и фондовая или кредитная торговля; далѣе торговля трудомъ. Кромѣ того, можно различать еще торговлю въ собственномъ смыслѣ слова, т.-е. промышленную дѣятельность, состоящую въ приобрѣтеніи цѣнностей изъ однихъ рукъ и въ сбытѣ ихъ въ другія руки, для полученія разницы между цѣною приобрѣтенія и сбыта,—и торговлю въ несобственномъ смыслѣ, именно вспомогательную промышленную дѣятельность, напримѣръ, комиссіонеровъ, маклеровъ и т. п., которые своимъ трудомъ облегчаютъ главныхъ дѣятелей торговли или даже замѣняютъ ихъ, посредничая прямо между производителями и потребителями за известное вознагражденіе (коммисію). Чѣмъ болѣе развивается торговля, тѣмъ болѣе она принимаетъ комиссіонный характеръ и сводится къ простому посредничеству въ сбытѣ и обмѣнѣ чужихъ цѣнностей безъ приобрѣтенія ихъ на имя посредника.

Разсмотримъ теперь предметы вѣдомства коммерческихъ судовъ:

1) По товарной торговлѣ. Товарная торговля имѣетъ своимъ предметомъ только движимыя вещи, которыя, обращаясь въ торговлѣ, называются товарами ¹⁾. Поэтому права на недвижимыя имущества и сдѣлки о нихъ ни въ какомъ случаѣ не подлежатъ вѣдомству

¹⁾ Въ послѣднее время, особенно въ западныхъ странахъ, торговля овладѣваетъ все болѣе и болѣе и оборотомъ недвижимыхъ имуществъ. Есть даже особыя вотчинныя биржи (real estate exchange), подобно фондовымъ или хлѣбнымъ. Для вотчиннаго кредита вендѣ существуютъ особые банки или общества взаимнаго кредита, и сдѣлки о бумагахъ ихъ, какъ вещахъ движимыхъ, и по нашему закону могутъ быть торговыми операціями (Уст. Тор. 1302, п. 3).

коммерческихъ судовъ, такъ, напримѣръ, дѣла о наймѣ недвижимаго имущества, квартиры (69, Кас. 1143, д. Корнфельда), барака подѣ кросинъ (Спб. К. Суда за июль 69 г., д. Меллина съ Бенардаки, утверж. Сенатомъ) и т. п. Что касается имуществовъ движимыхъ, то главныя формы или операціи товарной торговли суть: купля-продажа и поставка, рѣже мѣна; къ нимъ присоединяется затѣмъ длинный рядъ вспомогательныхъ операцій по транспорту и храненію товаровъ.

Безъ сомнѣнія, не каждая покупка, продажа, поставка или мѣна движимыхъ имуществовъ составляетъ торговую сдѣлку. Онѣ считаются торговыми операціями только тогда, когда служатъ элементами торговыхъ оборотовъ (Уст. Торг. 1300, 1301). Торговый оборотъ, какъ отдѣльное звѣно въ цѣлой цѣпи промышленныхъ дѣйствій по товарной торговлѣ, есть приобрѣтеніе товара изъ однѣхъ рукъ для сбыта въ другія, или сбытъ въ однѣ руки и приобрѣтеніе изъ другихъ, съ расчетомъ, во всякомъ случаѣ, получить въ свою пользу разницу между цѣною приобрѣтенія и сбыта. Товарная торговля, въ собственномъ смыслѣ слова, слагается изъ такихъ оборотовъ. Какъ совокупность ихъ, она является промысломъ, имѣющимъ внѣшнюю организацію; такъ, напримѣръ, есть торговля фабричная, заводская, лавочная, амбарная, магазинная и т. п., а по своимъ размѣрамъ—торговля оптовая и розничная или мелочная (Уст. Т. 1301).

Отсюда слѣдуетъ, что, напримѣръ, покупка товара только тогда будетъ торговою операціею, когда она составляетъ элементъ торговаго оборота, т.-е. когда она предпринимается съ расчетомъ на дальнѣйшій сбытъ товара въ третьи руки, въ томъ же самомъ видѣ (напримѣръ при лавочной, магазинной и т. п. торговлѣ), или же въ обработанномъ и переработанномъ видѣ (именно при фабричной или заводской торговлѣ). Поэтому заборъ товара изъ лавки для собственнаго употребленія покупателя ни въ какомъ случаѣ нельзя считать торговою сдѣлкою (68 г. Кас. 275, д. Звѣркова), потому что здѣсь нѣтъ расчета на дальнѣйшій сбытъ покупаемаго товара. Точно также заборъ мяснаго и т. п. товара изъ лавки для прокормленія рабочихъ (Спб. К. Суда, 2 апр., 70 г., д. Куражева съ Горшковымъ, 72 г. Кас. 28, д. Епифанова), заборъ овса для корма лошадей въ извозничьемъ заведеніи (Спб. К. Суда въ ноябрѣ 69 г., по д. Яблонникова съ Рубцовымъ) и т. п. Напротивъ, покупка бумаги въ кредитъ для печатанія книгъ съ цѣлью продажи будетъ торговою операціею (Ук. 4 д-та Сената по д. Печаткина съ Петровымъ за № 1695, сент. 1869, Спб. К. Суду.—Ук. 4 д-та по д. Кобылина съ Петровымъ, отъ 5 дек. 69 г., за № 2554), равно какъ и покупка въ кредитъ цѣлой лавки, т.-е. товара, въ ней находящагося, а не помещенія (Спб. Суд. Пал. по пререк. между Спб. О. и Ком. судами, по д. Савельевой съ Кокотушкинымъ, 67 г.).

Отсюда слѣдуетъ далѣе, что продажа товара только тогда будетъ торговою операціею, когда она реализуетъ или заключаетъ и осуществляетъ торговый оборотъ, т.-е. когда товаръ былъ прежде того приобрѣтенъ продавцомъ изъ третьихъ рукъ, въ томъ же самомъ видѣ, или же въ видѣ сыраго матеріала, потомъ переработаннаго въ его заведеніи,—и приобрѣтенъ былъ именно съ расчетомъ на перепродажу. Поэтому, напримѣръ, если крестьянинъ продаетъ въ лавку или въ садокъ наловленную имъ самимъ рыбу, то здѣсь нѣтъ торговой операціи (Спб. К. Суда въ сент. 68 г. по д. Баухелайна съ Лѣсковымъ), равно какъ и въ продажѣ купцу сельскихъ произведеній, собранныхъ самимъ продав-

цемъ ¹⁾. (Спб. К. Суда въ маѣ 67 г. по д. Кузнецова съ Ивановымъ). Напротивъ, продажа желѣза съ завода въ лавку купца по текущему счету признается торговою сдѣлкой (68 г. Кас. 404, д. Никитина), какъ продажа товара, возмездно приобрѣтеннаго заводчикомъ съ цѣлью сбыта.

Отсюда очевидно, что купля-продажа можетъ быть торговою сдѣлкой для одного контрагента, и неторговою для другаго. Тоже самое слѣдуетъ сказать о поставкѣ. Напримѣръ, одно лицо обязуется поставлять другому бараньи кишки для струнъ; со стороны фабриканта струнъ эта сдѣлка будетъ торговою, а со стороны поставщика, если онъ поставлялъ свой матеріаль, а не имѣлъ въ виду приобрѣтать его для поставки изъ третьихъ рукъ, она будетъ неторговою. Но для того, чтобы дѣло подлежало вѣдомству коммерческаго суда, нужно, чтобы сдѣлка для обоихъ контрагентовъ была торговою (70 г. Кас. 507, д. Эшенбаха, и приведен. выше рѣшенія Сиб. Ком. Суда).

Очевидно также, что торговый характеръ сдѣлокъ основывается на признакахъ внутреннихъ, субъективныхъ и нелегко уловимыхъ, именно на отношеніи сдѣлки къ торговымъ оборотамъ, то-есть на спекулятивномъ расчетѣ перепродать покупаемый товаръ, купить товаръ для поставки, или же на отношеніи продажи и поставки къ прежнимъ покупателямъ съ цѣлью спекуляціи. Ясно, что такіе критеріи для опредѣленія подвѣдомственности дѣлъ тому или другому суду были бы совершенно непригодны, еслу бы задача распознаванія торговыхъ сдѣлокъ не облегчалась вѣдшею организаціею торговли. Во всякомъ случаѣ, конечно, судъ обязанъ, для признанія сдѣлки торговою, опредѣлить ея отношеніе къ торговымъ оборотамъ и указать основанія, по коимъ оборотъ долженъ быть признанъ торговымъ (72 г. Кас. 28, д. Епифанова). Но этотъ діагнозъ облегчается до нѣкоторой степени вѣдшею организаціею торговаго промысла; такъ, напримѣръ, относительно сдѣлокъ, заключаемыхъ на биржѣ (Торг. Уст. 1302, п. 3) или сдѣлокъ между торговыми заведеніями, какъ-то: фабриками и складами или магазинами, можно предполагать, что онѣ принадлежатъ къ торговымъ оборотамъ. Напротивъ, между дворянами и разночинцами предположеніе говоритъ скорѣе противъ торговаго характера сдѣлокъ (Уст. Т. 1303, пр. 2). Что касается ремесленнаго класса, то опредѣленіе рода и свойства сдѣлокъ представляетъ здѣсь большія трудности, такъ что даже сами судебныя мѣста, и притомъ наиболѣе компетентныя, впадаютъ въ противорѣчія между собою по этимъ вопросамъ. Такъ, напримѣръ, по мнѣнію петербургскаго коммерческаго суда, дѣла о поставкѣ однимъ ремесленникомъ другому вещей, изготовленныхъ по заказу, не подлежатъ вѣдомству коммерческаго суда (Спб. К. С. въ сентябрѣ 69 г., по д. Дементьева съ Рехенбергомъ), а по мнѣнію кассационнаго департамента сената, подлежатъ этому суду даже вообще расчеты за работу, произведенную въ одномъ ремесленномъ заведеніи, напримѣръ, слесарно-кузнечномъ, въ пользу другаго, напримѣръ, каретнаго (69 г. Кас. 182, д. Козловыхъ). По закону, дѣла ремесленниковъ между собою и съ другими, по коимъ плата требуется за личную услугу, безъ всякой какой-либо поставки матеріаловъ и окредитованія, не должны подлежать коммерческимъ судамъ (Уст. Т. 1303). Самыя поставки будутъ торговыми только тогда, когда поставщикъ приобрѣлъ матеріаль съ этою именно цѣлью изъ третьихъ рукъ (Зак. Гр., ст. 1743. Срав.

¹⁾ Busch's Archiv, т. 31, стр. 37 ff.

полож. о пошл. ст. 2, п. 11), потому что только при этомъ условіи поставка образуетъ элементъ торговаго оборота (Уст. Торг. 1300, 1301). Впрочемъ, матеріаль можетъ быть обработанъ въ заведеніи ремесленника и поставка такихъ издѣлій въ другое заведеніе для перепродажи будетъ также торговою операціею (Уст. Т., 520. Спб. К. Суда въ мартѣ 67 г., по д. Флотара съ Мареско).

Вообще, какъ уже замѣчено выше, здѣсь открывается широкое поле для казуистики и пререканій. Вопросъ усложняется еще вслѣдствіе того, что въ дополненіе и измѣненіе къ торговому уставу издано въ 65 году новое положеніе о пошлинахъ за право торговли и промысловъ, которое причисляетъ къ торговымъ дѣйствіямъ разные промыслы, неизвѣстные торговому уставу. Какъ законъ чисто финансовый, оно не имѣло въ виду измѣнять предѣлы вѣдомства коммерческихъ судовъ и остается безъ вліянія на нихъ (68 г. Кас. 767, д. Общ. страх. кладей), но выставленный имъ перечень „торговыхъ дѣйствій“ можетъ путать практику и особенно самихъ тяжущихся, которые прежде всего должны рѣшить для себя вопросъ, какому суду подлежатъ ихъ дѣла.

Изъ правилъ, нами изложенныхъ, есть одно исключеніе. Именно споры по покупкѣ и продажѣ товаровъ на наличныя деньги въ рядахъ, въ лавкахъ, на рынкахъ, торгахъ и ярмаркахъ, не подлежатъ вѣдомству коммерческихъ судовъ (Уст. Т. 1303). Это исключеніе, однако, не слѣдуетъ распространять далѣе буквального его смысла и нельзя сказать съ кассационнымъ департаментомъ Сената, будто торговый оборотъ по значенію своему непременно предполагаетъ товаръ, взятый въ кредитъ для торговли (68 г. Кас. 434, д. Пестрикова). Зачѣмъ же непременно въ кредитъ?

Кромѣ основныхъ операцій товарной торговли, какъ уже замѣчено выше, существуетъ цѣлый рядъ вспомогательныхъ операцій по транспорту и храненію товаровъ. Здѣсь обращаетъ на себя вниманіе прежде всего вполнѣ опредѣленная группа торговыхъ дѣлъ по морскому праву, которая, именно вслѣдствіе своей замкнутости и опредѣленности, относится къ вѣдомству особыхъ (адмиралтейскихъ) судовъ даже въ тѣхъ странахъ, напримѣръ, въ Англій, гдѣ нѣтъ коммерческихъ судовъ ¹⁾. Сюда принадлежатъ всѣ вообще дѣла по построенію, покупкѣ, владѣнію, найму и фрахту купеческихъ кораблей и судовъ, по отношеніямъ между совладѣльцами ихъ, судохозяевами, корабельщиками и прочимъ экипажемъ корабля, по морскому страхованію, аваріи, бодмереѣ и кораблекрушенію (Уст. Торг. 1301, п. 3, 1302, п. 4 и 5).

Что касается сухопутнаго транспорта, то только дѣла по отправленіямъ и перевозкѣмъ товаровъ для торговли подлежатъ вѣдомству коммерческихъ судовъ. Такъ, напримѣръ, если бы кто отправилъ салонъ своей родственницѣ черезъ общество транспортированія кладей, отношеніе по этому транспорту не было бы торговымъ (68 г. Кас. 756, д. рос. общ. страх. и трансп. кладей). То же самое слѣдуетъ замѣтить

¹⁾ Впрочемъ, по закону 5 августа 1873 г. адмиралтейскій судъ долженъ составить только особое отдѣленіе общихъ судовъ; кромѣ того, дѣла по морскому праву на весьма значительную сумму подлежатъ вѣдомству графскихъ судовъ. Въ Сѣверной Америкѣ дѣла по морскому праву предоставлены общимъ судамъ союза, въ особыхъ отдѣленіяхъ, именно: District Courts, Circuit Courts и Supreme Court. См. Parsons, on shipping and admiralty 69 г., т. II, стр. 191 и слѣд.

о транспортѣ по внутреннимъ водамъ. И здѣсь, правда, есть вопросы спорные. Напримѣръ, дѣла о столкновеніи судовъ на рѣкахъ, по мнѣнію 4-го д-та Сената, подлежатъ коммерческимъ судамъ (Ук. 28-го августа 68 г. за № 1535, по д. Шереметьева съ обществомъ „Кавказъ и Меркурій“ Спб. к. суду), а по мнѣнію кассационнаго д-та не должны подлежать имъ (67 г. Кас. № 7, д. Степанова).

Отдача товара на сохраненіе въ товарный складъ или амбаръ, или же биржевой артели (Спб. к. суда въ маѣ 67 г., по д. Вульфовой биржевой артели съ Якоби) составляетъ также торговую операцію.

Наконецъ, къ торговымъ отношеніямъ по товарной торговлѣ примыкаютъ еще дѣла экспедиціонныя (Уст. Т. 1301, п. 4), отношенія биржевыхъ артельщиковъ между собою (Ук. 4-го д-та Сената по д. Пинеской артели съ Николаевскою 17-го іюля 67 г. Спб. к. суду), а также дѣла по жалобамъ на артельщиковъ, судовщиковъ, извозчиковъ товара, браковщиковъ и на другія лица, по торговлѣ употребляемыя (Уст. торг. 1302, п. 1).

2) По денежной, фондовой и кредитной торговлѣ. Здѣсь къ вѣдомству коммерческихъ судовъ принадлежатъ всѣ вексельныя дѣла (66 Общ. собр. Сен. № 95. 67 г. Кас. 50. 68 г. Кас. 289, 540. 70 общ. собр. сен. № 28, д. Чаусова. 71 г. № 107, д. Михаельсона), какъ по векселямъ сохранившимъ, такъ и утратившимъ силу вексельнаго права (Contra „Суд. В.“, 66 г. № 113 и 115), хотя бы векселя были даны въ уплату покупной цѣны за недвижимое имущество или вообще по неторговымъ операціямъ, дворянами или разночинцами и т. п.; потому что вѣдомство коммерческихъ судовъ опредѣляется здѣсь не только не правами состоянія тяжущихся (67 г. Кас. 299, д. Жукова), но и не принадлежностью сдѣлокъ, изъ коихъ возникаютъ иски, къ торговымъ оборотамъ (contra Кас. *ibid.*).

Далѣе сюда же относятся дѣла банкирскія (Уст. тор. 1301, п. 5) и биржевыя (*ibid.* 1302, п. 3). Напротивъ, споры между страховщиками и страхователями, если они не касаются морскаго страхованія, не подлежатъ вѣдомству коммерческихъ судовъ.

3) По организаціи торговли вообще. Къ этой группѣ можно отнести прежде всего внутреннія дѣла торговыхъ товариществъ или торговыхъ домовъ (Уст. Т. 1302, п. 2). Безъ сомнѣнія, не каждое товарищество или общество нужно считать торговымъ, а только то, которое имѣетъ своимъ предметомъ торговые обороты или предпріятія (X, 1, 2127). Такъ, напримѣръ, товарищества или компаніи для осушенія болотъ или орошенія луговъ и т. п. скорѣе можно назвать сельскохозяйственными, чѣмъ торговыми товариществами. Точно также товарищества по золотымъ приискамъ нельзя признать торговыми, потому что самое содержаніе золотыхъ приисковъ не есть торговля (Спб. к. суда 27-го іюня 68 г. по д. Шмита съ Осликовскимъ). Но, напримѣръ, товарищества или общества, составляющіяся для изданія книгъ или иныхъ произведеній наукъ и словесности, входятъ въ разрядъ торговыхъ (Уст. Т., 753), а потому взаимныя претензіи между членами такого товарищества подлежатъ вѣдомству коммерческаго суда (спб. суд. пал. по д. Калиновскаго съ Никитинимъ въ „Суд. В.“. 68 г. № 51), конечно, если онѣ не относятся къ предметамъ постороннимъ, напримѣръ, къ спорамъ о наймѣ или очисткѣ квартиры однимъ изъ товарищей у другаго (69 г. Кас. 1143, д. Корнфельда).

Далѣе сюда же принадлежатъ споры между купцами и ихъ прикащиками, давочными сидѣльцами (Уст. Т. 1302, п. 1), винокурами

у заводчиковъ (Спб. к. суда въ августѣ 69 г., по д. Гитлина) и т. п., хотя бы прикащикъ и не имѣлъ прикащичьяго свидѣтельства, какъ это требуется положеніемъ о пошлинахъ за право торговли и промысловъ (70 г. Кас. 1448, д. Копылова). Далѣе къ этой же группѣ можно причислить дѣла, возникающія изъ посредничества по торговымъ операціямъ, какъ то: маклерскія и комиссіонныя (Уст. Т. 1301, п. 4), и наконецъ дѣла о ликвидаціи наслѣдствъ, оставленныхъ торгующими лицами (Уст. Торг. 170 и слѣд.), и о торговой несостоятельности, т.-е. по долгамъ свыше 1500 руб., къ какому бы званію ни принадлежалъ несостоятельный должникъ (ibid, 1300 и 1858 ст.).

Нельзя не замѣтить здѣсь, что въ нашихъ коммерческихъ судахъ сосредоточивается менѣе дѣлъ по организаціи торговли, чѣмъ въ судахъ западной Европы. Такъ, напримѣръ, при коммерческихъ судахъ тамъ ведутся реестры купеческихъ фирмъ, кораблей, торговыхъ товариществъ и компаній, и судамъ принадлежитъ право надзора за порядкомъ въ этихъ дѣлахъ.

4) Ограниченія вѣдомства коммерческихъ судовъ. А) по пѣнѣ исковъ, всѣ споры по торговлѣ, не превышающіе 150 р., изъяты изъ вѣдомства коммерческихъ судовъ (Уст. торг. 1303, п. 2., 69 г. Кас. 1077, д. Худякова). В) по пространству округа, вѣдомство коммерческаго суда простирается не далѣе того города, въ которомъ онъ учрежденъ, и уѣзда или городовъ, къ нему приписанныхъ (Уст. Торг. 1426), но въ этихъ предѣлахъ оно распространяется какъ на жительствующихъ въ томъ округѣ, такъ и на временно пребывающихъ въ немъ и даже на всѣхъ безъ изъятія иногородныхъ торгующихъ, если самый предметъ тяжбы находится въ его округѣ или же если въ договорѣ постановлено на случай спора разбираться въ этомъ округѣ (Уст. Т. 1307). Напротивъ, иски къ отвѣтчикамъ, мѣсто жительства или пребываніе которыхъ неизвѣстно, не подлежатъ коммерческимъ судамъ ¹⁾ (70 г. Кас. 1787, д. Маттернъ). В) По роду дѣлъ или частныхъ вопросовъ, возникающихъ по дѣлу, коммерческой судъ обязанъ не принимать къ своему разбирательству дѣла, ему не подлежащія; если же при производствѣ дѣла, входящаго въ кругъ его вѣдомства, встрѣтятся спорныя статьи постороннія, коихъ разсмотрѣніе по существу ихъ принадлежитъ другому судебному мѣсту, то коммерческой судъ отдѣляетъ эти статьи для разрѣшенія ихъ надлежащимъ судомъ и, если онѣ не стоятъ въ преюдиціальномъ отношеніи къ дѣлу, не оставливается разсмотрѣніемъ дѣла, въ противномъ же случаѣ отсрочиваетъ свое рѣшеніе (Уст. Торг. 1305, 1306, 1615, 1616. Спб. к. суда въ августѣ 69 г. по д. Оппенгейма со Штерномъ и Лассъ). Ограничиваясь разборомъ только торговыхъ дѣлъ, коммерческой судъ не разсматриваетъ даже исковъ о судебныхъ издержкахъ и о вознагражденіи за наемъ повѣреннаго по дѣлу, производившемуся въ томъ же самомъ судѣ (Ук. 4-го д-та Сената по д. Аверина съ Пестовымъ, 15-го сентября 65 г., спб. к. суду), хотя это ограниченіе едва ли основательно и, безъ сомнѣнія, весьма неудобно.

¹⁾ Это правило не относится, впрочемъ, къ тѣмъ случаямъ, когда отвѣтчикъ скрылся отъ кредиторовъ (Уст. Торг. 649, 1879) или отъ суда (Уст. Торг. 1742) или пребываетъ за-границей, а также когда искъ касается нѣсколькихъ отвѣтчиковъ и пребываніе одного изъ нихъ извѣстно (Уст. Торг. 1528), или подсуденъ коммерческому суду по особеннымъ основаніямъ (ibid, 1526—7).

§ 28. III. Вѣдомство волостныхъ судовъ. Волостной судъ рѣшаетъ окончательно всѣ споры и тяжбы собственно между крестьянами, цѣною до 100 руб. вкдючительно, какъ о недвижимомъ и движимомъ имуществахъ въ предѣлахъ крестьянскаго надѣла, такъ и по займамъ, покупкамъ, продажамъ и всякаго рода сдѣлкамъ и обязательствамъ, а равно и дѣла по вознагражденію за убытки и ущербъ, причиненные крестьянскому имуществу (Полож. о крест. 96). Напротивъ, если цѣна иска выше 100 руб., или въ дѣлѣ участвуютъ лица другихъ сословій, а также если тяжба касается недвижимаго имущества, приобретеннаго крестьянами въ собственность внѣ надѣла (67 г. Кас. № 20, д. Антонова), то во всѣхъ такихъ случаяхъ, по требованію одной изъ сторонъ, дѣло подлежитъ рассмотрѣнію общихъ или мировыхъ судовъ по принадлежности (Полож. о крест. 97). Съ другой стороны, по обоюдному согласію тяжущихся, и волостной судъ, подобно мировымъ судьямъ, имѣетъ третейское право рѣшать по совѣсти и окончательно всякаго рода дѣла, безъ ограниченія цѣны, если только съ ними не соединено преступленія или проступка и не сопряжены пользы малолѣтнихъ и умалишенныхъ (Полож. 98 и 99).

§ 29. IV. Вѣдомство церковныхъ судовъ. Въ церковныхъ судахъ разсматриваются дѣла о дѣйствительности, законности и расторженіи браковъ (X, 2, 796). Напротивъ, дѣла о связанныхъ съ существованіемъ брака гражданскихъ правахъ супруговъ и дѣтей подлежатъ суду гражданскому, а именно дѣла о правахъ состоянія отнесены къ вѣдомству общихъ, а не мировыхъ судовъ (Уст. гр. суд. 1337, 1339). Каждый церковный судъ естественно ограничивается дѣлами лицъ своего вѣроисповѣданія, а на случай смѣшанныхъ браковъ между лицами разныхъ вѣроисповѣданій постановлены въ законѣ особыя правила (X, 2, 814—818). Сektы раскольниковъ не признаются закономъ самостоятельными вѣроисповѣданіями, а считаются только произвольными уклоненіями отъ православія. Поэтому, дѣла о недѣйствительности и расторженіи раскольничьихъ браковъ подлежали у насъ церковному суду православнаго исповѣданія и только въ 1874 г., со введеніемъ метрической записи для раскольничьихъ браковъ, предоставлены окружнымъ судамъ (С. Уз. 74 г. № 1090, ст. 33). Вопросы о правахъ супруговъ и дѣтей раскольниковъ разбираются на общемъ основаніи свѣтскими судами. Такъ, напримѣръ, по вопросу о законности рожденія отъ раскольничьяго брака православная консисторія можетъ дать только одинъ отвѣтъ, что въ церковныхъ метрическихъ книгахъ такого брака не значится; и судъ гражданскій долженъ разрѣшить вопросъ о законности рожденія на основаніи доказательствъ, представленныхъ сторонами (69 г. Кас. 1071, д. Демрина).

§ 30. Общія понятія о подсудности ¹⁾,

Подсудностью называется подвѣдомственность дѣла извѣстному суду,

¹⁾ Endemann, § 57—68. Renaud, § 27—44. Wetzell, § 39—42. Schmidt Bayer. Pr., § 79—115. Heffter, Preuss. Pr., § 27—43. Koch, § 58—74. Boitard, § 123—146. Davis, стр. 130 и слѣд.

— Франц. Уст. 59—60. Итал. 90—115. Прус. 1, 2. Ганнов. 5—19. Баден. 18—65. Бавар. 12—39. Герм. Проектъ 72 г., § 12—40. Австр. Зак. у Манца, стр. 26 и слѣд. Проектъ Бунге, § 813—852. Остзейск. проектъ, 26—64. Финлянд. Улож. Rätteg Balk, глава 10.

на основаніи которой судъ признается компетентнымъ или способнымъ къ разсмотрѣнію и рѣшенію этого дѣла (Уст. Гр. Суд., ст. 29 оглавл., ст. 202 и др.).

Подвѣдомственность дѣла извѣстному суду зависитъ 1) отъ предѣловъ вѣдомства или власти того класса судебныхъ установленій, къ которому относится этотъ судъ, и 2) отъ особенныхъ условій даннаго дѣла, которыя ставятъ его въ кругъ вѣдомства именно этого суда, а не другихъ судебныхъ установленій того же разряда.

Отношеніе дѣла къ вѣдомству извѣстнаго класса судебныхъ установленій зависитъ отъ рода самаго дѣла, а потому и называется подсудностью по роду дѣла ¹⁾ (Уст. 584, п. 1). Напротивъ, отношеніе дѣла къ вѣдомству извѣстнаго суда, а не другихъ судовъ того же разряда, стоитъ въ связи съ ограниченіемъ вѣдомства судебныхъ установленій пространствомъ округовъ или участковъ, а потому его можно было бы назвать мѣстною подсудностью ²⁾. Эта мѣстная подсудность есть обязанность, но вмѣстѣ и право каждаго лица отвѣчать передъ судомъ извѣстной мѣстности, а не предъ другими, хотя бы и однородными судами; поэтому ее называютъ также личной подсудностью ³⁾. Она опредѣляется закономъ на ряду съ подсудностью по роду дѣлъ, но въ то же время законъ допускаетъ опредѣленіе ея добровольнымъ соглашеніемъ сторонъ. Вотъ почему слѣдуетъ различать подсудность закономъ опредѣленную (*forum legale*) и подсудность добровольную (*forum conventionale*).

Опредѣленія нашего законодательства о подсудности по роду дѣлъ уже разсмотрѣны нами выше, въ ученіи о предѣлахъ вѣдомства судебныхъ установленій. Остается изложить теперь общія правила мѣстной или личной подсудности и особыя правила добровольной подсудности.

Подсудность дѣлъ суду извѣстной территоріи опредѣляется въ законѣ различными началами. Одни изъ нихъ имѣютъ характеръ общихъ началъ, на основаніи которыхъ суду извѣстнаго мѣста подлежатъ всевозможные иски, не изъятые изъ вѣдомства его по самому роду дѣлъ или по прямому указанію закона; подсудность, опредѣленная на этомъ основаніи, называется общею (*forum generale*). Напротивъ, другія начала опредѣляютъ только особенную подсудность (*forum speciale*) для нѣкоторыхъ только дѣлъ. Тѣ и другія начала мы должны теперь разсмотрѣть въ подробности.

§ 31. Мѣсто общей подсудности.

Каждое лицо обязано и имѣетъ право отвѣчать передъ судомъ того мѣста или округа, гдѣ оно имѣетъ жительство. Если отвѣтчикъ живетъ, наприм., въ Казани, а истецъ въ Одессѣ или въ Варшавѣ, то истецъ не въ правѣ вызвать отвѣтчика къ суду въ свой городъ и такимъ образомъ отвлечь его отъ естественной подсудности тѣмъ судамъ, коимъ онъ подчиняется по мѣсту его жительства. Другими словами, общая подсудность дѣлъ опредѣляется мѣстомъ жительства отвѣтчика (*actor sequitur forum rei*). Искъ предъявляется тому суду, въ округѣ или участкѣ котораго отвѣтчикъ имѣетъ жительство (Уст. 32,

1) Absolute Competenz, compétence à raison de la matière, *ratione materiae*.

2) Territorialcompetenz.

3) Competence à raison de la personne. Comp. relative.

203, 1339. Уст. Торг. 1525), во время врученія ему повѣстки о явѣ по иску ¹⁾.

Въ древнѣйшіе вѣка исторіи каждаго народа, пока пути сообщенія и взаимныя дѣловыя сношенія между разными мѣстностями еще не развиты, люди живутъ и умираютъ обыкновенно въ той же самой мѣстности, гдѣ родились и выросли вмѣстѣ съ своими сверстниками и родичами. Каждое племя живетъ особнякомъ на своей территоріи и относится враждебно къ другимъ мѣстностямъ, занятымъ другими племенами. Вотъ почему въ то время подсудность опредѣляется мѣстомъ рожденія или происхожденія отвѣтника (*origo, forum originis*). Каждый считаетъ себя въ правѣ отвѣчать передъ своими родными судами и это было вполне естественно въ то время, когда мѣсто жительства обыкновенно совпадало съ мѣстомъ рожденія или происхожденія.

Но съ развитіемъ общественнаго быта, съ улучшеніемъ путей сообщенія эта замкнутость родовыхъ и племенныхъ союзовъ постепенно слабѣетъ и разрушается. Появляются разнообразныя занятія и промыслы, которые отвлекаютъ людей отъ роднаго дома и заставляютъ ихъ селиться вдали отъ своихъ родичей, тамъ, гдѣ открывается возможность наиболѣе выгоднаго приложенія труда или промысла каждаго лица въ особенности. Переселенія изъ одной мѣстности въ другую усиливаются прогрессивно, по мѣрѣ того, какъ разнообразятся занятія, улучшаются пути сообщенія и приложеніе труда къ разработкѣ естественныхъ богатствъ природы становится болѣе и болѣе свободнымъ. Вслѣдствіе этого передвиженія хозяйственныхъ силъ, древнее начало подсудности естественно должно измѣниться. Когда лицо, рожденное въ одной мѣстности, переселилось въ другое мѣсто, подчиненное другимъ судамъ и, можетъ быть, даже другимъ законамъ, его подсудность должна опредѣляться именно этимъ новымъ мѣстомъ его осѣлости. Въ замѣнъ мѣста рожденія или происхожденія выступаетъ теперь другое начало подсудности—мѣсто жительства (*domicilium, forum domicilii*). Въ исторіи можно прослѣдить борьбу этихъ двухъ началъ, но для настоящаго времени она не имѣетъ интереса, потому что теперь родовое или племенное начало подсудности совершенно оставлено и вытѣснено чисто территоріальнымъ началомъ—подсудностью по мѣсту жительства.

Мѣсто жительства полагается тамъ, гдѣ кто по своимъ занятіямъ, промысламъ, или по своему имуществу, либо по службѣ военной или гражданской, имѣетъ осѣлость или домашнее обзаведеніе (Уст. 204). По своей связи со всею хозяйственною и общественною дѣятельностью лица, мѣсто жительства есть гражданское право лица, его собственность или имущество, часто дорого стоящее, потому что съ мѣстомъ жительства часто неразрывно связано существованіе промышленнаго или торговаго заведенія, связаны разныя дѣловыя отношенія, знакомства, выгодное для торговли мѣстоположеніе и т. п. Вотъ почему законы о мѣстѣ жительства въ западно-европейскихъ государствахъ вносятся обыкновенно въ уложенія или своды законовъ гражданскихъ и

¹⁾ Побѣд. § 41. Остз. Пр., § 26. Contra 68 г. Кас. 762, д. Пестриковой: „во время предъявленія иска.“ Джаншиевъ въ „Суд. В.“ 1875 г. № 39.

излагаются въ системахъ гражданскаго права ¹⁾, а неприкосновенность этой собственности охраняется тамъ даже основными законами.

Въ нашемъ отечествѣ на понятіяхъ о мѣстѣ жительства отразилось вліяніе исторіи. Государство обширной равнины должно было закрѣпить разбросанное населеніе, приписать каждое лицо къ извѣстному мѣсту въ подушный окладъ, въ цехъ, въ гильдію и т. п., водворить его, чтобы оно не отбывало отъ платежа податей и повинностей. Это формальное мѣсто приписки, гдѣ кто записанъ въ книгахъ ревизскихъ, городовыхъ или дворянскихъ, считалось „постояннымъ мѣстомъ его жительства“, изъ котораго дозволялось ему отлучаться не иначе, какъ по паспорту, за исключеніемъ случаевъ въ законѣ опредѣленныхъ (Уст. о пасп.). Съ развитіемъ хозяйственнаго быта и свободы труда, это формальное понятіе должно было разойтись съ дѣйствительностью, потому что при безпрестанномъ передвиженіи хозяйственныхъ силъ вполне возможно, что лицо, приписанное къ одному мѣсту, на самомъ дѣлѣ живетъ въ другомъ, имѣетъ здѣсь осѣдлость и обзаведеніе. Вотъ почему Уставъ Гр. Суд., хотя и употребляетъ прежній терминъ паспортныхъ законовъ „постоянное мѣсто жительства“, но соединяетъ съ нимъ уже не прежній формальный смыслъ, а даетъ новое опредѣленіе этого понятія. Постоянное мѣсто жительства полагается уже не тамъ непременно, гдѣ кто числится по книгамъ или въ подушномъ окладѣ, а тамъ, гдѣ онъ дѣйствительно живетъ постоянно. Наприм., крестьянинъ или помѣщикъ могутъ числиться по книгамъ въ одномъ мѣстѣ, а жить постоянно въ другомъ: иски къ нимъ предъявляются въ этомъ послѣднемъ мѣстѣ. Если же отвѣтчикъ, по роду своихъ занятій или промысловъ, не живетъ постоянно въ одномъ мѣстѣ, а имѣетъ осѣдлость или обзаведеніе въ разныхъ мѣстахъ, то истцу предоставляется выбрать изъ этихъ мѣстъ то, гдѣ онъ можетъ застичь отвѣтчика (Уст. 205). Въ этомъ случаѣ отвѣтчикъ имѣетъ нѣсколько мѣстъ жительства и истцу принадлежить право выбора между ними. Жительство въ разныхъ мѣстахъ вполне возможно, потому что для понятія о мѣстѣ жительства не требуется непременно, чтобы лицо пребывало въ этомъ мѣстѣ безотлучно: временное отсутствіе отвѣтчика не измѣняетъ подсудности (70 г. Кас. № 1859, д. Волкова). Петербургскій купецъ можетъ имѣть въ столицѣ торговый домъ или заведеніе, въ коихъ сосредоточиваются его дѣятельность и отношенія; но самъ онъ можетъ и не пребывать въ Петербургѣ безотлучно, а наприм., разъѣзжать по разнымъ мѣстамъ для покупокъ и принятія заказовъ или проводить часть времени на своей фабрикѣ гдѣ-нибудь въ тверской губерніи. Въ первомъ случаѣ мѣстомъ его жительства будетъ только Петербургъ, а во второмъ случаѣ онъ будетъ имѣть два мѣста жительства, двѣ осѣдлости и истецъ можетъ, по своему выбору и удобству, застичь его въ томъ или другомъ мѣстѣ.

Съ другой стороны, нерѣдко случается, что лицо вовсе не имѣетъ мѣста жительства, т. е. нигдѣ не заводитъ осѣдлости съ намѣреніемъ сосредоточить здѣсь свои дѣла, а только пребываетъ временно въ разныхъ мѣстахъ. Чѣмъ свободнѣе передвиженіе труда въ хозяйствѣ народа и чѣмъ разнообразнѣе его примѣненія, тѣмъ чаще становятся

¹⁾ С. Napol. 102—111. Preuss. L. R. Einl. § 23. ff. Ital. Улож. 16—19. Сакс. Улож., § 14, 707, 708, 810, 811, 1636. Savigny System. VIII, § 353, 354. Windscheid, Pand., § 36.

такіе случаи. Есть цѣлый рядъ промысловъ или занятій, соединенныхъ съ постоянною или періодическою перемѣною мѣста пребыванія. Кроме того, множество иностранцевъ прїѣзжаютъ въ Россію по своимъ дѣламъ и пребываютъ здѣсь временно, не имѣя намѣренія основать здѣсь осѣдность или мѣсто жительства. Вотъ почему съ развитіемъ торговли и промышленности начало мѣста жительства оказывается недостаточнымъ для опредѣленія подсудности и требуетъ дополненія его другимъ началомъ—подсудностью по мѣсту пребыванія (*résidence* и *demeure*, *Aufenthalt*).

Для лицъ, не имѣющихъ постоянного мѣста жительства въ имперіи, мѣсто пребыванія ихъ вполне замѣняетъ собою мѣсто жительства (Уст. 207). Такое же самостоятельное значеніе принадлежитъ мѣсту пребыванія по дѣламъ торговой и мировой подсудности: искъ предъявляется тому мировому судѣ, въ участкѣ котораго отвѣтчикъ имѣетъ житье или временное пребываніе (Уст. 32), и точно также по дѣламъ коммерческихъ судовъ искъ открывается тамъ, гдѣ имѣетъ житье или пребываніе отвѣтчикъ, хотя бы пребываніе это было временное (Уст. Торг. 1525). Здѣсь, слѣдовательно, истецъ имѣетъ право, по своему выбору, застигнуть отвѣтчика или въ мѣстѣ его жительства или въ мѣстѣ пребыванія, хотя бы временнаго, и отвѣтчикъ, застигнутый въ послѣднемъ мѣстѣ, едва ли можетъ перевести дѣло въ мѣсто своего жительства. Это правило вполне согласно съ характеромъ мировыхъ и торговыхъ дѣлъ, потому что они требуютъ особенно быстрого рѣшенія и суда, доступнаго истцу (Уст. 580).

Что касается дѣлъ, подлежащихъ вѣдомству окружныхъ судовъ, то истецъ также можетъ привлечь отвѣтчика къ суду и въ томъ мѣстѣ, гдѣ этотъ послѣдній, не имѣя осѣдности или обзаведенія, временно находится (Уст. 206). Но отвѣтчикъ, привлеченный къ суду на этомъ основаніи, можетъ просить о переводѣ дѣла въ тотъ округъ, гдѣ онъ имѣетъ постоянное житье, если докажетъ, что имѣетъ дѣйствительно такое мѣсто жительства въ имперіи (Уст. 207) и—само собою разумѣется—если дѣло не подсудно по какому-нибудь особенному основанію тому суду, гдѣ началось (Уст. 208, 209, 212 и слѣд.). Однако, судъ не обязанъ удовлетворять во всякомъ случаѣ просьбу отвѣтчика о переводѣ дѣла (70 г. Кас. 716, д. Федюкина. *Contra* Побѣдон. § 42), а удовлетворяетъ ее въ такомъ только случаѣ, когда дѣло по своему свойству не требуетъ немедленнаго разрѣшенія (Уст. 580) и, признавъ просьбу уважительною, можетъ принять мѣры къ обезпеченію иска (Уст. 581).

Мѣсто временнаго пребыванія слѣдуетъ отличать отъ мѣста кратковременной остановки по случаю проѣзда. Законъ положительно освобождаетъ отвѣтчика отъ обязанности отвѣчать въ этомъ послѣднемъ мѣстѣ (Уст. 206) и это правило относится одинаково какъ къ дѣламъ мировыхъ, такъ и общихъ судовъ (Уст. 80, *contra* Побѣд. 46). Конечно, это мѣсто кратковременной остановки можетъ совпадать съ мѣстомъ подсудности по какимъ-нибудь особеннымъ основаніямъ, наприм. съ мѣстомъ исполненія договора (Уст. 208, 209), съ мѣстомъ правонарушенія, нахожденія недвижимаго имущества и т. п., и въ такихъ случаяхъ подсудность опредѣляется этими особенными основаніями. Такъ, наприм., проѣзжающій не платитъ прогоновъ или денегъ за содержаніе въ гостинницѣ: онъ долженъ отвѣчать передъ судомъ, въ округѣ или участкѣ котораго состоитъ станція, потому что именно

здѣсь надлежало ему учинить исполненіе по обязательствамъ, по самому ихъ свойству ¹⁾ (Уст. 209). Точно также, наприм., капитанъ корабля или торговаго судна будетъ отвѣчать и въ мѣстѣ кратковременной остановки, но не потому, что это мѣсто опредѣляетъ подсудности, а потому, что корабль почитается жилищемъ тѣхъ, кои по званію своему или пребыванію къ оному принадлежатъ (Уст. Торг. 1530).

Можетъ случиться, что отвѣтчикъ оставилъ свое прежнее мѣсто жительства и пребываетъ неизвѣстно гдѣ или находится за границею и, можетъ быть, даже пользуется тамъ правомъ внѣземельности. Въ такихъ случаяхъ иски предъявляются по мѣсту нахождения его недвижимаго имѣнія; если же недвижимаго имѣнія у отвѣтчика нѣтъ или оно истцу неизвѣстно, то отъ усмотрѣнія иста зависитъ начать искъ по мѣсту извѣстнаго ему послѣдняго жительства отвѣтчика, или по мѣсту совершенія или исполненія обязательства, изъ коего искъ возникъ (Уст. 210). Но и здѣсь допускается переводъ дѣла, если отвѣтчикъ докажетъ, что имѣетъ постоянное мѣсто жительства въ имперіи (Уст. 211).

Если по одному и тому же иску должны отвѣчать нѣсколько отвѣтчиковъ, живущихъ въ разныхъ округахъ или участкахъ, то отъ усмотрѣнія иста зависитъ начать дѣло въ судѣ, которому подсуденъ одинъ изъ отвѣтчиковъ (Уст. 33, 218. Уст. Торг. 1528). Съ другой стороны, есть и такія дѣла, гдѣ можетъ не быть въ виду опредѣленнаго отвѣтчика; такъ, наприм., въ дѣлахъ брачныхъ и о законности рожденія. Въ такомъ случаѣ искъ предъявляется по мѣсту жительства иста (Уст. 1339).

Мѣсто жительства естественно прекращается со смертію лица. Однако его послѣдствія продолжаются и послѣ смерти лица, потому что, пока нѣтъ въ виду ни массы наслѣдства, ни наслѣдниковъ, подсудность исковъ къ лицу умершаго опредѣляется точно такъ же, какъ еслибы онъ былъ живъ (Уст. 215. 70 г. Кас. 1781, д. Рейтеръ).

Всѣ изложенныя выше правила относятся собственно къ лицамъ физическимъ, будутъ ли то русскіе подданные или иностранцы (Уст. 224), потому что только по отношенію къ этимъ лицамъ можно говорить о мѣстѣ жительства или пребыванія, остановокъ въ пути и т. п. Лица юридическія не имѣютъ жительства. Однако, они имѣютъ осѣдность (Sitz) и мѣсто этой осѣдности совершенно замѣняетъ для нихъ мѣсто жительства, такъ что изложенныя нами правила примѣняются и къ подсудности юридическихъ лицъ. Мѣсто осѣдности нѣкоторыхъ юридическихъ лицъ совершенно ясно и опредѣленно; такъ, напр., осѣдность городского или сельскаго общества, очевидно, находится въ томъ мѣстѣ, гдѣ лежитъ городъ или село, а если городъ раздѣленъ на участки, то въ томъ участкѣ, гдѣ помѣщается городское управление. Осѣдность казеннаго управленія опредѣляется мѣстомъ нахождения того присутственнаго установленія или должностнаго лица, которое представляетъ на судѣ по данному дѣлу казенное управленіе (Уст. 1288, 1305, 1315), т.-е. мѣстомъ нахождения казенной палаты, управленія государственныхъ имуществъ и другихъ мѣстныхъ управленій или на-

¹⁾ Правительствующій сенатъ считаетъ эту 209 ст. Уст. гр. суд. не обязательною для мировыхъ судей (71 г. общ. собр. 1 и кас. д. № 109. Ссылка на 68 г. Кас. 187 не вѣрна; напротивъ, см. 68 к. Кас. 75, д. Скобкиной), но безъ достаточнаго основанія и вопреки ст. 80 Устава.

чальниковъ (Уст. 1284), или же тѣхъ присутственныхъ мѣсть и должностныхъ лицъ, которыя, по мнѣнію истца, явились нарушителями его правъ по договору, съ ними заключенному (Уст. 1305) или нанесли ему убытки (1288). Осѣдлость компаній, обществъ и товариществъ полагается тамъ, гдѣ состоитъ ихъ правленіе или фирма (Уст. 35, 220, 222. Торг. Уст. 1529). И эта осѣдлость продолжаетъ служить основаніемъ подсудности даже послѣ закрытія компаніи, общества или товарищества (X, I, 2188). Если правленіе компаніи, дѣйствующей въ Россіи, находится за-границею, то иски къ ней предъявляются по мѣсту нахождения ея имущества въ Россіи (Уст. 210. Уст. Торг. 1527) или по мѣсту жительства или пребывания ея агентовъ въ Россіи (70 г. Кас. 1780, д. англ. газ. общ.).

Къ этой подсудности юридическихъ лицъ весьма близко подходитъ подсудность имущественныхъ массъ, которыя нѣкоторыми писателями считаются даже за юридическія лица. Таковы массы наслѣдства (*hereditatis jacentis*), ликвидаціоннаго имущества компаній и конкурсная масса. Подсудность исковъ къ массѣ наслѣдства опредѣляется тѣмъ участкомъ или округомъ, гдѣ открылось наслѣдство (Уст. 215) и обыкновенно совпадаетъ съ послѣднимъ мѣстомъ общей подсудности наслѣдодателя. Этимъ обстоятельствомъ можно объяснить себѣ то продолженіе подсудности по смерти лица, о которомъ упомянуто выше. Наслѣдство открывается именно въ мѣстѣ общей подсудности наслѣдодателя, хотя бы мѣры охраненія его приняты были въ разныхъ мѣстахъ, гдѣ находится имущество, оставленное умершимъ (X, I, 1226 и слѣд. Уст. 1401). Самое нахождение наслѣдственнаго имѣнія (67 г. Кас. 85, д. Геттуна), если оно разбросано по разнымъ округамъ или участкамъ, сосредоточивается въ мѣстѣ общей подсудности наслѣдодателя, хозяйство котораго оно представляетъ (X, I, 1104). Однако, возможны случаи, когда подсудность наслѣдства представляетъ нѣчто особенное и, какъ подсудность имущественная, опредѣляется мѣстомъ нахождения и охраненія имущества или мѣстомъ жительства лица, которое имъ завладѣло (См. ст. Принтца въ „Суд. Вѣст.“ 1870 г. № 137). Суду, въ вѣдомствѣ котораго открылось наслѣдство, предъявляются иски о наслѣдствѣ и споры наслѣдниковъ какъ между собою, такъ и противъ подлинности и дѣйствительности завѣщаній, иски о раздѣлѣ (ср. 216 и 1409 ст. Уст.) и иски къ лицу умершаго собственника (Уст. 215).

Подсудность ликвидаціонной массы компаній и конкурсной массы несостоятельныхъ должниковъ обыкновенно также совпадаетъ съ общеою подсудностью компаніи или должника. Но и здѣсь надобно отличать эту подсудность массы, какъ нѣчто особенное уже потому, что управленіе массою можетъ быть сосредоточено, въ видахъ удобства кредиторовъ, и въ такомъ мѣстѣ, которое прежде не было мѣстомъ общей подсудности компаніи или должника (Уст. Торг. 1923 и слѣд.). Кромѣ того, конкурсная подсудность, хотя и должна быть признана общеою подсудностью для всѣхъ дѣлъ, касающихся пассива конкурсной массы (Уст. 21 и 223. Уст. Торг. 1888, 1958, 2002. 71 г. Кас. 234, д. Зиновьева), не уничтожаетъ, однако, личной подсудности несостоятельнаго должника по дѣламъ, не касающимся его имущества, наприм. по дѣламъ брачнымъ и т. п.

§ 32. Особенная подсудность. Она отличается отъ общей подсудности тѣмъ, что примѣняется только къ нѣкоторымъ дѣламъ, положи-

тельно означеннымъ въ законѣ, тогда какъ общая подсудность относится ко всѣмъ дѣламъ, неизъятымъ изъ вѣдомства суда по своему роду или по прямому указанію закона. Дѣла, подлежащія особенной подсудности, составляютъ именно такія изъятія изъ подсудности общей. Эти изъятія бываютъ двоякаго рода: одни изъ нихъ исключаютъ примѣненіе общей подсудности къ дѣламъ извѣстнаго рода, такъ что если искъ предъявленъ къ отвѣтчику въ мѣстѣ общей его подсудности, а не въ мѣстѣ особенной подсудности дѣла, онъ можетъ отводить этотъ искъ, какъ предъявленный не въ надлежащемъ судѣ. Особенная подсудность является здѣсь исключительною. Напротивъ, другія изъятія только даютъ истцу право предъявлять извѣстный искъ или въ мѣстѣ особенной подсудности дѣла, или же въ мѣстѣ общей подсудности отвѣтчика. Такъ что особенную подсудность можно назвать въ этихъ случаяхъ дополнительно или элективной.

Въ нашемъ законодательствѣ установлены слѣдующіе виды особенной подсудности:

1. По мѣсту нахождения имущества (*forum rei sitae*). Здѣсь надобно различать самыя имущества, движимыя и недвижимыя. Важнѣйшее значеніе принадлежитъ мѣсту положенія недвижимаго имущества. По этому мѣсту ¹⁾ предъявляются иски о правѣ собственности, владѣнія или пользованія, о правѣ залога и о всякомъ иномъ вещномъ правѣ на недвижимое имущество или на его принадлежности, иски по нарушенію владѣнія и иски объ убыткахъ и ущербахъ, причиненныхъ этому имуществу (Уст. 34, 212—214), а также споры межевые (X, ч. 3) и дѣла охранительнаго судопроизводства, касающіяся недвижимаго имущества, напримѣръ, просьбы о раздѣлѣ общаго имущества (Уст. 1409), о выкупѣ и вводѣ во владѣніе (Уст. 1424, 1438) и о безвѣстномъ отсутствіи хозяина недвижимаго имущества (1451). Притомъ, это подсудность исключительная въ двоякомъ смыслѣ. Во-первыхъ, когда одинъ изъ указанныхъ исковъ предъявленъ по мѣсту положенія недвижимаго имущества, отвѣтчикъ не имѣетъ права отводить его, хотя бы жилъ постоянно въ другомъ мѣстѣ (Уст. 203). Напротивъ, когда искъ предъявленъ въ мѣстѣ его жительства, не только отвѣтчикъ въ правѣ отвести его на основаніи особенной подсудности дѣла, но и самъ судъ обязанъ, независимо отъ отводовъ, не принимать дѣла къ своему разсмотрѣнію, если оно по мѣсту нахождения недвижимаго имущества подсудно другому суду (Уст. 584. 70 г. Кас. 1916 д. Кіа-ницына). Въ дѣлахъ этого рода обыкновенно требуются мѣстные изслѣдованія, осмотры имѣнія, допросы околныхъ людей и т. п., такъ что судъ, отдаленный отъ мѣста положенія имѣнія, встрѣтилъ бы разныя трудности въ разъясненіи дѣла для надлежащаго разрѣшенія его. Вотъ почему законъ ставитъ ему въ обязанность не принимать дѣла къ своему разсмотрѣнію, даже независимо отъ отводовъ.

Безъ сомнѣнія и здѣсь слѣдуетъ различать иски о вещномъ правѣ на недвижимое имущество отъ исковъ личныхъ, хотя бы они имѣли связь съ этимъ имуществомъ. Мы уже указывали на это различіе въ § 26. Такъ, напримѣръ, иски объ арендной платѣ за недвижимое имущество должны предъявляться по мѣсту жительства отвѣтчика. Даже

¹⁾ Если имѣніе лежитъ въ разныхъ частяхъ или округахъ, то иски предъявляются по усмотрѣнію истца одному изъ судовъ, воимъ дѣло можетъ быть подсудно (Уст. 218).

иски о платежѣ долга, обеспеченнаго недвижимымъ имѣніемъ, какъ иски личные, могутъ быть предъявлены по мѣсту общей подсудности должника, если нѣтъ спора о самомъ правѣ залога; однако, истецъ можетъ предъявить этотъ искъ и въ мѣстѣ нахождения заложеннаго имущества (Уст. 214). Последняя подсудность есть элективная.

Далѣе наше законодательство допускаетъ и подсудность по мѣсту нахождения движимаго имущества, впрочемъ, только въ нѣкоторыхъ случаяхъ. Обыкновенно иски о движимости слѣдуютъ подсудности того лица, которое владѣетъ этимъ имуществомъ (*mobilia ossibus inhaerent*). Но когда на имущество наложенъ арестъ, они предъявляются по мѣсту наложенія ареста (Уст. 1092. 70 г. Кас. 1072, д. Зайцевой), а это мѣсто можетъ и не совпадать съ мѣстомъ жительства должника, который состоялъ владѣльцемъ имущества и противъ котораго арестъ наложенъ (Уст. 938, 962, 969, 972). Самый процессъ наложенія ареста естественно производится въ томъ округѣ, гдѣ находится арестуемое имущество (*ibid*), потому что судъ другаго округа не имѣетъ власти надъ этимъ имуществомъ (*forum arresti*).

Еще въ болѣе широкихъ размѣрахъ допускается подсудность по мѣсту нахождения движимаго имущества Торговымъ Уставомъ; именно во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда имущество, составляющее самый предметъ торговой тяжбы, какъ-то: товаръ, судно и т. п., находится въ томъ мѣстѣ, гдѣ состоитъ коммерческой судъ,—искъ предъявляется въ томъ самомъ судѣ (Уст. Т. 1527). Эта подсудность, какъ и у насъ, элективная (Уст. Т. 1525).

Наконецъ, мы должны упомянуть здѣсь еще объ одномъ случаѣ элективной подсудности по Уст. Гр. Суд. Именно, если искъ относится къ движимому имуществу совокупно съ недвижимымъ, то онъ предъявляется, по усмотрѣнію истца, или по мѣсту нахождения недвижимаго имѣнія, или по мѣсту жительства отвѣтчика (Уст. 219).

2. По мѣсту исполненія договора (*forum contractus*). Нерѣдко въ самомъ договорѣ опредѣляется мѣсто его исполненія; напримѣръ, мѣсто платежа по векселю означаетъ на самомъ векселѣ; точно также, мѣсто ярмарки часто предназначается для расчетовъ по торговымъ обязательствамъ; при заключеніи договоровъ съ мѣстными конторами, фабриками и т. п. заведеніями торговаго дома, обыкновенно, предполагается исполненіе ихъ тѣмъ же самымъ мѣстнымъ заведеніемъ. Въ другихъ же случаяхъ мѣсто исполненія договора опредѣляется свойствомъ обязательства, такъ что исполненіе его, по самому характеру дѣйствій, можетъ послѣдовать только въ опредѣленномъ мѣстѣ; напримѣръ, подрядъ постройки дома естественно исполняется тамъ, гдѣ предполагается возвести эту постройку. Въ томъ и другомъ рядѣ случаевъ, т.-е. опредѣляется ли мѣсто исполненія договора самымъ текстомъ его, или свойствомъ обязательства, всѣ иски, возникающіе изъ договора, предъявляются мѣстному по исполненію договора суду (Уст. 208, 209. Уст. Торг. 1526) Таковы иски объ исполненіи договора, о платежѣ неустойки, о вознагражденіи за убытки, причиненные ненадлежащимъ исполненіемъ договора и даже объ уничтоженіи договора или о признаніи его недѣйствительнымъ. Для предъявленія этихъ исковъ по мѣсту исполненія договора не требуется, чтобы отвѣтчикъ находился или имѣлъ жительство въ томъ же самомъ мѣстѣ. Но, безъ сомнѣнія, эта подсудность—не исключительная,

а элективная. Такъ что искъ можетъ быть предъявленъ или по мѣсту жительства отвѣтчика ¹⁾, или же по мѣсту исполненія договора.

Мѣсто исполненія договора часто совпадаетъ съ мѣстомъ заключенія или совершенія его. Однако, они могутъ быть и различны, и въ такомъ случаѣ мѣсто совершенія договора само по себѣ не имѣетъ почти никакого значенія для особенной подсудности дѣла (68 г. Кас 75, д. Скобкиной). Уставъ Гр. Суд. упоминаетъ о немъ только какъ о крайнемъ способѣ опредѣленія подсудности, когда отвѣтчикъ находится за границую и когда внутри имперіи неизвѣстно ни мѣста его жительства, ни какого-нибудь недвижимаго имѣнія (Уст. 210).

3. По нѣкоторымъ особеннымъ договорамъ. Сюда относятся, во-первыхъ, иски противъ компаній, обществъ или товариществъ, возникающіе изъ договоровъ, заключенныхъ съ мѣстными ихъ конторами или агентами. Эти иски предъявляются или по мѣсту нахождения конторы и агентовъ, или же по мѣсту нахождения правленія или фирмы (Уст. 221).

Сюда же принадлежатъ споры товарищей или соучастниковъ между собою о неисполненіи товарищескаго договора или о взаимныхъ расчетахъ по его исполненію, иски дѣлаго товарищества къ отдѣльнымъ членамъ объ исполненіи ихъ обязанностей, и наоборотъ, иски отдѣльныхъ членовъ противъ товарищества или правленія его и т. п. Всѣ эти иски предъявляются тому суду, въ вѣдомствѣ котораго состоитъ товарищество или компанія. Эта подсудность продолжается и по прекращеніи дѣйствій товарищества (Уст. 222), но не исключаетъ общей подсудности каждаго отдѣльнаго товарища. Такъ, напримѣръ, правленіе товарищества по золотымъ приискамъ можетъ находиться въ Иркутскѣ, а отдѣльные товарищи могутъ жить въ Петербургѣ. Въ такомъ случаѣ иски къ нимъ могутъ быть предъявлены и по мѣсту ихъ жительства.

4. По мѣсту управленія дѣлами (*forum gestae administrationis*). На этомъ основаніи, наприм., споры по дѣламъ опекунскимъ разбираются тѣмъ судомъ, въ вѣдомствѣ котораго состоитъ опекунское управленіе (Св. Зак. II, ч. 1, прил. къ ст. 4068, § 5). Сюда же можно отнести споры и расчеты по храненію арестованнаго имущества (Уст. 1018, 1020), по управленію торговымъ заведеніемъ (Уст. Торг. 171 и слѣд.) или недвижимымъ имуществомъ (Уст. Гр. Суд. 1130—31), а также судебными дѣлами (Уст. 898). Но всѣ эти случаи не исключаютъ общей подсудности по мѣсту жительства отвѣтчика.

5. По мѣсту совершенія правонарушенія (*forum delicti commissi*). Въ законѣ указано нѣсколько примѣровъ этой особенной подсудности, какъ-то: по дѣламъ о нарушеніи правъ литературной, художественной и музыкальной собственности (Уст. 217), о вознагражденіи за убытки, причиненные неправильными дѣйствіями казенныхъ управленій (Уст. 1288) или должностныхъ лицъ (Уст. 1317). Общее правило по этому предмету содержится въ Уст. Угол. Суд., по которому всякое преступное дѣяніе, за исключеніемъ случаевъ, положительно въ законѣ указанныхъ, изслѣдуется въ той мѣстности, гдѣ оно учинено,

¹⁾ Contra 70 г. Кас. 1474, д. Готскаго-Даниловича. Про Спб. Суд. Пал. по д. Серягина въ „Суд. В.“ 73 г., № 200 и перед. ст. тамъ же. Но замѣтка Нечаева № 214 contra.

и судится въ томъ судѣ, коему мѣстность эта подвѣдомственна (ст. 208). Хотя это правило не безусловное (68 г. Кас. 534), но на основаніи его и гражданскій искъ естественно подлежитъ той же мѣстной подсудности, какъ въ томъ случаѣ, когда онъ присоединяется къ уголовному производству, такъ и когда предъявляется отдѣльно (Contra Побѣд., § 40); но въ послѣднемъ случаѣ особенная подсудность не есть исключительная: она конкурируетъ съ общею подсудностью отвѣтчика.

6. По связи дѣлъ (*forum connexitatis*). Связь между дѣлами можетъ быть внутренняя (*connexitas materialis*) или внѣшняя (*s. formalis*). Нерѣдко два дѣла, вытекающія изъ одного и того же отношенія сторонъ, столь тѣсно связаны между собою, что когда одно изъ нихъ производится въ одномъ судѣ, а другой искъ предъявленъ другому суду, отвѣтчикъ по этому послѣднему иску можетъ отвести его на томъ основаніи, что онъ имѣетъ тѣсную связь съ другимъ производствомъ (Уст. 571, п. 2, 576, п. 1). Таковы, наприм., взаимно противоположныя притязанія и споры контрагентовъ по двустороннему обязательству, какъ-то: по договорамъ купли-продажи, товарищества и т. п. Если одинъ искъ (наприм. *actio directa*) предъявленъ одному суду, а другой (*actio contraria*) другому во время производства перваго дѣла, то послѣдній можетъ быть отведенъ на основаніи тѣсной связи его съ первымъ. Въ другихъ случаяхъ связь между дѣлами представляется не столь тѣсною, а имѣетъ формальный характеръ и состоитъ въ томъ, что одно дѣло оказывается удобнымъ разобрать въ томъ же самомъ судѣ, въ которомъ производится или производилось другое дѣло. Такъ, наприм., встрѣчный искъ можетъ быть предъявленъ въ судѣ, гдѣ производится дѣло по первоначальному иску, хотя бы между этими исками и не было неразрывной связи (Уст. 38, 39, 226, 340—342). Эта подсудность встрѣчнаго иска (*forum reconventionis*) основывается на соображеніи обоюдныхъ интересовъ сторонъ и удобствъ въ отправленіи правосудія. Истецъ, являясь въ судѣ для осуществленія своихъ притязаній къ отвѣтчику, тѣмъ самымъ подчиняетъ и свое лицо подсудности того же суда и не можетъ отводить эту личную подсудность потому только, что по разъясненіи его отношеній съ отвѣтчикомъ можетъ оказаться, что и отвѣтчикъ имѣетъ противъ него какія-либо притязанія, по роду своему подлежащія вѣдомству того же суда. Несправедливо было бы заставлять А. платить Б. 1000 р., наприм., по поставкѣ или подряду въ то самое время, когда самъ Б. долженъ лицу А. 700 руб. по заемному письму, коему срокъ платежа уже наступилъ. Не вынуждая его сначала уплатить наличныхъ 700 руб. а потомъ заводить особое дѣло о возвращеніи ихъ, гораздо проще и справедливѣе будетъ рассмотретьъ противоположныя притязанія сторонъ въ одномъ производствѣ и, если оба они окажутся правильными, вычестъ меньшую сумму изъ большей и присудить истцу только остатокъ, какой ему слѣдуетъ.—Въ тѣхъ случаяхъ, когда встрѣчный искъ имѣетъ неразрывную внутреннюю связь съ первоначальнымъ, такое соединеніе ихъ въ одномъ производствѣ представляется еще болѣе справедливымъ, потому что иначе первоначальный истецъ имѣло бы право отводить искъ отвѣтчика, предъявленный въ другомъ судѣ до окончанія производства по первому дѣлу (Моск. Суд. Пал. 66 г. № 76).

Законъ допускаетъ еще и другіе случаи подсудности по связи дѣлъ. Такъ, наприм., просьбы о взыскаіи убытковъ, доходовъ и судебныхъ издержекъ могутъ подаваться при извѣстныхъ условіяхъ

въ тотъ судъ, въ которомъ производилось дѣло по главному иску (Уст. 896, 898, 899). Просьбы третьяго лица, вступающаго въ дѣло, подаются естественно въ тотъ судъ, гдѣ дѣло производится (Уст. 663, 665). Также по связи дѣлъ, допускается даже подсудность исковъ гражданскихъ уголовному суду, когда они присоединяются къ уголовному производству (Уст. ст. 5). На томъ же основаніи иски конкурсныхъ кредиторовъ сосредоточиваются въ конкурсномъ судѣ.

§ 33. Добровольная подсудность. Устанавливая опредѣленные правила подсудности по роду дѣлъ и по мѣстнымъ условіямъ, законодательство имѣетъ въ виду частію охраненіе порядка и правильности въ отправленіи правосудія, частію же удобства и интересы самихъ тяжущихся. Но частные интересы весьма разнообразны и начертанная законодателемъ система правилъ о подсудности можетъ иногда расхотиться съ ними. Она рассчитана только на большинство случаевъ, потому что удобства и неудобства каждаго частнаго лица и на все время его жизни невозможно предусмотрѣть. Сами заинтересованныя лица въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, безъ сомнѣнія, ближе стоятъ къ своимъ интересамъ и потому лучше могутъ оцѣнить ихъ, чѣмъ законодатель. Поэтому имъ предоставляется право, по добровольному соглашенію, измѣнять установленную закономъ подсудность, насколько это не нарушаетъ публичныхъ интересовъ. Это послѣднее ограниченіе имѣетъ различный объемъ въ разныхъ государствахъ, но вообще можно замѣтить въ новыхъ законодательствахъ стремленіе распространить сферу добровольной подсудности, отмѣнивъ разныя ограниченія ея, существовавшія въ прежнее время.

Въ теоріи процесса, развившейся на основаніи старыхъ законодательствъ и практики, обыкновенно считается за правило, что добровольное соглашеніе сторонъ не можетъ измѣнять подсудности по роду дѣлъ, а можетъ касаться только мѣстной подсудности; притомъ судъ, избранный сторонами, имѣетъ право не принимать ихъ дѣла къ разсмотрѣнію, если онъ обремененъ дѣлами: иначе можно бы было опасаться, что тяжущіеся по взаимному соглашенію оставятъ одни суды безъ дѣлъ, а другіе обременятъ дѣлами. Этотъ пугливый расчетъ стараго времени не подтверждается опытомъ и, кромѣ того, если бы онъ былъ вѣренъ, указывалъ бы на неправильное распредѣленіе судебныхъ учреждений по территоріи государства, на избытокъ ихъ въ мѣстностяхъ, гдѣ мало дѣлъ, и на недостатокъ въ другихъ мѣстахъ, гдѣ въ нихъ чувствуется сильная потребность. Поэтому новыя законодательства и проекты уставовъ граж. суд. не даютъ суду право уклоняться отъ разсмотрѣнія дѣлъ по добровольной подсудности ¹⁾. Кромѣ того, они допускаютъ вліяніе добровольныхъ соглашеній даже на подсудность по роду дѣлъ, за нѣкоторыми только, положительными означенными въ законѣ, исключеніями, напримѣръ за исключеніемъ дѣлъ брачныхъ и о правахъ состоянія и подсудности по роду и мѣсту нахожденія недвижимаго имущества. Напротивъ, наприм., подсудность по цѣнѣ исковъ и по торговому или неторговому характеру дѣлъ можетъ быть измѣнена добровольнымъ соглашеніемъ сторонъ.

¹⁾ Новый германскій проектъ даетъ такое право только коммерческимъ судамъ, когда тяжущіеся пожелали бы предоставить имъ рѣшеніе не торговаго дѣла; это исключеніе основано на особенной организаціи коммерческихъ судовъ (§ 38).

Тяжущіеся могутъ предоставить единоличному судѣ рѣшеніе дѣла, по цѣнѣ своей не подлежащаго его вѣдомству, и въ такомъ случаѣ не теряютъ права на обжалованіе его рѣшеній въ обыкновенномъ порядкѣ: соглашеніе о подсудности еще не даетъ судѣ третейскаго права и не равносильно третейской записи; это — просто дѣло удобства сторонъ, которыя желаютъ разрѣшить свой споръ у ближайшаго судьи и съ наименьшими издержками, но вовсе не имѣютъ въ виду отказываться отъ установленныхъ закономъ гарантій правильности и апелляціонной повѣрки его рѣшенія ¹⁾.

Нашъ Уставъ Гр. Суд. также отличаетъ соглашеніе о третейскомъ рѣшеніи дѣла по совѣсти и окончательно отъ простаго соглашенія о подсудности. По ст. 30, мировой судья можетъ принять къ своему разсмотрѣнію всякій споръ и искъ гражданскій, если обѣ тяжущіяся стороны будутъ просить его о рѣшеніи ихъ дѣла по совѣсти; состоявшіяся вслѣдствіе такихъ просьбъ рѣшенія мировыхъ судей считаются окончательными и апелляціи не подлежатъ. Понятно, что когда стороны просятъ судью именно о рѣшеніи ихъ дѣла по совѣсти и окончательно, на правахъ судьи третейскаго, апелляціи на его рѣшеніе не можетъ имѣть мѣста, потому что тяжущіеся положились въ этомъ случаѣ только на его совѣсть, а не предоставили третейскаго права суду высшей инстанціи. Но мы уже видѣли, что не каждое соглашеніе сторонъ о подсудности ихъ дѣла мировому судѣ можетъ быть истолковано въ смыслѣ отказа отъ установленныхъ закономъ гарантій правосудія. На ряду съ этимъ третейскимъ соглашеніемъ законъ допускаетъ простое соглашеніе о подсудности съ сохраненіемъ за тяжущимися права обжалованія. Такимъ образомъ, наприм., сельскіе обыватели могутъ предоставлять разбору мирового судьи ихъ дѣла, подлежащія вѣдомству ихъ собственныхъ судовъ, хотя сомнительно, могутъ ли эти дѣла касаться правъ на недвижимое имущество въ предѣлахъ крестьянскаго надѣла (Уст. 31, п. 3, и 584, п. 1, Полож. о крест. 96). Далѣе, по ст. 37, для разбирательства дѣла, котораго подсудность зависитъ отъ мѣста жительства или пребыванія отвѣтчика, тяжущіеся имѣютъ право обращаться, по взаимному согласію, къ тому изъ почетныхъ или участковыхъ мировыхъ судей, котораго они для сего сами выберутъ. Изъ этой статьи слѣдуетъ, что мировой судья не въ правѣ уклоняться отъ разбора дѣла по взаимному согласію тяжущихся, пока это добровольное соглашеніе о подсудности остается въ предѣлахъ, закономъ установленныхъ. Самые предѣлы его также видны изъ этой статьи, если сравнить ее съ другими правилами о подсудности. А именно, тяжущіеся могутъ измѣнять по добровольному соглашенію подсудность дѣлъ настолько, насколько она зависитъ отъ мѣста жительства или пребыванія отвѣтчика ²⁾. Слѣдовательно, подсудность по мѣсту нахождения недвижимаго имѣнія (ст. 34) не можетъ быть измѣнена волею сторонъ. Тоже самое слѣдуетъ сказать и о подсудности по роду дѣлъ и по цѣнѣ исковъ (ст. 29, 31), хотя личная подсудность ихъ и опредѣляется также мѣстомъ жительства или пребыванія отвѣтчика (ст. 32, 37, 203, 206, Уст. Торг. 1525). Въ законѣ постановлено, что мировой судья, усмотрѣвъ при разбирательствѣ дѣла, что оно не подлежитъ его вѣдомству, прекращаетъ у

¹⁾ См. мотивы къ герм. проекту, § 38—40.

²⁾ Это правило относится и къ подсудности окружныхъ судовъ.

себя дальнѣйшее его производство (Уст. 79 и 39); такъ напримѣръ, еслибы оказалось, что оно подлежитъ вѣдомству суда коммерческаго (66 г. Кас. 27, д. Томсона). Даже хотя бы отвѣтчикъ и подчинился начатому у мирового судьи разбирательству тѣмъ, что вступилъ въ отвѣтъ по иску, не заявляя отвода подсудности, это обстоятельство не можетъ стѣснять мирового судью въ отказѣ отъ дальнѣйшаго производства дѣла, не подлежащаго его вѣдомству по самому роду своему, наприм. дѣла коммерческаго (Уст. 584, п. 1, 67 г. Кас. 31, д. Иваницкаго). Однако, съ другой стороны, если неподвѣдомственность дѣла не представляется очевидною, мировой судья не обязанъ входить въ розысканія о фактическихъ обстоятельствахъ, обусловливающихъ свойство и подвѣдомственность дѣла (72 г. Кас. 416, д. Воронцова), и, когда отвѣтчикъ не заявилъ отвода, дѣло можетъ быть рѣшено судьей, какъ добровольно ему подсудное. Таковы, наприм., дѣла коммерческія, торговый характеръ которыхъ зависитъ отъ разныхъ фактическихъ обстоятельствъ¹⁾. Таковы же въ нѣкоторыхъ случаяхъ вопросы о цѣнѣ иска и мы видѣли уже, что если нѣтъ спора о цѣнѣ отыскиваемого имущества, дѣло предполагается подсуднымъ мировому судѣ, которому искъ предъявленъ.

Въ ст. 227 Устава постановлено, что при заключеніи договора, вступающіе въ оный могутъ опредѣлить тотъ судъ первой степени, которому они подчиняютъ могущіе возникнуть между ними споры объ этомъ договорѣ и объ исполненіи онаго. А по ст. 228, во всѣхъ дѣлахъ, за исключеніемъ дѣлъ о недвижимыхъ имѣніяхъ, стороны могутъ по взаимному согласію избрать для разрѣшенія спора и не тотъ окружной судъ, рассмотрѣнію коего дѣло подлежало бы въ общемъ порядкѣ подсудности. И здѣсь добровольное соглашеніе сторонъ не должно нарушать правилъ о подсудности по роду дѣлъ и постепенности судебныхъ инстанцій, потому что измѣненіе этихъ основныхъ началъ судопроизводства, какъ объяснилъ по одному дѣлу правит. Сенатъ, ни въ какомъ случаѣ не можетъ зависѣть отъ усмотрѣнія частныхъ лицъ (70 г. Кас. 507, д. Эшенбаха). Такимъ образомъ, стороны не имѣютъ права предоставлять рѣшеніе ихъ дѣлъ окружному суду, вмѣсто мировыхъ или церковныхъ судовъ, когда дѣло подлежитъ ихъ вѣдомству по самому роду своему (Уст. 584, п. 1).

§ 34. Пререканія о подсудности. Пререканія о подсудности возникаютъ вслѣдствіе того, что одно и то же дѣло принимается къ рассмотрѣнію и разрѣшенію двумя или нѣсколькими установленіями, которые считаютъ его подлежащимъ своему вѣдомству, или же, наоборотъ, изъ двухъ или нѣсколькихъ установленій ни одно не признаетъ дѣла себѣ подсуднымъ. Въ первомъ случаѣ пререканіе можно назвать положительнымъ; во-второмъ — отрицательнымъ. Напротивъ, пока нѣтъ столкновенія между разными установленіями, и пререканіе не можетъ быть возбуждено: каждое судебное мѣсто само рѣшаетъ, подлежитъ ли предъявленный искъ его вѣдомству, и ни въ какомъ случаѣ не должно представлять вышему суду о разрѣшеніи своихъ сомнѣній (Уст. 229). Такъ, напримѣръ, одинъ судъ отказалъ въ принятіи иска, считая дѣло

¹⁾ 69 г. Кас. 704, д. Трофимова: забирались ли дрожжи въ кредитъ и для торговли? 70 Общ. Собр. Сен. № 16, д. Вѣтошева: существовало ли торговое товарищество или были только неторговья сдѣлки?

себѣ неподлежащимъ; искъ предъявленъ потомъ другому суду, и этотъ послѣдній судъ, если находить, что дѣло ему неподсудно, долженъ постановить о томъ опредѣленіе, а не возбуждать вопроса о пререканіи.

Вообще дѣла о пререканіяхъ между судебными установленіями возникаютъ не иначе, какъ по частной жалобѣ одной изъ сторонъ (Уст. 43 и 232), а не по представленіямъ самихъ судей (67 г. Кас. 320, д. Кисляковой, рѣш. Общ. Собр. 1 и Кас. д.).

Пререканія между судьями или судами, подчиненными одному и тому же суду, разрѣшаются этимъ высшимъ судомъ (Уст. 40 и 230), а между судебными установленіями, подчиненными разнымъ судамъ, тѣмъ высшимъ судомъ, въ округѣ котораго дѣло первоначально возникло (Уст. 41 и 231). Пререканія между мировыми сѣздами, либо мировымъ судьей, или сѣздомъ, или коммерческимъ судомъ съ одной стороны и окружнымъ судомъ съ другой—разрѣшаются судебною палатою, въ округѣ которой дѣло первоначально возникло (Уст. 42, 236).

Просьба о разрѣшеніи пререканія приносится одному изъ тѣхъ судебныхъ установленій, между которыми возникло пререканіе, и препровождается имъ при объясненіи въ тотъ судъ, отъ котораго зависитъ разрѣшеніе пререканія, а производство дѣла, если оно начато, приостанавливается (Уст. 43, 232 и 233). Вопросъ о пререканіи разрѣшается по выслушаніи заключенія прокурора или его товарища (Уст. 179, 234).

Особыя правила постановлены для разрѣшенія пререканій между судебными и правительственными установленіями или духовными судами (Уст. 237—244). Законъ имѣетъ въ виду предупредить столкновенія суда съ администраціею и съ этою цѣлью ставить два основныхъ начала, именно: 1) всякое сомнѣніе въ томъ, подлежитъ ли возникшее въ судѣ дѣло разсмотрѣнію правительственныхъ или же судебныхъ установленій, разрѣшается судомъ, отъ коего зависитъ принять дѣло, или признать оное подлежащимъ судебному производству (ст. 237); и 2) никакое правительственное мѣсто или лицо не въ правѣ принять къ своему разсмотрѣнію дѣло, производящееся уже въ судебномъ установленіи, прежде уничтоженія сего производства высшею судебною инстанціею (Уст. 238).

Пререканіе возбуждается здѣсь или правительственнымъ мѣстомъ черезъ прокурора, или жалобою частнаго лица, и разрѣшается особымъ присутствіемъ судебной палаты, или общимъ собраніемъ 1-го и кассационныхъ департаментовъ Сената (240—244). Если пререканіе возникло между гражданскими и духовными судами православнаго исповѣданія, то оно разрѣшается по выслушаніи заключенія оберъ-прокурора св. синода (244).

§ 35. Послѣдствія неподсудности.

Подсудность есть мѣра судебной власти каждаго судебного установленія; только въ предѣлахъ ея оно является компетентнымъ, т.-е. имѣетъ правоспособность для процессуальнаго отношенія къ сторонамъ и въ правѣ изслѣдовать и рѣшить ихъ дѣло съ обязательною для нихъ силою. Въ этихъ предѣлахъ, его рѣшенія недѣйствительны (*sententia a non suo iudice lata nullam obtinet firmitatem*) и распоряженія его не обязательны. Наприм., отвѣтчикъ можетъ оставить безъ всякихъ послѣдствій доставленную ему повѣстку о вызовѣ въ судъ, явно не компетентный по его дѣлу; и заочное рѣшеніе, постановленное су-

домъ въ такомъ случаѣ, не будетъ имѣть никакой силы противъ него. Однако такая неявка, какъ мы сейчасъ увидимъ, есть дѣло во многихъ случаяхъ рискованное и отвѣтчикъ благоразумнѣе поступить, если явится по вызову. Явившись онъ не обязанъ представлять объясненія по существу дѣла суду некомпетентному и имѣть право предъявить отводъ противъ подсудности (*exceptio fori incompetentis*), и, если дѣло дѣйствительно не подлежитъ вѣдомству суда, онъ долженъ отказаться отъ разсмотрѣнія дѣла, каковы бы ни были основанія неподсудности. По поводу такого отвода можетъ возникнуть особое производство, стороны могутъ обжаловать опредѣленіе суда и вопросъ о подсудности поступить въ такомъ случаѣ на разрѣшеніе высшей инстанціи. Самое рѣшеніе по существу дѣла, постановленное некомпетентнымъ судомъ, можетъ быть обжаловано и отмѣнено.

Но, съ другой стороны, подсудность дѣла зависитъ, какъ мы видѣли, отъ разныхъ фактическихъ условій, какъ-то: цѣнности имущества, торговаго свойства операціи, мѣста жительства отвѣтника и т. п., и, кромѣ того, въ извѣстныхъ предѣлахъ зависитъ отъ добровольнаго соглашенія сторонъ, а это соглашеніе о подсудности, какъ мы видѣли, можетъ выразиться не только въ видѣ особаго договора, но и фактически тѣмъ, что истецъ предъявляетъ свой искъ извѣстному суду, а отвѣтчикъ вступаетъ въ отвѣтъ по иску, не заявляя отвода. Эти два обстоятельства, именно возможность добровольной подсудности даже по безмолвному соглашенію сторонъ и спорный характеръ фактическихъ условій подсудности, значительно смягчаютъ выставленное выше суровое начало недействительности и необязательности всѣхъ распоряженій и рѣшеній некомпетентнаго суда.

По закону судъ обязанъ, независимо отъ отводовъ со стороны тяжущихся, не принимать дѣло къ своему разсмотрѣнію, когда оно не подлежитъ его вѣдомству по самому роду своему или же подсудно другому суду по мѣсту нахождения недвижимаго имѣнія (Уст. 584, п. 1 и 2). Въ этихъ предѣлахъ добровольное соглашеніе о подсудности не допускается, а потому, лишь только судъ усмотритъ изъ обстоятельствъ дѣла, что оно не подлежитъ его вѣдомству, онъ долженъ прекратить производство, не ожидая отвода и не рассчитывая на добровольное согласіе тяжущихся: каждая сторона можетъ заявить такой отводъ во всякомъ положеніи дѣла, т.-е. въ апелляціонной и кассационной инстанціи (69 г. Кас. 84, д. Фомина, 67 г. Кас. 50, д. Басковой, 294, д. Александрова и др. 72 г., 759), потому что и самъ апелляціонный (67 г. Кас. 264, д. Степанова, № 407, д. Хапуновой) и кассационный судъ (68 г. Кас. 291, д. Михайловой) обязанъ, даже независимо отъ отводовъ, прекращать производство дѣла, не подлежащаго его вѣдомству.

Напротивъ, въ тѣхъ предѣлахъ, въ которыхъ допускается добровольное, даже безмолвное соглашеніе о подсудности, напримѣръ, по мѣсту жительства отвѣтника или по мѣсту исполненія договора, самъ судъ не имѣетъ права возбуждать вопросъ о неподсудности, если не предъявлено отвода со стороны отвѣтника (68 г. Кас. 887, д. Тюрина, 70 г. Кас. 388, д. Долгова), именно потому, что уже самое непредъявленіе отвода считается доказательствомъ добровольнаго подчиненія отвѣтника суду. Чтобы устранить неопредѣленность въ положеніи дѣла, законъ назначаетъ извѣстный моментъ процесса для предъявленія такихъ отводовъ, и если этомъ моментъ пропущенъ,

отвѣтчикъ теряетъ право отвода. Именно, отводы должны быть предъявлены не позже, какъ въ первой отвѣтной бумагѣ, если она была подана ¹⁾ или въ первомъ засѣданіи суда (Уст. 575) и отводъ о подсудности предъявляется прежде всѣхъ другихъ отводовъ (Уст. 574). Такъ что, если отвѣтчикъ вступилъ въ отвѣтъ, не заявивъ отвода, онъ не можетъ уже потомъ отводить подсудность, наприм., во-второй (70 г. Кас. 682, д. Ключкова, 69 г. Кас. 440, д. Кучарова) или въ кассационной инстанціи (67 г. Кас. 254, д. Перелыгина) и даже судъ первой инстанціи въ дальнѣйшемъ производствѣ дѣла можетъ оставить такой отводъ безъ уваженія (72 г. Кас. 514, д. Берга).

Наконецъ, третій рядъ случаевъ стоитъ, такъ сказать, въ срединѣ между двумя группами, которыя нами представлены. Именно, къ этому третьему ряду надобно отнести тѣ случаи, когда подсудность по роду дѣла зависитъ отъ разясненія разныхъ фактическихъ обстоятельствъ, такъ что безъ этого разясненія не видно, что дѣло не подлежитъ вѣдомству суда. Таковъ, напримѣръ, случай, когда у мирового судьи отыскивается движимое имущество безъ означенія цѣны (70 г., Кас. 246, д. Маркова) или когда торговый характеръ дѣла или самое существованіе торговаго отношенія, изъ котораго оно будто бы возникло, представляется сомнительнымъ (70 г., Общ. собр. Сен. № 16, д. Вѣтошева). Въ такихъ случаяхъ отвѣтчикъ имѣетъ право предъявлять отводъ какъ въ первой такъ и въ апелляціонной инстанціи (69 г. Кас. 313, д. Краснова) и требовать, напримѣръ, оцѣнки имущества или доказывать торговый характеръ дѣла и судъ долженъ разсмотрѣть эти отводы или отдѣльно, или въ связи съ существомъ дѣла. Но пока нѣтъ отвода и пока факты дѣла не обнаруживаютъ, что оно превышаетъ предѣлы вѣдомства суда, самъ судъ не имѣетъ никакого повода возбуждать отъ себя сомнѣнія насчетъ подсудности и прекращать производство или не принимать дѣло къ разсмотрѣнію. Кромѣ того, если въ двухъ инстанціяхъ не обнаружилось такихъ фактовъ, доказывающихъ неподсудность дѣла, то кассационный судъ обыкновенно не будетъ имѣть повода къ отменѣ рѣшенія на основаніи фактическихъ условій подсудности, такъ какъ фактическая сторона дѣла считается уже установленною и не повѣряется въ кассационномъ судѣ.

¹⁾ Если отвѣтчикъ не явился по вызову и противъ него постановлено заочное рѣшеніе, то онъ можетъ заявить отводъ въ отзывѣ или жалобѣ на это рѣшеніе, когда этотъ отзывъ или жалоба были первою отвѣтною бумагою съ его стороны (70 г. Кас. 159, д. Репмана и 1473, д. Егорова, 71 г. Кас. № 5-й, д. Карѣва).

ГЛАВА II.

О сторонахъ, участвующихъ въ процессѣ ¹⁾.

§ 36. **Общія понятія.** Въ предыдущей главѣ мы разсмотрѣли устройство и кругъ дѣятельности судебныхъ установленій, какъ одной системы органовъ гражданскаго судопроизводства. Въ настоящей главѣ мы должны изслѣдовать другой рядъ столь же необходимыхъ органовъ процесса, именно общія условія дѣятельности сторонъ, участвующихъ въ процессѣ.

Гражданское судопроизводство имѣетъ цѣлью охраненіе гражданскихъ правъ по поводу нарушенія или спора. Изъ нарушенія права вытекаетъ юридическое отношеніе между нарушителемъ и потерпѣвшимъ отъ нарушенія лицомъ. Это отношеніе называется **исковымъ** и принадлежитъ къ разряду матеріальныхъ юридическихъ отношеній. Оно очень сходно съ обязательственными отношеніями, потому что даетъ лицу, потерпѣвшему отъ нарушенія, право требованія, а нарушителя обязываетъ къ удовлетворенію этого требованія ²⁾. Потерпѣвшее лицо, осуществляя свое требованіе въ судебномъ процессѣ, называется **истцомъ**, а нарушитель права, привлеченный въ судъ къ отвѣту за нарушеніе, называется **отвѣтчикомъ**; тотъ и другой субъектъ исковаго отношенія называется **стороною**, какъ представитель противоположнаго интереса въ этомъ отношеніи. На той и другой сторонѣ можетъ быть какъ по одному лицу, такъ и по нѣсколькимъ лицамъ, потому что нарушеніе можетъ быть совершено и нѣсколькими лицами и можетъ затронуть общее право нѣсколькихъ лицъ. Вступая въ процессъ или тяжбу, они называются **тяжущимися сторонами**, потому что каждая сторона старается перетянуть въ свою пользу вѣсы правосудія.

Кромѣ главныхъ участниковъ въ тяжбѣ (*Hauptpartheien*), на каждой сторонѣ возможны еще **вспомогательные участники** (*Nebenpartheien*)

¹⁾ Побѣд., § 243—369. Думаш. § 65—76, 208—240, 717—739. Bayer, § 18—49. Endemann, § 70—93. Renaud, § 45—71. Wetzell, § 5—12, 63, 64. Schmid, § 58—82. Grolman, § 54—69. Martin, § 33—82. Linde, § 107—141. Heffter, § 104—112, 168—186. Id. Preuss. § 44—61. Koch, § 75—117. Schmitt, Бавар. § 116—165. Lush, стр. 4—348. Tyler, Of parties to actions въ изд. Стифена Plead.—Bouvier Dict. v. Parties и Joinder.

Ганнов. Уст. § 32—80. Прус. I, тит. 1, 3, 17, 18, 20. Бавар. § 58—147. Баден. 92—189. Брауншв. § 44—11. Ольденб. § 44—67. N. York. § 111—122. Mass. st. гл. 121, § 28—40, гл. 127 и 128. Бунге, пр. § 905—1030. Остз. Пр. § 93—218. Герм. 72 г. § 50—114. Рижск. стат. тит. 6, 7, 11, 33. Австр. Refer. Entwurf u. Regier. E. 67. §§ 60 ff.

²⁾ Теорія обязательствъ есть ничто иное какъ осадокъ исковаго права. Это доказывается весьма наглядно римскими источниками: тамъ, гдѣ мы теперь говоримъ о правахъ и обязанностяхъ контрагентовъ или вѣрителей и должниковъ, римскіе юристы говорятъ объ искахъ или исковыхъ правахъ, принадлежащихъ тому или другому кредитору, напримѣръ, объ *actio empti* и *actio venditi*, *locati* и *conducti*, объ *actiones directae* и *contrariae*.

или случайные сторонники и пособники истца или отвѣтчика (accessorische Theilnehmer). Это явление объясняется взаимною связью юридических отношеній и рефлективными послѣдствіями правонарушенія. Обыкновенно нарушение права отражается только на владѣльцѣ и нарушителѣ права, такъ что первый получаетъ право иска, а нарушитель становится отвѣтственнымъ лицомъ. Но иногда послѣдствія нарушения идутъ далѣе: кромѣ отношенія между владѣльцемъ и нарушителемъ права, они затрогиваютъ еще дальнѣйшія отношенія этихъ главныхъ участниковъ къ другимъ лицамъ. Такъ, напримѣръ, одно лицо продало участокъ земли другому; является потомъ третье лицо и отнимаетъ этотъ участокъ у покупателя, утверждая, что земля эта не принадлежит ни продавцу, ни покупателю, а составляетъ его собственность. Такой захватъ нарушитъ прежде всего право покупателя и вызоветъ исковое отношеніе между нимъ и нарушителемъ. Но и продавецъ также будетъ заинтересованъ въ этой тяжбѣ, потому что исходъ ея можетъ отразиться и на его отношеніи къ покупателю; вѣдь онъ обязанъ очищать покупателя отъ постороннихъ вступщиковъ: продавая имущество, онъ гарантировалъ пріобрѣтателю спокойное владѣніе имъ и еслибы посторонній вступщикъ доказалъ, что имущество въ самомъ дѣлѣ составляетъ его собственность, продавецъ долженъ бы былъ возратить покупщику полученную отъ него цѣну и вознаградить его за убытки. Вотъ почему продавецъ естественно становится сторонникомъ или пособникомъ покупателя въ этой тяжбѣ. Главною стороною, т.-е. истцомъ въ процессѣ, онъ быть не можетъ, до тѣхъ поръ, пока покупщикъ не передастъ ему своего права иска: продавъ имѣніе, онъ уступилъ право собственности на него покупщику и, слѣдовательно, не можетъ отыскивать это право для себя самаго противъ посторонняго вступщика. Главною стороною здѣсь будетъ покупатель, а продавецъ можетъ только поддерживать его въ тяжбѣ, быть его сторонникомъ или пособникомъ. Такіе пособники возможны и на сторонѣ отвѣтчика. Напримѣръ, должникъ не платитъ долга кредитору, считая обязательство недѣйствительнымъ; въ этомъ спорѣ естественно заинтересованы и поручители за должника, а потому, если кредиторъ обратится съ искомъ къ одному должнику, они могутъ вступить въ это дѣло и поддерживать должника въ тяжбѣ, какъ его сторонники или пособники.

Всѣ означенныя роли сторонъ и пособниковъ основываются на матеріальныхъ гражданскихъ отношеніяхъ. Но въ процессѣ эта основа ихъ не видна съ перваго взгляда. Процессъ отърывается тѣмъ, что одно лицо предъявляетъ искъ къ другому, а другое вступаетъ въ отвѣтъ по этому иску. Кто первый подалъ исковое прошеніе, тотъ и считается истцомъ, а противникъ его отвѣтчикомъ ¹⁾. При такомъ формальномъ понятіи о тяжущихся сторонахъ, весьма возможно, что процессуальныя ихъ роли не будутъ соответствовать матеріальнымъ отношеніямъ. Повѣрка или изслѣдованіе матеріальныхъ правъ и обязанностей сторонъ составляетъ задачу цѣлаго процесса, такъ что они раскрываются только подъ конецъ его и то лишь настолько, насколько они видны изъ объясненій и доказательствъ, пред-

¹⁾ X, 2, 160: истецъ есть тотъ, кто отыскиваетъ свое право или ищетъ что-либо на другомъ поданнымъ о томъ въ судъ прошеніемъ. Отвѣтчикъ есть тотъ, кто долженъ дать въ судѣ отвѣтъ на поданное истцомъ прошеніе.

ставленныхъ сторонами. Несоотвѣтствіе процессуальныхъ ролей съ матеріальными отношеніями можетъ доходить до такой степени, что ни истецъ, ни отвѣтчикъ не будутъ имѣть тѣхъ правъ, о которыхъ они ведутъ споръ между собою. Возможно двумъ лицамъ спорить о чужомъ имуществѣ, которое не принадлежитъ ни тому, ни другому изъ нихъ. Наприм., противъ незаконнаго владѣльца имущества выступаетъ какой-нибудь претендентъ съ искомымъ прошеніемъ, утверждая, что это имущество составляетъ его собственность; владѣлецъ оспариваетъ это притязаніе и такимъ образомъ завязывается процессъ о правѣ собственности между такими лицами, изъ коихъ, можетъ быть, ни то, ни другое не имѣетъ этого права: имущество принадлежитъ, можетъ быть, третьему лицу. Или, наприм., кредиторъ обращаетъ взысканіе на имущество, состоящее во владѣніи должника, тогда какъ это имущество принадлежитъ, можетъ быть, третьему лицу. Не всегда это третье лицо можетъ относиться равнодушно къ такимъ спорамъ и взысканіямъ, обращеннымъ на его имущество. Правда, судебное рѣшеніе, постановленное въ заключеніе процесса, опредѣляетъ отношенія только между тяжущимися сторонами и сила его не распространяется на третьихъ лицъ, неучаствовавшихъ въ дѣлѣ. Однако, часто интересъ третьяго лица требуетъ, чтобы оно вступило въ дѣло, касающееся его имущества, потому что рѣшеніе дѣла можетъ вредить ему косвенно, переводя имущество въ руки самостоятельнаго владѣльца, а взысканіе, обращенное на его имущество, можетъ даже кончиться публичною продажей и безповоротнымъ отчужденіемъ. Вотъ почему третьи лица нерѣдко вмѣшиваются въ процессъ, возникшій между первоначальными сторонами, истцомъ и отвѣтчикомъ, и могутъ становиться не только пособниками той или другой стороны, но выступать и съ совершенно самостоятельными притязаніями, въ качествѣ главной стороны, заявляя, наприм., что спорное имущество не принадлежитъ ни истцу, ни отвѣтчику, а составляетъ собственность его, третьяго лица. Въ послѣднемъ случаѣ, строго говоря, возникаетъ подлѣ одного процесса другой, хотя они и могутъ быть соединены формально въ одномъ производствѣ. Въ другихъ же случаяхъ третье лицо только присоединяется къ той или къ другой изъ тяжущихся сторонъ, или въ качествѣ пособника, или же въ качествѣ главнаго соучастника въ искѣ или въ отвѣтѣ.

Всѣ указанныя нами лица могутъ вести дѣло сами, полагаясь на свои собственныя силы и на личную заботливость о своихъ интересахъ. Но они могутъ также пользоваться для того и услугами другихъ лицъ, которыя бы сообщая съ ними отстаивали на судѣ ихъ права, поддерживали ихъ, притязанія или защиту. Они могутъ даже поручить веденіе дѣла уполномоченнымъ лицамъ, которыя бы совершенно замѣняли ихъ на судѣ, дѣйствуя въ качествѣ ихъ представителей. Эти правозаступники и представители не составляютъ особой стороны въ процессѣ, а становятся на одну изъ тяжущихся сторонъ, поддерживая ея права или даже замѣняя ея личную дѣятельность.

По всему вышеизложенному, въ процессѣ участвуютъ: 1) главныя тяжущіяся стороны—истецъ и отвѣтчикъ или нѣсколько истцовъ и отвѣтчиковъ (тяжебный союзъ), 2) случайные соучастники—пособники главныхъ сторонъ или же лица, вступающія въ дѣло съ самостоятельными притязаніями, и 3) представители и правозаступники всѣхъ поименованныхъ лицъ.

Для разъясненія дѣла и повѣрки заявленій сторонъ въ процессѣ

иногда оказываются необходимыми еще и другія лица, какъ-то: свидѣтели, окольные и свѣдущіе люди. Но они являются въ процессѣ какъ простыя средства доказательства и, хотя ихъ можно назвать въ обширномъ смыслѣ слова также участниками въ дѣлѣ, но слѣдуетъ строго отличать ихъ отъ тяжущихся сторонъ съ ихъ пособниками, заступниками и представителями. По отношенію къ правамъ и притязаніямъ, составляющимъ предметъ процесса, они должны быть лицами посторонними: они подтверждаютъ или опровергаютъ фактическія заявленія сторонъ, но въ самомъ исходѣ процесса они не должны быть заинтересованы, ни со стороны притязанія, ни со стороны защиты.

Процессъ, какъ способъ охраненія правъ въ случаѣ нарушенія или спора, необходимо предполагаетъ двѣ тяжущіяся стороны съ противоположными интересами—истца и отвѣтчика. Если нѣтъ той или другой стороны или если интересы ихъ сливаются, то и процессъ оказывается невозможнымъ. Поэтому, наприм., невозможенъ процессъ между опекуномъ и опекаемымъ, пока опека продолжается (Калуж. Окр. С. по д. Радисевыхъ въ „Суд. В.“ 1867 г. № 109). Поэтому же процессъ прекращается, когда истецъ становится наслѣдникомъ отвѣтчика: какъ наслѣдникъ, онъ представляетъ лицо наслѣдодателя и, если бы процессъ продолжался, то оказалось бы, что истецъ ведетъ тяжбу съ самимъ собою и что, каково бы ни было судебное рѣшеніе, онъ ничего не выиграетъ и ничего не проиграетъ отъ него. Напротивъ, вполне возможенъ процессъ, наприм., между отдѣльными членами товарищества, общества или компаніи съ одной стороны и цѣлымъ товариществомъ или корпораціею съ другой, потому что здѣсь имѣются два лица—физическое и юридическое—съ противоположными интересами въ дѣлѣ. Возможно также предъявленіе иска къ лицу умершаго собственника, когда нѣтъ въ виду наслѣдникомъ (Уст. 215); но дальнѣйшее производство дѣла по такому иску требуетъ назначенія опекуна или попечителя для защиты интересовъ наслѣдственной массы или же явки наслѣдниковъ (Юр. вопр. Полтав. О. Суда за 69 г., № 8, въ „Суд. В.“ 71 г., № 116).

Есть, однако, ограниченія этого правила о необходимости двухъ сторонъ, съ противоположными интересами въ процессѣ. По нѣкоторымъ дѣламъ, а именно о правахъ состоянія, можетъ и не быть въ виду опредѣленнаго отвѣтчика (Уст. 1339); въ такомъ случаѣ на мѣсто недостающей стороны становится прокуроръ, на котораго и возлагается обязанность собирать надлежащія доказательства къ опроверженію неправильныхъ требованій истца (Уст. 1344). Считая этотъ случай исключеніемъ изъ общаго правила нельзя, потому что здѣсь также имѣются двѣ стороны съ противоположными ролями въ процессѣ. Другой рядъ ограниченій представляютъ дѣла охранительнаго судопроизводства, которыя потому именно и называются дѣлами добровольной или безспорной юрисдикціи, что они не предполагаютъ спора или нарушенія правъ, а слѣдовательно не требуютъ и присутствія двухъ спорящихъ сторонъ или одной, совершившей нарушеніе права, и другой, потерпѣвшей отъ нарушенія. Такъ, наприм., просить судъ о признаніи наслѣдственныхъ правъ въ безспорномъ порядкѣ можетъ и одинъ наслѣдникъ: иногда другаго и совсѣмъ нѣтъ (67 г. Кас. 177, д. Маіевскаго). Точно также о вводѣ во владѣніе просить обыкновенно одна только сторона—пріобрѣтатель имѣнія (Уст. 1424); объ удостовѣреніи без-

въстнаго отсутствія можетъ просить каждый, кто имѣетъ законное притязаніе къ имуществу отсутствующаго лица (Уст. 1451). Наконецъ, третье ограниченіе состоитъ въ томъ, что по нѣкоторымъ дѣламъ могутъ участвовать въ процессѣ, въ качествѣ главныхъ сторонъ, болѣе чѣмъ двѣ тяжущіяся стороны, и притомъ такъ, что трудно различить, кто изъ нихъ истецъ и кто отвѣтчикъ. Таковы именно дѣла о раздѣлѣ общаго имущества, наприм. наслѣдства, общаго товарищескаго имущества и т. п. Истцомъ здѣсь признается или то лицо, которымъ прежде другихъ подано прошеніе о раздѣлѣ, или каждое лицо, заявляющее притязанія къ общей ликвидационной массѣ: въ послѣднемъ случаѣ учреждается особое представительство массы, которое и играетъ роль отвѣтчика.

Кромѣ этихъ особенныхъ случаевъ, въ каждомъ процессѣ участвуютъ двѣ стороны—истецъ и отвѣтчикъ. Дѣятельность истца наступательная, онъ требуетъ измѣненія существующаго фактическаго состоянія, наприм. требуетъ присужденія себѣ имущества, состоящаго во владѣніи отвѣтчика, требуетъ платежа денегъ изъ кассы или средствъ отвѣтчика и т. п. Напротивъ, положеніе отвѣтчика оборонительное, онъ желаетъ только сохранить существующее состояніе и отразить нападеніе истца. Это оборонительное положеніе имѣетъ свои выгоды въ процессѣ ¹⁾. Такъ, наприм., истецъ на первомъ же шагѣ процесса обязанъ платить судебныя пошлины, тогда какъ отвѣтчикъ можетъ быть присужденъ къ возвращенію судебныхъ издержекъ истца только по окончаніи тяжбы. Кромѣ того, на истца, какъ на сторону, требующей измѣненія существующаго порядка, лежитъ обязанность доказать свой искъ, т. е. доказать основанія, почему существующій порядокъ вещей долженъ быть измѣненъ въ его пользу, почему, наприм., извѣстное имущество или сумма денегъ должны перейти къ нему изъ владѣнія отвѣтчика. По природѣ каждый человѣкъ свободенъ отъ обязательствъ и, слѣдовательно, нельзя предполагать обязательства на сторону отвѣтчика до тѣхъ поръ, пока истецъ не докажетъ, что такое обязательство существуетъ. Пока истецъ не представилъ доказательства, отвѣтчикъ не обязанъ ничего доказывать съ своей стороны: *actore non probante, reus absolvitur*; онъ освобождается отъ всякаго суда и вызванія, если истецъ не доказалъ иска (X, 2, 312. 67 г., Кас. 280, д. Печенкина, 514, д. Лобанова, 424, д. Завознаго). Только тогда, когда истецъ представилъ доказательства иска, а отвѣтчикъ заявляетъ возраженія противъ иска, наприм. говорить, что долгъ, хотя и существовалъ, но уже уплаченъ или зачтенъ и т. п., тогда обязанность доказать эти возраженія лежитъ на отвѣтчикѣ ²⁾ (Уст. 366 и 81. X, 2, 313. Уст. Торг. 1587: неточная редакція).

Съ другой стороны, роль истца представляетъ также своего рода выгоды въ процессѣ. Истецъ можетъ только получить отказъ въ искѣ и полатиться судебными издержками въ пользу отвѣтчика. Но онъ не можетъ быть присужденъ къ какому-нибудь другому

¹⁾ L. 125 Dig. 50, 17: *Favorabiliores sunt partes rei quam actoris*.

²⁾ L. 19. pr. Dig. 22, 3 (Ulp.) in *exceptionibus* dicendum est, *reum* partibus actoris fungi oportere, ipsumque *exceptionem* velut *intentionem* implere; utputa si pacti conventi *exceptione* utatur, docere debet, *pactum conventum factum esse*. L. 1. Dig. 44, 1 (Ulp.): *Agere etiam is videtur, qui exceptione utitur: nam reus in exceptione actor est*.

платежу или къ возвращенію какаго-нибудь имущества отвѣтчику ¹⁾. Напротивъ, отвѣтчикъ, проигрывая процессъ, обыкновенно обязывается къ какому-нибудь дѣйствию въ пользу истца, положительному или отрицательному, наприм. къ передачѣ имущества, къ платежу и т. п.

Однако, есть исключенія изъ этого правила. По нѣкоторымъ дѣламъ (*judicia duplicia*) ²⁾ каждая сторона въ процессѣ играетъ двоякую роль—истца и отвѣтчика, и можетъ быть присуждена къ извѣстному пожертвованію въ пользу противника. Таковы именно дѣла о восстановленіи нарушеннаго владѣнія, въ которыхъ владѣніе можетъ быть присуждено или истцу или отвѣтчику. Таковы же дѣла о раздѣлѣ общаго имущества, потому что здѣсь и лица, просившія о раздѣлѣ и признаваемые съ формальной точки зрѣнія истцами, могутъ быть присуждены къ уступкѣ той части общаго имущества, которою они владѣли, другимъ соучастникамъ ³⁾. Вообще раздѣлъ необходимо затрагиваетъ интересы всѣхъ соучастниковъ и каждый изъ нихъ можетъ заплатить тѣмъ, чѣмъ прежде владѣлъ, если по разверсткѣ его доля окажется менѣе, и, наоборотъ, можетъ получить отъ другихъ соучастниковъ то, что причтется на его долю (Уст. 1412, 1419, 1420).

Напротивъ, процессъ по встрѣчному иску не составляетъ исключенія изъ общаго правила. Когда встрѣчный искъ соединяется въ одномъ производствѣ съ первоначальнымъ искомъ, это соединеніе надобно считать чисто формальнымъ; по существу же дѣла здѣсь два процесса съ противоположными ролями сторонъ, такъ что истецъ въ одномъ процессѣ является отвѣтчикомъ въ другомъ. Согласно съ этимъ положеніемъ распредѣляется и обязанность доказательства между сторонами, и отвѣтчикъ по каждому иску можетъ быть присужденъ къ удовлетворенію истца, такъ что только въ заключеніе дѣлаго производства по двумъ искамъ оказывается возможнымъ свести обоюдные расчеты между сторонами къ одному результату.

§ 37. Способность къ процессу. Способность вести процессъ лично или черезъ уполномоченныхъ, въ качествѣ стороны или пособника, называется способностью къ процессу (*Processfähigkeit, legitima persona standi in judicio*), или—что то же—„способностью отыскивать и защищать на судѣ свои права“ (Уст. 17). Она принадлежитъ каждому лицу, физическому или юридическому, имѣющему возможность обладать гражданскими правами, каждому субъекту правъ, насколько законъ не устанавливаетъ для нея ограниченій (Уст. 17).

1) Ограниченія способности къ процессу. Въ старое время они были весьма многочисленны и разнообразны: кромѣ ограниченій, вытекавшихъ изъ матеріальнаго гражданскаго права, которыхъ было множество въ тѣ вѣка рабства и суровой подчиненности властямъ семейнымъ, родовымъ, помѣщичьимъ и т. д., существовали еще особыя

²⁾ Такое присужденіе, безъ исковаго прошенія со стороны отвѣтчика, влекло бы за собою отмѣну рѣшенія.

²⁾ Inst. IV, 15, § 7: *Duplicia vocantur (interdicta uti possidetis et utrubi), quia par utriusque litigatoris in his conditio est, nec quisquam praecipue reus quam actoris partem sustinet.*

³⁾ L. 10 Dig. 10, 1 (Julian). *Judicium communi dividundo, familiae erciscundae, finium regundorum tale est, ut in eo singulae personae duplex jus habeant, agentis et ejus, quocum agitur.*

(процессуальныя) ограниченія въ правѣ судебной защиты даже для лицъ, обладавшихъ полною гражданскою правоспособностью и дѣеспособностью ¹⁾. Этотъ послѣдній рядъ ограниченій противорѣчитъ современнымъ понятіямъ о государствѣ и судѣ, потому что прямая задача государства состоитъ въ томъ, чтобы судъ его былъ открытъ для защиты каждаго гражданского права и каждому лицу, насколько въ самой системѣ матеріальнаго права не содержится ограниченій. Новыя законодательства и проекты судебныхъ уставовъ выходятъ изъ того начала, что ограниченія способности къ процессу основываются единственно на матеріальномъ правѣ ²⁾, и даже эти ограниченія они стараются по возможности сократить или уменьшить въ числѣ и пространствѣ дѣйствія ³⁾. Что касается нашего отечества, то въ мѣстныхъ законахъ западной окраины существуютъ еще довольно сложныя ограниченія способности къ процессу ⁴⁾. Напротивъ, общее законодательство имперіи склоняется рѣшительно въ пользу признанія гражданской самостоятельности и права судебной защиты за каждымъ лицомъ, независимо отъ различія пола, семейнаго и общественнаго положенія, образованія, религіи и т. п.

Въ Уст. Гр. Суд. приведены два основанія, ограничивающія способность къ процессу. 1) Нѣкоторые лица по закону не имѣютъ извѣстныхъ правъ гражданскихъ, а потому естественно не могутъ искать или защищать эти права на судѣ. Такъ, напримѣръ, лица, лишеныя вѣхъ правъ состоянія, со времени объявленія имъ окончательнаго судебного приговора, не могутъ искать и защищать на судѣ тѣ права, которыхъ они лишены (Уст. 18). На томъ же основаніи, наприм., лица юридическія не могутъ отыскивать на судѣ правъ семейныхъ и т. п.

2) Нѣкоторые лица, вслѣдствіе личнаго ихъ состоянія, ограничены въ обыкновенномъ правѣ распоряженія имуществомъ и, такъ какъ въ процессѣ разныя упущенія, уступки и т. п. дѣйствія тяжущейся стороны легко могутъ повести къ отчужденію имущества въ пользу противника или вообще къ потерѣ правъ, считаются неспособными къ процессу. Таковы именно недѣеспособныя лица, состоящія обыкновенно подъ опекою или почительствомъ, по несовершеннолѣтію, т.-е. до 21 года отъ рожденія ⁴⁾, или по душевнымъ и физическимъ

¹⁾ Такъ, напримѣръ, по римско-каноническому праву, лица, отлученныя отъ церкви, могли быть отвѣтчиками въ судахъ, но не могли быть истцами: *excommunicatus in iudicio, nisi tanquam reus, stare non potest* (с. 7, X. de jud. 2, 1).

²⁾ Другой вопросъ: имѣть ли лицо право вести процессъ лично или обязано нанять повѣреннаго? Объ этомъ см. ниже, въ ученіи о представительствѣ.

³⁾ Весьма любопытны въ этомъ отношеніи § 50—55 новаго германскаго проекта Уст. Гр. Суд. и мотивы къ нимъ. Точно также въ Англии и С. Америкѣ прежнія ограниченія способности къ процессу, напримѣръ, вытекавшія изъ семейнаго права, постепенно слабѣютъ и отминаятся.

⁴⁾ 72 г., Кас. 363, Панькова, 67 г. Кас. 252, д. Горбунова. 68 г. Кас. 369, д. Перожиной. 69 г. Кас. 63, д. Сулимы. „Суд. Вѣст.“ 71 г., № 4 и 5, передъ статьи. Мотивы къ ст. 19 Уст. изд. Гос. Канц.

⁴⁾ Финлянд. Улож. *Giftermals Balk*, гл. 9, § 1. *Arfda Balk*, гл. 19, § 1—4. Остз. Улож. ст. 11, 42, 71, 82, 98, 215, 216, 268, 269, 272, 353, 512—515. Польск. Улож. ст. 182 и слѣд., 341, 345 и слѣд. 350, 353, 422, 474, 479, 484, 497, 504 и 518. Зак. о союзѣ брачномъ 36 г., ст. 214. Рижск. Стат., изд. 68 г., гл. 6, § 1 и 2.

недугамъ. За нихъ ищутъ и отвѣчаютъ на судѣ ихъ родители, опекуны или попечители, какъ необходимые законные ихъ представители (Уст. 19), сами же они неспособны вести процессъ ни лично, ни чрезъ уполномоченныхъ. Если бы необходимыхъ представителей не было, то сначала они должны быть назначены: ограниченіе способности къ процессу зависитъ здѣсь отъ недостатка общей гражданской дѣеспособности лица, а не отъ того, что опека или попечительство надъ нимъ уже учреждены. Другой случай, когда лицо объявлено несостоятельнымъ должникомъ; оно теряетъ право распоряженія своимъ имуществомъ, надъ массою котораго учреждается въ такомъ случаѣ особое попечительство, а потому и право его искать и отвѣчать на судѣ переходитъ къ конкурсному управленію. По открытіи конкурса все имущество несостоятельнаго должника, наличное и долговое, считается обезпеченіемъ его кредиторовъ и состоитъ въ распоряженіи суда и попечительства кредиторовъ. Однако, конкурсное управленіе можетъ признать какія-нибудь судебныя дѣла должника безнадежными и для конкурсной массы бесполезными и отказаться отъ ихъ веденія. Въ такомъ случаѣ эти иски остаются въ распоряженіи должника и онъ можетъ вести эти дѣла лично или чрезъ уполномоченныхъ на свой счетъ или кредитъ (Уст. 21 и 22) ¹⁾. Равнымъ образомъ и всѣ другіе иски о правахъ, не подлежащихъ обращенію въ конкурсную массу, естественно остаются открытыми для самого должника; напримѣръ, иски о правахъ состоянія и т. п. Еще менѣе ограничены въ способности къ процессу лица, состоящія подъ опекою за расточительность ²⁾. Они не лишаются права искать и отвѣчать на судѣ, но обязаны увѣдомлять о каждомъ возникшемъ дѣлѣ надлежащее опекунское учрежденіе; кромѣ того, они не могутъ безъ согласія опекуна избирать повѣреннаго, оканчивать дѣло примиреніемъ, дѣлать на судѣ какія-либо уступки, представлять споръ о подлогѣ акта и вступать въ отвѣтъ по такому спору (Уст. 20). И эти ограниченія, какъ и вся опека надъ расточителями, естественно относятся только къ имущественнымъ искамъ, не касаясь дѣлъ о личныхъ или семейныхъ правахъ (Уст. о предупр. преступ. 237—40).

За этими исключеніями, всѣ прочія лица считаются способными къ процессу, будутъ ли то русскіе подданные или иностранцы (Уст. 571, п. 5 и ст. 224), не имѣющіе права вѣземельности (*ibid.* 225). Истецъ иностранецъ, не состоящій на русской службѣ и не владѣющій въ Россіи недвижимымъ имѣніемъ, обязанъ только, по требованію противной стороны, представить обезпеченіе издержекъ по дѣлу и тѣхъ убытковъ, которые можетъ понести отвѣтчикъ (Уст. 571, п. 5). Но за то и самъ онъ можетъ требовать отъ отвѣтчика обезпеченія издержекъ и убытковъ (Уст. 578).

II. Послѣдствія неспособности къ процессу. Они состоятъ:

¹⁾ Кромѣ того, конкурсное управленіе или администрація могутъ поручить веденіе дѣла должнику и на правахъ уполномоченнаго отъ нихъ лица (68 г. Кас. 589, д. Ягупова). Это исполнѣ возможно, потому что несостоятельный должникъ не теряетъ общей гражданской дѣеспособности, не обращается въ малолѣтняго, и не теряетъ вообще *ius standi in iudicio*. Все ограниченіе его состоитъ въ томъ только, что онъ теряетъ право распоряженія имуществомъ, входящимъ въ составъ конкурсной массы (Герм. Проектъ Конкурс. Уст., мотивы къ § 12).

²⁾ „Суд. Вѣст.“ 71 г., № 53, ст. Розенберга.

1) въ правѣ отвода. Именно, если искъ предъявленъ лицомъ, не имѣющимъ права искать и отвѣчать на судѣ, то отвѣтчикъ, даже ¹⁾ не представляя объясненій по существу дѣла, можетъ предъявить отводъ противъ иска, основанный на неспособности истца къ процессу (Уст. 69, п. 4, 571, п. 4). Такіе отводы, основанные на неспособности тяжущагося искать и отвѣчать на судѣ, могутъ быть предъявляемы во всякомъ положеніи дѣла (Уст. 576, п. 2), потому что 2) судѣ обязанъ, даже независимо отъ отводовъ, не принимать дѣла къ своему разсмотрѣнію или прекращать производство его, когда обнаружится, что тяжущійся не имѣетъ права ходатайствовать въ судѣ (Уст. 584, п. 3). 3) Если бы, не смотря на эти правила закона, въ процессѣ участвовало неспособное лицо, то этотъ порокъ отразится на самомъ производствѣ и на силѣ судебного рѣшенія. Онъ можетъ служить основаніемъ для отміны рѣшенія по просьбѣ какъ участвовавшихъ въ дѣлѣ, такъ и третьихъ лицъ (Уст. 185, 792 и слѣд.), напримѣръ, опекуновъ неспособнаго лица (69 г. Кас. 900, д. опекуновъ расточителя Орчагова; 70 г. Кас. 56, д. опекуновъ малолѣтняго Григорьева), конкурснаго управленія (69 г. Кас. 1331, д. конк. Бутырина), наслѣдниковъ (Arg. X, 2, 214.—69 г. Кас. 148, д. Ивановой, 917 и 927, д. Домашневой) и т. п. Для лицъ, не обладающихъ общою гражданскою дѣеспособностью, напримѣръ, несовершеннолѣтнихъ или сумасшедшихъ, самый срокъ просьбы объ отмінѣ рѣшенія долженъ быть опредѣленъ по особымъ правиламъ, такъ что теченіе его приостанавливается на все время ихъ неспособности, именно потому что они недѣеспособны и нельзя требовать отъ нихъ невозможнаго (Arg. X, 2, 214). По полученіи дѣеспособности, они могутъ признать рѣшеніе для себя обязательнымъ или обжаловать его (Уст. 797, п. 3).

Наконецъ, возможны случаи, гдѣ все производство и рѣшеніе, даже независимо отъ обжалованія, нужно считать *ipso jure* недѣйствительными; именно, гдѣ отсутствіе способности къ процессу совершенно ясно и несомнѣнно и гдѣ оно не могло быть покрыто позднѣйшимъ признаніемъ силы рѣшенія.

§ 38. Право на искъ и ответственность по иску (*legitimitas ad causam*). Отъ способности къ процессу вообще или къ процессу о правахъ извѣстнаго рода надобно различать право на искъ въ данномъ конкретномъ дѣлѣ и обязанность къ отвѣту по этому именно иску. Способность къ процессу есть условіе общее, вытекающее изъ личнаго состоянія каждаго лица, такъ что лицо, неспособное къ процессу, не можетъ вести ни одного процесса извѣстнаго рода, а лицо, способное къ процессу, можетъ искать и отвѣчать на судѣ по каждому дѣлу и хотя бы каждый день. Напротивъ, право на искъ и ответственность по иску суть условія частныя, легитимирующія или управомочивающія лицо на извѣстную роль въ процессѣ въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ особо. Можно имѣть общую способность къ процессу и въ то же время не имѣть права на извѣстный искъ и, наоборотъ, можно имѣть право на искъ, но въ то же время быть неспособнымъ къ процессу. Такъ, напримѣръ, способнымъ къ процессу признается каждое совершеннолѣтнее лицо съ нормальнымъ состояніемъ умственныхъ способностей, не лишенное всѣхъ правъ граждан-

¹⁾ 68 г. Кас. 382, д. Берга.

скихъ и необъявленное несостоятельнымъ должникомъ или расточителемъ. Но изъ этого не слѣдуетъ, что каждое такое лицо имѣетъ и право отыскивать извѣстный домъ или участокъ земли въ свое владѣніе или производить взысканіе по извѣстному обязательству, не слѣдуетъ, что каждое такое лицо обязано и отвѣчать по каждому иску. И наоборотъ, напримѣръ, малолѣтнее лицо можетъ имѣть право на искъ по какому-нибудь обязательству, дошедшему до него отъ наслѣдодателя, но въ то же время неспособно провести этотъ искъ въ процессъ.

Право на искъ и отвѣтственность по иску суть понятія матеріальнаго гражданскаго права. Они входятъ въ теорію процесса только потому, что процессъ предполагаетъ исковое матеріальное отношеніе между тяжущимися сторонами. Право на искъ и отвѣтственность по иску суть принадлежности этого исковаго отношенія: они указываютъ на то, что извѣстное лицо занимаетъ положеніе субъекта или стороны въ этомъ искомомъ отношеніи. Задача процесса состоитъ именно въ раскрытіи и разрѣшеніи исковаго матеріальнаго отношенія; отсюда слѣдуетъ, что вопросы о томъ, имѣетъ ли истецъ право на искъ и обязанъ ли отвѣтчикъ отвѣчать по этому иску, относятся къ существу дѣла и должны быть рассмотрѣны судомъ вмѣстѣ со всѣми обстоятельствами дѣла. Положимъ, лицо А предъявляетъ искъ къ лицу Б; подача исковаго прошенія еще не доказываетъ ни того, что лицо А имѣетъ право иска, ни того, что лицо Б обязано отвѣчать по этому иску. Матеріальное отношеніе между сторонами не видно въ самомъ началѣ процесса, оно можетъ быть разъяснено только впоследствии, по выслушаніи сторонъ и по рассмотрѣніи обстоятельствъ дѣла. И естественно на истцѣ лежитъ обязанность доказать какъ то, что онъ имѣетъ право на искъ (*legitimitas activa*), такъ и то, что именно лицо, къ которому искъ предъявленъ, обязано отвѣчать по этому иску ¹⁾ (*legitimitas passiva*). Нападая на извѣстное лицо, онъ долженъ и оправдать, легитимировать это нападеніе съ той и другой стороны. Затѣмъ, по этому вопросу о легитимациі можетъ открыться споръ, который и разрѣшается обыкновенно въ связи съ рассмотрѣніемъ дѣла по существу.

Есть, однако, случаи, гдѣ этотъ вопросъ о легитимациі сторонъ не совпадаетъ съ рассмотрѣніемъ иска по существу, а составляетъ нѣчто отдѣльное и можетъ быть разрѣшено особо, еще до обсужденія основательности иска по самому его содержанию. Въ виду этихъ-то случаевъ процессуалисты и говорятъ о легитимациі сторонъ, какъ о чемъ-то особенномъ, различномъ отъ права иска (*actio*) или возраженія (*exceptio*) по существу дѣла, а нѣкоторые старыя законодательства требовали даже, чтобы этотъ вопросъ о легитимациі сторонъ всегда разрѣшался судомъ прежде рассмотрѣнія дѣла по существу ²⁾.

Таковы именно случаи, когда истецъ осуществляетъ право

¹⁾ Въ тѣхъ дѣлахъ, гдѣ нѣтъ опредѣленнаго отвѣтника, какъ иногда бываетъ въ дѣлахъ о правахъ состоянія, конечно, нѣтъ и надобности доказывать пассивную легитимацию.

²⁾ Прус. G. O. 1, 10, § 79—81, относятъ *exceptio deficientis legitimacionis ad causam* къ разряду *exceptiones litis ingressum impediens*. Позднѣйшимъ закономъ 21 іюля 1846 г., § 5, lit. d., это правило отмінено. См. Koch, Pr. Civilpr. § 87.

иска, первоначально принадлежавшее другому лицу, или предъявляет искъ не къ тому лицу, которое первоначально обязано было отвѣчать по этому иску, и когда возбуждается споръ о дѣйствительности перехода права на искъ или отвѣтственности по иску отъ первоначальнаго субъекта къ той или другой изъ тяжущихся сторонъ. Этотъ переходъ правъ и обязанностей, какъ извѣстно, совершается посредствомъ преемства общаго или частнаго. И вотъ о дѣйствительности этого преемства можетъ возникнуть споръ, разрѣшеніе котораго совершенно не зависитъ отъ вопроса объ основательности иска по самому его содержанию. Наприм., А выдалъ Б заемное письмо а потомъ какой нибудь X предъявляетъ это письмо ко взысканію, но безъ передаточной надписи отъ Б. Отвѣтчикъ возражаетъ, что этотъ X не имѣетъ права на искъ (*exceptio deficientis legitimacionis ad causam*), потому что заемное письмо ему не было передано. Возникаетъ вопросъ объ уступкѣ права по обязательству и истецъ обязанъ, конечно, доказать, что эта уступка состоялась, что онъ — законный цессіонарій обязательства. И пока этотъ вопросъ не разрѣшенъ, очевидно нѣтъ надобности обсуждать отвѣтственность должника по заемному письму: оно можетъ быть вполне дѣйствительно и обязательно для должника само по себѣ, въ рукахъ подлиннаго кредитора или цессіонарія, но лицу X во всякомъ случаѣ должно быть отказано въ искѣ, если онъ не докажетъ своей легитимациі.

Приведемъ еще одинъ примѣръ. Какое-нибудь лицо предъявляетъ искъ, основанный на правѣ наслѣдодателя. Отвѣтчикъ возражаетъ, что истецъ вовсе не наслѣдникъ, не утвержденъ въ наслѣдственныхъ правахъ или не принялъ наслѣдства. И здѣсь возникаетъ вопросъ о легитимациі истца, который долженъ быть разрѣшенъ прежде дальнѣйшаго обсужденія иска по существу. Конечно, нельзя требовать отъ истца, чтобы онъ во всякомъ такомъ случаѣ представилъ въ доказательство своего наслѣдничьяго званія судебное рѣшеніе, утверждающее его въ наслѣдственныхъ правахъ: нашъ законъ допускаетъ возможность принятія наслѣдства непосредственнымъ вступленіемъ во владѣніе и пользованіе наслѣдственнымъ имуществомъ и постановляетъ, что право на открывшееся наслѣдство принадлежитъ наслѣдникамъ съ самой кончины владѣльца и что принявшему наслѣдство принадлежитъ не только наличное имущество и капиталы, но и слѣдующіе къ полученію долги и т. п. (X, 1, 1254, 1258, 1261). Въ случаѣ спора о наслѣдничьемъ званіи, возникшаго въ видѣ частнаго вопроса по судебному дѣлу, споръ этотъ разрѣшается тѣмъ же судомъ, который разбираетъ все дѣло (Уст. 589. 70 г. Кас. 673, д. Щерской). Но онъ долженъ разрѣшить этотъ споръ, по состязаніи сторонъ, естественно прежде разсмотрѣнія остальныхъ вопросовъ по содержанию иска.

Таково, впрочемъ, только логическое отношеніе спора о легитимациі къ остальнымъ вопросамъ по существу дѣла. Но въ дѣйствительности легко можетъ случиться, что вопросъ о правѣ на искъ возбужденъ будетъ уже по разсмотрѣніи существа дѣла. Такъ, наприм., законный наслѣдникъ предъявляетъ искъ къ должнику наслѣдодателя. Въ началѣ дѣла можетъ не быть никакого сомнѣнія въ наслѣдственныхъ правахъ истца; но потомъ, въ продолженіи процесса, можетъ быть открыто духовное завѣщаніе, по которому имущество умершаго наслѣдодателя отказано другому лицу, а законный наслѣд-

никъ вовсе устраненъ отъ наслѣдованія. Въ этотъ только моментъ является возможность для отвѣтчика возбудить споръ противъ права на искъ, и, безъ сомнѣнія, онъ можетъ предъявить такой отводъ во всякомъ положеніи дѣла (Уст. 589. 70 г. Кас. № 877, д. Безсонова и № 42, д. Левыкиныхъ). Даже окончательное рѣшеніе по дѣлу можетъ быть обжаловано на этомъ основаніи, какъ отвѣтчикомъ, такъ и тѣмъ третьимъ лицомъ (наслѣдникомъ по завѣщанію), права котораго нарушаются этимъ рѣшеніемъ (Уст. 794 и 795. 71 г. Кас. 53, д. Наливайко).

Съ другой стороны можно замѣтить, что вопросъ о правѣ на искъ, о легитимациі истца, касается основаній самаго иска и относится уже самъ по себѣ къ существу дѣла. Теоретически можно въ нѣкоторыхъ случаяхъ отличить его отъ дальнѣйшихъ вопросовъ по содержанію иска, но во множествѣ другихъ случаевъ такое строгое разграниченіе невозможно. Вотъ почему законъ постановляетъ, что „отвѣтчикъ, утверждающій, что самое право на искъ вовсе не принадлежитъ тому лицу, которое ищетъ, — не имѣетъ права требовать, чтобы это возраженіе было разсмотрѣно предварительно и отдѣльно отъ объясненій его по существу иска“ (Уст. 589). Такъ что отъ усмотрѣнія суда зависитъ раздѣлить, гдѣ возможно, эти вопросы о правѣ на искъ и о существѣ иска (68 г. Кас. 593).

По тѣмъ же правиламъ слѣдуетъ обсуждать вопросы о легитимациі отвѣтчика, потому что нерѣдко одинаковыя основанія могутъ легитимировать какъ истца, такъ и отвѣтчика. Наприм., на основаніи наслѣдованія можно быть истцомъ, но можно также стать и отвѣтчикомъ, потому что вмѣстѣ съ активомъ наслѣдства переходить на наслѣдника и пассивъ его (X, 1, 1259). А поэтому и здѣсь можетъ случиться, что сомнѣнія въ легитимациі отвѣтчика возникнутъ не въ самомъ началѣ дѣла, а только въ дальнѣйшемъ теченіи производства. Такъ, наприм., искъ предъявленъ противъ законнаго наслѣдника, а затѣмъ въ теченіи процесса откроется духовное завѣщаніе, которымъ все наслѣдство отказано другому лицу. Отвѣтчикъ въ такомъ случаѣ можетъ предъявить отводъ во всякомъ положеніи дѣла.

Затѣмъ во многихъ случаяхъ вопросъ о легитимациі отвѣтчика столь тѣсно связанъ съ существомъ иска, что трудно провести разграниченіе между ними. Представимъ себѣ такой случай: одинъ домовладѣлецъ дозволилъ заложить свои дома въ обезпеченіе долга другаго лица; это дозволеніе выражено въ надписи его на самомъ договоромъ обязательствѣ; на этомъ основаніи кредиторъ предъявляетъ къ нему искъ, но отвѣтчикъ возражаетъ, что надпись его на обязательствѣ не выражала его согласія на залогъ домовъ, а слѣдовательно искъ обращенъ къ нему неправильно, потому что онъ не отвѣтчикъ по этому иску. Очевидно, что такой отводъ тѣсно связанъ съ основаніемъ иска и для разрѣшенія его необходимо обсудить самый документъ, на которомъ утверждается требованіе истца (71 г. Кас. № 1, д. Успенскаго).

Уставъ Гр. Суд. справедливо допускаетъ, однако, и такіе случаи, въ которыхъ вопросъ о легитимациі отвѣтчика можетъ быть разсмотрѣнъ отдѣльно отъ другихъ обстоятельствъ дѣла. Въ этихъ случаяхъ отвѣтчикъ имѣетъ право, даже не представляя объясненій по существу дѣла, предъявить отводъ, когда требованіе истца

должно во всей цѣлости своей относиться къ другому отвѣтчику (Уст. 69 и 571, п. 3). Такъ, наприм., еслибы къ нанимателю имущества, какъ къ владѣльцу его, предъявленъ былъ искъ о правѣ собственности на это имущество, то онъ могъ бы отвести этотъ искъ, указавъ на своего наймодавца, и не обязанъ вступать въ отвѣтъ по существу иска, т.-е. опровергать право собственности истца (Польск. Улож. 1727) ¹⁾. Или, наприм., искъ предъявляется къ какому-нибудь лицу, какъ наслѣднику должника: отвѣтчикъ можетъ возразить, что онъ вовсе не наслѣдникъ и не обязанъ отвѣчать по иску. Въ такомъ случаѣ истецъ долженъ доказать прежде всего, что отвѣтчикъ дѣйствительно принялъ наслѣдство или воспользовался имъ (72 г. Кас. 328, д. Барнасуса, 519, д. Шабанова). Самъ судъ *ex officio* не имѣетъ надобности возбуждать такихъ вопросовъ о легитимациі безъ отвода со стороны тяжущихся, потому что, если судъ усмотритъ, что искъ неправильно предъявленъ къ лицу, неподлежащему отвѣтственности, то онъ можетъ отказать въ искѣ по существу (70 г. Кас. 1801, д. Карлсона). Но, безъ сомнѣнія, онъ можетъ обратить на этотъ пунктъ вниманіе сторонъ (Уст. 368).

§ 39. Соучастіе въ процессѣ ²⁾. Въ процессѣ участвуютъ разныя стороны съ различными ролями—истца, отвѣтчика, пособника и т. д. Но иногда на одной и той же сторонѣ и въ одной и той же роли дѣйствуютъ въ процессѣ нѣсколько лицъ, наприм., нѣсколько истцовъ или нѣсколько отвѣтчиковъ. Этотъ рядъ случаевъ называется соучастіемъ въ процессѣ (*litis consortium*) или тяжебнымъ союзомъ (*Streitgenossenschaft, joinder of parties*). Иногда называютъ его исковымъ товариществомъ, но это не точное названіе, потому что на самомъ дѣлѣ здѣсь нѣтъ товарищества и притомъ соучастіе можетъ относиться не только къ роли истца, но и къ роли отвѣтчика; поэтому, наприм., германскіе юристы различаютъ *active* и *passive Streitgenossenschaft*, т.-е. соучастіе въ искѣ и соучастіе въ отвѣтѣ ³⁾.

Соучастіе въ процессѣ открывается въ тѣхъ случаяхъ, когда нѣсколько лицъ въ производствѣ одного дѣла являются въ качествѣ истцовъ или отвѣтчиковъ. Обыкновенно они выступаютъ въ такой совмѣстной роли при самомъ началѣ процесса; наприм., нѣсколько лицъ подаютъ сообща исковое прошеніе, или же противъ нѣсколькихъ отвѣтчиковъ предъявляется одинъ искъ. Такое соучастіе можно назвать первоначальнымъ, именно потому, что оно основывается въ началѣ процесса. Но возможно также, что истецъ или отвѣтчикъ сначала выступаетъ одинъ (*solo*) и только впоследствии, въ дальнѣйшемъ

1) Этотъ рядъ случаевъ, когда лицо, застигнутое искомъ въ качествѣ владѣльца вещи, отводитъ весь искъ къ другому лицу, во имя котораго владѣетъ, называется *nominatione* или *laudatio auctoris*. Вызовъ этого послѣдняго лица производится по правиламъ привлеченія третьихъ лицъ къ дѣлу (см. ниже). Явившись по вызову, оно можетъ занять мѣсто отвѣтчика, если искъ дѣйствительно относится къ нему во всей своей цѣлости. См. Герм. Проектъ § 71.

2) Австр. Refer-Entwurf, § 64—67, Regierungsentw. 68 г., § 63—67.

3) По мнѣнію сената, указаніе въ исковомъ прошеніи двухъ отвѣтчиковъ, съ просьбою присудить исковую сумму съ кого либо изъ нихъ, не допускается (69 Кас. № 777 д. Одоевцева. 73 Кас. № 203 д. Кононова). Но это мнѣніе не имѣетъ достаточнаго основанія и въ особенности не подтверждается статьей 58 Устава.

теченіи процесса, къ нему присоединяются третьи лица, которыя стояли до тѣхъ поръ въ сторонѣ отъ тяжбы; объ этомъ присоединеніи третьихъ лицъ мы будемъ говорить въ слѣдующемъ параграфѣ. Кроме того, возможно еще, что первоначальный истецъ или отвѣтчикъ въ теченіи процесса выбываетъ изъ него, наприм. по случаю смерти, и на мѣсто его вступаютъ другія лица; объ этомъ преемствѣ или замѣнѣ лицъ въ процессѣ мы будемъ говорить далѣе, въ § 49. Такимъ образомъ, здѣсь намъ слѣдуетъ сказать только о первоначальномъ соучастіи въ процессѣ; но правила его, какъ потомъ увидимъ, примѣняются отчасти и къ тѣмъ случаямъ, когда нѣсколько лицъ вступаютъ въ одну и ту же роль въ продолженіи процесса.

Соучастіе нѣсколькихъ лицъ въ тяжбѣ, строго говоря, влечетъ за собою только формальное соединеніе нѣсколькихъ процессовъ въ одно производство, съ цѣлью сбереженія времени и издержекъ и для однообразнаго разрѣшенія спорныхъ вопросовъ, общихъ или, по крайней мѣрѣ, однородныхъ для этихъ процессовъ. Каждому праву и каждому участію въ правѣ принадлежитъ, въ случаѣ нарушенія его, особый искъ; и точно также противъ каждаго нарушителя права или участника въ нарушеніи возможенъ отдѣльный искъ (Уст. ст. 1). Соединеніе же ихъ въ одно производство вызывается интересами сторонъ и потребностью возможнаго упрощенія правосудія и сокращенія количества дѣлъ. Разсмотримъ теперь условія и значеніе или послѣдствія соучастія.

Условія соучастія. Соучастіе въ процессѣ допускается во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, гдѣ есть возможность совмѣстнаго производства по притязаніямъ нѣсколькихъ лицъ или къ нѣсколькимъ отвѣтчикамъ ¹⁾. Вопросъ, гдѣ имѣется эта возможность и гдѣ ея нѣтъ, разрѣшается судомъ по соображеніямъ удобства, но зависитъ и отъ разныхъ положительныхъ условий. Такъ, наприм., возможность совмѣстнаго разсмотрѣнія иска къ нѣсколькимъ отвѣтчикамъ обыкновенно зависитъ: 1) отъ единства подсудности, такъ что обыкновенно нельзя предъявить одинъ общій искъ къ нѣсколькимъ отвѣтчикамъ, изъ коихъ одни подсудны, а другіе неподсудны по данному дѣлу данному суду (Уст. 32, 35, 36, 203 и слѣд.). Но и такой искъ дозволяется въ видѣ исключенія (Уст. 33, 218), когда нѣсколько лицъ должны отвѣчать сообща по одному и тому же основанію, наприм. въ случаѣ наслѣдованія и т. п. ²⁾ (Уст. Торг. 634, 1528. Уст. Гр. Суд. 258). Затѣмъ, по общему правилу, необходима: 2) однородность дѣлъ какъ по отношенію къ подвѣдомственности ихъ, такъ и въ отношеніи порядка производства. Поэтому, наприм., истецъ, имѣющій отдѣльныя долговыя требованія къ 10 отвѣтчикамъ, по 100 руб. на каждомъ, не въ правѣ предъявить общій искъ ко всѣмъ имъ вмѣстѣ въ окружномъ судѣ, а долженъ искать на нихъ у мировыхъ судей (Уст. 29 и 202). Но, какъ мы уже видѣли, есть такіе случаи, гдѣ требованія къ нѣсколькимъ лицамъ или нѣсколькихъ лицъ къ одному отвѣтчику, по отношенію къ цѣвѣ иска, складываются въ одну общую сумму, которая и опредѣляетъ подвѣдомственность дѣла ³⁾. Далѣе 3) Уст. Гр. Суд. запрещаетъ

¹⁾ Renaud, § 58. Endemann, § 73, прим. 21. Heffter. System, § 110, Bayer, § 38 Planck, Mehrheit der Rechtsstreit. стр. 393. Герм. Пр., мотивы къ § 56 и 57. Contra Wetzell § 63 прим. 26.

²⁾ Герм. Пр. § 534, допускаетъ такіе иски по векселямъ.

³⁾ См. выше § 26.

смѣшивать въ одномъ исковомъ прошеніи иски, вытекающіе изъ разныхъ основаній, хотя бы они относились и къ одному лицу (ст. 258). Понятно, что гдѣ не дозволяется соединеніе исковъ даже при единствѣ лицъ, тамъ оно не можетъ быть допущено и въ видахъ соучастія нѣсколькихъ лицъ въ процессѣ. Однако это ограниченіе не слѣдуетъ распространять свыше мѣры и требовать непременно одного и того же основанія: при сходствѣ дѣлъ въ другихъ отношеніяхъ достаточно, если основанія представляются однородными¹⁾. Такъ, наприм., рабочіе, служившіе по найму у одного хозяина, могутъ искать сообща своихъ заработковъ, каждый для себя по расчету, хотя бы они нанялись въ разное время и каждый особо, если условія найма и работъ, какъ это обыкновенно бываетъ, были одинаковы. Точно также достаточно, если и основанія отвѣтственности по совокупному иску представляются однородными. Такъ, наприм., практика допускаетъ совокупный искъ объ убыткахъ за неправильное владѣніе землей противъ нѣсколькихъ десятковъ крестьянъ, изъ коихъ каждый владѣлъ особо извѣстнымъ количествомъ десятинъ земли (70 г. Кас. 42, д. Левыкиныхъ).

Обыкновенно, впрочемъ, соучастіе въ процессѣ встрѣчается въ тѣхъ случаяхъ, когда права или обязанности нѣсколькихъ лицъ выводятся изъ одного и того же фактическаго или юридическаго основанія, или же нѣсколько лицъ имѣютъ общее право или общія обязанности по отношенію къ предмету спора²⁾. Такъ, наприм., предъявляется совокупный искъ къ нѣсколькимъ должникамъ по одному и тому же договору займа (69 г. Кас. 427, д. Егунова), къ нѣсколькимъ нанимателямъ (70 г., Кас. 1937, д. Ефимова и др.), или продавцамъ имущества по одному и тому же договору (70 г. Кас. 1879, д. Шаристанова), или нѣсколько рабочихъ ищутъ съ хозяина заработковъ по артельному найму (67 г. Кас. 87 и 88, д. Никифорова, Иванова и др.) и т. п.

Дальнѣйшимъ условіемъ соучастія въ процессѣ служитъ добровольное согласіе истцовъ, такъ что отъ истца зависить искать отдѣльно или сообща съ другими соучастниками и предъявить свой искъ къ одному изъ нѣсколькихъ отвѣтчиковъ или ко всемъ имъ вмѣстѣ. Каждому праву и каждому участію въ правѣ принадлежитъ особый искъ и противъ каждаго нарушителя права возможенъ отдѣльный искъ, *pro rata* или *in solidum*, смотря по характеру отношеній. И такъ какъ всякій споръ о правѣ гражданскомъ подлежитъ разрѣшенію суда (Уст. ст. 1) и судебныя установленія могутъ приступать къ производству гражданскихъ дѣлъ не иначе, какъ вслѣдствіе просьбы о томъ лицъ, до коихъ тѣ дѣла касаются (ст. 4), то очевидно, что никто не можетъ быть принужденъ къ предъявленію иска сообща съ другими соучастниками въ правѣ и, когда искъ предъявленъ однимъ изъ соучастниковъ, нельзя отказать въ немъ потому только, что онъ предъявленъ не всеми соучастниками. Такъ, наприм., если два лица сдали въ аренду участокъ земли, то каждое изъ нихъ отдѣльно можетъ настаивать въ судебномъ порядкѣ на исполненіи договора арендаторомъ и искать вознагражденія за нарушеніе договора; отвѣтчикъ

¹⁾ Герм. Пр. § 57.

²⁾ Герм. Пр. § 56.

не въ правѣ отводить этотъ искъ, ссылаясь на то, что договоръ заключенъ имъ съ двумя лицами и что только оба они вмѣстѣ могутъ ходатайствовать объ исполненіи его: такое *exceptio plurium litis consortium* здѣсь не допускается (70 г. Кас. 166, д. Сергѣева). И самъ судъ *ex officio* не имѣетъ никакого повода привлечь къ дѣлу того контрагента, который не предъявлялъ иска. Равнымъ образомъ и каждый изъ соучастниковъ въ общемъ нераздѣльномъ имѣніи можетъ искать по дѣламъ, касающимся этого имѣнія, независимо отъ прочихъ совладѣльцевъ (72 г. Кас. 550, д. Гомолицкаго).

Точно также отъ воли истца зависитъ предъявить искъ къ нѣсколькимъ отвѣтчикамъ, обязаннымъ отвѣчать по иску, или же къ одному изъ нихъ, *pro rata* или *in solidum*, смотря по характеру отношенія. Отвѣтчикъ и здѣсь не имѣетъ права на *exceptio plurium litis consortium*, т.-е. не можетъ отводить иска на томъ основаніи, что не онъ одинъ обязанъ отвѣчать по этому иску. Въ такомъ отводѣ нѣтъ практической надобности; въ старое время онъ былъ въ большемъ употребленіи, но нынѣ оставленъ ¹⁾. Одно изъ двухъ: или отвѣтчикъ привлекается къ отвѣтственности по иску *pro rata*, соразмѣрно своей только части, или же *in solidum*, т.-е. къ полной отвѣтственности за всѣхъ остальныхъ соучастниковъ. Въ первомъ случаѣ онъ не имѣетъ никакого основанія отводить искъ, а можетъ только, если истецъ требуетъ съ него свыше мѣры, возражать по существу иска именно противъ размѣра требованія (*pluris petitio*). Такъ, наприм. если бы во вдовѣ умершаго должника, получившей только указную часть изъ его имущества, былъ предъявленъ искъ о платежѣ долга, она имѣла бы право возражать противъ размѣра его (71 г. Кас. 715, д. Ивакиной). Вообще, когда денежный искъ предъявляется къ одному изъ наслѣдниковъ и онъ возражаетъ противъ размѣра его, въ такомъ случаѣ размѣръ отвѣтственности его опредѣляется судомъ, смотря по обстоятельствамъ дѣла (72 г. Кас. 519, д. Шабанова). Кредитору наслѣдодателя, впрочемъ, нѣтъ никакой выгоды искать съ каждаго наслѣдника отдѣльно; онъ можетъ обратиться къ нимъ совокупный искъ, хотя бы они имѣли жительство въ разныхъ мѣстахъ ²⁾ (Уст. 33, 218), или искать съ душеприкащика, опекуна надъ наслѣдствомъ, а когда нѣтъ въ виду наслѣдниковъ и не назначено опекуна, предъявить искъ къ лицу умершаго (Уст. 215).

Въ случаѣ же солидарной отвѣтственности нѣсколькихъ лицъ, каждое лицо можетъ стать отдѣльнымъ отвѣтчикомъ по цѣлому требованію истца и опять не имѣетъ никакого основанія отводить искъ,

¹⁾ Разясненію этого предмета въ особенности содѣйствовало соч. Планка *Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten* 1844 г. Wetzell, § 63. Renaud, § 58 и др. Другимъ началомъ слѣдуетъ англо-американская практика, еще до сихъ поръ удерживающая обязательный характеръ соучастія въ процессѣ (*joinder*). См. Lush, T. I, стр. 17—29, 79 и сл., 155, 211 и сл. Bouvier, Law. Dict. v. *joinder*, Davis, стр. 266 и сл. *Sp. C. of N. York*. § 117 и слѣд. *Massa. St.* гл. 126, § 13—17.

²⁾ По ст. 15 Устава, они могутъ въ такихъ случаяхъ назначить одного общаго повѣреннаго. Ульманъ считаетъ это даже необходимымъ: *Plures heredes rei necesse habebunt unum dare procuratorem, ne defensio per plures scissa incommodo aliquo afficiat actorem; aliud est in heredibus actoris, quibus necessitas non imponitur, ut per unum litigent* (L. 5, § 7, Dig. 46, 7). Но на самомъ дѣлѣ нѣтъ необходимости. См. далѣе.

ссылаясь на то, что у него есть соучастники. По некоторымъ обязательствамъ этого рода отвѣтственность одного лица начинается только въ случаѣ несостоятельности другаго; поэтому, если искъ обращенъ къ нему ранѣе, ему принадлежитъ другое право — воражать противъ этого порядка взысканія (*beneficium excussionis sive ordinis*. X. I, 1558). Напротивъ, когда солидарная отвѣтственность одновременна, кредиторъ можетъ искать съ každаго должника или части, или цѣлаго долга; ни въ томъ, ни въ другомъ случаѣ отвѣтчикъ не имѣетъ права отводить искъ, ссылаясь на соучастниковъ.

Такимъ образомъ соучастіе въ процессѣ зависитъ отъ доброй воли истцовъ. Повидимому, это правило односторонне и слишкомъ благоприятствуетъ истцамъ, стѣсняя отвѣтчиковъ. Но односторонность его уравнивается другими началами, которыя въ то же время служатъ и къ объясненію его. Такъ, отвѣтчику принадлежитъ право просить о привлеченіи третьихъ лицъ къ дѣлу (Уст. 653). И сами третьи лица могутъ вступать въ дѣло (Уст. 662 и слѣд.).

2. Отношеніе соучастниковъ въ процессѣ. Соучастіе въ процессѣ есть фактъ, не устанавлиющій никакого особеннаго отношенія между соучастниками. Отношеніе между ними остается то же самое, какое существовало до процесса, по началамъ матеріальнаго гражданскаго права. Обыкновенно каждый соучастникъ свободенъ въ своей дѣятельности и послѣдствія его судебныхъ дѣйствій или упущеній отражаются только на немъ самомъ: каждый соучастникъ ищетъ или отвѣчаетъ отдѣльно, а потому и судьба его въ процессѣ опредѣляется только его собственной дѣятельностью. Некоторые законодательства обязываютъ соучастниковъ назначать для веденія дѣла одного общаго повѣреннаго ⁴⁾, но такъ какъ это правило противорѣчитъ началу раздѣльности процессуальной судьбы každаго соучастника и могло бы вести къ смѣшенію ихъ ролей ²⁾, то нашъ уставъ Гр. Суд. не считаетъ нужнымъ возлагать такую обязанность на соучастниковъ. Напротивъ, по ст. 15 Устава, нѣсколько истцовъ или отвѣтчиковъ, участвующихъ въ производствѣ одного дѣла, могутъ искать и отвѣчать отдѣльно, или же предоставить это право одному общему повѣренному.

Когда соучастники ищутъ или отвѣчаютъ отдѣльно, то упущеніе какого-нибудь процессуальнаго дѣйствія однимъ изъ нихъ не вредитъ другимъ и отражается только на немъ самомъ. Такъ, наприм., неявка одного изъ соучастниковъ въ судъ можетъ вести къ заочному рѣшенію дѣла противъ него, но съ сохраненіемъ правъ другихъ соучастниковъ (Уст. 15, 145, 359, 718 и слѣд.). Однако, изъ этого правила необходимо допустить исключеніе для тѣхъ случаевъ, когда отношеніе соучастниковъ, наприм., вслѣдствіе нераздѣльности предмета, должно быть опредѣлено судомъ одинаково или же когда соучастники стоятъ въ солидарномъ отношеніи между собою. Въ этихъ случаяхъ, при неявѣ одного изъ соучастниковъ, не постановляется заочнаго рѣшенія, потому что другіе явившіеся соучастники какъ бы замѣняютъ и представляютъ на судѣ неявившееся лицо (*mandatum praesumptum*): производство дѣла продолжается и, если бы затѣмъ

¹⁾ Ганнов. § 33. Бавар. 64. Баден. 104. Ольденб. 48.

²⁾ Герм. Пр., мотивы къ § 58.

слѣдовали еще дальнѣйшія засѣданія по дѣлу и дальнѣйшій рядъ судебныхъ дѣйствій, то о каждомъ изъ нихъ извѣщается и неявившійся соучастникъ, точно также какъ и явившіеся ¹⁾. Однимъ словомъ, неявка его не влечетъ за собою никакихъ послѣдствій. Положимъ, наприм., что противъ двухъ совладѣльцевъ или сонаслѣдниковъ общаго имѣнія предъявленъ искъ о правѣ прохода или проѣзда черезъ ихъ землю. Одинъ изъ отвѣтчиковъ не является по вызову. Эта неявка не должна имѣть никакихъ послѣдствій; дѣло здѣсь таково, что оно можетъ быть разрѣшено только одинаково для обоихъ отвѣтчиковъ. Такъ какъ имѣніе одно и, если признать право прохода черезъ него по отношенію къ одному совладѣльцу, оно необходимо будетъ существовать и по отношенію къ другому (*sententia praedio datur*, говорятъ здѣсь римскіе юристы), то очевидно, что когда изъ двухъ отвѣтчиковъ явился одинъ, нельзя обвинить одного по неявкѣ, а другого явившагося оправдать. Нужно, напротивъ, продолжать производство дѣла такъ, какъ бы оба отвѣтника явились или какъ бы явившійся замѣнялъ и представлялъ на судѣ неявившагося. Поэтому же нельзя допустить отъзвѣна на рѣшеніе со стороны неявившагося отвѣтника, а напротивъ, онъ вправе принести апелляцію на рѣшеніе и вообще участвовать въ дальнѣйшемъ производствѣ дѣла точно такъ же, какъ и его товарищъ по владѣнію.

Этотъ же принципъ примѣняется и къ тѣмъ случаямъ, когда только одинъ изъ совладѣльцевъ подалъ бы апелляцію на рѣшеніе суда, а другой пропустилъ бы апелляціонный срокъ, не подавъ жалобы. И здѣсь апелляторъ естественно представляетъ и замѣняетъ своего соучастника, хотя бы не имѣлъ отъ него особой довѣренности на принесеніе апелляции (Уст. 250). Такъ какъ здѣсь *una eademque causa defensionis est*, то невозможно раздѣлять процессуальную судьбу сторонъ и необходимо допустить *mandatum praesumptum*, предполагаемое полномочіе на подачу апелляціонной жалобы ²⁾.

По тѣмъ же правиламъ, какъ уже замѣчено выше, слѣдуетъ обсуждать тѣ случаи, когда соучастники стоятъ въ солидарномъ отношеніи между собою. Въ примѣненіи къ праву апелляции это подтверждается косвенно однимъ рѣшеніемъ Сената (70 г. Кас. 1879, д. Шаристанова), въ которомъ Сенатъ призналъ начало раздѣльности апелляціонной судьбы соучастниковъ по такому дѣлу, гдѣ, по мнѣнію Сената, не было между ними солидарнаго отношенія. Въ другомъ рѣшеніи (71 г. Кас. 291) уже прямо выражено это правило по отношенію къ отъзывамъ и жалобамъ соучастниковъ.

Новымъ подтвержденіемъ какъ общаго начала раздѣльности, такъ и исключенія изъ него при связи матеріальныхъ отношеній между соучастниками служатъ постановленія Уст. Гр. Суд. о силѣ признанія сдѣланнаго однимъ изъ соучастниковъ. По ст. 482, признаніе, учиненное однимъ изъ соучастниковъ въ дѣлѣ, имѣетъ силу доказательства только въ отношеніи къ тому, къ мѣму оно учинено; однако, по ст. 483, соучастники въ дѣлѣ могутъ быть подвергнуты послѣдствіямъ признанія одного изъ нихъ, если ихъ отношеніе нераздѣльно или солидарно (70 г. Кас. 1937, д. Ефимова и др.).

¹⁾ Ibid. § 59.

²⁾ L. 10, § 4. Dig. 49, 1. L. 2 Cod. 3, 40.

§ 40. Участіе третьихъ лицъ въ процессѣ ¹⁾. Это участіе есть дополненіе и коррективъ первоначальнаго соучастія въ процессѣ. Третьими лицами и законъ называетъ тѣхъ заинтересованныхъ въ дѣлѣ лицъ, которыя при самомъ началѣ дѣла не принимали въ немъ участія ни на сторонѣ истца, ни на сторонѣ отвѣтчика. Мы видѣли, что первоначальное соучастіе въ процессѣ зависитъ отъ воли истца: онъ можетъ предъявить искъ отъ своего только лица, хотя бы имѣлъ соучастниковъ въ своемъ правѣ, и можетъ обратитъ искъ къ одному отвѣтчику, хотя бы послѣдній былъ связанъ по отвѣтственности съ другими лицами. Для исправленія этой односторонности, законъ дозволяетъ третьимъ лицамъ самимъ вступать въ дѣло, независимо отъ воли тяжущихся сторонъ, и, кромѣ того, дозволяетъ сторонамъ въ теченіи процесса привлекать третьихъ лицъ къ участію въ дѣлѣ. Вступленіе и привлеченіе третьихъ лицъ служатъ способами установленія ихъ участія въ процессѣ. Самое участіе ихъ можетъ быть двоякое: самостоятельное ипридаточное, смотря по тому, является ли третье лицо самостоятельною стороною въ процессѣ, или же только присоединяется къ одной изъ тяжущихся сторонъ въ качествѣ ея пособника или сторонника. Намъ нужно разсмотрѣть теперь всѣ эти случаи въ отдѣльности.

§ 41. Вступленіе третьяго лица въ качествѣ самостоятельной стороны (*Principalis interventio*, *Hauptintervention*). Между притязаніями разныхъ лицъ нерѣдко существуетъ такое отношеніе, что притязаніе одного лица противорѣчитъ притязанію другаго. Такъ, напримѣръ, когда два лица требуютъ одну и ту же вещь, каждый въ свою исключительную собственность. Каждый такой искъ совершенно самостоятеленъ и можетъ быть проведенъ въ отдѣльномъ процессѣ, хотя бы и одновременно. Но при такомъ порядкѣ ихъ разсмотрѣнія возможны противорѣчащія другъ другу рѣшенія, напримѣръ, одна и та же вещь можетъ быть присуждена въ исключительную собственность и того и другаго истца, такъ что нуженъ будетъ, кромѣ этихъ двухъ процессовъ, еще третій, между самими истцами; при недостаточности судебной защиты со стороны отвѣтчика такіа противорѣчія между рѣшеніями могутъ произойти весьма естественно. Кромѣ того, какъ мы уже имѣли случай замѣтить, не всегда одно лицо можетъ относиться равнодушно къ процессу или ко взысканію, обращенному другимъ лицомъ на имущество отвѣтчика, которое это первое лицо считаетъ своею собственностью. Взысканіе можетъ кончиться публичною продажей имущества или переводомъ его въ руки третьяго добросовѣстнаго приобрѣтателя, и такимъ путемъ самое имущество можетъ уйти изъ рукъ даже дѣйствительнаго собственника. Вотъ почему кто полагаетъ, что ему принадлежитъ самостоятельное право на имущество спорное между двумя другими сторонами, тотъ долженъ стараться, насколько возможно, приостановитъ исполнительное движеніе этого процесса и вмѣшаться или вступить въ дѣло, чтобы охранитъ своевременно свои права. Такое вступленіе въ дѣло въ качествѣ самостоятельной сторонѣ дѣйствительно допускается зако-

¹⁾ Wetzell, § 7 и 64. Мотивы къ герм. пр. 74 г., § 61—71. Carrè et Ch. Ad. т. III., стр. 199 и слѣд. Borsari. Art. 193—205. Австр. Refer. Entw. § 68—76, Reg. Entw. 67 г., § 67—75.

номъ, потому что оно представляет собою одинъ изъ необходимыхъ способовъ судебнаго охраненія правъ гражданскихъ ¹⁾. Оно ведетъ, кромѣ того, къ уменьшенію числа процессовъ, предупреждаетъ постановленіе противорѣчащихъ другъ другу рѣшеній и отмѣну рѣшеній по жалобамъ третьихъ лицъ, не участвовавшихъ въ дѣлѣ.

Случаи такого вмѣшательства третьихъ лицъ прямо указаны въ законѣ. Сюда относятся именно всѣ тѣ случаи, когда третье лицо заявляетъ на спорное имущество свои особенныя права, независимыя отъ правъ истца или отвѣтчика (Уст. 665), или уже по окончаніи процесса, при исполненіи судебнаго рѣшенія, находятъ, что ему принадлежитъ какое-либо право на описанное имущество или на часть онаго и желаетъ предотвратить публичную продажу или выдачу вырученныхъ уже денегъ (Уст. 1092, 1197). Очевидно такимъ образомъ, что поводы къ вмѣшательству могутъ представиться какъ до окончательнаго рѣшенія перваго процесса, хотя бы и въ апелляціонной инстанціи, такъ и послѣ постановленія этого рѣшенія, уже при исполненіи его. Что касается предмета, который можетъ послужить поводомъ къ вмѣшательству, то законъ называетъ его „спорнымъ имуществомъ“ или „описаннымъ“ и даже проданнымъ имуществомъ. По законамъ гражданскимъ имущество можетъ быть наличное и долговое (X, 1, 416 и слѣд.); слѣдовательно, вмѣшательство возможно не только въ тѣхъ случаяхъ, когда споръ или взысканіе обращены на какую-нибудь наличную вещь, но и тогда, когда они касаются долговыхъ правъ ²⁾ (Уст. 1071—1093. 70 г. Кас. 696, д. Ефимова).

Форма этого вмѣшательства состоитъ въ томъ, что третье лицо, заявляющее на спорное имущество свои особенныя права, независимыя отъ правъ истца или отвѣтчика, подаетъ о томъ исковое прошеніе противъ того или другаго тяжущагося, или противъ обоихъ вмѣстѣ (Уст. 665), а если дѣло дошло уже до обращенія взысканія на имущество, предъявляетъ искъ противъ взыскателя или должника, или противъ обоихъ вмѣстѣ (Уст. 1092, 1198). Такъ, наприм., если должникъ не отрицаетъ того, что арестованное у него имущество принадлежитъ не ему, а третьему лицу, искъ обращается противъ одного взыскателя, хотя для объясненій по дѣлу вызываются во всякомъ случаѣ не только взыскатель, но и должникъ (*ibid*). Если же первый процессъ еще не оконченъ и какъ истецъ, такъ отвѣтчикъ утверждаютъ, что спорное имущество принадлежитъ имъ, тогда третье лицо должно предъявить свой искъ противъ обоихъ ихъ вмѣстѣ, такъ что въ соединенномъ процессѣ образуется здѣсь три стороны — одинъ общій отвѣтчикъ и два истца, изъ которыхъ первый истецъ, какъ уже покусившійся на завладѣніе имуществомъ, относится къ новому истцу какъ отвѣтчикъ.

Не всегда, впрочемъ, за подачею третьимъ лицомъ исковаго прошенія слѣдуетъ соединеніе прежняго и новаго процесса въ одно производство. Прежній процессъ можетъ быть уже во второй инстанціи или

¹⁾ Профессоръ Рено въ своемъ учебникѣ приводитъ нѣкоторыя возраженія противъ этой *interventio principalis*, но неосновательныя. Такъ, напримѣръ, ему кажется неестественнымъ, что въ этихъ случаяхъ интервеніентъ, т.-е. третій вступающій, обращаетъ свой искъ одновременно на истца и отвѣтчика по главному процессу (§ 153). Но, какъ увидимъ, здѣсь нѣтъ ничего неестественнаго.

²⁾ Герм. Пр. 74 г., мотивы къ ст. 61 и 62.

даже въ исполнительній инстанціи, въ то время когда третье лицо рѣшится вступить въ дѣло. Во всякомъ случаѣ этотъ вступающій долженъ предъявить свой искъ въ первой инстанціи суда, а не можетъ начинать дѣла прямо съ апелляціонной инстанціи или жалобы (Уст. 11, 12, 665, 1092, 1197. 69 г. Кас. № 13, д. Генке, № 15, д. Никитиной. 70 г. Кас. 696, д. Ефимова). Въ подсудности этого иска есть только та особенность, что онъ представляется въ первой инстанціи того округа, въ которомъ производится дѣло или взысканіе между первоначальными сторонами (Уст. 665, 1092, 1137, 212). Слѣдовательно, пока первоначальный процессъ находится еще въ первой же инстанціи, возможно соединеніе его съ новымъ искомъ въ одно производство для одновременнаго рѣшенія. И это соединеніе, надобно замѣтить, есть только внѣшнее, потому что притязанія совершенно разны ¹⁾.

Ближайшая цѣль вступщика, когда онъ вмѣшивается въ дѣло съ самостоятельными притязаніями, заключается въ томъ, чтобы приостановить исполненіе рѣшенія по первоначальному процессу, напримѣръ предупредить публичную продажу спорнаго имущества или, по крайней мѣрѣ, выдачу вырученной суммы прежнему взыскателю. Съ этой цѣлью онъ долженъ просить судъ объ обезпеченіи его иска наложеніемъ запрещенія на спорное имущество, потому что только прямое запрещеніе суда можетъ остановить производство взысканія (Уст. 1093, 1199). Впрочемъ, если дѣло не дошло еще до исполнительній инстанціи, то для избѣжанія противорѣчащихъ рѣшеній, самое производство первоначальнаго процесса можетъ быть приостановлено до разрѣшенія иска третьяго лица ²⁾.

Дальнѣйшее производство по исковому прошенію третьяго лица подчиняется общимъ правиламъ (Уст. 666, 275 и слѣд., 51 и слѣд.).

§ 42. Вступленіе третьяго лица въ качествѣ пособника одной изъ сторонъ (*accessorische* или *Nebenintervention* ³⁾). Нашъ законъ весьма широко опредѣляетъ случаи такого вступленія: каждое третье лицо, интересъ коего зависитъ отъ рѣшенія дѣла въ пользу одной изъ сторонъ, можетъ во всякомъ положеніи дѣла заявить свое желаніе принять въ немъ участіе совоюно съ истцомъ или отвѣтчикомъ ⁴⁾ (Уст. 663). Интересъ третьяго лица зависитъ отъ рѣшенія дѣла тогда, когда этимъ рѣшеніемъ опредѣляется отношеніе его къ одной изъ сторонъ или затрогиваются его права и обязанности. Такъ, наприм., нерѣдко бываетъ, что одно лицо обязано къ отвѣтственности передъ другими въ случаѣ обратнаго требованія. Такъ, если поручитель уплатилъ долгъ за должника, то онъ имѣетъ право требовать полнаго вознагражденія съ должника (X, 1, 1558, п. 3) Представимъ себѣ, что кредиторъ, по наступленіи срока платежа, обратился съ искомъ прямо къ поручителю, ручавшемуся за точность и своевременность платежа

¹⁾ Герм. Проектъ 72 и 74 г. даетъ суду право соединять и раздѣлять производства по собственному усмотрѣнію (§ 130—132).

²⁾ Герм. Проектъ § 133 допускаетъ приостановленіе даже *ex officio*.

³⁾ Heussler *access. Intervention* въ *Zeit. für Privat-und öff. Recht*, т. II, стр. 78 ff. (1875 г.) Gensler въ *Zeit. f. Civilrecht und Process*, т. 5. Maxen *ibid.* т. 21. *Lang intervention*, 1826 г.

⁴⁾ Также Герм. Пр. § 63.

(70 г. Кас. 516, д. Кишіана). Интересы должника, очевидно, будут зависеть от рѣшенія по этому дѣлу, потому что, если судъ найдетъ требованіе кредитора правильнымъ и заставитъ поручителя удовлетворить его, то поручитель не замедлитъ потомъ предъявить обратное требованіе къ должнику съ тѣмъ, чтобы получить полное вознагражденія за всѣ понесенныя имъ убытки. Поэтому, если должникъ имѣетъ какія-нибудь возраженія противъ домогательства кредитора, онъ естественно пожелаетъ вмѣшаться въ этотъ процессъ кредитора съ поручителемъ, станеть на сторону отвѣтчика и будетъ помогать ему.

Другой случай такого же сочетанія интересовъ. Къ покупщику имущества предъявленъ искъ о правѣ собственности на это имущество. Продавецъ его будетъ имѣть интересъ въ этомъ дѣлѣ, потому что въ случаѣ присужденія имущества въ собственность истцу продавецъ обязанъ бы былъ очистить или вознаградить покупщика за всѣ понесенныя имъ убытки, возратить покупную цѣну и т. д. (X, 1, 1427). Слѣдовательно, и здѣсь продавцу выгодно будетъ вмѣшаться въ дѣло и стать на сторону отвѣтчика.

Приведемъ еще случай вступленія въ дѣло на сторону истца. Займодавецъ уступилъ заемное письмо по передаточной надписи другому лицу, которое и предъявило потомъ искъ къ должнику. Отвѣтчикъ возражаетъ, что по этому письму часть долга или и цѣлый долгъ уже уплачены. Если бы это возраженіе признано было основательнымъ, то цессіонарій могъ бы затѣмъ обратиться възысканіе на cedenta и даже привлечь его къ уголовной отвѣтственности (67 г. Кас. 392, д. Гартунгъ). Очевидно такимъ образомъ, что цедентъ имѣетъ интересъ вмѣшаться въ дѣло цессіонарія съ должникомъ и стать на сторону истца.

Что касается времени вступленія, то по точному смыслу закона третье лицо можетъ „во всякомъ положеніи дѣла“ принять въ немъ участіе (Уст. 663), т. е. до тѣхъ поръ пока дѣло совершенно не окончено. Такъ, наприм., и во второй инстанціи (69 г. Кас. 933, д. Магаловой. 70 г. Кас. 331, д. Пониткова), хотя бы и по истеченіи апелляціоннаго срока (contra 70 г. Кас. 817, д. Колесова). Когда состоялось уже окончательное рѣшеніе по дѣлу, третье лицо, конечно, не въ правѣ требовать возстановленія или повторенія производства ¹⁾ (69 г. Кас. № 15, д. Никитиной), въ большинствѣ случаевъ оно не можетъ и просить объ отмѣнѣ рѣшенія, но въ случаѣ отмѣны участвуетъ въ дѣлѣ при новомъ его производствѣ (Уст. 188, 795 и слѣд.).

Обыкновенная форма вступленія есть подача прошенія въ тотъ судъ, гдѣ дѣло производится, о дозволеніи просителю принять участіе въ дѣлѣ. Копія этого прошенія сообщаются тяжущимся сторонамъ и, по выслушаніи ихъ возраженій, судъ постановляетъ опредѣленіе объ отказѣ или дозволеніи третьему лицу принять участіе въ дѣлѣ. Это опредѣленіе можетъ быть обжаловано отдѣльно отъ апелляціи (Уст. 662—664). Впрочемъ, желаніе третьяго лица вступить въ дѣло можетъ быть заявлено и прямо въ апелляціонной жалобѣ на рѣшеніе первой инстанціи, хотя бы проситель не участвовалъ въ производствѣ дѣла въ первой степени суда (69 г. Кас. № 13, д. Генке).

Разсмотримъ теперъ положеніе этого сторонника въ процессѣ. Мы

¹⁾ Это же правило признано сенатомъ по дѣламъ объ *interventio principalis* 70 Кас. 696 д. Ефимова, 1330 д. Новиковой и др.

предполагаемъ, что онъ вступилъ въ дѣло, не заявляя съ своей стороны никакихъ самостоятельныхъ притязаній, и что искъ обращенъ не къ нему, а только къ первоначальному отвѣтчику: иначе онъ сталъ бы главною стороною въ процессѣ и вступленіе его въ дѣло имѣло бы другой характеръ. Напротивъ, онъ только присоединяется къ одной изъ сторонъ въ качествѣ ея пособника и самъ лично стоитъ внѣ того процессуальнаго отношенія, которое установилось между первоначальными сторонами: онъ не истецъ и не отвѣтчикъ, а только помогаетъ той или другой сторонѣ какъ лицо заинтересованное въ рѣшеніи дѣла въ ея пользу—*causae adest*. Онъ принимаетъ участіе въ процессѣ съ того момента, когда послѣдовало его вступленіе въ дѣло: прежнее производство не повторяется изъ-за него, онъ примыкаетъ къ процессу въ томъ положеніи дѣла, въ какомъ онъ засталъ его. Однако, какъ лицо заинтересованное въ рѣшеніи дѣла, онъ становится соучастникомъ стороны, къ которой присоединился, и имѣетъ въ своемъ распоряженіи всѣ средства судебной защиты правъ, предоставленныя закономъ лицамъ, участвующимъ въ дѣлѣ, наприм., отводы, словесныя и письменныя объясненія, жалобы и т. п. ¹⁾ Онъ можетъ даже превосходить въ своемъ усердіи къ дѣлу главную сторону, выступая самостоятельно тамъ, гдѣ главная сторона по злонамѣренности или небрежности упускаетъ дѣятельную защиту своихъ правъ (*causam agere*). Такъ, наприм., онъ можетъ не только присоединяться къ апелляціи, поданной главною стороною (Уст. 766), но имѣетъ право приносить апелляціонныя жалобы даже и тогда, когда главные тяжущіяся стороны подчинились рѣшенію суда первой инстанціи (69 г. Кас. № 15, д. Никитиной. 70 Кас. 331 д. Пониткова и Козыревой). Предметомъ судебного рѣшенія въ такомъ процессѣ, къ которому присоединился третій пособникъ, остается спорное отношеніе между первоначальными сторонами. Отъ опредѣленія этого отношенія зависитъ интересъ третьяго лица и для охраненія этого интереса ему дозволяется приносить апелляціонную жалобу. Отсюда слѣдуетъ, что и предметомъ рѣшенія апелляціонной инстанціи будетъ тоже самое спорное отношеніе между главными сторонами. По тождеству предмета, послѣдствія апелляціоннаго рѣшенія естественно должны отразиться и на главныхъ сторонахъ. Такъ, наприм., если продавецъ имущества, подавъ апелляцію какъ пособникъ покупателя, докажетъ, что притязанія истца къ имуществу, имъ проданному, неосновательны, то послѣдствія апелляціоннаго рѣшенія естественно отразятся и на покупателѣ, хотя бы онъ не подавалъ апелляціи съ своей стороны (*contra Побѣд. § 272*).

Но пособникъ не можетъ отнимать у главной стороны предоставленныя ей средства судебной защиты. Поэтому, наприм., пропускъ сроковъ, неявка или необжалованіе рѣшеній третьимъ лицомъ не препятствуютъ главной сторонѣ защищать свои права. Судебныя признанія, отреченія отъ права и т. п. дѣйствія пособника считаются необязательными для главной стороны, если она не согласилась съ ними, хотя бы молчаніемъ и незаявиленіемъ опровер-

¹⁾ Герм. Пр. § 64 устанавливаетъ здѣсь ограниченіе, именно объясненія и дѣйствія третьяго лица, какъ пособника стороны, не должны противорѣчить объясненіямъ и дѣйствіямъ самой тяжущейся стороны. Но по § 66, насколько рѣшеніе опредѣляетъ его отношенія къ противнику, третье лицо считается соучастникомъ стороны.

женія. По самому характеру своего положенія въ процессѣ, пособникъ долженъ поддерживать ту сторону, къ которой присоединился, помогать ей; вся судебная дѣятельность его въ этомъ направленіи обращается въ пользу стороны, напимѣрь его объясненія, возраженія, доказательства, имъ представленныя, и т. п.

Послѣдствія участія пособника въ процессѣ состоятъ въ томъ, что онъ теряетъ право возражать противъ рѣшенія, постановленнаго при его участіи и приносить жалобы на рѣшеніе въ качествѣ третьяго лица, неучаствовавшаго въ дѣлѣ (Уст. 188, 795. 69 г. Кас. 148, д. Ивановой). Его отношенія къ противнику, насколько вопросъ о нихъ тождественъ съ отношеніями противника къ главной сторонѣ, опредѣляются этимъ рѣшеніемъ окончательно (70 г. Кас. 331, д. Пониткова). Затѣмъ и его отношенія къ главной сторонѣ, насколько они зависятъ отъ этого рѣшенія, уже предрѣшаются имъ болѣе или менѣе. При составленіи устава гражданскаго суд. имѣлось въ виду открыть возможность одновременнаго разсмотрѣнія и разрѣшенія какъ главнаго иска, такъ и отношеній между главною стороною и пособникомъ (Мотивы гос. канц. предъ 653 ст). Поэтому, если главная сторона своевременно заявитъ обратное требованіе въ формѣ иска къ пособнику на случай рѣшенія первоначальнаго дѣла противъ нея, то этотъ обратный искъ (Garantie или Rückklage) можетъ быть разсмотрѣнъ и разрѣшенъ совокупно съ первоначальнымъ дѣломъ, такъ что въ окончательномъ результатѣ процесса опредѣлятся отношенія трехъ сторонъ, участвовавшихъ въ дѣлѣ. Но предъявленіе этого обратнаго иска возможно только въ первой инстанціи (Уст. 11 и 12). Если же его не предъявлено или соединеніе его съ первоначальнымъ дѣломъ оказалось почему-либо невозможнымъ, то рѣшеніе этого дѣла не опредѣляетъ окончательно отношеній между главною стороною и пособникомъ, а распространяется только на отношеніе, служившее предметомъ спора. Такъ, напимѣрь, рѣшеніе по иску о правѣ собственности на имущество состоялось противъ покупателя, котораго поддерживалъ продавецъ. Этимъ рѣшеніемъ имущество переводится въ руки истца и опредѣляются отношенія истца къ покупателю и продавцу, какъ къ отвѣтчику и пособнику отвѣтчика. Напротивъ, дальнѣйшіе вопросы, касающіеся отношенія между продавцомъ и покупателемъ по обязательству къ очисткѣ, остаются окончательно неразрѣшенными; постановленіе суда предрѣшаетъ ихъ лишь настолько, насколько обязательство къ очисткѣ вообще зависитъ отъ проигрыша этого процесса, отъ признанія судомъ, что проданное имущество не составляло собственности продавца, а принадлежало другому лицу. Пособникъ, вступившій въ дѣло поздно и не имѣвшій возможности охранить своихъ правъ, можетъ впоследствии возражать противъ обратнаго иска, доказывать, что сторона злонамѣренно или по крайней небрежности привела дѣло къ невыгодному для него исходу ¹⁾.

§ 43. Привлеченіе третьяго лица къ дѣлу (litis denunciatio) ²⁾. Въ слу-

¹⁾ Герм. Пр. § 65.

²⁾ Gruchot, zur Lehre von der Streitverkündigung въ его же Beiträge, т. XVIII (1874.); стр. 695 ff. Fuchs, die Lehre v. der Litisdenuntiation, 1855. Fischer, Streitverkündigung, 1848. Gensler въ civ. A. т. 4. Duntze ib. т. 10. Dernburg въ Zeit. f. Civilrecht N. F. т. II.

чаяхъ, разсмотрѣнныхъ нами выше, третье лицо вступаетъ въ дѣло по собственной инициативѣ. Оно не обязано ожидать, пока сами тяжущіеся привлекутъ его къ участию въ дѣлѣ, тѣмъ болѣе, что его интересы въ процессѣ могутъ и не совпадать съ интересами сторонъ. Однако, какъ мы видѣли, возможны и такіе случаи, когда участіе третьяго лица въ дѣлѣ оказывается полезнымъ для той или другой тяжущейся стороны, когда оно въ состояніи лучше истца или отвѣтчика объяснить дѣло и опровергнуть домогательства или возраженія противника. Таковы именно указанные выше случаи вступленія третьяго лица въ дѣло въ качествѣ пособника одной изъ сторонъ. Напримѣръ, неосновательные иски противъ поручителя или покупателя удобнѣе всего можетъ отразить должникъ или продавецъ, какъ лицо ближе отвѣтчика знакомое съ тѣми обстоятельствами, на которыхъ искъ основанъ. Точно также въ дѣлѣ цессіонарія съ должникомъ прежній заимодавецъ или cedentъ можетъ опровергнуть возраженія отвѣтчика скорѣе, чѣмъ цессіонарій. Во всѣхъ такихъ случаяхъ участіе третьяго лица въ дѣлѣ представляетъ еще другую выгоду для тяжущейся стороны; оно облегчаетъ для нея осуществленіе обратнаго требованія съ третьяго лица въ случаѣ проигрыша главнаго процесса ¹⁾. По этимъ соображеніямъ, Уставъ Гр. Суд., въ отличіе отъ прежнихъ нашихъ законовъ (X, 2, 183), дозволяетъ какъ истцу, такъ и отвѣтчику, не дожидаясь вступленія третьяго лица въ дѣло по собственной его инициативѣ, просить судъ о привлеченіи его къ дѣлу (Уст. 653 и слѣд.).

Основанія или поводы привлеченія прямо не указаны въ законѣ. Они заключаются въ матеріальныхъ гражданскихъ отношеніяхъ и потому уставъ граж. суд. не входитъ въ опредѣленіе ихъ, предоставляя это дѣло законамъ матеріальнаго гражданского права. Уставъ опредѣляетъ только процессуальную сторону дѣла. Основаніями для привлеченія третьяго лица къ дѣлу могутъ служить тѣ же отношенія, которыя даютъ третьему лицу право вступить въ дѣло въ качествѣ пособника одной изъ сторонъ. А именно, когда истецъ или отвѣтчикъ, въ случаѣ проигрыша процесса, имѣетъ право обратнаго требованія съ третьяго лица, то у него есть законный интересъ привлечь это лицо къ дѣлу ²⁾ (Уст. 659). Но ограничиваются ли поводы къ привлеченію третьяго лица одними только этими случаями—это вопросъ довольно сомнительный ³⁾. Законъ не даетъ основаній для такого ограниченія и можно представить себѣ еще другіе случаи, въ которыхъ привлеченіе третьяго лица окажется полезнымъ и для тяжущейся стороны, и для самого третьяго лица, какъ прикосновеннаго своимъ интересомъ къ дѣлу (68 г. Кас. 885, д. Муромцева). Таковъ, наприм., случай, когда искъ о нераздѣльномъ правѣ на недвижимое иму-

¹⁾ Contra Спб. С. Пал. по д. Ривоша, „С. Вѣст.“ 74 г. № 114.

²⁾ Правда, по нашему законодательству, онъ не теряетъ права обратнаго требованія, хотя бы и не привлекъ третьяго лица къ дѣлу (69 г. Кас. 323, д. Перлова).

³⁾ *Litis denunciatio* (*Streitverkündigung*) распространяется только на этотъ рядъ случаевъ (Герм. Проектъ допускаетъ еще тотъ случай, когда тяжущійся опасается обратнаго требованія третьяго лица, § 68). Но въ системѣ западно-европейскаго процесса, наприм. общегерманскаго и англійскаго, въ нѣкоторыхъ случаяхъ, въ видѣ исключенія изъ общаго правила, допускается еще такъ наз. *exceptio plurium litis consortium* (Renaud, § 58). Срав. Побѣдон. § 257 прим.

щество, о правѣ прохода и т. п., предъявленъ только къ одному изъ нѣсколькихъ совладѣльцевъ. Если остальные совладѣльцы не привлечены къ дѣлу, они могутъ въ послѣдствіи просить объ отмѣнѣ рѣшенія въ качествѣ третьихъ лицъ, не участвовавшихъ въ дѣлѣ (Уст. 188, 795). И для истца, и для первоначальнаго отвѣтчика есть законный интересъ привлечь ихъ къ дѣлу, потому что этимъ способомъ предупреждается отмѣна рѣшенія и отвѣтчикъ можетъ получить себѣ соучастниковъ для веденія общаго дѣла. Таковы же далѣе случаи солидарной отвѣтственности нѣсколькихъ лицъ по одному и тому же основанію, наприм. по договору, когда искъ предъявленъ противъ одного изъ нихъ. Или, наприм., когда противъ одного наследника отыскивается право, отвѣтственность по которому перешла отъ наследодателя нераздѣльно ко всѣмъ его наследникамъ.

Съ процессуальной точки зрѣнія, вопросъ о томъ, имѣются ли въ данномъ случаѣ достаточныя основанія для привлеченія третьяго лица къ дѣлу, подлежитъ разрѣшенію суда по ближайшемъ разсмотрѣніи обстоятельствъ, и судъ не обязанъ, конечно, удовлетворять каждую просьбу тяжущагося о привлеченіи третьихъ лицъ (68 г. Кас. 576, д. Поповцева и № 885, д. Муромцева). Но за то безъ просьбы сторонъ и судъ не имѣетъ права привлекать третьихъ лицъ къ дѣлу¹⁾ (68 г. Кас. 879, д. Плотниковой. 69 г. Кас. 295, д. Прохоровой, 70 г. Кас. 146, д. Васютинскаго. 72 г. Кас. 498, д. Бородина). Чтобы предупредить проволочки дѣлъ, законъ назначаетъ опредѣленные сроки для подачи просьбъ о привлеченіи. А именно, отвѣтчикъ, считающій себя въ правѣ просить о привлеченіи третьяго лица къ дѣлу, долженъ подать о томъ прошеніе не позже того срока, который назначенъ ему на явку въ судъ (Уст. 653, 299, 313). Истецъ, который въ слѣдствіе возраженій отвѣтчика пожелаетъ привлечь третье лицо къ дѣлу, можетъ заявить о томъ требованіе въ первомъ засѣданіи суда, но долженъ подать прошеніе не позже слѣдующаго дня (Уст. 654); впрочемъ, при всѣхъ этихъ ограниченіяхъ, установленныхъ закономъ, просить о привлеченіи возможно и во 2-й инстанціи (71 г. Кас. 214, д. Новикова).

Въ прошеніи о привлеченіи третьяго лица къ дѣлу означается мѣсто его жительства и излагаются обстоятельства дѣла и тѣ основанія, по коимъ проситель считаетъ это лицо подлежащимъ привлеченію къ дѣлу. Указаніе на мѣсто жительства его необходимо, потому что иначе судъ не приступаетъ къ вызову (Уст. 655). Но за то нѣтъ надобности, чтобы третье лицо по мѣсту жительства было подсудно данному суду (Уст. 218), такъ какъ третье лицо можетъ быть привлечено къ участію въ дѣлѣ не только на сторонѣ отвѣтчика, но и на сторонѣ истца, и во всякомъ случаѣ подсудность главнаго процесса распространяется и на соучастниковъ той или другой тяжущей стороны.

Производство по просьбамъ о привлеченіи третьяго лица состоитъ въ томъ, что копія прошенія, поданнаго одной стороной, сообщается противной сторонѣ (Уст. 656) и назначается ей срокъ для заявленія возраженій. Если возраженія послѣдовали, то споръ этотъ

¹⁾ Такое привлеченіе *ex officio* къ участію въ искахъ или въ отвѣтахъ (*ad citatio*) противорѣчитъ основнымъ началамъ процесса: *invitus agere nemo cogatur* (L. 1 Cod. 3, 7. L. 42 Dig. 50, 17) и: *nemo reus sine actore*. Оно отвергается и на западѣ, какъ теорію, такъ и законодательствами. Renaud, § 52. Мотивы Герм. Пр. 1. cit.

разрѣшается судомъ по выслушаніи словесныхъ объясненій тяжущихся. Признавъ возраженія неуважительными, судъ производитъ потомъ вызовъ третьяго лица (Уст. 658). Ему назначается срокъ на явку, сообщается ему для свѣдѣнія копія просьбы о привлеченіи его и впрелд до наступленія этого срока движеніе дѣла приостанавливается (Уст. 656, 657).

Значеніе вызова для третьяго лица таково, что привлеченіе его къ дѣлу не имѣетъ для него обязательной силы. Никого нельзя принудить къ судебной защитѣ частныхъ его интересовъ; притомъ, если къ лицу не предъявлено иска и если оно добровольно не приняло участія въ искѣ, то нельзя считать его и вообще стороною въ дѣлѣ, нельзя постановлять заочныхъ рѣшеній въ случаѣ его неявки и т. п. Третье лицо, получивъ вызовъ, можетъ отозваться на него, явиться въ судъ лично или назначить вмѣсто себя повѣреннаго, но можетъ и не явиться и не присылать никакого отвѣта. Въ случаѣ неявки призываемаго въ назначенный срокъ, дѣлу дается дальнѣйшій ходъ между тяжущимися сторонами. Неявка или отказъ третьяго лица отъ принятія участія въ дѣлѣ можетъ, однако, имѣть невыгодныя для него послѣдствія въ тѣхъ случаяхъ, когда тяжущійся, просившій о привлеченіи его, стоитъ съ нимъ въ особенныхъ отношеніяхъ, дающихъ ему право обратнаго требованія. Въ этихъ случаяхъ онъ можетъ просить судъ о немедленномъ обезпеченіи своего обратнаго требованія (Уст. 659). Другое невыгодное послѣдствіе неявки третьяго лица въ этихъ случаяхъ состоитъ въ томъ, что на него же могутъ пасть издержки по вызову его. Эти издержки уплачиваются прежде всего тѣмъ тяжущимся, который просилъ о привлеченіи; но впослѣдствіи, по праву регресса, онъ можетъ требовать съ уклонившагося лица полного вознагражденія за всѣ свои убытки и издержки (Уст. 661).

Если третье лицо явилось по вызову, то положеніе его въ процессѣ будетъ то же самое, какъ и въ тѣхъ случаяхъ, когда оно вступило бы въ дѣло по собственной инициативѣ. Вообще говоря, оно считается участвующимъ въ дѣлѣ лицомъ, допускается къ обзорѣнью всѣхъ актовъ производства, къ письменнымъ объясненіямъ и къ словесному состязанію (Уст. 660) и имѣетъ въ своемъ распоряженіи всѣ прочія средства судебной защиты правъ, принадлежащія участвующимъ въ дѣлѣ лицамъ. Но затѣмъ положеніе его будетъ различно, смотря по тому, играетъ ли оно въ процессѣ только роль пособника одной изъ сторонъ, имѣющаго только косвенный интересъ въ процессѣ, или же оно присоединилось къ одной изъ сторонъ въ качествѣ самостоятельнаго соучастника, прямо заинтересованнаго въ предметѣ спора: въ послѣднемъ случаѣ оно будетъ совершенно равноправною съ другимъ соучастникомъ стороною въ дѣлѣ. Такъ, наприм., если бы къ дѣлу о правѣ прохода чрезъ имѣніе, начатому противъ одного владѣльца, впослѣдствіи привлеченъ былъ другой совладѣлецъ.

§. 44. Представительство и правозаступничество въ процессѣ. Общія понятія. Мы уже видѣли, что участіе третьихъ лицъ въ дѣлѣ можетъ доставлять тяжущимся сторонамъ пособниковъ для веденія процесса, нерѣдко болѣе знакомыхъ съ фактической обстановкою спорныхъ отношеній, болѣе способныхъ раскрыть передъ судомъ эти фактическія обстоятельства, доказать или опровергнуть извѣстные факты

дѣла, чѣмъ самъ истецъ или отвѣтчикъ. Это пособничество удовлетворяетъ дѣйствительную потребность тяжущихся, оно облегчаетъ имъ судебную защиту правъ. Но на ряду съ этою потребностью существуетъ еще и другая, не менѣе важная и настоятельная. Для защиты правъ на судѣ недостаточно быть знакомымъ съ фактами дѣла, нужно понимать еще юридическое значеніе этихъ фактовъ, умѣть изложить ихъ предъ судомъ устно или письменно, раскрыть ему юридическую сторону дѣла, и, кромѣ того, нужно еще знать разныя формы и обряды процесса, установленныя закономъ. Чѣмъ болѣе развивается быть народа, тѣмъ сложнѣе становится система его права и процесса, а вмѣстѣ съ тѣмъ возрастаетъ потребность въ спеціальному изученіи этой системы. Люди, не изучавшіе ея, занятые какими-нибудь другими дѣлами—земледѣліемъ, торговлею или промыслами, при всемъ своемъ умѣ, образованіи и житейской опытности, обыкновенно не въ состояніи овладѣть юридическимъ языкомъ и массою положительныхъ юридическихъ свѣдѣній, когда имъ приходится вести дѣло въ судѣ. Они нуждаются въ помощи человѣка, ближе знакомаго съ этою техникою права и правосудія, человѣка, ходившаго по судамъ или изучавшаго законы и науку права, нуждаются въ юридической поддержкѣ для судебного осуществленія или охраненія своихъ правъ. Эту юридическую поддержку можно назвать правозащитничествомъ. Она выражается въ весьма разнообразныхъ дѣйствіяхъ, отличительная черта которыхъ состоитъ въ томъ, что они только помогаютъ тяжущемуся въ его дѣлѣ, поддерживаютъ его съ юридической стороны, но не замѣняютъ его лица въ процессѣ, не устраняютъ его личной самодѣятельности, правъ и обязанностей по веденію дѣла. Сюда относятся, наприм., подача юридическихъ совѣтовъ тяжущимся (такъ наз. юридическія консультаціи), сочиненіе судебныхъ бумагъ для той или другой стороны, произнесеніе судебныхъ рѣчей въ защиту ея и т. п. Во всѣхъ этихъ случаяхъ мы предполагаемъ, что тяжущійся желаетъ самъ вести свое дѣло и смотрѣть за своими интересами на судѣ; онъ нуждается только въ юридической поддержкѣ своихъ собственныхъ дѣйствій, но не хочетъ, чтобы ходокъ закона совершенно замѣнилъ его въ процессѣ.

Но есть другіе случаи, гдѣ именно такая замѣна тяжущагося оказывается необходимою или составляетъ потребность его. Разнаго рода обстоятельства, наприм. болѣзнь, отлучка, занятія, могутъ мѣшать ему вести свое дѣло въ судѣ лично. Отсутствие дѣеспособности, наприм. по несовершеннолѣтію, по ненормальному состоянію умственныхъ силъ и т. п., ведетъ необходимо къ тому же результату—къ замѣнѣ тяжущейся стороны другимъ лицомъ. Эта замѣна называется представительствомъ и отличительная черта этого отношенія состоитъ въ томъ, что здѣсь одно лицо (представитель) дѣйствуетъ въ процессѣ вмѣсто другаго лица (представляемаго), такъ что послѣдствія его дѣятельности отражаются на этомъ представляемомъ лицѣ. Дѣло ведетъ здѣсь представитель, а судебное рѣшеніе постановляется и приводится въ исполненіе въ пользу или противъ того лица, которое онъ замѣнял на судѣ.

То и другое явленіе, заступничество и представительство въ процессѣ, соответствующую каждое особымъ потребностямъ юридическаго быта и могутъ существовать одно подлѣ другаго съ своимъ особымъ характеромъ и съ особыми послѣдствіями. Даже одинъ и тотъ же тяжущійся въ одномъ и томъ же процессѣ можетъ выставить вмѣсто

себя представителя и придать ему въ помощь особаго заступника (адвоката). Или, наприм., опекунь, какъ представитель малолѣтняго, можетъ вести дѣло самъ, но для поддержки себѣ, для произнесенія судебныхъ рѣчей и т. п., выбрать особаго знатока законовъ. Въ исторіи процесса мы замѣтимъ, что эти два явленія—заступничество и представительство—строго различаются, такъ что каждое изъ нихъ имѣетъ свою исторію, слѣдуетъ своимъ законамъ историческаго развитія. Такъ, наприм., въ древнемъ римскомъ процессѣ не допускались уполномоченные представители или повѣренные; участвовавшіе въ дѣлѣ лица должны были сами дѣйствовать въ судѣ, потому что по закону никто не могъ дѣйствовать чужимъ именемъ: *nemo alieno nomine lege agere potest* (L. 123 pr. Dig. 50, 17). Напротивъ, юридическая поддержка тяжущихся была у римлянъ въ обычаѣ съ древнихъ временъ и это заступничество за права гражданъ, содѣйствіе охраненію ихъ считалось въ Римѣ однимъ изъ благороднѣйшихъ и почетныхъ занятій. Заступники назывались адвокатами, патронами или ораторами. Адвокатура, по первоначальной идеѣ своей, есть правозаступничество, а не представительство въ процессѣ. Повѣренные назывались у римлянъ не адвокатами, а прокураторами или когниторами (стряпчими). Это различіе адвокатуры и стряпчества сохранилось въ разныхъ странахъ до настоящаго времени.

Но, съ другой стороны, надобно принять во вниманіе, что та и другая дѣятельность въ процессѣ могутъ составить промыселъ или занятіе однихъ и тѣхъ же лицъ, что это соединеніе даже вполне естественно и вызывается въ исторіи потребностями юридическаго быта и натуральнымъ порядкомъ вещей. Въ самомъ дѣлѣ, если заступникъ или адвокатъ можетъ оказывать юридическую поддержку тяжущейся сторонѣ, если онъ обладаетъ для того достаточными техническими свѣдѣніями и опытностью въ судебныхъ дѣлахъ, если сторона имѣетъ право выбрать себѣ повѣреннаго или представителя по своему усмотрѣнію и въ интересахъ лучшей защиты своего дѣла, то очевидно, что ей нѣтъ надобности выставлять въ свою защиту непременно двухъ лицъ—повѣреннаго, не свѣдущаго въ правѣ, и особаго адвоката для его поддержки; напротивъ, въ интересахъ тяжущагося—соединить эти роли въ одномъ лицѣ, избравъ повѣреннаго изъ людей, свѣдущихъ въ законахъ. По мѣрѣ усложненія гражданскаго быта и развитія системы права, адвокатура естественно обращается въ занятіе особаго класса лицъ или особаго сословія, въ которомъ сосредоточивается та и другая дѣятельность—юридическая поддержка тяжущихся совѣтами, рѣчами и т. п. и самое веденіе дѣлъ взаимѣнъ тяжущихся, на правахъ ихъ представителей. Внутреннее, логическое различіе той и другой дѣятельности конечно остается, тѣмъ болѣе, что и внѣшняя обстановка ихъ совершенно различна. Повѣренный, который принимаетъ на себя по найму веденіе чужаго дѣла, становится на мѣсто стороны въ дѣлѣ и беретъ на себя всѣ ея обязанности, наприм. обязанность являться въ судъ, соблюдать сроки, подавать бумаги и вообще массу черной работы, которая называется хожденіемъ по дѣлу. Напротивъ, за исключеніемъ этой стряпческой работы, дѣятельность собственно адвокатская есть свободное искусство, *ars liberalis*. Какъ заступникъ правъ, совѣтникъ и защитникъ сторонъ, участвующихъ въ дѣлѣ, адвокатъ стоитъ внѣ процесса, онъ не ведетъ дѣла, а ограничивается только юридическою конструкціею спорныхъ отношеній, разъясненіемъ дѣла съ юридической

точки зрѣнія, какъ для самихъ сторонъ, такъ и для суда. Вотъ по ему это различіе карьеръ адвокатовъ и стряпчихъ, въ видахъ раздѣленія труда, сохранилось и до сихъ поръ въ нѣкоторыхъ государствахъ, хотя въ другихъ странахъ признается болѣе удобнымъ соединить эти занятія въ одномъ адвокатскомъ сословіи.

Мы должны теперь разсмотрѣть нѣсколько подробнѣе эти вопросы объ адвокатурѣ и о представительствѣ въ процессѣ.

§ 45. Адвокатура ¹⁾. I. Сравнительно-историческій очеркъ. Учрежденіе адвокатуры весьма древне и имѣетъ свою весьма любопытную исторію. Оно существовало еще въ древней Греціи; уже въ законахъ Солона опредѣлены были условія для занятія адвокатурою и въ цвѣтущій періодъ гражданскаго и политическаго быта Греціи мы встрѣчаемъ въ ряду адвокатовъ такія имена, какъ Демосѣень, Перильель, Исократъ, Эсхинъ. Съ теченіемъ времени судебное краснорѣчіе стало особеннымъ искусствомъ и греческіе риторы, кромѣ запиты дѣлъ въ судахъ, занимались преподаваніемъ этого искусства. Завоеватели Греціи римляне послали туда свою молодежь для подготовки къ политической карьерѣ.

Въ самомъ Римѣ защита судебныхъ дѣлъ была также весьма древнимъ обычаемъ. Въ эпоху патроната, когда законы были извѣстны однимъ патриціямъ, считалось обязанностью патрона защищать на судѣ своихъ кліентовъ. Отсюда и первое названіе адвокатовъ патронами, а защищаемыхъ ими лицъ кліентами. Впослѣдствіи судебная защита въ Римѣ стала политическою ареною для даровитыхъ людей, желавшихъ получить авторитетъ и вліяніе въ республикѣ. На римскомъ форумѣ, гдѣ производился судъ при большомъ стеченіи народа, всего удобнѣе было зарекомендовать себя предъ согражданами въ роли оратора или адвоката, показать свои таланты, свѣдѣнія въ законахъ, уваженіе къ правамъ и интересамъ гражданъ. Вотъ почему адвокатура при системѣ народныхъ выборовъ естественно вела къ высшимъ должностямъ въ государствѣ и сама по себѣ считалась однимъ изъ почетнѣйшихъ занятій гражданина. Занятіе это было вполне свободнымъ. Дѣятельность адвоката или оратора состояла главнымъ образомъ въ устной судебной защитѣ кліента,—въ поддержкѣ его юридическими совѣтами и присутствіемъ при состязаніи и изслѣдованіи дѣла ²⁾. Но

¹⁾ Egger la profession d'avocat chez les Athèniens, 1860. Grellet-Dumazeau le barreau romain 2 ed. 58 г. Bethmann-Hollweg, Civilproc., § 51, 84, 100, 108, 143. „Суд. Вѣст.“ 70 г. №№ 211, 212. Billot, Dupin, Liouville, Mollet, profession d'avocat. Fournel, Gaudry, Joly, Pinard hist du barreau de Paris. Bordeaux, стр. 212 ff. „Журн М. Юст.“ 66 г. № 11 и 12, 64 г. кн. 2, 65 г. кн. 1, 61 г. кн. 12. Mittermaier въ civ Archiv. т. 28, стр. 112 ff, т. 41, стр. 214 ff, т. 44, стр. 391 ff. Beschorner ibid. т. 31, 474 ff. Silberschlag, Anwaltszwang ib. т. 50, 328 ff. Hinrichs, freie Advokatur ibid, т. 51, стр. 353 ff. Jaques, freie A. 63 г. Gneist, fr. A. 67 г. Brix, Organisation der A. in Preus., Oester, etc. 69 г. Hinschius въ словарѣ Гольцендорфа, v. Advokatur. Gundermann Adv. in England 70 г. Pulling law of Attorneys 3 ed. 62 г. Smith, history of educ. for the english bar. 60 г. Bellot, p. 692 ss. Allard C. de proc d'ital., p. 34 ss. Verhandl. deut. jurist. I, 24—27, 266, 273, 323. II. 1, 18—20, 61. II, 2, 470, 548, 627, V, 2, 548, 557 ff. (Anwaltszwang). IV (freie Adv. u. Anwaltszwang). Kent, Com. т. I, стр. 330 и сл. Bouvier v. Attorneys, Solicitors, Counsellors at law.

²⁾ Ps. Asconius, ad Cic. Div. 4, 11: qui defendit alterum in judicio, aut patronus dicitur, si orator est, aut advocatus, si aut jus suggerit, aut praesentiam suam accomodat amico,

адвокатъ не считался представителемъ тяжущагося, а только заступникомъ его. Когда съ развитіемъ римскаго процесса допущено было свободное представительство тяжущихся, то для этой цѣли появились особые *cognitores* или *procuratores* и съ теченіемъ времени образовался изъ этихъ занятій особый промыселъ, далеко не пользовавшійся такимъ уваженіемъ и почетомъ, какъ адвокатура ¹⁾.

Впрочемъ, въ самой адвокатурѣ мало-по малу совершился переворотъ. Съ усложненіемъ права и съ перемѣною формы правленія, адвокатскія занятія стали требовать продолжительной подготовки и должны были составить промыселъ особаго сословія, искавшаго въ судебной практикѣ матеріальныхъ средствъ къ жизни. Въ императорскій періодъ на эти занятія стали смотрѣть какъ на особый родъ государственной службы—*militia gladio vocis* ²⁾. вмѣстѣ съ тѣмъ сословіе адвокатовъ (*coetus togatorum*) постепенно получило корпоративное устройство, было опредѣлено наибольшее число адвокатовъ при каждомъ судѣ, установлены условія для допущенія къ судебной практикѣ, какъ-то: православное вѣроисповѣданіе, посѣщеніе юридическихъ курсовъ и выдержаніе въ нихъ экзамена ³⁾; опредѣлены должностныя права и обязанности адвокатовъ ⁴⁾. Во главѣ корпорации стоялъ *primas*, бывшій въ то же время стряпчимъ по дѣламъ казны (*advocatus fisci*). Имена адвокатовъ, допущенныхъ къ практикѣ при извѣстномъ судѣ ⁵⁾, вносились въ списки адвокатовъ (*matricula*) и суду принадлежало право дисциплинарнаго надзора за ними, право подвергать ихъ денежнымъ штрафамъ, запрещать имъ практику на время, или даже совсѣмъ увольнять отъ должности.

Въ законахъ императоровъ адвокатское сословіе отличается отъ простыхъ повѣренныхъ—*procuratores*. Изъ нѣкоторыхъ законовъ видно, что дѣятельность адвокатовъ иногда ограничивалась попрежнему только устною защитой и поддержкою тяжущихся, а все веденіе дѣла принадлежало самимъ сторонамъ или ихъ представителямъ, лично являвшимся въ судъ вмѣстѣ съ адвокатомъ ⁶⁾. Однако объ особомъ промыслѣ или сословіи стряпчихъ не упоминается и можно думать, что въ адвокатскомъ сословіи постепенно сосредоточились не только занятія по защитѣ тяжущихся, но и самое веденіе дѣлъ въ качествѣ повѣренныхъ ⁷⁾. За свой трудъ адвокаты получали гонораръ по добровольному соглашенію съ довѣрителями, но не свыше извѣстной суммы, опредѣленной закономъ ⁸⁾. По юстиніанову праву этотъ гонораръ взыскивался даже черезъ судебныхъ приставовъ ⁹⁾.

¹⁾ Bethm-Hollweg. § 100, № 59.

²⁾ L. 14 Cod 2, 7.

³⁾ L. 11 § 1, Cod. 2, 7. L. 3 § 4, Cod 2, 8. Кромѣ штатныхъ адвокатовъ (*statuti*) были еще сверхкомплектные (*supernumerarii*).

⁴⁾ Источники для изученія устройства адвокатуры въ этотъ періодъ см. у В. Hollweg, § 143. Главнѣйшій источникъ кн. 2 Cod. Just., тит. 6 послѣд., и кн. 12, тит. 62 de *lucris advocatorum*.

⁵⁾ Адвокатъ одного суда не долженъ былъ вести дѣла при другомъ судѣ, ни даже продолжать тамъ дѣло, начавшееся въ судѣ, при которомъ онъ состоялъ. L. 27. Cod. 2, 18.

⁶⁾ Cod. 2, 10, de *errore advocatorum*.

⁷⁾ В.-Hollweg § 143.

⁸⁾ 100 aurei. L. 1, § 12. Dig. 50, 13.

⁹⁾ L. 13, § 9. Cod. 3, 1.

Средневѣковые итальянскіе города оставили намъ много памятниковъ законодательства объ адвокатурѣ и судебномъ представительствѣ вообще ¹⁾. Изъ нихъ видно, что адвокатское сословіе должно существовать и въ средневѣковой Италиі и на ряду съ нимъ, по крайней мѣрѣ въ нѣкоторыхъ городахъ, дѣйствовали особые стряпчіе (*procuratori*) ²⁾. Число ординарныхъ адвокатовъ, напримѣръ, въ Венеціи, было ограничено штатами, но допускались и сверхштатныя (*extraordinari*), существовало, кромѣ того, особое сословіе ходатаевъ по дѣламъ (*sollicitadori*), которые путемъ судебной практики подготавливались къ адвокатскому званію ³⁾. Для допущенія этихъ ходатаевъ къ практикѣ установлены были разныя условія, напримѣръ, экзаменъ предъ совѣтомъ адвокатовъ (*avogaria*).

Во Франціи мы опять встрѣчаемся съ двумя отдѣльными сословіями адвокатовъ (*avocats*) и стряпчихъ (*procurateurs, postulants, впоследствии avoués*). Раздѣльность этихъ сословій, запрещеніе соединять ту и другую карьеру основывается еще на законѣ 1327 г. Въ революціонную эпоху сдѣлана была попытка слить эти сословія въ одинъ классъ (*avoués*). Такова именно была мысль учредительнаго собранія, которое, отмѣнивъ корпораціи адвокатовъ, продажность и наслѣдственность должностей прежнихъ стряпчихъ (*procurateurs*), предоставило повѣреннымъ по судебнымъ дѣламъ (*avoués*) какъ веденіе дѣлъ вообще, такъ и устную защиту тяжущихся. Но національный конвентъ отмѣнилъ потомъ и это званіе *avoués*, а при Наполеонѣ I то и другое сословіе было восстановлено и каждое получило опять свою отдѣльную организацію. Такъ это остается во Франціи и до сихъ поръ ⁴⁾. Но кромѣ того при коммерческихъ судахъ существуютъ еще особые присяжные стряпчіе—*agréés*, при мировыхъ судьяхъ—ходатаи (*defenseurs*) и вообще множество такъ-называемыхъ *agents d'affaires* ⁵⁾.

Къ занятіямъ стряпчаго (*avoué*) допускаются не всегда лица, окончившія курсъ юридическихъ наукъ ⁶⁾; требуется только пятилѣтняя практика (*clericature*) въ качествѣ писмоводителя у стряпчаго. Впрочемъ, главное дѣло не въ этихъ условіяхъ, а въ томъ, что лицо, желающее получить мѣсто стряпчаго, должно сначала приобрести это мѣсто частнымъ путемъ. Каждый стряпчий имѣетъ право представленія кандидатовъ на свое мѣсто, т.-е. назначаетъ себѣ преемника по собственному выбору. Хотя формальное опредѣленіе на должность стряпчаго зависитъ отъ правительства, но правительство утверждаетъ только представленныхъ ему кандидатовъ, потому что это представленіе осно-

¹⁾ *Stat. Genuae*, кн. 3, гл. 9 и слѣд. *Stat. Veneta*, стр. 150—157, 166, ss. 230, 295 ss. *Stat. Bonon. cum schol. Annib. Monterentii*, т. 1, стр. 123 и слѣд. *Corpus juris Canon.*, I. com. de advocatis et postulantibus.

²⁾ Въ *Rota Romana* различіе между адвокатами и стряпчими (*causarum patroni*) поддерживалось постоянно. См. *Borsari nota* къ ст. 156. *C. di pr.* Въ Генуѣ существовала особая *collegium causidicorum*.

³⁾ *St. Veneta*, стр. 166 и слѣд. О нихъ упоминается и въ стат. Генуи, I. cit.

⁴⁾ Дѣйствующіе законы объ этомъ предметѣ см. въ *Lois usuelles p. Roger et Sorrel, v. Avocats, Avoués, Ecoles de droit*. Только при кассационномъ судѣ стряпчіе и адвокаты—одни и тѣ же лица.

⁵⁾ См. о нихъ *Bordeaux*, стр. 212 ss.

⁶⁾ Законъ XII г. требовалъ этого, но на практикѣ онъ не получилъ примѣненія. *Bordeaux*, стр. 226, прим. *Allard*, стр. 35—6.

выдается обыкновенно на какой-нибудь частной сдѣлкѣ, напримѣръ, на куплѣ-продажѣ. Въ этомъ старинномъ обычаѣ, подтвержденномъ закономъ 1816 г., заключается одна изъ причинъ, мѣшающихъ слянію сословій стряпчихъ и адвокатовъ. Число стряпчихъ при каждомъ судѣ строго опредѣлено. Они составляютъ замкнутую корпорацію, въ которой каждое мѣсто члена покупается за деньги и иногда стоитъ очень дорого. Самый промыселъ ихъ обложенъ патентнымъ сборомъ въ пользу казны.

Занятія стряпчихъ состоятъ: 1) въ правѣ представительства сторонъ на судѣ, а по дѣламъ сокращеннаго судопроизводства и въ правѣ защищать устно ихъ права и интересы. Представительство сторонъ заключаетъ въ себѣ: а) право сочинять и подавать разныя судебныя бумаги и выполнять вообще разные обряды для подготовки дѣла къ устному состязанію (*droit de postuler*); б) право предъявлять суду требованія или притязанія тяжущейся стороны (*droit de conclure*). Кромѣ этой тяжёлой дѣятельности, которая даётъ имъ доходъ по таксѣ, стряпчіе имѣютъ еще 2) право производить аукціонныя продажи по судебнымъ дѣламъ и даже могутъ участвовать сами въ этихъ торгахъ, какъ покупатели.

Гораздо выше этого промысла стоитъ сословіе адвокатовъ, по крайней мѣрѣ по идеѣ, по общественному положенію, по юридическимъ свѣдѣніямъ и дарованіямъ, по серьёзнымъ заслугамъ въ области юридической литературы и т. д. *Le titre de l'avocat* можетъ получить каждое лицо, окончившее курсъ юридическихъ наукъ, но къ *profession de l'avocat* допускается оно только послѣ трехлѣтняго стажа и по внесеніи его имени въ *tableau des avocats* ¹⁾. Число адвокатовъ неограниченно, но кругъ ихъ судебной дѣятельности стѣсняется вслѣдствіе того правила, что адвокатъ не долженъ брать на себя занятій стряпчаго. По старинному обычаю во Франціи считается совершенно неприличнымъ, чтобы адвокатъ самъ непосредственно входилъ въ переговоры съ тяжущимся о защитѣ его дѣла, принималъ отъ него письменную довѣренность, или взыскивалъ съ него гонораръ. Въ соглашеніе съ тяжущимся вступаетъ только стряпчій, онъ принимаетъ на себя веденіе дѣла и становится хозяиномъ его (*dominus litis*) и представителемъ тяжущейся стороны. Дѣятельность адвоката сводится только къ подачѣ совѣтовъ или письменныхъ заключеній о дѣлѣ, главнымъ же образомъ состоитъ въ устной защитѣ сторонъ на судѣ. Адвоката приглашаютъ уже стряпчій, а не самъ тяжущійся. Такой порядокъ вещей ставитъ адвокатовъ въ зависимость отъ стряпчихъ, въ зависимость тяжёлую—денежную. Обыкновенно бываетъ такъ, что адвокатъ входитъ въ соглашеніе со стряпчимъ, или съ какимъ-нибудь *agrée* или *agent d'affaires*, съ тѣмъ, чтобы они передавали ему для защиты всѣ дѣла ихъ конторы, съ условіемъ дѣлежа гонорара, а иногда даже просто за опредѣленный окладъ жалованья въ годъ. Это такъ-называемые *avocats d'étude*, адвокаты конторъ. Иногда отношеніе измѣняется: если адвокатъ человѣкъ состоятельный, то онъ самъ заводитъ себѣ контору, но такъ какъ на свое имя онъ не можетъ содержать ее, онъ основываетъ

¹⁾ Такіе профессиональные адвокаты, въ случаѣ надобности, приглашаются для исполненія состава присутствія въ судебныхъ засѣданіяхъ, замѣняютъ прокуроровъ въ случаѣ ихъ устраненія, болѣзни и т. п.

ее на имя своего агента или подставнаго лица, покупая для него званіе стряпчаго и т. п.

Такое положеніе дѣлъ издавна уже вызываетъ жалобы во Франціи. Въ немъ видятъ причину упадка адвокатуры въ послѣднее время, хотя нельзя не замѣтить, что едва ли не эта именно организація адвокатской дѣятельности, это освобожденіе ихъ отъ промышленныхъ заботъ и механическаго канцелярскаго труда, объясняетъ намъ громадныя заслуги французской адвокатуры въ дѣлѣ науки. Изъ сословія стряпчихъ не вышло ни одного ученаго юриста, тогда какъ, напротивъ, почти вся магистратура, профессеры права, а затѣмъ и всѣ почти замѣчательнѣйшія произведенія юридической науки во Франціи—все это выходитъ изъ адвокатскаго сословія, которое является тамъ посредникомъ между наукою и практикою. Этотъ фактъ заслуживаетъ глубокаго вниманія.

Раздѣленіе труда по судебному представительству и защитѣ тяжущихся существуетъ и въ Бельгіи; здѣсь также есть *avocats* и есть *avoués*, послѣдніе въ опредѣленномъ штатомъ числѣ. Однако отношенія между ними имѣютъ здѣсь совершенно иной характеръ. Хозяева дѣлъ здѣсь адвокаты, а стряпчие—только помощники, отъ нихъ получающіе дѣла и зависящіе. Довѣрители обращаются здѣсь прямо къ адвокату и онъ беретъ на себя веденіе дѣла, становится такимъ образомъ представителемъ тяжущагося, но поручаетъ потомъ формальную канцелярскую работу стряпчему съ платою отъ себя по таксѣ. Мѣста стряпчихъ здѣсь непродажныя.

Въ послѣдніе годы, по примѣру Женевы ¹⁾ и бѣльшей части германскихъ государствъ, возникло въ Бельгіи предположеніе отмѣнить на будущее время корпораціи стряпчихъ и соединить представительство и судебную защиту сторонъ въ рукахъ одного адвокатскаго сословія. Въ этомъ смыслѣ составленъ новый проектъ устава гражданскаго судопроизводства 1869 г., и въ мотивахъ къ нему можно найти подробную критику того порядка вещей, какой существуетъ теперь во Франціи и Бельгіи ²⁾.

При составленіи новаго устава гражданскаго судопроизводства въ Италіи въ 1865 г. также возникало подобное предположеніе. Однако оно было тамъ отвергнуто и старинное различіе двухъ сословій—адвокатовъ и стряпчихъ (*procuratori*) было сохранено. По ст. 156-ой устава представительство стряпчихъ обязательно для тяжущихся, такъ что стороны не могутъ вести дѣла въ коллегіальныхъ судахъ гражданскихъ иначе, какъ черезъ посредство стряпчихъ, состоящихъ при этихъ судахъ. Въ судахъ коммерческихъ стороны могутъ вести дѣло лично, или же черезъ посредство тѣхъ же самыхъ стряпчихъ. Наконецъ, въ судахъ единоличныхъ допускаются и частныя повѣренныя ³⁾. Адвокатамъ принадлежитъ только право устной защиты сторонъ на судѣ, право консультацій и т. п. Ихъ участіе въ процессѣ обязательно для сторонъ.

¹⁾ Въ Женевѣ сословіе стряпчихъ (*procurateurs*) было отмѣнено въ 1834 г. См. объ этомъ интересный докладъ *Belloz*, 1. cit.

²⁾ *Document de la Chambre des représentants 1869—70 г.*, стр. 172 и слѣд. Такая же реформа готовится въ Голландіи.

³⁾ См. *Allard*, 1. cit.

Въ Англіи ¹⁾ мы видимъ опять такое же дѣленіе, только еще болѣе развитое. Тамъ есть сословіе стряпчихъ (*solicitors* при судахъ справедливости, *attorneys* ²⁾ при судахъ общаго права, *proctors* при адмиралтейскомъ судѣ) и особое сословіе адвокатовъ (*counsel* вообще ³⁾, въ частности или *barristers* или *serjeants at law*). Число тѣхъ и другихъ неограниченно, но опредѣлены только условія для допущенія къ практикѣ. Такъ, кандидатъ на званіе стряпчаго долженъ прослужить извѣстное время клеркомъ (*articled clerk*) въ конторѣ стряпчаго и выдержать потомъ экзамень въ знаніи дѣлопроизводства. Роль стряпчаго въ процессѣ состоитъ въ томъ, что онъ получаетъ отъ тяжущихся довѣренность на веденіе дѣла, собираетъ доказательства, подаетъ прошенія за подписью адвоката ⁴⁾, и вообще подготавливаетъ матеріалъ для адвоката и завѣдываетъ механическою стороною дѣлопроизводства. Въ его рукахъ и промышленная сторона дѣла: онъ составляетъ расчетъ судебныхъ издержекъ, подлежащихъ взысканію съ тяжущихся, и вносить сюда, между прочимъ, гонораръ въ пользу адвоката.

Сами адвокаты не входятъ въ эти промышленные расчеты и не имѣютъ права взыскивать гонораръ. Для вступленія въ адвокатское званіе (*call to the bar*) надобно сначала, обыкновенно по окончаніи университетскаго курса, приписаться къ одному изъ четырехъ инновъ въ Лондонѣ (*Inner Temple, Middle Temple, Lincoln's Inn* и *Gray's Inn*), слушать здѣсь юридическія лекціи и выдержать экзамень, наконецъ послѣ трехлѣтней подготовки явиться въ тогѣ адвоката и въ парикѣ въ залъ инна для торжественнаго призванія къ адвокатскому поприщу. Вся эта процедура стѣбитъ довольно дорого, потому что каждый шагъ въ этой подготовкѣ нужно оплачивать ⁵⁾. Лицо, причисленное къ адвокатскому сословію, называется *barrister at law* ⁶⁾; въ старыхъ памятникахъ названіе было другое, именно *apprenticii ad legem*, то-есть лица, изучающія законъ на практикѣ и подготавливающія къ званію адвоката. На барристеровъ прежде смотрѣли какъ на учениковъ. Только черезъ 16 лѣтъ практики они получали званіе *serjeants at law, servientes ad legem* (служителей закона), и становились полноправными адвокатами. Съ этимъ званіемъ въ прежнее время соединялось исключительное право защиты сторонъ въ *Court of Common Pleas*; только при нынѣшней королевѣ это право распространено на всѣхъ барристеровъ ⁷⁾.

Адвокатъ принимаетъ дѣла на свою защиту всегда черезъ посредство стряпчаго и не имѣетъ права брать роль стряпчаго на себя са-

¹⁾ *The English Bar and the Inns of Court* въ *Quart. Review* 1875 г. т. 1, стр. 138 ff. Тамъ же указана литература.

²⁾ Названіе *attorneys at law* соотвѣтствуетъ римско-каноническому термину *procuratores*. Пана Бонифаций VIII-й in IV *Decretal.* говорить о *procuratores, qui in aliquibus partibus attornati nuncupantur*. Названіе *solicitorum* встрѣчается также въ средневѣковыхъ итальянскихъ памятникахъ.

³⁾ Названіе происходитъ, очевидно, отъ римскаго термина *jurisconsulti*.

⁴⁾ *Stephen-Tyler*, стр. 64.

⁵⁾ См. *Guide to the bar, by a templar*, 71 г.

⁶⁾ Отъ слова *bar*, перегородка въ залѣ судебныхъ засѣданій, потому что барристеры, въ отличіе отъ прочей публики, которая помѣщается за перегородкой, дѣйствуютъ въ передней части зала, тамъ же, гдѣ засѣдаютъ и судьи.

⁷⁾ *Blackstone* т. III, стр. 29. Эти *serjeants at law* имѣютъ и теперь важныя привилегіи. Такъ, наприм., изъ нихъ выбираются высшіе судьи въ Англіи.

мого. Онъ не собираетъ самъ доказательствъ, наприм. свидѣтелей и т. п. Вообще всѣ сношенія съ тяжущимися по денежной части и подготовка дѣла лежатъ на обязанности стряпчаго. За то, только адвокатъ въ правѣ защищать тяжущихся состязательными бумагами и устной рѣчью въ высшихъ судахъ. Стряпчіе имѣютъ такое право только въ судахъ графствъ ¹⁾.

Въ Германіи въ старое время также существовали и адвокаты, и стряпчіе, но съ теченіемъ времени въ бѣльшей части германскихъ государствъ эти сословія слились въ одно. Такъ, наприм., въ Пруссіи сословіе стряпчихъ (*Procuratoren*) было отмѣнено въ 1725 г.; остались одни адвокаты, сосредоточившіе въ своихъ рукахъ какъ промышленную, такъ и техническую сторону судебной защиты и представительства ²⁾. Послѣдствія этой мѣры были весьма интересны. Въ тѣхъ странахъ, гдѣ существуетъ раздѣленіе между адвокатурою и стряпчествомъ, жалобы публики обыкновенно направлены только противъ этого послѣдняго класса ходатаевъ по дѣламъ. Напротивъ, въ Пруссіи, послѣ упомянутой мѣры, жалобы тяжущихся обратились на адвокатское сословіе вообще, потому именно, что въ немъ сосредоточились всѣ операціи судебного представительства и защиты. Въ правленіе Фридриха II-го послѣдовала другая мѣра. У адвокатовъ отнято было право представительства въ процессѣ; тяжущіяся стороны обязаны были являться въ судъ лично или черезъ частнаго уполномоченнаго, для представленія своихъ требованій, объясненій и доказательствъ; имъ дозволялось только имѣть при себѣ ассистента изъ лицъ, свѣдущихъ въ законахъ, который бы могъ изложить суду юридическую сторону дѣла и вмѣстѣ съ тѣмъ контролировать законность дѣйствій судей, и быть заступникомъ тяжущагося. Эти-то ассистенты и замѣнили собою адвокатовъ. Правительство желало притомъ поставить ихъ въ такое положеніе, чтобы они не были лично заинтересованы въ дѣлѣ и подавали бы совѣты тяжущимся совершенно безпристрастно, защищая только правую сторону. Съ этою цѣлью судебная защита тяжущихся возложена была на самихъ членовъ суда, въ составѣ котораго назначены для того особые члены ассистенты (*Assistenzrätthe*), получавшіе жалованье отъ казны.

Реформа, очевидно, имѣла въ виду очистить адвокатское сословіе отъ стряпческаго, промышленнаго элемента. Но она не дала этому элементу никакой организаціи и не замедлила вызвать противъ себя жалобы. Личная явка тяжущихся на судъ соединена съ неудобствами и не всегда возможна. Съ другой же стороны, часто довольно трудно отыскать лицо, которое, не занимаясь хожденіемъ по судебнымъ дѣламъ какъ постояннымъ промысломъ, согласилось бы принять на себя веденіе чужаго дѣла въ качествѣ повѣреннаго. Чѣмъ болѣе развивается гражданскій бытъ, тѣмъ необходимѣе становится организація особаго класса лицъ для хожденія по судебнымъ дѣламъ.

Члены-ассистенты вскорѣ замѣнены были комиссарами юстиціи (*Justizcommissarien*). Эта мѣра была поворотомъ къ прежнему порядку вещей. Коммиссары не получали опредѣленнаго жалованья и имѣли

¹⁾ Въ С. Америкѣ роли стряпчихъ и адвокатовъ раздѣлены только въ верховномъ судѣ союза, въ прочихъ же судахъ каждый адвокатъ (*counsel*) есть въ то же время и стряпчій (*attorney*). *Kent, l. cit* *Bouvier cit.*

²⁾ См. объ этомъ и о дальнѣйшей исторіи адвокатуры въ Пруссіи соч. Гнейста: *Freie Advocatur, 67 г.*

право не только на защиту сторонъ въ процессѣ, но и право представительства или веденія дѣлъ вмѣсто тяжущихся. Это была, такъ сказать, соединенная коллегія адвокатовъ и стряпчихъ, состоявшая при судебныхъ мѣстахъ. Коммиссары считались чиновниками министерства юстиціи, назначались правительствомъ, имѣли мундиръ и стояли подъ дисциплинарнымъ надзоромъ судовъ. Число ихъ опредѣлялось для каждаго округа министромъ юстиціи ¹⁾. Впослѣдствіи, въ сороковыхъ годахъ, они получили названіе стряпчихъ (Rechtsanwälte) и къ судебному надзору за ними присоединенъ надзоръ особыхъ совѣтовъ (Ehrenrath) изъ лицъ, выбираемыхъ ими самими изъ своей среды ²⁾. Но прежній взглядъ на нихъ, какъ на чиновниковъ судебного вѣдомства, и назначеніе ихъ министромъ юстиціи сохранились въ Пруссіи и до настоящаго времени. Число ихъ опредѣляется также министромъ.

Въ другихъ частяхъ Германіи и въ Австріи занятія адвокатовъ и стряпчихъ также сосредоточены въ одномъ сословіи, но въ отличіе отъ Пруссіи адвокаты не назначаются отъ правительства и число ихъ не вездѣ ограничено ³⁾. Адвокатура считается свободною профессіею, доступною для каждаго лица, удовлетворяющаго законнымъ условіямъ. Въ пользу этой свободы высказывается теперь и большинство германскихъ юристовъ. Къ такому заключенію пришелъ недавно четвертый сѣздъ ихъ, выразивъ въ то же время желаніе, чтобы занятія адвокатовъ и стряпчихъ не были раздѣляемы между двумя сословіями ⁴⁾.

Это раздѣленіе существуетъ теперь только въ немногихъ мѣстностяхъ Германіи, именно въ Рейнскихъ провинціяхъ, въ Ганноверѣ и въ Брауншвейгѣ. Число стряпчихъ здѣсь ограничено штатами, напротивъ адвокатура не составляетъ замкнутаго цеха. Въ отличіе отъ французскихъ порядковъ, мѣста стряпчихъ здѣсь не продажны и доступны только для адвокатовъ, такъ что адвокатура, свободная профессія молодыхъ юристовъ, служитъ какъ бы подготовкою къ стряпчеству. Стряпчіе здѣсь не ниже, а выше адвокатовъ; это ничто иное, какъ адвокаты, допущенные къ самостоятельному веденію гражданскихъ дѣлъ на правахъ и стряпчихъ, и адвокатовъ.

§ 46. Адвокатура въ Россіи ⁵⁾. I. Въ собственно русскихъ гу-

¹⁾ См. Allg. Ger. Ord., ч. III, тит. 7. von dem. Amte der Justizcommissarien und Notarien.

²⁾ Зак. 30 апр. 1847 г. и 2 янв. 1849 г., § 30, въ Preus. Ges. Sammlung v. Nikisch.

³⁾ Въ Саксоніи число ихъ опредѣляется періодически министромъ юстиціи, въ Баваріи также существуютъ штаты. Но, наприм., въ Баденѣ, Виртембергѣ, Австріи и др. мѣстностяхъ не установлено такихъ ограниченій.

⁴⁾ Verhandl. 1. cit.—Срав. адвокат. уставы Брауншвейга 1851 г., Ольденб. 1858 г. Сакс. 1859 г., Ганнов. 1850 и 1859 г., Бад. 1864 г., Австр. 1868 г.

⁵⁾ Бѣликъ, Адвокатура въ Россіи въ Ж. М. Ю. 1865 г., кн. 2. Васильевъ ibid, кн. 1. Деспъ, О значеніи адвокатовъ въ гражд. процессѣ, въ Ж. М. Ю. 1861 г., декабрь. Марковъ О монополіи веденія судеб. дѣлъ ibid. 1863 г., кн. 2. Н. С.—въ объ адвокатурѣ въ гражд. проц., въ Рус. Вѣст. 59 г. № 6; Евгеньевъ Замѣтки о рус. адвокатурѣ, XIX вѣка въ „Голосѣ“ 1875 г. № 136 и 137. К. Арсеньевъ Замѣтки о рус. адвокатурѣ, 1875. Платоновъ о рус. адвокатурѣ въ Жур. Гр. и Уг. Права, 1875 г. № 2—5. Юрид. консультація прис. повѣр. Суд. В. 1870 г. №№ 24, 83—85, III. Дисциплин. отвѣтственность, С. Вѣст. 1870 г. № 320. О принятіи въ сословіе, Суд. В. 1867 г. № 36 и 116; 1866 г., № 115; 1868 г., № 171. Объ экзаменахъ при этомъ, С. Вѣст. 1872 г., № 181. О табели, С. Вѣст. 1867 г., № 112. О правѣ защиты дѣлъ внѣ своего округа, С. В. 1869 г. № 88

берніяхъ мы имѣемъ теперь сословіе присяжныхъ повѣренныхъ съ ихъ помощниками, образованное судебными уставами 20-го ноября 1864 г., далѣе, сословіе присяжныхъ стряпчихъ при коммерческихъ судахъ и, сверхъ того, особый классъ патентованныхъ повѣренныхъ, учрежденный закономъ 25 мая 1874 года.

1. Присяжные повѣренные соединяютъ въ своихъ рукахъ занятія французскихъ *avoués* и *avocats*. Они могутъ принимать на себя всякаго рода занятія по дѣламъ, наприм., подавать совѣты, защищать участвующихъ въ дѣлѣ лицъ устною рѣчью на судѣ или вести самое дѣло вмѣсто тяжущихся, на правахъ уполномоченныхъ лицъ, занимать-ся хожденіемъ по дѣламъ (Учр. 353, 383). Судебные уставы дали этому сословію стройную организацію, установили въ немъ внутренней надзоръ и самоуправленіе, опредѣлили условія поступленія въ составъ его, а также права и обязанности присяжныхъ повѣренныхъ въ отношеніи къ ихъ кліентамъ.

По существу ихъ званія, присяжные повѣренные не считаются состоящими на государственной службѣ и не имѣютъ права на производство въ чины. Званіе ихъ даже не можетъ быть соединено со службою по назначенію ли правительства, или по выборамъ. Ихъ дѣятельность есть особенная профессія, именно, служеніе интересамъ охраненія правъ въ обществѣ и государствѣ. Въ ней есть отчасти промышленный элементъ, однако понятіе о промыслѣ не исчерпываетъ ея содержанія; кромѣ хозяйственной стороны, въ ней есть и сторона общественная, кромѣ матеріальныхъ интересовъ съ ней связаны и нравственные интересы лица, какъ со всякою умственною дѣятельностью въ пользу общества и государства. И притомъ именно въ этомъ нравственномъ элементѣ заключается душа ея. Служеніе интересамъ правосудія въ странѣ, содѣйствіе охраненію правъ гражданскихъ—таковы задачи этого сословія и смыслъ его дѣятельности. По тѣсной связи ихъ съ требованіями общественного порядка и благосостоянія, законодательство должно было подчинить эту дѣятельность извѣстнымъ условіямъ, дать ей правильную организацію. По закону, присяжные повѣренные суть лица, состоящія при судебныхъ мѣстахъ, ихъ занятія имѣютъ публичный характеръ, они подчинены, въ извѣстной степени, надзору судовъ и имѣютъ права и обязанности, вытекающія изъ общественнаго ихъ положенія. Такъ-что ихъ дѣятельность въ этомъ смыслѣ есть служба своего рода, служба по судебному вѣдомству.

Присяжные повѣренные приписываются къ судебнымъ палатамъ и избираютъ мѣсто жительства въ одномъ изъ городовъ округа той палаты, къ которой приписаны (Учр. 356). Если въ округѣ не менѣе 20 присяжныхъ повѣренныхъ, то они образуютъ изъ себя особую корпорацію и выбираютъ для внутренняго надзора и самоуправления совѣтъ присяжныхъ повѣренныхъ въ составѣ отъ 5 до 15 членовъ (Учр. 357—361). Каждый годъ производятся новые выборы и съ этой

и 213. О вознагражденіи, *ibid.* 1867 г., № 155, 1870 г. № 178. Объ исключеніи изъ сословія, *ibid.* 1868 г., № 56. Отчеты Слб. Совѣта, Суд. В. 1867 г. № 99, 1868 г. № 93, 1869 г. № 91, 1870 г. № 112 и слѣд., 1871 г. № 83 и слѣд. 1872 г. № 144 и слѣд. 1873 г. № 123 и слѣд. 74 г. № 131—133. 1875. № 204—207. Моск. Совѣта, *ibid.* 74 г. № 215. О помощникахъ прис. пов. см. отчеты въ Суд. В. 1870, 1871, 1872 и 1873 гг. и перед. ст. 1872 г. № 219—20. О частныхъ адвокатахъ С. Вѣст. 1870 г. № 234, 1871 г. № 64.

цѣлью созывается общее собраніе присяжныхъ повѣренныхъ (Учр. 364—65). Совѣту принадлежать весьма обширныя права по управленію дѣлами сословія и по наблюденію за отдѣльными членами его. Такъ, напримѣръ, онъ разсматриваетъ просьбы лицъ, желающихъ приписаться къ числу присяжныхъ повѣренныхъ и постановляетъ или о принятіи ихъ или объ отказѣ; разсматриваетъ жалобы на дѣйствія присяжныхъ повѣренныхъ и наблюдаетъ за точнымъ исполненіемъ ими законовъ и обязанностей, сообразно съ пользою ихъ довѣрителей; назначаетъ повѣренныхъ по очереди для безвозмезднаго хожденія по дѣламъ лицъ, пользующихся на судѣ правомъ бѣдности; указываетъ повѣренныхъ лицамъ, которыя обращаются къ нему съ такой просьбою; опредѣляетъ количество вознагражденія повѣренному по таксѣ, въ случаѣ несогласія по сему предмету между нимъ и тяжущимся; опредѣляетъ дисциплинарныя взысканія съ повѣренныхъ, какъ по собственному усмотрѣнію, такъ и по жалобамъ, поступающимъ въ совѣтъ (Учр. 367). А именно, онъ можетъ подвергать ихъ предостереженіямъ, выговорамъ, запрещенію практики на срокъ не долѣе года, даже исключенію изъ числа присяжныхъ повѣренныхъ и преданію уголовному суду въ случаяхъ особенно важныхъ ¹⁾ (Учр. 368). Предостереженія и выговоры, постановленныя совѣтомъ, не подлежатъ обжалованію; на другія же постановленія его могутъ быть приносимы жалобы судебной палатѣ въ двухнедѣльный срокъ со дня объявленія ихъ (Учр. 376). Опредѣленія палаты по этимъ жалобамъ считаются уже окончательными (Учр. 377).

Совѣты присяжныхъ повѣренныхъ существуютъ у насъ далеко не при всѣхъ судебныхъ палатахъ; до сихъ поръ они успѣли образоваться только въ Петербургѣ и Москвѣ, а дальнѣйшее учрежденіе ихъ пріостановлено (Собр. Уз. 75 г. № 2). Въ остальныхъ округахъ, права совѣтовъ въ отношеніи надзора надъ присяжными повѣренными принадлежатъ окружнымъ судамъ въ первой инстанціи и палатамъ во второй (Учр. 378, 376). Судебные уставы дозволяютъ еще учрежденіе отдѣлений совѣта присяжныхъ повѣренныхъ при тѣхъ окружныхъ судахъ, гдѣ имѣютъ жительство болѣе 10 присяжныхъ повѣренныхъ (Учр. 366). Но и это учрежденіе до сихъ поръ еще не успѣло развиться. Сословіе присяжныхъ повѣренныхъ у насъ еще весьма малочисленно и большинство ихъ живетъ въ столицахъ. Напримѣръ, въ Петербургѣ по послѣднему отчету совѣта ихъ было 127 человекъ, теперь нѣсколько больше. Въ провинціальныхъ же городахъ живетъ по одному, по два, а въ иныхъ и совсѣмъ нѣтъ присяжныхъ повѣренныхъ. Это явленіе объясняется отчасти новостію самаго института, частію же строгими условіями поступленія въ это званіе и положеніемъ, для него созданнымъ.

При судебной реформѣ имѣлось въ виду соблюсти всю строгость касательно лицъ, допускаемыхъ въ сословіе присяжныхъ повѣренныхъ, для того, чтобы новое установленіе принесло всю ожидаемую отъ него пользу. Условія для полученія этого званія были раздѣлены на двѣ категоріи — положительныя и отрицательныя. Къ положительнымъ условіямъ отнесены: 1) высшее юридическое образованіе и 2) пятилѣтняя практика въ судебныхъ должностяхъ или въ званіи кандидатовъ на судебныя должности или помощниковъ присяжнаго повѣ-

¹⁾ Понятно, что самъ совѣтъ не имѣетъ права уголовного суда по преступленіямъ присяжныхъ повѣренныхъ (Общ. Собр. Кас. Д. 10 дек. 1878 г.), наприм, по оскорбленіямъ прокурора въ судебномъ засѣданіи (Улож. о нак. 282).

ренного (Учр. 354). Оба эти условия въ связи съ тѣмъ обстоятельствомъ, что присяжные повѣренные не имѣютъ у насъ никакого исключительнаго права на веденіе судебныхъ дѣлъ, достаточно объясняютъ настоящую малочисленность этого сословія. Къ нимъ слѣдуетъ присоединить еще 3) условия нравственныя, оцѣнка которыхъ предоставлена усмотрѣнію совѣтовъ присяжныхъ повѣренныхъ. Именно, разсматривая просьбы лицъ, желающихъ поступить въ число присяжныхъ повѣренныхъ, совѣтъ принимаетъ въ соображеніе всѣ свѣдѣнія о поведеніи и нравственномъ характерѣ просителя, какія признаетъ нужными, и на основаніи ихъ можетъ отказать въ удовлетвореніи просьбы, не обязываясь приводить мотивовъ въ оправданіе отказа ¹⁾ (Учр. 380. 67 г. Кас. № 23, д. Охременко). Петербургскій Совѣтъ присяжныхъ повѣренныхъ ввелъ у себя еще одинъ обычай, который можетъ также затруднять доступъ къ этому званію, именно экзамены на званіе присяжнаго повѣренняго. Такіе экзамены (*Advokaturprüfungen*) существуютъ въ Австріи и въ вольныхъ городахъ Германіи; въ другихъ же мѣстахъ Германіи замѣняются вообще штатсъ-экзаменами; въ самой Австріи нѣтъ особыхъ экзаменовъ въ отношеніи лицъ, прослужившихъ 5 лѣтъ въ званіи судей ²⁾ (*Adv. Ord. § 6*). Во Франціи, Бельгіи, Италіи и въ другихъ странахъ, а равно и въ Россіи, по закону, университетскій аттестатъ устраняетъ дальнѣйшіе экзамены не только на званіе присяжнаго повѣренняго, но даже и членовъ высшихъ судебныхъ мѣстъ.

Отрицательныя условия для вступленія въ число присяжныхъ повѣренныхъ отчасти тѣже самыя, какъ и для полученія званія судей общихъ судовъ. Такъ, наприм., не могутъ быть ни судьями, ни присяжными повѣренными иностранцы, несостоятельные должники, лица, состоящіа на службѣ или исключенные изъ службы по суду, или изъ духовнаго вѣдомства за пороки, или же изъ среды обществъ и дворянскихъ собраній по приговорамъ ихъ (Учр. 200, 201, 355). Но кромѣ этихъ общихъ ограниченій, есть особенныя. Такъ для вступленія въ присяжные повѣренные опредѣленъ наименьшій возрастъ—25 лѣтъ и постановлено еще, что не могутъ быть присяжными повѣренными тѣ, коимъ по суду воспрещено ходеніе по чужимъ дѣламъ, а также исключенные изъ числа присяжныхъ повѣренныхъ. Наконецъ, въ отношеніи уголовной судимости, законъ ставитъ болѣе строгія условия для судей

¹⁾ Такого условия въ иностранныхъ законахъ не встрѣчается и надобно думать, что ничѣмъ не мотивированный отказъ совѣта можетъ быть отмѣненъ и у насъ судебною палатою (Учр. 376). Кассационныя жалобы здѣсь не допускаются (67 г. Кас. № 23).

²⁾ Объ экзаменахъ въ англійскихъ иннахъ было уже упомянуто выше. Они объясняются тѣмъ, что собственно юридическое образованіе сосредоточивается въ Англіи не въ университетахъ, а именно въ этихъ иннахъ адвокатовъ. Въ послѣднее время въ нѣкоторыхъ штатахъ Америки вводятся судебные экзамены для кандидатовъ на адвокатуру; основаніе этой мѣры заключается въ крайне плохомъ состояніи университетскаго юридическаго преподаванія въ Америкѣ. Такъ, по наказу Нью-Йорскаго апелляціоннаго суда 1871 г. отъ кандидатовъ требуется трехлѣтній стажъ на мѣстѣ помощника присяжнаго повѣренняго и затѣмъ экзаменъ при судѣ; если кандидатъ проходилъ университетскій курсъ, то стажъ можетъ быть сокращенъ до двухъ лѣтъ, но судебный экзаменъ требуется и отъ него. См. *Rules a. Regul.* 1-го мая 1871 г. и дополн. къ нимъ 14-го іюня 1871 г. Въ Массачусетцѣ экзаменъ требуется только отъ лицъ желающихъ получить званіе присяжнаго повѣренняго безъ 3-лѣтняго стажа на мѣстѣ помощника атторнея (*Stat. гл. 121, s. 29*).

и менѣе строгія для присяжныхъ повѣренныхъ. Судьями не могутъ быть назначаемы состоящіе подѣ слѣдствіемъ или судомъ за преступленія или проступки или наказанные за нихъ тюремнымъ заключеніемъ. Напротивъ, присяжными повѣренными не могутъ быть лица, наказанные лишеніемъ или ограниченіемъ правъ состоянія, или состоящіе подѣ слѣдствіемъ и судомъ за преступленія, которыя влекутъ за собой такое наказаніе (ibid).

Формальная сторона поступленія въ присяжные повѣренные состоитъ въ томъ, что желающій получить это званіе подаетъ о томъ прошеніе въ совѣтъ съ приложеніемъ необходимыхъ документовъ (Учр. 379). Совѣтъ разрѣшаетъ эту просьбу, постановляя о принятіи просителя или объ отказѣ (Учр. 380). Въ случаѣ отказа, проситель можетъ принести жалобу палатѣ въ двухнедѣльный срокъ и палата имѣетъ право принять просителя, не смотря на отказъ совѣта (Учр. 376). Лицо, принятое въ присяжные повѣренные, приводится къ присягѣ (Учр. 381), вносится въ списокъ присяжныхъ повѣренныхъ и о принятіи его публикуется во всеобщее свѣдѣніе (Учр. 382). Въ тѣхъ округахъ, гдѣ нѣтъ совѣтовъ, просьбы этого рода подаются въ окружные суды (Учр. 378. „Суд. В.“ 1868 г. № 171).

Права и обязанности присяжныхъ повѣренныхъ вытекаютъ изъ самой сущности ихъ званія. Какъ уже замѣчено выше, въ этомъ словословіи соединяются у насъ занятія стряпчихъ и адвокатовъ, раздѣленные по нѣкоторымъ иностраннымъ законодательствамъ между двумя различными сословіями. Поэтому присяжные повѣренные могутъ принимать на себя не только отдѣльныя услуги въ пользу участвующихъ въ дѣлѣ лицъ, какъ-то: подачу имъ совѣтовъ или сообщеніе письменныхъ заключеній о дѣлѣ (съ этою цѣлью петербургскіе присяжные повѣренные учредили при окружномъ судѣ постоянную консультацію, правила которой напечатаны въ „Суд. Вѣст.“ 1870 г., № 83 и 87), защиту ихъ на судѣ устною рѣчью и т. п., но могутъ принимать на себя и все вообще веденіе дѣла взамѣнъ тяжущихся, на правахъ уполномоченныхъ лицъ. Впрочемъ, это право хожденія по дѣламъ подлѣжитъ нѣкоторымъ ограниченіямъ. Присяжные повѣренные, какъ мы видѣли, приписываются къ судебнымъ палатамъ и избираютъ мѣсто жительства въ одномъ изъ городовъ округа той палаты, къ которой приписаны (Учр. 356). Ихъ дѣятельность естественно сосредоточивается въ этомъ округѣ, гдѣ они живутъ. Въ предѣлахъ его они могутъ принимать на себя хожденіе по дѣламъ во всѣхъ судебныхъ мѣстахъ (Учр. 383). Напротивъ, по общему правилу, они не должны вмѣшиваться въ дѣла чужаго округа. Это правило основывается частію на соображеніяхъ промышленной стороны ихъ занятій, частію же на желаніи законодателя предупредить неудобства, связанные съ переѣздами присяжныхъ повѣренныхъ изъ одного округа въ другой ¹⁾. Каждый

¹⁾ Французскіе адвокаты имѣютъ право принимать на себя защиту дѣлъ во всѣхъ округахъ безъ различія. Но они не ведутъ дѣлъ, не связаны съ мѣстомъ процесса разными сроками и формальностями, соблюденіе которыхъ возложено на стряпчихъ. Напротивъ, стряпчіе во Франціи прикованы къ мѣсту своего жительства и это совершенно естественно, потому что они должны здѣсь являться въ судъ, подавать бумаги не пропуская сроковъ и т. д. Наши присяжные повѣренные соединяютъ въ себѣ роль стряпчихъ и адвокатовъ, и вотъ почему законъ сосредоточиваетъ ихъ дѣятельность въ томъ округѣ, гдѣ каждый изъ нихъ живетъ.

присяжный повѣренный долженъ кормиться у дѣлъ своего округа, не отнимая доходныхъ статей у своихъ собратій другихъ округовъ. Законъ допускаетъ здѣсь только одно исключеніе, на тѣ случаи, когда дѣло, начавшись въ одномъ округѣ, переносится въ другой, наприм., вслѣдствіе кассациі рѣшенія. Въ этихъ случаяхъ тяжущемуся было бы иногда весьма неудобно мѣнять повѣренного по одному и тому же дѣлу; каждая такая переимѣна соединена была бы съ новыми расходами для него; каждый новый повѣренный долженъ былъ бы изучать дѣло вновь и едва ли могъ бы ознакомиться съ нимъ такъ же основательно, какъ тотъ, кто велъ его съ самаго начала. Въ виду всѣхъ этихъ неудобствъ, законъ дозволяетъ присяжному повѣренному, который принялъ на себя хожденіе по дѣлу въ своемъ округѣ, продолжать ходатайство по оному во всѣхъ судахъ, до окончательнаго рѣшенія дѣла, хотя бы и внѣ своего округа; въ такомъ случаѣ онъ подчиняется совѣту повѣренныхъ того мѣста, гдѣ производится дѣло (Учр. 384). Эти переѣзды присяжнаго повѣреннаго изъ одного округа въ другой представляютъ то неудобство, что во время отлучки онъ можетъ запустить текуція дѣла въ своемъ округѣ ко вреду своихъ довѣрителей. Въ судебныхъ уставахъ это неудобство предумотрѣно и они обязываютъ присяжнаго повѣреннаго, прежде переѣзда въ другой городъ, передавать всѣ дѣла, подлежащія производству въ его отсутствіи, другому повѣренному, съ согласія его довѣрителей (Учр. 385). Процедура этой передачи иногда весьма затруднительна и даже фактически не возможна, если у присяжнаго повѣреннаго много дѣлъ, довѣрители живутъ въ разныхъ мѣстахъ и самыя довѣренности находятся въ производствахъ разныхъ присутственныхъ мѣстъ. При такихъ условіяхъ присяжный повѣренный связанъ съ мѣстомъ своего жительства и только съ большими пожертвованіями можетъ оторваться отъ него, хотя бы для кратковременной отлучки. Для устраненія этихъ неудобствъ, петербургскій совѣтъ ходатайствуетъ теперь о дозволеніи присяжнымъ повѣреннымъ, на время отлучекъ, передавать ихъ дѣла другому присяжному повѣренному или своему помощнику, одною общею довѣренностію, не спрашивая на то согласія своихъ довѣрителей („Суд. Вѣст.“ 1873 г., № 148). Такое передовѣріе допускается и за-границею, напр., въ Австріи и Пруссіи ¹⁾. Германскіе юристы высказываются даже за полную свободу переѣздовъ для своихъ присяжныхъ повѣренныхъ, подобно тому, какъ она существуетъ во Франціи для адвокатовъ (См. Verhandl. IV Juristentages).

Наемъ присяжнаго повѣреннаго не составляетъ обязанности тяжущагося, а зависитъ отъ добровольнаго желанія его. Тяжущіеся имѣютъ право являться въ судъ лично, подавать просьбы и другія бумаги и довѣрять подачу ихъ постороннимъ лицамъ, а также объяснять словесно свои дѣла и требованія, безъ обязанности избирать

¹⁾ По австр. уставу, адвокатъ имѣетъ право передовѣрять свои дѣла другому адвокату, съ условіемъ законной отвѣтственности за его дѣйствія, во всѣхъ случаяхъ, когда встрѣтятся препятствія къ личному веденію дѣлъ. Въ случаяхъ долговременной отлучки или другихъ продолжительныхъ препятствій, онъ долженъ заявить о передовѣрїи совѣту, а совѣтъ сообщаетъ о томъ апелляціонному суду. Никакихъ увольненій для отлучки, хотя бы и долговременной, не требуется (§ 14). По законамъ западной Европѣ, особое условіе въ довѣренности о правѣ передовѣрїи (clausula substituendi) часто совсѣмъ не требуется. Ганнов. Уст. § 78. Баден. § 142. Герм. Пр. 1872 г. § 75.

для того присяжных повѣренныхъ (Учр. 386). Этотъ принципъ свободы въ веденіи процесса лично или черезъ повѣренныхъ признается въ нѣкоторыхъ странахъ и на западѣ, на примѣръ, въ Англіи и С. Америкѣ¹⁾. Напротивъ, большинство западно-европейскихъ законодательствъ допускаетъ эту свободу только съ разными ограниченіями. Эти ограниченія состоятъ обыкновенно въ томъ, что участіе стряпчихъ въ дѣлахъ, подлежащихъ общимъ коллегіальнымъ судамъ, обязательно для тяжущихся сторонъ (Anwaltsprozess) и только по другимъ дѣламъ, на примѣръ, мировой или торговой подсудности, зависитъ отъ усмотрѣнія сторонъ²⁾ (Partheiprozess). Въ пользу этого принужденія тяжущихся къ избранію стряпчихъ высказываются и тамошніе юристы³⁾, па томъ основаніи, что если стороны, не получившія юридическаго образованія и незнакомыя съ формами процесса, ведутъ дѣло лично, то онѣ часто не въ состояніи изложить его съ надлежащею ясностью ни устно, ни письменно, а нерѣдко, чѣмъ болѣе горячатся въ спорѣ, тѣмъ больше запутываютъ дѣло; что, кромѣ того, формы процесса, установленныя закономъ въ интересахъ правосудія, когда дѣло ведется неискусными руками, часто оказываются бременемъ для тяжущихся и какъ бы ловушками для нихъ разставленными, потому что несоблюденіе этихъ формъ можетъ повлечь за собою потерю даже вполне справедливаго иска. Съ развитіемъ и усложненіемъ права и процесса, юридическія свѣдѣнія естественно сосредоточиваются въ особомъ классѣ общества и посредничество его въ судебныхъ дѣлахъ, даже и безъ принудительныхъ законовъ, становится болѣе и болѣе необходимымъ⁴⁾. Въ нашемъ отечествѣ организованное сословіе присяжныхъ повѣренныхъ такъ ново и такъ еще малочисленно, что законодатель, конечно, не могъ и думать о принужденіи тяжущихся поручать веденіе дѣлъ непременно этимъ повѣреннымъ.

При судебной реформѣ предположено было установить со временемъ другое ограниченіе тяжущихся сторонъ. Именно, въ тѣхъ

1) Lush, стр. 229. Kent, стр. 330. Mass. stat. гл. 121, s. 35.

2) C. de proc. 9. 85, 414. C. de com. 627: въ судахъ мировыхъ сторонн могутъ дѣйствовать лично или чрезъ повѣреннаго; въ судахъ коммерческихъ стряпчимъ-avoüés-даже запрещено веденіе дѣлъ, а участіе особыхъ присяжныхъ стряпчихъ, состоящихъ при этихъ судахъ—agrées—необязательно для сторонъ; напротивъ, процессъ въ общихъ судахъ ведется стряпчими, на словесное состязаніе могутъ явиться и сами стороны въ сопровожденіи стряпчихъ, но судъ имѣетъ право запретить имъ личныя объясненія, если замѣтитъ, что они запутываютъ дѣло; тогда сторонамъ не остается другаго исхода какъ пригласить адвоката. Ганнов. Уст. § 67—68: участіе стряпчихъ въ дѣлахъ общихъ судовъ обязательно для сторонъ, если онѣ сами не выдержали юридическаго экзамена, напротивъ въ Амтстгерихтахъ необязательно. Баден. Уст., § 128, 994, 132—134, сходно съ Ганнов.—Ба вар. Уст., § 78—79: въ судахъ единоличныхъ и торговыхъ первой инстанціи дозволяется веденіе дѣлъ лично, или чрезъ частныхъ повѣренныхъ (Partheiprozess), въ остальныхъ судахъ только черезъ стряпчихъ (Anwaltsprozess). См. также Брауншв. Уст., § 4 и 5. Ольденб. 46. Герм. Пр. 72 г. § 72, и сл. Въ Пруссіи приглашеніе стряпчихъ вынуждается косвенно, именно тѣмъ правиломъ, что подаваемые въ судъ прошенія и другія бумаги принимаются только тогда, когда онѣ легализировали, т. е. подписаны присяжнымъ повѣреннымъ. Такой Anwaltszwang существуетъ и у насъ въ Остз. краѣ. Въ Польшѣ примѣняется франц. Code de proc. Объ Италіи см. выше.

3) Verhandl. 1 Juristentages. Мотивы къ Герм. Пр. 72 г. § 72.

4) Kent, 1. cit. Мотивы къ Герм. Пр. стр. 121.

городахъ, гдѣ окажется достаточное число присяжныхъ повѣренныхъ, предполагалось запретить тяжущимся поручать ходатайство по ихъ дѣламъ въ общихъ судахъ лицамъ, не принадлежащимъ къ этому сословию ¹⁾ (Учр. 387). Это число, признаваемое достаточнымъ, должно было быть опредѣлено особою табелью, утвержденною въ законодательномъ порядкѣ (Учр. 388). До сихъ поръ, впрочемъ, такая табель не утверждена ни для одного города, хотя здѣшній совѣтъ присяжныхъ повѣренныхъ уже не разъ заявлялъ о настоятельной потребности въ этой табели. И послѣ того, какъ табель будетъ введена, тяжущіеся будутъ имѣть право давать довѣренность не только присяжнымъ повѣреннымъ, но и своимъ родителямъ, супругамъ, дѣтямъ, соучастникамъ въ тяжбѣ или управляющимъ ихъ имѣніями или дѣлами (Учр. 389). Надобно замѣтить, что эта табель, если будетъ введена, по мысли судебныхъ уставовъ, не должна будетъ остановить дальнѣйшее возростаніе числа присяжныхъ повѣренныхъ. Она укажетъ только, что настало время прекратить судебную практику частныхъ адвокатовъ, не имѣющихъ званія присяжнаго повѣреннаго и вообще ограничить тяжущихся въ правѣ выбора повѣренныхъ. Но самое сословіе присяжныхъ повѣренныхъ того города, гдѣ она будетъ введена, можетъ размножаться, по крайней мѣрѣ *de jure*, и послѣ того времени. Число ихъ не должно быть замкнутымъ (*numerus clausus*).

Введеніе табели составитъ, конечно, важное ограниченіе тяжущихся сторонъ. Теперь онѣ выбираютъ въ повѣренные, кого хотятъ, а тогда должны будутъ или вести дѣла лично, или искать присяжнаго повѣреннаго. Такое положеніе будетъ особенно неудобно въ тѣхъ случаяхъ, когда тяжущійся не въ состояніи будетъ самъ прибыть въ городъ, гдѣ должно производиться его дѣло, или же не успѣетъ согласиться съ мѣстными присяжными повѣренными на счетъ хожденія по его дѣлу. Законъ предвидитъ эти неудобства и даетъ тяжущемуся право обратиться въ такомъ случаѣ въ совѣтъ присяжныхъ повѣренныхъ съ просьбою о назначеніи повѣреннаго для веденія его дѣла. Совѣтъ обязанъ исполнить эту просьбу (Учр. 392) и назначенный имъ присяжный повѣренный не можетъ отказаться отъ исполненія даннаго ему порученія, не представивъ достаточныхъ для того причинъ (Учр. 394).

Всѣ эти правила относятся къ тому времени, когда введена будетъ табель. До той же поры соглашенія тяжущихся съ присяжными повѣренными зависятъ отъ доброй воли ихъ. И теперь стороны нерѣдко обращаются въ совѣтъ съ просьбою указать имъ повѣреннаго. Здѣшній совѣтъ обыкновенно указываетъ въ такихъ случаяхъ адреса нѣсколькихъ присяжныхъ повѣренныхъ, по заведенной для того очереди, и предоставляетъ сторонамъ войти съ ними въ добровольное соглашеніе.

Съ хожденіемъ по дѣламъ соединяется право на вознагражденіе за трудъ присяжныхъ повѣренныхъ. Размѣръ этого вознагражденія опредѣляется добровольнымъ соглашеніемъ ихъ съ довѣрителями; законъ требуетъ только, чтобы условія объ этомъ предметѣ заключались

¹⁾ Это ограниченіе существуетъ почти повсюду на западѣ. Оно основывается на несомнѣнномъ правѣ государства организовать представительство и защиту сторонъ въ процессѣ на такихъ началахъ, которыя бы обезпечивали правосудіе въ странѣ. Такъ наиримѣръ, въ Англіи, даже въ графскихъ судахъ, тяжущіяся стороны могутъ вести дѣла лично или же черезъ повѣреннаго, получившаго отъ суда дозволеніе на практику и внесеннаго въ списокъ повѣренныхъ при судѣ (Davis, стр. 64—69).

въ письменной формѣ (Учр. 395). Если такого условія не было заключено, то вознагражденіе опредѣляется такою. По этой же таксѣ взыскиваются издержки за наемъ повѣреннаго съ обвиненной по дѣлу стороны (Учр. 396). Такъ, напримѣръ, истецъ, нанявъ присяжнаго повѣреннаго, выигрываетъ дѣло и требуетъ съ отвѣтчика вознагражденія за всѣ судебныя издержки и, между прочимъ, за наемъ повѣреннаго; размѣръ этого послѣдняго взысканія опредѣляется такою, а не письменнымъ условіемъ его съ повѣреннымъ: онъ могъ заплатить ему за веденіе дѣла больше или меньше, чѣмъ слѣдовало по таксѣ, но можетъ взыскивать съ отвѣтчика только тотъ гонораръ, какой положенъ по таксѣ. Это правило имѣетъ въ виду предупредить злоупотребленія и стачки довѣрителей съ повѣренными.

Съ другой стороны, съ званіемъ присяжнаго повѣреннаго соединены извѣстныя обязанности. Не всѣ они перечислены въ законѣ. Есть такія обязанности, формулировка которыхъ должна постепенно развиваться путемъ практики, особенно опредѣленіями совѣтовъ присяжныхъ повѣренныхъ, какъ охранителей сословной чести, благопристойности и порядка внутри корпораціи. Уже и теперь можно найти въ отчетахъ совѣтовъ любопытный матеріалъ по этому предмету. Постановленія совѣта обязательны для присяжныхъ повѣренныхъ округа и онъ имѣетъ право подвергать ихъ дисциплинарнымъ взысканіямъ за нарушение принятаго имъ порядка (Уст. 368).

По закону, присяжные повѣренные обязаны даже безвозмездно вести дѣла лицъ, пользующихся на судѣ правомъ бѣдности (Учр. 367, п. 4, 392, прим. 397) и принимать на себя защиту подсудимыхъ по уголовнымъ дѣламъ (Учр. 393, 398). Въ видахъ контроля, они обязаны вести списокъ дѣлъ, каждому изъ нихъ порученныхъ ¹⁾, и представлять его въ совѣтъ по первому его требованію (Учр. 406). На практикѣ уже успѣло установиться, по крайней мѣрѣ въ нѣкоторыхъ округахъ, еще болѣе сложное книговодство. На основаніи судебныхъ уставовъ введенъ недавно 10⁰/₀ подоходный сборъ съ присяжныхъ повѣренныхъ, для составленія общей по всей Россіи суммы на вознагражденіе ихъ за уголовную защиту подсудимыхъ (Учр. 398). По поводу этого сбора естественно понадобилось установить извѣстный контроль надъ доходами присяжныхъ повѣренныхъ. И вотъ, съ этою цѣлью, напримѣръ въ петербургскомъ округѣ, они обязаны вести шнуровыя книги, за печатью совѣта, и записывать въ нихъ № каждаго гражданскаго дѣла, время его начатія и мѣсто производства, названіе дѣла и цѣну иска, сущность рѣшенія, полученное вознагражденіе и то, которое слѣдуетъ по таксѣ, а также сумму причитающагося 10⁰/₀ сбора. Этотъ сборъ они обязаны представлять вмѣстѣ съ книгами въ совѣтъ, по третямъ года (Отчетъ Спб. Совѣта въ „Суд. В.“ 73 г., № 148).

Далѣе, въ законѣ опредѣлены обязанности присяжныхъ повѣренныхъ въ отношеніи къ ихъ довѣрителямъ. Они обязаны не оглашать тайнъ, довѣренныхъ имъ (Учр. 403), и вести судебныя дѣла съ полною исправностью, точностью и добросовѣстностью. За пропущеніе сроковъ и другія нарушенія установленныхъ правилъ и формъ, они лишаются права на вознагражденіе и отвѣчаютъ за всѣ убытки, понесенные по ихъ винѣ довѣрителемъ (Учр. 404. Такса 68 г., ст. 16), а

¹⁾ Для этого имъ выдаются шнуровыя книги за печатью совѣта.

за умышленные ко вреду довѣрителей дѣйствія предаются уголовному суду (Учр. 405). Имъ запрещается покупать или инымъ образомъ приобрѣтать права своихъ довѣрителей по ихъ тяжбамъ (Учр. 400) и переходить изъ повѣренныхъ одной стороны въ повѣренные другой (Учр. 402).

2. Помощники присяжныхъ повѣренныхъ. Этотъ классъ образовался у насъ на основаніи судебныхъ уставовъ, но упоминается въ нихъ только вскользь (Учр. 354) и получилъ нѣкоторую организацію уже впоследствии, путемъ практики и обычая. Для приобрѣтенія этого званія нужно войти въ соглашеніе съ какимъ-нибудь присяжнымъ повѣреннымъ и приписаться къ нему въ помощники. Эта приписка совершается посредствомъ заявленія о томъ совѣту присяжныхъ повѣренныхъ или окружному суду. Званіе помощника считается въ законѣ какъ бы кандидатурою на званіе присяжнаго повѣреннаго (Учр. 354). Въ этомъ смыслѣ помощникомъ можетъ быть только такое лицо, которое удовлетворяетъ всѣмъ условіямъ способности къ званію присяжнаго повѣреннаго, за исключеніемъ только возраста и пятилѣтней практики (Учр. 354—355). Конечно, присяжный повѣренный имѣетъ право принять въ помощь себѣ писмоводителей, разсылныхъ и т. п. служителей и изъ лицъ, неудовлетворяющихъ этимъ условіямъ; но они не будутъ помощниками его въ смыслѣ кандидатовъ на званіе присяжнаго повѣреннаго; ихъ отношенія къ нему будутъ чисто частными и нѣтъ надобности заявлять о приемѣ ихъ въ услуженіе ни совѣту, ни суду. Напротивъ, при заявленіи о припискѣ помощника, совѣтъ или судъ можетъ обратить вниманіе на недостатокъ, въ лицѣ просителя, формальныхъ условій для кандидатуры на званіе присяжнаго повѣреннаго, хотя не имѣетъ права запретить приемъ его въ контору патрона ¹⁾. На опредѣленія совѣта или окружнаго суда по этому предмету могутъ быть приносимы жалобы судебной палатѣ въ двухнедѣльный срокъ (Учр. 376, 378).

По буквальному значенію слова „помощникъ“, можно было бы думать, что дѣятельность помощниковъ не представляетъ ничего самостоятельнаго, что они только помогаютъ присяжному повѣренному, а сами не ведутъ дѣлъ. Очень вѣроятно, что именно такова была мысль составителей судебныхъ уставовъ, хотя эта мысль не выразилась положительно въ самомъ текстѣ закона и даже противорѣчитъ совокупности тѣхъ постановленій, которыми опредѣляются въ настоящее время права и обязанности помощниковъ. Намъ кажется совершенно естественнымъ, что на самомъ дѣлѣ помощники рѣдко занимаютъ вмѣстѣ съ присяжнымъ повѣреннымъ, при которомъ они числятся, а обыкновенно имѣютъ самостоятельную практику. Въ то время, когда у насъ открытъ былъ полный просторъ для судебной практики частныхъ адвокатовъ, не получившихъ никакого юридическаго образованія, какихъ-нибудь отставныхъ регистраторовъ, уволенныхъ со службы за неспособность или зазорное поведеніе, писарей военнаго вѣдомства и т. п., было бы въ высшей степени странно, если бы наши молодые юристы съ ихъ дипломами, съ массою свѣдѣній, вынесенныхъ изъ университета, съ системою благородныхъ и независимыхъ убѣжденій, выра-

¹⁾ По извѣстію „Суд. Вѣст.“, Московскій Совѣтъ намѣренъ запретить присяжнымъ повѣреннымъ принимать себѣ въ помощники лицъ, которые занимаютъ практикою самостоятельно. Но совѣтъ не имѣетъ этого права.

ботанных наукою, не нашли бы никакого другаго помѣщенія для своего труда, кромѣ должности письмоводителя или разсыльнаго въ конторахъ присяжныхъ повѣренныхъ. Сами присяжные повѣренные, при введеніи судебной реформы, назначались не всегда изъ лицъ, юридически образованныхъ (Полож. о введ. Суд. Уст., ст. 44), не говоря уже о томъ, что уровень юридического образованія въ нашихъ университетахъ стоитъ теперь гораздо выше, чѣмъ въ прежнее время.

Кругъ дѣятельности помощниковъ положительно опредѣленъ закономъ. Въ ст. 45 и 246 Уст. Гр. Суд. указаны тѣ лица, которыя не могутъ быть повѣренными по дѣламъ въ мировыхъ и общихъ судебныхъ установленіяхъ. Ни въ этихъ, ни въ другихъ статьяхъ закона не встрѣчается никакихъ ограниченій для помощниковъ присяжныхъ повѣренныхъ. Отсюда слѣдуетъ, что они имѣютъ право принимать на себя хожденіе по всѣмъ дѣламъ гражданскимъ, какъ въ мировыхъ, такъ и въ общихъ судахъ. Защита подсудимыхъ по дѣламъ уголовнымъ также открыта для нихъ („Суд. В.“ 71 г., № 88). Петербургскій совѣтъ присяжныхъ повѣренныхъ предлагаетъ ограничить на будущее время право ихъ на ходатайство въ общихъ судахъ („Суд. В.“ 72 г., № 147) и дозволить имъ принимать на себя самостоятельно веденіе дѣлъ гражданскихъ только съ доклада тому повѣренному, за которымъ они числятся („Суд. В.“ 70 г., № 114): Но въ настоящее время эти предположенія не имѣютъ законнаго основанія. Напротивъ того, закономъ 25 мая 1874 г. положительно разрѣшено помощникамъ вести дѣла самостоятельно на правахъ патентованныхъ повѣренныхъ, съ платою установленнаго сбора за свидѣтельства (ст. 2).

Званіе помощника есть кандидатура на должность присяжнаго повѣреннаго. Право на эту должность открывається пятилѣтнею практикою въ званіи помощника (Учр. 354). Мы уже имѣли случай замѣтить, что по закону не требуется никакихъ экзаменовъ для этого перехода отъ лицъ, уже получившихъ аттестаты университетовъ объ окончаніи курса юридическихъ наукъ (Учр. 379), хотя здѣшній совѣтъ присяжныхъ повѣренныхъ завелъ у себя экзамены. По точному смыслу закона, помощники, занимавшіеся судебною практикою подъ руководствомъ присяжныхъ повѣренныхъ въ теченіи 5 лѣтъ, тѣмъ самымъ приобретаютъ право на поступленіе въ число присяжныхъ повѣренныхъ, если удовлетворяютъ другимъ законнымъ условіямъ. Для удостовѣренія въ томъ, что они дѣйствительно занимались судебною практикою, установлены, напримѣръ, въ петербургскомъ округѣ полугодичные отчеты о занятіяхъ, представляемые помощниками въ совѣтъ присяжныхъ повѣренныхъ („Суд. В.“ 72 г., № 147). Гдѣ нѣтъ совѣтовъ, такіе отчеты представляются окружному суду (Учр. 378). На практикѣ установился также обычай, что помощники, живущіе въ тѣхъ городахъ, гдѣ есть коммерческіе суды, поступаютъ въ присяжные стряпчіе этихъ судовъ. Назначеніе на эту должность зависитъ отъ самаго суда (Уст. Торг. 1232—93). Но въ Петербургѣ, по соглашенію предсѣдателя коммерческаго суда съ совѣтомъ присяжныхъ повѣренныхъ, заведенъ теперь такой порядокъ, что помощники допускаются въ это званіе только послѣ двухлѣтней практики и по выдержаніи экзамена предъ совѣтомъ въ знаніи торговаго права и судопроизводства („Суд. В.“ 71 г., № 88; 72 г., № 220 и 73 г., № 123). Эти экзамены объясняются теперь отсутствіемъ преподаванія торговаго права въ нашихъ университетахъ и должны прекратиться послѣ того, какъ эта часть будетъ устроена въ

университетѣ, тѣмъ болѣе, что они не имѣютъ законнаго основанія (Уст. Торг. 1292—93).

Обязанности помощниковъ въ отношеніи къ ихъ довѣрителямъ безъ сомнѣнія тѣ же самыя, какъ и обязанности присяжныхъ повѣренныхъ, указанныя нами выше. Онѣ вытекаютъ изъ самаго существа отношеній между довѣрителями и такимъ классомъ повѣренныхъ, который установленъ самимъ закономъ и долженъ потому занимать отвѣтственное положеніе, обезпечивающее публику. По соглашенію съ присяжными повѣренными, помощники могутъ быть обязаны и къ безвозмездной защитѣ подсудимыхъ и лицъ, пользующихся правомъ бѣдности („Суд. В.“ 73 г., № 147), хотя участвующія въ дѣлѣ лица, имѣя право на защиту своихъ дѣлъ опытными присяжными повѣренными (Учр. 367, 392, 393), могутъ по закону отводить помощника, если находятъ его недостаточно опытнымъ.

Надзоръ за помощниками присяжныхъ повѣренныхъ существуетъ въ троякой формѣ. Во-первыхъ, они состоятъ въ частномъ отношеніи къ своему патрону, присяжному повѣренному. По мысли закона, онъ долженъ руководить ихъ въ занятіяхъ (Учр. 354), поддерживать совѣтами и указаніями. Отношеніе здѣсь частное, основанное на добровольномъ соглашеніи сторонъ: каждая сторона можетъ во всякое время прекратить его, если не связана какими-нибудь условіями договора. Обыкновенно, впрочемъ, помощники дѣйствуютъ совершенно самостоятельно и только числятся по спискамъ за тѣмъ или другимъ присяжнымъ повѣреннымъ. Случается даже, что патронъ ихъ живетъ въ одномъ городѣ, а помощникъ въ другомъ, наприм. петербургскіе присяжные повѣренные имѣютъ помощниковъ въ Новгородѣ и другихъ мѣстахъ округа здѣшней судебной палаты. Въ такихъ случаяхъ, очевидно, не можетъ быть рѣчи о дѣйствительномъ надзорѣ патроновъ за помощниками; но въ немъ нѣтъ и особенной надобности, потому что онъ замѣняется другими способами надзора.

Въ тѣхъ городахъ, гдѣ есть совѣтъ присяжныхъ повѣренныхъ, онъ имѣетъ на практикѣ надзоръ за помощниками, принимаетъ жалобы на нихъ и подвергаетъ ихъ дисциплинарнымъ взысканіямъ. Эта практика не основана на законѣ, а утверждается на авторитетѣ совѣта и на добровольномъ подчиненіи ему помощниковъ. Поэтому право надзора со стороны совѣта не можетъ выходить за предѣлы этого добровольнаго подчиненія. Такъ, наприм., еслибы совѣтъ постановилъ исключить извѣстное лицо изъ числа помощниковъ, то по жалобѣ этого лица палата отмѣняетъ опредѣленіе совѣта („Суд. В.“ 72 г., № 147, и 71 г., № 88).

Гдѣ нѣтъ совѣта, тамъ надзоръ за помощниками принадлежитъ окружнымъ судамъ, при которыхъ они состоятъ (Учр. 249, п. 3, 250, 262 и 378), а во второй инстанціи судебнымъ палатамъ (376—77), за тѣмъ и каждое судебное мѣсто, въ которомъ они ведутъ дѣла, имѣетъ несомнѣнное право надзора за ихъ дѣйствіями (Учр. 154 и слѣд. Зак. 25 мая 1874 г., ст. 2, 14—16). Если же помощникъ поступилъ, кромѣ того, и въ присяжные стряпчіе коммерческаго суда, то въ этомъ званіи онъ подчиняется и дисциплинарной власти этого суда (Уст. Торг. 1294).

3. Присяжные стряпчіе. Они опредѣляются и увольняются коммерческимъ судомъ въ достаточномъ, по его мнѣнію, числѣ и имѣютъ исключительное право быть повѣренными по дѣламъ, которыя производятся въ этихъ судахъ. Такъ что повѣреннымъ въ коммерческомъ судѣ никто не можетъ быть, кто не внесенъ въ списокъ присяжныхъ стряп-

чихъ (Уст. Торг. 1291—96). Есть, впрочемъ, нѣкоторыя исключенія изъ этого правила; такъ, купцы могутъ довѣрять веденіе дѣлъ своимъ прикащикамъ (Уст. Торг. 1297).

4. Патентованные повѣренные. Со введеніемъ судебной реформы, у насъ появилось, особенно при мировыхъ судахъ, множество частныхъ ходатаевъ—неорганизованный классъ лицъ, промышленяющихъ ходатайствомъ по дѣламъ въ качествѣ повѣренныхъ или защитниковъ. Существованіе этого класса, встрѣчающагося и въ другихъ странахъ въ разные вѣка исторіи, доказываетъ съ одной стороны, что въ быту народа есть потребность въ образованіи особаго сословія повѣренныхъ, съ другой же стороны, что это сословіе еще не организовано. Съ первыми попытками организациі обыкновенно начинаются и мѣры противъ этой промышленности. Эти преслѣдованія можно назвать борьбою за свободу и порядокъ въ юридическомъ быту народа. До тѣхъ поръ, пока народъ не успѣлъ развить у себя правильно устроенной адвокатуры, пока для защиты самыхъ дорогихъ его интересовъ существуетъ только невѣжественная и развращенная толпа ходатаевъ, до тѣхъ поръ нельзя разчитывать на полное названіе и охраненіе правъ. Съ усложненіемъ законодательства и раздѣленіемъ труда въ хозяйствѣ народа наступаетъ такое время, когда юридическіе совѣты и поддержка въ охраненіи правъ оказываются столько же необходимыми, какъ совѣты и пособія врачей для охраненія народнаго здравія. И если тяжущіеся, вмѣсто честнаго совѣта, встрѣчаютъ обманъ, если промышленникъ-ходатай вовлекаетъ ихъ въ тяжбу только для того, чтобы воспользоваться ихъ деньгами, такое положеніе дѣлъ нужно считать истиннымъ несчастіемъ народа. Въ теченіи процесса такіе ходатаи часто запутываютъ дѣло такъ, что судья при всей своей добросовѣстности не можетъ выяснитъ его себѣ и постановитъ правильное рѣшеніе. Чѣмъ ловчѣе и уклончивѣе ходатай, чѣмъ болѣе способенъ онъ загрозоздитъ дѣло разными возраженіями, прецедентами, статьями, которыя вовсе не относятся къ предмету процесса, тѣмъ болѣе растетъ масса бесплоднаго труда, которую судъ долженъ одолѣть, чтобы прійти къ какому-нибудь рѣшенію. Мало того, эти промышленники входятъ иногда въ сдѣлки между собою и съ канцеляріями судовъ и такимъ образомъ вносятъ продажность въ судебныя установленія.

Вопросъ о мѣрахъ противъ этой промышленности возбужденъ у насъ нѣсколько лѣтъ тому назадъ. Давно уже было предположеніе организовать этотъ классъ повѣренныхъ, не устраняя его отъ судебной практики, и дать ему названіе присяжныхъ ходатаевъ. Въ первомъ изданіи курса мы высказали мнѣніе, что правильнѣе было бы совершенно оставить эту ненадежную почву, на которой нельзя возвести никакого прочнаго зданія. Хорошая адвокатура можетъ выйти только изъ лицъ юридически образованныхъ, изъ тѣхъ самыхъ лицъ, которыя теперь поступаютъ въ присяжные повѣренные или въ помощники ихъ и въ присяжные стряпчіе. Нужно развивать эти уже готовые учрежденія и предоставить имъ исключительное право быть повѣренными въ судебныхъ мѣстахъ. Помощники присяжныхъ повѣренныхъ естественно сосредоточили бы въ своихъ рукахъ преимущественно практику мировыхъ судовъ.

Закономъ 25 мая 1874 г. (Собр. Узак. № 53) постановлены подробныя правила, на основаніи которыхъ долженъ образоваться у насъ патентованный классъ повѣренныхъ. Онъ будетъ существовать подлѣ

сословія присяжных повѣренныхъ и присяжныхъ стряпчихъ (ст. 1); что же касается помощниковъ присяжныхъ повѣренныхъ, то въ качествѣ самостоятельныхъ ходатаевъ по дѣламъ они входятъ въ этотъ классъ патентованныхъ повѣренныхъ (ст. 2), не теряя однако своего особаго положенія по званію помощниковъ.

Патенты или свидѣтельства на право ходатайства по чужимъ дѣламъ выдаются мировыми съѣздами, окружными судами и судебными палатами. Каждое свидѣтельство оплачивается годичнымъ сборомъ за право промысла (въ мировыхъ судахъ одного округа 40 руб., въ общихъ 75 руб.), а потому возобновляется ежегодно (ст. 10—12) и по общему правилу даетъ право ходатайствовать только въ томъ судѣ, изъ котораго выдано (ст. 3). Однако изъ этого правила есть два исключенія: свидѣтельство мирового съѣзда даетъ право ходатайства и у мировыхъ судей того же округа, кромѣ того, каждый повѣренный, который велъ дѣло въ мировыхъ или общихъ судахъ, можетъ продолжать веденіе его и въ кассационной инстанціи безъ особаго свидѣтельства (ст. 4 и 5).

Выдача или невыдача свидѣтельства зависитъ отъ суда (ст. 8). Лицо, желающее получить его, должно удовлетворять формальнымъ законнымъ условіямъ способности, по ст. 246 Уст. Гр. Суд., о которыхъ мы будемъ говорить подробно въ слѣдующемъ параграфѣ (ст. 6). Но, кромѣ того, отъ него требуются нѣкоторыя гарантіи умственные и нравственные. Такъ, проситель долженъ имѣть аттестатъ объ окончаніи курса юридическихъ наукъ, или удостовѣрить судъ иначе въ своихъ познаніяхъ, именно посредствомъ судебного экзамена (ст. 7). Мало того, судъ обращаетъ вниманіе и на нравственность просителя, на всѣ свѣдѣнія о его личности, какія признаетъ нужными, и можетъ отказать въ выдачѣ свидѣтельства, хотя бы проситель удовлетворялъ условіямъ способности (ст. 8). Такой отказъ по неформальнымъ причинамъ не подлежитъ обжалованію; можно жаловаться въ палату или сенатъ только тогда, когда поводомъ къ отказу послужилъ недостатокъ формальныхъ условій (ст. 15).

Патентованные повѣренные состоятъ подѣ дисциплинарнымъ надзоромъ тѣхъ судовъ, при которыхъ они дѣйствуютъ. Судъ можетъ подвергать ихъ взысканіямъ за неправильныя или предосудительныя дѣйствія, именно: предостереженіямъ или замѣчаніямъ, выговорамъ, запрещенію практики на время не свыше одного года и даже исключенію изъ числа повѣренныхъ (ст. 14); впрочемъ послѣднія двѣ мѣры могутъ быть обжалованы въ палату или сенатъ (ст. 15). Министру юстиціи также предоставлено слѣдить за повѣренными; онъ можетъ устранять ихъ отъ практики за предосудительный образъ дѣйствій (ст. 16).

II. Въ польскомъ краѣ существуютъ при мировыхъ судахъ особые оборонители, или защитники, при общихъ судахъ 1-й инстанціи — патроны, при апелляціонномъ судѣ — адвокаты, при сенатѣ особые защитники, которые прежде назывались меценасами. При коммерческихъ судахъ тамъ нѣтъ officialнаго класса повѣренныхъ (Сбор. Постан. Ц. Пол. т. VII, зак. о судоустр., ст. 45 и слѣд.).

III. Прекрасно организована адвокатура въ нашихъ остзейскихъ губерніяхъ. Уже съ давняго времени она составляетъ тамъ важную гарантію юридическаго быта. Адвокаты принадлежатъ тамъ къ одному изъ образованнѣйшихъ слоевъ общества. Ихъ дѣятельность и вліяніе вы замѣтите повсюду: въ литературѣ, въ развитіи мѣстнаго законодательства, въ судахъ и административныхъ учрежденіяхъ края. Адвока-

тура объясняет намъ живую творческую силу судебной практики, которая умѣла создать тамъ, на основаніи старинныхъ, разрозненныхъ источниковъ, довольно полную систему процесса, опирающуюся на начала германской науки. Адвокаты назначаются высшими судебными мѣстами. Желаящій получить званіе адвоката долженъ представить дипломъ на степень магистра или доктора правъ, полученный въ одномъ изъ русскихъ университетовъ; обыкновенно адвокаты выходятъ изъ Дерптскаго университета. Судъ подвергаетъ просителя практическому испытанію и выдаетъ ему аттестатъ на званіе адвоката. Повѣренными въ нѣкоторыхъ судахъ могутъ быть только адвокаты и каждая бумага, подаваемая въ судъ, должна быть ими подписана (Риж. Стат. гл. 7, § 3 и 7). Они подчинены надзору судовъ, отъ которыхъ зависитъ ихъ назначеніе въ должность и увольненіе (Св. Зак. Остз. 1, ст. 100 и слѣд.).

IV. Въ Финляндіи допускаются въ повѣренные также только тѣ лица, которыя получили на то дозволеніе суда (Финл. Улож., гл. о судѣ 15, § 2 и слѣд. Лундаль, стр. 13).

§ 47. Представительство по довѣренности. 1. Способность быть повѣреннымъ. По общему правилу каждое лицо, способное искать и отвѣчать на судѣ, можетъ быть повѣреннымъ по дѣламъ какъ въ мировыхъ, такъ и въ общихъ судахъ (Уст. 44, 245). Исключенія изъ этого правила относятся къ тѣмъ лицамъ, которымъ законъ прямо запрещаетъ быть повѣренными. Эти исключенія перечислены подробно въ ст. 45 и 246 Уст. Гр. Суд. Первая статья примѣняется къ мировымъ судамъ, а послѣдняя къ общимъ (70 г. Кас. 990, д. Геніева). Онѣ очень сходны между собою, такъ что одна статья повторяетъ другую. Но есть и нѣкоторое различіе между ними. Повѣренными въ общихъ судахъ не могутъ быть, наприм., неграмотные; напротивъ, у мировыхъ судей допускаются и неграмотные повѣренные. Различіе понятное, потому что въ мировомъ судѣ ведетъ дѣла бѣднѣйшая часть народа, до сихъ поръ почти совершенно безграмотная. Публика общихъ судовъ принадлежитъ уже къ болѣе зажиточнымъ и образованнымъ классамъ общества, самое судопроизводство здѣсь сложнѣе и требуетъ болѣе свѣдѣній отъ повѣренныхъ. Впрочемъ, и въ общихъ судахъ неграмотные повѣренные не допускаются только къ самому веденію процесса. Стороны могутъ выбрать себѣ и неграмотнаго уполномоченнаго, предоставивъ ему право передать дѣло грамотному повѣренному. Такъ, наприм., крестьянское общество можетъ отправить своего неграмотнаго односельца для ходатайства въ окружномъ судѣ и уполномочить его на выборъ другаго повѣреннаго (70 г. Кас. 900, д. крест. с. Чижовки. 71 г. Кас. 285, д. крест. с. Меловаго).

Есть еще и другое различіе между этими статьями. Въ мировыхъ судахъ не могутъ быть повѣренными мировые судьи того мирового округа, гдѣ дѣло производится, и товарищъ прокурора мѣстнаго мирового съѣзда. Такъ что, напр., судебный слѣдователь можетъ быть повѣреннымъ въ мировомъ судѣ (67 г. Улог. Кас. № 78). Ограниченіе, которое ставитъ законъ, относится только къ лицамъ, служащимъ въ мировыхъ судебныхъ установленіяхъ; такъ, письмоводители мировыхъ судей не должны принимать на себя ходатайство по дѣламъ у того судьи, у котораго состоятъ (71 г. Кас. 710, д. Скворцова), или въ мировомъ съѣздѣ того округа (72 г. Кас. 503, д. Мачинскаго, распор.); секретари съѣзда не должны быть повѣренными въ тѣхъ

мѣстахъ, гдѣ служатъ (69 г. Кас. 554, д. Балабушкина; 70 г. Кас. 1929, д. Шенна).—Въ общихъ судахъ не могутъ быть повѣренными, по ст. 246, „члены судебныхъ установлений и чины прокурорскаго надзора, кромѣ тѣхъ дѣлъ, въ коихъ они ходатайствуютъ вмѣсто своихъ дѣтей, родителей, сестеръ или жены, если эти дѣла производятся не въ томъ судѣ, въ которомъ они состоятъ и не въ подвѣдомственныхъ ему мѣстахъ“. Эта статья возбуждаетъ нѣкоторые сомнѣнія на практикѣ. Еще недавно поднятъ былъ вопросъ: можетъ ли участковый мировой судья быть повѣреннымъ въ общихъ судахъ? Одни рѣшали его утвердительно, другіе отрицательно („Суд. Вѣст.“ 72 г. № 123). Последнее рѣшеніе болѣе согласно съ букввальнымъ смысломъ статьи, потому что мировые судьи безъ сомнѣнія суть „члены судебныхъ установлений“.

Затѣмъ, кромѣ указанныхъ различій, обѣ статьи—45 и 246—совершенно сходны. Наприм., какъ въ мировыхъ, такъ и въ общихъ судахъ не могутъ быть повѣренными лица, недостижшія совершеннолѣтія или состоящія подъ опекой по какому-нибудь другому основанію. Они не имѣютъ вообще способности къ процессу, а потому естественно не могутъ и вести дѣло вмѣсто другихъ лицъ. Далѣе, воспитанники, студенты и даже слушатели, продолжающіе курсъ, не могутъ быть повѣренными, пока не окончатъ курса. Это правило основано на педагогическихъ соображеніяхъ. Законодатель хотѣлъ предупредить увлеченіе судебною практикою въ молодыхъ людяхъ, особенно при недостаткѣ средствъ къ жизни, и дозволяетъ имъ, по достиженіи совершеннолѣтія, принимать на себя ходатайство только вмѣсто ихъ родителей, братьевъ и сестеръ.

Далѣе постановлены ограниченія для монашествующихъ и священнослужителей, чтобы въ нашихъ монастыряхъ и въ духовенствѣ не развился стряпческій промыселъ. Съ другой стороны и лица, отлученныя отъ церкви или исключенныя изъ духовнаго вѣдомства за пороки, также не могутъ быть повѣренными. Что касается отлученія отъ церкви, то это наказаніе зависитъ отъ синода и, по примѣрамъ исторіи, можетъ быть наложено только по требованію государственной власти (Лохвицкій, Курсъ Угол. Пр., стр. 8) и, кажется, только послѣ лишенія всѣхъ правъ состоянія. Такъ что нельзя считать его самостоятельнымъ ограниченіемъ; лишенные всѣхъ правъ состоянія или всѣхъ особенныхъ правъ и преимуществъ уже и безъ того не могутъ быть повѣренными. Притомъ отлученіе отъ церкви нужно понимать въ строгомъ смыслѣ слова, какъ формальный актъ, отлучающій извѣстное лицо, а не такое заявленіе церкви, которое относится къ цѣлымъ вѣроисповѣданіямъ или сектамъ и религиознымъ убѣжденіямъ и подвергаетъ ихъ проклятію. Такъ, наприм., раскольники могутъ быть повѣренными (70 г. Кас. 633, д. Спиричева).

Должники, признанные несостоятельными, не могутъ принимать на себя роль повѣренныхъ, до тѣхъ поръ пока не опредѣлится свойство ихъ несостоятельности. Мы уже видѣли, что самая способность ихъ къ процессу вообще довольно ограничена. Кромѣ того, если несостоятельность ихъ окажется злостною, они могутъ и совсѣмъ потерять право быть повѣренными (Уст. Торг. 2003. Улож. о наказ. 1163 и слѣд.).

Къ этому длинному списку ограниченій нужно прибавить еще два. Именно исключенные изъ службы по суду или изъ среды об-

ществъ и дворянскихъ собраній, по мысли закона, не заслуживаютъ довѣрія. И наконецъ, не могутъ быть повѣренными всѣ тѣ, коимъ ходатайство по дѣламъ запрещено судебнымъ приговоромъ. Последнее ограниченіе довольно любопытно. По прежнему закону у насъ не могли быть повѣренными лица, состоящія подъ надзоромъ полиціи и всѣ тѣ, коимъ отъ правительства запрещено хожденіе по дѣламъ (X, ч. 2, ст. 195). Но такъ какъ всѣ граждане состоятъ подъ надзоромъ полиціи, то это правило отмѣнено (Рѣш. Сената 2 дек. 69 г., по д. Розанова, распор. См. Побѣдон. § 361) и вмѣстѣ съ тѣмъ выражено въ уставѣ, что ходатайство по дѣламъ можетъ быть воспрещено судебнымъ приговоромъ. Наприм., если судъ замѣтитъ, что какой-нибудь ходатай-промышленникъ оказывается человѣкомъ совершенно неблагонадежнымъ и вреднымъ, онъ можетъ запретить ему практику (Зак. 25 мая 1874 г. § 14) ¹⁾. Такое право принадлежитъ судамъ вездѣ и на западѣ Европы.

Съ изданіемъ закона 25 мая 1874 г., способность быть повѣреннымъ подверглась новымъ существеннымъ ограниченіямъ. Право ходатайствовать по чужимъ дѣламъ въ мировыхъ и общихъ судебныхъ установленіяхъ принадлежитъ теперь, почти исключительно, присяжнымъ и патентованнымъ повѣреннымъ, другія же лица, даже помощники присяжныхъ повѣренныхъ, не взявшіе свидѣтельства, не имѣютъ этого права (ст. 1). Впрочемъ, законъ допускаетъ нѣкоторыя исключенія. А именно, могутъ быть повѣренными лица, указанная въ ст. 389 Учр. Суд. Уст.: родители, супруги и дѣти тяжущихся, лица, участвующія въ тяжбѣ по какому-нибудь праву, а также завѣдывающія имѣніями или дѣлами тяжущихся; наприм., управляющій домомъ можетъ искать квартирной платы съ жильцовъ вмѣсто домовладѣльца, хотя бы не имѣлъ патента; прикащикъ можетъ искать за купца по сдѣлкамъ, заключеннымъ имъ въ качествѣ прикащика съ посторонними лицами; опекуны могутъ искать по дѣламъ опекаемаго, и т. п. (ст. 1).

Другое исключеніе относится къ дѣламъ мировыхъ судовъ. Законъ 25 мая желалъ только прекратить существованіе промышленнаго класса ходатаевъ при мировыхъ судахъ, замѣнивъ его промышленнымъ же классомъ патентованныхъ повѣренныхъ. Но онъ не имѣлъ въ виду запретить случайное, не-промышленное повѣрничество по дѣламъ мировыхъ судовъ. Вотъ почему въ немъ постановлено, что по этимъ дѣламъ допускаются къ ходатайству въ качествѣ повѣренныхъ и такія лица, которыя не имѣютъ патента, однако не болѣе какъ по тремъ дѣламъ въ теченіи года въ предѣлахъ того же мирового округа (ст. 18).

Замѣтимъ наконецъ, что законъ 25 мая 1874 г. не касается ни коммерческихъ, ни другихъ судовъ прежняго устройства. Въ коммерческихъ судахъ, какъ мы уже видѣли, роль патентованныхъ повѣренныхъ играютъ присяжные стряпчіе, а въ другихъ судахъ стараго устройства и вовсе нѣтъ такой роли.

2. Форма довѣренности. Полномочіе, предоставленное повѣренному, должно быть выражено въ такой формѣ, которая не допускала бы сомнѣнія въ дѣйствительности полномочія: иначе могли бы открыться

¹⁾ Въ сентябрѣ 1875 г., въ Спб. О. Судѣ ввѣшено было объявленіе, которымъ по распоряженію председателя суда запрещенъ былъ пяти лицамъ входъ въ помѣщеніе суда. См. полемику объ этомъ въ газетахъ того же мѣсяца.

разныя злоупотребленія и споры. Вотъ почему эти формы полномочія опредѣляются подробно въ законѣ. Но формальности здѣсь не одинаковы, однѣ проще, другія сложнѣе; это зависитъ отъ различія судебныхъ установленій и самыхъ лицъ, которымъ дается полномочіе. Такъ, по дѣламъ мирового судопроизводства законъ не требуетъ непременно, чтобы повѣренный имѣлъ формальную довѣренность. Достаточно, если довѣритель заявитъ мировому судѣ, что онъ уполномочиваетъ такое-то лицо на веденіе дѣла. Это заявленіе можетъ быть сдѣлано на словахъ или на письмѣ. Словесное заявленіе объ избраніи повѣреннаго мировой судья заносить въ свой журналъ, который подписывается тяжущимся, если онъ грамотный; неграмотные ставятъ обыкновенно кресты, вмѣсто подписи. Письменное заявленіе можетъ быть сдѣлано или на самомъ прошеніи, или въ особой довѣренности на простой бумагѣ; въ такомъ заявленіи подпись довѣрителя должна быть засвидѣтельствована мировымъ судьей, нотариусомъ, полиціею или мѣстнымъ волостнымъ начальствомъ (Уст. 46 и 47).

Напротивъ, по дѣламъ, которыя должны производиться въ общихъ судахъ или въ кассационной инстанціи, законъ допускаетъ эти простыя формы полномочія только въ тѣхъ случаяхъ, когда полномочіе дается присяжному повѣренному: оно можетъ быть выражено и въ неформальной довѣренности, писанной на простой бумагѣ, съ засвидѣтельствомъ подписи довѣрителя полиціею, нотариусомъ или мировымъ судьей, или же въ словесномъ заявленіи довѣрителя и повѣреннаго, записанномъ въ журналѣ суда (Уст. 248). Если же ходатай не принадлежитъ къ числу присяжныхъ повѣренныхъ, то полномочіе его должно быть доказано формальною довѣренностью на двухрублевомъ листѣ гербовой бумаги, засвидѣтельствованною нотаріальнымъ или крѣпостнымъ порядкомъ (Уст. 247. Циркул. указъ Сената 12-го марта 1870 г.). Впрочемъ, есть исключенія изъ этого правила; наприм., мірскіе приговоры крестьянскихъ обществъ пишутся на простой бумагѣ (тотъ же указъ). Казенныя управленія могутъ уполномочивать своихъ чиновниковъ на веденіе дѣлъ простыми предписаніями о ходатайствѣ по дѣлу (Уст. 1286).

Кромѣ того, есть случаи, гдѣ довѣренность на веденіе дѣлъ замѣняется болѣе обширнымъ полномочіемъ, изъ котораго уже само собою слѣдуетъ право лица на представительство въ процессѣ. Такъ, прикащики, уполномоченные на производство торговли (Уст. Торг. 722 и слѣд. 67 г. Кас. 241, д. Цѣпова), душеприкащики (Уст. 24 и 25), полные товарищи, управляющіе дѣлами торговаго дома (Уст. Торг. 762, 765, 767, 772. Уст. гражд. суд., ст. 26) и другія лица, имѣющія общее полномочіе на веденіе всѣхъ дѣлъ, касающихся довѣрителя ¹⁾ (70 г. Кас. 1840, д. Шаталова), не обязаны представлять особой довѣренности по каждому дѣлу.

3. Предѣлы довѣренности. Объемъ полномочія, даннаго повѣренному, имѣетъ важное практическое значеніе, потому что отъ него зависятъ предѣлы представительства въ процессѣ. Дѣйствія повѣреннаго считаются обязательными для довѣрителя только тогда, когда они не выходятъ изъ предѣловъ данной ему довѣренности (Уст. 249). Объемъ полномочія естественно опредѣляется содержаніемъ или смы-

¹⁾ Директоры обществъ? Contra Владим. О. С. по д. Шепелева въ Суд. Вѣст. 67 г, № 103. Справ. № 118.

словъ самой довѣренности ¹⁾ и зависеть отъ воли довѣрителя: онъ можетъ предоставить повѣренному большія или меньшія права, уполномочить его на веденіе дѣла во всѣхъ инстанціяхъ или только въ одной и т. п. Довѣренность можетъ быть общая или специальная, т. е. можетъ быть дана на веденіе всѣхъ дѣлъ довѣрителя, или только одного дѣла, или даже на совершеніе одного судебного дѣйствія, наприм. на подачу прошенія (Уст. 259). Довѣренность на веденіе дѣла уполномочиваетъ повѣреннаго на всѣ дѣйствія, необходимыя для обыкновеннаго движенія процесса; въ мировыхъ судахъ такой повѣренный можетъ окончить дѣло миромъ, хотя бы о томъ не было упомянуто въ довѣренности (Уст. 48). Вообще же нашъ законъ держится здѣсь довольно строгихъ правилъ толкованія: по ст. 250 Уст., предоставленіе повѣренному права принести апелляціонную жалобу, просить объ отмѣнѣ рѣшенія, вступившаго въ законную силу, прекратить дѣло миромъ ²⁾, предъявить споръ о подлогѣ или вступить въ отвѣтъ по такому спору (С. de proc. 216 и 218), избрать посредниковъ для третейскаго разбора ³⁾ и передать полномочіе другому лицу (72 г. Кас. 354, д. Антипова),—должно быть положительно выражено въ довѣренности; въ противномъ случаѣ повѣренный не признается уполномоченнымъ на эти дѣйствія. Въ отличіе отъ этого правила устава, нѣкоторыя новѣйшія законодательства западной Европы стараются по возможности расширить предѣлы представительства по довѣренности, выданной вообще на веденіе дѣла ⁴⁾. Различіе это объясняется тѣмъ, что сословіе повѣренныхъ тамъ болѣе организовано, частные ходатаи не допускаются и законъ естественно болѣе довѣряетъ офиціальному стряпчему или адвокату. Напротивъ, по нашему закону, довѣренность подлежитъ строгому толкованію и судебная практика слѣдуетъ этому направленію закона, даже иногда доводитъ его до крайностей и впадаетъ въ формализмъ. Такое формальное направленіе замѣтно въ особенности въ толкованіи довѣренностей на ходатайство объ отмѣнѣ рѣшеній. Законъ требуетъ, чтобы полномочіе на это ходатайство было положительно выражено въ довѣренности. И кассационный департаментъ сената не разъ оставлялъ просьбы безъ разсмотрѣнія потому только, что это полномочіе выражено было несовсѣмъ точными или слишкомъ общими словами. Наприм., если повѣренному предоставлено приносить „всякаго рода прошенія и жалобы въ правительствующій сенатъ“ или даже „въ кассационный его департаментъ“, по миѣнью сената, такая довѣренность слишкомъ неопредѣленна и поданныя такимъ повѣреннымъ жалобы или просьбы объ отмѣнѣ рѣшеній должны оставаться безъ разсмотрѣнія (Цирк. Указъ 12-го

¹⁾ Толкованіе довѣренности, если оно не нарушаетъ буквальнаго смысла ея, относится къ существу дѣла и не подлежитъ повѣрѣ въ кассационной инстанціи (72 г. Кас. 498, д. Бородина).

²⁾ Суд. В. 69 г. № 38, д. Плюшкина.

³⁾ Или поручить дѣло рѣшенію мирового судьи по совѣсти на третейскомъ правѣ (Уст. 30. 70 г. Кас. 1255, д. Блоцкаго 72 г. Кас., 515 д. Вѣхова).

⁴⁾ По Герм. Пр. 1872 г. § 75, довѣренность на веденіе дѣла уполномочиваетъ повѣреннаго на всѣ судебныя дѣйствія по данному процессу, между прочимъ и на переносъ дѣла въ высшія инстанціи, на прекращеніе дѣла миромъ, отреченіемъ отъ права или признаніемъ иска и т. д. Ср. мотивы, стр. 127 и слѣд. Также Ганнов. Уст. § 72. Напротивъ, Ваден., § 144. Бавар., § 92. Справ. Суд. В. 67 г. № 122.

марта 70 г.). Или, наприм., по одному дѣлу поручено было повѣренному „выслушивать рѣшенія и опредѣленія и подавать на оныя узаконенныя жалобы“; эта довѣренность признана недостаточною для принесенія апелляціонной жалобы и даже отмѣнено рѣшеніе судебной палаты за то только, что она приняла эту жалобу къ разсмотрѣнію (69 г. Кас. 1145, д. Мацневой).

Кромѣ предметовъ, указанныхъ въ 250 ст. Устава, специальное полномочіе требуется еще въ нѣкоторыхъ случаяхъ, наприм., для ходатайства о разрѣшеніи отыскивать убытки съ судей и другихъ чиновъ судебного вѣдомства (Уст. 1332 изъ С. de proc. art. 511). Для получения взысканныхъ денегъ, кажется, также необходимо особое полномочіе, потому что это дѣйствіе не имѣетъ ничего общаго съ веденіемъ процесса ¹⁾. Напротивъ, нѣтъ надобности въ особомъ полномочіи для ходатайства объ исполненіи рѣшенія и для участія въ производствѣ взысканія: это производство есть ничто иное, какъ заключеніе, финаль процесса, и, если повѣренный уполномоченъ на веденіе дѣла, нужно считать его уполномоченнымъ и на ходатайство въ исполнительній инстанціи ²⁾.

Съ другой стороны, есть процессуальныя дѣйствія, которыя должны быть совершены лично самимъ тяжущимся и не могутъ быть исполнены повѣреннымъ его, хотя бы особо на нихъ уполномоченнымъ. Такъ, по Уставу Гр. Суд., тяжущіяся стороны имѣютъ право, по взаимному соглашенію, кончить дѣло присягою истца или отвѣтчика (ст. 485). Заявленіе объ этомъ желаніи ихъ должно быть подписано самими тяжущимися, а не ихъ повѣренными (Уст. 488), потому что этотъ актъ есть выраженіе личнаго довѣрія одного тяжущагося къ совѣсти другаго. Понятно также, что тяжущіеся присягаютъ всегда сами и представительство въ присягѣ не допускается (Уст. 116 и 494).

4. Недостатокъ полномочія. Вопросъ о недостаткѣ полномочія можетъ быть возбужденъ въ тѣхъ случаяхъ, когда полномочіе совсѣмъ не удостоверено, или когда оно выражено въ незаконной или недостаточной формѣ, или же когда по самому объему своему оно не даетъ повѣренному права на какія-либо судебныя дѣйствія вмѣсто извѣстнаго лица. Во всѣхъ этихъ случаяхъ недостатокъ полномочія есть обстоятельство чрезвычайно важное и существенное. Когда дѣло ведется черезъ повѣренныхъ, обязательная сила каждаго процессуальнаго акта зависитъ отъ дѣйствительности полномочія. И естественно, что самъ судъ ex officio долженъ обращать вниманіе на этотъ предметъ (Уст. 584), и не допускать, чтобы одно лицо принимало на себя роль другаго безъ законнаго основанія ³⁾. Такъ, наприм., если исковое прошеніе (Уст. 266), апелляціонныя (Уст. 755) и кассационныя жалобы (Уст. 189, 801. Цирк. Указъ Сен. 12 марта 70 г.) принесены лицомъ неуполномоченнымъ, то они возвращаются просителю съ указаніемъ ему на недостатокъ полномочія (Уст. 267). Это правило имѣетъ цѣлью охра-

¹⁾ Таково правило западныхъ законодательствъ и проектовъ. Изъ него обыкновенно исключаются судебныя издержки, которыя взыскиваются стряпчими и безъ особаго полномочія.—Бавар. § 92. Ганнов. § 72. Бад. 144. Герм. Пр. 72 г. § 75.

²⁾ Vorsari, стр. 229. Ганнов., § 72. Герм. Пр., § 75. С. de proc. art. 1038.

³⁾ Западные законодательства обыкновенно не даютъ суду права устранять ex officio, безъ отвода, такихъ повѣренныхъ, которые принадлежатъ къ официальному сословію стряпчихъ. Ганнов. § 74. Бавар. 89. Герм. Пр. 72 г., § 82 и мотивы къ нему.

нить права лица, во имя котораго совершается подача просьбы, и вмѣстѣ съ тѣмъ не тревожить противной стороны вызовомъ ея въ судъ по желанію лица неуполномоченнаго. Но не слѣдуетъ доводить это правило до безцѣльнаго формализма. Судъ можетъ принять жалобу и только къ дальнѣйшимъ дѣйствіямъ по ней приступить послѣ надлежащаго удостовѣренія полномочія (70 г. Кас. 1710, д. Сербина). Въ особенности можно рекомендовать такую практику для тѣхъ случаевъ, гдѣ повѣренный выступаетъ за своихъ близкихъ родственниковъ, супруга, соучастниковъ въ правѣ, или представляетъ письма и переданные ему документы, удостовѣряющіе, что дѣло дѣйствительно поручено ему, хотя еще не совершена довѣренность въ законной формѣ, или гдѣ просьба подается лицомъ официальнымъ, наприм., присяжнымъ повѣреннымъ ¹⁾. Еще естественнѣе эта практика, когда проситель ссылается на довѣренность, которая находится при другихъ дѣлахъ суда. Если довѣренность представлена при прошеніи, но оказывается по формѣ недостаточною, наприм., писана на простой бумагѣ въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ требуется гербовая бумага, то прошеніе оставляется безъ движенія, пока этотъ недостатокъ не будетъ исправленъ (Уст. 269. Цирк. Ук. 70 г.) въ назначенный для того срокъ (Уст. 270).

Когда дѣло уже принято къ рассмотрѣнію, то судъ обязанъ прервать производство во всякое время, если окажется, что повѣренный не имѣетъ полномочія (Уст. 584). Противная сторона имѣетъ право предъявить на этомъ основаніи отводъ (*exceptio falsi procuratoris*) во всякомъ положеніи дѣла (Уст. 576), наприм., и во второй инстанціи суда (70 г. Кас. 42, д. Левыкиныхъ). Однако если она не предъявила отвода до того времени, когда довѣритель подтвердилъ полномочіе повѣреннаго, то споръ противъ прежнихъ его дѣйствій не допускается (71 г. Кас. 763, д. Гребенникова). Обязанность доказать основательность отвода лежитъ безъ сомнѣнія на томъ, кто его заявляетъ. Если отводъ не уваженъ и къ веденію дѣла допущено лицо, не имѣющее надлежащаго полномочія, это обстоятельство можетъ служить поводомъ къ отмѣнѣ рѣшенія по просьбѣ противной стороны (70 г. Кас. 16, д. Высоцкой ²⁾).

Самъ довѣритель, конечно, заинтересованъ въ томъ, чтобы дѣйствія повѣреннаго не выходили изъ предѣловъ даннаго ему уполномочія. Правда, эти дѣйствія обязательны для довѣрителя по началамъ представительства лишь настолько, насколько они совершены въ предѣлахъ довѣренности (Уст. 249). Но довѣритель можетъ и подтвердить, признать дѣйствія повѣреннаго, хотя бы они превышали данное ему полномочіе; онъ можетъ дополнить это полномочіе, выдать новую довѣренность уже послѣ того, какъ эти дѣйствія совершены повѣреннымъ: вслѣдствіе такого подтвержденія (*ratihabitio*) эти дѣйствія получаютъ обязательную для него силу ³⁾. Подтвержденіе ихъ можетъ быть

¹⁾ Ганнов. Уст. 75—77. Баден. 137 и слѣд. Renaud § 68 № 27—28. § 70 Герм. Пр. 72 г., § 83. Ольденб. § 52.

²⁾ По тѣмъ же правиламъ слѣдуетъ обсуждать отводы и устраненіе *ex officio* такихъ лицъ, которыя оказываются неспособными къ веденію дѣла въ качествѣ повѣреннаго, на основаніи 45 и 246 ст. Устава (70 г. Кас. 614 д. Черняева и 1446 д. Некрасова).

³⁾ *Ratihabitio mandato comparatur*. L. 12. § 4, Dig. 46, 3 (Ulp.). См. Windscheid Pand. § 74. Можетъ ли позднѣйшее подтвержденіе апелляціонной жалобы повѣреннаго,

выражено не только положительно, но и молчаливымъ одобреніемъ и фактическимъ признаніемъ того, что совершилось. Такъ, наприм. повѣренный, не уполномоченный на прекращеніе дѣла миромъ, входитъ на судѣ въ мировое соглашеніе съ противникомъ; самъ довѣритель присутствуетъ тутъ же и не заявляетъ возраженій съ своей стороны. Въ такомъ случаѣ слѣдуетъ думать, что онъ молчаливо одобрилъ мировую сдѣлку и призналъ дѣйствія повѣреннаго вполнѣ правильными, согласными съ своею волею и для себя обязательными. Онъ могъ и долженъ былъ протестовать противъ нихъ тотчасъ же, если бы того хотѣлъ. И если не заявилъ протеста, значитъ не хотѣлъ спорить, а признавалъ сдѣлку согласною съ своими намѣреніями. Тоже самое слѣдуетъ сказать и о разныхъ другихъ дѣйствіяхъ повѣреннаго, совершенныхъ въ присутствіи довѣрителя, наприм., объ отреченіи отъ права, о признаніи иска и т. п. Нѣкоторыя законодательства западной Европы полагаютъ, что эти дѣйствія выходятъ изъ предѣловъ обыкновенной доверенности на веденіе дѣла, но вмѣстѣ съ тѣмъ считаютъ ихъ обязательными для довѣрителя, если онъ своевременно не опротестовалъ ихъ; для такихъ протестовъ и споровъ установлено особое производство ¹⁾ (*désaveu, Nichtigkeitsklage*). Другія законодательства склоняются, напротивъ, къ тому, что кто довѣрилъ веденіе дѣла уполномоченному лицу безъ особенныхъ ограниченій его, тотъ тѣмъ самымъ предоставляетъ ему право оканчивать дѣло по его добросовѣстному усмотрѣнію и долгу правдивости, а не налагаетъ на него обязанности непременно спорить противъ всего и ни на что не соглашаться. Они даютъ довѣрителю право только немедленно протестовать противъ дѣйствій повѣреннаго, каковы отреченіе отъ иска или признаніе, или же ограничить его въ этомъ отношеніи особымъ условіемъ довѣренности, запретивъ ему, наприм., признавать искъ или отказываться отъ права иска ²⁾. Этотъ взглядъ на процессуальную довѣренность надобно допустить и у насъ, потому что уставъ гражд. суд. не требуетъ, чтобы право на отреченіе отъ иска или на признаніе притязаній противной стороны предоставлено было повѣренному положительнымъ, особымъ условіемъ довѣренности ³⁾. Представительство въ процессѣ не слѣдуетъ предполагать ограниченнымъ во вредъ противной сторонѣ, тѣмъ болѣе, что рядомъ съ этимъ внѣшнимъ отношеніемъ существуютъ внутреннія, такъ сказать, закулисныя отношенія повѣреннаго къ довѣрителю (67 г. Кас. 421) и послѣдній всегда можетъ ограничить порученіе (*mandatum*), какъ ему угодно ⁴⁾. Вотъ почему мы думаемъ, что до-

неуполномоченнаго на принесеніе ея, восполнить этотъ недостатокъ полномочія и такимъ образомъ сохранить для довѣрителя апелляціонный срокъ, имъ пропущенный? Наша судебная практика рѣшаетъ этотъ вопросъ отрицательно (70 г. Кас. 1163, д. Голохвастовой.—72 г. Кас. 766, д. Бланка), въ интересахъ противной стороны, права которой не должны нарушаться посредствомъ *ratihabito*. На западѣ Европы этотъ вопросъ имѣетъ мало практическаго значенія, потому что тамъ повѣренный, уполномоченный на веденіе дѣла, предполагается уполномоченнымъ и на принесеніе апелляціонныхъ жалобъ.

¹⁾ Boitard, 1 § 540 и слѣд. du *désaveu*. Бавар. Уст. § 95—100. Франц., § 352—62.

²⁾ Герм. Пр. 72 г. § 75, 77, 84 и мотивы къ нимъ.

³⁾ Contra Побѣд., § 346, въ отношеніи права повѣреннаго отказываться отъ иска и прекращать дѣло.

⁴⁾ Наприм. онъ можетъ запретить повѣренному дѣлать уступки и оканчивать дѣло миромъ даже въ мировомъ судѣ, подъ опасеніемъ отвѣтственности за убытки (72 г. Кас.

вѣритель даже и особою оговоркою въ довѣренности не можетъ отнять у него права давать на судѣ признаніе. Такая довѣренность была бы недостаточнымъ полномочіемъ на веденіе дѣла.

Если повѣренный дѣлаетъ на судѣ признаніе или отреченіе отъ права, довѣритель можетъ немедленно опротестовать эти дѣйствія и они должны считаться послѣ такого протеста какъ бы не совершенными ¹⁾. Но если онъ не опротестовалъ ихъ тотчасъ же, то они считаются обязательными и онъ не имѣетъ права оспоривать ихъ во вредъ противной сторонѣ (Уст. 249. 70 г. Кас. 788, д. Лоховицкаго). Напротивъ, если повѣренный нарушилъ предѣлы полномочія, наприм. заключилъ мировую сдѣлку безъ спеціальнаго уполномочія, довѣритель можетъ опровергать его дѣйствія (Уст. 249 и 250). Ему открыты обыкновенные способы обжалованія рѣшеній, именно апелляціонныя жалобы и даже просьбы объ отмѣнѣ рѣшенія, на правахъ не участвовавшаго въ дѣлѣ лица. Но эти способы довольно тяжелы и недостаточны для охраненія его правъ. Нарушеніе полномочія можетъ совершиться во второй инстанціи, когда объ апелляціонной жалобѣ уже не можетъ быть рѣчи; просьба же объ отмѣнѣ рѣшенія представляетъ то неудобство, что кассационный судъ не разсматриваетъ дѣло по существу. Ближе всего разбирать такіе споры тому суду, въ которомъ повѣренный совершилъ дѣйствія, превышающія данное ему полномочіе ²⁾. Споръ можетъ быть возбужденъ частнымъ прошеніемъ довѣрителя и разрѣшается въ порядкѣ частнаго производства (*désaveu incident*), опредѣленнымъ въ ст. 566 и слѣд. Уст. Гр. Суд.

Лицо, во имя котораго ведется процессъ, подается жалобы и т. п., даже при совершенно очевидномъ недостаткѣ полномочія, заинтересовано въ опроверженіи дѣйствій такого самозваннаго повѣреннаго, потому что даже и въ этихъ случаяхъ оно можетъ молчаливо подтвердить эти дѣйствія. Представимъ себѣ, что дѣло доведено до рѣшенія и это рѣшеніе приводится въ исполненіе противъ предполагаемаго довѣрителя. Если онъ допустить это исполненіе, не заявляя спора, то надобно будетъ заключить, что онъ подчинился рѣшенію ³⁾. Если онъ желаетъ предупредить этотъ выводъ и остановить исполненіе рѣшенія, онъ долженъ вмѣшаться въ дѣло и протестовать противъ нарушенія его правъ. Случаи такого рода, конечно, будутъ довольно рѣдки, но они возможны. Формы такого вмѣшательства (*désaveu principal*) намъ уже отчасти извѣстны; предполагаемый довѣритель въ этихъ случаяхъ на самомъ дѣлѣ есть третье лицо, неучаствовавшее въ процессѣ; ему принадлежатъ, слѣдовательно, всѣ права судебной защиты, предоставленныя закономъ третьимъ лицамъ: таковы именно *interventio principalis*, вступленіе въ дѣло противъ самозваннаго повѣреннаго и его противника, или просьбы объ отмѣнѣ рѣшенія въ качествѣ третьяго лица, неучаствовавшаго въ дѣлѣ.

5. Права и обязанности повѣреннаго. Мы уже замѣтили, что повѣренный стоитъ въ отношеніяхъ двоякаго рода: а) во внѣшнемъ

№ 1227, д. Коссовича).—Это различіе внѣшней и внутренней стороны въ отношеніяхъ повѣреннаго проводится на Западѣ особенно въ торговомъ правѣ. Герм. Пр. 72 г. 1. cit. считаетъ его полезнымъ и для процесса.

¹⁾ Баден. § 148 и слѣд. Герм. Пр. 72 г., § 79 и 84.

²⁾ Boitard, § 544—545. Бавар. Уст., § 97. Баден., § 150 и др. зак.

³⁾ C. de proc. § 159 и 362. Boitard, § 548. Бавар. Уст. § 96.

отношеніи къ своему процессуальному противнику, какъ представитель тяжущейся стороны и б) во внутреннемъ или задулиномъ отношеніи къ своему довѣрителю, по договору порученія. Въ томъ и другомъ отношеніи онъ имѣетъ извѣстныя права и обязанности. Первое отношеніе отчасти уже рассмотрѣно нами. Какъ представитель тяжущейся стороны, онъ занимаетъ ея положеніе въ процессѣ и совершаетъ, вмѣсто ея, всѣ судебныя дѣйствія, на которыя уполномоченъ. И противная сторона, и судъ имѣютъ дѣло только съ нимъ, такъ что ему, а не довѣрителю его посылаются всѣ повѣстки, бумаги и т. п. сообщенія (69 г. Кас. 430, д. Бѣлозерова. 523, д. Аванасьева; кассачія за нарушеніе; 641, д. Шибинскаго: тоже). Онъ же обязанъ являться въ судъ ¹⁾, подавать бумаги, дѣлать словесныя объясненія и вообще исполнять процессуальную роль довѣрителя, не выходя, однако, изъ предѣловъ полномочія.

По отношенію къ довѣрителю, повѣренный имѣетъ право на возмѣщеніе необходимыхъ издержекъ по веденію дѣла ²⁾, и на вознагражденіе за трудъ. Это вознагражденіе можетъ быть потребовано присяжнымъ повѣреннымъ даже въ томъ случаѣ, когда между нимъ и довѣрителемъ не было заключено особаго условія объ этомъ предметѣ; размѣръ его опредѣляется въ такомъ случаѣ таксою (Зак. 25 мая 1874 г., ст. 17, Учр. ст. 396). Съ своей стороны повѣренный обязанъ тщательно вести дѣло, ему порученное, и отвѣчаетъ за нарушеніе этой обязанности. Въ судебныхъ уставахъ опредѣлена эта отвѣтственность только въ отношеніи присяжныхъ повѣренныхъ (Учр. 404 и 405). Такъ они отвѣчаютъ за пропущеніе по своей винѣ сроковъ и за всякое другое нарушеніе установленныхъ правилъ и формъ; этотъ принципъ долженъ быть распространенъ и на другихъ повѣренныхъ, хотя конечно вопросъ о томъ, слѣдуетъ ли то или другое упущеніе вѣннить въ вину повѣренному, или же отнести его къ винѣ самого довѣрителя, поручившаго дѣло несвѣдущему лицу, надобно разрѣшать съ бѣльшею строгостью противъ официальныхъ повѣренныхъ и съ меньшею противъ частныхъ. За умышленныя же дѣйствія ко вреду довѣрителей каждый повѣренный можетъ подлежать уголовному суду (Учр. 405. X, I, 2327. Улож. о нак. 1709 и слѣд.).

¹⁾ Имѣетъ ли судъ право потребовать личной явки довѣрителя, несмотря на то, что онъ поручилъ веденіе дѣла повѣренному? По Уст. Гр. Суд. этотъ вопросъ рѣшается отрицательно (Мот. гос. канц. предъ ст. 479 Уст.). По Уст. Торг., коммерческой судъ во всякомъ случаѣ можетъ требовать тяжущихся на лицо (ст. 1692) и это право суда предполагается сохранить на будущее время въ проектѣ Уст. Торг. Суд. § 133—135; противъ него послѣдовало много возраженій отъ судебныхъ мѣстъ (Замѣч. на проектъ, стр. 23, 60, 73, 86, 101 и др.). Любопытно, что въ Германіи новый проектъ отвергаетъ право суда требовать личной явки сторонъ; однако онъ допускаетъ исключеніе: для переговоровъ о примиреніи тяжущіеся могутъ быть вызваны лично (§ 253; также Ганнов. Уст. 66, 176, Бад. 289 ff., Бав. 221, Вирт. 309, Бельг. пр. livre prélim. t. II. art. 21). Вообще право требовать личной явки сторонъ въ случаѣ надобности, по усмотрѣнію суда, допускается Бавар. Уст., § 155 и Вирт., § 202.—По бракоразводнымъ дѣламъ, Герм. Пр. 72 г., § 548.

²⁾ Въ рѣш. Сената по д. Б—ва („Ж. М. Ю.“ 59 г. кн. 4 стр. 63) высказано, что расходы произведенныя повѣреннымъ безъ разрѣшенія и уполномочія довѣрителя не могутъ быть приняты на счетъ послѣдняго, хотя бы и было вполнѣ доказано, что они были произведены на его надобности и въ его пользу.

6. Прекращеніе довѣренности. Довѣренность на веденіе дѣла прекращается, какъ и всякое другое полномочіе, 1) по волѣ довѣрителя или повѣреннаго. Довѣритель можетъ во всякое время прекратить уполномочіе, данное повѣренному, извѣстивъ о томъ судъ на письмѣ или словесно. Такое заявленіе не приостанавливаетъ производства. Прекращая довѣренность, тяжущійся долженъ или самъ лично принять участіе въ дѣлѣ, или прислать въ тоже время новаго повѣреннаго; иначе судъ можетъ постановить рѣшеніе заочно, онъ не обязанъ ожидать, пока прежній повѣренный замѣненъ будетъ другимъ. Прежній же повѣренный устраняется отъ дѣла со дня полученія въ судѣ извѣщенія о томъ, что полномочіе его прекращено (Уст. 50 и 251). Самъ повѣренный имѣетъ право отказаться отъ ходатайства по дѣлу, но обязанъ заблаговременно увѣдомить довѣрителя о своемъ отказѣ, такъ чтобы довѣритель успѣлъ до срока явиться самъ или прислать другаго повѣреннаго (Уст. 49 и 252). Если довѣритель заявитъ не въ томъ мѣстѣ, гдѣ производится дѣло, то повѣренный обязанъ заявить свой отказъ суду въ одно время съ отсылкой его къ довѣрителю (Уст. 253) и предсѣдатель суда назначаетъ срокъ для освобожденія повѣреннаго отъ его обязанностей, или назначаетъ, вмѣсто него, присяжнаго повѣреннаго, который и продолжаетъ вести дѣло до тѣхъ поръ, пока тяжущійся явится лично или уполномочить другое лицо ¹⁾ (Уст. 254). 2) Смертью повѣреннаго или довѣрителя. Въ случаѣ смерти повѣреннаго, производство дѣла приостанавливается, пока онъ не будетъ замѣненъ новымъ повѣреннымъ или пока противная сторона не будетъ просить судъ о вызовѣ отсутствующаго довѣрителя. Ему назначается срокъ для явки или для присылки новаго повѣреннаго и затѣмъ дѣлу дается дальнѣйшее движеніе (Уст. 255). Смерть довѣрителя, по нашимъ законамъ гражд., также прекращаетъ дѣйствіе довѣренности (X, I, 2330) и сенатъ по одному дѣлу высказалъ такое правило, что если суду будетъ заявлено, хотя бы и по окончаніи состязанія, о смерти довѣрителя, то судъ не имѣетъ права постановлять рѣшеніе по ходатайству повѣреннаго, полномочіе котораго прекратилось за смертью довѣрителя (70 г. Кас. 1568, д. Кутепова). По законамъ западной Европы довѣренность на веденіе процесса не прекращается смертью довѣрителя, дѣйствіе ея распространяется и на наслѣдниковъ ²⁾. По нашему Уставу Гр. Суд., за смертью довѣрителя производство дѣла приостанавливается (Уст. 681 и слѣд.) и послѣ этой приостановки повѣренный умершаго лица можетъ быть допущенъ къ участію въ возобновленномъ производствѣ только тогда, когда представитъ полномочіе отъ наслѣдниковъ (Уст. 687 и 16). Вотъ почему намъ кажется, что въ виду этихъ особыхъ правилъ Уст. Гр. Суд. и у насъ нѣтъ надобности въ томъ положеніи, какое высказано сенатомъ (Ср. X, I, 2330, прим. 2 по прод. 69 г.). Въ ст. 682 Уст. говорится прямо, что смерть тяжущагося не

¹⁾ Самъ судъ не обязанъ увѣдомлять довѣрителя объ отказѣ или объ устраненіи повѣреннаго (70 г. Кас. № 95, д. Невѣрова).

²⁾ Въ прежнее время было въ обычаѣ вносить въ довѣренности особое условіе о томъ, что сила ихъ распространяется и на наслѣдниковъ (*clausula heredum*). И теперь, наприм., Баден. Уставъ § 142, требуетъ этого условія. Но другія законодательства считаютъ эту *clausula heredum* излишнею. Preus. L. R. 1. 13, § 192 и G. O. 1. 3, § 59. Ганнов., § 73. Виртемб. 126, Бавар. 93 и 491. Ольденб. 51. Герм. Пр. 72 г., § 80.

мѣшаетъ суду постановить рѣшеніе, если уже окончено словесное состояніе (Ср. С. de proc. 342 ss).

§ 48. Представительство по другимъ основаніямъ. Кромѣ порученія со стороны представляемаго лица, есть еще другія основанія представительства въ процессѣ. Когда тяжущійся поручаетъ веденіе своего дѣла повѣренному, то выборъ и назначеніе повѣреннаго зависятъ отъ доброй воли самого довѣрителя. Представительство можно назвать здѣсь добровольнымъ. Но есть случаи, гдѣ само заинтересованное лицо не способно ни вести дѣла лично, ни поручить веденія его повѣренному. Таковы, на примѣръ, случаи малолѣтства, сумасшествія и т. п., когда заинтересованная сторона не имѣетъ дѣеспособности и, слѣдовательно, не можетъ ни совершить акта довѣренности, ни вести процессъ лично. Очевидно, здѣсь представительство необходимо и выборъ представителя не можетъ зависѣть отъ воли представляемаго: самъ законъ долженъ указать, кто въ этихъ случаяхъ считается представителемъ недѣеспособнаго лица. Такіе представители называются законными, потому что право представительства принадлежитъ имъ не по договору довѣренности, а въ силу закона, который соединяетъ это право съ опредѣленными отношеніями ихъ къ представляемому лицу. Названіе понятное, но, въ сожалѣнію, двусмысленное и сбивчивое: изъ него какъ будто слѣдуетъ, что представительство по довѣренности незаконно, тогда какъ на самомъ дѣлѣ довѣренность служитъ столько же законнымъ основаніемъ представительства, какъ и другіе акты или отношенія, съ которыми по закону связывается право представительства. Съ другой стороны непосредственнымъ основаніемъ законнаго представительства служитъ не законъ, а какой-нибудь актъ или отношеніе, изъ которыхъ по закону вытекаетъ право представительства.

Законными представителями считаются:

1) Опекунъ и попечители. Такъ, за всѣхъ, состоящихъ подъ опекою по несовершеннолѣтію или по душевнымъ и физическимъ недугамъ, ищутъ и отвѣчаютъ на судѣ ихъ опекуны, а если особаго опекуна не назначено, ихъ родители (Уст. 19, X, I, 226 — 231). Законное представительство по дѣламъ несовершеннолѣтнихъ продолжается до тѣхъ поръ, пока они достигнутъ совершеннолѣтія (70 г. Кас. 1347, д. Копыткиной), и принадлежитъ какъ опекунамъ, такъ и попечителямъ ¹⁾. И въ другихъ случаяхъ опеки и попечительства, вмѣстѣ съ правомъ управленія имущественною массою, опекуну или попечителю принадлежитъ и право судебного представительства. Такъ, на примѣръ, когда учреждается опека надъ массою наслѣдства (X, 1, 1226, 1235, 1098. Уст. гр. суд. 215) или надъ имуществомъ безвѣстно отсутствующаго лица (Уст. 1453—54), или конкурсное управленіе надъ имуществомъ несостоятельнаго должника (Уст. 21. Уст. Торг. 1931, и слѣд.), опека надъ имѣніемъ расточителя (Уст. 20. Уст. о пред. прест. 237—240).

2) Органы юридическихъ лицъ. Такъ какъ сами юридическія лица не имѣютъ дѣеспособности, то за нихъ дѣйствуютъ особыя ор-

¹⁾ Contra Побѣд. § 315. Въ дѣлѣ Миронова дѣйствительно оставлена безъ разсмотрѣнія кассационная жалоба попечительницы несовершеннолѣтняго сына, какъ не представившей никакого удостовѣренія въ томъ, что она состоитъ попечительницей (71 г., Кас. 888). Ср. выше § 37.

ганы, состоящiе изъ одного или нѣсколькихъ физическихъ лицъ (коллегiальное представительство). Такъ, напримѣръ, вмѣсто казны ищутъ и отвѣчаютъ на судѣ разныя казенныя управленiя, какъ-то: казенныя палаты, управленiя государственныхъ имуществъ и т. д. (Уст. 1284). Впрочемъ, сами они не ведутъ процесса, а назначаютъ для того особыхъ уполномоченныхъ изъ чиновниковъ своего вѣдомства или изъ постороннихъ лицъ (Уст. 1285—86). Вмѣсто городского общества, ищутъ и отвѣчаютъ на судѣ городскiя управленiя, дума и управа, въ лицѣ особаго уполномоченнаго (Учр. 389, прим. 2, по прод. 71 г.).

§ 49. Преемство въ процессѣ. (*translatio iudicii*) ¹⁾. Преемствомъ въ процессѣ называется такая переменна дѣйствующихъ въ немъ лицъ, когда въ процессуальную роль одного лица вступаетъ другое лицо, такъ что первое выбываетъ изъ процесса, а другое становится на его мѣсто; эта переменна возможна какъ на сторонѣ истца, такъ и отвѣтника (преемство въ искѣ или въ отвѣтѣ). Основанiя ея лежатъ отчасти въ материальномъ гражданскомъ правѣ. Именно, она основывается на общемъ или частномъ преемствѣ (*successio universalis* или *singularis*) въ правахъ или обязанностяхъ по исковому отношенiю. Рядомъ съ общимъ преемствомъ можно поставить тѣ случаи, когда лицо, участвовавшее въ процессѣ, теряетъ способность искать и отвѣчать на судѣ, такъ что оказывается необходимымъ замѣнить его другимъ лицомъ.

1. Общее преемство. Основанiемъ общаго преемства служитъ смерть тяжущагося или лишенiе его всѣхъ правъ состоянiя (Уст. 681, п. 2). Въ этихъ случаяхъ, за выбытiемъ одной стороны изъ процесса, наступаетъ перерывъ производства. Права и обязанности выбывшаго лица переходятъ къ его преемникамъ и они могутъ вступить въ процессуальную роль его (*reassumere litem*), подавъ прошенiе о возобновленiи производства (Уст. 687). Но противная сторона не обязана дожидаться, пока имъ вздумается подать это прошенiе. Провѣдавъ о томъ, кто состоитъ наследникомъ выбывшаго лица, она можетъ потребовать вызова этихъ преемниковъ его (*citatio ad reassumendum*) въ томъ же порядкѣ, какъ производятся вызовы по исковымъ прошенiямъ (Уст. 275 и слѣд.). Если они не явятся въ назначенный срокъ и не пришлютъ повѣреннаго, то судъ постановляетъ заочное рѣшенiе ²⁾ (Уст. 718, и слѣд.). Если же явятся и вступятъ въ дѣло, то производство возобновляется, начиная съ того дѣйствiя, на которомъ было приостановлено (Уст. 688). Впрочемъ, сроки, которые оставались предметнику для какихъ-нибудь судебныхъ дѣйствiй, напримѣръ, для подачи жалобъ (Уст. 751, и слѣд.), могутъ быть продолжены въ пользу преемниковъ его (Уст. 831).

Когда наследники неизвѣстны или находятся въ отсутствiи, въ малѣтствѣ и т. п., противная сторона имѣетъ право просить, гдѣ слѣ-

¹⁾ Бавар. Уст., § 491—495. Ганнов. § 168—173. Баден. § 263, п. 6, 598, п. 4, 301, и слѣд., 1121 и слѣд. Герм. Пр. 72 г., § 204—216 и мотивы къ нимъ. N. York. Code, § 121 и слѣд. Франц. Уст. § 342 ss. 397 ss.

²⁾ По Герм. Пр. 72 г., § 204, сначала постановляется заочное опредѣленiе о томъ что неявившiеся преемники приняли на себя процессуальную роль ихъ предметника, вступили въ дѣло на его мѣсто. Они могутъ заявить отзывъ на это опредѣленiе въ установленный срокъ и только по истеченiи этого срока постановляется заочное рѣшенiе по существу дѣла.

дуетъ, о немедленномъ назначеніи опекуна къ массѣ наслѣдства (Уст. 752) и, если заинтересована въ томъ, требовать охраненія имущества (Уст. 1402 и слѣд.).

Право просить о пріостановкѣ производства принадлежитъ и повѣренному тяжущагося въ случаѣ смерти его довѣрителя (X, 1, 2330, 2334, по прод. 63 г., ср. 68 г., Кас. 781, д. Ромадина). Противная сторона также имѣетъ это право, хотя бы повѣренный жалелъ продолжать производство дѣла (70 г. Кас. 233, д. Корсакова).

Выше уже замѣчено, что смерть тяжущагося не мѣшаетъ сулу постановить рѣшеніе, если уже окончено словесное состязаніе ¹⁾ (Уст. 682). Но и послѣ рѣшенія можетъ состояться вступленіе преемниковъ на мѣсто умершаго для продолженія производства въ апелляціонной инстанціи (Уст. 751 — 54). Особенныя послѣдствія имѣетъ смерть должника во время исполненія рѣшенія (Уст. 959—961). Она останавливаетъ исполненіе рѣшенія, однако, не безусловно, потому что нѣтъ необходимости въ пріостановкѣ взысканія, когда оно уже началось при жизни должника, т.-е. послѣ послыки ему повѣстки объ исполненіи. Судъ можетъ распорядиться, чтобы исполненіе продолжалось ²⁾. Если при жизни должника еще не было приступлено къ исполненію, то оно пріостанавливается до назначенія опекуна или до утвержденія наслѣдниковъ къ имуществу умершаго. Взыскатель имѣетъ право просить, гдѣ слѣдуетъ, о немедленномъ назначенія опекуна къ имуществу и затѣмъ продолжать взысканіе,

2. Частное преемство. Какъ мы уже видѣли, оно возможно на сторонѣ истца или на сторонѣ отвѣтчика. Истецъ можетъ уступить свое право третьему лицу ³⁾ (X, 1, 417, 419, 1392, 2058) и этотъ пріобрѣтатель исковаго права можетъ принять на себя продолженіе процесса, вмѣсто первоначальнаго истца (*reassumere litem*). Отвѣтчикъ иногда заинтересованъ въ томъ, чтобы первоначальный истецъ не выбывалъ изъ процесса: между ними могутъ быть личные расчеты, до которыхъ дѣла нѣтъ пріобрѣтателю исковаго права. Поэтому выходъ первоначальнаго истца изъ процесса зависитъ отъ согласія отвѣтчика ⁴⁾.

Отвѣтчикъ можетъ узнать о передачѣ исковаго права третьему лицу. Если это третье лицо не вступаетъ добровольно въ дѣло, въ правѣ ли онъ требовать привлеченія его къ дѣлу на мѣсто первоначальнаго истца (*citatio ad reassumendum*)? На Западѣ этотъ вопросъ рѣшается различно: одни отрицаютъ такое право отвѣтчика ⁵⁾, другіе допускаютъ его ⁶⁾. По нашему закону, отвѣтчикъ можетъ просить о привлеченіи его къ дѣлу въ качествѣ третьяго лица и отъ суда зависитъ удовлетворить эту просьбу (Уст. 653, 658), но онъ не имѣетъ права удалить

¹⁾ По франц. *C. de proc.*, дѣло готово къ рѣшенію (*l'affaire est en état*) еще ранѣе, именно по окончаніи письменной инструкціи и по открытіи словеснаго состязанія (§ 342 и 343).

²⁾ По Герм. Пр. 72 г., § 630, если въ этомъ случаѣ наслѣдники или мѣсто ихъ жительства неизвѣстны, то судъ, еще до назначенія опекуна къ наслѣдству, назначаетъ, по просьбѣ взыскателя, временнаго представителя, который бы замѣнялъ должника при исполнительныхъ дѣйствіяхъ.

³⁾ Zimmermann, *Veräußerung streitigen Sachen u. Forderungen* въ *civ. Arch.* т. 35 и 36. Простою роспискою? (Моск. Суд. Пал. по д. Прорѣкова въ Суд. В. 67 г. № 90).

⁴⁾ Бавар. Уст. § 493.—Герм. Пр. 72 г., § 223. Побѣд. § 522.

⁵⁾ Renaud, § 50. ⁶⁾ N. York Code, § 122 и 112.

первоначальнаго истца изъ процесса до объясненій по существу дѣла (Уст. 589). Послѣ этихъ объясненій, судъ можетъ присудить взыскаііе въ пользу цессіонарія ¹⁾.

Разсмотримъ теперь преемство на сторонѣ отвѣтчика. Если искъ относится къ какой-нибудь вещи, которою владѣетъ отвѣтчикъ, и не наложено ареста или запрещенія на это имущество (X, I, 1415), то отвѣтчикъ имѣетъ возможность перевести его въ третьи руки. Когда онъ воспользовался этою возможностью и, наприм., продалъ имущество, то истецъ имѣетъ право привлечь приобретателя къ дѣлу на мѣсто прежняго отвѣтчика (*citatio ad reassumendum*); но онъ не обязанъ освободить этого послѣдняго, а можетъ удерживать его въ процессѣ (Уст. 654). Точно также, когда искъ основывается на обязательствѣ и отвѣтчикъ усѣиваетъ перевести долгъ или платежъ на третье лицо: и здѣсь зависитъ отъ доброй воли истца ²⁾ замѣнить своего отвѣтчика новымъ должникомъ, или только привлечь послѣдняго къ дѣлу, не выпуская и стараго должника изъ процесса ³⁾ (68 г. Кас. 178, д. Ольшевскаго, 576, д. Поповцева).

3. Переменная лицъ вслѣдствіе неспособности къ процессу. Случается иногда, что тяжущійся теряетъ способность къ процессу, наприм., сходить съ ума въ теченіи производства. Вліяніе этихъ событій на ходъ процесса такое же, какъ въ случаѣ смерти одной изъ тяжущихся сторонъ (Уст. 681). Производство дѣла приостанавливается до назначенія опекуна и затѣмъ или самъ опекунъ добровольно вступаетъ въ процессуальную роль стороны, или противная сторона вызываетъ его къ продолженію дѣла (Уст. 687). Близко подходятъ сюда и тѣ случаи, когда въ теченіи процесса умираетъ законный представитель, наприм. опекунъ малолѣтняго тяжущагося. Движеніе дѣла приостанавливается до назначенія новаго представителя. Наконецъ, здѣсь же слѣдуетъ упомянуть объ открытіи конкурса по долгамъ тяжущейся стороны. По объявленіи должника несостоятельнымъ, право его искать и отвѣчать на судѣ по всѣмъ вообще дѣламъ объ имуществѣ переходитъ къ конкурсному управленію (Уст. 21). Мы рассмотримъ этотъ случай подробнѣе, когда будемъ говорить о конкурсномъ производствѣ ⁴⁾.

¹⁾ Герм. Пр. 72 г., § 225 и мотивы къ нему. С. Нар. 2279. Deut. H. G. V. 306 и 307. Прус. L. R. 1, 15, § 42 f. 1, 2, § 138.

²⁾ Судъ не долженъ вызывать третье лицо безъ просьбы сторонъ (69 г. Кас. 688, д. Рябова).

³⁾ См. ниже § 77.

⁴⁾ Въ ученіи объ органахъ процесса слѣдовало бы сказать еще объ участіи лицъ прокурорскаго надзора въ производствѣ гражданскихъ дѣлъ. Но ихъ главная дѣятельность въ гражданскомъ процессѣ состоитъ въ представленіи заключеній, разъясняющихъ суду юридическую сторону дѣла или частнаго вопроса. Вотъ почему мы относимъ этотъ предметъ къ третьему отдѣлу курса, гдѣ будемъ говорить о судебномъ изслѣдованіи дѣлъ—*causae cognitio* (см. § 78).

ОТДѢЛЪ ВТОРОЙ.

О ПРЕДМЕТѢ ПРОЦЕССА.

Въ этомъ отдѣлѣ мы рассмотримъ матеріаль, на которомъ сосредоточивается дѣятельность органовъ процесса, а именно: 1) иски и защиту сторонъ, 2) доказательства, представляемые ими въ подтвержденіе своихъ притязаній и объясненій и 3) разныя случайныя требованія, которыя могутъ возникать въ теченіи процесса и вызывать особыя частныя производства для разсмотрѣнія ихъ.

ГЛАВА ПЕРВАЯ.

Объ искахъ и защитѣ ¹⁾.

§ 50. **Понятіе объ искѣ (actio).** Искъ есть требованіе о признаніи и принудительномъ удовлетвореніи права посредствомъ суда, или же объ уничтоженіи извѣстнаго состоянія, противорѣчащаго праву. Это требованіе судебной защиты вытекаетъ изъ системы матеріальнаго права, такъ что основанія и предметъ исковъ, ихъ установленіе и прекращеніе опредѣляются этою системою. Искъ есть нечто иное, какъ процесуальная форма права. Для раскрытія этого понятія, мы обратимъ вниманіе на отдѣльные элементы его.

1. Основаніе иска. Этотъ терминъ имѣетъ и въ теоріи, и въ нашемъ законодательствѣ нѣсколько различныхъ значеній. Общимъ основаніемъ исковъ служитъ система матеріальнаго права и въ особенности законъ, какъ главный источникъ этой системы (Уст. 257, п. 5). Въ общихъ рамкахъ ея совершается и охраненіе правъ, такъ что каждое право, которое подлежитъ судебному охраненію, должно входить въ составъ этой системы. Только въ нѣкоторыхъ исключительныхъ слу-

¹⁾ Savigny, System t. V. Windscheid, Actio 56 и 57 г. и Pand. § 43. и сл.—Muther, Actio, 57 г. Gerber, Klagegrund u. Beweislast, 58 г. Krüger Begründung der Klage въ civ. Arch. т. 36, Arndts, Pand. § 96 и сл.—Baron, Pand. § 78 и сл. Wetzell, § 16. и сл. Renaud, § 88 ff. Albrecht, Exceptionen 35 г. Helmolt, Exc. u. Beweislast, 52 г. Reinhold о томъ же въ Zeit. f. Civilr. N. F., 13. Maxen, Beweislast. Einreden u. Exceptionen, 61 г. Prinz, allg. Actionenrecht, 70 г. Bülow, Process einreden, 68 г. Mourlon, стр. 163 ss. и др. Knappe, Exceptionen und Beweislast, 1385.

чаяхъ допускаются иски, основанные на одномъ лишь юридическомъ интересѣ просителя. Обыкновенно же искъ есть средство для охраненія права. Право, которое охраняется искомъ, служитъ непосредственнымъ, ближайшимъ основаніемъ иска. Такъ, наприм., искъ можетъ основываться на правѣ собственности, на правѣ по обязательству и т. п. Но само право есть нѣчто идеальное, неосязаемое; его существованіе должно быть доказано суду. Вотъ почему и въ Уст. Гр. Суд. сказано, что искъ долженъ быть основанъ на доказательствахъ (Уст. 54, п. 2 и 257, п. 5). Право есть не что иное, какъ выводъ изъ фактовъ или дѣйствій, которые по закону считаются способами установленія или приобрѣтенія права. Чтобы доказать право, нужно доказать фактъ его приобрѣтенія. Факты, на которыхъ основывается приобрѣтеніе права, служатъ отдаленными основаніями иска. Въ этомъ смыслѣ говорятъ, наприм., что искъ основанъ на договорѣ, на займѣ и т. п. Актъ приобрѣтенія права обыкновенно выражается во внѣшней формѣ, наприм. въ письменномъ документѣ, и эта форма иногда составляетъ существенную принадлежность акта, такъ что безъ соблюденія ея самое право не можетъ быть приобрѣтено. Вотъ почему такіе письменные акты иногда называются также основаніями иска. Говорится, наприм., что искъ предъявляется на основаніи закладной крѣпости или по купчей, по духовному завѣщанію и т. п.

Право можетъ существовать спокойно безъ всякаго нарушенія со стороны другихъ лицъ. При такихъ условіяхъ владѣлецъ права не имѣетъ никакого повода къ иску. Онъ владѣетъ и пользуется правомъ совершенно безпрепятственно, а потому не нуждается въ искѣ, право иска ему не принадлежитъ. Искъ возникаетъ только тогда, когда наступаетъ разладъ между фактическимъ состояніемъ отношеній и идеальнымъ юридическимъ порядкомъ. Въ этотъ періодъ кризиса, нарушенное право принимаетъ форму иска. Кризисъ продолжается не долго, потому что фактическое состояніе отношеній въ силу давности становится прочнымъ и входитъ въ общій строй юридическаго порядка. Разладъ такимъ образомъ прекращается и право иска должно погаснуть. Отсюда видно, что искъ есть какъ бы болѣзненная форма права, которая развивается въ періодъ кризиса и оканчивается, когда онъ проходитъ. Для возникновенія иска необходимъ законный поводъ (*causa proxima agendi, fundamentum actionis intermedium*) и этотъ поводъ заключается обыкновенно въ нарушеніи права. Нарушеніемъ права называется фактическое состояніе, дѣйствіе или упущеніе, которое противорѣчитъ праву или мѣшаетъ осуществленію его. Такъ, наприм., незаконное владѣніе чужою вещью служитъ нарушеніемъ правъ собственника; неплатежъ долга есть нарушеніе правъ по обязательству и т. п. Нарушеніе права устанавливаетъ исковое отношеніе и обыкновенно указываетъ на лицо, отвѣтственное по иску (*legitimatio passiva*). Поэтому процессуалисты называютъ его пассивнымъ основаніемъ иска. Есть, впрочемъ, случаи, гдѣ нарушеніемъ права служитъ фактическое состояніе, не соединенное съ лицомъ опредѣленнаго отвѣтчика. Это бываетъ, наприм., въ искахъ о правахъ состоянія (Уст. 1339).

Каждое право обставлено своими условіями и основаніями приобрѣтенія и передачи, имѣетъ свое содержаніе, а потому и свои способы нарушенія. Всѣ эти моменты суть принадлежности или логическіе признаки понятія объ искѣ. Чтобы провести искъ въ судѣ, въ случаѣ спора, нужно доказать, что онъ соотвѣтствуетъ всѣмъ законнымъ усло-

віямъ того рода исковъ, къ которому принадлежить. Эти условія сами по себѣ имѣють логическую природу; но они соединяются съ внѣшними фактами или обстоятельствами и по этимъ обстоятельствамъ мы можемъ заключать, что въ данномъ случаѣ есть законное основаніе и поводъ къ иску, или что ихъ нѣтъ. Въ особенноти нарушение права часто выражается въ сложномъ рядѣ фактовъ или обстоятельствъ: отношенія между сторонами существовали, можетъ быть, десятки лѣтъ, усложняясь и запутываясь все болѣе и болѣе, были между ними разные расчеты, разладъ и миръ, и, наконецъ, дѣло доходить до суда, изъ совокупности всѣхъ обстоятельствъ проистекаетъ искъ (Уст. 257, п. 4). Судъ долженъ разсмотрѣть, есть ли въ этихъ обстоятельствахъ законное основаніе и поводъ къ иску или нѣтъ.

2. Предметъ иска. И это названіе употребляется въ различныхъ значеніяхъ. Непосредственнымъ предметомъ иска служитъ содержаніе исковаго требованія. Это требованіе можетъ быть направлено или на признаніе и защиту права посредствомъ суда, или на уничтоженіе фактическаго состоянія, противорѣчащаго праву. Первое требованіе имѣетъ положительный характеръ, а послѣднее отрицательный. Но за тѣмъ и самое право, признанія котораго требуетъ истецъ, считается какъ бы посредственнымъ предметомъ иска и даже объектъ этого права, на примѣръ вещь, денежная сумма и т. п., называется также предметомъ иска. Въ этомъ смыслѣ говорится, на прим., что предъявляется искъ о правѣ собственности, искъ о недвижимомъ имѣніи, о денежной суммѣ и т. п. (Уст. 273, 274 и др.). Нужно припомнить здѣсь, что право считается также и основаніемъ иска. Повидимому, здѣсь оказывается противорѣчіе въ терминологіи; говорится съ одной стороны, что искъ имѣетъ своимъ предметомъ право собственности, а съ другой, что онъ основывается на правѣ собственности. Эта терминологія объясняется тѣмъ, что право, какъ уже выше замѣчено, есть нѣчто идеальное, неосязаемое, существованіе его должно быть доказано на основаніи законнаго способа его приобрѣтенія, само же по себѣ право есть нѣчто спорное, нѣчто такое, чего истецъ отыскиваетъ, что онъ желаетъ провести въ судѣ, представляя для того дальнѣйшія основанія. Кромѣ того, какъ мы уже замѣтили, есть случаи, гдѣ основаніемъ иска служитъ не право, а только юридическій интересъ въ судебномъ разрѣшеніи вопроса, касающагося правъ или обязанностей просителя.

§ 51. Классификація исковъ. По различію основаній и предмета исковъ, они могутъ быть раздѣлены 1) на положительные и отрицательные иски. Положительные иски суть тѣ, которые направлены на признаніе и защиту права посредствомъ суда. Отрицательные иски суть тѣ, которые имѣють цѣлью уничтоженіе фактическаго состоянія, противорѣчащаго праву.

Отрицательные иски подраздѣляются на двѣ группы: а) иски о недѣйствительности актовъ (*actiones de nullitate*). Они возникаютъ въ тѣхъ случаяхъ, когда въ актѣ не достаетъ какихъ-нибудь существенныхъ принадлежностей, необходимыхъ для дѣйствительности его, а между тѣмъ актъ фактически приводится въ исполненіе и эти послѣдствія его нарушаютъ права какого-нибудь лица. Такихъ исковъ можетъ быть столько же, сколько есть актовъ и существенныхъ принадлежностей каждаго акта. Сюда относятся, на прим., иски о признаніи браковъ не-

дѣйствительными (X, 1, 37 и сл.), о недѣйствительности духовных завѣщаній (X, 1, 1017, 1019 и сл.), купли-продажи (X, I, 1382 и сл.) и другихъ договоровъ (X, 1, 219, 220 и др.).

б) иски объ уничтоженіи акта (*actiones rescissoriae*). Они имѣютъ мѣсто въ тѣхъ случаяхъ, когда актъ, вначалѣ дѣйствительный, впослѣдствіи можетъ быть опороченъ и уничтоженъ, потому что съ теченіемъ времени обнаруживается въ немъ существенный порокъ, или же не сбывается предположеніе, подъ вліяніемъ котораго онъ былъ совершенъ, и во всякомъ случаѣ дальнѣйшее существованіе его нарушаетъ права какого-нибудь лица. Къ этой группѣ принадлежатъ, на примѣръ, иски объ уничтоженіи сдѣлки, заключенной подъ вліяніемъ существенной ошибки, о поворотѣ дара по неблагодарности одареннаго (X, 1, 974), объ уничтоженіи заемнаго письма по безденежности (X, 1, 2014), о поворотѣ имущества, безденежно отчужденнаго неоплатнымъ должникомъ (Уст. Торг. 1932 и сл.) и т. п.

2) Другое общее дѣленіе исковъ основывается на различіи гражданскихъ правъ. Въ этомъ отношеніи различаются иски вещные (*actiones in rem*) и личные (*act. in personam*). Первые основываются на вещномъ правѣ и требуютъ его признанія и защиты отъ нарушенія, на примѣръ, отъ захвата вещи и т. п. Нарушителемъ права здѣсь можетъ быть каждое лицо, мѣшающее осуществленію права. Иски личные вытекаютъ изъ обязательственныхъ отношеній между опредѣленными лицами. Къ этимъ двумъ группамъ можно присоединить еще иски о правахъ состоянія (*actiones praejudiciales de statu*) и о правѣ на наслѣдство. У римлянъ они относились къ *actiones in rem*, потому что право состоянія есть такая принадлежность лица, которая ставить его въ отношеніе ко всѣмъ другимъ лицамъ, подобно тому, какъ права наслѣдника должны признавать всѣ прочія лица.

Замѣтимъ теперь, что всѣ эти иски могутъ быть положительными или отрицательными и нерѣдко то и другое требованіе соединяется въ одномъ искѣ. Такъ, на примѣръ, можно требовать признанія себя законнорожденнымъ сыномъ такого-то лица, но можно предъявить искъ и о незаконности рожденія лица (X, 1, 126, 127 и сл.). Вещный искъ можетъ быть основанъ на законномъ актѣ приобрѣтенія или же на недѣйствительности акта; въ послѣднемъ случаѣ требованіе направлено на поворотъ имущества, переданнаго по недѣйствительному основанію (X, 1, 1525 и др.). Иски по обязательствамъ также могутъ быть положительные и отрицательные, можно требовать удовлетворенія по обязательству, доказывая его дѣйствительность, и можно требовать уничтоженія обязательства или признанія его незаконнымъ и ничтожнымъ.

3) По предмету исковаго требованія слѣдуетъ различать иски о возстановленіи или обезпеченіи состоянія, соотвѣтствующаго праву, и иски о вознагражденіи за то, чего возстановить невозможно. Послѣдніе иски служатъ необходимымъ дополненіемъ первыхъ и часто присоединяются къ нимъ въ видѣ дополнительныхъ, параллельныхъ или альтернативныхъ требованій, но встрѣчаются и отдѣльно, какъ самостоятельные иски. Необходимость ихъ видна изъ того, что нарушеніе права часто оставляетъ за собой неизгладимые слѣды, такъ что возстановленіе прежняго состоянія оказывается невозможнымъ. Такъ, на примѣръ, если уничтожена чужая вещь, убитъ человекъ, пропущено время для исполненія договора и т. п. Всего этого возратить невоз-

можно. Съ другой стороны, справедливость требуетъ, чтобы нарушитель права не освобождался отъ всякой отвѣтственности потому только, что онъ успѣлъ безвозвратно разрушить прежній порядокъ вещей. Справедливо также, чтобы потерпѣвшее лицо, вмѣсто отнятой у него цѣнности, получило, по крайней мѣрѣ, суррогатъ ея. Такимъ суррогатомъ или представителемъ и мѣроу цѣнностей въ современномъ быту служатъ деньги.

Иски о вознагражденіи подраздѣляются на двѣ группы: а) иски о вознагражденіи за вредъ и убытки. Они основываются на субъективномъ моментѣ правонарушенія, именно на винѣ лица, совершившаго нарушеніе. Нѣтъ надобности, чтобы оно обогатилось посредствомъ нарушенія или употребило чужую цѣнность въ свою пользу. Мѣроу вознагражденія служитъ здѣсь частію тяжесть вины (это такъ наз. штрафные иски, *actiones poenales*, см. примѣръ въ X, 1, 645 и 667), главнымъ же образомъ размѣръ убытковъ, понесенныхъ лицомъ, потерпѣвшимъ отъ нарушенія; иногда размѣръ вознагражденія опредѣляется обычаемъ или закономъ (напримѣръ, проценты за просрочку), условіемъ договора (X, 1, 1573 и сл., 1679 и др.), вообще же судомъ, въ случаѣ надобности, съ помощію экспертовъ (X, 1, 675).

б) Иски изъ обогащенія. Они имѣютъ цѣлью возмѣщеніе цѣнностей, неправильно обогатившихъ одно хозяйство на счетъ другаго безъ вины получателя. Нерѣдко случается, что какая-нибудь вещь или цѣнность передается отъ одного лица другому по основанію недѣйствительному или впослѣдствіи уничтоженному (*sine causa*). Такимъ образомъ одно хозяйство терпитъ ущербъ (*deminutio rei familiaris*), а другое обогащается на его счетъ (*ampliatio rei fam.*) Въ этихъ случаяхъ, какъ намъ уже извѣстно, допускаются отрицательные иски о недѣйствительности или объ уничтоженіи акта и съ этими исками соединяется положительное требованіе о возвращеніи имущества. Если вещь еще не вышла изъ рукъ приобретателя, а находится въ его хозяйствѣ въ томъ самомъ видѣ, въ какомъ передана ему, то за уничтоженіемъ акта передачи можно предъявить къ нему вещный искъ о возвращеніи вещи *in specie* (*revindicatio*). Но когда тождество вещи уже утратилось, когда она переработана, потреблена или отчуждена получателемъ, тогда взаимнѣ ея можно требовать эквивалента или равноцѣнности. Размѣръ этого требованія опредѣляется исключительно количествомъ неправильнаго обогащенія одного хозяйства на счетъ другаго. Предполагается, что здѣсь нѣтъ вины на сторонѣ получателя, а потому онъ не обязанъ отвѣчать за убытки, какіе понесены другимъ хозяиномъ сверхъ этого размѣра обогащенія. Положимъ, напр., что по договору найма внесена арендная плата впередъ, а потомъ договоръ признанъ недѣйствительнымъ; въ такомъ случаѣ можно требовать возвращенія уплаченной суммы (71 г. Кас. 14, д. Морцининой). Точно также, если товаръ поступилъ въ лавку купца безъ основанія, то хозяинъ можетъ востребовать его обратно (Спб. ком. суда по д. Ефимова въ „Суд. В.“ 68 г. № 101). Должникъ, получившій деньги по закладной, обязанъ возвратитъ ихъ, когда закладная признана недѣйствительною (Спб. С. Пал. по д. Аносова, въ „Суд. В.“ 74 г. № 97).

Къ искамъ о возстановленіи прежняго состоянія относятся, между прочимъ, иски о возстановленіи нарушеннаго владѣнія. Мы уже имѣли случай указать на особенности этихъ исковъ. Цѣль ихъ состоитъ въ охраненіи владѣнія независимо отъ вопроса о правѣ. Со-

стояніе, которое они имѣютъ въ виду возстановить, не есть окончательное, а только временное (*interimisticum*) впредь до разрѣшенія вопроса о правѣ. Этотъ вопросъ долженъ быть возбужденъ особымъ искомъ о правѣ на имущество (*petitorium*),—и если такого иска не предъявлено, то возстановленное владѣніе можетъ существовать спокойно такъ, какъ бы отношенія сторонъ регулированы были окончательно.

Иски объ обезпеченіи права обыкновенно встрѣчаются въ формѣ случайныхъ требованій, возникающихъ въ теченіе производства по другому, главному иску. Наприм., кредиторъ предъявилъ искъ къ должнику о взысканіи долга и требуетъ обезпечить этотъ искъ наложеніемъ ареста или запрещенія на имущество должника. Такое требованіе можетъ быть заявлено какъ въ началѣ дѣла, такъ и во время дальнѣйшаго производства (Уст. 590 и сл.). Мало того, такія просьбы объ обезпеченіи возможны и въ видѣ самостоятельныхъ, отдѣльныхъ исковъ; такъ, напр., по протестованному векселю можно требовать обезпеченія еще до срока платежа (Уст. Торг. 596). Всѣ эти требованія имѣютъ одну черту, сходную съ исками о возстановленіи владѣнія, именно они ведутъ также только къ временной мѣрѣ (*interimisticum*), а не къ окончательному разрѣшенію вопроса о правѣ.

4. Дополненіемъ къ изложенной нами системѣ служить:

Требованія, предъявляемыя въ охранительномъ порядкѣ судопроизводства. Они отличаются отъ исковъ тѣмъ, что не предполагаютъ нарушенія права, какъ факта уже совершившагося, а требуютъ только судебного охраненія или укрѣпленія права на случай возможныхъ будущихъ нарушеній. Таковы, наприм., просьбы о ввѣдѣ во владѣніе (Уст. 1424 и сл.); очевидно здѣсь нѣтъ нарушенія права и просьба основывается вовсе не на фактѣ нарушенія, а на одномъ изъ законныхъ способовъ приобрѣтенія имущества. Проситель требуетъ только укрѣпить за нимъ это приобрѣтеніе на случай будущихъ споровъ и нарушеній.

Въ другихъ случаяхъ охранительнаго судопроизводства можно замѣтить еще одну особенность. Просьбы объ охраненіи допускаются иногда въ то время, когда представляется еще сомнительнымъ, дѣйствительно ли возникли права просителя на известное имущество, или кому эти права принадлежать. Такъ, наприм., законный наслѣдникъ лица, которое находится въ безвѣстномъ отсутствіи, можетъ просить объ охраненіи имущества этого лица (Уст. 1451). Въ моментъ предъявленія такой просьбы еще не известно, дѣйствительно ли умеръ хозяинъ этого имущества или проживаетъ гдѣ-нибудь безъ вѣсти, дѣйствительно ли проситель приобрѣлъ право на наслѣдство, или нѣтъ. Можетъ быть, хозяинъ имущества еще возвратится изъ безвѣстнаго отсутствія или же, умирая, оставитъ духовное завѣщаніе и откажетъ имущество другому лицу. Въ настоящій моментъ у просителя есть только законное ожиданіе наслѣдства, его право еще не возникло и ожиданія могутъ обмануть его. Однако, ему дозволяется просить объ охраненіи имущества. По этой просьбѣ устанавливается потомъ временное, условное хозяйство (*interimisticum*): если собственникъ явится, онъ можетъ требовать прекращенія этого временнаго порядка вещей и вступаетъ снова во всѣ права хозяина. Но если онъ не явится, то съ теченіемъ времени это переходное состояніе упрочивается силою давности и становится постояннымъ (Уст. 1459. X. 1, 1244).

Когда по смерти хозяина остается имущество и наследники его неизвестны или находятся в отсутствии, то каждое заинтересованное лицо может требовать охранения наследства; нѣтъ надобности, чтобы оно доказало свои права на это наследство. Охраненіе правъ неизвестныхъ лицъ на имущество, оставленное безъ присмотра, лежитъ на обязанности общественной власти (Уст. 1402). Когда приняты мѣры охраненія, сдѣланы вызовы наследниковъ и затѣмъ наследники явились, они должны просить судъ о признаніи ихъ правъ на наследство. Но въ данный моментъ времени можетъ быть сомнительно, всѣ ли наследники явились, и тѣ, которые явились, дѣйствительно ли имѣютъ права на наследство, не осталось ли духовнаго завѣщанія послѣ покойника и т. д. При такихъ условіяхъ судъ не имѣетъ возможности окончательно опредѣлить права на наследство, а признаетъ ихъ въ безспорномъ порядкѣ, насколько они видны въ данное время, и устанавливаетъ такимъ образомъ условное состояніе отношеній по наследству. Наследники, которые явятся послѣ того, могутъ предъявить искъ о наследствѣ и на основаніи его прежнее опредѣленіе суда можетъ потерять свою силу: оно постановлено было въ безспорномъ порядкѣ и потому только, что не было въ виду другихъ претендентовъ на наследство; когда они явились потомъ и доказали свои права, оно естественно теряетъ свою силу (Уст. 1408. 67 г. Кас. 177, д. Майевскаго).

Тѣмъ же признакомъ безспорности отличается охранительное производство по дѣламъ о раздѣлѣ наследства (Уст. 1409, 1420) и о выкупѣ родовыхъ имуществъ (Уст. 1438, 1447). Споры по этимъ дѣламъ разрѣшаются въ исковомъ порядкѣ.

Изъ представленнаго нами очерка слѣдуетъ, что требованія, предъявляемыя въ охранительномъ порядкѣ, отличаются отъ исковъ тѣмъ, что они не предполагаютъ нарушенія права, какъ факта уже совершившагося, или предъявляются и разрѣшаются въ то время, когда еще невозможно рѣшить окончательно, дѣйствительно ли возникли права просителя на имущество и кому принадлежатъ эти права, когда можно рѣшить эти вопросы только условно и установить временное состояніе отношеній впредь до спора или до истеченія давности. Наконецъ, нѣкоторыя дѣла этого рода отличаются только сравнительною безспорностью производства. Ни одинъ изъ этихъ признаковъ не даетъ намъ совершенно прочной грани между системою исковъ и требованіями охранительнаго порядка. Мы уже видѣли, что и нѣкоторыя исковыя дѣла приводятъ также только къ временному регулированію отношеній. Затѣмъ многіе иски могутъ быть также совершенно безспорными. И наконецъ, есть случаи исключительные, гдѣ искъ не основывается на правѣ и правонарушеніи, а предполагаетъ только законный интересъ просителя въ судебномъ опредѣленіи какаго-нибудь акта или отношенія, затрагивающаго его права или обязанности.

§ 52. Возникновеніе и прекращеніе иска. 1. Для возникновенія иска необходимы два условія: 1) нужно, чтобы возникло самое право, охраняемое искомъ, чтобы оно было приобрѣтено законнымъ способомъ и 2) нуженъ поводъ къ иску, т. е. нарушеніе права или такое состояніе, дѣйствіе или упущеніе, которое мѣшаетъ осуществленію права. Пока нѣтъ этихъ условій, нельзя сказать, что искъ возникъ, что actio

pata est. Такъ напримѣръ, пока лицо не приобрѣло права и не имѣтъ его, оно не можетъ требовать и охраненія этого права въ формѣ иска. Кто еще только ожидаетъ наслѣдства, тотъ не вырвалъ отыскивать его судомъ. Онъ можетъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ просить объ охраненіи имущества, на которое разсчитываетъ, но эта просьба предъявляется въ охранительномъ порядкѣ и не составляетъ иска. Съ другой стороны, лицо можетъ приобрѣсти право и спокойно пользоваться имъ, но въ то же время не имѣтъ иска и не нуждается въ немъ до тѣхъ поръ, пока не открылся поводъ къ иску, пока не наступило состояніе, нарушающее его права, мѣшающее осуществленію ихъ.

Эти два условія въ большинствѣ случаевъ необходимы для возникновенія иска ¹⁾. Необходимость ихъ видна уже изъ того, что они соотвѣтствуютъ двумъ видамъ легитимациі—активной и пассивной. Лицо, которое предъявляетъ искъ, обязанъ доказать, что оно имѣтъ право на искъ (*legitimatio activa*) и что искъ предъявленъ имъ къ надлежащему лицу (*legit. passiva*), то есть къ тому, кто подалъ поводъ къ иску и долженъ отвѣчать за нарушеніе права. По нѣкоторымъ дѣламъ можетъ не быть въ виду опредѣленнаго отвѣтчика, такъ, наприм., по дѣламъ о правахъ состоянія. Но поводъ къ иску необходимъ и въ этихъ случаяхъ. Поводомъ къ иску служитъ здѣсь такое состояніе, которое нарушаетъ права истца или мѣшаетъ осуществленію ихъ.

Есть случаи, гдѣ основаніе и поводъ иска, повидимому, сливаются въ одномъ и томъ же дѣйстви. Таковы иски по обязательствамъ изъ правонарушенія. Одно и то же дѣйствіе, наприм. убійство или оскорбленіе чести, основываетъ въ этихъ случаяхъ и право на вознагражденіе, право по обязательству *ex delicto*, и въ тоже время служитъ поводомъ къ иску. Такъ по крайней мѣрѣ кажется. На самомъ дѣлѣ, впрочемъ, и здѣсь возможно различать понятія. Самое слово „правонарушеніе“ показываетъ, что нарушеніе тогда только служитъ поводомъ къ иску, когда оно касается правъ истца. Напримѣръ, поврежденіе, подтопъ или поджогъ имущества даютъ поводъ къ иску только тому лицу, которое имѣтъ право на это имущество, которое приобрѣло это право на законномъ основаніи. Въ этихъ случаяхъ легко различить фактъ нарушенія и фактъ приобретенія права, то-есть поводъ и основаніе иска. Есть одна группа обязательствъ *ex delicto*, гдѣ нарушеніе касается основныхъ правъ личности, наприм., чести, свободы и т. п. Эти права принадлежатъ каждому лицу и никто не обязанъ доказывать, что приобрѣлъ ихъ на законномъ основаніи. Но даже и здѣсь можно различать основаніе и поводъ къ иску, именно самое право и нарушеніе права. Въ системѣ гражданскаго права эти понятія о чести, свободѣ и т. п. не считаются самостоятельными правами. Можно допустить этотъ взглядъ и тѣмъ не менѣе различать два условія исковъ. Право требовать вознагражденія, наприм. за обиду, вытекаетъ изъ факта обиды; этотъ фактъ служитъ способомъ приобретенія права, основаніемъ обязательства. Когда обязательство возникло, оно подлежитъ удовлетворенію; упущеніе этого удовлетворенія есть нарушеніе права и поводъ къ иску.

Такое же различіе можно провести и въ обязательствахъ по договорамъ. Нѣтъ надобности, чтобы нарушеніе права было положитель-

¹⁾ Исключеніемъ служатъ тѣ случаи, когда искъ предполагаетъ одинъ только интересъ просителя.

нымъ дѣйствиємъ; оно часто состоитъ въ отрицательномъ дѣйстви, въ упущеніи. Когда наступилъ срокъ исполненія по обязательству и должникъ не исполняетъ его, то этимъ упущеніемъ онъ, очевидно, нарушаетъ права вѣрителя и даетъ ему поводъ къ иску (X, 1, 693). Не нужно напоминать ему о платежѣ и нѣтъ надобности, чтобы истецъ доказывалъ неисполненіе обязательства особо, какъ отдѣльный пунктъ, требующій особаго доказательства. Ему нужно только доказать существованіе обязательства, подлежащаго исполненію, а затѣмъ отрицательный фактъ неисполненія, неплатежа и т. п. будетъ несомнѣненъ до тѣхъ поръ, пока отвѣтчикъ не докажетъ противнаго. Отсюда не слѣдуетъ заключать, будто поводъ къ иску, нарушеніе права, не имѣетъ практическаго значенія въ искахъ по обязательствамъ. Напротивъ, важность этого пассивнаго основанія исковъ, какъ его называютъ, видна уже изъ того, что нарушеніе обязательства можетъ быть и положительнымъ дѣйствиємъ и во всѣхъ такихъ случаяхъ на истца лежитъ обязанность доказать его. И вообще это понятіе есть основное, оно ведетъ къ разрѣшенію разныхъ вопросовъ судопроизводства, въ особенности вопроса о томъ, на чьей сторонѣ лежитъ обязанность доказать тотъ или другой спорный пунктъ въ процессѣ (*onus probandi*).

II. Прекращеніе иска. Давность въ особенности. Существованіе иска зависитъ, какъ мы видѣли, отъ извѣстныхъ законныхъ условій; съ наступленіемъ ихъ онъ возникаетъ, съ уничтоженіемъ ихъ прекращается. Такъ, напримѣръ, когда исчезаетъ активное основаніе иска, то-есть право, которое имъ охраняется, то понятно, что и самый искъ долженъ прекратиться. Вообще искъ слѣдуетъ за судьбою права, какъ его принадлежность или процессуальная форма. Передается право или переходитъ оно къ наслѣдникамъ,—вмѣстѣ съ нимъ переходитъ и искъ. Другой рядъ способовъ прекращенія иска примѣняется въ тѣхъ случаяхъ, когда отпадаетъ поводъ къ иску, т.-е. прекращается нарушеніе права. Напримѣръ, право собственности нарушено завладѣніемъ, возникъ искъ о возвращеніи вещи изъ незаконнаго владѣнія (*rei vindicatio*); но потомъ отвѣтчикъ теряетъ владѣніе, переводитъ вещь въ третьи руки, вмѣстѣ съ тѣмъ неминуемо прекращается и вещный искъ къ первому отвѣтчику и возникаютъ на мѣсто его новые иски, именно вещный противъ новаго владѣльца вещи и личный противъ прежняго владѣльца о вознагражденіи за убытки или за неправильное обогащеніе: послѣдній искъ стоитъ съ первымъ въ альтернативномъ отношеніи, а второй—въ отношеніи дополнительномъ. Иски по обязательствамъ также прекращаются, когда отпадаетъ поводъ къ иску, напримѣръ, вслѣдствіе исполненія обязательства, вслѣдствіе прощенія долга, мировой сдѣлки, новачіи и т. д.

Самое осуществленіе иска поставлено закономъ въ извѣстныя границы. Мы уже замѣтили, что искъ есть временная форма права и что это критическое болѣзненное состояніе отношеній рано или поздно неизбѣжно проходитъ и уступаетъ мѣсто спокойному и безспорному состоянію, до тѣхъ поръ спокойному, пока не явятся новыя нарушенія и новые споры. 1) Искъ имѣетъ свою цѣль — осуществленіе въ процессѣ и, когда осуществленъ, естественно прекращается. Такъ, напримѣръ, когда дѣло дошло до окончательнаго рѣшенія и нѣтъ уже возможности обжаловать его и добиться отмѣны.

2) Для осуществленія иска, именно для предъявленія его въ судъ, установлены закономъ опредѣленные сроки. Иногда самое право

ограничено срокомъ и съ истеченіемъ срока пресѣкается (*praeccluditur*) его существованіе. Такъ напримѣръ право выкупа родовыхъ имуществъ можетъ быть осуществлено только въ теченіи трехъ лѣтъ (X, 1, 1363). Для совершенія разныхъ судебныхъ дѣйствій въ процессѣ установлены также опредѣленные сроки и, когда они пропущены, право на совершеніе этихъ дѣйствій пресѣкается. Такіе сроки называются вообще пресѣкательными или преклюзивными. Они сообщаютъ самому праву срочный, временный характеръ.

Отъ нихъ слѣдуетъ отличать тѣ случаи, гдѣ самое право, охраняемое искомъ, не ограничено никакимъ срокомъ, но тѣмъ не менѣе для предьявленія иска назначенъ опредѣленный срокъ. Такъ, напримѣръ, право собственности само по себѣ есть право вѣчное и потомственное (X, 1, 420), но когда оно нарушено, когда вещью хозяина завладѣло другое лицо, то искъ о возвращеніи вещи долженъ быть предьявленъ не позже извѣстнаго срока и по истеченіи этого срока теряется право иска. Это ограниченіе искомъ срокомъ называется исковою давностью¹⁾. Исковая давность есть способъ прекращенія иска посредствомъ неосуществленія его въ теченіи опредѣленнаго времени. Законодательный мотивъ этого учрежденія состоитъ въ томъ, что юридическій бытъ нуждается въ безспорномъ состояніи отношеній и не можетъ допустить, чтобы такая разрушительная сила, какъ искъ, дѣйствовала внѣ всякихъ предѣловъ времени, чтобы существующій порядокъ и складъ отношеній подвергался спорамъ и колебаніямъ на основаніи того, что совершилось въ давнопрошедшія времена.

Условія давности можно разложить на слѣдующіе элементы:

- 1) нужно, чтобы существовалъ искъ, подлежащій дѣйствію давности;
- 2) чтобы онъ не былъ предьявленъ въ теченіе давностнаго срока.

Не всѣ иски подлежатъ давности. Законъ допускаетъ здѣсь нѣкоторыя изыятія. Такъ, напримѣръ, иски о правахъ состоянія (IX, 13, X, 1, 126), о заповѣдныхъ имѣніяхъ (X, 1, 564), о возвращеніи поклажи (X, 1, 2108 по прод. 63 г.) и нѣкоторые другіе не подлежатъ дѣйствію давности (срав. 72 г. Кас. № 1304).

Если искъ самъ по себѣ подлежитъ давности, то онъ начинается съ того момента, когда возникъ. Такъ что, для опредѣленія начала давности нужно опредѣлить моментъ возникновенія иска. Такъ, напримѣръ, искъ о правѣ собственности возникаетъ въ тотъ моментъ, когда право и фактъ владѣнія приходятъ въ столкновеніе между собою. Искъ объ удовлетвореніи по обязательству возникаетъ съ наступленіемъ срока или условія (X, 1, 1549), т. е. когда обязательство стало подлежать удовлетворенію и не исполнено должникомъ. По обязательствамъ безсрочнымъ или подлежащимъ платежу по требованію, давность считается со дня смерти должника или со дня предьявленія ихъ ко взысканію, смотря потому, какой срокъ наступилъ прежде (X, 1, 1259, прим. X, 2, 220, допол. 63 г.). Если послѣдовало исполненіе въ части договора, то искъ начинается со времени этого исполненія, а при уплатѣ процентовъ впередъ, съ того дня, до котораго простирается эта уплата (X, 1, 1550).

Для погашенія иска давностью необходимо, чтобы онъ не былъ предьявленъ въ теченіи давностнаго срока, чтобы этотъ срокъ истекъ.

¹⁾ Engelmann, Verjährung, 67 г. Ср. мою замѣтку въ „Ж. М. Ю.“ 67 г., сент. и окт. Русскій переводъ въ „Ж. М. Ю.“ 68 г.

Общій срокъ давности у насъ десятилѣтній (X, 2, 213), хотя есть и другіе болѣе короткіе сроки для нѣкоторыхъ исковъ. Напримѣръ, для иска о приплодѣ животныхъ, находящихся въ чужомъ владѣніи, установленъ однолѣтній срокъ (X, 1, 431).

Есть обстоятельства, мѣшающія теченію давностнаго срока. Одни изъ нихъ только приостанавливаютъ теченіе давности, отодвигаютъ конецъ ея, не уничтожая ея за время отъ ея начатія до приостановки. Другія же обстоятельства прерываютъ ее, т.-е. совершенно уничтожаютъ начавшуюся давность, такъ что по устраненіи такого препятствія давность уже не продолжается, а можетъ только начаться вновь.

Приостановка давности допускается: 1) для исковъ лицъ недѣеспособныхъ, какъ-то: малолѣтнихъ и душевно-больныхъ, пока они находятся подъ опекою; по прекращеніи опеки, они имѣютъ право предъявить искъ въ теченіи всего періода времени, какой оставался до конца давностнаго срока при началѣ приостановленія давности. Если этотъ остающійся періодъ менѣе двухъ лѣтъ, то на вчинаніе иска имъ предоставляется 2 года (X, 2, 214); 2) для исковъ лицъ, которыя находятся въ плѣну или на службѣ въ заграничныхъ походахъ (X, 2, 225); 3) приостановка давности можетъ наступить въ случаѣ совершеннаго остановленія судебной расправы во время заразы, нашествія непріятели и т. п., потому что въ такихъ случаяхъ невозможно предъявленіе иска.

Перерывъ давности можетъ произойти 1) вслѣдствіе признанія правъ истца, напримѣръ, платежомъ процентовъ, частичною уплатою долга (68 г. Кас. 118), выдачею новаго акта обязательства, установленіемъ поручительства или залога въ обезпеченіе обязательства; 2) вслѣдствіе потери владѣнія отвѣтчикомъ; 3) предъявленіемъ иска, т.-е. подачею исковаго прошенія въ установленномъ порядкѣ (68 г. Кас. 376). Прошеніе должно быть подано въ надлежащее мѣсто (68 г. Кас. 209 и 632, напримѣръ, въ полицію, гдѣ это требуется, 72 г. Кас. 534, д. Павловой), и не только подано, но и принято; прошенія, возвращенныя по законнымъ основаніямъ просителю, не прерываютъ давности.

Послѣдствія давности по нашему законодательству опредѣлены безъ того тонкаго анализа понятій, какой мы встрѣчаемъ въ римскомъ правѣ и въ развившихся на основаніи его системахъ западной Европы. Извѣстно, что тамъ исковая давность погашаетъ только искъ, а не самое право; послѣднее продолжаетъ существовать въ формѣ неисковаго притязанія, оно теряетъ только исковую защиту, но охраняется по закону другими способами. Такъ, напримѣръ, за погашеніемъ обязательства исковою давностью остается, такъ-называемое, естественное или моральное обязательство—*obligatio naturalis*, и если бы должникъ, уже послѣ давности, уплатилъ долгъ кредитору, то онъ не имѣетъ права потребовать этотъ платежъ обратно, какъ произведенный безъ основанія (*sine causa*); напротивъ, естественное обязательство считается достаточнымъ основаніемъ платежа и кредиторъ въ правѣ удержать этотъ платежъ (*soluti retentio*). По отношенію къ вещнымъ правамъ, римскіе источники различаютъ давность пріобрѣтательную (*usucapio*) отъ исковой давности (*praescriptio*). Для того, чтобы владѣніе превратилось въ право, нужно, чтобы оно было добросовѣстное. Напротивъ, для погашенія иска давностью не требуется, чтобы правонарушеніе, подавшее поводъ къ иску, совершенно было добросовѣстно.

Послѣдствія давности по нашимъ законамъ состоятъ въ томъ, что искъ уничтожается (X, 2, 213), договоръ прекращается (X, 1, 1549), теряется самое право какъ обязательственное, такъ и вещное (X, 1, 692 и 694) или право на наслѣдство (X, 1, 1246, 1242). Такимъ образомъ, хотя русское законодательство знаетъ одну только исковую давность, но дѣйствіе ея состоитъ въ уничтоженіи самого права, а не только иска. Никакого естественнаго обязательства послѣ давности не остается, и если бы должникъ по ошибкѣ уплатилъ свой долгъ кредитору послѣ давности, то онъ можетъ требовать его обратно (X, 2, 220).

§ 53. Предъявленіе иска. I. Свобода его. Предъявленіе иска зависитъ отъ доброй воли истца. Это правило вытекаетъ изъ понятія объ искѣ и изъ существа гражданскихъ правъ. Искъ есть средство судебного осуществленія правъ, а осуществлять или не осуществлять право гражданское зависитъ отъ воли владѣльца права; нарушеніе права даетъ ему только юридическую возможность требовать судебной защиты, но не обязываетъ его къ тому.

Однако есть здѣсь нѣкоторыя ограниченія. Мы уже видѣли, что для предъявленія исковъ установленъ опредѣленный періодъ времени, по окончаніи котораго они погашаются давностью. Такъ что только въ предѣлахъ давностнаго срока можно говорить о полной свободѣ предъявленія иска. Но даже и въ этихъ предѣлахъ свободное усмотрѣніе истцовъ подлежитъ нѣкоторымъ ограниченіямъ. Есть случаи, гдѣ ихъ вызываютъ къ предъявленію исковъ въ извѣстный срокъ и, если они не отзовутся на вызовъ и не предъявятъ своихъ претензій, это упущеніе влечетъ за собой разныя невыгодныя для нихъ послѣдствія. Такъ, наприм., по объявленіи должника несостоятельнымъ производится вызовъ всѣхъ его заимодавцевъ, съ тѣмъ, чтобы они предъявили свои претензіи конкурсному суду (Уст. Торг. 1888) въ назначенныя для того сроки, и если они не сдѣлаютъ этого, то теряютъ право на удовлетвореніе изъ конкурсной массы на ряду съ другими кредиторами, своевременно заявившими о своихъ правахъ (X, 2, 221). Затѣмъ есть вызовы неизвѣстныхъ или безвѣстно-отсутствующихъ интересентовъ къ предъявленію ихъ правъ въ охранительномъ порядкѣ судопроизводства (Уст. 1401, 1453). Можно замѣтить здѣсь, что эта система судебныхъ вызововъ на западѣ Европы развита гораздо болѣе, чѣмъ въ Россіи. У насъ вызовы нерѣдко производятся помимо суда публикаціями частныхъ лицъ (X, 1, 2108, прод. 63 г. Уст. Векс. 641), полиціи (X, 1, 538), кредитныхъ учреждений (Уст. Ком. Погаш. долг. ст. 157) и т. п. На Западѣ частныя лица обыкновенно не сами отъ себя производятъ вызовъ, а обращаются съ этой цѣлью въ судъ и для такихъ вызововъ тамъ существуетъ особое производство (*Aufgebotsverfahren*). Кромѣ того, западныя законодательства наслѣдовали отъ римскаго права даже вызовы извѣстныхъ истцовъ къ предъявленію иска или къ представленію объясненій по просьбѣ будущаго отвѣтчика. Эти вызовы называются *provocatio* и *provocatio ex lege si contendat*. Именно, когда кто распускаетъ слухъ, что другое лицо состоитъ ему должнымъ и не платитъ долга, или вообще, что онъ имѣетъ искъ противъ этого лица, наприм., о незаконности его рожденія и т. п., такая молва можетъ наносить существенный вредъ тому лицу, противъ котораго она направлена, можетъ

подрывать его кредитъ и положеніе въ обществѣ. Для охраненія его интересовъ, ему дозволяется вызвать въ судъ этого сочинителя сплетни и просить, чтобы судъ наложилъ молчаніе на его языкъ или заставилъ его оправдать пущенный слухъ дѣйствительнымъ предъявленіемъ иска. Таковъ смыслъ *prov. ex lege Diffamari*. Другой потребности служить *prov. ex l. Si contendat*. Случается иногда, что отвѣтчику грозить опасность потерять извѣстныя возраженія противъ иска и что истецъ именно выжидаетъ этого благопріятнаго времени, чтобы потомъ застигнуть отвѣтчика беззащитнымъ (*expectat tempus agendi, quo reus probationibus careat*). Въ этихъ случаяхъ отвѣтчику дозволяется вызвать истца въ немедленному предъявленію иска или для предварительнаго удостовѣренія своихъ возраженій.

Замѣчательно, что эти *provocationes ad agendum*, основанныя на законодательствѣ римской имперіи, не только сохранились до настоящаго времени, но въ быту новыхъ народовъ получили еще большее развитіе. Смыслъ этого явленія заключается въ слѣдующемъ. Въ громадномъ большинствѣ случаевъ искъ основывается на совершившемся уже фактѣ нарушенія права. На основаніи этого обыкновеннаго порядка вещей развилась и теорія исковъ и установилось самое понятіе объ искѣ. Мы уже видѣли, что въ понятіе объ искѣ входитъ признакъ правонарушенія, какъ повода къ иску. И это признакъ важный, съ которымъ мы встрѣтимся еще не разъ въ теоріи процесса. Онъ соотвѣтствуетъ огромной массѣ случаевъ, а потому не слѣдуетъ выбрасывать его изъ опредѣленія иска. Но на ряду съ этимъ большинствомъ случаевъ мы уже указали на нѣкоторыя явленія охранительнаго судопроизводства, гдѣ требованіе судебного охраненія не предполагаетъ, что нарушеніе права уже совершилось, гдѣ проситель имѣетъ только юридическій интересъ въ судебномъ охраненіи. Несомнѣнно, что эти случаи не исчерпываются указанными въ нашемъ Уставѣ поводами охранительнаго судопроизводства. Такъ, наприм., вопросъ о судебномъ признаніи и опредѣленіи юридическаго отношенія можетъ возникнуть еще ранѣе, чѣмъ совершилось правонарушеніе и проситель можетъ имѣть интересъ въ немедленномъ рѣшеніи его судомъ. Западныя законодательства прямо допускаютъ предъявленіе такихъ исковъ¹⁾. Точно также вопросъ о судебномъ опредѣленіи подлинности или неподлинности документа можетъ быть важенъ для заинтересованныхъ въ немъ лицъ еще прежде, чѣмъ наступитъ срокъ взысканія по этому документу. И такіе иски допускаются на Западѣ²⁾. Всѣ эти явленія, очевидно, представляютъ собой развитіе упомянутыхъ *provocationes ad agendum* и вотъ почему тамъ, гдѣ они признаны закономъ, объ этихъ частныхъ случаяхъ вызововъ уже не говорится: они подходятъ подъ общее правило, что просить о судебномъ опредѣленіи юридическаго отношенія возможно еще прежде нарушенія его, если только проситель имѣетъ юридическій интересъ въ немедленномъ разрѣшеніи этого вопроса; нужно припомнить при этомъ, что, по формальному понятію о сторонахъ въ процессѣ, истцомъ считается тотъ, кто прежде подалъ исковое прошеніе.—Нѣкоторые писатели, особенно французскіе,

¹⁾ Баден. § 256. Виртемб. 319. Сакс. Гр. Улож., § 147. Герм. Пр. 72 г. § 218.

²⁾ C. de proc. 193. Базар. 579—582. Герм. Пр. 72 г. § 218. О *probatio in reprobam rei memoriam* см. ниже, въ ученіи о доказательствахъ.

на основаніи этихъ случаевъ строятъ и самое опредѣленіе иска, какъ судебного требованія, основаннаго на юридическомъ интересѣ вообще, а не только на правонарушеніи ¹⁾. Но понятіе объ интересѣ слишкомъ неопредѣленно и самые случаи такихъ исковъ, основанныхъ только на интересѣ, суть явленія исключительныя. Ихъ нужно имѣть въ виду какъ исключенія; но полагать ихъ въ основу теоріи было бы неудобно.

2. Соединеніе и раздѣленіе исковъ. Мы уже видѣли, что нѣсколько лицъ могутъ сообща искать или отвѣчать въ процессѣ, такъ что на каждой сторонѣ возможно соучастіе нѣсколькихъ субъектовъ (subjective Klagenkumulation). Такое же соединеніе возможно и по отношенію къ искамъ, какъ объекту процесса (cumulatio actionum, objective Klagenkumulation). Истецъ можетъ предъявить къ отвѣтчику нѣсколько разныхъ исковъ и, при извѣстныхъ условіяхъ, они могутъ разсматриваться въ одномъ производствѣ. Но спрашивается, при какихъ условіяхъ это возможно? 1) Здѣсь, безъ сомнѣнія, необходимо единство подсудности, такъ чтобы судъ былъ компетентенъ для разрѣшенія каждаго иска; такъ, напримѣръ, нельзя смѣшивать въ одномъ прошеніи иски о расторженіи брака и о возвратѣ приданнаго, потому что церковный судъ не компетентенъ въ дѣлахъ послѣдняго рода. 2) Необходимо, чтобы дѣла по каждому иску могли производиться однимъ порядкомъ производства; напримѣръ, взысканіе по векселю не можетъ быть соединено въ одномъ прошеніи съ ходатайствомъ о выкупѣ родового имѣнія, даже и въ тѣхъ мѣстахъ, гдѣ вексельныя дѣла подлежатъ вѣдомству общихъ судовъ. 3) Нашъ Уставъ Гр. Суд. запрещаетъ смѣшивать въ одномъ прошеніи иски, вытекающіе изъ разныхъ основаній, хотя бы они относились и къ одному лицу; по каждому отдѣльному иску должно быть подано особое исковое прошеніе (Уст. 258). Это правило не слѣдуетъ толковать слишкомъ въ строгомъ, буквальномъ смыслѣ. Иначе оно равнялось бы совершенному запрещенію всякаго соединенія исковъ. Если основанія исковъ различны, то и иски будутъ различны. Требовать, чтобы въ прошеніи соединялись только иски, вытекающіе изъ одного и того же основанія, значило бы запрещать всякое соединеніе исковъ (Псков. О. С. по д. Яковлева въ „Суд. В.“ 67 г. № 84). Такое запрещеніе не только не вызывается никакою потребностью; но даже противорѣчило бы интересамъ правосудія, размножало бы тяжбы, открывало бы возможность противорѣчащихъ другъ другу рѣшеній и затрудняло бы какъ судебныя мѣста, такъ и тяжущихся разъясненіемъ въ каждомъ дѣлѣ особо такихъ вопросовъ, которые гораздо проще было бы разрѣшить въ одномъ производствѣ. Наша судебная практика справедливо не настаиваетъ на буквальномъ смыслѣ этого закона и допускаетъ совмѣстное разсмотрѣніе исковъ, вытекающихъ даже изъ весьма различныхъ основаній ²⁾. Такъ напримѣръ, по одному дѣлу разсмотрѣны были въ одномъ производствѣ иски о вознагражденіи за побои, о задержаніи сундука и о платежѣ жалованья по личному найму. На такое смѣшеніе исковъ принесена была жалоба сенату, но сенатъ оставилъ ее безъ послѣдствій (70 г. Кас. 610, д.

1) Итал. Уст. Гр. Суд. требуетъ вообще, чтобы лицо, предъявляющее искъ или вступающее въ отвѣтъ по иску, имѣло въ томъ интересъ (art. 36). См. Borsari, *ibid.*

2) Сиб. Суд. Пал. д. Стенбокъ-Фермора въ „С. В.“ 75 г. № 8: искъ по тремъ векселямъ.

Медивуевского). Между этими исками, хотя и вытекавшими изъ разныхъ оснований, была въ этомъ дѣлѣ тѣсная связь — *connexitas causarum s. actionum*. На западѣ Европѣ нѣкоторые юристы ¹⁾ и законодательства ²⁾ требуютъ именно, чтобы въ одномъ производствѣ соединялись только иски, имѣющіе связь между собою, хотя бы они вытекали и изъ разныхъ оснований ³⁾. Но большинство юристовъ ⁴⁾ и новѣйшія законодательства ⁵⁾ считаютъ и это ограниченіе неудобнымъ и, допуская общее производство даже по искамъ, не имѣющимъ связи между собою, даютъ суду право раздѣлять иски, предъявленные вмѣстѣ, если окажется неудобнымъ совмѣстное разсмотрѣніе ихъ. Въ нашей судебной практикѣ установился отчасти подобный порядокъ, только право суда раздѣлять иски не признается сенатомъ въ томъ случаѣ, когда дѣло разсмотрѣно было въ 1-й инстанціи въ одномъ производствѣ и уже судъ 2-й инстанціи нашелъ бы такое соединеніе неудобнымъ или невозможнымъ (70 г. Кас. 564, д. Старцева, докл. Побѣд.). Въ самомъ дѣлѣ, хотя законъ и запрещаетъ смѣшивать въ одномъ прошеніи иски, вытекающіе изъ разныхъ оснований, но онъ не даетъ суду права не принимать или оставлять безъ движенія такія просьбы, въ которыхъ оказалось бы смѣшеніе исковъ (Уст. 266, 269). Слѣдовательно, прошеніе должно быть принято и должно вызвать за собой дальнѣйшее производство (70 г. Кас. 1338, д. Ушакова). Затѣмъ уже, когда судъ найдетъ неудобнымъ совокупное разсмотрѣніе исковъ, смѣшанныхъ въ прошеніи, онъ можетъ раздѣлить ихъ. Это раздѣленіе можетъ состоять или только въ особомъ разсмотрѣніи отдѣльныхъ предметовъ (Уст. 336), или даже въ постановленіи особаго рѣшенія по отдѣльнымъ искамъ (Уст. 258). 4) Иногда иски стоятъ въ альтернативномъ отношеніи одинъ къ другому, такъ что одинъ искъ устраняетъ другой; такъ, напримѣръ, изъ обиды вытекаетъ уголовный или гражданскій искъ, но нельзя предъявить оба иска вмѣстѣ, потому что они находятся въ альтернативномъ отношеніи между собою (X, 1, 668). Впрочемъ, даже и альтернативные иски, удовлетворяющіе другимъ условіямъ соединенія, могутъ быть предъявлены въ одномъ прошеніи *eventualiter*; такъ, напримѣръ, можно требовать возвращенія вещи, которою завладѣлъ отвѣтчикъ, или же, на случай невозможности удовлетворенія этой просьбы вслѣдствіе продажи, уничтоженія или порчи вещи и т. п., просить о денежномъ вознагражденіи. 5) Надобно замѣтить, наконецъ, что соединеніе исковъ зависитъ отъ доброй воли истца, потому что нельзя принудить его къ предъявленію иска, если онъ того не хочетъ (70 г. Кас. 520, д. Евангелиди). Онъ не въ правѣ только дробить одинъ и тотъ же искъ, вытекающій изъ одного основанія и повода (70 г. Кас. 1221 и 1280, д. Трейтеръ, и 1304, д. Иванова). Но соединять или не соединять различные иски зависитъ отъ его воли. Отвѣтчикъ имѣетъ возможность возражать противъ раздѣленія исковъ только по связи иска съ дѣломъ,

¹⁾ Wetzell, § 63.

²⁾ Кургесс. зак. 34 г. § 3.

³⁾ Нассаускій законъ требуетъ даже, чтобы иски вытекали изъ одной и той же сдѣлки, изъ одного акта.

⁴⁾ Renaud, § 60. Planck, стр. 356. Endemann, § 167 и др.

⁵⁾ Ваден. § 258. Ганнов. § 112 и 186. Бавар. § 178. Прус. 1, 5, § 24 ff. Герм. Пр. 72 г., § 219 и 130.

которое уже производится въ томъ же или другомъ судѣ (Уст. 571 п. 2).

3. Формальная сторона предъявленія исковъ. Предъявленіе иска совершается въ формѣ просьбы, обращенной къ суду. Въ мировыхъ и коммерческихъ судахъ исковая просьба можетъ быть или письменная, или словесная (Уст. 51. Уст. Торг. 1349); напротивъ, въ общихъ судахъ допускается только письменная форма; окружной судъ приступаетъ къ производству дѣла не иначе, какъ по исковому прошенію, которое пишется на гербовой бумагѣ по установленной формѣ (Уст. 256). Впрочемъ, и во всѣхъ вообще судахъ окончательная форма иска сводится къ письменной. Такъ, наприм., мировой судья, выслушавъ словесную просьбу истца, тотчасъ же записываетъ ее въ книгу, прочитываетъ ее истцу и предлагаетъ ему подписать ее, если онъ грамотный (Уст. 52); неграмотные ставятъ кресты. Точно также въ коммерческихъ судахъ словесныя просьбы записываются протоколистомъ, со словъ просителя, въ книгу входящихъ просьбъ (Уст. Торг. 1349—51). Это письменное укрѣпленіе иска необходимо въ видахъ прочности всего дальнѣйшаго производства, потому что искъ есть краеугольный камень всего процесса. И безъ сомнѣнія, самая надежная и лучшая форма иска есть исковое прошеніе, составленное и подписанное самимъ истцомъ или его повѣреннымъ. Словесныя просьбы въ мировыхъ и коммерческихъ судахъ допущены закономъ только въ виду безграмотности нашего крестьянства и даже низшихъ слоевъ купечества; но такъ какъ этотъ мотивъ (См. въ изд. Гос. Канц. подъ ст. 52) не выраженъ въ самомъ законѣ, то просьбы этого рода должны приниматься какъ отъ безграмотныхъ, такъ и отъ грамотныхъ (69 г. Кас. 748).

Для исковыхъ прошеній, подаваемыхъ въ окружные суды, установлена особая форма. Она значительно проще той, которая существовала у насъ до судебной реформы (X, 2, прил. къ 246 ст.). Въ то время прошеніе начиналось титуломъ Императорскаго Величества и послалось по пунктамъ: „просить имя-рекъ, а въ чемъ мое прошеніе, тому слѣдуютъ пункты: 1, 2“ и т. д. А по изложеніи пунктовъ писалось: „всеподданнѣйше прошу, дабы повелѣно было“...—затѣмъ объяснялось, чего истецъ просить, и наконецъ уже указывался судъ, куда подавалось прошеніе: „къ подаію надлежитъ“ и т. д. Въ настоящее время въ искомомъ прошеніи сначала означается судъ, потомъ имя, званіе и мѣсто жительства истца и отвѣтчика (просить истецъ такой-то по дѣлу съ отвѣтчикомъ такимъ-то), за тѣмъ излагаются обстоятельства дѣла, предметъ и основанія иска, доказательства его и просительный пунктъ: „на основаніи вышеизложеннаго прошу окружной судъ постановить“... Въ прошеніи должна быть означена цѣна иска, если онъ подлежитъ оцѣнкѣ, и должно быть указано, какіе документы, деньги и копии прилагаются при прошеніи. Наконецъ, слѣдуетъ подпись просителя или его повѣреннаго. Подробныя правила о всемъ этомъ вы найдете въ ст. 257—264 Уст. Они имѣютъ важное значеніе на практикѣ, потому что при несоблюденіи того или другаго правила прошеніе или возвращается подателю, или оставляется безъ движенія. Случаи возвращенія прошеній перечислены въ ст. 266 и 53 Уст. Къ этой рѣшительной мѣрѣ нужно обращаться только въ крайнихъ случаяхъ, прямо указанныхъ въ законѣ; возвращенное прошеніе считается какъ бы неподаннымъ и не прерываетъ давности, такъ что эта мѣра можетъ иногда совершенно преградить истцу доступъ къ судебной защитѣ. Поэтому

прошеніе возвращается только тогда, когда въ немъ не достаетъ самыхъ существенныхъ принадлежностей, именно не означено, кѣмъ и противъ кого предъявляется искъ, или прошеніе представлено постороннимъ лицомъ безъ уполномочія, или не означено, чего истецъ просить. Уставъ прибавляетъ къ этимъ случаямъ еще два, именно, когда въ прошеніи не означено цѣны иска, кромѣ дѣлъ, подлежащихъ оцѣнкѣ, или когда въ прошеніи помѣщены укорительныя выраженія. Первый случай объясняется финансовыми соображеніями: при прошеніи должны быть приложены судебныя пошлины и, если онѣ не приложены, прошеніе оставляется безъ движенія (Уст. 269); если при этомъ не означена и цѣна иска, то представляется невозможнымъ опредѣлить размѣръ исковой пошлины и вотъ почему законъ предписываетъ возвращать такія прошенія. Отсюда слѣдуетъ, что это правило не должно примѣняться въ мировыхъ судахъ (contra 68 г. Кас. 769, д. Вотина), потому что тамъ нѣтъ исковыхъ пошлинъ, а для другихъ цѣлей, наприм. для опредѣленія подсудности дѣла и окончательности рѣшенія мирового судьи, цѣна иска можетъ быть разъяснена въ теченіи производства (67 г. Кас. 398 и 413, 70 г. Кас. 775).— Другой поводъ, помѣщеніе укорительныхъ словъ въ прошеніи, заимствованъ уставомъ изъ нашихъ старыхъ законовъ (X, 2, 267, п. 3) и представляется аномаліею уже потому, что жаловаться на укорительныя слова прошенія естественно могъ бы только тотъ, кого они касаются, вопросъ объ обидѣ можетъ возбудить только лицо оскорбленное и обидчикъ подлежитъ за то законной отвѣтственности (70 г. Кас. 113, д. Симонова. Улож. о наказ. 283 и др.). Предсѣдателю или члену суда, принимающему исковыя прошенія, было бы странно вступаться за чужую честь, не имѣя въ виду жалобы обиженнаго лица (Улож. 157). Слѣдуетъ думать, что этотъ пунктъ ст. 266 Устава не имѣетъ такого страннаго смысла. Онъ относится только къ выраженіямъ, которыя сами по себѣ безобразны и заключаютъ въ себѣ сверный лай или неприличное ругательство.

Въ прежнихъ нашихъ законахъ было много другихъ поводовъ къ возвращенію прошеній. Цѣлыхъ 17 такихъ случаевъ указано въ одной статьѣ X т. 2 ч. (ст. 267). Такъ наприм., прошеніе возвращалось, если было написано или подписано не по пунктамъ, или если въ немъ не показано было доказательствъ, на коихъ оно основано. Для новыхъ судебныхъ учреждений всѣ эти правила надобно считать отмѣненными. Они не имѣютъ права возвращать прошеніе по неосновательности или бездоказательности иска (67 г. Кас. 219, д. Плуталовой. 68 г. Кас. 150, д. Федорова, 70 г. Кас. 737 и др.) или потому, что истецъ не имѣетъ права на искъ, *legitimatіo ad causam* (70 г. Кас. 22, д. Терпугова), или обращаетъ искъ къ ненадлежащему отвѣтчику (*legitimatіo passiva*. 71 г. Кас. 13, д. Варгунова). Въ прежнее время прошеніе не принималось еще, когда подано было не въ подлежащее судебное мѣсто (X, 2, 267, п. 16). Теперь этотъ вопросъ о подсудности или неподсудности дѣла долженъ разрѣшаться самимъ судомъ (Уст. 79, п. 584) въ судебномъ засѣданіи (69 г. Кас. 829, д. Перозіо, 1304, д. Первушина), а не единоличнымъ усмотрѣніемъ предсѣдателя или члена суда завѣдующаго приѣмомъ прошеній (Ук. Сената въ Собр. Узак. 73 г. № 1009).

Въ прежнее время прошеніе возвращалось съ надписью предсѣдателя (X, 2, 268. Собр. Узак. 73 г. № 100). Теперь оно возвращается при особомъ объявленіи, съ объясненіемъ причинъ непріянія (Уст. 53 и 267. 67 г. Кас. 364. 461. 70 г. Кас. 594). Если проситель самъ

подавъ прошеніе, то оно возвращается ему непосредственно. Но прошенія по Уставу Гр. Суд. могутъ быть присылаемы и по почтѣ ¹⁾ и въ такомъ случаѣ возвращаемое прошеніе отсылается просителю или чрезъ судебного пристава, или съ почтою (Уст. 259 и 267). На распоряженіе о возвращеніи просьбы можетъ быть принесена частная жалоба (Уст. 166 и 268. Уст. Торг. 1750. Ср. 1352—53).

Во многихъ случаяхъ, гдѣ по прежнимъ законамъ прошенія возвращались, теперь они только оставляются безъ движенія, впредь до полученія отъ истца дополнительныхъ приложений или свѣдѣній (72 г. Кас. 540). Эта мѣра не имѣетъ тѣхъ суровыхъ послѣдствій, какъ возвращеніе прошенія. Просьба оставленная безъ движенія считается принятою и перерываетъ теченіе давности, если истецъ своевременно пополнить недостатки прошенія. Поводы къ оставленію просьбы безъ движенія указаны въ 269 ст. Уст. Именно 1) когда въ прошеніи не указано мѣсто жительства просителя, или мѣсто жительства отвѣтчика означено неопредѣлительно, или вовсе не означено, и притомъ не объяснено, что оно истцу неизвѣстно. Мы уже замѣтили, что въ искомомъ прошеніи должно быть указано, между прочимъ, мѣсто жительства отвѣтчика. Это указаніе необходимо, какъ адресъ, по которому производится вызовъ отвѣтчика (Уст. 278 и слѣд.) Но иногда этотъ адресъ неизвѣстенъ истцу и въ такомъ случаѣ вызовъ производится особымъ порядкомъ, чрезъ публикацію въ вѣдомостяхъ (Уст. 293 и слѣд.) Но истецъ въ этомъ случаѣ долженъ прямо сказать въ прошеніи, что мѣсто жительства отвѣтчика ему неизвѣстно, и представить деньги на публикацію (Уст. 263): иначе просьба его оставляется безъ движенія. 2) Когда при прошеніи не оказалось упоминаемыхъ въ немъ приложений. При искомомъ прошеніи должны быть приложены подлинныя документы, на которыхъ проситель основываетъ свой искъ, или засвидѣтельствованныя копіи ихъ, а вмѣсто обширныхъ документовъ, наприм. счетныхъ книгъ дозволяется представлять выписки статей, на которыхъ основано право истца. Если документы писаны на иностранныхъ языкахъ, то должны быть приложены переводы ихъ на русскій языкъ. Когда прошеніе подаетъ повѣренный, долженъ быть приложенъ актъ удостовѣряющій полномочіе его. Всѣ эти документы и приложения должны быть означены или въ самомъ прошеніи, или въ особой описи (Уст. 263—264). И вотъ, еслибы при прошеніи не оказалось упомянутыхъ въ немъ или въ описи документовъ, то прошеніе оставляется безъ движенія. Это предметъ важный; принимая исковыя прошенія, судья долженъ обращать на него особенное вниманіе: иначе онъ можетъ навлечь на себя отвѣтственность. 3) Когда не представлены въ надлежащемъ числѣ копіи, слѣдующія къ предъявленію противной сторонѣ. Кромѣ упомянутыхъ выше приложений, истецъ долженъ представить при своей просьбѣ копіи какъ самаго прошенія, такъ и всѣхъ документовъ, по числу отвѣтчиковъ, за свою подписью (Уст. 263). Эти копіи доставляются отвѣтчикамъ вмѣстѣ съ повѣсткою о вызовѣ въ судъ (Уст. 277). Онѣ необходимы для своевременнаго ознакомленія отвѣтчика съ дѣломъ, для того чтобы онъ могъ дать отвѣтъ по иску и приготовиться къ защитѣ. Вотъ почему, если

¹⁾ Въ проектѣ Уст. Торг. Суд. предполагается запретить присылку прошеній по почтѣ. Но противъ этого послѣдовали весьма основательныя возраженія отъ юристовъ-практиковъ.

копіи не приложены при прошеніи, оно оставляется безъ движенія. 4) Когда прошеніе, копіи его или приложенныхъ къ нему документовъ написаны не на гербовой бумагѣ надлежащаго достоинства, или не приложены судебныя пошлины или деньги на вызовъ отвѣтчика.

Во всѣхъ указанныхъ случаяхъ, когда прошеніе оставлено безъ движенія, истцу назначается срокъ для доставленія недостающихъ свѣдѣній или приложений, и, если онъ пропуститъ этотъ срокъ, то прошеніе возвращается ему и дѣло можетъ быть возобновлено не иначе, какъ подачею вновь исковаго прошенія (Уст. §70).

§ 54. О защитѣ (defensio). 1) Право защиты. Мы уже имѣли случай указать на двойственность понятія объ искѣ, на матеріальный и формальный смыслъ этого слова. Исковое прошеніе можетъ быть подано лицомъ, вовсе не имѣющимъ права иска и, по формальному значенію этого термина, такой проситель будетъ называться истцомъ, а противная сторона отвѣтчикомъ. Искъ, съ формальной точки зрѣнія, есть нападеніе одного лица на другое съ цѣлью измѣнить существующее состояніе юридическихъ отношеній. Нѣтъ никакого резона предполагать это нападеніе основательнымъ, согласнымъ съ системою матеріальнаго права. Производя нападеніе, истецъ обязанъ доказать свое право, привести въ искомомъ прошеніи достаточныя основанія иска. Когда эти основанія приведены, изъ нихъ можетъ слѣдовать предположеніе противъ отвѣтчика. Но это предположеніе, выведенное изъ одностороннихъ показаній истца, представляется довольно шаткимъ и ненадежнымъ. Противной сторонѣ также должна быть открыта возможность высказаться по дѣлу, въ которомъ она заинтересована столько же, какъ и истецъ. Судъ долженъ выслушать обѣ стороны. *Audiat et altera pars!* Въ свою защиту отвѣтчикъ представитъ, можетъ быть, такіе доводы и факты, которые раскроютъ неосновательность иска или докажутъ, что процессъ начатъ противъ него не въ надлежащемъ порядкѣ. И такимъ образомъ вѣсы правосудія склонятся, можетъ быть, въ его пользу. Для суда гражданскаго обѣ стороны сами по себѣ совершенно равны; только представленныя ими основанія и доказательства должны въ его глазахъ давать перевѣсъ требованіямъ или возраженіямъ той или другой стороны. Какъ прошеніе истца, такъ и возможность для отвѣтчика представить свои объясненія служатъ одинаково существенными условіями процесса и рѣшенія. Судебныя установленія могутъ приступать къ производству гражданскихъ дѣлъ не иначе, какъ вслѣдствіе просьбы о томъ лицъ, до коихъ тѣ дѣла касаются, и разрѣшать ихъ не иначе, какъ по выслушаніи объясненія противной стороны или по истеченіи назначеннаго для представленія его срока (Уст. ст. 4). Надобно замѣтить здѣсь, что защита есть только право, а не обязанность отвѣтчика. Въ защитѣ дѣло идетъ объ охраненіи частныхъ гражданскихъ правъ отвѣтчика, охранять или не охранять которыя зависитъ отъ его доброй воли. Онъ можетъ и не явиться въ судъ по вызову истца для опроверженія иска и не присылать повѣреннаго вмѣсто себя. Въ такомъ случаѣ судъ постановляетъ рѣшеніе на основаніи доказательствъ, представленныхъ истцомъ (заочное рѣшеніе).

2) Существо и виды защиты. Защитою называется совокупность средствъ, которыя отвѣтчикъ можетъ направить къ опроверженію иска. Въ этомъ обширномъ смыслѣ подъ понятіе защиты подходятъ не толь-

ко первоначальный отвѣтъ и всѣ дальнѣйшія объясненія и доказательства, представляемыя отвѣтчикомъ, но и всѣ способы обжалованія судебныхъ рѣшеній и опредѣленій, постановленныхъ противъ его интересовъ. Иногда этотъ терминъ употребляется еще въ болѣе широкомъ значеніи, именно обнимаетъ какъ средства защиты отвѣтчика, такъ и тѣ возраженія и объясненія истца, которыя вызываются возраженіями отвѣтчика. Въ этомъ смыслѣ защитою называется всякое средство обороны противъ притязаній или возраженій противника. Съ другой стороны, слово защита употребляется и въ тѣсномъ, собственномъ смыслѣ, а именно означаетъ тѣ возраженія и объясненія, которыми отвѣтчикъ старается обезсилить притязанія истца. Мы остановимся теперь на раскрытіи понятія о защитѣ въ этомъ послѣднемъ смыслѣ слова.

Чтобы объять однимъ общимъ взглядомъ всевозможныя средства защиты противъ иска, надобно снова припомнить себѣ двойственности самаго понятія объ искѣ. Истецъ, въ формальномъ смыслѣ слова, тотъ, кто вошелъ въ судъ съ исковымъ прошеніемъ, можетъ не быть истцомъ въ матеріальномъ смыслѣ, т. е. можетъ не имѣть права иска, не быть субъектомъ матеріальнаго исковаго отношенія. Это одинъ принципъ, на которомъ можетъ основаться защита. Отвѣтчикъ можетъ отрицать за предъявителемъ исковаго прошенія самое право иска. Возможны двѣ формы такого отрицанія: 1) отвѣтчикъ можетъ заявить суду, что требованіе истца, его просительный пунктъ, не имѣетъ основанія, потому ли, что факты, приводимые истцомъ, невѣрны или не доказаны, или потому, что юридическій выводъ изъ этихъ фактовъ неправиленъ, что юридическая оцѣнка ихъ сдѣлана невѣрно, что въ основаніяхъ иска есть существенный порокъ, доказывающій ихъ нецѣлостность, что не существуетъ повода къ иску и что изъ приведенныхъ истцомъ обстоятельствъ и основаній вовсе не слѣдуетъ того, о чемъ онъ проситъ. Такое заявленіе отвѣтчика имѣетъ чисто отрицательный характеръ и, какъ отрицаніе (*negatio*), составляетъ прямую противоположность признанію иска. Такъ какъ признаніе не предполагается, то даже въ случаѣ неявнн отвѣтчика надобно думать, что онъ отрицаетъ искъ въ этомъ смыслѣ. 2) Отвѣтчикъ можетъ заявить суду какіе-нибудь новые факты или обстоятельства, доказывающіе неосновательность иска, потому ли, что основанія иска, вначалѣ дѣйствительныя, въ настоящее время должны быть признаны ничтожными; или потому, что поводъ къ нему, вначалѣ существовавшій, впоследствии прекратился, что произведенъ платежъ по обязательству, что вообще право истца прекратилось, погашено давностью, мировой сдѣлкой и проч. Всѣ эти заявленія (возраженія, *exceptioes*), очевидно, имѣютъ положительный характеръ; только къ иску они относятся отрицательно, стараются разрушить его. Положительность ихъ видна изъ того, что они представляютъ на разсмотрѣніе суда новый слой фактовъ, а не ограничиваются только анализомъ и отрицаніемъ или критикою фактовъ, приведенныхъ истцомъ. Когда отвѣтчикъ вызывается къ отвѣту по иску, то, если онъ имѣетъ какія-нибудь положительныя возраженія противъ иска, онъ долженъ заявить ихъ: иначе они не предполагаются. Кромѣ того, заявивъ съ своей стороны новые факты или обстоятельства, онъ же обязанъ и доказать ихъ. Впрочемъ, въ этомъ отношеніи нѣтъ рѣзкаго различія между возраженіями и простымъ отрицаніемъ иска, потому что если искъ самъ по себѣ представляется основательнымъ, то и отрицаніе

его имѣть значеніе только тогда, когда подрѣвлено доказательствами. Прямой интерес отвѣтчика требуетъ, чтобы онъ подробно разъяснилъ и мотивировалъ свое отрицаніе иска, показалъ, въ чемъ собственно состоитъ его споръ, какіе пороки онъ находитъ въ основаніяхъ иска, почему признаетъ выводы истца неправильными и т. д. Мы уже замѣтили выше, что изъ представленныхъ истцомъ основаній и доказательствъ можетъ слѣдовать предположеніе противъ отвѣтчика. Задача отвѣтчика—опровергнуть это предположеніе. Онъ можетъ сдѣлать это и не приводя новыхъ фактовъ, а ограничиваясь только критикою иска, но одно голое отрицаніе иска, надлежащимъ образомъ не раскрытое и не мотивированное, обыкновенно недостаточно для этой цѣли.

Таковы способы матеріальной защиты противъ иска: отрицаніе иска и возраженія противъ иска, основанныя на системѣ матеріальнаго права. Предположимъ теперь, что съ этой матеріальной точки зрѣнія искъ оказывается совершенно правильнымъ. Средства защиты противъ него еще не исчерпаны вполне. Остаются еще процессуальныя условія и формы, необходимыя для установленія процессуальнаго отношенія между судомъ и сторонами. Если искъ не удовлетворяетъ этимъ условіямъ, отвѣтчикъ можетъ отрицать правильность его съ этой стороны, можетъ заявить процессуальный отводъ противъ иска (*Processeinrede*). Сюда относятся, наприм., отводъ подсудности (*exc. fori*), указаніе на связь иска съ дѣломъ, которое уже производится въ какомъ-нибудь судѣ (*exc. litis pendentis*), или на то, что искъ предъявленъ лицомъ, неспособнымъ искать и отвѣчать на судѣ (*exc. deficientis personae standi in iudicio*) или повѣреннымъ неуполномоченнымъ (*exc. procuratoria*), что въ самомъ исковомъ прошеніи не соблюдаемы существенныя формы (*exc. libelli inepti*) и т. п. Во всѣхъ этихъ случаяхъ отводъ указываетъ на недостатокъ существенныхъ условій для установленія процессуальнаго отношенія, на неспособность суда, на неспособность къ процессу самого истца или его представителя, на негодность искового прошенія и т. д. (Уст. Торг. 1556). И справедливость требуетъ, чтобы отвѣтчикъ имѣлъ право указать на эти недостатки прежде объясненій по существу дѣла (Уст. 69, 571), потому что, если вѣтъ условій для установленія процессуальнаго отношенія, то нельзя обязывать его вступать въ отвѣтъ по существу дѣла; такіе отводы мѣшаютъ самому открытію процесса (*exceptiones litis ingressum impediendes, demurrer*)¹⁾; впрочемъ, объ этомъ мы еще будемъ сейчасъ говорить подробнѣе.

Таковы вообще средства защиты противъ иска — матеріальныя и процессуальныя. Относительно первыхъ надобно замѣтить, что, по своему результату, они могутъ быть подраздѣлены на два разряда: одни изъ нихъ имѣютъ цѣлью совершенно и навсегда устранить притязанія истца, окончательно разрушить искъ, такъ чтобы онъ уже никогда не могъ быть проведенъ въ процессѣ, ни теперь, ни въ будущее время (*exc. peremptoriae*, разрушительныя средства защиты). Другія, напротивъ, имѣютъ цѣлью только устранить искъ въ данный моментъ времени въ данномъ процессѣ, но оставляютъ истцу возможность предъявить его впослѣдствіи (*exc. dilatoriae*, отсрочивающія, отлагательныя средства защиты). Образцомъ перваго рода защиты служить,

¹⁾ Stephen, On pleading, стр. 82, америк. изд. (въ отличіе отъ *plea*, отъѣта по существу дѣла). Также N. Y. Code, § 144.

наприм., ссылка на полный платеж долга, на погашение иска давностью и т. п. А образцом второго рода, наприм., ссылка на ненаступление срока или суспензивного условия для платежа.

Теперь мы переходимъ къ другому болѣе обширному понятію о защитѣ, на которое уже указано выше, именно къ защитѣ, какъ совокупности средствъ обороны противъ притязаній или возраженій противника вообще. Въ этомъ смыслѣ и истецъ имѣетъ право защиты противъ отвѣтчика. Правда, онъ самъ сдѣлалъ первое нападеніе, а потому въ защитѣ нуждается прежде всего отвѣтчикъ. Но объясненія отвѣтчика, направленные противъ иска, могутъ поставить самого истца въ оборонительное положеніе: онъ долженъ опровергнуть возраженія, объясненія и отводы отвѣтчика. Эта защита истца противъ отвѣтчика называется репликою (*replicatio*). Въ свою очередь отвѣтчикъ можетъ опровергать эти возраженія истца новыми возраженіями (*дуплика*) и т. д. Судья долженъ слѣдить за нитью этого состязанія сторонъ, за этимъ обмѣномъ объясненій, и на каждомъ шагѣ взвѣшивать ихъ достовѣрность и основательность, оцѣнивать ихъ юридическое значеніе.

3. Порядокъ предъявленія средствъ защиты¹⁾. Въ этомъ отношеніи надобно различать процессуальные отводы отъ матеріальныхъ средствъ защиты. Послѣднія, какъ объясненія по существу дѣла, могутъ быть предъявлены суду во всякомъ положеніи дѣла до окончательнаго рѣшенія его (Уст. 589, 163, 745). Напротивъ, что касается отводовъ, то законъ различаетъ такіе отводы, которые могутъ быть предъявлены во всякомъ положеніи дѣла (Уст. 576), и такіе, которые должны быть заявлены въ первой отвѣтной бумагѣ, если она подана, или въ первомъ засѣданіи суда (Уст. 575). Кромѣ того, законъ говоритъ еще, что отводъ о подсудности представляется прежде всѣхъ другихъ отводовъ, а прочіе отводы должны быть заявлены всѣ вмѣстѣ (Уст. 574). Но, съ другой стороны, указаніе на неподсудность дѣла, по самому роду его или по мѣсту нахождения недвижимаго имѣнія, должно быть принято судомъ въ соображеніе во всякомъ положеніи дѣла, потому что судъ, даже независимо отъ отводовъ, обязанъ обращать вниманіе на этотъ предметъ, на свою собственную неспособность къ процессуальному отношенію (Уст. 584).—Всѣ эти правила устава объясняются слѣдующимъ образомъ:

Мы уже замѣтили выше, что отвѣтчикъ имѣетъ право указывать на отсутствіе законныхъ условий для установленія процесса, еще не вступая въ отвѣтъ по существу дѣла (Уст. 69 и 571—72). Если онъ желаетъ воспользоваться этимъ правомъ, то законъ совѣтуетъ ему заявить всѣ отводы вмѣстѣ. Представленные отдѣльно отъ объясненій по существу дѣла, отводы разрѣшаются особымъ опредѣленіемъ суда (Уст. 585). Но такое предъявленіе отводовъ отдѣльно отъ объясненій по существу дѣла составляетъ только право, а не обязанность отвѣтчика. Онъ можетъ, предъявляя отводъ, вступить на всякій случай (*eventualiter*) и въ отвѣтъ по существу дѣла, и, если онъ это сдѣлалъ, то судъ, смотря по роду отводовъ, или разрѣшаетъ вопросъ о нихъ отдѣльно, или вмѣстѣ съ рѣшеніемъ дѣла по существу (Уст. 585).

Вслѣдствіе существенной важности отводовъ, указывающихъ на отсутствіе законныхъ условий для установленія процессуальнаго отношенія, законъ требуетъ, чтобы эти отводы заявлялись въ самомъ началѣ

¹⁾ Ганнов. Уст. § 196 ff.

процесса, въ первой отвѣтной бумагѣ или въ первомъ засѣданіи суда (Уст. 575). Но представимъ себѣ, что это требованіе закона не исполнено, что отводы предъявлены только во второмъ засѣданіи или вообще въ дальнѣйшемъ ходѣ процесса; каковы будутъ послѣдствія этого упущенія? И здѣсь нужно обратить вниманіе на существенную важность, по крайней мѣрѣ, нѣкоторыхъ отводовъ. Есть условія процесса столь необходимыя, что недостатокъ ихъ не можетъ быть покрытъ добровольнымъ отреченіемъ отвѣтчика. Самъ судъ обязанъ ex officio наблюдать, чтобы такихъ недостатковъ не было. Сюда относятся именно недостатки, указанные въ ст. 584 Уст.: неподсудность дѣла, не покрываемая добровольнымъ подчиненіемъ отвѣтчика суду, или неспособность стороны къ веденію процесса, отсутствіе полномочія у повѣреннаго. Отводы, указывающіе на такіе недостатки существенныхъ условій процесса, могутъ быть предъявлены во всякомъ положеніи дѣла (Уст. 576, п. 2 и 3). Напротивъ, если недостатокъ, на который ссылается отводъ, можетъ быть покрытъ добровольнымъ отреченіемъ отвѣтчика, если изъ его молчанія, изъ того, что онъ не заявляетъ отвода, можно вывести заключеніе, что онъ отказался отъ возбужденія спора по поводу этого недостатка,—въ такихъ случаяхъ право отвода теряется, если онъ не предъявленъ своевременно. Такъ, наприм., ссылка на неподсудность дѣла по мѣсту жительства отвѣтчика должна быть сдѣлана своевременно; иначе предполагается, что отвѣтчикъ добровольно подчинился суду. Однако и въ случаяхъ этого рода законъ допускаетъ по справедливости одно исключеніе. Если непредъявленіе отвода не могло зависѣть отъ воли отвѣтчика, если, наприм., ему неизвѣстно было при вступленіи въ отвѣтъ, что въ другомъ судѣ производится дѣло, имѣющее тѣсную связь съ настоящимъ искомъ, то онъ въ правѣ предъявить такой отводъ во всякомъ положеніи дѣла. (Уст. 576, п. 1).

О порядкѣ предъявленія средствъ защиты можно говорить еще, употребляя слово защита въ томъ обширномъ смыслѣ, на который указано выше, именно какъ совокупность средствъ обороны противъ притязаній или возраженій противника вообще. Въ этомъ смыслѣ защита сторонъ развивается ими посредствомъ взаимнаго обмѣна объясненій или въ состязаніи на судѣ, такъ что за искомъ слѣдуетъ сначала отвѣтъ, потомъ истецъ съ своей стороны возражаетъ противъ отвѣта, затѣмъ отвѣтчикъ въ свою очередь опровергаетъ реплику истца и т. д. Особенно рѣзко отличаются всѣ эти фазисы состязанія въ тѣхъ случаяхъ, когда оно ведется посредствомъ обмѣна бумагъ между сторонами (Уст. 312—319). Мы еще будемъ говорить объ этомъ въ третьемъ отдѣлѣ курса.

§ 55. О встрѣчномъ искѣ (reconventio, counterclaim, Widerklage) ¹⁾.

1) Понятіе. Встрѣчнымъ искомъ называется искъ, предъявляемый первоначальнымъ отвѣтчикомъ противъ первоначальнаго истца въ теченіи про-

¹⁾ Fuchs, das Recht der Widerklage въ civ. Archiv, 70 г., т. 53. Итал. Уст. 100, и сл. Баден. § 36, и сл. 266, и сл., Бавар. 31, 120, 125, 157, 304, 510, 511, 586, 666, 676, 706. N. York. § 64, п. 4, 149, 150, 246, 285. Boitard, § 527, 708, и сл. Carré et Ch. Ad. т. III, стр. 192, и слѣд. Герм. Пр. 72 г., § 33, 131, 236—38, 258, 297, 527, 544, 553, 563. Ганнов. Уст. § 4, 14, 190, 367. Renaud, § 61. Wetzell, § 63. Endemann, § 175. Думашевскій, Сводъ, § 804, и слѣд.

изводства по первоначальному иску и въ томъ же самомъ судѣ, для одновременнаго или совокупнаго разсмотрѣнія и рѣшенія. Раскрывая отдѣльные элементы этого опредѣленія, мы должны замѣтить прежде всего, что здѣсь мы имѣемъ дѣло съ такою реакцію первоначальнаго отвѣтчика противъ иска, которая выходитъ за предѣлы простой защиты и состоитъ уже не въ возраженіи противъ иска, а въ особомъ притязаніи или искѣ, направленномъ противъ первоначальнаго истца. Встрѣчный искъ есть средство не оборонительное, а наступательное, онъ заключаетъ въ себѣ самостоятельныя требованія отвѣтчика, обращенныя къ истцу и выраженныя не въ видѣ опроверженія требованій истца или спора противъ нихъ, а въ видѣ особаго иска (67 г. Кас. 526, д. Сидорова. 69 г. Кас. 130, д. Ечкина, № 1109, д. Лившица, № 1111, д. Грунвальда, № 1310, д. Синева. 70 г. Кас. 938, д. Никифоровой). Поэтому при предъявленіи его въ окружномъ судѣ должна быть уплачена исковая пошлина (Уст. 848). Однако, въ немъ есть и нѣкоторыя особенности въ сравненіи съ обыкновенными исками. Такъ, онъ предъявляется въ томъ же судѣ, гдѣ производится дѣло по первоначальному иску, т.-е. откуда уже получено отвѣтчикомъ извѣстіе о первоначальномъ искѣ. При этомъ предполагается, что онъ подлежитъ вѣдомству того же суда по роду дѣла (Уст. 38, 39, 226). Если бы онъ не подлежалъ этому вѣдомству, то судъ обязанъ бы былъ не принимать его и продолжать разборъ дѣла по первоначальному иску, представляя отвѣтчику обратиться съ своимъ искомъ въ надлежащее судебное мѣсто (Уст. Торг. 1306). Только въ случаѣ неразрывной связи обоихъ исковъ, когда они вытекаютъ изъ одного и того же отношенія и должны быть разрѣшены совокупно, производство по первоначальному иску прекращается и дѣло переносится въ надлежащій судъ (Уст. 39). Если встрѣчный искъ предъявленъ и принятъ тѣмъ же судомъ, то и въ такомъ случаѣ онъ не сливается съ первоначальнымъ искомъ, а напротивъ составляютъ прямую противоположность его: истецъ въ одномъ искѣ—является отвѣтчикомъ въ другомъ, такъ что роли сторонъ совершенно различны. Самое производство по тому и другому иску представляется пѣльнымъ и неразрывнымъ только въ томъ случаѣ, когда оба иска вытекаютъ изъ одного и того же отношенія. Въ другихъ случаяхъ связь между производствами можетъ быть болѣе или менѣе тѣсною, однако судъ долженъ имѣть право раздѣлять ихъ, т.-е. рѣшить сначала одно дѣло, а потомъ другое. И вообще судьба одного иска не зависитъ отъ другаго, потому что встрѣчный искъ не есть принадлежность первоначальнаго, а напротивъ совершенно самостоятельное требованіе. Напримѣръ, первоначальный истецъ можетъ прервать свой искъ и тѣмъ не менѣе производство по встрѣчному иску продолжается (68 г. Кас. 619, д. Эссена).

2. Условія. Мы уже видѣли, что для предъявленія встрѣчнаго иска необходима: 1) подсудность по роду дѣла. Можетъ быть, сюда слѣдуетъ присоединить еще подсудность по мѣсту нахождения недвижимаго имущества, потому что судъ *ex officio* обязанъ не принимать къ своему разсмотрѣнію дѣлъ, не подлежащихъ его вѣдомству на этомъ основаніи (Уст. 584). Поэтому, наприм., противъ иска о возстановленіи нарушеннаго владѣнія нельзя предъявить не только искъ о правѣ собственности на имѣніе, но и искъ о защитѣ владѣнія недвижимымъ имуществомъ, лежащимъ внѣ предѣловъ міроваго участка. 2) Нужна нѣкоторая связь между исками (*connexitas*). Эта связь можетъ быть

двойка: а) иски могут вытекать изъ одного и того же источника или сложнаго отношенія (ex eodem fonte, ex eodem negotio v. contractu) и стоять въ неразрывной связи между собою ¹⁾ и б) они могут вытекать изъ разныхъ основаній или отношеній, наприм., изъ разныхъ договоровъ, но стоять, однако, въ связи между собою въ томъ смыслѣ, что встрѣчный искъ служить какъ бы отвѣтомъ на первоначальный, именно заключаетъ въ себѣ такой матеріалъ, который можетъ служить предметомъ возраженія противъ первоначальнаго иска. Сюда въ особенности относится возраженіе зачета (exc. compensationis). Это возраженіе, какъ извѣстно, подлежитъ нѣкоторымъ ограниченіямъ и есть дѣла, гдѣ оно не допускается и не останавливаетъ взысканія. Таковы вексельныя дѣла (Уст. Торг. 651 и сл.). Въ этихъ случаяхъ и встрѣчный искъ не долженъ останавливать взысканія. 3) Чтобы предупредить проволочки въ производствѣ дѣлъ, законъ опредѣляетъ время предъявленія встрѣчнаго иска. Въ сравненіи съ другими законодательствами ²⁾, нашъ уставъ довольно строгъ въ этомъ отношеніи. Отвѣтчикъ имѣетъ право заявить встрѣчный искъ не позже, какъ въ первой отвѣтной бумагѣ, а если таковая не была подана, то въ первомъ засѣданіи по дѣлу (Уст. 340). По заявленіи встрѣчнаго иска докладъ дѣла отсрочивается и отвѣтчику назначается срокъ для письменнаго изложенія своего иска (Уст. 341, 342). 4) Законъ упоминаетъ только о встрѣчномъ искѣ отвѣтчика и противопоставляетъ его первоначальному иску. Отсюда слѣдуетъ заключить, что встрѣчный искъ противъ встрѣчнаго не былъ въ виду законодателя. Такое усложненіе процесса обыкновенно не допускается (res conventio res conventio non datur). Однако есть исключеніе изъ этого правила, когда иски вытекаютъ изъ одного и того же отношенія. Такъ, наприм., противъ иска о платежѣ покупной цѣны отвѣтчикъ заявилъ встрѣчный искъ о расчетахъ по товариществу; первоначальный истецъ можетъ отвѣтить на это встрѣчнымъ искомъ по тѣмъ же товарищескимъ расчетамъ ³⁾.

1) Проектъ Уст. Торг. Суд., § 104, допускаетъ только встрѣчные иски этого рода. Иностранныя законодательства дозволяютъ ихъ и въ случаяхъ означенныхъ въ п. б.

2) Франц. Уставъ, напримѣръ, допускаетъ предъявленіе встрѣчныхъ исковъ даже въ апелляціонной инстанціи (art. 464), наравнѣ со ссылкой на зачетъ. Баден. Уст. § 36 и 266, — до окончанія состязанія, предшествующаго постановленію рѣшенія. Ср. однако § 267. Бавар. § 706, и въ апелляціонной инстанціи, если искъ способенъ къ зачету первоначальнаго или возникъ по окончаніи состязанія въ первой инстанціи. И по нашему уставу, первую отвѣтную бумагою можетъ быть, напримѣръ, отзывъ на заочное рѣшеніе (68 г., Кас. 724 и 762; 70 г. Кас. 1286 и 1890; 72 г. Кас. № 1302 и др.). Но можно ли предъявлять встрѣчный искъ въ апелляціонной жалобѣ на заочное рѣшеніе? Побѣд., § 559, рѣшаетъ этотъ вопросъ утвердительно, если жалоба была первою отвѣтною бумагою. 68 г. Кас. 649, д. Благодѣльскаго — отрицательно на основаніи ст. 12 Уст.

3) Wetzell, Renaud. l. cit. Баден., § 273.

ГЛАВА ВТОРАЯ.

О доказательствах ¹⁾.

1. Общая теорія доказательствъ.

§ 56. Понятіе о доказательствѣ. Доказательствомъ въ обширномъ смыслѣ или доводомъ называется все, что убѣждаетъ нашъ умъ въ истинности или ложности какого-нибудь факта или положенія. Въ этомъ смыслѣ понятіе о доказательствѣ принадлежитъ къ области логики. Въ техническомъ смыслѣ нашей науки, судебными доказательствами называются законныя основанія для убѣжденія суда въ существованіи или несуществованіи спорныхъ юридическихъ фактовъ.

Едвали нужно говорить затѣмъ, что доказательства должны играть важную роль въ дѣлѣ суда. Процессъ имѣетъ цѣлью охраненіе или осуществленіе правъ. Но каждое право, каждое юридическое отношеніе возникаетъ изъ фактовъ, измѣняется и прекращается посредствомъ другихъ фактовъ. Поэтому и споръ сторонъ, и дѣятельность суда въ процессѣ сосредоточиваются обыкновенно на двухъ, существенно различныхъ вопросахъ—на юридической оцѣнкѣ фактовъ и отношеній и на вопросѣ о существованіи или несуществованіи фактовъ. Опытъ показываетъ, что именно послѣдній вопросъ—вопросъ факта—вызываетъ болѣе всего споровъ и требуютъ отъ суда самой усиленной работы. Когда существованіе факта удостовѣрено, то примѣненіе къ нему закона обыкновенно не трудно. И чѣмъ болѣе развиваются законодательство и наука правовѣдѣнія, тѣмъ этотъ вопросъ права въ процессѣ становится проще для судей юридически образованныхъ. Напротивъ, съ усложненіемъ быта и съ развитіемъ утонченныхъ правовъ область

1) Le Gentil, Origines du droit, essai hist. sur les preuves sous les lég. juive, egyptienne, indienne, greque et romaine etc. 1863 г. Fresquet, de la preuve en droit rom. 62 г. Bentham, tr. des preuves jud. 30 г. 2 vol. Bonnier, tr. der preuves, 3 ed. 62 г. 2 vol. Gabriel, essai sur la nature des preuves 45 г. Mittermaier, die Beweislehre въ civ. Arch. т. 48, 65 г. Endemann, die Beweislehre 60 г. Его же, freie Beweisprüfung въ civ. Arch. т. 41 и Urkundenbeweis, ib., т. 43. Bar, Beweisurtheil, 66 г. и Recht und Beweis 67 г. Zink, Ermittelung des Sachverhalts im Franz. civ. Proz. 2 т. 60 г. Best, Princ. of evidence 5 ed. 70 г. Нѣмед. перев. Марквадсена, 51 г. Phillips on evidence, 5 ed. 67 г. N. York. 3 vol. Greenleaf on evidence, 12 ed., Boston, 68 г. 3 vol. Davis. 1. cit. стр. 448—918: evidence in county Courts. Побѣдон. § 681—975. Думаш. § 281—641. Истор. соч. см. выше § 8. Шапошниковъ въ „Ж. М. Ю.“ 63 г. № 8. 62 г. № 12. „Суд. В.“ 66 г. № 117. Verh. der. deut. Jurist. II, 1, 9, 18, 52, 78, 104, 122; II, 2, 527, 621. III, 1, 98. III, 2, 100, 515. IV, 1, 112. V, 2, 25. VI, 1, 24, 35, 105, 143, 209. VIII, 1, 12. VIII, 2, 285, 328. Dig. 22, 3. Cod. 4, 19. X. 2, 19. Bas. XXII. Clem. 2, 7. Pothier, т. III, стр. 560 и слѣд. C. Nap. 1315—1369. C. de proc. 34—43, 193—336. C. de com. 8—17. C. civ. Ital. 1312—1377. C. di pr. 209—296. C. di com. 16—27. Sächs. G. B. § 171—175, 298—302, 322, 323, 397, 533, 565, 599, 717, 731—2, 861—3, 1435, 1439, 1533, 1539, 2294, 2597. Бавар. Уст. § 319—432. Бад. § 376—596. Ганнов. § 215—342. Австр. Refer. E. § 278—457, Reg. Entw. 67 г. § 280—468.

фактовъ болѣе и болѣе возрастаетъ и потребность въ удостовѣреніи ихъ усиливается. При настоящихъ условіяхъ положительно можно сказать, что большая часть труда и времени судей уходитъ на изслѣдованіе фактической стороны судебныхъ дѣлъ, на рѣшеніе вопросовъ объ истинности или ложности фактовъ. И безъ сомнѣнія правильное рѣшеніе этихъ вопросовъ столько же существенно для правосудія, какъ и надлежащая юридическая оцѣнка фактовъ. Истина столько же необходима для суда, какъ и справедливость. Если бы судъ сталъ ошибочно или ложно признавать дѣйствительные факты несуществующими, а факты вымышленные дѣйствительными, и примѣнять къ нимъ за тѣмъ правила закона со всею точностью, такая комедія правосудія указывала бы на глубокую порчу его и была бы страшнымъ бѣдствіемъ для народа.

Спорные факты въ процессѣ удостовѣряются доказательствами и вотъ почему на нихъ именно сосредоточивается борьба сторонъ. Кто не доказалъ спорнаго факта, тотъ можетъ потерять процессъ, если на этомъ фактѣ основывался его искъ или опиралась его защита. Въ области права и процесса доказательства имѣютъ свой предметъ, особенности котораго отражаются на всей ихъ системѣ. Для судьи недостаточно знать только общія правила логики о доказательствахъ. Онъ долженъ быть знакомъ и съ юридическою теоріею доказательствъ, т.-е. съ совокупностью правилъ объ этомъ предметѣ, вытекающихъ изъ системы права и процесса. Въ этой теоріи опредѣляются предметъ и средства судебныхъ доказательствъ, отношеніе къ нимъ тяжущихся сторонъ и суда и самый порядокъ судопроизводства о доказательствахъ.

§ 57. Предметъ доказательства. Предметомъ судебныхъ доказательствъ служатъ спорные юридическіе факты, а именно существованіе или несуществованіе этихъ фактовъ. Слѣдовательно, нельзя считать предметомъ судебныхъ доказательствъ: 1) законы и распоряженія правительства, обнародованные во всеобщее свѣдѣніе въ установленномъ порядкѣ. По основному началу права, даже никто изъ частныхъ лицъ не можетъ отговариваться невѣдѣніемъ закона, когда онъ былъ обнародованъ установленнымъ порядкомъ (Осн. Зак. 62). Относительно судебныхъ установленій, какъ охранителей закона, безъ сомнѣнія еще болѣе естественно и необходимо предполагать, что законы имъ извѣстны, что нѣтъ надобности доказывать суду ихъ существованіе. *Jura novit curia.*) То же самое слѣдуетъ сказать о правительственныхныхъ распоряженіяхъ, обнародованныхъ во всеобщее свѣдѣніе. По именно такое обнародованіе нужно считать условіемъ общеизвѣстности законовъ и распоряженій правительства. Такъ, наприм., мѣстные законы иногда объявляются у насъ только въ тѣхъ мѣстностяхъ, къ которымъ они относятся, какъ-то: въ западныхъ окраинахъ, въ Туркестанѣ и т. п. Для судовъ имперіи такія публикаціи суть факты неизвѣстные, подлежащіе спору, а слѣдовательно и доказательству. Такого же значеніе правительственныхныхъ распоряженій, не обнародованныхъ во всеобщее свѣдѣніе. Мѣстные обычаи, если они суду неизвѣстны, также могутъ составить предметъ доказательства (Уст. 130), но если обычай уже фиксированъ въ рѣшеніяхъ, наприм., коммерческаго суда, и вопросъ о немъ возникаетъ въ томъ же самомъ судѣ, то суду дозволяется руководиться своими прежними рѣшеніями (Уст. Торг. 1714).

Законы иностранных государств также не предполагаются непременно известными русскому суду. Если бы судь былъ знакомъ съ ними, то нѣтъ надобности въ доказательствѣ ихъ; въ противномъ же случаѣ они должны быть доказаны тѣмъ, кто на нихъ ссылается. Затрудненія въ примѣненіи иностранныхъ законовъ разрѣшаются посредствомъ сношеній чрезъ министерство иностранныхъ дѣлъ (Уст. 709), или же справкою суда съ иностранными сборниками законовъ и юридическими сочиненіями. 2) Безспорные факты. Исключеніе ихъ изъ числа предметовъ доказательства основывается на двухъ различныхъ началахъ. а) Судъ, какъ органъ общественнаго сознанія и государственной власти, имѣеть возможность знать съ полною достовѣрностью факты общеизвестные и очевидные и, вслѣдствіе того, они не нуждаются въ доказательствѣ. *Notorium non eget probatione*. Такъ, наприм., факты природы, известные всему человѣчеству, конечно, известны и суду. Территорія страны, губерніи, города, государственное устройство, факты войны и другіе крупные факты отечественной или всемірной исторіи также принадлежать къ разряду предметовъ, известныхъ суду. Есть также факты общеизвестные въ данной мѣстности, наприм., фактъ ярмарки, мѣстнаго пожара и т. п., однимъ словомъ, такіе факты, споръ противъ которыхъ былъ бы смѣшонъ и выражалъ бы только желаніе тяжущагося проволочить дѣло. Вотъ почему такіе факты не подлежатъ доказательству. Впрочемъ, граница между ними и обстоятельствами спорными довольно неопредѣленна, а потому въ случаѣ сомнѣнія судъ можетъ требовать доказательства факта, и вообще не долженъ принимать факты сомнительные за общеизвестные и очевидные. Съ этимъ разрядомъ фактовъ не слѣдуетъ смѣшивать тѣ обстоятельства, касающіяся частныхъ отношеній, о которыхъ судья узнаеть частнымъ путемъ или посредствомъ слуховъ и молвы. Наприм., судья, какъ частному человѣку, можетъ быть известно, что такое-то лицо заняло у другаго опредѣленную сумму денегъ, но такіа частныя свѣдѣнія не замѣняютъ доказательствъ: кредиторъ, предъявляя искъ, обязанъ доказать его на судѣ законными способами, несмотря на частное знакомство судьи съ дѣломъ; судъ не въ правѣ основывать рѣшенія на такомъ закулисномъ знакомствѣ. *Non refert quid notum sit iudici, si notum non sit in forma iudicii*. Это одно изъ основныхъ правилъ въ теоріи доказательствъ и весьма важная гарантія правосудія. б) Гражданскій процессъ имѣеть цѣлью охраненіе правъ гражданскихъ, а эти права состоятъ обыкновенно въ свободномъ распоряженіи частныхъ лицъ; признаніе факта, отъ котораго зависитъ существованіе права, есть одинъ изъ способовъ распоряженія судьбою права; такъ какъ это распоряженіе исполнѣ законно въ известныхъ предѣлахъ, то отсюда слѣдуетъ, что судъ не долженъ повѣрять факты, признанные сторонами. Онъ долженъ принимать эти факты въ томъ видѣ, какъ они допускаются тяжущимися по обоюдному соглашенію. Факты, признанные заинтересованными лицами, не требуютъ доказательства (Уст. 480 и 112, Уст. Торг. 1591 и сл.).

3) Законные выводы изъ фактовъ. Они относятся къ юридической, а не къ фактической сторонѣ дѣла и подлежатъ доказательствамъ только косвенно, именно только фактическія условія ихъ могутъ быть предметомъ доказательства. Нельзя, напримѣръ, допрашивать свидѣтелей по вопросу о томъ, вытекаетъ ли изъ договора купли-продажи обязательство къ платежу покупной цѣны. Этотъ выводъ

рѣшается закономъ. Стороны могутъ спорить противъ фактовъ, которые лежатъ въ основаніи его, и эти факты служатъ предметомъ доказательства. Но самый выводъ можно опровергать только основанными на законѣ и на характерѣ факта соображеніями или доводами и объясненіями. Притомъ есть выводы, которыхъ нельзя опровергнуть, если существуетъ фактъ, на которомъ они основаны. Такъ, напримѣръ, если существуетъ брачный союзъ, то нельзя отвергнуть права и обязанности, вытекающія изъ него по закону.

§ 58. Продолженіе. Обязанность къ представленію доказательствъ (*onus probandi*). Въ предыдущемъ параграфѣ мы рассмотрѣли вопросъ о томъ, что вообще можетъ служить предметомъ доказательства. Остановимся теперь на другомъ вопросѣ: что должно подлежать доказательству въ процессѣ? Съ этимъ послѣднимъ вопросомъ связывается еще третій, именно: на чьей сторонѣ лежитъ обязанность представить доказательства, кто и что долженъ доказать въ процессѣ? Мы уже видѣли, что прежде всего истецъ обязанъ доказать свой искъ, представить основанія своего нападенія на отвѣтчика. Это правило не слѣдуетъ понимать въ томъ смыслѣ, будто истцу дозволяется представлять доказательства только въ моментъ предъявленія иска и до объясненій отвѣтчика, а затѣмъ уже никакихъ доказательствъ отъ него не принимается. Напротивъ, каждая сторона имѣетъ право представлять доказательства въ теченіи всего процесса до окончательнаго рѣшенія дѣла (70 г. Кас. 873, д. Гофмана съ Серебряковымъ. Уст. 368 и 745). Правило это означаетъ только, что если искъ не доказанъ, то судъ не можетъ обвинить отвѣтчика за то, что онъ не представилъ съ своей стороны доказательства противъ иска (Уст. 81 и 366, X, 2, 312. Уст. торг. 1587. 67 г. Кас. 280, 424, 481, 514 и др. 72 г. Кас. 468, д. Бутрина). Истецъ проситъ объ измѣненіи существующаго состоянія отношеній, отвѣтчикъ желаетъ только сохранить это состояніе, онъ ничего не требуетъ, ни на кого не нападаетъ. Поэтому, если истецъ не представилъ доказательствъ въ пользу измѣненія существующаго состоянія отношеній, отвѣтчикъ не обязанъ ничего доказывать съ своей стороны. *Onus probandi* лежитъ на томъ, кто въ данный моментъ потерялъ бы процессъ, еслибы ничего или болѣе ничего не было доказано ни съ той, ни съ другой стороны (*Best, on evidence*). Но очевидно, что въ моментъ предъявленія иска истецъ теряетъ процессъ, если ничего не будетъ доказано, если не будутъ приведены основанія для измѣненія существующаго состоянія или порядка. *Actore non probante, reus absolvitur*.

Спрашивается теперь: при какихъ условіяхъ обязанность доказыванія переходитъ на отвѣтчика? что долженъ доказать истецъ для того, чтобы освободиться отъ *onus probandi*? Онъ долженъ доказать основанія своего иска, т.-е. тѣ юридическіе факты, изъ которыхъ вытекаетъ его право иска (исковые факты, *Klagthatsachen*), доказать настолько, чтобы возникло предположеніе противъ отвѣтчика, такъ что, еслибы затѣмъ ни съ чьей стороны не было представлено новыхъ доказательствъ, нужно было бы рѣшить дѣло въ пользу истца. Мы уже видѣли, что исковые факты могутъ быть двоякаго рода: они составляютъ активное или пассивное основаніе иска и могутъ быть по-

1) Weber, Verbindl. z. Beweisführung, 1845. Rizy idem. 1841 г.

ложительными или отрицательными. Истецъ долженъ доказать ихъ настолько, чтобы искъ его представлялся основательнымъ, чтобы его просительный пунктъ казался правильнымъ.

1. Активнымъ основаніемъ иска служатъ или факты положительные, напримѣръ, купля-продажа, заемъ, дареніе, завѣщаніе, деликтъ и т. п., или отрицательные, напримѣръ, недѣйствительность или порочность акта. Тѣ и другіе одинаково подлежатъ доказательству со стороны истца. Такъ, напримѣръ, истецъ требуетъ возвращенія платежа, произведеннаго *sine causa*, по акту ничтожному или впослѣдствіи уничтоженному: онъ обязанъ и доказать эту безосновательность платежа, т.-е. недѣйствительность или уничтоженіе акта ¹⁾.

2. Пассивное основаніе или поводъ къ иску можетъ состоять также или въ положительномъ дѣйствіи или состоявіи, или же въ упущеніи. Такъ, наприм., лицо владѣетъ чужою вещью, товарищъ употребляетъ деньги товарищества на свои личныя дѣла, наниматель портитъ вещь—все это дѣйствія положительныя. Но, наприм., должникъ не платитъ долга, поставщикъ не поставяетъ припасовъ—въ этихъ случаяхъ поводомъ къ иску служитъ упущеніе, дѣйствіе отрицательное или отсутствіе положительнаго дѣйствія. Сопоставляя первый рядъ поводовъ съ активными основаніями исковъ, мы замѣтимъ, что каждый изъ этихъ исковъ основывается на самостоятельныхъ фактахъ двойнаго рода, такъ что изъ одного факта нельзя заключить о существованіи другаго. Такъ, наприм., искъ о возвращеніи вещи изъ незаконнаго владѣнія основывается 1) на фактѣ пріобрѣтенія истцомъ права собственности и 2) на фактѣ владѣнія чужою вещью со стороны отвѣтчика; изъ перваго факта вовсе не слѣдуетъ другой и, наоборотъ, изъ втораго не вытекаетъ первый. Истецъ долженъ доказать оба факта. Напротивъ, въ другомъ рядѣ случаевъ, когда поводомъ къ иску служитъ упущеніе, искъ основывается 1) на положительномъ фактѣ и 2) на отсутствіи другаго факта, и притомъ такъ, что когда доказанъ первый фактъ, мы должны предполагать отсутствіе другаго факта. Наприм., искъ о платежѣ долга по займу основывается на фактѣ займа и на упущеніи платежа и, когда доказанъ фактъ займа, когда, слѣдовательно, доказано, что долговое обязательство возникло, мы должны предполагать, что его существованіе продолжается, и держаться этого предположенія до тѣхъ поръ, пока намъ не будетъ доказанъ другой фактъ, на основаніи котораго обязательство должно бы было прекратиться. Очевидно, истецъ долженъ доказать здѣсь только фактъ установленія обязательства, подлежащаго платежу; затѣмъ упущеніе платежа предполагается до тѣхъ поръ, пока отвѣтчикъ не докажетъ противнаго.

Таковы исковые факты вообще. Они служатъ предметомъ доказательства для истца. Но, спрашивается, въ какой мѣрѣ истецъ долженъ доказать эти факты? Нужно обратить вниманіе на то, что каждый юридическій фактъ есть нѣчто весьма сложное, въ каждомъ есть множество условій и принадлежностей. Такъ, наприм., актъ договора зависитъ отъ правоспособности и дѣеспособности контрагентовъ, отъ законности предмета, отъ соглашенія сторонъ, отъ формы этого соглашенія и т. д. По отношенію къ каждому изъ этихъ условій въ немъ могутъ быть недостатки, но иногда такіе, которые въ моментъ предъ-

¹⁾ Не всегда недѣйствительность въ минуту платежа. *Contra* Побѣд. § 714.

явленія иска не видны, а могутъ открыться только послѣ защиты, по указаніямъ отвѣтчика; наприм., что контрагентъ, при заключеніи договора, былъ несовершеннолѣтнимъ, что соглашеніе состоялось по ошибкѣ и т. п. Судъ не можетъ предполагать такіе недостатки, не имѣя въ виду указанія на нихъ ни со стороны истца, ни со стороны отвѣтчика. Въ каждомъ фактѣ есть совокупность признаковъ, которые на первый взглядъ, prima facie, дѣлаютъ его достовѣрнымъ и возбуждаютъ въ насъ убѣжденіе въ его существованіи. Если истецъ доказалъ исковые факты въ этой мѣрѣ, то возникаетъ предположеніе противъ отвѣтчика впредь до дальнѣйшаго развитія состязанія. Невозможно требовать отъ истца, чтобы онъ уже на первомъ шагу процесса и еще не имѣя въ виду никакихъ возраженій или спора со стороны отвѣтчика, исчерпалъ всѣ детали каждаго исковаго факта, чтобы онъ самъ возбудилъ всякаго рода сомнѣнія противъ этихъ фактовъ и вступилъ въ подробный разборъ и въ опроверженіе этихъ сомнѣній. Онъ долженъ доказать эти факты лишь настолько, чтобы они на первый взглядъ казались достовѣрными и возбуждали предположеніе противъ отвѣтчика. Надобно замѣтить еще, что есть случаи, гдѣ истецъ, въ моментъ предъявленія иска, вполне правильнаго, не можетъ представить никакихъ доказательствъ, а ссылается, наприм., на документы, которые находятся въ рукахъ отвѣтчика, или даже просто требуетъ его къ отвѣту и состязанію, надѣясь уличить его въ свою пользу. И такой искъ долженъ быть принятъ судомъ и можетъ оказаться совершенно основательнымъ въ результатѣ процесса (68 г. Кас., 832), такъ что предположеніе противъ отвѣтчика можетъ возникнуть изъ его собственныхъ показаній (Уст. 444).

Основаніе иска часто не разрѣшаетъ вопроса о размѣрѣ требованія. Размѣръ требованія есть предметъ иска. Нерѣдко основаніе иска можно доказать съ полною достовѣрностью, но въ какомъ размѣрѣ изъ него вытекаетъ исковое требованіе—это представляется сомнительнымъ. Наприм., фактъ правонарушенія—убійства, увѣчья, поврежденія имущества и т. п.—можетъ быть доказанъ до очевидности, но въ какомъ размѣрѣ причинены истцу убытки посредствомъ этого факта, вопросъ этотъ часто остается неопредѣленнымъ, несмотря на совершенную достовѣрность правонарушенія. Въ такихъ случаяхъ нужно считать искъ въ его основаніяхъ доказаннымъ, оставляя ликвидацию убытковъ, т. е. опредѣленіе размѣра ихъ, до дальнѣйшаго развитія процесса. Судъ долженъ дать отвѣтчику возможность высказаться о размѣрѣ убытковъ и затѣмъ опредѣлить его по собственному убѣжденію, основанному на соображеніи обстоятельствъ дѣла, не возлагая на одного истца всю тяжесть доказательства ¹⁾. Судъ же долженъ рѣшить, нужно ли предварительно выслушать заключеніе экспертовъ по этому вопросу (X, 1, 574, 675 по прод. 64 и 69 г., 689. Уст. 499 и 515). Нормою оцѣнки часто могутъ служить рыночныя или биржевыя

¹⁾ Герм. Пр. 72 г., § 245. Проектъ Уст. Торг. Суд. 172 и 173. Best, § 259. Ганнов., § 258. Бад. 588. Виртемб. 441. Бавар. 330. Герм. проектъ предоставляетъ свободному усмотрѣнію суда не только опредѣленіе размѣра убытковъ, но и рѣшеніе вопроса, были ли причинены убытки. Въ этомъ же смыслѣ высказался VI съѣздъ герм. юристовъ Verh. 2, стр. 267.—Наша кассационная практика возлагаетъ все бремя на истца и считаетъ всѣ иски объ убыткахъ неосновательными, если истецъ не доказалъ размѣра убытковъ. 68 г. Кас. 455, д. Копырина. 69 г. Кас. 1319, д. Еремѣева. Побѣд. § 692.

цѣны (Спб. Коммерч. Суда по дд. Конаржевскаго, Ялтуновскаго, Комарова и др. „Суд. Вѣст.“ 68 г., № 3, 29, 82. Contra 69 г. Кас. 1319). Истецъ долженъ сдѣлать только приблизительный расчетъ убытковъ; но даже и это требованіе не всегда можетъ быть имъ выполнено. Часто отвѣтчику ближе извѣстны тѣ обстоятельства дѣла, на основаніи которыхъ расчетъ можетъ быть составленъ. Таковы, наприм., дѣла о взысканіи доходовъ и объ истребованіи отчетности по управленію имуществомъ или незаконному владѣнію имъ. Въ такихъ случаяхъ истецъ можетъ просить судъ объ истребованіи отчета отъ отвѣтчика. (Уст. 900).

По предъявленіи иска вызывается отвѣтчикъ. Онъ можетъ явиться или не явиться. Въ послѣднемъ случаѣ судъ основываетъ заочное рѣшеніе на доказательствахъ истца (Уст. 722) и съ этою цѣлью отбираетъ, рассматриваетъ, въ случаѣ надобности повѣряетъ эти доказательства, и оцѣниваетъ ихъ (Уст. 720). Мы уже замѣтили выше, что въ этомъ случаѣ по нашему законодательству ¹⁾, въ отличіе отъ нѣкоторыхъ иностранныхъ законовъ ²⁾, не предполагается, что отвѣтчикъ призналъ факты, заявленные истцомъ. Слѣдовательно, исковые факты должны быть удостовѣрены истцомъ и судъ присуждаетъ ему только требованія, имъ доказанныя (Уст. 722). Впрочемъ, и по нашему закону судъ не долженъ возбуждать въ этомъ случаѣ всякаго рода сомнѣнія противъ исковыхъ фактовъ и какъ бы принимать на себя защиту отвѣтчика. Заочное рѣшеніе есть мѣра временная, формальная; оно уничтожается *ipso facto* подачею на него отзыва, за которымъ слѣдуетъ потомъ состязаніе сторонъ и изслѣдованіе дѣла (Уст. 731). Неявка отвѣтчика не должна увеличивать бремя истца и, если исковые факты *prima facie* представляются достовѣрными, не за чѣмъ повѣрять ихъ.

Положимъ теперь, что отвѣтчикъ явился и вступилъ въ отвѣтъ. Онъ можетъ, не признавая иска, или отрицать его, или представить противъ него возраженія или отводы. Мы уже замѣтили выше, что по отношенію къ *onus probandi* нѣтъ существеннаго различія между отрицаніемъ иска и возраженіями противъ него и что голое отрицаніе иска не имѣетъ никакого значенія, если искъ представляется основательнымъ настолько, что возбуждаетъ предположеніе противъ отвѣтчика. Подъ понятіе объ отрицаніи иска подходитъ какъ отрицаніе исковыхъ фактовъ (основанія и повода къ иску), такъ и отрицаніе правильности вывода изъ нихъ исковаго требованія. Въ томъ и другомъ направленіи оно можетъ указывать на разные пробѣлы въ доказательствахъ истца, и вызывать его къ пополненію ихъ.

Если отвѣтчикъ, отрицая искъ, ссылается вмѣстѣ съ тѣмъ на какое-нибудь обстоятельство, подтверждающее его отрицаніе, то онъ обязанъ доказать это обстоятельство. Такъ, наприм., кто опровергаетъ искъ по заемному письму ссылкой на безденежность акта, тотъ долженъ и доказать эту безденежность. То же самое надобно сказать о возраженіяхъ отвѣтчика, когда онъ, допуская исковые факты, противопоставляетъ имъ другіе факты, съ которыми связана потеря исковаго права. На немъ лежитъ обязанность доказать эти обстоятельства, на которыхъ основана его защита. Наприм., отвѣтчикъ, допуская фактъ займа, говоритъ, что уплатилъ этотъ долгъ; въ такомъ случаѣ онъ обя-

¹⁾ Также Франц. С. de pr. 150. Итал. 384 и Борсари, ad hoc, 1, стр. 557 и сл.

²⁾ Бавар. 297, 301. Виртемб. 389. Бад. 326. Ганнов. 368. Брауншв. 72, 113. Герм. Пр. 72 г. 281. Пр. Уст. Торг. Суд. 177.

занъ и доказать этотъ платежъ. Это правило примѣняется и къ репликамъ, дубликамъ и т. д.

Въ теченіи процесса *onus probandi* можетъ такимъ образомъ переходить съ одной стороны на другую и вотъ почему этотъ вопросъ: на комъ лежитъ обязанность къ представленію доказательствъ, нельзя разрѣшить неизмѣннымъ опредѣленіемъ суда въ самомъ началѣ процесса. Въ Германіи старыя законодательства требовали, чтобы судъ уже въ первомъ періодѣ процесса распредѣлялъ эту обязанность доказыванія между сторонами. Судъ долженъ былъ постановлять особое опредѣленіе объ этомъ предметѣ (*Beweisinterlokut*) и это опредѣленіе имѣло силу условнаго рѣшенія, подлежало апелляціи и не могло быть измѣнено судомъ. И до сихъ поръ въ нѣкоторыхъ мѣстностяхъ Германіи держится такой порядокъ, какъ гарантія тяжущихся противъ произвола судовъ ¹⁾. Но другія, новѣйшія законодательства оставили эту регламентацію процесса, стѣснительную для суда и для сторонъ и, подобно нашему уставу гр. суд., открываютъ тяжущимся полный просторъ въ этомъ отношеніи, полную возможность представлять доказательства, какія по ходу процесса окажутся нужными. Въ теченіи процесса судъ можетъ временно регулировать это дѣло, обращая вниманіе той или другой стороны на то, что по какому-нибудь существенному пункту она еще не представила доказательствъ ²⁾ (Уст. 368). Предсѣдатель суда можетъ съ этой же цѣлью предлагать тяжущимся вопросы для полнаго разъясненія дѣла (Уст. 361). Но всѣ эти мѣры по управленію ходомъ состязанія имѣютъ временный характеръ и мѣняются, смотря по потребностямъ каждаго фазиса процесса. Только уже въ моментъ постановленія рѣшенія судъ соображаетъ окончательно всѣ результаты состязанія и опредѣляетъ, кто и чтó долженъ былъ доказать, чтó доказано и чтó нѣтъ и въ какомъ отношеніи стоятъ объясненія и доводы одной стороны къ объясненіямъ и доводамъ другой (Уст. 129, 339).

Намъ нужно теперь сдѣлать еще нѣсколько общихъ замѣчаній. Предметомъ доказательства съ той или другой стороны должны служить только существенные для дѣла юридическіе факты, а не постороннія обстоятельства, не имѣющія значенія для даннаго дѣла. Судъ не въ правѣ обременять тяжущихся излишними доказательствами, не въ правѣ требовать отъ сторонъ, чтобы они тратили время и средства на удостовѣреніе такихъ предметовъ, которые совсѣмъ не относятся къ дѣлу или не должны играть никакой роли при рѣшеніи ихъ спора (69 г. Кас. 858, д. Куманиной, 69 г. Кас. 1266, д. Кононовой). *Frustra probatur quod probatum non relevat*. Нарушенія этого правила происходятъ обыкновенно отъ того, что судъ не точно понимаетъ юридическія отношенія сторонъ, не умѣетъ разложить ихъ на элементы и выдѣлить ихъ отъ постороннихъ примѣсей. Часто сами тяжущіеся вносятъ въ свое состязаніе разные вопросы, не имѣющіе связи съ дѣломъ, и судѣ нужно владѣть большимъ тактомъ и привычкой къ анализу, чтобы распутывать ихъ отношенія. Въ каждый моментъ состязанія судья

¹⁾ Renaud, § 209. Ганнов. 215, 218. Ольденб. 121, 223.

²⁾ Герм. II. 72 г., § 241, считаетъ эту мѣру столь важною, что требуетъ, чтобы соблюденіе ея было удостовѣрено записью въ протоколъ. Наша кассационная практика напротивъ, предоставляетъ это дѣло усмотрѣнію суда (67 г. Кас. 171. 69 г. Кас. 126. 415 и др.).

долженъ ясно представлять себѣ настоящее положеніе дѣла, чтобы, искусно управляя ходомъ состязанія, постепенно разъяснять себѣ факты, которые остаются еще спорными и важны для рѣшенія дѣла. Въ руководствѣ суду нѣкоторые писатели предлагаютъ цѣлый рядъ предположеній (*praesumptiones*), т.-е. такихъ выводовъ изъ обстоятельствъ дѣла, которые говорятъ въ пользу одной стороны противъ другой до тѣхъ поръ, пока послѣдняя сторона не представитъ доказательствъ, опровергающихъ основанія предположенія. Дѣйствительно, судья долженъ на каждомъ шагу процесса дѣлать выводы изъ обстоятельствъ дѣла и въ особенности, постановляя рѣшеніе, долженъ сдѣлать окончательный выводъ изъ этихъ обстоятельствъ въ пользу той или другой стороны. Но перечислить всѣхъ предположеній невозможно и къ тѣмъ, которыя излагаются иногда въ руководствахъ, нужно относиться критически (Побѣд. § 770 и др.). Такъ, наприм., уже издавна извѣстно одно весьма сомнительное правило, по которому, если одна изъ сторонъ что-нибудь утверждаетъ, а другая отрицаетъ, то предположеніе говоритъ въ пользу отрицанія и *onus probandi* лежитъ на противной сторонѣ. *Probare debet qui dicit, non qui negat*. Но дѣло въ томъ, что положеніе и отрицаніе суть только грамматическія формы рѣчи. Существованіе и несуществованіе какого-нибудь факта можно выразить и положительнымъ и отрицательнымъ предложеніемъ. Наприм., я утверждаю, что такой-то человѣкъ живъ или мертвъ, что заемное письмо дѣйствительно или недѣйствительно. Или, напротивъ, я отрицаю то или другое. На этихъ грамматическихъ формахъ нельзя построить никакого предположенія. Конечно, независимо отъ этихъ формъ, самые факты могутъ быть положительные, существующіе, и отрицательные, несуществующіе или недѣйствительные. Наприм. человѣкъ живъ или нѣтъ, заемное письмо дѣйствительно или недѣйствительно. Но и въ этомъ смыслѣ нельзя говорить о предположеніи вообще въ пользу отрицательныхъ фактовъ. Такъ, наприм., истецъ требуетъ возвращенія имущества, переданнаго безъ основанія. *sine causa*. Искъ его основывается именно на отсутствіи *causa*, на недѣйствительности того акта, по которому послѣдовала передача имущества. Однако, онъ долженъ доказать эту недѣйствительность, потому что при данныхъ обстоятельствахъ она не предполагается: самая передача имущества возбуждаетъ, напротивъ предположеніе въ пользу дѣйствительности акта. Или наприм., законный наслѣдникъ требуетъ имѣніе покойнаго у наслѣдниковъ по завѣщанію, основывая свой искъ на недѣйствительности завѣщанія. Онъ же, конечно, обязанъ и доказать эту недѣйствительность. Вообще можно установить такое правило: если недѣйствительность факта служитъ основою иска, она должна быть доказана истцомъ; если, напротивъ, она служитъ къ опроверженію иска, то ее долженъ доказать отвѣтчикъ ¹⁾. Но мы видѣли уже, что иногда поводъ къ иску состоитъ въ отрицательномъ дѣйствіи или упущеніи и что оно предполагается, если доказано существованіе обязательства.

§ 59. Средства доказательства. Достоверность нашихъ познаній зависитъ отъ сообразности ихъ 1) съ формальными законами мышленія и 2) съ внѣшними источниками или критеріями знанія. Формы мышленія служатъ средствами довода или доказательства въ смыслѣ фор-

¹⁾ Wetzell, § 15. Best, § 249 и слѣд.

мальной логики. Внѣшніе источники знанія служатъ средствами доказательства въ техническомъ смыслѣ нашей науки, какъ средства опытной повѣрки юридическихъ фактовъ. Внѣшніе источники знанія заключаются или въ собственномъ наблюдѣніи каждаго лица, или въ показаніяхъ другихъ лицъ, вообще въ опытѣ людей. Явленія этого опыта суть факты, изъ которыхъ мы выводимъ заключеніе о другихъ фактахъ. Фактъ, на основаніи котораго дѣлается выводъ, называется *factum probans*, средствомъ доказательства, т.-е. обстоятельствомъ, убѣждающимъ насъ въ существованіи или несуществованіи другаго факта. Напротивъ, тотъ искомый фактъ, о которомъ мы дѣлаемъ заключеніе, называется *factum probandum*, предметомъ доказательства, т.-е. обстоятельствомъ, которое надлежитъ доказать, въ которомъ слѣдуетъ убѣдиться. Операция мышленія, связующая предметъ и средства доказательства, называется заключеніемъ. Она можетъ быть согласна съ формальными началами мышленія или съ положительными законами гражданскаго права, или же противорѣчить имъ. Указаніе на эту гармонію или дисгармонію принадлежитъ къ числу доводовъ.

Разсмотримъ теперь въ общихъ чертахъ всѣ возможные средства доказательства. Всѣ они лежатъ въ мірѣ опыта и заключаются или въ собственномъ наблюдѣніи лица, или въ показаніяхъ другихъ лицъ. По отношенію къ судебнымъ доказательствамъ, которыя должны убѣждать судъ въ истинности или ложности фактовъ, средствами доказательства служатъ, слѣдовательно, собственное наблюдѣніе суда и показанія другихъ лицъ.

1. Показанія собственнаго опыта обыкновенно считаются самымъ лучшимъ средствомъ убѣжденія въ фактахъ опытнаго міра. Если я самъ, собственными глазами, вижу какой-нибудь предметъ, то изъ этого факта я прямо заключаю, что этотъ предметъ существуетъ. При такомъ заключеніи предполагается, что все, что я вижу, дѣйствительно существуетъ. Это предположеніе составляетъ общую посылку силлогизма. Оно образуется въ насъ путемъ опыта: каждый изъ насъ безконечное число разъ убѣждался въ томъ, что предметъ, который онъ видитъ, дѣйствительно существуетъ. Изъ этого ряда опытовъ мы выводимъ индуктивное предположеніе, что всѣ предметы, которые мы видимъ, существуютъ въ дѣйствительности.

Надобно замѣтить, что показанія нашего собственнаго опыта не ограничиваются только фактами настоящаго времени, въ которомъ мы живемъ, а распространяются и на событія прошлаго, если матеріальные слѣды событій сохранились до настоящаго времени. Извѣстно, что въ цѣлой области историческаго знанія слѣды, оставленные событіями, служатъ самымъ надежнымъ источникомъ нашихъ свѣдѣній. Иногда они нарочно приготовлены людьми, чтобы увѣковѣчить связанныя съ ними событія, чтобы они служили заранѣе предназначенными доказательствами ихъ существованія (*preappointed, preconstituted evidence*). Таковы, наприм., памятники съ надписями о событіяхъ, статуи замѣчательныхъ лицъ и т. п. Иногда же слѣды событій остаются случайно; таковы развалины городовъ и т. п. (*casual evidence*).

Въ области права и процесса непосредственное знакомство судей съ обстоятельствами дѣла, какъ уже выше упомянуто, подлежитъ нѣкоторымъ ограниченіямъ. Нельзя дозволить, чтобы судья рѣшалъ дѣла на основаніи тѣхъ закулисныхъ свѣдѣній, которыя приобрѣтены имъ, какъ частнымъ человѣкомъ, наприм. по личному знакомству съ

тяжущимися. Положимъ, наприм., что судья видѣлъ собственными глазами, какъ кредиторъ передавалъ должнику извѣстную сумму денегъ въ заемъ; въ послѣдствіи кредиторъ предъявляетъ искъ къ должнику у этого судьи. Для судьи, какъ частнаго человѣка, фактъ займа будетъ въ этомъ случаѣ удостоверенъ самымъ лучшимъ доказательствомъ—показаніемъ собственныхъ глазъ. Но для процесса такое доказательство совершенно не пригодно: судья не можетъ рѣшить дѣла на основаніи одного только личнаго усмотрѣнія; дозволить такія рѣшенія—значило бы открыть широкій просторъ судейскому произволу и злоупотребленіямъ всякаго рода.

Другое дѣло, если судья въ теченіи процесса, какъ лицо официальное, изучаетъ матеріальные слѣды или обстановку юридическихъ фактовъ. Такіе слѣды считаются законными средствами доказательства. Такъ, наприм., въ спорахъ между сосѣдями о подтопѣ или поврежденіи имѣнія, объ измѣненіи теченія ручья и т. п. судъ можетъ произвести мѣстный осмотръ имѣнія. Законъ оставилъ эту мѣру разными формами, которыя гарантируютъ тяжущихся противъ произвола судьи, и затѣмъ считаетъ ее однимъ изъ средствъ доказательства или повѣрки юридическихъ фактовъ (Уст. 119—121, 507—514). И вообще непосредственное изслѣдованіе вещей, на которыхъ такъ или иначе отпечатлѣлся какой-нибудь юридическій фактъ, принадлежитъ къ законнымъ средствамъ доказательства. Это такъ называемыя вещественныя доказательства, играющія особенно важную роль въ уголовномъ процессѣ (Уст. Угол. Суд. 357—76). По дѣламъ гражданскимъ имѣютъ особенную важность тѣ слѣды юридическихъ фактовъ и отношеній, которые остаются въ документахъ разнаго рода. Эти документы часто нарочно составляются заинтересованными лицами или органами общественной власти, чтобы сохранить память о юридическихъ фактахъ или отношеніяхъ, въ особенности на случай спора, и законъ нерѣдко даже требуетъ, чтобы сдѣлки и акты совершались въ письменной формѣ для лучшаго укрѣпленія правъ, связанныхъ съ ними. Иногда же письменные слѣды юридическихъ фактовъ остаются случайно, напр. въ перепискѣ между сторонами и т. п.

2. Показанія другихъ лицъ служатъ самымъ обильнымъ источникомъ нашихъ свѣдѣній. На нихъ основывается большая часть нашихъ знаній, потому что кругъ нашего личнаго опыта слишкомъ ограниченъ и самая способность собственнаго наблюденія и мышленія развивается въ насъ уже послѣ того, какъ мы переняли отъ другихъ людей цѣлую массу свѣдѣній, и въ томъ числѣ самый языкъ для выраженія нашихъ понятій. И въ зрѣломъ возрастѣ мы продолжаемъ черпать изъ этого источника, вообще предполагая, что люди говорятъ правду. Такой-то человѣкъ говоритъ, что онъ видѣлъ такой-то предметъ; отсюда мы заключаемъ, что этотъ предметъ существуетъ. При этомъ предполагается, что 1) все, что видитъ человѣкъ, дѣйствительно существуетъ и 2) если человѣкъ говоритъ, что видѣлъ что-нибудь, то онъ дѣйствительно видѣлъ это и показываетъ сущую правду. Первое предположеніе не представляетъ ничего особеннаго; но послѣднее весьма сомнительно, хотя эта вѣра въ показанія людей живетъ въ насъ постоянно. Она подтверждается и опытомъ, по свидѣтельству котораго люди говорятъ гораздо больше правды, чѣмъ неправды. Бентамъ объясняетъ это явленіе наклонностью людей къ спокойному состоянію, потому что постоянно изобрѣтать ложь гораздо труднѣе, чѣмъ говорить

правду. Другіе мыслители объясняютъ это естественнымъ расположеніемъ человѣка къ истинѣ или сознаниемъ, что безъ правды жить нельзя. Вообще, слѣдовательно, уже въ самой природѣ человѣка, въ его психологическомъ мірѣ, есть гарантія правдивости его показаній. Къ этому нужно присоединить еще гарантію нравственную и религиозную, сознание того, что правда необходима для блага людей, что противодѣйствіе этой потребности быта вызываетъ реакцію общественнаго мнѣнія, которое клеймитъ нарушителя позорнымъ именемъ лжеца и обманщика, наконецъ убѣжденіе въ томъ, что правда угодна Богу, и что за ложь онъ наказываетъ, особенно когда она произносится съ призваніемъ его имени. Впрочемъ, всѣ эти гарантіи не исключаютъ возможности ложныхъ показаній. Есть даже люди, у которыхъ ложь обратилась въ привычку, которые не стѣсняются общественнымъ мнѣніемъ и религіею или даже считаютъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ самую ложь вполне нравственнымъ и богоуднымъ дѣломъ. Вотъ почему предположеніе о правдивости показаній людей не всегда оказывается вѣрнымъ, а подлежитъ разнымъ условіямъ и ограниченіямъ, которыя необходимо прослѣдить въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ посредствомъ критики показанія. Здѣсь важны именно три вопроса: хочетъ ли человѣкъ сказать правду, можетъ ли онъ сказать ее и самое показаніе его представляется ли правдоподобнымъ. По первому вопросу нужно обращать вниманіе на то, не въ интересѣ ли его скрыть или исказить истину, не извѣстенъ ли онъ за лгуна по своимъ прежнимъ показаніямъ и какъ онъ держитъ себя, давая показанія. По второму вопросу важно рѣшить, способенъ ли онъ былъ узнать и запомнить тотъ фактъ, о которомъ даетъ показаніе, могъ ли онъ присутствовать при совершеніи факта, давно ли совершилось событіе и т. п. По третьему вопросу нужно разсмотрѣть, нѣтъ ли противорѣчій между разными частями показанія и представляется ли рассказанное событіе возможнымъ и вѣроятнымъ.

Въ области гражданскаго права и процесса этотъ источникъ нашихъ свѣдѣній служатъ основаніемъ весьма разнообразныхъ доказательствъ. Существенное различіе ихъ объясняется тѣмъ, что самыя лица, отъ которыхъ судъ можетъ принимать показанія, существенно различны. Во-первыхъ, это сами тяжущіеся и 2) постороннія лица. Различіе ихъ по отношенію къ судебнымъ доказательствамъ очевидно.

А. Показанія сторонъ. Такъ какъ стороны имѣютъ противоположный интересъ въ дѣлѣ, то здѣсь слѣдуетъ выдѣлить собственныя показанія стороны въ свою пользу, основанныя только на ея авторитетѣ. Такого рода показанія не должны имѣть большаго значенія въ процессѣ. По началу равенства сторонъ, если одна изъ нихъ что-нибудь заявляетъ въ свою пользу, а другая споритъ противъ этого заявленія, то сила обоихъ показаній совершенно уравнивается до тѣхъ поръ, пока не представлены будутъ другія доказательства съ той или другой стороны ¹⁾. Однако нельзя сказать, чтобы показанія стороны

¹⁾ По Уст. Торг. (1665, 1669) иногда дается вѣра показаніямъ одной стороны, если они подкрѣплены присягою. Также по нашимъ мѣстнымъ законамъ и по иностраннымъ законодательствамъ. Въ особенности допускается такой способъ удостовѣренія (Bescheinigung, Glaubhaftmachung въ отличіе отъ Beweis; Affidavit въ англійскомъ процессѣ) въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ судебное опредѣленіе, о которомъ проситъ эта сторона, не окончательна разрѣшаетъ вопросъ о правахъ противной стороны. См. ниже, § 65.

даже и въ свою пользу лишены были бы всякаго значенія въ процессѣ. Напротивъ, если сторона путается въ своихъ показаніяхъ, отказывается отъ разъясненія какихъ-нибудь вопросовъ дѣла, ближе всего ей извѣстныхъ, если разсказъ ея заключаетъ въ себѣ противорѣчія или невозможныя заявленія, то показанія ея могутъ служить доказательствомъ въ пользу ея противника. И вотъ почему взаимный допросъ сторонъ (*interrogatorio delle parti*), наприм., въ Итал. Уставѣ граж. суд., поставленъ даже въ главѣ всѣхъ прочихъ способовъ доказательства¹⁾ (art. 216 и слѣд.). Затѣмъ нужно принять во вниманіе, что въ гражданскомъ процессѣ идетъ дѣло о правахъ, состоящихъ обыкновенно въ свободномъ распоряженіи сторонъ. Это распоряженіе можетъ совершиться посредствомъ признанія фактовъ или правъ въ пользу противной стороны. Если въ показаніи истца или отвѣтчика заключается такое признаніе, то оно устраняетъ споръ и, слѣдовательно, всякую надобность въ доказательствахъ (Уст. 479—484, 112—114). Далѣе возможенъ еще другой способъ распоряженія сторонъ въ процессѣ. Онѣ могутъ по взаимному согласію положить дѣло на душу истца или отвѣтчика, т. е. уговориться, что дѣло должно быть рѣшено на основаніи присяжнаго показанія той или другой стороны. Въ такомъ случаѣ присягою прекращается споръ и устраняется нужда въ доказательствахъ (Уст. 115—118, 485—498).

Б. Показанія стороннихъ лицъ. Они подчиняются изложеннымъ выше общимъ правиламъ логической критики этого источника нашихъ познаній. Однако и здѣсь законъ долженъ былъ съ точностью опредѣлить условія и формы этихъ показаній, ввести новыя гарантіи правдивости ихъ и ограничить самое ихъ примѣненіе въ тѣхъ случаяхъ, когда они направлены къ опроверженію другихъ болѣе достовѣрныхъ доказательствъ, каковы письменные акты, предназначенные къ укрѣпленію правъ. Къ этой группѣ средствъ доказательства относятся показанія свидѣтелей, околныхъ людей и экспертовъ или свѣдущихъ людей (Уст. 83—104, 122—124, 370—437, 515—533. Уст. Торг. 1646—1662, 1699—1713).

§ 60. Представленіе доказательствъ. Мы обратимъ здѣсь вниманіе на лицъ, участвующихъ въ этомъ дѣйствіи, на время и формы его.

1. Лица, участвующія въ представленіи доказательствъ. Такъ какъ доказательства суть средства къ судебному охраненію или осуществленію гражданскихъ правъ и отъ доброй воли заинтересованныхъ лицъ зависитъ настаивать на этомъ охраненіи или нѣтъ, то отсюда слѣдуетъ, что сами тяжущіяся стороны должны заботиться о представленіи доказательствъ въ свою пользу, если того хотятъ. Каждая сторона, если желаетъ выиграть дѣло, должна доказать свои требованія или возраженія (Уст. 81, 366), насколько на ней лежитъ бремя доказыванія по изложеннымъ выше правиламъ (§ 58). Каждая сторона такимъ образомъ дѣйствуетъ въ своемъ направленіи. Однако нельзя сказать, чтобы доказательства, представленныя одною стороною, служили всегда исключительно въ ея пользу. Напротивъ, они составляютъ такъ сказать, общее достояніе сторонъ. Такъ, наприм., письменные акты, представленныя на судъ одною стороною, могутъ служить доказательствомъ и въ пользу другой, хотя бы сторона, представившая

¹⁾ Bordeaux, стр. 537. Bellot, стр. 72. Allard, стр. 60.

актъ, въ послѣдствіи отъ него отказалась (Уст. 478). Точно также, какъ уже замѣчено выше, изъ показаній одной стороны въ свою пользу, изъ показаній ея свидѣтелей и т. п. противная сторопа можетъ извлечь доказательства для своихъ собственныхъ требованій или возраженій. Это начало общности доказательствъ выражается еще и въ другой формѣ. Бываютъ случаи, что документы, подтверждающіе право одной стороны, находятся въ рукахъ другой, наприм. договоръ хозяина съ прикащикомъ въ рукахъ хозяина, договоръ о товариществѣ въ рукахъ одного товарища, духовное завѣщаніе въ рукахъ одного изъ наследниковъ или душеприкащика и т. п., и владѣлецъ этихъ бумагъ не представляетъ ихъ въ судъ, можетъ быть потому, что онѣ говорятъ противъ его интересовъ. Въ такихъ случаяхъ первая сторона имѣетъ право требовать, чтобы документы были представлены въ судъ и, если противная сторона откажется удовлетворить это требованіе, то судъ можетъ признать доказанными тѣ обстоятельства, въ подтвержденіе которыхъ была сдѣлана ссылка на документъ (Уст. 442—444).

Участіе суда въ разъясненіи дѣла доказательствами опредѣляется различно въ исторіи процесса и мѣра этого участія указываетъ на преобладаніе слѣдственнаго или состязательнаго начала въ судопроизводствѣ той или другой эпохи. Такъ, наприм., по прежнему нашему законодательству судебныя мѣста сами обязаны были собирать справки для разъясненія дѣлъ (X, 2, 441, 542) и часто наводили эти справки и сношенія даже безъ вѣдома тяжущихся, чтобы показать въ отчетахъ, что дѣла нерѣшенные оставались не за ними, а за другими мѣстами. Усмотрѣніе судей и произволь канцелярій играли при этомъ важную роль и собраніе справокъ было самымъ обыкновеннымъ средствомъ затягивать дѣла въ интересъ той стороны, которая входила въ сдѣлку съ чинами канцеляріи. Случалось даже, что дѣло возвращалось изъ высшихъ инстанцій снова въ низшія для пополненія его разными справками (Мотивы къ проекту графа Блудова 1857 г., стр. 283 и слѣд.).

При судебной реформѣ, на мѣсто этого слѣдственнаго порядка поставлено было состязательное начало, по которому все движеніе процесса и доставленіе матеріаловъ для рѣшенія дѣла стоятъ въ зависимости отъ самихъ тяжущихся. Въ настоящее время судъ не собираетъ доказательства или справокъ, а основываетъ свои рѣшенія исключительно на доказательствахъ, представленныхъ сторонами (Уст. 82, 367. Уст. Торг. 1341, 1406). По этому поводу я позволю себѣ обратить ваше вниманіе на замѣчательный контрастъ, какой существуетъ между изслѣдованіемъ истины въ области науки съ одной стороны и въ области суда съ другой. Ученый изслѣдователь не ограниченъ ни въ выборѣ источниковъ, ни въ продолжительности и настойчивости своихъ работъ. Чѣмъ глубже идетъ его сомнѣніе, чѣмъ обширнѣе матеріаль, чѣмъ продолжительнѣе и упорнѣе процессъ изслѣдованія, тѣмъ лучше. Напрогивъ въ дѣлѣ суда важна быстрота рѣшеній и, если судья-скептикъ станетъ водочить дѣло за разными справками, такое непрошеное усердіе можетъ зорить тяжущихся. Однако это безучастіе суда въ собраніи доказательствъ не слѣдуетъ понимать въ смыслѣ полного равнодушія и совершенной бездѣтельности суда въ этомъ отношеніи. Состязательный процессъ не требуетъ, чтобы судъ находился въ пассивномъ состояніи. Судъ не имѣетъ только права собирать доказательства и справки противъ воли или безъ вѣдома сторонъ и отъ себя лично;

онъ не долженъ отлагать рѣшеніе дѣла подѣ предлогомъ неполноты, неясности или недостатка докзательствъ, если стороны не желаютъ дополнять ихъ. Но онъ имѣетъ право указывать сторонамъ на обстоятельства дѣла, требующія разъясненія, и предлагать имъ, если хотятъ, представить доказательства по тому или другому спорному факту, существенному для рѣшенія дѣла (Уст. 368). Во время устнаго состязанія предсѣдатель и члены суда имѣютъ возможность разъяснять себѣ дѣло, предлагая сторонамъ вопросы (Уст. 335, 338), и вообще судъ долженъ выяснитъ себѣ дѣло, насколько стороны допускаютъ это, уже потому, что онъ долженъ рѣшить его на основаніи доказательствъ и доводовъ, представленныхъ тяжущимися (Уст. 339). Съ этой цѣлью онъ содѣйствуетъ сторонамъ въ представленіи доказательствъ, насколько его содѣйствіе оказывается необходимымъ; отказъ въ этомъ содѣйствіи можетъ служить поводомъ къ отмѣнѣ рѣшенія (72 г. Кас. 908), наприм., судъ вызываетъ свидѣтелей, указанныхъ сторонами, если самъ тяжущійся не обяжется поставить своихъ свидѣтелей (Уст. 88, 379 и слѣд.); штрафуетъ ихъ за неявку (Уст. 91, 383), отряжаетъ члена для допроса свидѣтелей на мѣстѣ ихъ жительства (Уст. 386), или для дознанія чрезъ окольныхъ людей (Уст. 413); помогаетъ тяжущемуся выправить документы отъ его противника или третьихъ лицъ (Уст. 444, 445), или достать нужныя свѣдѣнія изъ присутственныхъ мѣстъ (Уст. 452 и слѣд.); производитъ повѣрку спорныхъ доказательствъ, даже по собственному усмотрѣнію (Уст. 499, 508, 517, 534, 548) и т. п. Такъ что вообще о пассивномъ отношеніи суда къ дѣлу не можетъ быть рѣчи.

2. Время представленія. Изъ разныхъ статей Уст. Гр. Суд. можно вывести принципъ одновременнаго представленія заявленій и доказательствъ, т. е. доказательства должны быть указаны въ то же время, какъ сдѣлано заявленіе, требующее доказательства. Такъ, наприм., истецъ долженъ уже въ исковой просьбѣ указать на доказательства иска и приложить къ прошенію, если возможно, документы подтверждающіе его (Уст. 54, 257). Точно также отвѣтчикъ уже въ первомъ отвѣтѣ долженъ привести доказательства своихъ возраженій (Уст. 315). Тотъ же принципъ можно замѣтить въ статьяхъ объ апелляціонныхъ жалобахъ (163 и 745) и просьбахъ объ отмѣнѣ рѣшеній (800). Онъ имѣетъ цѣлью предупредить замедленіе производства. Однако, не слѣдуетъ доводить его до крайности и загоразивать сторонамъ путь къ правосудію. Нерѣдко вопросъ о доказательствахъ того или другаго факта возникаетъ только вслѣдствіе возраженій противника, а иногда и самыя средства доказательства открываются только въ теченіи процесса. Вотъ почему нужно дозволить сторонамъ представлять ихъ доказательства въ теченіи всего производства до самаго рѣшенія дѣла (Уст. 331) и даже въ апелляціонной инстанціи онѣ могутъ ссылаться на новыя доказательства (Уст. 163, 745, 750, 771. 67 г. Кас. 244, д. Кипровскаго и др.).

3. Формальная сторона. Такъ какъ представленіе доказательствъ зависитъ отъ самихъ тяжущихся, законъ не требуетъ, чтобы судъ постановлялъ во всякомъ случаѣ предварительное опредѣленіе о доказательствахъ. Наприм. документы прилагаются уже при исковомъ прошеніи и отвѣтѣ и дѣло часто до такой степени просто, что нѣтъ надобности въ особомъ опредѣленіи. Впрочемъ, есть случаи, гдѣ оно оказывается нужнымъ. Такъ, если стороны просятъ о допросѣ свидѣтелей или ссылаются на доказательства, требующія повѣрки, то судъ поста-

новляетъ опредѣленіе о томъ: какимъ порядкомъ, черезъ кого, когда и гдѣ свидѣтели должны быть допрошены, или повѣрка доказательствъ должна быть произведена (Уст. 369). Точно также, когда стороны ссылаются на присягу, судъ постановляетъ опредѣленіе о допущеніи присяги (Уст. 491). Въ этихъ случаяхъ представленіе доказательствъ явно распадается на два акта—ссылку на доказательства (Beweisantritt) и самое представленіе ихъ (Production). Подробности этого предмета мы рассмотримъ, когда будемъ говорить объ отдѣльныхъ доказательствахъ.

§ 61. Оцѣнка доказательствъ. Достоувѣрность или убѣдительность внѣшнихъ источниковъ нашего знанія зависитъ отъ различныхъ критеріевъ, которые опредѣляются въ логикѣ и указаны нами въ общихъ чертахъ выше. Но кромѣ этихъ логическихъ основаній, существуютъ еще особыя законныя условія достовѣрности, а именно условія двоякаго рода: 1) условія, при которыхъ то или другое средство доказательства можетъ быть принято въ удостовѣреніе тѣхъ или другихъ юридическихъ фактовъ и 2) условія, при которыхъ оно должно быть принято въ удостовѣреніе ихъ. Эти особенныя условія, развиваемыя юридическимъ сознаніемъ народовъ, имѣютъ цѣлью ограничить произволь судей въ дѣлѣ оцѣнки доказательствъ, потому что, насколько это ограниченіе разумно и согласно съ системою права, можно сказать словами Бэкона: *optima est lex quae minimum relinquit arbitrio iudicis*. Мы уже указали на нѣкоторыя примѣненія этого принципа. Такъ наприм. судья не можетъ принимать въ доказательство свои закулисныя свѣдѣнія о дѣлѣ. Точно также, если показанія свидѣтелей отобраны въ закрытомъ засѣданіи суда, въ нарушеніе начала публичности судопроизводства, то они не могутъ быть приняты въ доказательство (X, 2, 331. Уст. 385). Вообще законъ ставитъ извѣстныя условія, гарантирующія достовѣрность свидѣтельскихъ показаній, и въ случаѣ несоблюденія этихъ условій они не могутъ служить доказательствомъ; такъ наприм. нѣкоторыя лица совсѣмъ не допускаются къ свидѣтельству, другія устраняются по отводамъ сторонъ (Уст. 84, 86, 371—373). Кромѣ того, для удостовѣренія нѣкоторыхъ фактовъ законъ требуетъ письменныхъ доказательствъ, какъ болѣе надежныхъ, и не допускаетъ доказательства чрезъ свидѣтелей (Уст. 409). Съ другой стороны, такъ какъ тяжущіяся лица имѣютъ право распоряжаться своими частными интересами въ извѣстныхъ предѣлахъ, то юридическіе факты или отношенія, признанные стороною въ ущербъ себѣ и въ интересахъ своего противника, должны быть приняты судомъ нетребуемыми дальнѣйшихъ доказательствъ (Уст. 112, 480); точно также если тяжущіеся согласились окончить споръ присягою, то присяжное показаніе замѣняетъ всѣ другія доказательства, т.-е. должно быть принято за несомнѣнное (Уст. 117, 498). Далѣе весьма важныя ограниченія судейскаго произвола вытекаютъ изъ тѣхъ законовъ, которыми опредѣляются внѣшнія формы юридическихъ актовъ, какъ такіе матеріальныя слѣды событій, которые именно предназначены къ тому, чтобы служить удостовѣреніемъ этихъ событій. Эти ограниченія въ высшей степени важны. Если законодательство успѣло установить прочный, практическій порядокъ укрѣпленія правъ и внѣшнія формы для выраженія фактовъ быта или дѣятельности разныхъ органовъ управленія, то громадная масса юридическихъ фактовъ проходитъ черезъ эти формы и оставляетъ въ нихъ свой слѣдъ. Гражданскій бытъ приновляется къ этимъ формамъ и соединяетъ съ

ними самые дорогіе интересы гражданъ. Попробуйте оцѣнить наприм. интересы кредита, связанные съ такою простою бумагою, какъ вексель! Въ одномъ нашемъ государственномъ банкѣ учтено векселей въ 72 г. на 114 мил. руб., а въ прусскомъ банкѣ въ 70 г. почти на 800 мил. талеровъ. Гдѣ существуетъ ипотечная система, тамъ всѣ интересы землевладѣнія и вотчиннаго кредита связаны съ крѣпостными книгами. А какая масса правъ и интересовъ соединена съ актами гражданского состоянія, съ актами судебныхъ рѣшеній, завѣщаній и т. п. Очевидно, что эти акты, на которыхъ утверждается прочность гражданского быта, должны быть вполне надежны и, если возникаетъ споръ о правахъ, на нихъ основанныхъ, должны приниматься судебными мѣстами въ доказательство тѣхъ фактовъ, которые ими законно удостовѣрены (Уст. 456 и слѣд.). Произволъ суда здѣсь не можетъ быть допущенъ, потому что онъ подрывалъ бы самыя основы общественнаго порядка и довѣрія гражданъ, потому что судъ обязанъ охранять права, а не разрушать ихъ. Если актъ совершенъ или засвидѣтельствованъ установленнымъ порядкомъ, то содержаніе его не можетъ быть опровергаемо показаніями свидѣтелей (Уст. 410), за исключеніемъ только нѣкоторыхъ случаевъ.

Изъ всего вышеизложеннаго мы видимъ, что разныя законныя условія и ограниченія судебныхъ доказательствъ имѣютъ свое разумное основаніе. Нельзя относиться къ нимъ легко, потому что съ ними связаны самые дорогіе интересы общественнаго быта, потому что они служатъ оплотомъ противъ произвола судей и предупреждаютъ развитіе злоупотребленій разнаго рода. Но обратимъ теперь вниманіе на другую сторону дѣла. Въ области логики естественныя источники нашихъ познаній не подлежатъ никакимъ ограниченіямъ, кромѣ свободной критики ихъ достовѣрности. Законныя условія доказательствъ, напротивъ, ограничиваютъ кругъ источниковъ судебного сознанія и изслѣдованія: судья, напримѣръ, самъ видѣлъ, какъ должникъ уплачивалъ кредитору свой долгъ, но онъ не въ правѣ принять это личное усмотрѣніе за доказательство платежа; судья знаетъ, можетъ быть, частными путями, что тяжущійся показалъ подъ присягою неправду, и тѣмъ не менѣе долженъ считать это показаніе безспорнымъ, по крайней мѣрѣ въ гражданскомъ процессѣ. Очевидно, такимъ образомъ, что сознаніе истины матеріальной можетъ расходиться съ тою легальною или формальною истинною, которую судъ долженъ признавать по требованію закона. Логическая теорія доказательствъ имѣетъ цѣлью познаніе истины, насколько она постижима для ума человѣческаго, и указываетъ одинъ путь къ этой цѣли—свободное изслѣдованіе. Юридическая теорія доказательствъ преслѣдуетъ ту же самую цѣль, но считаетъ средствомъ къ тому изслѣдованіе истины въ процессѣ, въ публичномъ состязаніи сторонъ, и признаетъ необходимымъ ограничить произволъ судей, охранить свободное распоряженіе сторонъ своими частными интересами въ процессѣ, поддерживать прочность формъ гражданского оборота. Вотъ почему она устанавливаетъ разныя ограниченія судебныхъ доказательствъ, которыя иногда приводятъ судъ только къ сознанію формальной истины.

Отношеніе между теоріею естественнаго, свободнаго убѣжденія въ истинѣ (*Überzeugungstheorie*) и теоріею законныхъ доказательствъ различно въ разные вѣка исторіи процесса. Оно зависитъ отъ степени развитія гражданского быта и отъ устройства суда. Въ вѣка невѣже-

ства и суевѣрія судебныя доказательства имѣють формальный характеръ; тогда преобладають суды Божіи, присяга, поединокъ и т. п. Вышнія формы гражданскаго оборота въ тѣ времена еще неразвиты и какъ въ историческомъ міросозерцаіи народовъ господствуетъ суевѣріе и вымысль вмѣсто точнаго знанія, такъ и въ дѣлѣ суда рѣшаетъ вѣра въ правосудіе боговъ. Только съ теченіемъ времени система судебныхъ доказательствъ постепенно наполняется и подходит ближе къ общей логической теоріи знанія, по мѣрѣ того какъ крѣпнеть вообще умъ народа и разнообразятся вышнія формы общественной дѣятельности. Устройство суда играетъ здѣсь также важную роль, потому что большее или меньшее довѣріе къ суду естественно отражается на числѣ и силѣ ограниченій, которые законъ считаетъ нужными установить противъ произвола и личнаго усмотрѣнія судей. Напримѣръ, выборные судьи республиканскаго Рима не были связаны никакими формальностями судебныхъ доказательствъ и рѣшали дѣла по свободному убѣжденію совѣсти¹⁾; ограниченія ихъ были неумѣстны уже потому, что это были *judices privati*, избираемые самими сторонами. Затѣмъ, когда судьи стали чиновниками имперіи, появляются и ограниченія, напримѣръ, запрещено вѣрить показаніямъ одного свидѣтеля (L. 4 и 9, Cod. 4, 20) и нѣкоторымъ домашнимъ документамъ (E. 5, 6 и 7, Cod. 4, 19), если они не подкрѣплены другими дополнительными доказательствами (*adminiculum*). Въ Византійской имперіи эти ограниченія развивались *crescendo* подъ вліяніемъ общаго упадка правосудія и нравственности²⁾. Каноническое право Запада и средне-вѣковые писатели продолжали работать въ томъ же направленіи, и созданная ими теорія законныхъ доказательствъ долго держалась какъ въ гражданскомъ, такъ и въ уголовномъ процессѣ германскихъ государствъ. На этой теоріи отразился схоластическій характеръ вѣка. Она весьма любопытна, тѣмъ болѣе, что и нашъ процессъ испыталъ на себѣ ея вліаніе. Чтобы обуздать произволь судей, законъ требовалъ, чтобы они обвиняли отвѣтчика или подсудимаго не иначе, какъ по совершеннымъ доказательствамъ. Но онъ требовалъ также, чтобы, когда такое совершенное доказательство представлено, судъ принималъ его въ уваженіе. Такъ, напримѣръ, по нашему Своду Законовъ письменные акты, признанные подлинными, считались совершеннымъ доказательствомъ (X, 2, 329). Но нѣкоторые документы, по взгляду законодателя, не составляли полнаго или совершеннаго доказательства, а считались только половиннымъ доказательствомъ; напримѣръ, купеческія книги (X, 2, 332). Судъ не могъ присудить иска на основаніи одной только половины доказательства; истецъ долженъ былъ дополнить его и въ другой половинѣ; такимъ прибавочнымъ доказательствомъ (*adminiculum*) служила дополнительная присяга (X, 2, 333). Эта арифметическая оцѣнка доказательствъ выходила особенно забавною въ примѣненіи къ свидѣтельскимъ показаніямъ. Показанія двухъ законныхъ свидѣтелей считались совершеннымъ доказательствомъ, а показаніе одного свидѣтеля—недостаточнымъ доказательствомъ (X, 2, 401, 402). Если нѣсколько свидѣтелей противорѣчили другъ другу, то дѣло рѣшалось по большинству голосовъ, по числу (X, 2, 404).

¹⁾ См. Endemann, Beweislehre, § 3—10.

²⁾ Zachariae von Lingenthal, Geschichte des griech.-röm. Rechts, стр. 291 и слѣд. Арменопула Шестикиниже, стр. 66 и слѣд.

а при равенствѣ голосовъ судъ долженъ былъ давать преимущество мужчинѣ предъ женщиною, знатному передъ незнатнымъ, ученому предъ неученымъ, духовному передъ свѣтскимъ (X, 2, 405). Точно также въ случаѣ повального обыска или допроса окольныхъ жителей дѣла рѣшались по большинству обыскныхъ голосовъ (X, 2, 416—418). Надобно замѣтить, впрочемъ, что наше законодательство никогда не доходило до тѣхъ тонкостей въ этомъ дѣлѣ, какія существовали на Западѣ подъ вліяніемъ юридической схоластики. Показаніе одного достовѣрнаго свидѣтеля считалось тамъ половиннымъ доказательствомъ—*semi plena probatio*; если же къ нему присоединялось еще показаніе одного недостовѣрнаго свидѣтеля, то получалось доказательство больше, чѣмъ половинное—*semi plena major*, однако не полное, потому что для полнаго—*plena probatio*—требовались согласныя показанія двухъ достовѣрныхъ свидѣтелей. Напротивъ, если только одинъ недостовѣрный свидѣтель далъ показаніе въ пользу истца, то оно считалось меньше, чѣмъ половиннымъ доказательствомъ—*semi plena minor*. Эти схоластическія дѣленія такъ гармонировали съ духомъ времени, что судебныя мѣста развивали ихъ еще далѣе, на примѣръ, цѣнили показанія свидѣтелей въ $\frac{1}{8}$, въ $\frac{1}{4}$, въ $\frac{3}{4}$ полнаго доказательства. Такъ это дѣлалось, на примѣръ, въ практикѣ тулузскаго парламента ¹⁾. Замѣчательно, что эта схоластика господствовала не только въ гражданскомъ, но и въ уголовномъ процессѣ, даже преимущественно въ послѣднемъ. Гдѣ дѣло шло о жизни, свободѣ, чести гражданъ, тамъ законодательства считали особенно необходимымъ ограничить произволъ судей.

Однако дѣйствительные результаты этой регламентаціи процесса не оправдали надеждъ законодателей. Примѣненіе отвлеченной формальной теоріи къ безконечно-разнообразнымъ явленіямъ дѣйствительной жизни часто вело къ явной несправедливости. Суды обязаны были, противъ убѣжденія совѣсти, жертвовать реальною истинною формальною законною правдѣ, въ которую сами не вѣрили, и нерѣдко обходъ закона считали вполне нравственнымъ беззаконіемъ. Вотъ почему эта регламентація оказалась несостоятельною и отмѣнена, сначала въ уголовномъ процессѣ, особенно со введеніемъ суда присяжныхъ. Новыя законодательства по гражданскому праву и процессу значительно смягчили ее и въ дѣлѣ гражданского суда. Въ этомъ направленіи и у насъ при судебной реформѣ прежняя законная теорія доказательствъ подверглась существенному преобразованію, ариѳметическая оцѣнка ихъ отмѣнена и формализмъ значительно смягченъ. Въ настоящее время судъ рѣшаетъ дѣла вообще по убѣжденію совѣсти, на основаніи свободной оцѣнки всей совокупности доказательствъ и доводовъ, представленныхъ тяжущимися (Уст. 129, 339, 693). Есть только отдѣльныя ограниченія этого свободнаго усмотрѣнія судей, вытекающія частію изъ системы гражданского права, частію изъ организаціи самаго правосудія.

Надобно замѣтить, что въ этомъ дѣлѣ, какъ и во многихъ другихъ, важенъ вопросъ о мѣрѣ, о *modus in rebus*. Крайности здѣсь одинаково опасны. Нельзя приносить реальную истину въ жертву формализму, но невозможно также и ставить все дѣло правосудія и всѣ права гражданъ въ зависимость отъ произвола и личнаго усмотрѣнія судей. Юри-

¹⁾ Best, § 61. Bodier sur l'ord de 1667, tit. 23.

дическая теорія доказательствъ должна основываться на общихъ началахъ логики и имѣть въ виду реальную правду въ охраненіи гражданскихъ отношеній. Но остановиться на этихъ общихъ началахъ логики она не можетъ, въ интересахъ той же реальной правды. Она должна развить разумныя условія и ограниченія судебныхъ доказательствъ, которыя бы гарантировали этой матеріальной истинѣ по возможности широкій и открытый доступъ къ сознанию суда, но вмѣстѣ съ тѣмъ охраняли бы ее отъ произвола и злоупотребленій. Нужно замѣтить еще, что разладъ между матеріальной и формальной истиною часто есть только кажущееся явленіе, а не дѣйствительное, что тамъ, гдѣ онъ дѣйствительно существуетъ, есть другія средства къ устраненію его и наконецъ, что этотъ разладъ былъ бы гораздо глубже и неисправимѣе, если бы судебное сознаніе истины не было обставлено никакими правилами и зависѣло только отъ личнаго усмотрѣнія судей, отъ доброжелательства ихъ къ той или другой сторонѣ. Эти общія положенія раскроются намъ яснѣе, если мы рассмотримъ:

II. Отдѣльныя доказательства.

1. Матеріальные слѣды событій.

§ 62. Документы ¹⁾.—1. Понятіе. Документы подходятъ подъ общее понятіе памятниковъ или матеріальныхъ знаковъ и слѣдовъ чело-вѣческой мысли и дѣятельности. Эти памятники имѣютъ юридическое значеніе, когда предметъ ихъ, т. е. тѣ факты, о которыхъ они свидѣтельствуютъ, находится въ связи съ юридическими отношеніями. Слѣды этихъ фактовъ могутъ оставаться не только въ письменной формѣ на бумагѣ или пергаментѣ, но и въ другихъ весьма разнообразныхъ формахъ и матеріалахъ. Такъ, наприм., наемъ кареты, договоръ заказа обѣдовъ въ кухмистерскихъ и т. п. заведеніяхъ удостовѣряются особыми марками (72 г. Кас. 546), отдача верхняго платья на сохраненіе швейцарамъ удостовѣряется нумерованными жетонами изъ мѣди, жести или бумаги: извѣстны также бирки у артельщиковъ и разныхъ пріемщиковъ и поставщиковъ товара (Уст. Торг. 1639) и т. п. Въ настоящее время обращается, кромѣ того, множество печатныхъ документовъ разнаго рода, имѣющихъ юридическое значеніе; таковы телеграммы, газетныя объявленія, билеты и багажныя квитанціи желѣзныхъ дорогъ и пароходовъ, билеты для входа въ театръ и въ другія собранія, банковые билеты и другія бумаги на предъявителя. Всѣ эти документы и знаки юридическихъ фактовъ могутъ служить средствами судебного доказательства. Законъ не устанавливаетъ никакихъ особыхъ правилъ для оцѣнки ихъ въ процессѣ, да едвали и возможно исчерпать все разнообразіе ихъ. Судъ долженъ оцѣнивать каждое такое доказательство по его внутреннему значенію и по обстоятельствамъ дѣла. Особые правила постановлены только о письменныхъ доказательствахъ. Для судебной практики это—самый важный видъ документовъ. Надобно замѣтить, что и многіе печатные документы подписываются лицомъ, которое выдаетъ ихъ, и принадлежать поэтому къ письменнымъ доказа-

¹⁾ Spangenberg die Lehre v. Urkundenbeweise, 1827. Strippelmann Beweis durch Schrifturkunden 1860—61. Endemann Bew. § 64 ff. Best § 191 ff. Wetzell § 24.

тельствамъ. Вообще къ письменнымъ доказательствамъ относятся всякаго рода бумаги, имѣющія отношеніе къ юридическимъ фактамъ (Уст. 105, 438); именно удостовѣряющія ихъ существованіе или несуществованіе. Во многихъ случаяхъ подписи имѣеть важное значеніе при оцѣнкѣ документа; однако нельзя сказать, чтобы къ письменнымъ доказательствамъ относились только подписанныя бумаги: часто онѣ нѣкъ не подписаны, но принадлежность ихъ извѣстному лицу несомнѣнна или обязательная сила ихъ для извѣстнаго лица удостовѣряется обстоятельствами дѣла (Уст. 466 и слѣд. 471). Такъ наприм. къ письменнымъ доказательствамъ относятся бумаги частной корреспонденціи (71 г. Кас. 718) и нерѣдко неподписанное или анонимное письмо можетъ служить доказательствомъ, наприм., деликта.

Документъ есть выраженіе въ матеріальной формѣ факта мысли и воли, и если этотъ фактъ имѣеть юридическое значеніе, то документъ становится средствомъ судебного доказательства. Фактъ этотъ отпечатлѣвается на матеріалѣ, обыкновенно посредствомъ словъ и алфавита или цифръ, фиксируется такимъ образомъ, и слѣдъ его остается даже послѣ того, какъ лицо, совершившее документъ, умерло. Vox audita perit, litera scripta manet. Документъ говоритъ намъ о фактѣ прошлаго времени, часто описываетъ его со всѣми подробностями и этотъ мертвый голосъ совершенно безстрастенъ, онъ не измѣняется подъ вліяніемъ интересовъ. Должникъ, выданшій заемное письмо кредитору, съ объясненіемъ, что занялъ у него такую то сумму, впослѣдствіи, когда наступить срокъ платежа, можетъ быть радъ бы былъ повести другую рѣчь, что онъ-де никогда такой суммы не занималъ; но документъ говоритъ все тоже: лѣта 18... занялъ я у такого-то денегъ серебряною монетою столько-то руб...

Очевидно, что этотъ мертвый голосъ фактовъ, этотъ отпечатокъ прошлаго открываетъ нашему взгляду событія минувшихъ временъ. Читая документъ, вы какъ бы присутствуете при этихъ событіяхъ и слышите, какъ должникъ, занимая деньги серебряною монетою, общается заплатить ихъ сполна съ указными процентами и т. п. И буде, говорить, чего не заплачу, то воленъ онъ, заимодавецъ, просить о взыскаіи...

2. Условія доказательной силы. По общему правилу ни одинъ документъ, представленный въ судъ, не можетъ имъ быть отвергнутъ безъ разсмотрѣнія (Уст. 105, 456). Судъ долженъ разсмотрѣть каждый такой документъ и затѣмъ принять его въ доказательство или не принимать, но объяснить въ рѣшеніи мотивы, почему онъ это сдѣлалъ (Уст. 339, 69 г. Кас. 1233).

Есть два ряда условій, отъ которыхъ зависитъ доказательная сила документовъ: условія матеріальныя и формальныя. Первые относятся къ содержанію, вторыя къ формѣ документовъ.

А. По отношенію къ содержанію. Содержаніемъ документа служатъ мысли, въ немъ выраженные или намѣренія, о которыхъ онъ говоритъ. Безъ разсмотрѣнія ихъ, очевидно, невозможно опредѣлить ни значенія документа вообще, ни доказательной силы его. А потому судъ обязанъ разсматривать и оцѣнивать содержаніе каждаго документа (68 г. Кас. 91, 70 г. Кас. 210). Это содержаніе можетъ быть различное. По отношенію къ доказательной силѣ документовъ слѣдуетъ различать именно:

а) Распорядительные акты, т.-е. такіе документы, въ которыхъ

выражается дѣйствіе распорядительной воли одного или нѣсколькихъ лицъ—односторонніе акты или сдѣлки. Таковы, наприм., духовныя завѣщанія, судебныя рѣшенія, договоры, акты дѣффамачій, обиды и т. п. Далѣе сюда же можно отнести тѣ документы, въ которыхъ распоряженіе правами или интересами выражается посредствомъ признанія фактовъ, вредныхъ тому лицу, которое даетъ это признаніе. Таковы росписки о полученіи долга (Уст. 473—75. Уст. Торг. 1643—45), долговыя и сохранныя росписки и т. п. Есть документы, которые обыкновенно составляются одною изъ заинтересованныхъ сторонъ, но получаютъ силу обязательства для другой стороны только послѣ того, какъ она признаетъ ихъ; это признаніе выражается обыкновенно подписью. Наприм., книги розничныхъ и мелочныхъ торговцевъ и мастеровыхъ людей могутъ служить доказательствомъ противъ того лица, кому поставлены товары или произведены работы, но по тѣмъ только статьямъ, по которымъ есть его росписки (Уст. 470). Счеты, записки и всякія домашнія бумаги получаютъ силу доказательства въ пользу того, къ кому были ведены или писаны, если подписаны должникомъ ¹⁾. Но противъ того, кто ихъ велъ или писалъ, они могутъ служить доказательствомъ, если заключаютъ въ себѣ признаніе (Уст. 469—72. Уст. Торг. 1630, 1641).

б) Разныя показанія или заявленія заинтересованныхъ лицъ. Одностороннія показанія лица въ свою пользу или въ интересахъ близкихъ ему людей естественно не имѣютъ большого авторитета. Положимъ, наприм., что кто-нибудь пишетъ у себя въ кабинетѣ въ записную книжку или въ духовномъ завѣщаніи, что такое-то лицо состоитъ ему должнымъ столько-то руб. Такія заявленія, очевидно, не должны считаться совершенными доказательствами въ пользу его или его преемниковъ, потому что каждый можетъ написать для себя столько долговъ, сколько ему вздумается, но никто не въ правѣ распоряжаться интересами постороннихъ лицъ и налагать на нихъ обязательства безъ ихъ вѣдома и согласія. Заявленія этого рода получаютъ силу доказательства только при извѣстныхъ условіяхъ и обстоятельствахъ. Такъ, наприм., когда въ совершеніи акта участвовали стороны съ противоположными интересами, подъ вліяніемъ которыхъ онѣ должны были отнестись, скептически къ заявленіямъ противника; въ такихъ случаяхъ эти заявленія могутъ служить доказательствами какъ противъ, такъ и въ пользу того, кто ихъ сдѣлалъ. Поэтому, наприм., если въ актѣ показанъ день совершенія его, это показаніе считается достовѣрнымъ для лицъ, участвовавшихъ въ актѣ и для преемниковъ ихъ. Но противъ третьихъ лицъ оно не имѣетъ безусловной достовѣрности; они могутъ оспаривать день совершенія акта, если показаніе это не удостоверяется другими доказательствами, наприм., свидѣтельствомъ нотаріальныхъ учреждений (Уст. 476, 477).

Показанія заинтересованныхъ сторонъ въ свою пользу получаютъ нѣкоторую вѣроятность, если одна сторона имѣетъ возможность контролировать другую. Особенно важно это, когда стороны находятся въ продолжительныхъ дѣловыхъ сношеніяхъ между собою, когда одинъ купецъ, наприм., поставяетъ товары другому и въ свою очередь получаетъ отъ него, выдаетъ на него векселя и самъ принимаетъ его векселя и т. п. Если обѣ стороны ведутъ книги и записываютъ въ нихъ свои операціи, есть возможность повѣрять ихъ взаимно, по-

¹⁾ О расчетныхъ книжкахъ, какъ доказательствѣ работъ Суд. В. 67 г. № 159.

тому что, если взаимныя операціи ихъ записаны правильно, то статьи кредита въ книгахъ одной стороны должны соотвѣтствовать статьямъ дебета въ книгахъ другой. Одна сторона пишетъ: отпущено столько-то (*expensum est*), а другая: принято столько-то (*receptum est*). Такое книговодство, такіе *codices expensi et recepti* или *rationes domesticae* были въ обычаѣ еще у римлянъ ¹⁾, но вышли изъ употребленія вслѣдствіе упадка нравовъ и кредита въ имперіи. При императорахъ постановлено было не вѣрить такимъ *rationes domesticae*, потому что въ нихъ каждый пишетъ, что хочетъ ²⁾. Но въ торговыхъ городахъ средневѣковой Италіи снова появляется обычай книговодства, именно въ купеческомъ быту. Веденіе книгъ съ теченіемъ времени стало считаться даже обязанностью каждаго торговаго человѣка ³⁾. Оттуда этотъ обычай распространился по всей Европѣ и теперь существуетъ вездѣ. Въ дѣлахъ между купцами взаимно торговыя книги служатъ полнымъ доказательствомъ по тѣмъ статьямъ, которыя оказываются сходными въ книгахъ той или другой стороны (Уст. Торг. 1621 и 1622).

Однако этимъ правиломъ еще не исчерпывается все значеніе торговыхъ книгъ. Само это правило большого значенія не имѣетъ, потому что когда книги сходны, то и спора быть не можетъ, по крайней мѣрѣ между сторонами. А по отношенію къ третьимъ лицамъ нельзя примѣнять это правило безусловно: изъ того, что два лица согласно записали какой-нибудь фактъ, еще не слѣдуетъ, что третьи лица обязаны признать этотъ фактъ безспорнымъ ⁴⁾.

Дальнѣйшая доказательная сила торговыхъ и вообще разныхъ счетовыхъ книгъ основывается на слѣдующихъ соображеніяхъ. Для сложнаго хозяйства въ интересахъ самого хозяина необходима правильная отчетность. Чѣмъ сложнѣе оно, чѣмъ болѣе лицъ принимаютъ въ немъ участіе въ качествѣ управляющихъ, кассировъ, экономовъ, прикащиковъ и проч., тѣмъ необходимѣе эта очевиднѣе. Наприм., государственный банкъ не просуществовалъ бы и одного года, еслибы не велъ отчетности по каждому роду своихъ операцій. Не даромъ большіе банкирскіе дома содержатъ огромный штатъ чиновъ для счетоводства. Торговый человѣкъ и вообще владѣлецъ сложнаго хозяйства долженъ постоянно контролировать ходъ этого механизма и есть система книговодства, которая даетъ возможность вести такой контроль. Изъ этой организаціи, если въ ней господствуетъ порядокъ, вытекаетъ нѣкоторое предположеніе въ пользу правильности счетоводства, особенно когда торговый домъ стоитъ въ разныхъ дѣловыхъ связяхъ съ другими лицами и контролируется ихъ собственною отчетностью или, по крайней мѣрѣ, компрометтировалъ бы себя, если бы въ его счетахъ замѣченъ былъ публично безпорядокъ. На этомъ предположеніи основана доказательная сила торговыхъ книгъ и т. п. счетоводства, даже въ пользу того, кому эти книги принадлежатъ. Правила объ атомъ предметѣ по-

¹⁾ Gai III, 128, и слѣд.

²⁾ L. 5—7 Cod. 4, 19. Endemann § 65 и 75.

³⁾ Sraccha de mercatura, p. II n. 51; Solent et debent mercatores rationum libros conficere, id enim ad statum eorum praecipue pertinet.

⁴⁾ Въ случаѣ несостоятельности, претензіи, основанныя на выпискѣ изъ торговыхъ книгъ и признанныя конкурснымъ управленіемъ правильными, относятся къ 4-му разряду долговъ (X, 1, 2046. Уст. Торг. 1882. Спб. Ком. Суда по д. Рубина съ Чидсомъ въ февр. 68 г.).

являются также уже въ торговыхъ городахъ средневѣковой Италиі 1). Очевидно, впрочемъ, что сила этого предположенія можетъ быть до безконечности разнообразна, смотря по сложности хозяйства, по завѣденному въ немъ порядку и проч., и что оно можетъ даже переходить въ противоположное предположеніе, если въ книгахъ замѣчается безпорядокъ, поправки, вклеенныя листы, если самъ хозяинъ извѣстенъ за человѣка недобросовѣстнаго и т. п. (Уст. Торг. 1629. Уст. 468). Если ничего такого не оказывается, то купеческія книги могутъ приниматься въ доказательство даже и противъ лицъ, не принадлежащихъ къ торговому сословію. Доказательство это во всякомъ случаѣ не полное, потому что оно основывается на предположеніи. Оно принимается въ спорахъ о поставкѣ товаровъ и о займѣ денегъ, но тогда только, когда доказано, что товары дѣйствительно поставлялись или забирались деньги, а споръ идетъ только о времени, количествѣ, качествѣ или цѣнѣ товаровъ, или о срокѣ и размѣрѣ (?) платежа (X, 2, 332. XI, 2, 1623. Уст. 466). Это правило, впрочемъ, едвали обнимаетъ всѣ случаи. Разнообразіе здѣсь слишкомъ велико. Надобно замѣтить еще, что и книги розничныхъ и мелочныхъ торговцевъ и другихъ хозяевъ 2) (Бавар. Уст. § 365) могутъ приниматься судомъ въ уваженіе въ связи съ другими доказательствами (68 г. Кас. 36 и 43. 70 г. Кас. 76, д. Земцова). Конечно, если счетоводство не организовано и одну книгу нельзя повѣрить другими, то они не заслуживаютъ большой вѣры (68 г. Кас. 30, д. Пашенко.—Побѣд. § 901). Для повѣрки записокъ и счетовъ съ подлинными книгами и актами установлены особыя правила. Повѣрка производится однимъ изъ членовъ суда, и въ помощь ему, въ случаѣ надобности, назначаются эксперты (Уст. 534—538).

в) Свидѣтельства постороннихъ лицъ. Здѣсь важны именно свидѣтельства разныхъ должностныхъ лицъ и присутственныхъ мѣстъ о фактахъ, усмотрѣнныхъ и удостовѣренныхъ ими *ex officio* 3). Документы, которые заключаютъ въ себѣ такое свидѣтельство, называются публичными (*instrumenta publica*, *öffentliche Urkunden*). Доказательная сила ихъ основывается на официальномъ характерѣ свидѣтельства, т. е. на предположеніи, что должностныя лица и учрежденія государства не имѣютъ интереса давать ложныя показанія, что они показываютъ правду по долгу присяги и службы. Это предположеніе подкрѣпляется тѣмъ еще, что въ государствѣ существуетъ законный порядокъ и организованъ надзоръ по каждой части управленія, такъ что должностныя лица и учрежденія имѣютъ интересъ показывать правду, а кто имѣетъ противоположный интересъ, тотъ устраняется отъ засвидѣтельствванія фактовъ. Впрочемъ, даже собственныя дѣйствія должностныхъ лицъ могутъ быть удостовѣрены показаніями ихъ же самихъ; сюда относятся, наприм., протоколы и журналы разныхъ присутственныхъ мѣстъ, судей и т. п. (X, 2, 322), также метрическія книги, которыя удостовѣряютъ крещеніе, бракосочетаніе и похороны людей (X, 2, 320). Должностныя лица принимаютъ официальное участіе въ совершеніи актовъ частными лицами или же только свидѣствуютъ

1) Dec. R. Genuae, 173 п. 2: Liber rationis fidem facit.

2) Wendt Beweiskraft der Gutsrechnungen, 1835.

3) Документы, заключающіе въ себѣ свидѣтельство частныхъ лицъ (70 г. Кас. 439 и 1348) или неподлежащихъ присутственныхъ мѣстъ и должностныхъ лицъ (72 г. Кас. 475, д. Чемодурова), не имѣютъ доказательной силы. См. ниже, § 67.

акты, совершенные домашнимъ порядкомъ, и разныя другія обстоятельства, имѣющія юридическое значеніе. Съ этой цѣлью образованы даже особыя нотаріальныя учрежденія, а въ торговомъ быту есть особые маклеры. Еще у римлянъ было нѣчто подобное, но римскіе маклеры—*tabelliones*—были частными посредниками; въ средневѣковой Италіи на ихъ мѣсто появляются нотаріусы и со времени Карла Великаго они стали назначаться отъ правительства, давали присягу на службу и вообще получили оффиціальныя характеръ. У насъ нотаріальныя учрежденія, какъ извѣстно, введены недавно. Цѣль ихъ состоитъ именно въ совершеніи актовъ и разныхъ засвидѣтельствованій по просьбѣ частныхъ лицъ. Такъ, наприм., нотаріусъ можетъ засвидѣтельствовать, что такое-то лицо находится въ живыхъ, что подлинно такое-то лицо подписало такую-то бумагу и проч. (Нотар. пол. 128). Кругъ дѣятельности маклеровъ нѣсколько уже; они занимаются посредничествомъ по торговымъ дѣламъ (Уст. Торг. 2424). Выписки изъ ихъ книгъ имѣютъ силу доказательства (Уст. Торг. 1631—1634).

Свидѣтельство нотаріальнаго учрежденія или другаго должностнаго лица, выраженное въ публичномъ документѣ, считается достовѣрнымъ, пока не доказанъ подлогъ (Уст. 410, 459, 463, 476. Нотар. пол. 78. Сравн. о маклерскихъ книгахъ Уст. торг. 1634) или противозаконность акта, некомпетентность должностнаго лица и т. п. До тѣхъ поръ нельзя опровергать его показаніями другихъ свидѣтелей (Уст. 410) или домашними актами (Уст. 459).

В. По отношенію къ формѣ. Въ этомъ отношеніи нужно обратить вниманіе а) на внѣшнюю форму и б) на подлинность документа.

а) Внѣшняя форма. Она служитъ средствомъ къ распознаванію дѣйствительнаго содержанія документа, указываетъ на неповрежденность его и на матеріальную достовѣрность документа. Напримѣръ, если долговой актъ оказывается разорваннымъ или перечеркнутымъ, это служитъ признакомъ погашенія обязательства, пока истецъ не докажетъ противнаго (Уст. Торг. 1611, X, 1, 2053). Внѣшній видъ торговыхъ книгъ иногда вызываетъ недовѣріе къ ихъ содержанію (Уст. Торг. 1629. Уст. 468). Когда документъ написанъ чужою рукою, мѣсто подписи обыкновенно замыкаетъ его содержаніе, такъ что дальнѣйшія приписки, сдѣланныя чужою рукою, обыкновенно необязательны для того лица, которое не утвердило ихъ своею подписью.

Повидимому, можно бы было считать форму документовъ еще и въ другомъ смыслѣ условіемъ ихъ достовѣрности. Извѣстно, что нѣкоторые акты по закону должны совершаться крѣпостнымъ или нотаріальнымъ порядкомъ и, если не совершены въ этой формѣ, считаются недѣйствительными по отношенію къ тому юридическому эффекту, какой имѣлся въ виду при составленіи акта. Въ прежнее время эта формальная сторона актовъ играла большую роль въ нашей судебной практикѣ. Сколько правъ, вполне очевидныхъ и несомнѣнныхъ, потеряно изъ-за этого формализма! Знакомство съ рѣшеніями нашихъ прежнихъ судовъ весьма поучительно въ этомъ отношеніи. Часто было очевидно и для суда и для сторонъ, что отвѣтчикъ воспользовался извѣстною суммою денегъ отъ истца, что истецъ имѣетъ полное право требовать ее обратно. Но документъ его писанъ былъ не на гербовой бумагѣ надлежащаго достоинства и на этомъ основаніи ему отказывали въ искѣ. Или, напримѣръ, очевидно было, что подрядчикъ построилъ домъ отвѣтчику и имѣетъ право требовать вознагражденія; но договоръ под-

ряда не былъ явленъ у маклера, а потому истецъ получалъ отказъ въ искѣ (Сен. рѣш. II, № 675). Или еще лучше: между истцомъ и отвѣтчикомъ былъ письменный договоръ объ арендѣ и хозяйствѣ имѣнія росписался на немъ въ полученіи арендной платы. Но договоръ этотъ не былъ явленъ по установленному порядку, признанъ потому ничтожнымъ и самая росписка на немъ сочтена недѣйствительною (Сен. рѣш. I, № 487). Еще недавно, уже въ новой судебной практикѣ, множество процессовъ было проиграно вслѣдствіе неформальности сохранныхъ росписокъ.

На самомъ дѣлѣ, форма актовъ не составляетъ особаго условія ихъ достовѣрности. Она служитъ средствомъ къ открытію содержанія документа, къ опредѣленію его юридическаго значенія, и только. Нужно замѣтить, что документъ уже самъ по себѣ есть выраженіе, т.-е. форма мысли и воли. Если законъ требуетъ, чтобы извѣстный актъ воли выражался въ опредѣленной формѣ, то вопросъ объ этой формѣ есть вопросъ о содержаніи документа. Разные акты воли и мысли естественно выражаются въ различной формѣ и вполне возможно, что документъ не заключаетъ въ себѣ какого-нибудь опредѣленнаго договора или акта распоряженія, но въ то же время содержитъ въ себѣ другой договоръ, другое обязательство или признаніе въ полученіи извѣстной денежной суммы (Моск. С. Пал. по д. Азбукина въ „Суд. В.“ 67 г. № 86). Напримѣръ, сохранная росписка можетъ не заключать въ себѣ законнаго договора о поклажѣ, но въ то же время доказывать заемное обязательство (71 г. Кас. 717, д. Мирзоева. 72 г. Кас. 295, 308) или находженіе чужихъ вещей у отвѣтчика (72 г. Кас. 484, д. Лукашевича). Вексель, въ которомъ нѣтъ существенныхъ формъ векселя, будетъ недѣйствителенъ какъ вексель, но въ то же время можетъ имѣть силу долговаго обязательства (Уст. Торг. 544). Актъ, не признанный въ силѣ крѣпостнаго или явочнаго, можетъ сохранить силу домашняго акта (Уст. 460), потому что формы свидѣтельства нотаріальныхъ и крѣпостныхъ учреждений и формы актовъ распоряженія или признанія естественно различны.

Вобщемъ прежній формализмъ значительно смягченъ въ нашемъ новомъ законодательствѣ. Напримѣръ, акты, писанные на негербовой бумагѣ, теперь уже не признаются недѣйствительными (X, 2, ст. 3 прим. по прод. 63 и слѣд. г.), и могутъ быть приняты въ доказательство по судебнымъ дѣламъ (Уст. 461). За нарушеніе уставовъ о гербовомъ сборѣ опредѣлены только денежные штрафы (Уст. 462 и прим. по прод. 71 г.), но эта финансовая мѣра не имѣетъ никакого вліянія на доказательную силу актовъ (68 г. Кас. № 100) и не зависитъ отъ того, принять ли актъ въ доказательство, признанъ ли онъ дѣйствительнымъ, или нѣтъ (70 г. Кас. 279). Акты могутъ совершаться, по усмотрѣнію сторонъ, порядкомъ домашнимъ или нотаріальнымъ, и только для актовъ о переходѣ или ограниченіи права собственности на недвижимыя имущества законъ требуетъ крѣпостной формы подъ опасеніемъ недѣйствительности (Уст. 457, прим. Нотар. полож. 66). Но и эту недѣйствительность нужно понимать только въ томъ смыслѣ, что актъ не имѣетъ опредѣленнаго эффека, не производитъ передачи или ограниченія права собственности на недвижимое имущество, а въ другихъ отношеніяхъ онъ можетъ служить доказательствомъ (Уст. 460). Напримѣръ, продана земля по домашнему условію и продавецъ росписался въ полученіи покупной цѣны. Такой актъ не переводитъ права собственности на землю, но мо-

жесть служить доказательствомъ полученія денегъ и на этомъ основаніи можно требовать ихъ обратно (Сен. рѣш. II, № 517).

Каждый подлинный документъ, домашній или нотаріальный, по своей формѣ имѣеть одинаковую силу (Уст. 458). Различіе вытекаетъ изъ содержанія его. Такъ, на примѣръ, если актъ заключаетъ въ себѣ указаніе на день совершенія его, то достовѣрность этого указанія будетъ зависѣть отъ того, кѣмъ оно сдѣлано, на чьемъ авторитетѣ основано: сдѣлано ли оно только сторонами, только частными лицами, или засвидѣтельствовано должностнымъ лицомъ; въ первомъ случаѣ оно имѣеть силу только для сторонъ и ихъ преемниковъ. въ послѣднемъ же случаѣ — и противъ третьихъ лицъ (Уст. 476 — 77). Свидѣтельство должностныхъ лицъ не можетъ быть опровергаемо показаніями частныхъ свидѣтелей (Уст. 410) или домашними документами (Уст. 459), пока не доказаны подлогъ или противозаконность акта. Въ этомъ смыслѣ публичные документы имѣють преимущество передъ домашними (Уст. 459). Правда, подлогъ въ публичномъ документѣ или противозаконность его можно доказывать и свидѣтелями, и частными бумагами.

б) Подлинность. Подлинность документа есть происхожденіе выраженныхъ въ немъ мыслей и воли отъ тѣхъ именно лицъ, которымъ онѣ приписываются. Очевидно затѣмъ, что подлинность документа есть важное условіе достовѣрности его: только она ставитъ судъ въ такое положеніе, что онъ какъ бы самъ лично слышитъ отъ этихъ лицъ ихъ распоряженія, признанія, показанія или свидѣтельства. Для того чтобы принять документъ въ доказательство, судъ долженъ быть увѣренъ въ его подлинности. Сомнѣніе въ томъ можетъ возникнуть различными путями. Публичные документы обыкновенно имѣють на себѣ внѣшніе признаки подлинности, на прим., печать присутственнаго мѣста или должностнаго лица. Въ большинствѣ случаевъ эти признаки знакомы суду и, если нѣтъ спора о подлогѣ, судъ можетъ предполагать подлинность такого документа, такъ что лицо, представившее его, не обязано доказывать подлинности (Уст. 543, 555, 544). Въ случаѣ же спора или сомнѣнія судъ можетъ войти въ сношеніе съ тѣмъ присутственнымъ мѣстомъ или должностнымъ лицомъ, которому документъ приписывается и повѣрить такимъ образомъ подлинность документа (Уст. 499). Напротивъ, частные документы не имѣють на себѣ такихъ внѣшнихъ признаковъ подлинности, которые были бы знакомы суду; онъ не можетъ знать почерковъ и печатей всѣхъ частныхъ лицъ, и вотъ почему такіе документы не предполагаются подлинными, и если заявлено сомнѣніе противникомъ, то лицо, представившее документъ, обязано доказать его подлинность (Мот. гос. канц. предъ ст. 534 Уст.). Но противникъ долженъ заявить это сомнѣніе въ томъ же или въ первомъ слѣдующемъ засѣданіи суда по предъявленіи ему документа (Уст. 545), иначе возникаетъ предположеніе въ пользу подлинности, и если онъ желаетъ опровергать это предположеніе, то обязанъ доказать подложность акта (Уст. 544, 555).

Нашъ уставъ различаетъ производство по сомнѣнію въ подлинности акта и производство по спору о подлогѣ акта. Но въ томъ и другомъ идетъ рѣчь о подлинности или подложности, потому что это — соотносительныя понятія. Правда, и подлинный документъ можетъ быть поддѣланъ или искаженъ въ частностяхъ, на прим., въ означеніи суммы, дня и года и т. п., но насколько онъ будетъ подложенъ, настолько

же нельзя назвать его и подлиннымъ. Какъ видно изъ мотивовъ, поводомъ къ различенію этихъ производствъ послужило то обстоятельство, что *onus probandi* лежитъ въ первомъ случаѣ на предъявителѣ акта, а во-второмъ на томъ, кто предъявилъ споръ о подлогѣ (Уст. 544). Если первый не докажетъ подлинности, то не подвергается штрафу, а если лицо, предъявившее споръ о подлогѣ, не докажетъ его, то съ него взыскивается штрафъ отъ 10 до 300 руб. (Уст. 562). Впрочемъ, въ томъ и другомъ случаѣ идетъ споръ только противъ акта, и потому подлежитъ разрѣшенію гражданскаго суда; если же заявлено обвиненіе какого-нибудь лица въ совершеніи подлога, то дѣло передается прокурору для производства уголовнымъ порядкомъ (Уст. 110, 563—565).

Когда возбуждено сомнѣніе въ подлинности или поднятъ споръ о подлогѣ, то предъявителю документа предлагается вопросъ: желаетъ ли онъ воспользоваться документомъ въ данномъ процессѣ? Если не желаетъ, то нѣтъ надобности повѣрять его подлинность въ гражданскомъ судѣ и даже самый документъ возвращается ему, если нѣтъ повода къ передачѣ его прокурору (67 г. Угол. кас. 405). Если же онъ намѣренъ воспользоваться документомъ въ данномъ процессѣ, то судъ производить изслѣдованіе подлинности или подложности, причемъ *onus probandi* распределяется по изложеннымъ выше правиламъ. Когда на актѣ есть подпись того, кто заявилъ споръ или сомнѣніе, то вопросъ о подлинности акта естественно сосредоточивается прежде всего на этой подписи (Уст. 547, п. 3), потому что, если она подлинна, то уже нельзя сомнѣваться вообще въ подлинности документа, а можно доказывать только подложность его въ частностяхъ (Уст. 542). Доказательствами подлинности или подложности могутъ служить самыя разнообразныя средства, наприм. свидѣтели, отзѣвы должностныхъ лицъ, повѣрка съ другими документами, въ особенности же сличеніе почерка на заподозрѣнномъ актѣ съ другими актами, несомнѣнно происходящими отъ того лица, кому приписывается спорный документъ (Уст. 547, 559—561). Выборъ бумагъ или актовъ для сличенія предоставляется взаимному соглашенію сторонъ, а въ случаѣ ихъ несогласія—суду (Уст. 551), а самое сличеніе можетъ быть поручено экспертамъ (Уст. 553). Иногда, если нѣтъ готовыхъ бумагъ для сличенія, заставляютъ спорщика написать что-нибудь для образца, но этотъ приемъ обыкновенно не ведетъ ни къ чему, потому что для образца можно и измѣнить почеркъ.

3. Представленіе документовъ. Если документы находятся въ рукахъ того, кто желаетъ ими пользоваться въ процессѣ, то они представляются имъ въ судъ въ оригиналахъ или въ засвидѣтельствованныхъ копіяхъ (Уст. 264, 57, 315 и др.). Если же они находятся въ рукахъ противника, то можно требовать, чтобы онъ представилъ ихъ въ судъ (Уст. 439—444). Въ случаѣ отказа его, судъ можетъ признать доказанными тѣ обстоятельства, въ подтвержденіе коихъ была сдѣлана ссылка на документъ, но только когда онъ не отрицаетъ, что документъ находится у него (444 ст.). По иностраннымъ законамъ это отрицаніе онъ долженъ подтвердить присягою, потому что иначе оно слишкомъ легко и обязательство къ сообщенію документовъ не гарантировано.—Затѣмъ, мы уже упоминали, что судъ содѣйствуетъ тяжущемуся, въ случаѣ надобности, выправить документы или справки и отъ третьихъ лицъ, или изъ присутственныхъ мѣстъ (Уст. 445—455).

§ 63. Осмотръ на мѣстѣ (*inspectio ocularis*)¹⁾. Часто судья необходимо лично удостовѣриться въ состояніи или положеніи какого-нибудь предмета для правильнаго рѣшенія дѣла. Если этотъ предметъ не можетъ быть представленъ въ судъ, то онъ изслѣдуется на мѣстѣ, гдѣ находится, посредствомъ осмотра. Всего чаще это бываетъ въ дѣлахъ о погромахъ, поджогахъ и т. п. поврежденіяхъ имѣній, въ спорахъ между сосѣдями, между арендаторами и хозяевами, въ дѣлахъ о подрядахъ, поставкахъ и т. д., вообще когда нужно констатировать или внѣшнее положеніе имѣній, составъ и принадлежности ихъ, границы участковъ и т. п., или же внутреннее состояніе и качества вещей, сырость квартиры, дурныя качества поставленныхъ припасовъ, удовлетворительность постройки и проч. Иногда это дѣло можетъ быть поручено экспертамъ и нѣтъ надобности въ личномъ осмотрѣ предметовъ судьей. Въ такихъ случаяхъ нѣкоторые иностранныя законодательства даже запрещаютъ судьямъ назначать осмотръ, по крайней мѣрѣ безъ просьбы сторонъ, *ex officio*²⁾. У насъ такого запрещенія нѣтъ, а напротивъ законъ считаетъ полезнымъ, чтобы судъ наблюдалъ за производствомъ экспертизы, и вообще допускаетъ соучастіе судьи и свѣдущихъ людей въ дѣлѣ осмотра по усмотрѣнію суда (Уст. 507, 517). Нерѣдко все рѣшеніе зависитъ отъ непосредственнаго знакомства суда съ фактическимъ положеніемъ или состояніемъ вещей, и поручить производство осмотра и изслѣдованія однимъ частнымъ лицамъ значило бы практически тоже, что отдать все дѣло на ихъ волю. Кромѣ того, показанія и заключенія экспертовъ, даже описаніе мѣстности съ планами и чертежами, не всегда могутъ замѣнить непосредственное знакомство судьи съ предметомъ; извѣстно, что на планахъ иногда значится пустошь тамъ, гдѣ стоитъ деревня, или поле, вмѣсто озера, лѣсъ—вмѣсто степи, такъ что, полагаясь на планы, можно постановить весьма странное рѣшеніе, противное природѣ. Конечно, если стороны не просятъ объ осмотрѣ, а считаютъ достаточнымъ изслѣдованіе чрезъ постороннихъ лицъ, то въ большинствѣ случаевъ судъ не будетъ навязывать имъ своихъ личныхъ услугъ, соединенныхъ съ расходами для тяжущихся. Однако бояться такого усердія не слѣдуетъ. Въ прежнее время, наприм., во Франціи судьи получали за осмотръ мѣстностей особый гонораръ (*épicés*) и эта приманка заставляла ихъ назначать осмотры тамъ, гдѣ они совсѣмъ не были нужны. Вотъ почему законодательство считало полезнымъ ограничить ихъ усердіе. Но въ настоящее время никакого гонорара не получается и судьи расположены скорѣе къ тому, чтобы обойтись безъ осмотра, безъ развѣдковъ и хлопотъ, даже въ тѣхъ дѣлахъ, гдѣ эта мѣра оазывается дѣйствительно нужною. Такія явленія встрѣчаются иногда и у насъ. По Уст. Гр. Суд. судъ можетъ, по просьбѣ тяжущагося или по своему усмотрѣнію, назначить осмотръ на мѣстѣ, съ участіемъ или безъ участія свѣдущихъ людей (119, 507). Это правило у насъ иногда понимается въ томъ смыслѣ, что единственно отъ доброй воли судей зависитъ назначить осмотръ

¹⁾ Puchta въ *Zeit. f. Civilr. u. Proz.* т. III.—С. de proc. 295 et ss. des descentes sur lieux. С. di pr. Ital. 271, ss. dell'accesso giudiziale (Borsari ad hoc). Баден., § 505 ff. vom Augenscheine. Ганнов., 281. Бавар. 396 ff. Best, § 173 и свѣд. Eudemann, Bew. § 22.

²⁾ Ord. de 1667, XXI, l. С. de proc. 295. Сардин. Уст. 59 г., § 358 (отмѣн. въ Итал. Уст. 65 г., art. 271).

или не назначить; сказано: можетъ, слѣдовательно не обязанъ. Но такое заключеніе не совсѣмъ правильно. Права государственныхъ постановленій суть вмѣстѣ съ тѣмъ и обязанности ихъ, насколько осуществленіе этихъ правъ необходимо по назначенію и цѣли каждой отрасли управленія. Только оцѣнка этой необходимости предоставлена самимъ этимъ установленіямъ, по ближайшемъ соображеніи частныхъ случаевъ, дѣлъ и обстоятельствъ. Когда законъ говоритъ, что судъ можетъ произвести осмотръ, это значитъ, что онъ обязанъ произвести его, если по соображеніи обстоятельствъ дѣла это окажется необходимымъ ¹⁾. Вотъ почему бывали уже случаи, что сенатъ отмѣнялъ рѣшеніе суда потому только, что судъ отказывалъ тяжущимся въ производствѣ осмотра по такимъ дѣламъ, гдѣ эта мѣра была необходимою, гдѣ стороны не имѣли другихъ доказательствъ, кромѣ осмотра (1872 г. Кас. 367, д. Дмитряна).

Что касается порядка производства осмотра, то мировой судья производитъ его самъ лично при двухъ свидѣтеляхъ и тяжущихся (Уст. 120), а окружные суды назначаютъ для того одного или нѣсколькихъ членовъ (Уст. 508). Если осмотръ нужно произвести въ округѣ другого суда, то мѣра эта поручается мѣстному суду посредствомъ сношенія (Уст. 505). Затѣмъ, какъ уже замѣчено, судъ можетъ пригласить свѣдущихъ людей къ участию въ осмотрѣ, если дѣло требуетъ какихъ-нибудь особыхъ или техническихъ свѣдѣній (Уст. 507, 515). Особенно важно, а иногда даже необходимо здѣсь присутствіе самихъ тяжущихся или ихъ повѣренныхъ; они должны быть извѣщены о времени и мѣстѣ осмотра, хотя неприбытіе ихъ не всегда останавливаетъ производство (Уст. 121, 502). Объ осмотрѣ составляется протоколъ, а въ случаѣ надобности—планы и чертежи (Уст. 503, 511); стороны должны слѣдить за ихъ вѣрностью и, если замѣтятъ неправильности, оговорить ихъ въ своей подписи на протоколѣ, иначе онѣ теряютъ право возражать противъ того, что актомъ осмотра удостовѣрено (Уст. 121, 512). Обставивъ производство осмотра извѣстными гарантіями, законъ считаетъ результаты его вполне достовѣрными, такъ что актъ осмотра не можетъ быть опровергаемъ показаніями свидѣтелей (Уст. 513). Что судья видѣлъ собственными глазами (*oculis fidelibus*), что записано имъ и подписано сторонами безъ возраженія, то въ самомъ дѣлѣ должно считаться безспорнымъ. И вотъ почему нѣкоторые писатели относятъ результаты осмотра даже не къ доказательствамъ, а къ очевидности (*Endemann, l. cit.*), а другіе, напротивъ, называютъ его самымъ солиднымъ доказательствомъ (*omnium probationum firmitissima*). Въ нашемъ Уст. Гр. Суд. осмотръ отнесенъ къ способамъ повѣрки доказательствъ (Уст. 499 и слѣд.).

2. Показанія сторонъ.

§ 64. Признаніе (*Confessio*). Признаніемъ называется показаніе стороны, удостовѣряющее дѣйствительность такого отношенія или обстоятельства, которое служить къ утвержденію правъ ея противника (Уст. 112, 480). Предметомъ признанія могутъ служить какъ юриди-

¹⁾ Такова формулировка этого правила въ Итал. Уст. (art. 271): *Quando l'autorità giudiziaria creda necessaria l'ispezione del luogo o della cosa controversa per mezzo di uno dei giudici, etc.*

чекія отношенія, такъ и факты или дѣйствія, утверждающіе права противной стороны. Наприм., отвѣтчикъ говоритъ, что онъ состоитъ должнымъ истцу такую-то сумму; здѣсь предметомъ признанія служитъ долговое отношеніе. Или онъ говоритъ, что занималъ у истца такую-то сумму; предметомъ признанія является здѣсь фактъ займа. Можно такимъ образомъ признать одинъ фактъ, одно отношеніе, или нѣсколько фактовъ и отношеній, притомъ или просто, категорически, или же съ разными оговорками и заявленіями въ свою пользу. Послѣднія заявленія нельзя считать признаніемъ, потому что признаніе есть доказательство не въ пользу, а противъ того, кто его даетъ. Предметомъ признанія служатъ, слѣдовательно, только вредные ему факты или права противника; если же сторона заявляетъ что-нибудь въ свою пользу, то это будетъ ея показаніе, а не признаніе.

По своей формѣ, признаніе можетъ быть судебное или внѣсудебное. То и другое можетъ быть выражено въ письменной формѣ, или изустно. О письменномъ внѣсудебномъ признаніи мы уже говорили выше, въ ученіи о документахъ. Если какое-нибудь лицо внѣ суда письменно признало извѣстное право или юридическій фактъ въ пользу другаго лица, то документъ этотъ будетъ заключать въ себѣ слѣдъ признанія, такъ что оно можетъ быть доказано суду несомнѣнно. Наша кассационная практика ставитъ такое признаніе наравнѣ съ судебнымъ (68 г. Кас. 78 и 571. 69 г. Кас. 855. 70 г. Кас. 1193 1207), хотя, конечно, есть между ними различіе уже потому, что первое дошло до суда посредствомъ документа и должно обсуживаться прежде всего какъ документъ. Напротивъ, если признаніе дано внѣ суда изустно, то судъ можетъ узнать о немъ только посредствомъ свидѣтельства другихъ лицъ, а потому доказательная сила его подлежитъ разнымъ условіямъ и ограниченіямъ свидѣтельскихъ показаній: наприм. оно не можетъ доказывать займа, потому что этотъ фактъ не можетъ быть удостовѣренъ свидѣтелями (70 г. Кас. 1011). Наконецъ, внѣсудебное признаніе иногда выражается косвенно въ разныхъ дѣйствіяхъ, которыя оставляютъ за собой матеріальный слѣдъ и могутъ быть удостовѣрены этимъ способомъ; наприм. кредиторъ, получивъ долгъ, разрываетъ заемное письмо и отдаетъ его должнику; это разорванное письмо доказываетъ его признаніе въ полученіи долга. Что касается судебного признанія, оно можетъ быть слѣдано также письменно, въ бумагѣ, поданной въ судъ, или устно, во время состязанія по дѣлу; въ послѣднемъ случаѣ оно записывается ¹⁾ въ протоколъ (Уст. 479), потому что слѣдъ его необходимо сохранить для апелляціонной инстанціи.

Основаніе доказательной силы признанія заключается въ порядкѣ частныя лицъ своими частными интересами и правами. Когда кредиторъ выдаетъ должнику росписку въ полученіи долга, подъ этимъ дѣйствіемъ могутъ скрываться самые разнообразныя акты распо-

¹⁾ Иностранныя законодательства требуютъ, чтобы судъ записывалъ признанія въ протоколъ даже *ex officio*. Нашъ Уст. Гр. Суд. менѣе строгъ; признаніе должно быть непременно записано только по просьбѣ противной стороны (479), и судъ имѣетъ право основывать рѣшеніе на признаніи, даже не внесенномъ въ протоколъ (72 г. Кас. 519, д. Шабанова. 67 г. Кас. 233. 68 г. Кас. 78 и др.), означивъ объясненіе стороны, которому приданъ смыслъ признанія, уже въ самомъ рѣшеніи (69 г. Кас. 691, 71 г. Кас. 953, д. Степанова) и выводъ этого признанія изъ объясненій сторонъ зависятъ отъ усмотрѣнія суда и не подлежатъ повѣркѣ сената (72 г. Кас. 476, д. Сашира).

ряженія той суммою, которая значится въ роспискѣ: кредиторъ могъ подарить эту сумму должнику, могъ зачесть ее за свои обязательства передъ нимъ и т. п. Нѣтъ надобности, чтобы означенный въ роспискѣ платежъ былъ дѣйствительно полученъ наличными деньгами; онъ могъ быть зачтенъ, подаренъ и т. п. Росписка покрываетъ всѣ эти расчеты, она указываетъ только на результатъ ихъ—на погашеніе долга квитанціею. Подлѣ нея могли быть выданы между сторонами разные другіе документы, наприм. о прекращеніи обязательствъ кредитора вслѣдствіе зачета, о новаціи, о переводѣ долга и т. д. Сама росписка говоритъ только о волѣ и согласіи кредитора считать долгъ уплаченнымъ и результатъ этой воли есть погашеніе долговаго обязательства, хотя бы платежа въ дѣйствительности не было: передавая росписку должнику, кредиторъ выражаетъ свое согласіе на прекращеніе обязательства, признаетъ, что оно прекратилось. Точно также, когда отвѣтчикъ заявляетъ въ процессѣ, что онъ состоитъ должнымъ истцу такую-то сумму, въ этомъ признаніи заключается актъ распоряженія, и если онъ самъ по себѣ законенъ, то сила его не зависитъ отъ того, дѣйствительно-ли существовало долговое обязательство между истцомъ и отвѣтчикомъ до момента признанія: отвѣтчикъ могъ и подарить эту сумму истцу, могъ вступить съ нимъ внѣ суда въ самыя разнообразныя сдѣлки и на основаніи ихъ признать себя на судѣ должникомъ и т. п. Надобно замѣтить еще, что когда предметомъ признанія служитъ юридическое отношеніе, въ немъ выражается прямое распоряженіе; напротивъ, если признается юридическій фактъ, утверждающій права противника, то распоряженіе будетъ не прямое, а посредственное. Впрочемъ окончательный результатъ въ томъ и другомъ случаѣ одинаковъ: признавая фактъ, лицо признаетъ послѣдствія этого факта и, насколько они касаются его правъ и интересовъ, распоряжается ихъ судьбою.

Отсюда видны теперъ условія доказательной силы признанія. Если въ признаніи заключается актъ распоряженія, то понятно, что для дѣйствительности его необходима способность къ распоряженію (*facultas* или *jus disponendi*). Поэтому признаніе не можетъ быть дано лицами, не имѣющими сознанія и воли, напр., безумными, сумасшедшими и малолѣтними. По нашему законодательству, даже когда лицо вышло изъ малолѣтства, но остается несовершеннолѣтнимъ, его права на распоряженіе имуществомъ не увеличиваются и всякое даваемое съ его стороны согласіе на какой-либо актъ считается по прежнему ничтожнымъ (X, 1, 219). Только достигнувъ совершеннолѣтія, оно можетъ признать свои долги и такое признаніе имѣетъ обязательную для него силу (67 г. Кас. 248. 68 г. Кас. 371 и др.). Точно также должникъ, объявленный несостоятельнымъ, не имѣетъ права распоряжаться своимъ имуществомъ, а потому его признаніе въ дѣлахъ объ этомъ имуществѣ лишено силы (Уст. 484). Есть также права и отношенія, изъятыя отъ произвольнаго распоряженія частныхъ лицъ; такъ, наприм., бракъ не можетъ быть расторгнутъ ни одностороннею волею, ни соглашеніемъ супруговъ; понятно потому, что и признаніе какого-нибудь повода къ разводу, хотя бы обоими супругами, не имѣетъ значенія, наприм., признаніе въ прелюбодѣяніи (X, 1, 47). Также въ уголовномъ процессѣ, гдѣ рѣчь идетъ о свободѣ, жизни, чести обвиняемаго, признаніе подсудимаго только тогда принимается въ уваженіе, когда оно согласно съ обстоятельствами дѣла, формально обязательной силы оно

не имѣть. Кромѣ того, для нѣкоторыхъ правъ законъ устанавливаетъ извѣстныя формы распоряженія; если признаніе выражено не въ тѣхъ формахъ, въ которыхъ законъ допускаетъ распоряженіе этими правами, то оно остается безсильнымъ. Наприм., сдѣлки *inter vivos* о правѣ собственности на недвижимое имущество должны совершаться крѣпостнымъ порядкомъ, а потому признаніе продажи, даренія и т. п. сдѣлки объ этомъ правѣ, данное въ формѣ домашняго документа или изустно внѣ суда, не можетъ доказывать, что переводъ права дѣйствительно состоялся (X, 1, 699, 728. Уст. 457 прим.). Даже признаніе этого рода, данное у мирового судьи, не утверждаетъ права собственности на недвижимое имущество, потому что мировой судья не рѣшаетъ дѣлъ о правѣ собственности на недвижимое имущество (Уст. 31); онъ можетъ рѣшать ихъ по взаимному согласію сторонъ (Уст. 30), но если рѣшеніе его основывается на признаніи юридическаго акта, который подлежитъ крѣпостному сбору, такое рѣшеніе должно быть записано у крѣпостныхъ дѣлъ (X, 1, 1529, п. 5. Нотар. Пол. 2, 158, 159, 199, 200).—Очевидно затѣмъ, что признаніе должно быть актомъ сознательнымъ, добровольнымъ и намѣреннымъ, должно быть результатомъ сознательной воли (*animus confitendi*). Вотъ почему, если документъ, заключающій въ себѣ признаніе, выданъ былъ вслѣдствіе принужденія или обмана, такой актъ можно оспорить и, когда принужденіе или обманъ дѣйствительно доказаны, онъ считается ничтожнымъ (X, 1, 701—706). Напротивъ, если ни принужденія, ни обмана не было, то признаніе предполагается сознательнымъ, потому что человѣкъ есть существо разумное, и когда оно дано сознательно, его нельзя взять назадъ, оно безповоротное (*confessio non revocatur*), потому что намѣренія людей мѣняются подъ вліяніемъ интересовъ, но акты распоряженія должны быть твердыми и не стоять въ зависимости отъ послѣдующихъ измѣненій воли, когда на этихъ актахъ утверждаются права другихъ лицъ. Однако, нашъ Уставъ Гр. Суд. допускаетъ исключенія изъ этого правила о безповоротности признанія. По ст. 481, сторона, учинившая признаніе, можетъ опровергать его, когда признаніе относится не къ личнымъ ея дѣйствіямъ и когда она можетъ доказать, что была введена въ заблужденіе невѣдѣніемъ такого обстоятельства, которое открылось лишь впослѣдствіи. Мы уже видѣли, кромѣ того, что довѣритель можетъ протестовать немедленно противъ признанія, сдѣланнаго повѣреннымъ вопреки порученію, потому что въ этомъ случаѣ признаніе совершается противъ его воли.

Послѣдствія признанія понятны изъ самой сущности его. Насколько въ немъ выражается законное распоряженіе лица своими правами и интересами, судъ долженъ охранять его обязательную силу. Поэтому, если сторона признаетъ какое-нибудь отношеніе, на которомъ утверждается право противника ея, то судъ долженъ считать это отношеніе существующимъ; точно также, если признанъ фактъ, прекращающій права стороны или устанавлиющій права противной стороны, судъ долженъ считать этотъ фактъ безспорнымъ и вывести изъ него тѣ послѣдствія, какія вытекаютъ изъ него по закону. Признанный фактъ, какъ безспорный между сторонами, не требуетъ дальнѣйшихъ доказательствъ (Уст. 112, 480). Вотъ почему признаніе считается суррогатомъ доказательствъ, хотя надобно замѣтить, что не одно признаніе, а и всякое доказательство, вполне удостовѣряющее какой-нибудь фактъ, есть суррогатъ другихъ доказательствъ, т.-е. устраняетъ по-

требность въ другихъ доказательствахъ, замѣняетъ ихъ. Иногда называютъ признаніе даже суррогатомъ рѣшенія, потому что лицо, которое признало какое нибудь обязательство, тѣмъ самымъ какъ бы само произнесло себѣ приговоръ, само присудило себя къ исполненію обязательства (*confessus pro judicato habetur*). Однако этотъ взглядъ для современнаго процесса не совѣмъ вѣренъ. Онъ коренится въ римской организаціи суда, именно въ раздѣленіи производства *in jure* отъ производства *in judicio*. Въ то время, если сторона признавала *in jure*, передъ преторомъ, права своего противника, то собственно такъ наз. суда (*judicium*) вовсе не назначалось и не постановлялось рѣшенія (*sententia*) въ этомъ судѣ выборныхъ судей. Тогда, слѣдовательно, признаніе было дѣйствительно суррогатомъ рѣшенія. Но теперь, такъ какъ такого раздѣленія процесса уже не существуетъ, за признаніемъ слѣдуетъ постановленіе рѣшенія, въ которомъ должны быть указаны и основанія его, т. е. объясненія, въ коихъ судъ нашель признаніе (69 г. Кас. 691. 71 г. Кас. 953, д. Степанова); такъ что признаніе уже не замѣняетъ рѣшенія, не есть суррогатъ его. Въ этомъ отношеніи нѣтъ различія между признаніемъ правъ и признаніемъ фактовъ, хотя послѣднее требуетъ еще болѣе посредствующей дѣятельности суда. Признаніе виѣсудебное отличается тѣмъ, что доходить до суда посредствомъ какихъ-нибудь другихъ доказательствъ, обыкновенно въ формѣ документовъ; однако и за судебнымъ признаніемъ также слѣдуетъ оцѣнка его и рѣшеніе. Вообще всякое признаніе отличается индивидуальностью, т. е. обязательно только для того лица, кто его далъ или сдѣлалъ, и для его преемниковъ. На этомъ основаніи, если одинъ изъ соучастниковъ въ процессѣ учинить признаніе, то оно имѣетъ силу доказательства только противъ его самого, а не противъ другихъ соучастниковъ (Уст. 113, 482); исключенія изъ этого правила уже указаны нами выше (Уст. 114, 483. Ср. § 39).

Признаніе выводится судомъ обыкновенно изъ разныхъ объясненій тяжущихся и часто бываетъ, что объясненія сторонъ сходятся между собою въ однихъ пунктахъ и противорѣчатъ въ другихъ. Въ такихъ случаяхъ, по общему правилу, судъ долженъ выдѣлять тѣ вопросы, которые за соглашеніемъ сторонъ оказываются безспорными, и останавливаться затѣмъ на разъясненіи остальныхъ вопросовъ, спорныхъ между тяжущимися. Но устанавливая это правило, мы встрѣчаемся съ понятіемъ о недѣлимости признанія. Это понятіе выражено, по примѣру Потье (§ 832 и 920) въ извѣстномъ афоризмѣ франц. гражд. кодекса: *l'aveu judiciaire ne peut être divisé contre celui qui l'a fait* (§ 1356). Статья эта отмѣнена въ Баденѣ (Уст. § 385), отвергнута при законодательныхъ работахъ Баваріи, Виртемберга и въ новомъ германскомъ проектѣ Уст. Гр. Суд. (§ 247) и не примѣняется въ Англіи (Best, § 339). Въ Германіи существуетъ цѣлый рядъ изслѣдованій объ этомъ предметѣ ¹⁾ и *communis opinio* противъ недѣлимости признанія. И у насъ при судебной реформѣ эта мысль о нераздробляемости признанія была отвергнута (Мот. гос. канц. къ ст. 479 Уст.). Но кассаціонная практика, напротивъ, приняла французское начало и

¹⁾ Brackenhöft в *civ. Arch.*, т. 22. Mittermaier, *ibid.*, т. 16, стр. 84—106. Bolgiano, *zur Lehre vom qualifizirten Geständniss* в *Zeit. für Civilr. N. F. m. 16*. Planck, *krit. Viertelj. IV. Püschmann*, über die Natur des sog. qualif. Geständnisses im Civilprocesse, 63 г. Renaud, § 104 in fine.

проводить его весьма строго, отмѣняя тѣ рѣшенія, въ которыхъ замѣчается раздробленіе признанія (69 Кас. 361, 366, 436, 691, 856. 70 кас. 106, 1398, 1631. 72 Кас. 157, д. Волковой, 180 д. Норейко, 899, Contra „Суд. В.“ 66 г. № 107. 67 г. № 1, 7 и др.).

Надобно замѣтить прежде всего, что понятіе о недѣлимости признанія обыкновенно примѣняется къ такимъ случаямъ, гдѣ оно оказывается неточнымъ. Признаніемъ называется удостовѣреніе факта или права во вредъ себѣ, и никоимъ образомъ нельзя считать признаніемъ заявленіе о какомъ-нибудь правѣ или фактѣ въ свою пользу. Наприм., когда отвѣтчикъ говоритъ, что истецъ ему долженъ такую-то сумму или получилъ отъ него столько-то рублей, это показаніе отвѣтчика ни въ какомъ случаѣ нельзя считать признаніемъ. Поэтому, когда отвѣтчикъ въ своихъ объясненіяхъ противъ иска частію признаетъ факты вредные себѣ, частію заявляетъ о фактахъ, которые клонятся къ его пользѣ, послѣдняя часть его объясненій будетъ заключать въ себѣ показанія или заявленія, а не признаніе. Въ этихъ случаяхъ можно ставить только вопросъ о томъ: допускается ли отдѣленіе признанія отъ другихъ объясненій отвѣтчика, другими словами: можетъ ли судъ допустить признаніе только тогда, когда допускается и всѣ другія объясненія отвѣтчика, или онъ въ правѣ счесть эти объясненія недоказанными и въ то же время отдѣлить отъ нихъ признаніе?

Несомнѣнно, что судъ имѣетъ право вывода признанія изъ всей совокупности объясненій сторонъ, право судить о томъ, заключается ли въ сложныхъ показаніяхъ отвѣтчика признаніе иска и насколько уважительно каждое показаніе. Только онъ не долженъ при этомъ разрывать такіа показанія стороны, которыя стоятъ въ связи между собою (*capita connexa*). Иногда отвѣтчикъ признаетъ какой-нибудь фактъ, но въ то же время заявляетъ о другомъ противоположномъ фактѣ, такъ что въ цѣломъ показаніи его вовсе нѣтъ распоряженія своими правами или интересами въ пользу истца, нѣтъ признанія, а напротивъ отвѣтъ его состоитъ въ непрямомъ отрицаніи иска (*indirectes Leugnen*). Наприм., онъ говоритъ: былъ долженъ, но уплатилъ и, слѣдовательно, не долженъ. Выводъ признанія изъ такого отвѣта, очевидно, былъ бы не правиленъ, потому что отвѣтчикъ въ этомъ случаѣ не признаетъ, а напротивъ, отрицаетъ искъ. Практически здѣсь дѣло сводится къ вопросу, на комъ лежитъ обязанность доказать платежъ въ случаѣ непрямаго отрицанія долга. Здѣсь нужно принять во вниманіе повсемѣстный обычай разрывать или возвращать долговой актъ тому, кто произвелъ полный платежъ долга; документъ обыкновенно уничтожается, когда расчеты покончены. Если кредиторъ предъявляетъ искъ къ должнику и отказывается подтвердить его долговымъ документомъ, а отвѣтчикъ съ своей стороны объясняетъ, что долгъ былъ, но уплаченъ, то несправедливо было бы возложить *onus probandi* на отвѣтчика: его показаніе подтверждается уже тѣмъ, что у кредитора нѣтъ долговаго документа и можно думать, что онъ уничтоженъ при платежѣ. Напротивъ, если долговой актъ представленъ кредиторомъ, такое объясненіе отвѣтчика, какъ ничѣмъ не подкрѣпленное, не имѣетъ никакого значенія и онъ обязанъ доказать платежъ. Вообще непрямое отрицаніе иска не измѣняетъ распредѣленія *onus probandi*.

Можно представить себѣ множество другихъ сочетаній признанія съ разными объясненіями стороны, которыя также подходятъ подъ понятіе о непрямомъ отрицаніи иска. Такъ, наприм., когда отвѣтчикъ

признаетъ долговое обязательство, на которомъ основанъ искъ, но заявляетъ, что оно безденежно или выдано по принужденію или обману (70 г. Кас. 465), погашено зачетомъ и т. п. Практическіе вопросы о распредѣленіи *onus probandi* въ этихъ случаяхъ разрѣшаются общими правилами, которыя уже изложены нами выше ¹⁾.

Затѣмъ недѣлимость признанія, въ точномъ смыслѣ слова, имѣетъ тотъ смыслъ, что, когда предметомъ его служить какое-нибудь сложное отношеніе или квалифицированный фактъ, то нельзя раздроблять этотъ предметъ въ ущербъ тому, кто призналъ его. Это правило понятно само собою. Если отвѣтчикъ сознался, что купилъ у истца какую-нибудь вещь, то нельзя выводить отсюда, что онъ принялъ на себя только обязательство уплатить истцу опредѣленную сумму денегъ и не имѣетъ права требовать исполненія по договору продажи. Изъ признанія условнаго обязательства нельзя заключать о безусловномъ и т. п.

§ 65. Присяга (*juramentum*) ²⁾. Присяга есть удостовѣреніе показаній торжественнымъ призваніемъ Бога во свидѣтеля правды ³⁾. Слѣды этого обычая встрѣчаются еще въ глубокой древности. По преданіямъ еврейскаго народа, уже Исаакъ и Іаковъ подтверждали свои договоры клятвою. Древнѣйшій римскій процессъ, какъ мы видѣли, открывался клятвою сторонъ. Съ теченіемъ времени употребленіе присяги въ римскихъ судахъ значительно развилось и подтверждено христіанскими императорами. У новыхъ народовъ Европы христіанскій обрядъ присяги постепенно замѣнилъ древніе суды Божіи, какъ-то: поединки, испытаніе огнемъ и водою и т. п. суевѣрія язычества, и получилъ въ ихъ быту самое широкое примѣненіе, не только въ процессѣ, но повсюду. Клятвой утверждались договоры, мирные трактаты, обѣщанія вѣрнопопданства, вѣрной службы и проч. Еще недавно, наприм., въ Англіи, чтобы фунтъ чая дошелъ съ корабля черезъ таможеню до покупателей, нужно было дать по крайней мѣрѣ полдюжины клятвенныхъ показаній. Даже въ простомъ разговорѣ, и до сихъ поръ въ нѣкоторыхъ слояхъ народа, божба составляетъ обыденное явленіе и, подъ влияніемъ привычки, потеряла здѣсь всякій авторитетъ и торжественность. Эту божбу нужно отличать отъ присяги, которая приносится по установленному обряду. Здѣсь мы рассматриваемъ присягу только какъ судебное доказательство, не касаясь разныхъ другихъ случаевъ ея примѣненія.

Основанія доказательной силы присяги представляются различными. Нужно различать присягу добровольную (*juramentum voluntarium*), основанную на добровольномъ соглашеніи сторонъ или на довѣрїи одной стороны къ присяжнымъ показаніямъ другой, и присягу принудительную (*jur. necessarium*), основанную на довѣрїи суда къ показаніямъ такихъ лицъ, совѣсть которыхъ подверглась

¹⁾ См. рѣш. Калуж. О. С. по д. Мансурова въ „С. В.“ 67 г. № 112. Ср. о немъ № 119.

²⁾ Füger v. Rechtborn, Beweis durch Eide, 1865. Hoff, Ursprung, Begriff und Geschichte der Eides, 1790. Phiseldeck, Eid 1798. Meister, id. 1810. Bayer, Betrachtungen ü. den Eid. 1829. Leue, Natur d. Eides 1836. Göschel, Eid. 1837. Strippelmann, der Gerichtseid, 1855—57. Kraussold, die Lehre v. Eid. 1857. Orelli, Studien 1858. Arnold въ civ. A. т. 17. Demetracopoulos de l'aveu et du Serment 1861. Prandièrre Serment 64 г. Giraud du Serment décisoire 1864.

³⁾ Coke 3, inst. 165: jurare est deum in testem vocare, et est actus divini cultus.

испытанію страхомъ Божиимъ и опасеніемъ наказанія за клятвопреступленіе. Присяга перваго рода встрѣчается въ двухъ формахъ: 1) договорная присяга, которая приносится вслѣдствіе полюбовнаго соглашенія обѣихъ сторонъ, такъ что ни одна сторона ни прямо, ни косвенно не принуждается вступить въ такую сдѣлку о присягѣ, и только когда обѣ стороны добровольно согласились окончить дѣло присягою истца или отвѣтчика, въ такомъ случаѣ дѣло и рѣшается на основаніи этого соглашенія. Этотъ только видъ присяги допускается нашимъ Уставомъ Гр. Суд. (ст. 115 и 485). Только эта присяга называется въ римскихъ источникахъ *jusjurandum voluntarium*, и такъ какъ судъ не принималъ никакого участія въ сдѣлкѣ о ней сторонъ, то она называлась еще внѣсудебною: *jusjurandum quod ex conventionione extra iudicium defertur* (L. 1, 17 Dig. 12, 2). Основаніе доказательной силы ея заключается именно въ сдѣлкѣ, въ добровольномъ соглашеніи сторонъ о прекращеніи ихъ спора этимъ путемъ; *jusjurandum speciem transactionis continet* (L. 2 h. t.). 2) Присяга, налагаемая одной стороной на другую (*jur. delatum s. relatam*) въ судѣ. Каждая сторона можетъ сдѣлать въ процессѣ предложеніе, что она желала бы отдать дѣло на душу своего противника, т.-е. согласна, чтобы дѣло было рѣшено присягою его. По нашему новому законодательству, если такое предложеніе не принято другой стороною, то о добровольной присягѣ не можетъ быть болѣе рѣши и дѣло рѣшится на основаніи другихъ доказательствъ и возраженій, представленныхъ тяжущимися (Уст. 115, 485, 486. Уст. Торг. 1663, 1664). Не всегда, однако, законодательства держались этого взгляда, и теперь не всѣ слѣдуютъ ему. По мнѣнію римскихъ юристовъ, когда сторона предлагаетъ своему противнику окончить дѣло присягой по доброй совѣсти и онъ отвергаетъ это, то самый отказъ его уже свидѣтельствуешь, что онъ признаетъ себя неправымъ, а дѣло своего соперника—справедливымъ ¹⁾. Отказъ считался выраженіемъ признанія. Отвѣтчикъ, которому предложена была присяга, долженъ былъ или принести ее или отвести на душу истца, т.-е. согласиться, чтобы дѣло рѣшено было присягою истца. Если онъ несогласенъ былъ ни на то, ни на другое, то обвинялся въ искѣ ²⁾. Такимъ образомъ эта присяга была въ извѣстномъ смыслѣ вынужденною, хотя доказательная сила ея основывалась, также какъ и въ первомъ случаѣ, на довѣрїи противной стороны. Изъ римскаго процесса эта присяга перешла потомъ и къ новымъ народамъ Европы, но подверглась здѣсь нѣкоторымъ ограниченіямъ. Случалось, что недобросовѣстные люди предъявляли къ набожному человѣку иски, ни на чемъ не основанные, и ставили ему такую дилемму: или присягать самому, или отвести присягу на истца. Для предупрежденія этого постановлено было, что предложеніе присяги обязательно для отвѣтчика только тогда, когда истецъ уже представилъ какія-нибудь хотя недостаточныя доказательства своего иска ³⁾. Съ другой стороны лицу, которому навязана была присяга, дозволено замѣнять ее другими доказательствами (*probatio pro exoneranda conscientia, Gewissensvertretung*). Запрещено опро-

¹⁾ L. 38 Dig. 12. 2 (Paul.): *Manifestae turpitudinis et confessionis est nolle nec jurare, nec jusjurandum referre.*

²⁾ L. 34 Dig. § 6 h. t. *Ait praetor: eum, a quo jusjurandum petetur, solvere aut jurare cogam.*

³⁾ Wetzell, § 27, 27 b.

вергать присягою содержаніе письменныхъ документовъ и вообще доказанные факты. Кромѣ того, самое предложеніе присяги могло быть сдѣлано вмѣстѣ съ представленіемъ другихъ доказательствъ *eventualiter*, т. е. на случай, когда другія средства доказательства окажутся недостаточными. Вслѣдствіе всѣхъ изложенныхъ мѣръ, присяга этого рода стала придаточнымъ, вспомогательнымъ средствомъ доказательства и въ такомъ смыслѣ не только сохранилась до настоящаго времени въ законодательствахъ западной Европы ¹⁾ но и оставляется на будущее время въ тамошнихъ проектахъ законовъ о гражд. судопроизводствѣ ²⁾, какъ средство къ разрѣшенію такихъ споровъ, которые не могутъ быть разрѣшены на основаніи другихъ доказательствъ. У насъ она существуетъ только въ западной окраинѣ ³⁾.

На ряду съ этою присягою, основанною на взаимномъ довѣрїи сторонъ, уже въ римскомъ процессѣ встрѣчается присяга другаго рода, назначаемая судомъ и основанная на довѣрїи суда къ присяжнымъ показаніямъ тяжущагося (*jusjurandum giudiciale, s. necessarium*). Когда дѣло было сомнительно, когда доказательства, представленныя истцомъ и отвѣтчикомъ, были недостаточны, но вмѣстѣ съ тѣмъ искъ или возраженія казались не лишенными основанія ⁴⁾, въ такихъ случаяхъ судъ предлагалъ или истцу подтвердить свои требованія присягою и такимъ образомъ дополнить представленныя имъ доказательства (дополнительная присяга, *jur. suppletorium*) или отвѣтчику — очистить себя отъ подозрѣнія въ неправости отвѣта (очистительная присяга, *jur. purgatorium*). Этотъ обычай принятъ потомъ каноническимъ правомъ, развитъ глоссаторами и сохранился въ западной Европѣ, а отчасти и у насъ, до настоящаго времени. Глоссаторы поставили его въ связь съ формальною теоріею доказательствъ, полныхъ или половинныхъ, совершенныхъ или недостаточныхъ: если истецъ представилъ половинное доказательство иска, то ему предлагалась присяга *ad supplementum probationis*; если менѣе чѣмъ половинное, то присяга предлагалась отвѣтчику *ad purgationem sui*. Замѣчательно, что и этотъ обычай не только живетъ до сихъ поръ на западѣ Европы ⁵⁾, но сохраняется и на будущее время проектами законовъ о судопроизводствѣ ⁶⁾. Наши прежніе законы также признавали его (X, 2, 422—424), но теперь онъ дѣйствуетъ только въ коммерческихъ судахъ (Уст. Торг. 1624, 1665 — 68) и въ западныхъ провинціяхъ

¹⁾ С. Nap. 1858—65 du serment decisoire. С. civ. ital. 1864—73 del giuramento decisorio. Итал. Уст. § 220. Borsari ad hoc. etc. Ганнов., § 292 ff. Бавар. 449 ff. Прус. Г. О. 1. 10, § 252 ff. Баден., § 521 ff. Австр. § 203 ff.

²⁾ Герм. Пр. 72 г. § 391—412.

³⁾ Рижск. Стат. изд. 68 г. L. 2, С. 18. Estl. Ritter u. L. R. изд. 52 г. 1, тит. 30. Nielsen, § 228 ff. Schmidt, въ Dorp. Z. 1, стр. 330 и слѣд. Финлянд. Улож. Разд. о Суд. гл. 17, § 34. Польск. Улож. 1858 и слѣд.

⁴⁾ L. 31 Dig. 12, 2 (Gai): solent saepe judices in dubiis causis exacto jurejurando secundum eum judicare qui juravit. L. 3 Cod. 4, 1, (Diocl.): inopia probationum per judicem jurejurando, causa cognita, res decidi oportet.

⁵⁾ С. Nap. 1866 ss. С. civ. ital. 1874 ss. Прус. Г. О. 1. 10. § 251. Ганнов. § 300—301. Бавар. 469 ff. Баден. § 583 ff. Австр. § 212—213.

⁶⁾ Герм. Пр. 72 г. § 413 ff. (Bolgiano въ civ. А. т. 58). Пр. Уст. Торг. Суд. 145 и слѣд.

имперіи ¹⁾; при судебной реформѣ онъ былъ отмѣненъ, такъ что новыя суды не могутъ ни принудить тяжущихся къ принятію присяги, ни предлагать ее отъ себя истцу или отвѣтчику (Уст. 115, 485). При этой отмѣнѣ было принято въ соображеніе, что присяга дѣлаетъ тяжущагося судьбою въ собственномъ дѣлѣ и человѣкъ злонамѣренный всегда можетъ обратиться въ свою пользу, что она нужна только при господствѣ системы формальныхъ доказательствъ; по общему же началу Устава, если истецъ не доказалъ своего иска вполне, ему должно быть отказано въ искѣ безъ особаго искушенія совѣсти отвѣтчика, и, напротивъ, онъ можетъ убѣдить судъ и при недостаточныхъ доказательствахъ, не прибѣгая къ присягѣ (Мот. Госуд. Канц. къ ст. 485). Нужно замѣтить еще, что право судьи распредѣлять присягу между тяжущимися даетъ ему большую власть надъ сторонами, а по рѣшительному значенію присяги—и надъ судьбою дѣла.

Особый видъ судебной присяги есть оцѣночная присяга (*jur. in litem, jur. quantitatis*). Она также была въ употребленіи уже у римлянъ и сохранилась до настоящаго времени ²⁾. Такъ, наприм., по нашему Уст. Торг. судъ можетъ предложить присягу для удостовѣренія въ количествѣ иска или убытковъ, когда самый искъ и убытки уже доказаны въ своихъ основаніяхъ и только къ точному опредѣленію ихъ не будетъ найдено никакого другаго средства. Судъ въ этомъ случаѣ назначаетъ самое высшее количество убытковъ, изъ предѣловъ котораго присягающій не долженъ выходить (ст. 1669. Проектъ Уст. Торг. Суд. 146 и слѣд.). Впрочемъ и эта присяга не допускается нашими новыми судебными уставами; оцѣнка производится по усмотрѣнію суда и въ случаѣ надобности чрезъ экспертовъ.

Въ англійскомъ процессѣ клятвенное удостовѣреніе показаній требуется отъ тяжущихся почти на каждомъ шагу, потому что *in judicio non creditur nisi juratis*. Особенно любопытны здѣсь два ряда случаевъ: 1) клятвенныя показанія одной стороны по допросу отъ другой (*interrogatories*). Именно, каждая сторона имѣетъ право предложить своему прогивнику, съ дозволенія суда ³⁾, письменные вопросы, на которые онъ обязанъ дать отвѣтъ подъ присягою. Этотъ допросъ употребляется, когда нужно разъяснить предметы ближе всего извѣстные прогивной сторонѣ, которые не могли бы быть раскрыты никакими другими способами. Наприм., предъявляется искъ о взысканіи убытковъ, причиненныхъ нерадѣніемъ повѣреннаго; вопросы о томъ, что сдѣлано эггизъ повѣреннымъ, въ чемъ проявились его заботы и т. п., могутъ быть разъяснены ближе всего имъ же самимъ. Поэтому они и предлагаются ему для отвѣта подъ присягою. Отвѣтчикъ также можетъ нуждаться въ разъясненіи разныхъ вопросовъ и имѣетъ право предлагать ихъ истцу съ тѣмъ, чтобы тотъ отвѣчалъ на нихъ подъ присягою. Еще болѣе развитъ этотъ допросъ сторонъ подъ присягою въ С. Америкѣ: тамъ признается общимъ правиломъ, что сторона можетъ быть свидѣлемъ

¹⁾ Финлянд. Улож. 1. cit. § 29 и слѣд. Польск. 1866 и слѣд. Остз источ. 1. cit. Рижск. § 14—17.

²⁾ С. Нар. 1869. Итал. С. civ. 1877. Баден. § 538 и слѣд. Бавар. 470, Ганнов. 302—304. Финлянд. § 35. Австр. § 214—218.

³⁾ Проситель долженъ сначала самъ удостовѣрить клятвенно, что изъ допроса прогивника онъ надѣется извлечь существенную пользу для своего дѣла и что дѣло его правое. См. объ этомъ Davis, стр. 236 ff. Lush, II, стр. 852 ff.

въ собственномъ дѣлѣ и допрашивается, какъ свидѣтель, подъ присягою ¹⁾. Показанія, данныя стороною въ свою пользу, могутъ быть отвергнуты на основаніи доводовъ другой стороны по свободному усмотрѣнію суда; но изъ присяжныхъ показаній часто выводятся улики и доказательства въ пользу противника и въ этомъ собственно состоитъ цѣль допроса. Въ новое время были сдѣланы предложенія ввести эту мѣру и въ Германіи ²⁾, но тамъ она была признана неудобною, потому что она придаетъ процессу инквизиціонный характеръ ³⁾. И въ нашемъ судопроизводствѣ объясненія сторонъ происходятъ безъ присяги.

2) Въ теченіи процесса возникаетъ множество частныхъ вопросовъ, разрѣшаемыхъ частными опредѣленіями суда или даже одного предсѣдателя. Въ видахъ быстроты производства желательно, чтобы они разрѣшались немедленно, и нельзя требовать, чтобы всѣ такія распоряженія и опредѣленія постановлялись не иначе, какъ на основаніи полныхъ и совершенныхъ доказательствъ. Они не рѣшаютъ дѣла по существу, не вредятъ окончательно правамъ той или другой стороны, а имѣютъ временный характеръ, рассчитаны на управленіе ходомъ процесса, на обезпеченіе правъ или облегченіе ихъ защиты. Въ этихъ случаяхъ уже римское право допускало *summaria cognitio*, а глоссаторы считали достаточнымъ *semiplena probatio*; въ германскомъ процессѣ требуется вмѣсто доказательства (*Beweis*) менѣе полное и формальное удостовѣреніе (*Bescheinigung, Glaubhaftmachung*). Англійское право и новыя германскія законодательства довольствуются въ этихъ случаяхъ присяжнымъ показаніемъ стороны. Въ Англии, наприм., даже заочное рѣшеніе постановляется на основаніи присяги истца ⁴⁾. Или, наприм., когда истецъ проситъ принудить отвѣтчика къ выдачѣ документовъ, онъ долженъ удостовѣрить клятвенно, что документы по его убѣжденію находятся у отвѣтчика ⁵⁾. Новые законодательные проекты Германіи допускаютъ этотъ способъ удостовѣренія во множествѣ случаевъ; наприм. тажущійся отводить судью, основанія отвода онъ долженъ удостовѣрить клятвенно ⁶⁾, или онъ проситъ объ отсрочкѣ, о предварительномъ исполненіи рѣшенія, объ обезпеченіи взысканія и т. п. Во всѣхъ такихъ случаяхъ допускается удостовѣреніе основаній просьбы присягою, если нѣтъ другихъ безспорныхъ доказательствъ ⁷⁾. Въ нашемъ процессѣ такая мѣра не дозволяется, потому что судъ не имѣетъ права предлагать присягу ни истцу, ни отвѣтчику. Вообще теорія присяги значительно упрощена въ новомъ Уст. Гр. Суд., потому что онъ признаетъ одну только договорную присягу.

Эта присяга есть послѣдствіе сдѣлки сторонъ. Потому условіями

¹⁾ Massach. Stat. Ch. 131 s. 14, 59. N.-York. Code, § 389—397.

²⁾ Glaser, ges. kleine Schriften über Strafrecht, Civil und Strafprozess, 68 г. II, стр. 449 и слѣд. Bar. Recht u. Beweis, стр. 149—161 и Gutachten въ Verh. d. VIII, Juristent. I. стр. 12 и слѣд.

³⁾ Schmidt, Verh. d. VIII Jurist. I, стр. 39 ff. Заключение VIII сѣзда юристовъ, ibid. II, стр. 254—317, 326—329. Мотивы къ Герм. Пр. 72 г. стр. 349 ff. За ложное показаніе подъ присягой опредѣляются вездѣ уголовныя наказанія. См. Davis, стр. 268.

⁴⁾ Davis, стр. 174.

⁵⁾ Davis, стр. 228, 234. Герм. Пр. 72 г. § 370.

⁶⁾ Герм. Пр. 72 г. § 44.

⁷⁾ Герм. Пр. 72 г. § 190, 593, 732, 747. См. также § 67, 96, 201, 317, 333, 352, 376, 387, 381, 425, 429—430, 562, 591, 594, 625, 627, 646, 647, 717, 727, 772.

присяги нужно считать личную способность распоряженія и предметъ, подлежащій свободному распоряженію. На этомъ основаніи присяга не допускается по дѣламъ о правахъ состоянія или о законности рожденія, по дѣламъ несовершеннолѣтнихъ и вообще лицъ, неимѣющихъ свободнаго распоряженія имуществомъ, также казенныхъ управленій, земства, городовъ и сельскихъ обществъ. Кромѣ того, законъ не допускаетъ ея по дѣламъ о правѣ собственности на недвижимое имущество, по дѣламъ обществъ, товариществъ и компаній, по обстоятельствамъ, состоящимъ въ связи съ какимъ-либо преступленіемъ или проступкомъ и въ опроверженіе прямого смысла актовъ, не заподозрѣнныхъ въ подлинности (Уст. 118, 497). Законодатель очевидно желаетъ охранить святость присяги и ограничить случаи ея примѣненія.

Производство о присягѣ отерывается просьбою сторонъ, въ которой онѣ излагаютъ, что согласились окончить или все дѣло, или какой-нибудь отдѣльный споръ присягою истца или отвѣтника, и просятъ о допущеніи его къ присягѣ. Предсѣдатель суда дѣлаетъ имъ внушеніе, чтобы онѣ помирились, не вступая въ клятву (490), и если это не удастся, то постановляется опредѣленіе о допущеніи присяги (491). На западѣ Европы присяга приносится обыкновенно въ судѣ и обрядъ ея вообще значительно упрощенъ. По нашему закону, тяжущіеся приводятся къ присягѣ въ церкви или молитвенномъ мѣстѣ ихъ исповѣданія, каждый по обрядамъ своей вѣры, и притомъ священникомъ или духовнымъ лицомъ, послѣ надлежащаго увѣщанія (493, 494). Представительство въ присягѣ не допускается (ibid).

Практическое значеніе присяги состоитъ въ томъ, что она принимается за доказательство того, въ чемъ она учинена, и не можетъ быть опровергаема никакими другими доказательствами (117, 498). Эти послѣдствія не зависятъ отъ того, что она дѣйствительно принесена: если тяжущійся, вызвавшись на присягу, не явился къ назначенному сроку или отказался отъ принятія ея, такое уклоненіе считается за признаніе того обстоятельства, по которому присяга была назначена (Уст. 492).

3. Показанія стороннихъ лицъ.

§ 66. Показанія свидѣтелей. ¹⁾ Свидѣтелями называются незаинтересованныя въ исходѣ процесса постороннія лица, которыя даютъ суду показанія объ истинности или дѣйствительности усмотрѣннаго ими событія, спорнаго между тяжущимися. Изъ этоголо опредѣленія видно уже, что не каждое лицо способно быть свидѣтелемъ; эта способность зависитъ отъ нѣкоторыхъ условій и мы должны теперь раскрыть ихъ въ подробности.

1. Условія, при которыхъ извѣстное лицо можетъ быть допущено къ свидѣтельству по судебнымъ дѣламъ, вытекаютъ изъ того, что не каждое лицо психически способно усмотрѣть и понять то событіе, которое нужно удостовѣрить въ данномъ процессѣ, не каждое лицо способно передать свои впечатлѣнія и есть лица, близкія къ тяжущимся

¹⁾ Renaud, § 110 ff. Best § 108 ff. Desquiron tr. de la preuve par temoins 1811. Linde въ Zeit. für Civilrecht u. Process. т. I и III. Mittermaier въ civ. A. т. 5. Wetzell, § 23. Naass и Ninschius въ Uerh. V Iuristentages. Dalloz, Repert. v. temoignage и temoin, т. 42. Демченко, Истор. изслѣд. о показ. свидѣтелей по рус. праву. 59 г. Пахманъ, Дмитріевъ, Дювернуа, соч. цит. выше, § 8.

или заинтересованныя въ исходѣ процесса, отъ которыхъ трудно ожидать, чтобы они показали на судѣ правду во вредъ той сторонѣ, съ которою они связаны. Всѣ эти условія съ формальной точки зрѣнія можно раздѣлить на двѣ группы: 1) нѣкоторые лица устраняются самимъ судомъ ex officio, какъ совершенно неспособныя или негодныя къ свидѣтельству (inhabiles); 2) другія лица, близкія къ тяжущимся или заинтересованныя въ исходѣ процесса, считаются хотя вообще способными, но подозрительными (suspecti), и потому могутъ быть устранены отъ свидѣтельства по отводу той стороны, противъ которой они оказываются подозрительными, и, кромѣ того, имѣютъ право сами отказаться отъ свидѣтельства.

а) Самимъ судомъ устраняются лица умалишенныя и неспособныя объясняться ни на словахъ, ни на письмѣ, также тѣ, которыя по своимъ физическимъ или умственнымъ недостаткамъ не могли имѣть познанія о спорномъ фактѣ; наприм. слѣпые, еслибы ихъ нужно было допросить, видѣли ли они передачу проданной вещи и т. п., дѣти до 7 лѣтъ также подходятъ сюда, но отъ 7—14 лѣтъ они могутъ давать показанія, только безъ присяги (Уст. 372). Далѣе сюда же подходятъ лица, соединенныя съ тяжущимся столь тѣснымъ союзомъ, что законъ считаетъ ихъ совершенно неспособными къ свидѣтельству, именно дѣти протихъ родителей и супруги тяжущихся. Нѣкоторые лица по нравственнымъ соображеніямъ признаются незаслуживающими никакой вѣры, хотя бы на самомъ дѣлѣ они были достовѣрными людьми, а именно отлученныя отъ церкви, лишенныя всѣхъ правъ состоянія и тѣ, которыя по суду лишены права быть свидѣтелями. Наконецъ законъ желаетъ охранить тайну въ отношеніи того, что довѣряется извѣстнымъ лицамъ по ихъ званію или должности, и потому прямо запрещаетъ допрашивать духовныхъ лицъ въ отношеніи того, что имъ повѣрено на исповѣди (Уст. 84, 371). О другихъ лицахъ, обязанныхъ къ должностной тайнѣ, здѣсь не упоминается, но надобно думать, что и они имѣютъ право отказываться отъ свидѣтельства, когда оно противорѣчило бы ихъ обязанности хранить тайну¹⁾.

б) Какъ подозрительные свидѣтели, устраняются по отводамъ противной стороны родственники и свойственники того тяжущагося, который на нихъ ссылается, именно родственники въ прямой линіи безъ ограниченія степеней, даже и по незаконному рожденію (72 Кас. 685, д. Ивановской), а въ боковой родственники первыхъ трехъ и свойственники первыхъ двухъ степеней; впрочемъ и они допускаются къ допросу, не смотря на отводъ, если свидѣтельство ихъ относится къ такимъ фактамъ, отъ которыхъ зависятъ права состоянія, наприм., къ фактамъ рожденія, брака, смерти и т. п., которые ближе всего должны быть извѣстны родственникамъ. Надобно замѣтить еще, что законъ говоритъ здѣсь только о родствѣ съ тѣмъ тяжущимся, который ссылается на свидѣтеля, а не съ тѣмъ, кто его отводитъ, и не о родствѣ свидѣтелей между собою; послѣднія обстоятельства не считаются законными основаніями отвода (67 Кас. № 9. Побѣд. § 827): если, наприм., отвѣтчикъ ссылается на брата истца, то истецъ не имѣетъ никакого резона отвести его потому только, что это его ближній родственникъ.—Далѣе считаются подозрительными лица, связанныя съ тяжущимся, который на нихъ ссылается, отношеніями опеки, усыновленія и довѣренности (Спб.

¹⁾ Герм. Пр. 72 г. § 330, п. 5.

Ком. С. по д. Березина и Лотоцкого, въ февр. 68 г.), а также имѣющіе въ данный моментъ тяжбу съ одной изъ сторонъ и лица, выгоды коихъ зависятъ отъ рѣшенія дѣла въ пользу той стороны, которая на нихъ сослалась (Уст. 86 и 373). Всѣ эти основанія отвода, перечисленные въ законѣ, подлежатъ строгому толкованію и должны считаться единственными и исключительными. Нужно замѣтить, что они утверждаются только на авторитетѣ закона, потому что нѣтъ внутренняго оправданія для недопущенія къ показаніямъ лицъ, физически способныхъ къ свидѣтельству; такое устраненіе противорѣчитъ началу свободной оцѣнки свидѣтельскихъ показаній судомъ и заранѣе закрываетъ суду одинъ изъ важнѣйшихъ источниковъ для познанія истины. Прежнее наше законодательство ставило еще болѣе разнообразныя и широкія ограниченія, и тогда они были понятны при господствѣ формальной теоріи доказательствъ, но теперь ихъ надобно считать отмѣненными (X, 2, 362 и слѣд.), и даже люди подкупленные къ свидѣтельству должны допускаться къ допросу, если самое вознагражденіе, за которое они подкуплены, не зависитъ отъ рѣшенія дѣла въ пользу того, кто ихъ подкупилъ (69 г. Кас. 655). Для предьявленія отводовъ назначенъ въ законѣ срокъ, послѣ котораго они не допускаются; именно отводы должны быть предьявлены до вызова свидѣтеля или до приведенія его къ присягѣ и отобранія показанія (Уст. 87 и 375). Самъ судъ, безъ отвода, не имѣетъ права устранять свидѣтелей, которые кажутся ему подозрительными, хотя бы по основаніямъ отвода, указаннымъ въ законѣ (67 Кас. 225). Но съ другой стороны законъ вполне справедливо дозволяетъ самимъ свидѣтелямъ отказываться отъ дачи показаній, если они связаны близкимъ родствомъ съ тяжущимися или имѣютъ выгоду отъ рѣшенія дѣла (Уст. 83 и 370).

Представленная нами система условій для допущенія къ свидѣтельству, согласная вообще съ нашимъ прежнимъ съ французскимъ законодательствомъ и другими ¹⁾, въ настоящее время признается на западѣ Европы неудовлетворительною и новые проекты законовъ отступаютъ отъ нея болѣе или менѣе рѣшительно. Безусловно подлежатъ устраненію только лица, физически неспособныя къ свидѣтельству; что же касается подозрительныхъ лицъ, то новѣйшія законодательства и проекты или до крайности ограничиваютъ кругъ ихъ, или даже совсѣмъ не допускаютъ отводовъ, а позволяютъ только самимъ свидѣтелямъ отказываться отъ дачи показаній и запрещаютъ приводить ихъ къ присягѣ ²⁾. Такъ что судъ можетъ выслушивать всѣхъ, кто физически способенъ дать ему показаніе, а затѣмъ уже отъ него зависитъ оцѣнить, чего стоютъ показанія заинтересованныхъ или близкихъ къ тяжущимся лицъ. Нашъ здѣшній коммерческій судъ, напротивъ, устраняетъ напр. посредника, участвовавшаго въ заключеніи сдѣлки за куртажъ (д. Гитшова съ Большаковымъ въ авг. 69 г.), лоцмановъ по дѣлу, гдѣ обвиняется шкиперъ въ столкновеніи судовъ (д. Доннерберга въ фев. 69 г.) и т. п. Такую боязливость къ допросамъ нельзя одоб-

¹⁾ Legentil, Etude sur les éliminations de témoins, 1855.

²⁾ См. объ этомъ мотивы къ герм. проекту, стр. 321 и слѣд. — Мы уже замѣчали, что по законамъ С. Америки даже сами стороны допускаются къ свидѣтельству. Вообще тамъ нѣтъ отводовъ и устраняются только физически неспособныя лица. Mass. St. гл. 131. Также въ Англіи; Parsons on notes and bills, т. II, стр. 464.

рить; надобно думать напротивъ, что и у насъ судъ не обязанъ безусловно устранять свидѣтелей по отводамъ тяжущихся (70 г. Кас. 868, д. Марквардта съ Самойловымъ).

2. Допросъ свидѣтелей предполагаетъ ссылку на нихъ той или другой стороны и опредѣленіе суда по этой ссылкѣ. Тяжущійся, который ссылается на свидѣтеля, долженъ указать при этомъ предметъ, о которомъ слѣдуетъ допросить свидѣтеля, а также имя и фамилію и мѣсто жительства свидѣтеля (Уст. 374), какъ адресъ для вызова его въ судъ. Указаніе на предметъ допроса важно потому, что судъ не обязанъ вызывать и допрашивать свидѣтелей, на которыхъ ссылается та или другая сторона, если предметъ, въ подтвержденіе котораго сдѣлана ссылка на свидѣтелей, не имѣетъ никакого значенія въ дѣлѣ (Моск. окр. судъ въ „Суд. В.“ 66 г., № 117. 67 г. Кас. 6, 246, 405, 69 кас. 413). Только когда есть надобность въ удостовѣреніи спорнаго факта свидѣтелями, когда возможно удостовѣрить его этимъ способомъ ¹⁾ и когда самый фактъ имѣетъ существенное значеніе для рѣшенія дѣла, судъ обязанъ вызвать свидѣтелей, указанныхъ стороною (68 кас. 487, 822, 69 кас. 651, 72 кас. 355, д. Хоткевича) и не имѣетъ права требовать, чтобы самъ тяжущійся поставилъ ихъ въ судъ (70 кас. № 1022. 72 кас. 685, д. Ивановской) и чтобы просьба о вызовѣ изложена была непременно письменно (71 кас. 714 д. Диковиннаго). Если судъ отказываетъ въ просьбѣ о вызовѣ, то долженъ мотивировать этотъ отказъ; иначе самое рѣшеніе его можетъ быть отмѣнено на томъ основаніи, что у тяжущихся отнята была возможность раскрыть дѣло законными доказательствами (69 кас. 651, 1001, 72 кас. 536 д. Митрофанова).

Въ опредѣленіи суда о допросѣ свидѣтелей означаются имена и фамиліи ихъ, предметъ, мѣсто и самый день допроса, если онъ долженъ быть произведенъ въ присутствіи суда (Уст. 376). Допросъ производится обыкновенно въ самомъ судѣ, въ открытомъ засѣданіи (Уст. 385, 325, 326), а потому, если самъ тяжущійся не обяжется поставить своихъ свидѣтелей, они вызываются въ судъ повѣстками (Уст. 88—90, 379—381) и должны явиться по вызову: иначе подвергаются штрафу (Уст. 91—92, 383—384) и, наоборотъ, въ случаѣ явки, могутъ просить вознагражденія за путевыя издержки и отвлеченіе отъ занятій (Уст. 103, 104, 407, 408) ²⁾. Только въ нѣкоторыхъ случаяхъ допускается закономъ мѣстный допросъ черезъ члена суда въ мѣстѣ жительства свидѣтелей, именно когда свидѣтель живетъ далеко отъ суда, далѣе 25 верстъ, и не желаетъ явиться въ судъ, а просить, чтобы его допросили на мѣстѣ (Уст. 382), или когда онъ не можетъ явиться въ судъ по дряхлости, тяжелой болѣзни, по обязанностямъ службы или другимъ уважительнымъ причинамъ, а также когда требуется допросить значительное число лицъ въ одномъ мѣстѣ внѣ судебного города или вообще по обстоятельствамъ дѣла оказывается нужнымъ произвести допросъ на самомъ мѣстѣ (Уст. 93, 88 до-

¹⁾ Наприм., когда изъ ссылки видно, что свидѣтель былъ очевидцемъ событія (Спб. Суд. П. по д. Философова, Суд. В. 67 г. № 140). Свидѣтель по слуху, говорится въ Заковѣ Судномъ, да не послушествуетъ, глаголюще, яко слышахомъ отъ кого.

²⁾ Свидѣтель, живущій не въ мѣстѣ допроса, не обязанъ являться въ судъ, если ему предварительно не уплачены путевыя издержки и дневное содержаніе. Уст. 864. Герм. Пр. 72 г. § 327, 329. Mass. St. ch. 131 s. 3.

пол., 380, 386—389). Если свидѣтель живетъ въ округѣ другого суда, то онъ и допрашивается въ этомъ судѣ (Уст. 94). Все это однако—случай исключительные; обыкновенно же допросъ производится въ открытомъ засѣданіи того суда, который разбираетъ дѣло. Наше законодательство, кромѣ только торговаго Устава (ст. 1649—59), отвергаетъ французскій порядокъ допроса свидѣтелей черезъ одного только члена-коммиссара въ закрытомъ засѣданіи (С. de pr. art. 255, 262); этотъ порядокъ порицается и въ самой Франціи и отвергается новыми проектами судебныхъ уставовъ въ западной Европѣ¹⁾. По нашему законодательству допросъ производится всегда лицами, имѣющими званіе судьи и ни въ какомъ случаѣ не допускается допросъ черезъ секретаря (Общ. собр. кас. деп. по д. Орловскаго, 29 мая 1870 г. распор.) и т. п. чиновниковъ канцеляріи.

Тяжущіеся и ихъ повѣренныя имѣютъ право присутствовать при допросѣ свидѣтелей, хотя бы онъ производился и въ частномъ домѣ, и могутъ даже привести съ собой въ частный домъ постороннихъ лицъ, но не болѣе двухъ съ каждой стороны (Уст. 390). Присутствіе сторонъ важно для охраненія ихъ интересовъ, потому что онѣ могутъ предлагать свидѣтелямъ вопросы и такимъ образомъ разъяснять дѣло (Уст. 400). Вотъ почему, когда допросъ производится не въ засѣданіи суда, въ которое стороны уже вызваны, о мѣстѣ и времени допроса должно быть сообщено тяжущимся; иначе они лишены были бы возможности охранять свои интересы (Уст. 382. 69 г. Кас. 623); впрочемъ, если стороны были извѣщены и не явились добровольно, то неявка ихъ не останавливаетъ допроса (Уст. 97, 382, 391. 70 г. Кас. 1066).

Свидѣтели допрашиваются обыкновенно подъ присягою (Уст. 95, 395) и не могутъ быть освобождены отъ нея самимъ судомъ противъ воли тяжущихся (68 г., Кас. 64, 116, 70 г. Кас. 1845); только тяжущіеся по взаимному согласію могутъ освободить ихъ отъ присяги, для чего достаточно, если ни та, ни другая сторона не требуетъ приводя ихъ къ присягѣ (Уст. Торг. 1657). Присяга, даваемая свидѣтелемъ, есть общительная и обыкновенно предшествуетъ допросу. И въ большей части западныхъ государствъ она имѣетъ такой же характеръ²⁾, но нѣкоторыя допускаютъ подтвердительную присягу уже послѣ допроса³⁾. Нашъ уставъ дозволяетъ мировымъ судьямъ, въ случаѣ отсутствія священника, допрашивать свидѣтелей безъ присяги, но съ отобраніемъ отъ нихъ подписки, что они обязываются, по требованію той или другой стороны, подтвердить подъ присягою все ими показанное (ст. 95). Нѣкоторые свидѣтели освобождаются отъ присяги во всякомъ случаѣ, именно лица духовнаго сана и тѣ, которые по своей вѣрѣ отвергаютъ присягу, какъ грѣхъ; вмѣсто присяги они даютъ обѣщаніе показать всю правду по чистой совѣсти (Уст. 96 и 396). Каждый свидѣтель допрашивается отдѣльно, такъ что свидѣтели, еще не давшие показаній, не могутъ присутствовать при до-

²⁾ Bordeaux, стр. 542. Regnard, стр. 368 и др. Герм. проектъ 72 г. § 325. Ганнов. Уст. § 272. Бавар. 403—405. Виртемб. 468.

³⁾ С. de proc. 262. Ганнов. 265. Бад. 450. Вирт. 483. Бавар. 417. Герм. проектъ 72 г. § 338.

¹⁾ Прус. Уст. 1, 10, § 202, Verord. 28 іюня 1844, 21 іюля 1849. § 35, 24 іюня 1867 г. § 35. Брауншв. Уст. § 79. Сакс. зак. 30 дек. 1861 г. § 18.

просъ другихъ свидѣтелей (Уст. 97, 98, 391). Сначала обыкновенно допрашиваются свидѣтели истца, потомъ — отвѣтчика (Уст. 392). Вопросы предлагаются какъ председателемъ и членами суда, такъ и сторонами (Уст. 99, 400, 401), отвѣты должны быть изустные, а не письменные, если свидѣтель не нѣмой (Уст. 398). Въ случаѣ надобности, судъ можетъ назначить передопросъ свидѣтеля (Уст. 403. 70 г. Кас. 1762), а для разъясненія разпорѣчія въ показаніяхъ свидѣтелей назначаетъ имъ очную ставку (Уст. 100 и 404) и съ этой цѣлью каждый допрошенный свидѣтель долженъ оставаться въ засѣданіи суда до окончанія допроса всѣхъ остальныхъ, если судъ не дозволитъ ему удалиться раньше (Уст. 402).

Показанія, данныя свидѣтелями, должны быть записаны въ протоколъ по возможности точными словами. Составленіе такого протокола обязательно какъ для общихъ и коммерческихъ (Уст. Торг. 1660), такъ и для мировыхъ судовъ (Уст. 101, 406) и не можетъ быть замѣнено изложеніемъ свидѣтельскихъ показаній въ рѣшеніи суда (70 г., Кас. 870, д. Губскаго со Штейн.). Этотъ протоколъ долженъ быть прочитанъ свидѣтелямъ и подписанъ ими, а въ случаѣ безграмотности должна быть сдѣлана о томъ отмѣтка въ протоколѣ, который подписывается потомъ судьей или членомъ суда (Уст. 101, 406. Уст. Торг. 1661—62). Нарушеніе этихъ правилъ влечетъ за собой отмѣну рѣшенія (72 г. Кас. № 331, д. Издеберскаго, 361, д. Волоцкой), если оно основано на свидѣтельскихъ показаніяхъ (70 г. Кас. 836. 72 г. Кас. 52 и 57) и если стороны или повѣренные ихъ, своею подписью на протоколѣ безъ оговорки, не признали изложенныя въ немъ показанія вполне точными (70 г. Кас. 1294. 71 г. Кас. 132).

3. Доказательная сила свидѣтельскихъ показаній. Мы уже имѣли случай замѣтить, что въ разные времена существовали и теперь существуютъ различныя ограниченія доказательной силы свидѣтельскихъ показаній. Въ римскомъ процессѣ мы видимъ свободную оцѣнку ихъ, но уже въ законахъ императоровъ встрѣчаются такія правила, что если въ подтвержденіе иска представленъ только одинъ свидѣтель, то слѣдуетъ считать домогательство истца недоказаннымъ ¹⁾, что свидѣтельство одного лица, хотя бы и знатнаго чиновника, не должно считаться достаточнымъ доказательствомъ ²⁾. На основаніи отчасти этихъ законовъ, частію каноническихъ источниковъ ³⁾, развилась въ средніе вѣка теорія формальныхъ доказательствъ, по которой только два согласные между собою свидѣтеля составляютъ совершенное доказательство, а одинъ свидѣтель — только половинное. Это правило дѣйствовало и въ нашемъ судопроизводствѣ по своду законовъ (X, 2, 401 и слѣд.). Въ настоящее время оно оставлено; сила свидѣтельскихъ показаній опредѣляется теперь судомъ, который можетъ предпочесть и одного свидѣтеля двумъ, смотря по достовѣрности свидѣтеля, ясности, полнотѣ и вѣроятности его показанія, однимъ словомъ, по тѣмъ основаніямъ логической критики, на которыя мы уже указали выше (§ 59); хотя бы свидѣтели показали вполне согласно другъ съ другомъ и слово въ слово подтвердили ссылку на нихъ тяжущагося, судъ не обязанъ непременно признать ихъ за совершенное доказательство, а

¹⁾ L. 4 Cod. 4, 20.

²⁾ L. 9 ibid.

³⁾ C. 28, X, 2, 20.

может отвергнуть и вполне согласны показанія (69 г. Кас. 67). Но принимая или отвергая ихъ, онъ обязанъ привести въ рѣшеніи основанія, почему онъ принялъ ихъ или предпочелъ показанія одного свидѣтеля показаніямъ другаго (Уст. 411); это правило обязательно и для мировыхъ судей, хотя нарушеніе его не считается само по себѣ достаточнымъ поводомъ къ отмѣнѣ ихъ рѣшенія (67 г. Кас. 249, 325, 68 г. Кас. 519, не точная формулировка).

Такимъ образомъ судъ можетъ принять или отвергнуть свидѣтельскія показанія, признать ихъ достовѣрными или нѣтъ. Это заключеніе есть результатъ свободной критики и оцѣнки, не подлежащей никакимъ ограниченіямъ. Но, спрашивается, далѣе: можетъ ли судъ признать показанія свидѣтелей доказательствомъ каждаго юридическаго факта? Можно ли считать каждый такой фактъ доказаннымъ на основаніи однихъ только свидѣтельскихъ показаній? Этотъ вопросъ, очевидно, относится уже не къ оцѣнкѣ свидѣтельскихъ показаній, а касается предѣловъ доказательной ихъ силы. Вопросъ состоитъ именно въ томъ: если судъ, оцѣнивъ показанія свидѣтелей по свободному убѣжденію совѣсти, нашелъ ихъ вполне достовѣрными, заслуживающими полного довѣрія, можетъ ли онъ потомъ признать каждый юридическій фактъ доказаннымъ на основаніи только этихъ показаній?

Въ древнія времена этотъ вопросъ рѣшается обыкновенно утвердительно ¹⁾, но чѣмъ болѣе развивается письменность и система укрѣпленія правъ посредствомъ письменныхъ документовъ, тѣмъ болѣе ограничивается доказательная сила свидѣтельскихъ показаній. Появляется такое правило, что разные акты распорядительной воли только тогда считаются совершенными и оконченными, тогда только производятъ юридическій эффектъ, когда они облечены въ письменную форму; съ другой стороны разныя событія удостовѣряются письменнымъ свидѣтельствомъ официальныхъ лицъ и считаются несуществующими, если не удостовѣрены въ этой формѣ. Очевидно, что то и другое правило необходимо ограничиваетъ доказательную силу свидѣтельскихъ показаній.

Оба эти правила вполне понятны: они развиваются въ исторіи, какъ настоятельныя требованія общественнаго быта, въ видахъ предохраненія правъ и установленія твердаго и надежнаго порядка въ юридическихъ отношеніяхъ. Въ самомъ дѣлѣ, свидѣтельство частныхъ лицъ, хотя бы и вполне достовѣрныхъ, по существу своему есть нечто иное, какъ выраженіе мысли и воли постороннихъ частныхъ лицъ. Возможны ли прочныя основы гражданскаго быта, когда онѣ подлежатъ колебаніямъ по волѣ постороннихъ частныхъ лицъ? Можно ли считать, на примѣръ, вотчинное владѣніе вполне надежнымъ, еслибы права на недвижимыя имущества доказывались и опровергались показаніями свидѣтелей? Денежная касса и портфель каждаго владѣльца находились бы въ опасности, еслибы заемныя обязательства могли быть доказаны или опровергнуты весьма просто по волѣ постороннихъ лицъ; что происходило на судѣ, какое рѣшеніе постановлено судомъ и т. п., все это требуетъ удостовѣренія въ прочной письменной формѣ: иначе за каждымъ судомъ слѣдовалъ бы пересудъ на основаніи показаній свидѣтелей. Примѣры такого порядка вещей мы видимъ въ нашихъ древнихъ

¹⁾ Демченко, стр. 29 и слѣд.

памятникахъ, гдѣ судные мужи иногда показывали даже противъ правой грамоты, что судъ-де былъ да не такой—и дѣло рѣшалось снова, съ головы.

Упомянутыя ограниченія свидѣтельскихъ показаній существуютъ въ настоящее время повсюду. Гдѣ законъ требуетъ письменной формы акта, какъ существенной его принадлежности, безъ которой самый актъ недѣйствителенъ, тамъ не можетъ быть рѣчи о доказательствѣ акта черезъ свидѣтелей. Наприм., акты приобрѣтенія или ограниченія права собственности на недвижимыя имущества вездѣ совершаются въ письменной формѣ особымъ крѣпостнымъ порядкомъ, подѣ опасеніемъ недѣйствительности ¹⁾, а потому невозможно доказать наприм., куплю-продажу или залогъ такого имѣнія показаніями свидѣтелей (X, 1, 728. Уст. 457 прим. Нотар. Пол. 66). Наслѣдство по духовному завѣщанію, долговыя отношенія по векселю и т. п. необходимо предполагаютъ извѣстный письменный актъ, и гдѣ не составлено акта, нѣтъ и послѣдствій съ нимъ связанныхъ и нечего доказывать свидѣтелями (X, 1, 1023. Уст. Торг. 547). Съ другой стороны разныя событія и дѣйствія, наприм. по судопроизводству, должны быть удостовѣрены официальнымъ протоколомъ, письменнымъ актомъ рѣшенія и т. п. и, если не удостовѣрены, нельзя доказывать ихъ свидѣтелями (68 г. Кас. 97, д. кн. Давыдова).

Нашъ законъ ставитъ такое общее правило, что „свидѣтельскія показанія могутъ быть признаваемы доказательствомъ тѣхъ только событій, для которыхъ по закону не требуется письменнаго удостовѣренія“ (Уст. 409). И другое правило, что „содержаніе письменныхъ документовъ, установленнымъ порядкомъ совершенныхъ или засвидѣствованныхъ, не можетъ быть опровергаемо показаніями свидѣтелей, за исключеніемъ споровъ о подлогѣ“ (Уст. 410).

Въ особенности первое правило вызвало въ нашей судебной практикѣ множество сомнѣній и колебаній, которыя продолжаются и до сихъ поръ. Казуистическій матеріалъ кассационныхъ рѣшеній по этому предмету растетъ съ каждымъ днемъ, но не устраняетъ неопредѣленности вопроса, тѣмъ болѣе, что до сихъ поръ онъ еще не разработанъ, не сведенъ въ систематическую теорію. Наше законодательство часто говоритъ, что такіе-то акты совершаются письменно, но въ то же время не опредѣляетъ, дѣйствительны ли они и безъ этой формы, или же письменная форма составляетъ существенную принадлежность ихъ, такъ что виѣ ея они не существуютъ? Во всѣхъ случаяхъ этого рода, если изъ закона не видно, что упущеніе письменной формы акта влечетъ за собою недѣйствительность его, надобно думать, что актъ можетъ существовать и безъ указанной въ законѣ письменной формы, потому что санкція недѣйствительности не предполагается, если не выражена въ законѣ. Но вмѣстѣ съ тѣмъ во всѣхъ этихъ случаяхъ очевидно, что законъ требуетъ письменнаго удостовѣренія сдѣлки или акта, такъ что письменная форма, не составляя существенной принадлежности ихъ, служитъ, однако, средствомъ доказательства. Отсюда слѣдуетъ, что такія событія или дѣйствія не могутъ быть доказаны только одними свидѣтельскими показаніями, но въ то же время слѣ-

¹⁾ Итал. Gr. Улож. 1314 Förster preuss. Grundbuchrecht. 72 г. Mascher, Grundbuch u. Hypothekenwesen, 69 г., Best, § 52. Washburn, on real property, 68 г. Troplong, des privilèges et hypothèques, 5 ed., 54 г., и др.

дуетъ, что они могутъ быть доказаны и тогда, когда не совершены въ установленной закономъ формѣ: они существуютъ и внѣ этой формы. Ограниченіе свидѣтельскихъ показаній состоитъ здѣсь только въ томъ, что если въ доказательство сдѣлки или акта не представлено ничего больше, кромѣ свидѣтельскихъ показаній, то судъ не можетъ признать эти дѣйствія доказанными. Напротивъ, если они подтверждаются, кромѣ свидѣтелей, еще и другими средствами доказательства, наприм., какими бы то ни было документами, исходящими отъ того лица, которое ихъ отрицаетъ, или признаніемъ, противорѣчивыми показаніями этого лица и т. п., судъ имѣетъ право признать ихъ доказанными, принявъ въ уваженіе, между прочимъ, и свидѣтельскія показанія. Такъ, наприм., для удостовѣренія займа или денежнаго долга требуются письменныя доказательства и законъ устанавливаетъ для нихъ даже особыя письменныя формы (X, 1, 2031, 2033, 2035, 2045), но эти формы суть только средства доказательства, а не существенныя принадлежности сдѣлки, потому что долговое отношеніе можетъ возникнуть и безъ всякой письменной формы (X, 1, 2045). Отсюда слѣдуетъ, что на основаніи однихъ только свидѣтельскихъ показаній нельзя признать заемъ доказаннымъ, но онъ можетъ быть доказанъ всякаго рода письменными документами, корреспонденціею, торговыми книгами, признаніемъ отвѣтчика и т. п., и въ связи съ ними судъ имѣетъ право принять въ уваженіе и свидѣтельскія показанія (1870 г. Кас. 1528. 1869 г. Кас. 873, и др.).

Уставъ допускаетъ исключенія изъ общаго правила, выраженнаго въ 409 ст. Именно: 1) когда письменный документъ, хотя бы и составляющій существенную принадлежность сдѣлки, утраченъ вслѣдствіе какаго либо внезапнаго бѣдствія, наприм., пожара, наводненія и пр., но существованіе и содержаніе его можетъ быть доказано, кромѣ показанія свидѣтелей, и другими доказательствами (70 г. Кас. 517); 2) когда письменный актъ объ отдачѣ имущества на сохраненіе не могъ быть составленъ по случаю пожара, наводненія и другихъ обстоятельствъ; подъ это исключеніе надобно подводить всѣ случаи необходимой поклажи, а по аналогіи и другіе случаи передачи имущества при такихъ обстоятельствахъ, при которыхъ невозможно было составить письменный актъ (69 г. Кас. 749); 3) когда право на недвижимое имущество основывается на давности (Уст. 409). Можно замѣтить здѣсь, что эти исключенія гораздо лучше формулированы въ Уст. Торг. (1647—48).

Другой рядъ ограниченій вытекаетъ изъ того правила, что содержаніе письменныхъ документовъ установленнымъ порядкомъ совершенныхъ или засвидѣтельствованныхъ, не можетъ быть опровергаемо показаніями свидѣтелей ¹⁾ (Уст. 410). По толкованію сената, эта статья не относится къ актамъ домашнимъ (67 г. Кас. 122. 69 г. Кас. 254. 71 г. Кас. 376 и др.), хотя и они принадлежатъ къ числу актовъ, установленнымъ порядкомъ совершенныхъ. Нужно замѣтить здѣсь, что въ статьѣ 410 говорится только объ опроверженіи содержанія документовъ свидѣтелями и ни о чемъ другомъ. Наприм., въ векслѣ написана сумма долга въ тысячу рублей; нельзя доказать свидѣтелями, что долгъ былъ въ 500 рублей. Но разныя обстоятельства, не упомянутыя въ письменномъ актѣ, могутъ быть доказаны сви-

¹⁾ Davis, стр. 458 и слѣд. Agreement cannot be varied by verbal evidence.

дѣтелями, если это не ведетъ къ опроверженію содержанія документа или не дополняетъ его новыми условіями вопреки содержанію его (72 г. Кас. 136, д. Брадова); такъ наприм. даже имя кредитора или лица, въ пользу котораго выдана долговая росписка, можетъ быть доказано свидѣтелями, если оно не упомянуто въ документѣ (72 г. Кас. 324, д. Крячкова, contra 70 г. Кас. № 66 и 71 Кас. № 79). Исполненіе обязательства заключеннаго въ письменной формѣ, также можно доказать свидѣтелями (72 г. Кас. 458, д. Бѣлицкаго. 69 г. Кас. 534. 70 г. Кас. 635), даже *datio in solutum*, отдача вещей натурою, вмѣсто платежа, можетъ быть доказана такимъ образомъ (70 г., Кас. 375); только денежный платежъ по письменному долговому обязательству не можетъ быть удостовѣренъ свидѣтелями (Спб. Ком. С. по д. Семенова въ 69 г., 67 г., Кас. 140, 293, 68 г., Кас. 19, 597) ¹⁾. Кромѣ того, можно и опровергать документъ свидѣтелями, только не касаясь его содержанія, наприм., можно доказывать свидѣтелями, что некрѣпостное заемное письмо безденежно (X, 1, 2014, 1015. 68 г. Кас. 745, 70 г., Кас. 1009) или выдано по игрѣ (72 г., Кас. 312) и т. п. Споръ о безденежности векселей, по мнѣнію кассационнаго д-та не можетъ быть доказанъ свидѣтелями (71 г. Кас. 724, д. Мальцова); но въ практикѣ коммерческаго суда неполученіе товара за вексель (валюты) удостовѣряется и свидѣтелями (Ук. 4 д-та сената 16-го іюня 1867 г., по д. Коптѣлова съ Гавриловымъ, 1 отд. ком. суд.).

Мы уже замѣтили выше, что и въ иностранныхъ законодательствахъ существуютъ подобныя ограниченія свидѣтельскихъ показаній, только они тамъ болѣе точно опредѣлены въ законѣ. Такъ наприм., въ Англіи еще въ царствованіе Карла Пизданъ былъ знаменитый въ англійской исторіи законъ объ обманахъ—*statute of frauds* ²⁾, на основаніи котораго требуются письменныя доказательства для сдѣлокъ о недвижимыхъ имуществвахъ и о движимости или товарахъ свыше 10 фунт. стерл. для поручительства, брачныхъ договоровъ и всякаго рода сдѣлокъ срокомъ болѣе, чѣмъ на годъ. Этотъ статутъ до сихъ поръ дѣйствуетъ тамъ и принятъ также законодательствомъ Америки ³⁾. Во Франціи, Бельгіи и Италіи принято за общее правило, что всякаго рода сдѣлки о предметахъ цѣною свыше 150 франковъ должны быть удостовѣрены письменнымъ актомъ и свидѣтельскія показанія не допускаются ни въ опроверженіе, ни въ дополненіе содержанія акта, ни въ подтвержденіе того, что будто бы было условлено прежде, во время или послѣ совершенія его ⁴⁾. Исключеніе изъ этого правила допускается тогда, когда существуетъ начало письменнаго доказательства; *commencement de preuve par écrit* ⁵⁾, т.-е. какой бы то ни было письменный слѣдъ сдѣлки, оставленный рукою обязаннаго лица. Другія исключенія сходны съ тѣми, какія мы уже видѣли въ ст. 409 нашего Уста-

¹⁾ Спб. Ком. С., по д. Подкованцевой съ Геперштедтомъ 13 ноября, 69 г., утверж. сенатомъ: ответчикъ выдалъ росписку въ полученіи векселя для дисконтированія; по иску о деньгахъ за вексель онъ можетъ доказывать свидѣтелями передачу денегъ.

²⁾ Browne, on the Statute of Frauds, 3 ed. 70 г. Boston.

³⁾ Ibid.

⁴⁾ С. Napol. 1341 и слѣд. С. civ. Ital. 1341 и слѣд.

⁵⁾ С. Napol. 1347. Итал. 1347.

ва ¹⁾. Прусское законодательство ²⁾ требует также, чтобы всѣ сдѣлки о предметахъ цѣною свыше 50 талеровъ заключались въ письменной формѣ, но для нѣкоторыхъ договоровъ допускаетъ исключеніе, наприм., для поклажи и разныхъ торговыхъ сдѣлокъ, съ другой же стороны для совершенія нѣкоторыхъ сдѣлокъ и актовъ требуетъ письменной формы независимо отъ цѣны, наприм., для сдѣлокъ о недвижимыхъ имуществахъ, для поручительства и др.

Въ новое время германскіе юристы высказываются противъ ограниченія свидѣтельскихъ показаній ³⁾ и въ новомъ проектѣ Уст. Гр. Суд. для Германіи предполагается отмѣнить эти ограниченія ⁴⁾. Но въ то же время можно замѣтить въ тамошнихъ законодательствахъ и въ литературѣ стремленіе развитъ письменныя формы сдѣлокъ въ смыслѣ существенной принадлежности актовъ, какъ формальные договоры и акты, въ родѣ векселей, закладныхъ и т. п. Эти два направленія, по видимому противоположныя, на самомъ дѣлѣ вполне согласны между собою: если какой нибудь фактъ юридически можетъ существовать только въ извѣстной формѣ, то говорить здѣсь объ ограниченіи свидѣтельскихъ показаній собственно нельзя, потому что безъ формы нѣтъ факта, а слѣдовательно нечего и доказывать; ограниченіе ихъ будетъ только тамъ, гдѣ фактъ юридически можетъ существовать и безъ письменной формы и въ то же время не можетъ быть доказанъ свидѣтелями.

§ 67. Дознаніе чрезъ окольныхъ людей ⁵⁾. Въ прежнемъ нашемъ судопроизводствѣ извѣстно было довольно старинное средство доказательства, подъ названіемъ повального обыска (X, 2, 407—419), т.-е. свидѣтельства окольныхъ людей о какомъ нибудь обстоятельстве, которое ближе всего могли знать мѣстные жители. По своему происхожденію, повальный обыскъ былъ свидѣтельствомъ общины, которое требовалось особенно часто по уголовнымъ дѣламъ, отзывомъ о поведеніи или характерѣ подсудимаго, лихой ли онъ человекъ или добрый. По гражданскимъ дѣламъ онъ употреблялся рѣже, наприм., для опредѣленія межей или давности поземельнаго владѣнія, по спорамъ о холопствѣ и т. п. Такое свидѣтельство общины, міра встрѣчаемъ мы и въ древнемъ процессѣ западныхъ народовъ; въ Англіи изъ него развилось учрежденіе суда присяжныхъ. У насъ, напротивъ, значеніе повального обыска падало все болѣе и болѣе; правительство уже издавна отнеслось недовѣрчиво къ показаніямъ обыскныхъ людей, замѣчая, что они нерѣдко лгали по стачкѣ цѣлыми семьями или расходились въ своихъ показаніяхъ; на послѣдній случай постановлено было производить слѣдствіе о томъ, которая половина солгала, и затѣмъ бить обманщиковъ кнутемъ. Результатомъ этой мѣры было то, что обыскные люди стали отговариваться невѣдѣніемъ: мы-де ничего знать не знаемъ, только оставьте насъ въ покоѣ. Къ этому присоединились злоупотребленія сыщиковъ, которые производили обыскъ: они писали обыскныхъ людей

¹⁾ Ibid. 1348.

²⁾ Evelt, preuss. Civilrecht, § 32 и 175.

³⁾ Planck. Krit. Vierteljahrschrift, IV, стр. 259 и слѣд. Verhandl. d. V Iurist., т. I, стр. 166 и слѣд. и т. II, стр. 232 и слѣд.

⁴⁾ Герм. Пр. 72 г. § 239 и мотивы къ нему.

⁵⁾ См. статью П. М., въ „Ж. М. Ю.“ 65 г., №№ 8 и 9. Дмитріевъ, стр. 237, 263, 411, 563 и слѣд. Демченко, стр. 61.

заочно, а мѣстные попы и дьяконы, вовсе не видя этихъ людей, прикладывали руки къ обыскамъ. Все это вмѣстѣ объясняетъ намъ отзывъ Посошкова, что въ проклятыхъ повальныхъ обыскахъ самъ сатана сидитъ, а Божія правды ни слѣда нѣтъ.

Обыскъ назывался повальнымъ, потому что окольные жители допрашивались безъ выбора; тяжущіеся не указывали ихъ поименно, какъ свидѣтелей, и не могли отводить ни одного окольнаго человѣка (X, 2, 409, 412); допрашивался цѣлый околотокъ, цѣлая деревня, человѣкъ не менѣе 20 или 30, и, смотря по тому, привлекались ли къ допросу только ближніе окольные люди или и дальніе, наприм., жители другого села, обыскъ назывался малымъ или большимъ (X, 2, 410, 411). Сами тяжущіеся и ихъ повѣренные не только не имѣли права присутствовать при обыскѣ, но даже обязаны были, если жили въ томъ мѣстѣ, выѣхать оттуда на время дознанія (X, 2, 413). Полиція, производившая допросъ, должна была увѣщевать обыскныхъ людей говорить сущую правду по евангельской заповѣди (X, 2, 414, 415). Обставивъ производство повальнаго обыска такими формальными гарантіями, сводъ законовъ даетъ показаніямъ обыскныхъ людей рѣшительную силу, такъ что судъ долженъ былъ постановлять рѣшеніе по большинству обыскныхъ голосовъ (X, 2, 416). Въ случаѣ разнорѣчія въ ихъ показаніяхъ, назначалась имъ очная ставка и люди, уличенные во лжи, подлежали наказаніямъ по уголовнымъ законамъ (417—19. Улож. о наказ. 945).

При судебной реформѣ весь вообще характеръ повальнаго обыска существенно измѣненъ. Это средство доказательства, которое въ иностранныхъ законахъ совершенно сливается съ показаніями свидѣтелей, и у насъ въ новомъ Уст. Гр. Суд. сблизено съ ними и получило другое названіе—дознанія чрезъ окольныхъ людей. Оно примѣняется главнымъ образомъ при спорахъ о пространствѣ, мѣстности или продолжительности поземельнаго владѣнія. Судъ можетъ назначить его только по ссылкѣ той или другой тяжущейся стороны на мѣстныхъ жителей, но въ отличіе отъ свидѣтелей эта ссылка можетъ быть и непоименная (Уст. 412). Допросъ окольныхъ людей производится на мѣстѣ чрезъ члена суда или мирового судью и тяжущіеся не только имѣютъ право присутствовать при дознаніи, но и вызываются на мѣсто допроса, хотя неприбытіе ихъ не останавливаетъ дознанія (Уст. 413, 414, 418). Самое производство начинается составленіемъ списка окольныхъ людей, именно домохозяевъ и старожилонъ мѣстности; этотъ списокъ составляется не повально, какъ было прежде а съ разборомъ, такъ что люди близкіе къ тяжущимся не вносятся въ него (Уст. 416—17) и стороны имѣютъ право отводить окольныхъ людей по тѣмъ же причинамъ, какъ отводятся свидѣтели; кромѣ того, каждая сторона можетъ отвести двухъ окольныхъ людей безъ объясненія причинъ (Уст. 430—31). Число людей, подлежащихъ допросу, значительно сокращено въ сравненіи съ прежнимъ порядкомъ; изъ внесенныхъ въ списокъ лицъ избираются по жребію 12 или даже только 6 человѣкъ (429 и 432 ст.). Затѣмъ допросъ ихъ производится подъ присягою, какъ свидѣтелей, показанія записываются точно также въ протоколъ и оцѣнка ихъ достовѣрности и силы предоставляется свободному убѣжденію судьи (Уст. 433, 436, 437). Есть, впрочемъ, исключеніе изъ этого послѣдняго правила, основанное на старинномъ обычаѣ нашего процесса. Именно, обѣ тяжущіяся стороны могутъ сдѣлать общую ссылку на какихъ-нибудь старожилонъ и постановить, чтобы

возникшій между ними споръ о владѣннн былъ разрѣшенъ исключнтельно на основаннн показаннн избранннхъ нми людей; въ такомъ случаѣ эти показаннн считаются безспорннми и обязательнн для суда (Уст. 420—423, 437). Въ нашихъ древннхъ памятннкахъ этотъ способъ разрѣшенн споровъ называется судомъ изъ виноватаго или вобщео ссылкой изъ виноватаго.

§ 68. Заключение свѣдущнхъ людей ¹⁾. Свѣдущнми людьми или экспертами называются тѣ посторонннн люди, которые помогаютъ суду изслѣдовать фактнческую сторону дѣла, давая ему свое заключение о предметахъ, оцѣнка коннхъ требуетъ особнхъ техническихъ свѣдѣннй. Какъ пособнннкн судн ²⁾, они рѣзко отличаются отъ свидѣтелей. Правда, и свидѣтели могутъ быть знающнми людьми и имѣть особнн технические свѣдѣння о томъ именно предметѣ, о которомъ даютъ показаннн (*sachverständige Zeugen*); напрнм. событня, предшествовавшн смерти завѣщателя, могъ видѣть врачъ, бывшнй у постели больного, и потомъ можетъ давать о ннхъ показаннн на судѣ. Во всякомъ случаѣ нужно различать свидѣтелей и свѣдущнхъ лицъ. Свидѣтель рассказываетъ о событняхъ прошедшнхъ, которыя совершнлись передъ его глазами, онъ исторнкъ прошедшаго, онъ передаетъ суду свои впечатлѣння, показываеетъ то, чтѣ видѣлъ и слышалъ; экспертъ, напротивъ, изслѣдуетъ настоящее положенне предмета и дѣлаеетъ изъ него выводы или умозаключення. Свидѣтель есть лицо, присутствовавшее при совершеннн событня, это лицо указывается силою вещей прежде процесса, именно вслѣдствн факта присутствня его при совершеннн событня; напротивъ, экспертъ есть лицо постороннее, не имѣвшее никакого отношенн къ событню; онъ назначается судомъ для изслѣдовання предмета уже послѣ того, какъ открылся процессъ. Показаннн свидѣтеля нельзя перемѣннть; онн должны быть прннаты въ томъ видѣ, какъ даны, или просто отвергнуты; напротивъ, заключение эксперта судъ можетъ признать неосновательннмъ, неточннмъ, несогласннмъ съ наукою, и можетъ назначнть другихъ экспертовъ, потребовать новаго заключення (Мот. гос. канц. къ ст. 525 Уст.).

Въ отличне отъ свидѣтелей, свѣдущнн люди приглашаются къ содѣйствио суду не только по просьбѣ тяжущнхся, но и по собственному усмотрѣнню суда, если для рѣшенн дѣла необходимо разъясннть какой-нбуь вопросъ, требующнй особнхъ техническихъ свѣдѣннй (Уст. 122, 515. 71 г. Кас. 80); съ другой стороны, судъ не связанъ и просьбою тяжущагося, если находитъ приглашенне экспертовъ ненужннмъ (67 г. Кас. 505. Спб. Суд. П., д. Ежова въ „С. В.“ 67 г. № 67). Самый выборъ свѣдущнхъ людей рѣшнтельно отличается отъ ссылки на свидѣтелей. Свѣдущнн люди назначаются по взаимному со-

¹⁾ Mittermaier, въ *civ. A.* т. 2. Walther, *ibid.*, т. 26. Puchta въ *Zeit. f. Civilr. und Process*, т. III. Bopp, *ib. N. F.* т. 17. Seeger, *das Verfahren mit Sachverständigen*, 1841. Strippelmann, *die Sachverständigen*, 1858—59.

²⁾ Ученне объ экспертахъ, какъ пособннкахъ суда, излагается нѣкоторнми процесуалистами не въ отдѣлѣ о доказательствахъ, а въ ряду дѣйствио суда по изслѣдованню дѣла (*causae cognitio*), равно какъ и осмотры на мѣстѣ (Wetzell, Renaud и др.). Эта систематнка подтверждается тѣмъ, что всѣ доказательства въ состязательномъ процессѣ представляются сторонами; напротивъ, осмотръ на мѣстѣ и экспертиза могутъ быть назначены самнмъ судомъ *ex officio*.

гласію тяжущихся, а если согласія не послѣдуетъ, избираются судомъ (123, 518, 524 ст. Уст.) въ числѣ отъ одного до трехъ (Уст. 123, 519). Въ первомъ случаѣ, когда они выбраны по согласію тяжущихся, отводы ихъ не допускаются, а если они назначены судомъ, то отводятся по тѣмъ же причинамъ, какъ свидѣтели ¹⁾ (Уст. 521 — 23); стороны могутъ, конечно, указывать и на недостатокъ свѣдѣній въ назначенномъ отъ суда лицѣ, какъ на причину устраненія его (Побѣд. § 939), но оцѣнка такихъ заявленій принадлежитъ суду ²⁾. Въ такомъ же порядкѣ назначаются новые эксперты въ случаѣ надобности (Уст. 526—27).

Свѣдущіе люди, отъ которыхъ судъ потребуетъ заключенія, обязаны дать его, если по ихъ званію, ремеслу или занятію можно предполагать ихъ имѣющими нужныя для того свѣдѣнія. Они могутъ отказаться только по тѣмъ же причинамъ, которыя освобождаютъ отъ обязанности быть свидѣтелемъ (Уст. 320), т.-е по родству или заинтересованности въ дѣлѣ. За неявку безъ уважительныхъ причинъ и за непредставленіе заключенія они подвергаются штрафу (Уст. 528). Напротивъ, за свой трудъ, за отвлечение отъ занятій и за издержки изслѣдованія они получаютъ вознагражденіе по опредѣленію суда (Уст. 529—32, 540).

Свѣдущіе люди по нашему Уставу не приводятся къ присягѣ (69 г. Кас. 1097), какъ это требуется на Западѣ ³⁾. Наблюденіе за производствомъ изслѣдованія можетъ быть поручено члену суда (Уст. 517), а мировой судья наблюдаетъ за этимъ дѣломъ лично. Что касается формы заключенія свѣдущихъ людей, то въ видахъ точности изложенія оно должно быть письменное и мотивированное. Но если предметъ изслѣдованія простъ и не затруднителенъ, а также когда свѣдущіе люди малограмотны или нехорошо владѣютъ русскимъ языкомъ, то заключеніе дается словесно и записывается въ протоколъ ⁴⁾ (Уст. 525). Въ случаѣ надобности судъ можетъ требовать дополнительныхъ объясненій или назначить новыхъ экспертовъ и потребовать отъ нихъ заключенія (Уст. 526).

Заключеніе свѣдущихъ людей не безусловно обязательно для суда, а подлежитъ его оцѣнкѣ, по выслушаніи возраженій со стороны тяжущихся (Уст. 533). Но, не соглашаясь съ мнѣніемъ экспертовъ, судъ долженъ объяснить въ своемъ рѣшеніи, почему онъ призналъ его неубѣдительнымъ или неправильнымъ (Побѣд. § 950). Надобно замѣтить еще, что только такое заключеніе экспертовъ, которое отобрано отъ нихъ въ изложенномъ выше законномъ порядкѣ, считается въ техническомъ смыслѣ слова заключеніемъ экспертовъ. Если бы тяжущійся отобралъ мнѣнія знающихъ лицъ частнымъ порядкомъ у себя дома и представилъ бы таковой актъ въ судъ, то эта бумага должна обсуживаться по законамъ о письменныхъ доказательствахъ, а не объ экспертахъ (71 г. Кас. № 7, д. Константиновича).

¹⁾ Герм. Пр. 72 г. § 352: по тѣмъ же причинамъ, какъ судьи.

²⁾ Ibid., см. мотивы. Ганнов. Уст. § 274. Виртемб. § 506.

³⁾ Прус. Уст. 1, 10. § 152. Герм. Пр. 72 года, § 356. Итал. 252, 259.

⁴⁾ Ту и другую форму допускаютъ также Женев. Уст. 222, Итал. 265, Герм. Пр. 72 г., § 357.

§ 69. Обеспеченіе доказательства ¹⁾.

Мы перечислили въ предыдущихъ параграфахъ всѣ отдѣльныя средства судебного доказательства. Число ихъ не слишкомъ велико. Не даромъ законодательства разныхъ временъ и народовъ стараются искусственно расширить систему судебныхъ доказательствъ, наприм., разнообразнымъ примѣненіемъ присяги, допущеніемъ доказательствъ, извлекаемыхъ изъ показаній самихъ сторонъ въ видѣ уликъ и т. п. Запросы, которые ставитъ судъ въ отношеніи удостовѣренія спорныхъ событій, гораздо шире и строже, чѣмъ формальности дѣйствительнаго гражданского быта: суду долженъ быть доказанъ каждый спорный фактъ, онъ требуетъ на все документовъ или свидѣтелей, тогда какъ въ дѣйствительной жизни множество фактовъ, имѣющихъ юридическое значеніе, совершается безъ свидѣтелей и не оставляетъ никакого документальнаго слѣда; при взаимномъ довѣрїи все идетъ хорошо, пока не возникнетъ спора, а когда поднялся споръ, оказывается, что у стороны, имѣющей право, нѣтъ никакихъ доказательствъ права въ судебномъ смыслѣ слова.

Есть въ гражданскомъ быту еще и другой рядъ случаевъ, въ которыхъ лицу, имѣющему право, грозитъ опасность остаться безъ доказательствъ. Судебныя доказательства извлекаются обыкновенно изъ какихъ-нибудь матеріальныхъ предметовъ или изъ показаній людей; но люди умираютъ, а вещи измѣняются въ своемъ состояніи, носятся, портятся и уничтожаются. Такъ, наприм., свидѣтель сдѣлки, пока живъ, можетъ удостовѣрить ее на судѣ; но вотъ онъ умираетъ и фактъ, который онъ видѣлъ, остается безъ всякаго удостовѣренія. Такой же результатъ получается, когда свидѣтель сходить съ ума, уѣзжаетъ навсегда за-границу и т. п. Точно также письменные документы могутъ портиться, чернила сходить, бумага разлагаться. Состояніе вещей, удостовѣряемое осмотромъ на мѣстѣ или изслѣдованіемъ чрезъ экспертовъ, часто измѣняется весьма быстро и, если не удостовѣрено въ данный моментъ, исчезаетъ безъ всякаго слѣда. Во всѣхъ такихъ случаяхъ ощущается потребность обезпеченія судебного доказательства, т.-е. принятія и удостовѣренія его еще до открытія процесса. Въ минуту опасности процессъ часто не можетъ быть начатъ, потому что еще не наступили сроки или условія для взысканія, а между тѣмъ доказательство грозитъ исчезнуть.

Еще въ римско-каноническихъ источникахъ встрѣчаются правила, имѣющія цѣлью удовлетворить этой потребности, а именно правила о допросѣ свидѣтелей до открытія процесса, когда свидѣтелю грозитъ опасность смерти или онъ отправляется въ дальнія страны на долгое время ²⁾ (*probatio in perpetuam rei memoriam*), и правила о судебномъ возобновленіи документовъ, подвершихся порчѣ ³⁾ (*exemplificatio*). Впослѣдствіи появляются подобныя же правила объ удосто-

¹⁾ Renaud, § 123—146. Wetzell, § 23, № 32, 98, § 44, № 8. Прус. G. O. 1, 33 Брауншв. § 288—298. Ганов. 244—250. Ольд. 153. Баден. 516—520. Вирт. 445—457. Бав. 347—352. Австр. I. Norm. § 35. G. O. § 176—181 и 188. Герм. Пр. 72 г. § 218 423—430. Mourlen, стр. 39 и слѣд. Bonnier, des preuves, т. 1, § 254. Mass. Stat. гл. 131, § 39—58.

²⁾ С. 5, X. 2, 6. С. 4 X. 2, 30. Smith, Manual of equity, стр. 486 ff.

³⁾ С. 16 X. 2, 22.

вѣреніи измѣняющагося состоянія вещей посредствомъ осмотра на мѣстѣ или изслѣдованія чрезъ экспертовъ, и въ настоящее время мы видимъ въ законодательствахъ западныхъ народовъ дѣлюю систему правль объ обезпеченіи доказательствъ. И нашему законодательству уже издавна были извѣстны нѣкоторыя понятія объ этомъ предметѣ. Такъ, наприм., въ Воинскомъ Уставѣ 1716 г. встрѣчается постановленіе о допросѣ свидѣтелей до исковаго прошенія и до вызова отвѣтчика, ежели свидѣтель въ путь куда собрался, и возвращеніемъ своимъ можетъ умедлить, или такъ жестоко заболить, что о возвращеніи здравія его сомнѣніе имѣть можно; такое показаніе называлось свидѣтельствомъ вѣчной памяти (Изобр. проц. гл. III, ст. 10). Несовсѣмъ ясное изложеніе этой статьи Воинскаго Устава повело къ тому, что примѣненіе свидѣтельства вѣчной памяти по своду законовъ и по новому Уст. Гр. Суд. значительно ограничено, такъ что теперь дозволяется допрашивать свидѣтелей до предъявленія отвода или отзыва противной стороны, въ случаѣ тяжелой болѣзни или предпринимаемой отлучки (X, 2, 327. Уст. 377—78) и только. О допросѣ свидѣтелей до предъявленія иска Уставъ не говоритъ. Осмотры на мѣстѣ и изслѣдованія чрезъ экспертовъ, до открытія судебного процесса, производились у насъ прежде по распоряженіямъ полиціи, особенно въ дѣлахъ уголовныхъ ¹⁾, а также по обидамъ, ущербамъ и завладѣніямъ (X, 2, 6, 7, 21, 116), по жалобамъ на сырость квартиры, на отказъ въ пріемъ подрядныхъ работъ или поставленныхъ припасовъ и т. п. Уставъ Гр. Суд. ничего не говоритъ объ этомъ предметѣ, такъ что полицейскіе осмотры съ участіемъ или безъ участія свѣдущихъ людей сохранились и до настоящаго времени, хотя и судъ, въ особенности мировой судья, въ случаѣ просьбы, имѣетъ право нарядить осмотръ и изслѣдованіе чрезъ экспертовъ (Побѣдон. § 970). Это послѣднее положеніе мы основываемъ на томъ, что требованіе обезпеченія доказательства есть право гражданское, а слѣдовательно подлежитъ разсмотрѣнію судебныхъ установлений (Уст. ст. 1). На томъ же основаніи можно допустить судебное возобновленіе документовъ, подвергнувшихся порчѣ, Впрочемъ, нѣкоторыя бумаги, наприм., ветхіе кредитные билеты, обмѣниваются у насъ на новыя помимо суда, въ кредитныхъ учрежденіяхъ (XI, 2. Уст. Кред. 1139, 1140). Вообще дѣла этого рода могутъ доходить до суда только въ случаѣ спора.

Производство по просьбамъ объ обезпеченіи доказательствъ у насъ не опредѣлено. На Западѣ оно опредѣляется примѣнительно къ общимъ правиламъ о томъ средствѣ доказательства, объ обезпеченіи котораго идетъ дѣло. Обыкновенно, противная сторона вызывается присутствовать при этомъ производствѣ и представить свои возраженія; но неявка ея не останавливаетъ производства, а для охраненія правъ ея назначается судомъ особый повѣренный. О результатахъ производства составляется протоколъ, который потомъ хранится въ судѣ.

¹⁾ Леонтьевъ, Сбор. Пол. Узак. § 2100 и слѣд. 1711 и слѣд.

ГЛАВА ТРЕТЬЯ.

О случайныхъ требованіяхъ въ процессѣ.

§ 70. Общія понятія ¹⁾. Если мы хотимъ себѣ представить minimum содержания гражданскаго процесса, то онъ состоитъ: 1) изъ исковаго требованія, 2) изъ объясненій сторонъ по поводу иска; впрочемъ, этихъ объясненій можетъ и не быть, отвѣтчикъ можетъ и не явиться въ судъ, и не прислать никакого отвѣта; нужно только, чтобы ему была открыта возможность представить объясненія противъ иска, чтобы онъ былъ извѣщенъ объ искѣ; 3) изъ доказательствъ въ пользу иска или защиты и 4) изъ постановленія рѣшенія, за которымъ иногда можетъ слѣдовать принудительное исполненіе. Искъ и возможность защиты съ доказательствами и рѣшеніе суда—таковы необходимые элементы процесса.

Но на ряду съ этими необходимыми элементами часто возникаютъ въ процессѣ разныя случайныя требованія и частныя вопросы, разрѣшаемые опредѣленіями суда. Такія требованія предъявляются или самими тяжущимися, или третьими лицами, желающими вступить въ дѣло. По своему предмету, они могутъ заключать въ себѣ или матеріальныя притязанія одного лица въ процессѣ къ другому (*sachliche Zwischenbegehren*), или же разныя требованія и заявленія о предметахъ процессуальныхъ (*Zwischenstreitigkeiten über das Verfahren*). Всѣ они возникаютъ въ процессѣ случайно, *incidenter* въ томъ смыслѣ, что ихъ можетъ и не быть; процессъ не предполагаетъ ихъ необходимо; они не составляютъ существенной его принадлежности. Но они возбуждаются по поводу процесса и должны стоять въ связи съ главнымъ дѣломъ, въ связи матеріальной или формальной. Впрочемъ, во всей совокупности этихъ случайныхъ требованій различаются двѣ группы: одни изъ нихъ таковы, что могутъ быть предъявлены только въ данномъ процессѣ и не имѣли бы никакого смысла, если бы предъявлены были внѣ его; таковы, наприм., просьбы объ отводѣ судей, о приостановленіи и возобновленіи производства и т. п.; такія требованія имѣютъ акцессорный, придаточный характеръ; внѣ даннаго процесса они не мыслимы. Но есть другія случайныя требованія, которыя появляются въ данномъ процессѣ въ видахъ удобства, но могли бы быть предъявлены и особо отъ него, потому что они заключаютъ въ себѣ самостоятельныя матеріальныя притязанія; такъ, наприм., третье лицо можетъ вступить въ дѣло съ своими особыми притязаніями, но можетъ и не вступать въ данный процессъ, а завести особое дѣло; и точно также, по здравой теоріи, разныя охранительныя требованія

¹⁾ Borsari, art. 181 и слѣд. и стр. 285 и слѣд. 1) Incidenti d'istruttorio, 2) relativi alla giurisd. 3) Che riguardano la istruzione, 4) d'introduzione o di nuova ingresso, 5) cantatorii o conservatorii, 6) esecutori, 7) di fondo, che suddividonsi in relazione al diritto o alla procedura..., progressivi o repulsivi и т. д.). Schmidt, bayer. Pr. § 457. Barth, Comm. § 270.

могутъ быть предъявлены какъ въ связи съ искомъ объ осуществленіи охраняемаго права, такъ и отдѣльно отъ этого иска.

При такомъ разнообразіи случайныхъ требованій понятно, что и формы производства, для нихъ назначенныя, являются въ высшей степени различными. Иногда они вводятся въ процессъ посредствомъ частныхъ прошеній, отличительная черта которыхъ состоитъ въ томъ, что они не подлежатъ судебнымъ пошлинамъ (Уст., 566 и слѣд., 848). Въ другихъ случаяхъ частный вопросъ возбуждается въ процессѣ устными заявленіями стороны, которыя записываются въ протоколъ (Уст. 575 и слѣд., 590, 670, 681). Но есть такія случайныя требованія, которыя предъявляются въ формѣ исковыхъ прошеній; таковы встрѣчные иски (Уст. 340—42, 848) и просьбы третьихъ лицъ, вступающихъ въ дѣло съ самостоятельными притязаніями (Уст. 665, 1092, 1197, 848). Объ этомъ послѣднемъ классѣ случайныхъ требованій мы уже говорили (§ 41 и 55) и потому теперь оставимъ ихъ въ сторонѣ. Они отличаются отъ другихъ случайныхъ требованій тѣмъ, что открываютъ не частное только производство подлѣ главнаго процесса, а другой самостоятельный процессъ, который только формально соединяется съ первоначальнымъ дѣломъ въ одно производство.

Частное производство, слѣдующее за предъявленіемъ случайныхъ требованій, представляется также весьма разнообразнымъ. Если возможно, они разрѣшаются вмѣстѣ съ самымъ искомъ, по выслушаніи сторонъ, судебнымъ рѣшеніемъ по существу дѣла (Уст. 585, 589, 736 и слѣд.). Но иногда случайными требованіями возбуждаются такіе частные вопросы, которые должны быть разрѣшены предварительно и отдѣльно отъ разсмотрѣнія иска по существу (Уст. 566). Они сообщаются противной сторонѣ для представленія на нихъ объясненій или возраженій и разрѣшаются по выслушаніи состязанія сторонъ (Уст. 567—570) особымъ частнымъ опредѣленіемъ суда, которое иногда можетъ быть и обжаловано отдѣльною частною жалобою (Уст. 585—588, 596—597, 658, 664, 673 и слѣд., 783 и слѣд.). Въ другихъ же случаяхъ, когда требуемая мѣра не терпитъ отлагательства, они могутъ быть разрѣшены председателемъ суда, даже немедленно и безъ вызова противной стороны (Уст. 598—600).

Нашъ Уставъ Гр. Суд. излагаетъ случайныя требованія подъ рубрикою о частныхъ производствахъ (ст. 566 и слѣд.), которая начинается правилами о частныхъ прошеніяхъ вообще. Но, какъ мы уже замѣтили, случайныя требованія не всегда возникаютъ въ этой формѣ. Затѣмъ Уставъ причисляетъ сюда: 1) отводы и возраженія; мы уже изложили ихъ въ ученіи о защитѣ, куда они принадлежатъ; 2) просьбы о вступленіи и привлеченіи третьихъ лицъ; этотъ предметъ также изложенъ нами въ ученіи о сторонахъ и пособникахъ сторонъ; 3) устраненіе судей и прокуроровъ; мы отнесли этотъ вопросъ къ ученію о составѣ судебныхъ засѣданій; затѣмъ намъ остается разсмотрѣть только еще двѣ группы случайныхъ требованій, указанныя въ Уставѣ, именно 4) обезпеченіе исковъ по терминологіи Устава и, въ связи съ нимъ, разныя охранительныя или временныя мѣры и распоряженія, и 5) пріостановленіе и возобновленіе судебного производства. Послѣднія явленія, впрочемъ, относятся уже къ понятію о движеніи процесса, а потому будутъ изложены нами въ третьемъ отдѣлѣ курса.

§ 71. Охранительныя требованія и временныя мѣры въ процессѣ ¹⁾. Охранительныя требованія, какъ уже замѣчено выше, могутъ быть предъявлены не только вмѣстѣ съ искомъ объ осуществленіи охраняемаго права, но и отдѣльно отъ него (contra 69 г. Кас. 563 и 801 и Сбор. Сен. Рѣш. II, № 547), потому что самое требованіе обезпеченія или охраненія есть право гражданское. Нашъ законъ указываетъ на это право въ отдѣльныхъ случаяхъ (Уст. Торг. 596), особенно въ постановленіяхъ объ охранительномъ судопроизводствѣ. На Западѣ признается за общее правило, что охранительныя требованія могутъ быть предъявлены въ случаѣ опасности до открытія процесса объ осуществленіи охраняемаго права, даже когда еще не наступилъ срокъ исполненія по обязательству. Здѣсь мы будемъ говорить о нихъ, какъ о случайныхъ требованіяхъ въ процессѣ, но они могутъ служить и предметомъ особаго производства ²⁾.

Цѣль охранительныхъ требованій и временныхъ мѣръ можетъ быть двоякая: 1) обезпеченіе процесса; эта задача вызвала особенно много заботъ въ древнее время когда, считалось нужнымъ заручиться прежде всего въ томъ, что отвѣтчикъ станеть на судъ и не съѣдетъ съ суда. Римское право требовало, чтобы онъ представилъ въ томъ поручительство (*cautio judicio sisti*); наши древніе законы, начиная съ русской правды и до XVIII вѣка, требовали также поруки въ явѣ къ суду и въ несѣздѣ съ суда, а если отвѣтчикъ не давалъ поруки и отбивался отъ пристава, приказывали арестовать его и держать подъ карауломъ во время процесса, Такъ это было и по римскому праву временъ Юстиніана (В. Hollweg. cit.). Эти мѣры объясняются тѣмъ, что пока система судебныхъ вызововъ и письменнаго производства еще не развита, законодательство относится съ недоувѣріемъ къ заочнымъ рѣшеніямъ; съ другой же стороны взысканія обращались въ древности, главнымъ образомъ, на лицо, потому что имущественная основа хозяйства была еще слаба; нужно было слѣдовательно заручиться лицомъ во время, чтобы не вести дѣла напрасно. Въ настоящее время эти мѣры уже вездѣ почти вышли изъ употребленія, потому что для открытія и окончанія процесса нѣтъ надобности въ личной явкѣ отвѣтчика на судъ. Однако и теперь вездѣ допускается одно исключеніе изъ этого правила. Именно, если иностранецъ, надѣлавъ долговъ въ какой нибудь странѣ, собирается выѣхать изъ нея и не оставляетъ въ ней

¹⁾ Gai IV, 88—108, 184—187. Inst. IV, 11. Dig. II, 8. XLVI, 5, 7, 8. Cod. II, 57 Keller, § 47, 56, 57. В. Hollweg, I, § 34, 49 inf. II, § 104, 119, III, § 152, 153 (стр. 261), 157. Ludovici стр. 21 ff. 37 ff. Ziriceî de arrestat (въ изд. Straccha de merc.; тутъ же разные трактаты de sequestrat). Исслѣд. Бриглеба, Баха, Мутера и др. С. of N.-York, § 178 ff. (provis. remedies: arrest and bail, claim and delivery of personal property, injunction, attachment и др.). Massach. stat. ch. 124 и 125. Bellot, стр. 23 и слѣд. Женев. Уст. § 7 и слѣд. (des mesures provisionnelles). Бавар. Уст., § 605 и слѣд. (Vorsichtsverfügungen). Герм. Пр. 72 г., § 728—754. (Arrest und einstweilige Verfügungen). Renaud, § 56—57. Endemann, § 130—134, 263 и слѣд. Ганнов. Уст. § 502 ff. (Arrestprozess), § 519 ff. (einstweilige Verfügungen), § 524 ff. (Sequestrationen). Баден., § 597 ff. (Arrestprozess), § 618 ff. (unbedingte Befehlen u. einstweil. Verfüg.). Mourlon, стр. 130 и слѣд. Voitard, § 286 ss. (demandes provisoires). Carré-Ch. Ad. I, стр. 679 и слѣд. Пестржецкій объ обезпеченіи исковъ въ „Ж. М. Ю.“ 60 г. № 7. Kerr. on receivers, Phil. 72 г., on injunctions, Bost. 71 г.

²⁾ Бавар. Уст., § 605. N.-York Code § 401, n. 8, и др.

имѣнія, то кредиторамъ дозволяется просить о задержаніи его или о реальномъ обеспеченіи взысканій ¹⁾. Эта мѣра имѣетъ цѣлью обезпечить возможность процесса въ данной странѣ, потому что съ этимъ связана и самая возможность взысканія. Въ нашемъ Торг. Уставѣ встрѣчается еще общее запрещеніе отвѣтчикамъ отлучаться изъ города, если они не обезпечатъ иска залогомъ или поручительствомъ (ст. 1553—54), а также есть правила объ охранительномъ арестѣ должниковъ по векселямъ (ст. 654 и слѣд.). Но этими мѣрами обезпечивается не процессъ, а взысканіе. Онѣ стоятъ въ связи съ обязанностью личной явки сторонъ въ коммерческой судъ (Уст. Торг. 1692).

2) Обезпеченіе матеріальнаго осуществленія права. Сюда относятся въ особенности: а) обезпеченіе иска или взысканія въ пользу истца. Съ этой цѣлью римское право требовало отъ отвѣтчика, чтобы онъ представилъ поручительство благонадежныхъ лицъ (*cautio judicatum solvi*), а отъ знатныхъ отвѣтчиковъ требовало клятвеннаго обѣщанія (*cautio juratoria*); если такихъ гарантій не было, отвѣтчикъ подвергался личному задержанію. Въ средніе вѣка, на ряду съ этимъ личнымъ арестомъ, развились разнообразныя формы имущественнаго обезпеченія, какъ то: наложеніе запрещенія на недвижимое имущество, арестъ движимости и долговыхъ претензій отвѣтчика на третьихъ лицъ, секвестръ или передача его имущества на сохраненіе и для временнаго управленія какому-нибудь лицу, депозитъ или приказъ о взносѣ должной суммы на сохраненіе въ судъ. И въ нашемъ законодательствѣ, въ старое время, господствовали личные способы обезпеченія — поручительство въ личной явкѣ на судъ и въ несѣздѣ съ суда и личный арестъ; съ 18 столѣтія развиваются правила объ обезпеченіи исковъ наложеніемъ запрещенія на недвижимое имущество, а въ банкротскомъ Уставѣ 1800 г. находимъ и правила объ арестѣ движимости у должниковъ. Но основанія и поводы обезпеченія не были опредѣлены въ законѣ общими началами, а указывались только отдѣльные частные случаи, когда обезпеченіе допускалось; въ нашей прежней судебной практикѣ и въ литературѣ высказывался даже такой взглядъ, что имущественное обезпеченіе взысканія въ судебномъ порядкѣ дозволяется только послѣ рѣшенія дѣла. При судебной реформѣ признано было необходимымъ допустить его и въ самомъ началѣ процесса, при предъявленіи иска, даже безъ выслушанія объясненій отвѣтчика, когда судъ усмотритъ, что необезпеченіе иска могло бы лишить истца возможности получить удовлетвореніе (Уст. 590, 591). Далѣе этого пункта Уставъ нейдетъ; вопросъ о возможности обезпеченія до предъявленія иска, кажется, совсѣмъ не возникалъ при составленіи Устава: онъ допускаетъ обезпеченіе исковъ или въ самомъ началѣ дѣла, или во время дальнѣйшаго производства (ст. 590, 592), оставляя въ сторонѣ вопросъ объ охраненіи правъ до процесса о взысканіи. Наша кассационная практика пришла поэтому къ выводу, что судебное обезпеченіе исковъ до процесса о взысканіи совсѣмъ не дозволяется (69 г. Кас. 563 и 801). Напротивъ, у западныхъ народовъ еще въ средніе вѣка развилось особое охранительное производство по просьбамъ о личномъ или имущественномъ арестѣ должниковъ до открытія процесса о взысканіи самаго долга (*Arrest-process*) и это производство сохранилось тамъ до настоящаго вре-

¹⁾ Женев. Уст. ст. 11 и 12. Бавар. § 611, 612.

мени¹⁾; правила о немъ въ тамошнихъ законодательствахъ и проектахъ отчасти замѣняютъ собою статьи объ обезпеченіи иска, которыя въ нашемъ Уст. Гр. Суд. помѣщены подъ рубрикою о частныхъ производствахъ. Изъ этой послѣдней систематики еще ничего не слѣдуетъ, потому что охранительныя требованія дѣйствительно предъявляются въ большинствѣ случаевъ вмѣстѣ съ искомъ объ осуществленіи охраняемаго права, такъ что охранительное производство обыкновенно совпадаетъ съ главнымъ процессомъ. Но есть потребность въ охраненіи правъ и до осуществленія ихъ; наприм., должникъ, выдавъ на себя векселей на десятки или сотни тысячъ руб., за день до срока платежа собирается уѣхать за-границу, распродавъ къ тому времени все свое имущество: предъявить къ нему искъ о платежѣ до срока было бы преждевременно, но нельзя отказать кредиторамъ въ охраненіи ихъ правъ (Уст. Торг. 1879, п. 4). Охранительный арестъ въ обширномъ смыслѣ слова, личный и имущественный, допускается на Западѣ и по до-срочнымъ требованіямъ; если предстоитъ опасность, что безъ наложенія его взысканіе по рѣшенію окажется невозможнымъ или будетъ значительно затруднено, наприм., придется производить взысканіе за-границею²⁾. Мало того, даже допускается охраненіе суспензивно-условныхъ требованій *pendente conditione*³⁾. Въ прежнее время полиція принимала у насъ охранительныя мѣры еще до судебного производства (X, 2, 57—60) и отказать въ томъ теперь суду не было бы никакого основанія. Требованіе охраненія есть особое право гражданское и вопросъ о немъ подлежитъ разрѣшенію судебныхъ установленій (Уст. ст. 1).

Основанія или поводы и условія обезпеченія исковъ опредѣлены въ уставѣ различно. Онъ указываетъ два самостоятельныхъ основанія: 1) опасность для истца не получить удовлетворенія (Уст. 591); отъ суда зависитъ опредѣлить, въ какихъ случаяхъ представляется эта опасность; 2) требованіе обезпеченія по безспорному долговому документу; въ западной Европѣ такіе документы обращаются прямо ко взысканію въ исполнительномъ порядкѣ, какъ это было и у насъ по Своду Зак. и теперь осталось въ отношеніи векселей. Уставъ считаетъ безспорными документами тѣ долговыя обязательства, которыя засвидѣтельствованы крѣпостнымъ или явочнымъ порядкомъ, и ставить правило, что если взыскатель, предъявляя такой актъ, потребуетъ обезпеченія, то судъ не въ правѣ отказать ему въ томъ (Уст. 125, 595). Затѣмъ общимъ условіемъ обезпеченія считается денежная опредѣленность иска, такъ что обезпеченіе допускается только по искамъ, опредѣленнымъ извѣстною суммою (Уст. 593); это правило облегчаетъ судъ при разчетѣ суммы, до которой должно простираться обезпеченіе, соразмѣрно цѣнѣ иска, подтвержденной доказательствами (Уст. 594).

Способы обезпеченія исковъ уже перечислены нами выше; они раздѣляются на имущественныя и личныя. Къ первому классу принадлежатъ: 1) запрещеніе на недвижимое имущество, именно запрещеніе общее на все имущество отвѣтчика, или специальное на опредѣленное

¹⁾ И у насъ см. Rig. Stat. c. XV v. Kummer-Klage oder Arresten.

²⁾ Герм. Пр. 72 г. § 728—730. Бавар. Уст. 605, 611, 612. Баден. 597, 598, 601, 602, 613. Ганновер. 508. Вирт. 821.

³⁾ Виртемб. § 821. Ольденб. 305, Preuss. L. R. 1, 14 § 5. Windscheid, Pand. 3 изд. т. 1, стр. 223. Мотивы Герм. Пр. 72 г. § 728. Contra. Бавар. Уст. § 605.

имѣніе (Уст. 604, 605); оно налагается припечатаніемъ запретительной статьи въ „Сенатскихъ Вѣдомостяхъ“ (Уст. 616 и слѣд.), которая имѣетъ силу до тѣхъ поръ, пока не напечатана будетъ разрѣшительная статья въ тѣхъ же вѣдомостяхъ (Уст. 621 и слѣд.) и ограничиваетъ владѣльца въ правѣ отчужденія, залога и опустошенія имѣнія, наприм. въ правѣ рубки въ немъ лѣса (Уст. 610, 611); 2) арестъ движимости въ рукахъ отвѣтчика, истца (68 г. Кас. 377) и третьихъ лицъ, наприм. арестъ суммъ, которыя ему слѣдуютъ отъ третьихъ лицъ (Уст. 624—640), долговъ, которые онъ имѣетъ на третьихъ лицахъ (attachment); если искъ предъявленъ о правѣ собственности на какое-нибудь имущество, то запрещеніе или арестъ налагаются именно на это спорное имущество (Уст. 609), а иски по договорамъ, въ которыхъ указано имущество въ видѣ гарантіи, обезпечиваются предпочтительно этимъ имуществомъ (Уст. 612), однако допускается и замѣна одного обезпеченія другимъ равноцѣннымъ (Уст. 613—15). Къ понятію объ арестѣ относится также взносъ денежной суммы (депозитъ) на храненіе въ судъ (Уст. 615, 912, 913. „Суд. В.“ 67 г. № 122); на Западѣ эти судебныя взносы хранятся обыкновенно въ государственныхъ банкахъ на счету судебного вѣдомства, для чего существуютъ подробныя правила (Depositordnungen, ord. de la caisse des dépôts et consignations и т. п.) Далѣе сюда же принадлежит порученіе имущества на храненіе и во временное управленіе какому-нибудь лицу (Sequester, appointment of a receiver); это лицо называется у насъ хранителемъ или сберегателемъ, въ Англии — пріемщикомъ или сборщикомъ ¹⁾ (Уст. 630, 1009—1020. Уст. Торг. 171), а по торговымъ заведеніямъ управляющимъ (manager). Въ англійскомъ процессѣ эта мѣра употребляется весьма часто, наприм. по спорамъ между товарищами торговаго дома назначается временный управляющій торговыми заведеніями, или изъ среды самихъ тяжущихся, или изъ постороннихъ лицъ; также по дѣламъ компаній, по долговымъ взысканіямъ, обращеннымъ на жалованье, пенсіи, на фрахтъ судовъ, ренту дома и т. п., вообще до судебного рѣшенія, когда есть опасность растраты имущества, доходовъ и прибылей, а послѣ рѣшенія, когда на нихъ обращено взысканіе (С. of. N. Y. § 244). Такой сборщикъ или управляющій обыкновенно даетъ съ своей стороны обезпеченіе, обязанъ отчетностью, иногда вноситъ получаемые доходы въ судъ и отвѣчаетъ не только за обманъ и злопамѣренныя дѣйствія, но и за недостатокъ обыкновеннаго прилежанія къ дѣлу (diligentia quam suis), а за трудъ получаетъ вознагражденіе. И у насъ хранители получаютъ плату по соглашенію или по таксѣ (Уст. 1014, 1015. Собр. Узак. 73 г. № 11), обязаны отчетностью и отвѣчаютъ за растрату имущества (Уст. 1017, 1018); и у насъ могутъ быть назначены въ хранители какъ сами стороны, участвующія въ дѣлѣ, такъ и люди, близкіе къ нимъ (Уст. 1012), въ случаѣ необходимости или по соглашенію.

Къ личнымъ способамъ обезпеченія принадлежатъ: 1) личное задержаніе отвѣтчика, т. е. ограниченіе его въ правѣ переѣзда или перемѣны мѣста пребыванія; съ этою цѣлью отбирается отъ отвѣтчика по торговымъ дѣламъ подписка о невыѣздѣ изъ города (Уст. Торг. 1553—54), а по вексельнымъ взысканіямъ должникъ можетъ быть заключенъ въ тюрьму или подвергается домашнему аресту (Уст. Торг. 654—660). Надобно замѣтить, что охранительный арестъ допускается вездѣ

¹⁾ Kerr, on receivers Phil. 72 г.—„Суд. Вѣст.“ 71 г. № 194 „О сберегателяхъ“.

на Западѣ и у насъ по мѣстнымъ законамъ западной окраины; въ новое время прошла повсюду на Западѣ реакція противъ исполнительнаго ареста, т.-е. обращенія взыскаія на личную свободу должниковъ; этотъ видъ личнаго задержанія вездѣ почти отмѣненъ, но охранительный арестъ остался, потому что въ немъ есть потребность, которую ничѣмъ другимъ нельзя удовлетворить ¹⁾. У насъ при судебной реформѣ держались другаго мнѣнія, полагая, что исполнительный арестъ можетъ быть допущенъ, а охранительный не можетъ (Мот. къ ст. 602 Уст.), и на этомъ основаніи личное задержаніе отвѣтчика не перечислено въ ряду способовъ обезпеченія исковъ (Уст. 602). Однако оно существуетъ у насъ въ особой формѣ на основаніи паспортныхъ законовъ (Уст. Пасп. 436 и прилож. по прод. 63 г.), въ случаѣ отъѣзда за границу, потому что для полученія заграничнаго паспорта нужно представить свидѣтельство полиціи въ томъ, что къ отъѣзду нѣтъ препятствій, а препятствіемъ считаются между прочимъ претензіи кредиторовъ (Уст. Пасп. 436, допол. 63 г.). Слѣдовательно, задержаніе лица на мѣстѣ производится полицейскимъ порядкомъ. Это совершенно естественно, потому что насколько охранительныя мѣры не развиты въ судебномъ процессѣ, настолько потребность въ нихъ должна удовлетворяться полицейскимъ надзоромъ. 2) Поручительство. Это весьма древній способъ обезпеченія; но въ новѣйшихъ законодательствахъ онъ играетъ незначительную роль; если у лица нѣтъ имущества для реального обезпеченія, то не легко ему найти поручителей и судъ не можетъ никого принудить къ принятію поручительства. Нашъ уставъ говоритъ объ этомъ подробно (ст. 641—652), но только въ Торг. Уст. есть практическая санкція этихъ правилъ, именно та, что, если отвѣтчикъ не представилъ поручительства, то ему запрещается отлучка изъ города чрезъ полицію (Уст. Торг. 1554).

Мы разсмотрѣли обезпеченіе исковъ, какъ первый способъ обезпеченія матеріальнаго осуществленія права. Сюда же относятся затѣмъ:

б) Установленіе временнаго состоянія вещей (interimistisum) на время процесса, для предупрежденія насилій или для предварительнаго удовлетворенія истца. Самое обезпеченіе иска сопровождается установленіемъ временнаго состоянія вещей; но оно не исчерпываетъ всѣхъ случаевъ, когда временныя мѣры могутъ оказываться необходимыми. Такъ, наприм., иногда необходимо, чтобы судъ запретилъ истцу или отвѣтчику совершеніе какихъ-нибудь дѣйствій во время процесса, наприм. запретилъ поссорившимся сосѣдямъ тревожить другъ друга и т. п. Такія запрещенія (injunctions) имѣютъ цѣлью установить мирное состояніе отношеній на время процесса. Съ другой стороны, иногда необходимо потребовать отъ тяжущихся, чтобы они совершили то или другое дѣйствіе (Auflage), наприм. потребовать отъ отвѣтчика предварительнаго удовлетворенія истца ²⁾. Положимъ, предъ-

¹⁾ Бревернъ, о личномъ задержаніи по иностр. зак. 70 г. Samuely, въ Zeit. f. N. R., т. XV, кн. 1 и 2. Ср. мою замѣтку о нихъ въ „Суд. Вѣст.“ 70 г. 317. Lush, т. 2, стр. 687: carias and proceedings thereon.

²⁾ N.-York Code, § 206 ff. причисляетъ къ временнымъ мѣрамъ, между прочимъ, claim and delivery of personal property, именно отобраніе движимой вещи отъ отвѣтчика чрезъ полицію, безъ суда, по просьбѣ истца, подаваемой шерифу, за поручительствомъ на двойную сумму противъ цѣны вещи. Эта мѣра допускается, когда отвѣтчикъ задерживаетъ вещь, принадлежащую истцу.

явленъ искъ о доставленіи мужемъ женѣ пропитанія или такой же искъ дѣтей къ родителямъ или престарѣлыхъ родителей къ дѣтямъ: процессъ въ случаѣ спора можетъ затянуться, а въ это время истецъ, оставленный безъ пропитанія, чего добраго, умретъ съ голода. Для предупрежденія такого смертнаго случая нужно назначить истцу временно какія-нибудь средства пропитанія (*alimenta provisorio*).

в) Предварительное исполненіе рѣшеній, не смотря на обжалованіе ихъ (Уст. 138, 736 и слѣд.); объ этой мѣрѣ мы еще будемъ говорить подробно впоследствии.

г) Обезпеченіе убытковъ и издержекъ. Отвѣтчикъ имѣетъ право требовать этого обезпеченія отъ истца (*cautio pro expensis*), когда искъ предъявленъ иностранцемъ, не состоящимъ на русской службѣ и не владѣющимъ въ Россіи недвижимымъ имѣніемъ (Уст. 571); размѣръ этого обезпеченія опредѣляется судомъ, а способы обезпеченія тѣ же, какъ и мѣры обезпеченія искомъ (Уст. 577, 578, 590 и слѣд.).—Кромѣ того, нѣкоторыя мѣры въ процессѣ, наприм. предварительное исполненіе рѣшеній (Уст. 738), иногда допускаются судомъ только подъ условіемъ обезпеченія убытковъ на случай, если такая мѣра окажется впоследствии неправильною.

ОТДѢЛЪ ТРЕТІЙ.

О ДВИЖЕНІИ ПРОЦЕССА.

Здѣсь мы должны изложить: 1) основныя начала и общія формы производства; 2) общій порядокъ производства и 3) особенныя формы производства.

ГЛАВА ПЕРВАЯ.

Основныя начала и общія формы производства.

Мы остановимся въ этой главѣ на разсмотрѣніи тѣхъ началъ и формъ процесса, которыя лежатъ въ основѣ производства и представляются или внѣшними формами и обстановкою процесса, или же внутренними началами, управляющими ходомъ производства. Сюда относятся именно: устность и письменныя формы и вообще судебный языкъ, гласность или канцелярская таинственность и время судебныхъ дѣйствій, а также тѣ начала и формы, коими опредѣляются взаимныя отношенія и вліяніе сторонъ и суда на ходъ производства. Мы должны будемъ указать на правильное соотношеніе всѣхъ этихъ формъ и началъ и такимъ образомъ установить ихъ.

§ 72. Устность и письменность процесса и судебный языкъ ¹⁾. 1. Языкъ. Процессуальныя дѣйствія суть выраженія мысли и воли дѣйствующихъ въ процессѣ лицъ. Мысль и воля людей проявляются или въ словѣ и письмѣ, какъ внѣшней формѣ слова, или же посредствомъ знаковъ и дѣйствій, которыя можно считать выраженіемъ мысли и воли. Какъ въ

1) Mittermaier, bürg. Process 1, § 14. Leonhardt. Civilpr. v. Hannover, § 14—17. Puchta въ civ. Archiv т. 17: О преимуществахъ писм. производства. Gerac в civ. Arch. т. 33 и 34: Mündlichkeit. Гейнекенъ, О предвар. писм. произв. ibid. т. 35. Korpetzky, Mündlichkeit, 1847. Побѣд. § 370—397, Мот. Гос. Канц. къ ст. 312 Уст. Австр. Refer. E. § 113 ff. Reg. E. 67 г. § 113—230. Мотивы прус. проекта 64 г. стр. 2 и слѣд. Кн. Багратіонъ Мухранскій, О словес. судѣ и письм. произв. въ „Ж. М. Ю.“ 62 г. май. Мнѣнія иностр. юристовъ, ibid. 63 г. № 9. Третьяковскій, О протоколахъ ibid., 66 г. № 8. Писм. при сокращ. произв. въ „Суд. В.“ 69 г. № 119. О слов. системѣ „Суд. В.“, 70 г. № 310. Wetzell, § 65 и 67. Renaud, § 80. Stephen, by Tyler, стр. 58 и слѣд. Bordeaux, стр. 465, 532, 542. Мот. Герм. Пр. 72 г. Allg. Begründung, § 3 ff.

обыденномъ гражданскомъ быту языкъ служить главною формою обмѣна мыслей и намѣреній, такъ точно и въ судѣ. Естественно также, что частныя лица должны объясняться въ судѣ на томъ языкѣ, который они понимаютъ. Но языки весьма разнообразны и судьи не могутъ знать всѣхъ языковъ; тогда какъ въ процессѣ могутъ дѣйствовать люди самыхъ различныхъ народностей. Судья обязанъ знать только языкъ употребительный въ его странѣ (*landesübliche Sprache*: Австр. G. Ord. § 13 и зак. 21 дек. 67 г. Art. 19), а если страна раздѣлена на территоріи съ различными языками, обязанъ знать и мѣстный языкъ. На этомъ основаніи въ русскихъ губерніяхъ судебныя дѣла производятся на русскомъ языкѣ, въ польскихъ, остзейскихъ и финляндскихъ на тамошнихъ мѣстныхъ языкахъ. Въ польскомъ краѣ, впрочемъ, вводится теперь дѣлопроизводство на русскомъ языкѣ, потому что тамошніе адвокаты и судьи хорошо понимаютъ этотъ языкъ.

По Уставу, прошенія иностранцевъ, подаваемые въ русскіе суды должны быть писаны по русски, но подпись на нихъ можетъ быть сдѣлана и на другомъ языкѣ, съ переводомъ на русскій (Уст. 261). Судебныя состязанія и объясненія совершаются также на русскомъ языкѣ (Побѣд. § 376), такъ что, если тяжущійся не знаетъ этого языка, онъ вынужденъ нанять повѣреннаго. Напротивъ, свидѣтели не могутъ быть замѣнены повѣренными, а потому даютъ показанія на томъ языкѣ, который понимаютъ. Къ допросу свидѣтеля, не понимающаго русскаго языка, приглашается переводчикъ, если самъ судья не можетъ его понять (*contra* 71 г. Кас. 48), и показанія свидѣтеля записываются на обоихъ языкахъ (Уст. 405). Документы, писанные на иностранномъ языкѣ должны представляться въ судъ съ русскимъ переводомъ, который въ случаѣ сомнѣнія повѣряется черезъ переводчика или экспертовъ (Уст. 263 п. 2, 539, 540).

2. Письменность. Какъ вообще въ гражданскомъ быту, такъ и въ процессѣ, письменныя формы дѣйствій отвѣчаютъ потребности быта и развиваются въ исторіи не случайно, а по необходимости. Устное производство уже по тому одному оказывается неудобнымъ, что оно возможно только *inter praesentes*, въ присутствіи всѣхъ органовъ процесса, тогда какъ письменное судопроизводство, т.-е. обмѣнъ бумагъ, можетъ совершаться и между отсутствующими: истецъ присылаетъ исковое прошеніе по почтѣ, объ этомъ прошеніи извѣщается отвѣтчикъ, который можетъ потомъ прислать свой отвѣтъ также по почтѣ и т. д. Если стороны обязаны излагать суду свои требованія и объясненія изустно, что онѣ должны ѣхать въ судебный городъ и проживаться тамъ или нанимать повѣреннаго, и повѣренные должны являться въ судъ, ждать тамъ очереди и хлопотать, вмѣсто того, чтобы просто и спокойно составить бумагу у себя дома и сдать ее по назначенію. При спокойной и сосредоточенной письменной работѣ въ своемъ кабинетѣ возможно выразить свои требованія и объясненія обдуманнѣе, полнѣе, съ большею точностью и основательностію, чѣмъ въ устной рѣчи среди другихъ дѣлъ, которыя должны занять вниманіе суда и, можетъ быть, самихъ повѣренныхъ въ то же самое засѣданіе. Мало того, звукъ устной рѣчи есть явленіе моментальное, которое проходитъ, не оставляя за собою никакого матеріальнаго слѣда. Между тѣмъ въ гражданскомъ процессѣ одно дѣйствіе обыкновенно служитъ условіемъ или основаніемъ другаго, и для того чтобы видѣть ихъ логическую послѣдовательность, взаимное соотно-

шеніе и основательность выводовъ, необходимо, чтобы эти дѣйствія были фиксированы, чтобы они выразились въ какой нибудь твердой формѣ и оставили за собой слѣдъ. Прежде всего, краеугольный камень всего процесса, исковое требованіе должно принять какую нибудь твердую, опредѣленную форму, потому что иначе невозможно было бы судить, насколько основательна была защита отвѣтчика противъ иска, не вышла ли судъ въ своемъ рѣшеніи изъ предѣловъ исковой просьбы и т. п. Устный процессъ еще древняго Рима открывался формулою, а потомъ вошли въ обычай письменныя исковыя прошенія (*libellus conventiois*); когда развилась система судебныхъ инстанцій, то процессъ въ каждой инстанціи долженъ былъ открываться письменнымъ прошеніемъ или жалобою (*lib. appellatorii et refutatorii*). Именно въ видахъ контроля низшихъ инстанцій высшими чувствуется потребность, чтобы разные акты производства оставляли за собой матеріальный слѣдъ: безъ новаго пересмотра дѣла невозможно повѣрить правильность рѣшенія низшаго суда, когда не записаны ни объясненія отвѣтчика, ни показанія свидѣтелей и т. п. Самое рѣшеніе суда должно быть фиксировано даже и независимо отъ обжалованія, потому что актъ рѣшенія служитъ условіемъ взысканія и основаніемъ дальнѣйшихъ отношеній между тяжущимися. Въ старое время Рима, когда рѣшенія не излагались письменно, важную роль играла формула, такъ что по ней опредѣлялось, какіе вопросы были введены въ процессъ и слѣдовательно такъ или иначе разрѣшены и консумированы въ немъ. Впослѣдствіи рѣшенія стали записываться, и въ императорской періодъ, по крайней мѣрѣ въ высшихъ судахъ, канцелярія вела журналы (*regesta s. quotidiana*) судебныхъ засѣданій и подробные протоколы по каждому дѣлу (*personalia*); протоколистъ слѣдилъ въ залѣ засѣданія и записывалъ ходъ процесса въ черновой меморіаль (*notae*), съ котораго потомъ обязанъ былъ изготовить протоколъ на-бѣло (*τά καθαρά*) не позже какъ на пятый день ¹⁾. Такимъ образомъ, хотя все судопроизводство Рима было устное, но съ теченіемъ времени развились въ немъ письменныя формы, въ которыхъ отдѣльныя процессуальныя дѣйствія должны были оставлять свой слѣдъ. Насколько подробны были протоколы римскихъ судовъ, неизвѣстно

Дальнѣйшій шагъ въ развитіи письменности слѣдуетъ каноническимъ правомъ. По постановленію Иннокентія III, 1216 г., суды обязаны были вести подробные протоколы (*acta*) по каждому дѣлу и записывать въ нихъ въ хронологическомъ порядкѣ каждый моментъ процесса, такъ что пропущенныя въ протоколѣ и неудостовѣренныя документами дѣйствія и обряды, въ случаѣ спора, считались несовершенными ²⁾. Для подробной записи объясненій сторонъ въ протоколъ, нужно было, чтобы тяжущіеся говорили медленно, въ видѣ диктовки; но такая случная процедура не могла долго держаться. Тяжущіеся

¹⁾ В. Hollweg, т. II, стр. 194, т. III, стр. 158, 199 и др.

²⁾ С. П. X, 2, 19: *judex semper adhibeat aut publicam (si potest habere) personam, aut duos viros idoneos, qui fideliter universa iudicii acta conscribant, videlicet: citationes, dilationes, recusationes, exceptiones, petitiones, responsiones, interrogationes, confessiones, testium depositiones, instrumentorum productiones, interlocutiones, appellationes, renunciaciones, conclusiones et caetera, quae occurrerint, competenti ordine conscribenda, loca designando, et tempora, et personas... nec pro ipsius praesumatur processu, nisi quatenus in causa legitimis documentis constiterit.*

стали приносить съ собой письменныя объясненія (*articulos producege*), прочитывали ихъ на судѣ и затѣмъ эти записки прилагались къ протоколу, въ которомъ только дѣлалась краткая отмѣтка, что записка представлена, прочитана и при семъ приложена; впоследствии и прочтеніе записокъ было оставлено, потому что и судъ и противная сторона сами могли прочитать ихъ, когда угодно. И такимъ то образомъ развилось протокольное судопроизводство, принятое какъ въ средневѣковыхъ итальянскихъ судахъ ¹⁾, такъ и въ Германіи ²⁾, въ Англіи ³⁾ и въ другихъ странахъ.

Возможность представлять для протокола письменныя объясненія, вмѣсто изустныхъ, открыла для сторонъ то удобство, что онѣ могли вести состязаніе. не присутствуя въ судѣ одновременно. Сначала, кажется, требовалось именно одновременное присутствіе сторонъ: по исковой просьбѣ назначалось засѣданіе, въ которое должны были явиться обѣ стороны для устнаго состязанія, подлежавшаго записи въ протоколъ. Но этотъ порядокъ оказался неудобнымъ; отвѣтчикъ, являсь на судъ, обыкновенно просилъ дать ему отсрочку (*continuance*) для представленія письменнаго отвѣта противъ иска; если затѣмъ стороны опять вызывались въ засѣданіе суда, то истецъ въ свою очередь просилъ отсрочки для письменнаго возраженія противъ отвѣта и т. д. Дѣйствія каждой стороны приходились въ особое засѣданіе. Чтобы упростить этотъ порядокъ производства, судебная практика стала требовать отъ каждой стороны представленія ея записокъ въ двухъ экземплярахъ; одинъ экземпляръ оставался въ судѣ, какъ приложеніе къ протоколу, другой отсылался къ противной сторонѣ съ назначеніемъ ей срока для представленія отвѣтной записки, также въ двухъ экземплярахъ. При такомъ обмѣнѣ бумагъ уже не было надобности не только въ одновременномъ присутствіи сторонъ на судѣ, но и вообще въ явѣ ихъ на судъ: бумаги получались и составлялись дома. Для судей такая процедура была весьма удобною: имъ не нужно было имѣть засѣданія для принятія объясненій сторонъ; полученіе и рассылка состязательныхъ бумагъ съ назначеніемъ сроковъ для отвѣта, реплики и т. д. были занятіемъ чисто механическимъ, которое можно было поручить канцеляріи; сами же судьи могли прочитывать эти бумаги у себя на дому, когда хотѣли. Засѣданія и присутствіе сторонъ на судѣ были теперь нужны только въ видѣ исключенія, на примѣръ, для принятія присяги, для склоненія сторонъ къ миру и т. п. Вообще же устныя объясненія сторонъ замѣнены были письменнымъ состязаніемъ; и это было совершенно естественно: когда состязаніе ведется на бумагѣ, то необходимо положить ему какой нибудь предѣлъ, потому что иначе недобросовѣстный отвѣтчикъ сталъ бы отписываться весь свой вѣкъ, приводя въ каждой бумагѣ какія нибудь новыя возраженія и вызывая истца на новыя опроверженія. Поэтому число и содержаніе состязательныхъ бумагъ были ограничены: отвѣтчикъ долженъ былъ привести въ своемъ отвѣтѣ всѣ возраженія противъ иска, какія онъ имѣлъ; истецъ въ своей репликѣ также обязанъ былъ дать объясненіе противъ cadaго пункта отвѣта и т. д. Кто въ

¹⁾ Его изображаетъ весьма наглядно канонистъ N. de Tudeschis Panormitanus († 1445) въ соч. *Proc. judiciar.*

²⁾ Wetzell, § 67.

³⁾ Stephen, by Tyler, стр. 58 и слѣд.

первой своей бумагѣ обошелъ молчаніемъ или оставилъ безъ опроверженія какой-нибудь пунктъ въ предыдущей бумагѣ своего противника, тотъ тѣмъ самымъ признавалъ этотъ пунктъ и терялъ право возражать противъ него какъ въ дальнѣйшихъ бумагахъ, такъ и изустно. Очевидно затѣмъ, что устное состязаніе сторонъ оказывалось послѣ обмѣна бумагъ совершенно излишнимъ: стороны не могли привести на устномъ состязаніи никакихъ новыхъ доводовъ или объясненій, которыя не заключались въ ихъ бумагахъ. Такимъ-то образомъ развилось чисто-письменное судопроизводство, господствовавшее въ теченіи долгаго времени особенно въ Германіи и у насъ въ Россіи по Своду Законовъ.

На основаніи этого Свода процессъ въ высшей степени упрощенъ, потому что все сведено къ письменному производству. Дѣло начинается письменнымъ прошеніемъ (X, 2, 242—268), копія котораго посылается судомъ отвѣтчику при повѣсткѣ, съ указаніемъ на статьи закона, въ коихъ опредѣленъ срокъ для представленія отвѣта (X, 2, 269—290). Къ этому сроку онъ обязанъ представить письменное объясненіе противъ иска и очистить въ немъ всѣ пункты исковаго прошенія, т. е. признать ихъ или отвергнуть съ представленіемъ доказательствъ (X, 2, 292—294). Копія объясненія пересылается истцу съ назначеніемъ срока для возраженія, а копія возраженія отправляется къ отвѣтчику, для опроверженія (X, 2, 295—296). Число состязательныхъ бумагъ у насъ не было ограничено и случалось, что по одному дѣлу судъ принималъ бумагъ по тридцати и болѣе (X, 2, 297). Въ устномъ состязаніи сторонъ не было надобности; даже онѣ не могли присутствовать при допросѣ свидѣтелей (X, 2, 389), при повальномъ обыскѣ (X, 2, 413) и другихъ дѣйствіяхъ суда. Самъ судъ обязанъ былъ разяснить дѣло надлежащими справками (X, 2, 441) и на основаніи всего собраннаго такимъ образомъ письменнаго матеріала составлялась въ канцеляріи докладная записка по дѣлу съ присовокупленіемъ личныхъ законовъ (X, 2, 443, 445—446). Тяжущіеся заинтересованы были только въ точномъ изложеніи этой записки; она сообщалась имъ для прочтенія и рукоприкладства, причемъ каждый могъ просить о пополненіи ея въ свою пользу (X, 2, 447—460). Записка эта докладывалась потомъ секретаремъ присутствію суда и служила протоколомъ дѣла (X, 2, 471); тяжущіеся имѣли право находиться при докладѣ и, если бы замѣтили, что секретарь что-нибудь пропустилъ, то могли доложить о томъ тотчасъ же присутствію; но должны были воздерживаться отъ всякихъ споровъ (X, 2, 461—467). Затѣмъ постановлялось рѣшеніе (X, 2, 468—475) и объявлялось сторонамъ (X, 2, 476—485). Въ случаѣ апелляціи, все дѣло, обшито въ холстъ, пересылалось въ высшій судъ и тамъ снова открывалась таже процедура, т. е. по апелляціонной жалобѣ и письменному объясненію на нее, по прежнимъ бумагамъ и новымъ справкамъ составлялась докладная записка, устраивалось рукоприкладство, затѣмъ дѣло докладывалось секретаремъ, стороны замѣчали въ докладѣ пропуски и судъ постановлялъ рѣшеніе (X, 2, 525—548).

3. Устность. Устный обмѣнъ мыслей и намѣреній, какъ вообще въ гражданскомъ быту, такъ и въ процессѣ, имѣетъ важныя преимущества въ сравненіи съ письменнымъ изложеніемъ. Устная рѣчь живѣе, обмѣнъ мыслей въ этой формѣ прамѣе и непосредственнѣе, достуннѣе для массы народа и можетъ въ немногихъ словахъ разяснить

дѣло, которое запуталось бы, если его загромоздить бумагами. Устное судопроизводство есть непосредственный обмѣнъ мыслей между органами процесса и вообще лицами, дѣйствующими на судѣ. Напротивъ, въ письменномъ процессѣ цѣлая груда бумагъ и дѣятельность канцеляріи служатъ какъ бы стѣною, раздѣляющею судъ отъ тяжущихся: судъ знакомится съ дѣломъ не прямо, а посредствомъ бумагъ и канцелярскаго доклада; чѣмъ плодovitѣе канцелярская работа, тѣмъ болѣе заслоняетъ она суду дѣйствительныя отношенія тяжущихся, тѣмъ болѣе растетъ вліяніе канцеляріи на рѣшеніе дѣлъ. На эту переписку тратится много времени и денегъ и, чѣмъ медленнѣе и дороже производство, тѣмъ труднѣе суду разобрать многотомное дѣло и найти правильное рѣшеніе.

Съ другой стороны, какъ уже замѣчено выше, и письменныя формы процесса не только имѣютъ свои преимущества предъ устными, но въ извѣстной мѣрѣ оказываются даже необходимыми и развиваются въ исторіи, какъ средства къ удовлетворенію настоятельной потребности быта въ надлежащей организаціи правосудія. Вотъ почему чисто-устный процессъ встрѣчается только въ первоначальные вѣка исторіи каждаго народа, когда письменность вообще мало извѣстна. Въ настоящее время въ каждомъ процессѣ употребляются письменныя акты и формы, въ каждомъ судѣ ведутся разные акты и книги, каждая исковая просьба фиксируется на письмѣ, повѣстки, рѣшенія и другія дѣйствія суда также принимаютъ письменную форму. Понятіе объ устности процесса примѣняется теперь главнымъ образомъ къ устному состязанію сторонъ въ присутствіи суда, а также къ состязанію ихъ съ третьими лицами, вступающими въ дѣло. Гдѣ это состязаніе совершается устно передъ судомъ, тамъ и процессъ называется устнымъ, хотя бы ему предшествовалъ обмѣнъ предварительныхъ бумагъ между сторонами, а гдѣ оно производится на бумагѣ, посредствомъ записокъ, прилагаемыхъ къ протоколу или посредствомъ обмѣна бумагъ, тамъ процессъ называется письменнымъ, хотя, наприм., свидѣтели во всякомъ случаѣ даютъ свои показанія изустно, какова бы ни была форма судопроизводства.

Устность процесса развита въ различной степени у разныхъ народовъ и примѣняется въ одной и той же странѣ съ болѣею или меньшею полною къ разнымъ дѣламъ.

А. Во Франціи существуютъ теперь три формы процесса: а) обыкновенное производство въ окружныхъ судахъ (*matières ordinaires*) начинается внѣ суда обмѣномъ состязательныхъ бумагъ между сторонами или стряпчими; именно стряпчій истца посылаетъ отвѣтчику черезъ пристава повѣстку о вызовѣ въ судъ (*ajournement*), излагая въ ней предметъ иска и доказательства его; получивъ эту повѣстку, отвѣтчикъ долженъ не далѣе 8-дневнаго срока, назначить себѣ стряпчаго (*constitution d'avoué*), который потомъ не далѣе 15 дней посылаетъ стряпчему истца письменный отвѣтъ противъ иска (*requête en défense*); стряпчій истца, если желаетъ, можетъ послать стряпчему отвѣтчика возраженіе противъ отвѣта (*requête en réponse aux defenses*). Эти бумаги пишутся на имя суда, въ видѣ жалобъ или прошеній, но не подаются прямо въ судъ, а сначала пересылаются отъ одного стряпчаго къ другому черезъ пристава, или просто передаются изъ рукъ въ руки. Обмѣнъ ихъ между стряпчими для взаимнаго ознакомленія съ дѣломъ и подготовки его для суда составляетъ первую внѣ-судебную

стадію процесса. — Затѣмъ слѣдуетъ представленіе дѣла въ судѣ; стряпчій той или другой стороны представляетъ секретарю записку (placet) съ требованіемъ о внесеніи дѣла въ очередной списокъ (mise au rôle); въ назначенное по очереди засѣданіе являются оба стряпчіе и прочитываютъ суду въ извлеченіи тѣ бумаги, которыми обмѣнялись, и такимъ образомъ знакомятъ судъ съ результатами своихъ обоюдныхъ требованій и объясненій (conclusions). Обыкновенно затѣмъ назначается другое засѣданіе для устнаго состязанія сторонъ и ихъ адвокатовъ (plaidoirie), но дѣло считается заслушаннымъ уже въ первомъ засѣданіи и готовымъ къ рѣшенію (en état); хотя бы отвѣтчикъ потомъ не явился въ слѣдующее засѣданіе, рѣшеніе противъ него не будетъ заочное: если не представлено новыхъ устныхъ объясненій, дѣло рѣшается по тѣмъ даннымъ и доказательствамъ, которыя указаны въ состязательныхъ бумагахъ. — б) Письменное производство (instruction par écrit) есть тотъ видъ обыкновеннаго производства, въ которомъ устное состязаніе сторонъ или адвокатовъ на судѣ замѣняется подачею записокъ (requêtes ou mémoires) и докладомъ, который представляется однимъ изъ членовъ суда (rapport). Оно назначается по усмотрѣнію суда въ тѣхъ дѣлахъ, гдѣ требуются сложные расчеты, которые невозможно было бы суду повѣрить даже и при внимательномъ слушаніи устныхъ состязаній сторонъ. — в) Устное производство безъ предварительнаго обмѣна бумагъ (instruction par simples plaidoiries sans aucune écriture préalable); оно примѣняется къ дѣламъ, которыя должны производиться сокращеннымъ порядкомъ и въ особенности въ мировыхъ и торговыхъ судахъ. Истецъ прямо вызываетъ отвѣтчика въ судъ повѣсткою, въ которой кратко означаются предметъ и доказательства иска; отвѣтчикъ долженъ выбрать стряпчаго, а въ торговыхъ и въ мировыхъ дѣлахъ вообще повѣреннаго, или явиться въ судъ лично и затѣмъ на судѣ открывается устное состязаніе и устанавливается рѣшеніе. Надобно замѣтить еще, что во Франціи и по обыкновеннымъ и сложнымъ дѣламъ общихъ судовъ, которыя производятся съ участіемъ стряпчихъ, весьма мало письменной работы для канцеляріи суда и для самихъ судей. Никакихъ общихъ протоколовъ дѣла тамъ не ведется; фактическія обстоятельства и процессуальный ходъ дѣла излагаются самими стряпчими. Эти такъ наз. qualités замѣняютъ протоколъ дѣла, присоединяются къ рѣшенію суда и такимъ образомъ избавляютъ суды и канцелярію отъ письменной работы. Эта система принята недавно новымъ баварскимъ уставомъ, который также не знаетъ никакихъ общихъ протоколовъ дѣла ¹⁾.

Дѣленіе процесса на обыкновенное и сокращенное производство вышло въ самой Франціи возраженія, потому что въ дѣйствительности такъ называемый 'обыкновенный' порядокъ составляетъ исключеніе, а сокращенный процессъ — общее правило. Это обстоятельство принято во вниманіе законодателями сосѣднихъ съ Франціею государствъ при судебныхъ реформахъ, послѣдовавшихъ тамъ въ новое время ²⁾ Такимъ образомъ:

¹⁾ Schmitt, bayer. Proc. § 357.

²⁾ Однако Итальянскій Уставъ удержалъ это дѣленіе. Онъ различаетъ: обыкновенное или формальное производство (procedimento formale, art. 158—388) съ предварительнымъ обмѣномъ неограниченнаго числа бумагъ между стряпчими черезъ приставовъ, и сокращенное судопроизводство (proc. sommario art. 389—392),

Въ Женевѣ установлено также три формы процесса, но сокращенный процессъ возведенъ въ общее правило. А именно: а) обыкновенное устное производство, т.-е. разборъ дѣлъ на основаніи устного состязанія сторонъ (*plaidoirie*); въ началѣ судебного состязанія каждая сторона прочитываетъ бумагу, въ которой изложены ея требованія съ мотивами (*conclusions motivées*), и передаетъ ихъ за своею подписью секретарю (art. 87); если же такихъ бумагъ не составлено заранее, то требованія сторонъ диктуются для записи въ протоколъ (art. 88). Затѣмъ открывается собственно устное состязаніе;—б) устное производство съ предварительною письменною подготовкою (*instruction préalable*); оно не допускается по дѣламъ торговымъ и другимъ, не терпящимъ отлагательства, и вообще по всѣмъ дѣламъ, если судъ не признаетъ необходимою письменную подготовку вслѣдствіе сложности или трудности дѣла; когда такое производство допущено, стряпчіе сторонъ обмѣниваются бумагами—отвѣтомъ, репликою и дубликою—въ назначенные судомъ сроки, а затѣмъ слѣдуетъ устное состязаніе (art. 71—83), которое начинается прочтеніемъ этихъ бумагъ и передачею ихъ секретарю (art. 87);—в) письменное производство (*causes jugées sans plaidoiries*) безъ устного состязанія допускается по такимъ дѣламъ, гдѣ нужны сложные расчеты или гдѣ его требуютъ обѣ тяжущіяся стороны; состязательныя бумаги, поданныя стряпчими сторонъ въ этомъ порядкѣ производства, передаются секретаремъ каждому судѣ по очереди и всѣ судьи обязаны прочесть ихъ, а затѣмъ приступаютъ къ обсужденію дѣла и постановляютъ рѣшеніе (art. 91—95).

Въ Германіи новѣйшія законодательства большею частію послѣдовали за примѣромъ Женевы, хотя разнообразіе ихъ слишкомъ велико. Особенно замѣчательнъ здѣсь Ганноверскій уставъ, начала котораго приняты и другими законами, наприм. баденскимъ, виртембергскимъ, и—что особенно важно—новыми проектами Уст. гр. суд. для Германіи.

Въ Ганноверѣ также три формы процесса, какъ въ Женевѣ ¹⁾: а) обыкновенное устное производство (*regelmässiges Verfahren*, § 184—206) въ слѣдующемъ порядкѣ: копія исковаго прошенія и документовъ къ нему посылается отвѣтчику съ вызовомъ въ судъ; за недѣлю до срока, назначеннаго для явки сторонъ и для засѣданія по ихъ дѣлу, стряпчій отвѣтчика обязанъ послать черезъ пристава или вручить прямо подъ росписку стряпчему истца письменный отвѣтъ (*Gegenantrag*), съ копіями документовъ къ нему. Подлинники этихъ

подобное женевскому обыкновенному. Мало того, это различіе проведено въ Италіи и по торговымъ дѣламъ, такъ что и въ коммерческихъ судахъ есть формальное судопроизводство, только сроки его короче, чѣмъ въ общихъ судахъ (art. 393 ss).

¹⁾ Кроме того, для амтсгерихтовъ существуетъ особая упрощенная форма, какъ въ другихъ мѣстахъ для мировыхъ судей. Исковая просьба подается имъ письменно или устно въ протоколъ (§ 380); отвѣтчикъ не обязанъ присылать истцу письменнаго отвѣта, а потому, когда стороны явятся, объясненія ихъ записываются въ существенныхъ чертахъ въ протоколъ, или же стороны представляютъ записки для приложенія къ протоколу (§ 386); только по дѣламъ рѣшаемымъ окончательно не требуется особаго протокола, а сущность объясненій сторонъ означается въ рѣшеніи (§ 397). И Бавар. Уст. (§ 505) и Герм. пр. 72 г. (§ 116) не требуютъ предварительнаго обмѣна бумагъ въ производствѣ амтсгерихтовъ и торговыхъ судовъ. Отвѣтъ отвѣтчика записывается въ протоколъ. Впрочемъ, проектъ не запрещаетъ и обмѣна бумагъ или подачи записки.

бумагъ передаются въ канцелярію суда, а оттуда предсѣдателю. Затѣмъ въ назначенный день происходитъ устное состязаніе между стряпчими, которое начинается прочтеніемъ ихъ письменныхъ требованій и, если ихъ устные объясненія отступаютъ отъ содержанія бумагъ, такія отступленія или означаются въ рѣшеніи суда, или заносятся въ протоколъ. Если бы истецъ не явился для устнаго состязанія, хотя бы и подалъ письменное исковое прошеніе, отвѣтчикъ освобождается отъ суда. Точно также, если бы отвѣтчикъ, подавъ письменный отвѣтъ, не явился для устнаго состязанія, то факты, приведенные въ исковой просьбѣ, считаются признанными, хотя бы они и были положительно отвергнуты въ бумажномъ отвѣтѣ. Дѣло въ томъ, что бумаги эти, пока не прочитаны ¹⁾ стороною въ судебномъ засѣданіи, какъ бы не существуютъ для суда. Стороны, слѣдовательно, вынуждены вести устное состязаніе и не могутъ ограничиться подачею бумагъ. Устность процесса имѣетъ принудительный характеръ (§ 92, 94, 98 ff, 188, 191, 192, 193, 367, 368).—б) Устное производство съ предварительною письменною подготовкою (aussergerichtliches schriftliches Verfahren, § 198, 207—213) допускается при тѣхъ же условіяхъ и совершается въ томъ же порядкѣ, какъ въ Женевѣ. — в) Письменное производство съ заключительными преніями сторонъ (schriftliches Verfahren mit mündlicher Schlussverhandlung, § 460 и слѣд.) допускается такъ же, какъ въ Женевѣ, по дѣламъ, гдѣ нужны сложные расчеты, но отличающаяся отъ женевскаго тѣмъ, что ганноверскій уставъ, не полагаясь на то, что всѣ судьи по одному только *riim desiderium* законодателя прочтутъ бумаги, поданныя сторонами, поручаетъ это дѣло одному члену-докладчику, который наблюдаетъ за ходомъ письменнаго состязанія и докладываетъ о результатахъ его суду; затѣмъ другое различіе состоитъ въ томъ, что ганноверскій уставъ допускаетъ послѣ письменнаго производства и доклада устныя заключительныя пренія сторонъ; эти пренія частію пополняютъ докладъ, частію же раскрываютъ юридическую сторону дѣла, спорные юридическіе вопросы его; но тяжущимся не дозволяется приводить въ своихъ рѣчахъ новыя требованія, возраженія или доказательства; этимъ правиломъ письменное производство отличается отъ устнаго съ предварительною письменною подготовкою (п. б.).

Мы уже замѣтили, что въ Германіи разнообразіе степеней развитія устнаго процесса весьма велико. Такъ, напр., по новымъ законамъ Пруссіи обыкновенный или нормальный порядокъ производства сходенъ съ той третьей формой процесса, которая сейчасъ указана нами по ганноверскому уставу. Въ Пруссіи дѣйствуетъ именно письменное производство съ заключительными устными преніями сторонъ. Письменное производство совершается, какъ въ Ганноверѣ, или посредствомъ обмѣна бумагъ, или подачею записокъ, прилагаемыхъ къ протоколу, или записью показаній въ протоколъ. Весь споръ сторонъ фиксируется въ этихъ бумагахъ, на основаніи которыхъ дѣлается потомъ докладъ членомъ суда. Заключительныя устныя пренія имѣютъ такое же значеніе, какъ въ Ганноверѣ, и, еслибы сторона не явилась для этихъ преній, дѣло рѣшается по однѣмъ бумагамъ ²⁾.—Затѣмъ въ

¹⁾ Но не далѣ. *Contra Begründung* Герм. Пр., § 3.

²⁾ Можно замѣтить кстати, что эти заключительныя устныя пренія или объясненія сторонъ введены и у насъ при докладѣ дѣлъ послѣ письменнаго производства по Св. Зак., именно правилами 11 октября 1865 г. (X, 2, 14 прил. по Прод. 68 г., ст. 41).

Пруссіи есть разныя сокращенныя производства, въ которыхъ, въ видѣ исключенія, господствуетъ начало устности.

Ганноверскій Уставъ, какъ замѣчено, послужилъ образцомъ для новыхъ проектовъ Уст. гр. Суд. въ Германіи. Послѣдній проектъ 1874 г. принимаетъ, именно, въ видѣ общей формы процесса устное производство, которому предшествуетъ, какъ въ Ганноверѣ, посылка отвѣтчику копіи исковаго прошенія и документовъ и сообщеніе отвѣтчикомъ письменнаго отвѣта истцу (§ 222—261), а по дѣламъ, гдѣ нужна повѣрка сложныхъ расчетовъ, особое расчетное пригготовительное производство (§ 303 и слѣд.) передъ членомъ суда, посредствомъ записи обоюдныхъ требованій и доводовъ въ протоколъ, которое сопровождается потомъ устнымъ состязаніемъ сторонъ на судѣ; какъ въ Ганноверѣ, стороны не могутъ приводить въ этомъ состязаніи новыя факты.—Той промежуточной формы процесса, какую мы привели по Ганноверскому уставу подъ п. б) (именно устнаго производства съ предварительною письменною подготовкою), проектъ не принимаетъ, а вмѣсто ея обязываетъ тяжущихся по обыкновенному порядку производства, въ случаѣ, если бы процессъ не былъ достаточно подготовленъ двумя бумагами—исковымъ прошеніемъ и отвѣтомъ, если бы наприм. у истца оставались какія-нибудь возраженія противъ отвѣта, доставить противной сторонѣ, также до судебного засѣданія, еще дальнѣйшую состязательную бумагу (§ 236).

Г. Въ Англіи производство Вестминстерскихъ судовъ издавна приняло письменныя формы. Развитіе ихъ изъ протокольной записи устныхъ состязаній и переходъ въ новое время къ устному процессу въ графскихъ судахъ довольно любопытны, а потому мы намѣрены сказать объ этомъ нѣсколько словъ. Въ древнее время англійское судопроизводство, какъ у каждаго народа на первыхъ порахъ его исторіи, было чисто устное. Однако, уже со временъ Ричарда 1-го, состязанія сторонъ стали записываться въ протоколъ (record), со словъ тяжущихся; для этого стороны должны были являться въ судъ и диктовать свои требованія и объясненія; съ теченіемъ времени онѣ стали приносить съ собой записки, изложенныя въ точности такъ, какъ ихъ слѣдовало внести въ протоколъ, т.-е. въ третьемъ лицѣ: „сталъ на судъ такой-то, имя рекъ, и говорить то-то“. Одновременная явка сторонъ для состязанія вышла изъ употребленія; сначала являлся истецъ для предъявленія иска, потомъ отвѣтчикъ приносилъ отвѣтную записку, затѣмъ истецъ реплику и т. д. Немедленная запись этихъ бумагъ въ пергаменный протоколъ также была оставлена, а когда развилось адвокатское сословіе, то и самый обмѣнъ состязательныхъ бумагъ сталъ происходить не только черезъ посредство судебной канцеляріи, но и непосредственно между повѣренными. Самыя бумаги сохранили, однако, свою прежнюю форму; онѣ пишутся въ третьемъ лицѣ: „такой-то говорить то-то“¹⁾. Въ настоящее время²⁾ обмѣнъ бумагъ таковъ: истецъ посылаетъ отвѣтчику повѣстку о вызовѣ въ судъ (writ of summons), означая въ ней кратко предметъ иска; отвѣтчикъ въ назначенный день является въ судъ (makes appearance), т.-е. заявляетъ въ канцеляріи суда, что онъ намѣренъ вести дѣло лично или черезъ такого-

¹⁾ Въ той же формѣ онѣ пишутся и во Франціи, потому что и тамъ историческое развитіе обмѣна бумагъ было такое же.

²⁾ Stephen, l. cit. Lush, стр. 355—568.

то стряпчаго, — обыкновенно через стряпчаго. Затѣмъ истецъ отправляетъ къ стряпчему отвѣтчика объяснительную записку по иску (declaration), на которую тотъ возвращаетъ ему отвѣтную бумагу (plea). Истецъ, если нужно, посылаетъ ему реплику (replication) и обыкновенно обмѣномъ этихъ бумагъ кончается подготовка дѣла. Цѣль ея состоитъ въ томъ, чтобы установить спорные вопросы между сторонами (issue). Лишь только стороны разошлись въ своихъ заявленіяхъ по существеннымъ вопросамъ дѣла, наприм., истецъ утверждаетъ, что далъ въ займы деньги отвѣтчику, а отвѣтчикъ заявляетъ, что не получалъ отъ него ни одного пени, предварительное состязаніе сводится къ концу (issue) и которая-нибудь изъ сторонъ предлагаетъ противнику рѣшить спорный вопросъ судомъ или чрезъ присяжныхъ (tender of issue), другая сторона принимаетъ это предложеніе (asserts issue) или же спорить противъ формулировки дѣла, доказывая, что вопросъ, подлежащій изслѣдованію и рѣшенію, нужно формулировать иначе. По этому поводу стороны могутъ обмѣняться еще новыми состязательными бумагами (rejoinder, surrejoinder, rebutter, surrebutter) и, наконецъ, приходятъ къ цѣли. Все это бумажное состязаніе ведется такъ, какъ бы оно диктовалось сторонами въ протоколъ. Всѣ эти бумаги переписываются по окончаніи состязанія на пергаментъ и составляютъ протоколъ дѣла (record). Затѣмъ каждая сторона можетъ просить судъ или судью объ изслѣдованіи дѣла (trial). Если спорный вопросъ касается фактовъ, изслѣдованіе производится съ участіемъ присяжныхъ; если же состоитъ только въ юридическомъ разногласіи, то изслѣдуетъ дѣло судъ; впрочемъ, по новому закону и въ первомъ случаѣ стороны по обоюдному соглашенію могутъ просить объ изслѣдованіи дѣла судомъ безъ присяжныхъ. Изслѣдованіе происходитъ въ открытомъ засѣданіи суда или ассизовъ и стороны или адвокаты ихъ допускаются къ устному состязанію ¹⁾. Въ прежнее время не дозволялось исправлять или дополнять протоколъ на основаніи позднѣйшихъ заявленій сторонъ, но въ новое время суду предоставлены обширныя права въ этомъ отношеніи (to amend the record), а вмѣстѣ съ тѣмъ, очевидно, ослаблено значеніе письменности въ процессѣ. Самый протоколъ пишется теперь на пергаментѣ только въ тѣхъ случаяхъ, когда дѣло должно разсматриваться съ участіемъ присяжныхъ въ ассизахъ (Nisi prius record), что бываетъ рѣдко. Когда же дѣло подлежитъ изслѣдованію суда безъ присяжныхъ, то состязательныя бумаги сторонъ просто снимаются вмѣстѣ и составляютъ протоколъ дѣла ²⁾.

Дальнѣйшее развитіе начала устности мы находимъ въ производствѣ графскихъ судовъ, хотя въ видахъ контроля и отчетности они

¹⁾ По дѣламъ, гдѣ нужна повѣрка счетовъ и т. п., судъ поручаетъ ее посреднику (arbitrator), обыкновенно изъ адвокатовъ. На это производство сильно жалуются въ Англии (Report on Trib. of Commerce). Посредникъ получаетъ за трудъ по гиней въ день. Послѣ реформы 1873 г. повѣрка расчетовъ производится экспертами (official referees).

²⁾ Съ этимъ современнымъ состояніемъ англійскаго процесса весьма сходно Нью-Йоркское судопроизводство, именно правила о началѣ дѣла повѣсткою, объ обмѣнѣ бумагъ (complaint, demurrer или answer, reply), о trial by jury, by court и by referees (англ. arbitrators), о waiver of jury, об amendment of pleadings и т. д. почти тѣ же, какъ въ Англии (Code of N.-Y. § 127—273, 408—418 и Rules of the Supr. C. 1870 г. § 3 и слѣд.).

обязаны вести довольно сложный аппарат книг¹⁾. Здѣсь производство весьма просто. Словесная исковая просьба записывается секретаремъ въ книгу прошевій; секретарь дѣлаетъ вызовъ отвѣтчика повѣсткою въ засѣданіе суда. Въ этой повѣсткѣ на оборотѣ напечатаны замѣтки о разныхъ путяхъ, которые можетъ выбрать отвѣтчикъ, и о выгодности нѣкоторыхъ изъ нихъ. Такъ онъ можетъ уплатить исковую сумму въ судъ и выигрываетъ такимъ образомъ на судебныхъ издержкахъ; можетъ признать искъ и заявить объ этомъ письменно секретарю, который извѣщаетъ потомъ истца по почтѣ, чтобы онъ явился за получениемъ копій рѣшенія или исполнительнаго листа и уплатилъ за то пошлину; можетъ войти въ соглашеніе съ истцомъ и подать за общюю съ нимъ подписью мировую сдѣлку секретарю, который на основаніи ея вноситъ въ книги рѣшеніе въ пользу истца, подлежащее исполненію такъ же, какъ и рѣшенія суда²⁾; если бы отвѣтчикъ имѣлъ какія-нибудь особенныя возраженія въ свою защиту (special defences), то онъ долженъ за 5 дней до срока явки представить секретарю замѣтку о нихъ (notice) съ копіею для пересылки истцу по почтѣ. Затѣмъ въ назначенный день судебного засѣданія производится изслѣдованіе дѣла, состязаніе сторонъ и рѣшеніе. Если дѣло цѣной свыше 5 фунт. стерл., то каждая сторона можетъ требовать н свой счетъ приглашенія присяжныхъ.

Д Въ Россіи существуютъ теперь разныя формы судопроизводства по судебнымъ уставамъ и прежнему своду законовъ, по Торг. Уставу и мѣстнымъ законамъ. По Уставу 20 ноября нужно различать, кромѣ мирового судопроизводства, три формы: а) обыкновенный порядокъ производства въ окружныхъ судахъ; оно начинается посылкою отвѣтчику изъ канцеляріи суда повѣстки, съ копіями исковаго прошенія и документовъ (ст. 277); затѣмъ отвѣтчикъ присылаетъ въ судъ письменный отвѣтъ съ документами и копіями къ сроку явки; копіи сообщаются истцу и затѣмъ (т.-е. послѣ срока явки) стороны могутъ обмѣняться еще двумя состязательными бумагами—возраженіемъ и опроверженіемъ, если хотять (ст. 312—323); законъ не только не требуетъ этого, но б) для сокращеннаго производства даже дозволяетъ отвѣтчику не представлять письменнаго отвѣта на искъ, а представить только документы, на коихъ основаны его возраженія противъ иска (ст. 353); отношеніе обыкновеннаго и сокращеннаго производства по нашему Уставу въ сущности сходно съ французскимъ. За обмѣномъ бумагъ или за явкою сторонъ открывается устное состязаніе; но оно начинается у насъ довлѣдомъ одного изъ членовъ суда (ст. 327 360), т.-е. прочтеніемъ бумагъ, имѣющихся въ дѣлѣ для ознакомленія съ ними суда, исполнѣ или въ сокращеніи по усмотрѣнію докладчика (68 г. Кас. 108. Уст. 328, 329). Стороны могутъ приводить при устномъ состязаніи новые доводы (ст. 331) и предсѣдатель резюмируетъ

¹⁾ Davis, стр. 72, перечисляетъ ихъ 9: книга прошевій (plaint book), протоколовъ (minute book), повѣстокъ (summons for commitments etc.), три книги по исполнительной части (execution and commitment book, foreign execution а. commitment cash book, foreign executions reissued book), кассовая (cash book), главная (ledger) и книга замѣтокъ (notice book).

²⁾ Точно также по Ганнов. Уст. на основаніи записанныхъ въ протоколъ мировой сдѣлки или признанія можетъ быть выданъ исполнительный листъ (§ 117, 177, 528, п. 1). Также по Герм. Пр. 72 г. § 638, въ отношеніи мировыхъ сдѣлокъ.

потомъ результаты состязанія (ст. 363) для сосредоточенія мнѣній тѣхъ членовъ, вниманіе которыхъ могло растеряться въ деталяхъ дѣла. Затѣмъ постановляется рѣшеніе; оно должно быть основано какъ на бумагахъ, такъ и на устныхъ доводахъ сторонъ (ст. 339), такъ что устное состязаніе у насъ не имѣетъ принудительнаго характера и не составляетъ единственной основы рѣшенія: отвѣтчикъ можетъ вовсе не являться для устнаго состязанія, а прислать только письменный отвѣтъ и, въ такомъ случаѣ, дѣло рѣшается по бумагамъ и устнымъ объясненіямъ истца и по бумагѣ отвѣтчика и рѣшеніе это не считается заочнымъ (ст. 718, 718). Въ этомъ отношеніи Уставъ не проводить начала устности такъ строго, какъ новые уставы Германіи.

в) Расчетное производство, подобное тому, какое мы видѣли выше въ Германскомъ проектѣ и Ганноверскомъ уставѣ, названное у насъ повѣрочнымъ или исполнительнымъ расчетнымъ производствомъ (Уст. 537, 896, 904, 907, 908). г) Производство у мировыхъ судей; исковая просьба здѣсь можетъ быть письменная или устная, съ запискою въ книгу прошеній (ст. 52): отвѣтчикъ вызывается повѣсткою прямо къ состязанію и не обязанъ представлять письменнаго отвѣта въ судъ. Устное производство оставляетъ за собою, въ видахъ контроля, письменные слѣды частію въ специальныхъ протоколахъ (ст. 71, 101, 112, 116, 124), частію въ общемъ протоколѣ дѣла или въ самомъ рѣшеніи, которое записывается въ книгу рѣшеній (ст. 143) и за отсутствіемъ бумагъ, составленныхъ тяжущимися, нашъ мировой судья долженъ записывать больше, чѣмъ, наприм., англійскій судья графства.

По Торговому Уставу различаются два порядка судопроизводства въ коммерческихъ судахъ: а) словесная расправа; дѣло начинается словесной просьбой, которая, какъ у мировыхъ судей, вносится въ книгу прошеній; но вмѣстѣ съ тѣмъ истецъ можетъ подать и записку съ изложеніемъ своихъ требованій (ст. 1346—49); за тѣмъ отвѣтчику посылается изъ канцеляріи повѣстка съ копіями документовъ и запиской истца, если она была подана (ст. 1355), и въ срокъ явки сторонъ дѣло ихъ вносится въ докладную книгу (ст. 1360). Отвѣтчикъ можетъ принести съ собою для прочтенія суду письменный отвѣтъ, но можетъ также ограничиться устнымъ отвѣтомъ для записи въ протоколъ; только по дѣламъ важнѣйшимъ (?) судъ имѣетъ право требовать записокъ отъ сторонъ (ст. 1340). Объясненія и записки ихъ вносятся въ протоколъ или прилагаются къ нему (ст. 1345, 1366, 1371, 1374). Производство о доказательствахъ и объ охранительныхъ мѣрахъ также оставляетъ слѣды въ частныхъ протоколахъ (1372—79), а рѣшеніе суда прописывается въ протоколѣ опредѣленій рѣшительныхъ (ст. 1380). б) Письменное производство допускается по усмотрѣнію суда (ст. 1336) и состоитъ въ обмѣнѣ состязательныхъ бумагъ между сторонами черезъ канцелярію (ст. 1399—1403): каждая бумага докладывается въ присутствіи суда подлинникомъ и при этомъ допускаются устные объясненія сторонъ; съ этой цѣлью дѣло откладывается съ одного засѣданія (или термина) на другое, такъ что на каждую бумагу приходится особое засѣданіе; по каждой бумагѣ допускаются устные объясненія, но стороны не могутъ указывать устно на новыя доказательства или возраженія, не означенныя въ бумагахъ (ст. 1404). Потомъ составляется канцеляріей докладная записка, сообщается сторонамъ для прочтенія и рукоприкладства и на основаніи этого док-

лада постановляется рѣшеніе (ст. 1407—10). По дѣламъ сложнымъ предсѣдатель можетъ поручить докладъ одному изъ членовъ суда (ст. 1718).

Что касается мѣстнаго процесса, то въ Остзейскомъ краѣ господствуетъ письменное производство ¹⁾, въ Финляндіи въ низшихъ инстанціяхъ устное, въ среднихъ и высшихъ письменное ²⁾, въ Польскомъ краѣ дѣйствовалъ прежде французскій Уставъ съ нѣкоторыми измѣненіями ³⁾, но по закону 1875 г. вводятся общіе судебные уставы имперіи.

4. Общія выводы. Изъ представленнаго нами очерка видно, что даже въ тѣхъ системахъ процесса, гдѣ начало устности болѣе другихъ развито, разныя процессуальныя дѣйствія непремѣнно оставляютъ свой слѣдъ на письмѣ. Таковы прежде всего два акта, искъ и рѣшеніе, изъ которыхъ однимъ начинается, а другимъ заканчивается производство. То и другое дѣйствіе фиксируется въ письменной формѣ: искъ въ исковомъ прошеніи или въ книгѣ входящихъ просьбъ или въ исковыхъ запискахъ, отправляемыхъ отвѣтчику въ копіи съ документами при повѣсткѣ о вызовѣ и представляемыхъ въ подлинникѣ суду, а рѣшеніе—въ общей книгѣ рѣшеній или въ особомъ журналѣ засѣданія (въ видѣ краткой резолюціи) и потомъ въ особомъ протоколѣ.—Между этими двумя дѣйствіями, какъ крайними пунктами процесса, лежитъ состязаніе сторонъ и изслѣдованіе дѣла по доказательствамъ съ разными частными опредѣленіями суда по случайнымъ требованіямъ и частнымъ вопросамъ въ процессѣ. Разныя дѣйствія этого производства оставляютъ свой слѣдъ или въ бумагахъ сторонъ, или въ протоколахъ, или же только упоминаются потомъ въ рѣшеніи суда. Послѣдній способъ исполнѣ удобенъ для дѣлъ простыхъ и требующихъ быстрого рѣшенія. Вся почти письменность по этимъ дѣламъ, не говоря о повѣсткахъ, сводится къ двумъ актамъ—иску и рѣшенію, между которыми лежитъ устное состязаніе сторонъ. Рѣшеніе служитъ въ то же время и протоколомъ дѣла и по нѣкоторымъ законодательствамъ это—общій порядокъ, обыкновенная форма процесса ⁴⁾. Но по дѣламъ болѣе сложнымъ производство оставляетъ слѣдъ или въ состязательныхъ бумагахъ сторонъ, или въ особыхъ протоколахъ. Мы видѣли, что записъ устныхъ объясненій въ протоколъ древнѣе, чѣмъ фиксированіе ихъ въ бумагахъ сторонъ: послѣднія появляются вслѣдствіе неудобствъ, соединенныхъ съ записываніемъ чужой устной рѣчи канцелярскою рукою въ самомъ засѣданіи суда. Протокольная записъ замѣняется обмѣномъ бумагъ между сторонами въ предварительномъ, внѣсудебномъ періодѣ процесса, предшествующемъ устному состязанію, или составленіемъ *qualités* для рѣшенія; или же подачею записокъ для приложенія къ протоколу. Въ первомъ случаѣ содержаніе бумагъ излагается устно сторонами при состязаніи на судѣ и процессъ сохраняетъ устную форму. Въ послѣднемъ же случаѣ онъ склоняется къ письменной формѣ. Обыкновенно требуется фиксировать вслѣдъ за искомъ прежде всего отвѣтъ по иску и, въ видахъ важности этого акта и для полной подготовки дѣла, многія законодательства требуютъ, чтобы отвѣтчикъ самъ составилъ эту бумагу и сообщилъ ее истцу и въ судъ; но такъ какъ отвѣтъ часто бываетъ весьма простъ, то въ сокращенномъ порядкѣ

1) Schmidt въ *Dorp. Z.* 1, стр. 31, 35, 221 и слѣд., 350 и слѣд.

2) Лундаль, стр. 35 и слѣд.

3) Сбор. Постан. Ц. Пол.—По дѣлопроизводству см. особенно, т. VIII.

4) Schmitt, *bayer. Proc.* т. II, § 357 ff.

производства дозволяется давать отвѣтъ устно и, въ такомъ случаѣ, онъ записывается въ протоколъ или только отмѣчается въ рѣшеніи суда. Въ дальнѣйшихъ состязательныхъ бумагахъ и запискахъ сторонъ обыкновенно нѣтъ необходимости, кромѣ только дѣлъ сложныхъ и соединенныхъ съ расчетами, еще невыясненными на письмѣ, гдѣ судъ можетъ потребовать новыхъ бумагъ или записокъ. Иногда нужно даже отрядить одного изъ членовъ суда, чтобы онъ перечиталъ всѣ бумаги и представилъ докладъ суду; впрочемъ, этотъ докладъ понимается законодательствами различно: обыкновенно они даютъ суду право назначать докладъ по дѣламъ сложнымъ и труднымъ, но въ нашемъ уставѣ онъ требуется по каждому дѣлу для ознакомленія судей съ бумагами сторонъ, притомъ въ самомъ началѣ процесса, а гдѣ письменность съ господствомъ канцеляріи беретъ рѣшительный перевѣсъ, докладъ производится секретаремъ. Наконецъ за письменною инструкціею дѣла слѣдуютъ устные объясненія сторонъ; обыкновенно они могутъ вносить въ процессъ новыя матеріалы, новые факты, доказательства и даже въ извѣстной мѣрѣ новыя дополнительные требованія; этотъ матеріалъ отмѣчается или въ протоколахъ, или въ новыхъ бумагахъ сторонъ, или въ рѣшеніи. Но гдѣ сложные расчеты, заключающіеся въ дѣлѣ, вызвали особое письменное производство, тамъ вся фактическая основа дѣла должна быть фиксирована въ бумагахъ и не дозволяется измѣнять ее устными объясненіями. Это естественное правило доводится до крайности въ тѣхъ системахъ процесса, гдѣ дѣла обыкновенныя излагаются въ бумагахъ сторонъ и въ докладныхъ запискахъ и затѣмъ заключительныя пренія или объясненія сторонъ не могутъ уклоняться отъ этого бумажнаго изображенія дѣла.

5. О протоколахъ въ особенности ¹⁾. Чтобы ближе познакомиться съ письменною стороною процесса, мы должны теперь сказать нѣсколько словъ о судебныхъ протоколахъ, тѣмъ болѣе, что въ нашемъ Уст. Гр. Суд. практика замѣтила въ этомъ отношеніи пробѣлъ, который и дополнила на основаніи Учр. Суд. Уст. и Уст. Угол. Суд.

По Учрежд. Суд. Уст. составляется общій журналъ каждаго засѣданія коллегіальнаго суда; въ этомъ журналѣ означается, какія дѣла въ то засѣданіе доложены, рѣшены или отложены (Учр. 163). Но, кромѣ этого журнала засѣданія, ссоставляется по каждому дѣлу особый протоколъ, содержаніе котораго опредѣлено въ Уставахъ Гр. и Угол. Суд. (Учр. 164. Наказъ Кас. Д. ст. 17. Нак. Спб. Окр. Суда, § 122. Нак. Спб. Мир. Съѣзда, ст. 21 и форма № 7). Надобно замѣтить прежде всего, что протоколъ въ канцелярскомъ дѣлѣ обыкновенно слѣдуетъ за состязательными бумагами и составляетъ какъ бы продолженіе ихъ, излагая дальнѣйшую исторію процесса, послѣ того какъ онъ дошелъ до судебного засѣданія. Первый протоколъ обыкновенно и есть запись того, что происходило въ первомъ засѣданіи суда по дѣлу. Затѣмъ могутъ оказаться нужными еще другіе протоколы, наприм., о повѣркѣ доказательствъ и т. п. Въ протоколѣ засѣданія означаются: мѣсто и время засѣданія, должностныя лица, присутствовавшія въ немъ, предметъ дѣла, участвующія въ немъ лица, и ихъ представители, и затѣмъ въ общихъ чертахъ самый ходъ производства ²⁾ (Уст. Угол. Суд. 836), т. е. формальная или обрядовая сторона процессуальныхъ дѣй-

¹⁾ Думашевскій, II, § 1026 и слѣд. Побѣд. § 377 а и слѣд.

²⁾ Ганнов. § 116. Герм. Пр. 72 г. § 139.

ствій, такъ чтобы изъ протокола можно было видѣть ходъ дѣла въ засѣданіи суда (Уст. Угол. Суд. 837). Это послѣднее правило имѣеть инструкціонный характеръ для секретаря; но нельзя считать каждый обрядъ, имъ пропущенный, нарушеннымъ ¹⁾ (71 г. Кас. 40, 56); въ уголовномъ процессѣ существуетъ именно такое предположеніе: обряды, неудовольственные протоколомъ, признаются нарушенными (Уст. Угол. Суд. 845). Но Уставъ Гр. Суд. не даетъ никакого основанія для подобной презумпціи. Предположеніе скорѣе говоритъ въ пользу соблюденія обрядовъ, о нарушении которыхъ стороны не просили записать въ протоколъ (67 г. Кас. 89. 68 г. Кас. № 3. Распор. Сен. 21 апр. 70 г., по д. Севявина, Побѣд. § 394).

Что касается самаго существа устныхъ объясненій сторонъ на судѣ, то Уставъ не требуетъ, чтобы всѣ рѣчи ихъ вносились въ протоколъ (67 г. Кас. 38, 43, 94, 100), потому что самое дѣло не всегда можетъ быть извѣстно секретарю; требованія сторонъ обыкновенно изложены въ ихъ состязательныхъ бумагахъ, которыя секретарь могъ не прочесть; притомъ, если бы онъ сталъ *propter motu* записывать пренія сторонъ, то могъ бы въ-торопяхъ изложить ихъ неточно ²⁾. Обыкновенно и нѣтъ надобности записывать подробно всѣ объясненія сторонъ, кромѣ того только, что необходимо отмѣтить для составленія рѣшенія, такъ какъ протоколъ служитъ матеріаломъ для рѣшенія ³⁾, въ дополненіе къ бумагамъ сторонъ. Но предсѣдатель суда, вслѣдствіе просьбы той или другой стороны или заявленія членовъ суда или же вслѣдствіе собственнаго усмотрѣнія, имѣеть право распорядиться, чтобы устные объясненія стороны, еще не записанныя въ бумагахъ ея или отступающія отъ данныхъ ею на письмѣ показаній, были записаны въ протоколъ ⁴⁾. Самъ тяжущійся, если измѣняетъ свои требованія, долженъ заявить объ этомъ письменно (Уст. 334), т.-е. въ видѣ особой записки или устно въ протоколъ. И предсѣдатель, и другіе судьи должны слѣдить за измѣненіемъ требованій и за уклоненіемъ сторонъ отъ письменныхъ заявленій. Съ этой цѣлью на западѣ Европы требуются предварительный обмѣнъ бумагъ между сторонами, сообщеніе ихъ предсѣдателю до засѣданія и прочтеніе въ самомъ засѣданіи; у насъ бумаги передаются докладчику и онъ можетъ помогать въ этомъ отношеніи предсѣдателю. Такая запись въ протоколъ получаетъ силу только послѣ того, какъ она прочитана сторонамъ и признана ими точною; если бы онѣ сдѣлали замѣчанія о неточномъ изложеніи показанія, то эти замѣчанія должны быть отмѣчены въ протоколѣ и разрѣшены опредѣленіемъ суда за подписью судей и скрѣпою секретаря (Уст. Угол. Суд. 842—844). Въ производствѣ у мироваго судьи, обыкновенно самъ судья записываетъ объясненія сторонъ и отвѣты ихъ на его вопросы, прочитываетъ имъ этотъ протоколъ и предлагаетъ къ ихъ подписи (Побѣд. § 612. 68 г. Кас. 722, д. Голинскаго). Если тяжущійся сдѣлалъ на судѣ признаніе въ пользу противной стороны или отказался отъ своихъ требованій, объ этомъ должно быть записано въ протоколъ и противная сторона имѣеть право требовать этой записи (Уст. 479. 70 г. Кас. 137). Мы уже замѣчали, что по толкованію сената судъ можетъ

1) *Contra* Побѣд. § 391. Проектъ Уст. Торг. Суд. 127.

2) Третьяковскій, *l. cit.*

3) Объ отношеніи протокола къ рѣшенію см. ниже, § 80.

4) Гацнов. § 95 и 102. Герм. Пр. 72 г. § 254.

принимать во вниманіе и такое признаніе стороны, которое не было записано своевременно въ протоколъ, и можетъ упомянуть о немъ въ самомъ рѣшеніи (см. § 64). Такая практика представляетъ то неудобство, что усмотрѣніе суда стоитъ здѣсь внѣ контроля сторонъ, тогда какъ при записи признанія въ протоколъ тяжущіеся имѣютъ возможность повѣрить точность изложенія ихъ показаній: эта запись должна быть прочитана ими и замѣчанія, ими сдѣланныя, должны быть указаны въ протоколѣ и разрѣшены опредѣленіемъ суда ¹⁾ (Уст. Угол. Суд. 842—4); признаніе, какъ актъ свободнаго распоряженія, теряетъ значительную часть своей доказательной силы, если изложеніе его немедленно опротестовано тяжущимся.—Если тяжущіеся согласились окончить дѣло миромъ или заключить мировую сдѣлку, то эта сдѣлка излагается ими или въ особой бумагѣ, или записывается въ протоколъ, прочитывается сторонамъ и подписывается ими ²⁾ (Уст. 71, 337).—Далѣе Уставъ упоминаетъ еще о записи въ протоколъ заключенія прокурора ³⁾ (Уст. 346), свидѣтельскихъ и обыскныхъ показаній ⁴⁾ (Уст. 101, 406 и 433), просьбъ о присягѣ (Уст. 116, 486. Уст. Торг. 1376), разныхъ дѣйствій при повѣркѣ доказательствъ (Уст. 503), осмотра на мѣстѣ ⁵⁾ (Уст. 511, 512), устнаго заключенія свѣдущихъ людей ⁶⁾ (Уст. 525), повѣрки записокъ и счетовъ съ подлинными книгами ⁷⁾ (Уст. 537), заявленій о подлогѣ документовъ (Уст. 556) и объ устраненіи судей (Уст. 670). Всѣ эти факты процесса записываются частію въ протоколъ засѣданія, частію же на отдѣльныхъ бумагахъ (частныхъ протоколахъ), которые должны быть приложены къ дѣлу ⁸⁾. На практикѣ во многихъ судахъ, наприм. въ мировыхъ, вовсе не составляется общаго протокола засѣданія, а въ случаѣ надобности—только частные протоколы. Однако и протоколъ засѣданія можетъ оказаться нужнымъ даже въ мировыхъ судахъ, когда тяжущіеся просятъ занести сюда какіе-нибудь факты засѣданія (71 г. Кас. 476, 974). Тяжущіяся стороны могутъ даже сами записывать свои показанія въ протоколъ (70 г. Кас. 1674) и судъ имѣетъ право потребовать отъ нихъ письменнаго объясненія, если оно окажется нужнымъ (Уст. 362); такія бумаги прилагаются къ протоколу ⁸⁾.—Далѣе въ протоколѣ означаются разныя случайныя требованія, предъявленныя сторонами устно, наприм. заявленіе о встрѣчномъ искѣ (Уст. 340), требованія охранительныхъ мѣръ (Уст. 590) и послѣдовавшія затѣмъ опредѣленія суда (Уст. Торг. 1378); и эти акты конечно могутъ быть изложены въ отдѣльныхъ бумагахъ и потомъ прилага-

1) Ганнов. *ibid.* Герм. Пр. 72 г., § 142.

2) Герм. Пр. 72 г. § 140, п. 1, § 142.

3) По толкованію Сената это правило относится только къ общимъ судебнымъ мѣстамъ, а не къ мировымъ (70 г. Кас. 1440). Но ср. Уст. 80.

4) Ганнов. § 265. Герм. Пр. 72 г. 140, п. 3. Показанія записываются по возможности точными словами, но только существенныя (Уст. 101 и 406); при чемъ какъ стороны, такъ и свидѣтель имѣютъ право требовать записи тѣхъ или другихъ выраженій буквально (Бавар. § 344, 419). Незаписаніе свидѣтельскихъ показаній въ протоколъ есть нарушеніе существеннаго обряда судопроизводства (Думашевскій, II, 1036).

5) Бавар. § 398. Герм. Пр. 72 г. § 140, п. 4.

6) Ганнов. § 276. Герм. Пр. 140, п. 3.

7) Герм. Пр. § 300.

8) *Ibid.* § 140 in fine. Пр. Уст. Торг. Суд. 122 и 125.

ются къ протоколу ⁸⁾. Если въ обезпеченіе иска представляется поручительство, то нашъ Уст. требуетъ нотаріальной или крѣпостной поручной записи (Уст. 645), но эту форму нельзя считать исключительно; поручительство можетъ быть дано и устно въ протоколъ за подписью поручителей ¹⁾ (Уст. Торг. 1376—77). Резолюція суда обыкновенно записываются въ журналъ засѣданія или въ общую книгу, а подробное рѣшеніе составляется отдѣльно въ видѣ особаго протокола (Уст. 143. Уст. Торг. 1380), для котораго протоколъ словесныхъ объясненій тяжущихся, писанный въ черновомъ видѣ, служить только матеріаломъ ²⁾ (68 г. Кас 722).

Протоколъ естественно играетъ тѣмъ болѣе важную роль, чѣмъ сложнѣе дѣло и чѣмъ менѣе въ немъ другихъ бумагъ, которыя бы замѣняли протоколъ. Если въ сокращенномъ, торговомъ или мировомъ судопроизводствѣ отвѣтчикъ не представилъ письменнаго отвѣта, а истецъ въ исковой просьбѣ недостаточно объяснилъ свои требованія и доводы, то суду приходится восполнять эти пробѣлы протоколомъ о выслушанныхъ сторонахъ (Уст. Тор. 1374) и изложеніемъ ихъ существенныхъ объясненій въ самомъ рѣшеніи (Уст. 143 и 711, п. 1. Уст. Торг. 1380, п. 3). Вообще, когда дѣло сложно или затягивается на нѣсколько засѣданій и въ то же время нѣтъ бумагъ, которыя бы фиксировали требованія и доводы сторонъ, необходимо обратиться къ протоколу ³⁾ какъ къ подготовительному акту для рѣшенія, хотя и нѣтъ надобности въ подробной записи. Вообще слѣдуетъ принять во вниманіе, что, въ случаѣ апелляціи, стороны снова будутъ вызваны въ судъ и заявятъ тамъ свои требованія и доводы словесно. Этотъ способъ повѣрки гораздо короче и надежнѣе, чѣмъ изученіе протоколовъ первой инстанціи. Если показанія и требованія сторонъ внесены въ протоколъ, то они должны быть прочитаны сторонамъ и возраженія ихъ противъ точности изложенія должны быть оговорены. Пройдя такую кригику сторонъ, протоколъ становится важнымъ документомъ, на основаніи котораго можно потомъ довѣрять даже правильность изложенія дѣла въ самомъ рѣшеніи суда ⁴⁾ (Побѣд. § 397). Такое же значеніе имѣетъ протоколъ показаній постороннихъ лицъ, подписанный ими и своевременно неопротестованный сторонами (Уст. 101, 406, 433, 525). Такіе протоколы устраиваютъ надобность въ передопросѣ свидѣтелей, окольныхъ людей и т. п. судомъ второй инстанціи и такимъ образомъ сокращаютъ производство. Протоколъ этого рода есть средство контроля низшихъ судовъ высшими, и потому понятно, что по дѣламъ, которыя рѣшаются окончательно по существу какимъ-нибудь судомъ, нѣтъ надобности въ подробныхъ протоколахъ ⁵⁾.

Каждая тяжущаяся сторона имѣетъ право требовать, чтобы

¹⁾ Ганнов. § 60.

²⁾ См. прим. 8. Въ протоколъ долженъ быть отмѣченъ день, назначенный тяжущимся для прочтенія изложеннаго на письмѣ рѣшенія суда (Уст. 704, 714. Побѣд., § 387. Пр. Уст. Торг. Суд. 122, п. 10).

³⁾ На томъ же основаніи, по которому протоколъ не можетъ быть замѣненъ послѣдующимъ удостовѣреніемъ судьи по памяти (71 г. Кас. 926, д. Рѣшетовой).

⁴⁾ Ганнов., § 357. Герм. Пр., § 270. О доказательствѣ невірности протокола см. Wetzell, § 36, Note 80 ff. О подскобкахъ, поправкахъ и припискахъ см. Уст. Угол. Суд. 841.

⁵⁾ Герм. Пр. 72 г., § 141. Ганнов. Уст. въ изд. Леонгардта, стр. 103. Бавар. § 419.

тотъ или другой фактъ процесса былъ записанъ въ протоколъ, и, хотя судъ можетъ отказать въ удовлетвореніи этой просьбы, когда фактъ въ дѣйствительности не совершился, но требованіе стороны во всякомъ случаѣ должно быть записано въ протоколъ (68 г. Кас. 210. 69 г. Кас. 44). Далѣе, какъ упомянуто выше, каждая сторона можетъ возражать противъ точности изложенія протокола немедленно по прочтеніи его и эти возраженія должны быть отмѣчены въ немъ и разрѣшены опредѣленіемъ суда (Уст. Угол. Суд. 842—4; 70 г. Кас. 876). Подпись сторонъ на протоколѣ требуется закономъ только въ нѣкоторыхъ случаяхъ (69 г. Кас. 607), но всегда полезно предлагать его для ихъ подписи или для отмѣтки ихъ отказа. Нѣкоторые протоколы предлагаются для подписи постороннимъ лицамъ, наприм. свидѣтелямъ или экспертамъ. Вообще же они должны быть подписаны судьями и секретаремъ, въ присутствіи которыхъ совершились дѣйствія, удостовѣренные протоколомъ (Уст. Угол. Суд. 840).

§ 73. Гласность судопроизводства ¹⁾ есть такое устройство его, при которомъ разные акты процесса доступны для обзорѣнія заинтересованнымъ лицамъ и публикѣ. Такое устройство возможно и при господствѣ письменности, и при устномъ процессѣ; но такъ какъ въ первомъ случаѣ все производство сосредоточивается въ судебныхъ канцеляріяхъ и присутствіе частныхъ лицъ для прочтенія бумагъ и ознакомленія съ дѣлами могло бы мѣшать работамъ канцеляріи и вести къ разнымъ злоупотребленіямъ, то письменный процессъ естественно вызываетъ за собою канцелярскую тайну, тогда какъ древній чисто словесный судъ у каждаго народа отправляется публично подъ открытымъ небомъ, на сходѣ, на торгу (*ἀγορά, forum, ding* и т. п.). Надобно замѣтить, что таинственность судопроизводства представляетъ большія выгоды для канцеляріи и для судей. При отсутствіи постороннихъ лицъ, они располагаются въ судѣ, какъ у себя дома, и каждый чиновникъ, угождая своему непосредственному начальнику и живя въ мирѣ съ товарищами, не обязанъ владѣть другими талантами или обременять себя трудомъ, а предается служебнымъ занятіямъ только по любви или интересу. Надзоръ высшихъ установленій не проникаетъ далѣе формы, а внезапныя ревизіи являются только рѣдкою и временною тревогою. За доступъ къ тайнамъ производства можно брать деньги и подъ покровомъ тайны наживать себѣ состояніе. Интересы многихъ тяжущихся и ходатаевъ также совпадаютъ съ этою обстановкою процесса, потому что не всякую роль въ процессѣ можно показывать публикѣ съ удовольствіемъ; тайные ходы часто выгоднѣе открытой борьбы; сторона неправая всегда предпочтетъ ихъ (Уст. 1363).

Но съ другой стороны гласность процесса есть существенная гарантія правосудія. Она предупреждаетъ клеузы, поддерживаетъ правую сторону и, открывая заинтересованнымъ лицамъ и публикѣ

¹⁾ Renaud, § 81. Mittermaier, стр. 123 ff. Feuerbach, Betrachtungen über die Oeffentlichkeit und Mündl. der Gerechtigkeitspflege, Giessen 1821 г. Leonhardt, Civilprocess des K. Hannover, § 13. Bentham, rationale of judicial evidence, Lond. 1827 г. т. I, стр. 511—606; Mourlon, стр. 96 ss. П. М. и Фриде, О печат. суд. рѣш., въ „Ж. М. Ю.“ 63 г. № 5 и 6. О закрытіи дверей, въ „С. В.“ 66 г. № 7. О разсылкѣ частныхъ записокъ судьямъ, въ „С. В.“ 71 г. № 8 и 14. Побѣд. § 371 и слѣд. Думаш. § 58 и слѣд.

возможность постоянного наблюдения за ходомъ производства, возбуждаетъ энергію должностныхъ лицъ, бросаетъ свѣтъ какъ на даровитыя и честныя натуры, такъ и на бездарность и пороки, поднимаетъ нравственный уровень судебного міра, развиваетъ въ немъ чувство законности, достоинства и приличія и усиливаетъ довѣріе общества къ суду. Конечно, всё эти послѣдствія—только теоретическіе выводы изъ отвлеченнаго понятія; ихъ осуществленіе зависитъ отъ обстановки этого начала въ процессѣ, отъ надлежащей организаціи правосудія въ отношеніи къ другимъ началамъ науки; нельзя считать гласность универсальнымъ средствомъ противъ всѣхъ золъ.

Въ понятіе гласности входитъ прежде всего чисто внѣшняя обстановка процесса, именно доступность судебныхъ засѣданій для публики. Мы уже видѣли, что въ этомъ отношеніи есть различіе между засѣданіями. Одни изъ нихъ касаются внутреннихъ дѣлъ суда, наприм. дисциплины, выборовъ, обсужденія правилъ внутреннего распорядка, составленія отчетовъ и т. п., и происходятъ при закрытыхъ для публики дверяхъ; таковы засѣданія распорядительныхъ и общихъ собраній (Учр. 152, 161, 274 и 281. Уст. 1334. Уст. Угол. Суд. 1080, 1084). Другія же засѣданія посвящены дѣламъ публики, гражданскимъ и уголовнымъ, и должны происходить публично; это такъ наз. судебныя засѣданія (Учр. 153). По ст. 13 устава, при всѣхъ дѣйствіяхъ судебныхъ установленій по производству гражданскихъ дѣлъ, за исключеніемъ случаевъ положительно въ законѣ указанныхъ, допускается присутствіе тяжущихся и постороннихъ лицъ (Ср. выше § 19). По точному смыслу этой статьи, не только судебныя засѣданія, но и всѣ дѣйствія судебныхъ установленій по производству гражданскихъ дѣлъ должны совершаться гласно, открыто для всѣхъ. Относительно судебныхъ засѣданій нужно замѣтить, что доступность ихъ для публики значительно облегчается внѣшнимъ устройствомъ помѣщенія суда. У насъ, наприм., въ нѣкоторыхъ судахъ заведена для публики особая прихожая, а у дверей зала засѣданія стоитъ сторожъ; посѣтители пропускаются изъ прихожей въ залъ по очереди, когда судъ дойдетъ до ихъ дѣла; въ этотъ моментъ можетъ проскользнуть туда и лицо постороннее, но это случается рѣдко. Такіе суды можно найти въ нашихъ столицахъ, а въ провинціяхъ встрѣчается еще болѣе неудобное устройство; наприм. залъ засѣданій помѣщается въ самой дальней комнатѣ за канцелярію, а публика толпится въ передней и пропускается черезъ канцелярію по перекличкѣ. Напротивъ, на Западѣ, въ тѣхъ странахъ, гдѣ принято начало гласности судопроизводства, дверь зала засѣданій обыкновенно выходитъ въ корридоръ и устроена такъ, что, отворяя и затворяя ее, вы не производите никакого шума; за дверью слѣдуетъ внутри зала коверъ или войлокъ, чтобы не было слышно шаговъ: при такомъ устройствѣ нѣтъ надобности держать сторожа у дверей; каждый можетъ входить и выходить безъ всякаго шума и когда угодно. Оттого, наприм., въ коммерческихъ судахъ Парижа, Гамбурга, итальянскихъ и другихъ городовъ постоянно толпится народъ, одни приходятъ, другіе уходятъ; и у насъ это такъ, наприм., въ Варшавскомъ коммерческомъ судѣ, хотя помѣщеніе у него довольно жалкое. Эта возможность доступа публики въ каждый моментъ засѣданія почти столько же важна для правосудія, какъ и дѣйствительное присутствіе постороннихъ лицъ, потому что психологическое вліяніе гласности существуетъ въ томъ и другомъ случаѣ.

Наше прежнее судопроизводство было тайное; судъ былъ закрытъ для постороннихъ лицъ. Только по введеніи судебной реформы въ 1865 г. и старыя судебныя мѣста открыты для публики, такъ что во время доклада дѣлъ залъ засѣданій сталъ доступенъ и для постороннихъ лицъ (Прав. 11 окт., ст. 42). Это правило надобно распространить и на коммерческіе суды. Что касается новыхъ судовъ, то всѣ дѣйствія ихъ по гражданскимъ дѣламъ и въ особенности всѣ судебныя засѣданія происходятъ публично (Уст. 13, 173, 324, 803, 768, 777); не только объясненія сторонъ ¹⁾, но и показанія свидѣтелей и докладъ дѣла выслушиваются публично (Уст. 385); въ такомъ же порядкѣ производятся повѣрка доказательствъ (Уст. 500) и другія дѣйствія (Уст. 13) подъ опасеніемъ отмѣны рѣшенія (ср. выше § 19)

Какъ западныя законодательства, такъ и нашъ Уставъ допускаютъ нѣкоторыя исключенія изъ общаго правила о публичности всѣхъ дѣйствій по гражданскому судопроизводству. Эти исключенія основываются частію на вниманіи къ интересамъ самихъ тяжущихся, частію же на соображеніяхъ общественной пользы. Сами тяжущіеся иногда имѣютъ уважительный интересъ въ томъ, чтобы споръ ихъ между собою остался неизвѣстнымъ постороннему міру. Такъ, напримѣръ, въ спорахъ между товарищами торговаго дома могутъ раскрываться на судѣ коммерческія тайны, техническіе секреты промышленности и т. п. Вотъ почему судебныя засѣданія могутъ происходить при закрытыхъ дверяхъ, когда обѣ стороны просятъ объ этомъ и судъ признаетъ просьбу ихъ заслуживающею уваженія (Уст. 68, 326). Стороны не имѣютъ безусловнаго права устранять гласность суда по взаимному соглашенію ²⁾; но законъ даетъ суду право принимать въ уваженіе ихъ законные интересы въ сохраненіи тайны. Кромѣ того, гласность можетъ быть ограничена по соображеніямъ общественной пользы. Именно, если по особому свойству дѣла публичность засѣданія могла бы быть предосудительна для религіи, общественнаго порядка или нравственности, то судъ по собственному усмотрѣнію или по требованію прокурора можетъ постановить, чтобы засѣданіе было при закрытыхъ дверяхъ, хотя конечно и при этой мѣрѣ близкіе родственники и друзья той и другой стороны могутъ быть допущены присутствовать въ засѣданіи ³⁾. Распоряженіе это должно исходить не отъ одного предсѣдателя, а отъ цѣлой коллегіи („Суд. Вѣстн.“ 66 г. № 7), оно объявляется публично и записывается въ журналъ засѣданія (Уст. 325). Къ такому же результату можетъ повести высылка изъ залы засѣданія всѣхъ постороннихъ лицъ въ крайнихъ случаяхъ нарушенія по-

¹⁾ Франц. *interrogatoire sur faits et articles* производится тайно членомъ-комиссаромъ, даже въ отсутствіи допрашивающей стороны (Code art. 333). Этотъ порядокъ всѣми порицается во Франціи (Boisdeaux, стр. 537) и отмѣненъ въ другихъ странахъ (Bellot, стр. 72; Allard, стр. 60; Герм. пр. мотивы § 305 и др.). То же самое слѣдуетъ замѣтить о допросѣ свидѣтелей въ закрытомъ засѣданіи. Ср. выше, § 66. Renaud, § 81.

²⁾ Бавар. Уст., § 148, прим. 3, Фирлинга, и § 149. Ганнов. Уст., § 87, требуетъ при этомъ заключенія прокурора.

³⁾ Ганнов. § 89. Бавар. 149 (допускается вообще только ограниченіе, а не совершенное устраненіе публичности, и судъ имѣетъ только право, а не обязанъ непременно допускать ограниченіе ея).

рядка и благопристойности въ засѣданіи ¹⁾ (Учр. 156. Ср. выше § 19, п. 4).

Нѣкоторыя дѣйствія суда совершаются въ сторонѣ отъ чужихъ глазъ также по соображеніямъ общественной пользы. Таковы именно совѣщанія судей по поводу постановленія рѣшенія. По окончаніи состязанія сторонъ, судьи удаляются въ особую комнату и тамъ обсуждаютъ выслушанное дѣло и постановляютъ рѣшеніе (Уст. 693 и слѣд.). Устраненіе публичности совѣщаній объясняется желаніемъ законодателя, чтобы рѣшеніе суда явилось передъ публикою какъ готовый актъ цѣлой коллегіи, чтобы разногласія и препирательства судей между собою и особыя мнѣнія членовъ остались неизвѣстными (69 г., Кас. 564), потому что гласность ихъ могла бы ослаблять авторитетъ постановлений и стѣсняла бы свободное сужденіе и безпристрастіе судей. Не во всѣхъ западныхъ законодательствахъ встрѣчается такое правило и приведенные нами мотивы его считаются не вездѣ основательными ²⁾. И у насъ, конечно, нѣтъ надобности, чтобы по каждому дѣлу судьи удалялись въ особую комнату для постановленія рѣшенія: имъ это только дозволено, если они найдутъ нужнымъ обсудить дѣло безъ присутствія публики ³⁾. Самое провозглашеніе резолюціи всегда совершается въ открытомъ засѣданіи, хотя бы состязаніе происходило и при закрытыхъ дверяхъ (Уст. 700).

Къ понятію о публичности суда относится также право печатанія судебныхъ рѣшеній и извѣстій о всемъ, что происходило въ открытомъ судебномъ засѣданіи. Это въ высшей степени важное средство контроля и юридическаго развитія появилось у насъ еще до судебной реформы, но вполне признано и съ точностью опредѣлено одновременно съ изданіемъ Судебныхъ уставовъ 20-го ноября 1864 г. Тогда именно были изданы и правила для печатанія рѣшеній. Впослѣдствіи они распространены и на дѣла, которыя производятся въ судахъ прежняго устройства (Зак. 6-го ноября 1867 г.).

Кромѣ этой внѣшней публичности суда, т.-е. доступности разныхъ моментовъ процесса постороннимъ лицамъ (публикѣ), нужно обратить еще вниманіе на гласность процесса въ отношеніи къ самимъ тяжущимся, т.-е. на такое устройство его, при которомъ ни одинъ шагъ судопроизводства не остается тайною ни для одной стороны. Въ каждомъ процессѣ должны быть вызваны въ судъ обѣ тяжущіяся стороны, и, если бы рѣшеніе было постановлено безъ вызова и безъ вѣдома отвѣтника, то оно недѣйствительно и не подлежитъ исполненію; отвѣтчикъ имѣетъ право отказать въ исполненіи его и искать защиты или у суда, постановившаго рѣшеніе, и въ высшей для этого суда инстанціи (69 г. Кас. 799, д. Демидова), или же просить объ отмѣнѣ рѣшенія, которое ему вовсе не было извѣстно (Уст. 792, 797). Тяжущіеся должны имѣть свободный доступъ не только въ залъ засѣданій (Кас. 70 г. 172) и камеры предсѣдателей и судей, но и въ канцелярію суда. Они

¹⁾ Ганнов. § 87.

²⁾ Mittermaier, l. cit. Однако отдѣльныя мнѣнія судей и тамъ не объявляются, по крайней мѣрѣ на континентѣ Европы (см. Ганнов. Уст. § 183). Но въ Англіи и Америкѣ они не только объявляются въ публичномъ засѣданіи, но и печатаются въ судебныхъ „Reports“, и составляютъ потомъ одинъ изъ элементовъ юридической литературы; мнѣнія знаменитыхъ судей играютъ тамъ важную роль въ развитіи права.

³⁾ Schmitt, Бавар., § 352.

имѣютъ право обозрѣвать здѣсь всѣ бумаги по ихъ дѣлу (Уст. 271, 67 г. Кас. 1), даже въ судахъ прежняго устройства (Зак. 11 Окт. 1865 г. ст. 34), и требовать выдачи себѣ справокъ и копій рѣшеній, протоколовъ и другихъ актовъ суда, съ уплатою за то канцелярскихъ пошлинъ (Уст. 201, 854—856). Притязанія и объясненія одной стороны, заявленныя суду или судьямъ, должны быть сообщаемы для свѣдѣнія противной сторонѣ. Если бы судья получилъ частную записку о дѣлѣ отъ тяжущагося или его повѣреннаго ¹⁾, то онъ обязанъ сообщить ее противной сторонѣ въ томъ же публичномъ порядкѣ, въ какомъ сообщаются другія бумаги, т.-е. или въ засѣданіи суда, или черезъ канцелярію и пристава ²⁾. Точно также, если показаніе одной стороны записано въ протоколъ, то оно должно быть сообщено ея противнику ³⁾.

§ 74. Состязательное начало ⁴⁾ (*principium instruendi processus ad instantiam partium, Verhandlungs-Maxime*). Подъ этимъ названіемъ извѣстенъ тотъ принципъ гражданского судопроизводства, по которому разныя дѣйствія суда въ процессѣ зависятъ отъ требованій сторонъ, отъ ихъ инициативы, и спорныя отношенія сторонъ обсуждаются по тѣмъ только фактамъ, которые сообщены суду тяжущимися. Мы уже имѣли случай замѣтить, что это начало вытекаетъ изъ существа гражданскихъ правъ. Права эти составляютъ частную сферу лица и состоятъ обыкновенно въ свободномъ распоряженіи владѣльца. Семейный кругъ и частное имущество хозяина—это такія сферы индивидуальной свободы, которыя необходимо охраняются закономъ отъ вторженія постороннихъ лицъ, даже облеченныхъ властью и дѣйствующихъ *ex officio*. Внутреннее развитіе каждой сферы есть дѣло частныхъ лицъ, въ ней заинтересованныхъ: кто хочетъ, женится, наживаетъ дѣтей, копить имущество, устраиваетъ хозяйство. Живя другъ подлѣ друга, каждый съ своими частными интересами, граждане постоянно приходятъ въ столкновенія между собою; но эти столкновенія обыкновенно разрѣшаются мирнымъ путемъ; въ системѣ гражданского права есть много способовъ для такого разрѣшенія ихъ. Должникъ не платить долга кредитору—вотъ столкновеніе; но онъ можетъ уплатить по настояніямъ кредитора, можетъ войти съ нимъ въ соглашеніе о разсрочкѣ, о зачетѣ и т. д. Есть множество способовъ для разрѣшенія этой коллизіи и общественная власть не призвана вмѣшиваться въ эти частныя дѣла *ex officio*: непрошенное вмѣшательство могло бы только окончательно

¹⁾ Разсылка такихъ частныхъ записокъ судьямъ справедливо запрещена присяжнымъ повѣреннымъ здѣшнимъ совѣтомъ („Суд. В.“ 71 г. № 8 и 14). Но возможность ея будетъ существовать всегда.

²⁾ Побѣд. § 229, 603 и 605 а.

³⁾ Побѣд. § 395.

⁴⁾ Mittermaier, стр. 94 и сл. Renaud, § 78. W. H. Puchta, über die Grenzen des Richteramts, Nürnberg. 1819 г. Его же, Beiträge № II. Gärtner, Kritik des Untersuchungsprincips des preuss. Civ. Proc. 1832 г. W. Puchta, das Processleitungsamt des deutschen Civilrichters, Giessen 1836 г. Endemann, § 99. Wetzell, § 13 и 43. Bayer, § 12, Leonhardt, Hannover. Civilpr. § 18. Мотивы Гос. канц. къ ст. 13 Уст. Побѣд., § 535, 1039 и слѣд. Кавелинъ, II. Собр. соч. 1, стр. 104, 113—128, 281 и слѣд. Дмитріевъ, стр. 183—191, 215—219, 363—381, 420, 541—550, 561 и слѣд. Gönnner, т. 1, стр. 175—216. Grolman, § 78—80. John въ Encycl. v. Holzendorff, стр. 592 и слѣд. Малинина, Убѣжденіе судьи 73 г., (неточное названіе).

разстроить отношенія сторонъ и возбудить процессъ тамъ, гдѣ дѣло скорѣе уладилось бы безъ суда, безъ огласки и судебныхъ издержекъ. Уже одно неудобство огласки весьма важно. Гражданскія отношенія составляютъ ближайшую обстановку жизни каждаго лица: процессъ болѣе или менѣе разоблачаетъ этотъ сокровенный міръ, въ которомъ пріютилось и дѣйствуетъ лицо. Но такое разоблаченіе часто бываетъ вредно для него, подрываетъ его кредитъ, разстроиваетъ семейное согласіе, разрушаетъ предположенные браки или хозяйственныя предприятия и т. п. Вотъ почему, даже когда начался процессъ, судебная власть не должна проникать *ex officio* за ту завѣсу домашнихъ и хозяйственныхъ отношеній, которую не хотятъ поднять сами тяжущіеся. Судъ, какъ органъ общественной власти, не заинтересованъ въ пользу той или другой стороны въ гражданскомъ процессѣ, а заинтересованъ только въ правильномъ разрѣшеніи спора по тѣмъ даннымъ, какія ему сообщены тяжущимися. Онъ не долженъ становиться на одну какую-нибудь сторону и розыскивать доказательства вмѣсто ея самой во вредъ противной сторонѣ. Для него обѣ стороны должны бытъ равны.

Въ исторіи извѣстно также и противоположное начало процесса— слѣдственное или инквизиціонное (*Untersuchungs-Maxime*), по которому судебная власть приступаетъ къ изслѣдованію юридическихъ фактовъ и отношеній по собственной инициативѣ или по донесеніямъ другихъ властей, въ интересахъ общественнаго порядка и безопасности, и въ самомъ изслѣдованіи старается раскрыть матеріальную истину всѣми возможными способами, не стѣсняясь произволомъ и показаніями заинтересованныхъ сторонъ. Это начало естественно развивается главнымъ образомъ въ уголовномъ процессѣ, потому что преслѣдованіе *ex officio* и раскрытіе подлинныхъ виновниковъ и дѣйствительнаго характера преступленія составляютъ, въ самомъ дѣлѣ, прямую задачу уголовного правосудія. Сама общественная власть должна охранять безопасность общества противъ преступной воли, не полагаясь исключительно на инициативу потерпѣвшихъ отъ преступленія частныхъ лицъ: ихъ можетъ и не быть, они могутъ быть убиты, преступно лишены свободы и т. п. Общественная власть въ уголовномъ процессѣ есть *partie principale*—главная заинтересованная сторона и, пока власть обвинительная не отдѣлена отъ судебной, судъ принимаетъ непосредственное участіе въ преслѣдованіи; инквизиціонный характеръ процесса развивается здѣсь вполнѣ естественно. Впрочемъ, строгое разграниченіе уголовного и гражданского судопроизводства устанавливается въ исторіи не вдругъ; въ теченіи долгаго времени эти понятія болѣе или менѣе смѣшиваются и слѣдственные приемы тѣмъ легче переносятся изъ уголовной практики на гражданскія дѣла, что одни и тѣ же суды обыкновенно завѣдываютъ дѣлами того и другаго рода и по отношенію къ нѣкоторымъ дѣламъ гражданскимъ государство считаетъ себя почти такъ же непосредственно заинтересованнымъ, какъ и въ охраненіи общественной безопасности.

Состязательное начало указываетъ намъ на нѣкоторую деликатность въ отношеніяхъ общественной власти къ частнымъ правамъ и интересамъ, которая является результатомъ продолжительнаго историческаго опыта и развитія понятій. Въ сравненіи съ инквизиціоннымъ процессомъ, это начало есть явленіе новой исторіи. Но любопытно, что въ первоначальные періоды быта каждаго народа судопроизвод-

ство его имѣеть не столько слѣдственный, сколько состязательный характеръ. Этотъ фактъ объясняется слабостью общественной власти на первыхъ порахъ ея развитія. Когда она успѣеть нѣсколько оверѣпить, она ставитъ себѣ задачею установить внѣшній порядокъ и безопасность въ странѣ, оставляетъ прежній финансовый взглядъ на судъ и вступаетъ въ дѣятельную борьбу съ лихими людьми, крамольниками и душевредцами разнаго рода. Тогда-то начинается время для развитія инквизиціонныхъ приемовъ въ процессѣ, прежде всего, конечно, въ уголовномъ. Однако, пока идетъ работа для созданія и укрѣпленія формальнаго государственнаго строя, многія частныя отношенія получаютъ публичный характеръ, наприм., помѣстное и вотчинное владѣніе, холопство и т. п. А потому и судъ по дѣламъ этого рода принимаетъ до нѣкоторой степени формы уголовного процесса и эти энергическія формы распространяются потомъ и на другія дѣла, какъ крайнія средства для достиженія правосудія. Такъ, наприм., у насъ въ эпоху Уложенія Алексѣя Михайловича, на ряду съ древнею формою суда, мы видимъ въ гражданскомъ процессѣ розыскъ и даже пытки. Воинскій Уставъ допускаеть пытку вообще въ большихъ и важныхъ гражданскихъ дѣлахъ. Съ теченіемъ времени понятія уголовного и гражданского процесса постепенно выяснились, особенно съ раздѣленіемъ уголовныхъ и гражданскихъ судовъ со временъ Екаторины II; однако, даже въ Сводѣ Законовъ гражданское судопроизводство сохранило нѣкоторую примѣсь слѣдственного начала. Судебный процессъ начинался иногда безъ исковаго прошенія, вслѣдствіе того только, что полиція, завѣдывавшая исполнительнымъ производствомъ, пересылала дѣло въ судъ, какъ спорное (X, 2, 22). Нѣкоторыя дѣла переходили изъ одной судебной инстанціи въ другую безъ всякой жалобы, слѣдственнымъ порядкомъ; наприм., дѣла казны (X, 2, 696). Кромѣ того, судебныя рѣшенія основывались не только на доказательствахъ, представленныхъ сторонами; судъ долженъ былъ пополнять дѣло справками и объяснять его себѣ всѣми потребными къ тому обстоятельствами (X, 2, 441). Эти явленія стояли въ связи, между прочимъ, съ письменностью нашего процесса, которая, разобщая судъ отъ тяжущихся, вынуждала судей воспроизводить себѣ дѣйствительныя отношенія сторонъ исключительно на основаніи бумагъ и, въ случаѣ сомнѣній и пробѣловъ въ бумагахъ, заводитъ переписку для разъясненія дѣла.

При судебной реформѣ слѣдственное начало признано было однимъ изъ самыхъ главныхъ недостатковъ нашего судопроизводства, совершенно противнымъ существу гражданскихъ тяжбныхъ дѣлъ, и въ новомъ Уставѣ проведено съ большою строгостью состязательное начало процесса. Мы должны теперь опредѣлить кругъ дѣйствія этого начала. Его можно разложить на слѣдующія положенія:

1. Судъ не производитъ гражданскихъ дѣлъ безъ просьбы заинтересованныхъ лицъ (*judex ne procedat ex officio*). Вся инициатива, вызывающая движеніе процесса, принадлежитъ этимъ частнымъ лицамъ, а не суду. Такимъ образомъ судъ можетъ приступить къ производству гражданскихъ дѣлъ не иначе, какъ вслѣдствіе просьбы о томъ лицъ, до воихъ эти дѣла касаются (Уст. 4). Для начатія процесса въ порядкѣ спорномъ необходима исковая просьба; дѣло не можетъ быть начато вслѣдствіе пересылки его изъ полиціи въ судъ, какъ бывало прежде (69 г. Кас. 844). Притомъ, если искъ предъявленъ къ одному лицу, то судъ не можетъ *ex officio* привлечь къ отвѣтственно-

сти другое лицо (71 г. Кас. № 72, д. Бахтыта. 69 г. Кас. 295, 304, 707); когда истецъ просить объ одномъ предметѣ, судъ не въ правѣ начинать ех officio дѣло о другомъ и постановлять рѣшеніе о такомъ предметѣ, о которомъ не было предъявлено требованія (Уст. 131, 706). Точно также и въ апелляціонной и кассационной инстанціи производство начинается не иначе какъ по просьбѣ или жалобѣ заинтересованныхъ лицъ (Уст. 154, 162, 733, 743, 783, 185, 792. 67 г. Кас. 319, 68 г. Кас. 111). Исполненіе рѣшенія опять предполагаетъ просьбу или желаніе взыскателя (Уст. 157, 159, 925, 926). Однимъ словомъ, все движеніе процесса основывается на инициативѣ заинтересованныхъ лицъ.

Это важное правило не слѣдуетъ доводить до крайности, какъ иногда дѣлается на практикѣ. Оно имѣетъ только тотъ смыслъ, что судъ не долженъ заботиться объ охраненіи и осуществленіи гражданскихъ правъ противъ воли заинтересованныхъ лицъ, не долженъ навязывать имъ непрошенныхъ услугъ. Но вмѣстѣ съ тѣмъ положеніе суда въ процессѣ нельзя считать совершенно пассивнымъ. Прежде всего онъ обязанъ ех officio принимать мѣры къ охраненію общественнаго интереса, наприм., передавать уголовныя обстоятельства, обнаруженныя въ гражданскомъ процессѣ, прокурору для возбужденія уголовного преслѣдованія (Уст. 8, 563. 69 г. Кас. 342), возбуждать преслѣдованіе за оскорбленіе должностнаго лица въ поданной суду бумагѣ (Уст. 8. Улож. о нак. 1534. 70 г. Кас. 113), разсматривать въ дисциплинарномъ порядкѣ дѣйствія подчиненныхъ ему мѣстъ и лицъ (Сен. распор. 17 нояб. 70 г., по д. Миронова. Учр. 249—250), налагать гербовыя штрафы (Уст. 462. 70 г. Кас. 585), и т. п. Въ охраненіе установленной системы судоустройства, онъ обязанъ не принимать къ своему разсмотрѣнію дѣла, неподлежащая его вѣдомству, независимо отъ отводовъ (Уст. 584). Съ другой стороны, принявъ дѣло, онъ обязанъ производить его безостановочно до конца, не ожидая на каждомъ шагѣ новаго понужденія отъ тяжущихся; пока производство не будетъ законнымъ образомъ приостановлено (Уст. 681), судъ долженъ заботиться о скорѣйшемъ окончаніи дѣла, о сбереженіи времени, необходимаго ему для разбирательства другихъ дѣлъ, а потому имѣетъ право отказывать въ удовлетвореніи одностороннихъ просьбъ объ отсрочкахъ (Уст. 75, 331, 356, 357. 67 г. Кас. 227. 68 г. Кас. 856), право прекращать словесное состязаніе сторонъ, когда дѣло достаточно разъяснено (Уст. 338. 68 г. Кас. 210), останавливать свидѣтеля, когда онъ вдается въ рассказы объ обстоятельствахъ, неидущихъ къ дѣлу (Уст. 399) и т. п. Движеніе дѣла къ окончанію вытекаетъ уже изъ исковой просьбы и изъ требованія отвѣтника отказать истцу въ его искѣ. Судъ долженъ вести дѣло къ заключенію, не усложняя его частными вопросами безъ особыхъ, случайныхъ требованій заинтересованныхъ лицъ: но и здѣсь, въ этой области частныхъ вопросовъ, законъ даетъ суду право ех officio обращать вниманіе на разныя обстоятельства, наприм., на неспособность судьи (Учр. 149. Уст. 668. 69 г. Кас. 860, д. Гузикова) или свидѣтеля (Уст. 371) и на существованіе законныхъ причинъ къ приостановкѣ производства (Уст. 681 и слѣд.). О самомъ рѣшеніи суда нужно замѣтить, что хотя судъ не имѣетъ права постановлять рѣшеніе о такихъ предметахъ, о которыхъ не было предъявлено требованія, но это правило не мѣшаетъ суду постановить рѣшеніе о такомъ предметѣ, который вы-

текаетъ изъ предъявленныхъ ему требованій, какъ прямое послѣдствіе ихъ (69 г. Кас. 598, 1064; 67 г. Кас. 159, 306, 344. Contra 67 г. Кас. 57). Кромѣ того, судъ не можетъ только измѣнять требованій по существу, но имѣетъ право юридически формулировать ихъ точно, чѣмъ это сдѣлано сторонами, особенно при первоначальной запискѣ словесной ихъ просьбы въ протоколъ или въ книгу прошеній; такое право признается за судомъ даже на западѣ Европы, гдѣ дѣла ведутся болѣею частію опытными и образованными адвокатами и стряпчими ¹⁾, и тѣмъ болѣе должно быть признано у насъ въ Россіи, если мы не хотимъ превратить состязательное начало въ бесполезный формализмъ (69 г. Кас. 1333. Побѣд. § 1089).

2. Судъ не долженъ выходить за предѣлы требованій сторонъ (*ne eat iudex ultra petita partium*). Онъ не имѣетъ права присудить имъ болѣе того, что они требовали (Уст. 131 и 706). Онъ можетъ только присудить имъ столько же, или менѣе того, что ими требовалось, или совсѣмъ отказать имъ. Въ предѣлахъ требованій сторонъ онъ вполне свободенъ. Такъ, наприм., истецъ требуетъ какой-нибудь одной вещи по своему выбору, а судъ, вслѣдствіе возраженій противъ права выбора, можетъ присудить ему альтернативно эту или другую вещь по выбору отвѣтчика. Можно замѣтить еще, что вездѣ на Западѣ допускается исключеніе изъ этого втораго правила въ отношеніи судебныхъ издержекъ: просьба о возвратѣ ихъ разумѣется сама собою, потому что, по принципу, судебныя издержки падаютъ на обвиненную сторону и судъ можетъ постановить въ рѣшеніи о возвратѣ ихъ оправданной сторонѣ безъ особой просьбы ²⁾. Нашъ Уставъ, впрочемъ, не признаетъ этого исключенія (Уст. 133, 142, п. 5, 868).

3. Судъ не долженъ розыскивать и принимать въ соображеніе такіе факты и доказательства, которые не заявлены ему сторонами (*quod non est in actis, non est in mundo*; или: *sententia debet ferri secundum allegata et probata, et non secundum conscientiam*). Онъ не собираетъ самъ доказательства или справки, не принимаетъ во вниманіе своихъ частныхъ, закулисныхъ свѣдѣній о дѣлѣ, а основываетъ рѣшенія исключительно на доказательствахъ, представленныхъ тяжущимися (Уст. 82, 367. 68 г. Кас. 218. 69 г. Кас. 298. 70 г. Кас. 452, и 1165). Фактическій матеріалъ для рѣшенія доставляется сторонами въ законныхъ формахъ процесса, а не розыскивается судомъ.

Надобно замѣтить, что это правило не касается юридическихъ нормъ, а только факческаго матеріала для рѣшенія. Когда факты сообщены суду и удостовѣрены доказательствами, то обсужденіе ихъ на основаніи закона есть не только право, но и обязанность суда

¹⁾ Renaud, § 78, прим. 20 и 21. Wetzell, § 43, прим. 42, 43, 46 и 47. С. 6 X. de jud. (2, 1): *Provideatis attentius, ne ita subtiliter, sicut a multis fieri solet, cujusmodi actio intentetur, inquiratis, sed simpliciter et pure factum ipsum et rei veritatem—investigare curetis*, т.-е. берегитесь тщательно, чтобы не розыскивать со всѣми тонкостями, какъ это дѣлается многими по обычаю, какаго рода искъ предъявляется истцомъ, а старайтесь изслѣдовать просто и въ чистотѣ самый фактъ и правду дѣла. Ср. еще Бавар. Уст. § 264. Schmitt, § 235—6: судъ можетъ присудить то, чего сторона проситъ даже по другимъ юридическимъ, а иногда и по другимъ фактическимъ основаніямъ (т. 1, стр. 635). Strippelmann, Nichtigkeitsbeschwerde, стр. 219.

²⁾ Renaud, *ibid.* Бавар. Уст. 262, Ганнов. 345. Бад. 357. Ольд. 120 и др. Герм. Пр. 72 г. § 264. Справ. Побѣд. § 1463: „если была о томъ просьба“.

(Уст. ст. 9, 129, 67 г. Кас. 42 и др.); онъ долженъ самъ знать дѣйствующее законодательство (*jura novit curia*) и принимать въ соображеніе не тѣ только статьи закона, которыя приведены тяжущимися (68 г. Кас. 42, д. Стелловскаго). Что касается обычаевъ, то Уставъ Гр. Суд. дозволяетъ мировымъ судьямъ руководствоваться мѣстными обычаями по ссылкѣ той или другой стороны ¹⁾ (Уст. 130). Для общихъ и коммерческихъ судовъ такого ограниченія не существуетъ, а напротивъ въ Уст. Торг. сказано, что судъ долженъ принимать въ основаніе своихъ рѣшеній, при недостаткѣ положительныхъ законовъ, принятые въ торговлѣ обычаи и примѣры бывшихъ въ томъ судѣ рѣшеній въ подобныхъ случаяхъ (ст. 1408).

Съ другой стороны, судъ имѣетъ право разяснять себѣ дѣло посредствомъ самихъ тяжущихся и выставленныхъ ими свидѣтелей, хотя отъ ихъ доброй воли зависитъ дать или не дать ему требуемое объясненіе. Такъ, онъ можетъ предлагать сторонамъ и свидѣтелямъ вопросы, нужные для объясненія дѣла (Уст. 72, 175, 335, 400), можетъ указывать тяжущимся на недостатки доказательствъ по существеннымъ фактамъ дѣла и предлагать имъ пополнить этотъ недостатокъ, если хотятъ (Уст. 368). Онъ не долженъ только требовать доказательствъ на такіе факты, которые безспорны между сторонами, возбуждать отъ себя сомнѣнія и возраженія, вмѣсто отвѣтчика ²⁾. Такъ, наприм., если отвѣтчикъ не споритъ противъ дѣйствительности акта, подписаннаго по безграмотности его другимъ лицомъ (70 г. Кас. 1200), если стороны не возбуждаютъ вопроса о давности (Уст. 132. 70 г. Кас. 1282) и т. п., то судъ не имѣетъ права привести эти возраженія отъ себя и основать на нихъ свое рѣшеніе. Это правило примѣняется къ тѣмъ случаямъ, гдѣ признаніе или неформальное соглашеніе сторонъ имѣетъ законную силу.

Съ той же цѣлью разясненія дѣла, судъ можетъ даже *ex officio* назначать осмотръ на мѣстѣ (Уст. 507) и требовать заключенія свѣдущихъ людей (Уст. 515). Ему принадлежитъ право оцѣнки доказательствъ, представленныхъ сторонами, право толкованія и юридической констракціи представленныхъ ими документовъ, договоровъ и т. п. Состязательное начало оставляетъ такимъ образомъ суду достаточно широкое поле для дѣятельности въ процессѣ, какъ по управленію формальнымъ ходомъ производства (назначеніемъ сроковъ, засѣданій, отсрочекъ, вызовами, направленіемъ устныхъ состязаній и т. п.), такъ и по матеріальному разясненію и изслѣдованію дѣла

¹⁾ Сенатъ толкуетъ эту статью въ томъ смыслѣ, что мировой судья можетъ руководствоваться обычаями только по ссылкѣ той или другой стороны (67 г. Кас. 117. 69 г. Кас. 808).

²⁾ Прусс. Уставъ предписывалъ членамъ суда (инструентамъ) подучать какъ истца, такъ и отвѣтчика, каждаго отдѣльно, при совѣщаніяхъ съ ними, на счетъ всевозможныхъ возраженій, какія одна сторона можетъ привести противъ другой (G. O. 1, 5. § 6—9, § 6 и 7). Впослѣдствіи этотъ порядокъ отмѣненъ въ самой Пруссіи. Критику его см. у Миттермайера, *l. cit.* Именно по поводу прусской *Untersuchungsmethode* и изобрѣтенъ Гённеромъ терминъ: состязательное начало, какъ противоположность слѣдственному. Gönner *l. cit.* По новому Бавар. Уст. судъ имѣетъ право принимать во вниманіе такія возраженія, реплики, дублики и т. д., фактическая основа которыхъ сообщена ему сторонами, хотя бы онъ и не ссылался на нихъ положительно, впрочемъ, и не выразилъ желанія отказаться отъ нихъ. См. Schmitt, т. 1, § 234.

(causae cognitio). И такъ именно должно быть. Судъ не долженъ имѣть деспотическаго, инквизиціоннаго характера, но въ то же время онъ не долженъ быть слабъ и бездѣятеленъ, потому что слабый судъ былъ бы покровителемъ всякаго рода злоупотребленій въ гражданскомъ оборотѣ.

§ 75. Формы сношеній между лицами, дѣйствующими въ процессѣ ¹⁾. Судопроизводство, какъ мы уже замѣтили, есть обмѣнъ мыслей и намѣреній между лицами, дѣйствующими въ процессѣ. Мы рассмотрѣли также и формы, въ которыхъ выражаются эти мысли и намѣренія, именно устную рѣчь и письменныя формы. Но для понятія объ обмѣнѣ ихъ недостаточно, чтобы они были только выражены во внѣшней формѣ; нужно еще, чтобы они были сообщены отъ одного лица другому. Такъ, наприм., рѣшенія и опредѣленія суда должны быть объявлены сторонамъ (Уст. 700, 714—717, 725, 726); бумаги одной стороны должны быть сообщены другой (Уст. 277, 317, 318, 165, 746, 758, 759); распоряженіе суда о днѣ слушанія дѣла должно быть доведено до свѣдѣнія тяжущихся (Уст. 767, 171. 67 г. Кас. № 2. 69 г. Кас. 624) и проч. Для этихъ сношеній установлены извѣстныя формы, извѣстный порядокъ, и мы должны теперь обратить на нихъ вниманіе. Предметъ этотъ при всей своей простотѣ въ высшей степени важенъ, потому что та или другая организація его непременно оказываетъ вліяніе на движеніе процесса, на быстроту или медленность и дороговизну его, и, кромѣ того, стоитъ въ связи съ надежностію охраненія правъ въ процессѣ.

Общія формы сообщенія мыслей отъ одного лица другому можно вывести a priori. А именно сообщеніе устной рѣчи требуетъ произнесенія или провозглашенія ея въ присутствіи того лица, которому она должна быть сообщена. Въ такой формѣ совершается обмѣнъ мыслей, напримѣръ, при устномъ состязаніи сторонъ на судѣ, при словесныхъ заявленіяхъ сторонъ суду, при допросахъ сторонъ и свидѣтелей, объявленіи резолюцій суда въ открытомъ засѣданіи (Уст. 700) и т. п. Точно также и содержаніе бумагъ, протоколовъ и т. п. можетъ быть сообщено присутствующимъ лицамъ посредствомъ прочтенія или провозглашенія. Когда стороны находятся въ судѣ, онѣ могутъ и сами обозрѣвать и прочитывать касающіяся ихъ бумаги, рѣшенія суда и т. п. (Уст. 714, 715). Дѣло усложняется, когда нужно сообщить мысль отсутствующему лицу. Обыкновенная форма этого сообщенія есть доставка бумагъ отъ одного лица другому (Zustellung, Insinuation) съ изложеніемъ въ нихъ тѣхъ мыслей и намѣреній, которыя они желаютъ сообщить другъ другу. Такъ, наприм., пересылаются въ судъ исковыя прошенія (Уст. 259) и другія бумаги сторонъ (Уст. 313 и слѣд.), если тяжущіеся не желаютъ подавать ихъ суду лично или чрезъ повѣренныхъ, посредствомъ врученія; бумаги одной стороны доставляются другой въ копіяхъ; копія заочнаго рѣшенія посылается неявившемуся отвѣтчику при повѣсткѣ (Уст. 725) и т. п.

Для сношеній втораго рода, между отсутствующими, обыкновенно нужны посредники и организація этого посредничества составляетъ одну изъ важнѣйшихъ задачъ судебного законодательства. Повидимому самымъ простымъ, дешевымъ и лучшимъ органомъ сношеній

¹⁾ Wetzell, § 67. Renaud, § 156. Мотивы Герм. Им. 1872 г. § 146 и слѣд. Kräwel въ Zeit. v. Hinschius, т. 1, стр. 362 ff. Lush, стр. 355 и слѣд., 864 и слѣд. Davis, стр. 152 и слѣд. Австр. Ref. E. § 154 ff. Reg. E. § 156 ff. „Суд. В.“ 68 г. № 99.

должна бы служить почта, которой доверяется вообще пересылка корреспонденции, даже денежной. И действительно, въ некоторых странахъ, напр. въ Пруссiи и Англии, цѣлая масса процессуальныхъ сношеній производится черезъ почту въ рекомендованныхъ конвертахъ ¹⁾. Но другія законодательства ²⁾ и, между прочимъ, наше русское, считаютъ этотъ способъ пригоднымъ не для всѣхъ сношеній. Бумаги, посылаемыя сторонами въ судъ, могутъ быть спокойно сданы на почту, потому что въ доставкѣ ихъ почтовымъ вѣдомствомъ суду едва ли могутъ выйти какія-нибудь злоупотребленія или неправильности и ошибки. Поэтому нашъ уставъ вообще дозволяетъ присылать бумаги въ судъ по почтѣ (Уст. 259, 828. 69 г. Кас. 389). Напротивъ, когда нужно доставить бумагу отъ суда частнымъ лицамъ или отъ одного тяжущагося другому, доставка такихъ бумагъ по почтѣ считается не вполне надежною, а у насъ и не вездѣ возможною, потому что во многихъ мѣстахъ у насъ еще нѣтъ почтовыхъ сообщений ³⁾. Поэтому доставка бумагъ изъ общихъ судовъ тяжущимся производится у насъ посредствомъ судебныхъ приставовъ (Уст. 305). Сословіе это учреждено у насъ при судебной реформѣ (Учр. 297—352) по примѣру Франціи, откуда оно заимствовано и разными другими государствами. При некоторыхъ мировыхъ сѣздахъ состоятъ также особые судебные приставы, а при коммерческихъ судахъ, кромѣ приставовъ, и присяжные служители (Уст. 158. Наказъ Спб. М. Сѣзда, ст. 135—201. Уст. Торг. 1281, 1356), у мировыхъ судей разсылные (Уст. 62). Кромѣ того, доставка бумагъ производится иногда чрезъ полицію, чрезъ волостное или сельское начальство (Уст. 62, 280. Наказъ Спб. Окр. Суда, 95). Во всѣхъ этихъ сношеніяхъ принимаетъ участіе канцелярія суда, такъ что судебный приставъ изъ канцеляріи получаетъ порученія доставить тѣ или другія бумаги при повѣсткахъ ⁴⁾ и въ канцеляріяхъ ведутся особыя книги повѣстокъ и исходящіе реестры для контроля. Бумаги, которыя одна сторона желаетъ переслать другой, обыкновенно поступаютъ сначала въ канцелярію суда, а оттуда передаются или прямо отъ секретаря тяжущемуся подъ росписку, если онъ находится въ судѣ (Уст. 307), или сдаются приставу или пересылаются по почтѣ приставу, живущему въ томъ уѣздѣ, гдѣ ихъ нужно доставить (Нак. Спб. Окр. Суда, 125, 126), или полицейскому, тюремному, больничному и т. п. начальству того мѣста, гдѣ должна послѣдовать доставка (*ibid.*, 95). Судъ не можетъ поручать одной сторонѣ, чтобы она передала бумаги, наприм., повѣстки, своему противнику (Сен. Расп. 16 дек. 69 г., по д. Басова. Побѣд. § 487). Обмѣнъ состязательныхъ бумагъ между сторонами производится черезъ посредство канцеляріи суда. Законъ допускаетъ исключеніе только для присяжныхъ повѣренныхъ; имъ дозволяется показывать другъ другу бумаги по дѣламъ ихъ довѣрителей

¹⁾ См. также N. York Code, § 410 ff.

²⁾ См. Мотивы Герм. Пр. стр. 180 и слѣд.

³⁾ Изъ коммерческихъ судовъ въ уѣздъ повѣстки посылаются и по почтѣ (Уст. Торг. 1531), но обыкновенно не прямо адресату, а мѣстной полиціи или начальству, для врученія кому слѣдуетъ.

⁴⁾ Иностранные Уставы дозволяютъ самимъ сторонамъ давать порученія приставу помимо канцеляріи и тѣмъ самымъ снимаютъ съ судебныхъ канцелярій цѣлую массу механическаго труда.

и передавать копии этих бумаг безъ посредства канцеляріи и судебных приставовъ ¹⁾ (Уст. 308).

Въ дальнѣйшемъ анализѣ этого предмета мы встрѣчаемся съ вопросами: кому и гдѣ должна быть доставлена та или другая бумага и какія нужны доказательства доставки?

Пока тяжущійся не назначилъ себѣ повѣреннаго для веденія дѣла, всѣ бумаги, подлежащія сообщенію сторонѣ, обыкновенно доставляются въ собственныя ея руки (Уст. 63, 282, 305, 725. Уст. Торг. 1535). Если стороной въ дѣлѣ является такое лицо, у котораго есть законные представители, то бумаги вручаются имъ; такъ, наприм., вмѣсто несостоятельнаго должника получаютъ ихъ попечители конкурсной массы (Уст. 289. Уст. Торг. 1,903 и слѣд.), вмѣсто малолѣтнихъ—опекуны, за присутственное мѣсто—чиновники и т. п. Въ дѣлахъ обществъ и компаній бумаги доставляются ихъ управляющимъ или агентамъ, а въ полномъ товариществѣ одному изъ товарищей (Уст. 288). Но послѣ того, какъ сторона заявила суду о назначеніи повѣреннаго для веденія дѣла, бумаги должны доставляться уже не довѣрителю, а повѣренному (Уст. 46, 50, 249), и если заявлено о перемѣнѣ повѣреннаго, то новому повѣренному, а не прежнему (Уст. 251. 70 г. Кас. 55). Кромѣ того, какъ довѣритель, такъ и повѣренный можетъ заявить суду, что онъ уполномочиваетъ такое-то лицо, живущее въ томъ городѣ, гдѣ находится судъ, на получение всѣхъ посылаемыхъ ему бумагъ; въ такомъ случаѣ всѣ бумаги доставляются этому уполномоченному на получение ихъ лицу (Zustellungs oder Insinuations-Mandatar. Уст. 308, 310).

Можетъ случиться, что приставъ не застанетъ дома то лицо, которому онъ долженъ вручить бумагу, или не будетъ имъ принятъ. Въ такихъ случаяхъ онъ отдаетъ бумагу домашнимъ адресата или завѣдующему его имѣніемъ, либо домою, и торговымъ заведеніемъ (Уст. Торг. 1,536), дворнику его дома (72 г. Кас. 346, д. Бобровскаго), и даже сосѣду его, если они согласятся доставить ее ему и дадутъ въ томъ росписку (Уст. 64, 282); но вмѣстѣ съ тѣмъ приставъ долженъ довести объ этомъ обстоятельствѣ до свѣдѣнія полиціи или волостнаго начальства и прибываетъ копию повѣстки за своею подписью: въ городахъ—къ дому полицейскаго управленія, а въ селеніяхъ—къ дому сельскаго старосты или десятскаго (Уст. 283). Если бы никто изъ домашнихъ и другихъ близкихъ адресату лицъ не былъ отысканъ или не согласился принять бумагу для передачи, то она оставляется съ этой цѣлью у мѣстнаго начальства и копія повѣстки прибывается къ дому этого начальства (Уст. 65, 285).

Мы уже замѣтили выше, что если тяжущійся находится въ судѣ, то бумаги, слѣдующія къ доставкѣ ему, вручаются ему тутъ же подъ росписку (Уст. 307). Нѣкоторыя бумаги, наприм., рѣшенія суда, постановленныя не въ заочномъ порядкѣ (Уст. 714 и слѣд.), даже совсѣмъ не подлежатъ пересылкѣ тяжущимся; они могутъ читать ихъ въ канцеляріи суда и брать съ нихъ копии, если хотятъ, но на домъ къ нимъ онѣ не посылаются. Сюда принадлежатъ и всѣ резолюціи суда, объявляемыя сторонамъ посредствомъ провозглашенія или устной рѣчи судей (Уст. 700. Уст. Торг. 1,732 и сл.). И самый вызовъ сторонъ въ засѣданіе суда можетъ быть объявленъ имъ словесно въ предѣ-

¹⁾ Также Франц. 75, 77 и др. Ганнов. 133. Бад. 236. Герм. Пр. 169.

дущемъ засѣданіи съ отобраніемъ отъ нихъ подписокъ въ томъ, что онѣ извѣщены (69 г. Кас. 46. 70 г. Кас. 882, д. Башмакова съ Нефедьевой. Non obstat Уст. 322). Если же этого устнаго объявленія не сдѣлано, то тѣ бумаги, которыми лицо вызывается къ какой-нибудь дѣятельности въ процессѣ, наприм., къ явкѣ на судъ, къ подачѣ отвѣта, возраженія, отзыва, объясненія на жалобу противника, къ устному состязанію и т. п., обыкновенно должны быть доставлены этому лицу на домъ, если не переданы непосредственно въ самое судѣ. Однако бумага можетъ быть вручена адресату и внѣ его дома. гдѣ бы его приставъ ни встрѣтилъ (Уст. 287). Первоначальный вызовъ отвѣтчика съ сообщеніемъ ему извѣстія объ искѣ естественно производится по мѣсту его жительства или пребыванія (Уст. 277), точно также и вызовъ свидѣтелей для допроса (Уст. 374). Но тяжущіеся могутъ проживать далеко отъ суда и сношенія съ ними были бы весьма неудобны, если бы всѣ бумаги нужно было доставлять въ мѣсто ихъ жительства или пребыванія, наприм., гдѣ-нибудь въ округѣ другого суда. Вотъ почему законъ обязываетъ тяжущихся или повѣренныхъ при первой явкѣ въ судъ заявить въ канцеляріи объ избранномъ ими мѣстѣ пребыванія (*domicile élu*) въ томъ городѣ, гдѣ находится судъ (Уст. 309. Уст. Торг. 1,552). Въ это избранное мѣсто пребыванія отсылаются потомъ всѣ бумаги, подлежащія доставкѣ имъ, и, пока тяжущійся не извѣститъ судъ о перемѣнѣ адреса, онъ не въ правѣ отговариваться незнаніемъ о тѣхъ бумагахъ, которыя были ему посланы по первоначальному его заявленію (Уст. 310). А если бы онъ совсѣмъ не заявилъ суду объ избранномъ имъ адресѣ въ томъ городѣ, гдѣ находится судъ, то бумаги, подлежащія сообщенію ему, оставляются въ канцеляріи (Уст. 311, 763). Надобно замѣтить, что это *domicile élu*, это „избранное мѣсто пребыванія“ есть ничто иное, какъ адресъ для сношеній суда съ тяжущимися; послѣдніе вовсе не обязаны проживать въ этомъ мѣстѣ, а могутъ даже означить и самый адресъ на имя третьяго лица (*Zustellungsmandatar*). Другое дѣло, конечно, когда судъ обяжетъ отвѣтчика подпискою о невыѣздѣ изъ города (Уст. Торг. 1,553—4).

Доставка той или другой бумаги изъ суда извѣстному лицу есть важный фактъ въ процессѣ, а потому понятно, что этотъ фактъ долженъ быть удостовѣренъ надежнымъ доказательствомъ. Вообще доказательствомъ врученія бумаги служитъ росписка получателя. Такъ наприм., можно получать бумаги прямо въ канцеляріи суда подъ росписку. Когда же доставка дѣлается отсутствующему лицу, то обыкновеннымъ документомъ, удостовѣряющимъ фактъ врученія, служитъ повѣстка. Есть много разнообразныхъ повѣстокъ, наприм., повѣстки о вызовѣ въ судъ, о состязательной бумагѣ противника, объ апелляціи, о заочномъ рѣшеніи, о днѣ слушанія дѣла и объ отсрочкѣ его, объ исполненіи рѣшенія и притомъ повѣстка объ исполненіи, доставляемая должнику или третьему лицу, повѣстки о вызовѣ взыскателя или свидущихъ людей къ исполненію, наприм., къ описи и оцѣнкѣ имущества и т. д. Каждая повѣстка составляется въ двухъ экземплярахъ, одинъ вручается адресату по вышеизложеннымъ правиламъ, другой остается у пристава съ роспискою на немъ получателя бумаги. На обоихъ экземплярахъ означается время врученія повѣстки. Оставшіяся у пристава экземпляры повѣстки представляются имъ въ судъ и служатъ доказательствомъ доставки другого экземпляра (Уст. 306. Уст. Торг. 1537).

Еслибы приниматель повѣстки не могъ или не хотѣлъ росписаться въ полученіи ея, то приставъ отмѣчаетъ на обоихъ экземплярахъ повѣстки, кому и когда именно она вручена и почему нѣтъ росписки принимателя (Уст. 66, 284). Въ послѣднемъ случаѣ фактъ врученія будетъ сомнительнымъ, хотя приставъ и пользуется, по самому званію своему, публичнымъ довѣріемъ (*publica fides*). Законъ дозволяетъ ему брать съ собой одного или двухъ свидѣтелей или мѣстныхъ полицейскихъ служителей въ качествѣ свидѣтелей, на случай уклоненія адресата отъ принятія повѣстки и выдачи въ томъ росписки (Уст. 286).

Мы уже замѣтили, что повѣстки иногда доставляются лицамъ, живущимъ весьма далеко отъ суда, даже въ округѣ другаго суда. Наприм., когда искъ предъявленъ по мѣсту нахождения недвижимаго имущества, по мѣсту исполненія договора и т. п., отвѣтчикъ можетъ быть вызванъ повѣсткою даже изъ округа другаго суда. Въ такихъ случаяхъ повѣстка отсылается въ этотъ судъ, который и распоряжается доставкой ея отвѣтчику (Уст. 279). Если бы отвѣтчикъ находился за границею и мѣсто его жительства тамъ было указано истцомъ, то повѣстка отсылается ему черезъ министерство иностранныхъ дѣлъ. (Уст. 281).

Есть случаи, гдѣ доставка повѣстки невозможна, а между тѣмъ необходимо довести до свѣдѣнія отвѣтника фактъ предъявленія къ нему иска или постановленія заочнаго рѣшенія противъ него (Уст. 293, 726). Мѣсто жительства отвѣтника иногда неизвѣстно истцу и не можетъ быть указано имъ, а за неимѣніемъ адреса невозможна и доставка повѣстки ¹⁾. Въ такихъ случаяхъ она замѣняется троекратными публикаціями въ вѣдомостяхъ (Уст. 298. Уст. Торг. 1742), именно въ сенатскихъ и въ двухъ газетахъ, издаваемыхъ въ Россіи на французскомъ и нѣмецкомъ языкахъ по назначенію министра юстиціи (Уст. 295 и 296). Эти публикаціи, допускаемыя закономъ только какъ крайнее средство, недействительное при возможности другихъ ²⁾, составляютъ вообще плохой суррогатъ повѣстки ³⁾. Поэтому, когда извѣстно недвижимое имѣніе отвѣтника, а самъ онъ проживаетъ неизвѣстно гдѣ, то одновременно съ публикаціями въ вѣдомостяхъ посылается повѣстка въ то имѣніе (Уст. 294). Публикаціи связаны съ законнымъ предположеніемъ, что онѣ дошли до свѣдѣнія адресата. Но какова сила этого предположенія? Есть ли оно *praesumptio juris et de jure*? Возможно ли доказать противное? Положимъ, отвѣтчикъ извѣщенъ объ искѣ публикаціями, не явился, и о заочномъ рѣшеніи противъ него извѣщенъ также публикаціями; можетъ ли онъ опровергать потомъ это рѣшеніе, доказывая, что о публикаціяхъ ему совсѣмъ не было извѣстно? Рѣшеніе въ данномъ случаѣ вполне дѣйствительно и можетъ быть

¹⁾ Доставка повѣстки иногда невозможна и по другимъ основаніямъ, наприм., когда министерство иностранныхъ дѣлъ не найдетъ возможности доставить повѣстку даже въ извѣстное мѣсто жительства отвѣтника за-границею, когда иностранныя власти откажутъ въ доставкѣ ея. И въ этихъ случаяхъ она замѣняется публикаціями. Ганнов. Уст. § 125. Бад. 243. Герм. Пр. 72 г. § 174.—Итал. Уставъ допускаетъ публикаціи даже потому только, что лицъ, подлежащихъ вызову по иску, слишкомъ много (?), § 146.

²⁾ *Repaud*, § 156, пр. 39.

³⁾ Въ англійскомъ процессѣ онѣ неизвѣстны, хотя и тамъ допускаются заочныя рѣшенія въ тѣхъ случаяхъ, когда доставка повѣстки при всѣхъ усиліяхъ истца оказывается невозможною (*Lush*, стр. 375, 869).

приведено въ исполненіе, потому что оно послѣдовало съ соблюденіемъ законныхъ формъ; взысканіе противъ отсутствующаго или укрывающагося отвѣтчика оказывается такимъ образомъ гарантированнымъ. Но не слѣдуетъ проводить силу предположенія далѣе этой цѣли. Отвѣтчикъ долженъ имѣть право просить о восстановленіи срока для отзыва на рѣшеніе, оставшееся ему неизвѣстнымъ (Уст. 835), если докажетъ, что публикаціи произведены въ то время, когда его возможно было вызвать въ судъ повѣсткою, или что онѣ не могли дойти до свѣдѣнія его ¹⁾.

§ 76. Время дѣйствій въ процессѣ ²⁾. Каждое дѣйствіе въ процессѣ необходимо совершается во времени. Въ видахъ порядка и быстроты въ движеніи процесса весьма важно опредѣлить это время, потому что иначе открылся бы хаосъ въ такомъ дѣлѣ, гдѣ все должно быть расчитано на порядокъ и быстроту. Время можетъ быть опредѣлено двоякимъ образомъ: какъ періодъ (Frist), наприм., недѣля, мѣсяцъ и т. п., и какъ извѣстный моментъ или пунктъ времени, наприм., день слушанія дѣла такого-то числа (Termin). То и другое опредѣленіе, т. е. какъ періоды, такъ и опредѣленный день засѣданія, называются у насъ сроками; и дѣйствительно, есть между ними общія черты. Когда назначается извѣстный день для засѣданія по дѣлу, то со дня назначенія его до дня засѣданія мы будемъ имѣть опредѣленный періодъ времени; и наоборотъ, когда для совершенія дѣйствія назначенъ извѣстный періодъ, наприм., недѣля, мѣсяцъ и т. п., то окончательный день этого періода будетъ такимъ же опредѣленнымъ моментомъ, какъ и день засѣданія. Однако есть и различіе между этими опредѣленіями. Когда для совершенія дѣйствія назначенъ періодъ, дѣйствующее лицо имѣетъ право выбора между днями, составляющими этотъ періодъ; оно можетъ совершить это дѣйствіе раньше или позже, только въ предѣлахъ этого періода; наприм., для подачи состязательной бумаги или жалобы назначенъ двухнедѣльный срокъ отъ такого-то дня, но она можетъ быть подана или прислана по почтѣ въ первый же день срока, или во второй, третій и т. д. Для отправки ея по почтѣ или подачи предсѣдателю или дежурному члену суда нѣтъ надобности, чтобы въ тотъ день было какое-нибудь судебное засѣданіе. Такіе періодическіе сроки господствуютъ въ письменномъ процессѣ, гдѣ судебныя засѣданія для слушанія дѣла назначаются весьма рѣдко. Напротивъ, устные состязанія происходятъ естественнo въ судебномъ засѣданіи, какъ и допросъ свидѣтелей въ гласномъ процессѣ; здѣсь необходимо назначить опредѣленный день или терминъ для слушанія, ранѣе котораго эти дѣйствія не могутъ быть совершены по желанію одной стороны. Наприм., засѣданіе для устнаго состязанія сторонъ назначено въ среду;

¹⁾ Герм. Пр. 72 г., § 199, допускаетъ восстановленіе срока для отзыва на заочное рѣшеніе, если проситель докажетъ, что онъ безъ всякой винн съ своей стороны не получилъ свѣдѣнія о сообщеніи ему заочнаго рѣшенія (Ср. § 289).

²⁾ Renaud, § 82—86. Wetzell, § 66 и 68. Мотивы Герм. Пр., стр. 198 и слѣд. Мотивы Ганнов. Уст. въ изд. Леонгардта, стр. 119 и слѣд. Австр. Ref. E. § 188 ff. Reg. E. 67 г. § 186 ff. Въ нашемъ прежнемъ законодательствѣ существовали законные сроки для цѣлаго процесса; такъ, наприм., словесные суды при частяхъ города должны были оканчивать всякое дѣло въ одинъ день и никакъ не далѣе трехъ дней, подъ опасеніемъ взысканія (X, 2, 1235). Теперь сроки относятся только въ отдѣльнымъ дѣйствіямъ въ процессѣ. Срав. Бентама о судоустр., стр. 164.

истецъ не можетъ прійти въ судъ во вторникъ и потребовать, чтобы судъ выслушалъ его, истца, тотчасъ же, а отвѣтчика завтра.

Сроки раздѣляются на судебные, законные и добровольные. Судебные сроки назначаются судомъ или судьей; продолжительность ихъ можетъ быть опредѣлена заранее закономъ съ большею или меньшею точностью, но самое назначеніе ихъ зависитъ отъ суда, такъ что, пока онъ не назначилъ срока, теченіе срока не начинается, потому что начальный или окончательный моментъ его остается неизвѣстнымъ. Таковы именно періоды, которые лежатъ между доставкою копія исковаго прошенія или апелляціонной жалобы отвѣтчику и днемъ устнаго состязанія сторонъ (Einlassungsfristen), или между врученіемъ повѣстки о вызовѣ въ судъ и днемъ явки (Ladungsfrist), между доставкою состязательной бумаги и подачею на нее отвѣта или объясненія (Vorbereitungsfristen). Начальный моментъ этихъ сроковъ остается неизвѣстнымъ, пока судъ не сдѣлаетъ распоряженія о доставкѣ бумаги и пока она не будетъ дѣйствительно доставлена. Кромѣ того, день судебного засѣданія для слушанія дѣла остается неизвѣстнымъ, пока онъ не назначенъ судомъ. Напротивъ, законные сроки начинаются въ силу самаго закона со дня совершенія какого-нибудь дѣйствія, наприм., со дня объявленія рѣшенія, и окончательный моментъ ихъ также опредѣленъ закономъ. Таковы періоды для подачи апелляціонныхъ жалобъ и просьбъ объ отмѣнѣ рѣшеній, также для нѣкоторыхъ дѣйствій самого суда или канцеляріи; законъ иногда обязываетъ судей и канцелярію, чтобы они сдѣлали то-то не позже какъ во столько-то дней или недѣль, считая съ такого-то момента; наприм., мировой судья, объявивъ резолюцію, обязанъ потомъ изложить рѣшеніе въ окончательной формѣ не далѣе, какъ въ три дня (Уст. 141), въ окружныхъ судахъ на это дѣло полагается не болѣе двухъ недѣль (Уст. 713). Можно замѣтить по этому поводу, что не только законные, но и судебные сроки регулируютъ отчасти дѣятельность тяжущихся и постороннихъ лицъ, частію же дѣятельность суда: наприм., назначеніе судебного засѣданія для слушанія такихъ-то дѣлъ опредѣляетъ извѣстный моментъ времени для той и другой дѣятельности; однако есть различіе между ограниченіемъ судебными сроками дѣятельности частныхъ лицъ и распределеніемъ судебныхъ занятій по времени. И судебные и законные сроки для дѣйствій суда не пресѣкаютъ возможности совершенія дѣйствія послѣ срока, тогда какъ пропускъ судебного или законнаго срока для дѣйствій стороны обыкновенно пресѣкаетъ право на совершеніе дѣйствія послѣ срока. Наконецъ добровольные сроки суть тѣ, которые зависятъ отъ воли или соглашенія сторонъ. Такъ, наприм., по дѣламъ мирового и торговаго вѣдомства тяжущіеся могутъ явиться въ судъ одновременно безъ вызова и просить о разборѣ ихъ дѣла немедленно, если судъ не найдетъ препятствій съ своей стороны (Уст. 60. Мотивы проекта Уст. Торг. Суд., стр. 140). По взаимному соглашенію сторонъ производство можетъ быть приостановлено и возобновлено (Уст. 681, 687, 829) и обыкновенные сроки могутъ быть продолжены или сокращены (Уст. 832). Отсрочка по взаимному соглашенію не допускается только по отношенію къ такъ-называемымъ роковымъ срокамъ (dies fatales, Nothfristen), каковы сроки для подачи отзывовъ, апелляціонныхъ и частныхъ жалобъ и просьбъ объ отмѣнѣ рѣшенія (Уст. 833, п. 1). Впрочемъ, и въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ допускается вліяніе сторонъ на опредѣленіе срока, самое назначеніе срока формально зависитъ отъ

суда, а потому и самые сроки подходят подъ понятие судебныхъ. Чисто добровольные сроки, теченіе которыхъ зависитъ отъ добровольнаго дѣйствія сторонъ, существуютъ въ тѣхъ системахъ процесса, которыя допускаютъ внѣ судебный обмѣнъ состязательныхъ бумагъ между сторонами: здѣсь срокъ начинается съ момента врученія состязательной бумаги отъ одного стряпчаго другому.

Вопросъ о назначеніи сроковъ, о томъ, отъ кого зависитъ и какими правилами опредѣляется назначеніе того или другаго срока, періода или дня засѣданія, есть одинъ изъ важнѣйшихъ вопросовъ законодательства по гражданскому судопроизводству. Начало теченія періодическихъ сроковъ опредѣляется обыкновенно моментомъ объявленія постановленій суда или врученія повѣстки, а назначеніе дней засѣданія дѣлается также судомъ. Такъ что, гдѣ повѣстки посылаются отъ суда черезъ канцелярію, громадное большинство сроковъ, почти всѣ они зависятъ отъ суда. Напротивъ, если стороны имѣютъ право поручать доставку повѣстокъ прямо отъ себя приставу, вліяніе судебной канцеляріи уменьшается, точно также какъ и вслѣдствіе непосредственнаго обмѣна бумагъ между присяжными повѣренными. Что касается назначенія дня засѣданія, оно находится въ связи съ постояннымъ или періодическимъ характеромъ судебныхъ занятій и съ устройствомъ внутренняго порядка, съ количествомъ и качествомъ дѣлъ и рабочихъ силъ суда и съ соблюденіемъ очереди въ разсмотрѣніи дѣлъ. Вотъ почему назначеніе дня засѣданія естественно зависитъ отъ предсѣдателя суда или отдѣленія, или отъ лица, дѣйствующаго во имя его, напримѣръ, дежурнаго или непремѣннаго члена. Въ канцеляріи суда долженъ вестись очередной списокъ дѣлъ, а если судъ раздѣленъ на отдѣленія, то сверхъ общей по суду числовой вѣдомости (*rôle générale*) особенный очередной списокъ (*rôle particulier*) для каждаго отдѣленія ¹⁾. Но предсѣдатель суда или отдѣленія долженъ назначать сторонамъ опредѣленные дни слушанія, а не ограничиваться только распоряженіемъ о внесеніи ихъ дѣла въ очередной списокъ по порядку поступленія. Последняя практика принята во французскихъ и баварскихъ судахъ, но она стѣснительна для тяжущихся и стряпчихъ, которые каждый день должны справляться при этой системѣ, скоро ли дойдетъ до нихъ очередь, скоро ли ихъ дѣло вывѣшено будетъ на дневномъ листѣ у дверей зала засѣданія ²⁾. Поэтому, напримѣръ, жевевскій, ганноверскій и другіе германскіе уставы и новый германскій проектъ отвергаютъ этотъ порядокъ.

Затѣмъ мы должны обратить вниманіе на продолжительность сроковъ. Нерѣдко она опредѣлена закономъ какъ *maximum* или *minimum*, а иногда въ томъ и другомъ отношеніи, и въ этихъ законныхъ предѣлахъ предоставляется свобода усмотрѣнію или сторонъ (факультативные сроки), или суда; въ другихъ же случаяхъ законъ не ставитъ никакихъ границъ для судебного усмотрѣнія (Уст. 816), кромѣ только того условія, что продолжительность срока, назначаемаго по усмотрѣнію суда, должна быть сообразна съ возможностью исполнить

¹⁾ См. франц. законъ 30 марта 1808 г. въ *Lois Usuelles p. Roger et Sorel, v. Cours impériales etc.*, art 18 et ss. Наказъ слѣб. окружнаго суда, 55, 56, 70 и слѣд. Срав. мотивы Ганнов. Уст. предъ § 142 и Герм. Пр., стр. 201.

²⁾ Въ Баваріи вывѣшивается еженедѣльная роспись дѣлъ (Бавар. Уст. § 237 и слѣдующ.).

то дѣйствіе, для коего срокъ назначается (Уст. 817); назначеніе слишкомъ короткаго срока можетъ быть предметомъ жалобы (*Querela spatii nimis angusti*). Къ факультативнымъ срокамъ для дѣйствій сторонъ принадлежатъ, напримѣръ, всѣ сроки для подачи составительныхъ бумагъ, отзывовъ и всякаго рода жалобъ: они оставляютъ дѣятельной сторонѣ свободу движенія въ законныхъ предѣлахъ, даютъ ей возможность вліять на ускореніе процесса (Уст. 151, 155, 162, 167, 191, 270, 313, 317, 318, 727, 728, 748, и слѣд. 785, 796). Это вліяніе, однако, не слѣдуетъ преувеличивать, потому что не каждая сторона заинтересована въ ускореніи процесса и повѣренные иногда слишкомъ заняты другими дѣлами или розысканіемъ другихъ дѣлъ; кромѣ того, и самая энергичная сторона мало ускоритъ дѣло, когда столкнется съ судомъ медлительнымъ по характеру или обремененнымъ дѣлами. Сроки для дѣйствій суда также опредѣлены закономъ только въ отношеніи наибольшей продолжительности и въ предѣлахъ этого maximum'a остаются факультативными для суда; таковы, напримѣръ, сроки для изложенія рѣшеній въ окончательной формѣ (Уст. 141 и 713), для выдачи копій (Уст. 144), для пересылки жалобъ въ высшую инстанцію (Уст. 165, 168, 198) и т. п. Затѣмъ судъ имѣетъ возможность ускорить или замедлить каждый судебный срокъ для дѣйствій сторонъ своимъ вліяніемъ на начало теченія его и назначеніемъ дней слушанія дѣла. И самая продолжительность періодическихъ сроковъ, напримѣръ, для явки въ судъ, также отчасти зависитъ отъ него, и еслибы онъ сталъ назначать непомѣрно длинные сроки, то можно жаловаться на эту медленность суда (*querela protractae justitiae*, Уст. 166, 168, 785). Такъ, напримѣръ, для явки отвѣтчика къ мировому судѣ законъ опредѣляетъ только minimum срока не менѣе одного дня на 15 верстъ разстоянія его мѣста жительства отъ камеры судьи (Уст. 59). Такое минимальное опредѣленіе весьма понятно; законъ хочетъ оградить отвѣтчика отъ произвола судьи, но въ то же время принимаетъ во вниманіе, что у судьи можетъ быть масса другихъ дѣлъ и только самъ судья можетъ опредѣлить день засѣданія для слушанія сторонъ и назначить на этотъ именно день срокъ явки отвѣтчика: срокъ явки здѣсь естественно долженъ совпадать съ назначеніемъ дня слушанія дѣла, чтобы не волочить сторонъ напрасно. Напротивъ, въ обыкновенномъ судопроизводствѣ окружающихъ судовъ законъ съ абсолютною точностію опредѣлилъ срокъ явки тяжущихся, а именно мѣсячный съ поверстнымъ, четырехъ-или шести-мѣсячный, смотря по тому, живетъ ли отвѣтчикъ въ Россіи, за-границею, или неизвѣстно гдѣ (Уст. 299, 300, 303). Но за то и явка здѣсь чисто формальный актъ, не совпадающій съ днемъ слушанія дѣла. Къ сроку явки, говорить законъ, тяжущіеся должны явиться въ судъ лично или прислать повѣренныхъ; но это только для заявленія въ канцеляріи объ избранномъ ими мѣстѣ пребыванія въ томъ городѣ, гдѣ находится судъ (Уст. 309). Другаго смысла эта явка не имѣетъ. Къ сроку явки отвѣтчикъ долженъ представить въ судъ письменный отвѣтъ на искъ (Уст. 313); затѣмъ между сторонами идетъ еще дальнѣйшая переписка, если онѣ хотятъ, или же кто-нибудь изъ нихъ проситъ предсѣдателя суда или отдѣленія назначить засѣданіе для слушанія дѣла; только съ назначеніемъ дѣла къ слушанію оно вносится въ очередной списокъ (Уст. 317—323). Опредѣленіе особаго дня явки и затѣмъ уже назначеніе дня слушанія дѣла объясняются продолжительностію законнаго срока

явки, неизвѣстностію, когда вручена будетъ отвѣтчику повѣстка о вызовѣ, далѣе, тѣмъ правиломъ Устава, по которому срокъ подачи первой отвѣтной бумаги совпадаетъ съ днемъ явки, а не предшествуетъ ему, и наконецъ невозможностію при этихъ условіяхъ опредѣлить заранее день слушанія дѣла. Самъ судъ долженъ еще приготовиться къ слушанію дѣла; по закону одинъ изъ членовъ суда долженъ докладывать дѣло, а слѣдовательно предварительно изучить его; при вызовѣ отвѣтчика неизвѣстно еще, сколько бумагъ нужно будетъ для подготовки дѣла. И въ сокращенномъ судопроизводствѣ законъ устанавливаетъ особый срокъ явки, отъ 7-ми дней до одного мѣсяца съ причисленіемъ поверстнаго срока (Уст. 350), а по дѣламъ, нетерпящимъ отлагательства, — и болѣе краткій срокъ (Уст. 351, 352). Но и здѣсь имѣются тѣ же причины, по которымъ иногда невозможно заранее назначить день слушанія дѣла. Стороны должны явиться сначала къ предсѣдателю, который можетъ заставить ихъ потомъ обмѣняться между собою состязательными бумагами, если дѣло сложно или требуетъ точныхъ расчетовъ (Уст. 354, 355), вмѣстѣ съ тѣмъ поручаетъ дѣло члену-докладчику и назначаетъ день слушанія его (Уст. 360). Напротивъ, по Уставу Торговому отвѣтчикъ вызывается прямо въ присутствіе суда; срокъ явки опредѣляется коммерческимъ судомъ по разчисленію дней присутствія, съ тѣмъ однако, что въ обыкновенныхъ случаяхъ, не требующихъ особенной поспѣшности, этотъ срокъ долженъ быть не менѣе трехъ дней, чтобы отвѣтчикъ по крайней мѣрѣ за два дня до явки въ судъ могъ получить повѣстку (Уст. Торг. 1533); но по дѣламъ, которыя не терпятъ отлагательства, судъ можетъ назначать и кратчайшіе сроки, со дня на день и съ часу на часъ (1539, 1540). Вмѣстѣ съ тѣмъ дѣло вносится въ докладную книгу, выписка изъ которой вручается предсѣдателю наканунѣ cadaго засѣданія и опредѣляетъ очередь рассмотрѣнія дѣлъ въ засѣданіи: сначала слушаются дѣла, отложенныя отъ прежнихъ засѣданій, а потомъ дѣла по вновь вступившимъ просьбамъ (Уст. Торг. 1360—62). Этотъ упрощенный порядокъ объясняется отчасти незначительностію округа коммерческихъ судовъ въ сравненіи съ окружными судами, частью же тѣмъ, что въ торговомъ судопроизводствѣ при словесной расправѣ нѣтъ доклада и предварительной подготовки дѣлъ. Очевидно, впрочемъ, что онъ можетъ быть примѣненъ съ большою пользою къ цѣлой массѣ дѣлъ, которыя производятся въ окружныхъ судахъ и даже долженъ примѣняться къ дѣламъ сокращеннаго производства, если возможно предсѣдателю при вызовѣ отвѣтчика заранее опредѣлить день слушанія дѣла. Въ апелляціонныхъ инстанціяхъ нѣтъ особаго дня явки, хотя стороны должны своевременно заявить канцеляріи апелляціоннаго суда свой адресъ или избранное ими мѣсто пребыванія въ томъ городѣ, гдѣ находится этотъ судъ (Уст. 763). День слушанія дѣла назначается предсѣдателемъ и объ этомъ увѣдомляются стороны повѣстками по заявленному ими адресу (Уст. 767. 67 г. Кас. № 2. 69 г. Кас. 624. 68 г. Кас. 676. 70 г. Кас. 91). Периодическій характеръ мировыхъ сѣздовъ при скопленіи дѣлъ нерѣдко мѣшаетъ имъ соблюдать со всею точностію сдѣланное по повѣсткамъ распределеніе занятій и стороны иногда долго ждутъ очереди и проживаются въ городѣ.

Исчисленіе сроковъ опредѣлено въ законѣ подробными и простыми правилами, такъ что мы можемъ ограничиться здѣсь немногими замѣчаніями. Началомъ срока, какъ мы уже видѣли, считается день

какого-нибудь сообщения, наприм., день доставленія повѣстки (Уст. 300, 305) или объявленія какого-нибудь постановленія суда (Уст. 714, 725) или распоряженія предсѣдателя (Уст. 355, 356). Затѣмъ сроки исчисляются днями, недѣлями или мѣсяцами (Уст. 818). Когда срокъ опредѣленъ днями, то день сообщенія или дѣйствія, съ котораго начинается срокъ, не принимается въ счетъ (Уст. 824). Поэтому же срокъ, опредѣленный недѣлями, оканчивается въ тотъ день послѣдней недѣли, который по своему названію соотвѣтствуетъ первоначальному дню (Уст. 821. 69 г. Кас. 701); наприм., срокъ положенъ въ двѣ недѣли со дня объявленія рѣшенія; если рѣшеніе объявлено во вторникъ, то срокъ окончится черезъ двѣ недѣли во вторникъ, потому что день объявленія не считается. Точно также, если срокъ опредѣленъ мѣсяцами, то онъ истекаетъ въ соотвѣтствующее число послѣдняго мѣсяца (Уст. 819). Но если конецъ срока, опредѣленнаго мѣсяцами, приходится въ такомъ мѣсяцѣ, который не имѣетъ соотвѣтствующаго числа, то онъ оканчивается въ послѣдній день этого мѣсяца (Уст. 820). Когда окончаніе срока по какому бы то ни было расчету пришлось бы въ день неприсутственный, то этотъ день и сряду за нимъ слѣдующіе табельные дни не принимаются въ счетъ, такъ что послѣднимъ днемъ срока считается первый за тѣмъ присутственный день (Уст. 822, 823, 826). Въ послѣдній день срока дѣйствіе, зависящее отъ срока, можетъ быть совершено до истеченія цѣлаго дня, т.-е. до 12 часовъ ночи; наприм., если право жалобы ограничено срокомъ, то можно сдать бумагу на почту и срокъ не считается пропущеннымъ, когда она получена будетъ почтою въ послѣдній день срока, наприм., въ 11 часовъ по полудни, въ томъ мѣстѣ, гдѣ находится судъ (Уст. 828. 67 г. Кас. 18, 330, 69 г. Кас. 389). Но если срочное дѣйствіе нужно совершить въ присутствіи суда, то оно можетъ быть совершено въ послѣдній день до окончанія засѣданія или, если засѣданіе окончилось ранѣе, то до 3 часовъ пополудни (Уст. 825).

Сокращеніе и продолженіе сроковъ или отсрочка. Мы уже видѣли, что разные сроки могутъ быть сокращены или той стороною, дѣйствія которой ограничены срокомъ, или судомъ. Когда дѣйствіе стороны должно быть совершено не въ присутствіи ея противника на судѣ, не въ опредѣленный день засѣданія, то она можетъ сократить срокъ этого дѣйствія, какъ ей угодно. Наприм., для подачи апелляціонныхъ жалобъ на окружной судъ по дѣламъ обыкновеннымъ полагается четырехмѣсячный срокъ со дня объявленія рѣшенія (Уст. 448, 749); но апелляторъ можетъ принести эту жалобу и гораздо ранѣе, даже въ самый день объявленія рѣшенія; копія ея должна быть семедленно сообщена судомъ противнику, который имѣетъ право представить на нее объясненіе въ мѣсячный срокъ со дня полученія этой кошіи, съ причисленіемъ поверстнаго (Уст. 758—60); но и это объясненіе можетъ быть прислано гораздо ранѣе и безъ соблюденія поверстнаго срока, въ которомъ нѣтъ никакой надобности. По полученіи объясненія предсѣдатель палаты немедленно назначаетъ день слушанія дѣла (Уст. 767). Вообще, когда между сторонами есть явное или молчаливое соглашеніе ускорять ходъ процесса, онѣ имѣютъ возможность сокращать, какъ законные, такъ и судебные сроки и, если онѣ требуютъ назначенія дня слушанія дѣла ранѣе даннаго имъ срока на явку, на обмѣнъ состязательныхъ бумагъ и т. п., то судъ обязанъ уважить эту просьбу (Уст. 317, 318, 354, 355, 758, 767). Даже одна сторона

имѣть право просить о сокращеніи разныхъ судебныхъ сроковъ при назначеніи ихъ судомъ въ пользу ея противника, если представить уважительныя къ тому основанія ¹⁾. Въ особенности сроки явки отвѣтника и періодъ между днемъ врученія ему повѣстки о вызовѣ и днемъ устнаго состязанія могутъ быть сокращены по требованію истца, если дѣло не терпитъ отлагательства (Уст. 351, 352. Уст. Торг. 1540). Даже необходимость подготовки докладчика не должна мѣшать этой мѣрѣ: докладъ можетъ быть замѣненъ прочтеніемъ какой-нибудь бумаги, наприм., исковаго прошенія. Безусловное различіе дня явки и дня слушанія дѣла во многихъ случаяхъ непримѣнимо и можетъ быть устранено съ большою пользою для правосудія. Въ нашемъ уставѣ нѣтъ общихъ правилъ о сокращеніи сроковъ, какія мы находимъ въ иностранныхъ законодательствахъ; устанавливая весьма длинныя сроки, онъ говоритъ затѣмъ только о продолженіи ихъ или объ отсрочкахъ. Но потребность быстроты въ отправленіи правосудія существуетъ и у насъ и возможны случаи, требующіе безотлагательнаго рассмотрѣнія.—Съ другой стороны, однако, нельзя отрицать и потребности въ продолженіи сроковъ по нѣкоторымъ основаніямъ. Продолженіе сроковъ надобно отличать отъ пріостановки ихъ. Есть случаи, гдѣ цѣлое производство дѣла пріостанавливается по взаимному согласію сторонъ или вслѣдствіе смерти, сумасшествія или лишенія всѣхъ правъ состоянія одного изъ тяжущихся, или повѣреннаго (Уст. 77 и 681). Понятно, что когда все производство пріостановлено, то и теченіе отдѣльныхъ, еще не истекшихъ сроковъ также останавливается (Уст. 829—831). Но даже когда цѣлое производство находится въ движеніи, сроки для отдѣльныхъ дѣйствій могутъ быть продолжены или по взаимному согласію тяжущихся (Уст. 67), или по невозможности совершенія срочнаго дѣйствія вслѣдствіе непреодолимыхъ препятствій (Уст. Торг. 1542, п. 3), или и по другимъ уважительнымъ причинамъ. Въ послѣднемъ случаѣ отсрочка допускается одинъ только разъ (Уст. 832) и болѣзнь тяжущихся не считается ни оправданіемъ въ пропускѣ срока, ни поводомъ къ продолженію его (Уст. 834. Contra Уст. Торг. 1542, 1543 и слѣд.). Такъ наз. роковыя сроки ²⁾, для отзывовъ и жалобъ, не могутъ быть продолжены ни въ какомъ случаѣ, а также, когда срокъ уже истекъ, то не можетъ быть рѣчи о продолженіи его, а развѣ только о возстановленіи (Уст. 833). Въ нѣкоторыхъ случаяхъ самъ законъ указываетъ на уважительныя основанія къ отсрочкѣ засѣданій и продолженію сроковъ (Уст. 331, 356, 357). Вообще, если судъ не успѣлъ разобратить дѣло въ одномъ засѣданіи, то, безъ сомнѣнія, онъ можетъ отложить его *ex officio* до другаго засѣданія. По требованію же одной изъ сторонъ, отсрочка разбирательства допускается только въ крайнихъ случаяхъ и по выслушаніи обѣихъ сторонъ (Уст. 75. 69 г. Кас. 660). Стороны могутъ выразить косвеннымъ образомъ свое согласіе на отсрочку разбирательства, если ни истецъ, ни отвѣтникъ не явятся въ назначенное для нихъ засѣданіе. Въ этомъ случаѣ дѣло ихъ исключается изъ очереди и затѣмъ по просьбѣ той или другой стороны назначается новое засѣданіе (Уст. 718, п. 3); при этомъ вовсе нѣтъ необходимости, чтобы въ мировыхъ сѣздахъ это новое засѣданіе

¹⁾ Герм. Пр. 72 г., § 190—192.

²⁾ Въ мотивахъ Гос. Канц. они названы рѣшительными сроками; но это не точный переводъ слова *fatales*.

приходилось непременно въ слѣдующую, а не въ ту же самую сессію, какъ можно было бы подумать по буквѣ 172 ст. Уст.

Пропускъ и возстановленіе. Послѣдствія пропуска сроковъ различны, смотря по лицу, дѣйствія котораго ограничены срокомъ. Нѣкоторые сроки, какъ мы видѣли, установлены для дѣйствій самихъ судей и канцеляріи; пропускъ ихъ даетъ право жалобы на медленность и право иска объ убыткахъ (ср. выше § 22), но самое дѣйствіе суда можетъ быть совершено и послѣ срока. Затѣмъ есть сроки для постороннихъ лицъ, наприм., для явки свидѣтелей; пропускъ ихъ наказывается штрафами и потомъ дѣлается новый вызовъ на новый срокъ (Уст. 91, 383). Такіе штрафы за неявку налагались въ старое время и на самихъ тяжущихся. И теперь еще по Уст. Торг., если отвѣтчикъ явится послѣ срока и не представитъ уважительныхъ причинъ просрочки, то съ него взыскивается штрафъ (ст. 1548) и точно также штрафуется истецъ за неявку (ст. 1550), въ размѣрѣ до 150 р. (ст. 1551). Въ Уставѣ 20 ноября эти штрафы сторонъ за ослушаніе уже не встрѣчаются. Пропускъ срока, назначеннаго для дѣйствія стороны, пресѣкаетъ возможность совершенія этого дѣйствія; такъ что всѣ сроки для дѣйствій какой-нибудь стороны въ процессѣ можно назвать пресѣкательными, преклюзивными сроками (Уст. 825). По старой теоріи германскаго процесса ¹⁾, которая господствовала и во Франціи до Ордонанса 1539 г. и дѣйствуетъ до сихъ поръ, между прочимъ, въ нашемъ остзейскомъ судопроизводствѣ, судебные сроки не имѣютъ такого строгаго характера, а имѣютъ только увѣщательное значеніе (*monitorische* или *dilatorische Fristen*). Судъ требуетъ отъ стороны какого-нибудь дѣйствія въ извѣстный срокъ, но сторона его не слушаетъ; онъ требуетъ въ другой и въ третій разъ и тогда только присоединяетъ къ своему требованію угрозу, что если и въ этотъ разъ дѣйствіе не будетъ совершено, то возможность его совершенія въ процессѣ будетъ пресѣчена (*decretum seu edictum peremptorium et comminatorium*). Это расположеніе къ отсрочкамъ держалось въ германской практикѣ цѣлые вѣка, но въ новыхъ законодательствахъ отмѣнено, такъ что уже первый судебный срокъ считается теперь пресѣкательнымъ безъ особой угрозы ²⁾. Въ нашемъ торговомъ судопроизводствѣ есть нѣкоторый остатокъ отъ стараго порядка вещей. Именно, если отвѣтчикъ не является по первой повѣсткѣ и дѣло не особенно спѣшное, то судья назначаетъ ему вторичный срокъ и посылаетъ новую повѣстку (Уст. Торг. 1545). Мнѣ случалось видѣть одно вексельное дѣло изъ архива здѣшняго коммерческаго суда 59 г., въ которомъ должникъ—петербургскій купецъ—вызывался тремя повѣстками и явился только черезъ 7 недѣль по предъявленіи иска, предварительно выславъ въ судъ свидѣтельство полицейскаго врача о болѣзни. По Уставу 20 ноября, напротивъ, если дѣйствіе не совершено въ первый срокъ, тотчасъ же наступаютъ рѣшительныя послѣдствія; наприм. отвѣтчикъ не явился по вызову въ засѣданіе, судъ можетъ немедленно постановить заочное рѣшеніе (Уст. 718, 721); или, наприм., не подана жалоба въ срокъ,—теряется право жалобы, и притомъ какъ въ томъ случаѣ, когда она вовсе не была подана въ надлежащее мѣсто, такъ и въ томъ,

¹⁾ Срав. L. 68—72, Dig. 5, 1.

²⁾ Срав. Мотивы Ганнов. Уст. § 155 и Герм. Пр., стр. 208, § 196 ff. Бавар., § 215 Бад. § 208, 331. Виртемб. 270 ff.

когда она подана не въ надлежащее мѣсто (70 г. Кас. 358) или не въ надлежащей формѣ (70 г. Кас. 1303). Въ нѣкоторыхъ только случаяхъ законъ менѣе строгъ и въ видѣ исключенія замѣчаетъ, что пропущенное дѣйствіе можно совершить и послѣ срока и такимъ образомъ очистить просрочку (могае purgatio); такъ наприм. объясненіе на апелляцію (Уст. 170, 761. 68 г. Кас. 1346. 69 г. Кас. 985, 1173) и другія состязательныя бумаги могутъ быть поданы и по истеченіи сроковъ, только не позже дня слушанія дѣла, потому что онѣ могутъ быть прочтены въ засѣданіи; самое исправленіе бумаги, поданной въ срокъ не въ надлежащей формѣ, можно допустить до дня слушанія дѣла, если она принята судомъ въ срокъ, а не возвращена. Вообще же, насколько послѣдствія пропуска сроковъ не опредѣлены особо въ законѣ, они состоятъ въ томъ, что просроченное дѣйствіе устраняется изъ процесса, какъ не существующее.

При такой строгости закона, которая совершенно необходима въ этомъ дѣлѣ, надобно принять во вниманіе, что срокъ можетъ быть пропущенъ иногда безъ всякой вины тяжущагося и въ такихъ случаяхъ несправедливо было бы подвергать его всѣмъ послѣдствіямъ упущенія. И въ этомъ отношеніи есть различіе между періодическими сроками и днями слушанія дѣла. Пропустить періодическій срокъ, наприм., въ двѣ недѣли или въ мѣсяцъ безъ всякой вины съ своей стороны довольно трудно, если въ самомъ увѣдомленіи о срокѣ или въ посредникахъ, черезъ которыхъ отправлено было сообщеніе, не было какой-нибудь ошибки или упущенія. Напротивъ, пропустить безъ всякой вины день слушанія дѣла, не попасть въ засѣданіе въ опредѣленные часы—весьма легко. Естественнo поэтому, что и законъ долженъ отнестись различно къ этимъ упущеніямъ. Когда пропущенъ день засѣданія и постановлено заочное рѣшеніе, законъ дозволяетъ отвѣтчику подать отзывъ на него даже безъ объясненія причинъ неявки, и съ принятіемъ этой бумаги заочное рѣшеніе признается недѣйствительнымъ; дѣло возвращается въ то положеніе, въ которомъ находилось до рѣшенія (Уст. 152, 731). Такой отзывъ по иностраннымъ законодательствамъ допускается какъ въ тѣхъ случаяхъ, когда цѣлое дѣло по существу разрѣшено заочно, такъ и въ тѣхъ, когда заочное опредѣленіе постановлено по какому-нибудь случайному требованію или частному вопросу, для разсмотрѣнія котораго назначено было особое засѣданіе ¹⁾. У насъ противъ частныхъ опредѣленій допускаются частныя жалобы, которыми вопросъ переносится на разсмотрѣніе высшей инстанціи (Уст. 166, 783 и слѣд.). Напротивъ, если пропущенъ періодическій срокъ, то здѣсь уже нѣтъ мѣста отзыву безъ объясненія причинъ просрочки. Здѣсь дозволяется просить о восстановленіи срока съ указаніемъ законныхъ основаній для извиненія въ пропускѣ его (69 г. Кас. 426). Законнымъ основаніемъ признается вообще, когда срокъ пропущенъ не по винѣ самого тяжущагося или его повѣреннаго ²⁾ (70 г. Кас. 914), а напримѣръ по ошибкѣ въ извѣщеніи о срокѣ (Уст. 833, п. 2), по винѣ суда или должностныхъ лицъ (наприм., предсѣдателя, нарушившаго ст. 254 Уст. 67 г. Кас. 480), или же по какимъ-нибудь непредвидѣннымъ и

¹⁾ Герм. Пр. 72 г. § 297. Франц. Уст. 149. Женев. 129, 136, 141. Ганнов. § 157 и прим. Леонгардта.

²⁾ Герм. Пр. 72 г. § 198 Abs. 2.

непреодолимымъ препятствіямъ (Уст. 778, 835). Наприм., если по случаю передѣлки зданія суда не было засѣданій и нельзя было подать жалобу (70 г. Кас. 87).—Просьба о возстановленіи срока подается въ видѣ частнаго прошенія или словесно въ протоколъ тому суду, гдѣ нужно было совершить срочное дѣйствіе, наприм., подалъ жалобу или бумагу (Уст. 779, 836), и разрѣшается этимъ же судомъ. Срокъ на подачу такихъ просьбъ назначается двухнедѣльный, но къ нему присоединяется по обычаю нашего Устава еще поверстный срокъ, который, кстати замѣтить, совершенно изгоняется новыми законодательствами Запада и замѣняется тамъ ближайшимъ усмотрѣніемъ суда или предсѣдателя (Уст. 837). Впрочемъ, и по нашему уставу нѣтъ этого придаточнаго срока, если дѣло идетъ о возстановленіи сроковъ на право апелляціи (Уст. 779). Срокъ начинается во всякомъ случаѣ не ранѣе того дня, въ который объявлено опредѣленіе этого суда о пропускѣ срока (Уст. 779, 837). Но это никоимъ образомъ не значить, чтобы ранѣе этого дня нельзя было просить о возстановленіи срока; напротивъ, чѣмъ ранѣе, тѣмъ лучше (*contra* 70 г. Кас. 1038, д. Павлова, и Побѣд., § 477, цитаты котораго не подтверждаютъ положенія, на нихъ основаннаго).—За подачею просьбы слѣдуетъ состязаніе сторонъ и постановляется опредѣленіе ¹⁾ (Уст. 838).

ГЛАВА ВТОРАЯ.

Общій порядокъ производства.

Обзоръ ²⁾. Въ движеніи процесса вообще можно различить слѣдующіе главные моменты: 1) начало процесса, или установленіе процессуальнаго отношенія, 2) изслѣдованіе дѣла въ процессѣ; 3) окончаніе процесса, въ особенности рѣшеніемъ дѣла; 4) исполненіе, и 5) обжалованіе судебныхъ постановленій.

§ 77. I. Начало процесса ³⁾. Процессъ имѣетъ цѣлью разрѣшеніе въ судебномъ порядкѣ требованій или споровъ о гражданскомъ правѣ, которые почему либо не могутъ быть разрѣшены мирнымъ путемъ безъ

¹⁾ Въ ст. 779 не упомянуто о доставкѣ противнику просителя копіи прошенія, какъ того требуетъ ст. 838. Но нѣтъ основанія допустить исключеніе, гдѣ дѣло идетъ о возстановленіи важнѣйшихъ сроковъ. Вообще мнѣ кажется, что правила 778 и слѣд. ст. совершенно лишни наряду съ общими правилами ст. 833 и слѣд.

²⁾ *Locré, Legislation*, т. 21, стр. 2 и слѣд. *Stephen by Tyler*, стр. 37 и слѣд. *Wetzell*, § 14 и 70. Соображ. Гос. Канц. объ основ. полож. гр. суд. въ изд. Уст. Гр. Суд., Введ. къ Осн. Полож.—*Bellot*, стр. 19 и слѣд.

³⁾ *Renaud*, § 72—74. *Endemann*, § 107. *Francke*, *Litispandez*, въ *civ. Arch.*, т. 16. *Buchka*, *Einfluss des Processes auf das mater. Rechtsverhältniss*, 1847 г. Соч. о *Litiscostestation v. Goldschmidt*, 1812. *Keller*, 1827. *Mayer*, 1830, *Wächter*, *Erörterungen* Heft. 3, *Savigny*, *System*, т. VI, § 256 ff. *Windscheid*, *Pand.* § 124—126 *Австр. Ref. E.* § 231 ff. *Reg. E.* § 232 ff.

посредничества судебной власти. Такъ какъ судъ можетъ приступать въ производству гражданскихъ дѣлъ не по собственной инициативѣ, а только вслѣдствіе просьбы заинтересованныхъ лицъ (Уст. 4), то для открытія процесса необходимо, чтобы эти лица предъявили суду свои требованія. Судъ можетъ приступить къ производству даже по просьбѣ одного лица, по предъявленіи иска; но это производство отличается только подготовительнымъ и непрочнымъ характеромъ. Истецъ имѣетъ еще полное право взять свою просьбу назадъ: предъявленіе иска суду нисколько не связываетъ истца и не устанавливаетъ процессуальнаго отношенія между нимъ и отвѣтчикомъ. Дѣло суда по принятіи исковой просьбы состоитъ въ томъ только, чтобы извѣстить о ней отвѣтчика и дать ему возможность отозваться противъ иска. Мы уже видѣли, что по законамъ западныхъ государствъ эта забота лежитъ на самомъ истцѣ, который долженъ обратиться или къ судебному приставу, или въ канцелярію суда съ просьбою доставить повѣстку отвѣтчику. Такъ, наприм., по французскому уставу судъ вовсе не принимаетъ участія не только въ первоначальномъ сообщеніи повѣстки объ искѣ отвѣтчику, но и въ дальнѣйшемъ обмѣнѣ состязательныхъ бумагъ между сторонами, до тѣхъ поръ, пока одинъ изъ стряпчихъ не заявитъ въ канцеляріи суда просьбы о внесеніи ихъ дѣла въ очередной списокъ. По ганноверскому уставу и новымъ германскимъ проектамъ исковое прошеніе, еще до отправленія повѣстки отвѣтчику, сообщается предсѣдателю суда, но только съ тою цѣлью, чтобы онъ назначилъ тотчасъ же, въ 24 часа, день засѣданія, на который долженъ быть вызванъ отвѣтчикъ; это распоряженіе предсѣдателя есть не что иное, какъ административная мѣра по распредѣленію занятій суда; собственно судебной, обсуждающей и рѣшающей дѣятельности здѣсь еще нѣтъ, потому что процессъ еще не начался, истецъ можетъ еще раздумать и не доставить повѣстки отвѣтчику. По нашему уставу судъ принимаетъ болѣе участія въ этомъ дѣлѣ, но и у насъ участіе его имѣетъ только распорядительный характеръ: мировой судья, предсѣдатель или дежурный членъ не обсуждаютъ исковаго прошенія по существу, а смотрятъ только, есть ли въ немъ формальныя условія для дальнѣйшаго движенія дѣла. Установленіе процессуальнаго отношенія между сторонами и по нашему законодательству нужно отнести къ моменту доставленія отвѣтчику свѣдѣнія объ исковой просьбѣ. Предшествующая этому моменту дѣятельность истца и судебныхъ органовъ служитъ только подготовкою къ открытію процесса; съ другой же стороны дѣятельность отвѣтчика, слѣдующая за этимъ моментомъ, не составляетъ необходимаго условія для открытія процесса: отвѣтчикъ можетъ явиться по вызову и отозваться противъ иска, но можетъ и не являться и не давать никакого отзыва и — въ томъ и другомъ случаѣ — судъ долженъ будетъ постановить рѣшеніе по иску. Когда истецъ обратился въ судъ съ просьбою о содѣйствіи осуществленію или охраненію его правъ противъ отвѣтчика, судъ уже вызванъ къ процессуальной дѣятельности и можетъ рассмотреть и рѣшить дѣло истца. Право защиты, принадлежащее отвѣтчику, требуетъ только, чтобы онъ былъ извѣщенъ объ искѣ и чтобы ему доставлена была возможность высказаться противъ иска; но воспользуется ли онъ потомъ этою возможностью или нѣтъ, — это уже его дѣло.

Такимъ образомъ для установленія процессуальнаго отношенія необходимы: 1) предъявленіе иска, какъ актъ, вызывающій дѣятель-

ность суда и устанавливающей процессуальное отношение между истцом и судом, и 2) извѣщеніе отвѣтчика объ искѣ, съ вызовомъ его къ отвѣту или защитѣ, какъ актъ, устанавливающий процессуальное отношение между сторонами и судомъ. Затѣмъ, для дальнѣйшаго движенія процесса важенъ еще третій моментъ, именно истечение срока для явки и отвѣта и заявленіе суду той или другой стороною просьбы о рѣшеніи дѣла противъ другой (*litis contestatio*).

Формы и порядокъ совершенія всѣхъ этихъ дѣйствій уже рассмотрѣны нами выше (§ 53, 75 и 76). Каждое изъ нихъ имѣетъ свое особенное значеніе въ процессѣ и обнаруживаетъ свое особое влияніе на матеріальныя гражданскія права.

Предъявленіе иска совершается подачею въ судъ исковаго прошенія или записью словесной просьбы въ книгу прошеній. Этотъ актъ служитъ первою основою процесса, указываетъ, кто въ немъ стороны, каковъ предметъ иска и основанія его, въ какой судъ обращается истецъ и о чемъ просить (Уст. 54, 257). Онъ вызываетъ судъ къ извѣстной дѣятельности и такъ какъ дѣятельность суда имѣетъ свои законныя предѣлы и условія и должна сообразоваться съ закономъ, то судья, принимающій исковыя прошенія, долженъ слѣдить за тѣмъ, чтобы они удовлетворяли формальнымъ законнымъ условіямъ, и, какъ мы уже видѣли, имѣетъ право возвращать ихъ или оставлять безъ движенія въ нѣкоторыхъ случаяхъ. Напримѣръ, когда дѣло, очевидно, выходитъ изъ предѣловъ вѣдомства суда по самому роду своему, то онъ обязанъ не принимать его къ рассмотрѣнію (Уст. 584) и не долженъ вступать завѣдомо въ такое процессуальное отношеніе, къ которому по закону неспособенъ. Подсудность по роду дѣла и по цѣнѣ иска опредѣляется моментомъ предъявленія иска (ср. выше, § 26), потому что въ этотъ моментъ устанавливается отношеніе суда къ дѣлу. Впрочемъ, дѣятельность суда, вызываемая непосредственно предъявленіемъ иска, состоитъ только въ распоряженіи о вызовѣ отвѣтчика. До срока явки его судъ не имѣетъ права рѣшать дѣло по существу и обсуждаетъ исковую просьбу только для опредѣленія, возможенъ ли и законенъ ли будетъ вызовъ отвѣтчика на основаніи ея. Если этотъ вопросъ разрѣшенъ утвердительно, то просьба должна быть принята, хотя бы и представлялась бездоказательною. Съ принятіемъ исковаго прошенія, какъ мы уже видѣли, наступаетъ перерывъ исковой давности; давность поражаетъ исковое право вслѣдствіе бездѣятельности истца въ отношеніи судебного осуществленія этого права; но предъявленіе иска суду есть именно дѣятельность истца въ этомъ направленіи; поэтому и давность иска прерывается.

За принятіемъ исковой просьбы слѣдуетъ извѣщеніе отвѣтчика объ искѣ съ вызовомъ его къ отвѣту или защитѣ. Вызовъ отвѣтчика, какъ мы уже видѣли, производится или доставкою ему повѣстки съ копіею исковаго прошенія и документовъ, или публикаціями въ вѣдомствахъ ¹⁾ (Уст. 61, 275, 277). Моментъ извѣщенія опредѣляется днемъ доставки повѣстки или днемъ припечатанія послѣдней публика-

¹⁾ Послѣдній способъ вызова, надобно замѣтить, примѣняется не только къ дѣламъ окружныхъ судовъ и къ нѣкоторымъ особеннымъ производствамъ коммерческаго суда (ср. выше § 27, п. 4 прим.) и мировыхъ судей въ охранительномъ порядкѣ (Уст. 1401 и слѣд.), но и къ обыкновеннымъ спорнымъ дѣламъ мировыхъ судей (Уст. 80. „Суд. В.“ 75 г. № 55; *contra* А., *практ. замѣтка тамъ же*).

ці въ сенатскихъ объявленіяхъ (Уст. 300, 301). Этотъ моментъ имѣть важное значеніе въ процессѣ, потому что съ этой минуты устанавливается процессуальное отношеніе, какъ между самими сторонами, такъ и между судомъ и отвѣтчикомъ, не устраняя однако возможности отводовъ со стороны послѣдняго. Съ этой минуты отърывается процессуальное состояніе дѣла (Rechtshängigkeit, Litispendenz). Отвѣтчикъ можетъ теперь сказать, что въ такомъ-то судѣ производится дѣло его съ такимъ-то истцомъ, и это заявленіе, какъ мы уже видѣли, можетъ служить ему отводомъ въ другихъ судахъ, если бы истецъ вздумалъ провести одинъ и тотъ же искъ или два дѣла, стоящія въ неразрывной связи между собою, въ разныхъ судахъ (exceptio litis pendentis et connexitatis causarum. Уст. 69, п. 2 и 571, п. 2). По этому моменту опредѣляется личная подсудность отвѣтника суду, насколько она зависитъ отъ мѣста его жительства или пребыванія и т. п. (Ср. выше § 31). Съ этого же времени отвѣтчикъ имѣетъ право предъявить встрѣчный искъ тому суду, въ которомъ производится дѣло по первоначальному иску (Ср. выше § 55). Истецъ послѣ этого момента уже не имѣетъ права измѣнить свой искъ въ самыхъ основаніяхъ его; потому что за такимъ измѣненіемъ оказался бы новый искъ, который нужно было бы предъявить отвѣтчику въ томъ же порядкѣ, какъ первоначальный ¹⁾. Это запрещеніе измѣненія иска, очевидно, не касается правъ истца на разъясненіе дѣла новыми доводами и доказательствами; онъ можетъ приводить ихъ въ теченіи всего производства до окончательнаго рѣшенія дѣла (Уст. 331). Запрещеніе относится только къ измѣненію самаго исковаго требованія по существу и въ основаніяхъ его; и такое измѣненіе допускается съ согласія отвѣтника, если дѣло и въ новомъ своемъ видѣ будетъ подсудно тому же суду по своему роду (Уст. 584) и соблюдены будутъ правила о вносѣ исковыхъ пошлинъ (Уст. 263, 269—270) и письменномъ изложеніи измѣненныхъ исковыхъ требованій (Уст. 334) или запискѣ ихъ въ протоколъ или въ книгу (Уст. 52. Уст. Торг. 1347, 1366. Ср. Уст. 362). Безъ согласія же отвѣтника истецъ не имѣетъ права измѣнить иска по существу. Онъ можетъ уменьшить свои требованія, но не въ правѣ измѣнить ихъ въ самомъ основаніи, т.-е. предъявлять новыя требованія, не вытекающія изъ первоначальныхъ основаній иска (Уст. 332). Онъ можетъ потомъ выразить свои требованія опредѣлительнѣе, указать точнѣе предметъ и основанія иска (70 г. Кас. 47, 437, 1118), потребовать вмѣсто одного предмета другой или цѣнность его и вознагражденіе за убытки вслѣдствіе позднѣйшихъ измѣненій въ предметѣ, наприм., уничтоженія или отчужденія имущества отвѣтчикомъ (68 г. Кас. 690, 1227), и наоборотъ, вмѣсто денежной цѣны потребовать товаръ въ натурѣ (71 г. Кас. 82, д. Авалова), можетъ даже и увеличить свои требованія, прибавить къ нимъ новыя, но только такія, которыя вытекаютъ изъ первоначальнаго основанія иска ²⁾, изъ того же отношенія или дѣла (70 г. Кас. 1203), наприм., проценты и приращенія (Уст. 333), судебныя издержки и убытки по дѣлу (Уст. 870, 896, 916 и слѣд. 70 г. Кас. 837), проценты даже и за время до предъявленія иска (Уст. 332 и 333), но послѣднее требованіе онъ не въ правѣ присоединить къ первоначальному иску уже въ апелляціонной инстанціи

¹⁾ Справ. Lush, т. 2, стр. 893 (cassetur breve).

²⁾ Герм. Цр. 72 г. § 227 и 237.

(70 г. Кас. 1150). Есть, въ самомъ дѣлѣ, различіе между заявленіемъ этого рода въ первой инстанціи до рѣшенія суда и во второй, уже послѣ рѣшенія; въ первомъ случаѣ не отнимается у отвѣтчика возможность полной защиты, какъ въ низшемъ, такъ и въ высшихъ судахъ. Правда, проценты за время до предъявленія иска входятъ въ составъ цѣны иска и подлежатъ пошлинному сбору (Уст. 55, 273, п. 1, 848); но отсюда еще не слѣдуетъ, чтобы необходимо было во всякомъ случаѣ запрещать присоединеніе ихъ къ первоначальному иску во время производства дѣла въ судѣ первой инстанціи. Слѣдуетъ только, что такое прибавочное требованіе увеличиваетъ цѣну иска и можетъ вывести его изъ предѣловъ вѣдомства мирового судьи или повлечь за собою распоряженіе суда о дополнительномъ взносѣ исковой пошлины ¹⁾).

Мы уже видѣли (§ 49), что наше законодательство не запрещаетъ ни отвѣтчику продавать спорное имущество (X, 1, 1392), ни истцу уступать свой искъ даже и по предъявленіи его отвѣтчику съ поѣсткою о вызовѣ (X, 1, 419). Но именно съ этого момента, распоряженія сего рода не имѣютъ вліянія на процессъ: частный преемникъ на основаніи такой сдѣлки не въ правѣ заступить мѣсто своего предшественника въ процессѣ безъ согласія его противника; отвѣтчикъ не можетъ возражать противъ иска, ссылаясь на то, что онъ продалъ вещь и болѣе не владѣлецъ; истецъ можетъ настаивать на судебномъ признаніи своего права на отчужденное отвѣтчикомъ имущество противъ того же самага отвѣтчика, и рѣшеніе по этому иску можетъ быть приведено въ исполненіе противъ приобретателя имущества (X, 1, 1392), насколько этому не мѣшаютъ особые гражданскіе законы, наприм., объ ипотечныхъ книгахъ, существующихъ у насъ въ нѣкоторыхъ мѣстностяхъ, о правахъ добросовѣстнаго приобретателя движимыхъ вещей, бумагъ на предъявителя или товаровъ изъ лавокъ и другихъ торговыхъ заведеній (X, 1, 534, 710. Сен. Рѣш. т. II, № 705) и т. п. Но истецъ имѣетъ въ данномъ случаѣ право превратить вещный искъ въ личный, или же предъявить искъ къ новому приобретателю, если это возможно по упомянутымъ законамъ.

Таковы послѣдствія втораго момента въ установленіи процессуальнаго отношенія. Но непосредственно за этимъ моментомъ судъ еще не имѣетъ права приступить къ изслѣдованію и рѣшенію дѣла по существу; отвѣтчикъ не только долженъ быть извѣщенъ объ искѣ, но ему должна быть дана возможность высказаться по этому иску устно или письменно, нужно назначить ему время для явки и отвѣта и выждать, пока онъ отзовется противъ иска, или же пропустить этотъ срокъ. За тѣмъ только можетъ окончательно установиться спорное состояніе: судъ можетъ приступить теперь къ изслѣдованію и рѣшенію дѣла по просьбѣ той или другой стороны. Этотъ моментъ процесса, когда обѣ стороны заявили суду свои противоположныя требованія или по крайней мѣрѣ истецъ срокъ для явки и отвѣта и одна изъ сторонъ требуетъ рѣшенія противъ другой, называется засвидѣтельствомъ спора — *litis contestatio*, или завязкою процессуальной борьбы (*Kriegsbefestigung*).

Въ разныхъ системахъ процесса этотъ моментъ занимаетъ различ-

¹⁾ Ibid. Contra Побѣд. § 512 и 513.

ное мѣсто въ ряду чередующихся обрядностей; но существо его вездѣ одно и то же. Для судебного изслѣдованія и рѣшенія дѣла по суду необходимо споръ между сторонами, нужно чтобы онѣ заявили суду противоположныя требованія или по крайней мѣрѣ чтобы одна сторона заявила ему свои требованія противъ другой, а другая фактически выразила ему, молчаніемъ и неявкою или самымъ дѣломъ, что она не думаетъ добровольно подчиняться этимъ требованіямъ и удовлетворить истца помимо рѣшенія. Если бы отвѣтчикъ вполне удовлетворилъ истца до перваго засѣданія по ихъ дѣлу, то процессъ оказался бы мертворожденнымъ и постановленіе рѣшенія стало бы невозможнымъ. Мало того, если обѣ стороны говорятъ на судѣ одно и то же, истецъ говоритъ, что отвѣтчикъ долженъ немедленно заплатить ему 100 руб., и отвѣтчикъ говоритъ въ ту же рѣчь, то очевидно, что и здѣсь между ними нечего изслѣдовать; нужно только, если воля и дѣйствія отвѣтчика расходятся съ его словами, принудить его къ исполненію. Вотъ почему дѣла этого рода у римлянъ не доходили до суда — *judicium*, а оканчивались у претора (въ судебной администраціи), такъ что *confessio in jure*, засвидѣтельствованное здѣсь, замѣняло судебное рѣшеніе. Теперь постановляется резолюція и послѣ признанія иска; она подлежит и апелляціи, какъ рѣшеніе по существу дѣла; она служитъ формальною основою для выдачи исполнительнаго листа. Но если мы всмотримъ ближе въ дѣло, то замѣтимъ, что постановленіе рѣшенія и въ этомъ случаѣ предполагаетъ непремѣнно разногласіе воли и дѣятельности между сторонами: отвѣтчикъ признаетъ искъ, но не платитъ долга, а истецъ требуетъ присудить его къ платежу на основаніи признанія; если бы не было этого разногласія и требованія, то не возможно было бы постановить рѣшеніе.

Въ древнемъ римскомъ процессѣ *litis contestatio* была заключительнымъ актомъ производства *in jure* при переходѣ дѣла въ *judicium*. Къ этому акту приглашались свидѣтели, удостовѣрившіе это обоюдное намѣреніе сторонъ предоставить ихъ споръ разрѣшенію суда. Отсюда и самый этотъ моментъ процесса получилъ свое названіе: *litis contestatio*, засвидѣтельствованіе спора ¹⁾. Впослѣдствіи, когда вошла въ обычай письменная формулировка противоположныхъ требованій сторонъ (*conclusiones*) ²⁾, приглашеніе свидѣтелей было оставлено, какъ излишній обрядъ; сама формула спорнаго отношенія уже выражала въ себѣ противоположныя требованія сторонъ, изъ коихъ одна требовала, наприм. *condemnatio*, а другая *absolutio* ³⁾. Когда и формулы вышли изъ употребленія, моментъ *litis contestatio* опредѣлялся тѣмъ, что въ первомъ судебномъ засѣданіи, назначенномъ для слушанія дѣла, истецъ словесно повторялъ свой искъ, а отвѣтчикъ противорѣчилъ ему ⁴⁾. Въ устномъ процессѣ это — совершенно естественная форма для заявленія суду

¹⁾ Festus de V. S. v. Contestari.

²⁾ Gai IV. 41 *intentio, qua actor desiderium suum concludit.*

³⁾ *Si paret—condemna, si non paret, absolve. Condemnatio* встрѣчается не во всѣхъ формулахъ. Въ дѣлахъ о правахъ состоянія формула отражаетъ въ себѣ также противоположныя требованія или заявленія сторонъ (*si paret hominem liberum esse, si non paret*), но поручаетъ судѣ только признать и объявить (*pronuntiato*) справедливымъ фактъ, заявленный той или другой стороной. Rudorff, II. § 29 и 34.

⁴⁾ L. 14, § 1 Cod. 3, 1: *lis contestata post narrationem propositam et contradictionem objectam.*

противоположныхъ требованій. Впослѣдствіи, въ исторіи новыхъ западныхъ народовъ, какъ мы уже видѣли, постепенно развилось письменное канцелярское производство; одновременная явка сторонъ въ судъ для устныхъ объясненій вышла изъ обычая; предъявленіе иска и подача отвѣта противъ него совершались естественно въ разное время, посылкою бумагъ; устное повтореніе ихъ уже не требовалось, потому что и самыя засѣданія для слушанія словесныхъ объясненій сторонъ считались ненужными. При такомъ порядкѣ судопроизводства подача отвѣтной бумаги противъ иска въ срокъ для того назначенный признавалась моментомъ *litis contestatio*¹⁾. Иной порядокъ вещей мы видимъ во Франціи. Обмѣнъ бумагъ между стряпчими сторонъ развился тамъ въ особый, внѣсудебный прологъ къ процессу; въ самомъ же судѣ сохранились устныя состязанія сторонъ въ открытомъ засѣданіи суда. Пока стороны не заявили суду устно своихъ требованій, судъ ничего не зналъ о предварительной перепискѣ стряпчихъ. Судебный споръ открывался здѣсь прочтеніемъ ихъ требованій въ публичномъ засѣданіи суда; этотъ моментъ *litis contestatio* напоминаетъ намъ правила Юстиніановскаго законодательства. Мы уже замѣтили выше, что и новѣйшіе уставы и проекты Женевы и Германіи вводятъ такой же способъ открытія судебныхъ состязаній, прочтеніе требованій сторонъ. По тѣмъ дѣламъ, для которыхъ установленъ сокращенный порядокъ производства, гдѣ не требуется отъ отвѣтчика непременно письменнаго отвѣта, заявленіе требованій въ засѣданіи суда происходитъ на словахъ. Но во всякомъ случаѣ моментъ *litis contestatio* совпадаетъ съ этимъ заявленіемъ требованій одной стороны противъ другой въ засѣданіи суда, назначенномъ для слушанія дѣла.

Это правило примѣняется и къ нашему процессу. Въ такъ называемомъ обыкновенномъ порядкѣ судопроизводства въ окружныхъ судахъ, первому дню засѣданія для слушанія дѣла предшествуетъ обмѣнъ бумагъ между сторонами для предварительной письменной подготовки дѣла. Отвѣтчикъ къ сроку явки долженъ прислать отвѣтъ, затѣмъ истецъ можетъ представить возраженіе, а отвѣтчикъ опроверженіе (Уст. 312 и слѣд.). Всѣ эти бумаги еще не поступаютъ въ судъ, остаются неизвѣстными присутствію суда, а хранятся пока въ канцеляріи или передаются докладчику для изученія (Уст. 271). Послѣ срока для явки истецъ, а послѣ срока для возраженія отвѣтчикъ могутъ просить о назначеніи засѣданія для слушанія дѣла и только въ этомъ засѣданіи требованія ихъ докладываются суду. Въ промежутокъ времени между днемъ врученія повѣстки о вызовѣ отвѣтчику и днемъ доклада, дѣло ихъ еще не существуетъ для присутствія суда. Оно можетъ и совсѣмъ не дойти до судебного засѣданія. Можетъ случиться, что ни одна изъ сторонъ не потребуетъ назначенія засѣданія и дѣло ихъ замретъ въ подготовительномъ производствѣ, не получивъ судебного бытія. Такой случай можетъ наступить по соглашенію сторонъ, наприм. вслѣдствіе удовлетворенія истца отвѣтчикомъ или же вслѣдствіе заявленнаго отвѣтчику и въ канцеляріи суда отказа истца отъ предстоящаго процесса. Истецъ имѣетъ право отказаться отъ предстоящаго процесса даже противъ воли отвѣтчика и обязанъ только вознаградить его за судебныя издержки и убытки, не лишаясь права возобновить дѣло впоследствии, хотя бы и въ другомъ, надлежащемъ судѣ, подачею новаго

¹⁾ Renaud, § 72, прим. 7—9.

искового прошенія ¹⁾. Если такой отказъ послѣдовалъ до засѣданія, то отвѣтчикъ, явившись въ засѣданіе одинъ, не можетъ потребовать рѣшенія по существу дѣла (Уст. 145, 718, п. 2), потому что отказъ истца отъ явки въ засѣданіе и отъ перваго заявленія здѣсь о своихъ требованіяхъ (Уст. 330) отнимаетъ главную основу процесса—искъ, а затѣмъ и постановленіе рѣшенія по существу иска оказывается невозможнымъ. Но такое право отказа существуетъ только до момента *litis contestatio*, т.-е. до открытія словеснаго состязанія, до заявленія присутствію суда объ исковыхъ требованіяхъ. Если бы истецъ поддерживалъ свои требованія на первомъ засѣданіи и не явился бы потомъ въ одно изъ слѣдующихъ засѣданій или заявилъ бы потомъ желаніе прекратить дѣло съ правомъ возобновленія его, то отвѣтчикъ не обязанъ подчиняться этому капризу истца, а имѣетъ право требовать, чтобы судъ отказалъ ему въ искѣ по существу.

Замѣтимъ наконецъ, что и въ другихъ порядкахъ судопроизводства, напримѣръ въ мировомъ, моментъ *litis contestatio* совпадаетъ съ заявленіемъ противоположныхъ требованій сторонъ въ засѣданіи суда, назначенномъ для слушанія дѣла. До этого времени истецъ имѣетъ право отказаться отъ предстоящаго процесса на тѣхъ же условіяхъ, какія сейчасъ нами указаны ²⁾ (Уст. 145). Послѣ же этого момента отвѣтчикъ несмотря на отказъ истца отъ продолженія дѣла съ правомъ возобновленія его, можетъ требовать, чтобы судъ отказалъ ему въ искѣ по существу.

По всѣмъ вышеизложеннымъ понятіямъ, установленіе процессуальнаго отношенія есть особый предварительный періодъ процесса, въ которомъ полагаются основы дальнѣйшаго производства. Установленіе его зависитъ отъ разныхъ условій, вытекающихъ изъ существа процессуальнаго отношенія ³⁾. Это отношеніе предполагаетъ прежде всего способныхъ субъектовъ, т.-е. компетентный судъ, двѣ стороны способныя къ процессу и представителей, имѣющихъ надлежащее полномочіе, если дѣло ведется не лично самими тяжущимися. Далѣе, оно предполагаетъ законный предметъ процесса, т.-е. требованіе, подлежащее разсмотрѣнію въ порядкѣ гражданскаго судопроизводства, и наконецъ извѣстные обряды или формы установленія, какъ-то предьявленіе искового прошенія, вызовъ отвѣтчика и т. д. Недостатокъ этихъ условій можетъ служить поводомъ къ отказу суда, даже *ex officio*, въ разсмотрѣніи дѣла по существу (*absolutio ab instantia*), или же основаніемъ процессуальнаго отвода, за которымъ также можетъ слѣдовать отказъ въ разрѣшеніи иска по существу. Для повѣрки условій процесса можетъ служить первоначальный періодъ его, предшествующій слушанію дѣла въ судебномъ засѣданіи. Въ особенности для опредѣленія матеріала процесса иногда назначается предварительный обмѣнъ бумагъ между сторонами. Не должно думать, виро-

¹⁾ Герм. Пр. 72 г. § 228, 229.

²⁾ Ст. 358 Уст. Гр. Суд. не опровергаетъ этого положенія, потому что въ ней не предусмотрѣнъ случай заявленія истцомъ, до засѣданія по дѣлу, намѣренія прекратить дѣло съ правомъ возобновленія его и съ отвѣтственностью за всѣ судебныя издержки и убытки.

³⁾ Bülow, Processeinreden und Processvoraussetzungen. 1868. Малининъ, Убѣжденіе судьи, 1873. Heysler, Processvoraussetzungen nach öster. Recht. въ Zeit. v. Grünhut, 1874, т. I, стр. 114 ff.

чемъ, что вопросы о существенныхъ условіяхъ процесса могутъ возникать только въ предварительномъ періодѣ его. Они возможны въ теченіи всего процесса, потому что нѣкоторые недостатки такихъ условій, наприм. неподсудность дѣла, не всегда видны въ самомъ началѣ процесса; кромѣ того, и самый недостатокъ можетъ возникнуть въ теченіи процесса, наприм. способность тяжущихся и полномочіе представителей могутъ прекратиться въ продолженіи процесса и на этомъ основаніи можно предъявить процессуальный отводъ во всякомъ положеніи дѣла (Уст. 576). Точно также предметъ процесса—исковое требованіе—по разъясненіи дѣла судебнымъ состязаніемъ, можетъ оказаться такъ тѣсно связаннымъ съ уголовнымъ преюдиціальнымъ обстоятельствомъ, что разсмотрѣніе его въ порядкѣ гражданскаго судопроизводства признано будетъ невозможнымъ (см. выше § 5). И вообще вопросы объ условіяхъ процесса, кромѣ тѣхъ, недостатокъ которыхъ видѣны изъ исковаго прошенія, обыкновенно разрѣшаются уже въ первомъ засѣданіи суда, назначенномъ для слушанія дѣла (Уст. 571, 575, 669), а иногда и еще позднѣе. Дѣло, которое началось при наличности всѣхъ условій процессуальнаго отношенія, иногда кончается отказомъ, въ разсмотрѣннй иска по существу, потому что къ моменту заключенія процесса оказывается въ немъ недостатокъ какого-нибудь существеннаго условія для разрѣшенія иска.

Предварительный періодъ процесса до момента *litis contestatio* есть та именно область процесса, въ которой болѣе всего выступаетъ различіе между такъ называемыми порядками судопроизводства, хотя между ними есть и нѣкоторыя другія отличія. Только расчетное производство не относится сюда, а принадлежитъ уже къ дальнѣйшему періоду процесса. Мы рассмотримъ ихъ всѣ вмѣстѣ въ слѣдующемъ параграфѣ.

§ 78. II. Изслѣдованіе дѣла. (*causae cognitio*). Здѣсь намъ остается сказать немного, потому что отдѣльные элементы состязанія и изслѣдованія, иски, защита, доказательства и случайныя требованія разнаго рода уже разсмотрѣны нами выше.

1. Формы производства. Господствующая въ нашемъ процессѣ форма изслѣдованія дѣлъ есть устное состязаніе сторонъ въ открытомъ засѣданіи суда. Иногда ему предшествуетъ обмѣнъ состязательныхъ бумагъ между сторонами для подготовки какъ самихъ сторонъ къ состязанію, такъ и суда (посредствомъ доклада) къ слушанію словесныхъ объясненій сторонъ. Въ этомъ отношеніи есть различіе между порядками судопроизводства. Въ Уставѣ 20 ноября мы уже отмѣтили четыре такихъ порядковъ судопроизводства въ судахъ первой инстанціи, а именно: самый простой порядокъ производства у мировыхъ судей, затѣмъ въ окружныхъ судахъ обыкновенное, сокращенное и расчетное производство; послѣднее названо въ Уставѣ повѣрочнымъ или исполнительнымъ производствомъ по расчетамъ (Уст. 537, 896).

Правила мирового судопроизводства изложены въ кн. 1 Уст. прежде общей системы процесса, которая примѣняется по ст. 80 Уст. и къ мировымъ судамъ; въ логическомъ порядкѣ понятій, напротивъ, особыя правила естественно слѣдуютъ за общими, какъ это мы видимъ и въ западныхъ законодательствахъ ¹⁾. Но логической операциі обоб-

¹⁾ Всѣ новыя уставы и проекты западной Европы, принимая и развивая общія начала и формы французскаго *Code de proc. civ.*, отступаютъ отъ него въ порядкѣ изло-

щенія и обособленія въ Уставѣ не сдѣлано; онъ часто только повторяетъ статьи одной книги въ другой, съ разными пропусками и уклоненіями, смыслъ которыхъ не всегда ясенъ и ставитъ въ затрудненіе судебную практику. Толкованіе этихъ пропусковъ во многихъ мѣстахъ облегчается, если мы припомнимъ взглядъ на мировыхъ судей, выраженный въ мотивахъ къ Уставу, что „достоинство сихъ судей не обусловливается такими познаніями, о которыхъ трудно было бы судить избирателямъ“ (ср. выше § 17). Для разрѣшенія дѣлъ, имъ подвѣдомственныхъ, малоцѣнныхъ и простыхъ они должны владѣть только главными элементами системы судопроизводства, важнѣйшими ея положеніями, что же касается деталей этой системы, они должны обращаться къ нимъ для справки только въ случаѣ затрудненія. Такіе случаи возможны, потому что въ мировыхъ судахъ встрѣчаются тѣ же самые вопросы права и судопроизводства, какъ и въ окружныхъ судахъ. По каждому такому поводу мировой судья можетъ справиться съ подробными правилами второй и третьей книги Устава и такимъ образомъ выйти изъ затрудненія. Правила судопроизводства, особо изложенныя въ первой книгѣ Устава для мировыхъ судей, большею частью суть простыя извлеченія изъ слѣдующихъ книгъ (Ср. 69 и 571; 70, 337, 361, 71 и 1357—66; 72 и 330—336; 74, 352 и 364; 75 и 331, 356 и 357; 76 и 438—455; 77, 78 и 681—692; 79 и 584). Такъ, по ст. 68 разбирательство у мировыхъ судей происходитъ публично и на словахъ; но эта гласность, какъ мы уже видѣли, есть общее начало судопроизводства, примѣнимое и къ окружнымъ судамъ (Уст. 324—26), равно какъ и устность состязанія сторонъ въ засѣданіи суда (Уст. 324, 330, 360, 907). Въ мировыхъ судахъ необязателенъ предварительный обмѣнъ бумагъ между сторонами, какъ его можетъ не быть и въ сокращенномъ производствѣ окружныхъ судовъ (Уст. 354). Устные состязанія сторонъ не могутъ быть замѣнены прочтеніемъ бумагъ или записокъ ни въ мировыхъ, ни въ общихъ судахъ (69 г. Кас. 333. 70 г. Кас. 1042), но и мировой судья имѣетъ право поручать сторонамъ, чтобы онѣ изложили ему свои объясненія и расчеты письменно, потому что онъ разбираетъ иногда такія дѣла, для которыхъ въ окружныхъ судахъ назначается особое расчетное производство съ рѣшительнымъ преобладаніемъ письменности (Уст. 896 и слѣд.). Затѣмъ въ мировыхъ судахъ естественно нѣтъ доклада, а сами стороны излагаютъ суду свои требованія, объясненія и доводы (Уст. 72, 327, 328, 360, 904 и слѣд.). Относительно записи въ протоколъ различныхъ моментовъ состязанія и изслѣдованія дѣла нѣтъ существеннаго различія между мировыми и окружными судами, за исключеніемъ того, что мировой судья рѣшаетъ нѣкоторыя дѣла окончательно и, какъ уже замѣчено выше, по такимъ дѣламъ нѣтъ надобности въ подробныхъ протоколахъ, наприм. въ подробной записи свидѣтельскихъ показаній и т. п. Мировые судьи, какъ мы видѣли, не всегда заводятъ общій протоколъ дѣла, а ограничиваются частными протоколами и изложеніемъ обстоятельствъ дѣла въ рѣшеніи. Эта практика признана сенатомъ (70 г. Кас. 948), и вполне согласна съ простотою большей части дѣлъ, подлежащихъ разбору мирового суда.

Именно сначала въ нихъ идутъ общія правила, подробная система судопроизводства въ общихъ судахъ, а затѣмъ указаны немногія особенности производства въ единоличныхъ и торговыхъ судахъ. Такъ даже въ Итал. Уставѣ.

Для окружных судовъ установлены, въ видѣ общаго правила, обыкновенный порядокъ судопроизводства и, въ видѣ исключеній, сокращенное и расчетное производство ¹⁾. Обыкновенное движеніе дѣлъ отличается медленностію и рассчитано на то, чтобы въ этомъ порядкѣ какъ сами стороны, такъ и судъ имѣли достаточно времени для основательной подготовки къ процессуальнымъ дѣйствіямъ; сокращенное производство допускаетъ нѣкоторую быстроту въ переходахъ отъ одного дѣйствія къ другому. Обыкновенное производство начинается по закону предварительною письменною подготовкою дѣла, для которой установлены закономъ опредѣленные сроки (Уст. 312—323), а въ сокращенномъ производствѣ можетъ и не быть такого обмѣна состязательныхъ бумагъ между сторонами (Уст. 354, 362). Таковы главныя отличительныя черты того и другаго производства. Что касается примѣненія того или другаго порядка, то, по мысли Устава, обыкновенный порядокъ составляетъ общее правило, а сокращенный—исключеніе; другими словами, по общему правилу теченіе дѣлъ должно быть медленное, переходы отъ одного дѣйствія къ другому должны быть настолько продолжительны, чтобы возможно было обдумывать и взвѣшивать каждый шагъ, какъ бы это нужно было по самому сложному и запутанному дѣлу. Между сотнею дѣлъ можетъ встрѣтиться, наприм., одно до такой степени трудное и многосложное дѣло, что на первоначальный отвѣтъ по иску понадобится отъ одного до шести мѣсяцевъ съ причисленіемъ поверстнаго срока, на возраженіе и опроверженіе также около мѣсяца, на изученіе бумагъ докладчикомъ опять какой-нибудь промежутокъ времени до дня слушанія дѣла, на сочиненіе апелляціонной жалобы четыре мѣсяца, на просьбу объ отмѣнѣ рѣшенія опять четыре мѣсяца и т. д. По этому масштабу труднѣйшихъ дѣлъ и рассчитанъ обыкновенный ходъ судопроизводства. Онъ возведенъ въ общее правило, въ общую форму производства, установленную закономъ. Сокращенный же порядокъ есть исключеніе, допускаемое только по основаніямъ, опредѣленнымъ въ законѣ. Въ этомъ отношеніи любопытно сравнить нашъ Уставъ съ новыми законодательствами Европы. Французскій уставъ также считаетъ обыкновенное производство общимъ правиломъ, а сокращенное исключеніемъ; но онъ оставляетъ суду полную свободу примѣнять эту сокращенную форму ко всѣмъ дѣламъ, которыя требуютъ быстроты дѣйствій и безотлагательнаго рѣшенія ²⁾ (*demandes qui requièrent célérité. Art. 404*). Тоже самое мы видимъ и въ другихъ законодательствахъ, которыя признаютъ обыкновенное производство за общее правило. Наприм. Итальянскій уставъ опредѣляетъ для обыкновенныхъ дѣлъ длинную лѣстницу сроковъ явки

¹⁾ Bellot, стр. 27 и слѣд. Bordeaux, стр. 434 и слѣд. Lostré, *Legisl.* т. 21, стр. 507, 634 и слѣд. Allard, стр. 29 и слѣд. Мотивы Ганнов. Уст. въ изд. Леонгардта, стр. 148 и слѣд. Barth, *com. zur bayer. Prozessord.* § 52 и слѣд., 194 и слѣд. Бавар. Уст. § 224 ff. 259 ff. Schmidt, II, § 277 ff. 307 ff. Мотивы Герм. Проекта 1872 г. § 3 и слѣд. (*Allg. Begründ.*) § 298 ff. Voitard, т. I. § 592 ss. Мотивы въ изд. Уст. Гр. Суд. Госуд. Канц. къ ст. 348, 896 и слѣд. Объяснит. записка къ проекту Уст. Торг. Суд., стр. 143 и слѣд. Малининъ, Убѣжденіе, стр. 92 и слѣд.

²⁾ Въ Ордон. 1667 г. titre XVII, art. 1—5, сдѣланъ былъ длинный перечень дѣлъ сокращенныхъ. При составленіи Code de proc. civ. перечисленіе всѣхъ ихъ признано невозможнымъ и потому постановлено общее правило, указанное въ текстѣ. Lostré, *Legisl.* т. 21, стр. 507 (*observ. du Tribunal*) и 634 (докладъ Перена, № 63).

и притомъ отличаетъ срокъ явки отъ дня слушанія дѣла; для назначенія дня слушанія дѣла стряпчій той или другой стороны долженъ заявить о дѣлѣ въ канцеляріи суда для записки его въ очередной списокъ (ruolo) и потомъ ждать, когда судъ дойдетъ до этого дѣла по очереди. Таковъ обыкновенный порядокъ. Но по всѣмъ дѣламъ, которыя требуютъ быстрога движенія (nei casi che richiedano pronta spedizione. Art. 154), председатель суда можетъ вызвать отвѣтчика въ болѣе краткій срокъ и притомъ прямо въ засѣданіе, назначенное для слушанія дѣла; и всѣ дѣла, по которымъ или законъ требуетъ быстроты дѣйствій, или председатель суда признаетъ нужнымъ сдѣлать вызовъ отвѣтчика на опредѣленный день засѣданія (citazione in via sommaria или citazione a udienza fissa), называются дѣлами сокращеннаго судопроизводства (§ 134, п. 6, 152, 154, 389); кромѣ того, председатель суда имѣетъ право сокращать сроки для обмѣна состязательныхъ бумагъ между сторонами (Art. 172) и т. д. Таково же въ сущности отношеніе между обыкновеннымъ и сокращеннымъ производствомъ по Баварскому уставу, который также даетъ председателю суда или отдѣленія право вызывать отвѣтчика прямо на извѣстный день и даже часъ въ засѣданіе суда для отвѣта и словеснаго состязанія съ истцомъ (Art. 259), не стѣсняясь очередью дѣлъ (Art. 260). Кромѣ того, по этому закону и обыкновенный порядокъ значительно сокращенъ, потому что послѣ обмѣна двухъ только состязательныхъ бумагъ (искового прошенія и отвѣта) каждая сторона можетъ просить о внесеніи дѣла въ очередной списокъ (Art. 234). Другія законодательства, какъ мы уже видѣли, принимаютъ обратное отношеніе между обыкновеннымъ и сокращеннымъ порядкомъ, такъ что послѣдній становится въ нихъ общимъ правиломъ, а первый исключеніемъ. Такъ это сдѣлано въ Женевскомъ уставѣ, въ проектахъ Бельгіи и Франціи ¹⁾, въ новыхъ законахъ и проектахъ Германіи (Срав. выше § 72), въ австрійскихъ проектахъ ²⁾ и т. д. Они принимаютъ во вниманіе извѣстный каждому практику фактъ, что громадное большинство судебныхъ дѣлъ весьма просто, а дѣла запутанныя, соединенныя съ сложными расчетами, составляютъ лишь незначительный процентъ всѣхъ дѣлъ. Даже въ тѣхъ странахъ, гдѣ обыкновенное производство считается общимъ правиломъ и въ примѣненіи его заинтересованы стряпчіе, получающіе плату съ каждой бумаги, въ дѣйствительности гораздо болѣшая часть дѣлъ производится сокращеннымъ порядкомъ. Мы уже замѣтили выше, что въ исторіи процесса у новыхъ народовъ повсюду обнаруживается стремленіе упростить и сократить производство. Будущее принадлежит не тѣмъ формамъ, которыя замедляютъ движеніе процесса по 99 простымъ дѣламъ изъ-за одного сложнаго дѣла, а производству сокращенному; оно не можетъ вредить основательной подготовкѣ сторонъ и суда, когда и стороны могутъ просить, и судъ имѣетъ право потребовать отъ нихъ, въ случаѣ надобности, письменныхъ объясненій, назна-

¹⁾ Rapport de M. Allard. стр. 169. Какъ бельгійскій, такъ и французскій проектъ отмѣняютъ instruction par écrit.

²⁾ Refer. E. § 231 и слѣд. 241, 617—640, 641—644. Regier. E. § 239, 240, 248, 576—596. Въ нѣмецкихъ законодательныхъ работахъ общія начала и формы процесса обыкновенно излагаются особо въ общей части устава, за тѣмъ слѣдуетъ производство въ коллегіальныхъ судахъ съ упрощенными формами, потомъ идутъ правила о письменной подготовкѣ дѣлъ въ исключительныхъ случаяхъ и т. д.

чить имъ для того срокъ, и даже поручить дѣло одному изъ членовъ для изученія и доклада.

Обратимся теперь къ нашему Уставу. Онъ допускаетъ сокращенное производство въ видѣ исключенія: 1) для всѣхъ дѣлъ по обоюдному согласію сторонъ, если и судъ не встрѣтитъ особыхъ къ тому препятствій (ст. 348). Когда тяжущіея согласны на производство дѣла сокращеннымъ порядкомъ, то судъ не имѣетъ права замедлять ихъ дѣло, если законъ не запрещаетъ производить его въ этомъ порядкѣ; такъ, наприм., дѣла казенныхъ управленій по закону не могутъ производиться сокращеннымъ порядкомъ (Уст. 1289). Впрочемъ, не всегда можно рассчитывать на взаимное согласіе сторонъ объ ускореніи ихъ дѣла; обыкновенно одна сторона заинтересована въ томъ, чтобы по возможности замедлить развязку процесса, а въ интересахъ другой— ускорить ее. Нѣкоторыя дѣла требуютъ безотлагательнаго рѣшенія по самому предмету ихъ, по простотѣ и безспорности, по связи съ потребностями хозяйственнаго, промышленнаго и торговаго оборота и въ видахъ общественнаго порядка и безопасности. Вотъ почему самъ законъ устанавливаетъ сокращенный порядокъ производства. 2) Для опредѣленныхъ дѣлъ перечисленныхъ въ ст. 349 Устава; таковы дѣла о договорахъ и обязательствахъ, наприм., о наймѣ домовъ и другихъ помѣщеній, о личномъ наймѣ, о подрядахъ и поставкахъ, о займѣ и поклажѣ и т. п., а также объ убыткахъ и возстановленіи владѣнія; далѣе дѣла по исполненію рѣшеній и споры о привилегіяхъ. 3) Кромѣ того, законъ даетъ предсѣдателю суда право производить вызовъ отвѣтчика на короткій срокъ по дѣламъ, требующимъ неотлагательнаго рѣшенія (Уст. 251). Принадлежатъ ли эти безотлагательныя дѣла только къ тѣмъ группамъ, которыя перечислены въ ст. 349 Устава, или они могутъ встрѣчаться и внѣ этого перечня? Наприм., въ тѣхъ мѣстностяхъ, гдѣ нѣтъ коммерческихъ судовъ, всѣ торговыя дѣла производятся въ общихъ судахъ. Можетъ ли между ними встрѣтиться дѣло, требующее неотлагательнаго рѣшенія, если оно не подходитъ подъ перечень этой статьи? Надобно думать, что такое дѣло можетъ встрѣтиться и предсѣдатель долженъ назначить въ этомъ случаѣ короткій срокъ для явки отвѣтчика. Въ ст. 351 вовсе нѣтъ ограниченія такихъ безотлагательныхъ дѣлъ перечнемъ 349 статьи.

Мы уже замѣтили выше, что по мысли Устава не только въ обыкновенномъ, но и въ сокращенномъ порядкѣ день явки отвѣтчика не совпадаетъ съ днемъ слушанія дѣла въ судебномъ засѣданіи. Въ порядкѣ сокращенномъ, предсѣдатель назначаетъ тяжущимся положительный срокъ на явку въ судъ (Уст. 350, 299), но въ этотъ день явки они входятъ только въ предварительныя объясненія съ предсѣдателемъ, который долженъ рѣшить, нужно ли имъ обмѣняться между собою состязательными бумагами или нѣтъ, и въ послѣднемъ случаѣ немедленно назначаетъ засѣданіе для слушанія дѣла (Уст. 354). Однако, по многимъ дѣламъ нѣтъ никакой необходимости въ этихъ предварительныхъ объясненіяхъ съ предсѣдателемъ, тѣмъ болѣе, что если бы судъ напелъ устное состязаніе сторонъ недостаточнымъ для подготовки дѣла къ рѣшенію, онъ всегда можетъ потребовать отъ нихъ письменнаго изложенія ихъ требованій и объясненій (Уст. 334, 362). Есть множество дѣлъ совершенно простыхъ и несомнѣнныхъ, по которымъ процессъ сводится къ формальности почти излишней, потому что вся задача состоитъ въ принудительномъ взысканіи. По нѣкоторымъ дѣламъ

законъ дозволяетъ вызывать отвѣтчика даже къ первому присутственному дню, слѣдующему за врученіемъ ему повѣстки (Уст. 352). Очевидно, что при такихъ вызовахъ не только возможно заранее опредѣлить день слушанія дѣла, но эта мѣра является даже единственно рациональною. Стороны должны быть вызваны прямо къ устному состязанію на опредѣленный въ повѣсткѣ день слушанія ихъ дѣла (Побѣд. § 583, прим. 2). Затѣмъ, когда вызовъ произведенъ на короткій срокъ и въ опредѣленное засѣданіе, все дѣло естественно направляется къ сокращенному порядку производства и дальнѣйшіе сроки, наприм. для апелляціи, исчисляются примѣнительно къ этому порядку, хотя бы высшій судъ и находилъ, что дѣло должно было бы производиться порядкомъ обыкновеннымъ (70 г. Кас. 1338).

Различіе въ срокахъ есть главнѣйшая и почти единственная отличительная черта между обыкновеннымъ и сокращеннымъ производствомъ. Въ первомъ порядкѣ Уставъ обязываетъ отвѣтчика представить къ сроку явки письменный отвѣтъ по иску, но если бы онъ не представилъ его, истецъ имѣетъ право просить о назначеніи засѣданія для слушанія дѣла (Уст. 313, 320). Въ такомъ случаѣ объясненія отвѣтчика противъ иска (Уст. 330) вносятся въ протоколъ, насколько это необходимо для установленія обоюдныхъ требованій тяжущихся (Ср. выше § 72). Съ другой стороны, въ сокращенномъ порядкѣ судопроизводства предсѣдатель суда можетъ поручить тяжущимся подготовить дѣло къ докладу посредствомъ обмѣна бумагъ, какъ въ обыкновенномъ порядкѣ, съ назначеніемъ на то срока (Уст. 354, 355); и судъ имѣетъ право потребовать отъ нихъ письменныхъ объясненій (Уст. 362). Однимъ словомъ различіе между тѣмъ и другимъ порядкомъ въ отношеніи письменныхъ объясненій сторонъ вовсе не такъ рѣзко, какъ кажется съ перваго взгляда. Правда, законъ дозволяетъ въ обыкновенномъ порядкѣ обмѣнъ четырехъ состязательныхъ бумагъ, по двѣ съ каждой стороны; но составленіе двухъ послѣднихъ бумагъ—возраженія и опроверженія—зависитъ отъ желанія истца или отвѣтчика. Съ другой же стороны и въ сокращенномъ порядкѣ возможенъ обмѣнъ бумагъ по распоряженію предсѣдателя или по требованію суда.

Законъ указываетъ, повидимому, еще на другое различіе между этими формами производства. Въ сокращенномъ порядкѣ истецъ обязанъ представить всѣ документы, на коихъ основанъ его искъ, при самой подачѣ исковаго прошенія: отвѣтчикъ обязанъ представить всѣ документы, на коихъ основаны его возраженія, не позднѣе дня, назначеннаго для явки въ судъ (Уст. 353). На самомъ дѣлѣ и въ этихъ правилахъ нельзя видѣть какой-либо особенности сокращеннаго производства. Мы уже замѣтили выше, что соединеніе заявленій съ доказательствами, т. е. одновременное представленіе тѣхъ и другихъ или немедленное подкрѣпленіе требованій, по крайней мѣрѣ, ссылкой или указаніемъ на доказательства, есть общее начало процесса, одинаково примѣнимое какъ въ сокращенномъ, такъ и въ обыкновенномъ и въ мировомъ порядкѣ производства (Уст. 54, п. 2, 81, 163, 263, 264, 314—316, 319, 745, 800 и др. Срав. выше § 60, п. 2). Но это начало процесса не слѣдуетъ доводить до крайности въ какомъ бы то ни было порядкѣ устнаго судопроизводства, которое въ отличіе отъ письменной канцелярской процедуры не распадается на разныя стадіи или періоды, а въ каждой инстанціи является цѣльнымъ и непрерыв-

нымъ актѣмъ вплоть до рѣшенія дѣла ¹⁾. Иногда тяжущійся по весьма уважительнымъ причинамъ не можетъ представить документы немедленно; наприм., они находятся у третьихъ лицъ или въ рукахъ противной стороны. Въ такихъ случаяхъ судъ долженъ оказать содѣйствіе тяжущемуся и, если нужно (67 г. Кас. 227, 148), дать ему отсрочку на представленіе документовъ (Уст. 357, 439 и слѣд.). Кромѣ того, не всегда можно предусмотрѣть всѣ доказательства, какія могутъ оказаться нужными въ теченіи процесса, вслѣдствіе возраженій противника и вообще по ходу и развитію обстоятельствъ дѣла. Вотъ почему необходимо допустить ссылку на новыя доказательства и доводы въ теченіи всего процесса до окончательнаго рѣшенія дѣла (Уст. 331. 67 г. Кас. 244. 70 г. Кас. 1363). Судъ имѣетъ право оцѣнивать уважительность этой ссылки и значеніе вновь представленныхъ доказательствъ (68 г. Кас. 856) и, въ случаѣ надобности, можетъ дать противной сторонѣ время для опроверженія ихъ (Уст. 331).

Какъ въ обыкновенномъ, такъ и въ сокращенномъ порядкѣ Уставъ требуетъ доклада (Уст. 327, 328, 360). Когда стороны обмѣнялись между собою предварительными письменными объясненіями, докладъ можетъ быть составленъ на основаніи этихъ бумагъ и документовъ (Уст. 327, 354). Членъ-докладчикъ можетъ или изложить эти бумаги устно, сокративъ ихъ по мѣрѣ надобности, или даже сочинить особую записку съ краткимъ изложеніемъ обстоятельствъ дѣла (Уст. 328). Но если отвѣтчикъ не представилъ письменнаго отвѣта, то докладчику не остается ничего больше, какъ изложить сущность дѣла по исковому прошенію и приложеннымъ къ нему документамъ (Уст. 360); затѣмъ истецъ и отвѣтчикъ должны заявить свои требованія устно и подкрѣпить ихъ доказательствами (Уст. 330). Очевидно, что такой докладъ на основаніи одной исковой просьбы не имѣетъ большого значенія, да и вообще докладъ по однѣмъ только предварительнымъ бумагамъ. Часто случается, что искусный повѣренный не излагаетъ въ бумагахъ самыхъ важнѣйшихъ доводовъ, обходитъ самые существенные факты, приберегая ихъ для словеснаго состязанія. Дѣло, которое сначала казалось простымъ и предсѣдателю суда и докладчику, впоследствии оказывается сложнымъ и можетъ потребовать письменныхъ объясненій (Уст. 362); въ такихъ-то случаяхъ по иностраннымъ законодательствамъ и по нашему Торговому Уставу (ст. 1718) судъ можетъ поручить дѣло одному изъ членовъ для доклада. Впрочемъ, и при первоначальномъ вступленіи дѣла въ судъ докладъ можетъ быть полезенъ для ознакомленія судей съ бумагами сторонъ, особенно когда возбуждается или возобновляется старое дѣло или искъ, имѣющій связь съ прежнимъ производствомъ, въ которомъ много бумагъ, о которомъ поэтому нужно доложить суду. На этомъ же основаніи докладъ полезенъ для разбора дѣлъ въ высшихъ инстанціяхъ.

Затѣмъ и въ другихъ отношеніяхъ, напримѣръ, по вопросамъ о порядкѣ устнаго состязанія, о представленіи доказательствъ, о заявленіи случайныхъ требованій и т. д., нѣтъ различія между обыкновеннымъ и сокращеннымъ производствомъ. Особыя правила постановлены на случай неявки истца (Уст. 358 и 718, п. 2. Ср. ниже, § 83), и, кромѣ того, по дѣламъ сокращеннаго производства законъ требуетъ,

¹⁾ См. объ этомъ: Albrecht, Ausbildung des Eventualprincips, 1837 г. Renaud, § 79. Wetzell, § 70 и 71. Мотивы Герм. Пр. 72 г., стр. 26 и слѣд.

чтобы по окончаніи устнаго состязанія предсѣдатель резюмировалъ сущность дѣла (Уст. 363), тогда какъ для дѣлъ болѣе сложныхъ и затруднительныхъ въ обыкновенномъ порядкѣ производства законъ не возлагаетъ такой обязанности на предсѣдателя: если дѣло сложно, судьи могутъ удалиться въ особую комнату для совѣщаній, какимъ бы, впрочемъ, порядкомъ ни производилось дѣло.

Мы должны теперь сказать нѣсколько словъ о расчетномъ производствѣ ¹⁾, подъ названіемъ котораго мы соединяемъ двѣ формы производства, опредѣленные нашимъ Уставомъ, именно повѣрочное производство, о которомъ говорится въ ст. 534 и слѣд., и исполнительное производство по расчетамъ, правила о которомъ помѣщены въ раздѣлѣ объ исполненіи судебныхъ рѣшеній и соответствуютъ по становленіямъ французскаго Code de proc. civile (кн. 5 объ исполненіи рѣшеній, разд. 2, de la liquidation des dommages—intérêts, разд. 3, liquidation des fruits, разд. 4: des redditions de comptes, разд. 5: de la liquidation des dépens et frais). По другимъ законодательствамъ, напримѣръ, Италіи, Германіи и Англии, расчетное производство относится къ изслѣдованію дѣла, къ понятію о состязаніяхъ сторонъ и повѣрѣ ихъ. И дѣйствительно, какъ мы сейчасъ увидимъ, оно можетъ оказаться нужнымъ какъ до постановленія рѣшенія, когда еще не можетъ быть рѣчи объ исполненіи его, такъ и послѣ рѣшенія.

Нашъ уставъ допускаетъ расчетное производство по дѣламъ о повѣрѣ счетовъ вообще и въ особенности о возвращеніи доходовъ, объ истребованіи отчетности по управленію имуществами или дѣлами, объ опредѣленіи размѣра убытковъ, а также по расчетамъ судебныхъ издержекъ (Уст. 534, 896). Въ такихъ случаяхъ часто приходится разобрать весьма сложные споры по различнымъ статьямъ счетовъ, описей и т. п. Если расчетъ простъ, напримѣръ, если требуется только сосчитать проценты по обязательству, то очевидно нѣтъ надобности въ особомъ расчетномъ производствѣ (68 г. Кас. 452): судъ долженъ сдѣлать расчетъ по тѣмъ даннымъ, какія имѣются въ дѣлѣ, т.-е. по устнымъ и письменнымъ объясненіямъ сторонъ и по доказательствамъ, и затѣмъ постановить рѣшеніе. Но иногда расчеты бываютъ весьма сложны и затруднительны, напримѣръ, требуется свести счетъ за нѣсколько лѣтъ управленія торговыми дѣлами, промышленными заведеніями, даже цѣлымъ хозяйствомъ съ разнообразными статьями расхода и прихода и т. п. Въ такихъ случаяхъ судъ можетъ избрать двойной путь: а) онъ можетъ назначить расчетное производство, не постановляя никакого рѣшенія по существу дѣла, и потомъ уже, когда расчеты будутъ кончены, постановить рѣшеніе. Онъ имѣетъ право поручить повѣрку расчетовъ одному изъ своихъ членовъ, въ случаѣ надобности съ помощью свѣдущихъ людей (Уст. 354—538). Этотъ членъ-докладчикъ долженъ установить въ повѣрочномъ прото-

¹⁾ Франц. Уст. art. 523—544. Carré et Ch. Ad., т. IV, стр. 430 и слѣд. Boitard, II, п. 785 и слѣд. Mourlon, п. 245 и слѣд. Итал. Уст, art. 319—328, докладъ Пизанелли и др. примѣч. см. у Борсари, стр. 423 и слѣд., т. I. Lush, т. II, стр. 791 (writ of inquiry, reference to master to inquire), 1068 и слѣд. (compulsory arbitration). Report of Com. on trib. of commerce 1871 г. N. York. Code, § 271 ff. (trial by referees). Прус. G. O. 1, 45 (Rechnungs-sachen). Германск. Проектъ 72 г., § 298 ff. и Мотивы, стр. 303 и слѣд. Проектъ Уст. Торг. Суд., § 114—120 и объясн. записка, стр. 153 ff. Мотивы госуд. канц. предъ 896 ст. Устава Гражданскаго судопр.

колѣ, въ чемъ заключаются обоюдныя требованія сторонъ, какія статьи расчетовъ безспорны между ними, въ чемъ состоятъ спорныя статьи, какія доказательства приведены въ пользу ихъ и какія возраженія противъ ихъ (Уст. 537). Затѣмъ назначается засѣданіе для доклада и устнаго состязанія сторонъ (Уст. 329, 360) и постановляется рѣшеніе на общемъ основаніи (Уст. 339). Таковъ одинъ путь и въ ббльшей части случаевъ судъ долженъ избирать этотъ путь, т.-е. стараться произвести всѣ нужныя для рѣшенія дѣла расчеты и потомъ уже рѣшать дѣло. Распоряженіе о назначеніи расчетнаго производства есть только частное опредѣленіе, а не рѣшеніе. Часто рѣшеніе было бы преждевременнымъ и пустымъ до тѣхъ поръ, пока не произведены еще расчеты; напримѣръ, когда дѣло идетъ объ убыткахъ: судъ не долженъ отказать въ правѣ на убытки потому только, что съ перваго взгляда ему трудно опредѣлить количество ихъ (70 г. Кас. 545); но онъ не долженъ также безъ особенной нужды раздѣлять вопросъ о правѣ на убытки и о количествѣ ихъ („Суд. В.“ 67 г. № 83) и, признавая рѣшеніемъ право на убытки, предоставлять истцу, чтобы онъ доказывалъ количество ихъ „отъ сего дѣла особо“ (71 г. Кас. 498, д. Верещагина), или въ исполнительномъ порядкѣ (60 г. Кас. 420). Постановлять рѣшеніе о правѣ отдѣльно отъ вопроса о количествѣ не всегда удобно потому, что такое рѣшеніе подлежало бы апелляціи (Уст. 743), а рѣшеніе о мѣрѣ и количествѣ снова могло бы поступать въ апелляціонный судъ. Одно дѣло раздѣлилось бы на два. Нашъ уставъ допускаетъ однако такое раздѣленіе, потому что иногда оно можетъ быть дѣйствительно полезно (ср. ниже § 80). А именно: б) судъ можетъ сначала постановить рѣшеніе о правѣ на доходы, убытки, отчетность, возмѣщеніе издержекъ, но, не опредѣляя самой суммы, предоставить лицу, имѣющему это право, ликвидировать дѣло въ особомъ исполнительномъ производствѣ, или же отыскивать слѣдующія ему суммы особымъ искомъ въ общемъ порядкѣ производства (Уст. 896). Это право суда ограничено въ законѣ тѣми случаями, когда суду не возможно опредѣлить сумму, когда судъ признаетъ это невозможнымъ. Вопросъ о правѣ нерѣдко безспоренъ, а вся трудность только въ расчетахъ; но не слѣдуетъ думать, будто во всѣхъ такихъ случаяхъ судъ долженъ поспѣшить разрѣшеніемъ вопроса о правѣ и отложить расчеты впредь до особаго производства.

Исполнительное производство есть расчетное производство, слѣдующее за такимъ раздѣленіемъ вопросовъ. Оно начинается подачею прошенія (частнаго, не подлежащаго исковой пошлинѣ)¹⁾ въ тотъ окружный судъ, въ которомъ производилось дѣло по главному иску (Уст. 898). Это прошеніе должно быть подано въ трехмѣсячный срокъ со дня вступленія рѣшенія въ законную силу, а если дѣло идетъ о взысканіи судебныхъ издержекъ, то въ двухнедѣльный срокъ со дня объявленія резолюціи (Уст. 899); но оно можетъ быть подано и ранѣе, еще до вступленія рѣшенія въ законную силу, и чѣмъ ранѣе, тѣмъ лучше (*non obstat* Уст. 736). Проситель долженъ представить при этомъ расчетъ отыскиваемой суммы убытковъ или издержекъ (Уст. 900, 916), но по дѣламъ о взысканіи доходовъ и объ ис-

¹⁾ Вотъ почему въ исполнительномъ порядкѣ не допускаются требованія о такихъ убыткахъ, о которыхъ не было заявлено въ теченіи предшествовавшаго производства (Уст. 902).

требованіи отчетности онъ можетъ и не представлять разчета, а требовать его отъ отвѣтчика (Уст. 900), который обязанъ представить его въ извѣстный срокъ (Уст. 903). Затѣмъ назначается одинъ изъ членовъ суда для повѣрки разчетовъ по бумагамъ сторонъ и для разъясненія спорныхъ и бесспорныхъ статей въ повѣрочномъ протоколѣ (904—906). По окончаніи этой работы онъ представляетъ докладъ суду въ открытомъ засѣданіи, о которомъ онъ долженъ сообщить сторонамъ заранее. Если онъ явится въ засѣданіе суда, то могутъ представить ему свои объясненія, но не имѣютъ права ссылаться на новые факты или доказательства, не заявленные во время повѣрки разчетовъ у члена-докладчика (907—908).

2. Дѣятельность органовъ процесса для разъясненія спорныхъ отношеній и подготовки дѣла къ рѣшенію уже рассмотрѣна нами выше ¹⁾. Что касается а) дѣятельности сторонъ, то мы уже видѣли, что отъ нихъ зависитъ какъ заявленіе основныхъ требованій, составляющихъ главный предметъ и завязку процесса, такъ и разныхъ случайныхъ требованій въ теченіи производства; что на нихъ же лежитъ обязанность представить доказательства тѣхъ спорныхъ фактовъ, на которыхъ онѣ основываютъ свои требованія; что эта обязанность распредѣляется между сторонами по извѣстнымъ правиламъ; что требованія и объясненія одной стороны даютъ поводъ къ объясненіямъ ея противника и такимъ образомъ въ этой борьбѣ противоположныхъ интересовъ развивается матеріалъ процесса и подготавливаются, какъ первоначальное установленіе спорныхъ требованій (*litis Contestatio*), такъ и опредѣленія суда и заключительное рѣшеніе дѣла. Тамъ, гдѣ издавна существуютъ и получили прочное, обезпеченное положеніе сословія стряпчихъ и судебныхъ приставовъ, тамъ вся масса черной работы по веденію процесса лежитъ на нихъ. Они обмѣниваются состязательными бумагами, они вызываютъ другъ друга въ судъ прямо черезъ пристава, и даже очередь доклада дѣлъ въ нѣкоторыхъ странахъ опредѣляется не судомъ и не предсѣдателемъ, а просто записью дѣла въ очередной списокъ и номеромъ его въ этомъ списокѣ. Затѣмъ, какъ мы видѣли, стряпчие же излагаютъ суду свои требованія и сущность дѣла на словахъ и замѣняютъ тѣмъ работу члена-докладчика и т. д. Напротивъ, гдѣ адвокатура еще не установилась прочно, тамъ множество черной работы лежитъ на канцеляріи суда и на самихъ судьяхъ. Устное состязаніе сторонъ на судѣ по поводу иска состоитъ въ томъ, что сперва истецъ, а затѣмъ отвѣтчикъ излагаютъ въ устной рѣчи свои требованія, а также обстоятельства и доводы, на которыхъ эти требованія основаны (Уст. 330, 72, 360). Устная рѣчь не можетъ быть замѣнена прочтеніемъ бумагъ или записокъ по дѣлу, хотя въ законѣ и нѣтъ запрещенія тяжущимся имѣть при себѣ такія записки (69 г. Кас. 333. 70 г. Кас. 1042). Каждая сторона должна дать положительное объясненіе по поводу требованій и возраженій противника и обстоятельствъ, на которыхъ они основаны, должна высказаться опредѣленно, признаетъ ли она или отвергаетъ эти требованія и обстоятельства (Уст. 314, 335). Отказъ ея дать такое объясненіе можетъ свидѣтельствовать о томъ, что она признаетъ справед-

¹⁾ Wetzell, § 15 и слѣд. 44 и 45. Endemann, § 109, 113, 114, 126, 135, 136, Schmitt, *bayer. Proc.*, т. 1, § 166, 225 и слѣд. *Герм. Пр.* 72 г. § 123—138. Мотивы, стр. 164 и слѣд. Ср. выше, § 74 прим. Думашевскій, Сводъ, § 784 и слѣд.

ливыми требованія и факты, заявленные противникомъ: факты становятся естественно безспорными, когда заинтересованная сторона не возбуждаетъ спора противъ ихъ. Впрочемъ, ближайшая оцѣнка этого предмета принадлежитъ суду (67 г. Кас. 204), потому что соотношеніе между объясненіями сторонъ можетъ представлять весьма разнообразныя оттѣнки. Устное состязаніе есть непрерывный обмѣнъ мыслей, есть цѣльная драма, которая заканчивается только рѣшеніемъ. То, что не было оспорено въ одинъ моментъ этой драмы, можетъ быть оспорено въ другой, такъ что только въ концѣ устнаго состязанія можно вывести изъ него окончательное заключеніе. Часто бываетъ, что отвѣтчикъ отговаривается противъ иска невѣдѣніемъ и такимъ образомъ отклоняется отъ положительнаго отвѣта. Но и здѣсь возможно вывести изъ его словъ признаніе иска, если эта отговорка относится къ его собственнымъ дѣйствіямъ или къ фактамъ, которые онъ самъ долженъ былъ видѣть; наприм., если онъ не отвергаетъ подлинности своей подписи на долговомъ актѣ и отговаривается только невѣдѣніемъ о долгѣ. Впрочемъ, о выводѣ признанія изъ разныхъ объясненій сторонъ мы уже говорили выше (§ 64).

б) Дѣятельность суда въ состязательномъ процессѣ вызывается, какъ мы видѣли, инициативою частныхъ лицъ, за исключеніемъ нѣкоторыхъ дѣйствій, совершаемыхъ судомъ *ex officio*. Однако, состязательное начало оставляетъ суду широкій просторъ для дѣятельности по управленію ходомъ процесса (*Processleitung*). Всю эту дѣятельность никоимъ образомъ нельзя свести къ одному только понятію „убѣжденія судьи“, какъ думаютъ у насъ нѣкоторые юристы. Убѣжденіе есть фактъ внутренняго міра, явленіе психологіи и морали, тогда какъ дѣятельность суда въ процессѣ есть дѣятельность внѣшняя. Сущность ея состоитъ въ изслѣдованіи дѣла (*causae cognitio*), въ сознаніи требованій и фактовъ, сообщаемыхъ сторонами, и въ оцѣнкѣ ихъ. Но это изслѣдованіе не есть состояніе пассивное, а есть рядъ внѣшнихъ дѣйствій, въ которыхъ судъ выражаетъ свою мысль и волю, направляя каждый шагъ процесса къ законному исходу. Движеніе процесса должно совершаться въ законныхъ формахъ и судъ обязанъ наблюдать за ихъ законностію, не ожидая на каждомъ шагу указанія или понужденія отъ тяжущихся. Можно предположить, что стороны требуютъ процесса съ законными формами и условіями, если онѣ требуютъ его вообще. Поэтому въ каждомъ отдѣльномъ дѣйствіи сторонъ судъ долженъ изслѣдовать *ex officio* дозволенность этого дѣйствія съ точки зрѣнія законныхъ формъ его, наприм., соблюдены ли при подачѣ какой-нибудь бумаги законы о гербовыхъ пошлинахъ (70 г. Кас. 585), не пропущены ли сроки, не подается ли бумага повѣреннымъ, не имѣющимъ полномочія, не нарушаются ли законы о предѣлахъ вѣдомства суда и т. п. Затѣмъ онъ долженъ обсуживать каждое дѣйствіе сторонъ и по содержанию, по отношенію къ другимъ дѣйствіямъ (наприм., отвѣта къ иску, устныхъ рѣчей къ бумагамъ, объясненій одной стороны къ требованіямъ и заявленіямъ другой и т. п.), къ закону и къ цѣли процесса—рѣшенію. Если требованіе стороны незаконно по своему содержанию, т. е. по самому существу его, а не по сомнительности фактовъ, на которыхъ оно основано, то судъ имѣетъ право отвергнуть его *ex officio*, безъ просьбы противной стороны ¹⁾. Въ другихъ же случаяхъ,

¹⁾ Бавар. Уст. § 264.

когда дѣйствіе стороны удовлетворяетъ формальнымъ условіямъ и не оказывается явно противозаконнымъ по своему содержанию, судъ долженъ выслушать объясненія противной стороны по поводу этого дѣйствія и, слѣдовательно, дать ей возможность представить свои объясненія. По каждому требованію и факту, заявленному одной стороной, другая сторона должна дать опредѣленное объясненіе и, какъ предсѣдатель, такъ и члены суда могутъ требовать отъ ней положительнаго отзыва, т. е. предлагать ей вопросы для разъясненія дѣла (Уст. 72, 335). Если фактъ, заявленный однимъ тяжущимся, признанъ другимъ, то онъ выдѣляется какъ безспорный; напротивъ, когда фактъ отрицается, онъ долженъ быть доказанъ, и судъ, обязанный направлять дѣло къ рѣшенію, имѣетъ право обратить вниманіе сторонъ на недоказанность такого факта и предложить имъ представить доказательства (Уст. 368). По поводу ссылки на доказательства, наприм., на свидѣтелей, по поводу самаго представленія доказательствъ, по вопросам о содержаніи и силѣ ихъ, естественно допускается состязаніе между сторонами; наприм., могутъ быть предьявлены отводы свидѣтелей (Уст. 373, и слѣд.), возраженія противъ вызова ихъ (374, 409, 410), споръ о подлинности документовъ и т. п. Кромѣ выслушанія и разрѣшенія всѣхъ этихъ споровъ, къ производству о доказательствахъ относятся разныя дѣйствія суда, необходимыя для пособія тяжущимся въ представленіи доказательствъ, наприм., вызовы свидѣтелей, содѣйствіе полученію документовъ изъ присутственных мѣстъ и т. п. Обсужденіе, повѣрка и оцѣнка доказательствъ составляютъ также дѣло суда; его прямая обязанность—обсудить, какъ юридическую, такъ и фактическую сторону процесса, изслѣдовать сообщенные ему факты и юридически оцѣнить ихъ (*causam cognoscere*). Съ этою цѣлью онъ можетъ, даже безъ просьбы сторонъ, требовать заключенія свѣдущихъ людей и назначать осмотръ на мѣстѣ. Разныя случайныя требованія сторонъ опять вызываютъ за собой дѣятельность суда, наприм., выслушаніе сторонъ, распоряженія объ охранительныхъ мѣрахъ и разныя частныя опредѣленія. Все устное состязаніе сторонъ происходитъ обыкновенно въ открытомъ засѣданіи суда и предсѣдатель его руководитъ ходомъ состязанія, поддерживаетъ въ немъ порядокъ, направляетъ споръ сторонъ, показанія свидѣтелей и т. п. къ разъясненію дѣла и, когда оно достаточно разъяснено, то прекращаетъ состязаніе (Уст. 338, 361, 399 и др. 67 г. Кас. 438). Въ теченіи процесса, еще до заключительнаго акта его—рѣшенія, предсѣдатель суда и самъ судъ дѣлаютъ всѣ нужныя распоряженія по управленію ходомъ процесса или постановляютъ частныя опредѣленія по отдѣльнымъ частнымъ вопросамъ. Къ числу распоряженій относятся, наприм., вызовы тяжущихся и постороннихъ лицъ къ извѣстной дѣятельности въ засѣданіи суда (*citatio arctatoria*) или простыя увѣдомленія или извѣщенія сторонъ (*citatio monitoria*), охранительныя мѣры, которыя принимаетъ предсѣдатель суда въ случаяхъ негерпящихъ отлагательства, мѣры по управленію ходомъ состязанія и т. п.

в) Заключение прокурора ¹⁾. По нѣкоторымъ дѣламъ и част-

¹⁾ Boitard, т. 1, п. 207 и слѣд. Carré et Ch. Ad., т. 1, стр. 495 и слѣд. Verhandl. II Juristentages, т. 1, стр. 96, III Juristentages, т. 1, стр. 28—70, т. 2, стр. 95—100, 449—507, IV Jurist., т. 1, стр. 16, V т. 1, стр. 133 ff., т. 2, стр. 14, 70—73.

нымъ вопросамъ, вслѣдъ за словеснымъ состязаніемъ тяжущихся, судъ выслушиваетъ заключеніе прокурора или его товарища. Участіе прокурорскаго надзора въ гражданскомъ процессѣ существуетъ въ нѣкоторыхъ странахъ и на западѣ Европы, прежде всего во Франціи, а по примѣру ея и въ Бельгіи, Голландіи, Италиі и въ немногихъ краяхъ Германіи (въ Ганноверѣ, Брауншвейгѣ, Ольденбургѣ, Баваріи). Въ новое время германскіе юристы высказываются противъ этого вмѣшательства прокуратуры въ гражданскія дѣла и оно отвергнуто послѣдними проектами Уст. Гр. Суд. для Германіи.—Въ Россіи прокурорскій надзоръ развился со временъ Петра I; въ сочиненіи А. Д. Градовскаго можно найти подробную исторію этого развитія. По Своду Зак. дѣятельность прокуроровъ вообще по судебнымъ дѣламъ была весьма обширна и неопредѣленна (см. мотивы госуд. канц. предъ ст. 343 Уст.); Уставы 20-го ноября сосредоточили ее по преимуществу на уголовномъ процессѣ, а въ гражданскомъ судопроизводствѣ она состоитъ только въ представленіи заключеній по нѣкоторымъ дѣламъ и вопросамъ, положительно указаннымъ въ законѣ (Уст. 179, 199, 343, 804), и въ болѣе широкомъ правѣ ходатайства, защиты и жалобъ на рѣшенія судовъ по нѣкоторымъ дѣламъ, также опредѣленнымъ въ законѣ (Уст. 1294, 1344, 1345). Эти два рода дѣятельности прокурорскаго надзора надобно строго различать одинъ отъ другаго; такъ, наприм., по дѣламъ брачнымъ, гдѣ нѣтъ отвѣчика, прокуроръ какъ бы заступаетъ его мѣсто, становится защитникомъ дѣла противъ истца, обязанъ собирать доказательства противъ иска и имѣть право приносить жалобы на рѣшенія судовъ подобно частному лицу (Уст. 1344—5); по дѣламъ казенныхъ управленій онъ также имѣетъ право просить объ отмѣнѣ рѣшеній (ст. 1294). Напротивъ, по другимъ дѣламъ гражданскимъ роль его ограничивается только представленіемъ суду заключенія, т.-е. основаннаго на законѣ мнѣнія о томъ, какъ и въ чью пользу судъ долженъ разрѣшить какой-нибудь частный вопросъ или цѣлое дѣло. Въ этихъ случаяхъ онъ не имѣетъ права входить въ высшій судъ съ протестами и просьбами объ отмѣнѣ рѣшеній (67 г. Кас. 391. 68 г. Кас. 67, 127, 658, 895 и др.), а если дѣйствія суда или судей кажутся ему противозаконными, можетъ обратить на нихъ вниманіе предсѣдателя или довести прокурору судебной палаты для представленія министру юстиціи (Учр. 253).

Случай, въ которыхъ законъ требуетъ прокурорскаго заключенія, перечислены въ ст. 179, 199 и 343 Уст., изъ коихъ одна дополняетъ другую (67 г. Кас. 374. 60 г. Кас. 260, 819 и др.). Таковы именно дѣла казеннаго управленія (Уст. 1290), земства, городскихъ и сельскихъ обществъ, дѣла лицъ несовершеннолѣтнихъ, безвѣстно-отсутствующихъ (ст. 1457), глухонѣмыхъ и умалишенныхъ, дѣла брачныя и о законности рожденія (ст. 1343, 343), а также вопросы о подсудности и о пререканіяхъ, о подлогѣ и другихъ уголовныхъ обстоятельствахъ, обнаружившихся въ гражданскомъ дѣлѣ (ст. 561), объ устраненіи судей (ст. 672) и о выдачѣ свидѣтельствъ на право бѣдности (ст. 884). Всѣ эти случаи относятся къ производству въ общихъ судахъ и миро-

Итал. Уст. съ прим. Борсари art. 346, 347, 505, 519, стр. 647 и слѣд. Allard, стр. 68 и слѣд. Schmitt, bayer. Proc., т. 1, § 26 и слѣд. Мотивы госуд. канц. къ ст. 343—347. Уст. Гр. суд., Проектъ Уст. Торг. Суд. ст. 14 и 197. Думашевскій, Сводъ, § 814—845, прод. 1, § 243 и слѣд. Градовскій, 1. cit.

выхъ сѣздахъ; напротивъ, при мировыхъ судьяхъ и коммерческихъ судахъ нѣтъ лицъ прокурорскаго надзора, а въ сенатѣ заключеніе оберъ-прокурора или товарища его выслушивается по каждому дѣлу (Уст. 804).

Вообще, гдѣ законъ требуетъ заключенія прокурора, оно должно быть выслушано; нарушеніе этого правила можетъ служить поводомъ къ отмѣнѣ рѣшенія (наприм., по дѣламъ несовершеннолѣтнихъ 67 г. Кас. 500. 70 г. Кас. 530; по вопросамъ о подсудности 67 г. Кас. 410. 69 г. Кас. 260, 377, 542. 70 г. Кас. 122, 1480 и др.). Однако нѣтъ надобности въ отмѣнѣ, если вопросъ разрѣшенъ правильно и безъ заключенія прокурора или дѣло рѣшено въ пользу той стороны, въ интересахъ которой законъ требуетъ прокурорскаго заключенія (67 г. Кас. 299. 68 г. Кас. 206, 613. 70 г. Кас. 682). Если же заключеніе дано, то отъ суда зависитъ согласиться съ нимъ или нѣтъ, и правильность его не повѣряется въ кассационномъ порядкѣ (68 г. Кас. 653). Сами стороны могутъ указывать на ошибки въ изложеніи обстоятельствъ дѣла, если бы замѣтили ихъ (Уст. 347).

Для того, чтобы прокуроръ или товарищъ его могъ изучить дѣло и составить правильное заключеніе, судъ долженъ препроводить къ нему дѣло (*communication au ministère public*), по крайней мѣрѣ за три дня до доклада (Уст. 344). Самое заключеніе излагается прокуроромъ устно послѣ доклада дѣла и словеснаго состязанія тяжущихся (Уст. 345, 179. 69 г. Кас. 38). Сущность его вносится въ протоколъ (Уст. 346); но въ мировыхъ сѣздахъ, какъ мы уже замѣтили, не всегда составляются протоколы и о выслушаніи прокурорскаго заключенія часто только упоминается въ рѣшеніи суда (69 г. Кас. 790, 70 г. Кас. 952 и 1440).

§ 79. III. Окончаніе процесса ¹⁾. Процессъ можетъ окончиться или съ разрѣшеніемъ спора по существу, или безъ разрѣшенія его. Въ-первомъ случаѣ мы будемъ имѣть дѣйствительное и полное окончаніе процесса (*finis controversiae, litis или causae*); напротивъ, во-второмъ случаѣ прекращается только производство въ данномъ судѣ или въ инстанціи, но дѣло можетъ еще быть начато снова въ другомъ судѣ (*Aufhebung der Instanz*).

1. Обыкновенный способъ полного окончанія процесса есть рѣшеніе, вступившее въ законную силу и приведенное въ исполненіе. О немъ мы будемъ говорить въ слѣдующихъ параграфахъ (80—83). Но это не единственный способъ окончательнаго разрѣшенія и прекращенія процесса. Возможны еще слѣдующіе способы:

а) Сдѣяніе ролей истца и отвѣтчика въ одномъ лицѣ. Такъ, напр., если истецъ станетъ наслѣдникомъ во всемъ имуществѣ отвѣтчика, то имущественныя притязанія его погашаются *ipso facto* и процессъ оканчивается самъ собою за невозможностію его продолженія.

б) Мировыя сдѣлки ²⁾. Судебные споры и тяжбы нерѣдко возни-

¹⁾ Renaud, § 75, 76. Wetzell, § 46 princ.

²⁾ Фран. Уст. 48—58 (Буатаръ 1, § 76 и слѣд. Carré Ch. Ad. 1, стр. 207 ss. Бордо, стр. 405 и сл. Loqué, т. 21, стр. 56 и слѣд.). Женев. 1, art. 5 и 6 (Bellot стр. 20 ss.). Итал. § 1 и сл. и § 417 (прим. Борсари. Allard, стр. 5 и слѣд.). Бавар. 221—3 (Schmitt, II, § 365). Прусск. Уст. I, 11. Ганнов. § 175—7, 386. Бад. 290 ff. Герм. Пр. 72 г. § 253 (Мотивы, стр. 275). Puchta, вь *civ. Arch.*, т. 19, Тибо, *ibid.*, т.

каютъ изъ недоразумѣній въ расчетахъ или изъ недостатка наличныхъ средствъ у должника къ удовлетворенію кредитора и изъ нежеланія кредитора отсрочить платежъ и, при разныхъ другихъ обстоятельствахъ, часто первая явка сторонъ на судъ, первая тревога, соединенная съ издержками и огласкою дѣла, въ особенности же взаимныя объясненія на судъ и добрый совѣтъ судьи располагаютъ ихъ къ соглашенію, къ обоюднымъ уступкамъ и миру. Столкновение съ судомъ приводитъ ихъ къ мысли, что худой миръ лучше доброй ссоры. Примиреніе сторонъ какъ нельзя болѣе соотвѣтствуетъ интересамъ судебной власти государства: рѣшая дѣло сами по взаимному согласію, контрагенты получаютъ по мировой сдѣлкѣ тѣ права, какія успѣли выговорить, и поступаются своими выгодами по доброй волѣ; они сами судятъ и устанавливаютъ свои отношенія, освобождая судебныя учрежденія государства отъ труда и отвѣтственности по ихъ дѣлу. Когда процессъ оканчивается судебнымъ рѣшеніемъ, часто обѣ стороны остаются недовольны судомъ, потому что ему приходится иногда отказывать той или другой сторонѣ въ ихъ недоказанныхъ или преувеличенныхъ претензіяхъ. Напротивъ, по мировой сдѣлкѣ каждая сторона получаетъ и даетъ право по своей доброй волѣ и, если согласилась на уступки, отсрочки и потери, можетъ жаловаться потомъ только сама на себя. Чѣмъ сложнѣе, медленнѣе и дороже судопроизводство, чѣмъ болѣе суды обременены дѣлами, тѣмъ живѣе сознается обоюдный интересъ суда и тяжущихся въ прекращеніи споровъ миромъ.

Каноническое право, по своимъ религіознымъ понятіямъ, должно было отнестись съ особеннымъ сочувствіемъ къ этому дѣлу; оно обязываетъ судей склонять тяжущихся къ миру, руководить ихъ переговорами, направляя ихъ на путь справедливости и гуманности ¹⁾. Эта идея мирового посредничества встрѣчается потомъ у разныхъ народовъ и выразилась въ учрежденіи особыхъ судей-примирителей, совѣтниковъ, мировыхъ судей и т. п. Люди весьма различныхъ направленій, наприм., Уильямъ Пеннъ и Вольтеръ, сходились въ этой идеѣ, указывая въ примиреніи сторонъ самый лучший способъ не только прекращать начатыя тяжбы, но и предупреждать ихъ, тушить раздоры еще прежде, чѣмъ дошло дѣло до формальнаго процесса. Во Франціи закономъ 24-го августа 1790 г. постановлено было, чтобы каждое дѣло, прежде начатія его въ порядкѣ спорномъ, проходило предварительный обрядъ примиренія (*préliminaire de conciliation*). Это правило удержано и въ *Code de proc. civ.*, такъ что, за нѣкоторыми исключеніями, дѣло можетъ начаться въ окружномъ судѣ только послѣ того, какъ стороны вызваны были къ мировому судѣ для примиренія и попытка окончить споръ миромъ оказалась неудачною ²⁾; точно также и производству дѣлъ, подсудныхъ мировымъ судьямъ, предшествуетъ попытка примиренія ³⁾. Этотъ обязательный мировой обрядъ до сихъ поръ существуетъ во Франціи и вызвалъ о себѣ много толковъ *pro* и *contra*. Возраженія

8 и 9. Wetzell, § 45, прим. 10 и слѣд. Davis, стр. 185 ff. Boncenne, *Introd.*, стр. 288 и слѣд. Бентамъ, О судоустройствѣ, гл. 21, о примирительномъ разбирательствѣ.

¹⁾ С. XI *Decretal.* 1, 36: *ad componendum interponere... procedas, aequitate servata, semper in humaniorem partem declinando secundum quod personas et causas, loca et tempora postulare videris.*

²⁾ С. de *proc.* art. 48—58.

³⁾ Зак. 2-го мая 1855 г.

направлены собственно противъ той попытки примиренія, которая по закону должна предшествовать открытію процесса въ окружныхъ судахъ. Дѣла въ окружныхъ судахъ Франціи ведутся, какъ извѣстно, стряпчими; къ мировому судѣ стороны могутъ явиться для примиренія лично или черезъ повѣреннаго ¹⁾; въ результатѣ выходитъ, что стороны прямо нанимаютъ стряпчихъ вести дѣло и потомъ уже ихъ стряпчіе являются къ мировому судѣ для *préliminaire de conciliation*: о всемъ этомъ производствѣ составляется протоколъ, оно связано съ издержками; но стряпчіе, которымъ поручено вести дѣло въ окружномъ судѣ, смотрятъ на эту церемонію, какъ на пустой обрядъ, и стараются только выправить отъ мирового судьи свидѣтельство, что примиренія не состоялось. Это свидѣтельство служитъ какъ бы паспортомъ въ окружной судъ. Впрочемъ, надобно замѣтить, что есть и защитники этого обряда во Франціи ²⁾, по мнѣнію которыхъ онъ требуетъ только исправленія въ деталяхъ, а по существу является полезнымъ учрежденіемъ. Статистика показываетъ, что многія дѣла оканчиваются дѣйствительно въ этомъ *préliminaire de conciliation* и не доходятъ до окружныхъ судовъ ³⁾.

Другія законодательства, для которыхъ французскій уставъ служилъ вообще образцомъ, отступаютъ отъ него въ этомъ отношеніи болѣе или менѣе рѣшительно. Нѣкоторыя изъ нихъ удержали *préliminaire de conciliation*, обязательный мировой прологъ, но только по спорамъ между супругами и близкими родственниками ⁴⁾. По другимъ же дѣламъ эта предварительная мѣра поставлена въ зависимость отъ доброй воли истца; если онъ желаетъ испытать этотъ путь прежде формальнаго процесса, то, наприм., по ганноверскому уставу, онъ имѣетъ право обратиться къ участковому судѣ (въ Амтсгерихтѣ) и просить его о вызовѣ отвѣтчика для переговоровъ о мирѣ ⁵⁾. Кромѣ того, по дѣламъ мировыхъ или участковыхъ судей, во многихъ мѣстахъ считается правиломъ, что судья, еще не приступая къ протокольной записи объясненій тяжущихся, долженъ предложить имъ окончить дѣло примиреніемъ и только въ случаѣ неудачи этой попытки открываетъ формальное разбирательство ихъ спора ⁶⁾. Общія судебныя мѣста также обязаны склонять тяжущихся къ миру, хотя здѣсь эта мѣра уже не имѣетъ значенія пролога къ процессу, а служитъ только способомъ

¹⁾ Code de proc. a rt. 53.

²⁾ Къ нимъ принадлежатъ, напр. Carré, Berriat-Saint-Prix, Boncenne, Bordeaux и друг.

³⁾ Bordeaux, стр. 414. На четвертомъ съѣздѣ германскихъ юристовъ было сдѣлано предложеніе ввести предварительный обрядъ примиренія; но оно было отклонено. Verhandlungen, т. 1, стр. 138 и сл., т. 2, стр. 327—29. Повный германскій проектъ Уст. Гр. Суд. также отвергаетъ эту идею (Мотивы, стр. 275).

⁴⁾ Женев. 1, art. 5 и 6. Баден. 290—2. Бельг. Пр. livre prélim. tit. II. art. 19.

⁵⁾ Ганнов. § 175. См. также Виртемб. § 308. Бавар. § 222. Въ Италіи существуютъ для этой цѣли особые conciliatori (Art. 1 ss.).

⁶⁾ Ганнов. § 386. Въ графскихъ судахъ Англіи внушеніе на счетъ примиренія дѣлается въ самой повѣсткѣ, посылаемой отвѣтчику, и, если стороны согласятся на мировую сдѣлку, она записывается секретаремъ суда въ протоколъ, на основаніи котораго изготовляется тѣмъ же секретаремъ рѣшеніе и, въ случаѣ надобности, выдается исполнительный листъ. Davis, стр. 185.

окончания процесса ¹⁾. Въ этомъ смыслѣ она извѣстна и нашему Уставу Гражд. Суд.

Инициатива переговоровъ о примиреніи можетъ быть сдѣлана, по нашему Уставу, какъ истцомъ, такъ и отвѣтчикомъ въ теченіи процесса, во всякомъ положеніи дѣла (Уст. 1357, 1358). Кромѣ того, и самъ судъ склоняетъ тяжущихся къ миру, наводитъ ихъ на мысль о мировой сдѣлкѣ ²⁾. Такъ мировой судья, по предварительномъ объясненіи съ обѣими сторонами, еще не приступая къ разбору дѣла, предлагаетъ имъ прекратить дѣло миромъ и указываетъ дѣйствительные, по его мнѣнію, способы къ тому (Уст. 70, 72). Онъ обязанъ при этомъ вникнуть въ дѣло и не навязывать сторонамъ несправедливыхъ условій примиренія ³⁾ (X, 2, 1130, п. 3); онъ не имѣетъ права грозить той или другой сторонѣ рѣшеніемъ дѣла противъ нея, или вообще настаивать на примиреніи во что бы то ни стало; всякое моральное принужденіе противно природѣ мировой сдѣлки, которая должна основываться на свободномъ соглашеніи заинтересованныхъ лицъ ⁴⁾. Мѣры для склоненія тяжущихся къ примиренію онъ долженъ принимать и во время производства дѣла, и только въ случаѣ неуспѣха приступаетъ къ постановленію рѣшенія (Уст. 70). Въ мировыхъ сѣздахъ, окружныхъ судахъ и судебныхъ палатахъ такая же обязанность лежитъ на предсѣдателѣ суда или присутствіи (Уст. 177, 337, 361, 777): онъ обязанъ склонять тяжущихся къ миру, какъ во время состязанія, такъ и по окончаніи его, конечно, если мировая сдѣлка представляется въ данномъ случаѣ возможною по закону ⁵⁾ (Уст. 337).

Возможность мировой сдѣлки зависитъ отъ разныхъ условій, именно отъ личной способности тяжущихся и отъ самаго предмета дѣла. Такъ, наприм., дѣла ведутся нерѣдко повѣренными; но не всякій повѣренный имѣетъ право прекратить дѣло миромъ. Такое полномочіе, по дѣламъ общихъ судовъ, должно быть прямо выражено въ довѣренности, иначе повѣренный не считается уполномоченнымъ на это дѣйствіе (Уст. 250). Только въ мировыхъ судахъ, до рѣшенія дѣла (71 г. Кас. 496, д. Червонецкаго), повѣренный можетъ окончить его миромъ, хотя бы объ этомъ правѣ не было упомянуто въ довѣренности (Уст. 48). И сами тяжущіеся не всегда имѣютъ право распоряженія, необходимое для заключенія мировой сдѣлки. Такъ, наприм., если бы лицо несовершеннолѣтнее заключило сдѣлку у мирового судьи, то

¹⁾ Ганнов. § 176.

²⁾ Мы уже видѣли, что по нѣкоторымъ западнымъ Уставамъ судъ имѣетъ право взывать тяжущихся лично для переговоровъ о примиреніи. См. выше § 47, стр. 235. Нашъ Уставъ не даетъ суду такого права.

³⁾ Wetzell, § 45, прим. 11.

⁴⁾ Справедливо замѣчаетъ Бентамъ, что склоненіе къ миру можетъ быть опаснымъ орудіемъ въ рукахъ судьи, который тайно покровительствуетъ отвѣтчику; это прекрасный способъ избавить его отъ половины требованій истца подъ предлогомъ примиренія. Истецъ долженъ бы получить по закону все, а ему даютъ только половину. Гдѣ же тутъ справедливость?—спрашиваетъ Бентамъ (О судоустр. стр. 123 и 124).

⁵⁾ Различіе выраженій въ ст. 337, 361 и 177 Устава не имѣетъ никакого значенія (Contra По бѣд. § 240 и сл. 68 г. Кас. 849. 69 г. Кас. 564, 587).

она была бы недѣйствительна ¹⁾ (X, 1, 222. 72 г. Кас. 76, д. Вульфа); точно также, если бы расточитель согласился на уступки по мировой сдѣлкѣ (Уст. 20). Дѣла казенныхъ управленій по закону не могутъ оканчиваться примиреніемъ (Уст. 1289), а еще менѣе можетъ зависѣть отъ мировой сдѣлки уголовное преслѣдованіе такихъ преступленій, которыя по закону не покрываются примиреніемъ (Улож. о наказ. 157. 69 г. Кас. 746. 72 г. Кас. 252, д. Бѣлецкой).

Итакъ, когда дѣло можетъ быть окончено миромъ, судъ долженъ предложить тяжущимся, не пожелаютъ ли они войти въ мировое соглашеніе между собою. Если соглашеніе не состоялось, то конечно нечего и записывать въ протоколъ; нѣтъ никакой надобности означать въ протоколѣ по каждому дѣлу, что предсѣдатель или судья склонялъ тяжущихся къ миру, но безуспѣшно: иначе эта отмѣтка обратилась бы въ стереотипную фразу (68 г. Кас. 849). Да и вообще стороны не имѣютъ права жаловаться на то, что предсѣдатель или судья не склонялъ ихъ къ миру ²⁾; наша судебная практика совершенно напрасно принимаетъ противоположное правило, а сенатъ даже отмѣняетъ рѣшенія съѣздовъ, если въ особомъ протоколѣ дѣла, буде онъ составленъ (68 г. Кас. 323), не упомянуто, что предсѣдатель склонялъ тяжущихся къ миру (69 г. Кас. 564, 587. 71 г. Кас. 27, д. Бойко), и отрицаетъ право суда находить, по выслушаніи объясненій сторонъ, что примиреніе между ними невозможно (69 г. Кас. 897).

Напротивъ, если мировая сдѣлка состоялась, то она излагается на письмѣ, т.-е. или въ особой бумагѣ, записи или мировомъ прошеніи за подписью сторонъ и съ засвидѣтельствомъ суда, или же въ протоколѣ, который прочитывается тяжущимся, одобряется и подписывается ими, а потомъ скрѣпляется судомъ (Уст. 71, 178, 1359, 1364). Заключенію сдѣлки обыкновенно предшествуютъ переговоры, или внѣ суда, или въ его присутствіи, причемъ Уставъ дозволяетъ сторонамъ просить судъ объ удаленіи постороннихъ лицъ (Уст. 1363). Никакого особаго права этотъ законъ не даетъ сторонамъ, если судъ не признаетъ ихъ просьбы уважительною (Уст. 326), а для этого онъ долженъ имѣть законныя основанія ³⁾ (Срав. выше § 73). Во время переговоровъ тяжущіеся могутъ дѣлать уступки другъ другу, но если потомъ примиреніе не состоялось, эти уступки не имѣютъ для нихъ обязательной силы (Уст. 1365).

Что касается послѣдствій мировой сдѣлки, совершенной или засвидѣтельствованной судебнымъ порядкомъ, то законъ признаетъ актъ сдѣлки равносильнымъ судебному рѣшенію, вошедшему въ законную силу и не подлежащему обжалованію (Уст. 1364). Такъ что за мировую сдѣлкою нѣтъ надобности въ рѣшеніи, она замѣняетъ его и какъ суррогатъ его можетъ быть обращена къ исполненію въ томъ же порядкѣ, какъ судебныя рѣшенія (Уст. 924): на основаніи ея мо-

¹⁾ Ср. еще 69 г. Кас. 935: подписка несовершеннолѣтняго, безъ согласія попечителя выданная сиротскому суду въ томъ, что онъ отказывается вчинать искъ противъ его опекуновъ, не имѣетъ обязательной силы.

²⁾ Renaud, § 75. О ненужности протокола см. еще Bordeaux, l. cit.

³⁾ По толкованію Сената, эта ст. 1363 Устава не примѣнима къ дѣламъ, которыя производятся у мировыхъ судей (68 г. Кас. 821).

жесть быть выданъ исполнительный листъ ¹⁾ (contra Побѣд. 1151), если условія ея таковы, что допускають принудительное взысканіе; иногда сдѣлка является сложнымъ взаимнымъ договоромъ, по которому каждая сторона принимаетъ на себя обязательства, наприм., одна обязывается поставить какіе нибудь припасы, а другая заплатить за нихъ; по такой сдѣлкѣ очевидно нельзя выдать исполнительный листъ немедленно (69 г. Кас. 604, д. Раппопорта), а въ случаѣ споровъ необходимо предварительное расчетное производство и можетъ даже оказаться надобность въ новомъ процессѣ, въ общемъ апелляціонномъ порядкѣ (68 г. Кас. 615), такъ что неисполненіе обязательствъ, принятыхъ по мировой сдѣлкѣ, можетъ быть поводомъ къ новому иску (69 г. Кас. 1310). Во всякомъ случаѣ это будетъ уже новое дѣло о неисполненіи и о расчетахъ по мировой сдѣлкѣ, а прежнее дѣло, прекращенное примиреніемъ, считается навсегда оконченнымъ, и какъ участники сдѣлки, такъ и преемники ихъ не могутъ возобновлять этого дѣла (Уст. 71, 1366). Для лицъ постороннихъ, не принимавшихъ участія въ сдѣлкѣ, хотя бы они и участвовали въ процессѣ, она конечно не имѣетъ обязательной силы (Уст. 1358. 67 г. Кас. 21. 70 г. Кас. 1371).

в) Судебное отреченіе отъ иска (causae renunciatio). Истецъ можетъ во всякое время отказаться отъ исковаго права, потому ли что получилъ удовлетвореніе отъ отвѣтчика (Юрид. вопр. Полтав. Окр. Суда 69 г. № 9, въ „Суд. В.“ 71 г. № 116), или вошелъ съ нимъ въ мировую сдѣлку внѣ суда (рѣш. Казан. Суд. Пал. по д. Мотовиловой съ кн. Волконскимъ, въ „Суд. В.“ 71 г. № 170), или по другимъ мотивамъ (Спб. Суд. П. по дѣлу кн. Бѣлосельскаго-Бѣлозерскаго въ „Суд. В.“ 67 г. № 122). Такое отреченіе равносильно судебному рѣшенію объ отказѣ истцу въ его искѣ и о присужденіи его къ платежу судебныхъ издержекъ. Истецъ, отрекшійся отъ исковаго права, теряетъ его навсегда и не можетъ возобновлять дѣло. Вотъ почему нѣкоторые процессуалисты счатаютъ отреченіе самостоятельнымъ способомъ прекращения процесса ²⁾. Намъ кажется однако, что оно служитъ только основаніемъ для судебного рѣшенія объ отказѣ въ искѣ и о присужденіи истца къ платежу судебныхъ издержекъ. Отвѣтчикъ имѣетъ право требовать такого рѣшенія, чтобы устранить всѣ возможные сомнѣнія на счетъ исхода дѣла и предупредить возобновленіе его. Онъ имѣетъ прямой интересъ въ рѣшеніи, какъ формальномъ заключительномъ актѣ процесса и какъ документѣ, на основаніи котораго онъ можетъ взыскивать съ истца судебныя издержки ³⁾.

Еще менѣе возможно считать самостоятельными способами прекращения процесса внѣсудебное отреченіе отъ иска, внѣсудебную мировую сдѣлку истца съ отвѣтчикомъ, уничтоженіе спорной вещи и т. п. Мировая сдѣлка, заключенная внѣ суда, должна быть представлена въ судъ, подтверждена здѣсь по допросамъ суда и тогда

¹⁾ Ганнов. Уст. § 528. Прус. G. O. 1, 24. § 4 и Verord. 4 марта 1834 § 1. Бавар. Уст. 223. Герм. Пр. 72 г. § 638 п. 1. Davis, стр. 185.—Напротивъ по Франц. Уст. мировая сдѣлка, состоявшаяся во время préliminaire de conciliation, имѣетъ только силу частнаго обязательства (force d'obligation privée, art. 54).

²⁾ Renaud, § 75. Ср. Баден. Уст. § 309.

³⁾ Wetzell, § 46, princ.

только обнаруживаетъ вліяніе на процессъ (Уст. 1359—62) ¹⁾. Точно также и вѣсудебное отреченіе отъ иска; оно можетъ служить основаніемъ для возраженія со стороны отвѣтчика, можетъ быть подтверждено истцомъ на судѣ; но во всякомъ случаѣ за нимъ слѣдуетъ судебное рѣшеніе.

2. Прекращеніе производства въ инстанціи безъ разрѣшенія спора по существу оставляетъ истцу право предъявить свой искъ снова въ томъ же самомъ или въ другомъ судѣ. Оно не погашаетъ, не консумируетъ его искового права, не уничтожаетъ спора и не ставитъ, на мѣсто спорныхъ отношеній между сторонами, какихъ нибудь новыхъ отношеній, вытекающихъ изъ рѣшенія по существу или изъ мировой сдѣлки. Все вліяніе его отражается только на данномъ производствѣ; матеріальныя права и обязанности по искомому отношенію остаются не регулированными; они опредѣляются, быть можетъ, въ другомъ процессѣ; теперь же только кончилось начатое производство. Это *simple affaire de forme, d'instance, de procédure*. Возможны слѣдующіе способы такого прекращенія производства:

а) Отказъ истца отъ производства по прошенію (*renunciatio litis*). ²⁾ До момента *litis contestatio*, т.-е. до открытія словеснаго состязанія между сторонами ³⁾, истецъ можетъ отказаться отъ производства по иску съ правомъ предъявленія его въ другое время, и обязанъ только вознаградить отвѣтчика за всѣ причиненные ему убытки и издержки. Послѣ же этого момента отказъ отъ преслѣдованія иска, съ сохраненіемъ права на предъявленіе его впослѣдствіи, возможенъ только съ согласія отвѣтчика. Во всякомъ случаѣ, прекращенное по этому поводу производство считается какъ бы не существовавшимъ; оно не перерываетъ теченія исковой давности (*arg. Уст. 692*). Отношенія сторонъ остаются такими же, какими они были бы, если бы производство совсѣмъ не начиналось.

б) Уничтоженіе приостановленнаго производства (*réemption d'instance*) ⁴⁾. Въ нѣкоторыхъ случаяхъ, какъ мы уже видѣли, производство приостанавливается; наприм., по взаимному согласію тяжущихся или же въ случаѣ смерти, сумасшествія или лишенія всѣхъ правъ состоянія одного изъ тяжущихся или повѣреннаго (Уст. 681 и

¹⁾ Во Франціи за мировымъ соглашеніемъ сторонъ можетъ слѣдовать постановленіе рѣшенія (*jugement d'expédient*). Boitard, 1, 240. Вообще на Западѣ нерѣдко выдаются обязательства въ формѣ судебныхъ рѣшеній. Таковы въ Англіи и Америкѣ *judgment notes*. См. Bouvier Dict. h. v.

²⁾ Франц. Уст. art. 402—403 du désistement (Boitard, т. 1, § 589 и сл. Carré et Ch. Ad. т. III, стр. 446 и сл.). Итал. Уст. 343 и сл. della renunzia agli atti del giudizio. Сардин. Уст. отд. 20, кн. IV del recesso dalla lite (Allard, стр. 57 и слѣд.) Бавар. 496—8, 533 (Schmitt, т. II, § 366). Ганнов. § 174. Abstand vom Prozesse. Герм. Пр. 72 г. § 229. Виртемб. 304. Lush, т. II, стр. 891 и сл. (nolle prosequi).

³⁾ Ганнов. 174. Герм. Пр. 72 г. § 229 и др.—Напротивъ Баден. 310 и Бавар. 496 (до заключенія перваго словеснаго состязанія).—См. выше § 77.

⁴⁾ Франц. 397—401 (Буатаръ, 1. 578. Карре III, стр. 377 и сл.). Итал. 338—42. Баден. 302 и сл. Женев. 272—9. Напротивъ нѣтъ этой *réemption d'instance* въ германскихъ уставахъ и проектахъ. См. Мотивы Герм. Пр. 72 г. стр. 228, 74 г. § 220. Ср. Lusch, II, стр. 893. Суд. В. 74 г. № 95: уничтоженіе заочнаго рѣшенія, по которому исполнительный листъ три года не былъ приведенъ въ исполненіе (Сиб. Суд. Пал. д. кн. Голицына).

слѣд.). Во всѣхъ этихъ случаяхъ приостановленное производство уничтожается, когда въ теченіи трехъ лѣтъ со времени приостановки не было подано просьбы о возобновленіи его (Уст. 689). Производство считается затѣмъ какъ бы не бывшимъ и не перерываетъ теченія давности (Уст. 692). Но истецъ не лишается права вновь предъявить искъ подачею новаго исковаго прошенія, до истеченія давности (Уст. 690). При новомъ разсмотрѣніи дѣла и прежнее производство оказывается иногда полезнымъ, такъ что нельзя считать его совершенно уничтоженнымъ безъ всякаго слѣда: тяжущіеся могутъ пользоваться внесенными въ протоколъ суда, во время прежняго производства, признаніями противной стороны и показаніями свидѣтелей, если послѣдніе не находятся въ живыхъ (Уст. 691).

в) Уклоненіе суда отъ разсмотрѣнія иска по существу (*absolutio ab instantia, non ab actione*) ¹⁾. Вообще говоря, судъ обязанъ разсмотрѣть каждый искъ по существу и можетъ отказывать въ этомъ только по особымъ основаніямъ, означеннымъ въ законѣ. Къ такимъ основаніямъ относится прежде всего недостатокъ существенныхъ условий процесса, наприм., неподсудность дѣла, неспособность сторонъ къ процессу, недостатокъ полномочія у повѣреннаго, отсутствіе исковаго прошенія, поданнаго въ законной формѣ. Мы уже видѣли, что въ этихъ случаяхъ отвѣтчикъ можетъ предъявить процессуальный отводъ, не входя въ объясненія по существу иска (Уст. 69, 571), и самъ судъ обязанъ не принимать дѣла къ разсмотрѣнію (Уст. 584), даже возвращать исковое прошеніе (Уст. 266). Другой случай этого рода, когда истецъ не явится въ засѣданіе, назначенное для словеснаго состязанія сторонъ. Отвѣтчикъ можетъ просить въ этомъ случаѣ о прекращеніи производства по иску безъ разсмотрѣнія его по существу (Уст. 358, 718). Точно также, если искъ окажется преждевременнымъ, предъявленнымъ до срока по обязательству, то истецъ получитъ отказъ въ разсмотрѣніи иска по существу, но не будетъ лишентъ права предъявить свой искъ по наступленіи срока.

§ 80. Рѣшеніе ²⁾.

1. Предметъ его; различіе отъ опредѣленій и распоряженій. Въ гражданскомъ процессѣ идетъ дѣло о матеріальныхъ гражданскихъ правахъ; на нихъ сосредоточиваются тѣ основныя требованія сторонъ, которыя формулируются на судѣ въ моментъ *litis contestatio*; ихъ

¹⁾ Planck, *Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten*, стр. 266 и слѣд. Prinz, *Actionenrecht*, § 84 и 99. Westerburg *die Abweisung in angebrachter Art*, 74 г.

²⁾ Dig. 42, I. Cod. 7, 45—52. Basil. 9, 3. X. 2, 27. Lib. VI 2, 14. Clem. 2, 11. Savigny, *System VI*, § 284 ff. Wetzell, § 46, 47 и 51. Renaud, § 151, 154—162. Бавар. Уст. 262—296, 512—519, 887—900, 1335—41. (Schmitt, т. 1, § 233 и слѣд. II, § 350 ff. 392, 402 ff., 409 ff.). Ганнов. 343—366. Баден. 349—75, 1088—97. Прус. G. O. 1, 13 (Koch preuss. Civilproc. § 140 ff. 293 ff. Heffter, § 162—171). Герм. Пр. 72 г. § 257—279 и мотивы къ нимъ. Ср. § 499 ff. и мотивы къ нимъ. Poncet, *tr. des jugements* 2 vols. 1822. Франц. Уст. 116—148, 450 и слѣд. (Буатаръ 1, § 240 ss., II § 687 ss. Carré et Ch. Ad. I, стр. 565 и слѣд.). Итал. Уст. 356—69 (прим. Борсари.—Allard, стр. 70 и слѣд.). Женев. 101—113, 150 и сл., 280 и слѣд. Lush II стр. 569 ff. Davis, стр. 269 ff. Справ. стр. 63, 74 и др. N.-York. Code, § 274 ff. 400 ff. Massa. Stat., гл. 133 of judgment and execution. Bouvier, *Dict. v. Judgment*. Побѣдон. § 618 и сл., 976 и сл. Думашевскій, II, § 846 и слѣд.

же долженъ опредѣлить судъ въ заключительномъ актѣ процесса. Этотъ актъ суда, опредѣляющій матеріальныя гражданскія отношенія сторонъ по существу предъявленныхъ ими основныхъ требованій, называется рѣшеніемъ (Уст. 1, 705). Но на ряду съ этимъ главнымъ предметомъ процесса—разрѣшеніемъ и регулированіемъ спорныхъ матеріальныхъ правоотношеній—возникаютъ въ теченіи процесса другіе вопросы, предметомъ которыхъ служитъ самое производство, т. е. его условія, формы и различныя дѣйствія въ процессѣ. Даже цѣлый процессъ можетъ окончиться безъ разрѣшенія вопроса о матеріальномъ правѣ; кромѣ того, въ теченіи процесса могутъ быть предъявлены разныя случайныя требованія; нѣкоторыя изъ нихъ вносятся въ процессъ самостоятельныя притязанія и вызываютъ подлѣ одного процесса другой, который затѣмъ обыкновенно оканчивается рѣшеніемъ; но другія требованія возбуждаютъ только какой-нибудь частный вопросъ по производству главнаго дѣла; такіе вопросы могутъ возникать въ процессѣ по поводу каждаго акта, обряда или условія процесса, и обыкновенно должны разрѣшаться немедленно цѣлымъ судомъ или предсѣдателемъ и членами, дѣйствующими по порученію суда. Всѣ постановленія суда, не регулирующія матеріальнаго отношенія сторонъ по существу иска и защиты, называются опредѣленіями (Уст. 705, 804, 809, 814, 815, 167 и др.). Такъ, наприм., постановленія кассационнаго департамента сената по просьбамъ объ отмѣнѣ рѣшеній носятъ въ Уставѣ названіе опредѣленій, а не рѣшеній, потому что они не регулируютъ спорнаго правоотношенія сторонъ по существу иска и защиты. Впрочемъ, эта терминологія не всегда соблюдается на практикѣ; самый сборникъ опредѣленій кассационнаго департамента озаглавленъ: „Рѣшенія“. Съ другой стороны, по Торг. Уст. и рѣшенія называются опредѣленіями, и опредѣленія рѣшеніями (ст. 1715). Въ особенности вмѣсто слова „рѣшеніе“ часто говорится „рѣшительное опредѣленіе“.

Судебныя опредѣленія, по своему предмету и значенію въ процессѣ, могутъ быть весьма разнообразны. Одни изъ нихъ, подобно рѣшенію, служатъ заключительнымъ актомъ производства въ данномъ судѣ или въ инстанціи; они замѣняютъ собою рѣшеніе, какъ финалъ процесса. Различіе ихъ отъ рѣшенія состоитъ въ томъ, что они не входятъ въ разсмотрѣніе иска по существу, не присуждаютъ истцу права и не отказываютъ въ признаніи этого права, не регулируютъ матеріальнаго правоотношенія сторонъ. Но они сходны съ рѣшеніемъ въ томъ смыслѣ, что оканчиваютъ производство въ данной инстанціи. Такія опредѣленія можно бы назвать заключительными. Наприм., постановленія кассационнаго департамента сената по просьбамъ объ отмѣнѣ принадлежатъ къ этому классу—заключительныхъ опредѣленій. Съ процессуальной точки зрѣнія они соотвѣтствуютъ рѣшенію и потому, какъ уже замѣчено, даже называются на практикѣ рѣшеніями (*sentenza definitiva*): они не входятъ въ обсужденіе существа дѣла, но даютъ, подобно рѣшенію, отвѣтъ на основныя требованія сторонъ—отказываютъ въ основной просьбѣ, или удовлетворяютъ ее.

Другія опредѣленія, напротивъ, не заканчиваютъ производства въ инстанціи, а имѣютъ значеніе предварительныхъ мѣръ (*jugements provisoires*), приготовительныхъ распоряженій (*jugements préparatoires*), опредѣленій, руководствующихъ и направляющихъ движеніе процесса (*processleitende Verfügungen*). При всемъ ихъ разнообразіи, они могутъ

быть названы однимъ именемъ: всё они — частныя опредѣленія (interlocutiones), потому что не рѣшаютъ и не оканчиваютъ цѣлаго процесса, а относятся къ разнымъ частнымъ вопросамъ, возникающимъ въ теченіи производства; за постановленіемъ ихъ еще остается возможнымъ рѣшеніе дѣла, или же они слѣдуютъ за рѣшеніемъ и касаются частныхъ вопросовъ, возникающихъ при исполненіи его. Наконецъ есть опредѣленія, которыя предшествуютъ установленію процесса въ какой нибудь инстанціи и преграждаютъ той или другой сторонѣ путь къ правосудію, прекращая производство еще прежде, чѣмъ установилось процессуальное отношеніе. За постановленіемъ такого опредѣленія прекращается производство и, безъ отмѣны опредѣленія, не можетъ уже послѣдовать въ томъ же судѣ рѣшеніе по существу дѣла (72 г. Кас. 542, д. Руккера). Такія опредѣленія относятся къ числу частныхъ опредѣленій, но въ отличіе отъ другихъ, можно бы назвать ихъ пресѣкательными или преграждающими опредѣленіями.

На ряду съ опредѣленіями суда законъ упоминаетъ о распоряженіяхъ мирового судьи (Уст. 166), предѣдателя (Уст. 265, 275, 600. Учр. 154) и другихъ лицъ, дѣйствующихъ по порученію суда (Уст. 388). Мы уже замѣтили, что не вся дѣятельность судебныхъ установленій совершается въ судебныхъ засѣданіяхъ (см. выше § 21). Въ особенности до момента *litis contestatio* въ коллегіальныхъ судахъ, самъ судъ еще не принимаетъ участія въ производствѣ дѣла; здѣсь дѣйствуетъ предѣдатель или дежурный членъ, а повѣстки, наприм., подписываетъ секретарь ¹⁾ и т. п. Распоряженія предѣдателя или дежурнаго члена въ этомъ періодѣ процесса соотвѣтствуютъ не только частнымъ опредѣленіямъ суда, подготовляющимъ и направляющимъ ходъ процесса (таковы назначеніе сроковъ явки, обмѣна бумагъ для слушанія дѣла, вызовы, охранительныя мѣры, не терпящія отлагательства и т. п.), но они могутъ имѣть и пресѣкательный характеръ, могутъ преграждать движеніе дѣла, загораживать путь къ правосудію (таковы распоряженія о возвращеніи исковаго прошенія, отзыва или жалобы и т. п.). Такую же роль они могутъ играть и въ дальнѣйшемъ развитіи процесса, особенно при переходѣ дѣла въ высшую инстанцію, когда снова заходитъ рѣчь о *litis contestatio* для новой инстанціи. Самое различіе ихъ отъ опредѣленій суда выступаетъ рельефно только въ судахъ коллегіальныхъ, потому что здѣсь законъ даже дозволяетъ жалобы на распоряженія отдѣльнаго члена суда, обращаемыя къ цѣлой коллегіи (Уст. 389, 504, 600). Напротивъ, въ производствѣ мирового судьи различить ихъ довольно трудно;—вотъ почему Уставъ называетъ и „распоряженія“ мирового судьи „опредѣленіями“ (Уст. 166 и 167).

Рѣшеніе есть отвѣтъ суда на исковое требованіе. Этотъ отвѣтъ можетъ быть двоякій: или отказъ въ искѣ (*absolutio ab actione*) или присужденіе иска. Судъ отказываетъ въ искѣ, когда требованіе истца не основательно или не доказано, или же противъ него проведено основательное возраженіе (70 г. Кас. 389. 71 г. Кас. № 73), не устраненное репликою или оправданное опроверженіемъ ея. Напротивъ искъ присуждается, когда онъ найденъ основательнымъ и не обезсилень возраженіемъ, или когда истцу удалось доказать реплику, неустраненную опроверженіемъ со стороны отвѣтчика. Однако не всегда этотъ

¹⁾ Ихъ слѣдовало бы подписывать судебному приставу, какъ это дѣлается на западѣ.

двойкій исходъ процесса является въ такой чистотѣ. Нерѣдко судъ отказываетъ въ одной части иска и присуждаетъ другую часть. Кромѣ того, рѣшеніе не есть отвѣтъ суда только на исковыя требованія; по поводу ихъ судъ долженъ принять въ соображеніе и оцѣнить весь остальной матеріаль процесса, развитый защитой, составленіемъ сторонъ и вообще изслѣдованіемъ дѣла. Правда этотъ матеріаль имѣетъ только относительное значеніе. Судъ не можетъ идти далѣе отказа истцу въ его искѣ и присудить какое-нибудь право отвѣтчику, кромѣ только права на вознагражденіе за судебныя издержки, если отвѣтчикъ не предъявлялъ съ своей стороны встрѣчнаго иска. Но по отношенію къ требованіямъ истца судъ долженъ оцѣнить весь этотъ матеріаль, такъ что рѣшеніе его служить отвѣтомъ на требованія и доводы той и другой стороны.

Обыкновенно по каждому дѣлу постановляется одно рѣшеніе въ каждой инстанціи, разсматривающей дѣло по существу ¹⁾ Судъ не долженъ дробить дѣло и рѣшать его по частямъ безъ особенной въ томъ надобности (69 г. Кас. 864. 70 г. Кас. 349. 71 г. Кас. 498, д. Верецагина). Начало сосредоточенія всего дѣла въ одномъ рѣшеніи имѣетъ важное практическое значеніе и, наоборотъ, съ дробленіемъ дѣла связаны разныя неудобства, какъ-то: возможность противорѣчащихъ рѣшеній, одновременное производство дѣла въ разныхъ инстанціяхъ, лишнія издержки и т. д. Судъ долженъ разсмотрѣть и разрѣшить всѣ предъявленные ему требованія, а не нѣкоторыя только статьи иска (69 г. Кас. 1068, д. Терентьева, 72 г. Кас. 528, д. Петрова), потому что иначе могли бы возникать сомнѣнія на счетъ судьбы тѣхъ статей, которыя остались не разрѣшенными: покрыты ли онѣ рѣшеніемъ, или нѣтъ, распространяется ли на нихъ законная сила рѣшенія (*exsertio rei judicatae*), или нѣтъ. Однако это начало сосредоточенія подлежитъ нѣкоторымъ ограниченіямъ ²⁾. Есть случаи, гдѣ допускается раздѣленіе матеріала, накопившагося въ производствѣ, для отдѣльнаго разрѣшенія его по частямъ (*Theilurtheil*). Здѣсь надобно припомнить прежде всего, что въ одномъ производствѣ могутъ быть соединены различныя дѣла; соединеніе это допускается въ видахъ удобства, но само по себѣ каждое такое дѣло способно къ отдѣльному рѣшенію. Таковы случаи соучастія въ процессѣ (см. выше § 39 и § 26, стр. 140—141), вступленія третьихъ лицъ въ дѣло съ самостоятельными притязаніями (см. выше § 41), соединенное производство по главному иску и по просьбамъ объ очисткѣ (§ 42), по первоначальному и по встрѣчному иску (§ 55), по уголовному и гражданскому дѣлу (§ 5, стр. 36) и даже, можетъ быть, нѣкоторые случаи соединенія исковъ въ одной исковой просьбѣ ³⁾ (§ 53). Безъ сомнѣнія, и въ этихъ случаяхъ судъ не долженъ дробить дѣла безъ нужды, а по возможности сосредоточивать матеріаль процесса, сводя его къ одному общему результату. Но безусловно слѣдовать этому началу сосредоточенія иногда значило бы затягивать окончаніе дѣлъ, вполне готовыхъ къ рѣшенію, изъ-за того только, что они соединены внѣшнею связью въ одно производство.—Другой рядъ случаевъ, гдѣ допу-

¹⁾ Heffter, preuss. Proc. § 162. Allg. G. O. 1, 13, § 43.

²⁾ Endemann, § 152. Герм. Пр. 72 г. § 257 ff. Прус. G. O. *ibid*.

³⁾ Ганнов., § 346, Abs. 2 примѣч. Леонгардта. Бавар. § 266. Виртемб. 354 (если нѣтъ связи, *connexitas*). Баден. 352.

скается раздѣленіе матеріала при постановленіи рѣшенія, упомянуть нами въ § 78. Уставъ дозволяетъ суду раздѣлять вопросы объ основаніяхъ права на доходы, убытки, издержки, отчетность, отъ вопросовъ о самомъ размѣрѣ или суммѣ присуждаемаго взысканія ¹⁾ (Уст. 896). По вопросу о правѣ можетъ быть постановлено отдѣльное рѣшеніе, а размѣръ взысканія можетъ быть опредѣленъ, послѣ расчетнаго производства, другимъ рѣшеніемъ (Уст. 909, 914, 915, 922, 923).—Новыя иностранныя законодательства идутъ еще далѣе въ этомъ раздѣленіи судебного матеріала. Они допускаютъ, наприм., отдѣльныя рѣшенія о тѣхъ частяхъ иска, которыя признаны отвѣтчикомъ ²⁾ или отъ которыхъ отказался самъ истецъ въ теченіи процесса ³⁾. То и другое правило весьма любопытно въ видахъ быстроты правосудія и упрощенія процесса. Во множествѣ случаевъ отвѣтчикъ не заявляетъ спора противъ цѣлаго иска, а спорить только противъ нѣкоторыхъ статей его, въ другихъ же частяхъ признаетъ его безусловно въ самомъ началѣ процесса. Въ такихъ случаяхъ предметъ процесса сводится къ спорнымъ требованіямъ, а безспорныя, признанныя безусловно, статьи иска естественно остаются внѣ дальнѣйшаго производства. Долженъ ли истецъ ожидать полного окончанія процесса въ двухъ инстанціяхъ, чтобы затѣмъ только получить удовлетвореніе въ этихъ безспорныхъ статьяхъ его иска? Ни одинъ аргументъ въ пользу сосредоточенія судебного матеріала въ рѣшеніи не примѣнимъ къ этимъ случаямъ. Отвѣтчикъ признаетъ часть иска безусловно и не хочетъ спорить противъ нея; его признаніе правъ истца можно внести въ протоколъ и скрѣпить подписью его ⁴⁾; въ этой только части иска судъ постановитъ рѣшеніе на основаніи признанія, оговоривъ при этомъ право истца доказывать остальные статьи иска. Послѣ всего этого нѣтъ основанія опасаться, чтобы вышли какія-нибудь сомнѣнія о пространствѣ дѣйствія законной силы рѣшенія, или чтобы возникло одновременное производство дѣла въ разныхъ инстанціяхъ. Нѣкоторыя законодательства даже запрещаютъ апелляцію на такія рѣшенія ⁵⁾ и по нашему Уставу Гражд. Суд. есть возможность облечь этотъ исходъ дѣла въ форму мировой сдѣлки, которая равносильна рѣшенію, вошедшему въ законную силу и не подлежащему обжалованію Уст. 1364). Однако эта форма не совсѣмъ соотвѣтствуетъ существу

¹⁾ Ганнов., § 347. Württemb. 357. Прус. 1, 13, § 43. Герм. Пр. 72 г. § 261. Франц. Уст. art. 523 ss.

²⁾ Бавар., 267, 268. Виртемб. 305, 354. Герм. Пр. 263. Пр. Устава Торг. Судопр. § 174. Davis, стр. 183 ff. New York Code, 246, 265, 278, 332—384.

³⁾ Герм. Пр. 262.

⁴⁾ Въ англійскихъ County Courts признаніе части иска (admission или confession) излагается въ особой роспискѣ за подписью отвѣтчика и секретаря, въ присутствіи котораго оно дано. Образецъ этой росписки слѣдующій: „Я, отвѣтчикъ, симъ признаю и допускаю, что сумма такая-то, требуемая истцомъ или составляющая часть иска, состоитъ за мною въ долгу (иногда прибавляется еще: и я обязуюсь уплатить ее съ разсрочкою по столько-то, въ такое-то время). Годъ, мѣсяць и число. Подпись отвѣтчика и скрѣпа секретаря“: „подписано въ присутствіи такого-то“. Объ этомъ признаніи уведомляется истецъ по почтѣ или повѣсткою. Затѣмъ, когда прійдетъ судья для разбора дѣла въ округѣ, онъ немедленно постановляетъ рѣшеніе на основаніи такого признанія, а остальные части иска разбираетъ обыкновеннымъ порядкомъ. Davis, cit.

⁵⁾ Бавар., § 268.

признанія. Признаніе дается отвѣтчикомъ суду, а не истцу; оно не есть договоръ и не нуждается въ принятіи со стороны истца, а потому, по крайней-мѣрѣ, не всегда можно дать ему форму мировой сдѣлки ¹⁾. Другія законодательства допускаютъ въ этихъ случаяхъ, независимо отъ мировой сдѣлки, постановленіе рѣшенія (sententia agnitoria), подлежащаго предварительному исполненію, но не изъятаго безусловно отъ обжалованія въ апелляціонномъ порядкѣ ²⁾.—Мы упомянули еще о другомъ рядѣ случаевъ, именно когда истецъ отказывается отъ какой-нибудь части иска въ теченіи процесса. По нѣкоторымъ изъ новѣйшихъ законодательствъ и проектовъ, судъ долженъ подтвердить этотъ отказъ немедленно особымъ рѣшеніемъ, если того потребуетъ отвѣтчикъ ³⁾. Намъ кажется, нѣтъ особенной надобности въ такомъ рѣшеніи. Отказъ можно записать въ протоколъ и констатировать частнымъ опредѣленіемъ; болѣе этого ничего не нужно (Уст. 705, 783, 1365. 891).—Вообще частныя опредѣленія (interlocutiones, Zwischenurtheile) даютъ суду возможность немедленно разрѣшать въ теченіи процесса разные частныя вопросы, готовые къ разрѣшенію, и такимъ образомъ готовить заключительный актъ рѣшенія, дробить и анализировать матеріалъ процесса, не теряя изъ вида послѣдняго результата его, въ которомъ вся эта подготовка объединяется и получаетъ законную силу рѣшенія ⁴⁾. Новые уставы и проекты западной Европы ⁵⁾ допускаютъ, на ряду съ частными опредѣленіями (Zwischenurtheile), еще такъ наз. частныя рѣшенія (Theilurtheile) въ тѣхъ случаяхъ, когда часть иска оказывается достаточно разъясненною, безспорною или вообще готовою къ рѣшенію, а другія части еще не подготовлены. Противъ рѣшенія о первой части иска нѣкоторые изъ нихъ дозволяютъ немедленную апелляцію ⁶⁾, а другіе даютъ суду только право постановить о предварительномъ исполненіи частнаго рѣшенія, отлагая апелляцію до разрѣшенія остальныхъ частей иска ⁷⁾. Общее начало, на которомъ основывается дозволеніе такихъ рѣшеній, состоитъ въ томъ, что сомнительныя части исковыхъ требованій не должны задерживать разрѣшенія и удовлетворенія требованій безспорныхъ и совершенно доказанныхъ ⁸⁾. Наконецъ здѣсь же надобно упомянуть о выдѣленіи нѣкоторыхъ вопросовъ къ рассмотрѣнію въ другомъ процессѣ, въ особомъ порядкѣ производства. Такое выдѣленіе ad separatum примѣняется, наприм., къ уголовнымъ обстоятельствамъ, открывшимся при рассмотрѣніи гражданскаго дѣла (см. выше § 5), къ вопросамъ о правѣ, возникающимъ при защитѣ владѣнія (§ 26), и особенно къ разнымъ возраженіямъ въ исполнительномъ процессѣ, наприм., по вексельнымъ дѣламъ ⁹⁾. Мы еще возвратимся къ этому предмету въ третьей главѣ этого отдѣла.

¹⁾ Prinz, Actionenrecht, § 91. ²⁾ Ср. выше прим. 2, стр. 403.

³⁾ Герм. Пр. 72 г., § 262. ⁴⁾ Ibid. § 260.

⁵⁾ Ганнов., § 346. Бавар. § 267. Герм. Пр. § 258, 259, 446—48. Также Женев. § 102.

⁶⁾ Бавар. § 682. Герм. Пр. § 446—8 (ср. мотивы къ нимъ).

⁷⁾ Ганнов. 346 (примѣч. 3 Леонгардта). Ольденб. 239, § 2, 240, § 1.

⁸⁾ Мотивы Бавар. Уст. у Фирлинга, § 266: das Liquide soll durch das Illiquide niemals aufgehalten werden. Пр. Мотивы Герм. Пр. стр. 276 и слѣд.

⁹⁾ Prinz, Actionenrecht, § 90.

2) Постановление, форма и объявление рѣшенія ¹⁾. Рѣшеніе постановляется тѣми судьями, которые слушали дѣло (Уст. 129, 693, Уст. Торг. 1720), т.-е. присутствовали при состязаніи сторонъ и участвовали въ изслѣдованіи дѣла ²⁾: чтобы постановить рѣшеніе, необходимо сначала изслѣдовать дѣло (*si judicas, cognosce*) и обсудить его въ томъ видѣ, какъ оно изложено сторонами, *secundum allegata et probata* (ср. выше § 74). Понятно также, что если засѣданіе для слушанія дѣла было коллегіальное, то всѣ судьи, входившіе въ составъ его, должны участвовать въ постановленіи рѣшенія ³⁾ (Уст. 697), хотя для дѣйствительности его достаточно, когда оно постановлено тремя судьями (Учр. 56, 140. Уст. Торг. 1329, 1719. Крест. Пол. 93, п. 1. Ср. выше § 20). Судь долженъ приступить къ обсужденію дѣла и постановить рѣшеніе тотчасъ же по окончаніи словеснаго состязанія сторонъ, когда дѣло готово къ рѣшенію (Уст. 129. 693. Уст. Торг. 1716); только въ исключительныхъ случаяхъ, при особенной трудности дѣла, онъ можетъ отложить постановление резолюціи до другаго засѣданія (Уст. 702). Для обсужденія дѣла, судьи могутъ удалиться въ особую комнату ⁴⁾ и, если составъ засѣданія былъ коллегіальный, вступить другъ съ другомъ въ совѣщаніе о дѣлѣ (Уст. 80, 181, 693.) Съ этой цѣлью предсѣдатель формулируетъ на словахъ (69 г. Кас. 1110) вопросы, подлежащіе обсужденію суда; они должны быть выведены изъ требованій и возраженій тяжущихся (Уст. 694) и притомъ вопросы о спорныхъ фактахъ дѣла должны быть по возможности отдѣлены отъ вопросовъ о смыслѣ и примѣненіи закона (Уст. 695). Эта постановка вопросовъ, какъ и все совѣщаніе судей, есть внутреннее дѣло присутствія (*internum collegii*), не подлежащее ни контролю тяжущихся, ни обжалованію (68 г. Кас. 108. 69 г. Кас. 616). Раздѣленіе вопросовъ о фактѣ и о правѣ часто весьма полезно и, какъ извѣстно, составляетъ основное начало процесса въ тѣхъ странахъ, гдѣ въ рѣшеніи гражданскихъ дѣлъ участвуютъ присяжные ⁵⁾. Въ коммерческихъ судахъ вопросы о торговыхъ обыкновеніяхъ и обычаяхъ также полезно обсуждать особо отъ другихъ, потому что здѣсь можетъ быть важенъ голосъ членовъ изъ купечества ⁶⁾. Вообще судъ долженъ анализировать дѣло всесторонне во всѣхъ его элементахъ,

¹⁾ Любавскій, О постан. рѣш., въ „Ж. М. Ю.“ 65 г. № 1. Schmitt, bayer. Proc. т. II, § 350 ff. Mittermaier, II, стр. 172 ff. Зарудный, въ Арх. И. и Практ. Свѣд. 59 г. кн. 2. Б—кій въ „Ж. М. Ю.“ 60 г. ноябрь. Bordeaux, стр. 451, 465, 490 ss.

²⁾ Герм. Пр. § 265. Бавар. § 270. Ганнов. § 86. Вирт. 362.

³⁾ Schmitt, § 351. Срав. любопытныя данныя у Borsari, т. I, стр. 474.

⁴⁾ Бавар. 271. Code de proc. 116.

⁵⁾ Объ этомъ предметѣ (*Civiljury*) см. Verhandl. des X deutschen Juristentages, т. II, стр. 52 и слѣд.

⁶⁾ Пр. Уст. Торг. Суд. 170. Какъ упомянуто выше (§ 16, прим. 1), на Западѣ для обсужденія специальныхъ торговыхъ и морскихъ дѣлъ приглашаются иногда и въ общіе суды особые засѣдатели изъ свѣдущихъ лицъ съ совѣщательнымъ голосомъ. Такъ это, напр., въ Пруссіи (G. O. 1, 30, § 3—8). Горнозаводскія дѣла обсуждаются тамъ также съ участіемъ специалистовъ, имѣющихъ совѣщательный голосъ (Verord. v. 2. Jan 1849 г., § 13. Зак. 26 апр. 1851 г. Art. IV). По дѣламъ казеннымъ, военнаго вѣдомства и т. п. судъ также выслушиваетъ „consultatives Votum“ подлежащаго управленія, сохраняя и въ этихъ случаяхъ независимость убѣжденій, обезпеченную основными законами страны. Heffter, § 163.

разложить его на отдѣльные вопросы и поставить ихъ себѣ для разрѣшенія; не слѣдуетъ обходить спорные пункты или вмѣсто отдѣльных частныхъ вопросовъ судить дѣло, такъ-сказать, оптомъ: кто правъ и кто виноватъ, истецъ или отвѣтчикъ. Послѣдній способъ разбирательства нерѣдко встрѣчается въ нашихъ волостныхъ судахъ и доказываетъ непривычность судей къ юридическому анализу: поставивъ себѣ гуртовой вопросъ, кто правъ и кто виноватъ, они приходятъ иногда къ убѣжденію, что виноваты обѣ стороны, и затѣмъ, по правилу грѣхъ по поламъ, присуждаютъ истцу какъ разъ половину иска, а другую жертвуютъ въ пользу отвѣтника. Только судъ юристовъ способенъ разбирать спорныя отношенія по элементамъ и дѣлать общіе выводы на основаніи такого анализа. Впрочемъ, весь этотъ предметъ зависитъ отъ особенностей каждаго дѣла и отъ ближайшаго усмотрѣнія суда ¹⁾ (69 г. Кас. 273). Еслибы по поводу постановки вопросовъ возникъ споръ между судьями, то онъ разрѣшается по совѣщанію большинствомъ голосовъ (Уст. 696). Затѣмъ судъ переходитъ къ постановленію рѣшенія: председатель отбираетъ мнѣнія всѣхъ членовъ по старшинству, начиная съ младшаго ²⁾, а свое мнѣніе подаетъ послѣ всѣхъ (Уст. 697). Рѣшеніе постановляется по абсолютному большинству голосовъ, а если бы образовалось два противоположныхъ мнѣнія, съ равнымъ числомъ голосовъ, то голосъ председателя даетъ перевѣсъ (Уст. 181, 698. Уст. Торг. 1724). Когда послѣдуетъ болѣе двухъ мнѣній и не составитъ ни абсолютнаго большинства, ни равенства голосовъ, то судьи, принадлежащіе къ тому мнѣнію, которое соединяетъ въ себѣ меньшее число голосовъ, объявляютъ: которое изъ мнѣній, принятыхъ бѣльшимъ числомъ членовъ, каждый изъ нихъ признаетъ болѣе справедливымъ, и затѣмъ ихъ голоса присоединяются къ одному изъ мнѣній, принятыхъ бѣльшимъ числомъ членовъ ³⁾ (Уст. 699). Но голоса могутъ раздѣлиться и поровну, наприм., между тремя мнѣніями. Въ такомъ случаѣ младшіе члены должны присоединиться къ тому мнѣнію старшихъ, которое признаютъ болѣе справедливымъ (ibid.). Впрочемъ, случаи разногласія могутъ быть весьма разнообразны и судъ долженъ обращать вниманіе на особенности каждаго изъ нихъ, не приступая тотчасъ же къ разрѣшенію разногласія формальнымъ путемъ, указаннымъ въ законѣ. Разногласіе можетъ основываться, наприм., на недостаточномъ разъясненіи фактической стороны дѣла; въ такомъ случаѣ судъ поступить благоразумнѣе, если возвратится въ залъ засѣданія и предложитъ тяжущимся вопросы для разъясненія дѣла. Онъ не теряетъ этого права изслѣдовать дѣло (Уст. 335, 361, 400, 403, 404, 507, 534 и слѣд.) потому только, что судьи разъ удалились въ особую комнату для совѣщанія ⁴⁾. Въ коммерческихъ судахъ, если встрѣтится дѣло многосложное, то для разъясненія его присутствію суда можетъ быть назна-

¹⁾ См. объ этомъ мотивы Гос. Канц. къ ст. 696. Срав. Ганнов. Уст. § 350 и мотивы къ нему. Женев. IX, 104.

²⁾ По Ганнов. Уст. § 349 первый голосъ подается тѣмъ, кто старѣе по лѣтамъ судебной службы и, слѣдовательно, опытнѣе.

³⁾ Также Итал. Уст. art. 359. Ганнов., § 351.

⁴⁾ Schmitt, т. II, стр. 294.

чень докладъ ¹⁾ (Уст. Торг. 1718). Можетъ случиться, что при всѣхъ указанныхъ нами правилахъ закона не составитъ большинства голо-совъ, необходимаго для постановленія рѣшенія. Правда, въ законѣ ска-зано, что никто изъ судей не долженъ оставаться при своемъ мнѣнii изъ одного лишь упрямства или личныхъ видовъ, но каждый, усмот-рѣвъ въ мнѣнii другого твердое основанiе, обязанъ ему слѣдовать (Св. Зак. II ч. 1 Общ. Губ. Учр. 149). Однако, принужденiе здѣсь не-возможно и легко представить себѣ случаи упрямой розни, когда каждый судья стоитъ за свое мнѣнiе и не хочетъ отступить отъ него. Этотъ раздоръ будетъ, конечно, нарушенiемъ обязанностей службы, подлежащимъ наказанiю въ дисциплинарномъ порядкѣ ²⁾. Но, повто-ряемъ, прямое принужденiе здѣсь невозможно, развѣ держать судей въ совѣщательной комнатѣ на хлѣбѣ и водѣ, пока не придутъ къ со-глашенiю. Намъ кажется, что въ такихъ случаяхъ необходимо допол-нить составъ засѣданiя и рассмотреть дѣло снова (Учр. 145 и слѣд. Уст. Торг. 1727 и слѣд. Общ. Губ. Учр. 157).

Въ старое время форма судебныхъ рѣшенiй была устная; но не-удобства этой формы очевидны и съ распространенiемъ грамотности у каждаго народа появляется обычай записывать рѣшенiя. У насъ, въ Россii, эти правыя, судныя и безсудныя грамоты несомнѣнно существо-вали на практикѣ еще въ XIV вѣкѣ ³⁾. Изъ позднѣйшихъ вѣковъ дошли до насъ и образцы этихъ грамотъ ⁴⁾. Въ настоящее время каждое рѣше-нiе должно быть изложено на письмѣ: иначе считается несуществующимъ.

Рѣшенiе составляется въ двойной формѣ—въ видѣ краткой резо-люцii (Уст. 139, 700, 701) и въ подробной окончательной формѣ (Уст. 141, 711. Уст. Тор. 1367, 1380). Резолюцiя есть та именно форма рѣшенiя, въ какой оно постановляется судомъ немедленно по оконча-нii словеснаго состязанiя сторонъ. Она заключаетъ въ себѣ сущность рѣшенiя, опредѣлительную часть его (Уст. 710), хотя можетъ заклю-чать и полное рѣшенiе. По Уст. гражд. судопр. резолюцiя должна быть писана самимъ мировымъ судьей (ст. 139), а въ колле-гиальныхъ судахъ предсѣдателемъ суда (ст. 80, 700, 66 г. Кас. 69, д. Табакевича). Написанiе ея секретаремъ есть „нарушенiе закона, подлежащаго непремѣнному и точному исполненiю и несоблюденiе коего можетъ быть иногда поводомъ какъ къ отмѣнѣ самаго рѣшенiя, такъ и къ привлеченiю виновныхъ къ законной отвѣтственности, если оно имѣло какое-нибудь влiянiе на рѣшенiе“ (70 г. Кас. 891 д. Свисту-нова, 875, Тюфанова, 888, Таранчука и др.) Въ коллегiальныхъ судахъ резолюцiя отмѣчается обыкновенно въ журналѣ за-сѣданiя, въ заголовкѣ котораго означены годъ, мѣсяцъ и день засѣ-данiя, имена членовъ, присутствовавшихъ въ немъ, а также прокурора, если онъ участвовалъ здѣсь, затѣмъ идутъ по статьямъ или нуме-

¹⁾ Такъ это дѣлается и на Западѣ. Во Францii это называется *délibéré avec rap-порт* (C. de proc. 93, 94, 116. Voitard, I. § 241). Schmitt, бавар. проц. II, стр. 292.

²⁾ О вредѣ этихъ раздоровъ см. *Bodeaux*, стр. 475 ss. Ср. Мот. Гос. Канц. къ ст. 699 Уст.

³⁾ О нихъ упоминается въ Уставной Двинской Грамотѣ 1398 г. (А. А. Э. т. 1, № 13). См. ст. Бѣляева, списки судныя и докладныя и грамоты правыя и безсудныя въ Арх. Истор.-Юрид. Свѣд. Калачева, кн. 2, пол. 1 (1855 г.).

⁴⁾ А. Юрид. №№ 1 и слѣд., 62 и слѣд. Также въ прилож. къ упомянутой статьѣ Бѣляева.

рамъ выслушанныя въ засѣданіи дѣла, съ указаніемъ именъ тяжущихся (Уст. 701): „слушали дѣло такихъ-то“ и, наконецъ, по каждому номеру резолюціи: „опредѣлили“ или „постановили то-то“ (Уст. Торг. 1367, прил. Наказъ спб. мирового съѣзда, форма № 43. Наказъ спб. окружного суда, прил. № 13 и 14). Эти журналы по мѣрѣ накопленія переплетаются въ одну книгу въ хронологическомъ порядкѣ (Наказъ спб. окружного суда ст. 87. Уст. Торг. 1344, 1386). Всѣ резолюціи подписываются судьями, участвовавшими въ рѣшеніи дѣла со скрѣпкою журнала секретаремъ ¹⁾. (Уст. 182. Наказъ спб. мирового съѣзда, § 111. Наказъ спб. окружного суда, § 87, прил.), и провозглашаются въ открытомъ засѣданіи суда, хотя бы разбирательство дѣла происходило при закрытыхъ дверяхъ (Уст. 139, 182, 700). При этомъ провозглашеніи не объявляется, состоялась ли резолюція единогласно, или по большинству голосовъ ²⁾. (Наказъ спб. окружного суда, 90. Наказъ спб. мирового съѣзда, 112), потому что она должна быть объявлена, какъ постановленіе суда, а не судьей ³⁾. День постановленія резолюціи считается днемъ постановленія рѣшенія (Уст. 693, 697, 700, 892. 69 г. Кас. 296). Но затѣмъ рѣшеніе еще должно быть изложено въ окончательной формѣ и, вмѣстѣ съ провозглашеніемъ резолюціи суда, назначается сторонамъ день, въ который онѣ могутъ явиться для прочтенія рѣшенія въ этой окончательной формѣ (Уст. 704). Законъ опредѣляетъ наибольшій срокъ, въ теченіи котораго рѣшеніе должно быть изложено въ этой формѣ: мировой судья долженъ сдѣлать это не далѣе какъ въ три дня (Уст. 141), столичные мировые судьи въ семь дней (Зах. 15 янв. 74 г.), а коллегіальные суды — въ двѣ недѣли со дня провозглашенія резолюціи (Уст. 811, 713, 66 г. Кас. 69, д. Табакевича), и накопленіе дѣлъ не можетъ служить суду извиненіемъ въ пропускѣ этихъ сроковъ (Побѣд. § 407; Распор. 29 мая 1870 года. Общ. собр. кас. деп. по д. Орловскаго). Надобно замѣтить, впрочемъ, что рѣшеніе въ окончательной формѣ и резолюція не составляютъ двухъ различныхъ рѣшеній, а напротивъ, одно и то же рѣшеніе: резолюція есть опредѣлительная часть рѣшенія, но она можетъ быть полнымъ рѣшеніемъ, такъ что канцеляріи суда останется потомъ только снять копіи съ резолюціи. Другими словами, судъ можетъ немедленно постановить и объявить рѣшеніе вполнѣ и назначить сторонамъ день, когда онѣ могутъ получить въ канцеляріи копію этого рѣшенія. Только когда дѣло сложно, когда изложеніе обстоятельствъ дѣла и соображеній суда требуетъ времени, въ такомъ случаѣ слѣдуетъ объявить сначала краткую резолюцію, т.-е. сущность рѣшенія, а потомъ изготовить его вполнѣ. По дѣламъ простымъ, напримѣръ, у мировыхъ судей, болѣе удобенъ первый способъ, т.-е. немедленное составленіе рѣшеній въ полной формѣ съ записью ихъ въ книгу рѣшеній или въ особые протоколы, которые потомъ переплетаются въ книгу рѣшеній (Уст. 139, 143). По уставу, какъ резолюціи, такъ и полныя рѣшенія изготовляются во всякомъ случаѣ членами суда (Уст. 710); законъ устраняетъ канцелярію

¹⁾ Въ старое время, когда грамотность была слаба, судьи прикладывали къ рѣшеніямъ печати, вмѣсто подписи, а затѣмъ, только дьякъ подписывалъ ихъ.

²⁾ Contra Моск. С. П. по д. Быкова въ „Суд. В.“ 67 г. № 91, и Псков. О. С. *ibid.*, № 142.

³⁾ Ганнов. Уст. § 349. Бавар. § 271. Итал. § 358 и др.

отъ этого дѣла ¹⁾. Рѣшеніе, изготовленное предсѣдателемъ или однимъ изъ членовъ, должно быть подписано предсѣдателемъ и членами, участвовавшими въ постановленіи его, и скрѣплено секретаремъ (Уст. 182, 713. 72 г. Кас. 331, д. Издеберскаго), причемъ могутъ возникнуть разногласія, разрѣшаемыя по совѣщаніи большинствомъ голосовъ ²⁾. Вообще рѣшеніе коллегіального суда есть актъ коллегіи, а не отдѣльнаго члена-составителя; оно должно быть подписано всѣми судьями, участвовавшими въ разрѣшеніи дѣла (Нак. спб. мирового съѣзда 113), хотя отсутствіе подписи одного изъ нихъ, когда и протоколъ и резолюція подписаны всѣми, не считается существеннымъ нарушеніемъ порядка (68 г. Кас. 145. 70 г. Кас. 1486).

Рѣшеніе въ окончательной формѣ есть соединеніе резолюціи съ основаніями ея: резолюція есть заключеніе или выводъ изъ фактовъ дѣла съ одной стороны и изъ примѣненія къ нимъ законовъ или юридическихъ нормъ съ другой стороны. Полное рѣшеніе содержитъ въ себѣ всѣ эти составныя части—факты, законы и заключеніе — и по своему логическому содержанію, является силлогизмомъ, въ которомъ правила закона или системы права вообще занимаютъ мѣсто большей посылки, обстоятельства дѣла—мѣсто меньшей посылки и, наконецъ, слѣдуетъ заключеніе, резолюція. Эти элементы рѣшенія обыкновенно отдѣляются даже внѣшнимъ образомъ одинъ отъ другаго. Послѣ обычной рубрики: такого-то дня, мѣсяца и года, такой-то судъ, разсмотрѣвъ дѣло такого-то съ такимъ-то (Уст. 701), слѣдуетъ слово—находитъ или нашелъ, и затѣмъ излагаются обстоятельства дѣла, фактической матеріаль рѣшенія; далѣе, когда эта часть изложена, начинается новый отдѣлъ—соображеніе фактовъ съ законами; обыкновенно впереди его стоятъ слова: „и принимая въ соображеніе“; наконецъ когда и соображенія исчерпаны, слѣдуетъ резолюція, впереди которой ставится слово: „опредѣляетъ“. Не вездѣ, впрочемъ, употребительна эта силлогистическая, напоминающая старую логику, форма изложенія рѣшеній. Ей слѣдуютъ вообще на континентѣ Европы съ тѣми различіями, которыя мы сейчасъ укажемъ. Но въ Англіи рѣшеніе пишется въ видѣ отдѣльныхъ мнѣній судей, въ формѣ обсужденія каждымъ изъ нихъ того матеріала дѣла, какой уложенъ въ протоколѣ, составленномъ изъ состязательныхъ бумагъ, и выясненъ на устномъ состязаніи адвокатовъ. Каждый судья говоритъ отъ своего лица: „я думаю“, „я полагаю“, „мой почтенный собратъ (my brother), барристеръ или serjeant at law та-

¹⁾ Также въ Ганноверѣ (Уст. § 355): рѣшенія составляются докладчиками или другими членами, а не секретаремъ, и потомъ сдаются въ канцелярію не далѣе какъ черезъ три дня по объявленіи ихъ съ мотивами. По Бавар. Уст. § 278, соображенія для рѣшенія изготовляются предсѣдателемъ или однимъ изъ членовъ, согласныхъ по существу съ резолюціею, прочитываются въ собраніи судей, участвовавшихъ въ рѣшеніи и одобряются ими. Если объявленіе резолюціи было отложено до другаго засѣданія, то соображенія должны быть приготовлены къ этому же времени, а если резолюція объявлена тотчасъ по окончаніи словеснаго состязанія, они могутъ быть, конечно, приготовлены тогда же, но должны быть приготовлены не далѣе какъ въ три дня. Если они готовы при объявленіи резолюціи, то объявляются вмѣстѣ съ нею, въ противномъ же случаѣ судъ мотивируетъ резолюцію устно (§ 277). Затѣмъ каждое рѣшеніе вносится канцелярію суда въ книгу рѣшеній (Urtheilsbuch). Шмиттъ, § 355 ff. Въ пользу составленія рѣшеній членами суда Bordeaux, стр. 513.

²⁾ Бавар. § 278. Сардин. § 101, 102.

кой-то, сообщая намъ то-то, привелъ такой-то доводъ, но я склоненъ думать, согласно съ моимъ почтеннымъ собратомъ лордомъ такимъ-то“ и т. д. ¹⁾ Вообще судъ не излагаетъ тамъ обстоятельство дѣла, потому что они уже изложены въ протоколѣ. Онъ только судить, оцѣниваетъ этотъ матеріалъ и постановляетъ резолюцію.

Разсмотримъ теперь отдѣльные элементы рѣшенія. Прежде всего остановимся на фактическомъ матеріалѣ, на изложеніи обстоятельствъ дѣла (*Darstellung des Thatbestandes*). Обстоятельствами дѣла называются какъ матеріальные поводы къ процессу, т.-е. тѣ отношенія между тяжущимися, которыя предшествовали открытію процесса, такъ и факты самаго процесса, изъ которыхъ слагается исторія его, начиная съ перваго момента—предъявленія иска—и до постановленія рѣшенія. Объ отношеніяхъ и фактахъ, предшествовавшихъ процессу, судъ можетъ только заключать на основаніи фактовъ процесса; они неизвѣстны ему непосредственно. Онъ принимаетъ ихъ въ томъ видѣ, какъ они признаны или удостовѣрены сторонами въ процессѣ. За ними слѣдуютъ собственно процессуальные факты, которые наполняютъ исторію процесса; это—прежде всего исковыя требованія, отвѣтъ и дальѣйшіе факты состязанія, вообще противоположныя требованія сторонъ, установившіяся окончательно къ моменту заключенія состязанія (*conclusioni finali e divenute invariabili*) и поставленные ими для рѣшенія суда вопросы ²⁾. Весь этотъ матеріалъ процесса, какъ фактическая основа рѣшенія, долженъ быть фиксированъ въ той или другой формѣ, долженъ быть въ виду суда при постановленіи рѣшенія и стоять съ нимъ въ связи. Но очевидно было бы весьма неудобно вносить его сполна въ самое рѣшеніе, нужно констатировать факты процесса своевременно по мѣрѣ того, какъ они совершаются, а не тогда, когда процессъ уже конченъ. Есть три способа констатировать ихъ: 1) въ бумагахъ и документахъ сторонъ, 2) въ протоколахъ и приложеніяхъ къ нимъ (напримѣръ, въ письменныхъ заключеніяхъ свѣдущихъ лицъ) и 3) въ самомъ рѣшеніи. Последний способъ не всегда удобенъ, потому что рѣшеніе составляется уже по окончаніи состязанія, а иногда и по объявленіи резолюціи. Чѣмъ точнѣе, надежнѣе, полнѣе уложенъ матеріалъ процесса въ двухъ первыхъ группахъ актовъ, тѣмъ короче можетъ быть рѣшеніе, потому что нѣтъ надобности подробно излагать въ рѣшеніи всѣ объясненія тяжущихся, изложенныя въ ихъ бумагахъ (67 г. Кас. 457. *Contra* Побѣд. § 410 прим.), ни излагать документы, ими представленныя, или

¹⁾ Эта разговорная форма сообщаетъ рѣшеніямъ англійскихъ судовъ большую живость. Они читаются легко, какъ интересный рассказъ, взятый изъ дѣйствительной жизни. См. образцы ихъ въ *Law Times Reports*. Также это и въ Сѣверной Америкѣ. Англичане вообще не довѣряютъ коллегіальной формѣ, когда она закрываетъ личность человѣка, когда можно отдѣльнымъ членамъ вовсе не вдуматься въ дѣло, не отдать себѣ отчета въ немъ, а присоединиться безмолвно къ какому-нибудь мнѣнію—предсѣдателя или докладчика. „*Judex sententiae rationes decidendi adhibere debet*“ они понимаютъ такъ, что каждый членъ суда долженъ публично мотивировать и изложить свое мнѣніе. На континентѣ Европы это вопросъ спорный. Одни юристы высказываются въ пользу публичной подачи голосовъ судьями, другіе противъ нея. См. *Bordeaux*, стр. 472. *Von senne*, II, стр. 398 и др. Въ послѣднемъ смыслѣ рѣшается этотъ вопросъ большинствомъ законодательства.

²⁾ *Borsari*, т. 1, стр. 479 ss.

дѣлать выписки изъ нихъ (67 г. Кас. 349. 72 г. Кас. 337, д. Хлевнера), ни повторять всего того, что внесено въ протоколъ, надлежащимъ образомъ составленный, повѣренными сторонами, свидѣтелями и т. д. и подписанный въ законномъ порядкѣ (69 г. Кас. 1279, д. Кобозевой. 70 г. Кас. 952. 72 г. Кас. 137, д. Алифановыхъ). Напротивъ, чѣмъ меньше и сомнительнѣе установленъ матеріалъ процесса въ этихъ актахъ, тѣмъ труднѣе становится изложеніе обстоятельствъ дѣла въ рѣшеніи и тѣмъ меньше оно надежно, тѣмъ легче ошибки, которыя потомъ не легко исправить. Между этими тремя группами актовъ есть тѣсная связь.

Въ разныхъ системахъ процесса преобладаютъ различные способы изложенія обстоятельствъ дѣлъ. Во Франціи, въ окружныхъ судахъ, эта работа поручается главнымъ образомъ стряпчимъ ¹⁾. Они составляютъ, во-первыхъ, состязательныя бумаги, какія требуются до постановленія рѣшенія. Затѣмъ, когда рѣшеніе постановлено, они же сочиняютъ для него изложеніе обстоятельствъ дѣла, такъ наз. квалификацію для рѣшенія — *qualités*. Именно, одинъ изъ стряпчихъ, въ интересахъ котораго получить копию рѣшенія (*expédition*) и исполнительный листъ (*grosse*), излагаетъ обстоятельства дѣла въ видѣ проекта и посылаетъ копию этой бумаги стряпчему противной стороны, а оригиналь передаетъ судебному приставу. Противникъ его имѣетъ право заявить свои возраженія противъ редакціи въ теченіи 24 часовъ и, если споръ этотъ не уладится миролюбивымъ соглашеніемъ, то онъ разрѣшается окончательно предсѣдателемъ того отдѣленія, въ которомъ разбиралось дѣло (*art. 145*). Затѣмъ, на основаніи этой бумаги, секретарь суда составляетъ копию рѣшенія въ окончательной формѣ. До тѣхъ поръ, пока эти *qualités* не изготовлены стряпчими, у секретаря нѣтъ матеріала для полной редакціи рѣшенія. Мы уже замѣтили выше, что въ окружныхъ судахъ Франціи канцелярія не ведетъ никакихъ общихъ протоколовъ по гражданскимъ дѣламъ; ведутся только частныя протоколы, напр., при допросѣ свидѣтелей (*art. 259 ss.*), осмотрѣ на мѣстѣ (*art. 298*), изслѣдованіи подлинности документовъ (*art. 198, 225*), допросѣ стороны членомъ докладчикомъ (*art. 331*) и т. д. Резолюція суда записывается со словъ предсѣдателя секретаремъ или его помощникомъ, для памяти, въ черновой мемориаль (plumitif), съ котораго потомъ переписывается на-чисто, въ окончательной редакціи, въ особый журналъ засѣданія (*feuille d'audience, minute*), подписывается предсѣдателемъ и секретаремъ и въ этомъ видѣ считается подлинникомъ рѣшенія ²⁾. Въ резолюціи содержится только сущность рѣшенія (*dispositif*), съ краткимъ указаніемъ мотивовъ, обыкновенно статей закона, на которыхъ основано рѣшеніе, а иногда и съ подробными соображеніями (*considerants, attendus*), но только по юридической оцѣнкѣ дѣла (*motivi in fatto e in diritto*, какъ говорятъ въ Италіи);

¹⁾ C. de proc. art. 142 ss. Mourlon, стр. 138 и слѣд. Carré et Ch. Adolphe, т. 1, стр. 727 и слѣд. Тутъ же указана литература. См. особенно Boncenne, т. II, стр. 438. Voitard, т. 1, § 299 и слѣд. Bordeaux, стр. 490 и слѣд. Bellot, стр. 90 ss. Въ прежнее время, рѣшенія изготовлялись во Франціи секретаремъ, который долженъ былъ сообразоваться при этомъ съ резолюціею суда (*dictum*); въ этой резолюціи означались, между прочимъ, имена и качества сторонъ—*qualités*, т.-е. кто истецъ, кто отвѣтчикъ и т. п.

²⁾ Carré Ch. Adolphe, т. 1, стр. 701.

въ заголовкѣ журнала означаются имена судей, участвовавшихъ въ рѣшеніи, и прокурора ¹⁾. Изложенія обстоятельствъ дѣла здѣсь нѣтъ. Они излагаются потомъ стряпчимъ въ особой бумагѣ (*qualités*), въ которой указываются имена, званіе и мѣсто жительства сторонъ, ихъ отношенія до процесса, изъ которыхъ возникло дѣло (*points de fait*, поводъ къ процессу), требованія ими предъявленныя (*conclusions*) и вопросы права, служившіе задачею для рѣшенія — *points de droit* ²⁾ (art. 142). Этотъ матеріалъ, вмѣстѣ съ резолюціею суда, вносится потомъ секретаремъ въ окончательный списокъ рѣшенія—*expédition* (art. 141), который въ случаѣ надобности обращается въ исполнительный листъ (*grosse*) посредствомъ исполнительной надписи секретаря: *Napoléon, par la grace de Dieu... mandons et ordonnons* и т. д.

Весь этотъ порядокъ изготовленія рѣшеній вызвалъ противъ себя много возраженій и критики какъ во Франціи, такъ и въ другихъ странахъ ³⁾. Только недавно, при составленіи Уст. Гр. Суд. въ Баваріи, вопросъ о немъ подвергнуть былъ подробному изслѣдованію ⁴⁾ и дѣло кончилось тѣмъ, что французскій порядокъ изложенія обстоятельствъ дѣла стряпчими принять былъ въ Баваріи почти безъ измѣненія ⁵⁾; только составленіе рѣшеній секретарями или канцеляріей вообще, противъ котораго во Франціи высказались громкія жалобы ⁶⁾, замѣнено въ Баварскомъ уставѣ порученіемъ этой работы членамъ суда ⁷⁾. Нельзя отрицать въ самомъ дѣлѣ, что французскія *qualités* имѣютъ достоинства и преимущества своего рода; они стоятъ въ связи съ тою свободною, легкою формою устнаго состязанія сторонъ, какою отличается французскій процессъ, особенно по дѣламъ сокращеннаго производства; они сводятъ къ *minimum*'у письменной работы канцелярїи и судей, оставляютъ все изложеніе матеріаловъ дѣла, представленныхъ сторонами, въ рукахъ самихъ же сторонъ, изъ коихъ одна повѣряетъ другую, а все дѣло суда сосредоточиваютъ на юридической оцѣнкѣ этого матеріала и на разрѣшеніи спора. Эта система и въ Баваріи дала возможность обойтись безъ общихъ протоколовъ дѣла ⁸⁾ и значительно упростить предварительную подготовку процесса состязательными бумагами сторонъ ⁹⁾. Мы уже замѣтили, что есть связь между этими способами установленія процессуальнаго матеріала, который необходимо долженъ быть фиксированъ такъ или иначе, какъ матеріальная основа рѣшенія. Если онъ уложенъ прочно и неизмѣнно въ предварительныхъ бумагахъ сторонъ, то ослабляется значеніе устнаго состязанія. Протокольная запись объясненій сторонъ канцелярскою рукою также представляетъ свои неудобства. И наконѣцъ канцелярское

¹⁾ Mourlon, § 274.

²⁾ Образецъ этой бумаги см. у Мурлона, стр. 452. Она весьма походитъ на общій протоколъ дѣла.

³⁾ См. особенно рѣзкую критику Бордо, l. cit., и Буатара, l. cit. Белло называетъ эти статьи французскаго устава *inutiles, dangereuses, inexcutables, onéreuses*.

⁴⁾ Матеріалы указаны въ соч. Шмитта, т. II, стр. 307.

⁵⁾ Бавар. Уст. § 235 и слѣд. Schmitt, § 358. Срав. примѣч. Фирлинга и комментарій Барта.

⁶⁾ Bordeaux, стр. 491, 510 и др.

⁷⁾ Бавар. Уст. § 278. Срав. выше, стр. 408, прим. 2.

⁸⁾ Schmitt, т. II, § 355, стр. 301.

⁹⁾ Бавар. Уст. § 231 и 234.

изложение обстоятельств дѣла въ рѣшеніи суда возбуждаетъ еще болѣе сомнѣній. Во Франціи послѣдній порядокъ принять въ коммерческихъ и въ мировыхъ судахъ, но тамошніе юристы относятся къ нему съ большимъ недоувѣріемъ ¹⁾. Это недоувѣріе вполнѣ понятно; всѣ возраженія противъ *qualités* стряпчихъ примѣняются и къ этой канцелярской работѣ, съ тѣмъ только важнымъ различіемъ, что тамъ обстоятельства дѣла излагаются открыто заинтересованною стороною, и подлежатъ контролю противной стороны, а здѣсь работа производится во мракѣ канцеляріи какимъ-нибудь неизвѣстнымъ писцомъ, у котораго неточность изложенія, если она не дана даромъ, можно купить за два франка или еще дешевле. Наконецъ, надобно замѣтить еще, что въ содержаніе *qualités* входятъ только требованія сторонъ и спорные вопросы факта и права, поставленные сторонами на разрѣшеніе суда. А *prigri* этотъ элементъ процесса есть дѣло сторонъ; судъ же долженъ только оцѣнить эти требованія, разрѣшить эти вопросы и мотивировать свое рѣшеніе. Вотъ почему мотивы по французскому и баварскому закону входятъ въ составъ не этихъ *qualités*, а самой резолюціи суда ²⁾. Въ полной редакціи рѣшенія *qualités* отдѣляются отъ мотивовъ внѣшнимъ образомъ ³⁾.

Однако съ другой стороны и съ французскими *qualités* соединены важныя неудобства ⁴⁾. Изложеніе ихъ стряпчими довольно опасно для правъ тяжущихся. Въ дѣйствительности, ихъ составляетъ стряпчій одной только стороны, а право возраженія, принадлежащее противнику, остается почти неосуществимымъ. Возраженія должны быть заявлены по закону въ теченіи 24 часовъ; въ такое короткое время довольно трудно изучить эту бумагу во всѣхъ подробностяхъ, всмотрѣться въ каждое ея выраженіе. Мало того; положимъ, протестъ заявленъ; споръ поступаетъ на окончательное разрѣшеніе предсѣдателя, который естественно не можетъ помнить со всею точностью каждую деталь процессовъ, проходящихъ десятками черезъ его руки каждый день, и склоненъ обыкновенно къ оставленію такихъ споровъ безъ послѣдствій, тѣмъ болѣе, что они часто служатъ только средствомъ замедлить выдачу исполнительнаго листа сторонѣ, выигравшей дѣло ⁵⁾. Такимъ образомъ иногда весьма неточное, пристрастное изложеніе обстоятельствъ дѣла, въ которомъ факты спорные представлены безспорными и признанными, вносится потомъ въ рѣшеніе суда ⁶⁾. Этотъ порядокъ вещей даетъ возможность колебать или укрѣплять силу судебныхъ рѣшеній послѣ того какъ они состоялись, послѣ того какъ дѣло суда уже окончено ⁷⁾. По состязательному началу процесса судъ не имѣетъ права присуж-

¹⁾ Bordeaux, стр. 494: la redaction des points de fait et de droit, abandonnée aux greffiers dans les justices de paix et les tribunaux de commerce, est un mal encore plus grand que la redaction des *qualités* par avoués. Справ. Carré et Ch. Ad., стр. 727, § 597.

²⁾ С. de proc. 141. Mourlon, стр. 137. Бавар. Уст. § 277.

³⁾ См. образецъ полной копій рѣшеній у Мурлона, стр. 455.

⁴⁾ См. еще Mittermaier, II, стр. 176 и слѣд.

⁵⁾ Bordeaux, стр. 493—4.

⁶⁾ Ibid.

⁷⁾ Voitard, l. cit. По франц. Уст. *qualités* составляются не всегда стряпчимъ выигравшей дѣло стороны, а вообще тѣмъ, qui voudra lever un jugement (art. 142). Также по Бавар. Уст., § 285.

дать сторонамъ болѣе того, что ими требовалось (*ultra petita*); измѣнивъ редакцію требованій (*conclusions*), можно, слѣдовательно, разрушить соотвѣтствіе съ ними резолюціи суда и на этомъ основаніи потомъ просить объ отмѣнѣ рѣшенія. Наприм., нашъ кассационный сенатъ весьма часто отмѣняетъ судебныя рѣшенія, если не находитъ въ нихъ полнаго соотвѣтствія съ требованіями сторонъ (72 г. Кас. 479, д. Газов. Об. и мн. др.); этотъ разладъ можетъ быть иногда дѣломъ канцеляріи, а при французской системѣ дѣломъ стряпчаго, заинтересованнаго въ отмѣнѣ рѣшенія ¹⁾. Правда, послѣдняя опасность меньше и, наприм., въ Баваріи, ослабляется еще тѣмъ, что законъ требуетъ не только письменнаго исковаго прошенія, но и письменнаго отвѣта на искъ ²⁾; но и здѣсь возможно внести въ изложеніе обстоятельствъ дѣла какое-нибудь измѣненіе требованій въ теченіи процесса, уменьшить ихъ и т. п.

Новѣйшія законодательства, по всѣмъ приведеннымъ соображеніямъ, отвергаютъ французскія *qualités*, отвергаютъ также и составленіе рѣшеній канцеляріею, а поручаютъ эту работу самимъ судьямъ. Такъ это по уставамъ Италіи ³⁾, Ганновера ⁴⁾ и по нашему Уставу (ст. 710). Рѣшенія должны изготовляться самими судьями вполнѣ, такъ чтобы на долю канцеляріи оставались только переписка рѣшенія и составленіе исполнительныхъ листовъ, только механическая работа. Въ особенности изложеніе обстоятельствъ дѣла въ рѣшеніи лежитъ на обязанности самихъ судей. Матеріаломъ для этой части рѣшенія служатъ бумаги и документы сторонъ и протоколы дѣла, надлежащимъ образомъ и своевременно составленные. При такомъ порядкѣ вещей, протоколъ получаетъ особенно важное значеніе, какъ одинъ изъ основныхъ источниковъ для рѣшенія. Вотъ почему на западѣ Европы ведутся регулярные протоколы даже по дѣламъ сокращеннаго судопроизводства ⁵⁾. Изложеніе обстоятельствъ дѣла въ протоколѣ представляетъ несомнѣнныя преимущества въ сравненіи съ другими способами. Фиксировать весь матеріалъ процесса въ составительныхъ бумагахъ сторонъ неудобно потому, что такимъ путемъ уничтожается устность процесса. Излагать его въ *qualités* стряпчихъ или по памяти, въ самомъ рѣшеніи послѣ постановленія резолюцій, также—ненадежный способъ. Напротивъ, протоколъ есть современная лѣтопись фактовъ процесса по мѣрѣ того, какъ они совершаются передъ судомъ;

¹⁾ Въ соч. Бордо можно найти интересное посланіе адвокатовъ при кассационномъ судѣ, адресованное къ стряпчимъ низшихъ судовъ, въ которомъ они подробно наставляютъ послѣднихъ, какимъ образомъ нужно излагать *qualités* для того, чтобы на основаніи ихъ удобнѣе было потомъ добиться отмѣны рѣшенія (стр. 499 и слѣд.). Подобную инструкцію можно бы дать канцеляріямъ судовъ тамъ, гдѣ рѣшенія составляются канцеляріею.

²⁾ Бавар. Уст. § 231.

³⁾ Итал. art. 359: *Chiusa la votazione, il presidente designa tra i membri della maggioranza chi debba compilare la sentenza.*

⁴⁾ Ганнов. § 355: *in keinem Falle dem Gerichtsschreiber liegt die Abfassung des Urtheils ob, замѣчаетъ Леонгардъ.*

⁵⁾ Образцы ихъ въ Венгріи см. въ соч. *das summarische Civilprocessverfahren v. Szeniczey, übers. durch Ritter. Pest 1869 г.* О протоколахъ вообще см. Ганнов. Уст. § 71, 84, 102, 108, 116, 117, 177, 265, 233, 276, 357, 287, 386, 16. Герм. Пр. 72 г. § 139—145. *Vorsari, т. III, Formulario.*

эту запись можно повѣрять на каждомъ шагу, потому что она ведется до постановленія рѣшенія; каждая неточность въ записи свидѣтельскихъ показаній, признанія, мировой сдѣлки и разныхъ другихъ фактовъ можетъ быть тотчасъ же замѣчена, можетъ стать предметомъ состязанія или подать поводъ къ протесту. Во всякомъ случаѣ есть время исправить ее, потому что рѣшеніе еще не постановлено. Наконецъ, протоколъ не только не ослабляетъ устности процесса, а напротивъ, предполагаетъ ее, какъ необходимое условіе. Когда матеріалъ процесса изложенъ въ бумагахъ сторонъ и въ протоколѣ, нѣтъ никакой надобности подробно излагать обстоятельства дѣла въ самомъ рѣшеніи. Изложеніе должно быть краткое съ указаніемъ на требованія тяжущихся и на то, что дано было заключеніе прокурора (Уст. 142, 711); если послѣднее записано въ протоколъ, то нѣтъ нужды повторять его въ рѣшеніи (70 г. Кас. 952). Во множествѣ простыхъ дѣлъ эта часть рѣшенія очень коротка и вотъ почему въ такихъ случаяхъ возможно и даже полезно и желательно составлять рѣшеніе вполнѣ въ самый моментъ постановленія его ¹⁾. Краткость рѣшенія, сама по себѣ, не есть недостатокъ его и даже при отсутствіи въ немъ изложенія обстоятельствъ дѣла оно не всегда подлежитъ отмѣнѣ (70 г. Кас. 427. 67 г. Кас. 4): есть много дѣлъ простыхъ, всѣ обстоятельства которыхъ могутъ быть выражены въ самомъ названіи дѣла, въ указаніи на просительный пунктъ истца и отвѣтчика ²⁾ (*intentiones*).

Другая составная часть рѣшенія заключаетъ въ себѣ соображенія суда ³⁾ (*Entscheidungsgründe, motifs*). Здѣсь помѣщается юридическая оцѣнка требованій и фактовъ, заявленныхъ сторонами, какъ совокупность оснований для заключительной части рѣшенія, резолюціи ⁴⁾. Если въ первой части рѣшенія необходимо указать на требованія тяжущихся, то здѣсь въ мотивахъ необходимо оцѣнить ихъ основательность или неосновательность настолько, чтобы видно было, почему судъ—въ заключительной части рѣшенія—призналъ ихъ уважительными или отказалъ въ нихъ. Именно эта логическая связь между частями рѣшенія (между требованіями и резолюціею) служить критеріемъ достаточности или недостаточности мотивовъ, а не подробность и растянутасть ихъ ⁵⁾, не цитованіе статей

¹⁾ Срав. выше, стр. 408. Объявленіе рѣшенія еще неготоваго есть ненормальный, исключительный случай. Нормальный порядокъ состоитъ въ томъ, чтобы сначала составить рѣшеніе вполнѣ, а потомъ объявить его. Только когда, за сложностью дѣла, невозможно составить полное рѣшеніе въ то же засѣданіе, въ которомъ оно постановлено, нужно ограничиться немедленнымъ составленіемъ и провозглашеніемъ резолюціи, а полную редакцію поручить одному изъ членовъ суда. См. Ганнов. Уст., § 354. Герм. Пр. 72 г., § 266, 267, 269 и мотивы, стр. 282. Объявленіе резолюціи въ то же засѣданіе, даже и въ этихъ исключительныхъ случаяхъ (когда полная редакция рѣшенія отложена), представляетъ важную гарантію тяжущимся противъ произвола судей, а потому отсрочивать провозглашеніе ея возможно только по тѣмъ труднымъ дѣламъ, по которымъ судъ не могъ прийти къ разрѣшенію спора при совѣщаніи судей (Уст. 702).

²⁾ Итал. art. 360, п. 4: *il tenore delle conclusioni delle parti, esclusi il fatto e i motivi*. Rudorff, II, § 29 и 77.

³⁾ Linde, въ *civ. Arch.*, т. 33. Brinckmann, *über die richterlichen Entscheidungsgründe*, 1826. Побѣдон. § 1030 ff. Borsari, 1, стр. 479 и слѣд.

⁴⁾ Итал. art. 360, п. 6: *i motivi in fatto e in diritto*.

⁵⁾ Borsari, стр. 480.

закона (70 г. Кас. 868, д. Маркварта съ Самойловымъ. 72 г. Кас. 513, д. Иваницаго. 67 г. Кас. 329 и др.), которыя могутъ быть соблюдены или нарушены и безъ прямой на нихъ ссылки (70 г. Кас. 1704, д. Порошина), и не полемика съ каждымъ доводомъ тяжущихся (72 г. Кас. 58, д. Ташкова, № 299, 303, 68 г., д. Попова. 68 г. Кас. 368. 69 г. Кас. 203 и др.). Связь между требованіями сторонъ и резолюціею заключается въ фактахъ, подтверждающихъ, по началамъ объективнаго права, требованія той или другой стороны (*motivi in fatto*) и въ юридическихъ нормахъ, на основаніи которыхъ эти требованія должны быть уважены или отвергнуты (*motivi in diritto*). Мы видѣли, что факты дѣла входятъ и въ первую часть рѣшенія (часть обстоятельственную), но тамъ они только указываются, а не оцѣниваются, не соотнобщаются съ закономъ; цѣль первой части рѣшенія показать, въ чемъ состоятъ требованія сторонъ, чѣмъ каждая сторона старается подтвердить свои требованія и въ чемъ состоитъ задача суда. Можно даже и не приводить здѣсь фактовъ, заявленныхъ сторонами въ подтвержденіе ихъ требованій и возраженій, а указать на нихъ во второй части рѣшенія, въ соображеніяхъ суда. И наоборотъ, конечно, можно изложить факты въ первой части вмѣстѣ съ оцѣнкою ихъ, потому что законъ не указываетъ опредѣленнаго мѣста для разныхъ элементовъ въ рѣшеніи. Мы разсматриваемъ здѣсь только логическій строй рѣшенія, внѣшній же порядокъ довольно разнообразенъ, не только въ разныхъ странахъ ¹⁾, но и въ нашихъ судебныхъ установленіяхъ ²⁾. Судъ долженъ указать сначала требованія сторонъ, а потомъ войти въ оцѣнку ихъ основаній—фактовъ и юридическихъ нормъ, на которыхъ эти требованія основываются. И объ этой оцѣнкѣ матеріала надобно сказать то же, что мы замѣтили выше объ изложеніи обстоятельствъ дѣла вообще. Не вся дѣятельность суда, направленная къ этой цѣли, сосредоточивается въ заключительномъ актѣ процесса—въ рѣшеніи. Напротивъ, судъ оцѣниваетъ матеріалъ дѣла постепенно въ теченіи всего производства; все вообще изслѣдованіе дѣла (*causae cognitio*) неразрывно связано съ этою оцѣнкою. Мы видѣли уже, что въ теченіи процесса судъ постановляетъ частныя опредѣленія, разрѣшая ими разные частныя вопросы дѣла, и такимъ образомъ постепенно анализируетъ и упрощаетъ матеріалъ процесса. Таковы, наприм., частныя опредѣленія о доказательствахъ (Уст. 368, 374, 444 и др.), о подлинности документовъ (Уст. 546, 554, 558), о

¹⁾ Образцы Итальянскихъ рѣшеній см. у Борсари *Formulario*: „Во имя Виктора Эмануила и т. д. рѣшеніе по дѣлу такого-то съ такимъ-то, жительствующихъ тамъ-то. Стряпчій истца проситъ о томъ-то. Стряпчій отвѣтника проситъ отказать ему въ искѣ. Выслушавъ заключеніе прокурора и принимая во вниманіе, что изъ дѣла видно то-то и то-то (*motivi in fatto e in diritto*), по симъ соображеніямъ, отвергнувъ всѣ противныя тому возраженія и домогательства, судъ присуждаетъ или отказываетъ. Рѣшеніе произнесено тогда-то. Подпись судей и секретаря“.—Французскія у Мурлона, стр. 455 ss., въ *Droit*, у Даллоза и др. Англійскія у Девиса, стр. 271, въ *Law Times Reports* и др. (Замѣтимъ кстати, что какъ въ Англіи, такъ и въ Америкѣ рѣшенія вносятся шперами въ особыя книги рѣшеній. См. объ этомъ *N.-York C. § 279 ff.* и прим. Тауншенда. *Bouvier l. cit.*). Германскія въ разныхъ сборникахъ.

²⁾ Образцы рѣшеній мировыхъ судей и сѣздовъ можно найти въ приложеніяхъ къ наказамъ. См. наприм. Наказъ Спб. Сѣзда, прилож. № 27 и слѣд. и № 50. Рѣшенія другихъ судовъ въ „Суд. Вѣстникѣ“.

признаніи отводовъ и возраженій уважительными или неуважительными (Уст. 585—589), о привлеченіи третьихъ лицъ (Уст. 658), объ устраниеніи судей (Уст. 693) и т. д. Въ коллегіальныхъ судахъ такія частныя опредѣленія изготовляются председателемъ или однимъ изъ членовъ суда (Уст. 710). Они должны быть мотивированы (Уст. 712) и вносятся или въ общій протоколъ засѣданія, или въ отдѣльный, частный протоколъ (Protokollar-Bescheide или—Decrete). Очевидно затѣмъ, что когда разные частные вопросы уже разрѣшены такимъ образомъ въ теченіи процесса, когда часть судебного матеріала оцѣнена опредѣленіями суда, то нѣтъ надобности повторять всѣ эти опредѣленія въ рѣшеніи. Вотъ почему, когда факты процесса установлены въ протоколѣ, составленномъ надлежащимъ образомъ, рѣшеніе можетъ быть очень коротко. Бывали даже случаи, гдѣ сенатъ, въ виду протокола, признавалъ достаточнымъ постановленіе краткой резолюціи безъ составленія рѣшенія въ окончательной формѣ (72 г. Кас. д. Алифановыхъ. 67 г. Кас. 457. 68 г. Кас. 613, 779, 818. 69 г. Кас. 48, 79, 226. 70 г. Кас. 427). Въ этомъ нѣтъ ничего страннаго, потому что резолюція и есть подлинное рѣшеніе и можетъ быть полнымъ рѣшеніемъ, съ котораго канцелярія списываетъ потомъ только копии. Другое дѣло, когда матеріалъ процесса—требованія и факты, заявленные сторонами—не оцѣнены ни въ рѣшеніи, ни въ предшествовавшихъ ему актахъ дѣлопроизводства. Въ такомъ случаѣ рѣшеніе суда ускользаетъ отъ всякой повѣрки и сенатъ вынуждается нерѣдко отмѣнять такія рѣшенія, для которыхъ во всемъ дѣлопроизводствѣ не находится никакого оправданія ¹⁾ (72 г. Кас. 75, д. Болдыря, 536, д. Митрофанова и др.). Особенно часты такіе случаи въ практикѣ мировыхъ судовъ, въ которыхъ канцелярская часть вообще и въ особенности веденіе правильныхъ протоколовъ, повѣряемыхъ заинтересованными лицами и подписываемыхъ въ законномъ порядкѣ, до сихъ поръ еще не вездѣ организованы, не вездѣ находятся въ благоустроенномъ видѣ ²⁾. Часто во всемъ дѣлѣ нѣтъ мотивовъ; рѣшаютъ дѣла по убѣжденію совѣсти, не приводя никакого отчета въ этомъ убѣжденіи (69 г. Кас. 376. 70 г. Кас. 1717); или, наприм., истецъ представилъ доказательства иска, но судъ почему-то отвергъ ихъ и отказываетъ въ искѣ на томъ основаніи, что никакихъ доказательствъ не представлено (69 г. Кас. 1128); никакихъ слѣдовъ сужденія и оцѣнки, никакого опредѣленія о доказательствахъ не находится въ дѣлѣ, и—сенатъ вынужденъ отмѣнять рѣшеніе, можетъ быть вполнѣ правильное, вслѣдствіе этого безпорядка въ дѣлопроизводствѣ. И въ самомъ дѣлѣ, утвержденіе рѣшенія на соображеніяхъ составляетъ существенную гарантію правосудія и не только требуется всѣми новыми уставами гражданскаго судопроизводства, но нерѣдко вносится и въ основные государственные законы ³⁾: въ судѣ не должно быть произвола: не личное усмот-

1) Герм. Пр. 72 г. § 481, п. 7: Revision, wenn die Entscheidung nicht mit Gründen versehen ist.

2) По извѣстіямъ „Суд. Вѣст.“, есть предположеніе предоставить писмоводителямъ мировыхъ судей права государственной службы, т.-е. право на чины, награды и пенсію.

3) Ганнов. 356. Ольденб. 124. Брауншв. 102. Баден. 260, 262, 368, 386. Бавар. 277. Schmitt, § 353. Итал. 360. Франц. 141 и др. Въ старое время, наприм. по римскому праву, это не требовалось. Wetzell и Renaud, l. cit. О Пруссіи Savigny, VI § 292, стр. 372.

рѣшеніе судей, а система права положительнаго должна господствовать въ странѣ. Не только рѣшенія, составленныя въ окончательной формѣ, но и резолюціи суда должны быть мотивированы ¹⁾ и объявлены съ мотивами ²⁾. Законъ требуетъ, чтобы даже частныя опредѣленія утверждались на соображеніяхъ (Уст. 712); для нѣкоторыхъ распоряженій, имѣющихъ пресѣкательный характеръ, предписано соблюдать тотъ же порядокъ (Уст. 267).

Недозволительность произвола въ судебныхъ дѣйствіяхъ указываетъ на публицистическое основаніе мотивовъ въ судебныхъ рѣшеніяхъ. Чтобы раскрыть практическое значеніе ихъ, мы должны теперь войти во внутренней анализъ этого предмета, обнять общимъ взглядомъ всѣ возможные мотивы рѣшеній и опредѣлить ихъ отношеніе къ цѣлой системѣ права и процесса. Припомнимъ прежде всего, что они служатъ связью между требованіями сторонъ и заключеніемъ суда. Требованіе отвѣтчика имѣетъ только относительное значеніе, если онъ не предъявилъ встрѣчнаго иска и не сдѣлался въ свою очередь истцомъ. Главное требованіе, на которое долженъ отвѣтить судъ и по поводу котораго онъ долженъ обсудить весь остальной матеріалъ процесса, есть исковое требованіе. Вся защита отвѣтчика, какъ мы уже видѣли, сводится къ опроверженію иска (см. выше § 54). Остановимся теперь на исковомъ требованіи (*petitum actoris*). По своей идеѣ, по своему мѣсту въ системѣ права, исковое требованіе есть послѣдствіе, вытекающее изъ права иска, а въ системѣ процесса подчиненное извѣстнымъ условіямъ осуществленія. Каждый искъ, заслуживающій судебного удовлетворенія, имѣетъ свое основаніе, изъ котораго вытекаютъ законныя послѣдствія (см. выше § 50 и сл.); каждый искъ въ процессѣ подчиняется законнымъ условіямъ установленія процессуальнаго отношенія (см. выше § 77). Мы видѣли, что требованія защиты противъ иска могутъ быть направлены или на неосновательность исковаго требованія по существу, или на процессуальные пороки его (§ 58). Неосновательность перваго рода влечетъ за собою отказъ въ искѣ по существу, а отсутствіе процессуальныхъ условій ведетъ къ уклоненію суда отъ разсмотрѣнія иска, къ *absolutio ab instantia* (§ 79). Съ формальной точки зрѣнія, неосновательность каждаго требованія, какъ исковаго, такъ и предъявленнаго со стороны защиты, можетъ быть двоякая: 1) логическая несообразность требованія съ тѣмъ, что приводится какъ основаніе его или, что тоже, юридическая недостаточность основанія и 2) недоказанность фактовъ, которые бы подтверждали основаніе требованія. Неосновательнымъ можетъ оказаться требованіе истца или отвѣтчика; послѣднее стоитъ на второмъ мѣстѣ; оно имѣетъ относительное значеніе даже въ тѣхъ случаяхъ, когда искъ доказанъ истцомъ, но затѣмъ отвѣтчикъ успѣваетъ доказать противъ него основательное возраженіе или опровергнуть реплику исца. Во всѣхъ такихъ случаяхъ, когда требованіе отвѣтчика правильно, исковое требованіе оказывается неправильнымъ именно въ той мѣрѣ, насколько первое представляется основательнымъ. Заключение суда сосредоточивается такимъ образомъ на исковомъ требованіи,

¹⁾ См. законы, указ. въ предыдущемъ примѣч.

²⁾ Объявленіе мотивовъ вкратцѣ, наприм. статей закона, всегда возможно и желательно. Иностранные законы требуютъ объявленія мотивовъ немедленно въ случаѣ возможности. *ibid.* Срав. Mourlon, § 273 и 274.

и или отказывается въ немъ, вполнѣ или отчасти, по существу или по осуществленію въ данномъ процессѣ, или же признаетъ его подлежащимъ удовлетворенію (ср. выше № 1).

Мы повторили всѣ эти положенія, чтобы раскрыть общую логическую связь между требованіями сторонъ и заключеніемъ суда. Очевидно въ самомъ дѣлѣ, что посредникомъ между ними служитъ сужденіе объ основательности или неосновательности требованій, которое сводится въ результатѣ къ сужденію объ искомомъ требованіи. Чтобы оправдать свое заключеніе, судъ долженъ поставить себѣ и разрѣшить въ мотивахъ вопросъ объ основаніяхъ исковаго требованія, прослѣдить, есть ли логическая связь между этимъ требованіемъ и тѣмъ, что приводится исцомъ въ основаніе его, достаточно ли это основаніе, доказаны ли факты, приведенные въ подтвержденіе иска; къ этому ряду положительныхъ вопросовъ присоединяется затѣмъ отрицательный рядъ, имѣющій цѣлью оцѣнить матеріаль, доставленный защитой: если искомое требованіе само по себѣ представляется основательнымъ, то не обезсилено ли оно возраженіемъ или отводомъ отвѣтчика, не прекратилось ли существованіе исковаго права вслѣдствіе платежа, зачета и т. п. фактовъ, приводимыхъ отвѣтчикомъ, доказаны ли эти факты и вытекаетъ ли изъ нихъ логически требованіе отвѣтчика отказать истцу въ его искѣ? По поводу реплики и дальнѣйшихъ фазисовъ состязанія предстоитъ суду такая же работа. Онъ долженъ вообще установить и объяснить въ рѣшеніи: 1) логическое соотношеніе требованій съ ихъ основаніями, другими словами: юридическую достаточность основаній или недостаточность и 2) дѣйствительность или недѣйствительность фактовъ, на которыхъ основываются эти требованія. Когда первый вопросъ разрѣшенъ отрицательно, нѣтъ надобности констатировать дѣйствительность факта, который оказывается логически недостаточнымъ основаніемъ требованія (это такъ-наз. несущественные факты въ дѣлѣ). Все содержаніе мотивовъ сводится такимъ образомъ къ юридической оцѣнкѣ требованій и фактовъ, къ раскрытію основаній и установленію тѣхъ фактовъ, съ которыми связаны эти основанія.

Отсюда видны затѣмъ источники мотивовъ въ судебныхъ рѣшеніяхъ. Такихъ источниковъ два: 1) матеріаль процесса, т. е. факты заявленные сторонами въ подтвержденіе своихъ требованій и раскрытые изслѣдованіемъ дѣла, 2) система положительнаго права, какъ совокупность нормъ для юридической оцѣнки этого матеріала. Въ рѣшеніяхъ нашихъ судовъ фактическая сторона дѣла обыкновенно излагается особо подъ рубрикою „судъ находитъ“, а потомъ слѣдуетъ перечень статей закона: „и на основаніи статей такихъ-то опредѣляетъ“, далѣе пишется резолюція. Это указаніе на статьи закона, принятыя судомъ въ соображеніе, весьма полезно и заслуживаетъ полнаго одобренія. Это наглядный знакъ того, что судъ справлялся съ закономъ и желалъ разрѣшить дѣло согласно съ мыслью и волею законодателя. Законъ безъ сомнѣнія главный источникъ, изъ котораго судъ долженъ извлекать правила для своихъ рѣшеній, хотя подлѣ него дѣйствуютъ другія подчиненныя ему нормы, которыя также и могутъ, и должны примѣняться судомъ, наволько онѣ не противорѣчатъ закону¹⁾. Надобно замѣтить впрочемъ, что для точной юридической оцѣнки требо-

1) Ученіе о юридическихъ нормахъ излагается въ системѣ гражданского права.

ваній и фактовъ въ процессѣ особенно важно владѣть системою положительнаго права, а не отрывочными только статьями закона: можно привести въ рѣшеніи цѣлую массу статей и все-таки не оправдать его; и наоборотъ, не приводя статей, можно утвердить рѣшеніе на основаніяхъ, вполне согласныхъ съ закономъ. Чѣмъ болѣе развита научная система права въ странѣ и чѣмъ болѣе этотъ систематическій элементъ проникаетъ въ судебныя рѣшенія, тѣмъ выше стоитъ уровень правосудія, тѣмъ глубже проходитъ въ жизнь истинное содержаніе закона. На западѣ Европы, особенно въ Германіи, судебныя мѣста весьма часто приводятъ въ рѣшеніяхъ учебники и спеціальныя юридическія изслѣдованія ¹⁾. Къ тому же, въ сущности, сводится и цитованіе прецедентовъ судебной практики, особенно въ Англии. Не слѣдуетъ представлять себѣ эту работу въ такомъ видѣ, будто англійскій судья по каждому дѣлу отправляется въ архивъ и наводитъ тамъ справки съ протоколами прежнихъ судебныхъ рѣшеній, постановленныхъ въ теченіи семи столѣтій. Въ дѣйствительности дѣло это гораздо проще. По каждой отрасли права тамъ существуютъ спеціальныя ученія изслѣдованія, въ которыхъ весь матеріалъ судебной практики, накопившійся по извѣстному предмету, сведенъ въ одно цѣлое, провѣренъ съ общими началами права, очищенъ отъ противорѣчій и развитъ въ строгую научную систему понятій и положеній; подъ каждымъ положеніемъ приведены судебныя рѣшенія, изъ которыхъ оно извлечено; отсюда же беретъ свои прецеденты и судебная практика, такъ что судьи должны только владѣть юридическою литературою, чтобы твердо стоять на практической почвѣ, воздѣланной трудами многихъ вѣковъ. Богатство этой литературы объясняется именно связью ея съ практикою, потому что кабинетному ученому никогда не удастся развить свои теоретическія понятія а priori съ такою глубиною и подробностью, какъ развиваются они въ быту цѣлаго народа, въ разнообразныхъ казусахъ практики. Этотъ міръ явленій для юриста то же самое, что природа для естествоиспытателя: ни одному ботанику не создать такого разнообразія растений, какое онъ находитъ въ природѣ. Возвращаясь къ нашему предмету, мы должны замѣтить, что судебныя рѣшенія, безъ теоретической обработки ихъ, имѣютъ весьма мало практическаго значенія; это — разрозненныя явленія, изъ которыхъ отъ одного нельзя заключать къ другому. Въ цѣлой массѣ ихъ скрывается драгоценный матеріалъ права, но пока онъ не обработанъ, не сведенъ въ систему, пока имъ не овладѣла наука, до тѣхъ поръ это — мертвый капиталъ. На отрывочномъ прецедентѣ нельзя основывать рѣшеній; это приемъ опасный и прямо запрещенный закономъ. Судебныя рѣшенія, говорится въ ст. 69 Осн. Зак., не могутъ служить основаніемъ окончательныхъ рѣшеній по дѣламъ подобнымъ. Ихъ можно приводить въ поясненіе въ мотивахъ, но нельзя считать ихъ закономъ общимъ, для всѣхъ обязательнымъ, именно потому, что каждое изъ нихъ постановлено по частному дѣлу, есть явленіе частное, разрозненное, тогда какъ основаніемъ рѣшеній должны

¹⁾ Этотъ приемъ едва ли можетъ быть одобренъ. Судья долженъ только владѣть теоретическою системою права и руководствоваться ею, но смотрѣть на нее, какъ на научное сознаніе закона и возводить свои рѣшенія къ этому положительному источнику, а не къ произведеніямъ юридической литературы, къ которымъ всегда болѣе или менѣе примѣшивается субъективный элементъ.

служить общія юридическія нормы, общая система права. Законъ дозволяетъ коммерческимъ судамъ, въ тѣхъ случаяхъ, на которые нѣтъ точныхъ и ясныхъ законовъ, принимать въ основаніе торговые обычаи и примѣры рѣшеній, въ томъ же судѣ послѣдовавшихъ и вступившихъ окончательно въ законную силу (Уст. Тор. 1714). Вслѣдствіе большихъ пробѣловъ въ нашемъ торговомъ законодательствѣ, которые, впрочемъ, никогда не могутъ быть устранены вполне, эти основанія—торговые обычаи и прецеденты по торговымъ дѣламъ—играютъ особенно важную роль ¹⁾. Но и о нихъ надобно сказать тоже самое, что о судебныхъ рѣшеніяхъ вообще: только въ общей научной системѣ права, послѣ критической оцѣнки и соображенія ихъ съ началами науки, съ потребностями торговаго быта и общимъ направлениемъ современныхъ торговыхъ законодательствъ, они получаютъ свой смыслъ и опредѣленное юридическое значеніе. Большая часть такъ-называемыхъ торговыхъ обычаевъ состоитъ въ дѣловыхъ приемахъ, въ заведенныхъ порядкахъ дѣлъ и сношеній, въ коммерческой рутинѣ въ хорошемъ смыслѣ этого слова. Таковы заведенные порядки на биржахъ, въ банкахъ, въ страховыхъ, транспортныхъ, желѣзно-дорожныхъ и разныхъ другихъ учрежденіяхъ. Часто эти порядки сталкиваются съ интересами публики, и, когда дѣло дойдетъ до суда, онъ не признаетъ ихъ обязательными. Такъ по крайней мѣрѣ дѣлается это на Западѣ. Наприм., у транспортныхъ конторъ и желѣзно-дорожныхъ компаній иногда заведены такіе порядки, такіе формуляры сдѣлокъ съ отправителями товаровъ, которые освобождали бы ихъ отъ всякой отвѣтственности передъ публикою, еслибы судъ принималъ ихъ въ буквальный смыслѣ. Кромѣ того, торговые обычаи, пока они не фиксированы такъ или иначе,—вещь крайне неопредѣленная. Часто бываетъ, что въ случаѣ спора одна сторона толкуетъ обычай въ свою пользу, а другая въ свою. Онъ получаетъ опредѣленность въ судебномъ рѣшеніи, постановленномъ по выслушаніи обѣихъ сторонъ, по тщательномъ изслѣдованіи дѣла, иногда съ помощью свѣдущихъ лицъ или членовъ изъ купечества, но и въ этой формѣ онъ не имѣетъ большого практическаго значенія. Дѣло въ томъ, что торговые приемы и обыкновенія въ высшей степени разнообразны въ разныхъ отрасляхъ промышленнаго быта. По другому дѣлу, между другими сторонами, судъ найдетъ, можетъ быть, другіе порядки, снова выслушаетъ заинтересованныхъ лицъ и специалистовъ и снова признаетъ существованіе торговаго обыкновенія. Мало того, торговые порядки и обычаи съ теченіемъ времени измѣняются и судъ долженъ быть чутокъ къ этому развитію оборота. Если наука стоитъ въ связи съ практикою, она беретъ этотъ практической матеріалъ обычнаго права, сравниваетъ его съ другими источниками и сводитъ въ одно цѣлое, освѣщаетъ съ этой новой, систематической точки зрѣнія, и такимъ-то путемъ создается система права, въ которой отражаются разнообразныя явленія и потребности практи-

¹⁾ См. о нихъ лекціи по торговому праву Цитовича. Одесса, 1873 г., вып. 1. Срав. Laband, Die Handels-USancen в Zeit. f. Handelsrecht, т. XVII, стр. 466 ff. Report of the Committee on tribunals of commerce, 1871 г. Невѣрное мнѣніе, будто призмѣненіе мѣстныхъ крестьянскихъ обычаевъ не разрѣшено общимъ судамъ; см. въ р. Псковск. О. С. по д. Абрамова. („Суд. В.“ 67 г. № 67).

ческаго міра, но которая сама стоитъ выше этихъ явленій, господствуетъ надъ ними ¹⁾.

Источники мотивовъ для судебныхъ рѣшеній во всякомъ случаѣ являются внѣшними нормами или правилами, которыми судъ руководится при юридической оцѣнкѣ требованій и фактовъ, заявленныхъ тяжущимися. Внутренними основаніями рѣшенія служатъ тѣ факты и условія, на которыхъ утверждаются требованія сторонъ, на которыхъ основывается искъ или защита. Судъ или признаетъ эти факты и условія, или отвергаетъ ихъ и сообразно съ тѣмъ признаетъ или отвергаетъ требованія, на нихъ основанныя. Значеніе этихъ основаній мы рассмотримъ сейчасъ, когда будемъ говорить о законной силѣ судебныхъ рѣшеній.

Третья часть рѣшенія содержитъ въ себѣ заключеніе суда въ отвѣтъ на требованія сторонъ (*tenor sententiae, dispositif*). По состязательному началу процесса (Ср. выше § 74) она стоитъ въ формальной зависимости отъ этихъ требованій; судъ не можетъ выходить за предѣлы ихъ (Уст. 131 и 706), а долженъ или признать или отвергнуть ихъ вполнѣ или отчасти и притомъ съ тѣми именно внутренними основаніями, на которыхъ они утверждаются (72 г. Кас. 66). Въ юридической оцѣнкѣ требованій и фактовъ, въ выборѣ источниковъ для своихъ соображеній, онъ не связанъ заявленіями или доводами тяжущихся (72 г. Кас. 62, д. Максимова, 137, д. Алифановыхъ, 299 и др.), но онъ долженъ обсудить то самое исковое отношеніе, на которомъ основываются требованія сторонъ, и не имѣетъ права измѣнять это основаніе требованій ²⁾; наприм., когда истецъ требуетъ съ отвѣтчика извѣстную сумму на основаніи займа, порученія и т. п., судъ не имѣетъ права разрѣшать это требованіе, какъ искъ о поклажѣ (Уст. 706. 71 г. Кас. 717. 72 г. Кас. 66, 295, 308 и др.). Отсюда слѣдуетъ, что положительное содержаніе этой распорядительной части рѣшенія находится въ прямомъ соответствіи съ искомъ. Судъ можетъ отвѣтить на исковое требованіе отрицательно, именно „оставить искъ безъ разсмотрѣнія“ или „отказать въ искѣ“. Если же онъ признаетъ искъ подлежащимъ удовлетворенію, то диспозитивъ рѣшенія, очевидно, долженъ совпасть вполнѣ или отчасти съ исковымъ требованіемъ. Припоминая представленную нами выше классификацію исковъ (§ 51), мы можемъ вывести а priori различныя виды резолюцій суда. Наприм., на отрицательные иски судъ отвѣчаетъ признаніемъ акта недѣйствительнымъ и необязательнымъ. На положительные иски о правахъ состоянія—признаніемъ этого права; на такіе же иски о вещномъ правѣ или о правѣ на наслѣдство также признаніемъ права (*procipiatio*), а если съ ними связано требованіе о возстановленіи состоянія или о вознагражденіи,—присужденіемъ отвѣтчика къ тому или другому. Личные иски также оканчиваются такимъ присужденіемъ отвѣтчика къ извѣстному дѣйствию или упущенію (*condemnatio*): „обязать отвѣтчика къ тому-то“.

¹⁾ Въ этомъ отношеніи весьма любопытны рѣшенія высшаго торговаго суда Германіи (*Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts, herausg. von den Râthen des Gerichtshofes*), въ которыхъ на каждомъ шагѣ можно замѣтить, что судъ руководствуется наукою права, притомъ разныхъ народовъ. Тутъ и нѣмецкія, и англійскія, и французскія сочиненія, цитаты изъ разныхъ сборниковъ практики и т. д.

²⁾ Побѣдон. § 1047 и слѣд.

3. Неизмѣнность, исправленіе, толкованіе и дополненіе судебных постановленій ¹⁾). Послѣ провозглашенія резолюціи, рѣшеніе становится обязательнымъ для суда, который постановилъ его; онъ не можетъ потомъ ни отмѣнить, ни измѣнить свою резолюцію (Уст. 891): послѣдующее рѣшеніе суда, которымъ бы онъ думалъ отмѣнить свою резолюцію, недѣйствительно *ipso jure* ²⁾). Этотъ принципъ безповоротности судебного рѣшенія такъ тѣсно связанъ съ потребностями порядка въ отправленіи правосудія и служить столь естественною и необходимою гарантіею противъ произвола и злоупотребленій, что мы найдемъ его въ законодательствѣ каждаго сколько-нибудь развитаго народа. Въ римскихъ источникахъ онъ выраженъ съ замѣчательною ясностію и энергіею: „провозгласивъ рѣшеніе,—говоритъ Ульпіанъ ³⁾—судья перестаетъ быть судьей и, хотя бы присудилъ больше или меньше, чѣмъ сколько слѣдовало, не можетъ уже поправить свой приговоръ, потому что—худо ли, хорошо ли—онъ уже кончилъ исполненіе возложенной на него обязанности“. Въ этихъ словахъ, очевидно отражается римское судоустройство—*ordo iudiciorum privatorum*, потому что *iudex privatus*, которому поручалось рѣшить одно опредѣленное дѣло, высказавъ свой приговоръ, дѣйствительно переставалъ быть судьей. Къ частнымъ опредѣленіямъ и распоряженіямъ претора это правило не примѣнялось; они могли быть измѣнены и отмѣнены тѣмъ же преторомъ ⁴⁾). Это различіе вполне понятно. Частныя опредѣленія и распоряженія не рѣшаютъ существа дѣла, они только готовятъ рѣшеніе, обезпечиваютъ его, вліяютъ на ходъ производства, разбираютъ постепенно разные частныя вопросы, возникающіе въ процессѣ. Но когда послѣ всей этой подготовки судъ приступаетъ къ постановленію рѣшенія, не только возможно, но даже полезно и желательно, чтобы онъ приступилъ къ этому заключительному акту процесса безъ всякихъ предубѣжденій, чтобы онъ обсудилъ свободно весь матеріалъ производства, не стѣсняясь прежними опредѣленіями, и въ случаѣ надобности, измѣнилъ ихъ въ своемъ рѣшеніи. Такой взглядъ на дѣло прямо высказанъ въ источникахъ каноническаго права ⁵⁾). Однако въ дальнѣйшей исторіи процесса понятіе о безповоротности судебныхъ рѣшеній распространено было и на нѣкоторыя частныя опредѣленія, такъ наз. *interlocutiones vim definitivae habentes* ⁶⁾). Это явленіе стояло въ

¹⁾ Wetzell, § 51. Renaud, § 157. Heinzerling, Remedur der beim Urtheilserlass unterlaufenen richterlichen Versehen въ *civ. Archiv*, т. 52, стр. 299 ff. Schmitt, *bauer. Pr. II*, § 363—364. Мотивы *Герм. Пр.* 72 г. къ § 274 ff. Ганнов. Уст. § 359 ff. и Мотивы къ нимъ. Побѣдон. § 1118 и слѣд.

²⁾ L. 1 Cod. 7, 50: nec necesse esse ab hujusmodi decreto interponere provocacionem explorati juris est.

³⁾ L. 55 Dig. 42, 1.

⁴⁾ L. 14 Dig. 42 quod jussit vetuitve praetor, contrario imperio tollere et remittere potest; de sententiis contra.

⁵⁾ C. 60, X, 228: Cum cessante causa cesset effectus, statuimus, ut sive iudex ordinarius, sive delegatus aliquid comminando vel interloquendo protulerit, quo executione mandata alter litigantium gravaretur, et sano usus consilio ab hujusmodi interlocutionis vel comminationis effectu destiterit, libere in causae cognitione procedat, non obstante si a tali comminatione vel interlocutione fuerit appellatum.

⁶⁾ О средневѣковой итальянской доктринѣ и новыхъ нѣмецкихъ писателяхъ объ этомъ предметѣ см. у Ветцеля, § 51.

связи съ развитіемъ письменнаго производства, которое естественно распадается на опредѣленные періоды или стадіи, замыкаемыя опредѣленіями суда, для него самого обязательными. И до сихъ поръ сохранилось въ германскомъ процессѣ правило о неизмѣнности тѣхъ частныхъ опредѣленій (*Zwischenurtheile*), которыми судъ разрѣшаетъ, *causa cognita*, какой-нибудь частный вопросъ въ процессѣ; къ этой группѣ не относятся, впрочемъ, такія опредѣленія и распоряженія, которыя имѣютъ значеніе приготовительныхъ или охранительныхъ мѣръ или распоряженій по управленію ходомъ производства (*einfache Decrete, processleitende Verfügungen*); новыя законодательства и проекты Германіи даютъ суду право измѣнять и всѣ прочія частныя опредѣленія въ случаѣ основательнаго протеста (*Gegenvorstellung*) или частной жалобы (*Beschwerde*) заинтересованныхъ лицъ ¹⁾. Во Франціи измѣняемость частныхъ опредѣленій вошла даже въ пословицу: *interlocutoire ne lie point les juges* ²⁾. И точно также по нашему законодательству частныя опредѣленія могутъ быть отмѣняемы и измѣняемы, вслѣдствіе перемѣнившихся обстоятельствъ дѣла, тѣмъ судомъ, которымъ они постановлены (Уст. 891. Уст. Торг. 1730), до тѣхъ поръ пока они не завершены постановленіемъ рѣшенія по существу дѣла (Мог. Гос. Канц. къ ст. 891. 70 г. Кас. 514, 189). Такъ, наприм., судъ отказалъ въ разсмотрѣннн дѣла по неподсудности; этотъ отказъ можетъ быть отмѣненъ впослѣдствіи тѣмъ же судомъ, когда ему будутъ доказаны законныя условія подсудности, наприм. жительство отвѣтчика въ округѣ или участкѣ суда.

Неизмѣнность рѣшенія, какъ и всякое другое понятіе, не слѣдуетъ распространять далѣе разумныхъ границъ. Во-первыхъ, неизмѣнность его относится только къ подлинному рѣшенію суда, а не къ копіямъ; если бы въ копіи оказались какія-нибудь ошибки въ сравненіи съ оригиналомъ, то ничто не мѣшаетъ исправить ихъ ³⁾. Далѣе неизмѣнность рѣшенія имѣетъ цѣлью сдѣлать неприкосновеннымъ самое содержаніе его, т.-е. мысль и волю суда, которыя въ немъ выразились; но это не мѣшаетъ исправленію опісокъ или ошибокъ въ именахъ, числахъ и т. п. ⁴⁾. Такое исправленіе можетъ быть сдѣлано во всякое время какъ по просьбѣ стороны, такъ и по собственному усмотрѣнію суда, и безъ особаго состязанія. Оно должно состоять не въ подчисткѣ и поправкѣ текста, а въ прибавленіи къ нему отмѣтки суда за надлежащею подписью судей. Заинтересованныя лица имѣютъ право жаловаться на такое исправленіе или вмѣстѣ съ апелляціею, или даже отдѣльно отъ нея (72 г. Кас. 542, д. Руккера), потому что самое исправленіе можетъ послѣдовать во всякое время, даже по истеченіи апелляціоннаго срока. Но на отказъ въ исправленіи не можетъ быть принесена особая жалоба ⁵⁾ (Уст. 783), потому что рѣшеніе остается въ этомъ случаѣ тѣмъ же самымъ, какимъ было прежде.

Законъ говорить только о неизмѣнности резолюціи (Уст. 891), въ

¹⁾ Бавар. § 755. Ганнов. § 456. Герм. Пр. 72 г. § 503. Справ. § 274.

²⁾ Poncet I, § 78. Duranton XIII, § 453. Merlin, Repert., v. Chose jugée, § 1. Contra Boitard, т. II, § 690.

³⁾ Heinzerling, стр. 501, прим. 6.

⁴⁾ Побѣдон. § 1124. L. 46 Dig. 42, 1: *Actorum verba emendare, tenore sententiae perseverante, non est prohibitum.*

⁵⁾ Герм. Пр. 72 г. § 275. Прус. 2. О. 1, 14. § 1. Ганнов. § 360. Бавар. § 282. Варт. § 373. Бад. § 1094. Ольд. § 126, 129 ff.

которой не всегда излагаются обстоятельства дѣла. Отсюда, повидимому, слѣдовало бы заключить, что какія-нибудь неправильности, пропуски и противорѣчія въ изложеніи обстоятельствъ дѣла могутъ быть исправляемы судомъ по просьбѣ сторонъ и по выслушаніи ихъ состязанія, до вступленія рѣшенія въ законную силу. Такое право суда дѣйствительно признается новыми законодательствами Европы ¹⁾ съ тѣмъ условіемъ, что это исправленіе исторической части рѣшенія не должно имѣть никакого вліянія на остальные части его. Оно отмѣчается также не въ текстѣ, а внизу рѣшенія за особою подписью судей. При всѣхъ этихъ правилахъ, оно не представляетъ никакой опасности, никакого повода къ развитію судебного произвола, а напротивъ можетъ быть очень полезно для своевременнаго устраненія ошибокъ и сомнѣній короткимъ путемъ. Мы уже замѣтили выше, что изложеніе этой исторической части рѣшенія по нѣкоторымъ законодательствамъ даже поручается стряпчимъ сторонъ подъ надзоромъ предсѣдателя суда. Другая система состоитъ въ томъ, что эта работа поручается самимъ членамъ суда или даже канцеляріи, вліяніе которой трудно вполне устранить. Нѣкоторый контроль сторонъ въ этомъ дѣлѣ, возможность немедленно представить суду возраженія противъ редакціи и разрѣшить ихъ тотчасъ же по объясненіямъ сторонъ, оказывается необходимымъ коррективомъ этой кабинетной или канцелярской работы. Иностранныя законодательства назначаютъ короткій срокъ для заявленія такихъ протестовъ, наприм. по ганноверскому уставу опредѣленъ для того трехдневный срокъ, по германскому проекту—семядневный.

Не менѣе важно право суда дополнять свои рѣшенія. При быстромъ теченіи и окончаніи дѣлъ нерѣдко случается, что судъ пропускаетъ дать въ рѣшеніи отвѣтъ на какое-нибудь требованіе той или другой стороны, оставляетъ его безъ разрѣшенія, тогда какъ онъ обязанъ разсмотрѣть и разрѣшить всѣ предъявленныя ему требованія. Иностранныя законодательства дозволяютъ суду въ этихъ случаяхъ дополнять рѣшеніе по просьбѣ сторонъ и по выслушаніи ихъ словесныхъ объясненій ²⁾. Рѣшеніе въ этихъ случаяхъ есть частное, но постановленное съ намѣреніемъ разрѣшить цѣлое дѣло. Мы уже видѣли, что западно европейскія законодательства вообще допускаютъ постановленіе частныхъ рѣшеній, а потому и въ данномъ случаѣ дополненіе рѣшенія представляется для нихъ дѣломъ совершенно естественнымъ и простымъ. По просьбѣ заинтересованнаго лица, для которой опредѣленъ извѣстный срокъ ³⁾, вызываются обѣ стороны для новаго словеснаго состязанія и постановляется дополнительное рѣшеніе, которое должно быть помѣщено, въ видѣ прибавленія, какъ на подлинникѣ прежняго рѣшенія, такъ и на всѣхъ копіяхъ и исполнительныхъ листахъ, выдаваемыхъ на основаніи его. Напротивъ, дополненіе рѣшеній по особой жалобѣ высшею инстанціею не допускается на Западѣ ⁴⁾, потому что дѣло не подлежитъ разсмотрѣнію по существу въ высшей инстанціи, если оно не было рѣшено въ низшей (Уст. 12). Въ нашемъ Уставѣ не постановлено особыхъ правилъ объ этомъ предметѣ. На практикѣ образовался

1) Ганнов. § 360 Abs. 2. Вирт. § 374. Герм. Пр. 72 г. § 276.

2) Ганнов. § 361. Бавар. § 283 Виртемб. § 375. Герм. Пр. § 277.

3) Срокъ считается со дня сообщенія рѣшенія въ окончательной формѣ (Уст. 714).

По Бавар. Уст. мѣсячный срокъ, по Ганноверскому Уст. и по Герм. Пр.—недѣльный.

4) Герм. Пр., мотивы къ § 277.

такой порядокъ, что апелляціонный судъ рѣшаетъ дѣло сполна, не возвращая его въ низшую инстанцію, хотя бы послѣдняя не постановила рѣшенія по какимъ-нибудь требованіямъ тяжущихся (66 г. Кас. 74. 69 г. Кас. 1012): требованіе не считается новымъ, если оно было предъявлено въ первой инстанціи, хотя бы и осталось неразрѣшнымъ (Уст. 747). Но затѣмъ и въ рѣшеніи апелляціоннаго суда могутъ оказаться такіе же пропуски; онъ можетъ не постановить рѣшенія по всѣмъ требованіямъ тяжущихся. Въ этихъ случаяхъ сенатъ отмѣняетъ рѣшеніе и передаетъ дѣло для новаго разсмотрѣнія въ другой судъ (69 г. Кас. 1068, 864. 72 г. Кас. 528, д. Петрова и др.). Очевидно, что эта процедура гораздо сложнѣе, затруднительнѣе и дорожее, чѣмъ дополненіе рѣшенія въ томъ же судѣ, который постановилъ его. Наприм., по иску о капиталѣ и процентахъ судъ постановилъ рѣшеніе только о капиталѣ; сенатъ отмѣняетъ его и передаетъ дѣло въ другой судъ (72 г. Кас. 528). Но въ такой отмѣнѣ очевидно нѣтъ надобности; нужно только дополненіе рѣшенія. Если судъ ничего не постановилъ о судебныхъ издержкахъ, то и по нашему Уставу онъ долженъ постановить особое дополнительное рѣшеніе въ исполнительномъ порядкѣ (Уст. 916 и слѣд.).

Не устанавливая особыхъ правилъ объ исправленіи и дополненіи рѣшеній, нашъ Уставъ предусматриваетъ возможность сомнѣній и споровъ по поводу темноты, неясности или противорѣчія въ рѣшеніяхъ и даетъ суду право толкованія постановленныхъ имъ рѣшеній¹⁾ (Уст. 962, 964. 67 Кас. 125. 70 г. Кас. 621). Потребность въ немъ тѣмъ болѣе настоятельна, что кассационный судъ не входитъ въ разсмотрѣніе частныхъ жалобъ по спорамъ, возникающимъ при исполненіи рѣшеній (71 г. Кас. 603. 72 г. Кас. 368, д. Бурцевой); самое толкованіе рѣшеній не подлежитъ обжалованію въ кассационномъ порядкѣ (72 г. Кас. 490, д. Рогова), насколько имъ не измѣняется сущность рѣшенія (Уст. 891. 72 г. Кас. 513, д. Иванцаго).

4. Объявленіе рѣшеній въ окончательной формѣ, выдача копій и исполнительныхъ листовъ. Мы уже видѣли, что рѣшеніе въ окончательной формѣ можетъ быть изготовлено немедленно по окончаніи словеснаго состязанія сторонъ и объявлено имъ посредствомъ провозглашенія въ открытомъ засѣданіи суда. Таковъ естественный порядокъ по дѣламъ простымъ, безспорнымъ, основаннымъ на документахъ и т. п. Но по дѣламъ сложнымъ, гдѣ изложеніе обстоятельствъ дѣла и соображеній суда требуетъ времени, особо отъ часовъ судебного засѣданія, занятыхъ разсмотрѣніемъ дѣлага ряда очередныхъ дѣлъ, законъ дозволяетъ суду изготовлять рѣшенія въ окончательной формѣ уже послѣ провозглашенія резолюціи, въ продолженіи опредѣленнаго срока (Уст. 141, 713). Во всякомъ случаѣ, рѣшеніе, изготовленное въ окончательной формѣ, за надлежащею подписью судей и скрѣпою секретаря, должно быть сдано въ канцелярію суда, въ теченіи того же срока, не позднѣе дня назначеннаго тяжущимся вмѣстѣ съ провозглашеніемъ резолюціи (Уст. 139, 704). Начиная съ этого дня, тяжущіеся имѣютъ право читать рѣшеніе въ подлинникѣ въ канцеляріи и получать съ него копіи и выписки со взносомъ канцелярскихъ пошлинъ (Уст. 201, 715, 716, 854—6). Съ этого дня рѣшеніе считаетъ-

¹⁾ Обь Erläuterungsverfahren, см. Ганнов. § 362. Бавар. 283. Виртемб. 375. Ольд. 127. Рим. стат. гл. 27. Финлянд. Улож., гл. 24, § 10 ff.

ся имъ объявленнымъ и начинаются сроки для обжалованія его (Уст. 162, 192, 714, 749, 797). Копіи рѣшенія и выписки изъ него выдаются сторонамъ за подписью предсѣдателя и скрѣпою секретаря ¹⁾ (Уст. 717, 80), съ приложеніемъ судебной печати (Уст. 855). Въ такомъ же порядкѣ сообщаются тяжущимся частныя опредѣленія суда (Уст. 714) и выдаются копіи ихъ (Уст. 715). На основаніи рѣшенія можетъ быть выданъ потомъ исполнительный листъ (Уст. 926 и слѣд.), въ которомъ прописывается самое рѣшеніе съ прибавленіемъ исполнительной надписи (Уст. 927, прил.). Объ этомъ предметѣ мы будемъ говорить подробно въ ученіи объ исполненіи рѣшеній.

5. Законная сила рѣшенія ²⁾ (*Rechtskraft des Urtheils, auctoritas rei judicatae*). Для каждаго спора о правѣ гражданскомъ достаточно одного процесса, въ которомъ бы онъ разрѣшенъ былъ по существу. Размноженіе тяжбъ повлекло бы за собою величайшія затрудненія, особенно если бы рѣшенія ихъ оказались различными ³⁾. Для прочности юридическаго порядка необходимо, чтобы окончательное судебное рѣшеніе частнаго спора имѣло силу закона для того дѣла, по коему оно состоялось (Осн. Зак. 68), чтобы оно навсегда устранило рѣшенный споръ, предупреждая возобновленіе его въ другой разъ ⁴⁾. Открывъ каждому лицу, ищущему защиты права, отвѣчающему противъ иска или иначе участвующему въ дѣлѣ, полную возможность заявить свои требованія и возраженія суду со всѣми законными доказательствами ихъ, обставивъ самое производство дѣлъ всѣми возможными гарантіями правосудія, необходимо затѣмъ связать съ окончательнымъ рѣшеніемъ дѣла предположеніе, что разсмотрѣнный въ законномъ порядкѣ споръ разрѣшенъ правильно, согласно съ истиною (*res judicata pro veritate accipitur*) ⁵⁾. Основанный на этомъ предположеніи авторитетъ судебного рѣшенія, опредѣляющій спорное правоотношеніе и

¹⁾ Иностранныя законодательства обыкновенно не требуютъ подписи предсѣдателя на простыхъ копияхъ рѣшеній (*expédition, Ausfertigung*), довольствуясь подписью секретаря съ приложеніемъ печати суда. *Code de proc.*, art. 138, считаетъ необходимою подпись предсѣдателя только на подлинникѣ рѣшенія. Срав. Бавар. § 289 ff. Ганнов. § 358. Итал. 360. Герм. Пр. 72 г. § 273.—Надобно замѣтить еще, что простые копіи рѣшеній должны быть выдаваемы канцеляріею не только сторонамъ, участвовавшимъ въ дѣлѣ, но и каждому заинтересованному лицу, уже потому одному, что и третьи лица имѣютъ право обжалованія рѣшеній (Уст. 188, 795).

²⁾ Кромѣ литературы, указанной въ началѣ этого §, см. еще соч. *De l'autorité de la chose jugée*, p. Griolet, 1868 г., Bidart 65 г., Delamarre 64 г., Breton 63 г., Bonnet, 62 г., Lagrange, Valette etc. Pothier, т. III, стр. 635 ss. Маркаде, въ пер. Пашенко въ „Ж. М. Ю.“ 60 г., ноябрь. Будзінскій, О силѣ суд. рѣш. 61 г. Миловидовъ, Зак. сила суд. рѣш. 1875 г. Vangerow, *Pand.* § 173. Baron, § 97, Windscheid, § 129 ff. Endemann, *das Princip der Rechtskraft*, 61 г. Krüger, *processualische Consumtion und Rechtskraft des Erkenntnisses* 64 г. Kleinschrod, *idem* 1875 г. Unger, *System des allg. oesterr. Privatrechts*, т. II, § 131 ff. Schäffer, *Rechtskraft der Entscheidungsgründe* въ *Zeit. f. Civilr. und Process*, neue Folge, т. 12. Bolgiano, *ibid.*, т. 21. Бушъ, о томъ же въ *civ. Arch.*, т. 45, стр. 287 ff. Линде, *ibid.* т. 33, 315 ff. Pfeiffer, *ibid.* т. 37, № 4 и 10. Freudentheil, *Rechtskraft gegen Dritte*, *ibid.* т. 42, стр. 84 ff. Binding, о томъ же *ibid.*, т. 47, стр. 259 ff.

³⁾ L. 6 Dig. h. t. (44, 2), Paul.

⁴⁾ Quintil. VII, 6, 4: *bis de eadem re ne sit actio*.

⁵⁾ L. 207 D. 50, 17 (Ulp.).

пресѣкающій возобновленіе рѣшеннаго дѣла, называется законною силою рѣшенія, въ матеріальномъ смыслѣ этого слова (*materielle Rechtskraft*). Таковой авторитетъ соединяется съ судебнымъ рѣшеніемъ, когда дѣло уже совершило свой обыкновенный ходъ въ процессѣ, когда рѣшеніе уже не можетъ быть обжаловано посредствомъ апелляціи или отзыва; въ этотъ моментъ оно вступаетъ въ законную силу, становится окончательнымъ, и самое свойство его, по которому оно не подлежитъ обыкновеннымъ способамъ обжалованія, называется законною силою рѣшенія въ формальномъ смыслѣ слова (*formelle Rechtskraft*).

а) Условія законной силы рѣшеній. Законная сила принадлежитъ только окончательнымъ рѣшеніямъ компетентнаго суда, постановленнымъ съ соблюденіемъ существенныхъ условій процесса и облеченнымъ въ законную форму. Поэтому, наприм., административныя распоряженія, укрѣпляющія гражданское право за какимъ-нибудь лицомъ, не устраняютъ судебного процесса объ этомъ правѣ ¹⁾ (70 г. Кас. 1063. Срав. выше § 4), равно какъ и приговоры волостныхъ сходовъ (69 Кас. 67. Крест. Полож. 78 прим.), распоряженія полиціи, насколько они не замѣняютъ судебныхъ рѣшеній въ исполнительномъ процессѣ по дѣламъ безспорнымъ и насколько самое дѣло еще можетъ быть перенесено въ судъ (X, 2, 24 и слѣд. Полож. о введ. суд. учр. 63 и 67. Прав. 10 марта 69 г., ст. 47. 69 г. Кас. 705. 70 г. Кас. 1347, 1779, 1915), сиротскихъ судовъ, какъ учрежденій опекунскихъ, а не судебныхъ (69 г. Кас. 705, д. Попова. 70 г. Кас. 1101, д. Дорошевской) и т. п. Напротивъ рѣшенія судебныхъ установленій могутъ вступать въ законную силу, будутъ ли то рѣшенія новыхъ, или прежнихъ судовъ (72 г. Кас. 478, д. Щурова, 489, д. Тихуновой) или третейскаго суда, избраннаго сторонами въ законномъ порядкѣ и постановившаго рѣшеніе въ предѣлахъ третейской записи (Уст. 1367 и слѣд., 1369, 1397. 70 г. Кас. 646). Даже рѣшенія иностранныхъ судовъ могутъ получить законную силу въ Имперіи и подлежать исполненію, однако только съ разрѣшенія русскаго суда, который долженъ сначала удостовѣриться въ томъ, что они не заключаютъ въ себѣ распоряженій, противныхъ общественному порядку или недопускаемыхъ законами Россіи ²⁾ (Уст. 1274, 1279). Во всякомъ случаѣ только рѣшенія могутъ вступать въ законную силу, а не частныя опредѣленія или распоряженія (Уст. 891 и слѣд.), хотя бы послѣднія имѣли пресѣкательный характеръ ³⁾, потому что они не разрѣшаютъ спора по существу, не регулируютъ матеріальныхъ правоотношеній и могутъ быть измѣняемы и отмѣняемы тѣмъ

¹⁾ Законное распоряженіе административнаго начальства можетъ служить основаніемъ иска или возраженія, но это не будетъ *executio rei judicatae*.

²⁾ См. объ этомъ Fölix, *tr. du droit int.*, т. II, п. 314 и слѣд. Будзинскій, стр. 15 и слѣд. срав. т. II, стр. 44.

³⁾ Можно говорить о законной ихъ силѣ только въ формальномъ смыслѣ слова, когда за пропускомъ срока или по другимъ причинамъ нельзя уже обжаловать ихъ. Когда судъ отказалъ въ разсмотрѣніи иска или жалобы по существу и затѣмъ снова предъявляется тотъ же искъ безъ устраненія причинъ отказа, то по терминологіи Принца (*Actionenrecht*, § 96) противная сторона имѣетъ *executio denegatae dijudicationis*. Значеніе этого возраженія не велико или, точнѣе говоря, ничтожно, потому что въ каждомъ такомъ случаѣ необходимо снова разсмотрѣть, устранены ли причины отказа или нѣтъ, и постановить затѣмъ новое опредѣленіе.

же судомъ вслѣдствіе перемѣнившихся обстоятельствъ ¹⁾ (Уст. 891, 893). Самое рѣшеніе должно принадлежать суду способному постановить его, т. е. компетентному въ данномъ родѣ дѣлъ; наприм., еслибы мировой судья, разбирая дѣло о возстановленіи нарушеннаго владѣнія, разрѣшилъ при этомъ споръ о правѣ собственности на недвижимое имущество, то эта часть его рѣшенія не могла бы вступить въ законную силу и не мѣшала бы сторонамъ искать въ окружномъ судѣ новаго рѣшенія объ этомъ правѣ: по закону мировой судья не рассматриваетъ этого вопроса (Уст. 73, 31), хотя бы и смотрѣлъ. Способность суда есть одно изъ существенныхъ условій для установленія процессуальнаго отношенія; затѣмъ, какъ извѣстно, есть и другія условія, безъ выполненія коихъ не можетъ установиться дѣйствительное процессуальное отношеніе, а слѣдовательно не можетъ быть постановлено и дѣйствительное рѣшеніе, способное вступить въ законную силу. Напр., если дѣло рѣшено безъ вызова отвѣтчика; такое рѣшеніе будетъ необязательно для него (70 г. Кас. 1284). Недостатокъ такихъ существенныхъ условій долженъ быть доказанъ тѣмъ, кто отвергаетъ силу рѣшенія, потому что съ каждымъ рѣшеніемъ компетентнаго суда соединяется предположеніе законности. Далѣе, рѣшеніе должно быть облечено въ законную форму, т. е. подписано кѣмъ слѣдуетъ, потому что неподписанный актъ нельзя считать дѣйствительнымъ рѣшеніемъ суда ²⁾. Наконецъ, рѣшеніе должно вступить въ формальную законную силу, т. е. стать окончательнымъ, не подлежащимъ ни апелляціи, ни отзыву. Окончательными рѣшеніями считаются: 1) тѣ, противъ коихъ вовсе не допускаются апелляціонныя жалобы, именно рѣшенія мирового судьи по дѣламъ, цѣна которыхъ не превышаетъ 30 руб. (Уст. 156), и рѣшенія коммерческихъ судовъ по дѣламъ цѣною до 3000 руб. въ столицахъ и до 1.500 руб. въ другихъ городахъ, а по взаимному согласію тяжущихся на всякую сумму (Уст. 30. Уст. Торг. 1310, 1428, 1461, 1496); 2) рѣшенія апелляціонныхъ инстанцій, неподлежащія ни отзыву, ни апелляціи (Уст. 184, 892), и 3) всѣ вообще рѣшенія, по которымъ пропущены сроки для подачи отзыва и апелляціи (Уст. 156, 892). Надобно замѣтить впрочемъ, что и такія рѣшенія, вступившія въ законную силу, могутъ еще быть отмѣнены вслѣдствіе чрезвычайныхъ способовъ обжалованія, наприм. въ порядкѣ кассационномъ (Уст. 894 и Мотивы Гос. Канц. къ ст. 892); пока продолжается эта возможность, законная сила рѣшенія еще не установилась окончательно. Только по истеченіи десятилѣтней давности просить объ отмѣнѣ и пересмотрѣ его не дозволяется (Уст. 806) и съ этого времени рѣшеніе вступаетъ, можно сказать, въ окончательную законную силу ³⁾ (X, 2, 633).

¹⁾ По Уставу Торг., исполнимость частныхъ опредѣленій, обязательность ихъ для сторонъ названа законною силою (ст. 1743 и слѣд.).

²⁾ Будзинскій, стр. 14 и 15.

³⁾ Вступленіе рѣшенія въ законную силу есть процессъ своего рода. Уже въ моментъ провозглашенія резолюціи, она становится обязательною для суда (Уст. 891) и можетъ подлежать предварительному исполненію (Уст. 138, 736 и слѣд.). Вотъ почему законъ говоритъ о законной силѣ рѣшенія уже въ этотъ моментъ или даже со времени подписанія резолюціи (X, 2, 632, Уст. 700, 703, 891). *Excerptio rei judicatae* возникаетъ также въ минуту провозглашенія резолюціи, хотя его значеніе весьма ограничено и условно впередъ до истеченія сроковъ для отзыва и апелляціи; до тѣхъ поръ оно

б) Последствія и предѣлы законной силы рѣшенія. Рѣшеніе по существу дѣла, вступившее въ законную силу, опредѣляетъ спорныя правоотношенія сторонъ съ несомнѣнною достовѣрностію и окончательно, насколько вопросъ о нихъ разрѣшенъ въ немъ. Поэтому, если требованіе истца признано въ рѣшеніи правильнымъ и подлежащимъ удовлетворенію, рѣшеніе становится формальною санкціею правъ истца, даетъ ему новое самостоятельное основаніе требовать удовлетворенія съ обвиненнаго отвѣтчика. Истецъ не обязанъ теперь основывать это требованіе на какихъ-нибудь матеріальныхъ способахъ приобрѣтенія, не имѣетъ надобности ссылаться снова на тѣ доводы и доказательства, на тѣ исковыя факты, которые уже приведены имъ и разсмотрѣны въ процессѣ. Онъ можетъ утверждать свое требованіе исключительно на рѣшеніи, какъ на формальномъ его основаніи. Римскіе юристы называютъ это требованіе, вытекающее изъ рѣшенія, *actio iudicati* или *obligatio quae ex causa iudicati descendit, obligatio iudicati* ¹⁾. Послѣ рѣшенія уже нѣтъ болѣе рѣчи о прежнихъ притязаніяхъ истца, они уже фиксированы и опредѣлены въ рѣшеніи, получили новую форму, новое основаніе, хотя разныя принадлежности ихъ, не введенныя въ процессъ и не разрѣшенныя въ немъ, могутъ и послѣ того сохраниться въ своемъ прежнемъ видѣ, наприм., поручительство, залогъ, проценты за просрочку ²⁾ и т. п. Изъ рѣшенія, обвиняющаго отвѣтчика, вытекаетъ право требовать принудительнаго исполненія, а именно прежде всего—выдачи исполнительнаго листа, который служитъ какъ бы паспортомъ въ исполнительную инстанцію (Уст. 926 и слѣд.). — Напротивъ, если рѣшеніемъ оправданъ отвѣтчикъ, если истецъ получилъ отказъ въ искѣ по существу, то его притязанія и домогательства устраняются навсегда, хотя бы и были вполнѣ правильными по своимъ матеріальнымъ основаніямъ. Въ послѣднемъ случаѣ рѣшеніе вступаетъ въ разладъ съ матеріальнымъ строемъ гражданскихъ отношеній, отвергаетъ дѣйствительное право истца, которое по идеѣ правосудія подлежало охраненію суда. Такой разладъ, конечно, не входитъ въ кругъ намѣреній и надеждъ законодателя; однако, какъ явленіе исключительное, онъ неизбѣженъ, потому что судъ разсматриваетъ гражданскія отношенія посредствомъ матеріаловъ, сообщенныхъ ему въ формахъ процесса тяжущимися сторонами, а эти матеріалы иногда оказываются недостаточными по винѣ или небрежности той или другой стороны, или безъ всякой вины, вслѣдствіе случая, наприм. истребленія документовъ пожаромъ и т. п. Какъ бы то ни было, отказъ въ искѣ по существу въ этихъ случаяхъ уничтожаетъ исковое право и затѣмъ уже доброй совѣсти сторонъ предоставляется раздѣляться между собою по справедливости, если онѣ хотятъ ³⁾. Разладъ рѣшенія съ матеріальными осно-

почти совпадаетъ по своему содержанію съ *exemptio litis pendentis* или *exemptio rei in iudicium deductae*.

¹⁾ L. 6 § 3, Dig. 42, 1 (Ulp.): *iudicati actio perpetua est et rei persecutionem continet: item heredi et in heredem competit. L. 4, § 7. Dig. ibid. L. 8, § 3 Dig. 46, 2.*

²⁾ L. 8, § 3, Dig. 46, 1. L. 13, § 4, Dig. 20, 1. L. 3 pr. Dig. 22, 1. Справ. Побѣдонъ § 1139 а прим.

³⁾ Римскіе юристы, повсюду поражающіе насъ глубокимъ сознаниемъ справедливости и стремленіемъ охранить ее, насколько возможно, отъ вреднаго вліянія формы, полагали, что отвѣтчикъ, несправедливо оправданный рѣшеніемъ, остается естественно обязаннымъ въ отношеніи къ истцу, что послѣ такого рѣшенія сохраняется *naturalis obli-*

ваніями правъ можетъ послѣдовать и въ томъ случаѣ, когда судъ признаетъ искъ заслуживающимъ уваженія; отвѣтчикъ, можетъ быть, пренебрегъ защитой, не хотѣлъ или не могъ развить всѣхъ возраженій и доводовъ противъ иска и въ результатѣ истцу присуждено право, котораго онъ не имѣлъ. Какъ въ первомъ случаѣ разлада судебное рѣшеніе служитъ способомъ прекращенія правъ, такъ въ послѣднемъ—способомъ приобрѣтенія или установленія ихъ. Но очевидно—оба эти случая не нормальные; общій принципъ правосудія состоитъ въ томъ, что судебное рѣшеніе должно только разъяснять и укрѣплять существующія гражданскія отношенія, устранять споры и сомнѣнія о правахъ гражданскихъ, признавать эти права и отказывать въ домогательствахъ, несогласныхъ съ правомъ. Во всякомъ случаѣ рѣшеніе по существу дѣла оканчиваетъ разрѣшенный имъ споръ и устраняетъ его навсегда. Еслибы онъ потомъ снова былъ возбужденъ, въ формѣ ли иска, или со стороны защиты въ какомъ-нибудь другомъ процессѣ, то противъ него можно привести возраженіе, что дѣло уже рѣшено и что суженаго пересуживать нельзя (*exceptio rei judicatae*).

Понятно само собою, что законная сила рѣшенія и возраженіе, на ней основанное, имѣютъ свои предѣлы и не могутъ распространяться далѣе того предмета, о которомъ состоялось рѣшеніе, и тѣхъ лицъ, для которыхъ данный процессъ и результаты его должны быть признаны обязательными. Есть предѣлы законной силы объективные, зависящіе отъ предмета процесса, и субъективные, опредѣляющіе кругъ лицъ, связанныхъ рѣшеніемъ.

а) Въ каждомъ процессѣ идетъ дѣло о правѣ гражданскомъ (Уст. 1), о частномъ гражданскомъ правоотношеніи ¹⁾. На немъ сосредоточиваются требованія и доводы сторонъ; оно же служитъ и предметомъ рѣшенія. Требованія сторонъ выводятся изъ этого правоотношенія, какъ послѣдствія изъ основанія. Наприм., истецъ требуетъ себѣ вещь изъ владѣнія отвѣтчика какъ свою собственность, требуетъ денежную сумму, данную взаемъ и т. п. Всѣ такіа требованія, очевидно, сосредоточиваются на матеріальномъ правоотношеніи, на правѣ собственности, на обязательствѣ и т. п. Защита отвѣтчика обыкновенно старается опровергнуть эти требованія, доказать, что право собственности не принадлежитъ истцу, что право по обязательству не приобрѣтено имъ или прекратилось такимъ-то и такимъ способомъ. Истецъ съ своей стороны доказываетъ, что право имъ приобрѣтено такимъ-то способомъ, и отвергаетъ заявленія противника, будто оно прекратилось или потеряно имъ. Мы уже замѣтили выше, что право, изъ котораго истецъ выводитъ свое требованіе, называется и въ разговорномъ языкѣ,

gatio, а потому, если бы отвѣтчикъ добровольно уплатилъ свой долгъ истцу, онъ не въ правѣ востребовать его какъ *indebitum*. *Licet enim absolutus sit, natura tamen debitor permanet* (L. 60 pr. Dig. 12, 6). Однако римскіе юристы не проводили этой идеи строго во всѣхъ ея послѣдствіяхъ; такъ, наприм., послѣ оправданія должника освобождаются залогомъ, *naturalis obligatio* не мѣшаетъ этому, потому что оно не только не предполагается, но на оборотъ законная сила рѣшенія говоритъ противъ этого предположенія, пока должникъ добровольно, по совѣсти, не призналъ своего долга и не выразилъ этого признанія платежемъ. Изъ новыхъ писателей одни допускаютъ, другіе отвергаютъ это *naturalis obligatio*. См. Windscheid и Vangerow l. cit.

¹⁾ Или о нѣсколькихъ правоотношеніяхъ. Мы беремъ здѣсь одинъ элементъ, чтобы упростить анализъ предмета.

и въ теоріи какъ предметомъ, такъ и основаніемъ иска (Ср. выше § 50). И дѣйствительно, есть смыслъ въ томъ и другомъ названіи: положимъ, истецъ требуетъ возвращенія собственной вещи; если эту вещь считать предметомъ его иска, то содержаніе исковаго требованія очевидно будетъ основываться ближайшимъ образомъ на правѣ собственности; это право есть основаніе, по которому онъ требуетъ возврата вещи. Но представимъ себѣ, что это право оспорено отвѣтчикомъ,— истецъ долженъ будетъ привести дальнѣйшія основанія для своего иска, именно доказать фактъ пріобрѣтенія права, а въ случаѣ отрицанія повода къ иску доказать еще и фактъ нарушенія права; эти факты суть основанія, по которымъ онъ требуетъ признанія за собою права собственности, а затѣмъ и возврата вещи; самое же право, признанія котораго онъ требуетъ, служить предметомъ его иска. Тѣ же отѣнки можно замѣтить и въ личныхъ искахъ, только здѣсь еще яснѣе, что настоящимъ предметомъ иска служить самое право по обязательству, а основаніемъ его—фактъ пріобрѣтенія этого права. Также въ отрицательныхъ искахъ: предметомъ ихъ является правоотношеніе, связанное съ какимъ-нибудь актомъ, а основаніемъ иска служить недѣйствительность или порочность акта, вытекающая изъ какихъ-нибудь обстоятельствъ.

Послѣ этихъ предварительныхъ замѣчаній мы можемъ теперь установить общій принципъ, опредѣляющій законную силу рѣшеній съ объективной стороны. Онъ состоитъ въ томъ, что рѣшеніе вступаетъ въ законную силу только въ отношеніи спорнаго предмета, отыскиваемого и оспариваемого на томъ же основаніи (Уст. 895). Оно устраняетъ всякій споръ, въ которомъ оказывается тожество предмета и основанія съ рѣшеннымъ уже дѣломъ¹⁾. Подъ предметомъ здѣсь слѣдуетъ разумѣть какъ вещь, отыскиваемую истцомъ на основаніи вещнаго права, такъ и самое право, о которомъ идетъ споръ. Понятно, что различныя права, наприм., владѣніе и собственность, служатъ и предметами особыхъ исковъ²⁾ и что различныя отдѣльныя вещи можно отыскивать отдѣльными исками, если эти вещи не принадлежатъ къ составу одного права и не объединяются въ немъ, какъ въ дѣломъ. Въ послѣднемъ случаѣ кому отказано въ дѣломъ, тому отказано и въ частяхъ; кто искалъ дѣлага имѣнія и получилъ отказъ въ искѣ, тотъ не можетъ уже отыскивать части этого имѣнія. Тоже самое слѣдуетъ сказать о наследственномъ правѣ, какъ дѣломъ, и о наследственныхъ правахъ на отдѣльныя вещи или цѣнности³⁾. И наоборотъ, отказъ въ искѣ о части, основанный на отрицаніи дѣлага права, можетъ быть равносильенъ отказу въ дѣломъ и въ другихъ частяхъ; наприм., кому

¹⁾ L. 12—14. Dig. 41, 2: *inspiciendum est, an idem corpus sit,—idem jus, eadem causa petendi et eadem condicio personarum.* L. 3, h. t. *quoties eadem quaestio inter easdem personas revocatur.*

²⁾ Поэтому послѣ иска о восстановленіи владѣнія можно предъявить искъ о правѣ собственности на то же имѣніе. L. 14, § 3. Dig. h. t. (Paul.): *si quis interdicto egerit de possessione, postea in rem agens non repellitur per exceptionem, quoniam in interdicto possessio, in actione proprietatis vertitur.*

³⁾ L. 7 pr. Dig. h. t. (Ulp.): *Si quis, cum totum petisset, partem petat, exceptio rei judicatae nocet, nam pars in toto est: eadem enim res accipitur et si pars petatur ejus, quod totum petatum est; nec interest, utrum in corpore hoc quaeratur, an in quantitate, vel in jure et т. д.*

отказано въ искѣ о части наслѣдства на томъ основаніи, что онъ вовсе не наслѣдникъ, тотъ не можетъ уже отыскивать ни цѣлаго наслѣдства, ни отдѣльныхъ наслѣдственныхъ правъ ¹⁾).

Съ другой стороны, понятно, что какъ различныя, такъ и одинаковыя права можно отыскивать отдѣльно, если основанія исковъ различны. Подъ основаніемъ иска мы разумѣемъ прежде всего активное основаніе, т.-е. приобрѣтательные факты, какъ основанія положительныхъ исковъ, недѣйствительность или порочность акта съ причинами ея, какъ основаніе отрицательныхъ исковъ. Если основанія исковъ различны, то и исковыя отношенія, изъ нихъ вытекающія, также будутъ различны и, слѣдовательно, разрѣшеніе одного не касается другаго. Особенно ясно это въ искахъ по обязательствамъ, потому что каждое обязательство есть нѣчто особое, какъ скоро оно вытекаетъ изъ особаго основанія, съ которымъ вообще связана его судьба ²⁾. Иногда это дробленіе чисто формальное; наприм., занимается одна крупная сумма разомъ, но подъ разные векселя или заемныя письма, одно основаніе (фактъ займа) дробится такимъ образомъ на нѣсколько и возникаетъ столько же обязательствъ, сколько есть основаній. По каждому акту обязательства возможенъ отдѣльный искъ. Связь вещнаго права съ основаніями его не отражается такъ рѣзко на индивидуальности права, однако и здѣсь мы должны допустить, что по каждому отдѣльному основанію приобрѣтенія возможенъ особый искъ, насколько это основаніе не рассмотрѣно и не разрѣшено въ прежнемъ процессѣ (Побѣд. § 1134). Это относится не только къ тѣмъ случаямъ, когда новое основаніе возникло уже послѣ рѣшенія, но и къ тѣмъ, когда различныя основанія существовали во время процесса, но искъ предъявленъ по одному основанію и отвергнуть также безъ соображенія другихъ основаній; наприм. кому не удался процессъ по духовному завѣщанію, тотъ можетъ еще отыскивать наслѣдство на основаніи законнаго наслѣдованія; напротивъ, если всѣ одновременныя основанія введены были въ прежній процессъ, то естественно пресѣкается возможность новаго спора по всѣмъ этимъ основаніямъ ³⁾.

Здѣсь мы должны замѣтить одно важное правило. Основанія исковъ надобно отличать отъ доводовъ и дальнѣйшихъ доказательствъ, какія могутъ оказаться нужными для удостовѣренія исковыхъ основаній. Приводя какое-нибудь основаніе иска, истецъ обязанъ подтвердить его всѣми дальнѣйшими доводами, фактами, статьями закона и вообще юридическими соображеніями и, если получить отказъ въ искѣ, не можетъ возобновлять дѣла потому только, что открытъ какой нибудь новый мотивъ, новое доказательство (Уст. 894, 187, 794, 805. 70 г. Кас. 920) или познакомился вновь съ какой-нибудь статьей закона. Точно также отвѣтчикъ, отрицающій искъ, долженъ привести всѣ свои возраженія противъ него и не имѣетъ права возбуждать послѣ окончательнаго

¹⁾ L. 3, 7, § 4. Dig. h. t. (Ulp.).

²⁾ L. 14, § 2. Dig. h. t. (Paul): *singulae obligationes singulas causas sequuntur* (членіе Моммзена).

³⁾ Въ этой формулировкѣ оказывается справедливымъ положеніе римскаго юриста: *cum in rem ago non expressa causa, ex qua rem meam esse dico, omnes causae una petitione adprehenduntur; neque enim amplius quam semel res mea esse potest.* L. 14. § 2. Dig. h. t. (Paul). Толкованіе этого мѣста, какъ извѣстно, весьма спорно. См. литерат. у Виндшейда, § 130, прим. 6.

рѣшенія новый споръ потому только, что онъ желалъ бы теперь опровергнуть рѣшенное дѣло новымъ возраженіемъ (*ibid.* Побѣдон. § 1133). Ни тожество основанія, ни тожество предмета не нарушаются разными модификаціями ¹⁾, доводами и мотивами второстепеннаго свойства ²⁾.

Далѣе, подъ основаніемъ иска можно разумѣть еще поводъ къ иску (пассивное основаніе). Искъ можетъ быть отвергнутъ въ одномъ процессѣ потому, что истецъ не имѣлъ повода къ иску во время *litis contestatio*, наприм. отвѣтчикъ не былъ владѣльцемъ отыскиваемой вещи, не былъ въ просрочкѣ по обязательству за ненаступленіемъ срока и т. п. Впослѣдствіи поводъ къ иску можетъ возникнуть дѣйствительно и не подлежить сомнѣнію, что въ такомъ случаѣ можетъ быть предъявленъ новый искъ. *Exceptio rei judicatae* здѣсь не примѣняется ³⁾ (Побѣд. § 1139). Если же разные поводы, наприм. разные нарушенія договора, существовали во время процесса, то здѣсь надобно смотрѣть, введены ли они всѣ въ этотъ процессъ или нѣтъ, и можно прибавить еще, что разные нарушенія права, когда ликвидируется въ процессѣ какое-нибудь сложное отношеніе между сторонами, обыкновенно приводятся истцомъ въ числѣ мотивовъ и доводовъ, въ этомъ самомъ процессѣ.

Рѣшеніе суда, какъ мы замѣтили выше, есть прямой отвѣтъ только на исковое требованіе. Оно опредѣляетъ непосредственно только исковое правоотношеніе. Но чтобы дойти до этого опредѣленія, судъ разсматриваетъ и разрѣшаетъ разные другіе вопросы, не составляющіе прямаго предмета процесса, а возбуждаемые по поводу его истцомъ или отвѣтчикомъ. Сюда относятся преюдиціальныя вопросы разнаго рода, разрѣшеніе которыхъ предполагается искомъ, какъ необходимое условіе для разрѣшенія его, но которые могутъ быть очень различны отъ него. Наприм., кто-нибудь ищетъ наслѣдства по закону, по поводу этого иска возникаетъ споръ о законности рожденія, который и разрѣшается судомъ въ томъ же процессѣ о наслѣдствѣ; положимъ, истецъ получилъ отказъ въ искѣ, потому что признанъ незаконнорожденнымъ. Рѣшеніе этого послѣдняго вопроса окончательно ли для него, или нѣтъ? Стѣсняется ли оно судъ въ разрѣшенія его по другому иску, о другомъ наслѣдствѣ или особо о правѣ законнаго рожденія? Другой примѣръ: кредиторъ ищетъ процентовъ по заемному письму; судъ отказываетъ въ искѣ о процентахъ, признавая заемное письмо недѣйствительнымъ. Можетъ ли истецъ, не стѣсняясь этимъ преюдиціальнымъ рѣшеніемъ, предъявить искъ о платежѣ капитала по этому письму или о признаніи акта подлиннымъ? Далѣе, для отвѣта на исковое требованіе судъ признаетъ или отвергаетъ разные, иногда весьма отдаленные факты, приводимые истцомъ въ подкрѣпленіе своего требованія. Если эти же факты приведены будутъ потомъ по другому дѣлу въ подтвержденіе или опроверженіе другаго требованія, то связанъ

¹⁾ Любопытный примѣръ такой модификаціи см. въ L. 26 pr. Dig. h. t. (*Afric*): *egi tecum jus mihi esse aedes meas usque ad 10 pedes altius tollere: post ago jus mihi esse usque ad 20 pedes altius tollere: exceptio rei judicatae procul dubio obstat*. Этотъ случай подходитъ подъ правило: кому отказано въ меньшемъ, тому отказано въ большемъ.

²⁾ L. 5 и 25, § 1 Dig. h. t.

³⁾ L. 9, 17 Dig. h. t. *Si rem meam a te petiero, tu autem ideo fueris absolutus quod probaueris sine dolo malo te desisse possidere, deinde postea coeperis possidere et ego a te petam: non nocebit mihi exceptio rei judicatae*.

ли судъ прежнимъ взглядомъ на нихъ, или нѣтъ? Наконецъ, отвѣтчикъ съ своей стороны представляетъ также матеріалъ, подлежащій обсужденію суда для рѣшенія дѣла, его возраженія должны быть признаны правильными или отвергнуты для того, чтобы судъ могъ затѣмъ постановить рѣшеніе объ искѣ. Но нѣкоторыя возраженія, наприм. зачетомъ, могутъ касаться совсѣмъ другихъ отношеній, чѣмъ исковое, введенное въ процессъ, отношеніе. Между тѣмъ по поводу зачета, наприм. въ 500 руб., судъ долженъ будетъ признать или отвергнуть обязательство въ 5,000 руб., предъявленное къ зачету. Рѣшеніе этого вопроса связываетъ ли отвѣтчика и насколько?

Вся эта тема довольно спорна въ наукѣ ¹⁾. По мнѣнію нѣкоторыхъ юристовъ, каждый вопросъ, разрѣшенный въ процессѣ окончательнымъ рѣшеніемъ, не можетъ уже потомъ быть перерѣшаемъ, *quoties eadem quaestio inter eadem personas revocatur* ²⁾. Рѣшеніе его уже преюдицируетъ другимъ рѣшеніямъ, хотя бы и по другому дѣлу. Одинъ новѣйшій писатель изобрѣлъ для этой цѣли даже особое возраженіе—*exceptio praejudicii* ³⁾. Напротивъ, другіе юристы указываютъ на то, что рѣшеніе есть прямой приговоръ только объ исковомъ притязаніи, а не объ исковыхъ фактахъ или преюдиціальныя вопросы. Оно можетъ содержать въ себѣ приговоръ о правѣ и о притязаніяхъ отвѣтчика, но лишь настолько, насколько въ признаніи исковаго права заключается вмѣстѣ съ тѣмъ отрицаніе домогательствъ отвѣтчика, наприм. въ признаніи права собственности за истцомъ отрицаніе того же права за отвѣтчикомъ; напротивъ, рѣшеніе никогда не содержитъ въ себѣ самостоятельнаго приговора о положительныхъ правахъ отвѣтчика ⁴⁾. Поэтому *exceptio rei judicatae* относится только къ исковымъ правамъ и вытекаетъ только изъ рѣшенія объ исковыхъ правахъ, такъ что понятіе о законной силѣ рѣшенія въ матеріальномъ смыслѣ слова не примѣняется къ вопросамъ объ истинности или ложности отдѣльныхъ фактовъ или юридическихъ элементовъ, на коихъ рѣшеніе основано ⁵⁾. Эти ограниченія законной силы рѣшеній приняты и новѣйшимъ проектомъ Уст. Гр. Суд. для Германіи ⁶⁾, въ мотивахъ къ которому развита мысль, что сила рѣшенія не можетъ идти далѣе цѣли отдѣль-

¹⁾ Она называется иногда вопросомъ о законной силѣ основаній рѣшенія (*Rechtskraft der Entscheidungsgründe*), но это не совсѣмъ точное и двусмысленное название. Не подлежитъ сомнѣнію, что соображенія суда, его толкованіе статей закона и проч. не могутъ получить законной силы (71 г. Кас. 465. Побѣд. § 1136—7). Основанія, приводимыя судомъ, суть только средство толкованія рѣшенія (*Schmitt*, § 254). Но съ другой стороны, насколько имъ разрѣшается исковое притязаніе, законная сила рѣшенія не зависитъ отъ внѣшняго мѣста его частей въ актѣ рѣшенія, отъ того, что онѣ помѣщены именно въ заключеніи его, въ *tenor* или *dispositif* (Герм. Пр. § 278). *Kleinschrod*, § 15. Миловидовъ, стр. 23 и слѣд.

²⁾ *Windscheid*, § 130, прим. 19—21, *Savigny*, § 291 ff.

³⁾ *Prinz*, § 98.

⁴⁾ *Unger*, II, стр. 639, 640. *Kleinschrod*, § 14, стр. 172 ff., 177 ff.

⁵⁾ *Wetzell*, § 47, прим. 96 ff.

⁶⁾ Герм. Пр. § 278. Мотивы, стр. 287 ff. *Kleinschrod* стр. 176 ff. Любопытно также одно изъ недавнихъ рѣшеній прусскаго обертрибунала (*Entscheidungen*, 6 Folge 8 Band, № 40, стр. 312. 73 г.), въ которомъ признано, что кто искалъ часть долга и получилъ отказъ въ искѣ на основаніяхъ, касавшихся дѣлага обязательства, не теряетъ права предъявить искъ объ остальной части долга и *res judicata* здѣсь не примѣняется.

наго процесса и намѣреній сторонъ, которыя опредѣлили предметъ своего спора въ просительномъ пунктѣ (*petitum*) и въ данномъ процессѣ ожидаютъ судебного рѣшенія только объ этомъ спорномъ пунктѣ; изъ рѣшенія не должны вытекать такія послѣдствія, которыхъ стороны въ теченіи процесса вовсе не сознавали.

Этотъ послѣдній взглядъ нельзя не признать вполне основательнымъ: рѣшеніемъ опредѣляется то отношеніе, на которомъ сосредоточивается искъ, первоначальный (72 г. Кас. 23, д. Баландовича) или встрѣчный—все равно (72 г. Кас. 24, д. Ланина). Весь остальной матеріалъ процесса обсуживается и фиксируется не какъ самостоятельный предметъ окончательнаго рѣшенія, а только въ разсужденіи этого исковаго отношенія, для установленія разныхъ его моментовъ и сторонъ. Въ этомъ только смыслъ всѣ разрѣшенные судомъ вопросы о фактахъ, возраженіяхъ, преюдиціальныхъ пунктахъ и т. п. считаются окончательно разрѣшенными, т. е. насколько они входятъ въ составъ этого отношенія, какъ его моменты или принадлежности, на нихъ распространяется законная сила рѣшенія. Рѣшеніе относительно требованія, предъявленнаго къ зачету, вступаетъ въ законную силу только въ размѣрѣ послѣдовавшаго зачета. Но еслибы впоследствии оказалось, что зачтенное въ какой-нибудь части требованіе было недѣйствительно, то истецъ можетъ требовать удовлетворенія, котораго не получилъ по своему праву, признанному прежнимъ рѣшеніемъ ¹⁾.

β) Въ субъективномъ отношеніи, законная сила рѣшенія естественно простирается только на тяжущіяся стороны (Уст. 895), на лицъ представляемыхъ (срав. выше § 47 и 48) и преемниковъ ихъ (§ 49). Для всѣхъ прочихъ лицъ процессъ, разрѣшенный безъ участія ихъ, есть *res inter alios acta* и не можетъ вредить имъ ²⁾—(71 г. Кас. 185, д. Литвинова и др.). Подъ тяжущимися сторонами слѣдуетъ здѣсь разумѣть не только главныя стороны, но и третіихъ лицъ, вступившихъ въ дѣло или привлеченныхъ къ дѣлу (§ 40—43), но не представителей: лицо проигравшее процессъ въ качествѣ повѣреннаго, опекуна или попечителя, можетъ потомъ начать новое дѣло отъ своего лица и въ своемъ собственномъ интересѣ, потому что эта новая роль его будетъ совершенно различна въ сравненіи съ прежнею; представитель дѣйствуетъ за другое лицо, а начиная процессъ о собственныхъ правахъ, онъ дѣйствуетъ за свое лицо ³⁾.

Что касается лицъ представляемыхъ, то здѣсь разумются всѣ лица, имѣвшія въ дѣлѣ добровольныхъ или законныхъ представителей.

¹⁾ И этотъ вопросъ о силѣ рѣшеній относительно зачета разрѣшается различно. Римскіе юристы различали два случая: когда въ зачетѣ отказано только по недозволенности зачета, или же когда самое требованіе, предъявленное къ зачету, признано неправильнымъ; въ послѣднемъ случаѣ примѣняется *exceptio rei judicatae* (L. 8 § 2. Dig. 3, 5. L. 18 § 4. Dig. 13, 6. L. 7 § 1. Dig. 16, 2. L. 1 § 4. Dig. 27, 4). Изъ новыхъ писателей нѣкоторые высказываются противъ законной силы рѣшенія о зачетѣ во всякомъ случаѣ, за исключеніемъ только того, когда зачетъ предъявленъ въ формѣ встрѣчнаго иска (Prinz, стр. 289). Въ нашемъ текстѣ принято правило новаго германскаго проекта Уст. Гр. Суд. § 278.

²⁾ L. 2 Cod. 7, 56: *res inter alios judicatae neque emolumentum afferre his, qui non iudicio interfuerunt, neque praejudicium solent irrogare.* L. 3, 22, 29. Dig. h. t.

³⁾ Code Napol. 1351: *il faut que la demande soit entre les mêmes parties et formée par elles et contre elles en la même qualité.*

Кромѣ того, сюда же можно отнести нѣкоторые случаи рефлективнаго дѣйствія судебныхъ рѣшеній. Такъ, наприм., рѣшеніе о правѣ законнаго рожденія, постановленное въ дѣлѣ съ главою семейства, обязательно и для всѣхъ прочихъ членовъ семьи (Уст. 1352, 1353 arg.), потому что глава семейства есть *legitimus contra lictor* по такимъ дѣламъ (Уст. 1348), какъ бы представитель интересовъ цѣлаго рода ¹⁾. Далѣе, есть случаи, гдѣ судебное рѣшеніе приноситъ пользу третьимъ лицамъ, не участвовавшимъ въ дѣлѣ, отражаясь на ихъ интересахъ въ видѣ рефлекса. Такъ, если изъ нѣсколькихъ соучастниковъ въ общемъ правѣ или обязательствѣ только одинъ соучастникъ ведетъ дѣло, не имѣя довѣренности отъ другихъ, то по общему правилу онъ есть *legitimus contradictor* только *pro sua parte* и рѣшеніе, поставленное въ пользу или противъ его, не можетъ приносить ни пользы, ни вреда для остальныхъ соучастниковъ. Но если право, имъ защищаемое, относилось къ обязательству корреадному или недѣлимому или къ нераздѣльному сервитуту въ общемъ имѣніи, то рѣшеніе, постановленное въ пользу его, естественно должно отразиться на выгодахъ остальныхъ соучастниковъ. Что же касается рѣшеній противъ одного изъ соучастниковъ, то по общему правилу они не должны вредить остальнымъ, если товарищъ ихъ дѣйствовалъ безъ уполномочія съ ихъ стороны, потому что иначе это было бы противно принципу: *ne inauditus condemnetur* ²⁾. Однако есть случаи, гдѣ исполненіе обвинительнаго рѣшенія необходимо затронетъ и прочихъ соучастниковъ, наприм. когда присуждено право прохода черезъ общее имѣніе. Въ такихъ случаяхъ нѣкоторые юристы считаютъ рѣшеніе обязательнымъ для всѣхъ сохозяевъ имѣнія ³⁾, другіе отвергаютъ эту обязательность ⁴⁾. Намъ кажется, совладѣльцы, неучаствовавшіе въ дѣлѣ, могутъ въ этомъ случаѣ просить объ отмѣнѣ рѣшенія ⁵⁾ (Уст. 795).

Наконецъ, законная сила рѣшенія распространяется и на преемниковъ каждой стороны, какъ общихъ (X, 1, 1258, 1259), такъ и частныхъ, если послѣдніе приобрѣли спорное имущество отъ сторонъ послѣ начатія процесса ⁶⁾ (X, 1, 1392), но не ранѣе того (Ср. выше §

1) Сюда же относится по нѣкоторымъ законодательствамъ обязательность для легатаріевъ судебного рѣшенія о недѣйствительности духовнаго завѣщанія по дѣлу между наследниками по закону и по завѣщанію. Обязательность эта основывается на томъ, что по отношенію къ легатаріямъ существуетъ здѣсь *eadem vel major vincendi ratio* и что наследникъ по завѣщанію, какъ лицо наиболѣе заинтересованное въ сохраненіи его есть *legitimus contradictor* по такому дѣлу. Обязательность эта зависитъ отъ нѣкоторыхъ условий, наприм. наследникъ по завѣщанію долженъ потерять процессъ *non ob suam contumaciam et culpam* или *ex facto suo* (Schmitt, Bayer. Pr. I, § 253). Срав., впрочемъ, Prinz, § 93, по завѣщанію котораго наследникъ въ случаѣ иска о выполненіи легата можетъ основывать свое возраженіе не на *res inter alios iudicata*, а на недѣйствительности завѣщанія.

2) Schmitt, l. cit. Windscheid, § 132, прим. 5. Будзинскій, стр. 27.

3) Savigny, § 301, прим. ii (за исключеніемъ рѣшеній о *servitus oneris ferendi*). Baron, Gesamtrechtsverhältnisse, стр. 160 ff. Toulier, X, § 207.

4) Windscheid, l. cit.

5) Pothier, III, стр. 675. Будзинскій, стр. 28. Ср. т. II, § 123.

6) Бавар. Уст. § 179, 493. Schmitt, т. I, стр. 696.

49 и стр. 375). Если бы они приобрѣли его ранѣе, то дѣло прежняго владѣльца было бы для нихъ чужимъ дѣломъ (*res inter alios iudicata*) и рѣшеніе его—для нихъ необязательнымъ; поэтому они не могли бы просить и объ отмѣнѣ такого рѣшенія въ качествѣ третьихъ лицъ, неучаствовавшихъ въ дѣлѣ ¹⁾ (70 г. Кас. 1401, д. Арцыбашевой. Срав. выше, § 62, стр. 287 б.).

¹⁾ Еще нѣкоторые дополненія: Къ стр. 25, прим. 1: *Vazille dissert. sur la proc. admin.* 1875 г.—Къ стр. 51, пр. 2: *Oudemann* 4 изд. 1875 г.—Къ той же стр., пр. 5: *Cuzzeri, il codice di proc. civ. illustrato*, 1875 г.—Къ стр. 89, пр. 1: Франц. переводъ *Ribot*, 1874 г. и въ *Annuaire de la société de lég. comparée*. Англ. изд. *Haynes* съ коммент. 1874 г. *Chute, Equity under the judicature Act*, съ приложен. самаго акта, 1875 г.—Къ стр. 214, прим. 4: Срав. *la nuova legge sugli avvocati e procuratori*, 8 giugno 1874 г.—Къ стр. 223, пр. 2 въ концѣ: вмѣсто легализовали слѣдуетъ читать: легализрованы.—Къ стр. 290, пр. 1: *Bähr Urkundenbeweis* въ *Jahrb. f. Dogm.* т. 14.—Къ стр. 335, пр. 1: *Harrasowsky, die Vorbereitung der mündl. Verhandlung*, 1875 г.

