



Тем, что эта книга дошла до Вас, мы обязаны в первую очередь библиотекарям, которые долгие годы бережно хранили её. Сотрудники Google оцифровали её в рамках проекта, цель которого – сделать книги со всего мира доступными через Интернет.

Эта книга находится в общественном достоянии. В общих чертах, юридически, книга передаётся в общественное достояние, когда истекает срок действия имущественных авторских прав на неё, а также если правообладатель сам передал её в общественное достояние или не заявил на неё авторских прав. Такие книги – это ключ к прошлому, к сокровищам нашей истории и культуры, и к знаниям, которые зачастую нигде больше не найдёшь.

В этой цифровой копии мы оставили без изменений все рукописные пометки, которые были в оригинальном издании. Пускай они будут напоминанием о всех тех руках, через которые прошла эта книга – автора, издателя, библиотекаря и предыдущих читателей – чтобы наконец попасть в Ваши.

Правила пользования

Мы гордимся нашим сотрудничеством с библиотеками, в рамках которого мы оцифровываем книги в общественном достоянии и делаем их доступными для всех. Эти книги принадлежат всему человечеству, а мы – лишь их хранители. Тем не менее, оцифровка книг и поддержка этого проекта стоят немало, и поэтому, чтобы и в дальнейшем предоставлять этот ресурс, мы предприняли некоторые меры, чтобы предотвратить коммерческое использование этих книг. Одна из них – это технические ограничения на автоматические запросы.

Мы также просим Вас:

- **Не использовать файлы в коммерческих целях.** Мы разработали программу Поиска по книгам Google для всех пользователей, поэтому, пожалуйста, используйте эти файлы только в личных, некоммерческих целях.
- **Не отправлять автоматические запросы.** Не отправляйте в систему Google автоматические запросы любого рода. Если Вам требуется доступ к большим объёмам текстов для исследований в области машинного перевода, оптического распознавания текста, или в других похожих целях, свяжитесь с нами. Для этих целей мы настоятельно рекомендуем использовать исключительно материалы в общественном достоянии.
- **Не удалять логотипы и другие атрибуты Google из файлов.** Изображения в каждом файле помечены логотипами Google для того, чтобы рассказать читателям о нашем проекте и помочь им найти дополнительные материалы. Не удаляйте их.
- **Соблюдать законы Вашей и других стран.** В конечном итоге, именно Вы несёте полную ответственность за Ваши действия – поэтому, пожалуйста, убедитесь, что Вы не нарушаете соответствующие законы Вашей или других стран. Имейте в виду, что даже если книга более не находится под защитой авторских прав в США, то это ещё совсем не значит, что её можно распространять в других странах. К сожалению, законодательство в сфере интеллектуальной собственности очень разнообразно, и не существует универсального способа определить, как разрешено использовать книгу в конкретной стране. Не рассчитывайте на то, что если книга появилась в поиске по книгам Google, то её можно использовать где и как угодно. Наказание за нарушение авторских прав может оказаться очень серьёзным.

О программе

Наша миссия – организовать информацию во всём мире и сделать её доступной и полезной для всех. Поиск по книгам Google помогает пользователям найти книги со всего света, а авторам и издателям – новых читателей. Чтобы произвести поиск по этой книге в полнотекстовом режиме, откройте страницу <http://books.google.com>.

5

GE

A 7

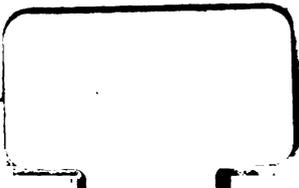
Azarevich, D.

Sudoustroistro i ...



HARVARD LAW LIBRARY

Received JUL 2 1931



Władysław

Władysław Piechowski
N 212
Biblioteka.

1169

ДМИТРИЙ АЗАРЕВИЧЪ.

Władysław Piechowski
N 212.
Biblioteka.

СУДОУСТРОЙСТВО И СУДОПРОИЗВОДСТВО

ПО

ГРАЖДАНСКИМЪ ДѢЛАМЪ.

УНИВЕРСИТЕТСКИЙ КУРСЪ.

Томъ I.

ВЫПУСКЪ ПЕРВЫЙ.

ВВЕДЕНИЕ.

Storage
RUS
991
ALA

ВАРШАВА.

Въ Типографіи Маріи Земкевичъ.

Краковское-Предмѣстье N. 17.

1891.

Печатано по опредѣленію Совѣта ИМПЕРАТОРСКАГО
Варшавскаго Университета.

Ректоръ **И. Щелковъ.**

JUL 2 1931

ПРЕДИСЛОВІЕ.

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

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

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

Д. Азаревичъ.

Варшава 31 Марта 1891 г.

ОГЛАВЛЕНИЕ.

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

Введение.

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

Гражданскій процессъ.

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

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

Основные начала гражданского процесса.

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

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

Источники процессуального права.

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

Гражданские процессуальные обычаи.—Судебный обычай.—Кассационныя рѣшенія. — Административныя правила. Наказы стр. 93—99

Теоретическое изученіе процесса стр. 99—100

Мѣсто, задача и элементы гражданского процессуального права.—Элементъ историческій. — Элементъ сравнительный.—Элементъ практической.—Элементъ критическій стр. 100—105

Система науки гражданского права . . . стр. 105—107

ИСТОЧНИКИ.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Gerichtsverfassungsgesetz und Civilprozessordnung 1877 г. ²⁾).

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

ПОСОБІЯ.

Поблдоносцевъ. Судебное Руководство 1872 г.

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

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

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

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

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

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

Неогонченны:

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

Малининъ. Теорія гражданскаго процесса. I вып. 1881.

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

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

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

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

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

Garsonnet. Précis de procédure civile 1885.

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

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

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

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

Wetzell. System des ordentlichen Civilprocesses 3 Aufl. 1878.

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

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

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

Fitting. Der Reichscivilprozess 7 Aufl. 1890.

Schelling. Lehrbuch des deutschen Civilprocesses 1880.

Bar. Das deutsch. Civilprocessrecht 1882.

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

Hellmann. Lehrbuch des deutschen Civilprocessrechts 1885.

Wach. Handbuch des deutschen Civilprozessrechts 1 Bd. 1885.

Planck. Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts 1 Bd. 1887.

Kohler. Prolegomena zu einem System des Civilprocesses 1888.

Menger. System des oesterreichischen Civilprocessrechts 1 Bd. 1876.

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

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

Canstein. Das Civilprozessrecht 1885, 1889.

Ullmann. Das oesterreichische Zivilprozessrecht 1885 ¹⁾.

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

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

Gargiulo. Corso elementare di diritto giudiziario civile 1888.

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

Rüttimann. Der englische Civil-Process 1851.

Schuster. Die bürgerliche Rechtspflege Englands 1887.

Roscoe. Outlines of civil procedure 1876.

Lawson. Rights, remedies, and practice at law, in equity, and under the codes: a treatise on American law in civil causes; with a digest of illustrative cases 1890¹⁾.

Періодическія изданія:

Журналъ гражданскаго и уголовного права.

Юридическій Вѣстникъ.

Юридическая Лѣтопись.

Судебная Газета.

Gazeta sądowa warszawska.

Gazette des tribunaux.

La France judiciaire.

Jurisprudence générale.

Archiv für civilistische Praxis.

Zeitschrift für deutschen Civilprozess.

Allgemeine oesterreichische Gerichtszeitung.

Archivio giuridico.

The law times.

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

ВВЕДЕНИЕ.

Судебная власть.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

²⁾ *Potestas judiciaria suprema s. sublimis.*

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

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

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

⁶⁾ *L'administration de la justice; Justizverwaltung.*

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

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

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

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

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

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

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

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

⁵⁾ *Suliotis. Le droit naturel* 1888 p. 621, 622.

⁶⁾ *Gaupp. D. Civilprozessordn.* 1 p. 4 и n. 11.

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

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

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

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

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

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

¹⁾ *Sarwey. cit. p. 13.*

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

ГРАЖДАНСКІЙ ПРОЦЕССЪ.

П О Н Я Т І Е.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Для разрѣшенія споровъ по гражданскимъ правамъ открыто нѣсколько путей.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Jurisdictio, отъ *jus dicere, declarare*, употребляется

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

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

³⁾ Ученіе о третейскомъ судѣ см. ниже.

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

⁵⁾ L. 25 § 2 D. 9, 2.

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

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

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

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

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

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

³⁾ *Малышевъ*. Курьезъ 1 стр. 19; *Garsonnet. Précis* p. 8.

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

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

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

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

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

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

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

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

Для отправленія такой функціи государство имѣетъ суды, т. е. такіе органы государственной власти, на которыхъ возложена задача давать рѣшенія объ осуществляемыхъ частныхъ правахъ. При этомъ способъ, которымъ суды отправляютъ свою дѣятельность и дѣйствія сторонъ передъ судомъ подчинены опредѣленнымъ формамъ, правиламъ. Поэтому изъ понятія гражданскаго процесса исключается улаживаніе спорныхъ дѣлъ чрезъ третейскихъ судей. Третейскій судья (*arbitr*) устанавливается самими сторонами, а не государствомъ, по взаимному соглашенію сторонъ (*compromissum*) и сторонъ съ судьей (*receptum sc. arbitrium*) ¹⁾, а самое производство есть только выполненіе этого частнаго соглашенія, а за всѣмъ тѣмъ оно не подчинено какимъ либо опредѣленнымъ формамъ. Какъ гражданскую сдѣлку въ наукѣ третейскій судъ, въ главномъ его ученіи, относятъ обыкновенно къ гражданскому праву ²⁾. Въ законодательствахъ же даютъ о немъ болѣе или менѣе подробныя положенія въ процессуальныхъ кодексахъ.

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁾ *Planck. Civilproz.* p. 193.

²⁾ *Hellmann. Civilproz.* p. 2.

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

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

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

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

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

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

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

⁵⁾ Ср. *Planck. Lehrb.* p. 199.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

По инымъ основаніямъ устанавливается особенное производство для опредѣленныхъ только дѣлъ. Въ нашемъ Уставѣ рядомъ съ общимъ порядкомъ гражданского судопроизводства указаны слѣдующія изыятія изъ него: дѣла казеннаго управленія (ст. 1282 — 1315), дѣла о взысканіи вознагражденія за вредъ и убытки, причиненные распоряженіями должностныхъ лицъ (ст. 1316 — 1336), дѣла брачныя и о законности рожденія (ст. 1337 — 1356⁶⁾), прими-

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

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

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

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

⁵⁾ См. *Renard*. Lehrbuch § 1.

рительное разбирательство (ст. 1357 — 1400). Не упомянуто здѣсь производство по дѣламъ о несостоятельности.

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

16 B
Гражданскій процессъ какъ правоотношеніе. — Гражданскій процессъ, имѣя своимъ назначеніемъ установленіе и принудительное проведеніе гражданскаго права, выражается въ дѣйствіяхъ частныхъ лицъ и государственныхъ органовъ, суда. Эти дѣйствія (поступки, мѣры, упущенія) имѣютъ правовыми послѣдствіями установленіе, измѣненіе, уничтоженіе правъ сторонъ. Поэтому каждый отдѣльный гражданскій процессъ представляется правоотношеніемъ, т. е. будетъ правовымъ порядкомъ установленное отношеніе, въ которое вступаютъ частныя лица къ суду и между собою съ цѣлью установить и провести гражданскія права. Устанавливающими это правоотношеніе обстоятельствами будутъ процессуальныя событія, дѣйствія, упущенія. Содержаніемъ его будутъ права и обязанности процессуальной природы, т. е. касательно дѣйствій, которыя готовятъ и выполняютъ разрѣшеніе правового спора. Конечная цѣль его — осуществленіе субъективнаго гражданскаго права. По составу правоотношеніе это сложное; оно обнимаетъ собою много другихъ правоотношеній вызванныхъ къ жизни отдѣльными процессуальными актами.

Впервые Бюловъ опредѣлилъ процессъ, какъ „послѣдовательно, шагъ за шагомъ, развивающееся правоотношеніе“ (*Bilow. Lehre v. d. Prozesseinreden u. Prozessvoraussetzungen* p. 1—9 и p. 285—296; *Bilow* въ *Archiv f. d. civ. Praxis* Bd. 62 p. 14 sq.). Приэтомъ онъ же установилъ и понятіе единства этого правоотношенія (см. также, напр., *Canstein. Lehrbuch* 1 p. 4 sq; *Wash. Handbuch* p. 34 — 37). Согласно этому взгляду данное правоотношеніе, въ своемъ развитіи, создаетъ лишь новыя притязанія, подобно тому, какъ, напр., изъ единаго отношенія по товариществу рождаются разнообразныя требованія (*Plösz. Beiträge zur Theorie des Klagerechts* 1880 p. 6 n.). — Но другіе процессуалисты полагаютъ, что процессъ не есть какое либо единое правоотношеніе,

а есть скорѣе цѣлая цѣпь отдѣльных правоотношеній, которыя слѣдуютъ другъ за другомъ, не сливаясь въ одно юридическое цѣлое, такъ что взаимно они связаны лишь фактически, въ силу фактическаго единства цѣли (см., напр., *Menger. System d. oesterr. Civilpr.* 1 p. 292, 293; *Planck. Lehrbuch* p. 205 sq.). Но именно это единство цѣли и даетъ этимъ правовымъ отношеніямъ печать единства (*Wach. Handb.* p. 36). Отдѣльныя процессуальныя дѣйствія и устанавливаемые ими правоотношенія направлены на одинъ и тотъ же начатый процессъ и каждый изъ этихъ актовъ служить ему лишь предположеніемъ (см. *Kohler. Der Prozess als Rechtsverhältniss* 1888 p. 2—6). — За такую множественность правоотношеній въ процессѣ высказывается большинство современныхъ процессуалистовъ.

Противъ того, что процессъ есть правоотношеніе не только между сторонами, но и между сторонами и судомъ, иногда высказываютъ такое соображеніе: всякое участіе въ правоотношеніи опредѣляется какимъ нибудь интересомъ, а такового судья имѣть въ процессѣ не можетъ, слѣдовательно онъ долженъ стоять внѣ какого либо правоотношенія къ сторонамъ (*Kohler cit.* p. 6 sq.). Но вѣдь, съ другой стороны, изъ различныхъ отношеній лишь всѣхъ трехъ участниковъ, — истца, отвѣтника и суда, — выступаютъ различныя стороны процессуальнаго правоотношенія. Для него имѣютъ значеніе не только акты сторонъ, но и акты суда (*Wach. Handbuch* p. 39).

Публичная и частная природа гражданскаго процесса. —

Гражданское процессуальное право сопрягается съ областью и государственнаго права, и гражданскаго права. Выражаясь въ дѣятельности государственной власти на пользу гражданскаго права, предполагаемаго нарушеннымъ, гражданскій процессъ, съ этой стороны, отличается публичнымъ характеромъ. Само гражданское процессуальное право обнимаетъ правовыя начала, опредѣляющія свойство и дѣятельность образованныхъ для отправленія гражданской юрисдикціи органовъ государства, судовъ, — и потому представляетъ часть публичнаго права ¹⁾. Слѣдовательно, отношеніе суда, какъ

¹⁾ *Savigny. System* 1 p. 26 sq.

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

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

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

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

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

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

²⁾ *Bolzano.* *Handb.* p. 34 n. 5.

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

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

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

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

²⁾ *Planck. Lehrb.* 1 p. 18.

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

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

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

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

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

¹⁾ *Hellmann. Civilpr. p. 6, 7.*

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

³⁾ *Garsonnet. Traité 2 p. 15, 16.*

⁴⁾ *Canstein. Lehrb. p. 4, 5.*

⁵⁾ См. ниже о диспозитивномъ характерѣ частныхъ правъ.

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

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

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

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

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

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

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

Итакъ хорошій гражданскій судъ составляетъ существенную потребность всякаго общества.

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

¹⁾ *Ihering. D. Zweck* 1 p. 373.

²⁾ Записка Государств. Канцеляріи стр. 30.

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

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

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

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

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

²⁾ *Wach*. Handbuch p. 118, 119.

³⁾ *Planck*. Lehrbuch 1 p. 17.

⁴⁾ По нѣмцки Anspruch.

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

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

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

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

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

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

²⁾ См. выше о самооборонѣ стр. 13.

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

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

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

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

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

Доказательства со стороны предъявленія средствъ къ убѣжде-

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

²⁾ *Plösz. Beiträge* p. 14.

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

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

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

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

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

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

²⁾ Только коммерческіе суды не отправляютъ каратель-

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2 Форма производства.

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

Судья предстоитъ покончить споръ о правѣ постановленіемъ рѣшенія послѣ предварительнаго ознакомленія съ сущностью дѣла. Къ этому же закономъ можетъ быть открытъ ему двоякій путь:

- 1) Законъ можетъ уполномочить судью на то, чтобы онъ предпринималъ по собственному побужденію и усмотрѣнію все то, что онъ будетъ считать необходимымъ для раскрытія дѣла; на примѣръ, по собственному усмотрѣнію вызывать свидѣтелей и выслушивать ихъ.
- 2) Законъ можетъ, въ этомъ отношеніи, поставить судью въ зависимость отъ спорящихъ сторонъ. Законъ можетъ установить, что судья долженъ черпать свои свѣдѣнія и составлять свое убѣжденіе только изъ матеріала, который ему представляютъ сами стороны.

Первая система называется слѣдственнымъ (розыскнымъ, in-

¹⁾ Adhäsionsprocess. См. ниже.

²⁾ Уст. угол. суд. ст. 19.

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

quisitorial) принципомъ (Untersuchungsmaxime или Officialprinzip), вторая — состязательнымъ ¹⁾ (contradictoire) принципомъ (Verhandlungsmaxime или = prinzip) ²⁾.

Состязательная система въ общемъ выражается въ томъ, что судья занимаетъ къ заинтересованнымъ въ спорѣ такъ сказать пассивное положеніе. Онъ не выступаетъ по обязанности (ex officio), но предполагается, что заинтересованные сами должны заботиться объ охраненіи и защитѣ своихъ правъ (vigilantibus jura sunt scripta).

Такое отношеніе судьи къ гражданскому спору ведетъ къ слѣдующимъ выводамъ:

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

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

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

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

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

⁴⁾ *Bar. D. deutsch. Civilpr.* p. 6.

ne eat ultra petita partium т. е. судья не может признать за истцомъ ббльшаго, чбмъ значится въ искомомъ прошеніи, но судья можетъ признать меньшее какъ заключающееся въ ббльшемъ. Поэтому нельзя безъ просьбы присудить плоды, проценты, судебныя издержки. Не имбеть права судья также присудить чего либо иного кромбъ прбсимаго, или на основаніи возраженія отвбтчика присудить истца ¹⁾).

3) Судья не долженъ брать во вниманіе чего либо не предьявленнаго въ процессб, хотя бы лично ему и извбстнаго: quod non in actis, non in mundo. Онъ долженъ при постановленіи рбшенія основываться лишь на матеріалб данномъ сторонами, т. е. долженъ судить secundum allegata et probata, а не secundum conscientiam, не на евоемъ случайномъ знакомствб съ обстоятельствами дбла. Только правовыя начала судья примбняетъ по обязанности ²⁾).

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

¹⁾ Объ изыятіяхъ при т. наз. *judicia duplicia* см. ниже.

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

³⁾ *Bolgiuno. Handbuch p. 44, 45.*

⁴⁾ *Dispositionsbefugniss*. См. *Heidenfeld. Die Dispositionsbefugnisse der Parteien im Civilprozess 1868.*—Въ нбмецкой литературб слово „Dispositionsbefugniss“ употребляется обыкновенно въ томъ же смыслб что и слово „Verhandlungsmacht“, но иногда подъ послбднимъ разумбютъ обратную сторону перваго, т. е. вытекающее изъ права распоряженія несеніе сторонами послбдствій ихъ процессуальныхъ актовъ. См. у *Schneider. Ueber richterl. Ermittlung 1888 p. 19.*

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

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

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

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

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

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

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

⁴⁾ *Wach*. Vorträge p. 149.

⁵⁾ *Bar*. D. deutsch. Civilpr. 2, 3.

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

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

Поэтому всему состязательность гражданскаго процесса слѣдуетъ понимать такъ, что отъ сторонъ зависитъ такое или иное установленіе притязанія въ процессѣ, но отданное, въ этомъ видѣ, на разсмотрѣніе притязаніе находится уже на попеченіи суда, т. е. судъ долженъ примѣнить всѣ усилія для рѣшенія дѣла согласно дѣйствительности, и поэтому его усмотрѣнію долженъ быть открытъ самый широкій путь ⁴⁾.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

тоже время допущены отступленія отъ него, въ пользу самостоятельнаго руководства судьей процессомъ съ цѣлью должнаго раскрытія дѣла¹⁾. Судья предоставляется право *ex officio* прибѣгать ко всѣмъ средствамъ, которыя могли бы ему выяснить дѣло, какъ, напр., къ допросу сторонъ, разъясняющій смыслъ ихъ заявленій (см. ниже). Законодатель стремится къ гармоническому сочетанію свободы въ процессуальныхъ дѣйствіяхъ тяжущихся съ свободой въ дѣйствіяхъ суда.

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

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

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

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

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

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

¹⁾ Ср. ст. 104 у. уг. судопр.

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

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

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

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

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

По приведеннымъ причинамъ судъ присяжныхъ въ гражданскихъ дѣлахъ представляется нежелательнымъ.

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

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

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

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

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

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

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

Основные начала гражданского процесса.

Общая условія.

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

¹⁾ Указъ 20 Ноября 1864 г.

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

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

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

¹⁾ Въ Положеніи о земскихъ участковыхъ начальникахъ.

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

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

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

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

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

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

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

¹⁾ Ст. 227—241 т. X ч. 2 изд. 1857.

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

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

⁴⁾ См. ниже о возмездности судебной помощи.

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

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

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

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

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

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

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

³⁾ Уже у Римлянъ см. L. 15 § 8 C. 3, 1; Nov. 17 с. 3; Nov. 86 с. 1. *Wetzell. System* § 38 n. 10; § 61 n. 9 sq.—*Cod. di pr. civ. art. 61.*

⁴⁾ *Eventualmaxime* (= princip).

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

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

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

Судъ милостивый.—По общему назначенію гражданскаго суда дѣятельность его направлена на признаніе правъ согласно положительнымъ нормамъ. Судъ не можетъ отказывать въ этомъ признаніи иначе, какъ на законномъ основаніи; всякое иное отношеніе къ частному праву ему закрыто. Лишь самъ управомоченный можетъ поступиться своимъ правомъ; отказаться отъ него въ дѣломъ или въ части. Но засимъ, какія бы суровыя послѣдствія для отвѣтчика ни влекло за собою признаніе права истца, судъ не можетъ въ этомъ отказать только въ силу сердечнаго участія. Не даромъ Фемида изображена съ повязкой на глазахъ; она не должна впадать въ чувствительность, чтобы не погрѣшить противъ безпристрастія²⁾.

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

¹⁾ Ст. 64 основ. зак.

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

³⁾ *Fiat justitia, pereat mundus.*

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

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

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

Признаки гражданского процесса.

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

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

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

¹⁾ *Benignius leges interpretandae sunt* L. 18 D. 1, 3.

²⁾ Уст. гражд. суд. ст. 136.

³⁾ Уст. гражд. суд. ст. 70, 337, 361.

⁴⁾ *Гольмстенъ*. „Правда и милость“ въ гражданскомъ судѣ. Юридическая Лѣтопись 1890 Январь стр. 6—21.

⁵⁾ Манифестъ 19-го Марта 1856 г.; Указъ 20 Ноября 1864 года.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁾ *Koffka cit. p. 5—9.*

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

³⁾ *Kopezky cit. p. 33.*

процесса возникла и развилась подъ вліяніемъ каноническаго права ¹⁾. У насъ эта форма производства окончательно утвердилась въ дореформенномъ судѣ ²⁾.

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

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

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

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

тяжущихся (Законъ 12 Юня 1890 г. ст. 718 п. 3 У. гр. суд. о рѣшеніи при неавкѣ обѣихъ сторонъ).

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

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

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

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

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

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

Гласность гражданскаго процесса ²⁾.— Съ устностью про-

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

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

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

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

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

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

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

¹⁾ Parteienöffentlichkeit u. Volksöffentlichkeit.

²⁾ Feuerbach. Betracht ueber Oeffentlichkeit p. 96, 147.

³⁾ Kleinfeller cit. p. 420, 421.

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

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

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

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

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

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

Негласное производство должно сохраняться въ полной тайнѣ, оно никоимъ образомъ не подлежитъ опубликованію въ печати ²⁾. Но по какому бы основанію ни было производство при закрытыхъ дверяхъ, рѣшеніе всегда провозглашается публично ³⁾.

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

¹⁾ *Friedmann cit. p. 19—21.*

²⁾ *Kleinfeller cit. p. 448 sq.*

³⁾ Ср. *Friedmann cit. p. 34 sq.*

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

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

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

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

Учрежд. С. Уст. ст. 154—158. — Code de proc. civ. art. 89.—D. Ger. V. §§ 178—185.

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

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

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

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

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

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

¹⁾ *Friedmann cit.* p. 11.

²⁾ Журналь Госуд. Сов. 1862 г. N. 65.

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

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

⁵⁾ *Garsonnet. Traité* 2 p. 93.

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

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

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

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

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

При этой системѣ первоначальныя утвержденія сторонъ мо-

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

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

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

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

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

Изъ начала свободной оцѣнки доказательствъ признаются цѣкоторыя изъятія, требуемая самой природою вещей, и потому представ-

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

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

ляющимися необходимыми и даже желательными. Такъ, напр., частные документы, составленные при соблюденіи закономъ предписанныхъ формальностей, публичные акты, общезвѣстные факты и др. считаются имѣющими полную доказательную силу¹⁾. Но большинство этихъ доказательствъ не имѣетъ ничего общаго съ формальными (легальными) доказательствами, такъ какъ въ дѣйствительности они соотвѣтствуютъ матеріальному положенію вещей.

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

*Возмездность судебной помощи*¹⁾. — Общимъ началомъ современныхъ процессуальныхъ законодательствъ устанавливаются въ пользу государства опредѣленные сборы съ тяжущихся. Безвозмездна судебная помощь лишь въ томъ смыслѣ, что судья не можетъ требовать или получать отъ сторонъ ни денегъ, ни предоставленій натурой, въ качествѣ платы или подарка. Взиманіе такое составляетъ преступленіе по должности. Государство обязано оказывать гражданамъ правосудіе, оно же, слѣдовательно, и вознаграждаетъ тѣхъ лицъ, которыя дѣйствуютъ отъ его имени въ отправленіи суда²⁾. Но затѣмъ опасенія за развитіе сутяжничества и сообра-

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

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

3) *Garsonnet. Traité 2 p. 86.*

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

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

¹⁾ *Bar. D. deutsch. Civilpr.* p. 7.

²⁾ Уст. гр. суд. ст. 200—201; 839—890. См. ниже.

³⁾ *Linde. Ueber das Armenrecht im Civilprozeß* въ *Zeitsch. f. Civilpr. u. Proc.* 1 p. 58.

⁴⁾ Ст. 200¹, 880 Уст. гр. суд. — Во Франціи по закону 22 Янв. 1851 г. учреждены т. наз. конторы *d'assistance judiciaire*. См. *Garsonnet. Traité* p. 89—92.

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

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

3 / **Источники процессуальнаго права.**

Источниками процессуальнаго права могутъ служить не только законы, но и обычаи, какъ, напр., у насъ, въ Россiи. Въ нѣкоторыхъ западныхъ государствахъ обычаи, какъ источникъ процессуальнаго права, признается съ большими ограниченiями, или даже не признается вовсе. Тамъ, гдѣ законодательство широко овладѣваетъ правовою жизнью, тамъ обычному праву не можетъ быть отведено значительнаго мѣста. Такъ, во Францiи съ изданiемъ процессуальнаго кодекса 1807 г. всѣ процессуальныя обычаи были отмѣнены ¹⁾. Тоже произошло и въ Австрiи ²⁾.

Гражданскiе процессуальныя законы.

Составъ.—Въ Россiи гражданскiе процессуальныя законы не для всѣхъ мѣстностей одни и тѣже. Прежде всего, въ нѣкоторыхъ

¹⁾ Code de proc. civ. art. 1041.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁾ *Носенко*. Уставъ судопроизводства торговаго 1889.

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

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

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

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

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

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

1) *Шимановскій*. Законъ о чиншевикахъ 1886 г.

2) Проектированъ новый уставъ о несостоятельности 1889 г.

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

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

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

6) *Bulow* cit. p. 41 n.; 94.

экспертовъ отъ присяги. Сюда же относится случай, когда суду предлагается на разсмотрѣніе дѣло, подсудное другому суду одному (*ratione personae*)¹⁾.

Изъ общаго характера процессуальнаго отношенія главный составъ процессуальныхъ законовъ относится къ разряду диспозитивныхъ²⁾.

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

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

¹⁾ У. гр. суд. ст. 571 п. 1.

²⁾ *Bilow*, cit. p. 13.

³⁾ *Exclusio a foro, déchéance*.

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

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

¹⁾ *Малининъ. Теорія гр. проц.* стр. 56.

²⁾ Ср. *Carré. Lois de la proc. civ. t. VI* p. 1099.

³⁾ У. гр. суд. ст. 186 п. 2; 793 п. 2 и касс. рѣшенія къ ней у Боровиковскаго. Правила о пр. суд. д. у зем. н. и гор. суд. ст. 129 п. 2.

практика сама старается смягчить строгое применение этого правила (*Garsonnet. Traité* 2 p. 20, 21). Отсюда последовательно заключение, что всего правильнее поражать недействительностью только те акты, которых неправильность причинила ущерб тяжущейся стороне, и она принесла на то жалобу; иначе—нѣтъ ничтожности безъ жалобы и ущерба (*pas de nullité sans grief*). Но эта система сводится къ тому же, что никто иной, какъ судья, будетъ судить, имѣетъ ли сторона, просящая объ уничтоженіи акта, достаточный въ томъ интересъ (ср. *Bonfils. Procéd.* p. 326). Однимъ словомъ принятая нашимъ уставомъ система должна считаться вполне цѣлесообразной.—Сводъ системъ по данному вопросу см. у *Berriat-Saint-Prix. Observations sur la législation, relative aux nullités des actes de procédure* въ *Mémoires de l'Académie des sciences morales et politiques* t. 4 p. 559 sq.

Приложеніе процессуальнаго закона по времени. —

Прежде всего, законъ безспорно господствуетъ надъ процессами и процессуальными дѣйствіями падающими въ его время ¹⁾. Время установленія гражданского права, образующаго спорный предметъ, безразлично для примѣненія процессуальнаго закона ²⁾. Это слѣдуетъ изъ различія гражданского притязанія и публичнаго притязанія на защиту правъ ³⁾. Последнее притязаніе направлено на оказаніе защиты праву по существующему въ данное время порядку защиты. вмѣстѣ съ установленіемъ гражданского права не приобретается и право на опредѣленный способъ, на опредѣленную форму защиты его. Суды обязаны класть въ основу ихъ дѣятельности дѣйствующее публичное право государства, каковымъ считается процессуальное право ⁴⁾. Поэтому новые процессуальные законы примѣняются не только къ будущимъ, по и къ прежде установленнымъ правоотношеніямъ. Государство, издавая новые процессуаль-

¹⁾ Ст. 59 основ. зак.

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

³⁾ *Wach. Handbuch* p. 211.

⁴⁾ *Planck. Lehrbuch* p. 20.

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

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

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

¹⁾ *Bonfils*. Procédure n. 633.

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

³⁾ *Planck*. Lehrb. p. 20, 21.

По общему началу законодательства ¹⁾ законы действуют только на будущее время ²⁾. Законы считаются действующими обратно тогда, когда они поражают права уже приобретенные отдельным лицом. Судопроизводительный закон получает такую обратную силу, когда он повлечет за собою лишение прав приобретенных или восстановление прав потерянных по прежнему закону. Приобретенными же правами в процессуальном смысле слѣдует считать права, которыя изначала стоятъ въ тѣсной связи съ гражданскими правами, выражая ту или другую действительность судебной ихъ защиты. Сюда относятся: исковое право, исковая давность (сроки обжалованія рѣшеній), привилегіи въ защитѣ и въ известной степени доказательныя средства ³⁾.

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

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

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

³⁾ *Малининъ* Теорія стр. 27 и слѣд.

⁴⁾ Arg. L 18 C. de testib. 4, 20.

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

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

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

¹⁾ См. у *Малинина*. Теорія стр. 27 п. 2^a.

²⁾ *Градовскій cit.* стр. 25.

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

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

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

⁶⁾ *Bonnier. Des preuves* n. 924.

⁷⁾ *Mourlon. Répét. écrit.* p. 310.

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

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

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

¹⁾ *Bar. D. deutsch. Civilpr. p. 4.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

условіемъ, если таковое можетъ быть признано въ его отечествѣ за нашими гражданами ¹⁾. Въ этихъ случаяхъ будетъ не примѣненіе чужого права, а особое постановленіе туземнаго права. Общее же право реторсіи въ гражданскомъ процессѣ немыслимо ²⁾.

Главнѣйшіе выводы изъ начала территоріальности будутъ слѣдующіе. Прежде всего, по туземному праву опредѣляется общій вопросъ о судебной защитѣ извѣстнаго отношенія ³⁾. Не признанное или запрещенное этимъ правомъ отношеніе (напр. рабство у насъ) не подлежитъ судебной защитѣ, хотя бы по иностраннымъ законодательствамъ оно признавалось правовымъ отношеніемъ ⁴⁾ (т. наз. мѣстная коллизія правовыхъ нормъ) ⁵⁾. По туземнымъ же законамъ опредѣляется и характеръ отношенія, — гражданскій, уголовный или административный, — и соответственно этому устанавливается гражданское производство или отказывается въ немъ. Затѣмъ, тѣми же законами указывается подсудность и тотъ или другой порядокъ производства ⁶⁾. Наконецъ, принципъ территоріальности имѣетъ опредѣляющее значеніе по всѣмъ остальнымъ вопросамъ процессуальнаго правового отношенія и производства; поэтому всякое процессуальное дѣйствіе будетъ дѣйствительнымъ, если оно отвѣчаетъ туземному праву, хотя бы по иностранному оно было съ недостатками ⁷⁾.

Изъ начала территоріальности, однако, допускаются отступленія, а именно, иногда чужое процессуальное право имѣетъ значеніе для процесса рѣшаемаго въ туземномъ судѣ и, наоборотъ, иногда туземное процессуальное право примѣняется въ процессахъ заграничій.

¹⁾ Civ. Pr. Ordn. § 106 Abs 2; § 102; § 661 N. 6.—*Ullmann. Oesterr. Civilpr.* p. 88.

²⁾ *Hellmann. Civilproz.* p. 29.

³⁾ См. кромѣ приведенныхъ выше еще *Kahn Gesetzkollisionen* въ *Jahrb. f. d. Dogmatik* 1890 B. 30 n. 1.

⁴⁾ *Böhm cit.* p. 8, 9. Справ. *Story. Conflict of laws* 7 ed. 1865 § 630.

⁵⁾ *Statutenkollision.*

⁶⁾ *Маллинъ. Теорія стр.* 41, 42.

⁷⁾ *Renaud. Lehrbuch* § 9.

По общему началу иностранное процессуальное дѣйствіе должно обсуждаться въ туземномъ судѣ по иностранному же праву, т. е. по праву мѣста его совершенія (locus regit actum). Однако строго провести это начало трудно, ибо признано невозможнымъ локализовать процессъ иначе какъ только въ цѣломъ. Напримѣръ, начатый заграницей процессъ не можетъ быть продолжаемъ въ Россіи, такъ какъ наша государственная власть не можетъ быть преемникомъ въ отправленіи судебной защиты иностраннымъ государствомъ ¹⁾. Поэтому, въ законодательствахъ этотъ вопросъ или вовсе обходятъ молчаніемъ и слѣдовательно распространяютъ на оцѣнку иностранныхъ процессуальныхъ дѣйствій территориальный принципъ, или же прямо оговариваютъ дѣйствительность отдѣльныхъ дѣйствій, совершенныхъ по иностранному праву ²⁾.

Случай примѣненія туземнаго процессуальнаго права заграницей представляетъ судъ консуловъ (на Востокѣ), по силѣ состоявшагося междунагоднаго договора ³⁾.

Затѣмъ, территориальное начало не распространяется на вопросы не чисто процессуальнаго права, на вопросы, имѣющіе тѣсную связь съ гражданскимъ правомъ ⁴⁾. Такъ, процессуальныя право — и дѣеспособность опредѣляется общей право — и дѣеспособностью, т. е. законами гражданского права ⁵⁾. Поэтому процессуальное право — дѣеспособность сторонъ для иностранцевъ должна была бы опредѣляться по ихъ правамъ ⁶⁾.

По германскому Civ. Pr. Ordn. § 53 иностранецъ можетъ быть стороною въ процессѣ, если имѣетъ право — и дѣеспособность по законамъ или того государства.

¹⁾ *Wach.* Handb. p. 223.

²⁾ Такъ, напр., по Civ. Pr. Ordn. §§ 182, 185 врученіе судебныхъ бумагъ заграницей имѣетъ силу, если совершается по формѣ иностраннаго права.

³⁾ *Мартенсъ.* О консулахъ и консульской юрисдикціи на Востокѣ 1873 стр. 290—555. *Hellmann.* Civilpr. p. 30. — *Ullmann.* Oesterr. Zivilpr. p. 56.

⁴⁾ *Planck.* Lehrb. p. 19.

⁵⁾ *Menger.* System p. 140 n. 23.

⁶⁾ *Bar.* D. deutsch. Civilpr. p. 4, 5.

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

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

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

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

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

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

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

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

1) C. civ. art. 170. *Merlin. Répert. v. Conventions matrimoniales* § 1.

2) *Bonnier. Des preuves* p. 779.

3) Такъ наз. *literae mutui compassus* s. *requisitoriales, commissions rogatoires.*

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

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

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

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

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

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

³⁾ *Garsonnet*. Traité 2 p. 10.

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

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

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

Въ Уставѣ гражданскаго судопроизводства по разсматриваемымъ вопросамъ имѣются только слѣдующія положенія. Изъ статьи 584 п. 2 и ст. 1281 слѣдуетъ, что рѣшенія какъ нашихъ судовъ о недвижимомъ имуществѣ, находящемся за границею, такъ и рѣшенія иностранныхъ судовъ о недвижимости, находящейся въ Россіи, будутъ недействительны¹⁾. Изъ ст. 571 п. 1, 2; 589; 1373 можно заключить о правѣ предъявить въ русскомъ судѣ отводъ если дѣло находится на разсмотрѣніи или уже разсмотрѣно въ иностранномъ судѣ, или только находится въ связи съ искомъ разсматриваемымъ въ иностранномъ судѣ²⁾. Затѣмъ, по общему началу рѣшенія иностранныхъ судовъ не подлежатъ исполненію въ Россіи. Исключеніе сдѣлано лишь по отношенію къ государствамъ, съ ко-

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

²⁾ Ср. *Code de proc. civ. art. 171*.

торыми заключенъ по сему предмету взаимный договоръ (ст. 1273). Въ послѣднемъ случаѣ, однако, рѣшенія иностраннаго государства исполняются лишь при двухъ условіяхъ: 1) если въ немъ нѣтъ такихъ распоряженій, которыя противны общественному порядку, или не допускаются законами Имперіи (ст. 1279) и 2) если имъ не разрѣшается иска о правѣ собственности на недвижимое имѣніе въ Россіи находящееся (ст. 1281) ¹⁾.

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

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

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

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

¹⁾ Ср. Code civil. art. 3, 2128.

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

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

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

¹⁾ Ср. *Renaud. Lehrb.* § 2.

²⁾ У. Гр. С. ст. 1316—1336.

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

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

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

⁶⁾ *Bonfils. Procéd. civ.* n. 507.

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

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

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

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

¹⁾ Code civ. art. 14, 15.

²⁾ См. *Исаченко*. Гражд. пр. 1 стр. 219, 220.

³⁾ Ср. *Brocher*. Cours de droit intern. privé t. 3 p. 33 sq.

⁴⁾ Ср. *Weiss*. Traité élémentaire de droit internat. privé 1885 p. 934.

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

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

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

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

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

У насъ—если эти имѣнія не состоятъ въ завѣдываніи Министерства Двора (У. Гр. С. ст. 1299). Тоже въ

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

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

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

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

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

¹⁾ У. Гр. С. ст. 1281.

²⁾ У. Гр. С. ст. 225 „денежныя требованія“.

³⁾ *Hugo Grotius. De jure belli ac pacis 1646 p. 297.*

⁴⁾ Civ. Pr. Ordn. § 16.

⁵⁾ Составъ опредѣленъ въ ст. 2370 т. 1 св. зак.

вѣренныя въ дѣлахъ ^f). Изъ этого перечисленія слѣдуетъ, что генеральныя консулы, вице-консулы и прочіе торговые или коммерческіе агенты не считаются дипломатическими агентами и потому не пользуются вѣземельностью, если только международнымъ соглашеніемъ съ даннымъ государствомъ не будетъ выговорено для нихъ даннаго изъятія ²).

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

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

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

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

1) Ст. 2367 т. 1 Учрежд. Мин.

2) Gerichtsverfass. § 21.

3) *Мартенсъ*. О консулахъ и консульской юрисдикціи стр. 332.

4) *Bonfils*. Procédure p. 326.

Законъ, предполагается, отвѣчаетъ необходимости, оправдывается серьезными основами, и поэтому долженъ имѣть санкцію, обеспечивающую его выполненіе. Таково общее начало всѣхъ современныхъ законодательствъ. Въ томъ числѣ и у насъ основнымъ правиломъ положено, что „законъ долженъ быть свято и ненарушимо исполняемъ всѣми и каждымъ“¹⁾. Обязательность его не подлежитъ повѣркѣ ни частныхъ лицъ, ни административной, ни судебной власти²⁾. Въ этомъ признается невозможнымъ ставить правовой порядокъ въ зависимость отъ воли отдѣльныхъ лицъ³⁾. Поэтому же судья лишенъ права исправлять законъ, или толковать его въ другомъ смыслѣ, котораго онъ не имѣетъ. Онъ обязывается рѣшать „по точному разуму существующихъ законовъ“⁴⁾.

Въ такомъ (такъ наз. пассивномъ) отношеніи суда къ закону теорія видитъ залогъ правосудія; тогда какъ свободное распоряженіе суда закономъ признается крайне опасной для правового порядка, требующаго устойчивости и постоянства въ примѣненіи правовыхъ нормъ. Каждый изъ спорящихъ въ гражданскомъ судѣ взываетъ къ объективному праву. Онъ успокоивается только тогда, когда увѣренъ, что само право противъ него. Лишь изъ этой увѣренности вытекаетъ довѣріе къ судебному рѣшенію; изъ увѣренности, что правовой порядокъ, а не личная воля, произволь судьи, оборачивается противъ потерявшаго процессъ. Каждый преклоняется предъ правомъ, но не предъ волею отдѣльнаго лица⁵⁾. Поэтому „судья долженъ быть въ извѣстной мѣрѣ ничѣмъ инымъ, какъ живымъ олицетвореніемъ закона“⁶⁾. Онъ изслѣдуетъ только должное обнародованіе закона, а никакъ не его дѣйствительность.

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

1) Основ. зак. ст. 63. Ср. Code de proc. civ. art. 1029.

2) Рѣшеніе Гражд. Касс. Д-та 1879 г. N. 300.

3) *Азаревичъ*. О соблюденіи закона. 1890 г.

4) У. Угол. Суд. ст. 12; У. Гр. С. ст. 9.

5) *Sarwey*. Allgemeines Verwaltungsrecht 1887 p. 43.

6) *Ihering*. Zweck im Rechte 1 p. 378.

р. 134 sq.; р. 204 sq.; *Kohler* въ *Jahrb. f. d. Dogmatik d. h. röm. V.* 25), такъ какъ судъ располагаетъ достаточными средствами, чтобы устранить несоотвѣтствіе условій дѣла съ предположеніями закона, не нанося ущерба точному его смыслу (*Азаревичъ*. Правда въ гражданскомъ процессѣ 1888 г. стр. 16, 17).

Изъ предъидущаго слѣдуетъ, прежде всего, что при ясномъ, единомъ смыслѣ закона судѣ остается только строгое его приложеніе „по точному и буквальному“ содержанію ¹⁾; иначе рѣшеніе можетъ быть остановлено въ исполненіи ²⁾ и всегда подлежитъ отменѣ ³⁾. При неполнотѣ же, неясности, недостаткахъ или противорѣчіяхъ въ законѣ судья обязанъ приступить къ толкованію ⁴⁾ (*interpretatio*).

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

Судья не можетъ отклонить разрѣшеніе даннаго дѣла только потому, что онъ не находитъ вполне яснаго или какаго бы то ни было опредѣленія положительнаго права, подъ которое могъ бы подвести этотъ случай. При неполнотѣ закона, оказавшейся при судебномъ разбирательствѣ, можетъ быть возбужденъ законодательный вопросъ, но „независимо отъ рѣшенія дѣла судомъ“ ⁵⁾. Признаніе же неразрѣшимымъ спора, представляемаго на рѣшеніе суда, равняется отказу въ правосудіи ⁶⁾. Всякій же отказъ въ правосудіи наказуемъ, какъ противоположное бездѣйствіе власти ⁷⁾.

¹⁾ Основн. зак. ст. 65. Рѣшеніе Гр. К. Д-та 1888 N. 79.

²⁾ Полож. о зем. нач. ст. 31.

³⁾ У. Гр. С. 186, 793; У. Уг. С. ст. 912.

⁴⁾ *А. Градовскій*. О судебномъ толкованіи законовъ по русскому праву въ Журн. гр. и уг. права 1874 кн. 1 стр. 1 — 62.

⁵⁾ О порядкѣ представленія Сенату на обсужденіе вопросовъ неодинаково разрѣшаемыхъ или возбуждающихъ на практикѣ сомнѣнія см. Учр. С. Уст. ст. 136, 259¹⁾; Осн. зак. ст. 52 пр. 2. Ср. т. 2 ч. 1 св. зак. ст. 260.

⁶⁾ Рѣшеніе Гр. Касс. Д-та 1878 г. N. 158.

⁷⁾ У. Уг. С. ст. 13; Уст. Военно-Судебн. ст. 222; Военно-Морск. Суд. Уст. ст. 215; У. гр. суд. 10.

Но цѣль толкованія должна быть чисто дедуктивною, а не продуктивною. Оно должно привести къ познанію, а не къ установленію права ¹⁾, или, какъ выразился сенатъ „при истолкованіи законовъ задача суда заключается единственно въ уясненіи смысла закона, а не въ исправленіи закона“ ²⁾.

Итакъ если судья не находитъ въ нормахъ дѣйствующаго права соответствующаго опредѣленія для даннаго случая, то онъ обязанъ попытаться извлечь правило, дѣлая заключеніе изъ одного и того же основанія закона къ одному и тому же рѣшенію, по той аксіомѣ, что *ubi est eadem legis ratio, ibi est eadem legis dispositio*. Это называется дѣйствовать на основаніи *аналогіи*, или на основаніи общаго смысла законовъ ³⁾; — дѣйствовать *ἀνά λόγον, secundum rationem*. Словомъ *ratio*, въ области права, обозначается юридическій принципъ, идея, которая лежитъ въ основаніи даннаго правового института ⁴⁾. Подъ аналогіей разумѣются тѣ нормы, которыя извлекаются, путемъ логическаго толкованія, изъ духа законовъ. Судья отыскиваетъ юридическую идею (основу) закона и затѣмъ примѣняетъ его къ случаямъ явно не нормированнымъ, но имѣющимъ одну и ту же основу. При этомъ, однако, не всѣ законы могутъ быть примѣнены по аналогіи; такъ аналогіи не допускается для законовъ исключительныхъ ⁵⁾.

Кромѣ аналогіи судья открыто *право распространительнаго толкованія* (*interpretatio extensiva*). Тогда какъ аналогія предполагаетъ и восполняетъ пробѣлъ въ существующихъ правовыхъ нормахъ, распространительное толкованіе только исправляетъ не-правильное намѣреніе законодателя ⁶⁾.

Иногда распространительное толкованіе и аналогія оказыва-

1) *Wach. Handb.* p. 255.

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

3) У. Гр. С. ст. 9; У. У. С. ст. 12.

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

5) L. 14 D. 1, 3; L. 141; L. 162 D. 50, 17.—Указы по опредѣленному дѣлу или роду дѣлъ. Осн. зак. ст. 70; Рѣшеніе Гр. Касс. Д-та 1868 г. N. 275.

6) *Bolghiano. Handbuch* p. 26.

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

При толкованіи судья дѣйствуетъ вполнѣ самостоятельно; для него не обязательны ни указанія властей (напр. министра юстиціи), ни рѣшенія судовъ въ другихъ процессахъ. Обязательны для него лишь разьясненія высшаго (кассационнаго) суда, который этимъ фактически отправляетъ законодательную власть ⁵⁾.

Гражданскіе процессуальные обычаи.

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

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

2) Основ. зак. ст. 65.

3) См. *Bolghiano*. Handb. p. 26, 27.

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

5) *Wach*. Handb. p. 255. См. ниже.

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

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

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

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

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

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

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

¹⁾ *Gerichtsrecht.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁾ См. *Bolzano. Handb.* p 19—25.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

³⁾ Учр. ст. 166.

⁴⁾ Ст. 167 Учр.

⁵⁾ Ст. 172 Учр.

⁶⁾ Ст. 171 Учр.

⁷⁾ Ст. 173 Учр.

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

Теоретическое изученіе процесса.

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

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

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

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

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

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

⁴⁾ Для первоначальнаго ознакомленія съ процессуаль-

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

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

Мѣсто, задача и элементы гражданскаго процессуальнаго права.

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

Такое взаимное соотношеніе гражданскаго процессуальнаго права съ другими областями права имѣетъ своимъ результатомъ то, что въ законодательствѣ не настаиваютъ на строгомъ обособленіи процессуальныхъ началъ. Простой цѣлесообразности достаточно, чтобы помѣщать въ гражданскихъ процессуальныхъ законодательствахъ множество опредѣленій о гражданскомъ правѣ ¹⁾; равно какъ въ послѣднемъ давать положенія процессуальнаго характера ²⁾. Но несмотря на общее служебное значеніе гражданскаго процессуальнаго права для гражданскихъ правъ и на то, что судебная дѣятельность есть собственно выраженіе государственной власти — не-

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

¹⁾ *Planck. Lehrbuch* 1 p. 17.

²⁾ См. выше о доказательствахъ стр. 31.

смотря на это гражданское процессуальное право занимает мѣсто самостоятельной правовой дисциплины ¹⁾.

Остается указать на задачу и элементы науки гражданского процесса ²⁾.

Прежде всего со стороны содержания само гражданское процессуальное право не имѣет дѣла съ правилами, которыя выставляет государственное право для учрежденія и дѣятельности судовъ, т. е. съ такъ называемымъ судоустройствомъ. Мѣсто послѣднему — при изложеніи государственныхъ учреждений ³⁾. И въ дѣйствительности учебные планы университетовъ (Уставъ 1884 г.) относятъ судоустройство къ государственному праву. Особыхъ неудобствъ отъ этого для преподаванія гражданского судопроизводства не только не получается, но наоборотъ этимъ устраняются неизбѣжныя повторенія при курсахъ какъ гражданского, такъ и уголовного процесса. Однако, нельзя также отрицать извѣстной необходимости въ общемъ очеркѣ судебныхъ учреждений при самомъ изложеніи процесса ⁴⁾.

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

Такое изложене можетъ заключать въ себѣ слѣдующіе элементы:

Элементъ историческій. Многіе процессуалисты отстаиваютъ историческій приемъ въ изложеніи отдѣльныхъ институтовъ процессуальнаго права ⁵⁾. Но самое свойство нашей науки заставляетъ сомнѣваться, чтобы историческія изслѣдованія о происхож-

1) Wach. Handbuch p. 114.

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

3) Ср. *Boitard*. Leçons 1 n. 2.

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

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

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

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

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

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

³⁾ *Repaud. Lehrbuch § 10.*

⁴⁾ *Малышевъ.* Элементы стр. 6-9.

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

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

¹⁾ См. *Garsonnet. Traité* t. 2 p. 81, 82.

²⁾ См. у *Bonfils. Procéd. Append.* p. I—XX.

³⁾ См. *Rintelén. Prozessg.* 1 § 28, а также §§ 6—10, 29.

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

⁵⁾ *Малышевъ.* Курсъ 1 стр. 9.

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

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

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

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

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

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

²⁾ *Boitard*. Leçons 1 p. 3.

Система науки гражданского процесса.

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

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

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

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

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

¹⁾ *Menger. System d. oesterr. Civilpr. p. 203.*

²⁾ *Boitard. Leçons I n. 2.*

³⁾ *Малышевъ. Курсъ гр. суд. 1 стр. 71, 72. Ср. систему Civilprozessordnung.*

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

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

объекта этого отношения, каковыми объектами будут процессуаль-
ные действия, т. е. иски, защита и доказательства. Наконец,
третий отдѣлъ обнимает производство, которое рѣшает судьбу
даннаго отношения ¹⁾.

Нельзя сказать, чтобы и эта система не вызвала
нѣкоторых недоразумѣній. Такъ, процессуальные дѣй-
ствія собственно не будутъ объектами процесса, т. е.
дѣйствительнаго производства, ибо они въ своей послѣ-
довательности скорѣе сами образуютъ производство
(Wetzell. Civilpr. § 3).

¹⁾ Малышев. Курсъ 1 стр. 73, 74.

1) Малышев. Курсъ 1 стр. 73, 74.
 2) Малышев. Курсъ 1 стр. 73, 74.
 3) Малышев. Курсъ 1 стр. 73, 74.
 4) Малышев. Курсъ 1 стр. 73, 74.
 5) Малышев. Курсъ 1 стр. 73, 74.
 6) Малышев. Курсъ 1 стр. 73, 74.
 7) Малышев. Курсъ 1 стр. 73, 74.
 8) Малышев. Курсъ 1 стр. 73, 74.
 9) Малышев. Курсъ 1 стр. 73, 74.
 10) Малышев. Курсъ 1 стр. 73, 74.
 11) Малышев. Курсъ 1 стр. 73, 74.
 12) Малышев. Курсъ 1 стр. 73, 74.
 13) Малышев. Курсъ 1 стр. 73, 74.
 14) Малышев. Курсъ 1 стр. 73, 74.
 15) Малышев. Курсъ 1 стр. 73, 74.
 16) Малышев. Курсъ 1 стр. 73, 74.
 17) Малышев. Курсъ 1 стр. 73, 74.
 18) Малышев. Курсъ 1 стр. 73, 74.
 19) Малышев. Курсъ 1 стр. 73, 74.
 20) Малышев. Курсъ 1 стр. 73, 74.
 21) Малышев. Курсъ 1 стр. 73, 74.
 22) Малышев. Курсъ 1 стр. 73, 74.
 23) Малышев. Курсъ 1 стр. 73, 74.
 24) Малышев. Курсъ 1 стр. 73, 74.
 25) Малышев. Курсъ 1 стр. 73, 74.
 26) Малышев. Курсъ 1 стр. 73, 74.
 27) Малышев. Курсъ 1 стр. 73, 74.
 28) Малышев. Курсъ 1 стр. 73, 74.
 29) Малышев. Курсъ 1 стр. 73, 74.
 30) Малышев. Курсъ 1 стр. 73, 74.
 31) Малышев. Курсъ 1 стр. 73, 74.
 32) Малышев. Курсъ 1 стр. 73, 74.
 33) Малышев. Курсъ 1 стр. 73, 74.
 34) Малышев. Курсъ 1 стр. 73, 74.
 35) Малышев. Курсъ 1 стр. 73, 74.
 36) Малышев. Курсъ 1 стр. 73, 74.
 37) Малышев. Курсъ 1 стр. 73, 74.
 38) Малышев. Курсъ 1 стр. 73, 74.
 39) Малышев. Курсъ 1 стр. 73, 74.
 40) Малышев. Курсъ 1 стр. 73, 74.
 41) Малышев. Курсъ 1 стр. 73, 74.
 42) Малышев. Курсъ 1 стр. 73, 74.
 43) Малышев. Курсъ 1 стр. 73, 74.
 44) Малышев. Курсъ 1 стр. 73, 74.
 45) Малышев. Курсъ 1 стр. 73, 74.
 46) Малышев. Курсъ 1 стр. 73, 74.
 47) Малышев. Курсъ 1 стр. 73, 74.
 48) Малышев. Курсъ 1 стр. 73, 74.
 49) Малышев. Курсъ 1 стр. 73, 74.
 50) Малышев. Курсъ 1 стр. 73, 74.
 51) Малышев. Курсъ 1 стр. 73, 74.
 52) Малышев. Курсъ 1 стр. 73, 74.
 53) Малышев. Курсъ 1 стр. 73, 74.
 54) Малышев. Курсъ 1 стр. 73, 74.
 55) Малышев. Курсъ 1 стр. 73, 74.
 56) Малышев. Курсъ 1 стр. 73, 74.
 57) Малышев. Курсъ 1 стр. 73, 74.
 58) Малышев. Курсъ 1 стр. 73, 74.
 59) Малышев. Курсъ 1 стр. 73, 74.
 60) Малышев. Курсъ 1 стр. 73, 74.
 61) Малышев. Курсъ 1 стр. 73, 74.
 62) Малышев. Курсъ 1 стр. 73, 74.
 63) Малышев. Курсъ 1 стр. 73, 74.
 64) Малышев. Курсъ 1 стр. 73, 74.
 65) Малышев. Курсъ 1 стр. 73, 74.
 66) Малышев. Курсъ 1 стр. 73, 74.
 67) Малышев. Курсъ 1 стр. 73, 74.
 68) Малышев. Курсъ 1 стр. 73, 74.
 69) Малышев. Курсъ 1 стр. 73, 74.
 70) Малышев. Курсъ 1 стр. 73, 74.
 71) Малышев. Курсъ 1 стр. 73, 74.
 72) Малышев. Курсъ 1 стр. 73, 74.
 73) Малышев. Курсъ 1 стр. 73, 74.
 74) Малышев. Курсъ 1 стр. 73, 74.
 75) Малышев. Курсъ 1 стр. 73, 74.
 76) Малышев. Курсъ 1 стр. 73, 74.
 77) Малышев. Курсъ 1 стр. 73, 74.
 78) Малышев. Курсъ 1 стр. 73, 74.
 79) Малышев. Курсъ 1 стр. 73, 74.
 80) Малышев. Курсъ 1 стр. 73, 74.
 81) Малышев. Курсъ 1 стр. 73, 74.
 82) Малышев. Курсъ 1 стр. 73, 74.
 83) Малышев. Курсъ 1 стр. 73, 74.
 84) Малышев. Курсъ 1 стр. 73, 74.
 85) Малышев. Курсъ 1 стр. 73, 74.
 86) Малышев. Курсъ 1 стр. 73, 74.
 87) Малышев. Курсъ 1 стр. 73, 74.
 88) Малышев. Курсъ 1 стр. 73, 74.
 89) Малышев. Курсъ 1 стр. 73, 74.
 90) Малышев. Курсъ 1 стр. 73, 74.
 91) Малышев. Курсъ 1 стр. 73, 74.
 92) Малышев. Курсъ 1 стр. 73, 74.
 93) Малышев. Курсъ 1 стр. 73, 74.
 94) Малышев. Курсъ 1 стр. 73, 74.
 95) Малышев. Курсъ 1 стр. 73, 74.
 96) Малышев. Курсъ 1 стр. 73, 74.
 97) Малышев. Курсъ 1 стр. 73, 74.
 98) Малышев. Курсъ 1 стр. 73, 74.
 99) Малышев. Курсъ 1 стр. 73, 74.
 100) Малышев. Курсъ 1 стр. 73, 74.

Дмитрий Азаревичъ
ДМИТРИЙ АЗАРЕВИЧЪ.

СУДОУСТРОЙСТВО И СУДОПРОИЗВОДСТВО

ПО

ГРАЖДАНСКИМЪ ДѢЛАМЪ.

УНИВЕРСИТЕТСКІЙ КУРСЪ.

ТОМЪ I.

ВЫПУСКЪ ВТОРОЙ.

Субъекты процессуальныхъ отношеній.



ВАРШАВА.

Въ Типографіи Маріи Земкевичъ.

Краковское-Предмѣстье N 17.

1892.

- 1) Буржуазна историја на Балканите (Београд, 1920).
 Драгана М. Милошевиќ
- 2) Исторички скици од Виенка (Београд, 1921).
 Боровац Ј. Ј. (Београд, Виена, 1921).
 Ђукић М. (Београд, Виена, 1921).
- 3) Исторички судби (Београд, 1921).
 Милошевиќ Д. (Београд, Виена, 1921).

Печатано по одредбениу Совѣта ИМПЕРАТОРСКАГО
 Варшавскаго Университета.

Ректоръ И. Щелковъ.

А) Субъекты процессуальных отношений.

Субъектами процессуальных отношений будутъ: I) суды и II) частныя лица, участвующія въ процессѣ.

I) Суды. ¹⁾

Организація судовъ, условія ихъ замѣщенія и отношенія судебныхъ властей входятъ въ понятіе *судоустройства*, какъ особаго отдѣла процессуальной науки. Сюда относится разсмотрѣніе

¹⁾ *Бентамъ*. О судоустройствѣ (пер. Книримъ) 1860 г.; *Meyer*. *Espriu, origine et progrès des institutions judiciaires des principaux pays de l'Europe* 5 v. 1823.

Bonnier. *Elements d'organisation judiciaire* 1853; *Odillon Barrot*. *De l'organisation judiciaire en France* 1872; *Jousserandot*. *Du pouvoir judiciaire et de son organisation en France* 1878; *Vavasseur*. *Essai sur l'organisation judiciaire* 1881; *Beauchet*. *Histoire de l'organisation judiciaire en France* 1886; *Flourens*. *Organisation judiciaire et administrative de la France et de la Belgique* 1875; *Кистьяковскій*. Судебная организація во Франціи (въ Журн. гр. и уг. пр. 1879 кн. 2 и 3).

Bernard. *Étude sur l'organisation judiciaire italienne* (въ *Bulletin, de la société de législation comparée* 1877 p. 258).

John въ *Holtzendorff's Rechtslexicon art. Gerichtsverfassung, Reichsgericht, Oberlandesgerichte, Landgerichte, Amtsgerichte, Gemeindeggerichte*; *Rintelen*. *Gerichtsverfassung u. Justizverwaltung* 2 Aufl. 1890; *Engelmann*. *Der Zivilprozess. Geschichte u. System* 1890; *фонъ-Резонъ*. О прусскихъ судахъ (въ Журн. гр. и уг. пр. 1885 г. кн. I и 1886 г. кн. 5); *Ело-же*. Объ австрійскихъ судахъ (въ Журн. гр. и уг. пр. 1883 г. кн. 2 и 3).

Геймце. Очеркъ англійскаго судоустройства (перев.)

не только однихъ непосредственныхъ представителей (лицъ и учреждений) судебной власти, но и тѣхъ вспомогательныхъ дѣятелей при судахъ, которымъ отведено извѣстное участіе при отправленіи послѣдними ихъ судебной дѣятельности.

Составъ судебныхъ органовъ.

Цѣлая совокупность органовъ отправляетъ судебную власть подъ общимъ надзоромъ министра юстиціи, какъ генераль-прокурора.

Учр. суд. уст. ст. 64, 254. — Во Франціи министръ юстиціи носитъ званіе великаго судьи и хранителя печатей (*garde des sceaux*).

Самъ министръ не имѣетъ судебной власти ¹⁾. Онъ лишь наблюдаетъ за ходомъ дѣлъ юстиціи, устраняясь отъ какого-либо вліянія на отправленіе правосудія. По общему началу современное отправленіе правосудія поставлено въ зависимость отъ одного закона ²⁾. Даже глава государства отказывается давать свою личную волю направленію этой дѣятельности (такъ наз. кабинетная юстиція, временные исключительные суды, судебныя комиссіи ³⁾). Въ независимости суда отъ управленія признается высшая гарантія правильной юрисдикціи ⁴⁾.

Съ цѣлью надзора за порядкомъ отправленія юстиціи могутъ

1876 г.; *Bertrand*. De la réforme judiciaire en France et en Angleterre 1876.

Thenrault. Etude sur l'organisation judiciaire en Espagne 1878 (*Муравьевъ*. Новое судоустройство Испаніи (въ Юрид. Вѣстн. 1879 т. 2, стр. 79—102).

Послѣ начала печатанія перваго выпуска появился курсъ г. *Адамовича*. Пособіе къ лекціямъ русск. гражданскаго судопроизводства т. I, 1891 г.

¹⁾ *Garsonnet* Précis p. 34.

²⁾ *Ger. Verfass. Ges.* § 1.

³⁾ *Warmuth*. Handb. d. deutsch. Civilproz. p. 14, 16; *Schulze*. Deutsch. Staatsrecht § 199.

⁴⁾ *Wach*. Handbuch d. d. Civ.lproz. I p. 311, 312.

быть издаваемы соотвѣтствующія распоряженія, циркуляры (*mandata de administranda justitia* ¹⁾), производима ревизія судовъ, возбуждаемо дисциплинарное производство.

По судебнымъ уставамъ императора Александра II-го, судебная власть принадлежать: мировымъ судьямъ, съѣздамъ мировыхъ судей, окружнымъ судамъ, судебнымъ палатамъ и правительствующему сенату въ качествѣ верховнаго кассационнаго суда.

Учр. суд. уст. ст. 1. — Въ общемъ эти разряды судовъ заимствованы изъ французскаго кодекса, въ которомъ обыкновенными судами приняты: *les justices de paix, les tribunaux de première instance, les cours d'appel* и во главѣ ихъ всѣхъ *la cour de cassation*. Нѣсколько иная система въ Германіи: участковые суды, *Amtgericht, земскій судъ, Landgericht, высшій земскій судъ, Oberlandesgericht, и имперскій судъ, Reichsgericht*; гдѣ нѣсколько высшихъ земскихъ судовъ, тамъ имѣется еще (въ Баваріи) *das oberste Landesgericht*. Въ Англіи: суды графства, *county courts*; высшій судъ, *supreme court of judicature*, состоящій изъ двухъ подраздѣленій — *high court of justice* и *court of appeal*; ревизіонные суды, *house of lords* и *judicial committee of the privy council*.

Изъ числа перечисленныхъ установленій мировому суду придавъ характеръ суда исключительнаго въ противоположность суду общему, каковымъ признаны окружной судъ и судебная палата ²⁾.

¹⁾ *Bar. D. deutch. Civilproc. p. 23, 24.*

²⁾ См. о мировомъ судѣ: *Березинъ*. Мировой судъ въ провинціи 1883; *Чекалинъ*. Мировой судъ (въ Журн. гр. и уг. пр. 1883 кн. 1); *Анциферовъ*. Къ вопросу о реформѣ мирового института (въ Журн. гр. и уг. пр. 1885 кн. 2); *Тютрюмовъ*. Къ реформѣ миров. инстит. (въ Юрид. Вѣстн. 1886 кн. 1). *Обминскій*. Мировой институтъ (въ Юрид. Вѣст. 1888 кн. 3 и 5). — *Fay. La justice de paix en Italie et en France 1874; Payennenville. Essai sur la réforme des justices de paix en France 1882; Picard. Le juge unique. — Fidler. Der Amtsrichter in Preussen 3 Bd. 2 Ausg. 1888; Prisol. D. oest. Friedensrichter 1889.*

См. заглавокъ кн. I и II Уст. гр. суд. — Тоже во Франціи: общіе суды — трибуналы первой инстанціи, а исключительные — мировые суды (*Garsonnet. Précis* p. 48). Въ Германіи общій судъ — земскій судъ, а исключительный — участковый судъ.

По мысли составителей судебныхъ уставовъ, мировой судъ есть мѣстный судъ, ближайшій къ тяжущимся и простѣйшій по формамъ производства. Мировой судья — какъ бы посредникъ, улаживающій споры. Поэтому прекращеніе тяжбъ миромъ до судебного разбора и во время онаго должно составлять главнѣйшее назначеніе такого суда; отсюда и самое его названіе „мирового“.

Мотивы къ ст. 29 уст. гр. суд. — Во Франціи мировой судъ созданъ декретомъ 16 — 24 авг. 1790 г. для разбора малыхъ процессовъ, примиренія другихъ споровъ и для нѣкоторыхъ административныхъ функций. Условія этого суда: быстрота, малыя издержки и личная извѣстность судимыхъ (*Bordeaux. Philosophie de la procéd. civ.* p. 143, 391).

Въ губерніяхъ варшавскаго судебного округа учреждены, рядомъ съ мировымъ судомъ, особые гминные суды ¹⁾.

Учр. суд. уст. ст. 472, 463, 468. Ср. проэктъ 1869 года судебной реформы въ царствѣ польскомъ (4 т.), составленный юридической комиссіей царства ²⁾. — Гминные суды были проэктированы уже по гминному уставу отъ 24 мая 1860 г., но въ настоящемъ видѣ они были созданы впервые Высоч. указомъ 19 февр. 1864 г. объ устрой-

¹⁾ *Wolowski. Des justices de paix en Pologne (Revue Wolowski II)*. — *Рычковъ*. О гминныхъ судахъ въ Царствѣ Польскомъ (въ Журн. гр. и уг. пр. 1873 кн. 5); *Юркевичъ*. Мировые и гминные суды въ Цар. Польск. (въ Юрид. Вѣстн. 1882 кн. 11, 12); *Карцевъ*. Мировая юстиція въ Ц. Польск. и гминные суды (въ Журн. гр. и уг. пр. 1882 кн. 4); *Спасо-сичъ*. О гминахъ и гминныхъ судахъ въ губ. Ц. П. (въ Юрид. Вѣстн. 1889 кн. 4).

²⁾ Оцѣнку этого проэкта см. у *Галкинъ-Враскій* въ Юрид. Вѣстн 1882 кн. 5. стр. 81—89.

ствѣ крестьянъ, и затѣмъ преобразованы по Положенію о примѣненіи судебн. устав. въ варшавскомъ судебномъ округѣ 19 февр. 1875 г.

На ряду съ указанными, до сихъ поръ, судебными установленіями особо учреждены коммерческіе суды, духовные суды и волостные суды для крестьянъ.

Учр. суд. уст. ст. 2 примѣч. — Уст. суд. торг. т. XI ч. 2 св. зак. изд. 1887 г. — Уст. духовн. консисторій (въ Полн. собр. закон. 9 апрѣля 1883 г. ст. 1495) и Уст. духовн. дѣлъ иностранныхъ исповѣд. т. XI ч. I св. зак.¹⁾. — Полож. о крестьян. вышед. изъ крѣп. зав. (особое прилож. къ т. IX законовъ о состояніяхъ изд. 1876 г.) ст. 78 и 93, 95; Временныя правила о волостн. судѣ 1889 года; Волостной судебный уставъ для губерній прибалт. 1889 г.²⁾. — По дѣламъ крестьянъ, кромѣ волостныхъ судовъ, имѣются и другія судебныя установленія, какъ сельскій сходъ (Общ. полож. ст. 51), крестьянскія учрежденія (У. гр. суд. ст. 1 прим. 2; Полож. о губерн. и уѣздн. по крестьян. дѣламъ учрежд. ст. 23, 105), и самыя разнообразныя суды, установленныя обычаемъ (*Якушкинъ*. Обычное право стр. 25 и слѣд.; *Скоробогатый* cit.).

Затѣмъ въ казачьихъ войскахъ установлены особые станич-

¹⁾ О духовномъ судѣ см. *Соколовъ*. Основныя начала судебной реформы въ примѣненіи къ вѣдомству духовнаго суда (въ Правосл. Обзорѣніи 1871, мартъ и май); *Суворовъ*. Курсъ церковнаго права 2 т. 1890 стр. 165 и слѣд.

²⁾ О волостномъ судѣ см.: *Скоробогатый*. Устройство крестьян. суда (въ Юрид. Вѣстн. 1880 кн. 6); *Языковъ*. О реформѣ волостн. суда (въ Журн. гр. и уг. пр. 1882, 1); *Тютт-римова*. Къ вопросу о реформѣ крестьян. суда (въ Юрид. Вѣстн. 1886 кн. 3 стр. 432—486). *Кистяковский*. Волостные суды, ихъ исторія, настоящая ихъ практика и настоящее ихъ положеніе (Труды этнографическо-статистич. экспедиціи въ западно-русскій край т. VI); *Марченко*. Волостной судъ по закону 12 іюля 1889 г. Исторія волостн. судовъ въ губерн. прибалт. у *Гасманъ* и *Нолькенъ*. Полож. о суд. части въ прибалт. губ. 1890 стр. 423, 424.

ные суды, въ формѣ суда станичныхъ судей и суда почетныхъ судей, а для инородцевъ инородческіе суды.

Положеніе объ общественномъ управленіи станицъ казачьихъ войскъ 3 іюля 1891 года отъ ст. 45 и слѣд.— Изъятія въ Уставѣ гр. суд. для инород. судовъ ст. 1479, 1480.

Значительныя измѣненія внесены въ организацию судебной власти закономъ 12-го іюля 1889 года для 36 губерній Имперіи, а именно:

Мировые судьи и мировые съѣзды оставлены только въ обѣихъ столицахъ и въ г. Одессѣ, на основаніяхъ, опредѣленныхъ судебными уставами.

Правила объ устр. суд. части ст. 2.

Но министру юстиціи предоставлено право войти въ обсужденіе вопроса о томъ, не оказывается ли возможнымъ сохранить въ большихъ губернскихъ городахъ мировыя судебныя установленія.

Собр. узак. 1889 № 81 ст. 691 М. Г. С. ХІІІ.— На основаніи этого права мировой судъ сохраненъ, до сихъ поръ, въ гг. Нижегородѣ, Харьковѣ, Казани, Саратовѣ съ окрестностями, въ нѣкоторыхъ мѣстностяхъ с.-петербургскаго уѣзда (Прав. объ устр. суд. части ст. 2 по прѣд. С. У. 1890 г. и затѣмъ Собр. узак. 1891 г. № 61 ст. 650 М. Г. С. 3, VI).

Только почетные мировые судьи оставлены на прежнихъ основаніяхъ въ городахъ и уѣздахъ ¹⁾.

Прав. объ устр. суд. ч. ст. 3.

Въ замѣнъ мирового суда въ губернскихъ и уѣздныхъ городахъ установлены городскіе судьи. Въ уѣздѣ же судебная власть раздѣлена между земскими участковыми начальниками и уѣздными членами окружнаго суда. Наконецъ, учреждены уѣздные съѣзды и губерскія присутствія.

¹⁾ Гольмстенъ въ Журн. гр. и уг. права 1890 года сентябрь.

Прав. объ устр. суд. ч. ст. 4, 26, 29; Полож. о зем. уч. начальн. ст. 5, 69, 73, 104.

Основнымъ учрежденіемъ новыхъ законовъ представляется должность земскаго участковаго начальника, совмѣщающая въ себѣ не только судебную, но и весьма разнообразную и обширную административную власть.

Полож. о зем. нач. ст. 22—47.

По мысли законодателя земскій начальникъ долженъ быть „близкой къ народу твердой правительственной властью, которая соединяла бы въ себѣ понечительство надъ сельскими обывателями съ заботами по завершенію крестьянскаго дѣла и съ обязанностями по охраненію благочинія, общественнаго порядка, безопасности и правъ частныхъ лицъ въ сельскихъ мѣстностяхъ“¹⁾.

Нѣчто подобное нашимъ земскимъ начальникамъ представляютъ итальянскіе преторы, которымъ отведена опредѣленная судебная юрисдикція, но въ тоже время они и органы администраціи (*Gargiulo. Corso di diritto giudiz p. 16*). Еще большее сходство съ земскими начальниками представляютъ шотландскіе шерифы, чины административные, но съ весьма широкою юрисдикціею. *Rayneville. Essai sur la réforme des justices de paix 1882 p. 151, 152.*

Распредѣленіе судовъ по территоріи государства.— Каждое большое государство нуждается во многихъ судахъ прежде всего уже потому, что одному суду фактически невозможно отправлять соответствующую юрисдикцію, если не пополнить его чрезвычайнымъ составомъ судей; а съ другой стороны, какъ разъяснено выше²⁾, требуется извѣстная доступность судовъ для тяжущихся. Отсюда дѣленіе государственной территоріи на извѣстное число судебныхъ округовъ и подчиненіе всѣхъ дѣлъ даннаго округа его судамъ.

¹⁾ Высоч. указъ прав. сенату (Собран. узаконен. 1889 г. N 81, ст. 690).

²⁾ См. выпускъ I, стр. 44—46.

Судебные округа у насъ не всегда совпадаютъ съ административнымъ дѣленіемъ, какъ во Франціи.

Только вѣдомство сената, находящагося въ С.-Петербургѣ, въ отношеніи судебной части, распространяется на всю имперію.

Учр. суд. уст. ст. 4, 115.—Тоже во Франціи (*Jonas Studien* p. 245, 246).

Судебная палата учреждается на округъ, состоящій изъ нѣсколькихъ губерній или областей, по особому росписанію.

Учр. суд. уст. ст. 110, 431, 463.

Окружной судъ учреждается на нѣсколько уѣздовъ.

Учр. суд. уст. ст. 77, 431, 463.

Мировой судъ распредѣляется по мировымъ округамъ, изъ которыхъ каждый обнимаетъ уѣздъ съ находящимися въ немъ городами. Только города С. Петербургъ, Москва и Одесса образуютъ особые отъ уѣздовъ мировые судебные округа. Въ губерніяхъ же астраханской, оренбургской, девяти западныхъ и губерній прибалтійскихъ два или болѣе смежныхъ уѣзда могутъ быть соединяемы въ одинъ мировой округъ. Также въ Царствѣ Польскомъ мировой округъ обнимаетъ нѣсколько уѣздовъ съ находящимися въ нихъ городами, посадами и сельскими гминами.

Учрежд. суд. уст. ст. 12, 472, 558 (по прод. 90 г.).

На пространствѣ всего мирового округа дѣйствуютъ мировые съѣзды и почетные мировые судьи.

Учр. суд. уст. ст. 16, 17, 65. — Въ Царствѣ Польскомъ мировыхъ съѣздовъ по два въ каждой губерніи, а кромѣ того особый съездъ въ Варшавѣ; такъ что всѣхъ съѣздовъ числомъ 21.

Мировой округъ дѣлится, по особому росписанію, на мировые участки.

Учр. суд. уст. ст. 14.

Въ каждомъ мировомъ участкѣ находится участковый мировой судья, власть котораго ограничивается предѣлами участка.

Учрежд. суд. уст. ст. 15, 35, 65. — Въ Закавказьѣ мировой судья дѣйствуетъ на пространствѣ мирового отдѣла, составляющаго подраздѣленіе округа окружнаго суда. Болѣе обширные мировые отдѣлы могутъ быть раздѣлены на участки, завѣдываніе которыми поручается помощникамъ мировыхъ судей. Учрежд. суд. уст. ст. 444, 446, 450.

Во варшавскомъ судебномъ округѣ мировые судьи полагаются только въ городахъ.

Учр. суд. уст. ст. 472.

Въ уѣздахъ же учрежденъ гминный судъ, на одну или нѣсколько гминъ.

Учр. суд. уст. ст. 468. — Всѣхъ гминныхъ судовъ въ Царствѣ числомъ 387.

По закону 12-го іюля 1889 г. каждый уѣздъ раздѣляется на земскіе участки и въ каждомъ изъ нихъ состоитъ земскій участковый начальникъ. Въ каждомъ уѣздѣ — уѣздный съѣздъ. Въ каждой губерніи — губернское присутствіе.

Полож. о зем. уч. начальн. ст. 1, 5, 69, 104.

Городской судья состоитъ въ городахъ (кромя тѣхъ, гдѣ сохранены мировые судьи) губернскихъ и уѣздныхъ, а также въ другихъ городскихъ поселеніяхъ, не входящихъ въ составъ земскихъ участковъ.

Прав. объ устр. суд. частн. ст. 4; Полож. о зем. нач. ст. 2; Мнѣніе гос. сов. 1891 г. 16 іюля (Собр. узак. N 61, ст. 651, п. 3).

Уѣздные члены окружнаго суда состоятъ по одному въ каждомъ уѣздѣ, — участокъ слишкомъ обширный.

Прав. объ устр. суд. части ст. 26.

Коммерческіе суды учреждены только въ нѣкоторыхъ городахъ, а именно: въ С.-Петербургѣ, Москвѣ, Одессѣ, Варшавѣ, Таганрогѣ, Керчи, Кишиневѣ и Архангельскѣ, — всего числомъ 8.

Уст. суд. торг. ст. 1.

Округъ коммерческаго суда ограничивается городомъ, въ которомъ онъ учрежденъ, и его уѣздомъ. Но округъ таганрогскаго коммерческаго суда обнимаетъ, кромѣ того, города Ростовъ и Бердянскъ, округъ керченскаго — всѣ города Крыма, округъ кишиневскаго — всѣ города Бессарабіи, округъ варшавскаго коммерческаго суда совпадаетъ съ округомъ варшавскаго окружнаго суда.

Уст. суд. торг. ст. 44, 50, 51; Код. торг. ст. 616.

Округомъ духовнаго суда, консисторіи, будетъ данная епархія.

Уст. дух. консист. ст. 3. — Округъ петербургской и московской евангелическо-лютеранской консисторіи см. т. XI, ч. I. ст. 434 пп. 1, 5.

Волостной судъ учреждается на волости.

Общ. полож. о крестьян. ст. 93.

Судъ станичныхъ судей учреждается въ каждой станицѣ. Судъ почетныхъ судей учреждается на двѣ станицы. Допускаются отступленія.

Полож. объ общественномъ управл. стан. каз. войскъ ст. 46.

Классификація судовъ.

5 /
Высшее основаніе для дѣленія судовъ заключается въ различіи процесса обыкновеннаго и чрезвычайнаго; — отсюда: 1) суды обыкновенные и чрезвычайные или спеціальныя. — Второе дѣленіе основано на контролѣ судебной дѣятельности высшимъ судомъ; — отсюда: 2) суды высшіе и низшіе. — Наконецъ, дѣленіе судовъ, основанное на важности и трудности подлежащихъ его разбору дѣлъ; — отсюда 3) суды коллегіальныя и единоличныя ¹⁾.

1) Суды обыкновенные и спеціальныя. — Суды, юрисдикція которыхъ распространяется общимъ началомъ на всѣ гражданскія дѣла и на лица всѣхъ сословій ²⁾, будутъ судами обыкновенными

¹⁾ *Hellmann. Civilproc. § 11.*

²⁾ Учрежд. суд. уст. ст. 2.

въ отличіе отъ судовъ вызываемыхъ определеннымъ родомъ дѣлъ или для лицъ определенныхъ состояній. Последніе будутъ судами специальными, особенными, чрезвычайными. Ихъ юрисдикція определяется специально и формально постановленіемъ закона и по стольку же устанавливаются изъятія изъ юрисдикціи обыкновенныхъ судовъ. Съ этой стороны специальные суды будутъ также исключительными судами ¹⁾.

Изъ специальныхъ судовъ дѣствующихъ ²⁾ въ Россіи укажемъ, какъ на самыя общіе, на суды коммерческіе, духовные и крестьянскіе.

Учр. суд. уст. ст. 2 прим. — Во Франціи, кромѣ коммерческихъ судовъ, можно указать на совѣты мудрыхъ людей (les conseils de prud'hommes), для судебного разбора дѣлъ между фабрикантами и рабочими и между самими рабочими (*Dalloz. Répertoire v. Prud'hommes*). Затѣмъ въ различныхъ приморскихъ городахъ, особенно въ Марсели, существовали особые суды для рыбаковъ (*prud'hommes pêcheurs. Boncomp. Introd. p. 391*); и т. д. Въ Англіи существуютъ специальные суды по завѣщаніямъ и вообще по наслѣдству (court of Probate), суды брачныя (*court for Divorce and matrimonial causes*) и др. (см. *Gneist. Engl. Verw.-Recht 2 §§ 148 — 158*). Въ Австріи известны специальные суды по морскимъ дѣламъ, по горнымъ промысламъ ³⁾, по гражданскимъ дѣламъ членовъ императорской фамиліи (*Obersthofmarschallamt*) и др. (см. *Ullmann. Oesterr. Zivilpr. p. 54 — 56*). — Специальные суды въ Германіи перечислены въ § 14 *Gerichtsverfass* ⁴⁾.

Особенному сомнѣнію подлежитъ надобность въ коммерческихъ судахъ ⁵⁾. Обыкновенные доводы за специальные суды по

¹⁾ *Bonfils. Procédure civ. n. 277.*

²⁾ Прежде: магистраты, ратуши, надворные, полицейскіе суды.

³⁾ *Schneider. Die Berggerichtsbarkeit. Prag. 1872.*

⁴⁾ *Otte. Die Gewerbegerichte 1891.*

⁵⁾ См. доводы за сохраненіе и за отмену коммерческихъ судовъ у *Denna* въ Журн. гр. и торг. пр. 1872 кн. 1. — *Löhr.*

торговлѣ выходить изъ особенной природы торговыхъ дѣлъ, отправление правосудія по которымъ требуетъ извѣстныхъ техническихъ свѣдѣній и примѣненія болѣе обычаевъ и общей справедливости, чѣмъ строгаго права. Отсюда споры по торговлѣ должны подлежать разсмотрѣнiю лицъ, вращающихся въ этой сферѣ дѣятельности ¹⁾. Противъ этихъ доводовъ разсуждаютъ, что разъ имѣется специальный законъ для дѣлъ коммерческихъ, то не можетъ быть затрудненiя въ примѣненiи его обыкновенными гражданскими судами, которые, на самомъ дѣлѣ, въ большинствѣ случаевъ и рѣшаютъ торговыя дѣла ²⁾.

Въ такихъ торговыхъ странахъ, какъ Англія и Нидерланды, коммерческихъ судовъ не существуетъ вовсе (см. *Jonas. Studien aus dem Gebiete d. franz. Civilr. u. Civilpr.* 1870 p. 266—268). Въ 1888 году особые коммерческіе суды отмѣнены въ Италіи и Греціи. Во Франціи на 217 специальныхъ торговыхъ судовъ 182 обыкновенныхъ гражданскихъ судовъ отправляютъ ту же юрисдикцію.

У насъ, какъ указано выше, всего восемь коммерческихъ судовъ; въ остальныхъ же мѣстностяхъ торговыя дѣла подлежатъ разсмотрѣнiю судовъ общихъ.

Уст. гр. суд. ст. 28, 1487; Код. торг. ст. 640.—Для губерній прибалтійскихъ подсудность гражданскимъ судамъ дѣлъ торговыхъ установлена общимъ правиломъ. Уст. гр. суд. ст. 1805 и приложенныя къ ней временныя правила (по прод. 90 г).

Ueber die Zweckmässigkeit von kaufm. Handelsger. (въ *D. Ger. Zeit.* 1865, 1874). *Goldschmidt.* Zur Frage von den Handelsg. (въ его *Zeitschr.* IX); *Thaller.* De l'avenir des tribunaux de commerce (въ *Annales de dr. com.* III. 1889). — См. также *Creizenach.* D. Wesen. u. Wirken d. Handelsgerichte 1861.

¹⁾ См. *Mittermaier* въ *Zeitschr. f. d. Handelsr.* Bd. VII p. 184 sq.; *Kompe* ibid. Bd. IX p. 76—82.

²⁾ *Boncompagni.* Introd. p. 91, 92; *Gargiulo.* Corso di diritto giudiz. p. 34, 35.

Ужъ это одно заставляетъ сомнѣваться въ сколько нибудь сильныхъ основанійхъ для существованія особыхъ коммерческихъ судовъ ¹⁾).

Кромѣ всего этого во Франціи, напр., рѣшенія коммерческихъ судовъ обжаловываются въ общіе апелляціонныя суды (*Loi sur. Stufen* p. 267). Тоже отчасти и у насъ (см. ниже).

Особый духовный судъ необходимо вытекаетъ изъ самого существа церкви и ея задачъ. Церковь, какъ общество людей связанныхъ религиозно-нравственнымъ ученіемъ, обладаетъ церковнообщественными властями, которыхъ назначеніе блюсти надъ сохраненіемъ нравственного строя и нравственныхъ же отношеній между членами церковнаго общества. Изъ этого слѣдуетъ настоятельность въ судебной власти среди церкви. Но духовная юрисдикція не должна идти далѣе указанной сущности и задачъ даннаго общенія. На самомъ же дѣлѣ, какъ по нашему законодательству, такъ и по иностраннѣмъ правамъ, къ вѣдомству духовнаго суда отнесены дѣла, никоимъ образомъ не вытекающія изъ отношеній духовнаго характера. Такъ, между прочимъ, судногражданская власть, предоставленная отъ государства церкви, по отношенію къ ея членамъ, не имѣетъ какой-либо связи съ существомъ и назначеніемъ церкви ²⁾).

Высказывается мнѣніе за ненадобность и въ особыхъ крестьянскихъ судахъ ³⁾).

¹⁾ Судебная газета N отъ 26 ноября 1889 г.— Высочайше утвержденная коммссія 11 янв. 1865 г. для составленія устава торговаго судопроизводства высказалась противъ сохраненія коммерческихъ судовъ, какъ особаго судебного установленія (Журн. минист. юстиціи 1866 N 12: пересмотръ устава коммерческаго судопроизводства).

²⁾ См. *Горчаковъ*. Научная постановка церковносуднаго права (въ Сборникѣ государственныхъ знаній 1875 г. т. II, стр. 223—270).

³⁾ Напр. см. *Бразоль*. Объ упраздненіи волостныхъ и сельскихъ судовъ. Замѣна ихъ мировыми судебными учрежденіями 1886.

Но насколько сомнѣнія представляютъ доводы за сохраненіе особыхъ торговыхъ и духовныхъ судовъ по гражданскимъ правоотношеніямъ, настолько сильны, наоборотъ, основанія за волостные суды, при всѣхъ многообразныхъ особенностяхъ теперешняго быта сельскаго состава населенія ¹⁾. Прежде всего, особые суды для крестьянъ составляютъ необходимо послѣдовательное дополненіе къ общему строю крестьянскаго самоуправленія. Затѣмъ, для сельскаго населенія необходимъ близкій и дешевый судъ, ибо крестьянскія дѣла, по цѣнѣ своей, обыкновенно незначительны. Кроме того, этому суду, для правильнаго отправленія его назначенія, необходимо точное знаніе быта и обычаевъ крестьянъ, по которымъ слагаются между ними отношенія; а обычаи эти, въ различныхъ мѣстностяхъ, представляютъ крайнее разнообразіе и поэтому хорошо могутъ быть извѣстны лишь самимъ крестьянамъ данной мѣстности ²⁾. Только такой судъ будетъ всего болѣе соответствовать нуждамъ и пользѣ сельскаго населенія. Общія же суды съ ихъ писаннымъ правомъ, формализмомъ, стоимостью и отдаленностью были бы весьма тягостны для сельскаго населенія, особенно при теперешнемъ его сравнительномъ невѣжествѣ и большой безграмотности ³⁾.

2) *Суды высшіе и низшіе*. Низшими судами называются суды подчиненные другимъ, высшимъ, судамъ. Отношеніе подчиненности судовъ называется послѣдовательностью инстанцій и выражается въ правѣ судовъ высшихъ провѣрять производство судовъ низшихъ.

Подъ инстанціями разумѣются различные суды, къ которымъ

¹⁾ *Тютрюмовъ*. Нѣкоторые вопросы реформируемаго волостнаго суда (въ Журн. гр. и уг. пр. 1890 кн. 1, стр. 18, 19); *Ело-же*. Къ вопросу о реформѣ крестьянскаго суда (въ Юрид. Вѣстн. 1886, 3 стр. 432—486).

²⁾ *Гасманъ и Нолькенъ*. Положенія о преобразованіи суд. части и крестьянск. присут. мѣстъ въ прибалт. губерн. стр. 424, 425.

³⁾ *Вербловскій*. О подсудности гражд. дѣлъ крестьянъ (въ Журн. гр. и уг. пр. 1881 кн. 5, стр. 72, 73).

можетъ послѣдовательно переходить дѣло. Инстанціею будетъ судъ, который занять производствомъ и рѣшеніемъ процесса, равно какъ и та ступень производства и рѣшенія, на которой въ данное время находится процессъ. Поэтому говорятъ: первая, вторая и т. д. инстанція ¹⁾).

Большинство современныхъ законодательствъ придерживаются начала двухъ инстанцій.

У насъ см. Учр. суд. уст. ст. 5 и Уст. гр. суд. ст. 11, во Франціи—уже съ 1790 г. (*Garsonnet. Précis* p. 49), въ новѣйшее время въ Англіи (*Schuster. D. bürg. Rechtspr. in England* p. 48) и въ другихъ странахъ. Въ Германіи принято начало трехъ инстанцій (*Bar. Deutsch. Civilpr.* p. 25). Тоже въ Австріи (*Ullmann. Oester. Zivilpr.* p. 20—24). Но и въ этихъ странахъ третья инстанція не составляетъ общаго правила, а только изыятіе для опредѣленныхъ дѣлъ (*Civ. Pr. Ordn. §§ 508, 509*). И у насъ до реформы были три инстанціи: уѣздный судъ, гражданская и уголовная палата и сенатъ.

Начало инстанцій основано на слѣдующихъ мотивахъ: 1) обращение ко второй инстанціи, иначе апелляція, даетъ возможность исправить ошибку или несправедливость, которыми можетъ быть отмѣчено судебное рѣшеніе; 2) второе рѣшеніе, постановленное судьями, удаленными отъ сторонъ и отъ мѣстныхъ вліяній, по процессу уже выясненному и упрощенному первымъ разбирательствомъ, особенно если этихъ судей будетъ большее число, если они будутъ болѣе пожилыми, болѣе опытными, прошедшими предварительно школу въ низшихъ судахъ,—такое рѣшеніе имѣетъ болѣе вѣсъ, чѣмъ рѣшеніе перваго суда. Если иногда низшему суду предоставляются опредѣленные дѣла на окончательное рѣшеніе, то въ основѣ такого предоставленія лежитъ то соображеніе, что нельзя поглащать предметъ спора издержками сравнительно болѣе продолжительнаго процесса, но никакъ не предположеніе, чтобы споры, по малой ихъ стоимости, недостойны были болѣе важнаго вниманія, не говори

¹⁾ О другихъ значеніяхъ слова „instantia“ см. у *Wetzell. Civilpr. § 54, п. 2.*

уже о томъ, что помимо цѣны предмета есть идеальная цѣна права ¹⁾.

Вопросъ о количествѣ инстанцій есть вопросъ простой процессуальной политики.

По уставамъ Александра II-го начало двухъ инстанцій проведено такъ:

Мировые суды, гминные суды и вторая инстанція — сѣзды мировыхъ судей; окружные суды и вторая инстанція — судебныя палаты; для рѣшеній особаго присутствія судебной палаты — гражданскій кассационный департаментъ, — для рѣшеній соединеннаго присутствія кассац. и перваго департаментовъ, на правахъ первой инстанціи, — общее собрание всѣхъ кассац. и перваго департаментовъ сената.

Учрежд. суд. уст. ст. 51, 513; Уст. гр. суд. ст. 162, 762, 1326, 1327, 1504. — Сѣзды мировыхъ судей представляются собственно вполнѣ лишними учреждениями. На Западѣ отъ мирового судьи апелляція подается въ общій судъ первой инстанціи. Такъ, во Франціи отъ *juge de paix* апеллируютъ къ *tribunaux de première instance* (loi du 25 mars 1876 art. 9); въ Германіи отъ *Amtsgericht* апелляція обращается въ *Landgericht* (*Gerichtsverf.* § 71). — У насъ, въ закавказскомъ краѣ, на неокончательныя рѣшенія мировыхъ судей апелляц. жалобы приносятся также въ окружной судъ (Уст. гр. суд. ст. 1468), а на сѣверѣ — въ архангельскую палату уголовнаго и гражданскаго суда (Прил. къ ст. 29 прим. 2 Уст. гр. суд. ст. 2 по прод. 1890 г.; Прил. къ ст. 12 прим. 2 Учр. суд. уст. ст. 15 по продол. 90 г.). — Учрежденіе мирового сѣзда, въ качествѣ особаго апелляціоннаго суда, объясняется малымъ количествомъ судовъ при сравнительно большой территоріи.

По законамъ 1890 года второю инстанціею для волостныхъ судовъ, земскихъ начальниковъ и городскихъ судей (а также почетныхъ мировыхъ судей) признанъ уѣздный сѣздъ.

¹⁾ *Ihering. Zweck im Recht* I p. 392.

Полож. о зем. уч. нач. ст. 89; Прав. о произв. суд. д. ст. 111; Прав. объ устр. суд. ч. ст. 17; Врем. прав. о вол. с. ст. 30—32. — Для волостных судов прибалтийских губерний вторую инстанцію составляет верхній крестьянскій судъ (Вол. суд. уст. Учр. ст. 27).

Вторую инстанцію для дѣлъ, рѣшаемыхъ уѣздными членами окружныхъ судовъ, составляютъ окружные суды.

Прав. объ устр. с. ч. ст. 30.

Вторую инстанцію для коммерческихъ судовъ составляетъ четвертый департаментъ сената; только отъ коммерческаго суда г. Варшавы дѣло переходитъ въ общіе суды (въ суд. палату). *H. d. S.*

Уст. суд. торг. ст. 52; Уст. гр. суд. ст. 1642.

Не противорѣчатъ ли правила такого обжалованія общему значенію торговаго суда? Если признавать необходимымъ особый составъ для суда по торговымъ дѣламъ, въ интересахъ правильной юрисдикціи, то подобныя же основанія имѣютъ силу и для судовъ апелляціонныхъ. Поэтому послѣдовательно привлекаются въ нѣкоторыхъ странахъ (напр., въ Баваріи и въ Виртембергѣ) торговые судьи къ производству по торговымъ дѣламъ и въ судахъ второй инстанціи.

Иногда предлагаютъ ограничить коммерческій судъ одною инстанціею, въ силу самого рода сужденія въ торговыхъ дѣлахъ, на основѣ общей справедливости и обычая (*Kompe* въ *Zeitschr. f. d. Handelsr.* IX р. 116—119).

Вторую инстанцію (апелляціонную или ревизионную) для духовнаго суда консисторіи составляетъ св. синодъ.

Уст. духовн. консист. ст. 237, 255, 256.

Правительствующій сенатъ, въ качествѣ верховнаго суда, не составляетъ инстанціи. Онъ не рѣшаетъ дѣлъ по существу, а лишь наблюдаетъ за охраненіемъ точной силы закона и за единообразнымъ его исполненіемъ всѣми судебными установленіями имперіи.

Кассационному суду принадлежит право не перерѣшенія, а отмѣны рѣшеній, и высшаго надзора за судебными установленіями.

Учр. суд. уст. ст. 5, 64, 119¹; Уст. гр. суд. ст. 792 и слѣд. — Въ частности для коммерческихъ судовъ, исключая варшавскій, особое присутствіе при государственномъ совѣтѣ удостоверяется въ степени основательности жалобы на судебные (прежніе) департаменты сената. Т. X, ч. 2, ст. 511 по прод. 90 г.

Такою функцію по отношенію къ окончательнымъ рѣшеніямъ мировыхъ судей и гминнаго суда отправляетъ мировой съѣздъ;

Уст. гр. суд. ст. 189, 1507; Учр. суд. уст. ст. 513. На Кавказѣ кассационную инстанцію по дѣламъ мировыхъ судебныхъ установленій (и окружныхъ судовъ), составляетъ мѣстная тифлисская судебная палата (Уст. гр. суд. ст. 1470 ¹), а на сѣверѣ — архангельская палата гражд. и уголовн. суда (ст. 10 прилож. къ ст. 29 прим. 2 Уст. гр. суд. по прод. 1890 г.).

по отношенію къ окончательнымъ рѣшеніямъ земскихъ начальниковъ и городскихъ судей — уѣздные съѣзды;

Прав. о пр. суд. дѣль ст. 133.

по отношенію къ рѣшеніямъ уѣздныхъ съѣздовъ — губернское присутствіе, причемъ если министръ юстиціи усмотритъ, изъ дошедшихъ до него свѣдѣній, что губернское присутствіе, при разбирательствѣ или рѣшеніи судебного дѣла, допустило явное отступленіе отъ истиннаго смысла закона, то, по сношеніи съ министромъ внутреннихъ дѣлъ, онъ предлагаетъ о томъ сенату, для установленія правильнаго и единообразнаго примѣненія закона и возстановленія нарушеннаго порядка. Однимъ словомъ: тутъ допускается кассационный судъ надъ кассационными же судами ²).

¹) Противъ этого см. замѣтку въ Журн. гр. и уг. права 1891, кн. 5, стр. 37—39.

²) Самое сильное возраженіе противъ кассац. функціи гу-

Полож. о зем. уч. нач. ст. 123; Прав. о пр. с. д. ст. 133; Высоч. утв. мнѣніе гос. сов. 29 дек. 1889 г. п. 1, 2; Учр. с. у. ст. 119^б по прод. 90 г.

по отношенію къ волостнымъ судамъ, по прежнимъ законамъ, — уѣздное по крестьянскимъ дѣламъ присутствіе, по новымъ же правиламъ — уѣздные сѣзды ¹⁾).

Особ. прил. къ IX т. св. зак. ст. 109 прим.; Врем. прав. о вол. с. ст. 32.—Въ прибалтійскомъ краѣ кассационнымъ судомъ по окончательнымъ рѣшеніямъ волостнаго суда будетъ верхній крестьянскій судъ, а по рѣшеніямъ верхняго крестьянскаго суда — мировой сѣздъ. Волостной судебный уставъ. Прав. о произв. гр. д. ст. 123—133.

Просьбы объ отиѣнѣ рѣшеній окружныхъ судовъ, постановленныхъ по обжалованію отъ уѣздныхъ членовъ окружнаго суда, обращаются въ сенатъ ²⁾.

Прав. объ устр. суд. части ст. 30. Срав. Уст. гр. суд. ст. 189.

Отношенія между судами высшими и низшими. -- По отпра-

бернскаго присутствія заключается въ томъ, что въ составъ этого присутствія на 7 членовъ входитъ лишь одинъ представитель судебного вѣдомства и одинъ прокуратуры (Полож. о зем. нач. ст. 105), а такой неюридическій составъ едва ли компетентенъ для руководства судебной практикой по установкѣ его юридическихъ началъ (*Загоровскій* въ Юридич. Вѣстн. 1891 сентябрь стр. 85, 86). Поэтому нельзя возражать противъ права министра юстиціи переносить дѣло на толкованіе сената. Но, опять, этотъ переносъ обставленъ такими случайными и хлопотливыми условіями, что едвали, въ дѣйствительности, онъ будетъ во всѣхъ случаяхъ отклоненія губерн. присутствія отъ истиннаго смысла закона являться его корректоромъ (Судебн. газета 21 января 1890 г. стр. 3).

¹⁾ *Филатовъ*. Порядокъ обжалованія рѣшеній волостныхъ судовъ и уѣздныхъ сѣздовъ (въ Юридич. Вѣстн. 1891 май — июнь).

²⁾ *Загоровскій* въ Юрид. Вѣстн. cit. стр. 84.

ленію правосудія низшій судъ пользуется полною самостоятельностью. Въ производствѣ и рѣшеніяхъ онъ свободенъ отъ всякаго давленія высшаго суда. Но по данному дѣлу судъ низшей инстанціи обязанъ подчиниться рѣшенію высшей инстанціи; по другимъ же процессамъ, въ которыхъ будетъ поднятъ тотъ же правовой вопросъ, судъ уже нисколько не связанъ рѣшеніями высшей инстанціи. Конечно, на практикѣ суды низшіе нерѣдко примѣняются къ рѣшеніямъ судовъ высшей инстанціи, особенно къ рѣшеніямъ однообразно повтореннымъ по однимъ и тѣмъ же вопросамъ, — примѣняются частью потому, что не могутъ не проникнуться внутренней справедливостью хорошо мотивированныхъ рѣшеній, но частью и изъ опасенія, чтобы при настойчивости не подвергать своихъ постановленій перерѣшенію ¹⁾. — Совсѣмъ особенное значеніе для всѣхъ судовъ имперіи имѣютъ опредѣленія кассационнаго суда ²⁾.

Рядомъ съ такой самостоятельностью низшихъ судовъ установленъ общій надъ ними надзоръ судовъ высшихъ въ порядкѣ подчиненности, а именно: кассационнымъ департаментамъ и соединенному присутствію перваго и кассационныхъ департаментовъ сената — за всѣми судебными установленіями имперіи; судебнымъ палатамъ — за судебными мѣстами ихъ округа, исключая мирового суда; мировымъ сѣздамъ — за мировыми судьями ихъ округа, за гминными судами въ варшавскомъ судебномъ округѣ.

Учр. суд. уст. ст. 64, 119 ^{1, 2}, 249, 440, 499. Въ архангельской губерніи надзоръ за мировыми судьями порученъ арханг. палатѣ угол. и гражд. суда (Высоч. утв. мн. Гос. Сов. 12 дек. 1888 г. ст. 7); а въ Закавказь — окружнымъ судамъ (Учр. суд. уст. ст. 452).

По закону 12 іюля 1889 г. высшій надзоръ въ губерніи за земскими начальниками и уѣздными сѣздами предоставленъ губернскому присутствію.

Полож. о зем. нач. ст. 113, 121.

¹⁾ *Hellmann. Civilproc.* p. 70.

²⁾ См. выпускъ I стр. 95.—97.

Болѣе же непосредственный надзоръ за низшими судами, въ томъ числѣ и за волостнымъ, принадлежитъ уѣздному съѣзду.

Полож. о зем. нач. ст. 83—89.—Въ губерніяхъ прибалтійскихъ надзоръ за волостными и верхними крестьянскими судами возложенъ на съѣзды мировыхъ судей (Вол. суд. уст. ст. 43—46).

Надзоръ выражается: въ правѣ требовать отъ подвѣдомственныхъ судебныхъ установленийъ свѣдѣній и объясненій; при замѣченныхъ неправильныхъ дѣйствіяхъ, безпорядкахъ или злоупотребленіяхъ — въ правѣ разяснить, въ чемъ именно состояли неправильность, или упущеніе въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, отмѣнить постановленія и распоряженія, противныя установленному закономъ порядку или же общему или особымъ наказамъ, если такая отмѣна не нарушаетъ правилъ уставовъ гражд. и уголовн. судопр. о предѣлахъ правъ и власти высшей инстанціи и о порядкѣ отмѣны постановленій и распоряженій, и принимать мѣры къ возстановленію нарушеннаго порядка по каждому отдѣльному дѣлу или случаю и даже привлекать къ отвѣтственности въ порядкѣ дисциплинарнаго производства. Кроме того кассационные департаменты сената могутъ съ Высочайшаго разрѣшенія производить ревизію судебныхъ установленийъ чрезъ сенаторовъ этихъ департаментовъ.

Учрежд. суд. уст. ст. 249¹, 250, 257.

Кассационнымъ же департаментомъ сената принадлежитъ право дѣлать предостереженіе или замѣчаніе какому-либо судебному мѣсту въ цѣломъ его составѣ или въ составѣ присутствія.

Учр. суд. уст. ст. 265.

3) *Суды коллегіальные и единоличныя.* — Суды будутъ коллегіальными или единоличными смотря потому, участвуютъ ли въ производствѣ нѣсколько судей такъ, что заключеніе большинства считается рѣшеніемъ суда, или юрисдикція отправляется только единымъ судьейю.

По вопросу о томъ, какому суду, — коллегіальному или еди-

ноличному, — слѣдуетъ отдать предпочтеніе, въ наукѣ большое разногласіе.

Большинство теоретиковъ ¹⁾ стоитъ за коллегіальный судъ, полагая, что большее число судей лучше обезпечиваетъ справедливость и правильность рѣшенія, что такой составъ суда представляетъ болѣе знанія, честности и независимости. По ихъ мнѣнію, особенно въ трудныхъ сложныхъ дѣлахъ требуется столько особенныхъ качествъ, каковыхъ не легко найти въ одномъ человѣкѣ; наоборотъ изъ нѣсколькихъ судей одинъ можетъ отличаться острою памятью, другой — мудростью, третій — глубокимъ знаніемъ положительнаго права. Въ сложныхъ дѣлахъ голосованію обыкновенно предшествуетъ обсужденіе и вотъ тутъ вопросъ, уже подготовленный разбирательствомъ и рѣчами, еще разъ освѣщается передъ судьями. При обсужденіи могутъ выясниться новыя точки зрѣнія и такимъ образомъ нерѣдко мнѣніе самого искуснаго судьи можетъ пасть передъ здравымъ смысломъ расходящагося съ нимъ сочлена. Тутъ болѣе, чѣмъ когда либо, приложима поговорка: „изъ спора выясняется истина“. Затѣмъ, объѣпъ идей даетъ конечному заключенію печать мудрости, зрѣлости. Отъ того момента, когда младшій членъ подаетъ свое мнѣніе, до мнѣнія председателя вопросъ освѣщается съ самыхъ разнообразныхъ сторонъ. Тутъ весьма рѣдко можетъ случиться, чтобы всѣ судьи были подъ влияніемъ одного и того же предвзятого мнѣнія ²⁾. Такимъ образомъ коллегіальное производство обезпечиваетъ отъ заблужденія, односторонности и произвола, а тѣмъ внушаетъ и большее къ себѣ довѣріе; помимо того, что всякое рѣшеніе, принятое многими совокупно, имѣетъ въ глазахъ общества болшій вѣсъ, чѣмъ рѣшеніе одного лица ³⁾. Вообще чѣмъ больше участвуетъ лицъ въ учрежденіи, тѣмъ болѣе

¹⁾ См. напр., *Ihering. Zweck im Recht* I p. 391 sq.; *Desjardins. Etudes sur l'inamovibilité de la magistrature* 1880 p. 35, 52; *Renouard. Discussion sur l'organisation judiciaire en France* etc. (въ *Comptes rendus* t. XCVIII p. 508).

²⁾ *Bordeaux. Philosophie d. l. proc. civ.* p. 286, 287.

³⁾ *Gerau. Ueber Einzelrichter* (въ *Archiv f. d. civ. Praxis* Bd. 32 p. 219, 220).

за нимъ вѣса и достоинства въ глазахъ общества ¹⁾. Наконецъ, полагаютъ, что коллегіальность больше гарантируетъ честность суды; одного судью легче подкупить, чѣмъ многихъ ²⁾.

Другіе теоретики отдають предпочтеніе единоличному судѣ, приводя такія основанія ³⁾: 1) Единоличность способствуетъ развитію въ производствѣ всѣхъ существенныхъ качествъ судьи. Такъ, честность судьи зависитъ отъ его отвѣтственности предъ трибуналомъ общественнаго мнѣнія и предъ закономъ; причеиъ лишь на него одного ложится вся данная отвѣтственность. Стоя предъ лицомъ публики, онъ не имѣетъ иной опоры, какъ правильность его рѣшеній, не имѣетъ другой защиты, какъ общее уваженіе. Коллегіальность же многообразно ослабляетъ отвѣтственность судей и всегда пропорціонально ихъ числу. Давая извѣстный вѣсъ, коллегіальность вызываетъ въ публикѣ, или части ея, родъ снисхожденія, поощряющаго къ несправедливымъ актамъ, на которые одинъ судья не имѣлъ бы достаточной рѣшимости. Затѣмъ, коллегіальность даетъ возможность отдѣльному члену слагать съ себя отвѣтственность за судебный актъ: „это не мое мнѣніе, но я подчинился общему взгляду“. При раздѣленіи мнѣній каждый можетъ спастись подъ защиту неизвѣстнаго меньшинства. Кроме того вообще нравственная отвѣтственность, распространяясь на многихъ, всегда ослабляется; стыдъ за несправедливость расплывается въ толпѣ. Единный же судья неразрывно связанъ съ своими актами, ему не за что спрятаться отъ нихъ. Далѣе, коллегіальность находитъ въ самой себѣ опору своимъ дѣйствіямъ противъ общественнаго мнѣнія, а именно, въ мнѣніи товарищей. Единный же судья падаетъ подъ тяжестью общаго порицанія. Уже сказанное открываетъ въ колле-

¹⁾ Nam gravitatem res habet, cum frequens ordo est. Cic. de legibus 1, 3.

²⁾ Bordeaux. Philosophie d. l. pr. civ. p. 288.

³⁾ Напр., Charles Comte. Considérations sur le pouvoir judic. p. 65, 66, 70; Bertrand Réf. judic. p. 408. Lerminier. Philosoph. du droit liv. 5 ch. 4. Но особенно Bentham Organisation judic. ch. X p. 49 — 68; Picard. Rapport sur la question du juge unique 1887 и цитир. на p. 59 - 61.

гiальности легкіе пути къ совращенію, къ соблазну. Помимо того она даетъ возможность уклоняться, простымъ отсутствіемъ, отъ подачи мнѣнія, которое компрометировало бы отдѣльнаго члена. Нельзя также утверждать, что коллегiальность гарантируетъ большія способности, лучшее ознакомленіе съ дѣломъ. Не надо забывать, что единый судья не остается предоставленнымъ самому себѣ: предъ нимъ двѣ враждебныя стороны, которыя стараются снабдить его фактами, законами, всякими доказательствами, и притомъ съ большими рвеніемъ и усиліями, чѣмъ цѣлое собраніе судей. Въ затрудненіи же онъ можетъ спросить мнѣніе свѣдующаго правовѣда. Что касается его личныхъ способностей, то также нельзя сказать, чтобы однимъ судьей будетъ вложено въ производство менѣе способностей, чѣмъ многими. При коллегiальности энергія умственныхъ качествъ должна ослабляться при расчетѣ одного члена на другихъ; одному же судѣе не на кого рассчитывать. Поэтому, тогда какъ и талантливый членъ коллегiальнаго суда можетъ усыпить свои способности, единый судья будетъ всегда развивать всѣ усилія для ознакомленія съ дѣломъ и пріобрѣтенія знаній ¹⁾). Зависимый только отъ самого себя, не имѣющій возможности сослаться на вліяніе другихъ, сваливать отвѣтственность за дурное рѣшеніе на товарищей, судья необходимо будетъ относиться къ дѣлу съ тщательнымъ вниманіемъ. Въ этомъ отношеніи нѣтъ ничего лучшаго, какъ нераздѣльная отвѣтственность, тяготеющая на одномъ лицѣ ²⁾). — 2) При единоличномъ судѣ достигается сравнительная быстрота рѣшеній; при коллегiальности же всякія разсужденія, разногласія, вызванныя нерѣдко просто дурнымъ настроеніемъ духа или упрямствомъ, самолюбіемъ, нечестностью или невѣжествомъ, оттягиваютъ окончаніе дѣла. — 3) Единоличный судъ стоитъ меньше и даетъ возможность обставить его матеріально лучше, чѣмъ многихъ судей, и этимъ достигнуть лучшей качественности суда.

Защитники какъ коллегiальнаго, такъ и единоличнаго суда ссы-

¹⁾ *Ch. Comte. Considérat. p. 70.*

²⁾ *Saint Girons. Essai sur la séparation des pouvoirs, p. 430.*

лаются въ общее подтвержденіе своихъ взглядовъ на жизненные факты ¹⁾.

Нельзя не признать, что въ доводахъ какъ за одну, такъ и за другую систему содержится много истиннаго. Отсюда попытки къ примиренію и между прочимъ въ той формѣ, что для суда первой инстанціи признаютъ болѣе правильнымъ единонаго судью, а для апелляціоннаго и кассационнаго — коллегію. Дѣйствительно, въ силу какихъ соображеній можетъ быть предоставлено одному лицу право обезсилить рѣшеніе другого и почему его рѣшеніе будетъ обладать болѣею авторитетностью? Затѣмъ, рѣшеніе, постановленное судьей первой инстанціи, даетъ предположеніе въ пользу выигравшей стороны и тѣмъ дѣлаетъ вторичное обсужденіе вообще болѣе труднымъ ²⁾. Тѣ же соображенія еще съ болѣею силой относятся къ производству кассационному. Поэтому если организовать суды первой инстанціи на системѣ единоличной, то всѣ данные будутъ за коллегіальность судовъ апелляціонныхъ и кассационныхъ.

По мнѣнію другихъ ³⁾ на началѣ единоличномъ должны быть организованы суды низшіе, отправляющіе правосудіе по обыденнымъ спорамъ, относительно несложнымъ и сравнительно не крупнаго интереса. Достоинство такого суда выражается въ доступности его, въ быстротѣ и дешевизнѣ производства, тогда какъ обратныя качества всякаго коллегіальнаго суда будутъ для данныхъ обыденныхъ дѣлъ вызывать отказы отъ своихъ правъ. Но за изытіемъ дѣлъ низшей юстиціи, отнесенныхъ сюда, на основѣ жизненныхъ явленій, началами подсудности, всѣ прочія дѣла должны подлежать вѣдѣнію коллегіальнаго суда, какъ въ первой, такъ и во второй инстанціи. Коллегіальный же судъ постановляетъ о неокончательныхъ рѣшеніяхъ низшаго суда.

¹⁾ Ср. *Bordeaux. Philos.* p. 290—292 и *Bentham. Organis.* p. 64—67; *Picard cit.* p. 46 sq.

²⁾ *Jousserandot. Du pouvoir judiciaire et de son organisation en France* p. 148, 155.

³⁾ *Gerau. Ueber Einzelrichter* p. 220 sq.

Въ современныхъ ¹⁾ законодательствахъ допущены какъ единоличныя, такъ и коллегіальныя суды, приче́мъ иногда (напр., въ Португаліи, въ Мексикѣ) всѣ суды первой инстанціи — единоличныя, а суды апелляціонныя—коллегіальныя ²⁾. Но чаще всего только низшіе суды сформированы по системѣ единоличной.

У насъ принята вторая система. Такъ, единоличными судьями будутъ: 1) мировые судьи, между которыми различаются участковые и почетные мировые судьи. Въ извѣстныхъ округахъ (въ варшавскомъ судебномъ округѣ) почетныхъ мировыхъ судей не полагается, въ нѣкоторыхъ же мѣстностяхъ (въ обѣихъ столицахъ, въ архангельской губерніи, въ губерніяхъ варшав. суд. округа и прибалтійскихъ) учреждены еще добавочныя мировые судьи, а въ другихъ (на Кавказѣ)—помощники мировыхъ судей;

Учр. суд. уст. ст. 3, 16, 40¹, 438, 446, 450, 474, 559 и ст. 569 (по прод. 90 г.); прилож. къ ст. 12 (прим. 2) по прод. 90 г. ст. 2; Правил. объ устр. суд. части ст. 2, 3.

2) земскіе участковые начальники; 3) городскіе судьи; 4) уѣздные члены окружнаго суда.

Полож. о зем. участк. началн. ст. 5; Правила объ устройствѣ суд. части ст. 5, 27. — Во Франціи на началѣ единоличномъ организованы суды мировой. Juge de paix судить одинъ; такъ назыв. *suppléants* имѣютъ своимъ назначеніемъ замѣщать его въ случаяхъ болѣзни, отсутствія и другихъ тому подобныхъ законныхъ препятствій къ отправленію должности.—Въ Германіи единоличный судъ — Amtsgericht.

5) По закону 3 іюня 1891 г. дѣла упрощеннаго производства разрѣшаются единолично однимъ изъ членовъ окружнаго суда, по назначенію.

Уст. гр. суд. ст. 365 ⁵, ⁶ (по прод. 91 г.).

¹⁾ Въ Римѣ только опредѣленныя дѣла поступали на разсмотрѣніе коллегіальнаго суда (*recuperatores, centumviri*), общимъ же правиломъ судъ тамъ былъ единоличный.

²⁾ *Garsonnet. Traité d. l. proc. civ. I p. XII p. 1.*

Всѣ остальные суды — коллегіальные.

Учр. суд. уст. ст. 3.

Коллегіальный судъ состоитъ изъ предсѣдателя (въ сенатѣ — первоприсутствующій), иногда товарищей предсѣдателя и определеннаго числа членовъ.

Всѣ входящіе въ коллегію имѣютъ въ существенномъ равныя права. Но предсѣдателю, кромѣ того, принадлежитъ представительство суда и высшее руководительство дѣятельностью суда ¹⁾. Такъ, предсѣдатель даетъ общее направленіе дѣлу, руководитъ производствомъ, наблюдаетъ за виѣшнимъ благочиніемъ засѣданій. Виѣ засѣданій суда предсѣдателю принадлежитъ право на многія единоличныя распоряженія и приказы.

См. пока Учрежд. суд. уст. ст. 68, 144, 149, 154. (ср. Gerichts—v. §§ 176, 177; Civ. Pr. Ordn. §§ 127, 131, 193). — Уст. гр. суд. ст. 254, 265, 598, 599, 600, 938—940, 1222 ², 1500—Врем. прав. о вол. судѣ ст. 9.

Въ каждомъ судебномъ мѣстѣ ближайшій надзоръ за скорымъ и правильнымъ движеніемъ дѣлъ и за точнымъ исполненіемъ должностными лицами своихъ обязанностей принадлежитъ предсѣдателю (первоприсутствующему) даннаго суда. Но предсѣдатель судебной палаты имѣетъ подобный надзоръ и за окружными судами, подвѣдомственными палатѣ.

Учр. суд. уст. ст. 251, 251¹; Уст. суд. торг. ст. 78, 80.

Предсѣдатель мирового съѣзда имѣетъ надзоръ за мировыми судьями и гминными судами округа, причемъ ревизію каждаго гминнаго суда онъ обязанъ производить не менѣе одного раза въ годъ.

Учр. суд. уст. ст. 64, 499.

Надзоръ предсѣдателя выражается въ правѣ отвращать собственными распоряженіями замѣченныя упущенія и въ правѣ привлекать виновныхъ къ ответственности въ порядкѣ дисциплинарнаго производства.

¹⁾ *Kleinfeller*. Die Funktionen des Vorsitzenden 1885.

Учр. суд. уст. ст. 251.

На отдѣльных членовъ суда, сверхъ общихъ судейскихъ обязанностей, могутъ быть возлагаемы особенныя функции. Такъ, одному изъ членовъ поручается докладъ дѣла въ засѣданіи; такой членъ носитъ названіе члена докладчика. По закону 3 іюня 1891 года объ упрощенномъ судопроизводствѣ постановленіемъ общаго собранія окр. суда на отдѣльнаго члена можетъ быть возложено производство и разрѣшеніе дѣла. Въ засѣданія члену могутъ быть поручены самыя разнообразныя дѣйствія по подготовкѣ и производству дѣла, какъ-то допросъ свидѣтелей, дознаніе чрезъ околныхъ людей, осмотръ на мѣстѣ, повѣрка письменныхъ доказательствъ.

Уст. гр. суд. ст. 271, 365⁵,⁶ (по прод. 91 г.), 386 413, 508, 534, 1342, 1355, 1456; Уст. торг. ст. 617.—По закону 12 іюля 1889 г. эти обязанности при окружныхъ судахъ исполняютъ уѣздные члены окружнаго суда. Прав. объ устр. суд. части ст. 34.—Ср. Civ. Pr. Ordn. §§ 314, 326.

Нѣкоторымъ членамъ судебной коллегіи присвоено названіе „непремѣнныхъ членовъ“. Такъ, въ мировыхъ съѣздахъ одному изъ мировыхъ судей, по общему ихъ соглашенію, поручаются какъ приготовительныя распоряженія по дѣламъ, подлежащимъ разсмотрѣнію съѣзда, такъ и исполненіе другихъ нѣкоторыхъ особенныхъ обязанностей. Такой судья именуется непремѣннымъ членомъ мирового съѣзда. Въ губернскихъ присутствіяхъ полагаются два непремѣнные члена, которыхъ особенныя обязанности состоятъ въ ближайшемъ наблюдении за дѣлопроизводствомъ и въ исполненіи порученій присутствія, какъ обрѣвизованіе земскихъ начальниковъ и уѣздныхъ съѣздовъ.

Учр. суд. уст. ст. 57; Уст. гр. суд. ст. 189. — Полож. о зем. уг. нач. ст. 105, 109, 111, 113. Въ варшавскомъ судебномъ округѣ и въ губерніяхъ прибалтійскихъ обязанности непремѣннаго члена въ мировомъ съѣздѣ исполняются самимъ предсѣдателемъ. Тамъ-же гдѣ имѣются добавочные мировые судьи, на нихъ могутъ быть возлагаемы постановленіемъ съѣзда обязанности непремѣннаго члена. Учр. суд. уст. ст. 45¹, 57, 518, 577 (по прод. 90 г.).

Въ коммерческихъ судахъ и въ окружныхъ судахъ различаютъ еще такъ назыв. старшихъ членовъ, которыхъ назначеніе въ главномъ заступать предсѣдателя.

Уст. суд. торг. ст. 74; Учр. суд. уст. ст. 78³.

Боллегиальные суды въ большинствѣ подлежатъ дѣленію, — у насъ: на департаменты (сенатъ, судебныя палаты), или на отдѣленія (окружные, коммерческіе суды, (отчасти духовные суды), а иногда и мировые сѣзды).

Учр. суд. уст. ст. 78, 111, 114. — Уст. суд. торг. ст. 2, 44 (особыя отдѣленія для вексельныхъ дѣлъ въ С.-Петербургѣ, Москвѣ и Одессѣ).—Уст. дух. консист. ст. 294.—Во Франціи — *chambres*; въ Германіи — *Kammern* и *Senaten*.

По опредѣленнымъ дѣламъ департаменты, отдѣленія соединяются въ общее собраніе.

Учр. суд. уст. ст. 78¹, 119; Уст. гр. суд. ст. 365^{5, 6} (по прод. 91 г.).

При такомъ раздѣленіи обыкновенно одинъ департаментъ, одно отдѣленіе вѣдаетъ гражданскія, а другой — ое уголовныя дѣла, откуда и наименованіе ихъ департаментами, отдѣленіями, гражданскими и уголовными.

Учр. суд. уст. ст. 78⁵, 113.—Ср. *Ger. Verfass. Ges.* §§ 59, 120, 132. — Во Франціи апелляціонный судъ дѣлится на три камеры: гражданскаго суда, исправительной полиціи и обвинительной камеры. — Въ Германіи земскій судъ заключаетъ въ себѣ, кромѣ камеръ гражданскихъ и уголовныхъ, еще торговую камеру (*Handelskammer*) для разбора торговыхъ дѣлъ.

Затѣмъ, въ нѣкоторыхъ западныхъ законодательствахъ предписывается періодическій переходъ членовъ изъ одного отдѣленія въ другое. Такъ, во Франціи ежегодно практикуется (только не въ кассационномъ судѣ) т. назыв. *l'opération de roulement*, имѣющее своимъ назначеніемъ перемѣнять составъ отдѣленія въ лицѣ товарищей предсѣдателя и членовъ на одну треть ихъ числа ¹⁾. Это

¹⁾ См. у *Jonas*. Studien p. 275, 276.

последовательное призваніе судьи къ дѣламъ всякаго рода выполнять профессиональное его образованіе, мѣшаетъ юрисдикціи выродиться въ рутину, чему способствуетъ служебное товарищество однихъ и тѣхъ же лицъ, а также препятствуетъ постоянному вліянію болѣе способнаго и энергичнаго члена на своихъ всегдашнихъ товарищей, и т. д. ¹⁾. — Сначала у насъ подобной мѣры не было принято изъ опасенія, что не достанетъ лицъ достаточно подготовленныхъ и къ гражданской, и къ уголовной юрисдикціи. Но затѣмъ законъ 20 мая 1885 г. допускаетъ подобное обновленіе состава департаментовъ и отдѣленій перемѣщеніемъ части членовъ изъ одного въ другой, хотя для палаты такое перемѣщеніе оговорено лишь настоятельно въ томъ необходимостию.

Учр. суд. уст. ст. 78 ⁵, 113.

Составъ коллегіальныхъ судовъ. — По Судебнымъ Уставамъ Александра II къ коллегіальнымъ судамъ принадлежатъ:

1) *Гминный судъ*, состоящій изъ гминнаго судьи и лавниковъ. Предсѣдательствуетъ гминный судья, а при его отсутствіи лавникъ, предварительно назначенный для того мировымъ съѣздомъ. Въ случаѣ недостатка наличныхъ лавниковъ, для составленія присутствія гминный судья или заступающій его мѣсто приглашаетъ кандидатовъ лавниковъ по установленной гминнымъ судомъ очереди.

Учрежд. суд. уст. ст. 468, 490—492.

2) *Мировые съѣзды* въ Царствѣ Польскомъ состоятъ изъ особаго предсѣдателя и мировыхъ и гминныхъ судей каждаго мирового округа. Только варшавскій городской съѣздъ составляется безъ участія гминныхъ судей. Гминные судьи присутствуютъ въ съѣздѣ по очереди, въ числѣ, опредѣляемомъ особыми росписаніями, которыя составляются предсѣдателями мировыхъ съѣздовъ. Но при этомъ въ присутствіи мирового съѣзда мировые и гминные судьи должны быть въ равномъ числѣ.

Учрежд. суд. уст. ст. 475, 517.

¹⁾ *Garsonnet. Précis* p. 63, 65, 75, 79.

Участіе въ сѣздѣ гминныхъ судей объясняется тѣмъ, что они знакомы съ обычаями, на основаніи которыхъ могли быть постановлены рѣшенія гминнаго суда ¹⁾, а затѣмъ гминные судьи, какъ не юристы, засѣдая въ сѣздѣ, получаютъ возможность приобрести юридическія свѣдѣнія отъ мировыхъ судей.

Мировые сѣзды въ остальныхъ мѣстностяхъ имперіи, гдѣ они сохранены послѣ закона 1889 г., состоятъ изъ почетныхъ и участковыхъ мировыхъ судей, подѣ предсѣдательствомъ одного изъ мировыхъ судей, по избранію самого сѣзда, или по назначенію министра юстиціи изъ числа мировыхъ судей (въ губерн. астрах., оренб. и девяти западныхъ) или подѣ предсѣдательствомъ особо назначеннаго къ тому лица (въ губерн. прибалт.).

Учр. суд. уст. ст. 17 и прим., 559.

3) *Окружные суды* состоятъ изъ предсѣдателя, товарищей предсѣдателя и членовъ. Товарищи предсѣдателя распределяютъ между собою, по взаимному соглашенію, отдѣленія суда для постоянного предсѣдательства, исключая того отдѣленія, въ которомъ присутствуетъ предсѣдатель. Кромѣ того они заступаютъ, по старшинству, предсѣдателя въ исправленіи его обязанностей по окружному суду.

Учр. суд. уст. ст. 77—78¹⁻³. — При выѣздахъ окружнаго суда въ уѣздный городъ въ составъ его присутствія призывается уѣздный членъ окружнаго суда. Прав. объ устр. суд. ч. ст. 36.

4) *Судебныя палаты*. Каждый департаментъ судебной палаты состоитъ изъ предсѣдателя и опредѣленнаго штатами числа членовъ. Въ общемъ собраніи всѣхъ департаментовъ палаты предсѣдательствуетъ одинъ изъ предсѣдателей департаментовъ, который называется старшимъ предсѣдателемъ.

Учр. суд. уст. ст. 112, 113.

5) *Кассационный судъ*. Въ каждомъ кассационномъ де-

¹⁾ Уст. гр. суд. ст. 1501.

парламентъ правительствующаго сената состоитъ определенное штатами число сенаторовъ, изъ которыхъ одинъ назначается первоприсутствующимъ. Первоприсутствующимъ въ общемъ собраніи кассационныхъ департаментовъ сената назначается одинъ изъ первоприсутствующихъ въ этихъ департаментахъ или въ соединенномъ присутствіи перваго и кассационныхъ департаментовъ сената.

Учр. суд. уст. ст. 118, 119.

По закону 1889 г. къ коллегіальнымъ судамъ относятся:

1) *Уѣздные сѣзды*, которые составляются, подъ предѣтельствомъ уѣзднаго предводителя дворянства (а въ мѣстностяхъ, гдѣ не производится дворянскихъ выборовъ, — подъ предѣтельствомъ особаго предѣдателя), изъ уѣзднаго члена окружнаго суда, почетныхъ мировыхъ судей, городскихъ судей и земскихъ начальниковъ. Уѣздный членъ окружнаго суда заступаетъ отсутствующаго предѣдателя сѣзда.

Полож. о зем. уч. нач. ст. 73.

2) *Губернское присутствіе* состоитъ, подъ предѣтельствомъ губернатора, изъ губернскаго предводителя дворянства, вице-губернатора, прокурора или его товарища, предѣдателя или члена находящагося въ губернскомъ городѣ окружнаго суда и двухъ непремѣнныхъ членовъ.

Полож. о зем. уч. нач. ст. 105.

Составъ спеціальныхъ судовъ:

1) *Волостной судъ* состоитъ изъ определеннаго числа судей и предѣдателя, котораго по закону 1889 г. избираетъ, изъ числа волостныхъ судей, уѣздный сѣздъ. Сѣздъ, если признаетъ нужнымъ, можетъ возложить обязанности предѣдателя на мѣстнаго волостнаго старшину.

Общ. пол. о крестьян. ст. 93 п. 1; Временныя прав. о волостн. судѣ ст. 1.—Право назначать волостн. старшину предѣдателемъ суда прямо противорѣчитъ ст. 3 п. 6. Врем. пр. о несовмѣстительствѣ (см. также ст. 104

Общ. полож. о крестьян.) и вообще это едва ли может быть желательнымъ съ точки зрѣнія независимости суда отъ административной власти (*Тютрюмовъ* въ Жур. гр. и уг. пр. 1890, 1 стр. 21). — Въ губерніяхъ прибалтійскихъ волостной судъ состоитъ изъ волостныхъ судей, кандидатовъ къ нимъ и избраннаго членами волостнаго суда изъ среды своей предсѣдателя. (Волостн. суд. уст. ст. 7, 10).

Суды станичныя состоятъ изъ опредѣленнаго числа станичныхъ, почетныхъ судей и избираемаго ими изъ своей среды предсѣдателя, но офицеръ становится предсѣдателемъ, въ силу своего званія.

Полож. объ общ. управл. стан. каз. войскъ ст. 47, 52.

2) Коммерческій судъ состоитъ изъ опредѣленнаго числа членовъ (и кандидатовъ для ихъ замѣщенія), — частью назначаемыхъ правительствомъ, частью избираемыхъ купечествомъ, — предсѣдателя и товарищей его. Затѣмъ, въ частности составъ тѣхъ и другихъ коммерческихъ судовъ опредѣляется особыми положеніями.

Уст. суд. торг. ст. 1 — 6, 19; Кодексъ торг. ст. 615—630. — Ср. составъ камеръ для торговыхъ дѣлъ въ Германіи §§ 111—117 Ger. Verfs. Ges. — Составъ коммерч. суда во Франціи см. *Boussene. Introd.* p. 361; *Garsonnet. Précis* p. 68—72.

3) Духовныя суды. Присутствіе консисторіи состоитъ изъ опредѣленнаго штатомъ числа членовъ, иногда съ присоединеніемъ еще сверхштатныхъ членовъ. Членами консисторіи состоятъ: архимандриты, игумены, іеромонахи, протоіереи и іереи.

Уст. духовн. консист. ст. 278—280. — Организацию духовныхъ судовъ иностранныхъ исповѣданій см. въ т. XI ч. I св. зак. съ продолж.

Правоспособность суда.

Правоспособность суда, иначе необходимыя условія осуществленія судебной власти, могутъ заключаться или въ самомъ судѣ,

или въ дѣлахъ подсудныхъ ему, отсюда а) личная правоспособность и б) предметная правоспособность суда.

~~6~~
а) **Личная правоспособность суда.**

По служебной легитимации судей составъ суда будетъ надлежащій, когда судьи призваны къ отправленію судейскихъ обязанностей съ соблюденіемъ установленныхъ закономъ условій.

Призваніе судьи можетъ исходить отъ самихъ тяжущихся (третейскій судъ), отъ мѣстнаго общества, или отъ судейской коллегіи, или отъ центрального органа судебной административной власти, или непосредственно отъ верховной власти.

Главнѣйшее и общее дѣленіе способовъ призванія судей, это — выборъ и назначеніе.

Замѣщеніе судейскихъ должностей.

Въ современныхъ законодательствахъ извѣстны два общихъ способа замѣщенія судейскихъ должностей: *выборъ* и *назначеніе* отъ правительства. Теорія отмѣчаетъ болѣе или менѣе крупные недостатки какъ одного, такъ и другаго способа замѣщенія.

Такъ, выборное начало основываютъ ¹⁾ на томъ соображеніи, что не можетъ быть ничего желательнѣе, какъ предоставить судъ лицамъ, избраннымъ самими тяжущимися. Выборъ есть установленіе какъ бы третейскаго суда на будущее для всей общины избирателей. Выборъ на столько естественъ, на сколько естественно желаніе имѣть своего судью. Только такой судья будетъ пользоваться довѣріемъ тяжущихся ²⁾.

Но такимъ разсужденіямъ противопоставляютъ слѣдующія возраженія. Прежде всего выборность стѣсняетъ кругъ кандидатовъ на судебныя должности предѣлами избирательныхъ округовъ и уже этимъ закрываетъ судейскую карьеру для многихъ способныхъ, добросо-

¹⁾ См. напр. *Colfavru. La réforme judiciaire 1884.*

²⁾ См. Соображенія Госуд. Канцеляріи объ основ. началахъ судопроизводства стр. 30.

вѣстныхъ и свѣдующихъ людей, а съ другой стороны, въ тоже время, можетъ оставить округъ безъ достойныхъ кандидатовъ. Затѣмъ, выборность вручаетъ все дѣло по образованію состава судебныхныхъ установленій такимъ лицамъ, которыя по своимъ свѣдѣніямъ и по роду занятій не могутъ оцѣнить ни должной подготовки, ни соответствующихъ качествъ въ кандидатахъ. Въ дѣйствительности, какъ отличать избиратели не только знающаго отъ невѣжи, но и честнаго отъ безчестнаго? ¹⁾ Вообще народъ нельзя считать способнымъ къ избранію хорошихъ судей. Обыкновенно выборъ его падаетъ не на болѣе достойнаго, а на болѣе популярнаго. Лица, всего болѣе способныя выполнять судейскія обязанности, всегда отличаются сдержанностью въ отношеніяхъ къ другимъ и слишкомъ строги въ принципахъ для того, чтобы могли соединить на себѣ большинство голосовъ при выборахъ ²⁾.

Данныя соображенія выступаютъ еще съ болѣею силою тамъ, гдѣ выборность соединена со срочностью службы. Обыкновенно полагаютъ, что выборъ, какъ заявленіе довѣрія избирателей, долженъ періодически возобновляться ³⁾; избиратели должны имѣть возможность высказываться о своихъ кандидатахъ ⁴⁾. Но тѣмъ самымъ положеніе судей становится весьма неопредѣленнымъ, прекарнымъ, и въ силу этого отъ судейской карьеры начнутъ уклоняться люди, посвятившіе свою юность долгимъ и утомительнымъ занятіямъ по области права ⁵⁾. Съ другой стороны періодичность выборовъ можетъ лишить суды людей уже доказанной опытности, ставя на ихъ мѣсто новыхъ лицъ; а между тѣмъ судейская дѣя-

¹⁾ *Desjardins. Études sur l'inamovibilité de la magistrature* 1880 p. 113.

²⁾ *Kent. Commentaries on american laws* 1 p. 272.

³⁾ Выборность можетъ быть соединена и съ несмѣняемостью, какъ это принято въ нѣкоторыхъ законодательствахъ. *Desjardins cit.* p. 116, 117.

⁴⁾ *Bentham. De l'organisation jud.* p. 98.

⁵⁾ *Bordeaux. Philosophie d. l. proc.* p. 325, 326. См. *Мальшевъ. Курсы* I стр. 92.

тельность, какъ рѣшающія вопросы собственности и вообще дорогихъ жизненныхъ благъ, требуетъ по преимуществу глубокаго опыта. Наконецъ, хотя можно допустить, что въ переизбраніи личныя качества, заслуги, будутъ служить извѣстной рекомендаціей передъ массою избирателей, но также нельзя поручиться и за то, что въ главномъ выборъ будетъ обезпеченъ не этими достоинствами, а интригами, протекторствомъ и въ особенности угодничествомъ передъ влиятельной партией ¹⁾. Дѣйствительно, судья, избранный на опредѣленный срокъ, находится въ полной зависимости отъ своихъ избирателей; онъ не можетъ не чувствовать ихъ давленія, не быть въ вѣчномъ опасеніи потерять мѣсто. Страхъ передъ тѣмъ, кто можетъ вліять на переизбраніе, вмѣстѣ съ признательностью за выборъ, служатъ достаточно сильными побужденіями, чтобы кривить судейскою совѣстью ²⁾.

X За систему назначенія судей правительствомъ приводятся въ главномъ слѣдующія соображенія. Съ одной стороны, полагаютъ, власть при назначеніи судьи будетъ болѣе осторожна и строга въ требованіяхъ, чѣмъ толпа избирателей ³⁾, а съ другой стороны для назначеннаго судьи будетъ менѣе побужденій ко всякимъ нарушеніямъ служебнаго долга, чѣмъ при системѣ періодическихъ выборовъ. На эти доводы за систему назначеній опытъ отвѣчаетъ съ несомнѣнною очевидностью, что въ чистомъ видѣ эта система имѣетъ слишкомъ явные недостатки, чтобы можно было на ней остановиться. Тутъ нѣтъ никакихъ гарантій, что на судейскія мѣста будутъ попадать люди съ долгой служебной карьерой, съ большимъ знаніемъ, опытомъ и съ хорошей репутаціей, а не креатуры, или лица, расположенныя къ безусловному повиновенію тому, кто ихъ назначилъ (т. наз. визиріатъ ⁴⁾). Но если даже и устранить

¹⁾ *Bentham*. *Organ. jud.* p. 45, 46.

²⁾ *S. Girons*. *Séparation des pouvoirs* p. 435 — 437. — Нѣтъ недостатка въ указаніяхъ на подобныя явленія въ опытѣ нашего выборнаго суда.

³⁾ *Desjardins* cit. p. 120.

⁴⁾ См. послѣдствія примѣненія этой системы, напр., для Бельгій у *Picard*. *Juge unique* p. 16—33.

всякій произволъ при назначеніи, то все таки нельзя признать единоличную волю способной къ должной оцѣнкѣ всѣхъ кандидатовъ на судебныя должности. Подобная невозможность представляется несомнѣнною при системѣ назначенія однимъ министромъ юстиціи для всѣхъ судебныхъ округовъ государства; но нельзя отрицать такой же затруднительности при правѣ представленія или прямого назначенія, представленномъ высшимъ должностнымъ лицамъ отдѣльнаго округа ¹⁾).

Въ виду указанныхъ недостатковъ системъ простого выбора и назначенія уже давно измышлялись разные проекты для обхода этихъ недостатковъ.

Такъ, предлагали систему двойныхъ выборовъ, по которой власти принадлежало бы право представлять на выборъ кандидатовъ. Также предлагали назначеніе предоставить исполнительной власти, но въ лицѣ особаго совѣта, избираемаго законодательною властью (Dejardins cit. p. 113 — 115). Въ свое время обращено было вниманіе на предложеніе пускать вакантныя судейскія мѣста на конкурсъ (*Bordeaux. Philosophie* p. 328). Въ принципѣ противъ послѣдвгаго предложенія ничего сказать нельзя: этотъ способъ замѣщенія несомнѣнно долженъ давать обществу способныхъ и дѣятельныхъ судей. Оставался только вопросъ пракческаго приложенія этой мысли. Задачу эту разрѣшило законодательство испанское въ законѣ 1870 г. учрежденіемъ такъ назв. конкурсной комиссіи, имѣющей назначеніемъ составлять списки кандидатовъ на судебныя должности, въ качественномъ ихъ порядкѣ, для представленія къ назначенію министромъ юстиціи. По такому же признанію заслугъ опредѣляется, съ нѣкоторыми отклоненіями въ пользу старшинства, право назначенія отъ короны и дальнѣйшее движеніе по службѣ (*Муравьевъ. Новое судоустройство Испаніи* (въ Юрид. Вѣстн. 1879 г. т. 2 стр. 89 — 95).

Чаще всего останавливаются на системѣ представленій (pré-

¹⁾ Соображенія госуд. канцеляріи стр. 31—33.

sentations) суда. По этой системѣ замѣщеніе членскихъ и предсѣдательскихъ мѣстъ въ судахъ совершается по выбору самого суда кандидатовъ, представляемыхъ затѣмъ на утвержденеіе высшей власти (система самопополненія). Для единоличныхъ судей такое представленіе предоставляется высшему коллегіальному суду; причемъ выборъ долженъ производиться между кандидатами уже известными по отправленію службы за опредѣленный срокъ ¹⁾. Система представлений, ограничиваясь не большимъ числомъ уже зарекомендовавшихъ себя юристовъ, думаютъ, будетъ необходимо отмѣчать людей дѣйствительно достойныхъ ²⁾. Но такіа ожиданія могутъ легко не осуществиться; представленіе можетъ быть дѣломъ личныхъ интересовъ вліятельныхъ членовъ представляющей коллегіи ³⁾.

Предлагалось много путей для правильнаго представленія. Такъ, во Франціи нѣкто Пико думалъ право представленія на каждую открывшуюся вакансію представить суду и коллегіи адвокатовъ и профессоровъ юридическихъ факультетовъ, каждому изъ этихъ учрежденій по одному кандидату (см. у Палаузова въ Журн. гр. и уг. пр. 1882 кн. 8 стр. 122—124). О предложеніи Араго см. у Desjardins cit. p. 52, 53.

Что касается положительныхъ законодательствъ, то въ большинствѣ западныхъ государствъ преобладаетъ исключительно система назначеній. Таковъ порядокъ замѣщенія судейскихъ должностей, напр., во Франціи (съ конца 18-го вѣка); въ Германіи всѣ судьи назначаются государственною властью ⁴⁾; также и въ Англіи всѣ судьи центральныхъ и графскихъ судовъ назначаются отъ правительства ⁵⁾.

¹⁾ *Bentham*. *Organis. jud.* p. 42.

²⁾ *S. Girons*. *Séparations des pouvoirs* p. 439, 440.

³⁾ *Flourens*. *Organisation judiciaire et administr. de la France et de la Belgique* p. 153.

⁴⁾ *Gerichtsverfaßs.* § 127.

⁵⁾ *Schuster*. *D. bürgerl. Rechtspf. in England* p. 6.

Система выборовъ господствуетъ въ С. Американскихъ Штатахъ и въ нѣкоторыхъ кантонахъ Швейцаріи.

Въ другихъ государствахъ, какъ напр. въ Нидерландахъ съ 1877 г. и въ Бельгіи принята система представленій ¹⁾.

По Судебнымъ Уставамъ Александра II у насъ весьма широко примѣнялось выборное начало для замѣщенія низшихъ судовъ, но затѣмъ закономъ 12 іюля 1889 г. это начало было значительно ограничено.

Въ настоящее время избранію подлежатъ слѣдующіе разряды судей:

1. *Мировые судьи*, за опредѣленными изъятіями, подлежатъ избранію отъ всѣхъ сословій. При этомъ мировые судьи столицъ и города Одессы избираются городскими думами; по всѣмъ другимъ городамъ и уѣздамъ — уѣздными земскими собраніями. Если же на уѣздное земское собраніе явится менѣе, ¹² гласныхъ, то избраніе мировыхъ судей того уѣзда производится въ губернскомъ земскомъ собраніи. Порядокъ выбора слѣдующій. За три мѣсяца до выборовъ составляется списокъ лицъ, имѣющихъ право быть выбранными. Въ эти списки вносятся: 1) всѣ состоящіе въ должности почетныхъ и участковыхъ мировыхъ судей и 2) всѣ прочія лица данного мирового округа, имѣющія право на занятіе должности мирового судьи. Составленный списокъ сообщается губернатору или градоначальнику на замѣчаніе и затѣмъ публикуется, для общаго свѣдѣнія, въ губернскихъ вѣдомостяхъ, за два мѣсяца до выборовъ. Жалобы и заявленія на неправильное внесеніе въ списокъ или на пропуски и заявленія лицъ, внесенныхъ въ списки, но не желающихъ быть избранными, подаются въ земское собраніе или въ городскую думу. Списки избранныхъ въ судьи представляются председателемъ земскаго собранія или городскимъ головою на утверждѣніе перваго департамента сената; причемъ относительно лицъ, противъ коихъ высказался губернаторъ или градоначальникъ, дѣлается сношеніе съ министрами юстиціи. ^{3 m.}

Учрежд. суд. уст. ст. 10, 24 — 40; Прав. объ устр. суд. части ст. 2, 3. — Спеціальныя временныя правила ^{2 m.}

¹⁾ Const. art. 99.

объ избраніи мировыхъ судей въ области Войска Донскаго и въ вошедшихъ въ нее округахъ Ростовскаго и Таганрогскаго см. Учр. суд. уст. прилож. 1 и 2 къ ст. 24 прим. по прод. 90 г.

② *Волостные судьи.* По прежнимъ законамъ для составленія волостного суда избираются ежегодно волостнымъ сходомъ (или сельскимъ, если волость состоитъ изъ одного сельскаго общества) отъ четырехъ до 12 очередныхъ судей. По новымъ правиламъ каждое сельское общество избираетъ одного кандидата въ волостные судьи, причемъ, однако, общее число избранныхъ лицъ не должно быть менѣе восьми. Если волость состоитъ менѣе чѣмъ изъ восьми сельскихъ обществъ, то недостающее до означеннаго комплекта число кандидатовъ избирается тѣми обществами, которыми это будетъ предоставлено уѣзднымъ съѣздомъ. Изъ состава избранныхъ лицъ земскій участковый начальникъ утверждаетъ четыре въ должностяхъ волостныхъ судей, а остальныхъ назначаетъ кандидатами къ нимъ на тотъ же срокъ.

Противъ такого неограниченнаго права утвержденія земскимъ начальникомъ, дающаго ему возможность дѣлать произвольный подборъ суда, высказываются сильныя возраженія. См. напр. *Тютрюмовъ* въ Журн. гр. и уг. пр. 1890 кн. 1 стр. 23.

Отъ должностей волостного судьи и кандидата къ нему никто не въ правѣ отказываться, за исключеніемъ случаевъ, указанныхъ въ законѣ.

Общ. полож. о крестьян. ст. 93, 119; Времен. прав. о вол. судѣ ст. 2, 4.—О порядкѣ избранія волостныхъ судей въ губерніяхъ прибалтійскихъ см. Волостн. судебн. уставъ ст. 7—14.

Для составленія суда станичныхъ судей станичнымъ сборомъ каждой станицы избираются, по его усмотрѣнію, отъ 4 до 12 судей. Для составленія суда почетныхъ судей тѣмъ же сборомъ избираются, сверхъ того, въ каждой станицѣ отъ 3 до 6 почетныхъ судей.

Положен. объ общ. управл. стан. ст. 47.

3) Члены коммерческих судов (и кандидаты для замещения их) выбираются, в известном составе, местным купечеством, а в столицах — также кандидаты в председатели и их товарищи, которые утверждаются по представлению министра юстиции Государемъ.

Уст. суд. торг. ст. 1, 7—23. Учрежд. суд. уст. ст. 543; Код. торг. ст. 618—623.

4) Гминные судьи и лавники, последние в числе не менее трех, избираются гминным сходомъ. Списки лиц, имеющих право быть избранными в гминные судьи и лавники, составляются по каждой гминѣ отдельно гминными войтами (волостные старшины), по совѣщанію съ солтысами (сельские старосты). В эти списки вносятся 1) состоящие в должностях гминных судей и лавниковъ и 2) всѣ лица, имѣющія право на занятіе должностей гминнаго судьи и лавника. — Списки представляются уѣздному начальнику для повѣрки имъ правильности и полноты каждаго списка и для разрѣшенія жалобъ и заявленій на неправильное внесеніе в списокъ или же на сдѣланные в немъ пропуски. После этого уѣздный начальникъ препровождаетъ списки в гмины для производства по нимъ выборовъ. — Для производства выборовъ в должности гминныхъ судей, всѣ гминные судебные округа раздѣляются на три очереди съ тѣмъ, чтобы происходили ежегодно в одной третьей части сихъ округовъ, в однообразные по губерніи сроки. Предположенія о времени производства выборовъ и распределеніи гминныхъ судебныхъ округовъ на очереди составляются надлежащимъ мировымъ съѣздомъ, в присутствіи прокурора, и постановленіе съѣзда поступаетъ чрезъ губернатора на обсужденіе губернскаго по крестьянскимъ дѣламъ присутствія. При согласіи послѣдняго постановленіе съѣзда приводится в исполненіе, при разногласіи — дѣло представляется на разрѣшеніе варшавскаго генералъ-губернатора. — Списки избранныхъ кандидатовъ представляются уѣзднымъ начальникомъ губернатору, который, в случаѣ замѣченныхъ неправильностей выбора или особыхъ препятствій къ нему, дѣлаетъ распоряженіе о производствѣ новыхъ выборовъ подъ непосредственнымъ наблюденіемъ уѣзднаго начальника, — в против-

номъ же случаѣ губернаторъ, по предварительному соглашенію съ прокуроромъ окружнаго суда, утверждаетъ въ должностяхъ лицъ, избранныхъ въ лавники и въ кандидаты къ нимъ (при разногласіи между губернаторомъ и прокуроромъ споръ разрѣшается министромъ юстиціи), а списки избранныхъ кандидатовъ въ должности гминыхъ судей представляются губернаторомъ министру юстиціи для утвержденія или для назначенія, помимо ихъ, до слѣдующихъ выборовъ другихъ лицъ.

Учр. суд. уст. ст. 477—488.

Всѣ остальные судейскія мѣста замѣщаются путемъ назначенія отъ правительства, причемъ только кандидаты въ члены общихъ судовъ могутъ быть указываемы, по избранію, самими судами. Такъ,

Отъ правительства, т. е. министромъ юстиціи, назначаются мировые судьи и предсѣдатели изъ числа ихъ въ девяти западныхъ губерніяхъ, въ измаильскомъ уѣздѣ и въ губерніяхъ астраханской и оренбургской, а также на Кавказѣ и Закавказьѣ. Тѣмъ же путемъ замѣщаются должности мировыхъ судей и особыхъ предсѣдателей мирового съѣзда въ Царствѣ Польскомъ и въ прибалтійскихъ губерніяхъ. При этомъ назначеніи министр юстиціи входитъ въ соглашеніе на Кавказѣ съ главноначальствующимъ, а въ Царствѣ Польскомъ — съ варшавскимъ генераль-губернаторомъ.

Учрежд. суд. уст. ст. 10 прим., ст. 17 прим., ст. 40², прил. II. 438, 439, 445, 447 (по прод. 92 г.), 505, 560 (по прод. 90 г.).

Члены окружныхъ судовъ и судебныхъ палатъ. Въ случаѣ открытія вакансіи члена общихъ судовъ составляется общее собраніе суда или палаты для совѣщанія, при участіи прокурора, о кандидатахъ на данную должность. Затѣмъ представленіе объ избранныхъ кандидатахъ, по изъявленіи ими согласія на принятіе должности, поступаетъ къ министру юстиціи чрезъ старшаго предсѣдателя судебной палаты. Представляя, затѣмъ, Государю о кандидатахъ, избранныхъ окружнымъ судомъ или судебною палатою, министръ можетъ указать отъ себя другихъ лицъ, имѣющихъ право на занятіе данныхъ судейскихъ должностей.

Учр. суд. уст. ст. 213—215.

Предсѣдателямъ, товарищи предсѣдателей окружныхъ судовъ, старшіе предсѣдатели, предсѣдатели департаментовъ судебныхъ палатъ (въ Закавказьѣ и члены общихъ судовъ) прямо назначаются Высочайшею властью, по представленіямъ министра юстиціи.

Учрежд. суд. уст. ст. 212, 447 (по прод. 92 г.).

Сенаторы кассационныхъ департаментовъ сената и первоприсутствующіе департаментовъ и общаго собранія назначаются Высочайшими именными указами, по непосредственному усмотрѣнію Государя.

Учр. суд. уст. ст. 216.

По закону 12-го іюля 1889 г. всѣ должности съ судебною властью замѣщаются назначеніемъ отъ правительства.

Земскіе участковые начальники. На каждую вакантную должность земскаго начальника губернаторъ, по совѣщаніи съ губернскимъ и мѣстнымъ уѣзднымъ предводителемъ дворянства, избираетъ по одному кандидату изъ списка даннаго уѣзда, а въ случаѣ невозможности пополнить все требуемое число кандидатовъ изъ внесенныхъ въ сей списокъ лицъ, — производитъ выборъ недостающаго числа кандидатовъ изъ списковъ другихъ уѣздовъ той-же губерніи. Избранныхъ кандидатовъ губернаторъ представляетъ министру юстиціи, съ приложеніемъ мнѣнія предводителей дворянства, если они были несогласны съ даннымъ выборомъ. Министръ или утверждаетъ лицъ предложенныхъ губернаторомъ или предводителемъ дворянства, или предлагаетъ губернатору избрать другое лице.

Полож. о зем. нач. ст. 13, 14.

Городскіе судьи назначаются министромъ юстиціи.

Прав. объ устр. суд. ч. ст. 6.

Уѣздный членъ окружнаго суда назначается тѣмъ же порядкомъ, что и другіе члены суда.

Прав. объ устр. суд. ч. ст. 27.

Кандидаты въ члены консисторіи представляются епархіальнымъ архіереемъ на утверждение св. синода.

Уст. дух. консист. ст. 280.

Суды сидячіе и съѣзжіе.

Тѣмъ или другимъ способомъ организованные суды могутъ быть *сидячіе* ¹⁾ или же *съѣзжіе*, переѣзжающіе, т. е. или они прикрѣплены къ опредѣленному мѣсту своего судебного округа и только тутъ отправляютъ правосудіе, или же они перемѣщаются по различнымъ центрамъ округа и туда приносятъ судебную помощь.

Со стороны непрерывности отправленія правосудія суды должны быть сидячими, со стороны же удобствъ нуждающихся въ судебной помощи, иначе — доступности для нихъ суда, переѣзжающіе суды представляются весьма желательными. Современныя законодательства склоняются болѣе къ чистому типу сидячихъ судовъ.

Съѣзжіе суды извѣстны, напр., въ Англіи и въ Америкѣ (*Bulletin de la société de législation comparée* 1873 p. 55 sq.; p. 380 sq.; *Annuaire de législation étrangère* 1878 p. 775 sq.). — Во Франціи нѣсколько разъ подымался вопросъ о съѣзжихъ судахъ (въ 1791, 1793, 1848, 1876 годахъ), но эти попытки ничѣмъ не кончились. И у насъ подробно обсуждалось подобное же предложеніе, которое также было отвергнуто при ссылкѣ главнымъ образомъ на примѣръ Франціи (см. Соображенія Госуд. Канцеляріи объ основныхъ началахъ судоустройства и т. д. стр. 12—29).

По нашимъ законамъ отъ начала осѣдлости судовъ допускаются слѣдующія незначительныя отклоненія.

Окружные суды на Кавказѣ могутъ открывать свои засѣданія не только въ городахъ ихъ нахожденія, но и въ другихъ мѣстахъ ихъ округа.

Учр. суд. уст. ст. 443, 455.

¹⁾ Tribunaux sédentaires.

Председатель мирового съезда может, в случае надобности, открывать особые съезды, сверх срочных, во вперед объявляемых мѣстахъ.

Учр. суд. уст. ст. 54.

Мировые судья, а въ Царствѣ Польскомъ и гминные судья, могутъ производить разбирательство подвѣдомыхъ имъ дѣлъ на мѣстахъ, гдѣ они возникли, выѣзжая для этого туда.

Учр. суд. уст. ст. 41, 493.

По новымъ учрежденіямъ земскому начальнику не только предоставляется, по его усмотрѣнію, производить разбирательство, кромѣ какъ въ мѣстѣ его жительства, и въ другихъ селеніяхъ его участка, — но ему даже вѣняется въ обязанность производить разборъ на мѣстѣ, если представляется необходимость допросить значительное число людей, живущихъ въ одномъ селеніи.

Полож. о зем. нач. ст. 54.

Условія для замѣщенія судейской должности.

Юрисдикція есть отправленіе государственной власти, поэтому отъ судьи прежде всего требуется право гражданства; онъ долженъ пользоваться политическими правами. Изъ этого слѣдуетъ, что, по общему правилу, иностранцы не могутъ быть судьями; равно какъ потеря правъ гражданства или потеря только права занимать публичныя должности лишаетъ возможности быть судьей.

Учр. суд. уст. ст. 200.—Изъ ст. 19 Учрежд. (...тѣ изъ мѣстныхъ жителей...) слѣдуетъ, что въ мировые судья могутъ быть избираемы и иностранцы. Затѣмъ членами архангельскаго коммерческаго суда также могутъ быть иностранцы (Уст. суд. торг. ст. 18). — Учр. суд. уст. ст. 21 п. 2; ст. 201 п. 2; Вол. суд. уст. ст. 8 п. г.

По той же причинѣ общимъ правиломъ современныхъ законодательствъ судьями могутъ быть только лица мужского пола, ибо женщины не призваны къ государственнымъ должностямъ.

Затѣмъ, отправленіе правосудія должно быть поручаемо постояннымъ, профессіональнымъ судьямъ, судьямъ по призванію, а не случайно привлеченнымъ къ тому лицамъ. Общее преимущество судьи по призванію надъ судьей случайнымъ заключается въ несомнѣнно большемъ знаніи своего дѣла, въ большемъ безпристрастіи, вырабатываемомъ постояннымъ упражненіемъ воли, въ большей находчивости, даваемой опытомъ. Нельзя также отказать въ благотѣльномъ значеніи, для отправленія суда, традиціи судейскаго сословія ¹⁾. Поэтому, за нѣкоторыми только изъятіями, по всѣмъ современнымъ законодательствамъ судейскія мѣста замѣщаются профессиональными судьями и самое большее что допускается смѣшанный составъ изъ профессиональныхъ и случайныхъ судей.

Такой смѣшанный составъ представляютъ во многихъ иностранныхъ государствахъ суды коммерческіе (также суды шеффеновъ). При этомъ нерѣдко опасеніе за неустойчивость сужденія временныхъ судей вызывало стремленіе предоставить въ смѣшанныхъ судахъ преобладающее вліяніе судьямъ профессиональнымъ; признавалось необходимымъ сохранить предсѣдательство и руководительство въ торговыхъ судахъ за профессиональнымъ судьей, какъ за носителемъ знанія положительнаго гражданскаго права и торговаго судопроизводства ²⁾. — Затѣмъ, самое обоснованіе такихъ смѣшанныхъ судовъ считается теперь весьма многими крайне слабымъ. Все оно сводится къ специальному знакомству случайныхъ судей съ родомъ разсматриваемыхъ дѣлъ. Но несомнѣнно всякій юристъ, посвятившій себя юрисдикціи по торговымъ дѣламъ, всегда имѣетъ возможность приобрѣсти достаточныя къ тому свѣдѣнія, а съ другой стороны нельзя ожидать, чтобы выборные отъ купечества знали всѣ отрасли торговой индустріи (правила банковъ, законы морскихъ договоровъ и т. д.). Въ случаяхъ же затрудненія профессиональнымъ судьямъ всегда открыта воз-

¹⁾ *Ihering. Zweck im Recht* 1 p. 404 sq.

²⁾ О числовомъ отношеніи профессиональныхъ судей къ непрофессиональнымъ см. у *Kompe* въ *Zeitschr. f. d. Handelsr.* Bd. IX p. 85 – 91.

возможность запрашивать заключение свѣдующихъ людей (см. *Азаревичъ*. Правда въ гражд. процессѣ 1888 стр. 21—24).

У насъ смѣшанный судъ — судъ коммерческій и вполнѣ народный — судъ волостной. Практика послѣдняго достаточно выяснила, на сколько не профессиональные судьи лишены мѣры для сужденія всегда одинаково по строго соблюдаемымъ началамъ права ¹⁾; почему въ законѣ 1889 г. найдено необходимымъ поставить рѣшенія этихъ судовъ подъ существенный контроль профессиональныхъ судей.

Для надлежащаго отправленія юрисдикціи для всякого судьи необходимы, прежде всего, общія качества зрѣлости ума, опытности, авторитетности. Все это можно предполагать лишь при известномъ возрастѣ лица; а потому современныя законодательства требуютъ отъ судьи опредѣленныхъ лѣтъ.

Напр., во Франціи установлены различныя возрасты для различныхъ судейскихъ должностей, смотря по ихъ важности: 25 л., 27 л., 30 л. и даже 40 лѣтъ (предсѣдатели коммерческихъ судовъ).

Конечно, лица даннаго возраста не должны быть лишены, по постороннимъ причинамъ, способности воспринятія и сужденія, какъ напр. безумные, глухіе въ устномъ процессѣ, и т. п. Такія лица вмѣстѣ съ несовершеннолѣтними считаются абсолютно неспособными судьями (*judices inhabiles*).

Затѣмъ судья долженъ соединять въ себѣ три главнѣйшихъ качества: образованіе, честность и независимость ²⁾.

Судья долженъ обладать соответствующими своему призванію знаніями, онъ долженъ быть юридически образованнымъ. Одного здраваго смысла для отправленія судейскихъ обязанностей недостаточно. Юридическій анализъ фактовъ, познаніе законовъ не по буквальному только ихъ смыслу, но и по внутреннему ихъ разуму,

¹⁾ См. напр. *Зарудный*. Законы и жизнь 1874.

²⁾ *Bordeaux*. Philosophie d. l. procéd. civ. p. 322.

требуютъ отъ судьи особаго юридическаго образованія ¹⁾. Знанія, требуемыя отъ судьи, должны имѣть не только теоретическій, но и практическій характеръ. Для утвержденія въ первомъ требуется прохожденіе высшаго курса юридическихъ наукъ ²⁾ и послѣдующее спеціальное испытаніе; второе приобретається работой при судахъ въ теченіи опредѣленнаго времени (стажъ) и иногда провѣряется еще новымъ испытаніемъ.

Во Франціи двухлѣтній стажъ при апелляціонномъ судѣ. } Въ Германіи три года подготовки (Vorbereitungszeit).—При этомъ такая подготовка, по нѣкоторымъ законодательствамъ, основательно предполагается у университетскихъ преподавателей права, почему для нихъ открыты, по самому ихъ званію, судейскія мѣста. *Gerichtsv. Ges. § 4.*

По нѣкоторымъ иностраннымъ законодательствамъ извѣстный разрядъ низшихъ судей, какъ мировые судьи, муниципальные судьи (въ Испаніи) и др. освобождены отъ представленія какого-либо образовательнаго ценза. Такъ, во Франціи искони держится воззрѣніе, что для мирового судьи достаточно одного здраваго смысла и поэтому отъ нихъ не требуется никакихъ доказательствъ приобретенныхъ юридическихъ знаній, не требуется ни диплома, ни стажа. Но тамъ же давно и возстаютъ противъ этого предразсудка, какъ проповѣдывающаго невѣжество и вмѣстѣ покровительствующаго произволу (см. *Currasson. Traité sur la compétence des juges de paix t. 1 préface p. 13*). Теперь уже многіе сознаютъ, что одного здраваго смысла не достаточно для отправленія мировой юстиціи. Призванный рѣшать нерѣдко вопросы большой трудности судья долженъ обладать обширной юридической эрудиціей (*Bonfils. Procéd. civ. p. 138*).

¹⁾ Сочбраж. Госуд. Канц. объ осн. нач. судоустройства стр. 68.

²⁾ Въ иностранной литературѣ иногда требуютъ не простаго университетскаго диплома, а докторства. Это объясняется тѣмъ, что университетскій дипломъ за границей получается весьма легко (*Bonfils. Procédure civ. p. 137; Desjardins Etudes sur l'Inamovib. p. 99, 100*).

Съ другой стороны, дѣла, подчиненныя мировому суду, имѣютъ для заинтересованныхъ не меньшее значеніе, чѣмъ интересы, подчиненныя суду окружному. Поэтому, опять, представляется необходимостью, чтобы мировые судьи набирались изъ лицъ, изучавшихъ право (*Jonas. Studien* p. 232). Въ этомъ смыслѣ за послѣднее время составленъ во Франціи проектъ новой организаціи мировой юстиціи (*Pabon. Réforme des justices de paix* 1890 p. 39. См. также сводъ мнѣній и законодательныхъ проектовъ у *Payenneville. Essai sur la réforme des justices de paix en France* 1882 p. 239 sq.).

По мнѣнію редакторовъ нашихъ Судебныхъ Уставовъ, отъ лицъ, посвятившихъ себя судебному поприщу, требуется приложеніе всѣхъ силъ, поддерживающихъ нравственное достоинство чело- вѣка, причѣмъ образованность имѣетъ беспорядо самое благодѣ- тельное на нравственныя качества влияние ² 1).

По нашимъ законамъ судьи призываются и назначаются на службу, если они удовлетворяютъ опредѣленнымъ условіямъ: физи- ческимъ, нравственнымъ, умственнымъ (образовательный и слу- жebníи цензъ), а также имущественнымъ (имущественный цензъ), для извѣстнаго разряда судей.

Изъ числа этихъ условій образовательный цензъ не могъ быть приложенъ для всѣхъ судей въ одинаковомъ объемѣ. Общій уровень образованія у насъ и вообще недостатокъ въ образован- ныхъ людяхъ заставилъ законодателя къ отступленію болѣе или менѣе значительному отъ требованія высшаго юридическаго обра- зованія для судьи. Для нѣкоторыхъ разрядовъ судей установлено требованіе лишь средняго высшаго образованія, для другихъ толь- ко низшаго, для другихъ одной грамотности; а наконецъ, въ крестьянскіе судьи допущены даже безграмотные.

Имущественный цензъ для судей изъ мѣстныхъ обывателей установленъ въ виду тѣхъ соображеній, чтобы судейскія мѣста бы- ли заняты людьми, наиболѣе заинтересованными въ сохраненіи об- щественнаго порядка, наиболѣе связанными съ обывателями тож-

1) Осн. полож. XXXIV.

дествомъ общихъ интересовъ, наиболѣе соединяющими въ себѣ условія довѣрія, образованія и опытности ¹⁾.

Лица, неудовлетворяющія какому либо изъ предписанныхъ для судьи условій, считаются, за немногими изъятіями, абсолютно неспособными занимать судейскія должности. Въ частности со стороны нравственныхъ качествъ законодатель признаетъ абсолютно неспособными судьями слѣдующіе разряды лицъ: опороченные по суду или приговоромъ сословнаго учрежденія, т. е. ¹⁾ состоящіе подъ слѣдствіемъ или судомъ за преступленія или проступки, а равно подвергшіеся, 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, въ которымъ они принадлежать. Затѣмъ, ³⁾ объявленные несостоятельными должниками и ⁴⁾ состоящіе подъ опекою за расточительность. — Въ частности не могутъ быть избираемы въ волостные судьи: ¹⁾ лица, судившіяся за кражу, мошенничество, присвоеніе или растрату чужого имущества и судебными приговорами не оправданныя, а равно подвергшіяся по суду тѣлесному наказанію, заключенію въ тюрьмѣ или иному болѣе строгому наказанію; ²⁾ содержатели трактировъ и питейныхъ заведеній.

Учр. суд. уст. ст. 21, 201, 527; Полож. о зем. уч. нач. ст. 10; Прав. объ устр. суд. части ст. 6; Врем. прав. о вол. судѣ ст. 3 пп. а, б. (ср. Волостн. суд. уст. для губ. прибавл. ст. 8).

Затѣмъ, для замѣщенія отдѣльныхъ разрядовъ судей нашъ законъ выставляетъ слѣдующія положительныя условія:

Мировые судьи могутъ быть избираемы и назначаемы изъ лицъ, которыя имѣютъ не менѣе 25 лѣтъ отъ роду, получили об-

¹⁾ Журналъ соедин. департ. госуд. сов. 1862 г. N 65 стр. 310.

разованіе въ высшихъ или среднихъ учебныхъ заведеніяхъ, или выдержали соотвѣтствующее сему испытаніе, или же прослужили не менѣе трехъ лѣтъ въ такихъ должностяхъ, при исправленіи которыхъ могли приобрести практическія свѣдѣнія въ производствѣ судебныхъ дѣлъ. Кроме того для избранія, но не во всѣхъ случаяхъ назначенія, требуется, чтобы кандидаты въ мировые судьи сами или ихъ родители или жены владѣли, хотя бы въ разныхъ мѣстахъ, извѣстнымъ имуществомъ, а именно: или пространствомъ земли вдвое противъ того, которое опредѣленно для непосредственнаго участія въ избраніи гласныхъ въ уѣздныя земскія собранія ¹⁾, или другимъ недвижимымъ имуществомъ цѣною не ниже 15 т. р., а въ городахъ недвижимою собственностью, оцѣненной для взиманія налога: въ столицахъ не менѣе 6 т. руб., въ прочихъ же городахъ не менѣе 3 т. р. Инымъ образомъ опредѣляется имущественный цензъ для мировыхъ судей назначаемыхъ правительствомъ въ губерніяхъ астраханской, оренбургской, девяти западныхъ и прибалтійскихъ. На Кавказѣ и въ Царствѣ Польскомъ имущественнаго ценза отъ мировыхъ судей не требуется. Сверхъ всего этого характерное условіе избранія мировыхъ судей — принадлежность ихъ къ числу мѣстныхъ жителей.

Учр. суд. уст. ст. 19, 505; Прилож. II къ ст. 40², для Кавказа ст. 438, 441, 448; для прибалтійскихъ губерній ст. 560—562 (по прод. 90 г.).

По исключенію земскому собранію и думѣ предоставляется право избирать въ мировые судьи лицъ и не удовлетворяющихъ специальнымъ условіямъ избранія, а именно: не мѣстныхъ жителей, недостигшихъ 25 лѣтъ, безъ образовательнаго и имущественнаго ценза. Но при этомъ требуется единогласіе въ избраніи

Учр. суд. уст. ст. 34.

Гминные судьи и лавники. Въ гминные судьи могутъ быть избираемы только жители данныхъ гминъ, при томъ не моложе 25 лѣтъ, владѣющіе на правѣ собственности, въ предѣлахъ гмины,

¹⁾ Полож. зем. учр. ст. 23, п. 1, прил.

землю, въ размѣрахъ, установленныхъ для избранія въ должность гминнаго войта, и получившіе образованіе въ учебныхъ заведеніяхъ, не ниже начальныхъ училищъ, или же прослужившіе не менѣе трехъ лѣтъ въ такихъ должностяхъ, при отправленіи которыхъ могли приобрести практическія свѣдѣнія въ производствѣ судебныхъ дѣлъ. — Въ лавники могутъ быть избираемы жители гмины, владѣющіе землею въ количествѣ не менѣе шести морговъ, христіане и не моложе 25 лѣтъ. Они могутъ быть только грамотными.

Учр. суд. уст. ст. 478. — Образовательный цензъ для гминныхъ судей и лавниковъ, при всеословности гминнаго суда, основательно признается слишкомъ незначительнымъ. *Юркевичъ* въ Юрид. Вѣстн. 1881, 11, стр. 468.

Общія суды. Для замѣщенія должности предсѣдателя, товарища предсѣдателя и членовъ въ общихъ судахъ требуется, чтобы опредѣляемое лице было русскимъ подданнымъ. Образовательный цензъ такого лица долженъ состоять въ окончаніи университета или другихъ высшихъ учебныхъ заведеній или въ выдержаніи экзамена въ соотвѣтствующихъ наукахъ. Но могутъ быть опредѣляемы и лица, только доказавшія на службѣ свои познанія по судебной части ¹⁾. Последней оговоркой предполагалось, что у насъ еще не имѣется достаточнаго числа людей юридически образованныхъ. Кромѣ образовательнаго, для занятія судебской должности, требуется еще служебный цензъ. Помимо общихъ правилъ о кандидатурѣ на судебныя должности ²⁾, въ Суд. Уставахъ имѣются слѣдующія положенія о служебномъ цензѣ. Такъ, занять высшую судебскую должность можетъ лишь лице, состоявшее на другой низшей не менѣе трехъ лѣтъ, а переходъ изъ присяжныхъ повѣренныхъ въ члены окружнаго суда можетъ состояться не ранѣе

¹⁾ Въ губерн. варш. суд. округа и прибалтійскихъ требуется прослужить не менѣе трехъ лѣтъ въ судебн. установленіяхъ, образованныхъ на основаніи уставовъ Импер. Александра II. Учр. суд. уст. ст. 527, 585.

²⁾ См. ниже.

какъ черезъ десять лѣтъ отправленія даннаго званія. Только для должности первоприсутствующаго въ кассационныхъ департаментахъ сената число лѣтъ службы въ должности сенатора закономъ неопредѣлено.

Учр. суд. уст. ст. 200, 202, 203—209, 527, 585.

По закону 12-го іюля 1889 г. замѣщеніе должностей съ судебною властью поставлено подъ слѣдующія условія:

Земскимъ начальникомъ можетъ быть лицо не моложе 25 лѣтъ, имѣющее опредѣленный имущественный цензъ, а именно, если оно само, жена или родители его владѣютъ въ предѣлахъ уѣзда, на правѣ собственности, пространствомъ земли не менѣе половины того, которое опредѣлено для непосредственнаго участія въ избраніи гласныхъ въ уѣздное земское собраніе ¹⁾, или другимъ недвижимымъ имуществомъ, оцѣненнымъ для взиманія земскихъ сборовъ не ниже 7500 р. Кроме того, отъ кандидата въ земскіе начальники требуется окончаніе курса высшихъ учебныхъ заведеній или отправленіе, въ теченіи не менѣе трехъ лѣтъ, одной изъ мѣстныхъ должностей.— При недостаткѣ лицъ съ высшимъ образованіемъ въ земскіе начальники могутъ быть назначаемы и лица съ среднимъ образованіемъ, но въ этомъ случаѣ требуется двойной имущественный цензъ.— Наконецъ, въ законѣ 1889 г. проведено сословное начало: земскими начальниками могутъ быть лишь потомственные дворяне.

Полож. о зем. нач. ст. 6, 7, 15, 17.

Городскими судьями могутъ быть лица, удовлетворяющія требованіямъ для занятія должностей въ общихъ судахъ.

Прав. объ устр. суд. части ст. 6.

На должность волостного судьи избираются крестьяне-домохозяева, достигшіе 35 лѣтъ отъ роду, пользующіеся уваженіемъ своихъ односельцевъ и по возможности грамотные.

¹⁾ Ст. 23 полож. о земск. учреж. изд. 1886 года прилож. 1.

Врем. прав. о вол. судѣ ст. 3. Ср. Общ. полож. о крестьян. ст. 51 п. 1; 71; 78 п. 1. — Въ губерн. прибалтійскихъ кандидаты въ волостные судьи должны имѣть не менѣе 25 лѣтъ, исповѣдывать христіанскую вѣру и умѣть читать и писать на томъ мѣстномъ языкѣ, на которомъ говорить большинство населенія (Вол. суд. уст. ст. 8). Отъ предсѣдателя волостнаго суда требуется особый имущественный цевзъ (Вол. суд. уст. ст. 10). — Непонятнымъ представляется повышеніе возраста, во Врем. правилахъ, съ 25 до 35 лѣтъ для волостнаго судьи; а затѣмъ требованіе отъ него „по возможности” грамотности можетъ быть объяснено лишь опасеніемъ законодателя за недостаточность грамотнаго люда въ сельскихъ общинахъ, но опасеніе это въ настоящее время едва-ли основательно, неудобство же отъ безграмотныхъ судей слишкомъ очевидно. *Тютрюмовъ* въ Журн. гр. и уг. права 1890 кн. 1 стр. 23—25.

Въ станичные судьи избираются лица, пользующіяся въ средѣ станичнаго общества полнымъ довѣріемъ и уваженіемъ, отличающіяся безукоризненнымъ поведешемъ и домовитостью. При выборѣ почетныхъ судей преимущество отдается грамотнымъ казакамъ, урядникамъ, офицерамъ, чиновникамъ, а также отличившимся на общественной или военной службѣ.

Полож. объ общ. управл. станицъ ст. 48.

Коммерческіе суды. Предсѣдатели, товарищи предсѣдателей и старшіе члены коммерческихъ судовъ могутъ быть избираемы изъ лицъ получившихъ высшее юридическое образованіе, если они прослужили по судебной части или въ совокупности по судебной части и по управленію коммерціей не ниже секретарей палатъ уголовного и гражданскаго суда, или дѣлопроизводителей департаментовъ таможенныхъ сборовъ и торговли и мануфактуръ, 2 года — для мѣста предсѣдателя, или 1 годъ — для товарищей предсѣдателя и старшихъ членовъ. Если же кандидаты не получили высшаго образованія, то они должны были прослужить въ указанныхъ должностяхъ не менѣе шести и трехъ лѣтъ. — Въ варшавскій коммерскій судъ предсѣдатель назначается изъ лицъ, кои могутъ быть опредѣляемы на должность члена судебной палаты, а товарищи

предсѣдателя — изъ лицъ, кои могутъ быть опредѣляемы въ члены окружнаго суда. — Члены коммерческихъ судовъ въ Петербургѣ и Москвѣ избираются изъ мѣстныхъ и иногородныхъ купцовъ первой гильдіи, а при затрудненіи — также изъ купцовъ второй гильдіи (однако не болѣе половины состава), а члены другихъ коммерческихъ судовъ — вообще изъ торгующихъ по гильдейскимъ свидетельствамъ. — Въ варшавскій коммерческій судъ члены избираются изъ лицъ, имѣющихъ право быть избираемыми въ судьи варшавскаго коммерческаго трибунала, или въ заступающіе ихъ мѣсто, т. е. каждый торгующій, если онъ имѣетъ 30 лѣтъ и если онъ честно и съ отличіемъ велъ торговлю въ продолженіи пяти лѣтъ, и сверхъ того, если онъ владеетъ русскимъ языкомъ.

Уст. суд. торг. ст. 11, 12, 18, 20; Учр. суд. устан. ст. 543; Код. Торгов. ст. 620. — Ср. Ger. Verf. Ges. §§ 112, 113.

Духовные суды. Въ члены консисторіи должны быть избираемы тѣ изъ священствующихъ лицъ, которыя отличаются образованностью, опытностью, примѣрнымъ поведеніемъ и правдолюбіемъ.

Уст. дух. консист. ст. 280.

Несовмѣстимость судейской должности съ другими должностями.

Должность судейская несовмѣстима съ другими публичными должностями, хотя бы съ судейскою же. Совершенно основательно предполагается, что всякая другая должность будетъ вредно отражаться на отправленіи обязанностей судьи. Въ нашемъ законѣ общимъ началомъ воспрещается лицамъ судебнаго вѣдомства занимать другія должности, какъ по судебному, такъ и по другимъ вѣдомствамъ или въ общественной службѣ. Въ частности оговорено, что почетными и участковыми мировыми судьями не могутъ быть священнослужители и причетники.

Учр. суд. уст. ст. 22, 246; Полож. о зем. нач. ст. 19; Врем. пр. о вол. с. ст. 3 п. в; Полож. объ общ. управл. стан. ст. 48 примѣч.

Изъ этого положенія допущены лишь слѣдующія изъятія. Мировые судьи участковые и добавочные, — въ Царствѣ Польскомъ также гминные судьи и предсѣдатели мировыхъ съѣздовъ, — и земскіе участковые начальники могутъ занимать почетныя должности въ мѣстныхъ богоугодныхъ и учебныхъ заведеніяхъ, а также принимать на себя званіе гласнаго земскихъ собраній.

Учр. суд. уст. ст. 42, 45¹, 504, 508; Полож. о зем. нач. ст. 19 и прим.

Должность почетнаго мирового судьи можетъ быть соединена со всякою другою должностію по государственной или общественной службѣ, за исключеніемъ должностей: прокуроровъ, ихъ товарищей и мѣстныхъ чиновниковъ казенныхъ управленій и полиціи, а также должности волостнаго старшины. Почетными мировыми судьями могутъ быть и военные чины, состоящіе на дѣйствительной службѣ, но только въ мѣстностяхъ, гдѣ мировые судьи назначаются правительствомъ.

Учр. суд. уст. ст. 49 прим. (по прод. 90 г.).

Самостоятельность судей ¹⁾.

Самостоятельность или независимость судей заключается въ томъ, что они обладают самою полною свободою дѣйствія въ исполненіи ихъ призванія, т. е. что они не подчинены никакому постороннему вліянію при отправленіи должности. Такая независимость судей составляетъ необходимое условіе для общаго назначенія судебной власти, а именно для примѣненія абстрактныхъ началъ права къ конкретнымъ случаямъ всегда одинаково; она необходима для безпристрастія суда. Для послѣдняго судья долженъ быть свободенъ отъ какого либо посторонняго давленія, не взирать на лица и не внимать ничьимъ требованіямъ и предложеніямъ ²⁾. Правительство не должно требовать отъ судей, чтобы они пользовались своимъ вліяніемъ на лицъ под-

¹⁾ *Pfeiffer.* Die Selbständigkeit und Unabhängigkeit des Richteramtes 1865.

²⁾ Св. зак. т. 1 ст. 64; Уст. о службѣ (т. III св. зак.) ст. 718.

чиненныхъ ихъ юрисдикціи, для проведенія извѣстныхъ полнтическихъ цѣлей, чуждыхъ интересамъ юстиціи. При послѣднихъ условіяхъ судебная магистратура дѣлается мертвымъ тѣломъ, власть судебная парализуется въ своей жизненности и теряетъ самый смыслъ своего существованія. Судъ долженъ быть зависимъ только отъ закона ¹⁾. Судья можетъ должнымъ образомъ примѣнять законы и заставлять ихъ уважать лишь тогда, когда онъ не считается съ превратностями политики, не боится власти, ничего не ждетъ отъ народнаго благоволенія.

Все это сознавалось редакторами Судебныхъ Уставовъ, въ основу которыхъ положена, между прочимъ, идея самостоятельности судебной власти ²⁾.

Достигается самостоятельность судей многими условіями, въ которыя они могутъ быть поставлены. Важнѣйшія изъ этихъ условій слѣдующія:

Судьи должны вознаграждаться отъ государства опредѣленнымъ и достаточнымъ содержаніемъ.

Учр. суд. уст. ст. 238; Росписаніе должностей по закону 12 іюля 1889 г.; Врем. прав. о волостн. суд. ст. 7.—Ger. Verf. Ges. § 7.

Самостоятельность судьи немислима, если должность не ставитъ его экономически въ независимое положеніе ³⁾. Приличный окладъ, могущій обезпечить ему средства къ жизни, составляетъ первое требованіе для правильнаго устройства судебной помощи. Нигдѣ бережливость казны не можетъ принести столько вреда, какъ тутъ. Всякое сокращеніе содержанія судей будетъ взыскано съ народа вдвое, втрое, въ формѣ взяточничества ⁴⁾. Но и помимо взяточничества, недостаточность содержанія лишитъ самого добросовѣст-

¹⁾ См. въ Юридич. Записк. Рѣдкина 1860 т. 4.

²⁾ См. Указъ 20 ноября 1864 г.—*Муравьевъ*. О судебной службѣ (въ Юрид. Вѣстн. 1886 сентябрь стр. 70—75).

³⁾ Если судьи набираются изъ богатыхъ классовъ, какъ напр. мировые судьи въ Англіи, то они могутъ и вовсе не оплачиваться жалованіемъ. *Jonas. Studien* p. 244.

⁴⁾ *Ihering. Zweck im Recht* 1 p. 396, 397.

наго судью возможности къ должному отправленію обязанностей, заставляя его искать средства въ постороннихъ занятіяхъ ¹⁾).

Вопросъ о содержаніи относится не только къ удовлетворенію нуждъ судьи и его семьи во время отправленія должности, но и къ слѣдующему времени, когда судья выходитъ въ отставку или умираетъ и тѣмъ ставитъ семью свою въ тяжелыя матеріальныя условія.

У насъ лица судебного вѣдомства во время службы обезпечены, въ большинствѣ случаевъ ²⁾, совѣтъ достаточно, но пенсія, даже вмѣстѣ съ эмеритурой (Учр. суд. уст. ст. 247), крайне мала. Суд. Газета 1891 г. N 38 стр. 6.

По нашимъ судебнымъ уставамъ только почетные мировые судьи не получаютъ ничего на содержаніе и расходы по своей должности. Поэтому же и участковый мировой судья, отказавшійся отъ слѣдующаго ему содержанія, получаетъ названіе „почетнаго участковаго мирового судьи“, сохраняя это названіе только на время безвозмезднаго завѣдыванія участкомъ.

Учр. суд. уст. ст. 45, 50.

Кромѣ того, по Общему Полож. о крестьян. служба волостныхъ судей считалась, по правилу, бесплатной.

Наконецъ, не получаютъ жалованья члены коммерческихъ судовъ, избранные отъ купечества.

Уст. суд. торг. ст. 6.

Затѣмъ, самостоятельность судей несомнѣнима съ іерархическимъ устройствомъ судовъ. Редакторы нашихъ уставовъ выставляли общимъ началомъ, что „судья не можетъ имѣть никакого посредствующаго начальника, который былъ бы вправѣ судить и аттестовать о заслугахъ его въ употребленіи переданной ему свыше

¹⁾ См. Соображенія государ. канцеляріи объ основныхъ началахъ судоустройства стр. 73—75.

²⁾ Можно сомнѣваться въ достаточности содержанія только волостныхъ судей (100 для предсѣдателя и 60 р. для судьи) и всесловныхъ гминныхъ судей (400 р.).

власти" ¹⁾. Всякая обязанность сообразоваться съ направлениемъ и мнѣніями начальствующаго лица, или учрежденія, представляется ущербомъ для свободы дѣйствій судьи; съ другой стороны честолюбіе можетъ смущать саму его совѣсть. Право власти повышать судью ставить послѣдняго непремѣнно подъ вліяніе первой, какъ бы ни былъ судья огражденъ инымъ образомъ въ своей самостоятельности ²⁾.

Въ законѣ 12 іюля 1889 г. законодатель рѣшительно отступилъ отъ взгляда на самостоятельность судей, поставивъ земскихъ участковыхъ начальниковъ въ личную зависимость отъ мѣстной губернской власти.

По Положенію о зем. начальникахъ отпуски этимъ чинамъ разрѣшаются губернаторомъ (ст. 21), при уtratѣ требуемаго имущественнаго ценза земскій начальникъ сохраняетъ свою должность по представленію опять таки губернатора (ст. 17), губернаторъ имѣетъ право производить ревизію земскихъ начальниковъ (Общ. учр. губ. ст. 626 и прим.) и предлагать дѣйствія зем. начальника на обсужденіе губернскаго присутствія и, въ случаѣ несогласія присутствія на увольненіе зем. начальника, представлять данное разномысліе на усмотрѣніе министра внутреннихъ дѣлъ (Полож. ст. 18). — Ужъ этого достаточно, чтобы низвести земскихъ начальниковъ, въ глазахъ администраціи, до положенія подчиненныхъ чиновниковъ, что въ дѣйствительности и произошло въ жизни. См. Недѣля 1891 г. N 32.

Еще въ болъшую зависимость отъ самихъ земскихъ начальниковъ поставленъ волостной судъ.

Земскій начальникъ даетъ утвержденіе избраннымъ судьямъ, дѣлаетъ имъ предписанія, возбуждаетъ судебныя дѣла (Врем. пр. о вол. судѣ ст. 20), — чего вполне

¹⁾ Объясн. Записка стр. 169.

²⁾ Всѣ до сихъ поръ указываемыя средства сдѣлать судей на самомъ дѣлѣ независимыми отъ милостей власти оказывались недействительными (*Desjardins. L'inaévitabilité* p. 62; *Ihering. Zweck* 1 p. 400, 401).

достаточно, чтобы поставить крестьянский судъ въ безприкословное подчиненіе земскому начальнику. См. *Тютюмовъ* въ Журн. гр. и уг. пр. 1890 г. кн. 1 стр. 23.

Самостоятельность судей, однако, неисключаетъ надзора надъ ними судебной власти въ порядкѣ подчиненности и дисциплинарной ответственности за неправильную свою дѣятельность.

Должное отправленіе задачъ правосудія необходимо требуетъ известной судебной дисциплины ¹⁾. Дисциплина выражается во первыхъ въ томъ, что органы суда правильно сознаютъ и выполняютъ свой служебный долгъ, а во вторыхъ въ надзорѣ за исполненіемъ этого долга и въ ответственности за его нарушение ²⁾.

Кромѣ надзора высшаго суда надъ низшими, ему подчиненными, а въ коллегіальномъ судѣ — его предсѣдателя, общій надзоръ за всѣми судебными установленіями принадлежитъ у насъ министру юстиціи, которому ежегодно судебныя установленія обязаны, въ началѣ года, представлять отчеты о движеніи дѣлъ.

Учр. суд. уст. ст. 75, 174—183, 499; Уст. суд. торг. ст. 81.

Кромѣ того министр юстиціи ¹⁾ имѣетъ право требовать отъ чиновъ судебного вѣдомства доставленія нужныхъ ему свѣдѣній и объясненій письменно, а въ необходимыхъ случаяхъ также и личнаго представленія оныхъ; ²⁾ усмотрѣвъ въ какомъ либо судебномъ установленіи накопленіе дѣлъ, медленность или остановку въ ихъ движеніи, либо отступленія отъ законнаго порядка, онъ имѣетъ право предлагать предсѣдателю того судебного установленія принять мѣры къ отвращенію замѣченныхъ беспорядковъ или неправильностей и представить объясненія о причинахъ оныхъ, а когда признаетъ нужнымъ, то дѣлать лицамъ, ихъ допустившимъ, соотвѣтственныя напоминанія и указанія или привлекать ихъ къ ответственности; ³⁾ министръ юстиціи имѣетъ право производить ревизію судебныхъ установленій лично, или чрезъ своего товарища,

¹⁾ *Morin. De la discipline judiciaire* 1868.

²⁾ *Муравьевъ. О судебной службѣ* (въ Юрид. Вѣстн. 1886 сентябрь стр. 84—86).

а обревизованіе окружныхъ судовъ и мировыхъ установленій поручать членамъ судебныхъ палатъ. Сверхъ этого, министръ юстиціи въ правѣ поручать обзорніе дѣлопроизводства окружныхъ судовъ и мировыхъ установленій, собственно для извлеченія необходимыхъ для министерства свѣдѣній, оберъ-прокурорамъ кассац. департ. сената, ихъ товарищамъ, прокурорамъ судебныхъ палатъ и предсѣдателямъ окружныхъ судовъ. 4) Министръ юстиціи можетъ дѣлать предписанія прокурорамъ или оберъ-прокурорамъ о принятіи законныхъ мѣръ къ отклоненію нарушенія правилъ внутренняго устройства и дѣлопроизводства въ судебныхъ мѣстахъ. 5) Министръ юстиціи имѣетъ право предлагать на обсужденіе кассац. департаментовъ сената и общихъ ихъ собраній, а также общаго собранія перваго и кассац. департаментовъ, о доходящихъ до его свѣдѣній вопросахъ, разрѣшаемыхъ неоднобразно въ разныхъ судебныхъ мѣстахъ, или же возбуждающихъ на практикѣ сомнѣнія, для постановленія по этимъ вопросамъ рѣшенія.

Учрежд. суд. уст. ст. 254—256, 258, 259, 259¹.

По временнымъ правиламъ о волостномъ судѣ 1889 г. ближайшій и непосредственный надзоръ за всѣми волостными судами возлагается на мѣстнаго земскаго начальника, который обязанъ производить не менѣе двухъ разъ въ годъ ревизію каждаго изъ состоящихъ въ его участкѣ волостныхъ судовъ. Кромѣ того онъ же даетъ правильное направленіе судебнымъ дѣламъ и можетъ останавливать исполненіе явно неправосуднаго рѣшенія.

Врем. пр. о вол. судѣ ст. 13, 20.

Дѣла дисциплинарныя о лицахъ судейскаго званія вѣдаются:

- 1) предсѣдателяхъ и членахъ судебныхъ палатъ, предсѣдателяхъ окружныхъ судовъ — высшимъ дисциплинарнымъ присутствіемъ, учрежденнымъ въ 1885 г.; 2) товарищахъ предсѣдателей и членахъ окружныхъ судовъ и мировыхъ судьяхъ — судебными палатами;
- 3) о гминныхъ судьяхъ и лавникахъ — окружными судами. — При этомъ если дѣло, подлежащее дисциплинарному производству, касается двухъ или болѣе должностныхъ лицъ судебного вѣдомства, изъ коихъ одни подсудны высшему, а другіе низшему суду, то всѣ они судятся совокупно въ высшемъ изъ сихъ судовъ.

Учр. суд. уст. ст. 270, 271; Прил. къ ст. 12 прим. 2 § 9 (по пр. 90 г.); 503.

По закону 12 іюля 1889 г. дисциплинарная власть предоставлена губернскому присутствію.

Полож. о зем. начальн. ст. 132—142.

Дисциплинарная отвѣтственность устанавливается въ интересѣ самой судейской корпораціи, къ которой принадлежит виновный; она имѣетъ цѣлью охранить достоинство корпораціи наложеніемъ домашняго взысканія на членовъ ее компрометирующихъ ¹⁾).

Дисциплинарныя взысканія съ судей состоятъ въ предостереженіи, замѣчаніи, выговорѣ безъ внесенія въ послужной списокъ, вычетѣ изъ жалованья на основаніи ст. 413 — 415 Улож. о Наказ. и перемѣщеніи съ высшей должности на низшую.

Учрежд. суд. уст. ст. 262—264, 440, 454.

Условія независимости судей.

Всего болѣе обезпечивается независимость судьи тѣмъ, что онъ назначается безсрочно и затѣмъ несмѣняемъ.

Безсрочность. По нашимъ законамъ назначеніе отъ правительства, по общему правилу, безсрочное.

Учр. суд. уст. ст. ^{Учр.} 236 и слѣд.; 543; 563 (по прод. 90 г.); Уст. суд. торг. ст. 4, 8. Ср. Gerichtsv. § 6.

Изъятія изъ этого правила: а) мировые судьи, назначенные отъ правительства, за недостаткомъ лицъ, которыя могли бы быть набраны, остаются въ должности до слѣдующихъ выборовъ;

Учр. суд. уст. ст. 38.

б) почетные мировые судьи (также предсѣдатели съѣзда) въ девяти западныхъ губерніяхъ, въ губ. астраханской и оренбургской, въ губ. прибалтійскихъ и на Кавказѣ назначаются на три года.

¹⁾ *Jonas. Studien* p. 253.

Учр. суд. уст. ст. 40^а прилож. II, 5; ст. 53 примѣч., 438, 445; 563 (по прод. 90 г.).

в) гминные судьи, назначаемые министромъ юстиціи, помимо избранныхъ, остаются на службѣ до слѣдующихъ выборовъ;

Учр. суд. уст. ст. 488.

г) председатели и старшіе члены въ коммерческихъ судахъ Одессы, Таганрога, Керчи и Кишинева изъ чиновниковъ отъ правительства опредѣляются до слѣдующихъ выборовъ, т. е. на четыре года.

Уст. суд. торг. ст. 10.

Выборъ у насъ всегда на срокъ, который колеблется между шестью и однимъ годами. Такъ, мировые судьи (председатели мировыхъ сѣздовъ), гминные судьи и лавники избираются на три года;

Учр. суд. уст. ст. 23, 53, 477.

волостные судьи — на одинъ годъ, а по временнымъ правиламъ — на три года;

Особ. прил. къ IX т. св. зак. ст. 93; Врем. прав. о вол. судѣ ст. 2. Тоже по Вол. суд. уст. ст. 8.

председатели и товарищи его въ столичныхъ коммерческихъ судахъ — на шесть лѣтъ; председатели и старшіе члены другихъ коммерческихъ судовъ — на четыре года; члены отъ купечества — на три очереди: въ три, четыре и въ два года.

Уст. суд. торг. ст. 9, 10, 18, 23.

Несмѣняемость судей ¹⁾). Подъ несмѣняемостью разумѣется

¹⁾ *Desjardins. Études sur l'inamovibilité de la magistrature 1880.—В. Палаузовъ.* Вопросъ о несмѣняемости судей (въ Журн. гр. и уг. пр. 1882 кн. 7 стр. 100—132); *Тальбергъ.* Несмѣняемость судей во Франціи (въ Юрид. Вѣстн. 1883 кн. 1); *Анциферовъ.* Къ ученію о несмѣняемости судей по судебн. уставамъ 20 ноября 1864 г. (въ Журн. гр. и уг. пр. 1884 кн. 9 стр. 169—190).

неотозваніе судьи, исключая случаевъ преступленія судимаго компетентнымъ судомъ ¹⁾. Наоборотъ смѣняемость будетъ такое служебное положеніе, котораго судья можетъ быть лишень во всякое время, по усмотрѣнію его начальства или общею государственною властью, безъ суда, безъ предварительнаго обвиненія въ преступленіи. Такіе судьи остаются въ должности пока это угодно власти ²⁾, снабженной правомъ ихъ смѣщать.

За начало несмѣняемости судей приводятся такія соображенія. При правѣ смѣщенія безъ суда, судья предстоить или необходимость примѣняться къ лицамъ имѣющимъ право или только возможность ³⁾ его смѣстить, или быть въ постоянной готовности потерять мѣсто ⁴⁾. Кроме того, опасенія подобнаго произвольнаго смѣщенія заставитъ многихъ лицъ, способныхъ къ судейскимъ должностямъ, удалиться отъ службы ⁵⁾. Наконецъ, легкое смѣщеніе будетъ вести къ тому, что суды наполнятся людьми неопытными, тогда какъ отъ судьи требуется глубокаго знанія и законовъ и практики, что дается только непрерывнымъ и долгимъ опытомъ. Мало того, судья долженъ знать тѣхъ, кого онъ судить, знать ихъ нравы, образъ жизни; только при этомъ условіи онъ можетъ составлять себѣ вѣрное представленіе о фактахъ, подлежащихъ его судейской оцѣнкѣ. Понятно, что такія свѣдѣнія приобрѣтаются только такимъ судьей, который остается на посту ему назначенному ⁶⁾.

Поэтому всему слѣдуетъ держаться правила, что разъ сдѣланъ выборъ лицъ для отправленія судейскихъ обязанностей (все

¹⁾ *Bordeaux*. Philosophie de la procéd. p. 322. — Тутъ же см. прежнюю литературу вопроса.

²⁾ *Durante bene placito*.

³⁾ Напр., въ силу вліянія одной изъ судебныхъ сторонъ на выборы или на смѣщающую власть. См. Соображенія госуд. канцеляріи объ основн. началахъ судоустройства стр. 71—73.

⁴⁾ *Ihering*. Zweck im R. I p. 396.

⁵⁾ *Bentham*. Organis. judic. p. 100—102.

⁶⁾ *Suliotis*. Le droit naturel 1888 p. 629.

равно: будетъ ли то по избранію народомъ ¹⁾ или по назначенію отъ правительства), ихъ не должно удалять пока своею дѣятельностью они не вызываютъ никакого осужденія ²⁾, то есть пока они не нарушатъ своего долга и закона, иначе — не совершатъ преступленія по должности ³⁾. Осужденный по суду не можетъ оставаться на судейскомъ посту; онъ удаляется въ интересахъ опять таки правосудія и общества.

Въ силу приведенныхъ соображеній, несмѣняемость должна быть отнесена къ числу такихъ началъ, которыя не допускаютъ никакихъ ограниченій ⁴⁾; ибо всякое ограниченіе его тотчасъ устанавливаетъ ту или другую степень нежелательной зависимости судей.

Несмѣняемость, какъ гарантія правосудія, есть начало независящее ни отъ какихъ политическихъ условій или формъ правленія ⁵⁾. Судья долженъ быть спокойнымъ, безстрастнымъ, имѣть въ виду лишь точное примѣненіе закона, а всего этого нельзя ожидать отъ него при смѣняемости. Такимъ образомъ гарантіи судьи будутъ гарантіями самихъ тяжущихся ⁶⁾. Опытъ показалъ, что временные и смѣняемые судьи всегда вызывали нареканія во всякомъ пристрастїи и даже продажности ⁷⁾. Зависимый отъ власти или отъ избирателя, судья рѣдко можетъ сохранить во всей чистотѣ свою должностную совѣсть. Поэтому какія либо даже и частичныя отступленія отъ начала несмѣняемости, или только временная его отмѣна (какъ, напр., во Франціи по закону 1883 г.), не находятъ достаточныхъ за себя оснований.

¹⁾ См. Соображенія госуд. канцеляріи объ основн. началахъ судоустройства стр. 38, 39, 43.

²⁾ *Quamdiu bene se gesserit*, или, какъ говорятъ въ Англіи и С. Американ. Штатахъ, *during good behaviour*.

³⁾ По другимъ основаніямъ удаляется отъ должности судья, осужденный за общія преступленія.

⁴⁾ *Desjardins* cit. p. 25, 69.

⁵⁾ Анциферовъ называетъ его юридическимъ началомъ (cit. стр. 183). Но ср. *Тальбергъ* cit. стр. 53, 54.

⁶⁾ *Louandre* въ *Revue des deux mondes* 15 juillet 1879 p. 451.

⁷⁾ *S. Girons. Séparation des pouvoirs* p. 431, 432.

Противъ несмѣняемости приводятся чаще всего такія соображенія ¹⁾. Назначеніе судьи есть заявленіе довѣрія, которое позднѣе онъ можетъ потерять и тогда неудобно оставлять его долѣе на должности. При этомъ причины ослабляющія довѣріе часто могутъ быть изъ числа такихъ, что нельзя приложить никакого другаго средства кромѣ смѣщенія. Несмѣняемый судья теряетъ побужденіе къ усовершенствованію своихъ познаній и къ поддержкѣ своихъ добродѣтелей, такъ какъ ему нечего опасаться за уклоненіе отъ своего долга ²⁾. Слабое же выполненіе обязанностей разрушаетъ репутацию судьи и въ то же время можетъ не дать достаточныхъ основаній для преданія его суду. Тоже можно сказать по поводу извѣстной неспособности судьи, умственнаго его ослабленія, болѣзненной раздражительности, свойственной ему жесткости въ обращеніи, и т. д.

Конечно, негодный судья не долженъ оставаться на должности, но эта цѣль можетъ быть достигнута и безъ того, чтобъ низвергать начало несмѣняемости. Такія средства извѣстны положительнымъ законодательствамъ, какъ это будетъ указано ниже.

Сознавая неудобства пожизненныхъ судей, враги смѣняемости предлагали ввести періодическіе выборы съ принудительными интервалами незамѣненій. Этимъ, думаютъ, открывалась бы возможность устранить судей вообще неспособныхъ и не пользующихся довѣріемъ, а хорошимъ судьямъ представлялась бы возможность чрезъ извѣстный періодъ времени снова выступить кандидатомъ на должность и получить назначеніе. Но возраженія на это остаются тѣже что при простыхъ выборахъ, а кромѣ того при періодическихъ выборахъ на судейскихъ мѣстахъ укрѣпилась бы денежная аристократія, такъ какъ на должность, которую пришлось бы обязательно оставить, хотя временно, черезъ 4, 5 лѣтъ, люди, живущіе отъ своей профессіи, не пошли бы, и такимъ образомъ множество способныхъ людей были бы

¹⁾ См. у *Bentham*. *Organis. judic.* p. 97—100.

²⁾ См. у *Палаузова* *cit.* стр. 120.

устранены отъ судебныхъ должностей (*Bentham. Organisation judic. p. 46, 47*).

Въ современныхъ законодательствахъ общимъ началомъ признана неспособности судей.

Gerichtsverf. §§ 6, 8 — Art. 69 dello statuto. — Въ Англии со времени Георга III (*Annuaire de législat. étrang. t. 3 1874 p. 9 sq.; p. 34, 35*).—Тоже въ Америкѣ, Бельгии и другихъ странахъ (см. *S. Girons. Séparat. des pouvoirs p. 441—443; Desjardins cit. p. 75 sq.*).

При этомъ иногда (напр., по итальянскому статуту), чтобы не впасть въ ошибку назначеніемъ лица неспособнаго или недобросовѣстнаго, опредѣляется срокъ на испытаніе: судья считается неспособнымъ послѣ извѣстнаго числа лѣтъ (въ Италіи — послѣ трехъ лѣтъ) отправленія должности.

Statuto art. 69. — Противъ этой системы основательно возражаютъ, что достигаемая ею выгоды не искупаютъ неудобствъ зависимаго положенія, въ которомъ находится испытываемый судья. Такіе судьи едва ли могутъ пользоваться должнымъ авторитетомъ. *Desjardins cit. p. 99; Gargiulo. Corso di diritto giudiz. p. 15 art. 18.*

Въ случаяхъ послѣдующей неспособности допускается удаленіе отъ должности, но не иначе, какъ по заключенію высшаго суда.

Напр., во Франціи (art. 15 § 2 Loi 30 Août 1883); въ Италіи (art. 203, 206 ord. giud.); въ Англии — постановленіемъ обѣихъ палатъ и по утвержденію короля.

Въ частности неспособность по дряхлости предупреждается установленіемъ предѣльнаго возраста, съ котораго судья можетъ или долженъ быть удаленъ отъ службы.

Напр., въ Штатѣ Нью-Йоркѣ предѣльный возрастъ наступаетъ съ достиженіемъ 60 лѣтъ; въ Франціи по закону 1852 г.—70 лѣтъ для общихъ судовъ и 75 лѣтъ — для кассационнаго суда; въ Италіи—75 лѣтъ; въ Испаніи 65 лѣтъ для низшаго суда и 70 лѣтъ для прочихъ судовъ.

Можно было бы и эти случаи неспособности судьи предоставить на определение особаго учреждения и преимущественно комиссії изъ состава суда даннаго округа, какъ это было установлено, напр., во Франціи закономъ 1824 г.—Правда, предѣльный возрастъ исключаетъ произволъ въ извѣстной степени (если судья только можетъ быть удаленъ) или даже вовсе (если судья долженъ быть удаленъ), но съ другой стороны практика показала, что на основаніи закона о предѣльномъ возрастѣ суды лишались такихъ судей, которые еще вполне обладали умственными силами и были способны еще долго служить съ пользою дѣлу правосудія своимъ знаніемъ и опытомъ. Поэтому, напр., во Франціи, Италіи, Австріи и Испаніи идетъ сильная борьба противъ предѣльнаго возраста (*Desjardins cit. p. 48, 68; Муравьевъ. Новое судоустр. Испаніи стр. 96*).

Начало несмѣняемости требуетъ, чтобы съ устраненіемъ судьи отъ должности, по нездоровью или ради возраста, за нимъ сохранялось содержаніе.

Это предусматрѣно, напр., въ Нидерландахъ, въ Исландіи (*Desjardins cit. p. 90, 91*).

Помимо изложенныхъ случаевъ удаленія судей, нельзя лишить законодательную власть права закрывать, въ высшемъ интересѣ, или цѣлую опредѣленную отрасль юрисдикціи, или только извѣстныя судебныя учрежденія, или извѣстное число мѣстъ въ данныхъ судахъ (т. наз. сокращеніе штатовъ). Такое послѣдующее смѣщеніе судей можно допустить при условіи оставленія за ними содержанія, хотя бы пропорціональнаго годамъ пройденной службы, а также при сохраненіи права занять въ будущемъ тѣже или другія мѣста. При такихъ условіяхъ смѣщеніе потеряетъ возможную основу личной вражды и сохранить за судьей его достоинство ¹⁾, а главное, изъ сокращенія штатовъ не стануть дѣлать обхода несмѣняемости.

См., напр., *Gerichtsverf. § 8 Abs. 3; Statut. art. 79; Ord. giud. art. 7, 201*.

¹⁾ *Bentham. Organis. judic. p. 103, 104—108.*

Такой же обходъ мыслимъ и въ формѣ перемѣщенія. Право перемѣщенія отдаютъ судей подъ такой же произволь, какъ и сама смѣняемость ¹⁾; перемѣщеніе при извѣстныхъ условіяхъ будетъ тоже, что смѣщеніе ²⁾. Поэтому перемѣщеніе безъ согласія самого судьи не можетъ быть разрѣшаемо.

См., напр., Gerichtsverf. § 8. — По итальянскому статуту перемѣщеніе безъ согласія судьи даетъ ему право требовать вознагражденія за убытки (art. 199, 200 d. Stat.).

По нашимъ судебнымъ уставамъ несмѣняемость признана за мировыми судьями, председателями, товарищами председателей и членами общихъ судовъ. Эти судебные чины не могутъ быть ни увольняемы безъ прошенія, ни переводимы изъ одной мѣстности въ другую безъ ихъ согласія, тѣмъ болѣе не могутъ быть перемѣщаемы на низшую должность.

Учр. суд. уст. ст. 72, 243, 264, 528.

Отклоненія отъ несмѣняемости для даннаго разряда судей допущены въ слѣдующихъ случаяхъ: невяга въ указанные сроки на службу ³⁾, продолжительная тяжкая болѣзнь ⁴⁾, взысканія или наказанія, въ уголовномъ порядкѣ, за преступленія или проступки, не относящіяся къ службѣ, хотя бы наказаніе не было соединено съ потерю права на службу, а также личное задержаніе судьи за долги или объявленіе его несостоятельнымъ. Въ послѣднихъ двухъ случаяхъ требуется постановленіе объ увольненіи отъ должности Высшаго Дисциплинарнаго Присутствія Правительствующаго Сената.

¹⁾ Desjardins cit. p. 32, 84—87.

²⁾ Ihering. Zweck im Recht I p. 396.

³⁾ А именно: если не явится на службу въ срокъ до одного мѣсяца со дня объявленія ему опредѣленія къ должности. Жительствующіе дальше 100 верстъ отъ судебного мѣста имѣютъ право еще на поверстный срокъ—по одному дню на каждыя 50 верстъ.

⁴⁾ А именно: если въ продолженіи одного года тяжкая болѣзнь не дозволитъ являться на службу и не будетъ подана просьба объ увольненіи отъ службы.

Учр. суд. уст. ст. 72, 224, 228, 229, 295, 296.

Кромѣ того, судья, привлеченный къ слѣдствію или суду за не относящіяся къ службѣ преступленіе, влекущее тюремное заключеніе или болѣе строгое наказаніе, можетъ быть временно устраненъ, постановленіемъ Высшаго Дисциплинарнаго Присутствія, отъ должности, впредь до окончанія возбужденнаго о немъ дѣла.

Учр. суд. уст. ст. 72, 295¹.

Затѣмъ, по предложенію министра юстиціи тоже присутствіе постановляетъ объ увольненіи судьи отъ должности или перемѣщеніи его въ случаяхъ: 1) когда судья совершилъ такіа служебныя упущенія, которыя хотя и не влекутъ удаленія его отъ должности по суду, но, по своему значенію или многократности, свидѣтельствуютъ о несоотвѣтствіи виновнаго въ нихъ судьи занимаемому имъ положенію или о явномъ съ его стороны пренебреженіи къ своимъ обязанностямъ; или 2) когда судья дозволилъ себѣ, внѣ службы, такіе противныя нравственности или предосудительныя поступки, которые хотя и не имѣли послѣдствіемъ привлеченіе его къ уголовной отвѣтственности, но, будучи несовмѣстны съ достоинствомъ судейскаго званія и получивъ огласку, лишаютъ совершившаго ихъ судью необходимыхъ для сего званія довѣрія и уваженія; или же 3) когда судья, поставивъ себя, образомъ своихъ дѣйствій въ мѣстѣ служенія, въ такое положеніе, которое подаетъ основательный поводъ сомнѣваться въ дальнѣйшемъ спокойномъ и безпристрастномъ исполненіи имъ своихъ обязанностей, тѣмъ не менѣе уклоняется отъ предлагаемаго ему перевода въ другую мѣстность на равную должность. — Въ первыхъ двухъ случаяхъ можетъ быть постановлено объ увольненіи судьи отъ должности, а въ послѣднемъ — о перемѣщеніи его въ другую мѣстность, на равную судейскую должность.

Учр. суд. уст. ст. 295² (по прод. 1886 г.). — Кромѣ указанныхъ случаевъ смѣщенія судей была также рѣчь о введеніи у насъ предѣльнаго возраста для судей, но дѣло кончилось ничѣмъ.

Въ основѣ начало несмѣняемости поколеблено въ Суд. Уставахъ для низшихъ судовъ нѣкоторыхъ мѣстностей; а затѣмъ вообще въ законѣ 12 іюля 1889 г. Такъ,

Гминные судьи и лавники могутъ быть, по причинамъ особенно уважительнымъ, временно устраняемы отъ должностей или вовсе отъ нихъ удаляемы министромъ юстиціи.

Учр. суд. устан. ст. 497.

Несмѣняемость не распространяется на председателей мировыхъ сѣздовъ въ Царствѣ Польскомъ и прибалтійскихъ губерніяхъ, а также на мировыхъ судей въ этихъ мѣстностяхъ, въ астраханской, оренбургской, девяти западныхъ губерніяхъ и на Кавказѣ. Тутъ они могутъ быть увольняемы и перемѣщаемы министромъ юстиціи по сношенію съ варшавскимъ генераль-губернаторомъ, на Кавказѣ съ Высочайшаго разрѣшенія, а въ прибалтійскихъ губерніяхъ - по личному усмотрѣнію.

Учр. суд. уст. ст. 73 прим., 441, 448, 511, 582 (по прод. 90 г.).

Но особенному умаленію потерпѣло начало несмѣняемости судей въ законѣ 12 іюля 1889 г. Такъ,

Земскіе участковые начальники смѣняемы уже потому, что они въ тоже время органы исполнительной власти ¹⁾). Увольняются земскіе начальники отъ должностей по представленію о томъ подлежащаго губернскаго присутствія въ случаяхъ нерадѣнія по службѣ и потери чести на основаніяхъ въ законѣ указанныхъ. Представленія губернскихъ присутствій объ увольненіи земскихъ начальниковъ отъ должности разсматриваются въ совѣтѣ министра внутреннихъ дѣлъ, вмѣстѣ съ объясненіями лицъ, которыхъ представленія эти касаются, и, затѣмъ, либо утверждаются министромъ, либо оставляются, по его распоряженію, безъ послѣдствій.

Полож. о зем. нач. ст. 18, 139, 140.

Городскіе судьи подлежатъ увольненію отъ должности по постановленіямъ консультаціи, учрежденной при министерствѣ юстиціи, съ утвержденія министра юстиціи.

Прав. объ устр. суд. части ст. 7.

¹⁾ Тоже въ Италіи для преторовъ. *Gargiulo. Corso* p. 16.

Волостные судьи увольняются от службы по представлению земскаго начальника въ уѣздный съѣздъ. Кромѣ того уѣздный съѣздъ вноситъ, по предложеніямъ губернатора, въ губернское присутствіе представленія объ окончательномъ удаленіи должностныхъ лицъ волостнаго управленія.

Полож. о зем. нач. ст. 62, 84, 86, 115.

Члены духовной консисторіи увольняются св. синодомъ по представленію епархіальнаго архіерея.

Уст. дух. консист. ст. 280.

Условія надлежащаго состава суда вообще или по отношенію къ данному дѣлу.

Законный составъ засѣданія. Для дѣйствительности засѣданій коллегіальныхъ судовъ законъ предписываетъ слѣдующій составъ. Засѣданія отдѣленій кассационныхъ департаментовъ, судебныхъ палатъ, окружныхъ судовъ, мировыхъ съѣздовъ и гминныхъ судовъ должны состоять не менѣе, какъ изъ трехъ членовъ, считая въ томъ числѣ и предсѣдателя.

Учрежд. суд. уст. ст. 56, 140, 140¹, 490, 517. — Во Франціи присутствіе гражданскаго апелляціоннаго суда состоитъ не менѣе, какъ изъ семи совѣтниковъ.

Присутствіе кассационнаго департамента состоитъ не менѣе, какъ изъ семи сенаторовъ, считая въ томъ числѣ и первоприсутствующаго.

Учр. суд. уст. ст. 140¹.

Присутствіе коммерческихъ судовъ состоитъ изъ трехъ членовъ, кромѣ предсѣдателя. Въ отдѣленіи одесскаго коммерческаго суда по вексельнымъ взысканіямъ достаточно всего трехъ членовъ вмѣстѣ съ предсѣдателемъ.

Уст. суд. торг. ст. 75, 76, 357.

Присутствіе волостнаго суда должно состоять не менѣе, какъ

изъ трехъ судей; причемъ между избранными судьями можетъ быть установлена волостнымъ сходомъ очередь. По временнымъ правиламъ 1889 г. въ рѣшеніи каждаго дѣла, разсматриваемаго волостнымъ судомъ, должны участвовать не менѣе трехъ судей, считая въ томъ числѣ и предсѣдателя.

Общ. полож. о крестьян. ст. 93 пп. 1 — 3; Врем. прав. о волостн. судѣ ст. 9; Волост. суд. уст. ст. 21.

Присутствіе суда станичныхъ судей составляется изъ трехъ, а присутствіе суда почетныхъ судей — изъ четырехъ очередныхъ судей.

Полож. объ общ. управл. стан. ст. 50.

Для опредѣленнаго рода дѣлъ, кромѣ обыкновеннаго состава суда, считается цѣлесообразнымъ привлекать въ его засѣданіе представителей администраціи и мѣстнаго управленія, или представителей отъ дворянства и городского или земскаго управленія.

Уст. гражд. суд. ст. 1320, 1321, 1330²⁻³, 1616, 1617.

Дѣла эти касаются вознагражденія за вредъ и убытки, причиненные должностными лицами, по отправленію службы, и потому могутъ возбуждать вопросъ о правильности или неправильности служебныхъ дѣйствій, въ чемъ администрація признается болѣе компетентной, а потому и желательно ея участіе въ судебномъ засѣданіи.

Мнѣніе Госуд. Сов. подъ ст. 1316 и 1322 изд. Госуд. Канц.

По той же причинѣ, при разрѣшеніи пререканій между судебными и правительственными установленіями или административными лицами, въ присутствіе судебной палаты приглашаются губернаторъ и представители административныхъ частей, какъ прямо заинтересованные въ дѣлѣ.

Уст. гр. суд. ст. 242, 236² (по прод. 90 г.); Правил. о произв. суд. дѣлъ ст. 13, 15.

Замѣстительство судей. Въ случаяхъ, когда судѣ представляется препятствіе къ отправленію должностныхъ обязанностей,

какъ напр. болѣзнь, отсутствіе, устраненіе или смерть, то отъ внутренняго распорядка въ коллегіальномъ судѣ зависитъ замѣстить такого судью другимъ членомъ суда. Но если такое замѣстительство окажется невозможнымъ, по недостатку членовъ, то въ засѣданіе могутъ быть приглашены, согласно указанію закона, и другіе судебныя чины.

Такъ, въ общихъ судебныхъ мѣстахъ при недостаткѣ наличныхъ членовъ для составленія засѣданія председательствующимъ приглашается членъ другаго отдѣленія или департамента того суда, младшій по назначенію въ это званіе. При невозможности пополнить присутствіе приглашеніемъ члена изъ другаго отдѣленія или департамента, призываются: въ окружной судѣ — мѣстный судебный слѣдователь, или, если онъ занятъ, одинъ изъ почетныхъ мировыхъ судей, или городской судья, или уѣздный членъ окружнаго суда (на Кавказѣ — мировые судьи и ихъ помощники); въ судебную палату — членъ мѣстнаго окружнаго суда, по назначенію председателя сего суда.

Учрежд. суд. уст. ст. 145, 146, 456; Уст. гр. суд. ст. 678; Прав. объ уст. суд. части ст. 18, 36. — Во Франціи, если составъ присутствія не полный и нѣтъ судей замѣстителей, то въ засѣданіе призываютъ адвокатовъ или стряпчихъ (*avoués*), но при этомъ число судей должно превышать число такихъ замѣстителей (*Jonas. Studien* p. 250).

Для замѣщенія председателя существуетъ особый порядокъ: товарищи председателей, старшіе члены (см. выше).

Въ коммерческомъ судѣ присутствіе пополняется членами другаго отдѣленія или кандидатами на эту должность.

Уст. суд. торг. ст. 19, 76.

Въ волостныхъ судахъ судей замѣняютъ кандидаты по порядку и очереди, установленнымъ земскимъ начальникомъ.

Врем. прав. о вол. судѣ ст. 2 въ концѣ; Волостн. суд. уст. (для прибалт. губ.) ст. 22.

Въ случаѣ устраненія, отсутствія, болѣзни или смерти участковаго мирового судьи, обязанности его исполняются однимъ изъ

почетныхъ или однимъ изъ сосѣднихъ участковыхъ мировыхъ судей, по заранѣ установленной ими между собою очереди. Въ тѣхъ мѣстностяхъ, гдѣ полагаются добавочные мировые судьи, замѣстительство возлагается, по постановленію сѣзда, на этихъ послѣднихъ. Добавочные мировые судьи призываются также и для облегченія тѣхъ мировыхъ судей, которые чрезмѣрно обременены дѣлами.

Учрежд. суд. уст. ст. 43, 45¹, 509, 570 (по прод. 90 г.).

Обязанности предсѣдателя сѣзда, въ указанныхъ случаяхъ, исполняются, по назначенію сѣзда, однимъ изъ участковыхъ судей, или же добавочнымъ мировымъ судьей.

Учр. суд. уст. ст. 53 ср. ст. 570 (по прод. 90 г.).

Въ гминномъ судѣ, въ случаѣ недостатка наличныхъ лавниковъ для составленія засѣданія, гминный судья или заступающій его мѣсто приглашаетъ кандидатовъ лавниковъ, по установленной гминнымъ судомъ очереди.

Учр. суд. уст. ст. 492.

Въ новыхъ судебныхъ учрежденіяхъ исполненіе обязанностей земскаго начальника возлагается на другого земскаго начальника или на одного изъ состоящихъ при сѣздѣ кандидатовъ на эту должность, по очередному списку, составляемому уѣзднымъ сѣздомъ на каждый годъ и утверждаемому губернаторомъ. + Исполненіе обязанностей городского судьи возлагается на другого городского судью, или на почетнаго мирового судью, или на одного изъ состоящихъ при окружномъ судѣ кандидатовъ на судебную должность или же на одного изъ мѣстныхъ судебныхъ слѣдователей. + Исполненіе обязанностей уѣзднаго члена окружного суда возлагается или на одного изъ членовъ отдѣленія того суда, или на одного изъ уѣздныхъ членовъ того же суда, или даже на одного изъ мѣстныхъ городскихъ судей, въ определенныхъ его вѣдомства дѣлахъ. — Послѣдніе два вида замѣстительства совершаются по опредѣленію общаго собранія окружного суда.

Полож. о зем. начальн. ст. 55; Прав. объ устр. су-

дебн. части ст. 8, 28; Собран. Узакон. 1891 г. марта 24 ст. 250 М. Г. С. 5 II.

Устраненіе судей ¹⁾.

Судья, удовлетворяющій общимъ, безотносительнымъ условіямъ для отправленія судейской должности, можетъ находиться, при разсмотрѣніи и рѣшеніи даннаго дѣла, подъ вліяніемъ такихъ обстоятельствъ, которыя лишаютъ его требуемаго безпристрастія. Имѣя въ виду обезпечить правильное разсмотрѣніе и рѣшеніе каждаго отдѣльнаго спора, законодательства признаютъ необходимымъ допустить, рядомъ съ разными взысканіями за неправосудіе ²⁾, устраненіе судьи ³⁾ отъ исполненія имъ судейскихъ обязанностей въ такихъ дѣлахъ, въ которыхъ есть основаніе опасаться его пристрастія.

По основаніямъ къ такому пристрастію слѣдуетъ различать судей относительно неспособныхъ (*judices inhabiles*) и судей подозрительныхъ (*judices suspecti*).

Относительно-неспособнымъ признается такой судья, который по общему взгляду, установившемуся въ юридическомъ быту, не можетъ при извѣстной прикосновенности къ данному дѣлу, или къ участвующимъ въ немъ лицамъ, сохранить безпристрастіе ⁴⁾. Такому судѣ должно быть предписано самимъ закономъ устраняться отъ судейской дѣятельности по данному дѣлу, пещитаясь съ согласіемъ или несогласіемъ на то тяжущихся. Въ случаѣ не выпол-

¹⁾ *Нефедьевъ*. Устраненіе судей въ гражданскомъ процессѣ 1887; *Дерюжинскій*. Отводы и возраженія 1889. — *Glaszer*. Ablehnung des Richters и *Jagemann*. Ausschliessung der Gerichtspersonen (въ *Holtzendorff's Rechtslexicon*).

²⁾ См., напр., уже у Римлянъ *judex qui litem suam fecit*. *Азаревичъ*. Система римскаго права т. II ч. 1 стран. 224, 225.

³⁾ *Recusatio judicis, récusation*.

⁴⁾ *Ne quis in sua causa judicet vel jus sibi dicat*. *Const.* un. C. 3, 5; L. 51 D. 4, 8; L. 17 D. 5, 1; L. 1 § 2 D. 49, 4.

ненія судьей требованій закона и сами тяжущіеся могутъ просить объ устраненіи судьи относительно-неспособнаго; но такая просьба будетъ имѣть значеніе напоминанія суду и судья о несоблюденіи закона ¹⁾).

Въ другихъ случаяхъ пристрастіе судьи можетъ выступать при условіяхъ, за которыми законъ не вправѣ признать общаго значенія для судейской дѣятельности. Тутъ устраненіе судьи можетъ быть осуществлено прежде всего по просьбѣ, по отводу ²⁾), самого тяжущагося, который заявитъ подозрѣніе въ пристрастіи судьи; а затѣмъ и самъ судья не можетъ быть лишень права устраняться отъ дѣла, въ которомъ онъ не въ состояніи соблюсти должнаго безпристрастія, — такъ наз. самоустраненіе судьи ³⁾).

Различіе между судьями относительно-неспособными и судьями подозрительными, — различіе, послѣдовательно вытекающее изъ отношенія къ тѣмъ и другимъ закона, выражается прежде всего въ томъ, что устраненіе первыхъ можетъ быть проведено во всякомъ положеніи процесса, устраненіе вторыхъ — до опредѣленной его стадіи, когда, полагается, для заинтересованныхъ могло достаточно выясниться отношеніе судьи къ дѣлу. Затѣмъ, судейскія дѣйствія первыхъ будутъ ничтожными, судейскія дѣйствія вторыхъ, до отвода ихъ, вполнѣ дѣйствительными, и только по отводѣ — ничтожными ⁴⁾.

Такова постановка вопроса въ теоріи процесса. Въ отдѣльных законодательствахъ замѣчаются болѣе или менѣе значительныя отклоненія отъ изложенныхъ началъ.

По нашему законодательству относительно-неспособными судьями считаются прежде всего а) судьи, состоящіе въ извѣстныхъ отношеніяхъ родства и свойства съ другими судьями; а именно, по одному и тому же дѣлу не могутъ присутствовать судьи, связанные

¹⁾ Die Ausschliessung des Richters.

²⁾ Die Ablehnung des Richters.

³⁾ Die Selbstablehnung.

⁴⁾ *Малышевъ*. Курсъ т. 1 стр. 111, 113. Ср. *Побдоносцевъ*. Руководство т. 165.

между собою родством по прямой линіи безъ ограниченія степеней, а въ боковыхъ до четвертой и въ свойствѣ до второй степени включительно. Затѣмъ б) судья, имѣющіе извѣстныя отношенія къ разсматриваемому дѣлу или къ тяжущимся, а именно: 1) когда судья, жена его или родственники его въ прямой линіи безъ ограниченія степени, а въ боковыхъ — родственники первыхъ четырехъ и свойственники первыхъ трехъ степеней (въ коммерческихъ судахъ — если судья или жена его находится въ родствѣ со стороною до четвертой степени или въ свойствѣ до второй степени, въ волостномъ судѣ — если дѣло касается самого судьи или не отдѣленныхъ членовъ его семейства), имѣютъ участіе въ дѣлѣ, т. е. являются истцами, отвѣтчиками, пособниками, повѣренными ¹⁾ и т. п. 2) Когда участіе въ дѣлѣ имѣетъ лице, усыновленное судьей (но не усыновитель его ²⁾). 3) Когда судья состоитъ опекуномъ одного изъ тяжущихся. 4) Когда судья управляетъ дѣлами тяжущагося или тяжущійся дѣлами судьи. 5) Когда судья или жена его состоятъ ближайшими наследниками того или другого изъ тяжущихся. 6) Когда судья или жена его имѣютъ тяжбу съ тѣмъ или другимъ изъ тяжущихся. 7) Судья, отводимый тяжущимся, не можетъ участвовать въ разсмотрѣніи этого отвода. 8) Судья, дѣйствія или рѣшенія котораго обжалованы, не можетъ принимать участія въ засѣданіи по данному дѣлу.

Учр. суд. уст. ст. 146, 148, 456; Уст. гр. суд. ст. 180, 195, 199, 667, 676, 1506; Уст. суд. торг. ст. 72, 73, 197, 200; Полож. о зем. нач. ст. 58; Прав. о пр. суд. д. ст. 18, 118; Врем. прав. о волостн. суд. ст. 9. — Ср. Civilpr. Ordn. §§ 41, 512, 542, 543. — Во французскомъ правѣ неизвѣстно устраненіе судьи относительно — неспособнаго (см. Code de proc. civ. art. 44, 378. *Нефедьевъ cit.*, стр. 62—72), но процессуалисты признаютъ необходи-

¹⁾ Относительно родства судей съ представителями сторонъ ср. *Побьдоносцевъ*. Руков. т. 182 и *Анненковъ*. Опытъ коммент. 3 стр. 283, 284.

²⁾ *Гольмстенъ*. Учебн. гр. суд. стр. 35. Противнаго мнѣнія держится *Анненковъ*. Опытъ коммент. 3 стр. 282.

мымъ ввести такое устраненіе, безъ отвода тяжущимся, хотя бы въ такихъ случаяхъ, когда судья является стороною въ процессѣ или при родствѣ и свойствѣ его въ прямой линіи съ однимъ изъ тяжущихся, или когда онъ соединенъ съ одною изъ сторонъ брачными узами (*Bourbeau. Continuation de Théorie de proc. civile* p. 512; *Dalloz. Jurisprud.* p. 697 § 11).

Касательно устраненія судьи по отводу въ нашемъ законѣ говорится о правѣ сторонъ отводить судей по тѣмъ самымъ причинамъ, по которымъ эти судьи должны считаться и относительно — неспособными.

Уст. гр. суд. ст. 195, 667; Прав. о произв. суд. д. ст. 18 ср. ст. 101 п. 8. Срав. Уст. дух. консист. ст. 281.

Но такъ какъ, въ то же время, для отвода установленъ особый срокъ ¹⁾ и затѣмъ въ практикѣ участіе относительно — неспособнаго судьи вообще служитъ поводомъ къ кассации, и слѣдовательно устраненіе такого судьи не можетъ быть ограничено какимъ-либо срокомъ, -- то есть основаніе полагать ²⁾, что нашему закону также извѣстно самостоятельное право устраненія судьи по отводу, хотя тождество причинъ съ тѣми, какія предписаны для устраненія судьи относительно — неспособнаго, обязываетъ къ заключенію, что наше законодательство не допускаетъ отвода по подозрѣнію въ пристрастіи. Только въ практикѣ судовъ вынуждены были признать уважительными отводы по основаніямъ въ законѣ неупомянутымъ ³⁾, напр. когда членъ суда давалъ въ дѣлѣ свидѣтельское показаніе ⁴⁾.

Объ отводѣ судьи по подозрѣнію въ пристрастіи говоритъ Уставъ судопр. торговаго (ст. 202), но причи-

¹⁾ Уст. гр. суд. ст. 196, 669.

²⁾ *Нефедьевъ* сит. стр. 112—131. Ср. *Малышевъ*. Курсъ I стр. 109 и слѣд.; *Анненковъ*. Опытъ комментарія т. 3 стр. 275, 276.

³⁾ *Нефедьевъ* сит. стр. 136—143, *Анненковъ*. Опытъ коммент. 3 стр. 293, 294.

⁴⁾ Касс. рѣш. 1870 г. NN 822, 338.

ны, на которыя при этомъ дозволяется ссылаться („посуды, взятки и другія злоупотребленія по службѣ“), указываютъ скорѣе на судью относительно — неспособнаго, чѣмъ на судью подозрительнаго. — Въ иностранныхъ законодательствахъ извѣстенъ самостоятельный отводъ судей подозрительныхъ. При этомъ, напр., во французскомъ уставѣ такой отводъ допускается только по основаніямъ, перечисленнымъ въ законѣ (Code de proc. civ. art. 44, 378) съ цѣлью предупредить неосновательныя и обидныя обвиненія противъ судьи (*Carré et Chauveau. Lois d. l. procéd. 3 § 1364*). По германскому же уставу общимъ правиломъ требуется лишь указаніе со стороны отводящаго основаній его подозрѣнія (*justa causa suspitionis*), оцѣнка же этихъ основаній, со стороны достаточности, предоставлена усмотрѣнію суда (*Civ. Pr. Ordn. §§ 42, 44 Abs. 1 — 3*). См. *Behmer* въ *Zeit. f. Civil.-R. u. Pr. N. F. V. 6 p. 7, 32*.

Затѣмъ нашъ законъ не допускаетъ устраненіе всего суда, въ цѣломъ присутствіи, и не дозволяетъ возбуждать общее предположеніе о пристрастномъ отношеніи цѣлаго суда къ дѣлу. Но когда всѣ или многіе судьи по одиночкѣ будутъ отведены на основаніи законныхъ причинъ, то по усмотрѣнію высшаго суда дѣло можетъ быть изъято изъ перваго судебнаго мѣста и передано въ другой судъ равной степени ¹⁾.

Уст. гр. суд. ст. 677, 678. — Общаго устраненія суда не допускаетъ и германское законодательство. Но французскій кодексъ и практика знаютъ т. наз. *renvoi a un autre tribunal*. Суды могутъ быть принуждаемы отказываться отъ исполненія своихъ обязанностей не только тогда, когда есть основаніе опасаться, что отдѣльные судьи сами по себѣ будутъ стоять на сторонѣ одного изъ тяжущихся, но также и тогда, когда есть основаніе опасаться, что пристрастные судьи будутъ въ томъ-же направленіи оказывать вліяніе на другихъ членовъ суда, своихъ товарищей (*Garsonnet. Traité I p. 759*). При этомъ въ законѣ указаны тѣ основанія, по которымъ могло быть допускаемо подобное перенесеніе дѣла въ другой судъ (*Code d. procéd. civ. art. 368*).

¹⁾ *Побѣдоносцевъ. Руководство т. 188.*

Кромѣ устраненія судьи относительно — неспособнаго и по отводу сторонъ нашъ законъ знаетъ еще самоустраниеніе судьи. Основанія для самоустраниенія должны быть признаны тѣже, какія определены для отвода судьи.

Последнее заключеніе выводимъ изъ сопоставленія словъ ст. 668 Уст. гр. суд. — „судьи устраняются отъ участія въ производствѣ и рѣшеніи дѣла либо по собственному отзыву, либо по просьбѣ одной изъ сторонъ” — съ начальными словами ст. 667 Уст. гр. суд. Тоже въ Уст. суд. торг. ср. ст. 197 и 198. — Ср. *Малининъ*. Убѣжденіе судьи стр. 55 и *Анненковъ*. Опытъ комментарія т. 3 стр. 295. — Очевидно, нашъ уставъ, подобно нѣмецкому (Civ. Pr. Ordn. § 48), допускаетъ самоустраниеніе судьи не въ помощь тяжущимся, а въ охраненіе достоинства судьи, не обязаннаго выжидать, пока будетъ заявленъ отводъ (ср. *Анненковъ* 3 стр. 275); причемъ такое самоустраниеніе вмѣняется ему, при данныхъ обстоятельствахъ, въ прямую обязанность (*Державинскій* cit. стр. 46—48) и рѣшеніе, постановленное при его участіи, будетъ недействительнымъ (*Побѣдоносцевъ*. Рук. т. 165). — По французскому кодексу самоустраниеніе судьи допускается также лишь въ тѣхъ случаяхъ, въ которыхъ возможно предьявленіе противъ него отвода со стороны тяжущагося (Code de proc. civ. art. 380), но практика распространяетъ это право и на всѣ тѣ случаи, когда судья будетъ сознавать, что онъ не въ состояніи отнестись къ дѣлу вполне безпристрастно; причемъ признается невозможною какая бы то ни была провѣрка подобнаго заявленія, т. е., иначе, практика допускаетъ самоустраниеніе судьи безъ объясненія причинъ (*Нефедьевъ*. cit. стр. 58—62). — У насъ признано также необходимымъ допустить самоустраниеніе судьи по причинамъ въ законѣ неуказаннымъ, но съ приведеніемъ ихъ суду и по обсужденію ихъ последнимъ (*Гольмстенъ* въ Журн. гр. и уг. пр. 1886 г. кн. 10 стр. 142).

Всякое устраненіе судьи имѣетъ своимъ послѣдствіемъ то, что онъ не можетъ принимать какого-либо участія въ производствѣ и рѣшеніи дѣла; онъ долженъ устраниваться отъ всякаго дѣйствія по производствѣ дѣла, какъ-то, напр., отъ официальныхъ сношеній

съ тяжущимися, отъ участія въ слушаніи дѣла, отъ повѣрки доказательствъ и т. д. Устраненіе ведетъ всегда лишь къ такимъ общимъ послѣдствіямъ, не ограничиваясь никогда отдѣльнымъ процессуальнымъ дѣйствіемъ ¹⁾.

Подсудность гражданскимъ судамъ ²⁾.

Судовъ, какъ разнородныхъ, такъ и однородныхъ, имѣется въ государствѣ болѣе или менѣе значительное число. Между ними должны быть установлены границы ихъ судебной власти. Достигается это правилами о подсудности.

Подсудностью, или компетенностью ³⁾, суда (*forum* ⁴⁾) называется способность суда, по праву и обязанности, рассматривать и рѣшать опредѣленные правовыя дѣла.

Правила о подсудности выходятъ изъ раздѣленія дѣлъ между судебными установленіями. Отклоненіе отъ нихъ будетъ нарушеніемъ закона, а иногда и превышеніемъ власти.

Правилами о подсудности преслѣдуются прежде всего цѣли судебной организаци, насколько опредѣленное распредѣленіе спорныхъ дѣлъ между различными судами ведетъ къ точному раздѣленію между ними труда и тѣмъ облегчается достиженіе правильного отправленія правосудія. Затѣмъ, въ частности, правила компетенціи ограждаютъ интересы отвѣтчика. Уже и въ томъ большой недостатокъ современнаго положенія вещей, что каждый мирный гражданинъ долженъ отвѣчать на судебный вызовъ всякого, какъ бы ни была неосновательна претензія послѣдняго. Но если при этомъ истецъ имѣлъ бы право привлекать отвѣтчика къ любому

¹⁾ *Побѣдоносцевъ*. Руковод. т. 170 — Касс. рѣш. 1870 г. N 1026.

²⁾ *Haimertl*. *Competenz-Vorschriften für das civilgerichtliche Verfahren in Oesterreich* 2 Aufl. 1855; *Reuand*. *Zur Lehre von der Gerichtszuständigkeit* (въ *Zeitschr. f. Civilpr.* Bd. 5). — *de Paere*. *Études sur la compétence civile* t. I, 1890.

³⁾ *Compétence, Zuständigkeit, Gerichtsbarkeit*.

⁴⁾ Объ этомъ названіи см. у *Wach*. *Handb.* 1 p. 348, 349.

изъ многочисленныхъ судовъ большой территоріи, то такая зависимость была бы окончательно невыносимой ¹⁾. Съ этой стороны слишкомъ узкія опредѣленія компетентности стѣсняють истца, слишкомъ широкія давать отвѣтчика ²⁾.

Подсудность данного гражданскаго спора опредѣляется прежде всего правилами о послѣдовательности инстанцій; ими устанавливается порядокъ, въ какомъ дѣло поступаетъ на разсмотрѣніе отдѣльныхъ судебныхъ установленій, а также тѣ суды высшей инстанціи, къ которымъ дѣло поступаетъ изъ судовъ низшихъ ³⁾.

Въ первомъ отношеніи примѣняется правило, что каждый гражданскій процессъ предварительно долженъ быть рассмотрѣнъ судомъ первой инстанціи прежде чѣмъ перейти къ суду, стоящему въ іерархіи на высшей ступени.

Уст. гр. суд. ст. 12. — Отклоненіе отъ этого начала допускается нашимъ закономъ въ тѣхъ случаяхъ, когда ищутъ вознагражденія за вредъ и убытки, причиненные нерадѣніемъ, неосмотрительностью или медленностью должностнаго лица административнаго вѣдомства, или служащаго по выборамъ. Если отвѣтчикомъ будетъ лицо, занимающее должность отъ восьмого класса до пятаго включительно, или то будетъ уѣздный предводитель дворянства, городской голова, предсѣдатель или членъ городскихъ и земскихъ управъ, — то искъ предъявляется прямо въ судебную палату. Искъ же противъ лицъ, занимающихъ должности выше пятаго класса, а также противъ губернскихъ предводителей дворянства, предъявляется въ кассационный департаментъ сената. Уст. гр. суд. ст. 1316, 1317 пп. 2, 3; 1330² пп. 1, 2.

Затѣмъ, въ законѣ указываются вторыя инстанціи для каждаго изъ низшихъ судовъ (см. выше).

Подсудность судамъ первой инстанціи опредѣляется по двумъ

¹⁾ *Kohler*. Klagbehauptung, Kompetenz etc. въ Archiv. f. d. civ. Prax. 1886 Bd. 70 p. 213.

²⁾ *Bar*. D. deutsch. Civilpro. p. 31.

³⁾ *Fitting*. Der Reichs-Civilprocess p. 47, 48.

началамъ, совокупность которыхъ указываетъ для опредѣленнаго дѣла надлежащій судъ. Прежде всего подсудность опредѣляется по роду дѣла, т. наз. подсудность предметная (*ratione materiae*) или безусловная ¹⁾. Ею обозначаются предѣлы вѣдомства суда гражданского, подвѣдомственность гражданского дѣла ²⁾ такому, а не иному, разряду неоднородныхъ гражданскихъ судовъ. Затѣмъ подсудность опредѣленному суду данного разряда, суду однородному, извѣстнаго судебного округа или участка называется подсудностью мѣстной, территориальною, личною (*ratione personae* ³⁾) или относительною ⁴⁾, или просто подсудностью въ тѣсномъ смыслѣ слова ⁵⁾.

Обстоятельство, связывающее данное дѣло съ предметно-компетентнымъ судомъ даннаго округа, участка, имѣетъ значеніе основанія подсудности, компетенціи. Оно устанавливаетъ для суда право и обязанность къ отправленію юстиціи въ данномъ дѣлѣ, а для сторонъ — право отклонять производство по нему въ другомъ какомъ либо судѣ.

Основаніе предметной подсудности можетъ заключаться или въ природѣ правоотношенія (напр. вексельныя дѣла), или въ лицѣ управомоченныхъ или обязанныхъ субъектовъ (напр. дѣла торговцевъ), или въ свойствѣ, въ цѣнѣ спорнаго предмета (недвижимое, свыше 500 р. ⁶⁾).

Предметная подсудность касается различія властей между раз-

¹⁾ *Compétence à raison de la matière, absolute Competenz.*

²⁾ *Compétence d'attribution.*

³⁾ Названіе это происходитъ оттого, что между однородными судами подсудность обыкновенно опредѣляется по мѣсту жительства отвѣтчика. См. ниже.

⁴⁾ *Compétence à raison de la personne, compétence relative, territoriale; Territorial-competenz. — Rousseau et Laisney. Dictionnaire d. procéd. civ. v. Compétence n. 13.*

⁵⁾ Въ нашихъ Суд. Уставахъ употребляются выраженія: „вѣдомство“; „подсудность по роду дѣлъ“. — *Малышевъ. Курсъ изд. 2 т. 1 стр. 165; Гольмстенъ. Учебн. стр. 37.*

⁶⁾ *Wach. Handb. p. 348.*

личными судебными установлениями, а слѣдовательно относится къ вопросамъ публичнаго порядка, а потому за нею признается обыкновенно абсолютное, исключительное значеніе, т. е. ни судебное установленіе, ни стороны нарушить предметной подсудности не могутъ подѣ опасеніемъ ничтожности самого производства ¹⁾. Суды обязаны ex officio устранять отъ себя разсмотрѣніе дѣлъ имъ неподсудныхъ по самому роду ²⁾. Такова неподсудность гражданскихъ дѣлъ, отнесенныхъ къ административнымъ учреждениямъ и къ специальнымъ судамъ, на сколько отъ этого не установлено отступленій въ положительныхъ правахъ.

Мѣстная подсудность, опредѣляющая право и обязанность суда отправлять юстицію только въ границахъ его судебного округа, участка ³⁾, какъ подсудность однородныхъ судовъ, установлена въ большинствѣ случаевъ ради удобства сторонъ, т. е. въ виду интересовъ частныхъ. Поэтому за мѣстной подсудностью, по общему правилу, признается лишь относительное значеніе (условная подсудность): стороны могутъ по соглашенію отступить отъ приложения ея правилъ и судъ не можетъ объявить себя некомпетентнымъ ⁴⁾. Такъ имущественные споры подлежатъ исключительной подсудности лишь тогда, когда это установлено самимъ закономъ, въ остальныхъ случаяхъ ихъ подсудность условная. Наоборотъ, неимущественные споры обыкновенно исключительной подсудности.

Въ виду особыхъ интересовъ правосудія мѣстная подсудность можетъ быть закономъ объявлена исключительной; равно какъ по особымъ же основаніямъ предметной подсудности можетъ быть приданъ характеръ условный (см. ниже).

Подсудность опредѣляется по иску, а не по дѣйствительному притязанію, т. е. для подсудности безразлично, имѣетъ ли истецъ

¹⁾ *Glasson*. De l'incompétence absolue (въ *Revue crit. de legisl.* 1881 p. 228—248, 407—426).

²⁾ *Paepé*. Sur la compétence civile p. 31.

³⁾ L. 20 D. 2, 1: extra territorium jus dicenti non paretur.

⁴⁾ *Garsonnet*. Traité I p. 637, 638.—Code de proc. civ. art. 168—170; Codice di proc. civ. art. 187.

право, напр., на ту или другую сумму съ отвѣтчика, важно лишь то, чего онъ требуетъ въ искѣ ¹⁾

Затѣмъ, подсудность дѣла опредѣленному суду какъ предметная, такъ и мѣстная, опредѣляется по обстоятельствамъ того времени, когда вчиненъ искъ. Послѣдующее измѣненіе этихъ обстоятельствъ (напр., уменьшеніе или увеличеніе стоимости спорнаго предмета, перемѣна мѣста жительства отвѣтчика) никакого вліянія на подсудность не имѣетъ ²⁾. Однимъ словомъ, по общему правилу, дѣло остается подсуднымъ тому суду, въ которомъ оно началось при соблюденіи правилъ о подсудности: *ubi coeptum semel iudicium, ibi etiam finire debet* ³⁾.

Кромѣ того, судъ, въ которомъ вчинено дѣло, при соблюденіи правилъ подсудности, компетентенъ въ цѣломъ его объемѣ, т. е. и для разсмотрѣнія и рѣшенія всѣхъ промежуточныхъ споровъ, возбужденныхъ въ теченіи производства, а также и для принудительнаго исполненія своихъ рѣшеній.

Наконецъ, всѣ должностныя дѣйствія въ кругѣ данной юрисдикціи судъ обязанъ совершать самъ; ему разрѣшается просить другіе суды только о помощи, когда этимъ облегчается цѣлесообразное отношеніе къ дѣлу, или устраняются бесполезныя издержки.

Делегированный судъ ⁴⁾. Римское и каноническое права дозволяли судебному должностному лицу переносить ему принадлежащую юрисдикцію другимъ лицамъ (*jurisdictio mandata, delegata*). По началу современныхъ законодательствъ никто не можетъ быть лишень судьи, къ которому по закону должно относиться его дѣло; отсюда ограниченія въ правѣ назначать судебныя комиссіи и въ правѣ привлекать другого судью на помощь (*judex commissarius in certam rem* ⁵⁾).

¹⁾ *Kohler* въ *Archiv f. d. civ. Prax.* 70 p. 224, 225 sq.

²⁾ См. *Касс. рѣш.* 1868 N 762; 1869 N 440; 1877 N 306.—
Civ. Proc. Ordn. §§ 4, 235 nr. 2.

³⁾ *Haimertl.* *Competenz.* p. 18, 19.

⁴⁾ *Kaempfe.* *Die Begriffe der jurisdictio mandata, delegata* 1876.

⁵⁾ *Bar. D. deutsch. Civilpr.* p. 24.

Въ современныхъ законодательствахъ даже согласіе сторонъ прямо или молчаливо выраженное не покроетъ ничтожности самой делегации и актовъ делегированнаго судьи. Въ общемъ разрѣшается поручать другому судью отправленіе лишь мѣръ разслѣдованія ради того, чтобы устранить потерю времени или необходимость въ значительномъ перемѣщеніи ¹⁾. Такъ по нашимъ процессуальнымъ законамъ свидѣтели, живущіе въ мировомъ участкѣ, отдаленномъ отъ мѣста, гдѣ производится дѣло, могутъ быть допрашиваемы мировымъ судьей того участка. Повѣрка доказательствъ, должствующая произойти въ округѣ другого суда, производится симъ послѣднимъ. Въ пяти сѣверовосточныхъ уѣздахъ вологодской губерніи допросъ свидѣтелей и осмотръ на мѣстѣ можетъ быть порученъ мѣстному судебному слѣдователю. Точно также просьбы о обезпеченіи доказательствъ могутъ подлежать разсмотрѣнію того мирового судьи, въ участкѣ котораго находится предметъ осмотра или имѣютъ жительство свидѣтели и свѣдующіе люди, хотя бы искъ былъ уже предъявленъ у другаго судьи или въ общихъ судебныхъ установленіяхъ, но принятіе мѣръ обезпеченія не терпитъ отлагательства.

Уст. гражд. суд. ст. 82³ (по прод. 90 г.); ст. 93, 94 прим., 120 прим., 505, 506. — Ср. Code de proc. civ. art. 1035; Cod. di proc. civ. art. 68. — Gerichtsverfass. §§ 16, 69, 122, 134.

Вѣдомство гражданскихъ судовъ.

Къ вѣдомству обыкновенныхъ судовъ относятся всѣ гражданскіе правовые споры и уголовныя дѣла, для которыхъ не установлена компетентность административныхъ лицъ или судовъ, или для которыхъ не установлены спеціальныя особые суды.

Въ частности къ вѣдомству гражданскихъ судовъ принадлежитъ разрѣшеніе гражданскихъ дѣлъ, споровъ „о правѣ гражданскомъ“.

¹⁾ Garsonnet. Traité II p. 106, 107.

Уст. гр. суд. ст. 1. — Определе́ніе гражданскихъ правъ см. у *Азаревича*. Система римск. права т. I стр. 47 — 50; перечисленіе гражд. правъ см. у *Исаченко*. Гражд. процессъ I, 1 стр. 2, 3.

Гражданскіе суды компетентны только по тѣмъ спорнымъ дѣламъ, которыя разрѣшаются исключительно по постановленіямъ гражданского права. Гражданское процессуальное право имѣетъ дѣло только съ гражданскими правовыми спорами, а не съ вопросами уголовного права или государственнаго права (по управленію ¹⁾).

Разграниченіе вѣдомствъ гражданского и уголовного судовъ ²⁾.

Хотя гражданскіе суды — одни и тѣ же суды, которымъ предоставлена и уголовная юрисдикція ³⁾, но въ производствѣ гражданскомъ уголовныя дѣла не могутъ быть разсматриваемы, ни рѣшаемы ⁴⁾. Значить, въ каждомъ частномъ случаѣ первоначально слѣдуетъ опредѣлить свойство даннаго дѣла и уже соотвѣтственно съ этимъ оно будетъ подлежать гражданскому или уголовному суду.

Само установленіе свойства дѣла не всегда представляется легкимъ, особенно когда гражданское правонарушеніе имѣетъ общіе признаки проступка ⁵⁾. Въ общемъ различіе между уголовными и гражданскими дѣлами будетъ различіемъ между государствен-

¹⁾ Въ теоріи понятіе гражданскихъ правовыхъ споровъ твердо еще не установлено. *Wach. Handb.* p. 79, 80.

²⁾ *Левинштейнъ*. Опытъ разграниченія подсудностей гражданской и уголовной 1871; *Лутковъ*. Разграниченіе предѣловъ подсудности уголовн. и гражд. на основаніи кассац. практики 1877.—*Zucker. Civil u. Criminalprocess* въ *Grünhut's Zeitschr. f. d. Privat. u. Oeff. Recht.* 1888.

³⁾ Учрежд. суд. уст. ст. 2.

⁴⁾ См. выпускъ I, стр. 31, 33.

⁵⁾ См. *Janka. Konnexität der Zivil- und Strafsachen* (въ *Mittheilungen des deutsch. Juristenvereines* 1878, 16).

нымъ правомъ наказывать и частнымъ правомъ, между публичнымъ притязаніемъ на наказаніе и притязаніемъ на признаніе субъективнаго гражданскаго права ¹⁾). Но въ вопросъ о подсудности дѣла этотъ признакъ уголовности, -- что за данное правонарушеніе опредѣляется наказаніе, — не можетъ всегда служить исходнымъ основаніемъ. Иногда на ту или другую подсудность имѣетъ вліяніе частная воля лица, потерпѣвшаго отъ правонарушенія, иногда публичный интересъ требуетъ преслѣдованія уголовнымъ порядкомъ, независимо отъ воли потерпѣвшаго. Границы указываются положительнымъ правомъ ²⁾, которое исходитъ изъ степени вреда и опасности, какими грозитъ частное правонарушеніе общему правовому строю въ государствѣ; при чемъ берутся во вниманіе два признака: степень злой воли и свойство объекта нарушаемаго права ³⁾).

Такъ какъ гражданскій судъ не имѣетъ права разрѣшать вопросы о преступленіи и наказаніи, то въ случаѣ, если въ разсматриваемомъ дѣлѣ окажутся свойства уголовного дѣланія, согласно постановленію закона, гражданскій судъ долженъ передать дѣло чрезъ прокурора въ уголовный судъ и приостановить производство гражданскаго дѣла, буде разрѣшеніе его зависить отъ разсмотрѣнія уголовного обстоятельства. Уголовный же судъ самостоятельно опредѣляетъ о виновности обвиняемаго; причемъ можетъ вовсе не признавать квалификаціи гражданскаго суда.

Уст. гражд. суд. ст. 8, 563, 564, 1637 ср. Уст. суд. торг. ст. 252; Уст. угол. суд. ст. 28.

Если же указанной зависимости не будетъ, то производство въ гражданскомъ судѣ не приостанавливается.

¹⁾ *Мальшевъ*. Курсъ I стр. 32 — 39; *Wach.* Handbuch d. d. Civilproc. 1 p. 70.

²⁾ Изъ новѣйшихъ см. *Liszt.* Die Grenzgebiete zwischen Privatrecht u. Strafrecht 1889.

³⁾ *Малининъ*. Убѣжденіе судьи стр. 35, 36. — Подробное ученіе о данномъ вопросѣ относится къ догмѣ уголовного и гражданскаго правъ.

Въ мировомъ судѣ, у городского судьи и земскаго начальника открытіе уголовного обстоятельства, существеннаго для рѣшенія дѣла, всегда ведетъ къ приостановкѣ производства по гражданскому дѣлу. Уст. гр. суд. ст. 110; Правила о произв. суд. дѣлъ ст. 1, 71, 72.

Равнымъ образомъ и уголовный судъ, по общему началу, не можетъ разсматривать и разрѣшать споровъ гражданскаго права, которые споры должны быть предоставлены на опредѣленіе суда гражданскаго. Если отъ опредѣленія предметовъ гражданскаго права будетъ зависеть опредѣленіе самой преступности дѣянія, то уголовный судъ или вовсе не возбуждаетъ преслѣдованія, или приостанавливаетъ уже возбужденное преслѣдованіе до разрѣшенія спорнаго предмета судомъ гражданскимъ. Такая приостановка допускается нашимъ закономъ лишь въ трехъ случаяхъ, когда преступность дѣянія будетъ зависеть отъ опредѣленія: 1) правъ состоянія, 2) права собственности на недвижимое имущество и 3) свойства несостоятельности обвиняемаго.

Уст. угол. суд. ст. 27.

Затѣмъ, только въ законѣ опредѣленныхъ случаяхъ допускается, по исключенію, предъявленіе въ уголовномъ судѣ гражданскаго иска ¹⁾. Такъ, гражданскій искъ объ удовлетвореніи за вредъ и убытки, причиненные преступленіемъ или проступкомъ, можетъ быть предъявленъ или отдѣльно въ судѣ гражданскомъ, или въ уголовномъ судѣ при самомъ производствѣ уголовного дѣла, до открытія засѣданія по нему.

Уст. гр. суд. ст. 5; Уст. угол. суд. ст. 6, 7.

¹⁾ *Таланцевъ*. О вознагражденіи за вредъ и убытки причиненные преступленіемъ и о гражданскомъ истцѣ въ угол. процессѣ (въ Журн. Мин. Юст. 1866 т. 29 ч. 2 стр. 409 — 442); *Тальбергъ*. Гражданскій искъ въ уголовномъ судѣ или соединенный процессъ 1888; *Берлинъ*. Гражданскій искъ потерпѣвшаго отъ наказуемаго правонарушенія 1888. — *Chrétien*. La partie civile à la cour d'assises 1887; *Paillet*. De l'action civile en droit criminel 1886. — *Ortloff*. Der Adhäsionsprocess 1864.

Въ послѣднемъ случаѣ гражданскій искъ присоединяется къ уголовному производству (отсюда названіе — соединенный процессъ ¹⁾).

Допуская такое явленіе, законодатель руководствуется тѣмъ соображеніемъ, что, при тѣснѣйшей связи гражданского взысканія съ опредѣленіемъ преступности дѣянія, нельзя лишить потерпѣвшаго возможности свести счеты съ подсудимымъ при самомъ разсмотрѣніи его виновности ²⁾. Но, затѣмъ, распространять подобное исключительное разрѣшеніе не слѣдуетъ уже потому, что гражданскій искъ нарушаетъ равноправность сторонъ, нарушаетъ равновѣсіе между защитой и обвиненіемъ ³⁾.

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 расчетъ убытковъ.

Уст. угол. суд. ст. 122, 776, 785.

Уголовнымъ же судомъ разсматривается гражданскій искъ о вознагражденіи за вредъ и убытки, причиненные преступленіемъ или проступкомъ, когда онъ былъ предъявленъ до прекращенія судебного преслѣдованія за смертью обвиняемаго, за истеченіемъ давности, за примиреніемъ обвиняемаго съ обиженнымъ, — когда это допускается закономъ, — и за Высочайшимъ указомъ или общимъ манифестомъ, дарующимъ прощеніе.

Уст. угол. суд. ст. 16 — 18; 20. Ср. Улож. о нак. ст. 156, 164, 167.

Оправданіе обвиняемаго не освобождаетъ его отъ обязанности вознаградить за вредъ и убытки, причиненные дѣяніями, невмѣнен-

¹⁾ Adhäsionsprocess.

²⁾ См. *Берлинъ* cit. стр. 36; *Щеголовитовъ*. Участіе потерпѣвшаго въ уголовномъ преслѣдованіи (въ Юрид. Вѣстн. 1888 N 9).

³⁾ Касс. рѣш. 1874 г. N 331. — См. *Словбергъ*. Къ вопросу о гражд. искѣ въ уголовномъ судѣ (въ Юридич. Вѣстн. 1890 г. октябрь стр. 257—272).

ными подсудимому уголовнымъ судомъ; ибо эта обязанность есть обще гражданская и какъ таковая подлежитъ вѣдѣнію уже только гражданского суда.

Уст. угол. суд. ст. 31; Уст. гр. суд. ст. 7; Св. зак. т. X ч. I ст. 684.

Касательно отношенія гражданского производства къ уголовному суду принято за общее положеніе, что если гражданскій искъ, вытекающій изъ уголовного дѣянія, предъявляется въ гражданскомъ судѣ, то разсмотрѣніе его не можетъ воспослѣдовать ранѣе, чѣмъ по окончаніи уголовного производства.

Уст. гр. суд. ст. 6.

Развѣ, если уголовное производство приостановлено по поводу душевной болѣзни обвиняемаго или, за нерозысканіемъ обвиняемаго, уголовнымъ судомъ сдѣлано распоряженіе о взятіи его имѣнія въ опекуновское управленіе. При этомъ возобновленіе уголовного производства ведетъ къ приостановкѣ гражданского дѣла ¹⁾).

Другой вопросъ: на сколько обязательны приговоры уголовного суда для гражданского и рѣшенія гражданского суда для уголовного? Будутъ ли опредѣленія преступности дѣяній обязательны для опредѣлений гражданского суда и наоборотъ? Однимъ словомъ: слѣдуетъ ли признать преюдиціальную связь между уголовными и гражданскими дѣлами?

По ученію французской юриспруденціи гражданскій судья безусловно связанъ обвинительнымъ приговоромъ что касается обстоятельствъ въ немъ установленныхъ ²⁾. По австрійскому законода-

¹⁾ *Адамовичъ. Пособіе I стр. 34.*

²⁾ *Le criminel emporte le civil. — См. Hofmann. Traité des questions préjudicielles en matière répressive 1865; Berthauld. Des questions préjudicielles (въ Rev. crit. de légial. t. 8 p. 554—559); Dorencourt. Questions prejudicielles (ibid. t. 8 p. 359 — 381; t. 9 p. 282 — 285); Lagrange. Des effets de la chose jugée au criminel sur l'action civile (ib. t. 8 p. 31—44). — Wieding. Präjudizialsachen (въ Holtzendorff's Rechtslex.). — Будзинскій. О силѣ судебныхъ рѣшеній въ гражданскомъ и уголовномъ процессѣ и о взаимномъ вліяніи послѣднихъ, преим., по зак. Ц. П. 1861 г.*

тельству судья въ гражданскихъ дѣлахъ связанъ приговоромъ уголовного судьи не только въ томъ, что рѣшеніе гражданского спорнаго дѣла зависить отъ приговора уголовного суда, но также и тогда, когда доказательства или вмѣненіе деликта имѣеть какое нибудь значеніе для гражданского правового спора ¹⁾. Но противъ такой преюдиціальности основательно приводятъ то соображеніе, что въ уголовномъ производствѣ стороны иныя, чѣмъ въ гражданскомъ производствѣ, и что права сторонъ въ послѣднемъ приносятся въ жертву мнимой абсолютной правдѣ уголовного процесса ²⁾. Согласно съ этимъ въ новомъ германскомъ процессуальномъ законодательствѣ уголовный приговоръ не имѣеть вовсе обязательной силы для гражданского судьи ³⁾. — По нашему законодательству опредѣленія суда уголовного обязательны для суда гражданского и наоборотъ, въ смыслѣ признанія установленныхъ въ этихъ опредѣленіяхъ фактовъ; но затѣмъ послѣдствія такого признанія опредѣляются ~~и тѣмъ и другимъ~~ ^{и тѣмъ и другимъ} судомъ самостоятельно.

къ разграниченію не только фактовъ

это же касается и другихъ судовъ, но не только гражданского, но и уголовного, и административнаго. Уст. угол. суд. ст. 29—31.

Разграниченіе вѣдомствъ судовъ и административныхъ учреждений ⁴⁾.

Въ наугѣ твердо установилось воззрѣніе о необходимости строгаго и точнаго разграниченія юстиціи и администраціи. При этомъ высказывается взглядъ, что „вмѣшательство юстиціи въ ад-

¹⁾ *Ullmann. Oester. Zivilpr. p. 37.*
²⁾ См., напр., *Bar. D. deutsch. Civilproc. p. 30.*
³⁾ *Einführungsg. z. Civ. Proc. Ordn. § 141.* — Специально объ этомъ вопросѣ см. *Schaeffer. Ueber Einfluss des Criminalurtheils auf den Civilpunkt* (въ *Archiv f. civ. Praxis Bd. 37*); *Simon* (ibid. Bd. 39); *Brettner. Wechselseitige Einwirkung des Civ. u. Straf. Urtheils* (въ *Gruehot's Beiträge 33, 6*).
⁴⁾ *Dareste. La justice administrative en France ou traité du contentieux de l'administration 1862*; *Gautier. Précis des matières administratives dans leur rapports avec les matières civiles et judiciaires 1879*; *Laferrière. Traité de la juridiction admi-*

министрацію вредить только отдѣльнымъ дѣламъ, тогда какъ вмѣшательство администраціи въ юстицію развращаетъ людей, дѣлаетъ ихъ въ одно и тоже время революціонерами и рабами* 1). Отсюда общее сознаніе въ необходимости отдѣленія судебной власти отъ административной 2).

Подобное же начало проводится и въ большинствѣ современныхъ законодательствъ. Такъ, по французскому праву всякое вторженіе судебной власти въ область администраціи строго запрещено 3), а съ другой стороны воздѣйствіе, давленіе администраторовъ на юстицію оговорено тяжелымъ наказаніемъ 4). И въ нашемъ законодательствѣ признается общимъ началомъ отдѣленіе судебной власти отъ административной.

Въ общемъ это начало выражено въ ст. 1 и 2 Уст. гр. суд., а развитіе его по отношенію къ подсудности гражданскихъ дѣлъ заключается въ ст. 237 — 244 Уст. гр. суд.

Въ мотивахъ изданія государственной канцеляріи къ ст. 1 и 2 Уст. гр. суд. высказывается взглядъ, что смѣшеніе властей исполнительной, административной (и законодательной) принадлежатъ къ такимъ началамъ гражданского судопроизводства, въ которыхъ заключаются органическіе недостатки сего закона, и затѣмъ приводятся неоднократныя выраженія законодателя, что власть судебная отдѣляется отъ исполнительной, административной (и законодательной) 5). Позднѣе законодатель отступилъ отъ строгаго проведенія этого начала.

nistrative et des recours contentieux 2 v. 1888. — *Matthaeus*. Die Grenzen der civilgerichtlichen u. administrativen Zuständigkeit etc. 1878; *Prazdk*. Die principielle Abgrenzung der Competenz der Gerichte und Verwaltungsbehörden 1889.

1) *Toqueville*. L'ancien régime et la révolution p. 81.

2) У насъ см., напр., *Филлиповъ*. Судебная реформа въ Россіи 1871 стр. 48—57.

3) *Garsonnet*. Précis p. 25.

4) Code pénale art. 130, 131.

5) См. также Записку Гос. Канц. стр. 10 — 12, 15, 19, 41; Журналъ соедин. департ. госуд. сов. о преобр. суд. части стр. 54—56, 63, 66.

По закону 12 іюля 1889 г. соединены въ однихъ и тѣхъ же лицахъ, какъ власть административная, такъ и судебная. Таково вѣдомство земскихъ участковыхъ начальниковъ (Полож. ст. 22—53), уѣзднаго съѣзда (Полож. ст. 70) и губернскаго присутствія (Полож. ст. 113—130). Также и въ волостномъ судѣ можетъ, по новымъ правиламъ, принимать участіе старшина (Врем. пр. о вол. судѣ ст. 1), тогда какъ по прежнему закону волостной старшина и староста не должны были вмѣшиваться въ производство волостного суда и присутствовать при обсужденіи дѣлъ (Общ. полож. о крестьян. ст. 104).

Самостоятельность административной власти отъ судебной ведетъ въ самостоятельному же сужденію ея по правовымъ вопросамъ ея области, между прочимъ и въ случаяхъ спора частныхъ лицъ противъ ея распоряженій.

Стремясь къ удовлетворенію требованій общественной безопасности и благосостоянія, администрація, въ лицѣ ея органовъ, легко можетъ придти въ столкновеніе съ публичными и гражданскими правами отдѣльныхъ лицъ или обществъ ¹⁾. Конечно, воля административныхъ властей должна быть въ отношеніи частной сферы отдѣльнаго лица правомѣрной. Всякое сомнѣніе въ последнемъ возбуждаетъ вопросъ права, который тѣмъ или другимъ путемъ долженъ быть улаженъ, т. е. рассмотрѣнъ и приведенъ къ рѣшенію.

Во многихъ современныхъ законодательствахъ не рѣшеніями однихъ только судовъ обезпечивается законно — и правомѣрность администраціи. Отдѣльному лицу предоставляется особый административный искъ, которымъ оно стремится къ признанію, соотвѣтствуетъ ли праву или нѣтъ дѣйствіе или упущеніе администраціи, нарушившія его интересы. Производство по этимъ искамъ ²⁾ со-

¹⁾ А. Градовскій. Системы мѣстнаго управления (въ Сборн. государ. знаній т. V стр. 93).

²⁾ Т. наз. административныя дѣла или споры, Administrativ-Sachen, contentieux administratif.

ставляетъ т. наз. административную юстицію ¹⁾, отдѣльную отъ обыкновенной юстиціи гражданской Рѣшенія по этимъ искамъ будутъ настоящими актами юстиціи, хотя и исходятъ отъ органовъ администраціи. Для отправленія такой юстиціи во многихъ государствахъ существуютъ особыя административно-судебныя учрежденія ²⁾.

Весьма много оснований не признавать принципиальнаго значенія за тѣмъ, будетъ ли и въ данныхъ случаяхъ формальная защита права поручена обыкновеннымъ судамъ или особо организованнымъ административнымъ судамъ. Это—вопросъ чистой пѣлесообразности. (Доводы за особые административные суды, см., напр. у *Meier* *Verwaltungsrecht* въ *Holtzendorff's Encyclop.* 1 p. 1159). Нельзя отрицать, что рѣшеніе административнаго органа о томъ, что есть право, никогда не будетъ имѣть полного авторитета судебного рѣшенія. Лице, противъ котораго оно будетъ направлено, никогда не освободится отъ мысли, что органъ, имѣющій своимъ назначеніемъ блюсти публичные интересы, не опредѣлилъ своего рѣшенія исключительно пѣлью охраненія правового порядка, а руководствовался публичными интересами и внѣ этой пѣли лежащими. Легко можетъ казаться, что этотъ органъ будетъ судьей въ своемъ собственномъ дѣлѣ. Кромѣ того, органы управления никогда не могутъ имѣть всѣхъ тѣхъ гарантій независимости, какія имѣютъ органы судебной власти. — Но всѣ эти возраженія показываютъ только, что по дѣламъ административнымъ судопроизводство должно быть отдѣлено отъ чистаго управления и надлежащимъ образомъ обставлено (см. *Sarwey* въ *Marquardsen's Handb.* p. 151). Изъ западныхъ государствъ только въ Германіи и въ Ав-

¹⁾ См. у насъ *Невскій*. Административная юстиція (въ *Юрид. Вѣстн.* 1885 NN 10, 12); *Коржуновъ*. Очерки теорій административной юстиціи (въ *Жур. гр. и уг. пр.* 1885, 1, 8, 9); *Тырановъ*. Къ вопросу объ административной юстиціи въ Россіи (въ *Журн. гр. и уг. пр.* 1891 кн. 2 стр. 1—67).

²⁾ Объ организаціи админ. юстиціи въ Германіи, Австріи, Франціи и Англіи см. у *Sarwey*. *Das öffentliche Recht u. d. Verwaltungspflege* 1880 p. 164 171; у насъ — *Тарасовъ*. Курсъ административнаго права I т. 1888 г.

стрии производство по даннымъ дѣламъ вполнѣ отдѣльно какъ отъ судебного производства по гражданскимъ и уголовнымъ дѣламъ, такъ и отъ управленія (см. для Австріи кратко у *Ullmann. Oester. Zivilproc.* p. 17; для Пруссіи — у *Rönne. Staatsrecht d. preuss. Monarchie* 3 Aufl. 1, 2 p. 267 sq., *Gneist. Zur Verwaltungsreform u. Verwaltungsrechtspflege in Preussen* 1880 p. 12, 13, 23, 28, также *Коркуновъ. Административные суды въ Пруссіи* (въ Ж. гр. и уг. пр. 1880, 5, 6). Во Франціи данная юстиція поручена административнымъ учреждениямъ: государственному совѣту, совѣту префектуръ и многимъ другимъ административнымъ трибуналамъ (*Garsonnet; Traité de procéd.* 1 p. 6, 7 n. 1. См. также *Куплеваскскій. Административная юстиція во Франціи. 1879 г.*). Въ Бельгіи (а также въ Италиі) эти дѣла вѣдаются обыкновенными судами (*Flourens. Organisation jud. et administr. d. la France et d. la Belgique* p. 318, 319). Почти тоже въ Англии (*Dareste cit.* p. 193, 203). У насъ почти исключительно органы и установленія по управленію, начальство, отправляютъ юрисдикцію административную, особыхъ же административныхъ судовъ не имѣется. *Нескскій cit.* N. 12 стр. 594 слѣд.). О губернскихъ по городскимъ дѣламъ присутствіяхъ см. *Тырановъ cit.* стр. 18—67.

Какія же дѣла слѣдуетъ относить къ административной, а какія къ судебной юстиціи? Въ теоріи на этотъ вопросъ дается отвѣтъ безъ затрудненій: частно-правовые споры относятся къ вѣдомству гражданскихъ судовъ, публичное же право, какъ спорное дѣло, выступающее въ определенной процессуальной формѣ, составляетъ предметъ административной юстиціи; правоотношенія отдѣльнаго лица, какъ такового, относятся до области суда, правоотношенія же публичныя, государства, принадлежатъ области управленія; тамъ — интересъ правосудія, справедливости, тутъ — интересъ общественный ² 1).

Но какъ распознать тотъ или другой характеръ дѣла? За рѣшающей признакъ должно признать природу правоотношенія, изъ

¹⁾ *Bluntschli. Allgem. Staatsrecht II Th. p. 499.*

котораго выводится притязаніе ¹⁾. Тогда какъ публично правовыя притязанія будутъ такія, которыхъ основаніе поκειται на отношеніи подчиненности отдѣльнаго лица государственной власти, или другой общности признанной публичнымъ правомъ, т. е. поκειται на взаимныхъ отношеніяхъ отдѣльнаго лица и общестія, — частное правовое притязаніе имѣетъ въ своемъ основаніи защищаемый правомъ индивидуальныи интересъ, который существуетъ ради самаго себя, независимо отъ какого-либо отношенія къ общестію. При этомъ тотъ или иной характеръ притязанія опредѣляется нормами дѣйствующаго публичнаго права. Согласно съ этимъ законодательства относятъ правовыя притязанія или къ вѣдомству административной юстиціи или гражданскаго суда ²⁾.

При этомъ нельзя не признать, что нерѣдко кооперация гражданскихъ судовъ и администраціи по одному и тому же дѣлу установлена безъ достаточнаго вниманія къ различію публичнаго и гражданскаго правъ. См. *Wach. Handb.* p. 111—113.

Въ нашихъ судебныхъ уставахъ содержится только такое постановленіе, что требованія административныхъ мѣстъ и лицъ, коимъ законъ присвоилъ свойство безспорныхъ, недопускающихъ возраженій въ состязательномъ порядкѣ, подлежатъ вѣднію правительственныхъ, а не судебныхъ установленій; а съ другой стороны: частныя лица или общества, права коихъ на законѣ основанныя будутъ нарушены распоряженіемъ правительственныхъ мѣстъ или лицъ, могутъ предъявить суду искъ о возстановленіи нарушенныхъ правъ.

Уст. гр. суд. ст. 1 прим.; ст. 2.

Распознать на практикѣ дѣла перваго и втораго рода не тру-

¹⁾ См. подробную литературу этого вопроса у *Sarwey. D. öffentl. R.* p. 93, 119 sq.; *Wach. Handb.* 1 p. 77 n. 1 и 9 sq.; p. 86 sq.

²⁾ См., напр., *Gerichtsverfass. § 13. — Gaupp. Civilprocessordn.* 1 p. 5—7.

дно, держась такого положенія. Всякое распоряженіе администраціи ¹⁾, дѣлаемое въ виду предоставленной ей закономъ дискреціонной власти признается беспорнымъ. Когда правительственное учрежденіе дѣйствуетъ въ предѣлахъ, отведенныхъ ему закономъ для управленія общественными дѣлами, то частное лицо, считающее свое право нарушеннымъ отъ соответствующаго распоряженія власти, можетъ обратиться съ притязаніемъ въ административно-судебныя учрежденія, гдѣ они существуютъ, или по начальству, какъ у насъ. Но въ послѣднемъ случаѣ слѣдуетъ строго различать жалобы, обращенныя также къ начальству и заключающіяся въ заявленіи партійности распоряженій, признаваемыхъ самихъ по себѣ правомѣрными ²⁾.

Если же распоряженіе администраціи касается правоотношеній, въ области которыхъ ей не предоставлено дискреціонной власти, а, напротивъ, ей вѣнено строгое сообразованіе съ закономъ, тамъ нарушеніе ея распоряженіями правъ отдѣльныхъ лицъ можетъ вызвать споръ въ судѣ гражданскомъ ³⁾. По общему закону никто не можетъ быть лишенъ правъ ему принадлежащихъ, а потому всякій ущербъ въ имуществѣ и причиненные вредъ и убытки налагаютъ, съ одной стороны, обязанность доставить, а съ другой стороны, право требовать вознагражденія ⁴⁾.

Такова теперь точка зрѣнія нашего кассац. сената (рѣш. касс. 1878 N 162). См. у *Исаченко* (Гражд. пр. I, 1 стр. 10 — 17) сводъ примѣровъ, когда сенатъ не признавалъ дѣла между частными лицами и общественными властями подлежащими суду, а когда признавалъ это ⁵⁾. — Указанное положеніе принято и австрійскимъ

¹⁾ Actes de l'administration.

²⁾ Уст. гр. суд. ст. 1301.—Т. наз. *Verwaltungsbeschwerde*. См. *Sarwey* въ *Marquardsen's Handb.* p. 152.

³⁾ *Dareste* cit. p. 207, 222; *Hauser*. Die deutsche Gerichtsverfassung 1879 p. 62—77; *Prazdk* cit. p. 15 sq.

⁴⁾ Св. зак. т. X ч. 1 ст. 574.

⁵⁾ Еще подробнѣе въ изданіи *Игумнова* Уст. гр. суд. подъ ст. 1.—Ср. также у *Тыранова* cit. стр. 54—62.

законодательствомъ въ законахъ 1875 и 1876 гг. (*Ullmann. Oest. Zivilpr.* р. 40). — Въ процессуальной нашей литературѣ высказывается нерѣдко иное толкованіе приведенныхъ выше законоположеній. См. у *Анненкова*. Опытъ коммент. т. 1 стр. 13—15.

Для установленія въ каждомъ частномъ случаѣ.—подсуденъ ли данный вопросъ о нарушеніи, распоряженіемъ администраціи, частныхъ правъ гражданскому суду, или онъ рѣшается самою правительственною властью, — слѣдуетъ обращаться къ тѣмъ (административнымъ) уставамъ и узаконеніямъ свода законовъ ¹⁾, которыя опредѣляютъ кругъ вѣдомства и предѣлы власти тѣхъ или другихъ правительственныхъ установленій ²⁾.

Въ качествѣ примѣра такихъ распоряженій, которыя не могутъ служить основаніемъ для предъявленія иска въ судѣ гражданскомъ, укажемъ на мѣры полиціи безопасности и благосостоянія (напр., распоряженія по обезпеченію народнаго продовольствія, здравія, общественнаго призрѣнія и т. д.), затѣмъ — на распоряженія по просьбамъ о концессіяхъ, привиллегіяхъ, о разрѣшеніи предпріятій или промысловъ; на распоряженія по распредѣленію и взысканію государственныхъ, земскихъ и общественныхъ повинностей, и т. п. ³⁾.

Во всѣхъ же случаяхъ, когда администрація, обязанная уважать частныя права, нарушаетъ ихъ, искъ можетъ быть возбужденъ въ судѣ гражданскомъ. Такъ, при всякомъ нанесеніи должностнымъ лицомъ лицу частному ущерба и убытковъ, последнее можетъ обратиться, въ защиту своихъ правъ, съ искомъ въ судебныя установленія; но только въ этихъ случаяхъ устанавливаетъ

¹⁾ По части санитарной, дорожной, строительной, фабричной, почтовой, школьной и т. д.

²⁾ Иногда въ самомъ законѣ перечисляются дѣла, которыя не должны быть допускаемы къ разбирательству обыкновенныхъ судебныхъ мѣстъ. Такъ, см. Сводъ постановленій о прокуратуріи Царства Польскаго ст. 96.

³⁾ См. *Мальшевъ*. Курьезъ I стр. 25—32; *Побѣдоносцевъ*. Руководство тез. 11, 16 и 24.

ся особый состав суда, а именно въ засѣданіе привлекаются, смотря по лицу, котораго касается дѣло, или представители казенныхъ управленій, или предводители дворянства, или представители городского управленія.

Уст. гр. суд. 2, 1316, 1320 — 1322, 1330¹⁻³, 1616, 1617.

Кромѣ того, публичныя права могутъ обратиться въ права гражданскія, публичное отношеніе частнаго лица къ данному предмету можетъ превратиться въ гражданское отношеніе, т. е. въ право, лично ему принадлежащее. Въ этихъ случаяхъ всякое нарушеніе можетъ служить основаніемъ къ спору въ судѣ гражданскомъ¹⁾. Такъ, напр., отношенія по государственной службѣ, право на жалованье, на пособіе, пенсіи и т. п. суть права публичныя²⁾. Но когда жалованье не только назначено и опредѣлено по штату, а также заслужено, когда пенсія уже назначена къ выдачѣ, тогда возникаетъ чисто гражданское отношеніе между заинтересованнымъ въ полученіи ихъ лицомъ и казною³⁾. Другой примѣръ: право на отчужденіе недвижимаго имущества частнаго лица на нужды государственныхъ и общественныхъ есть право публичное, но отношенія по полученію назначеннаго вознагражденія будутъ уже частнаго характера и какъ таковыя могутъ быть осуществлены въ гражданскомъ судѣ⁴⁾.

Наконецъ, казна, правительственныя учрежденія могутъ вступать въ частныя правоотношенія въ качествѣ юридическаго лица, владѣющаго и распоряжающагося извѣстнымъ имуществомъ. По общему правилу притязанія по такимъ отношеніямъ должны осуществляться общимъ судебнымъ порядкомъ, подобно притязаніямъ частнаго лица къ частному же лицу⁵⁾. Нашъ законъ отклоняется, въ извѣстной степени, отъ этого начала для споровъ по имуществу

¹⁾ См. Касс. рѣш. 1878 N 162.

²⁾ Уставъ о службѣ ст. 1189, 1198.

³⁾ Уст. гр. суд. ст. 1084 и слѣд. Ср. Gerichtsverf. § 9.

⁴⁾ Св. зак. т. X ч. I ст. 575—593.

⁵⁾ См. Einführungsg. z. C. Pr. Ordn. § 4.

между нѣкоторыми казенными управленіями, а также и для нѣкоторыхъ гражданскихъ отношеній казны съ частными лицами. / Такъ, споры о казенномъ имуществѣ, возникающіе между министерствами или главными управленіями, разрѣшаются по взаимному соглашенію главныхъ начальниковъ тѣхъ министерствъ и управленій; если же соглашенія не послѣдуетъ, то представляются на разрѣшеніе 1-го департамента сената. / Изъ этого положенія исключаются споры объ имуществѣ удѣльнаго и духовнаго вѣдомствъ съ прочими казенными управленіями, равно споры духовныхъ вѣдомствъ разныхъ исповѣданій между собою и съ вѣдомствомъ удѣльнымъ; споры эти подлежатъ разрѣшенію судебныхъ установленій.

Уст. гр. суд. ст. 1297, 1298.

Для разбора частныхъ правоотношеній казны съ частными лицами по общему началу установленъ судебный порядокъ, но допускается, при извѣстныхъ условіяхъ, разборъ административнымъ порядкомъ, не говоря о нѣкоторыхъ особенностяхъ въ самомъ судебномъ производствѣ.

Уст. гражд. суд. ст. 1301 — 1309; ст. 1282 — 1299.
См. ниже.

Въ заключеніе остается сказать, что для гражданского суда обязательно рѣшеніе органовъ управленія въ объемѣ ихъ компетенціи (*praejudicium*¹⁾). Если же такого ранняго рѣшенія не имѣется, то судъ долженъ руководствоваться нормами публичнаго права, для предварительнаго установленія вопроса, по поводу разсматриваемаго правоотношенія. Съ другой стороны судебное рѣшеніе, вступившее въ законную силу, обязательно для всѣхъ присутственныхъ мѣстъ и должностныхъ лицъ имперіи.

Уст. гр. суд. ст. 893.

Вѣдомство коммерческихъ судовъ²⁾.

Къ вѣдомству коммерческихъ судовъ относятся дѣла, имѣющія связь съ торговлей, дѣла торговыя. Чтобы провести на прак-

¹⁾ Касс. рѣш. 1883 г. N 84.

²⁾ *Меликъ-Оганджановъ*. Разграниченіе подсудности ком-

тикѣ разграниченіе подсудности коммерческимъ и гражданскимъ судомъ, необходимо установить самымъ точнымъ образомъ признаки торговыхъ дѣлъ, ибо сфера гражданскихъ имущественныхъ правоотношеній заключаетъ въ себѣ множество случаевъ, въ которыхъ она близко подходитъ къ сферѣ торговыхъ правоотношеній, не представляетъ съ перваго взгляда никакихъ отъ послѣдней отличій и поэтому легко отождествляется съ нею; а затѣмъ наоборотъ — торговья правоотношенія одинаково нетрудно смѣшать съ гражданскими ¹⁾. И тутъ, и тамъ имѣемъ дѣло съ имущественнымъ оборотомъ, какъ ежедневнымъ явленіемъ при осуществленіи имущественныхъ правъ.

По какимъ же признакамъ слѣдуетъ отличать дѣла съ природою торговой? ²⁾ Торговыми дѣлами считаются дѣйствія по посредничеству въ приобрѣтеніи и доставленіи имущественныхъ цѣнностей въ видахъ полученія барыша ³⁾, т. е. избытка выручки надъ издержками приобрѣтенія. Такое намѣреніе называется спекуляціей, а лице съ такимъ расчетомъ — спекулянтомъ. Торговцами ⁴⁾ поэтому будутъ прежде всего лица, сдѣлавшія изъ торго-

мерч. судовъ отъ подсудности судебн. учрежденій общихъ и мировыхъ. 1880. — *Le Poitvin. Compét. et attributions des tribunaux de commerce* 2 éd. 1880; *Despreaux. De la compétence des tribunaux de commerce, dans leurs rapports avec les tribunaux civils* 1888. — *Behrend. Handelsgerichte* (въ *Holtzendorff's Rechtslexicon*); *Creizenaoh. Das Wesen u. Wirken der Handelsgerichte u. ihre Kompetenz* (въ *Goldschmidt's Zeitschr. für Handelsrecht* IV. Beilageheft); *Kompe. Zur Kritik des preussischen Gesetzentwurfs ueber die Handelsgerichte* (ib. Bd. IX p. 75—120).

¹⁾ *Малининъ. Убѣжденіе судьи* стр. 36, 37.

²⁾ См. *Цитовичъ. Очеркъ основныхъ понятій торговаго права* 1886 § 1; *Ело-же. Учебникъ торговаго права* 1 в. 1891 § 1; *Шершеневичъ. Курсъ торговаго права* 1889.

³⁾ *Lucrandi causa, le but de trafic. См. Pardessus. Cours de droit commerc. par Rozière* 1 n. 5.

⁴⁾ См. *Bioche. Dictionnaire de procédure civile et commerciale* t. II p. 362.

выхъ дѣлъ свое специальное занятіе и въ силу послѣдняго можно за всѣми ихъ сдѣлками признать характеръ торговый до доказательства противнаго, а затѣмъ — вообще всѣ лица, отправляющія хотя бы отдѣльные акты подобнаго спекулятивнаго посредничества ¹⁾.

По отмѣченному признаку къ торговымъ дѣйствіямъ современныя законодательства относятъ слѣдующіе разряды:

Уст. суд. торгов. (т. XI ч. 2 изд. 1887 г.) ст. 42—55, 160 — 165; Полож. о пошлин. (т. V изд. 1886 г.) ст. 1—3. Къ этому см. еще Уст. торгов. ст. 1; Код. Торг. Цар. Польск. (франц. Code de commerce) ст. 631 — 638; Gerichtsverfassungsg. § 101; Allgem. deutsch. Handelsgesetzbuch art. 271—277.

Прежде всего товарная торговля. Подъ торговлей, въ общепринятомъ смыслѣ, разумѣется дѣятельность, направленная на доставленіе движимыхъ вещей отъ производителя къ потребителю безъ перемѣны ихъ качества и формы (закупка, продажа, поставка). Спекуляція тутъ выражается въ расчетѣ на разницу между цѣною приобрѣтенія и сбыта. Предметъ такого посредничества носить названіе товаръ.

Товаръ долженъ быть движимою вещью ²⁾. Сдѣлки о недвижимости не подсудны коммерческимъ судамъ ³⁾.

Mercis appellatio ad res mobiles tantum pertinet (L. 63 D. 50, 16).—Такое изъятіе въ настоящее время должно быть признано неосновательнымъ, въ виду частой спекуляціи съ недвижимостями. Въ Италіи этотъ родъ имущества введенъ въ кругъ предметовъ торгового оборота, а именно въ случаяхъ, когда покупаются крупные участки для распродажи раздробительной (итальян. торг. код. ст. 3 п. 3).

¹⁾ Справ. *Gareis*. Das deutsche Handelsrecht 1888 § 8.

²⁾ Св. зак. т. X ч. 1 ст. 401 — 405. — Code civil. art. 527—536.

³⁾ *Gareis*. Handelsrecht § 9.

Кромѣ того, не всегда сдѣлки даже по движимымъ вещамъ подсудны коммерческимъ судамъ. Предметы вѣдѣнія послѣднихъ не должны быть ниже определенной стоимости, у насъ — 150 р. ¹⁾. Изъятіе дѣлъ ниже данной стоимости отъ подсудности торговой основано на чисто внѣшнихъ соображеніяхъ, а именно, — чтобы не обременять эти коллегіальные суды маловажными дѣлами. Но собственно и въ данныхъ дѣлахъ имѣются всѣ признаки торговыхъ сдѣлокъ, ради которыхъ установлены коммерческіе суды. Напр., фрахтъ, провизія часто бываетъ менѣе 150 руб., а между тѣмъ рѣшеніе по этимъ вопросамъ требуетъ особаго знанія торговаго оборота и обычая ²⁾.

Затѣмъ, торговой сдѣлкой будетъ всякое приобрѣтеніе матеріала съ цѣлью дальнѣйшаго его сбыта въ обработанномъ или переработанномъ видѣ, т. е. должно считать за торговую дѣятельность фабриканта, заводчика, мастераваго. Спекулятивный расчетъ направленъ здѣсь на разницу между цѣною приобрѣтенія и цѣною сбыта обработанной и переработанной вещи.

Изъ сказаннаго до сихъ поръ слѣдуетъ, что заборъ товара въ лавкѣ („въ рядахъ, рынкахъ, торгахъ и ярмаркахъ“) для собственнаго употребленія или продажа собственныхъ домашнихъ издѣлій, хотя бы и торговцу, не будутъ торговыми сдѣлками, и споры по подобной покупкѣ — продажѣ не должны подлежать разсмотрѣнію коммерческаго суда ³⁾. Однимъ словомъ данная купля-продажа будетъ торговой сдѣлкой, когда ее можно считать таковою на обѣихъ сторонахъ ⁴⁾.

По французскому законодательству (Код. Торг. ст. 638, См. также *Gerichtsv.* § 101; Итальян. торг. код. ст. 725) въ односторонне торговыхъ сдѣлкахъ только торговецъ, напр., лице, купившее у земледѣльца зерно для

¹⁾ Въ Италіи — до 1500 лиръ (*Cod. di proc. civ. art. 85* п. 1).

²⁾ *Compt. cit.* p. 108—110.

³⁾ Уст. суд. торг. ст. 46; Касс. Рѣш. 1874 N 761; 1882 N 23.

⁴⁾ *Compt. cit.* p. 108.

продажи, подлежить отвѣту въ коммерческомъ судѣ (*Boncompagni. Introd. p. 390; Rivière. Répétitions écrites sur le droit de commerce p. 735; тутъ приведена и судебная практика*). Въ нашемъ законодательствѣ подобные случаи прямо не предусмотрены, но сенатская практика опредѣлено высказалась за отсылку всѣхъ дѣлъ односторонне-торговыхъ къ гражданскимъ судамъ, ограничивая компетентность коммерческихъ судовъ дѣлами торговыми на обѣихъ сторонахъ (см. у *Исаченко. Гражд. проц. I, 1 стр. 42, 43).*

3 3) Обработка и переработка приобрѣтенныхъ вещей съ цѣлью ихъ сбыта выходитъ изъ расчета разницы между цѣною сбыта и стоимостью не только обработки и переработки, но и платы за трудъ. Поэтому къ торговой дѣятельности отнесено содержаніе ремесленныхъ заведеній, фабрикъ, заводовъ, содержаніе артелей рабочихъ ¹⁾, подряды ²⁾ и другіе виды подобной спекуляціи ³⁾. По этому признаку будетъ торговою дѣятельность типографовъ, литографовъ, фотографовъ и содержателей аптекъ ⁴⁾. Изъ сказаннаго слѣдуетъ, что всѣ исковыя претензіи между хозяевами и рабочими относятся къ вѣдомству коммерческихъ судовъ. Равнымъ образомъ и всѣ споры изъ отношеній (напр. по найму) помощниковъ по торговлѣ (прикащиковъ, артельщиковъ и др.) и хозяевъ отнесены къ тому же роду ⁵⁾.

4 2) Къ торговой же дѣятельности относятся всякія слѣлки биржевыя, занятія банкировъ, а также издательскія предпріятія ⁶⁾, т. е. всякая спекуляція на разницу въ приобрѣтеніи и сбытѣ безцѣльныхъ вещей (денежныхъ валютъ, фондовъ, кредитныхъ обяза-

¹⁾ Полож. о пошлин. ст. 39¹; ст. 30 прим. 2.

²⁾ Полож. о казен. подряд. и состав. ст. 2.

³⁾ Въ нашемъ законодательствѣ не упомянутые, но указанные, напр., въ итальян. торг. код. ст. 3.

⁴⁾ Полож. о пошлин. ст. 37. См. у *Панкова* стр. 50, 51 и Касс. рѣш. 1890 N 35.

⁵⁾ См. практику у *Носенко* въ изд. уст. суд. торг. стр. 290, 291, 293.

⁶⁾ Полож. о пошлин. ст. 4 и 8; ст. 24, 37.

тельство; дисконтъ и т. п.). Сюда же относятся дѣла комиссіонныя и маклерскія.

3) Далѣе торговый характеръ имѣютъ сдѣлки по перевозкѣ (транспорту) чужихъ грузовъ собственными и чужими средствами (транспортеръ, спедитеръ), а также занятія по перевозу людей. Въ частности перевозка моремъ выражается въ цѣломъ институтѣ морского торговаго права ¹⁾. Положеніями этого права признанъ торговый характеръ за всякими предпріятіями по постройкѣ, куплѣ-продажѣ судовъ, за морскими экспедиціями, за снаряженіемъ и корабельнымъ продовольствіемъ, за соглашеніями по найму судовъ и экипажа, за морскими ссудами (бодмерея), а также за аваріями и кораблекрушеніемъ морскомъ.

6) Торговую же дѣятельностью слѣдуетъ считать страхованіе (имуществъ и лицъ), какъ основанное на расчетѣ разницы между вѣрнымъ полученіемъ преміи и только вѣроятной суммой вознагражденія на случай несчастія. Сюда же относится содержаніе товарныхъ складовъ (амбары, магазины, элеваторы и т. п.) и сдѣлки по храненію въ нихъ товаровъ ²⁾.

7) Наконецъ, къ торговой дѣятельности отнесены всѣ сдѣлки по векселямъ ³⁾ (отношенія векселедателя и векселедержателя, бланконадписателя, акцептанта, поручителя ⁴⁾ и т. д.). Хотя вексель имѣетъ общую природу всякаго кредита, но такъ какъ онъ служитъ по преимуществу нуждамъ торговаго оборота, то положительныя законодательства признаютъ всѣ дѣла по векселямъ подсудными коммерческому суду ⁵⁾, безъ вниманія къ тому былъ ли выданъ вексель по торговымъ или неторговымъ дѣламъ, лицами торговаго или неторговаго сословія ⁶⁾, и на какую сумму.

¹⁾ Уст. торговый кн. II: морская торговля отъ ст. 105.

²⁾ Полож. о пошлин. ст. 23; Полож. о товарныхъ складахъ (Уст. торг. по продолж. 1889 г.).

³⁾ Уст. суд. торг. ст. 42—44, 46; Законъ 3 іюня 1891 г. III ст. 1; Код. торг. ст. 110 и слѣд.; Итальян. торг. код. ст. 196.

⁴⁾ Но не тогда, когда поручительство выдано въ особомъ актѣ. Уст. торг. ст. 635.

⁵⁾ *Малининъ.* Убѣжденіе судьи стр. 39.

⁶⁾ Но ср. Кодексъ торг. ст. 636, 637.

Въ наукѣ основательно указывалось на то, что вообще нѣтъ основанія относить дѣла по векселямъ къ вѣдѣнію коммерческихъ судовъ даже въ томъ случаѣ, когда контрагентами будутъ торговцы, ибо по этимъ дѣламъ могутъ быть возбуждаемы главнымъ образомъ вопросы гражданского права, а не вопросы особаго торговаго права (*Kompe. cit.* p. 108).

Перечисленными дѣлами не исчерпываются всѣ возможныя сдѣлки и отношенія съ характеромъ торговымъ. Во всѣхъ случаяхъ, когда гражданская сдѣлка или гражданское отношеніе будутъ отмѣчаться признакомъ спекуляціи, ихъ слѣдуетъ относить къ числу торговыхъ, хотя бы въ законѣ прямо объ этомъ и не говорилось. Таковы будутъ отношенія по содержанію бань, скотобойнъ, справочныхъ конторъ и конторъ объявленій, содержаніе частными лицами почтъ, телеграфовъ, телефоновъ.

См. сенатское толкованіе ст. 43 Уст. суд. торг. у Носенко стр. 15; *Панковъ*. Уст. о пошлин. стр. 4, 5. Уст. о пошлин. ст. 24 п. 1; ст. 36. III Полн. Собр. Зак. NN 414, 2511 о телефонахъ.

Иногда въ современныхъ законодательствахъ къ вѣдомству коммерческихъ судовъ относятся такія дѣла, которыя только по весьма отдаленнымъ признакамъ могутъ быть причислены къ торговлѣ. Такъ, въ Австріи къ вѣдомству коммерческихъ судовъ принадлежатъ, между прочимъ, иски на вознагражденіе за тѣлесныя поврежденія или убійство людей отъ случаевъ на паровыхъ желѣзныхъ дорогахъ (*Ullmann. Oesterr. Zivilpr.* p. 54).

Обратно, законодатель можетъ изъять опредѣленный родъ дѣлъ съ характеромъ торговымъ изъ вѣдомства коммерческихъ судовъ. Такъ, напр., желѣзныя дороги у насъ не подвѣдомственны коммерческимъ судамъ.

Общ. уст. желѣзн. дорогъ ст. 125 и прим. Ср. также Полож. о пошлин. ст. 4 пп. 5, 6.

Споры по всѣмъ перечисленнымъ сдѣлкамъ и отношеніямъ,

а также всё дѣла по торговой несостоятельности ¹⁾ и между товарищами торговаго дома ²⁾, подлежатъ вѣдомству коммерческихъ судовъ. При этомъ всё юридическіе вопросы по торговымъ сдѣлкамъ не торговой природы изъяты изъ вѣдомства коммерческихъ судовъ; они должны быть разрѣшаемы гражданскими судами ³⁾. Такимъ образомъ, если при разсмотрѣніи въ коммерческомъ судѣ дѣла, вѣдомству его подлежащаго, встрѣтятся спорныя статьи, разсмотрѣніе которыхъ, по существу ихъ, принадлежитъ другому судебному мѣсту, то коммерческій судъ ограничивается разсмотрѣніемъ дѣла лишь по тѣмъ обстоятельствамъ, которыя подлежатъ его сужденію.

Уст. суд. торг. ст. 49.

Въ округахъ, въ которыхъ не имѣется коммерческихъ судовъ, соотвѣтствующія торговыя дѣла рѣшаются гражданскими судами и при томъ согласно предписаннымъ для послѣднихъ формамъ производства.

Уст. гр. суд. ст. 28, 1487; Код. торг. ст. 640.—Во Франціи (а также въ губерніяхъ Царства Польскаго) гражданскій судъ въ торговыхъ дѣлахъ обязанъ примѣнять формы торговаго производства (Code de commerce—Код. торг. art. 641). *Jour. Studien* p. 246, 247.

Если изъ нѣсколькихъ отвѣтчиковъ, хотя бы одинъ жительствовалъ въ округѣ, въ которомъ нѣтъ коммерческаго суда, то все дѣло можетъ быть подсудно только обыкновенному гражданскому суду.

Уст. суд. торг. ст. 163. *Носенко* стр. 335.

Касательно отношенія рѣшеній гражданскихъ и коммерческихъ судовъ, въ сферѣ ихъ компетентности, нашъ законъ останавливается на началѣ преюдиціальности.

Уст. суд. торг. ст. 47—49, 94.

¹⁾ Уст. суд. торг. разд. IV ст. 477 — 643; Код. торг. ст. 635.

²⁾ У. суд. торг. ст. 45 п. 2.

³⁾ Code de proc. civ. art. 424.

Вѣдомство духовныхъ судовъ ¹⁾.

Изъ числа гражданскихъ дѣлъ духовнымъ судамъ подвѣдомственны нѣкоторые споры по имуществу, какъ между лицами духовными, такъ и между лицами свѣтскими и духовными, а затѣмъ, въ силу признаннаго у насъ религіознаго значенія брака, совершаемаго при посредствѣ духовенства, духовному суду подлежитъ опредѣленный разрядъ дѣлъ, вытекающихъ изъ признанія брачнаго сожитія.

Въ общемъ объемъ гражданской юрисдикціи православной церкви не такъ обширенъ, какъ объемъ юрисдикціи духовныхъ судовъ другихъ вѣроисповѣданій въ Россіи, какъ-то римско-католической церкви, евангелическо-лютеранской, армяно-грегоріанской и въ особенности магометанскихъ и еврейскихъ вѣроисповѣдныхъ обществъ ²⁾.

Уставъ духовн. консисторій изд. 1883 г. ст. 148, 197, 198, 203, 204, 206—208. — Для Царства Польскаго см. Положеніе о союзѣ брачномъ 1836 г. ст. 73 — 204. — Уставъ духовн. дѣлъ иностранныхъ исповѣданій т. XI ч. I св. зак.

1) Изъ имущественныхъ дѣлъ между духовными лицами къ судамъ духовнымъ отнесены споры, могущіе возникнуть изъ пользованія движимою и недвижимою церковною собственностью.

Уст. дух. конс. ст. 197, 198.

Затѣмъ духовному суду подлежитъ разсмотрѣніе споровъ, какъ между духовными лицами, такъ и споровъ свѣтскихъ лицъ къ духовнымъ о нарушеніи безспорныхъ обязательствъ и объ уплатѣ безспорныхъ долговъ. Но подсудность по даннымъ дѣламъ духовно-

¹⁾ Барсовъ. О духовномъ судѣ (въ Христіан. Чтеніи. 1870, II); Елагинъ. Предполагаемая реформа церковнаго суда 2 вып. 1873; Горчаковъ. Научная постановка церковно-суднаго права (въ Сборн. государ. знаній 1875, II); Суворовъ. Курсъ церковнаго права 2 т. 1890 г. стр. 130.—136.

²⁾ Горчаковъ *cit.* стр. 265.

му суду приѣняется лишь въ мѣстностяхъ, въ которыхъ не введены мировыя судебныя установленія ¹⁾ (и положеніе о земскихъ начальникахъ). Во всѣхъ остальныхъ мѣстностяхъ Имперіи данныя дѣла подвѣдомственны общимъ судамъ ²⁾. Равнымъ образомъ свѣтскому же суду подлежатъ, по общему началу, дѣла тяжбыя и исковыя по неисполненнымъ договорамъ и обязательствамъ, по взысканіямъ за нарушеніе правъ, за ущербъ, убытки, причиненные такимъ нарушеніемъ, и за самоуправное завладѣніе, — дѣла какъ между духовными лицами, такъ и съ свѣтскими лицами. — Далѣе духовнымъ судамъ подсудны гражданскіе иски духовныхъ лицъ и свѣтскихъ лицъ къ духовнымъ лицамъ по понесеннымъ обидамъ.

Уст. дух. конс. ст. 148, 1 п. в; ст. 149 — Ср. Уст. дух. дѣлъ иностран. исповѣд. т. XI ч. 1 ст. 60, по которой истецъ съ подобнымъ искомъ можетъ обратиться и къ свѣтскому суду.

2) Духовнымъ судамъ подлежатъ всѣ дѣла: объ удостовѣреніи дѣйствительности событія браковъ, о признаніи ихъ законности или незаконности и о прекращеніи брачнаго сожитія и о расторженіи браковъ. Такая подсудность касается брачныхъ дѣлъ не только лицъ православнаго исповѣданія и другихъ христіанскихъ исповѣданій, но и брачныхъ дѣлъ не христіанъ.

Уст. дух. конс. ст. 148, 206, 208; т. X ч. I св. зак. ст. 38, 45, 54, 67, 73. — Полож. о союзѣ брачн. ст. 73—96, 122, 123, 127, 173—178, 189; т. XI ч. I св. зак. ст. 60 § 2 прим. 1, 2; ст. 246 — 268; ст. 985 п. 6; ст. 1089; ст. 1124; ст. 1143.

Только брачныя дѣла раскольниковъ подлежатъ суду гражданскому.

Уст. гр. суд. ст. 1356¹—1356²; т. X ч. I ст. 35 прилож. — Въ Царствѣ Польскомъ гражданскому суду подлежатъ дѣла о недѣйствительности браковъ и о разводѣ

¹⁾ Уст. дух. конс. ст. 203; Касс. рѣш. 1879 N 246.

²⁾ Касс. рѣш. 1877 г. N 157. — *Исаченко*. Гражд. процессъ I, 1 стр. 35, 36.

лицъ, непринадлежащихъ къ православному, католическому, униатскому, евангелическому исповѣданіямъ. Уст. гр. суд. ст. 1619.

Гражданскому же суду подлежатъ дѣла о личныхъ и имущественныхъ правахъ, вытекающихъ изъ брачнаго сожитія.

Уст. гражд. суд. ст. 1337, 1625; т. X ч. I св. зак. ст. 24.

Такъ, если во время производства брачнаго дѣла въ духовномъ судѣ возникаетъ вопросъ о томъ, кому должно быть поручено попеченіе о дѣтяхъ, то разрѣшеніе этого вопроса подлежитъ суду гражданскому.

Какому духовному суду подлежатъ брачныя дѣла лицъ различныхъ исповѣданій? Если одна сторона православная, то разбирательство дѣлъ о дѣйствительности и недѣйствительности или прекращеніи брака принадлежитъ православному духовному суду.

Св. зак. т. X ч. I ст. 67 п. 1; 73, 74; Уст. дух. конс. ст. 257. Полож. о союз. брачн. ст. 199, 200 п. 3.

Въ христіанскихъ бракахъ, въ которыхъ ни одна сторона не принадлежитъ къ православной вѣрѣ дѣла о дѣйствительности брака и законности его подсудны духовному суду того исповѣданія, къ которому принадлежитъ священникъ, совершившій бракосочетаніе¹⁾, когда же брачный обрядъ совершенъ священниками обоихъ исповѣданій, то данныя брачныя дѣла подсудны духовному суду того вѣроисповѣданія, коего священникъ произвелъ первое вѣнчаніе. Рѣшеніе же объ уважительности причинъ къ расторженію брака и самое расторженіе или нерасторженіе его подлежитъ суду того вѣроисповѣданія, къ которому принадлежитъ отвѣтчикъ.

Полож. о союз. брачн. ст. 196 (по редакціи поло-

¹⁾ Если за неимѣніемъ въ данной мѣстности священника соответствующей вѣры бракъ будетъ совершенъ православнымъ священникомъ, то совершеніе и расторженіе этихъ браковъ производится по правиламъ и обрядамъ православной церкви. Т. X ч. I ст. 65.

женной Мнѣніемъ госуд. сов. въ Собр. узак. N 80 1891 г. 9 Авг. ст. 873), ст. 197.

Въ тѣхъ случаяхъ, когда христіанинъ перемѣнитъ вѣроисповѣданіе послѣ вступленія въ бракъ, ничего не измѣняется въ подсудности дѣлъ брачныхъ. Но если католикъ приметъ другую вѣру, состоя въ бракѣ съ иповѣрцемъ, то разбирательство брачныхъ дѣлъ принадлежитъ духовному суду того вѣроисповѣданія, къ которому принадлежитъ невѣста.

Полож. о союз. брач. ст. 192, 205.

Если нехристіанинъ приметъ христіанство, то просьба о расторженіи брака подсудна духовной власти соответствующаго христіанскаго вѣроисповѣданія.

Пол. о союз. брачн. ст. 75, 206, 207.

Духовнымъ же судамъ принадлежитъ удостовѣреніе въ дѣйствительности рожденія отъ законнаго брака. Но если при этомъ не оспаривается законность самого брака, то повѣрка законности рожденія и самый споръ о томъ подлежатъ вѣдѣнію гражданскаго суда.

Уст. гр. суд. ст. 1346 — 1356. Касс. рѣш. 1879 г. N 152; Уст. дух. конс. ст. 258, 263—275.

Въ отношеніи къ гражданскимъ судамъ рѣшенія духовныхъ судовъ имѣютъ преюдиціальное значеніе.

Уст. гр. суд. ст. 1338, 1620.

Вѣдомство волостныхъ судовъ.

Волостнымъ судамъ подвѣдомственны имущественныя дѣла между крестьянами, какъ членами волостнаго общества¹⁾. Сами волостныя общества разбираются въ волостныхъ судахъ, въ каче-

¹⁾ Сюда должно отнести также безсрочно-отпускныхъ и отставныхъ нижнихъ военныхъ чиновъ.

ствѣ истцовъ и отвѣтчиковъ, не могутъ. Вѣдомству волостного суда подчинены, кромѣ лицъ крестьянскаго сословія, также жители селеній мѣщане, посадскіе, ремесленники, цѣховые. Лица, не принадлежащія къ числу сельскихъ обывателей, могутъ подчинять свои претензіи къ крестьянамъ волостному суду лишь по собственному желанію.

Общее пол. о кр. (особое прилож. къ т. IX зак. о сост., изд. 1876) ст. 109 прил. ст. 5; Времен. прав. о вол. судѣ ст. 14, 15 п. 3; Вол. суд. уст. (для прибалт. губ.). Прав. о произв. гр. д. ст. 7, 8 ¹⁾; Уст. гр. суд. ст. 31 п. 3; ст. 1463 п. 2.

Волостнымъ судамъ подсудны изъ гражданскихъ дѣлъ, какъ по Общему Положенію о крестьянахъ, такъ и по Временнымъ Правиламъ о волостномъ судѣ, исключительно дѣла имущественныя.

Времен. пр. ст. 14. споры и тяжбы по имуществу...; и затѣмъ перечисленіе этихъ дѣлъ ст. 15, 16; Общ. пол. ст. 96—98; Вол. суд. у. ст. 7.

Поэтому, напр., дѣла о правахъ состоянія, о личныхъ правахъ, вытекающихъ изъ брака никоимъ образомъ не могутъ быть подсудны волостнымъ судамъ ²⁾.

Изъ имущественныхъ дѣлъ волостному суду подлежитъ разсмотрѣніе, прежде всего, личныхъ исковъ, вытекающихъ изъ какаго либо договорнаго соглашенія или правонарушенія, иска на вознагражденіе за убытки и ущербъ крестьянскому имуществу причиненные; пріятножъ пѣна данныхъ исковъ не должна превышать 100 руб. (общ. пол. и вол. суд. уст.), или 300 р. (врем. пр.).

Иски о вознагражденіи за вредъ и убытки, причиненные нерадѣніемъ, неосмотрительностью или медленностью должностныхъ лицъ крестьянскаго общественнаго управленія вѣдомству волостнаго суда не принадлежать

¹⁾ См. изд. *Гасмана и Нольгена* стр. 473—476.

²⁾ *Анненковъ*. Опытъ коммент. т. I стр. 92. — Иначе полагаетъ *Вербловскій*. О подсудности гражд. дѣлъ крестьянъ (въ Журн. гр. и уг. пр. 1881 кв. 5 стр. 52).

(У. гр. суд. ст. 1330^б; Вол. суд. уст. ст. 7 прим.), точно также какъ и дѣла о взысканіи вознагражденія за судебныя издержки по искамъ, производившимся въ общихъ, или мировыхъ, судахъ (Касс. рѣш. 1876 N 144).

По исключительному характеру волостной подсудности слѣдуетъ признать, что дѣла, не подлежащія оцѣнкѣ, при предъявленіи иска, — когда, напр, количество взыскиваемыхъ убытковъ не опредѣлено, — изъяты изъ вѣдомства волостнаго суда ¹⁾.

2) Затѣмъ, волостному суду подсудны вещные иски о движимости, но также до опредѣленной цѣны: 100 р. (общ. пол. и вол. суд. уст.), или 300 р. (врем. прав.).

Къ вѣдомству волостныхъ судовъ относятся споры и тяжбы также и о недвижимомъ имуществѣ, коль скоро оно входитъ въ составъ крестьянскаго надѣла. По прежнимъ законамъ (общ. пол.) опредѣлялась крайняя цѣна такихъ исковъ (100 р), въ новыхъ законахъ (врем. прав.) предѣлъ цѣны не установленъ. Дѣла о недвижимомъ имуществѣ, приобретенномъ крестьянами въ собственность внѣ надѣла, изъяты отъ подсудности волостнымъ судамъ ²⁾, равно какъ и дѣла о надѣлахъ, послѣ поступленія ихъ по выкупу ³⁾ въ полную собственность крестьянъ ⁴⁾.

Волостному же суду подвѣдомственны споры о возстановленіи нарушеннаго владѣнія крестьянскимъ надѣломъ, хотя бы искъ не подлежалъ оцѣнкѣ ⁵⁾.

¹⁾ *Александръ*. Руков. для мир. суд. изд. 2 т. I стр. 108.

²⁾ Общ. полож. ст. 97.

³⁾ Полож. о выкупѣ ст. 159; Прав. о позем. устр. го- суд. крест. ст. 14.

⁴⁾ Это слѣдуетъ уже изъ сравненія ст. 7 Вол. суд. уст. для губерн. прибал. края, въ каковой статьѣ о вещныхъ искахъ по недвижимостямъ не говорится ничего; въ статьѣ же 9-той эти иски прямо изъяты изъ вѣдомства волостныхъ судовъ.

⁵⁾ Касс. рѣш. 1885 N 104. — *Исаченко*. Гражд. проц. I, 1 стр. 19.

Для губерн. прибалт. оговорена подсудность волостнымъ судамъ исковъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія и нарушеннаго пользованія сервитутами въ предѣлахъ волости, если со времени нарушенія прошло не болѣе года (В. суд. у. ст. 7).

Наконецъ, къ вѣдомству волостныхъ судовъ относятся дѣла по наслѣдованію и раздѣламъ между наслѣдниками крестьянскаго имущества, а) безъ ограниченія суммы, когда наслѣдственное имущество входитъ въ составъ крестьянскаго надѣла, а движимость составляетъ принадлежность этого надѣла ¹⁾, и б) (по врем. прав.) когда наслѣдственное имущество, находящееся въ предѣлахъ волости, хотя и не входитъ въ составъ крестьянскаго надѣла, но цѣнность его не превышаетъ 500 р.

Сравнительная неполнота изложенныхъ узаконеній повела къ развитію ихъ самой практикой волостныхъ судовъ, которые принимали къ своему разсмотрѣнію дѣла, прямо непредусмотрѣнныя въ законѣ ²⁾.

Кромѣ волостныхъ судовъ юрисдикцію между сельскими обывателями, по закону, отправляютъ еще сельскіе сходы. Къ вѣдомству этихъ послѣднихъ отнесены 1) споры и жалобы по назначенію опекуновъ, попечителей и по повѣркѣ ихъ дѣйствій; 2) споры по семейнымъ раздѣламъ, если раздѣлы касаются надѣла; 3) дѣла, относящіяся до общиннаго пользованія мірскою землею; 4) споры по распоряженіямъ участками мірской земли, по какому либо случаю остающимися праздными или несостоящими въ подворномъ пользованіи; 5) дѣла изъ выдачи довѣренностей по дѣламъ общественнымъ.

Общ. пол. о крестьян. ст. 51 пп. 4—7, 17.

Наконецъ опредѣленные крестьянскія дѣла могутъ быть подсудны крестьянскимъ учрежденіямъ, но такъ какъ эта подсудность

¹⁾ Ср. *Анненковъ* cit. т. I стр. 92.

²⁾ См. *Палманъ*. Обычное право т. I стр. 27—33, 338, 339, 344—350; т. II стр. 171, 179, 182—184, 213 — 228, 299, 307—314.

въ большинствѣ имѣеть лишь временной характеръ до полного устройства сельскаго населенія и на самомъ дѣлѣ уже въ бѣльшей части Имперіи получили свое заключеніе ¹⁾, — то данный вопросъ можетъ быть опущенъ.

Вѣдомство станичныхъ судовъ. Со стороны субъективной станичному суду подвѣдомственны дѣла не пользующихся особыми правами состоянія лицъ какъ войсковаго, такъ и невойсковаго сословія временно или постоянно проживающихъ на земляхъ станичнаго юрта, а также на земляхъ, причисленныхъ къ станичному юрту.

Положеніе объ обществ. управл. станицъ каз. войскъ.
О станичномъ судѣ ст. 59.

Изъ гражданскихъ дѣлъ станичному суду подвѣдомственны всѣ споры и тяжбы цѣною до 100 рублей включительно, какъ о недвижимомъ и движимомъ имуществѣхъ въ предѣлахъ общаго станичнаго юрта, такъ и по займамъ, покупкамъ, продажамъ и всякаго рода сдѣлкамъ и обязательствамъ, а равно дѣла по вознагражденію за убытки и ущербъ имуществу, когда отыскиваемое вознагражденіе не превышаетъ ста рублей.

Полож. объ общ. упр. стан. каз. войскъ ст. 61.

Вѣдомство общихъ судовъ.

9. 9
Общіе суды, какъ суды обыкновенные, въ отличіе отъ другихъ гражданскихъ судовъ, какъ судовъ исключительныхъ, вѣдаютъ всѣ дѣла, за изыятіемъ выдѣленныхъ судамъ исключительнымъ. Такъ въ Уставѣ гражд. судопроизводства подсудность дѣлъ окружнымъ судамъ опредѣляется объемомъ вѣдомства мировыхъ судей.

Уст. гражд. суд. ст. 202: Окружнымъ судамъ подсудны всѣ иски, не подлежащіе вѣдомству мировыхъ судей ²⁾. — Ср. подобное же отношеніе вѣдомства гер-

¹⁾ См. *Исаченко*. Гражд. суд. I, 1 стр. 20—31.

²⁾ См. *Анненковъ*. Комментар. т. I стр. 25.

манскаго Landgericht'a къ вѣдомству Amtsgericht'a Ger. Verf. Ges. § 70 Abs. 1.

Отсюда слѣдуетъ, что при умолчаніи въ законѣ, деясности или недостаточности его положеній вопросъ о подсудности рѣшается въ пользу общихъ судовъ ¹⁾: *jurisdictio in dubiis est ordinaria*. Тоже при сложномъ искѣ, въ которомъ будутъ элементы общей и исключительной гражданской подсудности ²⁾.

Итакъ къ вѣдомству общихъ судовъ должны относиться всѣ гражданскія дѣла, не отнесенныя Уставами къ вѣдомству мировыхъ судей или вовсе неизъятыя изъ вѣдомства судебныхъ установлений.

По закону 9-го іюня 1886 г. (Собр. узак. N 69 ст. 645) дѣла о сельскихъ чиншевикахъ изъяты изъ вѣдомства судебныхъ установлений (п. VI) и переданы въ особыя чиншевыя присутствія. Въ настоящее время подвѣдомственными общимъ судебнымъ установлениямъ остаются только дѣла чиншевиковъ мѣстечковыхъ и городскихъ. Ср. Уст. гражд. суд. прил. V къ ст. 1400 прим. ст. 2—8.

Въ силу сказаннаго къ вѣдомству общихъ судовъ относятся вообще дѣла неимущественныя, какъ-то дѣла брачныя, дѣла о снятіи и наложеніи опеки, и т. п., а изъ имущественныхъ лишь тѣ, которыя не входятъ въ кругъ вѣдомства мировой юстиціи или прямо изъяты изъ нея (см. ниже).

Остается, значить, опредѣлить

Вѣдомство мирового суда ³⁾.

Мировымъ судьямъ подвѣдомственны иски какъ личные, такъ и вещные.

¹⁾ Carré. Organisation judiciaire etc. t. I p. 73.

²⁾ Paepé. Sur la compétence civile p. 42.

³⁾ Benech. Des justices de paix et des tribunaux civils

Уст. гражд. суд. ст. 29, 1310, 1462. — Ср. Loi 25 mai 1838; Gerichtsverf. § 23 ¹⁾.

Изъ личныхъ исковъ къ вѣдомству мировыхъ судей отнесены:

1) Иски по личнымъ обязательствамъ и договорамъ цѣною не свыше 500 р. (въ закавказскомъ краѣ — не свыше 2000 р.).

2) Иски о вознагражденіи за ущербъ и убытки, когда количество оныхъ не превышаетъ 500 р. (въ закавказскомъ краѣ — 2000 р.), или же во время предъявленія иска не можетъ быть положительно извѣстно. Въ последнемъ случаѣ, если по приведеніи въ извѣстность количества убытковъ, окажется сумма болѣе 500 р. (2000 р.), то истецъ можетъ просить о прекращеніи дѣла у мирового судьи и предъявить искъ въ окружномъ судѣ, или же ограничить свою претензію до суммы 500 р. (2000 р. ²⁾).

3) Иски о личныхъ обидахъ и оскорбленіяхъ, которые по постановленіямъ гражданского права могутъ вести къ присужденію никакъ не выше 50 р. ³⁾, а поэтому въ Уставѣ о цѣнѣ данныхъ исковъ не говорится ничего ⁴⁾.

Изъ вещныхъ исковъ мировымъ судьямъ подвѣдомственны:

1) Иски о движимости не свыше 500 руб. (въ закавказскомъ краѣ — 2000 р. ⁵⁾).

2) Иски о возстановленіи нарушеннаго владѣнія, когда со

de I-re instance 1838; *Leconte*. Traité de la compétence et de la proc. des just. de paix 1875; *Curasson*. Traité de la compétence des juges de paix 4 éd. t. 1, 2 1877, 1879; *Lespinassies*. Compétence des juges de paix (въ Revue critique de législat. 1888, 1, 2). — *Ullmann*. Das Bagatellverfahren 2 Aufl. 1873; *Fidler*. Der Amtsrichter in Preussen 3 Bd. 1888.

¹⁾ Вѣдомство англійскихъ мировыхъ судей см. у *Jonas*. Studien p. 244.

²⁾ *Гольмстенъ*. Учебникъ стр. 45; *Алексѣевъ*. Руководство для миров. судей изд. 2 т. 1. стр. 52.

³⁾ Св. зак. т. X ч. I ст. 667.

⁴⁾ *Гольмстенъ*. Учебникъ стр. 45.

⁵⁾ Во Франціи только до 200 фр.; въ Германіи Amtsrichter—до 300 марокъ.

времени нарушения прошло не болѣе шести мѣсяцевъ. Послѣ пропущенія послѣдняго срока поссессорный искъ можетъ быть вчиненъ, до истеченія общей земской давности, только въ окружномъ судѣ ¹⁾. Иски эти могутъ касаться какъ движимаго, такъ и недвижимаго имущества. Если съ требованіемъ возстановленія владѣнія будетъ вмѣстѣ съ тѣмъ предъявлена претензія о возмѣщеніи убытковъ на сумму свыше 500 р. (2000 р.), то искъ о нарушении владѣнія предъявляется и до истеченія шести мѣсяцевъ не иначе какъ въ окружномъ судѣ ²⁾.

послѣдній-поссессорный 3) Иски о правѣ участія частнаго, когда со времени его нарушения прошло не болѣе года.

Въ округѣ варшавской судебной палаты вѣдомству мировыхъ судей, равно какъ и гминныхъ судовъ, подлежатъ тѣ же иски лишь съ нѣкоторыми оговорками, согласными съ общимъ характеромъ данныхъ судовъ въ Царствѣ Польскомъ и съ особенностями мѣстнаго положительнаго права. Такъ, разбору ихъ подлежатъ: иски личные, за изытіемъ исковъ объ обидахъ и оскорбленіяхъ, и о движимости цѣною не свыше 300 руб. ³⁾, иски о возстановленіи нарушеннаго владѣнія, въ теченіи шести мѣсяцевъ, и иски о возстановленіи пользованія сервитутами, когда со времени нарушения прошло не болѣе года. Кромѣ того гминнымъ судамъ подсудны дѣла по наслѣдованію и возникающимъ изъ сего раздѣламъ имущества между сельскими жителями и дѣла о нарушеніи правилъ объ отчужденіи, отдачѣ въ залогъ и дробленіи усадьбъ, поступившихъ въ собственность сельскихъ жителей на основаніи Высоч. указовъ 19 февр. 1864 г.

Уст. гр. суд. ст. 1489, 1490.

Особенности мѣстныхъ гражданскихъ законовъ прибалтійскихъ губерній также отзывались на вѣдомствѣ

¹⁾ Уст. гр. суд. ст. 213, 1312; Касс. рѣш. 1883 N 149.

²⁾ Касс. рѣш. 1875 N 536.

³⁾ Ограниченіе по сравненію съ цѣною исковъ у мировыхъ судей Имперіи ничѣмъ не оправдывается. Юрневичъ въ Юридич. Вѣстн. 1881, 11 стр. 457.

мировыхъ судей въ этомъ краѣ. Уст. гр. суд. ст. 1806 (по прод. 90 г.).

Изложенное вѣдомство нашихъ мировыхъ судей въ общемъ заимствовано изъ французскаго законодательства. Въ настоящемъ видѣ оно представляется съ перваго же взгляда лишеннымъ и определенной системы и единства ¹⁾.

Во Франціи мировые судьи, кромѣ разрѣшенія споровъ по определеннымъ гражданскимъ дѣламъ, завѣдываютъ примиреніемъ, за небольшими изыятіями, по всѣмъ дѣламъ, которыя отнесены къ вѣдомству судовъ первой инстанціи (Code de proc. civ. art. 48—58. Тоже въ Италіи—Codice di proc. civ. art. 1—7.—См. *Нефедьевъ*. Склоненіе сторонъ къ миру въ гражданскомъ процессѣ 1890 года). По поводу такой функціи мирового суда основательно замѣчаютъ, что примирителю необходимо, для должнаго отправленія этой своей обязанности, полное ознакомленіе съ дѣломъ и сознательное къ нему отношеніе; если же мировой судья признается неимѣющимъ достаточныхъ знаній, требуемыхъ для разрѣшенія всѣхъ спорныхъ дѣлъ, то какимъ образомъ можетъ онъ быть всегда посредникомъ — примирителемъ? (*Curasson. Compt. des juges de paix I p. 12*). Поэтому представляется болѣе правильнымъ предоставить, подобно нашему Уставу, право склонять стороны къ миру самимъ судьямъ первой инстанціи, въ теченіи самого процесса, когда стороны и посредникъ въ состояніи лучше судить о взаимныхъ притязаніяхъ (*Jonas. Studien p. 224, 227, 228*. Но ср. *Нефедьевъ* cit. стр. 54 — 68). Во Франціи особенно въ городахъ, на самомъ дѣлѣ склоненіе мировыми судьями сторонъ къ миру выродилось въ простую формальность, открывающую путь къ суду, но въ тоже время увеличивающую расходы и отдаляющую окончаніе процесса (*Bellot. Loi sur la procéd. civ. 1877 p. 19*). Правда, нельзя отрицать, что во многихъ случаяхъ уважаемый посредникъ можетъ предупредить свою примиряющую дѣятельностью процессы (см. данные у *Нефедьева* cit.

¹⁾ См. *Gerau. Ueber Einzelrichter* (въ *Archiv. f. d. civ. Praxis Bd. 32 p. 229 sq.*).

стр. 73—77) и притомъ особенно въ деревняхъ, гдѣ та-
кіе посредники стоятъ ближе къ спорящимъ и къ дѣлу,
гдѣ, кромѣ того, нерѣдко процессы вызываются болѣе
незнаніемъ своихъ правъ, а не дѣйствительнымъ ихъ
нарушеніемъ, поэтому и могутъ быть предупреждаемы
примиряющимъ разъясненіемъ дѣла (*Curasson. Compét.*
I p. 13). Но, опять таки, для подобнаго посредниче-
ства, требуются тѣже качества, какія необходимы для
судьи, поэтому и придавать одному и тому же лицу
два самостоятельныхъ характера едва ли слѣдуетъ.

По германскому законодательству участковый су-
дья (*Amtsrichter*) судить безъ вниманія къ цѣвѣ иска
весьма много дѣлъ, несомнѣнно требующихъ скорого
разрѣшенія, какъ, напр., споры по найму помѣщеній, по
найму прислуги, рабочихъ, ремесленныхъ учениковъ, спо-
ры между путешественниками и хозяевами помѣщеній,
возщиками, корабельщиками и т. п., споры изъ за по-
роковъ скота, споры по ущербу дичи, притязанія изъ
незаконнаго сожитія; и др. *Gerichtsverfass. § 23 n. 2.*

Вѣдомство мировыхъ (и гминныхъ) судей прежде всего огра-
ничивается исками личными и исками о правѣ собственности на
предметы движимые. Иски о правѣ собственности на недвижимыя
имущества изъяты изъ вѣдѣнія мировыхъ судей и отнесены гъ вѣ-
домству судовъ общихъ. Такъ установлено въ большинствѣ совре-
менныхъ законодательствъ.

Кромѣ ст. 29; 31 п. 1, 2; 1409; 1491 Уст. гр. суд-
см., напр., для Франціи законъ 25 мая 1838 г. (*Loi sur
les justices de paix art. 1.*)

Главное основаніе такого ограниченія слѣдуетъ искать въ
представленіи бѣльшей сложности и затруднительности дѣлъ о не-
движимости. Но противъ этого совершенно справедливо возража-
ютъ, что въ настоящее время промышленность, торговля, пути со-
общенія, правовыя отношенія вообще приняли такое развитіе, что
ввели и вводятъ постоянно въ жизнь соглашенія ранѣе того неиз-
вѣстныя. Дать юридическую основу и оцѣнку многимъ изъ этихъ
соглашеній гораздо труднѣе, чѣмъ договорамъ о правѣ собственно-

сти на недвижимость¹⁾. Въ частности ни одинъ практикъ не станетъ утверждать, что рѣшеніе по possessорнымъ искамъ, о восстановленіи нарушеннаго владѣнія, представитъ меньшее затрудненіе, чѣмъ признаніе права собственности по виндикаціи, притомъ судьбою мѣстнымъ, хорошо знакомымъ съ мѣстными отношеніями²⁾. Такимъ образомъ главнѣйшая основа, изъятія изъ вѣдомства мировой юстиціи исковъ о недвижимыхъ имуществахъ несостоятельна. Другихъ мало мальски солидныхъ доводовъ за такое ограниченіе вѣдомства мировыхъ судей привести весьма трудно. Ссылка, напр., на особенную важность недвижимаго имущества для семьи въ громадномъ числѣ случаевъ разбивается предъ сравнительно бѣльшимъ значеніемъ движимостей и денегъ на сумму до 500 р. — Ко всѣмъ этимъ возраженіямъ по поводу даннаго ограниченія присоединяютъ указаніе на то, что подсудность всѣхъ исковъ о недвижимости общими судебнымъ установленіямъ весьма вредно отражается на мелкихъ собственникахъ и массѣ населенія, оставляя ихъ въ беззащитномъ положеніи по невозможности, вслѣдствіи дороговизны, вести дѣла въ общихъ судебныхъ мѣстахъ³⁾. Наконецъ, опытъ указываетъ, что подвѣдомственность дѣлъ о недвижимости, незначительной цѣнности, мировымъ судьямъ не вызываетъ никакихъ особыхъ затрудненій.

У насъ въ закавказскомъ краѣ вѣдомству мирового судьи подлежатъ иски, между прочимъ, и о недвижимомъ имѣніи цѣною не свыше 2000 р. (Уст. гр. суд. ст. 1462; 1 прил. къ ст. 29 (прим. по прод. 1889 г.). — Въ Италіи преторамъ подвѣдомственны всѣ иски, въ томъ числѣ и о недвижимостяхъ, цѣною до 1500 лиръ (Codice di proc. civ. art. 71).

Затѣмъ изъ вѣдомства мировыхъ (и гминныхъ) судей изъяты иски о правахъ эмфитевтическомъ, безсрочной аренды, вѣчно-чин-

1) *Pabon*. Réforme des justices de paix 1890 p. 18 — 20.

2) *Gerau*. Ueber Einzelrichter p. 230.

3) См. *Реймаркъ*. Рефератъ въ казан. юридич. обществѣ 14-го января 1889 г.

шевомъ, на поверхность или же на нѣдра земли, на сервитуты, заставномъ и о всякомъ вещномъ правѣ на недвижимость.

Уст. гражд. суд. ст. 31 п. 1; 1491 п. 1.

Въ частности т. наз. дѣла чиншевыя¹⁾, касающіяся прекращенія вѣчнаго владѣнія имуществомъ на правѣ чиншевомъ и удаленія чиншевыхъ владѣльцевъ изъ мѣста ихъ поселенія, изъяты законами 28 іюля 1878 года и 25 мая 1882 г. (Собр. узак. 78 г. N 158 ст. 648; Собр. узак. 1882 г. N 63 ст. 444) изъ вѣдомства мирового суда (Уст. гр. суд. прил. V къ ст. 1400 примѣч.).

Дѣла, окончательно признанныя подлежащими судебно-межевому разбирательству, изъяты изъ вѣдомства мировыхъ судей и переданы въ вѣдѣніе окружнаго суда.

Уст. гр. суд. прилож. IV къ ст. 1400 примѣч.

Изъяты изъ вѣдѣнія мировыхъ (и гминныхъ) судей иски, сопряженные съ интересомъ казенныхъ управленій, за исключеніемъ исковъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія, а также исковъ, на сумму не свыше 500 р., о вознагражденіи за поправы и другія поврежденія въ казенныхъ дачахъ вѣдомства министерства государственныхъ имуществъ.

Уст. гр. суд. ст. 31 п. 2; 1289; 1463 п. 1; 1491 п. 2.

Изъяты изъ вѣдѣнія мирового (и гминнаго) суда споры о привилегіяхъ на открытіи или изобрѣтенія.

¹⁾ Сенать опредѣляетъ это право такъ: „Чиншевое право есть право вѣчнаго, потомственнаго, съ правомъ отчужденія, владѣнія и пользованія землею за опредѣленный въ пользу собственника чиншь, размѣръ котораго опредѣленъ разъ навсегда и не можетъ быть измѣненъ по произволу собственника, за исключеніемъ лишь случаевъ, предусмотрѣнныхъ въ установившихъ чиншь договорахъ и привилегіяхъ владѣльцевъ”. Сенать даетъ и краткую исторію этого института въ западномъ краѣ Имперіи (Рѣш. Касс. 1877 N 109).— См. *Боровиковскій*. Отчетъ судьи 1891 стр. 1—112.

Уст. гр. суд. ст. 31 п. 4; 1491 п. 3.

Наконецъ, безъ вниманія къ цѣнѣ иска изъ вѣдомства мирового судьи изъяты слѣдующія дѣла:

Дѣла о нарушеніи правъ литературной, художественной и музыкальной собственности всегда подсудны общимъ судамъ, хотя бы цѣна ихъ и была ниже 500 р.

Уст. гр. суд. ст. 217. — Касс. рѣш. 1888 N 22.

Иски къ лицу объявленному несостоятельнымъ предъявляются въ тотъ окружный судъ, въ вѣдомствѣ котораго производится дѣло о несостоятельности, безъ вниманія къ цѣнѣ иска, т. е. хотя бы онъ былъ ниже 500 р.

Уст. гр. суд. ст. 223... *всѣ иски.* — Касс. рѣш. 1871 N 270.

Точно также окружному суду, безъ вниманія къ цѣнѣ иска, подлежатъ дѣла о взысканіи убытковъ съ судей, прокуроровъ и другихъ чиновъ судебного вѣдомства.

Уст. гр. суд. ст. 1335.

Кромѣ спорной юрисдикціи къ вѣдомству мировыхъ судей отнесены многія дѣла охранительнаго производства ¹⁾. Такъ, мировой судья дѣлаетъ вызовъ наследниковъ и принимаетъ мѣры охраненія наследства (опись, опечатаніе и сбереженіе) до явки наследниковъ.

Уст. гр. суд. ст. 1401, 1403; 1971, 1975, 1976, 1994 (по прод. 90 г.).

Мировой же судья производитъ раздѣлъ наследства изъ движимостей на сумму не свыше 500 р.

Уст. гр. суд. ст. 1409. — Ср. Уст. гр. суд. ст. 2024 (по прод. 90 г.).

Мировой судья производитъ допросъ свидѣтелей, подписав-

¹⁾ Ср. *Curasson. Compét. d. juges d. paix* I p. 12 — 22.

шихся подъ духовнымъ завѣщаніемъ, въ указанныхъ гражданскими законами случаяхъ.

Св. зак. т. X ч. I ст. 1050; Уст. гр. суд. ст. 1960
(по прод. 90 г.).

Мировой судья принимаетъ мѣры къ обезпеченію доказа-
тельствъ.

Уст. гр. суд. ст. 82¹⁻⁵ (по прод. 90 г.).

Въ мѣстностяхъ, въ которыхъ не имѣется нотариусовъ, засви-
дѣтельствованіе явки актовъ производится мировымъ судьей.

Положеніе о нотар. части ст. 2, 10; Уст. гр. суд.
ст. 1361.

Мировой же судья выдаетъ данныя и купчія крѣпости, а так-
же производитъ вводъ во владѣніе.

Уст. гр. суд. ст. 1164, 1165, 1435.

Тѣже дѣла охранительнаго производства отнесены въ Царствѣ
Польскомъ къ вѣдомству не только мировыхъ, но и гминныхъ су-
довъ. При этомъ однимъ лишь мировымъ судьямъ подвѣдомствен-
ны: скрѣпа и повѣрка книгъ гражданского состоянія, храненіе та-
ковыхъ, выдача и засвидѣтельствованіе выписей изъ нихъ (метри-
ческихъ свидѣтельствъ), а также завѣдываніе уѣздною ипотекою
и предсѣдательство въ ней.

Если въ гминномъ судѣ заявлено ходатайство объ
обезпеченіи иска ипотечнымъ порядкомъ, то опредѣле-
ніе гминнаго суда объ уважительности такого ходатай-
ства представляется на распоряженіе мирового судьи,
при условіи, что ипотека учреждена надъ имѣніемъ въ
мировомъ округѣ. Уст. гр. суд. ст. 1500.

Подвѣдомственность дѣлъ земскимъ начальникамъ, го-
родскимъ судьямъ и уѣзднымъ членамъ окружнаго
суда ¹⁾.

Вѣдомство земскихъ начальниковъ и городскихъ судей опре-
дѣлено примѣнительно къ вѣдомству мировыхъ судей съ тѣмъ раз-

¹⁾ Гольмстенъ. Судопроизводство по гражданскимъ дѣ-

личіемъ, что взяты во вниманіе особенности сельской юстиціи, отведенной земскимъ начальникамъ (особенности городской юстиціи въ частности не оговорены), и затѣмъ сдѣланы извѣстныя ограниченія, которыми выдѣляется часть мировой юстиціи уѣзднымъ членамъ окружнаго суда. Допущены нѣкоторыя уклоненія отъ мировой юстиціи и по самому существу подвѣдомственныхъ ей дѣлъ.

Земскимъ начальникамъ, въ порядкѣ гражданскаго судопроизводства по спорнымъ дѣламъ, подвѣдомственны слѣдующіе иски:

1) иски на сумму не свыше пятисотъ рублей возникающіе:
а) по найму земельныхъ угодій, а также находящихся при таковыхъ угодьяхъ оброчныхъ и доходныхъ статей, и б) по личному найму на сельскія работы, въ сельскохозяйственныя должности и въ услуженіе;

500

2) иски о возстановленіи нарушеннаго владѣнія, когда со времени нарушенія прошло не болѣе шести мѣсяцевъ;

3) иски о потравахъ и о другихъ поврежденіяхъ полей, луговъ и иныхъ угодій, когда количество отыскиваемого ущерба не превышаетъ пятисотъ рублей;

4) все прочіе иски по личнымъ договорамъ и обязательствамъ ¹⁾ и о движимости на сумму не свыше трехсотъ руб., а так-

300

ламъ, подвѣдомственнымъ уѣзднымъ членамъ окружнаго суда, земскимъ участковымъ начальникамъ и городскимъ судьямъ (въ Журн. гражд. и угол. права 1890 кн. 5 стр. 121 — 200); *Загоровскій*. О подвѣдомственности земскимъ начальникамъ, городскимъ судьямъ и уѣзднымъ членамъ окружныхъ судовъ (въ Юрид. Вѣстн. 1891 сентябрь стр. 70—86).

¹⁾ Срав. выраженіе „иски по личнымъ договорамъ и обязательствамъ” съ выраженіемъ Уст. гр. суд. ст. 29 п. 1 „иски по личнымъ обязательствамъ и договорамъ”. Держась строго смысла перваго изъ этихъ выраженій, къ вѣдомству земскихъ начальниковъ должно отнести, по договорнымъ отношеніямъ, только иски по личному найму и по довѣренности (разд. 4 ч. I т. X), тогда какъ по второму къ вѣдомству мировыхъ судей будутъ относиться иски и по имущественнымъ договорамъ.— Можно думать, что перестановка словъ сдѣлана ре-

же иски о вознагражденіи за ущербъ и убытки, когда количество ихъ не превышаетъ трехсотъ руб.;

5) иски о личныхъ обидахъ и оскорбленіяхъ.

Полож. о зем. уч. начальн. ст. 48; Прав. о произв. суд. дѣлъ ст. 20.

Вѣдомству земскаго начальника не подлежатъ: 1) иски о правѣ собственности или о правѣ на владѣніе недвижимостью, утвержденномъ на формальномъ актѣ, или же о правѣ участія частнаго. Такимъ образомъ изъ вѣдѣнія земскаго начальника изъяты, напр., иски о пожизненномъ владѣніи по завѣщанію, о владѣніи по закону родителей благопріобрѣтеннымъ имѣніемъ своихъ дѣтей, неоставившихъ потомства, о владѣніи залогодателя за время отъ описи до продажи заложенного имѣнія ¹⁾. 2) Иски по договорамъ, когда они сопряжены съ интересомъ казенныхъ управленій ²⁾. 3) Споры о привилегіяхъ на открытія и изобрѣтенія. 4) Иски о вознагражденіи за ущербъ и убытки, когда количество оныхъ, во время предьявленія иска, не можетъ быть положительно извѣстно.

Полож. о зем. нач. ст. 50; Прав. о произв. суд. дѣлъ ст. 21.

Кромѣ спорной юрисдикціи на земскихъ начальниковъ возложены, примѣнительно къ мировой юстиціи, дѣла охранительнаго производства. Такъ, онъ принимаетъ мѣры по охраненію наследства, т. е. дѣлаетъ ему опись, печатаніе и сберегаетъ его до явки

дакторами новаго закона вполнѣ сознательно, такъ какъ въ остальныхъ его пунктахъ указаны тѣ имущественные договоры, которые могутъ подлежать разбору земск. начальника, а слѣдовательно оставалось только указать на одни личные договоры. Въ Уставѣ же для мировыхъ судей по договорамъ имѣется лишь приведенное выраженіе, а поэтому оно должно было обнимать всѣ ихъ виды подвѣдомственные мировымъ судьямъ. Срав. *Гольмстенъ* cit. стр. 129, 130.

¹⁾ Св. зак. т. X ч. I ст. 1141; Уст. гр. суд. ст. 1129. — См. *Шимановскаго* толкованіе этой статьи 1887 г.

²⁾ Срав. Уст. гр. суд. ст. 31 п. 2.

наслѣдниковъ, притомъ безотносительно къ цѣнѣ и роду наслѣдства; только крестьянское имущество не подлежитъ его охраненію, если оно лежитъ въ чертѣ надѣла, а внѣ надѣла, если оно превышаетъ 300 руб.

Прав. о произв. суд. дѣлъ ст. 161; Времен. пр. о вол. судѣ ст. 15.

Земскій начальникъ вѣдаетъ просьбы объ обезпеченіи показательства по искамъ на всякую сумму.

Мнѣн. Госуд. Сов. 12 іюля 1889; Прав. пр. суд. д. ст. 20 п. 6.

На земскихъ начальниковъ возложены обязанности по выдачѣ данныхъ и купчихъ крѣпостей и вводу во владѣніе недвижимыми имуществами.

Собр. узакон. и распор. за 1891 г. 2 апрѣля N 32 ст. 351.

Кромѣ того на земскихъ начальниковъ распространены и другія обязанности мировыхъ судей, какъ допросъ свидѣтелей, подписавшихся подъ духовными завѣщаніями, когда они не могутъ быть допрошены въ судѣ.

Мнѣніе Госуд. Сов. 16-го іюня 1891 г. ст. 1 (Собр. узак. N 61 ст. 651).

Вѣдомство городскихъ судей въ спорныхъ дѣлахъ опредѣлено въ общемъ тѣми же началами, какъ и вѣдомство земскихъ начальниковъ ¹⁾, безъ вниманія къ тому, что въ городахъ будутъ большою рѣдкостью дѣла чисто сельскія, какъ напр. о потравѣ полей, луговъ, о наймѣ земельныхъ угодій и т. п.

Прав. объ устр. суд. ч. ст. 14; Прав. о произв. суд. дѣлъ ст. 20 (по прод. 190 г.).

Точно также изъемяются изъ вѣдѣнія городского судьи тѣ же дѣла, какія изъемяются изъ вѣдѣнія земскихъ начальниковъ.

¹⁾ Прав. объ устр. суд. части ст. 24.

Прав. объ устр. суд. ч. ст. 15; Прав. о произв. суд. д. ст. 21 (по прод. 90 г.).

По охранительному производству въ ведомство городскихъ судей опредѣлено примѣнительно къ ведомству мировыхъ судей, какъ то засвидѣтельствованіе явки актовъ, довѣренностей, затѣмъ на нихъ же возложена въ городахъ опись наслѣдственнаго имущества ¹⁾, а съ 16 июня 1891 г. и допросъ свидѣтелей, подписавшихся подъ духовнымъ завѣщаніемъ, въ случаяхъ, предусмотрѣнныхъ гражданскими законами. Они же разрѣшаютъ просьбы о обезпеченіи доказательствъ по искамъ на всякую сумму.

Прав. объ устр. суд. ч. ст. 19; Мнѣн. Госуд. Сов. 16 июня 1891 п. 5; Прав. произв. суд. д. ст. 20 п. 6.

Вѣдомству уѣздныхъ членовъ окружнаго суда подлежатъ:

1) изъ дѣлъ спорныхъ всѣ возникающія въ уѣздѣ гражданскія дѣла, отнесенныя судебными уставами къ вѣдѣнію мировыхъ судей и притомъ неподсудныя земскимъ участковымъ начальникамъ и городскимъ судьямъ, т. е. слѣдовательно: а) всѣ иски о движимости и по обязательствамъ за исключеніемъ дѣлъ о сельско-хозяйственномъ наймѣ и о поврежденіи угодій) на сумму отъ 300 до 500 руб. 2); б) дѣла о вознагражденіи за ущербъ и убытки, когда количество ихъ во время предьявленія иска не можетъ быть положительно извѣстно; в) иски о правѣ участія частнаго, когда со времени его нарушенія прошло не болѣе года; г) иски о возстановленіи земельныхъ границъ, когда со времени нарушенія прошло не болѣе шести мѣсяцевъ.

Правила объ устр. суд. части ст. 29. — Ср. Уст. гр. суд. ст. 29; Правил. о произв. суд. дѣлъ ст. 20, 21; Прилож. IV къ ст. 1400 примѣч. Уст. гр. суд. — Кромѣ указанныхъ дѣлъ уѣздному члену окружнаго суда подвѣдомственны иски въ границахъ компетентности земскихъ начальниковъ и городскихъ судей, если эти иски обра-

¹⁾ Гольмстенъ cit. стр. 200.

²⁾ См. Гольмстенъ cit. стр. 123.

щены противъ отвѣтчика, мѣстожителство которою или пребыванія неизвѣстны, или когда онъ проживаетъ за границею (Прав. произв. суд. дѣлъ ст. 21 п. 5). Извѣстіе, не только не оправдываемое интересами ищущихъ правосудія, но наоборотъ ставящее ихъ въ затрудненіе удаленіемъ отъ ближайшаго суда земскаго начальника или городского судьи (*Гольмстенъ cit.* стр. 124, 125).

2) Всѣ дѣла охранительнаго судопроизводства, отнесенныя уставомъ гражданскаго судопроизводства къ вѣдомству мировыхъ судей, за исключеніемъ дѣлъ по выдачѣ данныхъ и купчихъ крѣпостей и ввода во владѣніе недвижимыми имуществоми. Такимъ образомъ уѣздному члену окружнаго суда подвѣдомственны, между прочимъ, слѣдующія дѣла охранительнаго производства: а) вызовъ наследниковъ и охраненіе наследства; б) утвержденіе въ правахъ наследства и раздѣлъ движимости на сумму до 500 руб., а по взаимному соглашенію наследниковъ и раздѣлъ всякаго имущества.

Правила объ устр. суд. части ст. 29 по прод. 1891 года (Собран. узаконен. 2 апрѣля N 32 ст. 351). Ср. Уст. гр. суд. ст. 1401 — 1408; Прав. объ устр. с. ч. ст. 24; Прав. произв. суд. д. ст. 161. — *Гольмстенъ* полагаетъ (*cit.* стр. 125, 126), что дѣла о передѣлѣ на сумму до 500 р. также относятся къ вѣдомству уѣзднаго члена на томъ основаніи, что судъ, производящій раздѣлъ, производитъ и передѣлъ (Уст. гр. суд. ст. 216).

Нельзя не замѣтить, что дѣла, исчерпывающія вѣдомство самостоятельнаго суда уѣзднаго члена окружнаго суда, представляютъ крайне ограниченный кругъ, и на практикѣ уже выяснилась сравнительная ничтожность собственно судебной дѣятельности уѣзднаго члена окружнаго суда ¹⁾.

Начала подсудности однороднымъ судамъ.

Опредѣливъ вѣдомства отдѣльныхъ разрядовъ гражданскихъ судовъ, остается указать на тѣ начала, по которымъ данное дѣло

¹⁾ *Загоровскій cit.* стр. 85.

будеть подсудно тому, а не иному, однородному суду. Тутъ слѣдуетъ различать общія начала, опредѣляющія т. наз. общую подсудность, и начала особенныя, отдѣляющіяся отъ общей подсудности и поэтому опредѣляющія т. наз. особенную подсудность.

Общая подсудность.

Общая подсудность (*forum generale*) опредѣляется такимъ положеніемъ: истецъ слѣдуетъ суду отвѣтчика, *actor sequitur forum rei*, т. е. искъ подается по мѣстожительства отвѣтчика, опредѣляемому временемъ предъявленія иска.

Основ. полож. ст. 25; Уст. гр. суд. ст. 32, 203, 365³ (по прод. 91 г.), 1220, 1222⁴, 1339, 1512, 1517; Уст. суд. торг. ст. 50, 160, 190; Прав. о производ. суд. дѣлъ ст. 22; Врем. прав. о волостн. судѣ ст. 16; Волостн. суд. уст. (суд. иск.) ст. 10.—Fragm. Vatic. § 326. — Code de procéd. civ. art. 59, 420.—Civ. R. Ordn. § 13.

Таково коренное правило о подсудности, откуда и наименованіе этой подсудности „общей“. Всѣ прочія правила составляютъ лишь изъятія изъ даннаго общаго начала ¹⁾.

Приведенное правило основывается на томъ соображеніи, что было бы несправедливо предоставить на волю истца производить вызовъ отвѣтчика въ тотъ судъ, который онъ найдетъ болѣе удобнымъ для себя, и вводить чрезъ это отвѣтчика въ напрасные расходы и издержки, особенно если претензія истца окажется неосновательной и истецъ будетъ не въ состояніи возмѣстить отвѣтчику всѣхъ издержекъ. Такимъ образомъ подсудность по мѣсту жительства отвѣтчика имѣетъ цѣлью охраненіе его правъ, пользы и самаго спокойствія. Она имѣетъ своимъ назначеніемъ опредѣлить производство въ ближайшихъ, по возможности, къ отвѣтчику мѣстахъ, гдѣ всего легче онъ могъ бы дать отпоръ процессуальному нападенію истца.

¹⁾ Мотивъ къ ст. 203 уст. гр. суд. изд. госуд. канц.

Поэтому, если крестьянинъ - отвѣтчикъ живетъ въ мѣстѣ, на которое не распространяется вѣдомство волостного суда (напр. въ городѣ), то искъ противъ него не можетъ быть вчиненъ въ этомъ судебномъ установлении. См. Врем. пр. о вол. судѣ ст. 16... въ судѣ той волости, въ предѣлахъ которой отвѣтчикъ *имѣетъ* жительство или временное пребываніе. Тоже въ Вол. суд. уст. для приб. губ. ст. 10. См. также Касс. рѣш. 1876 г. N 487. *Александръ*. Ручов. для мир. суд. изд. 2 т. I стр. 108.

Что же разумѣется подъ мѣстомъ жительства? Подъ мѣстомъ жительства лица разумѣется опредѣленный центръ его жизни и дѣятельности въ данной мѣстности ¹⁾.

Уст. гр. суд. ст. 204. Постоянное мѣсто жительства полагается тамъ, гдѣ кто по своимъ занятіямъ, промысламъ, или по своему имуществу, либо по службѣ военной или гражданской, имѣетъ осѣдность или домашнее обзаведеніе. Ср. Гражд. Улож. Ц. П. ст. 26—35.

Для основанія мѣста жительства требуется утвержденіе въ опредѣленной мѣстности на осѣдность (animus sedem fixam habendi ²⁾, о чемъ дѣлается заключеніе изъ положительнаго заявленія или изъ иныхъ обстоятельствъ ³⁾. Такъ, мѣсто жительства опредѣляется, между прочимъ, отправленіемъ службы въ опредѣленной мѣстности (для военныхъ — мѣстомъ стоянки ихъ гарнизона ⁴⁾, занятіемъ извѣстнымъ производствомъ, напр., фабричнымъ, сельскимъ, или иною дѣятельностью, указывающею, по природѣ своей, на болѣе или менѣе продолжительное пребы-

¹⁾ L. 7 C. de incolis 10, 39: Et in eodem loco singulos habere domicilium non ambigitur, ubi quis larem, rerumque ac fortunarum suarum summam constituit, — unde rursus non sit discessurus, si nihil avocet, unde cum profectus est, peregrinari videtur: quo si rediit, peregrinari jam destitit.

²⁾ Гражд. Улож. ст. 27.

³⁾ Гражд. Улож. ст. 29.

⁴⁾ Гражд. Улож. ст. 30, 31.—Civ. Proz. Ordn. § 15.

ваніе въ данной мѣстности, такъ, напр., опредѣляется мѣсто-жительство ремесленныхъ и фабричныхъ рабочихъ, учащихся и т. п. ¹⁾). Въ частности корабль почитается мѣстомъ жительства принадлежащихъ къ нему ²⁾). Не будетъ мѣстомъ жительства непроизвольная задержка на мѣстѣ, какъ-то по причинѣ болѣзни или ареста. Извѣстный разрядъ лицъ имѣеть такъ назыв. производное мѣсто-жительство, опредѣляемое по мѣсту-жительства лицъ, отъ которыхъ находятся въ извѣстной зависимости. Такъ, мѣстожительство жены опредѣляется по мѣсту жительства мужа и родителей, состоящіе въ услуженіи или на постоянной работѣ у другаго лица имѣють то мѣстожительства, которое имѣеть лицо у коего они состоятъ на службѣ или на работѣ, и др.

Св. зак. т. X ч. I ст. 103; Гражд. Улож. ст. 32, 33.
Ср. Civ. Proz. Ord. § 17.

Наконецъ, мѣстожительство лицъ, пользующихся въ земельностью опредѣляется мѣстомъ жительства въ ихъ родной странѣ.

Теряется мѣстожительство смертью или оставленіемъ его на болѣе или менѣе продолжительное время, прекращеніемъ промысла, перенесеніемъ дѣятельности въ другую мѣстность.

У лица можетъ быть нѣсколько мѣстожествъ, когда оно утверждается въ нѣсколькихъ мѣстахъ для періодическихъ пребываній въ нихъ, напр. лѣтомъ въ деревнѣ, зимою въ городѣ.

Все сказанное о мѣстѣ жительства не отвѣчаетъ постановленіямъ Устава о паспортахъ, по которому (ст. 2) „постояннымъ мѣстомъ жительства считается то мѣсто: 1) гдѣ кто обязанъ службою, или состоитъ въ вѣдомствѣ оной; 2) гдѣ находится недвижимое его имущество, въ коемъ онъ имѣеть постоянное пребываніе, и 3) гдѣ кто, бывъ записанъ въ книгахъ дворянскихъ, городскихъ, или ревизскихъ, имѣеть водвореніе“. (Ср. также Уст. дух. консист. ст. 224 примѣч.). — См. *Исаченко*. Гражд. проц. I, 1

¹⁾ Civ. Proz. Ord. §§ 21 Abs. 1; 22 Abs. 1, 2.

²⁾ Уст. суд. торг. ст. 165.

ст. 81, 82.—Въ процессѣ судъ, разумѣется, обязанъ при-
держиваться положеній судопроизводственнаго закона,
т. е. ст. 204 Уст. гр. суд. (*Гольмстенъ* въ Журн. гр. и уг.
пр. 1890, кн. 5 стр. 133).

Въ тѣхъ случаяхъ, когда отвѣтчикъ имѣеть въ разныхъ
мѣстахъ осѣдность или обзаведеніе, истецъ можетъ предъявить
искъ въ каждомъ изъ тѣхъ мѣстъ, гдѣ онъ застигнетъ отвѣт-
чика, хотя бы ко времени врученія ему лично повѣстки онъ уже
оставилъ данное мѣсто ¹⁾.

Уст. гр. суд. ст. 205.

Въ этихъ случаяхъ отвѣтчикъ всегда будетъ поставленъ
въ извѣстность о предъявленномъ къ нему искѣ, а съ другой сто-
роны истцу было бы трудно слѣдовать за постоянной переменной
мѣста отвѣтчикомъ.

Равнымъ образомъ иски противъ юридическихъ лицъ вчиня-
ются по мѣсту осѣдности ихъ представительственнаго учрежденія.
Такъ, иски противъ компаній, обществъ и товариществъ предъ-
являются въ судъ, въ вѣдомствѣ котораго состоитъ ихъ прав-
леніе или фирма, или по мѣсту нахождения ихъ конторъ или
агентовъ, съ которыми заключены были сдѣлки.

Уст. гражд. суд. ст. 35, 36, 220 — 222; Общ. Уставъ
росс. желѣзн. дорогъ ст. 76, 127, 128, 130; Уст. торг. суд.
ст. 164, 171 и слѣд.—Ср. Civ. Proz. Ordn. § 23.

Иски къ казеннымъ управленіямъ предъявляются въ судъ
по мѣсту нахождения того присутственнаго мѣста или должност-
ного лица, которое представляетъ на судъ казенное управленіе.

Уст. гражд. суд. ст. 1288; ср. ст. 1284, 1305. — Civ.
Proz. Ordn. § 20.

Противъ дворянскихъ, городскихъ, сельскихъ обществъ искъ
можетъ быть предъявленъ въ судъ, въ округѣ котораго данное
общество состоитъ ²⁾.

¹⁾ Касс. рѣш. 1868 N 762; 1869 N 440; 1875 NN 802, 1017;
1877 NN 125, 306.

²⁾ *Исаченко*. Гражд. проц. I, 1 стр. 185, 186. — Civ.
Proz. Ordn. § 19.

Иски къ обществамъ, товариществамъ или компаниямъ, дѣйствующимъ въ Россіи, но неимѣющимъ въ ней ни правленія, ни фирмы, предъявляются въ судъ мѣста нахождения агента или дѣятельности общества ¹⁾.

Но по мѣсту нахождения конторъ или агентовъ иски могутъ быть предъявляемы только при слѣдующихъ условіяхъ: если агенты (прикащики, комиссіонеры, повѣренныя и т. д. ²⁾) будутъ мѣстными, а не странствующими (commis voyageurs) агентами ³⁾, а контора будетъ учреждена съ разрѣшенія правительства ⁴⁾; затѣмъ, если эти агенты и конторы будутъ представителями общества, компания, товарищества, т. е. юридическаго лица, а не отдѣльнаго кунца, фабриканта, заводчика ⁵⁾; наконецъ, данная подсудность допускается только по тѣмъ искамъ, которые вытекаютъ изъ договоровъ, заключенныхъ съ мѣстными агентами или конторами ⁶⁾.

Несомнѣнные удобства по собиранію и оцѣнкѣ доказательствъ опредѣляютъ подсудность по мѣсту нахождения настоящаго или прекратившагося товарищества, компания, въ случаяхъ предъявленія исковъ товарищей или соучастниковъ къ обществу, правленію ⁷⁾, или другъ къ другу, по выполненію учредительнаго договора, или въ случаяхъ предъявленія исковъ участниковъ и постороннихъ лицъ къ товариществу или обществу уже прекратившему свои дѣйствія.

Уст. гр. суд. ст. 222.

¹⁾ Касс. рѣш. 1870 N 1780; 1872 N 892.

²⁾ Уст. торг. ст. 40 слѣд.

³⁾ Касс. рѣш. 1882 N 43.

⁴⁾ Уст. торг. ст. 53 прилож. п. 5.

⁵⁾ Касс. рѣш. 1875 N 988.

⁶⁾ Касс. рѣш. 1872 N 347; 1879 N 7.

⁷⁾ Напр., искъ члена клуба о неправильномъ его исключеніи общимъ собраніемъ (Касс. рѣш. 1880 N 186), искъ акціонера по поводу отказа правленія общества открыть для обозрѣнія книги, счета и дѣла товарищества (Касс. рѣш. 1879 N 236; 1882 N 15; 1884 N 126); и т. п. — *Исаченко*. Гражд. процессъ I, 1 стр. 200, 201.

Разрѣшеніе подобныхъ споровъ всего удобнѣе предоставить суду, въ вѣдомствѣ котораго состоятъ или состояло товарищество, ибо провѣрка доказательствъ (просмотръ счетовъ, книгъ, товаровъ, допросъ свидѣтелей и т. п.) легче всего можетъ быть произведена въ данномъ мѣстѣ.

Въ случаяхъ предъявленія одного иска къ нѣсколькимъ лицамъ, отвѣчающимъ по одному общему имъ праву или имуществу, истецъ избираетъ тотъ судъ, въ округѣ котораго имѣетъ жительство одинъ изъ отвѣтчиковъ.

Уст. гр. суд. ст. 33, 218; Прав. о пр. суд. д. ст. 22; Вол. суд. уст. (для приб. губ.) ст. 11; Уст. суд. торг. ст. 163. — Въ статьяхъ этихъ употребленъ глаголь „жить“, изъ чего можно было бы заключить, что подсудность подобнаго иска опредѣляется и мѣстомъ простого пребыванія одного изъ отвѣтчиковъ (см. Уст. гр. суд. ст. 365^а п. в (по прод. 91 г.) и Касс. рѣш. 1881 N 138). Но такой выводъ основательно признаютъ не всегда справедливымъ по отношенію къ другимъ отвѣтчикамъ, обязаннымъ отвѣчать по мѣсту пребыванія соотвѣтника, на время выѣхавшаго изъ своего мѣста жительства, которое можетъ быть мѣстомъ жительства этихъ остальныхъ соотвѣтчиковъ (*Исаченко*. Гражд. проц. I, 1 стр. 173, 175). — Ср. Уст. суд. торг. ст. 160 и 163.

Начало это должно быть распространено ¹⁾ и на тѣ случаи, когда отвѣтчиками будутъ не только физическія лица, но и нѣсколько юридическихъ лицъ, или частью физическія, частью юридическія лица.

По законамъ 1889 г. если, при предъявленіи иска къ нѣсколькимъ отвѣтчикамъ, кто либо изъ нихъ подсуденъ городскому судѣ, а остальные земскому начальнику, то преимущество отдается городскому судѣ; если же одинъ изъ отвѣтчиковъ подсуденъ мировому судѣ, то дѣло должно быть обращено къ послѣднему.

Прав. о произв. суд. дѣлъ ст. 22.

¹⁾ Уст. гражд. суд. ст. 9.

Лица, неимѣющія въ Россіи осѣдлости или обзаведенія (кро-
мѣ бродячаго люда (*hominēs vagi*), еще иностранцы временно
пребывающіе въ Россіи ¹⁾, или хотя и имѣющія осѣдность или
обзаведеніе, но уклоняющіяся отъ суда путемъ постоянныхъ пе-
реѣздовъ ²⁾, — могутъ быть привлекаемы къ суду по мѣсту вре-
меннаго ихъ нахождения, временнаго пребыванія. Но чтобъ не
поставить отвѣтчика въ затрудненіе по явкѣ въ судъ и предъ-
явленію доказательствъ въ мѣстѣ простого проѣзда, признано
необходимымъ изъять изъ указаннаго правила случаи кратковре-
менной остановки („кратковременной остановки по случаю про-
ѣзда“), причемъ опредѣленіе кратковременности предоставляется
усмотрѣнію суда.

Уст. гр. суд. ст. 32, 206 (и мотивы въ изд. Госуд.
Канц.), ст. 365³ (по прод. 91 г.), 1222 ⁴, ⁸, ⁹; Уст. суд.
торг. ст. 50, 160, 190; Прав. о произв. суд. д. ст. 22;
Врем. прав. о вол. судѣ ст. 16. — Ср. Civ. Proc. Ordn.
§ 18. Но по германскому уставу (Civ. Proc. Ordn. § 24)
лице, неимѣющее мѣстожителство, можетъ быть привле-
чено къ суду и въ томъ округѣ, въ которомъ будетъ
находиться хотя бы какое-нибудь его имущество (ср.
Гражд. Улож. ст. 13), способное отвѣчать по иску, какъ
напр. такой отвѣтчикъ можетъ быть привлеченъ къ су-
ду по мѣсту жительства его должника. — По итальян-
скому закону иностранецъ, неимѣющій осѣдлости или
жилища, можетъ быть привлеченъ къ суду, по искамъ
личнымъ и вещнымъ на движимость, по мѣстужительства
истца (Codice di proc. civ. art. 107).

Кромѣ того, совершенно справедливо предоставляется отвѣт-
чику, привлеченному по мѣсту временнаго его нахождения, право
просить о переводѣ дѣла въ судъ, въ округѣ котораго онъ имѣетъ
постоянное жительство; иначе подсудность дѣла легко могла бы
опредѣляться произволомъ истца, воспользовавшагося временнымъ
пребываніемъ отвѣтчика въ данной мѣстности. Но не въ правѣ
просить о такомъ переводѣ дѣла отвѣтчикъ, не могущій удосто-

¹⁾ Уст. гр. суд. ст. 224.

²⁾ Мотивы въ изд. Гос. Канц. къ ст. 205 Уст. гр. суд.

вѣрить о своемъ постоянномъ мѣстѣ жительства въ Имперіи, а также въ томъ случаѣ, когда дѣло по своему свойству требуетъ немедленнаго разрѣшенія. Поэтому же въ упрощенномъ производствѣ вообще нельзя просить о переводѣ дѣла въ другой судъ.

Уст. гр. суд. ст. 207, 365 * (по прод. 91 г. Срав. ст. 365 ²²), 580.

Если отвѣтчикъ находится за границей или въ безвѣстномъ отсутствіи и въ силу этого не можетъ быть вызванъ къ суду обыкновеннымъ порядкомъ, то въ интересѣ осуществленія правъ истца законодателью необходимо было установить иную подсудность личныхъ исковъ, а именно: или по мѣсту нахождения недвижимаго имущества отвѣтчика, при каковомъ имуществѣ можетъ находиться лице, имѣющее право заступать мѣсто отвѣтчика; если же недвижимаго имущества у отвѣтчика не имѣется или оно истцу неизвѣстно, то по усмотрѣнію истца искъ предъявляется или по мѣсту извѣстнаго ему послѣдняго мѣста жительства отвѣтчика, или по мѣсту совершенія, или исполненія обязательства, изъ котораго возникъ искъ. Но съ другой стороны нельзя ставить, въ подобныхъ случаяхъ, отвѣтчика въ зависимость отъ воли истца по мѣсту подсудности дѣла, такъ какъ неизвѣстность постояннаго мѣстожительства отвѣтчика въ Имперіи можетъ быть вмѣнена самому истцу. Поэтому отвѣтчикъ, вызванный изложеннымъ образомъ, можетъ просить о переводѣ его дѣла въ судъ, въ округѣ котораго онъ имѣетъ постоянное мѣстожительство.

Уст. гр. суд. ст. 210, 211, 293, 294; Приложение къ ст. 256 прим. 2. Ср. Civ. Proz. Ordn. § 18.—Въ изложенныхъ случаяхъ, когда мѣстожительство или пребываніе отвѣтчика неизвѣстно, или онъ находится за границей, иски противъ него, подвѣдомственные земскому начальнику и городскому судѣ, вовсе изымаются изъ ихъ вѣдомства (Прав. о произв. суд. дѣлъ ст. 21 п. 5). Такое изыятіе можетъ быть объяснено только одною сложностью вызова отвѣтчика (*Загорский* въ Юрид. Вѣстн. 1891 сентябрь стр. 78).

Наконецъ, могутъ быть дѣла, въ которыхъ не имѣется опредѣленнаго отвѣтчика, какъ дѣла брачныя и о законности рожде-

нія. Въ такихъ случаяхъ искъ предъявляется по мѣсту жительства истца.

Уст. гражд. суд. ст. 1339.—Подсудность брачныхъ дѣлъ раскольниковъ въ ст. 1356³ Уст. гр. суд.

Процессъ, начатый *in foro domicilii*, тамъ и оканчивается, хотя бы позднѣе произошла перемѣна въ мѣстѣ жительства того лица, по которому опредѣлена была общая подсудность. Тутъ принимается начало: *ubi coeptum est semel iudicium, ibi et finem accipere debet*.

Таково начало общей подсудности со всѣми его развитіями, согласно особымъ условіямъ отдѣльнаго судебного дѣла.

Особенная подсудность.

Особенная подсудность (*forum speciale*), какъ изъятіе изъ правилъ общей подсудности, устанавливается частью въ интересъ истца, которому этимъ облегчается судебное осуществленіе права, частью по вниманію къ самому спорному предмету, связь котораго съ опредѣленнымъ мѣстомъ или съ другими правовыми дѣлами дѣлаетъ соответственнымъ или необходимымъ рассмотрѣніе его именно опредѣленнымъ судомъ, ибо этимъ ускоряется правовая помощь, облегчается приведеніе доказательствъ, обеспечивается правильная оцѣнка фактическихъ и правовыхъ моментовъ.

Въ тѣхъ случаяхъ, когда на установленіе особой подсудности имѣетъ вліяніе публичный интересъ, такая особая подсудность будетъ исключительною (*forum necessarium*); она исключаетъ общую подсудность. Въ другихъ случаяхъ, особенно когда этимъ изъятіемъ имѣется въ виду облегчить истцу судебное осуществленіе права, особенная подсудность будетъ элективной (*forum electivum*); она допускается на ряду съ общей подсудностью. Тутъ выборъ принадлежитъ истцу.

Итакъ между нѣсколькими компетентными судами выборъ принадлежитъ истцу ¹⁾. Если же дѣло объ одномъ и томъ же пред-

¹⁾ См. Civ. Proz. Ordn. § 35.

метѣ будетъ вчинено въ различныхъ компетентныхъ судахъ, то подсудность его опредѣлится старшинствомъ, т. е. компетентнымъ будетъ тотъ судъ, въ которомъ впервые вчиненъ былъ споръ.

Современныя законодательства знаютъ слѣдующіе виды особенной подсудности:

1) *Подсудность по мѣсту нахождения недвижимаго имущества (forum rei sitae)*. — Общимъ постановленіемъ современныхъ законодательствъ иски о недвижимыхъ имуществахъ и ихъ принадлежностяхъ подсудны суду по мѣсту нахождения даннаго недвижимаго имущества; при этомъ постановленіямъ о такой подсудности приданъ абсолютный характеръ, такъ что судъ не въ правѣ принимать къ разсмотрѣнію исковъ, предъявленныхъ въ нарушение этихъ постановленій.

Уст. гр. суд. ст. 34, 212—214, 584 п. 2, 1098, 1288; Прил. V къ ст. 1400 прим. § 2, 1492, 1513, 1514, 1516, 1534; Врем. прав. о вол. судѣ ст. 16; Вол. суд. уст. (для губ. прибалт.) ст. 12, 13. — Ср. напр. Civ. Proz. Ordn. §§ 25—27.

Какъ сама данная подсудность, такъ и исключительный ея характеръ мотивируются тѣмъ, что подсудность по мѣсту нахождения недвижимаго имущества способствуетъ огражденію правъ на него третьихъ лицъ, могущихъ предъявить къ тому имуществу какое-либо притязаніе ¹⁾, а кромѣ того эта подсудность представляетъ массу удобствъ не только тяжущимся, но и суду для скорѣйшаго и болѣе правильнаго рѣшенія дѣла ²⁾. Такое удобство выступаетъ, напр., въ случаѣ необходимости осмотра на мѣстѣ, допроса свидѣтелей на мѣстѣ же, и т. п. ³⁾.

Данной особенной подсудности подлежатъ всѣ споры по праву на недвижимое имущество, какъ-то: споры о правѣ собственности, владѣнія, пользованія, общаго участія, о правѣ вѣчно-чиншевомъ, о сервитутахъ, о заставныхъ договорахъ, объ обязательствахъ,

¹⁾ *Garsonnet. Traité I p. 641.*

²⁾ Мотивы къ ст. 228 Уст. гр. суд. изд. Гос. Канц.

³⁾ *Bethmann-Hollweg. Versuche p. 53.*

обезпеченныхъ ипотечнымъ порядкомъ, и о другихъ правахъ ¹⁾. Но споры, неимѣющіе своимъ непосредственнымъ предметомъ право на недвижимость, хотя и состоящіе въ связи съ нею, подлежатъ правиламъ общей подсудности. Таковы, напр., иски объ очищеніи арендаторомъ имѣнія по окончаніи срока аренды ²⁾, иски о выселеніи изъ квартиры ³⁾, и т. п. Точно также, если искъ будетъ касаться самостоятельнаго права на движимые предметы, помимо этого составляющіе принадлежность недвижимости, то онъ относится къ суду не иначе какъ по началамъ общей подсудности. Таковы, напр., иски о правѣ снести строеніе купленное на словъ ⁴⁾, о правѣ вырубить лѣсъ, купленный на срубъ ⁵⁾ и т. д.

Затѣмъ, иски по всякому нарушенію владѣнія недвижимымъ имуществомъ (напр. въ случаяхъ захвата, завладѣнія, препятствованія къ спокойному отправленію владѣльческихъ правъ ⁶⁾), равно какъ по причиненнымъ непосредственно имуществу убыткамъ и ущербамъ (напр. въ случаяхъ порубки лѣса, потравы, подтопа, уничтоженія строеній), — такіе иски предъявляются по мѣсту нахождения даннаго имущества.

Г. Исаченко полагаетъ (Гражд. процессъ т. I ч. 1 стр. 146), что въ послѣднемъ случаѣ особенная подсудность имѣетъ элективный характеръ, такъ что если истецъ предъявитъ искъ объ убыткахъ по мѣсту жительства отвѣтчика, то этотъ послѣдній не имѣетъ права на отводъ о неподсудности. Но это едва-ли справедливо. И въ данномъ случаѣ интересы правосудія будутъ требовать всегда примѣненія особенной подсудности по мѣсту нахождения имущества. Въ такой подсудности данныхъ дѣлъ заинтересованъ, со стороны правильнаго и скорого ихъ рѣшенія, не только истецъ, но и отвѣт-

¹⁾ Напр. споры по пропинаціонному праву. См. Исаченко. Гражд. проц. I, 1 стр. 121, 122.

²⁾ Касс. рѣш. 1870 N 1124; 1880 N 193, 209.

³⁾ Касс. рѣш. 1869 NN 378, 645; 1875 N 914.

⁴⁾ Касс. рѣш. 1874 N 136; 1876 N 5.

⁵⁾ Касс. рѣш. 1868 N 229; 1870 N 1396; 1874 N 426.

⁶⁾ См. Мотивы къ ст. 29 п. 4 Уст. гр. суд.

чикъ, и во всякомъ случаѣ удобство разрѣшенія спора требуетъ настоятельно приложенія даннаго изъятія изъ общей подсудности (Касс. рѣш. 1870 N 1916).

Въ частности по мѣсту нахождения имущества предъявляются какъ иски объ убыткахъ частныхъ лицъ къ управленію желѣзныхъ дорогъ по сносу сооружений, складовъ, раскопокъ и раскодокъ, такъ и иски управленій желѣзныхъ дорогъ къ владѣльцамъ земель вдоль линій желѣзныхъ дорогъ по спору о вознагражденіи за имущества, подлежащія сносу.

Уст. гр. суд. ст. 34, 213¹.

По мѣсту нахождения недвижимаго имущества рассматриваются и всякія иныя на него притязанія, какъ, напр., на право продажи должникомъ имѣнія, обращеннаго во взысканію, а также и всѣ межевыя дѣла.

Уст. гр. суд. ст. 1098; прилож. къ ст. 1400 примѣч.

Если искъ будетъ относиться къ нѣсколькимъ имѣніямъ, находящимся въ различныхъ судебныхъ округахъ, то отъ усмотрѣнія истца зависитъ избраніе того суда, которому данный искъ можетъ быть подсуденъ; конечно, при условіи, что всѣ требованія будутъ одного и того же рода, т. е. подсудны однороднымъ судамъ.

Уст. гр. суд. ст. 218.

Подсудность по мѣсту нахождения имущества примѣняется и къ искамъ по движимости прежде всего тогда, когда иски относятся совокупно какъ къ движимымъ, такъ и къ недвижимымъ предметамъ, подъ условіемъ, конечно, допустимости подобной кумуляціи, какъ, напр., когда искъ направленъ на полученіе владѣнія какъ движимымъ, такъ и недвижимымъ имуществомъ, захваченнымъ отвѣтчикомъ, и т. п. Но въ этихъ случаяхъ отъ истца зависитъ предъявить искъ по мѣсту нахождения имущества или по мѣсту жительства отвѣтчика ¹⁾ (если только на недвижимомъ имуществѣ не устроена ипотека).

Уст. гр. суд. ст. 219, 1516.

¹⁾ См. Гольмстенъ. Учебникъ стр. 55.

Данная особенная подсудность может быть применена и къ искамъ по одной движимости. Такъ, напр., иски, возникающіе изъ задержанія чужой вещи въ закладъ, предъявляются по мѣсту задержанія вещи; просьбы объ обезпеченіи будущаго иска предъявляются по мѣсту нахождения имущества, долженствующаго служить обезпеченіемъ третье лице, находящее, что ему принадлежит какое либо право на описанное имущество или на часть онаго, обязано предъявить искъ по мѣсту наложенія ареста.

Волостн. суд. уст. (для прибалт. губ.) ст. 13; Уст. гр. суд. ст. 1825 (по прод. 90 г.); ст. 1092.

Торговые иски подсудны тому коммерческому суду, въ округѣ котораго будетъ находиться предметъ спора (товарь, суда и т. п.).

Уст. суд. торг. ст. 50, 162.

Но истецъ можетъ предъявить искъ и по мѣсту жительства отвѣтчика, если въ данномъ округѣ будетъ находиться коммерческій судъ ¹⁾.

2) *Подсудность по мѣсту совершенія или исполненія договора обязательства, изъ коего искъ возникъ (forum contractus, obligationis, или solutionis* ²⁾).— Уже римскіе законы дозволяли предъявлять искъ по мѣсту принятаго отвѣтчикомъ обязательства или по мѣсту, въ которомъ должно воспослѣдовать исполненіе обязательства ³⁾.

Въ новыхъ законодательствахъ принято въ общемъ тоже начало особенной подсудности, при чемъ одни уставы допускаютъ

¹⁾ Носенко стр. 334.

²⁾ *Bethmann-Hollweg*. Ueber den Gerichtsstand des Contractus u. d. belegenen Sache (Versuche) 1827; *Linde*. Bemerkungen ueber den Gerichtsstand für vertragsmässig eingegangenen Verbindlichkeiten-1829; *Albrecht*. Das Motiv d. Forum contractus 1845; *Kohler*. Klagebehauptung, Competenz, Forum contractus (въ Archiv f. c. Prax. 1886 Bd. 70).

³⁾ L. 19. L. 45 pr. Dig. de judiciis et ubi quisque agere vel conveniri debeat 5, 1; L. 3. D. 42, 5. — Ср. *Savigny*. System Bd. 8 p. 206 sq.

подсудность какъ по мѣсту совершения обязательства (*forum contractus* въ тѣсномъ смыслѣ слова), такъ и по мѣсту, въ которомъ оно подлежитъ исполненію (*forum destinatae solutionis*), тогда какъ въ другихъ признается только послѣдняя подсудность.

Въ нашихъ процессуальныхъ законахъ признана подсудность какъ по мѣсту совершения, такъ и по мѣсту выполненія договора.)

Уст. гр. суд. ст. 36¹; 208 — 210, 227, 1305, 1631 пп. 2, 3; Уст. суд. торг. ст. 50; Вол. суд. уст. (для приб. губ.) ст. 16.—Ср. Гражд. Улож. Ц. П. ст. 35; Civ. Proc. Ordn. §§ 29, 30; Code de proc. civ. art. 420 и Loi 1876 mars 25 art. 42¹); Codice di proc. civ. art. 91.

Много вѣскихъ основаній приводится въ теоріи за допущеніе и той, и другой подсудности по обязательствамъ²).

Мѣсто совершения обязательства можетъ представить бѣльшія удобства въ судебномъ осуществленіи его, чѣмъ мѣсто жительства отвѣтчика или мѣсто выполненія обязательства, уже потому, что доказать обязательственное право часто гораздо легче въ мѣстѣ его рожденія: тамъ свидѣтели, тамъ и документы. Таковы, напр., случаи договоровъ, заключенныхъ на ярмаркѣ.

Съ другой стороны между исполненіемъ и судебнымъ осуществленіемъ обязательства существуетъ естественная связь. Всѣ обязательства направлены на исполненіе, платежъ; если того не послѣдуетъ добровольно, то его можно вынудить съ помощью судьи. Поэтому мѣсто исполненія опредѣляетъ и мѣсто предъявленія иска. Мѣсто исполненія есть обстоятельство неразрѣдное отъ самаго притязанія³). Мѣсто же исполненія обязательства опредѣляется или соглашеніемъ или самимъ свойствомъ обязательства⁴), какъ напр. по исполненію договора о наймѣ недвижимаго имущества, сельскихъ рабочихъ, по уплатѣ счета въ гостинницѣ, по до-

¹) См. *Allard* въ *Revue de droit internat.* t. 1 p. 217.

²) *Paepé. Études sur la compétence civile* 1 p. 93—96.

³) *Kohler* cit. p. 236.

⁴) Ср. общія правила о мѣстѣ исполненія обязательствъ въ *Code civil.* art. 1247.

ставлѣ товаровъ проданныхъ на ярмаркѣ, и т. д. Во всѣхъ подобныхъ случаяхъ имѣется какъ бы соглашеніе о подсудности; тутъ нельзя не признать, что мѣсто такимъ образомъ опредѣленное для исполненія обязательства отмѣчаетъ и подсудность споровъ по нему. Не будетъ ни одного изъ этихъ двухъ признаковъ, то примѣняется общее основаніе подсудности.

Отношеніе подсудности по мѣсту выполненія обязательства къ подсудности по мѣсту его установленія таково, что отъ истца зависитъ избрать ту или другую. Теоретическое начало, въ данномъ вопросѣ, должно уступить предъ практическими неудобствами примѣненія непремѣнно опредѣленной подсудности, ибо каждая изъ нихъ установлена въ интересѣ осуществляющаго право ¹⁾).

Разсматриваемая особенная подсудность примѣняется къ личнымъ искамъ, которые вытекаютъ изъ договора, какъ-то: на признаніе его, на выполненіе или уничтоженіе его, на вознагражденіе за невыполненіе или за несоотвѣтствующее выполненіе.

Въ Уст. гр. суд. говорится о подсудности исковъ особенно „изъ договора“ (ст. 209), но это можно понимать болѣе широко (см. ст. 210 въ концѣ). Французскій же законъ прямо распространяетъ данную подсудность на всѣ иски по обязательствамъ (*Paere. Sur la compétence* p. 131 sq.).

По поводу исковъ, не направленныхъ на выполненіе договора, а только вытекающихъ изъ него, — какъ иски о неустойкѣ, о взысканіи убытковъ за невыполненіе и т. п., — сенатъ высказался за ихъ подсудность по мѣсту жительства отвѣтчика (Касс. рѣш. 1868 N 281; 1874 N 543; 1876 N 142; 1877 N 283); но это едва ли основательно уже потому, что законъ (ст. 209) говоритъ въ общей формѣ объ „искахъ, возникающихъ изъ договора“. Затѣмъ, нѣтъ достаточныхъ и логическихъ основаній для данныхъ изъятій. *Исаченко* Гражд. процессъ I, 1 стр. 96—99.

Forum contractus въ дѣломъ имѣетъ факультативный характеръ. Подсудность эта, признанная для болѣе удобнаго и ско-

¹⁾ *Paere. Sur la compétence* p. 96, 97.

раго окончанія процесса, не обязательна для истца, который может во всѣхъ данныхъ случаяхъ обратиться съ искомъ въ судъ мѣсто жительства отвѣтчика. Подсудность по мѣсту установленія и исполненія обязательства — подсудность элективная.

Уст. гражд. суд. ст. 36¹ (по прод. 86 г.)... *могутъ быть* предъявлены мѣстному, по исполненію договора, суду.

Поэтому, если договоръ подлежитъ исполненію за границей, то разбирательство спора по немъ между контрагентами, жителями въ Россіи, можетъ происходить только въ судѣ мѣста жительства отвѣтчика ¹⁾.

3) *Подсудность гражданскихъ притязаній по мѣсту правонарушенія, изъ котораго они вытекаютъ (forum delicti commissi* ²⁾). Желаящій исать вознагражденія изъ правонарушительнаго дѣянія долженъ обратиться въ судъ того мѣста, гдѣ совершено данное дѣяніе, составляющее основаніе иска ³⁾. Въ основѣ такой подсудности лежитъ стремленіе облегчить доказываніе при одновременномъ осуществленіи гражданскаго и уголовнаго притязанія.

Въ Уставѣ гражд. судопр. такая подсудность допущается въ случаяхъ нарушения авторскаго права (т. е. нарушение правъ литературной, художественной и музыкальной собственности) и для исковъ о вознагражденіи за вредъ и убытки, причиненные распоряженіями должностныхъ лицъ и казенныхъ управленій ⁴⁾.

Уст. гр. суд. ст. 217, 1288, 1305, 1317, 1330².

Нарушеніемъ авторскихъ правъ законъ считаетъ контрафакцію, т. е. самовольное изданіе, копированіе, т. е. самовольное по-

¹⁾ *Исаченко*. Гражд. проц. I, 1 стр. 103.

²⁾ *Korn*. Der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung 1885.

³⁾ См. D. Civ. Pr. Ord. § 32. — Loi du 25 mars 1876 art. 42. — Для Австріи см. *Ullmann*. Oest. Zivilpr. p. 64, 65.

⁴⁾ Ср. *Мальшевъ*. Курсъ 1 стр. 174 и *Побдоносцевъ* Рубковод. § 40.

втореніе, для денежныхъ выгодъ, художественнаго произведенія въ цѣломъ его составѣ, и плагіатъ, т. е. противозаконное заимствованіе изъ чужаго произведенія ¹⁾).

Прилож. къ ст. 420 т. X ч. I изд. 1887 г.

По уступкѣ авторскихъ правъ отвѣтственнымъ по даннымъ правонарушеніямъ можетъ быть самъ авторъ.

Мѣстомъ нарушенія должно считать мѣсто изданія или исполненія, а если изданіе совершено за границей или мѣсто его или издатель неизвѣстны, то — мѣсто распространенія ²⁾).

Подсудность по мѣсту правонарушения не имѣетъ характера исключительнаго; искъ можетъ быть предъявленъ и по мѣсту жительства отвѣтчика, за изытіемъ взысканій вознагражденія за вредъ и убытки, причиненные распоряженіями должностныхъ лицъ административнаго вѣдомства, а также служащихъ по выборамъ. Последніе иски предъявляются всегда по мѣсту, гдѣ послѣдовало дѣйствіе или распоряженіе, причинившее вредъ или убытки.

Ср. Уст. гр. суд. ст. 217, 1288 съ Уст. гр. суд. ст. 1317 пп. 1, 2; 1330² пп. 2, 3.

Иски къ желѣзнымъ дорогамъ по перевозкѣ багажа, грузовъ и пассажировъ, и по личному вреду причиненному эксплуатаціею дороги, предъявляются, по усмотрѣнію истца, по мѣсту нахождения правленія или управленія дороги, станціи отправленія или назначенія, или же по мѣсту причинившаго личный вредъ событія. Иски же, имѣющіе своимъ основаніемъ взысканіе вознагражденія за нарушеніе правилъ о приемѣ къ отправкѣ грузовъ до заключенія договора о перевозкѣ, предъявляются по усмотрѣнію истца — по мѣсту нахождения правленія или управленія, или же по мѣсту нахождения станціи отправленія.

Общ. уст. рос. желѣзн. дор. ст. 127.—Иски по перевозкѣ багажа и грузовъ прямого сообщенія ст. 128.—

¹⁾ См. *Шершневичъ*. Авторское право на литературныя произведенія 1891 г.

²⁾ *Исаченко*. Гражд. проц. I, 1 стр. 164.

Иски желѣзныхъ дорогъ другъ къ другу по отвѣтственности за перевозку прямого сообщенія ст. 130.

4) Подсудность имущественныхъ массъ: наследства, ликвидационнаго имущества несостоятельныхъ должниковъ. —

Общимъ началомъ современныхъ законодательствъ по дѣламъ *mortis causa* иски могутъ быть предъявлены въ томъ судѣ, въ округѣ котораго имѣлъ въ моментъ смерти мѣстожительство наследодатель ¹⁾. Въ нашемъ уставѣ опредѣляется особая подсудность, по мѣсту открытiя наследства, для исковъ о наследствѣ, объ откатахъ, для споровъ наследниковъ какъ между собою, такъ и противъ подлинности и дѣйствительности завѣщанiй, для исковъ о раздѣлѣ и для исковъ кредиторовъ наследства.

Уст. гр. суд. ст. 215, 1515. — Ср. Уст. гражд. суд. ст. 1492.

Какое же мѣсто должно признавать за мѣсто открытiя наследства? Въ законѣ прямого опредѣленiя на этотъ вопросъ не имѣется ²⁾; но сенатъ и процессуальная наука считаютъ такимъ мѣстомъ мѣсто послѣдней осѣлости наследодателя ³⁾. Признается цѣлесообразнымъ подчинить всѣ этого рода дѣла вѣдомству того суда, въ округѣ котораго наследодатель сосредоточивалъ свои юри-

¹⁾ См. напр. Civ. Proz. Ordn. § 28 Abs. 1, 2. — Для Австріи см. *Ullmann. Oest. Ziv. r.* p. 61.

²⁾ Въ гражданскихъ законахъ говорится только о способахъ открытiя наследства (т. X ч. I ст. 1222).

³⁾ Кассац. рѣш. 1885 N 131. См. также ст. 1226 т. X ч. I: "... ,когда при открытiи наследства наследниковъ на лицо не будетъ". — *Малышевъ. Курсы* т. I стр. 170; *Вербловскій Движ. русск. гр. проц.* стр. 245, 246. — Но *Гольмстенъ. (Учебникъ* стр. 57, 58) считаетъ мѣстомъ открытiя наследства мѣсто нахождения наследственнаго имущества, причемъ, однако, приводитъ ссылки лишь на мѣры охраненiя наследства. См. *Анненковъ. Комент.* т. I стр. 156. — Въ Гражд. Уложенiи ст. 34 мѣсто открытiя наследства опредѣляется мѣстомъ жительства умершаго. См. также Уст. гр. суд. ст. 1956, 2011 (по пр. 90 г.).

дическія отношенія къ другимъ лицамъ и вмѣстѣ сохранялись доказательныя по нимъ средства. Очевидно, подсудность ~~эта имѣетъ~~ двойной характеръ — личный и предметный ¹⁾.

Такимъ образомъ открытіе наслѣдства опредѣляется прежде всего мѣстомъ смерти наслѣдодателя, если онъ скончался въ мѣстѣ постоянного его жительства. Если же смерть наслѣдодателя послѣдовала внѣ его осѣлости, напр. на пути, въ мѣстѣ кратковременнаго его пребыванія ²⁾, то мѣстомъ открытія наслѣдства будетъ послѣднее постоянное мѣстожительство наслѣдодателя.

Данная особенная подсудность не распространяется на мѣры охраненія наслѣдственной массы, на раздѣлъ ея, что необходимо должно быть подвѣдомственно суду, въ округѣ котораго охраняемое и дѣлимое имущество будетъ находиться.

Уст. гр. суд. ст. 1401, 1409, 1492; Врем. прав. о вол. судѣ ст. 15 п. 4. — Ср. о вакантныхъ наслѣдствахъ по Гражд. Код. ст. 811—814.

Равнымъ образомъ и споры противъ раздѣла, т. е. иски о предѣлѣ, предъявляются суду, въ вѣдомствѣ котораго раздѣлъ былъ совершенъ.

Уст. гр. суд. ст. 216 (т. X ч. 1 ст. 1332).

Если русскій подданный имѣетъ мѣстожительство за границей и тамъ умираетъ или если иностранецъ умираетъ въ Россіи, то порядокъ веденія наслѣдственныхъ дѣлъ опредѣляется особыми декларациями, конвенціями и трактатами.

Св. зак. т. X ч. I ст. 1238. — Приведены эти соглашенія у *Исаченко*. Гражд. процессъ I, 1 стр. 151 слѣд.

При отсутствіи такихъ соглашеній наслѣдственные дѣла умершаго за границей русскаго подданнаго подсудны тому русскому суду, въ вѣдомствѣ котораго находилось послѣднее постоянное мѣстожительство умершаго ³⁾; подвѣдомственность же наслѣдственныхъ

¹⁾ *Wach. Handbuch* 1 p. 429—434.

²⁾ См. т. X ч. I ст. 1231—1233.

³⁾ *Анненковъ*. Комментар. т. I стр. 155, 156.

дѣлъ иностранца умершаго въ Россіи, при данныхъ условіяхъ, опредѣляются тѣми же правилами, что и для русскихъ подданныхъ.

Св. зак. т. IX зак. о сост. изд. 1876 года ст. 995 и 1009; Уст. гр. суд. ст. 224.

Подсудность по мѣсту открытія наслѣдства примѣняется только до тѣхъ поръ, пока наслѣдство не принято кѣмъ-либо изъ наслѣдниковъ.

Иски къ лицу, объявленному несостоятельнымъ, предъявляются суду, въ вѣдомствѣ котораго производится дѣло о несостоятельности.

Уст. гр. суд. ст. 223; Уст. суд. торг. ст. 509, 535.

Такою подсудностью имѣется въ виду осуществить правильное удовлетвореніе всѣхъ кредиторовъ несостоятельнаго. Очевидно, подсудность эта можетъ не совпадать ни съ однимъ видомъ изъ выше разсмотрѣнныхъ подсудностей. Далѣе, по самой своей цѣли она распространяется лишь на тѣ дѣла, которыя подлежатъ конкурному производству и притомъ отъ веденія которыхъ конкурсное управленіе отказывается.

Уст. гр. суд. ст. 21.

Иски къ конкурснымъ управленіямъ предъявляются на общихъ основаніяхъ о подсудности.

5) *Подсудность по мѣсту завѣдыванія имуществомъ, управленія имуществомъ дѣлами (forum gestae administrationis).*—Иски, вытекающіе изъ завѣдыванія имуществомъ или дѣлами, могутъ быть подсудны суду по мѣсту такого завѣдыванія ¹⁾. Продолжительное веденіе, на основаніи порученія или закона, чужихъ дѣлъ или завѣдываніе чужимъ имуществомъ естественно обращаетъ соотвѣтствующіе иски къ суду мѣста управленія. Разрѣшеніе данныхъ исковъ можетъ всего удобнѣе воспослѣдовать

¹⁾ L. 19 § 1 D. 5, 1: *negotia... vel quid aliud, unde obligatio oritur, certo loco administravit, et si ibi domicilium non habuit, ibi se debet defendere.*

въ томъ мѣстѣ, откуда исходили распоряженія, вызывающія споръ, и гдѣ находятся доказательства судебныхъ заявленій.

Данной особой подсудности подлежатъ иски какъ между управителями и принципалами, такъ и иски по обязанностямъ, принятымъ на себя тѣмъ или другимъ по отношенію къ третьимъ лицамъ,

Св. зак. т. II ч. I прил. къ ст. 4068 § 5: управление опекой; Уст. гр. суд. ст. 1018, 1020, 1130, 1131: споры и расчеты по храненію арестованнаго имущества; Уст. гр. суд. ст. 898: управленіе судебными дѣлами; и др. —
{ Сюда же относится разсмотрѣнная уже подсудность торговыхъ товариществъ, казенныхъ управленій и др. — Срав. Civ. Proz. Ordn. §§ 22, 31.

Не распространяется данная подсудность на споры по управленію отдѣльными дѣлами. Въ данныхъ случаяхъ искъ не можетъ быть предъявленъ не только по мѣсту управленія, но и по мѣсту жительства представителя; онъ можетъ быть предъявленъ только по мѣсту жительства представляемаго ¹⁾.

Подсудность по мѣсту управленія не исключаетъ общей подсудности по мѣсту жительства отвѣтчика.

Уст. гр. суд. ст. 221 уже цит. выше.

6) Подсудность по связи дѣлъ (forum connexitatis). — Эта подсудность опредѣляется мѣстомъ разсмотрѣнія другаго иска, находящагося съ даннымъ искомъ въ связи, т. е. судъ для имѣющаго быть вчиненнымъ иска указывается уже начатымъ процессомъ по другому иску.

Связь между дѣлами можетъ быть внутренняя (connexitas materialis) или внѣшняя (connexitas formalis).

Внутренняя связь между дѣлами бываетъ въ силу общаго происхожденія, т. е. въ силу одной фактической основы (такъ наз. генетическая связь), или въ силу вліянія, какое они другъ на друга оказываютъ, а именно когда рѣшеніе по одному дѣлу будетъ

¹⁾ Анненковъ. Комментар. 1 стр. 100.

опредѣляющимъ для рѣшенія по другому (такъ назыв. преюдиціальное отношеніе), или когда рѣшеніе по одному дѣлу будетъ вызывать рѣшеніе по другому дѣлу (приготовительное отношеніе).— Когда между дѣлами будетъ такая тѣсная связь, то въ интересѣ сторонъ подвергнуть ихъ разсмотрѣнію одного и того же суда. Поэтому если второй искъ будетъ предъявленъ въ иномъ судѣ, чѣмъ тотъ, въ которомъ производится дѣло по первому иску, то отвѣтчику по второму иску предоставляется право на отводъ, по причинѣ тѣсной связи этого иска съ первымъ.

Уст. гр. суд. ст. 571 п. 2; 576 п. 1.

Сюда относятся, напр., слѣдующіе случаи:-- По мѣсту производства дѣла о данномъ имуществѣ предъявляется искъ третьимъ лицомъ о самостоятельномъ его правѣ на спорный предметъ. Прощеніе о взысканіи убытковъ, доходовъ и судебныхъ издержекъ подается въ тотъ окружной судъ, въ которомъ производилось дѣло по главному иску.

Уст. гражд. суд. ст. 665, 898.

По такой же связи дѣлъ, допускается подсудность гражданскихъ исковъ уголовному суду, когда они присоединяются къ уголовному производству (см. выше).—Такова же подсудность взаимно противоположныхъ притязаній и споровъ контрагентовъ по двустороннему обязательству, какъ-то: по куплѣ-продажѣ, по товариществу и т. п.

Какъ установленная ради удобства и въ интересѣ сторонъ подсудность по внутренней связи дѣлъ для нихъ не обязательна (это — не *forum necessarium*).

Формальная связь между дѣлами будетъ тогда, когда нѣсколько дѣлъ приходятъ въ соприкосновеніе другъ съ другомъ только черезъ судебное осуществленіе, когда судъ объявляется надлежащимъ для даннаго дѣла по тому, что онъ компетентенъ для другаго дѣла.—Такова

1) Подсудность встречнаго иска (*forum reconventionis* ¹⁾).

1) *Kleinfeller*. Der Gerichtsstand der Widerklage in seiner

Общая подсудность встречного иска определяется уже самым его названіемъ, такъ какъ подъ встречнымъ искомъ (*reconventio* ¹⁾), по смыслу процессуальнаго законодательства, разумѣется искъ, вчиняемый отвѣтчикомъ противъ истца при спорѣ по иску послѣдняго и притомъ въ томъ же производствѣ. Этимъ указывается и самая подсудность встречнаго иска. Допустимость такой подсудности основывается на соображеніи обоюдныхъ интересовъ сторонъ и удобствъ въ отправленіи правосудія. Затѣмъ вопросъ только въ томъ, при какихъ условіяхъ возможно предьявленіе встречнаго иска въ данномъ судѣ ²⁾. По общему положенію встречный искъ можетъ быть подсуденъ тому суду, въ которомъ предьявленъ искъ первоначальный, лишь при условіи, что онъ по своему роду подлежитъ вѣдомству этого суда.

Уст. гр. суд. ст. 38, 39, 226, 340 — 342; Волостн. суд. уставъ прибалт. губ. Прав. о пр. гр. дѣлъ ст. 14, 15.—С. Pr. Ordn. § 33.—Code de proc. art. 464; Loi sur les justices de paix (28 mai 1838) art. 7, 8.

Такимъ образомъ если для встречнаго иска, по его роду, определена закономъ абсолютная подсудность, иная чѣмъ подсудность первоначальнаго иска, то встречный искъ не можетъ подлежать разсмотрѣнію даннаго суда ³⁾. Поэтому, напр., мировой судья определяетъ подсудность встречнаго иска согласно цѣнѣ его и тѣмъ устанавливаетъ, принять или не принимать его къ своему разсмотрѣнію ⁴⁾. Точно также и окружной судъ не можетъ принять къ

gesch. Entwickl. u. Geltung nach der C. P. Ordn. 1882; *Loening*. Die Widerklage 1881; *Pollak*. Die Widerklage 1889; *Templier*. De la reconvention 2 éd. 1860.

¹⁾ Римляне называли первоначальное притязаніе словомъ *conventio*; отсюда обратное притязаніе — *reconventio*. — *Brissonius de verb. signif.*: *Convenire*, in jus vocere et iudicio peraequi significat.—По франц.—*demande reconventionnelle*, по нѣмец.—*Widerklage*.

²⁾ *Fitting*. Der Reichs-Civilprocess p. 67.

³⁾ *Hellmann*. Civilpr. p. 130.

⁴⁾ Уст. гр. суд. ст. 29, 39.

разсмотрѣнію искъ, подсудный по роду своему особенному суду ¹⁾, напр., духовному, или подсудный иному окружному же суду, по началу исключительной подсудности, какъ-то по мѣсту нахождения недвижимаго имущества ²⁾. Но съ другой стороны, если встрѣчный искъ неразрывно связанъ съ первоначальнымъ, то онъ подлежит разсмотрѣнію окружнымъ судомъ, хотя бы по общему началу былъ подвѣдомственъ иному суду, но лишь подъ условіемъ, что такая подсудность не опредѣлена абсолютнымъ образомъ. Такъ, окружной судъ обязанъ принять къ разсмотрѣнію встрѣчный искъ ниже 500 руб., не отсылая истца къ мировому суду, а также встрѣчный искъ съ характеромъ торговой претензіи ³⁾, и т. п. ⁴⁾.

Изложенная подсудность встрѣчнаго иска не имѣетъ исключительнаго значенія, на сколько отвѣтчику нѣтъ препятствія вчинить свой искъ особо, въ соответствующемъ судѣ.

Имѣются еще иныя, кромѣ изложенныхъ, начала подсудности частью для обыкновенныхъ гражданскихъ, частью для специальныхъ судовъ.

Такъ, извѣстный порядокъ производства (упрощенный) вызываетъ особую подсудность исковъ, а именно по мѣсту исполненія рѣшенія.

Уст. гр. суд. ст. 365²² (по прод. 91 г.).

Затѣмъ, для нѣкоторыхъ специальныхъ судовъ, какъ напр. духовныхъ, установлены еще нѣкоторые другіе, кромѣ разсмотрѣнныхъ, виды особенной подсудности, обусловленные самимъ способомъ разсматриваемыхъ этими судами дѣлъ.

См. напр. Уст. дух. консист. ст. 207, 258.

За всѣмъ тѣмъ изложенныя правила подсудности граждан-

¹⁾ Уст. гр. суд. ст. 226, 584 п. 1.

²⁾ Уст. гр. суд. ст. 584 п. 2.

³⁾ Уст. гр. суд. ст. 28.

⁴⁾ См. примѣры у *Исаченко*. Гражданскій процессъ I, 1 стр. 232.

сихъ дѣлъ могутъ быть въ отдѣльномъ случаѣ обойдены по соглашенію самихъ тяжущихся. Это — такъ называемая

Добровольная подсудность (*forum prorogatum, pactitium, conventionale* 1). — Подъ добровольной подсудностью разумѣется подсудность, установленная соглашеніемъ сторонъ въ обходъ подсудности, указанной въ самомъ законѣ.

Законы, определяющіе правоспособность суда на разсмотрѣніе гражданскихъ споровъ, не имѣютъ въ большинствѣ, какъ указано выше, абсолютной обязательности, т. е. отличаются диспозитивнымъ характеромъ. Въ основѣ большинства этихъ законовъ лежитъ стремленіе предоставить сторонамъ болѣе удобствъ, экономіи издержекъ и тому подобныя облегченія по веденію процесса. Поэтому нѣтъ основанія настаивать на примѣненіи этихъ законовъ, когда сами стороны иначе опредѣляютъ подсудность своего дѣла, по соглашенію, *prorogatio* 2).

О пророгации можетъ быть рѣчь лишь тогда, когда она направлена на лицъ, снабженныхъ юрисдикціей 3), ибо „никто не можетъ быть сдѣланъ публичнымъ судьей снабженнымъ государственнымъ авторитетомъ, по соглашенію сторонъ, если онъ уже не состоитъ таковымъ“ 4).

Затѣмъ, право пророгации останавливается передъ абсолютной нормой компетенціи, которой компетенціи судъ указывается съ исключительностью, какъ по общимъ признакамъ гражданскихъ

1) *Reatz. Gerichtsstand der freiwilligen Unterwerfung 1859; Wach. Das Princip des gewillkürten Gerichtsstandes 1879* (и въ *Archiv f. d. civ. Praxis* Bd. 62 p. 373 sq.); *Deybeck. Der Gerichtsstand der Vereinbarung 1888; Kraus. Die Vereinbarung ueber die Zuständigkeit der Gerichte 1888.*

2) Въ римскомъ правѣ впѣ судебное *prorogatio fori* не имѣло обязательной силы (L. 18 D. 2, 1). См. *Bülow* въ *Archiv f. civ. Prax.* 64 p. 70.

3) Уст. гражд. суд. ст. 37, 227, 228.

4) *Privatorum consensus judicem non facit eum, qui nulli praeest iudicio* L. 3 C. 3, 13 (L. 1 D. 5, 1).

дѣлъ, такъ и въ частности для отдѣльныхъ ихъ видовъ. Поэтому прежде всего добровольной подсудностью не должны нарушаться правила о подсудности по роду дѣлъ, не допускается т. наз. *prorogatio de re ad rem, de causa ad causam*. Отсюда возможно опредѣленіе подсудности соглашеніемъ только по тѣмъ спорамъ, которые подвѣдомственны обыкновеннымъ судамъ ¹⁾. Пророгация къ специальнымъ судамъ отъ обыкновенныхъ и наоборотъ не допускается ²⁾.

Но крестьяне могутъ обращаться, по соглашенію, вмѣсто общихъ судовъ къ волостнымъ, когда дѣло превышаетъ обыкновенную подсудность послѣднихъ (Общ. полож. о кр. ст. 98. Тѣже и въ томъ случаѣ, когда одна изъ сторонъ не подчинена волостному суду. Общ. полож. ст. 97, 109 прил. ст. 5; Врем. прав. о вол. с. ст. 15 п. 3; Вол. суд. уст. (для губ. приб. ст. 8). Тѣже установлено и для станичнаго суда (Полож. объ общ. управл. стан. ст. 63). И, наоборотъ, крестьяне могутъ обращаться, по соглашенію, вмѣсто волостного суда къ мировымъ судьямъ или къ земскимъ начальникамъ (Уст. гр. суд. ст. 31 п. 3, 1463 п. 2; Полож. о зем. нач. ст. 50 п. 1; Прав. о произв. ст. 21 п. 3. См. также Уст. гр. суд. ст. 1479). — Въ частности почетные мировые судьи не могутъ принимать къ своему разбирательству дѣлъ, отнесенныхъ къ вѣдѣнію волостныхъ судовъ и земскихъ участковыхъ начальниковъ (Прав. объ устр. суд. ч. ст. 25).

Такъ нельзя дѣло, подсудное гражданскому суду, предоставлять, по пророгации, на разсмотрѣніе суда коммерческаго, какъ суда specialнаго ¹⁾. Но и наоборотъ нельзя обращать искъ въ граж-

¹⁾ *Gaupp*. *Komment. z. Civilproz.* 1 p. 123. — Спорность этого вопроса см. у *Paepé*. *Sur la compétence civile* p. 7 — 74.

²⁾ *Loi du 25 mars 1876 art. 1; art. 170 C. de pr. civ.* *Ср. Civ. Proz. Ordn.* §§ 38—40.

³⁾ *Garsonnet*. *Traité* 1 p. 640. — Но срав. германское процессуальное законодательство, по которому въ этихъ случаяхъ торговыя камеры могутъ *ex officio* обращать дѣло въ гражданскій судъ, могутъ и разсматривать его, если отвѣтчикъ не возражаетъ (*Gerichtsverfaas.* § 103, 105).

данскій судъ, когда онъ подвѣдомственъ суду коммерческому, коль скоро таковой имѣется въ данномъ округѣ, ибо вѣдомство общихъ судовъ распространяется на всѣ дѣла, за исключеніемъ изъятыхъ въ вѣдомство специальныхъ судовъ, каковымъ, между прочимъ, будетъ и судъ коммерскій ¹⁾).

По нашимъ уставамъ гражданскій судъ обязанъ отклонять отъ себя разсмотрѣніе торговыхъ дѣлъ, какъ изъятыхъ, „по роду своему“, отъ вѣдѣнія ихъ. Уст. гр. суд. ст. 79, 584 п. 1.—Касс. рѣш. 1875 N 752.

Не будетъ нарушеніемъ данного правила тотъ случай, когда контрагенты, живущіе въ мѣстности, въ которой не имѣется коммерческаго суда, согласятся на разсмотрѣніе ихъ торговой сдѣлки общимъ судомъ того округа, въ которомъ будетъ находиться и коммерскій судъ. *Исаченко*. Гражд. проц. I, 1 стр. 47, 48.

Равнымъ образомъ и между обыкновенными гражданскими судами не можетъ быть нарушена общая ихъ подсудность по роду дѣлъ. Судъ обязанъ не принимать къ своему разсмотрѣнію дѣло, когда оно, по роду своему, изъято отъ его подсудности.

Уст. гр. суд. ст. 584 п. 1.—См. *Держожинскій*. Отводы и возраженія 1889 стр. 54.

Такъ, нельзя по пророгации обратиться къ разсмотрѣнію мирового судьи искъ о недвижимости или всякій другой искъ, превышающій цѣну его подсудности (такъ наз. *prorogatio de quantitate ad quantitatem* ²⁾). И наоборотъ, нельзя по пророгации обратиться къ окружному суду, когда по цѣнѣ иска онъ подсуденъ мировому суду ³⁾.

¹⁾ *Boitard*. Leçons n. 35; *Paepé*. Sur la compétence p. 54. — Другіе писатели держатся иного взгляда, не признавая за исключительностью въ торговыхъ дѣлахъ судовъ гражданскихъ, какъ судовъ обыкновенныхъ, абсолютный характеръ (*Pardessus*. Cours de droit com. n. 1347; *Dalloz* t. 23 p. 90 n. 115). См. также *Gerichtsverfass.* §§ 102, 104, 106.

²⁾ *Garsonnet*. Traité I p. 641. Ср. *Jonas*. Studien p. 226.

³⁾ Ср. L. 74 § 1 D. 5, 1. Также по германскому праву

Однимъ словомъ, стороны могутъ останавливаться, по соглашенію, лишь на однородномъ судѣ, т. е. по соглашенію можно опредѣлить только мѣстную, личную подсудность, которой имѣется въ виду главнымъ образомъ удобство самихъ тяжущихся.

Уст. гр. суд. ст. 37, 228, 1220, 1305; Уст. суд. торг. ст. 50, 161.—Code de proc. civ. art. 168, 169.—Срав. Civ. Proz. Ordn. § 10.

Затѣмъ добровольная подсудность не должна нарушать постепенности инстанцій.

Уст. гр. суд. ст. 12; ст. 227... судъ первой степени; Мотивы къ ст. 227 изд. Госуд. Канц.; Касс. рѣш. 1870 N 507; 1876 N 461.—Тоже § 38. Civ. Pr. Ordn.

Такимъ образомъ дѣло подсудное мировой юстиціи можетъ быть обращено по соглашенію, къ любому мировому судѣ, но не въ мировой сѣздъ; дѣло подсудное общимъ судамъ можетъ быть обращено сторонами въ любой окружной судъ, но не въ судебную палату.

Въ частности исключительно подсудностью признается подсудность исковъ о недвижимости по мѣсту ея нахождения (см. выше). Но пророгація можетъ касаться подсудности личныхъ требованій, вытекающихъ изъ договоровъ о недвижимости, напр. изъ договора о проданномъ на срубъ лѣсѣ¹⁾. Затѣмъ судъ, при которомъ должна произойти публичная продажа недвижимаго имущества, можетъ быть опредѣленъ соглашеніемъ должника съ взыскателемъ.

Уст. гр. суд. ст. 1132, 1135, 1566.

При пророгаціи непосредственнымъ основаніемъ подсудности служить воля сторонъ и при томъ въ особенности согласіе отвѣтчика, какъ лица по преимуществу заинтересованнаго въ измѣненіи

можно пророгировать къ участковому судѣ споръ на сумму выше 300 марокъ, и наоборотъ—къ земскому суду споръ на сумму ниже 300 марокъ. См. *Deybeck cit.* р. 26 sq.

¹⁾ *Исаченко.* Гражд. проц. 1 стр. 238, 239.

подсудности. И такъ стороны добровольно подчиняють спорное дѣло судебной власти самой по себѣ не компетентной ¹⁾. Пророгацию, по этому признаку, слѣдуетъ отличать отъ тѣхъ случаевъ, когда воля сторонъ только посредственно опредѣляетъ подсудность дѣла, какъ въ установленіи мѣста исполненія обязательства. Въ последнемъ случаѣ дѣло подлежитъ данному суду, какъ отнесенное само по себѣ къ извѣстному судебному округу ²⁾.

Выраженіе воли на добровольную подсудность. Заинтересованныя лица могутъ опредѣлить подсудность дѣла опредѣленному суду прежде всего договорнымъ соглашеніемъ; притомъ такое соглашеніе можетъ состояться какъ въ началѣ спора, такъ и на случай его, при самомъ установленіи ~~правотношенія~~, въ будущемъ спорнаго.

Уст. торг. суд. ст. 161.

Кромѣ явнаго соглашенія добровольная подсудность можетъ быть установлена молчаливо (tacite), на основаніи фактовъ, ведущихъ къ заключенію о такомъ соглашеніи.

Уст. гр. суд. ст. 227, 228, 1220, 1305; Прав. о произв. суд. дѣлъ ст. 46.—Civ. Pr. Ordn. § 38.

Такъ, предполагается, что если истецъ предъявить искъ въ судъ надлежащаго округа, а отвѣтчикъ, не возражая о неподсудности ³⁾, вступить въ отвѣтъ, то этимъ самымъ получается пророгация. Подобное предположеніе, выраженное иногда даже законодательной нормой ⁴⁾ (т. наз. praesumptio juris et de jure), въ дѣйствительности можетъ не отвѣчать согласію отвѣтчика, какъ, напр., въ случаѣ заблужденія послѣдняго въ законной подсудности даннаго дѣла данному суду. Тогда является уже не предположеніе, а фикція состоявшейся пророгации ⁵⁾. Во всякомъ случаѣ вступленіе

¹⁾ *Subjiciunt se jurisdictioni (L. 1 D. 5, 1); Consentiant in judicem (L. 33 D. 5, 1).*

²⁾ *Wach* въ *Archiv cit.* p. 374, 375.

³⁾ Уст. гр. суд. ст. 571 п. 1.

⁴⁾ *Civ. Proz. Ordn. § 39.*

⁵⁾ *Hellmann. Civilproc.* p. 126.

ответчика въ отвѣтъ достаточно для опредѣленія компетентности суда по quasi prorogatio ¹⁾. Но нельзя признавать молчаливой пророгации ²⁾, когда отвѣтчикъ вовсе не отвѣчаетъ на искъ, или даже появляется въ судѣ, но лишь съ цѣлью заявить отводъ о неподсудности ³⁾.

Отъ разъ состоявшейся пророгации односторонне отказаться нельзя ⁴⁾.

По предмету пророгация допускается только на опредѣленный искъ или на иски, вытекающіе изъ опредѣленнаго правоотношенія. Опредѣлять же соглашеніемъ подсудность вообще будущихъ исковъ нельзя ⁵⁾.

Касательно субъективной стороны пророгации признано общимъ правиломъ, что всѣ, какъ физическія, такъ и юридическія лица ⁶⁾, не исключая казенныхъ управленій, могутъ вступать въ соглашеніе о добровольной подсудности ⁷⁾.

Отношеніе суда къ соглашенію сторонъ о добровольной подсудности можетъ быть троякое: 1) согласіе суда считается также существеннымъ, какъ и согласіе сторонъ; 2) судъ обязывается къ разрѣшенію обращеннаго къ нему дѣла; 3) суду предоставляется право отклонить отъ себя разсмотрѣніе такого дѣла ⁸⁾.

Касательно согласія суда на пророгацию сторонъ въ теоріи уже давно остановились на томъ, что добровольная подсудность устанавливается только соглашеніемъ сторонъ, а никакъ не отвѣтнымъ на него согласіемъ суда ⁹⁾. Это слѣдуетъ уже изъ того, что

¹⁾ *Bonnier*. *Eléments d'organ. judic.* II p. 55.

²⁾ *Wach* въ *Archiv cit.* p. 373 sq.; *Kohler* въ *Arch. f. d. civ. Pr.* Bd. 70 p. 215—222.

³⁾ Уст. гр. суд. ст. 571. *Ср. Civ. Pr. Ord.* § 247.

⁴⁾ L. 29 C. 2, 3; L. 51 C. 1, 3. См. *Reatz cit.* p. 91 sq.

⁵⁾ *Civ. Proz. Ord.* § 40.

⁶⁾ Касс. рѣш. 1884 N 96.

⁷⁾ Уст. гр. суд. ст. 1305. — О пророгации для дѣлъ, въ которыхъ участвуютъ несостоятельные ср. *Анненковъ* *Коммент.* 1 стр. 223 и *Исаченко* *Гр. проц.* 1 стр. 240, 241.

⁸⁾ *Deybeck cit.* p. 10 sq.

⁹⁾ *Reatz cit.* §§ 25—29.

пророгация будетъ и тогда, когда судья принимаетъ къ своему разсмотрѣнію дѣло, заблуждаясь въ своей компетентности ¹⁾).

Касательно же обязанности суда разсматривать обращенное къ нему по соглашенію дѣло и права его отклонять такое разсмотрѣніе, — въ наукѣ большое разногласіе ²⁾). За обязанность суда принимать къ своему разсмотрѣнію такое дѣло приводятъ слѣдующія соображенія ³⁾): законъ даетъ тяжущимся, въ извѣстныхъ предѣлахъ, право избирать себѣ судъ по соглашенію, поэтому частная воля является, въ этихъ случаяхъ, основанною на правѣ, признанномъ въ законѣ; съ другой стороны судъ, отъ того, что тяжущіеся, воспользовавшись своимъ правомъ, обращаются къ нему, насколько не измѣняетъ основного своего характера, т. е. онъ и въ данномъ случаѣ является по отношенію къ дѣлу не какъ частное лице, но какъ органъ судебной власти въ государствѣ, обязанный отправлять правосудіе, какъ бы трудно это ни было; тутъ нѣтъ никакого разумнаго основанія пренебрегать интересами сторонъ, по которымъ они согласились разбираться у даннаго судьи. Кромѣ того, въ основу опредѣленія относительной подсудности полагается частный интересъ удобства и экономіи издержекъ производства; въ силу этого интереса за сторонами признается право на пророгацию; поэтому было бы несогласно съ основной идеей относительной подсудности давать преобладаніе удобствамъ суда надъ удобствами и интересами тяжущихся. Наконецъ, выставляется общее требованіе государственнаго организма, чтобы законодатель устанавливалъ задачу каждаго государственнаго органа, въ томъ числѣ и суда, съ такою опредѣленностью, чтобы не могло быть выбора между исполненіемъ, или неисполненіемъ своей задачи ⁴⁾).

За право суда отклонять отъ себя обращенное къ нему по соглашенію дѣло ⁵⁾ приводятся такіа разсужденія. Въ основаніи про-

¹⁾ *Wach* въ *Archiv cit.* p. 380.

²⁾ См. *Малининъ*. Убѣжденіе судьи стр. 43 и слѣд.

³⁾ *Wetzell. Civilpr.* § 39.

⁴⁾ *Leonhardt. Die Justizgesetzgebung II* p. 31 (Auf. 4).

⁵⁾ См. уже *L. 2 § 1 D. de judic.* 5, 1.

изводства по соглашенію лежитъ частная воля въ видѣ договора, а договоръ частныхъ лицъ обязателенъ только для договаривающихся. Затѣмъ, нѣтъ основаній возлагать на судью, по одному произволу сторонъ, излишнюю тягость, чтобы онъ былъ всегда готовымъ къ услугамъ всѣхъ, истощалъ свои силы, отправляя правосудіе для всѣхъ, пожелавшихъ у него судиться. Противъ обязательности для судьи разбирать обращенное къ нему по соглашенію дѣло говорить и физическая невозможность всегда удовлетворить желающихъ его суда ¹⁾ Внутреннее же основаніе этого мнѣнія то, что дѣятельность судьи должна опредѣляться преимущественно закономъ, а не волею частныхъ лицъ ²⁾.

Въ современныхъ процессуальныхъ законодательствахъ больше склоняются къ обязательности суда разсматривать обращенное къ нему по соглашенію дѣло.

Такъ, французскій кодексъ признаетъ прямо эту обязательность для мирового судьи ³⁾. Молчаніе же закона, по этому предмету, для остальныхъ судовъ французскіе процессуалисты толкуютъ въ смыслѣ права отклонять отъ себя подобныя дѣла ⁴⁾.

Въ Германіи слѣдуетъ признать общую обязательность про­рогаціи для суда ⁵⁾.

По нашему закону, въ виду рѣшительнаго признанія правъ сторонъ на про­рогацію, слѣдуетъ полагать, что на судъ возлагается обязанность принимать про­рогированное дѣло къ разсмотрѣнію. } 2

Уст. гр. суд. ст. 37, 227, 228. — Сенатъ призналъ правильнымъ отказъ мирового сѣзда на томъ основа-

¹⁾ *Garsonnet. Traité* 1 p. 640.

²⁾ *Endemann. Civilpr.* § 66 N 28.

³⁾ *Code de proc. civ. art.* 7.

⁴⁾ *Dalloz. Répertoire v compét. civ. des trib. n.* 227, des trib. de paix n. 322 f.; *Boitard. Leçons* 1 n. 352. — Изъятіе для мировыхъ судей чаще всего объясняютъ особымъ отеческимъ, примиряющимъ, характеромъ ихъ юрисдикціи, каковой характеръ сохраняется и при про­рогаціи (*Garsonnet Traité* 1 p. 639).

⁵⁾ См. редакцію § 38 *Civ. Proz. Ordn.*

ни, что если владѣлец завода будетъ входить въ соглашеніе со всѣми своими рабочими о подчиненіи ихъ споровъ мѣстному мировому судѣ, то послѣднему придется вести черезчуръ обширную переписку по вызову сторонъ и пр. (Касс. рѣш. 1876 § 17).

Пререканіе о подсудности.

Пререканіе можетъ касаться вообще подвѣдомственности дѣла ¹ обыкновеннымъ судамъ или правительственнымъ установленіямъ (т. наз. *conflict d'attribution*), или подсудности тому, а не ² другому, суду (т. наз. *conflict de jurisdiction* ¹).

Уст. гражд. суд. ст. 237 — 244. — Уст. гр. суд. ст. 229 — 236.

По своему содержанію пререканіе можетъ быть положительное, — когда два органа власти или два суда признаютъ данное дѣло себѣ подсуднымъ, — и отрицательное, — когда ни одно установленіе не признаетъ дѣло себѣ подсуднымъ ²).

Вопросъ о подсудности рѣшается прежде всего самимъ судомъ.

Praetoris est aestimare, an sua sit jurisdictio (L. 5 D. 5, 1). Уст. гр. суд. ст. 79, 229, 237; Прав. о пр. суд. д. ст. 50; Уст. суд. торг. ст. 48, 193 — 196.

Судъ не имѣетъ права представлять высшей судебной власти на разрѣшеніе сомнѣній о подсудности. Этимъ, съ одной стороны, устраняется замедленіе въ окончаніи самого дѣла, съ другой же стороны, такое запрещеніе составляетъ послѣдовательное приложеніе обязательныхъ для суда правилъ толкованія, при неполнотѣ, неясности, недостаткахъ или противорѣчій законовъ ³).

¹) *Flourens. Organisation judic. et administ.* p. 356, 357. См. также *Sarwey. D. öffentl. Recht* p. 171 — 173.

²) См. примѣры у *Исаченко*. Гражд. процессъ I, 2 стр. 245 — 250.

³) См. выше выпускъ 1 стр. 91 — 93.

Пререканія между судомъ и правительственнымъ установле-
ніемъ разрѣшаются судебно-административными присутствіями, об-
разуемыми при судебной палатѣ; если же вопросъ о пререканіи
возбужденъ административнымъ мѣстомъ, или лицомъ, въ судебной
палатѣ, то онъ разрѣшается общимъ собраніемъ перваго и касса-
ціоннаго департаментовъ сената. Въ послѣднемъ присутствіи раз-
рѣшаются и пререканія общихъ судебныхъ установленій съ духов-
ными судами, которые не подчинены министерству юстиціи.

Уст. гр. суд. ст. 241—244 (ср. Учрежд. с. уст. ст. 117). — Во Франціи пререканіе о подсудности между су-
дебными и административными мѣстами разрѣшается
особымъ трибуналомъ (*tribunal des conflits*. *Loi 24 mai*
1872 art. 25), состоящимъ изъ министра юстиціи, въ ка-
чествѣ председателя, трехъ совѣтниковъ при кассаціон-
номъ судѣ, трехъ государственныхъ совѣтниковъ и двухъ
членовъ, а также двухъ замѣстителей, по избранію са-
мымъ трибуналомъ (*Flourens cit.* p. 359, 360). — Въ Гер-
маніи существуютъ для той же цѣли также особыя *Kon-*
fliktsgerichtshöfen (*Gerichtsverfass.* § 17), но не какъ об-
щее правило (*Wach. Handb.* I p. 101—106). Для Австріи
см *Ullmann. Oesterr. Zivilpr.* p 40—42.

Тѣмъ же порядкомъ должны разрѣшаться пререканія между
общими судебными мѣстами и волостными судами, которые, по под-
чиненности уѣзднымъ и губернскимъ по крестьянскимъ дѣламъ при-
сутствіямъ и I-му департаменту сената, относятся къ правитель-
ственнымъ установленіямъ ¹⁾.

Возбуждается вопросъ о подсудности правительственнымъ мѣ-
стомъ или лицомъ, чрезъ прокурора, состоящаго при данномъ су-
дебномъ установленіи, и на время разсмотрѣнія даннаго вопроса
судебное производство приостанавливается.

Уст. гражд. суд. ст. 238, 240, 241; Касс. рѣш. 1872
N 707.

Пререканія между судебными установленіями. — Прежде всего
не можетъ быть пререканія о подсудности между гражданскимъ

¹⁾ *Исаченко. Гражд. проц.* I, 2 стр. 269.

и уголовными судами, ибо въ случаяхъ положительнаго конфликта гражданскій судъ уступаетъ уголовному; въ случаѣ же отрицательнаго конфликта гражданскій судья обязанъ вступить въ дѣло (см. выше). Затѣмъ, въ остальныхъ случаяхъ поводъ къ возбужденію вопроса о подсудности можетъ заключаться или въ опредѣленіи рода дѣла, по которому оно должно быть отнесено къ известному разряду судебныхъ установлений, или въ заявленіи отвѣтчика о нарушеніи правилъ общей подсудности, или въ указаніи на мѣсто нахожденія спорнаго недвижимаго имущества въ округѣ другого суда, или въ ссылкѣ отвѣтчика же на нарушеніе иныхъ правилъ особенной подсудности.

Уст. гр. суд. ст. 571 пп. 1, 2; ст. 584 пп. 1, 2.

Разрѣшается пререканіе, по общему правилу, высшимъ, по отношенію къ пререкающимся, установленіемъ. Такъ, въ случаѣ пререканій между мировыми судьями споръ рѣшаетъ мировой съѣздъ; между мировыми съѣздами, между съѣздомъ или мировымъ судьей и окружнымъ судомъ, между окружными судами, между окружнымъ и коммерческимъ судами — судебная палата. Если пререканіе возникло между судами разныхъ округовъ, то разрѣшается оно тѣмъ съѣздомъ или тою палатою, въ которомъ или въ которой дѣло сначала возникло.

Уст. гр. суд. ст. 40—42; 230, 231, 236.

Последнее обстоятельство опредѣляется моментомъ поступленія прошенія въ судъ ¹⁾. Если дѣло возникло въ разныхъ судахъ въ одинъ и тотъ же день, то пререканіе между ними разрѣшается той палатою, въ которую будетъ подана жалоба

Возможно также пререканіе между окружнымъ судомъ (даже и мировымъ судьей или мировымъ съѣздомъ), или коммерческимъ судомъ, и судебною палатою; какъ, напр., если окружный судъ призналъ дѣло себѣ подсуднымъ, а палата, по частной жалобѣ, находитъ такое опредѣленіе неправильнымъ, другой же окружный судъ признаетъ дѣло себѣ неподсуднымъ; или: окружный судъ признаетъ дѣло себѣ подсуднымъ, а палата — подсуднымъ

¹⁾ Уст. гр. суд. ст. 256, 828.

коммерческому суду, коммерческой же судъ — подсуднымъ общимъ судебнымъ мѣстамъ. Подобные случаи пререканий въ законѣ не предусмотрены; кассационная же практика относитъ разрѣшеніе ихъ къ палатѣ ¹⁾.

Пререканіе между судебными палатами и судебными установлениями прежняго устройства и судами, дѣйствующими по судебнымъ уставамъ, разрѣшаются соединеннымъ присутствіемъ перваго и кассационныхъ департаментовъ сената.

Уст. гр. суд. ст. 236¹; Учрежд. суд. уст. 119³ примѣч. п. 2.

На время рассмотрѣнія указанныхъ конфликтовъ, съ момента извѣщенія о возбужденіи пререканія о подсудности, производство приостанавливается, ибо опредѣленіе, разрѣшающее вопросъ о подсудности, можетъ быть обжаловано отдѣльно отъ апелляціи ²⁾, и въ виду возможной отміны этого опредѣленія высшей инстанціей было бы неудобно продолжать рассмотрѣніе дѣла.

Пререканія о подсудности между судебными лицами и установлениями, образованными закономъ 12 іюня 1890 г., разрѣшаются по слѣдующимъ началамъ, въ существенномъ повторяющимъ положенія уставовъ:

Пререканія о подсудности между нѣсколькими земскими начальниками или городскими судьями одного уѣзда, или между тѣми и другими, разрѣшаются мѣстнымъ уѣзднымъ съѣздомъ. Пререканія же между тѣми же властями разныхъ уѣздовъ разрѣшаются тѣмъ съѣздомъ, въ вѣдомствѣ котораго дѣло первоначально возникло.

Прав. о произв. суд. дѣлъ ст. 10.

Пререканія между уѣздными съѣздами одной и той же губерніи разрѣшаются губернскимъ присутствіемъ. Пререканія же между

¹⁾ См. у *Исаченко*. Гражд. проц. 1, 2 стр. 252 — 255. Касс. рѣш. 1869 N 216; 1871 N 212.

²⁾ Уст. гражд. суд. ст. 586, 587.

създами разныхъ губерній — тѣмъ изъ губернскихъ присутствій, въ вѣдомствѣ котораго первоначально возникло дѣло.

Прав. о произв. суд. дѣлъ ст. 11.

Пререканія между земскими начальниками, городскими судьями или уѣздными създами, съ одной стороны, и мировыми судебными установлениями или уѣздными членами окружнаго суда, съ другой, разрѣшаются окружнымъ судомъ, въ вѣдомствѣ котораго первоначально возникло дѣло.

Прав. о произв. суд. дѣлъ ст. 12.

Пререканія между земскими начальниками, городскими судьями или уѣздными създами съ одной стороны, и окружными судами, судами духовными и другими судебными мѣстами первой степени, съ другой, разрѣшаются мѣстною судебною палатою въ особомъ присутствіи. Если пререкающіеся установленія находятся въ округахъ нѣсколькихъ судебныхъ палатъ, то пререканіе разрѣшается особымъ присутствіемъ той палаты, въ округѣ которой находится губернское присутствіе, возбудившее пререканіе.

Прав. о произв. суд. дѣлъ ст. 13 ¹⁾; Уст. гр. суд. ст. 236² (по прод. 90 г.).

Пререканія между губернскими присутствіями, съ одной стороны, и духовными судами, съ другой, разрѣшаются общимъ собраніемъ перваго и кассационныхъ департаментовъ сената. Пререканія же между губернскими присутствіями, а также между ними и судебными палатами, разрѣшаются соединеннымъ присутствіемъ перваго и кассационныхъ департаментовъ сената.

Прав. о произв. суд. дѣлъ ст. 14; Уст. гр. суд. ст. 236² (по прод. 90 г.).

Пререканія о подсудности между волостными судами одного земскаго участка разрѣшаются земскимъ начальникомъ этого участ-

¹⁾ См. *Вербловскій*. Судопроизв. гражданское и уголовн. въ новыхъ судебно-администр. учрежд. 1891 стр. 13, 14.

ка. Если пререканіе возникло между волостными судами разных земельных участковъ, то оно разрѣшается земскимъ начальникомъ того участка, въ которомъ дѣло первоначально возникло.

Врем прав о волостн. судѣ ст. 21.—По этимъ же началамъ разрѣшаются, въ прибалтійскомъ краѣ, пререканія между волостными судами и верхнимъ крестьянскимъ судомъ. Пререканія же о подсудности между верхними крестьянскими судами разрѣшаются мировымъ съѣздомъ. Затѣмъ, пререканія между волостнымъ или верхнимъ крестьянскимъ судомъ, съ одной стороны, и мировымъ судьей, съ другой, разрѣшаются тѣмъ съѣздомъ, коему подчиненъ мировой судья. Полож. о преобраз. крестьян. прис. м. приб. губ. Волостн. суд. уст. Прав о произв. гр. дѣлъ ст. 17, 18.

Пререканія между судебными лицами и мѣстами, дѣйствующими по закону 12 июня 1889 г., съ одной стороны, и административными учрежденіями, съ другой, разрѣшаются губернскимъ присутствіемъ или особымъ присутствіемъ судебной палаты, смотря по тому, состоятъ ли пререкающіяся административныя установленія въ вѣдомствѣ министерства внутреннихъ дѣлъ или нѣтъ.

Прав. о произв. суд. дѣлъ ст. 15.

Вспомогательные дѣятели при гражданскихъ судахъ.

Всѣ вспомогательныя лица, состоящія при гражданскомъ судѣ и принимающія то или другое участіе въ его дѣятельности, могутъ быть раздѣлены на два разряда: 1) на дѣятелей официальныхъ, должностныхъ лицъ, и 2) на дѣятелей неофициальныхъ, но приписанныхъ къ суду, извѣстнымъ образомъ организованныхъ при немъ. Къ первому разряду относятся чины прокурорскаго надзора, личный составъ канцеляріи, исполнительные органы и др., ко второму—въ особенности адвокатура.

Прокурорскій надзоръ ¹⁾.

При всѣхъ коллегіальныхъ судахъ, кромѣ специальныхъ (коммерческихъ, духовныхъ, волостныхъ), рядомъ съ судебскимъ персоналомъ, состоятъ особыя должностныя лица, принимающія активное участіе въ производствѣ.

Совокупность этихъ лицъ носитъ названіе прокурорскаго надзора (ministère public, Staatsanwaltschaft, ministero pubblico, фискалъ (въ Испаніи ²⁾).

Подъ прокуратурой разумѣется совокупность такихъ должностныхъ лицъ при судѣ, которымъ поручено представлять въ немъ общество или верховную власть, защищая интересы общества и общественнаго порядка. Общее ея назначеніе состоитъ въ наблюдѣніи за охраненіемъ законовъ судебными мѣстами, а въ случаѣ неполноты законовъ она обязана дѣлать соотвѣтствующія представленія.

Учр. суд. уст. ст. 136, 253. — Ср. напр. Ord. giud. art. 139.

Прокурорскій надзоръ, по нашимъ судебнымъ уставамъ, ввѣ-

¹⁾ *Corbisier*. De l'action du ministère public en matière civile dans l'intérêt de l'ordre public 1861; *Debaog*. De l'action du ministère public en matière civile etc. 1882; *Desoamps*. Traité des fonctions du ministère public près les tribunaux de première instance 1890. — *Berninger*. Das Institut d. Staatsanwaltschaft im Verfahren ueber bürgerl. Rechtsstreit 1861; *Gerau*. Ueber Wirksamkeit der Staatsprok. in der bürgerl. Rechtsverwaltung (въ Archiv f. civ. Praxis Bd. 32 p. 324 — 356); *Tinsch*. Die Staatsanwaltschaft im deutsch. Reichsprocessrecht 1881. — *Мурашевъ*. Прокурорскій надзоръ въ его устройствѣ и дѣятельности т. I 1889 г.

²⁾ Въ Англии не имѣется вовсе прокурорскаго надзора, но за послѣднее время тамъ дѣлаются попытки ввести это учрежденіе. *Franck Chauveau*. Etude sur la poursuite criminelle et les projets de création d'un ministère public en Angleterre (въ Bulletin de la société de législation comparée 1876 p. 93 sq.).

ряется оберъ-прокурорамъ, прокурорамъ и ихъ товарищамъ, подъ высшимъ наблюденіемъ министра юстиціи, какъ генераль-прокурора.

Учр. суд. уст. ст. 8, 124. — Во Франціи: *procureur général de la république, avocats généraux; procureur général, avocats généraux, substituts du procureur général; procureur de la république et ses substituts*. Глава ихъ — хранитель печати, т. е. министр юстиціи. (Ср. итальян. *ufficiali del pubblico ministero* (art. 129 ord. giud.). Кратко см. у *Garsonnet*. *Précis* p. 57, 127 sq. Исторію образованія французской прокуратуры, представляющей прототипъ этого учрежденія для всѣхъ современныхъ законодательствъ см. у *Bonoeune*. *Introduction* p. 553 — 582, и болѣе подробно у *Debaeq* cit. p. 5—71.—Въ Германіи: *Oberreichsanwalt, Reichsanwälte; Oberstaatsanwalt, Staatsanwälte; Staatsanwalt, Staatsanwälte, Amtsanwälte*, — подъ высшимъ наблюденіемъ имперскаго канцлера и надзоромъ высшей судебной власти страны (*Ger. Verf. Ges. §§ 143, 148*).

У насъ прокурорскій надзоръ принять, по французскому образцу, въ кассационномъ судѣ, т. е. въ кассационныхъ департаментахъ сената и въ губернскомъ присутствіи, въ апелляціонныхъ судахъ, т. е. въ судебныхъ палатахъ, мировыхъ съѣздахъ, уѣздныхъ съѣздахъ, и въ окружныхъ судахъ. При мировыхъ судьяхъ, уѣздныхъ начальникахъ, городскихъ судьяхъ и уѣздныхъ членахъ окружнаго суда прокурорскаго надзора не полагается ¹⁾.

При кассационныхъ департаментахъ сената состоятъ оберъ-прокуроры и ихъ товарищи. При каждой судебной палатѣ и при каждомъ окружномъ судѣ состоятъ особый прокуроръ и определенное число товарищей прокурора. Последніе состоятъ или при самомъ судѣ или распределяются по другимъ городамъ округа суда, между прочимъ для присутствованія въ мировомъ съѣздѣ, уѣздномъ съѣздѣ и губернскомъ присутствіи.

Учр. суд. уст. ст. 58, 125—128¹⁾; Полож. о зем. нач. ст. 76, 105, 106.

¹⁾ Въ Германіи прокурорскій надзоръ существуетъ при всѣхъ судахъ. *Ger. Verf. Ges. § 142*.

Внутреннее устройство прокурорскаго надзора основано на іерархическомъ началѣ и на подчиненности выше стоящимъ ¹⁾ Такимъ образомъ товарищи прокуроровъ и оберъ-прокуроровъ дѣйствуютъ подѣ руководствомъ тѣхъ прокуроровъ и оберъ-прокуроровъ, при коихъ они состоятъ. Прокуроры окружныхъ судовъ подчинены прокурорамъ судебныхъ палатъ, а эти послѣдніе, равно какъ и оберъ-прокуроры состоятъ въ непосредственной зависимости только отъ министра юстиціи, который, въ качествѣ генераль-прокурора, является начальникомъ всего прокурорскаго надзора.

Учр. суд. уст. ст. 124, 129, 252. — Ср. *Gerichtsv.*
§ 147 — Во Франціи см. *Garsonnet. Précis* p. 127.

Отъ министра юстиціи исходитъ общее направленіе въ дѣятельности прокурорскаго надзора; онъ получаетъ отчетъ объ этой дѣятельности, направляетъ ее своими приказами (циркулярами, инструкціями), возбуждаетъ уголовную отвѣтственность и отправляетъ дисциплинарную власть надъ принадлежащими къ надзору. — Отношенія каждаго другаго выше стоящаго къ ниже стоящему въ прокурорской іерархіи выражаются, между прочимъ, въ правѣ первыхъ давать предписанія вторымъ и получать отъ нихъ представленія, и вообще въ обязанности безприкословнаго повиновенія подчиненныхъ чиновъ надзора предписаніямъ и распоряженіямъ ихъ начальства.

Учр. суд. уст. ст. 131—133, 197, 254, 259, 266, 270;
Уст. угол. суд. ст. 1081.

Суды, при которыхъ состоятъ лица прокурорскаго надзора, никакой надъ ними власти не дѣлѣютъ ²⁾. Такъ, напр., при отказѣ прокурора отправлять свои обязанности судъ не можетъ замѣстить его другимъ лицомъ, заставить его сойти съ прокурорскаго сидѣнья

¹⁾ См. *Муравьевъ*. Основныя начала внутренняго устройства прокурорскаго надзора (въ *Юридич. Вѣстн.* 1892 кн. 1 стр. 17—27).

²⁾ См. отклоненія отъ этого начала во франц. правѣ у *Bonfils. Procédure* n. 173. — *Муравьевъ* въ *Юрид. Вѣстн.* 1892 г. кн. 2 стр. 201—205.

и т. п., а можетъ только остановить засѣданіе и донести о случившемся по начальству прокурора. Вообще же входить въ обсужденіе дѣйствій лицъ прокурорскаго надзора судъ не въ правѣ.

Учр. суд. уст. ст. 252 (ср. Указъ уголовн. кассац. департ. отъ 24 ноября 1886 г.).—*Gerichtsv.* § 151.

Такая независимость прокуратуры отъ судебной власти вытекаетъ изъ исполнительнаго характера первой.

Далѣе, прокурорскій надзоръ единъ. Единство прокурорскаго надзора выражается въ томъ, что всѣ принадлежащія къ нему лица образуютъ какъ бы корпорацію, одно нераздѣльное цѣлое, одно юридическое лице.

Мотивы къ ст. 539 Уст. угол. суд. въ издан. госуд. канц. т. II стр. 203. — Во Франціи совокупность прокурорскихъ чиновъ при каждомъ судѣ отмѣчается особымъ названіемъ *parquet* ¹⁾.

Отсюда вытекаетъ право замѣны ²⁾ и передачи или уполномочія ³⁾ высшихъ чиновъ прокуратуры по отношенію къ низшимъ ⁴⁾.

Учр. суд. уст. ст. 131 — 133.

Затѣмъ, прокурорскій надзоръ не только единъ, но и нераздѣленъ ⁵⁾, т. е. каждый служащій въ немъ, при отправленіи своихъ обязанностей, представляетъ всю корпорацію. Поэтому, напр., въ одномъ и томъ же дѣлѣ могутъ принимать послѣдовательное участіе различныя лица прокурорскаго надзора ⁶⁾.

Уст. угол. суд. ст. 597.

¹⁾ Происходитъ это названіе отъ того, что вѣкогда прокурорскія мѣста помѣщались на полу залы, у подножія эстрады, на которой сидѣли судьи.

²⁾ *Substitutionsrecht.*

³⁾ *Devolutionsrecht.*

⁴⁾ *Jonas. Studien* p. 321—323.

⁵⁾ См. *Муравьевъ* въ Юридич. Вѣстникъ 1892 кн. 2 стр. 206—210.

⁶⁾ *Le ministère public est un et indivisible.*

Условія для замѣщенія прокурорской должности. Прокурорами могутъ быть лица, удовлетворяющія требованіямъ для замѣщенія судейскихъ должностей, т. е. они должны пройти высшій курсъ юридическихъ наукъ, а кромѣ того имѣть за собою практическую подготовку (сюда относятся и занятія въ качествѣ присяжныхъ повѣренныхъ), а именно занятія судебною практикою: не менѣе трехъ лѣтъ для должности товарища прокурора окружнаго суда; не менѣе шести лѣтъ для должности прокурора окружнаго суда и товарища прокурора судебной палаты; не менѣе восьми лѣтъ для должностей прокурора судебной палаты и товарища оберъ-прокурора; не менѣе двѣнадцати лѣтъ для должности оберъ-прокурора.

3
6
8
12

Учр. суд. уст. 202, 210, 417 (по прод. 91 г.).—Ср. Gerichtsverfass. § 149.—Во Франціи для занятія прокурорской должности требуется: дипломъ de la licence en droit, два года судебной практики при аппеляціонномъ судѣ и возрастъ отъ 22—30 лѣтъ, смотря по разряду суда.

Самое назначеніе на прокурорскія должности совершается, смотря по рангу, или Высочайшею Властью по представленію министра юстиціи (оберъ-прокуроры и прокуроры судебныхъ палатъ — именными указами; товарищи оберъ-прокуроровъ и прокуроровъ судебныхъ палатъ, прокуроры окружныхъ судовъ) или же властью самого министра (товарищи прокуроровъ окружныхъ судовъ — по представленію прокурора судебной палаты).

Учр. суд. уст. ст 219—222. — Во Франціи le ministère public назначается декретомъ президента республики.

Начало несмѣняемости, принятое для судей, не распространяется на прокуратуру. Въ прокурорахъ видятъ агентовъ при судахъ исполнительной (блустительной) власти, отъ которой потому они и должны находиться въ подчиненіи. Высшая правительственная власть, въ лицѣ министра юстиціи, даетъ направленіе дѣятельности прокуратуры и оцѣниваетъ ея мѣропріятія по началу цѣлесообразности; слѣдовательно нельзя подобныхъ исполнителей не поставить въ тѣсную зависимость отъ этой власти ¹⁾.

¹⁾ Соображенія Госуд. Канцеляріи объ основн. началахъ судоустройства стр. 73.

Нерѣдко высказывается воззрѣніе обратнаго свойства, а именно за несмѣняемость прокуроровъ, какъ входящихъ въ составъ судебнаго управленія и выступающихъ съ активной дѣятельностью въ разрѣшенія судебныхъ дѣлъ; почему же, спрашиваютъ, не распространить и на прокуратуру начало несмѣняемости, принятое для судей? (*Jonas. Studien* p. 318, 319). Прокуроръ, говорятъ, не только представитель исполнительной власти, но онъ также и органъ закона. Толкуя содержание и примѣненіе послѣдняго, прокуроръ долженъ свободно руководствоваться однимъ своимъ сознаніемъ и совѣстью, что несомнѣнимо съ его смѣняемостью. Чтобы примирить послѣднее требованіе съ зависимымъ положеніемъ прокурора, предлагаютъ поручать прокурорскія обязанности въ гражданскомъ судѣ, по временному назначенію (*missio revocabile*), несмѣняемому судѣ (см. *Gargiulo. Corso di diritto giudiz. civ.* p. 16).

По нашему Уставу право увольнять лицъ прокурорскаго надзора отъ должности принадлежитъ тѣмъ же властямъ, которыя ихъ назначаютъ.

Учр. суд. уст. ст. 226. — Во Франціи прокуроры увольняются президентомъ республики.

Участіе прокурорскаго надзора въ производствѣ по гражданскимъ дѣламъ Въ качествѣ должностныхъ лицъ обязанныхъ блюсти за соблюденіемъ закона, представлять и охранять государственные интересы, прокурорамъ можетъ быть предоставлено болѣе или менѣе обширное участіе въ гражданскомъ процессѣ. Но съ другой стороны начало независимости суда и специальное назначеніе прокурорскаго надзора, какъ органа публичнаго преслѣдованія, заставляють сомнѣваться вообще въ умѣстности какого бы то нибыло участія въ гражданскомъ процессѣ прокуроровъ ¹⁾, или по крайней мѣрѣ стремиться къ возможному ограниченію этого участія ²⁾.

¹⁾ См. у *Муравьевъ*. Прокур. надз. стр. 38.

²⁾ Такъ въ Германіи и въ австрійскомъ проектѣ 1876 г. *Bar. D. deutsch. Civ.* p. 28.

Болѣе широкое участіе прокуратуры въ гражданскомъ процессѣ предоставляется французскимъ и нашимъ процессуальнымъ законодательствами.

Прокуроръ выступаетъ въ гражданскомъ процессѣ или какъ главная сторона, — истецъ или отвѣтчикъ ¹⁾, — или какъ присоединившееся къ процессу постороннее ему лице ²⁾.

Въ первой роли онъ является или истцомъ, предъявляя самъ искъ въ судѣ, или же законъ отводитъ ему мѣсто отвѣтника. У насъ прокуроръ только въ одномъ случаѣ бываетъ стороною, именно въ дѣлахъ брачныхъ и о законности рожденія, когда въ дѣлахъ этого рода нѣтъ дѣйствительнаго отвѣтника — лица частнаго и прокуроръ его замѣняетъ ³⁾. Въ этихъ случаяхъ онъ пользуется всѣми правами и преимуществами стороны ⁴⁾.

Уст. гр. суд. ст. 1344, 1345, 1356⁴⁾. — Civ. Proz. Ordn. §§ 569, 574, 586, 595, 605, 607. — Для Франціи см. *Debasq cit. p. 71—133, 155 sq.* — Подробнѣе ниже.

Во второй роли прокуроръ выступаетъ въ процессѣ, — начатомъ не имъ и не противъ него, — для того, чтобы формулировать свое мнѣніе и указать судьямъ какое по его мнѣнію должно быть рѣшеніе спора; однимъ словомъ тутъ онъ даетъ заключеніе, не будучи противникомъ ни той, ни другой стороны ⁵⁾. Онъ какъ адвокатъ закона высказываетъ только свое мнѣніе, склоняясь въ пользу заявленій той или другой стороны. Этимъ и ограничивается его задача. Какъ лице только присоединившееся къ процессу, прокуроръ не обладаетъ правами стороны, въ особенности по обжалованію рѣшенія, какъ бы вопіюще ни нарушало оно положительнаго права ⁶⁾.

Уст. гр. суд. ст. 345, 1343, 1505, 1648, 1652, 1659, 1671, 1671, 1673, 1674, 1679; Полож. о зем. уч. нач. ст. 76,

¹⁾ *Partie principale, par voie d'action ou de defense.*

²⁾ *Partie jointe, par voie de réquisition.*

³⁾ *Анненковъ. Комментар. 1 стр. 445.*

⁴⁾ *Debasq cit. p. 134 sq.*

⁵⁾ *Debasq cit. p. 1—5.*

⁶⁾ *Jonas. Studien p. 330.*

106. — Въ кассационномъ судѣ такое заключеніе обязательно по всеѣмъ дѣламъ (Уст. гр. суд. ст. 804); наоборотъ, въ упрощенномъ производствѣ дѣла разрѣшаются безъ выслушанія прокурора (Уст. гр. суд. ст. 365¹³ по прод. 1891 г.).— Ср. Code de proc. civ. art. 83 ¹⁾; Codice di proc. civ. art. 346.—Подробно ниже.

Давая заключеніе, прокуроръ не связанъ, подобно представителю или пособнику, интересами кого либо изъ тяжущихся; онъ руководствуется лишь своимъ убѣжденіемъ и существующими законами. Онъ вполне независимъ давать заключеніе даже противъ той стороны, ради которой присутствовалъ въ судѣ, если только онъ убѣжденъ, что не ей принадлежитъ оспариваемое право.

Учрежд. суд. уст. ст. 130. О независимости прокурора при заявленіи судебнымъ мѣстамъ своихъ заключеній см. Судебн. Уст. изд. госуд. канц. т. III стр. 9.

Вопросъ объ участіи прокурорскаго надзора въ гражданскихъ дѣлахъ принадлежитъ къ числу самыхъ спорныхъ въ наукѣ. Сводъ мнѣній см. у *Mittermaier*. Der Stand der Frage: ob die Gründlichkeit u. Gerechtigkeit der Urtheile im Civilprozesse durch die Mitwirkung des Staatsanwalts in Verhandlungen besser gesichert wird? (въ Archiv f. d. civ. Praxis Bd. 46 p. 416 — 444). — За участіе прокурорскаго надзора въ гражданскихъ дѣлахъ высказывается большинство французскихъ юристовъ, доходя иногда даже до требованія, чтобы прокуроры давали заключеніе по всеѣмъ дѣламъ, такъ какъ въ качествѣ органовъ охраненія закона они должны вступаться всегда, когда рѣчь идетъ о примѣненіи закона (*Lavielle*. Études sur la procédure civile 1862 p. 256 — 261; *Gerau* cit. p. 342, 343). Поэтому же настаиваютъ на учрежденіи прокуратуры и при коммерческихъ судахъ ²⁾ *Parinyault*. De l'établissement du ministère public près les tribunaux de commerce 1860).—Многіе другіе юристы, въ особенности

¹⁾ Здѣсь перечислены всѣ случаи участія прокурора. См. *Dalloz*. Repertoire v. ministère public.

²⁾ По женевскому законодательству прокуратура участвуетъ въ коммерческихъ судахъ. *Mittermaier* cit. p. 442 n. 68.

германскіе, высказываются противъ участія прокурорскаго надзора въ гражданскихъ дѣлахъ, въ особенности въ формѣ подачи заключеній; причемъ многіе же допускаютъ участіе прокуроровъ въ качествѣ стороны (см. также *Picard. Juge unique* 1887 p. 62—65). Главное возраженіе прстивъ заключеній сводится къ тому, что задача прокурора, какъ блюстителя правильнаго примѣненія закона, совпадаетъ съ задачей самого судьи; поэтому, предписывая данную функцію прокурорскому надзору, государство или свидѣтельствуетъ тѣмъ о замѣщеніи судейскихъ должностей лицами, нуждающимися въ поученіи со стороны прокуратуры, или же безъ всякаго повода умаляетъ независимость и достоинство суда въ его отправленіи правосудія. (О другихъ болѣе частныхъ возраженіяхъ см. *Mittermaier cit.*: p. 440 — 444). Но эти доводы едва ли сильны. Независимость суда при отправленіи правосудія не противорѣчитъ надзору, который, въ интересъ же юстиціи, государство вправѣ и обязано имѣть надъ нимъ. Надзоръ этотъ гарантируетъ быстрый, законмѣрный ходъ судебного производства и единообразное правильное примѣненіе судомъ закона, и съ этой стороны не можетъ не быть крайне желательнъ (*Gerai cit.* p. 328 — 333). Затѣмъ, выражается данный надзоръ въ напоминаніяхъ суду и въ указаніяхъ, которыя только облегчаютъ его задачу, ничѣмъ не лишая полной свободы слѣдовать или не слѣдовать этому (см. вычисленіе процента тѣхъ случаевъ, когда бельгійскіе суды не слѣдовали заключеніямъ прокурора у *Gislain. Belgique judiciaire* 1867 p. 337).

Устраненіе прокуроровъ. Хотя прокуроры и не участвуютъ собственно въ рѣшеніи гражданскихъ дѣлъ, но, несмотря на это, законодатель основательно находитъ необходимымъ вмѣнить прокурорамъ въ обязанность устраняться отъ участія въ производствѣ дѣлъ по причинамъ, указаннымъ въ законѣ для отвода судей, и вмѣстѣ предоставить участвовавшимъ въ дѣлѣ лицамъ отводить прокуроровъ по тѣмъ же причинамъ. Обосновывается это тѣмъ, 1) что прокуроры своими заключеніями могутъ, хотя и косвенно, вліять на разрѣшеніе дѣлъ въ томъ или въ другомъ смыслѣ, а 2) тѣмъ, чтобы не ставить самихъ прокуроровъ въ ложное поло-

женіе, принуждая ихъ участвовать въ производствѣ такихъ дѣлъ, въ которыхъ замѣшаны интересы людей, по чему либо имъ близкихъ ¹⁾. Но самъ судъ не можетъ отводить прокурора. Если прокуроръ не устраняетъ себя, при наличности законной къ тому причины, то судъ лишь сообщаетъ о такомъ поступкѣ прокурора его начальству. Кромѣ того во всѣхъ случаяхъ предъявленія отвода противъ прокурора судъ обязанъ только сообщить о томъ прокурору, который уже самъ обсуждаетъ степень уважительности предъявленнаго отвода, и если онъ, послѣ этого, не устраняется, то дѣло никоимъ образомъ не можетъ быть приостановлено.

Уст. гражд. суд. ст. 679, 680. — Ср. Code de proc. civ. art. 381.

Рядомъ съ прокурорскимъ надзоромъ существуютъ еще спеціальныя органы для защиты казны и для заключеній по юридическимъ вопросамъ, возникающимъ во всѣхъ правительственныхъ установленіяхъ. Это — такъ называемая

Прокураторія ²⁾.

Прокураторія или финансовая прокуратура существуетъ въ настоящее время въ Австріи, въ Италіи, а съ 1816 г. (29 сентября) введена, по австрійскому образцу, у насъ, для губерній Царства Польскаго.

Различныя австрійскія учрежденія этого рода (Hofkammerprokurator, Kammerprokurator, Fiscalant) преобразованы въ 1851 г. въ финансовую прокуратуру (Fi-

¹⁾ *Амненковъ.* Комментарій т. 3 стр. 313—315.

²⁾ *Туръ.* О финансовой прокуратурѣ въ Италіи и Австріи 1886. — *Сарандо.* О защитѣ дѣлъ казеннаго управленія въ судебныхъ установленіяхъ округа варшавской судебной палаты (въ Журн. гр. и уг. права 1890 кн. 4 стр. 24 — 45). Тутъ приведена и остальная русская литература вопроса.

panzprokuratur). См. для Австріи: положеніе объ учрежденіи финансовыхъ прокуратуръ отъ 13 авг. 1851 года и инструкцію министра финансовъ для финансовыхъ прокуратуръ отъ 16 февр. 1855 г. (переведены у *Tura cit.* стр. 37—72); для Италіи: законъ отъ 28 ноября 1875 года, положеніе о финансовой прокуратурѣ отъ 16 января 1876 г., отъ 12 іюня 1884 г., отъ 8 іюля 1886 г., инструкцію для финансовой прокуратуры отъ 13 января 1876 г. и дополнителные законы 1876, 1877, 1880 годовъ, законъ о церковномъ фондѣ отъ 14 авг. 1879 г. (все переведено у *Tura cit.* стр. 73 — 96); для Царства Польскаго: Сводъ постановленій о прокураторіи въ Сборникѣ административныхъ постановленій Царства Польскаго т. XV (Учрежденіе прокураторіи въ Царствѣ Польскомъ) 1868 г. — Въ введеніи (стр. 1—37) изложена исторія учрежденія, затѣмъ идутъ дѣйствующія постановленія, а въ прибавленіи приведены узаконенія, положенныя въ основу этого учрежденія. — Въ настоящее время проектируются у насъ преобразованіе и распространеніе на всю Россію прокураторіи.

Составъ прокураторіи въ Австріи. Въ отдѣльныхъ провинціяхъ Австріи учреждены финансовыя прокураторіи (всего 13 числомъ), подчиненныя провинціальнымъ финансовымъ управленіямъ и вмѣстѣ центральному министерству финансовъ. Во главѣ каждой прокураторіи стоятъ финансовый прокуроръ; затѣмъ идутъ старшіе и младшіе чины и канцелярія. Отъ чиновъ прокураторіи требуется высшее юридическое образованіе, а кромѣ того выдержаніе испытанія на званіе присяжнаго повѣреннаго и особаго экзамена для поступленія на службу по финансовой прокураторіи. Назначаются финансовые прокуроры и старшіе совѣтники императоромъ, по представленію министра финансовъ; другіе чины назначаются министромъ финансовъ или предсѣдателемъ провинціального финансового управленія.

Также въ Италіи по всему королевству учреждены отдѣльныя прокураторіи (всего 12 числомъ). Каждая изъ нихъ (кромѣ римской прокураторіи) состоитъ изъ финансового прокурора (*avvocato egariale*), затѣмъ чиновъ и канцелярій. Во главѣ же всей финансовой прокуратуры стоитъ генеральный казен-

ный прокуроръ (avvocato generale egariale) съ его товарищемъ, непосредственно подчиненный министру финансовъ и назначаемый королемъ по представлению министровъ финансовъ и юстиціи. Какъ въ этомъ случаѣ, такъ и вообще при назначеніи личного состава казенной прокуратуры министръ финансовъ входитъ въ соглашеніе съ министромъ юстиціи. Чины финансовой прокуратуры назначаются изъ лицъ, удовлетворяющихъ условіямъ для поступленія на должности по общей прокуратурѣ.

Во главѣ ~~казенной~~ прокуратуры стоитъ ^{въ нѣ}предсѣдатель, затѣмъ въ дальнѣйшей ея организаціи проведено раздѣленіе на членовъ учрежденія, совѣтниковъ и ассессоровъ, изготовляющихъ инструкціи и заключенія, и на защитниковъ исполняющихъ инструкціи, защищающихъ дѣла казенныхъ управленій въ судебныхъ мѣстахъ и совершающихъ всякіе иные юридическіе акты и дѣйствія. При прокуратурѣ имѣются канцелярія и архивъ. Канцелярія состоитъ подъ веденіемъ начальника канцеляріи; затѣмъ въ штатъ ея входятъ начальникъ архива, секретарь канцеляріи и другіе служащіе.

3
Историческіе
кабинеты

Сводъ постан. ст. 2 — 5, 50, 54 — 64, 74, 82; Постановл. 1816 г. ст. 4.

Прокуратура дѣлится на отдѣленія; въ первомъ изъ нихъ, какъ и въ общемъ присутствіи, предсѣдательствуетъ самъ предсѣдатель или старшій совѣтникъ, въ остальныхъ — совѣтники. Начальникъ канцеляріи и ассессоры, входящіе въ засѣданія прокуратуры имѣютъ только совѣщательный голосъ.

Сводъ пост. ст. 6, 74—76.

Въ іерархическомъ отношеніи наша прокуратура принадлежитъ къ вѣдомству министерства юстиціи.

Предсѣдатель прокуратуры назначается Высочайшею властью.

ко нѣмъ
Мин. Юстиціи

Сводъ постан. ст. 3; Постановл. 29 сентября (11-го октября) 1816 г. ст. 31, 33, 34.

Предсѣдательствующій въ прокуратурѣ назначается по соглашенію министра юстиціи съ министромъ финансовъ.

На вакантную должность совѣтника прокуратуры избираетъ трехъ кандидатовъ, изъ которыхъ одинъ утверждается министромъ юстиціи.

Ассессоры назначаются прокуроромъ судебной палаты.

Сводъ постан. ст. 3; Положеніе объ упраздненіи
коммисіи юстиціи 30 іюня 1876 г. ст. 3.

Предметъ вѣдомства прокураторій въ Австріи и въ Италиі. Ближайшая задача финансовой прокуратуры заключается въ судебной защитѣ имущества казны, безъ различія вѣдомства, въ управленіи котораго находится казенное имущество; защита эта не ограничивается одними спорными дѣлами, но распространяется и на дѣла охранительнаго производства, какъ напр. о выморочномъ имуществѣ. Въ извѣстныхъ случаяхъ финансовая прокуратура является представителемъ казны также по дѣламъ о безспорномъ взысканіи податей, пошлинъ и разныхъ другихъ поборовъ.

Сверхъ судебной защиты имущества казны, въ тѣсномъ смыслѣ, финансовая прокуратура ведетъ дѣла: 1) по имуществу, принадлежащему особымъ учрежденіямъ, которыя состоятъ въ непосредственномъ завѣдываніи правительства, или содержатся вполне или въ части на средства казны; 2) по церковному имуществу, состоящему въ непосредственномъ же завѣдываніи казны.

Затѣмъ, помимо вообще судебной защиты финансовая прокуратура обязана, по требованію о томъ подлежащихъ учреждений, доставлять имъ заключенія по вопросамъ касающимся имущества казны и тѣхъ особыхъ учреждений, имущество которыхъ въ отношеніи судебной защиты приравнивается къ казенному имуществу, — и оказывать имъ содѣйствіе при совершеніи всякаго рода сдѣлокъ, относящихся до сего имущества. Представительство финансовой прокуратуры обязательно для всѣхъ казенныхъ управленій. Для представительства въ судѣ прокуратура не нуждается въ полномочіи, но для представления иска или вступленія въ него она должна имѣть порученіе и увѣдомленіе отъ административнаго учрежденія. Ей особо должно быть предоставлено право заключать мировыя сдѣлки, принимать мѣры обезпеченія, просить о ревизіи и подавать на апелляцію во всѣхъ случаяхъ, когда казна будетъ принуждена въ первой инстанціи къ вознагражденію судебныхъ издержекъ ¹⁾.

¹⁾ *Ullmann*. Das oesterr. Zivilproz. p. 112, 113.

Въ Италіи недоразумѣнія и разногласія между финансовой прокуратурой и казенными управлениями разрѣшаются окончательно генеральнымъ казеннымъ адвокатомъ.

Чинамъ финансовой прокуратуры запрещается и въ Австріи и въ Италіи заниматься веденіемъ судебныхъ дѣлъ по порученію частныхъ лицъ. По производству вѣренныхъ ммъ казенныхъ дѣлъ финансовые прокуроры вполне самостоятельны.

Кромѣ жалованья, финансовые прокуроры получаютъ особое вознагражденіе за выигранныя дѣла.

Въ мѣстностяхъ, гдѣ нѣтъ финансовыхъ прокуроровъ, веденіе дѣлъ казны въ судахъ можетъ быть поручаемо и частнымъ адвокатамъ за вознагражденіе опредѣляемое провинціальной финансовой прокуратурой. — Назначаются эти адвокаты изъ особеннаго списка, составленнаго по округу прокуроромъ. Частный адвокатъ, заявившій согласіе на внесеніе его въ списокъ адвокатовъ казны, отказывается тѣмъ отъ права вести дѣла противъ казны.

По нашимъ законамъ о прокуратурѣ на нее возлагается:

- 1) Защита въ общихъ судебныхъ установленіяхъ округа варшавской судебной палаты гражданскихъ интересовъ казны (всѣхъ ея вѣдомствъ), церковей, монастырей, дворцоваго вѣдомства, благотворительныхъ, учебныхъ заведеній, городовъ, княжества Ловичъ, императорскихъ театровъ, всякаго рода кассъ и т. д.
- 2) Изложеніе заключеній по юридическимъ вопросамъ, возникающимъ въ правительственныхъ установленіяхъ и, между прочимъ, по вопросамъ о законности: а) залоговъ и обезпеченій, представляемыхъ частными лицами казеннымъ управлениямъ, б) контрактовъ, предполагаемыхъ къ совершенію между казенными управлениями и частными лицами, в) ипотечныхъ статей и актовъ, представляемыхъ въ казенныя управленія въ доказательство гражданскихъ правъ.
- 3) Заключение контрактовъ по порученію и отъ имени правительственныхъ установленій, совершеніе отъ имени казеннаго управленія ипотечныхъ дѣйствій, нотаріальныхъ требованій, вызывовъ и заявленій.
- 4) По объявленіямъ объ ипотечныхъ регуляціяхъ собраніе справокъ о правахъ казеннаго управленія и обезпеченіе этихъ правъ.
- 5) Требованіе ввода казны во владѣніе вакантными наслѣдствами и выморочными имуществами.

Сводъ постановл. о прокураторіи ст. 1, 7—15, 36—42; Уст. гр. судопр. ст. 1612, 1613.

Въ настоящее время у насъ идетъ вопросъ о распространеніи прокураторіи на всю Россію, хотя въ то же время настоятельность въ особомъ учрежденіи, предназначенномъ защищать имущественные интересы казны, подлежитъ большому сомнѣнію. — Главные доводы защитниковъ прокураторіи сводятся къ указанію на массу дѣлъ, подлежащихъ ей вѣдѣнію, и на сравнительную дешевизну этого учрежденія (*Sarando cit.* стр. 27, 32, 33). Выстъ съ тѣмъ развитіе казеннаго хозяйства, ведущее къ увеличенію судебныхъ дѣлъ, настоятельно требуютъ, чтобы у казны были опытные юрисконсульты и адвокаты. Сами административныя вѣдомства, въ управленіи которыхъ находится казенное имущество, предназначены исключительно для выполненія административной ихъ задачи, а поэтому не обладаютъ органами съ необходимой юридической подготовкой и практической опытностью въ веденіи судебныхъ дѣлъ. Учредить же юрисконсультовъ при каждомъ отдѣльномъ вѣдомствѣ было бы дорого и неудобно (*Tуръ cit.* стр. 23—25). Противъ же такихъ самостоятельныхъ учреждений говорить, главнымъ образомъ, опытъ другихъ государствъ. Такъ, напр., во Франціи представительство казны, при необходимости, возлагается на чиновъ прокурорскаго надзора, которые и являются сторонами въ процессѣ по защитѣ казенныхъ интересовъ (*loi 20 avr. 1810 art. 46*). Также и у насъ внутреннія губерніи до сихъ поръ обходятся безъ прокураторій; а для Царства Польскаго въ смыслѣ упраздненія прокураторіи высказывался уже комитетъ для преобразованія учреждений въ Царствѣ (*Сборникъ т. XV cit.* стр. 24—26).

Если предназначено учредить въ имперіи прокураторіи, то подымается другой вопросъ: къ какому вѣдомству слѣдуетъ отнести эти учреждения — къ министерству ли юстиціи или финансовъ? Полагаемъ, что министерству юстиціи можно было бы предоставить участіе только въ организаціи финансовой прокуратуры и въ назначеніи личнаго состава ея, какъ это принято въ Италіи, а все учрежденіе приписать къ министерству финансовъ; ибо въ этомъ министерствѣ, по его на-

значенію, должна быть сосредоточена забота объ охранѣ всего казеннаго имущества и не только того, которое находится въ непосредственномъ его завѣдываніи, но и того, которое состоитъ въ управленіи остальныхъ вѣдомствъ (*Tуръ cit.* стр. 25).

Кандидаты на судебныя должности.

Для образованія и подготовленія будущихъ судебныхъ дѣтелей при судахъ существуетъ институтъ такъ назыв. кандидатовъ на судебныя должности, изъ которыхъ пополняется судебное сословіе.

Для полученія мѣста по судебному вѣдомству лица, ищущія того, должны предварительно пройти практическую школу, ознакомиться съ судебною дѣятельностью и засвидѣтельствовать свои къ ней способности. Отсюда требованіе закона, чтобы желающіе занять судебныя должности предварительно записывались въ кандидаты на эти должности.

Выполненіе кандидатурой своего назначенія стоитъ въ зависимости отъ слѣдующихъ условій: 1) въ кандидаты должны быть допускаемы лишь лица, получившія спеціальное юридическое образованіе (общее условіе для занятія суд. должности); отъ этого будетъ зависеть сознательное и самостоятельное отношеніе будущихъ дѣтелей къ судебной практикѣ; 2) на время кандидатуры приписанные въ это званіе должны быть по мѣрѣ возможности обезпечены содержаніемъ; это откроетъ двери кандидатуры и будущую судебную карьеру многимъ способнымъ, но неимущимъ, лицамъ и тѣмъ обезпечить лучшей подборъ будущихъ судебныхъ дѣтелей; 3) особенно внимательно должна быть обставлена подготовка кандидатовъ постепеннымъ допущеніемъ къ серьезному ознакомленію съ судебной практикой и даже участіемъ въ ней, притомъ въ самыхъ разностороннихъ ея проявленіяхъ; 4) кандидатамъ, должнымъ образомъ подготовленнымъ, должно быть обезпечено болѣе или менѣе близкое назначеніе, по праву, на должность; безъ такой увѣренности въ своей будущности кандидаты будутъ лишены значительной доли рвенія къ самоусовершенствованію ¹⁾.

1) См. Desjardins. Études sur l'inamovibilité de la magistrature p. 100.

По закону 24 декабря 1891 г.¹⁾, изданному въ замѣнъ прежнихъ положеній о кандидатахъ на судебныя должности ²⁾, кандидатура сформирована у насъ слѣдующимъ образомъ.

Въ настоящее время кандидаты на судебныя должности могутъ состоять лишь при общихъ судахъ, т. е. при судебныхъ палатахъ и окружныхъ судахъ.

Теперь признано, что исключительное изученіе кандидатомъ практики мировыхъ судей или уѣздныхъ членовъ окружнаго суда не даетъ ему надлежащей разносторонней опытности. Занятія же въ кассационныхъ департаментахъ сената требуютъ уже основательнаго практическаго знакомства съ дѣлопроизводствомъ низшихъ судебныхъ установленій; поэтому съ сената не должна начинаться подготовка будущихъ судебныхъ дѣятелей. См. представленіе министра юстиціи отъ 8 мая 1891 г. Объ измѣненіи дѣйствующ. узакон. о кандид. на должности по судебному вѣдомству стр. 3, 4.

Кандидатами на судебныя должности могутъ быть лица окончившія курсъ юридическихъ наукъ въ высшихъ учебныхъ заведеніяхъ или имѣющія аттестаты о выдержаніи экзамена въ этихъ наукахъ. Опредѣляются они въ это званіе старшими предсѣдателями судебныхъ палатъ, по соглашенію съ прокурорами палатъ, непосредственно или по представленіямъ предсѣдателей окружныхъ судовъ.

Учрежд. суд. уст. ст. 407 (по прод. 91 г.).

Всѣ кандидаты подраздѣляются на старшихъ и младшихъ.

Учр. суд. уст. ст. 408.

Званіе старшаго кандидата присвоивается лицамъ, прослужившимъ не менѣе полутора года по судебному вѣдомству и полу-

¹⁾ Собран. узакон. 1892 N 3 ст. 18.

²⁾ См. о прежней кандидатурѣ: *Муравьевъ*. Кандидаты на судебныя должности (въ Журн. гражд. и уг. права 1880, 1, 2, 6); *Хрулевъ*. Кандидаты на должности по судебному вѣдомству (въ Журн. гр. и уг. пр. 1891, 4); Кандидатскій вопросъ (въ Суд. Газетѣ 1891 N 14).

чавшимъ отъ подлежащихъ суда или палаты удостовѣреніе въ
приобрѣтеніи ими достаточной практической подготовки для само-
стоятельныхъ занятій по судебной части.

Учр. суд. уст. ст. 409.

Остальные кандидаты называются младшими. Если младшій кандидатъ не получить въ теченіи двухъ лѣтъ даннаго удостовѣренія, то онъ отчисляется отъ этого званія. Двухлѣтній срокъ можетъ быть продолженъ на одинъ годъ старшимъ предсѣдателемъ судебной палаты по соглашенію съ прокуроромъ палаты въ случаѣ болѣзни кандидата или по другимъ уважительнымъ причинамъ.

Учр. суд. уст. ст. 410.

Кандидаты числятся на государственной службѣ съ правами старшіе — помощниковъ секретаря окружнаго суда, младшіе — помощниковъ секретаря при мировомъ съѣздѣ.

Учр. суд. уст. ст. 408.

2
За усердную и полезную службу состоящимъ при окружныхъ судахъ старшимъ кандидатамъ могутъ быть присвоиваемы штатные оклады содержанія (въ 600 р.). Эти оклады, въ числѣ 180, распределяются: по округамъ судебныхъ палатъ — министромъ юстиціи, а въ округахъ палатъ между окружными судами — старшимъ предсѣдателемъ, по соглашенію съ прокурорами палатъ.

Учр. суд. уст. ст. 411. — Циркуляромъ министра юстиціи отъ 9 января 1892 г. уже состоялось распредѣленіе данныхъ окладовъ. Вотъ примѣры: на Москву—31 окладъ, на Харьковъ—27, на С.-Петербургъ—25, на округъ варшавской палаты—24, на остальные округа—того меньше. При этомъ предписано, что въ каждый окружный судъ должно быть назначено не менѣе двухъ штатныхъ окладовъ содержанія и чтобы перечисленія излишнихъ противъ указаннаго числа окладовъ изъ одного суда въ другіе было допускаемо только относительно окладовъ свободныхъ, или же при согласіи кандидатовъ перейти на службу въ тѣ окружные суды, въ которые предполо-

жено перечислить присвоенное симъ лицамъ штатное содержаніе.

Кромѣ окладовъ въ распоряженіе министра юстиціи отпускается ежегодно извѣстная сумма (30000 руб.) для выдачи единовременныхъ пособій кандидатамъ, не получающимъ штатнаго содержанія, но не свыше опредѣленнаго размѣра (400 р.) одному лицу въ годъ.

Учр. суд. уст. ст. 412; Законъ 24 дек. 91 г. III.

Назначеніе кандидатамъ штатныхъ окладовъ и единовременнаго вознагражденія зависитъ отъ старшаго предсѣдателя судебной палаты по соглашенію съ прокуроромъ палаты.

Учр. суд. уст. ст. 412.

Правила, относящіяся до служебныхъ занятій кандидатовъ, устанавливаются министромъ юстиціи.

Учр. суд. уст. ст. 419¹.

3
Циркуляромъ отъ 9-го января 1892 г. министр юстиціи затребовалъ представленія, не позже 1-го мая 1893 г., соображеній объ имѣющихъ быть составленными правилахъ отъ старшихъ предсѣдателей и прокуроровъ судебныхъ палатъ, по сношенію съ предсѣдателями и прокурорами подвѣдомственныхъ палатъ окружныхъ судовъ. Пова же министромъ преподаются общія начала, опредѣляющія порядокъ занятій кандидатовъ. Такъ, младшихъ кандидатовъ не считается возможнымъ допускать къ исполненію самостоятельныхъ и отвѣтственныхъ по службѣ порученій; дѣятельность ихъ должна быть ограничена занятіями въ канцеляріяхъ судебныхъ мѣстъ, съ цѣлью дѣловаго ознакомленія со службою. Но при этомъ признано, что успѣшность въ ознакомленіи съ судебнымъ дѣломъ будетъ зависеть отъ распредѣленія занятій кандидатовъ, при послѣдовательныхъ ихъ командировкахъ, на опредѣленное время, въ канцеляріи судебныхъ мѣстъ и должностныхъ лицъ. Въ виду этого предлагается командировать младшихъ кандидатовъ въ канцеляріи департаментовъ и отдѣленій палаты и суда на срокъ не менѣе шести мѣсяцевъ. Затѣмъ не менѣе четырехъ мѣсяцевъ

4 + 6

10
4
кандидаты должны посвящать себя усвоению производства дѣлъ въ прокурорской камерѣ и въ уголовныхъ департаментахъ и отдѣленіяхъ судебныхъ мѣстъ. Не менѣе же четырехъ мѣсяцевъ кандидаты должны отдаваться канцелярскимъ занятіямъ у судебного слѣдователя (въ Закавказьѣ — также у мировыхъ судей или у ихъ помощниковъ). Если послѣ этого явится возможность посвятить нѣкоторое время на ознакомленіе кандидатовъ съ дѣлопроизводствомъ у уѣздныхъ членовъ окружнаго суда, городскихъ или мировыхъ судей и старшихъ нотаріусовъ, то можно командировать кандидатовъ также въ распоряженіе уѣздныхъ членовъ, председателей мировыхъ съѣздовъ, по назначенію отъ правительства, и старшихъ нотаріусовъ.

Назначеніе кандидатовъ для занятій въ судебной палатѣ или командировка ихъ въ распоряженіе председателя окружнаго суда или мирового съѣзда зависитъ отъ председателя судебной палаты, по соглашенію съ прокуроромъ палаты. Распределеніе же кандидатовъ въ округѣ окружнаго суда зависитъ отъ председателя сего послѣдняго, по соглашенію съ прокуроромъ.

Учр. суд. уст. ст. 414.

Кромѣ занятій по ознакомленію съ порядкомъ канцелярскаго производства, съ веденіемъ книгъ, съ нарядами и т. п., кандидаты должны стремиться къ усвоенію существа и направленія судебныхъ дѣлъ, должны составлять проекты приговоровъ, опредѣленій и рѣшеній суда, обвинительныхъ актовъ и заключеній прокурорскаго надзора, протоколовъ и постановленій судебныхъ слѣдователей и проекты исходящихъ бумагъ по канцеляріямъ судебныхъ мѣстъ и должностныхъ лицъ.

Ближайшее наблюденіе надъ занятіями кандидатовъ ввѣряется членамъ судебныхъ мѣстъ, лицамъ прокурорскаго надзора и тѣмъ должностнымъ лицамъ, къ которымъ они прикомандированы. Общее же руководство занятіями состоящихъ при судебныхъ мѣстахъ кандидатовъ принадлежитъ председателямъ и прокурорамъ данныхъ судовъ.

Учр. суд. уст. ст. 413.

Въ случаяхъ разногласія, по этому вопросу, между председателемъ и прокуроромъ окружного суда дѣло восходитъ на усмотрѣніе старшаго председателя и прокурора судебной палаты, а разногласіе между этими послѣдними разрѣшается министромъ юстиціи.

По окончаніи срока командировки лица наблюдавшія за занятіями кандидатовъ сообщаютъ председателямъ судебныхъ мѣстъ, въ распоряженіи которыхъ состоятъ кандидаты, свѣдѣнія о томъ, чѣмъ занимались эти послѣдніе во время командировки и какіе оказали успѣхи въ ознакомленіи съ данною отраслью судебного дѣла.

Удостовереніе въ достаточной практической подготовкѣ младшаго кандидата, въ результатѣ полуторогодовыхъ его занятій, выдается послѣ испытанія въ особой комиссіи, составляемой периодически председателями судебныхъ мѣстъ, по соглашенію съ прокурорами. Комиссія эта образуется въ составѣ не менѣе трехъ лицъ: изъ председателя судебного мѣста или его товарища, члена палаты или суда и лица прокурорскаго надзора.

Порядокъ и предметы кандидатскихъ испытаній предоставляется временно опредѣлить старшимъ председателямъ и прокурорамъ судебной палаты, по каждому судебному округу, впредь до утвержденія общей для всѣхъ судебныхъ округовъ программы данныхъ испытаній. Пока же министромъ юстиціи предлагается включить въ это испытаніе: 1) устное изложеніе обстоятельствъ и хода одного уголовного и одного гражданскаго дѣла, съ группировкою данныхъ въ пользу оправданія подсудимаго или удовлетворенія истца, или обвиненія или отказа въ искѣ; 2) составленіе записки съ изложеніемъ главнѣйшихъ обстоятельствъ и хода предложеннаго дѣла, какъ уголовного, такъ и гражданскаго; 3) составленіе по предложеннымъ дѣламъ проектовъ: мотивированнаго постановленія судебного слѣдователя, обвинительнаго акта, заключенія прокурорскаго надзора и приговора или рѣшенія въ окончательной формѣ, — и 4) устное изложеніе соображеній и заключенія по предложенному вопросу процессуальнаго или матеріальнаго права.

Кандидатъ, успѣшно выдержавшій испытаніе, получаетъ въ томъ удостовѣреніе отъ подлежащаго судебного мѣста и вмѣстѣ званіе старшаго кандидата на должность по судебному вѣдомству.

Учр. суд. уст. ст. 409.

Приказъ объ этомъ исходить отъ старшаго предсѣдателя судебной палаты.

Старшіе кандидаты могутъ быть командированы общимъ собраніемъ окружнаго суда къ исполненію обязанностей судебного слѣдователя и городскихъ судей, а также имъ можетъ быть поручаемо прокуроромъ судебной палаты, по соглашенію съ старшимъ предсѣдателемъ палаты, исправленіе должности товарища прокурора окружнаго суда.

Учр. суд. уст. ст. 415.

Кромѣ того, при недостаткѣ присяжныхъ повѣренныхъ, предсѣдатели судебныхъ мѣстъ могутъ поручать старшимъ кандидатамъ защиту подсудимыхъ, а гдѣ нѣтъ совѣта присяжныхъ повѣренныхъ — и защиту тяжущихся пользующихся правомъ бѣдности.

Учр. суд. уст. ст. 416.

Не менѣе какъ черезъ полтора года нахождения въ званіи старшіе кандидаты могутъ просить о выдачѣ имъ свидѣтельства въ томъ, что они доказали на службѣ свои познанія по судебной части. Свидѣтельства эти выдаются отъ предсѣдателей окружныхъ судовъ, при которыхъ кандидаты состояли или къ которымъ они были прикомандированы ¹⁾, и отырываютъ кандидатамъ возможность быть назначенными на судебныя должности: слѣдователя, товарища прокурора окружнаго суда, городского судьи и др.

Учр. суд. уст. ст. 417.

Кромѣ того, такіе кандидаты могутъ быть командируемы министромъ юстиціи для занятій въ центральномъ управленіи министерства юстиціи и въ канцеляріяхъ департамента сената.

Учр. суд. уст. ст. 417¹.

¹⁾ Циркуляромъ министра юстиціи требуется, чтобы свидѣтельства выдавались не иначе, какъ по успѣшномъ выполненіи кандидатомъ не менѣе трехъ мѣсяцевъ должности судебного слѣдователя;

Кандидаты, получавшіе штатное содержаніе и не представленные въ теченіе трехъ лѣтъ на службу, теряютъ право на дальнѣйшее полученіе даннаго оклада.

Учр. суд. уст. ст. 417 прим.

Надзоръ за кандидатами принадлежитъ предсѣдателямъ и прокурорамъ судебныхъ палатъ.

Учр. суд. уст. ст. 413.

Предостереженія, замѣчанія и выговоры кандидатамъ дѣлаются предсѣдателями судебныхъ мѣстъ, или тѣми должностными лицами, въ распоряженіе которыхъ они командированы; вычетъ же изъ жалованія ¹⁾, арестъ до семи дней и лишеніе штатнаго оклада содержанія опредѣляются старшимъ предсѣдателемъ судебной палаты, по соглашенію съ прокуроромъ палаты.

Учр. суд. уст. ст. 418.

Отчетъ о кандидатахъ при окружномъ судѣ представляется ежегодно предсѣдателемъ суда совмѣстно съ прокуроромъ старшему предсѣдателю судебной палаты, а годовой отчетъ о кандидатахъ по всему округу палаты представляется старшимъ предсѣдателемъ, совмѣстно съ прокуроромъ, министру юстиціи.

Учр. суд. уст. ст. 419.

Нынѣ состоящіе кандидатами на судебныя должности при судебныхъ палатахъ, окружныхъ судахъ и лицахъ прокурорскаго надзора зачисляются въ списокъ младшихъ кандидатовъ при окружномъ судѣ или судебной палатѣ по принадлежности; при этомъ зачисленія общее собраніе департаментовъ или отдѣленій судебныхъ мѣстъ можетъ присвоить званіе старшихъ кандидатовъ тѣмъ изъ нихъ, кто на службѣ по судебному вѣдомству въ теченіе не менѣе двухъ лѣтъ приобрѣлъ достаточныя познанія по судебной части.

Кандидаты при кассационныхъ департаментахъ сената и при мировыхъ судьяхъ губерній варшавскаго судебного округа оставя-

¹⁾ Улож. о наказ. ст. 413 — 415.

ются при нынѣшнемъ положеніи до 1 іюля 1894 г. Въ это время министр юстиціи можетъ тѣхъ изъ нихъ, кто приобрѣлъ въ теченіе двухъ лѣтъ службы по судебному вѣдомству достаточныя познанія по судебной части, опредѣлять, съ ихъ согласія, въ старшіе кандидаты при окружныхъ судахъ. Кандидаты - же при судебныхъ мѣстахъ Закавказья, получающіе штатное содержаніе, прямо переименовываются въ старшіе кандидаты.

Въ заключеніе не лишнимъ будетъ сравнить наши новыя положенія о кандидатурѣ на судебныя должности съ болѣе развитыми западными законодательствами о томъ же предметѣ.

Такъ въ Испаніи ¹⁾ кончившіе высшую школу юридическихъ наукъ, со степенью лиценціата правъ, записываются въ одну изъ кандидатскихъ коллегій при судебныхъ палатахъ (аудиенціа) по предварительномъ испытаніи въ мадридской экзаменаціонной комиссіи. Кандидаты, распределенные по коллегіямъ, назначаются для практическаго подготовленія, муниципальными судьями (въ родѣ нашихъ мировыхъ судей) или сверхштатными членами низшихъ судовъ (въ родѣ нашихъ окружныхъ судовъ) или добавочными слѣдственными судьями, или помощниками фискаловъ (прокуроровъ). При этомъ они получаютъ отъ правительства жалованье, достаточное для существованія. Президенты судовъ и прокуроры, подъ вѣдѣніемъ которыхъ кандидаты работаютъ, даютъ ежегодные о нихъ отзывы, которые отсылаются министру юстиціи, а этотъ послѣдній передаетъ ихъ на разсмотрѣніе особой конкурсной комиссіи. Комиссія составляетъ списки кандидатовъ, по порядку ихъ достоинства, и согласно съ этимъ, въ главномъ, они признаются въ правѣ на замѣщеніе должностей по суду. Такимъ образомъ въ Испаніи кандидаты на судебныя должности не только обезпечены въ необходимомъ содержаніи впродолженіи ихъ занятій по ознакомленію съ судебнымъ дѣломъ, но и въ полученіи штатныхъ мѣстъ зависятъ только отъ степени собственнаго рвенія и способностей.

¹⁾ См. *Муравьевъ*. Новое судопроизводство Испаніи (въ Юрид. Вѣстн. 1879 т. 2 стр. 89 слѣд.).

Въ Пруссіи ¹⁾ всякій желающій занять мѣсто въ судебномъ вѣдомствѣ обязанъ, по окончаніи курса юридическихъ наукъ, подвергнуться, при одномъ изъ высшихъ земскихъ судовъ, испытанію въ особой комиссіи, послѣ чего получаетъ званіе референдарія. Референдарій проходитъ въ теченіи 4-хъ лѣтъ определенный кругъ занятій. Программа этихъ занятій составлена такъ, что референдарій постепенно ознакомливается, въ различныхъ судахъ, ихъ отдѣленіяхъ и въ другихъ учрежденіяхъ, съ дѣлопроизводствомъ, которое только можетъ встрѣтиться практическому дѣятелю въ судахъ. Свѣдѣнія о занятіяхъ референдарія (аттестации руководителей при каждой отрасли занятій) собираетъ предсѣдатель высшаго земскаго суда и на основаніи этого признаетъ его готовымъ къ испытанію, о чемъ и доноситъ министру юстиціи, который направляетъ референдарія на экзамень въ государственную комиссію. По выдержаніи экзамена референдарій получаетъ отъ министра званіе ассессора, съ чего онъ вступаетъ въ судебскую іерархію, съ определеннымъ правильномъ кругомъ дѣятельности и съ правомъ на занятіе должности по судебному вѣдомству ²⁾. Въ Пруссіи весьма тщательно обставлена подготовка будущихъ судебныхъ дѣателей и контроль надъ ихъ занятіями. Кандидатъ, прошедшій весь путь намѣченныхъ занятій и удостовѣрившій свою подготовку въ особой испытательной комиссіи, представляется съ несомнѣнными знаніями въ практическомъ судебномъ дѣлѣ ³⁾.

Переводчики. *Органы Судебн. вѣд.*

Въ вѣдомствѣ окружныхъ судовъ, гдѣ министр юстиціи признаетъ нужнымъ, состоятъ присяжные переводчики. Просто пере-

¹⁾ См. *Werner. Die Vorbereitung zum höheren Justizdienst in Preussen 1890.* — Сводъ положеній о замѣщеніи судебныхъ должностей въ Пруссіи и въ другихъ германскихъ государствахъ см. у *Mollat. Die juristischen Prüfungen und der Vorbereitungsdienszt zum Richteramt 1886.*

²⁾ *Rintelen. Prozessr. 1 p. 228.*

³⁾ *Фонъ-Резонъ. О прусскихъ судахъ* (въ Журн. гражд. и уг. пр. 1881 кн. 5 стр. 91—95).

водчики имѣются при коммерческихъ судахъ и, въ губерніяхъ прибалтійскихъ, при участковомъ мировомъ судѣ, при каждомъ съѣздѣ мировыхъ судей и при каждомъ окружномъ судѣ ¹⁾).

Присяжные переводчики должны быть русскими подданными ²⁾. Опредѣляются они къ должности и увольняются министромъ юстиціи. Переводчики коммерческихъ судовъ опредѣляются и увольняются самимъ судомъ, по его усмотрѣнію.

Назначеніе присяжныхъ переводчиковъ состоитъ въ изготовленіи и повѣркѣ, по просьбамъ частныхъ лицъ и по требованію судебныхныхъ и правительственныхныхъ установленій, переводовъ документовъ и другихъ бумагъ съ иностранныхъ языковъ, а также копій писанныхъ на тѣхъ языкахъ актовъ, документовъ и бумагъ.

За свой трудъ присяжные переводчики имѣютъ право на вознагражденіе по таксѣ, установленной министромъ юстиціи, по соглашенію съ министромъ финансовъ, а также и по добровольному соглашенію съ частными лицами.

Учр. суд. уст. ст. 421 — 429, 544; ст. 572, 579, 583
(по прод. 90 г.); Уст. гражд. суд. ст. 261, 540; Уст. суд. торг. ст. 3, 5, 25.

Лис. добавочн. къ Учр. Суд. Уст. 1899 г. ст. 421, 429, 544, 572, 579, 583, 584, 585, 586, 587, 588, 589, 590, 591, 592, 593, 594, 595, 596, 597, 598, 599, 600, 601, 602, 603, 604, 605, 606, 607, 608, 609, 610, 611, 612, 613, 614, 615, 616, 617, 618, 619, 620, 621, 622, 623, 624, 625, 626, 627, 628, 629, 630, 631, 632, 633, 634, 635, 636, 637, 638, 639, 640, 641, 642, 643, 644, 645, 646, 647, 648, 649, 650, 651, 652, 653, 654, 655, 656, 657, 658, 659, 660, 661, 662, 663, 664, 665, 666, 667, 668, 669, 670, 671, 672, 673, 674, 675, 676, 677, 678, 679, 680, 681, 682, 683, 684, 685, 686, 687, 688, 689, 690, 691, 692, 693, 694, 695, 696, 697, 698, 699, 700, 701, 702, 703, 704, 705, 706, 707, 708, 709, 710, 711, 712, 713, 714, 715, 716, 717, 718, 719, 720, 721, 722, 723, 724, 725, 726, 727, 728, 729, 730, 731, 732, 733, 734, 735, 736, 737, 738, 739, 740, 741, 742, 743, 744, 745, 746, 747, 748, 749, 750, 751, 752, 753, 754, 755, 756, 757, 758, 759, 760, 761, 762, 763, 764, 765, 766, 767, 768, 769, 770, 771, 772, 773, 774, 775, 776, 777, 778, 779, 780, 781, 782, 783, 784, 785, 786, 787, 788, 789, 790, 791, 792, 793, 794, 795, 796, 797, 798, 799, 800, 801, 802, 803, 804, 805, 806, 807, 808, 809, 810, 811, 812, 813, 814, 815, 816, 817, 818, 819, 820, 821, 822, 823, 824, 825, 826, 827, 828, 829, 830, 831, 832, 833, 834, 835, 836, 837, 838, 839, 840, 841, 842, 843, 844, 845, 846, 847, 848, 849, 850, 851, 852, 853, 854, 855, 856, 857, 858, 859, 860, 861, 862, 863, 864, 865, 866, 867, 868, 869, 870, 871, 872, 873, 874, 875, 876, 877, 878, 879, 880, 881, 882, 883, 884, 885, 886, 887, 888, 889, 890, 891, 892, 893, 894, 895, 896, 897, 898, 899, 900, 901, 902, 903, 904, 905, 906, 907, 908, 909, 910, 911, 912, 913, 914, 915, 916, 917, 918, 919, 920, 921, 922, 923, 924, 925, 926, 927, 928, 929, 930, 931, 932, 933, 934, 935, 936, 937, 938, 939, 940, 941, 942, 943, 944, 945, 946, 947, 948, 949, 950, 951, 952, 953, 954, 955, 956, 957, 958, 959, 960, 961, 962, 963, 964, 965, 966, 967, 968, 969, 970, 971, 972, 973, 974, 975, 976, 977, 978, 979, 980, 981, 982, 983, 984, 985, 986, 987, 988, 989, 990, 991, 992, 993, 994, 995, 996, 997, 998, 999, 1000.
Канцелярія суда.

При общихъ судахъ, а также при кассационныхъ департаментахъ сената, коммерческихъ судахъ и губернскихъ присутствіяхъ имѣются особыя канцеляріи, подъ непосредственнымъ надзоромъ предсѣдателей сихъ мѣстъ, а въ сенатѣ оберъ-прокуроровъ.

Канцеляріи состоятъ изъ опредѣленнаго штата секретарей, канцелярскихъ служителей (протоколистовъ, писцовъ) и иногда архиваріусовъ. Въ коммерческихъ судахъ къ составу канцеляріи отнесены и переводчики.

Учр. суд. устан. ст. 120, 121, 123, 260, 544; Полож. о зем. нач. ст. 108; Уст. суд. торг. ст. 3, 25.

¹⁾ Обязанности переводчиковъ возлагаются иногда на помощниковъ секретарей, какъ напр. въ вишиневскомъ окружномъ судѣ. Учрежд. суд. уст. ст. 121 примѣч.

²⁾ Учрежд. суд. уст. ст. 423 прилож. III форм. II.

При всѣхъ остальныхъ судахъ для писмоводства назначаютъ писмоводители (при мировыхъ судьяхъ, земскихъ начальникахъ и др.) или писаря (при волостныхъ и гминныхъ судахъ).

Врем. прав. о волостн. судѣ ст. 11; Волостн. суд. уст. ст. 16. — Писарь при гминномъ судѣ назначается, по представленію гминнаго суда, председателемъ мирового сѣзда. Въ случаѣ несогласія председателя на избранное лицо, онъ предлагаетъ гминному суду избрать новаго кандидата, или же назначаетъ на данную должность лицо, по собственному избранію. Учрежд. суд. уст. ст. 494.

Секретари ¹⁾.

При мировыхъ сѣздахъ, уѣздныхъ сѣздахъ, губернскихъ присутствіяхъ, окружныхъ судахъ и судебныхъ палатахъ состоятъ секретари и ихъ помощники; при кассационныхъ департаментахъ сената — оберъ-секретари и ихъ помощники. Кроме того секретари состоятъ при оберъ-прокурорахъ и прокурорахъ. Въ коммерческихъ судахъ имѣются также секретари и ихъ помощники; при консисторіи — секретарь.

Учрежд. суд. уст. ст. 120, 134, 544; Уст. суд. торг. ст. 3; Код. торг. ст. 624; Уст. Дух. консист. ст. 283. — Во Франціи — greffiers, greffiers en chef, ихъ помощники — commis assermentés. Въ Германіи — Gerichtsschreiber.

Общее назначеніе секретарей заключается въ томъ, чтобы заведывать въ судахъ дѣлопроизводствомъ и затѣмъ служить посредниками въ опредѣленныхъ сношеніяхъ суда съ публикой. Такъ, они составляютъ журналы и протоколы по каждому засѣданію; они же выдаютъ копіи. Бумаги, исходящія изъ суда, всегда скрѣпляются подписью секретаря.

Учр. суд. уст. ст. 163, 164; Уст. гр. суд. ст. 182, 307, 713, 717.—На помощниковъ секретарей и оберъ-се-

¹⁾ *Salme. Traité des greffes 1854; Wieding. Gerichtsschreiber (въ Rechtslex. v. Holtzendorff).*

кретарей возлагаются обязанности архивариусовъ тамъ, гдѣ этой должности не учреждено. Учрежд. суд. уст. ст. 121.—Ср. Code de proc. civ. art. 1040.—Во Франціи секретарямъ отведена весьма значительная и дѣятельная роль въ производствѣ. Такъ, на нихъ возлагается руководство изслѣдованіемъ чрезъ свѣдующихъ людей по длинноты акта, производствомъ по представленію поручительства на основаніи судебного рѣшенія, и т. д. См. *Jonas. Studien* p. 357.—Объ обязанностяхъ секретарей въ Германіи см. у *Hellmann. Civilproc.* § 36.

Въ коммерческихъ судахъ секретари принимаютъ участіе не только въ производствѣ, но и въ самомъ постановленіи рѣшенія судомъ. Такъ онъ участвуетъ вмѣстѣ съ предсѣдателемъ въ приемъ бумагъ, поступающихъ въ судъ; онъ присутствуетъ при производствѣ по доказательствамъ; на него возлагается докладъ дѣла и редакція судебныхъ опредѣленій или рѣшеній; онъ докладываетъ присутствію о замѣченныхъ имъ въ рѣшеніи противорѣчящихъ обстоятельствахъ дѣла или закону и въ случаѣ оставленія безъ вниманія повтореннаго представленія отмѣчаетъ его въ журналѣ.

Учр. суд. уст. ст. 547; Уст. суд. торг. ст. 93, 108, 138, 147, 178, 286, 329, 331, 367.

Назначеніе секретарей на должность. Секретари и помощники ихъ въ мировыхъ сѣздахъ назначаются предсѣдателями сѣздовъ; секретари уѣзднаго сѣзда — губернаторомъ по представленію предсѣдателя сѣзда; губернаторомъ же назначается и секретарь губернскаго присутствія; секретари и помощники секретарей окружныхъ судовъ и судебныхъ палатъ назначаются предсѣдателями этихъ мѣстъ; оберъ-секретари кассационныхъ департаментовъ сената утверждаются министромъ юстиціи, по представленію оберъ-прокуроровъ, а помощники оберъ-секретарей назначаются самими оберъ-прокурорами; секретари при оберъ-прокурорахъ и прокурорахъ назначаются данными лицами прокурорскаго надзора. Секретаря и ихъ помощники при коммерческихъ судахъ утверждаются въ должности губернскимъ правленіемъ по сообщеніямъ сихъ судовъ. Секретари духовныхъ консисторій назначаются синодомъ по представленію оберъ-прокурора.

Учр. суд. уст. ст. 59, 217, 218, 223; Полож. о зем. уч. нач. ст. 81, 108; Уст. суд. торг. ст. 24; Уст. дух. консист. ст. 284. — Ср. Ger. Verfass. Ges. § 154. — Во Франціи секретари имѣютъ право представлять правительству своего преемника. Это право переходитъ ко вдовѣ и наследнику секретаря. Секретарь же предлагаетъ и помощника, который можетъ его замѣщать во всѣхъ засѣданіяхъ, кромѣ торжественныхъ и общихъ собраній.

Для замѣщенія должности секретаря въ общихъ и кассационныхъ судахъ требуется окончаніе курса юридическихъ наукъ въ высшихъ учебныхъ заведеніяхъ, или выдержанія экзамена въ этихъ наукахъ, или же доказательство пріобрѣтенныхъ на службѣ познаний по судебной части. Замѣщенію всегда предшествуетъ предварительное удостовѣреніе въ способностяхъ кандидата исправлять должнымъ образомъ свои обязанности.

Учрежд. суд. уст. ст. 202, 211, 218. — Во Франціи, кромѣ юридическаго образованія, отъ секретарей требуется опредѣленный возрастъ (25 — 27 лѣтъ), иногда двухлѣтній стажъ и затѣмъ представленіе залога (но не отъ *commiss*, за котораго отвѣчаетъ *greffier*). См. *Bonfils. Procéd.* п. 256. — Въ Пруссіи для занятія мѣста секретаря не требуется юридическаго образованія, но требуется только двухгодичная приговорительная служба и затѣмъ выдержаніе испытанія въ практическихъ знаніяхъ. См. *фонъ-Резонъ*. О прусскихъ судахъ (въ Журн. гражд. и угол. права 1881 кн. 5 стр. 95).

Увольняются секретари отъ службы тѣми же властями, которыя ихъ назначаютъ. Этимъ же властямъ принадлежитъ и дисциплинарная надъ ними власть.

Учр. суд. уст. ст. 226, 266, 267; Уст. дух. консист. ст. 284. — Во Франціи смѣститъ секретаря можетъ только министръ и притомъ лишь за грубую провинность. Помощники смѣщаются самимъ секретаремъ.

Объ отводахъ секретарей нашъ законъ ничего не говоритъ что, быть можетъ, мотивируется тѣмъ, что они не принимаютъ

участія въ рѣшеніи дѣла. Но съэтимъ едва ли можно согласиться ¹⁾. Допустить отводъ секретарей необходимо уже на томъ 1) основаніи, что секретарь принимаетъ участіе въ совершеніи нѣкоторыхъ очень важныхъ процессуальныхъ дѣйствій, какъ напр. относительно отсылки и передачи тяжущимся бумагъ, составленія протокола по дѣлу и проч., причѣмъ пристрастное отношеніе секретаря можетъ оказывать вредное вліяніе на интересы тяжущихся. Поэтому 2) трудно признать, чтобы законъ запрещалъ тяжущимся въ огражденіе ихъ интересовъ устранять отъ участія въ производствѣ такое лице, дѣйствія котораго представляются въ нѣкоторыхъ случаяхъ имѣющими весьма важное значеніе.

Германскій Уставъ прямо допускаетъ предьявленіе отводовъ противъ секретарей по тѣмъ же основаніямъ, по которымъ допускаются отводы противъ судей, а разрѣшеніе этихъ отводовъ предоставляется тому суду, при которомъ состоитъ секретарь (Civ. Proz. Ordn. § 49).

Судебные пристава.

При мировыхъ сѣздахъ, общихъ судахъ и кассационныхъ департаментахъ сената, а также при варшавскомъ коммерческомъ судѣ состоятъ судебные пристава; при другихъ коммерческихъ судахъ -- присяжные пристава.

Учр. суд. уст. ст. 60, 297, 545; Уст. суд. торг. ст. 4, 102, 167, 373; Код торг. ст. 624.—Во Франціи — huissiers отъ слова huis-porte, т. е. лица, которыя охраняли входъ въ извѣстное мѣсто. Въ Германіи — Gerichtsvollzieher.

Главное назначеніе приставовъ — приводить въ исполненіе судебныя рѣшенія; а затѣмъ они же исполняютъ распоряженія предсѣдателя по охранѣ въ засѣданіяхъ порядка и всякія другія его порученія.

Учрежд. суд. уст. ст. 60, 143, 321, 322, 519; Уст. гражд. суд. ст. 158; Прав. объ устр. суд. части ст. 20.

¹⁾ *Анненковъ*. Коммент. т. 3 стр. 317.

Кромѣ того, чрезъ судебныхъ приставовъ совершаются сношенія судебного мѣста съ тяжущимися, какъ-то сообщеніе тяжущимся повѣстокъ и бумагъ по производящемуся дѣлу.

Учр. суд. уст. ст. 321, 322, 545; Уст. гражд. суд. ст. 267, 278, 305, 306.— Въ Германіи отношенія пристава къ тяжущимся похожи на отношенія повѣреннаго къ довѣрителю. Основываются эти отношенія на порученіи и по своимъ послѣдствіямъ подобны тѣмъ, которыя вытекають изъ договора довѣренности (*Fitting. Civilpro.* § 22; *Rintelen. Gerichtsverfassung* § 40 p. 132, 133).

Опредѣляются къ должности судебныя пристава предсѣдателями соотвѣтствующихъ судовъ, а въ кассационныхъ департаментахъ сената — оберъ-прокурорами. Пристава коммерческихъ судовъ утверждаются въ должности губернскимъ правленіемъ, по сообщеніямъ сихъ судовъ.

Учр. суд. уст. ст. 62, 300; Уст. суд. торг. ст. 24.— Во Франціи судебныя пристава назначаются президентомъ республики.

Судебными приставами могутъ быть лишь русскіе подданные, не моложе 21 года, несостоящіе уже на службѣ отъ правительства или по выбору, неопороченные по суду (такъ не могутъ быть приставами: повесшіе по суду наказаніе, неоправданные имъ, исключенные изъ службы, подвергшіеся запрещенію ходить по чужимъ дѣламъ), необъявленные несостоятельными должниками и, наконецъ удостовѣрившіе въ благонадежной нравственности и въ способности къ исполненію данной обязанности. Въ виду послѣдняго требованія судебныя пристава утверждаются въ должности не ранѣе года по исправленію ими должности.

Учр. суд. уст. ст. 299, 300, 308. — Во Франціи судебнымъ приставомъ можетъ быть лице, не моложе 25-ти лѣтъ и занимавшееся не менѣе двухъ лѣтъ практикою у нотаріуса, стряпчаго, или у пристава, или же занимавшееся три года въ канцеляріи судовъ.

Кромѣ того отъ судебного пристава требуется представленіе залога, изъ котораго могли бы быть покрыты убытки, происшедшіе отъ неправильныхъ его дѣйствій.

Размѣръ залога — 600 р., но на Кавказѣ — всего 200 руб., а въ губерніяхъ астраханской, оренбургской и девяти западныхъ — 400 р. По усмотрѣнію министра юстиціи размѣръ залога можетъ быть уменьшенъ. — Учр. суд. уст. ст. 60 прим., 301, 302, 331, 442, 461.

Надзоръ и дисциплинарная власть надъ судебными приставами до извѣстной мѣры (замѣчаніе, выговоръ, арестъ до семи дней) принадлежать тѣмъ лицамъ, которыя ихъ назначаютъ къ должности, т. е. предсѣдателямъ судебныхъ мѣстъ и оберъ-прокурору. Всякое иное дисциплинарное взысканіе, равно какъ преданіе суду, происходитъ по постановленію того судебного мѣста, при которомъ приставъ состоитъ.

Учр. суд. устан. ст. 326, 328, 329. — Непосредственный надзоръ за судебн. приставами, имѣющими жительство внѣ города, гдѣ находится окружный судъ, и повѣрка ихъ книгъ возлагаются на уѣздныхъ членовъ окружнаго суда, которые о всѣхъ неправильныхъ или противозаконныхъ дѣйствіяхъ приставовъ доносятъ предсѣдателю суда. Прав. объ устр. суд. части ст. 38.

Судебный приставъ по закону обязанъ устраниваться отъ совершенія какихъ либо должностныхъ дѣйствій въ тѣхъ случаяхъ, когда эти дѣйствія будутъ касаться его жены или родственниковъ до четвертой и свойственниковъ до второй степени включительно.

Учр. суд. уст. ст. 324. — По германскому законодательству судебный приставъ устранивается отъ исполненія обязанностей существенно въ тѣхъ же случаяхъ, что и судьи. Gerichtsverf. § 156.

По весьма правильному взгляду ¹⁾, нѣтъ основанія не представлять и тяжущимся право предъявлять противъ судебного пристава отводы, въ тѣхъ случаяхъ, когда-бы онъ самъ, вопреки закона, не устранилъ себя, при упомянутыхъ родственныхъ отношеніяхъ съ судебною стороною. Такое право отвода слѣдовало бы

¹⁾ Аннековъ. Комментарій 3 стр. 315—317.

предоставить уже потому, что судебный приставъ, при исполненіи судебныхъ рѣшеній, можетъ оказывать весьма большое вліяніе на интересы тяжущихся. — Отводъ долженъ быть предъявляемъ председателю суда, отъ котораго исходятъ распоряженія судебному приставу, и можетъ быть разрѣшаемъ единоличною председательскою властью.

Кромѣ жалованья судебные пристава получаютъ еще особое вознагражденіе за исполненіе отдѣльныхъ служебныхъ дѣйствій.

Учр. суд. уст. ст. 61¹, 313, 581 (по прод. 90 г.).

Размѣръ этого вознагражденія опредѣляется особою таксою, устанавливаемою законодательнымъ порядкомъ (Высочайше утверждена такса 24 мая 1871 г.) или земскимъ собраніемъ и городскою думою (для судебныхъ приставовъ при мировыхъ сѣздахъ). Собранныя сумма вознагражденія всѣхъ судебныхъ приставовъ ¹⁾ при общихъ судахъ распределяется, въ опредѣленные сроки, министромъ юстиціи по округамъ судебныхъ палатъ, для раздѣленія ихъ между судебными приставами округа, соразмѣрно ихъ трудамъ и мѣстнымъ обстоятельствамъ. Вознагражденіе же судебныхъ приставовъ при мировыхъ сѣздахъ составляетъ общую принадлежность судебныхъ приставовъ каждаго мирового округа и распределяется между ними по усмотрѣнію сѣзда мировыхъ судей.

Учр. суд. уст. ст. 61, 61¹ примѣч., 312—314; Прилож. V къ ст. 313; Прилож. VII къ ст. 536; Прилож. къ ст. 581; Прав. объ уст. суд. ч. ст. 23. — Полное собран. закон. N 49653 ²⁾).

Судебные пристава каждаго округа судебной палаты могутъ, съ общаго ихъ согласія, избрать изъ своей среды совѣтъ судебныхъ приставовъ, состоящій изъ старшины совѣта и членовъ, числомъ не менѣе пяти и не болѣе девяти. Совѣту это-

¹⁾ Во Франціи — *bourge commune*.

²⁾ О вознагражденіи судебныхъ приставовъ въ Германіи см. *Fitting. Civilproc.* § 22.

му принадлежить: общій надзоръ за судебными приставами, по исполненію ими служебныхъ обязанностей; разрѣшеніе жалобъ и споровъ, какъ между судебными приставами, такъ и жалобъ частныхъ лицъ на судебныхъ приставовъ; распределение между приставами округа суммы, отведенной министромъ юстиціи на округъ съ сбора за исполнительныя дѣйствія; наконецъ, наложеніе на приставовъ легкихъ дисциплинарныхъ взысканій (предостереженіе, замѣчаніе и выговоръ).—Постановленія совѣта могутъ быть обжалованы въ двухнедѣльный срокъ въ судебную палату; только постановленія совѣта о наложеніи на судебныхъ приставовъ взысканій не подлежатъ обжалованію со стороны самихъ осужденныхъ.

Учр. суд. уст. ст. 333—343.—Во Франціи—*chambre des huissiers*. См. *Jonas. Studien* p. 368.

Въ округахъ, въ которыхъ будутъ образованы совѣты судебныхъ приставовъ, общему ихъ собранію предоставляется просить судебную палату, черезъ совѣтъ, о возвращеніи внесенныхъ ими залоговъ и о разрѣшеніи образовать товарищество судебныхъ приставовъ съ круговою другъ за друга порукою, въ возмѣщеніи убытковъ, могущихъ быть причиненными кѣмъ либо изъ нихъ при исполненіи служебныхъ обязанностей. Въ случаѣ соотвѣтствующаго разрѣшенія всѣ опредѣленія убытковъ и возмѣщенія ихъ составляютъ обязанность совѣта. Но потерпѣвшимъ предоставляется право подавать на эти распоряженія совѣта жалобы въ судебную палату или отыскивать имъ слѣдующее общимъ порядкомъ гражданского судопроизводства.

Учр. суд. уст. ст. 344—352.

Положенія о совѣтахъ и товариществахъ судебныхъ приставовъ не примѣняются въ предѣлахъ варшавскаго судебного округа.

Учр. суд. уст. ст. 535.

Судебные разсылные.

При окружныхъ судахъ, судебныхъ палатахъ и варшавскомъ коммерческомъ судѣ могутъ быть назначаемы судебные разсыл-

ные; при мировомъ судѣ -- просто разсылные; при коммерческихъ судахъ — присяжные слугителя и нарочные. — Опредѣляютъ судебные разсылные тѣми же лицами, которыя назначаютъ и судебных приставовъ, но въ коммерческомъ судѣ — самимъ судомъ. При этомъ предварительно удостовѣряются въ благонадежной нравственности назначаемаго и въ способностяхъ его къ исполненію принимаемыхъ имъ на себя обязанностей. — Не могутъ быть разсылными тѣ же разряды лицъ, которые не могутъ быть судебными приставами. — Обязанности разсылныхъ состоятъ въ сообщеніи тяжущимся повѣстокъ и бумагъ отъ данныхъ судебныхъ установленій, при которыхъ они состоятъ, а также и отъ городскихъ судей, и въ исполненіи другихъ, по порученію предсѣдателя, дѣйствій, какъ напр. по охраненію порядка въ засѣданіи. Во всемъ этомъ выражается одинаковая съ судебнымъ приставомъ судебно-полицейская дѣятельность разсылныхъ, за исключеніемъ только дѣйствій, совершаемыхъ непременно судебными приставами, какъ-то дѣйствій, относящихся къ исполненію судебныхъ рѣшеній. — Сверхъ жалованья судебные разсылные получаютъ особое вознагражденіе по таксѣ, которое составляетъ общую принадлежность всѣхъ разсылныхъ судебного мѣста и распределяется между ними соразмѣрно труду и мѣстнымъ обстоятельствамъ, по усмотрѣнію судебного мѣста.

Учр. суд. уст. ст. 143, 352¹ — 352³, 531, 545; прилож. VII (II) къ ст. 536; Уст. гр. суд. ст. 62, 65, 267, 278, 305, 306; Уст. суд. торг. ст. 25, 102, 140, 166; Прав. объ устр. с. ч. ст. 21, 23.

Въ Германіи судебные разсылные (*Gerichtsdienner*) предназначены для чисто механическихъ услугъ въ отличіе отъ приставовъ (*Rintelen*. *Gerichtsverfassung* p. 133).

Судебные разсылные должны устраняться отъ исполненія должностныхъ дѣйствій при тѣхъ же отношеніяхъ къ сторонѣ, при какихъ устраняется судебный приставъ. Присяжный слугитель устраняется при свойствѣ и товариществѣ со стороною.

Учрежд. суд. уст. ст. 352³, 532; Уст. суд. торг. ст. 167.

Увольняются разсыльные и присяжные слугителя тѣми же лицами и учреждениями, которыя опредѣлили ихъ къ должности. Надзоръ и дисциплинарная надъ ними власть установлены тѣми же начальниками, что и для судебныхъ приставовъ.

Учр. суд. уст. ст. 352³; Прав. объ устр. суд. части ст. 38.

При недостаткѣ судебныхъ приставовъ и разсыльныхъ, обязанности ихъ исполняются чинами мѣстной полиціи за вознагражде-
ніе, опредѣляемое по таксѣ для судебныхъ приставовъ и судебныхъ разсыльныхъ утвержденной;

Учрежд. суд. уст. ст. 63, 310, 522; Уст. гр. суд. ст. 62, 62¹, 65, 280, 434; Прав. объ устр. суд. части ст. 22
Прав. о произв. суд. дѣлъ ст. 83.

а также волостнымъ и сельскимъ начальствомъ.

Уст. гр. суд. ст. 62, 62¹, 434.

Нотаріусы.

Завѣдываніе опредѣленными дѣйствіями охранительнаго судо-
производства, какъ-то совершеніемъ и засвидѣтельствованіемъ из-
вѣстныхъ актовъ, поручается, подъ наблюденіемъ судебныхъ
мѣстъ, нотаріусамъ и старшимъ нотаріусамъ (съ ихъ помощника-
ми), изъ которыхъ послѣдніе состоятъ при нотаріальныхъ архи-
вахъ, учреждаемыхъ при каждомъ окружномъ судѣ для храненія
нотаріальныхъ книгъ и всякихъ другихъ актовъ и документовъ.

Учр. суд. уст. ст. 420; Полож. о нотар. части ст. 1, 42.

Въ губерніяхъ варшавскаго судебного округа существуютъ, для опредѣленныхъ дѣлъ, особыя ипотечныя учреждения, по ипо-
течнымъ уставамъ 1818, 25 годовъ и по положенію 19-го февр. 1875 г. ¹⁾, и при нихъ нотаріусы; старшихъ же нотаріусовъ не полагается.

Учр. суд. уст. ст. 555; Пол. о н. ч. ст. 219.

¹⁾ См. *кн. Волконскій*. Очерки польской ипотеки 2 ч. 1891 г.; *Дуткевичъ*. Польское ипотечное право. 1888.

Въ прибалтійскихъ губерніяхъ учреждены, закономъ 9-го іюля 1889 г., для завѣдыванія ипотечною частью особыхъ крѣпостныхъ отдѣленій при мировыхъ сѣздахъ; кромѣ того въ округѣ крѣпостного отдѣленія учреждаются конторы нотариусовъ; старшихъ же нотариусовъ не полагается.

Учр. суд. уст. ст. 590 по прод. 90 г.; Полож. нотар. ст. 274, 286 по прод. 90 г.

Нотариатъ, развившійся впервые во Франціи, признанъ, въ настоящее время, во всѣхъ европейскихъ государствахъ, кромѣ Англии, какъ необходимое учрежденіе охранительнаго производства¹⁾.

Слово нотариусъ римскаго происхожденія, но нотариата въ собственномъ смыслѣ Римъ не зналъ. Такъ называемые notarii были простые писцы, составлявшіе, по указаніямъ сторонъ, черновой проектъ акта, который затѣмъ переписывался на бѣло (*in mundum*) т. н. табелліонами. Tabelliones отправляли свою дѣятельность на форумѣ, откуда и названіе составляемыхъ ими актовъ было *scripturae forenses*. Сами по себѣ эти акты доказательной силы не имѣли. Въ концѣ имперіи способомъ обезпеченія за актами официальнаго характера была отдача ихъ на храненіе должностнымъ лицамъ — *magister census* (въ Римѣ и Константинополѣ) и муниципальнымъ властямъ (въ провинціи).—Въ Англии до сихъ поръ акты, составленные нотариусами, не имѣютъ официальнаго характера и поэтому не пользуются предположеніемъ подлинности; они должны быть проверяемы передъ судомъ показаніями свидѣтелей, сличеніемъ почерка и т. п. Такое незнакомство англичанъ съ современнымъ нотариатомъ, а также и съ ипотечными учрежденіями, сказывается въ крайней затруднительности при заключеніи, напр., акта купли на землю См. *Ompfeda. Landgesetze u. Landwirthschaft in England* (въ *Preuss. Jahrb.* 46 Bd. 1880 p. 470—474).—Въ другихъ странахъ

¹⁾ См. *Merkel. Das Notariat u. die willkürliche Gerichtsbarkeit* 1860. *Oesterley. Das deutsche Notariat.* 2 Thle 1842, 1845.

Запада нотариатъ, въ собственномъ смыслѣ, зародился уже въ средніе вѣка, но особенный толчокъ въ развитіи получилъ во Франціи въ 1597 г. при Генрихѣ IV и затѣмъ въ эпоху первой революціи. У насъ нотариатъ введенъ въ 1866 году.

Опредѣляются нотариусы старшимъ предсѣдателемъ судебной палаты, по представленіямъ предсѣдателя окружнаго суда, помощники же старшихъ нотариусовъ въ Петербургѣ и Москвѣ — самимъ предсѣдателемъ окружнаго суда.

Полож. о нот. ч. ст. 16; Учр. суд. уст. ст. 218.— Во Франціи нотариусы назначаются правительствомъ по представленію преемника уходящимъ нотариусомъ.

Нотариусы должны удовлетворять слѣдующимъ условіямъ: ими могутъ быть только русскіе подданные, совершеннолѣтніе, непороченные судомъ или общественнымъ приговоромъ и не занимающіе никакой другой должности ни въ государственной, ни въ общественной службѣ. Кроме того ищущіе званія нотариуса подвергаются предварительному испытанію, предсѣдателемъ окружнаго суда, старшимъ нотариусомъ (въ округѣ варш. суд. палаты — однимъ изъ нотариусовъ при ипотечной канцеляріи окружнаго суда) и прокуроромъ, въ умѣніи правильно излагать акты и въ знаніи формъ нотаріальнаго дѣлопроизводства и необходимыхъ, для исполненія этой должности, законовъ.

Полож. о нот. ч. ст. 5, 15, 225. — Во Франціи отъ нотариуса требуется возрастъ не менѣе 25 лѣтъ и практическая подготовка въ качествѣ клерка у нотариуса или у стряпчаго въ продолженіи извѣстнаго срока, обыкновенно шести лѣтъ. *Jonas. Studien p. 371, 372.*

Затѣмъ, желающій поступить въ нотариусы долженъ представить залогъ въ обезпеченіе взысканій на слѹчай неправильныхъ его по должности дѣйствій. Размѣръ залога опредѣляется, по соображенію мѣстныхъ условій, министромъ юстиціи по соглашенію съ министромъ внутреннихъ дѣлъ (и съ военнымъ министерствомъ — въ области войска донскаго). Къ залогу этому присоединяется

часть ($\frac{1}{3}$) получаемой нотариусомъ по таксъ платы, если она превыситъ опредѣленную сумму (2400 р. или 1200 р.). Прибавленіе это превращается, когда залогъ достигнетъ извѣстной величины (25 т., 15 т., 10 т. р.). Залогъ сполна или частью употребленный на покрытіе взысканій долженъ быть пополненъ нотариусомъ и до тѣхъ поръ нотариусъ устраняется отъ должности. Нотариусъ, непредставившій вновь или не пополнившій залогъ въ теченіи шести мѣсяцевъ, увольняется отъ должности.

Полож. о нот. ч. ст. 8, 9, 11, 12, 210.—Во Франціи величина представляемаго залога соображается съ классомъ (всѣхъ классовъ три), къ которому принадлежитъ нотариусъ. Классъ опредѣляется судебнымъ округомъ, при которомъ состоитъ нотариусъ.

Нотариусы состоятъ въ столицахъ, губернскихъ и уѣздныхъ городахъ, а въ случаѣ надобности — и въ уѣздахъ. Число нотариусовъ, смотря по обстоятельствамъ и народонаселенію каждой мѣстности, устанавливается особымъ росписаніемъ, которое составляется министерствомъ юстиціи, по сношенію съ министерствами внутреннихъ дѣлъ и финансовъ (и съ военнымъ министерствомъ — въ области войска донскаго).

Полож. о нот. ч. ст. 3, 4. — Во Франціи нотариусы каждого округа образуютъ корпорацію, во главѣ которой стоитъ дисциплинарный совѣтъ.

При каждомъ окружномъ судѣ учреждается нотаріальный архивъ, подъ завѣдываніемъ старшаго нотариуса.

Полож. о нотар. ч. ст. 42.

Отъ должности нотариусы удаляются не иначе, какъ по суду.

Пол. о нот. ч. ст. 16, 226.—Тоже во Франціи.

Ипотeki Царства Польскаго раздѣляются на губернскія и уѣздняя. Для ипотечнаго производства по губернскимъ ипотекамъ при окружныхъ судахъ состоятъ ипотечныя отдѣленія съ особой канцеляріей и архивомъ. Присутствіе ипотечнаго отдѣле-

ніа образується изъ членовъ окружнаго суда и завѣдывающаго ипотечнымъ архивомъ секретаря. Для ипотечнаго производства по уѣзднымъ ипотекамъ при мировыхъ судахъ состоятъ ипотечныя отдѣленія, по одному на каждый уѣздъ, съ особой канцеляріей и архивомъ. Присутствіе уѣзднаго ипотечнаго отдѣленія образуется изъ мирового судьи, секретаря, нотариуса или присяжнаго повѣреннаго, или же состоящаго при мировомъ судѣ кандидата на должности по судебному вѣдомству. Секретари уѣздныхъ ипотечныхъ отдѣленій опредѣляются председателемъ мирового сѣзда, по представленію мирового судьи. Нотаріальные архивы соединяются съ ипотечными архивами, состоящими при ипотечныхъ отдѣленіяхъ (уѣздныхъ и губернскихъ). Завѣдываніе ипотечнымъ и нотаріальнымъ архивомъ, какъ и ипотечною канцелярією, возлагается на секретаря ипотечнаго отдѣленія.

Учрежд. суд. уст. ст. 548—554.

Крѣпостныя отдѣленія прибалтійскихъ губерній состоятъ: изъ начальника, которымъ обыкновенно бываетъ председатель мирового сѣзда или особый мировой судья, изъ секретаря, иногда его помощника (но съ другой стороны, въ городахъ, владѣющихъ незначительнымъ количествомъ недвижимостей, должности секретаря могутъ быть вовсе не учреждаемы) и изъ канцелярскихъ чиновниковъ. — Секретари крѣпостныхъ отдѣленій назначаются и увольняются министромъ юстиціи, по представленію начальниковъ отдѣленій, а помощники секретарей — самими начальниками отдѣленій. Для замѣщенія должности секретаря требуются условія для секретарей общихъ судебныхъ мѣстъ, а кромѣ того желающій занять эту должность подвергается предварительному испытанію председателемъ окружнаго суда, начальникомъ крѣпостнаго отдѣленія и прокуроромъ окружнаго суда въ знаніи формъ крѣпостнаго и нотаріальнаго производствъ и необходимыхъ для исполненія этой должности законовъ, а также въ умѣніи правильно излагать нотаріальные акты. — При каждомъ крѣпостномъ отдѣленіи учреждается особый архивъ, состоящій въ завѣдываніи секретаря отдѣленія.

Учрежд. суд. уст. ст. 590 — 605 (по прод. 90 г.)
Полож. нотар. ст. 286—301 (по прод. 90 г.)

Адвокатура ¹⁾

Общее основаніе, по которому считается желательнымъ существованіе и развитіе адвокатуры, лежитъ въ интересахъ правосудія. Последнее обусловливается точнымъ изученіемъ дѣла и достаточнымъ желаніемъ и рвеніемъ для достоюднаго его окончанія. То и другое теорія и законодательства ожидаютъ отъ совмѣстной дѣятельности суда и помощниковъ правосудія, адвокатовъ.

Отъ одного судьи нельзя ожидать всегда достаточной степени изученія дѣла, ни одинакого интереса въ пользу каждой стороны. Безъ посредства адвокатуры въ практикѣ легко можетъ взять верхъ болѣе сильный умъ надъ болѣе слабымъ, высшее социальное положеніе надъ болѣе низкимъ. Въ дѣлахъ сомнительныхъ и сложныхъ, даже при дѣйствительномъ отсутствіи у судей человѣческихъ слабостей, эти два преимущества всегда будутъ опасными для юстиціи; при всемъ безпристрастіи суда, они оставятъ за нимъ большія подозрѣнія. Институтъ адвокатуры устанавливаетъ равенство между сторонами и снимаетъ съ суда возможное подозрѣніе въ пристрастіи. Соревнованіе заставляетъ адвоката развивать всю силу таланта, которымъ онъ обладаетъ, безъ вниманія къ тому будетъ ли его клиентъ богатый или бѣдный, знатный или темный. Честь и интересъ служить помощниками долга ²⁾.

¹⁾ *Миттермайеръ* О сословіи адвокатовъ 1864; *Столяковъ*. Исторія адвокатуры 1869; *Кистьяковскій*. Адвокатура во Франціи, Англии и Германіи (въ Журн. мин. юстиціи 1863 кн. 8); *Пестржецкій*. Объ адвокатурѣ у Римлянъ, во Франціи и въ Германіи (въ Юридич. Вѣстн. 1875 г. 2, 1); *Палховскій*. О правѣ представительства на судѣ 1876; *Арсеньевъ*. Преобразование германской адвокатуры (въ Журн. гр. и уг. пр. 1878 кн. 5). — *Mallot*. Profession d'avocats 1866. — *Prischl*. Advocatur und Anwaltschaft 1888.

²⁾ *Bentham*. Traité des preuves judiciaires t. I p. 198. —

Но если съ одной стороны вѣскія основанія говорятъ за допущеніе въ судахъ ходатаевъ, то съ другой стороны опытъ убѣдилъ что благодаря свободной адвокатурѣ, праву всякаго представлять чужіе интересы на судѣ, въ жизни развивается сутяжничество, производство затягивается и становится вообще обременительнымъ для сторонъ. Поэтому, чтобы сдѣлать изъ адвокатуры органъ, который облегчалъ бы суду скорое и справедливое водвореніе спокойныхъ гражданскихъ отношеній, современныя законодательства отвергаютъ свободное хожденіе въ судахъ ¹⁾ и даютъ судебнымъ ходатаямъ опредѣленную организацию въ видѣ особой корпораціи, вступленіе въ которую обуславливается извѣстными въ законѣ указанными личными качествами желающаго быть адвокатомъ ²⁾. Принадлежность лица къ такой корпораціи служитъ гарантіей того, что оно имѣетъ необходимыя для адвоката личныя качества ³⁾.

Требуются же отъ адвоката нравственныя качества честности, надежности, виѣшнее выраженіе которыхъ состоитъ въ обладаніи незапятанною гражданской честью; требуется затѣмъ жизненный опытъ, обусловленный опредѣленнымъ возрастомъ, и, конечно, подготовка научная и практическая въ своемъ дѣлѣ. Цицеронъ требовалъ отъ адвоката *omnium rerum magnarum atque artium scientia*.

Правильная организація адвокатуры имѣетъ высокое значеніе не только для суда, но и для всей публичной жизни народа. Адвокатъ защищаетъ частную правовую сферу не только противъ част-

По мотивамъ составителей нашихъ Судебныхъ Уставовъ институтъ адвокатовъ созданъ „съ цѣлью раскрытія истины и предоставленія полной защиты тяжущимся и обвиняемымъ передъ судомъ”. Суд. Устав. изд. Госуд. Канц. ч. II стр. 30.

¹⁾ См. *Gneist. Freie Advocatur 1867. Pons-Devier. De la liberté de la defense et de la suppression de l'ordre des avocats* (въ *Fr. Judic.* 1891, 8, 9).

²⁾ Во Франціи, во время революціи, объявили занятіе адвокатурой свободнымъ для всѣхъ (законъ 2 сентября 1790 г.), но это продержалось не долго (до 1804 г.).

³⁾ *Малининъ. Убѣжденіе судьи* стр. 66, 67.

ныхъ лицъ, но, при извѣстныхъ условіяхъ, и противъ покушеній государственной власти. Поэтому, кромѣ личныхъ нравственныхъ качествъ и подготовки, адвокатъ долженъ обладать самостоятельностью и независимостью, безъ чего немислимо свободное отправление его призванія. Достигается это тѣмъ, что адвокатура организована какъ институтъ свободной профессіи, не подчиненный какой либо правительственной власти, но въ самомъ себѣ находящій и надзоръ и дисциплинарное взысканіе. Поэтому же адвокатская профессія несовмѣстима съ другими служебными должностями ¹⁾.

Организація нашей адвокатуры, хотя и заимствована изъ западныхъ (особенно французскаго) законодательствъ, но вмѣстѣ съ тѣмъ, какъ въ общемъ, такъ и въ частностяхъ, представляетъ большія особенности.

Во Франціи, Англіи, Германіи и другихъ странахъ различаютъ судебныхъ представителей и судебныхъ помощниковъ. Этотъ дуализмъ ведетъ свое начало отъ Римлянъ ²⁾ и оправдывается современною теоріею со стороны различія требуемыхъ отъ представителей и помощниковъ качествъ и способностей, рѣдко совмѣщающихся въ одномъ лицѣ.

Во Франціи этотъ дуализмъ представляется (съ 1791 г.) въ лицѣ avoué и avocat. Кромѣ того, при коммерческихъ судахъ тамъ состоятъ такъ напр. agrées ²⁾, при мировыхъ судьяхъ — ходатаи (défenseurs) и другіе разныя agents d'affaire.

Avoués, стряпчіе, лица официальные, относятся къ разряду officiers ministériels, и какъ таковыя могутъ быть призваны въ судъ для пополненія его присутствія. По отношенію къ суду, стряпчіе-помощники юстиціи (auxiliaires de l'administration de la justice), по отношенію къ сторонѣ они — представители ея въ судахъ окружныхъ и апелляціонныхъ.

¹⁾ *Boncenne*. Introd. p. 618, 619.

²⁾ *Advocatus, causidicus* были помощниками, *cognitor, procurator* — представителями.

³⁾ Названы отъ того, что предлагаются довѣрью сторонъ съ согласія (*agrément*) суда.

Въ главномъ ихъ дѣятельность заключается въ postuler и conclure, т. е. въ составленіи и приѣмѣ бумагъ требуемыхъ веденіемъ процесса, въ редактированіи и представленіи судьямъ текста притязаній данной стороны. Кроме того онъ же собираетъ доказательства, слѣдитъ за судебными сроками, выбираетъ и руководитъ пристава, присутствуетъ при допросѣ экспертовъ и свидѣтелей и приводитъ рѣшеніе въ исполненіе. Помимо того дѣятельность avoués довольно обширна въ сферѣ добровольной юрисдикціи. Но avoué обыкновенно не держитъ рѣчи (plaidier); это предоставляется ему только въ исключительныхъ (трехъ) случаяхъ. Стряпчій это свѣдущій въ практикѣ и формахъ лице, дающее направление дѣлу. Дѣятельность avoués ограничена тѣмъ судомъ, — окружнымъ или апелляціоннымъ, — при которомъ они состоятъ. Но тутъ они пользуются монополіей не только по отношенію къ лицамъ, неимѣющимъ званія avoués, но и по отношенію къ своимъ собратьямъ, напр. avoués суда первой инстанціи по отношенію къ avoués апелляціоннаго суда. Въмѣстѣ съ тѣмъ они обязаны жить въ томъ городѣ гдѣ находится судъ. //

Стряпчіе имѣютъ право на вознагражденіе за свою дѣятельность, по таксѣ (tarif des avoués) весьма развитой ¹⁾. Назначается стряпчій президентомъ республики по рекомендаціи уходящаго avoué, при чемъ обыкновенно уплачивается послѣднему по соглашенію денежная сумма ²⁾. Отъ кандидата требуется возрастъ не менѣе 25 лѣтъ и пять лѣтъ практики (cléricature) въ качествѣ писмоводителя у стряпчаго. Для лицъ имѣющихъ званіе лиценціата правъ этотъ стажъ сокращается на два года. Принятый въ стряпчіе представляетъ опредѣленный залогъ (cautionnement) въ обезпеченіе убытковъ, могущихъ быть причиненными его дѣйствіями по данному званію.

Состоящіе при судѣ avoués избираютъ изъ своей среды членовъ синдикальной камеры (chambres syndicales). При недоста-

¹⁾ См. у *Пестржецкаго* cit. стр. 16—18.

²⁾ О характерѣ этой платы см. у *Пестржецкаго* cit. стр. 30, 31.

точною числѣ стряпчихъ обязанности камеры исполняетъ судъ. Камера состоитъ изъ президента, синдика и докладчика. Избираются всѣ они на три года и затѣмъ въ продолженіе одного года не могутъ быть избраны вновь. Неправильность выборовъ можетъ быть опротестована какъ заинтересованными, такъ и прокурорскимъ надзоромъ.

Камера въ главномъ отправляетъ дисциплинарную власть надъ виновными въ нарушеніи правилъ корпораціи. При этомъ прокурорскую обязанность исполняетъ синдикъ. Но рядомъ съ камерой еще болѣе обширная дисциплинарная власть надъ стряпчими принадлежитъ суду, при которомъ они состоятъ. Производство въ судѣ возбуждается самимъ судомъ, прокурорскою властью, частными лицами или даже самою синдикальною камерою. Приговоры, не выходящіе изъ предѣловъ внутренней дисциплины, не подлежатъ апелляции. Наконецъ, средоточіе и вмѣстѣ послѣднюю ступень дисциплинарной власти надъ стряпчими представляетъ министръ юстиціи; онъ имѣетъ ревизионную власть надъ приговорами.

Agreés отличаются отъ avoués тѣмъ, что не имѣютъ officialнаго характера, не считаются вспомогательными для суда органами въ процессѣ, по тому же и не представляютъ залога ¹⁾.

Адвокаты (avocats) не только не officialныя лица, но, по отношенію къ судебнымъ сторонамъ, даже и на представители; они лишь ходатаи, совѣтчики и патроны. Дѣятельность ихъ выражается въ consulter и plaider, т. е. они даютъ совѣты, разъясняютъ сторонамъ ихъ права и обязанности и, наконецъ, держатъ за нихъ слово въ устномъ публичномъ производствѣ. Адвокатъ-ораторъ и юрисконсультъ свѣдующій въ законахъ и обладающій даромъ слова. Приглашаетъ его стряпчій, а не самъ тяжущійся.

Адвокаты состоятъ при окружныхъ и апелляціонныхъ судахъ, но не составляютъ замкнутаго числа и не ограничены въ своей дѣятельности какимъ либо территориальнымъ округомъ ²⁾.

Адвокаты получаютъ за свой трудъ гонораръ (honoraires),

¹⁾ *Jonas. Studien* p. 263, 264.

²⁾ *L'avocat a le globe pour territoire.*

по соглашенію съ кліентами; опредѣленной же таксы, для нихъ не существуетъ.

Для отправленія адвокатской практики требуется окончаніе курса юридическихъ наукъ (степень *licencié en droit*), трехлѣтняя практическая подготовка (стажъ) и внесеніе имени въ таблицу адвокатовъ (*tableau des avocats*). *Avocats stagiaires* заносятся въ особые списки *colonnes*, на которые дѣлятся стажеры, съ обязанностью посѣщать засѣданія колоннъ ³ 1) и заниматься практикою подъ руководствомъ адвокатовъ.

Адвокаты составляютъ корпорацію (*ordre*). Изъ своей среды они выбираютъ дисциплинарный совѣтъ (*conseil de l'ordre* ²⁾), во главѣ котораго стоитъ старѣйшина (*bâtonnier*). Приговоры этого совѣта могутъ быть обжалованы въ апелляціонный судъ, а затѣмъ и въ кассационномъ порядкѣ. Кромѣ совѣтовъ дисциплинарную власть надъ адвокатами отправляютъ еще суды, но только за проступки учиненные во время судебного разбирательства.

Подобно тому какъ во Франціи и въ Англіи принято дѣленіе на стряпчихъ и адвокатовъ ³⁾.

Стряпчие (*solicitors*) считаются должностными лицами при высшемъ судѣ (*supreme court*). Адвокаты же (*barristers*) никакого официальнаго положенія не имѣютъ. — Первые — представители сторонъ, вторые — ихъ помощники.

Дѣятельность стряпчаго заключается въ подготовкѣ процессуальнаго матеріала, въ завѣдываніи механическою стороною дѣлопроизводства и въ заключительныхъ расчетахъ. Адвокатъ, принимающій дѣло всегда чрезъ посредство стряпчаго, имѣетъ своимъ назначеніемъ давать совѣты по правовымъ вопросамъ и держать рѣчь въ судебныхъ засѣданіяхъ. На послѣднее стряпчій имѣетъ право

¹⁾ *Черновъ*. О парижскихъ конференціяхъ и коллонахъ (въ Журн. гр. и уг. права 1886 кн. 6).

²⁾ О кругѣ дѣятельности совѣта см. у *Jonas*. *Studien* р. 363, 364.

³⁾ *Стояновъ*. Англійская адвокатура (въ Юридич. Вѣстн. 1880 кн. 1).

только въ опредѣленныхъ судахъ и при опредѣленныхъ же условіяхъ ¹⁾). Адвокатъ не имѣетъ законнаго притязанія на плату, но можетъ получать гонораръ по соглашенію.

Стряпчіе не прикрѣплены въ своей дѣятельности къ опредѣленнымъ судебнымъ округамъ. Адвокаты же вносятся въ списки опредѣленнаго суда (*circuit*) и только въ лондонскихъ судахъ можетъ выступать всякій изъ нихъ ²⁾).

Для полученія званія стряпчаго должно прослужить, въ теченіи извѣстнаго срока, клеркомъ (*articled clerk*) въ конторѣ стряпчаго и затѣмъ выдержать испытаніе въ знакомствѣ съ дѣлопроизводствомъ. Для вступленія въ адвокатское званіе нужно приписаться, обыкновенно не раньше какъ по окончаніи университетскаго курса, къ одной изъ четырехъ адвокатскихъ общинъ (*Inns*) въ Лондонѣ, слушать тамъ лекціи по правовѣдѣнію ³⁾ и затѣмъ, по прошествіи трехъ лѣтъ, выдержать соответствующее испытаніе.

Стряпчіе образуютъ корпорацію (*Incorporated Law Society*), съ особымъ совѣтомъ (*Council*). Въ совѣтъ производятся испытанія на полученіе званія. При грубомъ нарушеніи своихъ обязанностей стряпчіе подвергаются дисциплинарному производству въ высшемъ судѣ (*High Court*), который можетъ присудить къ временному или полному устраницію; въ послѣднемъ случаѣ стряпчій вычеркивается изъ списковъ. — Адвокаты находятся подъ надзоромъ своихъ общинъ, которыя могутъ даже отнять у нихъ привилегіи адвокатскаго званія (*to disbar*).

Въ Германіи ⁴⁾ и въ Австріи ⁵⁾ также различается представительство (*Vertretung*) отъ пособничества (*Beistand*), но только по дѣятельности судебныхъ помощниковъ, а не по лицамъ. По

¹⁾ *Schuster*. Bürgerl. Rechtspflege p. 47.

²⁾ *Schuster* cit. p. 50.

³⁾ *Кустяковскій*. Юридическое образованіе въ лондонскихъ адвокатскихъ общинахъ.—*Inns of Court* (въ Журн. Министер. Народн. Просвѣщ. 1863 кн. 8).

⁴⁾ *Hellmann*. Civilproz. § 39.

⁵⁾ *Ullmann*. Oester. Civilpr. § 46.

германскому положенію 1 іюля 1878 г. такъ назыв. *Rechtsanwälte* могутъ выступатьъ въ судахъ въ качествѣ и представителей, и пособника.

Званіе *Rechtsanwalt*'а получаютъ кандидаты на судебныя должности. Въ качествѣ стряпчихъ они локализованы въ округѣ опредѣленнаго суда (*Lokalisierung der Rechtsanwaltschaft* ¹⁾), но какъ адвокаты они неограничены никакимъ судебнымъ округомъ ²⁾.

Адвокаты при высшемъ земскомъ судѣ образуютъ камеру (*Anwaltskammer* при *Oberlandsgericht*). Надзоръ за дѣятельностью членовъ корпораціи принадлежитъ выборному отъ камеры совѣту (*Vorstand*). Дисциплинарную же власть отправляетъ особый судъ чести (*Ehrengericht*). Рѣшенія его могутъ быть обжалованы въ высшій земскій судъ. Кассационную же функцію по нимъ отправляетъ высшій судъ чести (*Ehrengerichtshof*), состоящій изъ председателя, трехъ членовъ имперскаго суда и трехъ адвокатовъ.

Русская адвокатура ³⁾. У насъ адвокатуры въ истинномъ смыслѣ слова не существуетъ; наше законодательство знаетъ только судебныхъ представителей, каковыми будутъ *присяжные повѣренные* и *частные повѣренные*, а въ коммерческихъ судахъ *присяжные стряпчие* ⁴⁾. Всѣ они имѣютъ характеръ представителей, а не пособниковъ

Присяжнымъ повѣреннымъ можетъ быть лице, достигшее 25 лѣтъ, русскій поданный и съ незапятнанною честью, т. е. не подвергшееся обвиненію въ преступленіи или проступкѣ, а также въ какомъ-либо порокѣ, и не впавшее въ несостоятельность. Кроме того, по

¹⁾ *Rechtsanwaltsordnung* §§ 1, 3, 18 Abs. 1.

²⁾ *Rechtsanw.* § 26.

³⁾ *Арсемяевъ*. Замѣтки о русской адвокатурѣ 1871; *Платоновъ*. О русской адвокатурѣ (въ Жур. гр. и уг. пр. 1875 кн. 3, 4, 5); *Гребенниковъ*. О присяжныхъ повѣренныхъ (въ Журн. гр. и уг. пр. 1883 кн. 6); *Макалинскій*. С.-Петербургская присяжная адвокатура 1889.

⁴⁾ Уст. суд. торг. ст. 5.

самоу положенію этого званія, оно несовмѣстимо со службою государственною или по выборамъ, что не распространяется на должности почетныя или даже общественныя должности, но не оплачиваемыя жалованьемъ, — а также на придворныя званія камергеровъ и камеръ-юнкеровъ.

Учр. суд. уст. ст. 355; 354 прим.

Затѣмъ, отъ присяжнаго повѣреннаго требуется особый образовательный цензъ. Данное званіе могутъ получить лишь лица, кончившія курсъ юридическихъ наукъ въ университетѣ или въ другомъ высшемъ учебномъ заведеніи, или выдержавшія экзаменъ по этимъ наукамъ. Но для представительства на судѣ одно теоретическое образованіе признано недостаточнымъ; желающій поступить въ сословіе присяжныхъ повѣренныхъ долженъ практически подготовиться къ тому, состоя не менѣе пяти лѣтъ на службѣ по судебному вѣдомству или кандидатомъ на судебныя должности, или помощникомъ присяжнаго повѣреннаго ¹⁾.

Учр. суд. уст. ст. 354. — Отъ присяжныхъ стряпчихъ въ коммерческихъ судахъ требуется представленіе аттестатовъ, послужныхъ списковъ и прочихъ свидѣтельствъ о знаніи ихъ и поведеніи, какія сами признають нужными. Уст. суд. торг. ст. 35.

Въ литературѣ нерѣдко высказывался взглядъ о допущеніи къ судебной практикѣ профессоровъ-юристовъ, въ силу самого ихъ званія. *Ремненкампфъ* въ Русск. Вѣстн. 1870 кн. 6; *Кистяковский* въ Журн. гр. и уг. права 1881 кн. 1; *Загоровскій* въ Юридическомъ Вѣстн. 1883 кн. 3.

Порядокъ поступления въ присяжные повѣренные слѣдующій. Подается прошеніе въ совѣтъ присяжныхъ повѣренныхъ, если таковой имѣется въ судебномъ округѣ, а не то — въ соотвѣтствующее судебное мѣсто, о принятіи въ число присяжныхъ повѣренныхъ, при чемъ предъявляются данныя, удостоверяющіе, что про-

¹⁾ Въ послѣднее время сокращено до 4 лѣтъ (Суд. Газ. 1892 г. 16 февр. стр. 11). См. ниже.

ситель удовлетворяетъ условіямъ требуемымъ для поступленія въ это сословіе. По разсмотрѣніи этихъ данныхъ дѣлается опредѣленіе о принятіи въ число присяжныхъ повѣренныхъ или объ отказѣ въ томъ. Принятому выдается свидѣтельство на званіе присяжнаго повѣреннаго, каковое свидѣтельство представляется въ соответствующее судебное мѣсто, которое постановляетъ о приводѣ къ присягѣ и только послѣ принесенія присяги данное лицо считается *присяжнымъ* повѣреннымъ. Имя принятаго публикуется отъ судебного мѣста во всеобщее свѣдѣніе.

Учр. суд. уст. ст. 379—382. — Званіе присяжнаго стряпчаго получается съ разрѣшенія коммерческаго суда. Уст. суд. торг. ст. 36.

~~Лица не христіанскаго вѣроисповѣданія могутъ быть приняты, согласно закону 1889-го года, въ присяжные повѣренные не иначе, какъ съ разрѣшенія министра юстиціи, по представленію соответствующихъ судебныхъ установленій и совѣтовъ присяжныхъ повѣренныхъ.~~

Учр. суд. уст. ст. 380 примѣч. по прод. 90 г.

Присяжные повѣренные приписываются къ судебной палатѣ и обязываются избрать мѣстожительство въ одномъ изъ городовъ округа этой палаты.

Учр. суд. уст. ст. 356.

Число присяжныхъ повѣренныхъ, признаваемое достаточнымъ въ округѣ данной судебной палаты, по представленію послѣдней министру юстиціи, опредѣляется въ особой табели, которая вносится чрезъ государственный совѣтъ на Высочайшее утвержденіе.

Учр. суд. уст. ст. 388.—Число присяжныхъ стряпчихъ не можетъ быть опредѣлено по самому закону. Уст. суд. торг. ст. 38.

Всѣ присяжные повѣренные округа данной судебной палаты образуютъ корпорацію. Для представительства эта корпорація можетъ избирать изъ своей среды

Совѣтъ присяжныхъ повѣренныхъ. Если въ округѣ судебной палаты будетъ не менѣе 20 присяжныхъ повѣренныхъ, то они могутъ просить палату о разрѣшеніи имъ избрать совѣтъ, состоящій изъ предсѣдателя, товарища его и членовъ. — Выборъ происходитъ въ общемъ собраніи прис. повѣренныхъ, подъ предсѣдательствомъ одного изъ членовъ палаты, назначеннаго ею для того — Число всѣхъ членовъ совѣта должно быть, соразмѣрно числу подвѣдомыхъ совѣту присяжныхъ повѣренныхъ, не менѣе пяти и не болѣе 15 — Списокъ избранныхъ членовъ совѣта передается прокурору судебной палаты и публикуется во всеобщее свѣдѣніе. — Совѣтъ присяжныхъ повѣренныхъ возобновляется ежегодно, для чего общее ихъ собраніе созывается предсѣдателемъ совѣта. Если дважды не состоится собраніе по неприбытію болѣе половины присяжныхъ повѣренныхъ, то совѣтъ остается въ прежнемъ составѣ до слѣдующихъ выборовъ.

Въ городѣ, въ которомъ нѣтъ судебной палаты, можетъ быть избрано, съ разрѣшенія совѣта, отдѣленіе совѣта при окружномъ судѣ, но лишь при условіи, что присяжныхъ повѣренныхъ въ томъ мѣстѣ будетъ не менѣе десяти.

Учр. суд. уст. ст. 357—366.

Обязанности совѣта присяжныхъ повѣренныхъ. Въ главнѣйшемъ совѣту принадлежитъ: разсмотрѣніе просьбъ тѣхъ лицъ, которыя желаютъ поступить въ число присяжныхъ повѣренныхъ или выйти изъ ихъ состава; разсмотрѣніе жалобъ на присяжныхъ повѣренныхъ; общее наблюденіе за ихъ дѣятельностью; назначеніе повѣренныхъ, по очереди, для безвозмезднаго хожденія по дѣламъ лицъ, пользующихся на судѣ правомъ бѣдности; опредѣленіе повѣренному вознагражденія по таксѣ, въ случаѣ несогласія по этому предмету между нимъ и тяжущимся, и, наконецъ, дисциплинарныя взысканія съ присяжныхъ повѣренныхъ начиная съ предостереженія, затѣмъ идя до выговора, запрещенія отправлять обязанности до одного года, исключенія изъ числа присяжныхъ повѣренныхъ и преданія уголовному суду.

Учр. суд. уст. ст. 367, 368—373, 394.

На совѣтскія постановленія, — кромѣ тѣхъ, которыя подвергають присяжныхъ повѣренныхъ предостереженію или выговору, — могутъ быть приносимы, въ двѣ недѣли апелляціонныя жалобы въ палату и опредѣленія палаты по этимъ жалобамъ считаются окончательными.

Учр. суд. уст. ст. 376, 377.

Съ 1875 г. учрежденіе совѣтовъ присяжныхъ повѣренныхъ въ округахъ тѣхъ судебныхъ палатъ, гдѣ оныя до того времени еще не были открыты, временно приостановлено.

Учр. суд. уст. ст. 357 примѣч.

Въ округахъ, въ которыхъ не имѣется совѣта присяжныхъ повѣренныхъ, или его отдѣленія, тамъ права и обязанности его принадлежать мѣстному окружному суду ¹⁾.

Учр. суд. уст. ст. 378. — Таково общее правило для коммерческихъ судовъ, которые по своему усмотрѣнію какъ принимаютъ въ списки, такъ и исключаютъ изъ списковъ присяжныхъ стряпчихъ (Уст. суд. торг. ст. 36, 37).

Но тутъ же обыкновенно учреждается нѣчто въ родѣ представительства адвокатской корпораціи, каковому представительству иногда дается даже правительственная санкція.

Напримѣръ, наказомъ варшавскаго окружнаго суда, утвержденнымъ сенатомъ 16-го марта 1884 г., при судѣ установлена особая комиссія присяжныхъ повѣренныхъ.

Дѣятельность этихъ органовъ выражается въ рекомендаціяхъ суду кандидатовъ въ присяжные повѣренные, въ содѣйствіи суду по надзору и по отправленію дисциплинарной власти надъ повѣренными.

Право хожденія присяжныхъ повѣренныхъ по гражданскимъ

¹⁾ Гребенщиковъ. Суды, замѣняющіе совѣты (въ Журн. гр. и угол. пр. 1882 кн. 5).

дѣламъ ограничивается территорією того округа судебной палаты, къ которому они приписаны.

Учр. суд. уст. ст. 383 ср. ст. 356.

Пока табели еще нигдѣ не утверждено и тѣмъ признана недостаточность присяжныхъ повѣренныхъ при всѣхъ судебныхъ округахъ, до тѣхъ поръ они не ограничены въ правѣ хожденія по чужимъ дѣламъ округомъ только той судебной палаты, къ которой причислены. Касс. Рѣш. 1872 N 281; 1876 N 435. — Только въ прибалтійскомъ краѣ право хожденія во всѣхъ трехъ его губерніяхъ требуетъ разрѣшенія министра юстиціи. Прав. о приведеніи въ дѣйствіе закон. о пр. суд. части въ прибалт. губерн. ст. 5 (Собр. узак. 1889 N 78 ст. 673).

Но присяжный повѣренный, принявшій на себя хожденіе по дѣлу, начавшемуся въ округѣ, въ которомъ онъ приписанъ, имѣетъ право продолжать ходатайство, до окончательнаго рѣшенія дѣла, во всѣхъ судахъ и внѣ своего округа.

Учр. суд. уст. ст. 384.

Затѣмъ, присяжный повѣренный во всякомъ случаѣ не можетъ вести дѣло, въ качествѣ повѣреннаго, противъ своихъ родителей, жены, дѣтей, родныхъ братьевъ, сестеръ, дядей и двоюродныхъ братьевъ и сестеръ.

Учр. суд. уст. ст. 401.

Общія обязанности присяжнаго повѣреннаго, по отправленію своей дѣятельности, выражены въ словахъ присяги, приносимой имъ при вступленіи въ это сословіе.

Учр. суд. уст. ст. 381 прилож. III.

За умышленныя дѣйствія ко вреду довѣрителей присяжный повѣренный можетъ подлежать даже уголовному суду.

Учрежд. суд. уст. ст. 405; Улож. о наказ. ст. 1709 и слѣд.

Присяжный повѣренный вообще обязанъ добросовѣстно соблюдать интересы представляемой стороны. Въ виду этого ему

запрещается покупать или инымъ образомъ приобретать права своихъ доверителей, по ихъ тяжбамъ, какъ на свое имя, такъ и подъ видомъ приобретения для другихъ лицъ.

Учр. суд. уст. ст. 400.

Поэтому же присяжный повѣренный не можетъ быть въ одно время повѣреннымъ обѣихъ спорящихъ сторонъ, а также — переходить, по одному и тому же дѣлу, послѣдовательно отъ одной стороны къ другой.

Учр. суд. уст. ст. 402.

Далѣе, присяжный повѣренный не долженъ оглашать тайны своего доверителя, какъ во время производства дѣла, такъ и по окончаніи его.

Учр. суд. уст. ст. 403.

Съ другой стороны присяжные повѣренные имѣютъ право на вознагражденіе, за свою дѣятельность, въ размѣрѣ установленномъ письменнымъ соглашеніемъ съ доверителемъ; если же такого соглашения не было, то — по таксѣ, опредѣляемой на каждые три года министромъ юстиціи и утверждаемой въ законодательномъ порядкѣ.

Учр. суд. уст. ст. 395, 396. Срав. для округа варшавской суд. палаты въ ст. 539. — Уст. суд. торг. ст. 6. — Ср., напр., таксу для вознагражденія присяжныхъ повѣренныхъ округовъ с.-петербургской и московской судебныхъ палатъ, въ приложеніи къ ст. 396 примѣч., съ германскимъ тарифомъ 7 іюля 1879 г. — Въ настоящее время разрабатывается новый проектъ таксы вознагражденія присяжныхъ повѣренныхъ (Судебная Газета 1891 N 38 стр. 7).

Присяжный повѣренный теряетъ право на вознагражденіе въ случаѣ пропущенія сроковъ и другихъ нарушеній установленныхъ правилъ и формъ, кромѣ того, что обязуется возмѣстить тяжущемуся причиненныя тѣмъ убытки.

Учр. суд. уст. ст. 404; Прил. къ ст. 396 примѣч. ст. 16.

Присяжные повѣренные, назначенные (совѣтомъ) вести дѣла лицъ, пользующихся на судѣ правомъ бѣдности, получаютъ вознагражденіе, въ случаѣ выигрыша процесса, съ обвиненной стороны, изъ суммы присужденныхъ судебныхъ издержекъ.

Учр. суд. уст. ст. 397.

Частные повѣренные, классъ представителей, созданный въ теперешнемъ видѣ закономъ 25 мая 1874 г. По мысли законодателя учрежденіемъ частныхъ повѣренныхъ имѣлось въ виду устранить затрудненія въ выборѣ повѣренныхъ въ тѣхъ мѣстахъ, въ которыхъ окажется недостатокъ въ присяжныхъ повѣренныхъ, не разрѣшая въ то же время свободнаго представительства въ процессѣ.

Учрежд. суд. уст. ст. 387; Уст. гр. суд. ст. 245.

Условія вступленія въ частные повѣренные. Прежде всего частными повѣренными не могутъ быть всѣ тѣ разряды лицъ, за которыми не признается вообще право быть повѣренными.

Учр. суд. уст. ст. 406³; Уст. гр. суд. ст. 246; Прав. о произв. суд. дѣлъ ст. 8.

Согласно закону 1889 г. лица нехристіанскаго вѣроисповѣданія могутъ быть принимаемы въ число частныхъ повѣренныхъ не иначе, какъ съ разрѣшенія министра юстиціи, по представленіямъ предсѣдателей соотвѣтствующихъ судебныхъ установленій.

Учрежд. суд. уст. примѣч. къ ст. 380 и къ ст. 406⁷ по прод. 90 г.

Затѣмъ, въ частности оговорено, что женщины не могутъ получать званіе частнаго повѣреннаго.

Учр. суд. уст. ст. 406¹⁰.

Но частными повѣренными могутъ быть и не русскіе подданные.

Срав. Учр. суд. уст. ст. 355 п. 2 со всеми статьями 406^{1—10}.

Право быть частнымъ повѣреннымъ устанавливается свидѣтельствомъ на право ходатайствовать по чужимъ дѣламъ. Свидѣ-

тельства эти выдаются мировыми съездами, уѣздными съездами, окружными судами и судебными палатами. Дозволяется получать свидетельства одновременно отъ нѣсколькихъ судовъ.

Учрежд. суд. уст. ст. 406²; Прилож. къ ст. 5 п. 4
прав. произ. суд. дѣлъ ст. 1.

На получение данного свидетельства подается прошеніе въ соотвѣтствующее судебное учрежденіе, которое имѣетъ право удостоверить въ надлежащихъ познаніяхъ желающаго получить свидетельство. Такая повѣрка не примѣняется къ лицамъ, имѣющимъ аттестаты объ окончаніи курса юридическихъ наукъ, или о выдержаніи соотвѣтственнаго испытанія, а также къ лицамъ, получившимъ уже свидетельство отъ другаго, равнаго или высшаго суда.

Учр. суд. уст. ст. 406³; Прилож. ст. 2.

По разсмотрѣніи представленныхъ документовъ и по соображеніи всѣхъ собранныхъ свѣдѣній данное судебное учрежденіе постановляетъ о дозволении просителю быть повѣреннымъ по дѣламъ, о чемъ ему выдается свидетельство, или же — объ отказѣ въ ходатайствѣ просителя, хотя бы онъ и соотвѣтствовалъ всѣмъ требующимъ по закону формальнымъ условіямъ.

Учр. суд. уст. ст. 406⁴; Прилож. ст. 3.

По вопросу о соотвѣтствіи просителей формальнымъ условіямъ, установленнымъ въ законѣ для повѣренныхъ по чужимъ дѣламъ, могутъ быть приносимы жалобы самихъ просителей и протесты прокурорскаго надзора въ судебную палату на постановленіе окружныхъ судовъ и мировыхъ съѣздовъ, въ соединенное присутствіе перваго и кассационныхъ департаментовъ сената на постановленіе судебной палаты — въ теченіе двухъ недѣль; въ губернское присутствіе на постановленіе уѣзднаго съѣзда — въ теченіе мѣсяца.

Учр. суд. уст. ст. 406¹⁴; Прилож. ст. 7.

Свидѣтельства на право быть повѣреннымъ подлежатъ оплатѣ определеннымъ годовымъ сборомъ.

Свидѣтельства отъ мировыхъ и уѣздныхъ съѣздовъ — 40 р., свидетельства отъ окружныхъ судовъ и су

дебной палаты — 75 р. Учр. суд. уст. ст. 406⁹; Прилож. ст. 4.

О лицах, получивших данныя свидетельства, судебное мѣсто доводитъ до свѣдѣнія министра юстиціи (также министра внутреннихъ дѣлъ, когда свидетельство выдано уѣзднымъ съѣздомъ) и имена ихъ публикуетъ въ мѣстныхъ губернскихъ вѣдомостяхъ.

Учр. суд. уст. ст. 406⁸; Прил. ст. 4.

Лица, получившія свидетельства, имѣютъ право хожденія по дѣламъ только въ округѣ того суда, отъ котораго выдано данное свидетельство. Но по дѣлу, производящемуся въ данномъ округѣ, частный повѣренный имѣетъ право, при желаніи тяжущагося, ходатайствовать и въ кассационныхъ департаментахъ сената.

Учр. суд. уст. ст. 406²⁻⁴.

По мнѣнію сената частный повѣренный можетъ принять на себя ходатайство въ сенатѣ и по такому дѣлу, которое онъ не велъ ни въ одной изъ низшихъ инстанцій.

Касс. рѣш. 1878 N 192.

По вопросу о вознагражденіи на частныхъ повѣренныхъ распространяются правила для присяжныхъ повѣренныхъ. Но частные повѣренные никоимъ образомъ не могутъ быть обязаны къ безвозмездной защитѣ.

Учр. суд. уст. ст. 406¹⁶.

Частные повѣренные поставлены подъ надзоръ тѣхъ судебныхъ мѣстъ, отъ которыхъ получили свидетельства. Въ случаѣ неправильныхъ и предосудительныхъ дѣйствій повѣренныхъ данное судебное мѣсто подвергаетъ ихъ взысканіямъ, въ формѣ замѣчанія или выговора, запрещенія судебной практики на время не свыше одного года и исключенія изъ числа частныхъ повѣренныхъ, путемъ отобранія у нихъ свидетельства. Постановленія мирового съѣзда, окружнаго суда и судебной палаты о запрещеніи судебной практики и объ исключеніи могутъ быть обжалованы въ теченіи двухъ недѣль; постановленія же уѣзднаго съѣзда могутъ быть обжалова-

ны въ мѣсячный срокъ и только по вопросу объ исключеніи изъ числа повѣренныхъ.

Учр. суд. уст. ст. 406^{5, 13, 14}; Прилож. ст. 5.

Кромѣ того министръ юстиціи (также по взаимному соглашенію министра юстиціи и министра внутреннихъ дѣлъ, когда вопросъ касается повѣренныхъ въ учрежденіяхъ 1889 г.) можетъ устранять отъ практики такихъ лицъ, которыя, по дошедшимъ до него несомнѣннымъ свѣдѣніямъ, обнаруживаютъ предосудительный образъ дѣйствій.

Учр. суд. уст. ст. 406⁵; Прилож. ст. 6.

Помощники присяжныхъ повѣренныхъ ¹⁾. Дѣйствіе закона 25-го мая 1874 г. распространяется и на помощниковъ присяжныхъ повѣренныхъ, положеніе которыхъ до этого закона было мало опредѣленнымъ.

Учр. суд. уст. ст. 406¹¹.

Въ настоящее время сословіе помощниковъ присяжныхъ повѣренныхъ совмѣщаетъ въ себѣ двойной характеръ: отъ нихъ требуется наличность условій и присяжныхъ повѣренныхъ и частныхъ повѣренныхъ. Такъ для поступленія въ помощники присяжныхъ повѣренныхъ предъявляются тѣже требованія, что и для присяжныхъ повѣренныхъ, исключая 25 лѣтняго возраста и практической подготовки. Затѣмъ, они обязаны еще пріобрѣтать свидѣтельства на званіе частныхъ повѣренныхъ. Въ этомъ своемъ двойственномъ характерѣ помощники присяжныхъ повѣренныхъ находятся подъ надзоромъ какъ совѣта присяжныхъ повѣренныхъ, такъ и суда ²⁾.

¹⁾ *Гребенщиковъ*. Институтъ помощниковъ присяжныхъ повѣренныхъ (въ Журн. гр. и уг. права 1883 кн. 3); *Баудеръ*. Помощники присяжныхъ повѣренныхъ (въ Юридич. Вѣстн. 1887 т. 24 стр. 130 слѣд.); *Джаншиевъ*. По поводу новой организаціи помощниковъ присяжныхъ повѣренныхъ 1890; *Ломницкій*. Забытое сословіе 1890.

²⁾ По извѣстіямъ періодическихъ изданій государственной совѣтъ въ послѣднее время опредѣлилъ слѣдующія общія

Присяжные попечители.

Для первоначальнаго распоряженія и охраненія имущества по дѣламъ лицъ, впавшихъ въ несостоятельность, до открытiя конкурснаго управленiя, при коммерческихъ судахъ состоятъ такъ наз. присяжные попечители.

Уст. суд. торг. ст. 5.

Они назначаются по списку кандидатовъ, избираемыхъ частными собранiями городскихъ (сословныхъ) обществъ, по очереди, въ какой стоятъ въ спискѣ; причемъ наблюдается, чтобы присяжный попечитель былъ изъ той же гильдiи, къ которой принадлежалъ несостоятельный, или, по крайней мѣрѣ, изъ лицъ, занимающихся однородною съ нимъ торговлею.

Уст. суд. торг. ст. 27—31.

II. Частныя лица, участвующiя въ гражданскомъ процессѣ.

12.12

Гражданскiй процессъ, имѣя своимъ назначенiемъ разрѣшать споры по нарушенiю гражданскихъ правъ, предполагаетъ участiе

начала о помощникахъ присяжныхъ повѣренныхъ. Первые два года помощники ведутъ уголовныя и гражданскiя дѣла въ мировыхъ судебныхъ установленiяхъ и соотвѣтствующихъ имъ учрежденiяхъ по передовѣрiю патроновъ, а также исполняютъ общiя судебныя порученiя послѣднихъ. По окончанiи этого срока они подвергаются испытанiю въ своихъ познанiяхъ, въ особыхъ испытательныхъ комиссiяхъ, и получаютъ свидѣтельство на право веденiя судебныхъ дѣлъ, послѣ чего имъ открываεται право подсудности въ общихъ судебныхъ мѣстахъ но только не самостоятельно, а по порученiю патроновъ. По истеченiи четырехъ лѣтъ стажа помощники могутъ просить совѣтъ присяжныхъ повѣренныхъ о принятiи ихъ въ корпорацiю присяжныхъ повѣренныхъ. Судебная Газета 1892 года, 16 февраля, стр. 11.

нормально не менѣ двухъ субъектовъ, которые называются сторонами (partes), какъ представители противоположныхъ въ процессѣ интересовъ, или тяжущимися, какъ старающіеся перетянуть въ свою пользу вѣсы правосудія, или истцомъ и отвѣтчикомъ (въ процессѣ исполнительномъ — взыскателемъ и должникомъ), смотря по роли въ процессѣ. Къ этимъ главнымъ участвующимъ лицамъ ¹⁾, существеннымъ для каждаго процесса, могутъ примыкать другія, второстепенныя, вспомогательныя лица ²⁾, несущественныя для процесса. Обыкновенно нарушение права отражается только на обладателѣ и нарушителѣ права. Но иногда оно затрагиваетъ еще дальнѣйшія отношенія этихъ главныхъ участниковъ къ другимъ лицамъ, напр. по обязанности къ очисткѣ въ случаѣ проигрыша процесса о собственности, по поручительству въ случаѣ неплатежа признаннаго судомъ долга должникомъ кредитору и т. д. Въ подобныхъ случаяхъ бываетъ въ интересѣ третьяго лица вступить въ процессъ и въ интересѣ стороны привлечь третье лице къ процессу въ качествѣ пособника, т. е. второстепеннаго участника. Мало того, возможно, что процессуальныя роли (истца и отвѣтника) не будутъ вовсе соответствовать матеріальнымъ отношеніямъ, т. е. спорное право будетъ принадлежать третьему лицу, котораго интересъ понудитъ вступить въ процессъ, касающійся его имущества. Но тутъ уже третье лице будетъ главной стороной; подѣя одного процесса возникаетъ другой, самостоятельный.

Всѣ упомянутыя лица, участвующія въ процессѣ, могутъ вести дѣло самолично, или чрезъ другихъ лицъ, представителей. При этомъ нельзя быть въ одно время стороной и вспомогательнымъ лицомъ, стороной и представителемъ, или представителемъ обѣихъ сторонъ.

Итакъ въ процессѣ могутъ участвовать:

1) Главныя, тяжущіяся стороны.

2) Третьи лица въ качествѣ случайныхъ участниковъ, какъ пособники, или же съ самостоятельными притязаніями.

3) Представители всѣхъ этихъ лицъ.

¹⁾ Hauptparteien.

²⁾ Nebenparteien, accessorische Theilnehmer.

Всѣ другія частныя лица, дѣйствующія въ процессѣ, какъ свидѣтели, свѣдущіе люди, служатъ только простыми средствами доказательствъ, подобно всѣмъ другимъ судебнымъ доказательствамъ.

1) Стороны ¹⁾.

Подъ сторонами разумѣются лица, которыя при спорѣ о гражданскомъ правѣ осуществляютъ, въ качествѣ истца или отвѣтчика, самолично или чрезъ другого правовые свои интересы передъ судомъ и притомъ отъ собственного имени.

Роль истца и отвѣтчика опредѣляется для сторонъ, съ процессуальной, формальной, точки зрѣнія по практическимъ моментамъ, т. е. истцомъ будетъ та сторона, которая первой призвала судъ на помощь, а отвѣтникомъ — противная сторона, противъ которой сдѣланъ этотъ призывъ. Для опредѣленія ролей въ процессѣ безразлично, кто въ данномъ случаѣ является по началамъ гражданского права дѣйствительно правомочнымъ, а кто — обязаннымъ.

Въ матеріальномъ отношеніи понятіе истца и отвѣтчика опредѣляется по намѣренію, которое каждая сторона имѣетъ при веденіи процесса. Такъ, истцомъ будетъ тотъ, кто считаетъ себя потерпѣвшимъ отъ положенія вещей, установившагося до вчинанія иска, и проситъ измѣненія такого состоянія чрезъ судебную помощь, т. е. чрезъ присужденіе противника. Отвѣтникомъ же будетъ тотъ, кто чувствуетъ себя потерпѣвшимъ только чрезъ предъявленіе иска и старается о сохраненіи того положенія вещей, которое было до предъявленія иска, т. е. старается объ отказѣ истцу въ искѣ, въ освобожденіи отъ иска ²⁾.

¹⁾ ' *Haimperl*. Die Parteien und deren Stellvertreter im civilrechtlichen Verfahren 1857; *Menger*. Die Lehre von den Streitparteien im oesterreich. Civilprocess (въ *Zeitschr. f. d. Privat—u. Oeffentl. Recht* 1880 Bd. 7 p. 647—713).

²⁾ L. 62 D. 5, 1; L. 143 D. 50, 16; L. 15 D. 50, 17. — См. *Bolghiano*. Handbuch p. 108 sq.

По общему правилу свойства формального и материального истца и ответчика совпадаютъ въ однихъ и тѣхъ же лицахъ, но иногда каждая изъ обѣихъ сторонъ можетъ быть какъ истцомъ, такъ и ответчикомъ въ материальномъ отношеніи ¹⁾, напр., въ процессахъ на раздѣлъ (*judicia divisoria* ²⁾), при спорахъ о болѣе раннемъ владѣніи (*interdictum uti possidetis* ³⁾) и т. п. Въ послѣднемъ случаѣ формальный, фактический, моментъ (*prioritas temporis*), устанавливающій въ процессѣ роли истца и ответчика, долженъ опредѣляться такими началами. а) Если обѣ стороны обратились къ одному и тому же суду, то истцомъ будетъ тотъ, кто прежде призвалъ судебскую помощь. Но когда обѣ стороны одновременно выступаютъ съ искомъ, или вообще первенство представляется сомнительнымъ, то процессуальныя роли остаются опредѣлять только по жребію. б) Если же обѣ стороны выступили по одному и тому же дѣлу въ качествѣ истца предъ различными судами, то открытіе судебской дѣятельности опредѣлитъ компетентность суда, а вмѣстѣ съ тѣмъ рѣшить и распределение ролей для сторонъ. Компетентнымъ же судомъ будетъ тотъ судъ, который раньше вызвалъ ответчика. Значитъ, истцомъ будетъ та сторона, которая возвала къ этому суду. Тутъ вопросъ о роляхъ сторонъ рѣшается временемъ судебного вступленія въ дѣло.

Материальное понятіе процессуальныхъ сторонъ имѣетъ весьма существенныя послѣдствія. Главнѣйшее изъ нихъ то, что истецъ, въ худшемъ случаѣ, только получаетъ отказъ въ искѣ, но не присуждается, какъ таковой, къ положительному дѣйствию въ пользу ответчика ⁴⁾. Послѣдній, предъявляя къ истцу требованіе на вознагражденіе судебныхъ издержекъ или встречный искъ, является уже не въ роли ответчика, а какъ истецъ. Только въ упомянутыхъ уже *judicia duplicia* раздѣленіе процессуальныхъ ролей представляется простою формальностью, не ведущею ни къ ка-

¹⁾ *Renaud. Civilproc.* p. 110.

²⁾ Уст. гражд. суд. ст. 1409 и слѣд.

³⁾ Св. зак. т. X ч. 1 ст. 531, 684; Гражд. Код. ст. 2279.

⁴⁾ См. уже L. 13 § 6 C. 3, 1.

нимъ подобнымъ послѣдствіямъ ¹⁾. Тутъ каждая сторона можетъ быть присуждена безъ того, чтобы вчинять встрѣчный искъ ²⁾. Вообще же отвѣтчикъ, какъ таковой, никогда не выступаетъ въ роли истца, даже когда онъ заявляетъ возраженіе ³⁾.

Въ процессѣ, по общему правилу должны быть всегда истецъ и отвѣтчикъ, т. е. двѣ спорящія стороны ⁴⁾. Если нѣтъ той или другой стороны, или если интересы ихъ сливаются, то и процессъ оказывается невозможнымъ ⁵⁾. Поэтому, напр., невозможенъ процессъ между опекуномъ и опекаемымъ, пока продолжается опека. Поэтому же прекращается процессъ, когда истецъ становится наследникомъ отвѣтчика. Не составляетъ отклоненія отъ правила тотъ случай, когда искъ предъявляется къ лицу умершаго собственника, и нѣтъ въ виду признанныхъ или вступившихъ во владѣніе оставшимся имуществомъ наследниковъ ⁶⁾; ибо дальнѣйшее производство дѣла по такому иску требуетъ назначеніе опекуновъ или попечителей для защиты интересовъ наследственной массы ⁷⁾. Нѣкоторое отклоненіе отъ требованія двухъ сторонъ представляютъ дѣла о сопряженныхъ съ бракомъ правахъ, когда въ наличности не имѣется отвѣтчика и его въ извѣстной степени замѣняетъ прокуроръ.

Уст. гражд. суд. ст. 1339, 1344.

Затѣмъ, дѣла охранительнаго производства, какъ не предполагающія спора или нарушенія правъ, не требуютъ присутствія двухъ спорящихъ сторонъ, какъ напр. при просьбѣ о введѣ во владѣніе, объ удостовѣреніи безвѣстнаго отсутствія.

Уст. гр. суд. ст. 1424, 1451.

¹⁾ *Bolzano*. Handbuch p. 112, 113, 144.

²⁾ § 7 I. 4, 15; L. 13 D. 5, 1; L. 10 D. 10, 1; L. 2 § 3 D. 10, 2, и др.

³⁾ Срав. L. 2 пр. D. 44, 1; L. 8 § 1 D. 50, 16 и L. 19 пр. D. 22, 3; L. 1 D. 44, 1: *agere etiam is videtur, qui exceptione utitur; nam reus in exceptione actor est.*—См. *Renaud*. Civilpr. p. 110 n. 9.

⁴⁾ L. 62 D. 5, 1.

⁵⁾ § 3 I. 1, 21; L. 4 §§ 6, 7 D. 10, 1.

⁶⁾ Уст. гр. суд. ст. 215.

⁷⁾ Уст. гр. суд. ст. 752, 959.

Съ другой стороны болѣе двухъ сторонъ въ гражданскомъ процессѣ быть не можетъ. Стороны могутъ получать только пособниковъ или представителей. Если же въ процессѣ будутъ участвовать болѣе чѣмъ два лица, то это значить, что двѣ возможныя роли сторонъ раздѣлены между нѣсколькими лицами.

Положеніе сторонъ въ процессѣ опредѣляется въ главномъ Началомъ равенства тяжущихся. По основному началу истецъ и отвѣтчикъ поставлены въ процессуальномъ правѣ на равную ногу, т. е. въ процессѣ они пользуются одинаковыми правами и интересы ихъ уравниваны ¹⁾).

Non debet actori licere, quod reo non permittitur
L. 41 pr. D. 50, 17; Уст. гражд. суд. ст. 4, 13, 72, 338
и др. Ср. Civ. Proz. Ord. §§ 251, 253, 255, 191.

Но съ другой стороны по различію въ положеніи тяжущихся, ихъ цѣлей, задачъ, одна сторона во многихъ отношеніяхъ фактически имѣетъ болѣе выгодное процессуальное положеніе, чѣмъ другая ²⁾); а кромѣ того начало равенства сторонъ въ законодательствахъ прямо нарушается положительными изъятіями ³⁾. Такъ прежде всего роль отвѣтчика въ общемъ удобнѣе, чѣмъ роль истца: оборонительное положеніе всегда выгоднѣе положенія нападающаго.

Favorabiliores sunt partes rei quam actoris L. 125
D. 50, 17.—Къ этимъ удобствамъ относятся начала: actor acquiritur forum rei, actore non probante reus absolvitur, и др. Уст. гражд. суд. ст. 32, 203; стр. 81, 82, 366, 367 и друг.

Съ другой стороны истецъ, по общему правилу, не присуждается въ предметъ иска ⁴⁾. тогда какъ всѣ его усилія направлены на присужденіе отвѣтчика.

Уст. гр. суд. ст. 706.

¹⁾ Garsonnet. Traité 2 p. 115, 116.

²⁾ Гольмстенъ. Учебникъ стр. 74, 75.

³⁾ Hellmann. Civilpr. p. 275 § 57.

⁴⁾ Actor non condemnatur. (См. выше).—Присужденіе истца по встрѣчному иску, по которому онъ является отвѣт-

С Затѣмъ, проигравшая процессъ сторона обязывается уплатить судебныя издержки выигравшей сторонѣ, т. е. она одна несетъ всѣ тяжести возмездной судебной помощи. Въ частности истецъ-иностранецъ долженъ, по требованію отвѣтника, представить обезпеченіе издержекъ по дѣлу и убытковъ, которые тотъ можетъ понести. И т. д.

Уст. гр. суд. ст. 571 п. 5; С. Р. Ordn. §§ 102, 1; 103. По германскому праву истецъ-иностранецъ долженъ въ обезпеченіе уплаты судебныхъ поборовъ представить втрое противъ того, что представляетъ туземецъ; и до того не имѣетъ права на судебную помощь.

Процессъ, какъ правоотношеніе, предполагаетъ въ лицѣ тяжущихся извѣстную правоспособность.

Процессуальная правоспособность ¹⁾.

Подъ общимъ понятіемъ процессуальной правоспособности (*legitima persona standi in iudicio* ²⁾) разумѣется право лица осуществлять передъ судомъ лично или чрезъ представителя свои гражданскія права. Но затѣмъ слѣдуетъ различать процессуальную правоспособность въ тѣсномъ смыслѣ слова и процессуальную дѣеспособность ³⁾.

Подъ процессуальною правоспособностью въ тѣсномъ смыслѣ понимается вообще способность приобрѣтать процессуальныя права

чиномъ, очевидно, не представляетъ исключенія изъ правила.— Но насколько дѣйствительнымъ изъятіемъ будетъ присужденіе истца въ *judicia duplicia* — въ наукѣ спорно. (*Bar. Civilproz.* p. 34).

¹⁾ *Barazetti. Zur Lehre von der Prozessfähigkeit 1885; Bolgiano. Ueber die Folgen des Mangels der Processfähigkeit (въ Zeitschr. f. deutsch. Civilpr. V).*

²⁾ *Tit. Cod. 3, 6 qui legitimam personam standi in iudicio habeant vel non.*

³⁾ *Menger cit. p. 651. Cp. Barazetti cit. p. 2—6.*

и принимать на себя процессуальные обязанности, безъ вниманія къ тому, будутъ ли основаны эти права и обязанности собственными или чужими дѣйствіями, или случайными обстоятельствами. Однимъ словомъ подъ процессуальною правоспособностью разумѣется способность быть процессуальною стороною¹⁾, способность исать и отвѣчать по иску.

Процессуальною дѣеспособностью именуется предоставленная объективнымъ правамъ возможность собственными дѣйствіями пріобрѣтать процессуальныя права и принимать на себя процессуальныя обязанности²⁾, т. е. способность стороны совершать передъ судомъ дѣйствительныя процессуальныя дѣйствія въ собственномъ или чужомъ дѣлѣ, лично или чрезъ избраннаго ею самою представителя.

Процессуальная дѣеспособность немыслима безъ процессуальной правоспособности въ тѣсномъ смыслѣ, но не наоборотъ: не всѣ процессуально правоспособныя лица имѣютъ въ тоже время право самостоятельнаго веденія процесса.

Недостатокъ право-или дѣеспособности стороны дѣлаетъ производство ничтожнымъ и поэтому данное обстоятельство устанавливается самимъ судомъ (*ex officio*).

Уст. гражд. суд. ст. 584 п. 3.

Процессуальная правоспособность соотвѣтствуетъ способности состоять активнымъ или пассивнымъ субъектомъ гражданскихъ правоотношеній. Нѣтъ гражданской правоспособности — нѣтъ процессуальной правоспособности; ограниченіе первой ведетъ къ ограниченію второй³⁾. Поэтому при разрѣшеніи вопроса о томъ, кто можетъ быть процессуальною стороною, слѣдуетъ обращаться къ началамъ гражданского права⁴⁾, которыми началами опредѣляется способность быть правовымъ субъектомъ, а вмѣстѣ и процессуальной стороною.

1) Parteifähigkeit.

2) Gerichts—u. Processfähigkeit der Parteien.

3) *Wach. Handbuch* 1 p. 519, 520.

4) См. напр. *Civ. Proz. Ord.* §§ 19, 157.

По общему началу стороной въ процессѣ можетъ быть всякій признанный положительнымъ гражданскимъ правомъ правовой субъектъ, т. е. прежде всего всякое физическое лице ¹⁾, а также юридическое лице (конечно, незапрещенное или пезакрытое) и вообще всякій союзъ, всякое учрежденіе, которыя, согласно гражданскому праву, способны быть правовыми субъектами, безъ того, чтобы быть юридическими лицами въ другихъ отношеніяхъ ²⁾.

Уст. гр. суд. ст. 17: каждый признается способнымъ отыскивать и защищать на судѣ свои права. — Уст. гр. суд. ст. 1287; иностранцы ст. 224 (см. выше).

Итакъ способность быть процессуальною стороною принадлежит не только отдѣльному лицу, но и казнѣ, общинѣ, корпораціи, нѣкоторымъ обществамъ (напр., торговымъ компаніямъ), союзамъ, благотворительнымъ учрежденіямъ, установленіямъ (напр., государственному банку), имущественнымъ массамъ (напр., лежащему наслѣдству), а иногда и должности ³⁾.

1 Не имѣютъ процессуальной правоспособности лишенные всѣхъ правъ состоянія; со времени объявленія имъ окончательнаго судебного о томъ приговора они не могутъ искать и защищать на судѣ тѣ права, которыхъ лишены ⁴⁾.

Уст. гр. суд. ст. 18.

2 Затѣмъ, не могутъ предъявлять искъ по личнымъ обидамъ и оскорбленіямъ дѣти на своихъ родителей.

Св. зак. т. X ч. I ст. 168, 195.

¹⁾ Признавалось это не всегда, какъ то указываютъ примѣры рабовъ въ Римѣ и отлученные отъ церкви въ средніе вѣка.

²⁾ *Gaupp. Komm. z. Civilprozessordn.* I p. 110.

³⁾ Какъ въ нѣкоторыхъ германскихъ областяхъ. *Fitting. Civilproz.* p. 89.

⁴⁾ Срав. процессуальное положеніе приговоренныхъ англійскими судами въ исправительные дома или къ смерти. *Schuster. Bürgerl. Rechtspfl.* p. 56.

Процессуально правоспособныя лица могутъ вести свои судебныя дѣла лично или черезъ другихъ лицъ, но нѣкоторые ихъ разряды лишены вовсе или въ извѣстной степени права личнаго участія въ процессѣ. Такія лица процессуально недѣеспособны. Различіе процессуальной недѣеспособности отъ процессуальной неправоиспособности заключается въ томъ, что процессуально недѣеспособное лицо, какъ таковое, можетъ пріобрѣтать процессуальныя права, когда оно должнымъ образомъ представлено въ процессѣ; неправоиспособное же лицо вообще не можетъ пріобрѣтать всѣхъ или только нѣкоторыхъ процессуальныхъ правъ.

Процессуально дѣеспособнымъ будетъ то лицо, которое имѣетъ право на дѣйствительныя процессуальныя дѣйствія отъ своего или чужого имени (въ качествѣ представителя), а также можетъ своею волею установить процессуальное представительство.

Такъ какъ вести процессъ значить предпринимать дѣйствія, которыя имѣютъ своимъ послѣдствіемъ измѣненія въ правоотношеніи, т. е. распоряжаться своими правами, то процессуальная дѣеспособность обуславливается дѣеспособностью по гражданскому праву, т. е. отъ опредѣленій гражданского права зависитъ, на сколько кто можетъ вести процессъ самостоятельно и безъ представителей ¹⁾; насколько для процессуальныхъ правъ не сдѣлано отступленій отъ началъ дѣеспособности гражданской ²⁾. На основаніи опредѣленій гражданского права нѣкоторыя лица, въ силу физическихъ или душевныхъ свойствъ, вовсе лишены дѣеспособности, а потому не могутъ лично принимать никакого участія въ веденіи процесса, для другой категоріи лицъ признается лишь извѣстное ограниченіе дѣеспособности, а вмѣстѣ открывается возможность извѣстнаго ихъ личнаго участія въ процессахъ.

Вовсе лишены процессуальной дѣеспособности въ силу физическихъ причинъ вообще глухонѣмые и слѣпые и всѣ юридическія лица ³⁾. Въ силу душевныхъ недостатковъ лишены процессуаль-

¹⁾ С. P. Ordn. § 50, § 51 Abs. 1.

²⁾ См. напр. С. Pr. Ordn. § 51 Abs. 2, 3.

³⁾ Гордонъ. Наши общественныя собранія съ точки зрѣніи юридической и область примѣненія гражд. иска 1883.

ной дѣеспособности несовершеннолѣтніе до 17 лѣтъ, безумные, сумасшедшіе ¹⁾).

Св. зак. т. X ч. 1 ст. 381.— Уст. гражд. суд. ст. 19, 681, 1481; т. X ч. 1 ст. 175, 176, 217 — 222, 265, 274; Гражд. Улож. (Ц. П.) ст. 422, 489, 497, 501, 511.

Въ ограниченной степени процессуальная дѣеспособность признана: за лицами отъ 17 до 21-лѣтняго возраста;

Т. X ч. 1 ст. 220. Въ Царствѣ Польскомъ несовершеннолѣтніе могутъ быть признаны самостоятельными съ 15 или 18 лѣтняго возраста (Гражд. Улож. ст. 468, 469; Торг. Кодексъ ст. 2, 3, 6). Дѣеспособность такихъ лицъ Гражд. Улож. ст. 473—476, 479.

Аномалия
за глухонѣмыми и нѣмыми начиная съ ихъ совершеннолѣтія, если только они признаны не вполне способными управлять своимъ имуществомъ;

Т. X ч. 1 ст. 381; Гражд. Код. ст. 936.

за расточителями, но только касательно имущественныхъ ихъ дѣлъ, а не личныхъ или семейныхъ. Расточители не лишены 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, оганчивать дѣло примиреніемъ, дѣлать на судѣ какія либо уступки, предъявлять споръ о подлогѣ акта и вступать въ отвѣтъ по такому спору.

Уст. гр. суд. ст. 20.— По законамъ Царства Польскаго расточителю можетъ быть запрещено, безъ личнаго содѣйствія назначеннаго ему судомъ совѣтника, являться въ судъ въ качествѣ стороны, совершать мировыя сдѣлки (Гражд. Улож. ст. 518).

По объявленіи должника несостоятельнымъ, право его искать

¹⁾ *Слонимскій*. Умственное разстройство, его значеніе въ правѣ гражд. и уголовн. 1879.

и отвѣчать на судѣ переходить къ конкурсному управленію ¹⁾. Но последнее можетъ по отдѣльнымъ дѣламъ выдать несостоятельному свидѣтельство въ томъ, что оно отказывается отъ веденія ихъ и тѣмъ предоставить эти дѣла личному его завѣдыванію. }

Уст. гр. суд. ст. 21.—L. 17 гр. D. 4, 8.

Ограниченіе процессуальной дѣеспособности несостоятельнаго касается только его имущественныхъ дѣлъ, но никакъ не личныхъ (правъ семейныхъ, правъ состоянія). Протявное не имѣло бы никакого смысла, такъ какъ назначеніе конкурса сводится лишь къ тому, чтобы способствовать лучшему удовлетворенію кредиторовъ изъ имущества должника. Затѣмъ, и по имуществу не всѣ отношенія несостоятельнаго переходятъ въ распоряженіе конкурснаго управленія. Такъ, за долги, имущество должника отвѣчаетъ далеко не безъ изъятій; въ законѣ освобождены отъ ареста, напр., вещи необходимыя должнику для ежедневнаго употребленія, известная доля окладовъ содержанія и т. д. ²⁾. По данному имуществу несомнѣнно можетъ искать и отвѣчать самъ несостоятельный. Итакъ, ограниченіе процессуальной дѣеспособности несостоятельнаго лица касается лишь тѣхъ имущественныхъ правъ, которыя, въ силу устава о несостоятельности, входятъ въ составъ конкурсной массы. При этомъ такое ограниченіе будетъ имѣть приложение лишь по отношенію къ кредиторамъ, которые уже предъявили или имѣютъ право предъявить свои требованія къ конкурсной массѣ, но не по отношенію, напр., послѣдующаго по открытіи конкурснаго управленія кредитора по займу. }

Правила объ ограниченіи процессуальной дѣеспособности несостоятельнаго лица временно примѣняются къ администраціямъ, учреждаемымъ до объявленія несостоятельности.

Уст. суд. торг. ст. 485 — 496; Уст. гражд. суд. ст. 22. — Для Царства Польскаго: Уст. гр. суд. ст. 1485; Торг. Код. ст. 442, 494.

¹⁾ Андреевъ. О правѣ несостоятельнаго искать и отвѣчать на судѣ и о лицахъ его замѣняющихъ 1880 (и въ Журн. гр. и уг. пр. 1881 кн. 4 и 5) *Fitting. Concursrecht* 1883.

²⁾ Уст. гр. суд. ст. 973, 1087.

Кромѣ перечисленныхъ ограниченій имѣются еще нѣкоторыя другія, на основаніи мѣстнаго законодательства.

По законамъ Царства Польскаго замужняя женщина не можетъ безъ дозволенія мужа являться въ судъ, хотя бы занималась торговлею отъ собственнаго имени, и процессъ касался имущества, состоящаго въ собственномъ ея управленіи. Торг. Код. ст. 4, 5, 7; Гражд. Улож. 182; Полож. о союзѣ брач. ст. 214.

Процессуальная дѣеспособность распространяется на всѣ дѣйствія даннаго процесса; дѣеспособность для опредѣленныхъ дѣйствій въ данномъ процессѣ или для всего процесса, за исключеніемъ опредѣленныхъ дѣйствій, не существуетъ. Поэтому же всякое дѣйствіе или упущеніе процессуально недѣеспособнаго ничтожно, недѣйствительно, какъ ничтожны всѣ дѣйствія противной стороны и суда, обращенныя къ процессуально недѣеспособному лицу ¹⁾.

Отъ процессуальной дѣеспособности слѣдуетъ отличать (*Barazelli cit. p. 6; Wetzell. Civilpr. § 12 p. 83; Bolgiano. Handb. p. 125*) способность или право предъявлять въ судъ заявленія, *jus postulandi* (L. 1 § 2 D. de postul. 3, 1; Civ. Pr. Ordn. §§ 74, 75, 143; R. G. V. G. §§ 188, 189). Первая, какъ сказано, опредѣляется гражданскимъ правомъ; вторая же — процессуальнымъ правомъ. Совѣмъ не имѣютъ этого права глухіе и нѣмые, относительно — тѣ лица, которыя, будучи совершеннолѣтними и въ здравомъ умѣ, неспособны сами представлять своего дѣла. Всѣ они должны пользоваться представителями совѣмъ такъ, какъ процессуально недѣеспособныя лица, но въ отличіе отъ послѣднихъ, для которыхъ представители избираются другими лицами, первые могутъ избирать таковыхъ сами. Затѣмъ, указываются и на другія отличія, какъ-то: вызовъ на судъ процессуально недѣеспособнаго совершается всегда на имя его представителя, и лице, неимѣющее *jus postulandi*, вызывается самолично, и т. д. Кромѣ всего того, недостатокъ въ процессуальной правоспособности дѣлаетъ производство и рѣше-

¹⁾ *Gaupp. Comment. z. Civilpr. 1 p. 113.*

ніе ничтожнымъ, недостатокъ же въ *ius postulandi* такихъ послѣдствій не имѣеть.

Legitimitio ad causam ¹⁾. Отъ способности къ процессу вообще или къ процессу о правахъ извѣстнаго рода слѣдуетъ отличать право на искъ въ данномъ опредѣленномъ дѣлѣ и обязанность къ отвѣту по этому именно иску. Можно имѣть общую процессуальную правоспособность и въ то же время не имѣть права на данный искъ, или обязанность по нему отвѣчать. Подъ *legitimitio ad causam*, разумѣется указаніе стороны, что защищаемое судомъ право принадлежитъ ей и противъ того, кого она вызываетъ на споръ. Легитимацией устанавливается субъективная связь спорнаго права съ лицомъ истца и отвѣтчика ²⁾. Такое право на искъ обязанъ доказать истецъ (*legitimitio activa*); онъ же доказываетъ, что лице, къ которому предъявленъ искъ, обязано отвѣчать по нему (*legitimitio passiva*). Обыкновенно вопросъ о легитимации разрѣшается вмѣстѣ съ дѣломъ по существу; иногда же отдѣльно. Такъ, часто съ утверженіемъ и доказательствомъ спорнаго права непосредственно получается и доказательство легитимации, какъ напр. при искахъ изъ договора, заключеннаго съ отвѣтчикомъ. Но въ другихъ случаяхъ легитимация доказывается отдѣльно отъ самаго спорнаго права, какъ напр. при притязаніи наследника на право, установленное въ лицѣ послѣдователя; при притязаніи собственника участка на сервитутъ, приобрѣтенный этому участку; и т. д.

Такъ какъ при легитимации рѣчь идетъ только о части требуемыхъ для обоснованія иска обстоятельствъ, а не о предварительныхъ условіяхъ дѣйствительности всего процесса ³⁾, поэтому она и не можетъ быть устанавливаема самимъ судомъ *ex officio* при самомъ предъявленіи иска. Отсюда слѣдуетъ, что если сторо-

¹⁾ *Bethmann-Hollweg*. Ueber die Legitimation zur Sache. (Versuche 1827).

²⁾ *Menger* cit. p. 653.

³⁾ *Bar. D. Civilpr.* p. 34.

ны не оспариваютъ легитимацию, согласны на нее, то судья не можетъ подымать самъ вопроса о ней.

Уст. гражд. суд. ст. 69 п. 3, 4; 571 пп. 3, 4; 589.

13. 13
Соучастіе ¹⁾.

Въ гражданскомъ процессѣ, какъ общее явленіе, одинъ истецъ осуществляетъ противъ одного отвѣтчика одно притязаніе. Но одинъ можетъ исать на одномъ отвѣтчикѣ нѣсколько правъ; это такъ называемое объективное соединеніе, стеченіе (кумуляція) исковъ. Затѣмъ, въ рамкахъ одного и того же правового спора могутъ быть осуществляемы притязанія нѣсколькихъ истцовъ противъ одного или нѣсколькихъ же отвѣтчиковъ или притязаніе одного истца противъ нѣсколькихъ отвѣтчиковъ; это такъ называемое субъективное соединеніе, стеченіе (кумуляція) исковъ.

Когда нѣсколько лицъ выступаютъ сообща въ процессѣ на той или другой, или на обѣихъ сторонахъ, въ качествѣ главныхъ тяжущихся, то такая субъективная кумуляція называется соучастіемъ въ процессѣ (litis consortium ²⁾) или тяжбынымъ союзомъ ³⁾.

По нашему законодательству подъ соучастіемъ разумѣются всѣ тѣ случаи, когда „нѣсколько истцевъ или

¹⁾ *Planck. Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten 1844; Canstein. Streitgenossenschaft und Nebenintervention 1876; Warmuth. Von der Streitgenossenschaft nach der deutsch. Civ. Pr. Ordn. (въ Zeitschr. f. Civilprocess 1879 Bd. 1 p. 497 — 509); v. Amelunxen. Die sogen. notwendige Streitgenossenschaft d. deutsch. Civ. Proz. Ordn. 1881; Weismann. Hauptintervention und Streitgenossenschaft 1884; Hachenburg. Die besondere Streitgenossenschaft 1889. — Неведъевъ. Къ ученію о сущности гражданского процесса. Соучастіе въ гражданскомъ процессѣ 1891 года.*

²⁾ Cod. 3, 40 de consortibus ejusdem litis; Cod. 7, 68 si unus ex pluribus appellaverit.

³⁾ Streitgenossenschaft, joinder of parties.

ответчиков“ участвуютъ въ производствѣ одного дѣла (Уст. гражд. суд. ст. 15 по сравн. съ ст. 483). Тоже во французскомъ правѣ (Code de proc. civ. art. 152, 153). Но въ германской наукѣ, а также въ нѣкоторыхъ законодательствахъ Германии, различаютъ соучастіе и субъективное соединеніе исковъ, отмѣчая первое признакомъ извѣстныхъ отношеній, существующихъ между соучастниками еще до возникновенія процесса. (Нефедьевъ cit. стр. 4—7).

Если нѣсколько лицъ будутъ искать сообща, то говорится а) о соучастіи въ искѣ или объ активномъ соучастіи ¹⁾; при нѣсколькихъ отвѣтчикахъ сообща имѣется соучастіе въ отвѣтѣ, пассивное соучастіе ²⁾, наконецъ возможно соучастіе на той и другой сторонѣ въ одно и то же время, соучастіе смѣшанное ³⁾.

Соучастіе можетъ проявиться уже при самомъ началѣ правового спора, — соучастіе первоначальное, — или оно можетъ наступить уже въ теченіи процесса, соучастіе послѣдующее.

Первоначальное соучастіе бываетъ въ тѣхъ случаяхъ, когда нѣсколько лицъ выступаютъ въ роли истцовъ, предъявляя сообща исковое прошеніе, или когда противъ нѣсколькихъ лицъ предъявляется одинъ искъ. Напримѣръ: нѣсколько участниковъ общей собственности предъявляютъ противъ третьяго лица искъ на предметъ этой собственности; права или обязанности нѣсколькихъ лицъ вытекаютъ изъ одного и того же фактическаго или правового основанія, — напр., изъ сообща заключеннаго договора, — и эти права и обязанности проводятся нѣсколькими въ процессѣ; или осуществляются права или обязанности, вытекающія изъ одинаковаго фактическаго или правового основанія, какъ напр. права нѣсколькихъ наймодателей къ одному и тому же нанимателю изъ одинаковыхъ договоровъ найма.

Послѣдующее соучастіе бываетъ тогда, когда нѣсколько лицъ занимаютъ мѣсто первоначальной стороны, въ силу преемства по

¹⁾ Active Streitgenossenschaft.

²⁾ Passive Streitgenossenschaft.

³⁾ Planck cit. p. 105.

наслѣдству или иному основанію, или къ первоначальной сторонѣ примыкаетъ другое лице въ качествѣ соучастника.

Соучастіе можетъ быть добровольное или вынужденное, смотря потому, вызвано ли оно волею соучастниковъ или другими основаніями. Активное соучастіе всегда добровольное, никто не можетъ быть принужденъ къ предъявленію иска сообща съ другими соучастниками въ правѣ ¹⁾; пассивное же соучастіе всегда вынужденное, какъ вызываемое не волею отвѣтчиковъ, а только волею истца.

Въ обоихъ случаяхъ отвѣтчикъ не имѣетъ права на такъ назыв. excerptio plurium litis consortium, т. е. право, въ активномъ соучастіи, заставить жалующагося истца привлечь къ иску остальныхъ соучастниковъ, а въ пассивномъ соучастіи, заставить обратиться искъ противъ всѣхъ остальныхъ возможныхъ отвѣтчиковъ.

По ст. 571 п. 3 Уст. гражд. судопр. отводъ допускается при условіи, „когда требованіе истца должно, во всей цѣлости своей, относиться къ другому отвѣтчику“. Касс. рѣшен. 1872 г. N 519; 1875 г. N 109. — Excerptio plurium litis consortium можетъ быть примѣнено лишь въ томъ смыслѣ, чтобы отклонить полное удовлетвореніе одному изъ соучастниковъ или однимъ изъ соучастниковъ, т. е. въ смыслѣ excerptio plus petitionis re. Таковъ случай, когда при дѣлимыхъ предметахъ управомоченный только на долю (*pro rata*) требуетъ всего, или отъ обязаннаго только въ долѣ желаетъ получить все. Тутъ путемъ противопоставленія excerptio plurium litis consortium отвѣтчики стремятся къ отказу истцу въ его требованіи лишняго, но вызвать, этимъ возраженіемъ, соучастіе въ процессѣ они не могутъ. *Bolgiانو. Handbuch* p. 151.

По своей юридической сущности соучастіе представляетъ со-
всѣмъ особое правовое явленіе; его нельзя обсуждать ни по нача-
ламъ частно гражданского товарищества, ни по началамъ юридиче-
скихъ лицъ ²⁾. Не будетъ соучастіемъ, напр., тотъ случай, когда
ищетъ община, ибо нѣсколько индивидовъ образуютъ здѣсь одно,

¹⁾ Уст. гр. суд. ст. 1, 4. Ср. L. 1 С. 3, 40.

²⁾ *Menger cit.* p. 679.

юридическое, лице. Не будет также соучастіемъ соединеніе повѣренныхъ, опекуновъ и т. п. и ихъ кліентовъ, ибо первые не осуществляютъ своихъ личныхъ претензій.

Допустимость соучастія. Процессуальное соучастіе считаютъ необходимымъ допустить лишь въ виду извѣстныхъ удобствъ производства, какъ упрощеніе, ускореніе его, въ виду интересовъ тяжущихся, какъ экономія времени, труда и расходовъ, а также для избѣжанія противорѣчій между отдѣльными рѣшеніями ¹⁾.

Но съ другой стороны одновременное разсмотрѣніе судомъ нѣсколькихъ дѣлъ можетъ усложнить и запутать производство. Поэтому общимъ началомъ притязанія нѣсколькихъ лицъ или противъ нѣсколькихъ лицъ нельзя соединить въ рамки одного процессуального производства. Допускается такое соединеніе лишь при особыхъ условіяхъ.

Прежде всего для процессуального соучастія требуется единство исковаго основанія. 1.

Уст. гр. суд. ст. 258: Иски, истекающіе изъ разныхъ основаній, не должны быть смѣшиваемы въ одномъ исковомъ прошеніи.

Поэтому допустимо соучастіе, напр., въ случаяхъ иска или отвѣта нѣсколькихъ участниковъ въ общей собственности, нѣсколькихъ наслѣдниковъ умершаго, въ случаяхъ одинаковыхъ правъ и обязанностей нѣсколькихъ лицъ къ одному и тому же лицу или къ однимъ и тѣмъ же лицамъ, какъ при наймѣ по одинаковому договору нѣсколькихъ отъ одного хозяина, и т. д.

Затѣмъ, для соучастія требуется единство подвѣдомственности, подсудности и порядка производства. Нельзя предъявлять одинъ общій искъ, напр., къ нѣсколькимъ отвѣтчикамъ, изъ коихъ одинъ подсуденъ, а другіе неподсудны по данному дѣлу данному суду. 2

Уст. гр. суд. ст. 29, 32, 35, 36, 202, 203, 213.

Послѣдствія соучастія. Притязанія нѣсколькихъ истцовъ или противъ нѣсколькихъ отвѣтчиковъ представляются лишь фор-

¹⁾ *Нефедьевъ. cit. стр. 7, 8.*

мально едиными; материально же нападеніе или защита каждаго соучастника самостоятельны и какъ таковыя не находятся подъ вліяніемъ и въ зависимости отъ дѣйствій одного изъ соучастниковъ. Это слѣдуетъ уже изъ самого представленія гражданскаго процесса, какъ правоотношенія между истцомъ и отвѣтчикомъ; поэтому сколько сторонъ столько и правоотношеній.

Уст. гр. суд. ст. 15.— Civ. Pr. Ordn. § 58 sq.

Признакъ единства процесса въ формальномъ отношеніи называется: въ единствѣ иска, соучастники предъявляютъ свои процессуальныя заявленія въ одномъ актѣ; въ единствѣ подсудности, такъ подсудность для всѣхъ соучастниковъ опредѣляется лицомъ главнаго отвѣтника, хотя бы прочіе соучастники и не имѣли бы той же подсудности; въ единствѣ рѣшенія для всѣхъ соучастниковъ, даже тогда, когда не всѣ изъ нихъ принимали участіе въ процессуальныхъ дѣйствіяхъ. }

Самостоятельность каждаго соучастника въ материальномъ отношеніи вытекаетъ изъ того, что каждый изъ нихъ осуществляетъ въ процессѣ, хотя и сообща съ другими, свое самостоятельное притязаніе, и поэтому каждый изъ нихъ можетъ вести дѣло различнымъ образомъ и съ различными послѣдствіями. Такъ соучастникъ не стѣсняется въ средствахъ ни нападенія, ни защиты. Онъ, какъ въ отдѣльномъ процессѣ, можетъ свободно распоряжаться своимъ притязаніемъ, т. е. отказываться отъ иска, принимать вызовъ на присягу, вступать въ соглашеніе и т. п. И всѣ подобныя акты будутъ имѣть значеніе только для одного его. Въ силу такого самостоятельнаго положенія въ процессѣ и самостоятельности правоотношеній отдѣльныхъ участниковъ рѣшеніе можетъ имѣть различный характеръ для каждаго соучастника; такъ, если одинъ изъ соучастниковъ согласится на присягу, а другіе—нѣтъ, то при всемъ единствѣ фактическаго основанія иска судебнымъ рѣшеніемъ первый выиграетъ процессъ, а вторые проиграютъ его. 2 / 1

Но положеніе, что процессуальныя дѣйствія или упущенія одного изъ соучастниковъ не могутъ служить ни въ пользу, ни во вредъ другому соучастнику, не имѣетъ applicаціи въ тѣхъ случаяхъ, когда между защищаемымъ въ процессѣ самими правоотноше-

ніями лежить матеріально правовая общность, какъ при нераздѣльности предмета спора, солидарности спорнаго правоотношенія ¹⁾; въ этихъ случаяхъ, подобно какъ въ гражданскомъ такъ и въ процессуальномъ правѣ, фактъ проявившійся для правоотношенія одного соучастника оказываетъ дѣйствіе для правоотношенія другихъ соучастниковъ, какъ напр. признаніе одного соучастника имѣетъ значеніе для другихъ при круговой между ними порукѣ.

Уст. гр. суд. ст. 114, 483.

Многіе процессуалисты выводятъ такое дѣйствіе изъ предполагаемаго полномочія одному соучастнику со стороны остальныхъ (см. *Planck cit.* p. 151 sq.; p. 407; *Menger cit.* p. 684, 685); это же повторяется и въ герм. уставѣ (Civ. Pr. Ordn. § 59). Но прежде всего нѣтъ ни основаній для подобнаго предположенія, а кромѣ того оно ведетъ къ крайне несправедливымъ выводамъ о правѣ произвольнаго распоряженія однимъ соучастникомъ правами другихъ (см. *Hachenburg cit.* p. 11 и слѣд.).

Начало недѣлимости процесса (*indivisibilité de l'instance*), положенное въ основу французскаго процессуальнаго права, даетъ по отношенію къ соучастию особое распространеніе послѣдствій отъ дѣйствія или упущенія одного соучастника по отношенію ко всѣмъ другимъ. См. *Нефедьевъ cit.* стр. 217—228.

Участіе третьихъ лицъ въ процессѣ (*interventio* ²⁾).

Подъ третьими лицами слѣдуетъ признавать лица (не только физическія, но и юридическія, напр. казну ³⁾), заинтересованныя въ

¹⁾ См. *Hachenburg cit.* p. 109—125.

²⁾ *Weismann*. Die Hauptintervention 1884; *Kohler* въ *Gruchots Beiträgen* Bd. 30 p. 484; *Francke*. Die Nebenparteien d. deutsch. C. P. O. etc. 1882; *Moxen*. Die sogenannte accessorische Intervention im Civ. Proz. 1864; *Iwaya Magovo*. Die rechtliche Stellung der Nebenintervenient-Streitgenossen 1891.—*Брандтъ*. Объ участіи третьихъ лицъ въ гражданскомъ процессѣ (въ Журн. гражд. и уголовн. права 1874 кв. 4); *Боровиковскій*. Отчетъ судьи (глава 2. Третьи лица въ процессѣ) 1891.

³⁾ Ст. 6—8 прил. къ ст. 15 Полож. государ. крестьянъ.

дѣлѣ, но не принимавшія въ немъ участія при самомъ началѣ дѣла ни на сторонѣ истца, ни на сторонѣ отвѣтчика ¹⁾. Они вступаютъ въ дѣло, завязавшееся между другими лицами, чѣмъ отличаются отъ тяжущихся, и принимаютъ участіе въ процессѣ не съ цѣлью защищать въ немъ чужія права, а въ своемъ интересѣ, чѣмъ они отличаются отъ представителей тяжущихся ²⁾.

Участіе третьяго лица въ процессѣ, или interventio, можетъ основываться на заявленіи имъ собственнаго притязанія на вещь или право, о которыхъ идетъ споръ между тяжущимися, и притомъ въ полномъ составѣ или въ части. Въ этихъ случаяхъ третье лицо — самостоятельная сторона въ процессѣ, и участіе его носитъ названіе главной интервенціи, interventio principalis ³⁾. Въ другихъ случаяхъ третье лицо только поддерживаетъ, въ собственномъ же интересѣ, одну изъ главныхъ сторонъ, съ цѣлью способствовать ей побѣдѣ, и такое участіе называется акцессорной интервенціей, interventio accessoria ⁴⁾.

Уст. гр. суд. ст. 665: Третье лицо, заявляющее на спорное имущество свои особенныя права, независимыя отъ правъ истца или отвѣтчика....; ст. 663: Третье лицо, интересъ коего зависитъ отъ рѣшенія дѣла, въ пользу одной изъ сторонъ, можетъ.... принять въ немъ участіе совокупно съ истцомъ или отвѣтчикомъ (срав. ст. 365¹³ по прод. 91 г.). Правила о производ. суд. дѣлъ ст. 86.— Civ. Proz. Ordn. §§ 61, 63 vq.

Изъ сказаннаго слѣдуетъ, что интервенція можетъ произойти только по частной волѣ; самъ судъ не вправе вызывать участіе третьяго лица въ процессѣ. Бромъ того, участіе это можетъ быть основано какъ на заявленіи самого третьяго лица (такъ называемое вступленіе въ дѣло, interventio въ тѣсномъ смыслѣ слова), такъ и на вызовѣ одной изъ тяжущихся сторонъ (такъ назыв. привлеченіе къ дѣлу, litis denuntiatio). Въ последнемъ случаѣ можетъ

¹⁾ *Малышевъ*. Курсъ стр. 192.

²⁾ *Брандтъ* cit. стр. 142.

³⁾ Hauptintervention.

⁴⁾ Nebenintervention.

получиться только акцессорная интервенція, которая при извест-ныхъ условіяхъ соединяется съ наименованіемъ третьяго лица, какъ главнаго отвѣтчика (такъ назыв. *nominatione auctoris*).

Основанія участія третьяго лица въ процессѣ. Однимъ изъ общихъ правовыхъ началъ признано, что права третьихъ лицъ, не участвующихъ въ дѣлѣ, не могутъ быть нарушены.

Res inter alios acta aliis nec nocet, nec prodest L. 1 — 3 C. 7, 60. — Сюда не относятся положенія ст. 188, 795 Уст. гр. суд.

По какимъ же основаніямъ допускается участіе третьяго лица въ процессѣ, незатрогивающемъ его правъ? Хотя данный процессъ и не разрѣшаетъ правъ третьяго лица, неучаствующаго въ дѣлѣ, но послѣдствіями своими онъ можетъ вредно отразиться на правовыхъ „интересахъ“ третьяго лица, лишая его возможности фактическаго осуществленія права, открывая возможность осуществленія противъ него права одного изъ участниковъ процесса, и т. п.

Уст. гр. суд. ст. 663: Третье лицо, интересъ коего зависитъ отъ рѣшенія дѣла... Точнѣе выражено въ ст. 86 Правилъ о произв. суд. дѣлъ: Третье лицо, интересы котораго могутъ потерпѣть ущербъ отъ рѣшенія дѣла... }

Такъ, главной интервенціей предупреждается не нарушеніе права третьяго лица, а затрудненіе или даже невозможность позднѣйшаго осуществленія этого права должнымъ образомъ, когда, напр., вещь будетъ отсуждена истцу, отъ котораго дѣйствительному собственнику будетъ затруднительно, или даже невозможно, ее добыть.

Кромѣ того, законодательный мотивъ допущенія главной интервенціи заключается въ стремленіи уменьшить число процессовъ и устранить возможность противорѣчивыхъ рѣшеній суда ¹⁾.

Какъ со стороны интереса интервенента, такъ и суда, подобное вступленіе третьяго лица лишь разрѣшается закономъ, но никогда не вынуждается, — необходимой главной интервенціи не бываетъ. Самостоятельныя притязанія третьяго лица по предмету дан-

¹⁾ *Weismann cit.* p. 22.

наго судебного спора могутъ быть заявлены и проведены въ особомъ процессѣ.

Акцессорная интервенція допущается въ виду возможнаго вліянія даннаго процесса на послѣдующія правоотношенія между третьимъ лицомъ и стороною. Тагъ, исходъ даннаго процесса можетъ послужить основаніемъ къ исковому требованію проигравшей стороны къ третьему лицу, какъ напр къ требованію объ очисткѣ въ случаяхъ отсужденія собственности по спорной вещи, къ обратному требованію цессіонарія съ цедента, и т. п., т. е. вообще — къ регрессу въ обширномъ смыслѣ слова. Это право стороны на регрессъ къ третьему лицу и составляетъ основаніе его заинтересованности въ процессѣ, въ силу какового основанія ему открывается право вступить въ чужой процессъ и тѣмъ предотвратить возможные отъ него послѣдствія для его правовыхъ интересовъ. Это же право регресса служитъ основаніемъ и для привлеченія тягущимся третьяго лица къ процессу ¹⁾.

Но и такое участіе третьяго лица въ процессѣ не можетъ быть обязательнымъ для него. Процессъ этотъ — чужой для него; не можетъ, поэтому, нарушить его правъ. Ему лишь представляется возможность устранить убыточные для него послѣдствія этого процесса, но во всякомъ случаѣ онъ можетъ самостоятельно защищать свои права въ будущемъ процессѣ. Отказываясь вступить въ процессъ по собственному побужденію, или по привлеченію, третье лицо беретъ на себя возможные послѣдствія для своихъ правовыхъ интересовъ, ограждать которые можетъ въ самостоятельномъ процессѣ.

Природа главной интервенціи. Притязаніе заявляемое главнымъ вступившимъ должно находиться въ извѣстномъ отношеніи къ притязанію, заявленному въ первомъ искѣ. Интервеніентъ предъявляетъ притязаніе на принадлежность ему вещи или права, на что

¹⁾ *Боровиковскій* сіт. стр. 122.— По германскому законодательству прямого привлеченія третьяго лица не признано; извѣщеніе о спорѣ служитъ только средствомъ вызвать вступленіе третьяго лица въ процессъ (*Gaupp. Komm. z. Civilpr. Ordn.* 1 p. 146, 147).

до того было заявлено притязаніе перваго истца къ опредѣленному отвѣтчику ¹⁾. Только при такой тѣсной связи иска съ другимъ допущается совмѣстное ихъ разсмотрѣніе ²⁾ (см. ниже). Затѣмъ, притязаніе главнаго интервеніента представляется особымъ отъ притязаній какъ истца, такъ и отвѣтчика, а поэтому оно можетъ быть заявлено какъ противъ того или другого тяжущагося, такъ и противъ ихъ обоихъ вмѣстѣ.

Уст. гр. суд. ст. 665. Срав. Civ. Proc. Ordn. § 61:....
противъ обѣихъ сторонъ....

Во всякомъ же случаѣ цѣль главной интервенціи — вызвать дѣйствительное рѣшеніе противъ *обѣихъ* сторонъ перваго процесса. Если бы притязаніе перваго истца было бы уже осуществлено, т. е. если бы онъ уже получилъ вещь, или ему выполнено было требованіе на нее (напр. найма), то притязаніе третьяго лица и осуществленіе этого притязанія могло бы быть проведено лишь въ особомъ самостоятельномъ производствѣ по его иску противъ бывшаго истца. Чтобы избѣжать этого третьему лицу предоствляется право искать не только на отвѣтчикѣ, но и на истцѣ въ теперешнемъ процессѣ между ними.

Тутъ дѣло будетъ въ заявленіи самостоятельнаго права третьяго лица, права оспариваемаго самимъ фактомъ иска первоначальнаго истца. Поэтому такое заявленіе будетъ направлено собственно противъ истца одного, но въ результатѣ признанія права третьяго лица — и противъ отвѣтчика, хотя бы къ фактическому измѣненію отношенія на сторонѣ послѣдняго третье лице не стремилось. Поэтому объ обращеніи главной интервенціи противъ одного истца можно говорить только ограниченно. Срав. *Боровиковскій cit.* стр. 194—197.

При спорѣ объ одномъ и томъ же правѣ только одинъ изъ истцовъ можетъ быть дѣйствительно управомоченнымъ. Споръ идетъ между истцами и между отвѣтчикомъ и истцами съ другой стороны.

¹⁾ *Weismann cit.* p. 23 sq.

²⁾ Уст. гр. суд. ст. 571 п. 2; ст. 576 п. 1.

Такимъ образомъ интервеніентъ требуетъ признанія своего права }
и противъ отвѣтчика и противъ перваго истца.

Въ тѣхъ случаяхъ, когда самостоятельное право третьяго лица совмѣстимо съ правомъ истца, не сталкивается съ нимъ (напр. третье лицо ищетъ части наслѣдства, но не той, на какую претендуетъ истецъ), то едва ли тутъ дѣло идетъ объ интервенціи, о третьихъ лицахъ, какъ думаетъ г. *Боровиковскій* (cit. стр. 190—194). Тутъ имѣется чистый видъ соучастія въ искѣ (см. выше).

Первоначальные истецъ и отвѣтчикъ будутъ оба, въ качествѣ отвѣтчиковъ по интервенціи третьяго лица, въ положеніи соучастниковъ, ибо тутъ имѣется существенный признакъ всякого соучастія въ спорѣ, а именно нѣсколько лицъ въ положеніи одной и той же тяжущейся стороны въ формально единомъ производствѣ, — и всѣ выгоды такого соучастія будутъ на сторонѣ интервеніента, который однимъ искомъ осуществляетъ свое право противъ обѣихъ отвѣтчиковъ ¹⁾. Первоначальный истецъ, при главной интервенціи, не можетъ разсматриваться за акцессорнаго интервеніента; онъ — сторона, а не пособникъ стороны. Исковое притязаніе направлено противъ него совсѣмъ одинаково, какъ и противъ первоначальнаго отвѣтчика. Не могутъ разсматриваться, въ процессѣ по интервенціи, первоначальные тяжущіеся и за противниковъ ²⁾. Такимъ образомъ по всѣмъ признакамъ они будутъ соучастниками ³⁾.

2) Правовое положеніе въ процессѣ акцессорнаго интервеніента ⁴⁾. Акцессорный интервеніентъ вступаетъ въ процессъ съ цѣлью поддержать одну изъ сторонъ и тѣмъ, въ собственномъ правовомъ интересѣ, способствовать ея побѣдѣ. Такимъ образомъ акцессор-

¹⁾ *Weismann* cit. p. 99.

²⁾ *Weismann* cit. p. 105—107.

³⁾ *Civ. Proz. Ordn.* § 690 Abs. 2.

⁴⁾ Кромѣ выше cit. пособій см. еще: *Schultze*. Die rechtliche Stellung des sog. Nebenintervenienten im Rechtsstreite (въ *Zeitschr. für dtsh. Civ. Pr.* 1880 Bd. 2, 30); *Canstein*. Die Stellung des Nebenintervenienten nach der C. P. O. (ibid. 1885 Bd. 8 p. 217 sq.).

ный интервеніентъ — только пособникъ стороны ¹⁾, выступающій во имя собственнаго права и отъ собственнаго имени ²⁾. Лично онъ стоитъ внѣ процессуальнаго отношенія между сторонами; онъ только присоединяется къ процессу ради оказанія помощи одной изъ сторонъ въ ея судебной борьбѣ (*causae adesse* ³⁾), лишь съ цѣлью поддержать ее передъ судомъ и совѣтомъ и соответствующими заявленіями. Такое вступленіе не есть замѣна тяжущагося третьимъ лицомъ; стороны въ процессѣ остаются прежнія. Акцессорный интервеніентъ никогда не становится стороною, ни соучастникомъ стороны, ибо въ процессѣ только замѣнанъ его интересъ; право же его не поставлено на рѣшеніе, которое, поэтому, не можетъ быть обращено на него, хотя и можетъ имѣть значеніе для его интересовъ.

Этимъ общимъ правовымъ положеніемъ опредѣляются всѣ права акцессорнаго интервеніента въ процессѣ.

Съ такимъ правовымъ положеніемъ акцессорнаго интервеніента многіе теоретики несогласны. Одни считаютъ его за соучастника, а слѣдовательно—за сторону въ процессѣ; другіе—за законнаго представителя стороны во имя собственнаго права. Но съ обоими этими воззрѣніями согласиться нельзя. Стороною (dominus litis) акцессорный интервеніентъ не можетъ быть уже потому, что процессъ, въ который онъ вступаетъ,—не его процессъ, а процессъ первоначальныхъ сторонъ; спорное право, осуществляемое въ этомъ процессѣ,— не его право, а право первоначальныхъ сторонъ. Изъ этого очевидно, что акцессорнаго интервеніента никакъ нельзя считать за непосредственно участвующее въ процессѣ лице. Не будетъ акцессорный интервеніентъ и представителемъ стороны по той общей причинѣ, что вступленіе его вызывается собственнымъ его правовымъ интересомъ; поэтому исходъ процесса въ извѣстномъ отношеніи имѣетъ значеніе и для интервеніента, а не только для стороны. См. *M. Iwaya cit.* p. 10—13.

¹⁾ Streitgehilfe.

²⁾ *Wach.* Handbuch 1 p. 615.

³⁾ *Brissonius v. adesse.*

Иногда дѣлать *interventio assessoria* на пособляющую, — когда интервеніентъ вмѣстѣ съ стороною стремится къ побѣдѣ въ процессѣ, — и на контролирующую, — когда интервеніентъ слѣдитъ, чтобы стороною не было сдѣлано упущеній, или чтобы она не могла войти въ стачку съ противной стороною (см. *Heyssler* въ *Grünhut's Zeitschr.* 2, 78). Но такое дѣленіе правового значенія не имѣетъ, ибо въ обоихъ случаяхъ положеніе интервеніента въ процессѣ одно и тоже (*Ullmann. Oest. Civilpr.* p. 101).

Исходъ даннаго процесса можетъ интересовать третье лице въ томъ смыслѣ, что оно ожидаетъ отъ него установленія правоотношенія, въ которомъ стоитъ къ одной изъ судебныхъ сторонъ ¹⁾. Такъ, напр., легатарій заинтересованъ въ спорѣ между наследниками по завѣщанію и по закону о признаніи завѣщанія, отъ котораго признанія зависитъ дѣйствительность отказа; не менѣе заинтересованъ продавецъ, обязанный къ очисткѣ, въ спорѣ о правѣ собственности на купленную у него вещь; заинтересованъ поручитель въ спорѣ главнаго должника съ кредиторомъ; и т. д. ²⁾. Поэтому усилія акцессорнаго интервеніента должны быть направлены на оказаніе помощи той сторонѣ, побѣда которой причинитъ ему выгоду, или устранить отъ него вредъ. Съ другой стороны, такъ какъ вступленіе третьяго лица совершается въ собственномъ правовомъ интересѣ этого третьяго лица, то участіе его въ процессѣ можетъ наступить и по мимо воли того, за котораго онъ вступается.

Для избѣжанія обратнаго требованія онъ можетъ вступить и на сторону истца, и на сторону отвѣтчика. Но онъ можетъ, въ формѣ вступленія, защитить свое самостоятельное право, напр. право собственности, и тогда, конечно, онъ можетъ вступить только на сторонѣ отвѣтчика, добиваясь лишь отказа истцу въ искѣ.

Одно и тоже гражданско-правовое отношеніе, которое побуж-

¹⁾ Отсюда это третье лице называется въ римскихъ источникахъ „*is, cujus interest*“ (L. 4 § 2 D. 49, 1; L. 2 § 1 D. 49, 4; L. 1 pr. D. 49, 5).

²⁾ См. *Wetzell. Civilpr.* p. 48, 49.

дасть третье лице вступить въ дѣло, можетъ служить основаніемъ для привлеченія третьяго лица къ дѣлу ¹⁾ (*litis denuntiatio* ²⁾).

Привлеченіе третьяго лица предоставлено прежде всего отвѣтчику, но на это имѣетъ право также и истецъ.

Уст. гражд. суд. ст. 653, 654; Прав. о произв. суд. д. ст. 85.

Мало того, одновременно обѣ стороны могутъ привлекать одно и тоже третье лице, но, конечно, оно не можетъ быть пособникомъ обѣихъ сторонъ, а должно примкнуть къ одной изъ нихъ, притязаніе которой будетъ считаться болѣе справедливой.

Привлеченіе совершается всегда лишь въ охрану правъ привлекающаго къ третьему лицу, т. е. единственнымъ его основаніемъ служитъ возможность обратнаго требованія (регрессъ) привлекающаго къ третьему лицу ³⁾.

Уст. гр. суд. ст. 659:просившій о ... привлеченіи, можетъ ходатайствовать предъ судомъ объ обезпеченіи своего обратнаго требованія на призываемомъ лицѣ.

Поэтому мыслимо привлеченіе, напр., въ случаѣ предъявленія иска о собственности къ купившему отъ третьяго лица, на основаніи обратнаго къ нему требованія объ очисткѣ; въ случаѣ предъявленія иска на уплату по уступленному обязательству, при отказѣ отвѣтчика удовлетворить истца, — на основаніи обратнаго требованія цессіонарія къ cedentu; и т. п.

Обратное требованіе къ третьему лицу остается въ силѣ и тогда, когда не будетъ сдѣлано привлеченіе. Но послѣднее имѣетъ то значеніе, что, въ случаѣ проигрыша процесса, третье лице не можетъ обезсилить обратное требованіе ссылкой на дурное веденіе процесса самимъ обратнымъ истцомъ, уклонившимся отъ

¹⁾ См. *Fischer. Die Lehre von der Streitverkündigung überhaupt und von dem Aufrufe eines Dritten zur gerichtlichen Vertretung insbes. 1843.*

²⁾ Appel en garantie.

³⁾ *Боровиковскій cit. стр. 123—129.*

помощи его третьяго лица. Такимъ образомъ привлеченіемъ третьяго лица къ дѣлу предупреждается, на случай потери процесса, одно изъ возраженій, могущихъ обезсилить обратное требованіе.

Третье лицо, отвѣтившее на привлеченіе, не замѣняетъ собою привлекающаго; ни отъ него, ни ему въ процессѣ нельзя чего либо присудить ¹⁾. Данный процессъ — не его процессъ. Слѣдовательно и тутъ какъ при вступленіи онъ будетъ только пособникомъ привлекающей его стороны. Поэтому же если третье лицо не можетъ быть пособникомъ въ борьбѣ одной стороны съ другой, не имѣя прикосновенія къ правоотношенію между тяжущимися, то какъ вступать ему въ процессъ, такъ и привлекать его къ процессу нельзя, хотя бы проигрышъ процесса и могъ вести къ обратному на него требованію, въ силу самостоятельнаго отношенія къ одному изъ тяжущихся, напр, по принятому на себя третьимъ лицомъ риску за исходъ процесса ²⁾.

Исслѣдованіе правового интереса, по которому предполагается вступленіе третьяго лица въ дѣло, и составляетъ назначеніе особаго производства, въ концѣ котораго дѣлается опредѣленіе о допущеніи или о недопущеніи третьяго лица къ дѣлу.

Уст. гр. суд. ст. 653, 654, 658, 663, 664.—Civ. Proz. Ordn. § 68 Abs. 3.

Изъ положенія акцессорнаго интервеніента, какъ помощника стороны, вытекають слѣдующія начала для его участія въ процессѣ.

Третье лицо—помощникъ можетъ вступить въ дѣло во всякомъ его положеніи, даже тогда, когда оно производится уже во второй инстанціи.

Уст. гр. суд. ст. 663. — Только срокъ привлеченія третьяго лица ограниченъ (ст. 653, 654), ибо этотъ актъ, будучи въ интересѣ одной стороны, нарушаетъ правильный ходъ процесса.

Но интервеніентъ обязанъ принимать процессъ такимъ, какимъ онъ его при вступленіи найдетъ; онъ не имѣетъ права да-

¹⁾ Уст. гр. суд. ст. 661.

²⁾ Боровиковскій cit. стр. 138.

вать ему вполнѣ или отчасти обратнаго значенія, т. е. онъ не можетъ возвращаться къ вопросамъ уже законченнымъ, какъ напр. пропущенные стороною сроки, вступленіемъ третьяго лица, не становляются.

Затѣмъ, интервеніентъ не можетъ предпринимать дѣйствій, которыя могли бы вредить сторонѣ. Такъ, пропускъ сроковъ, признаніе, отказы, соглашенія и тому подобныя акты акцессорнаго интервеніента не имѣютъ для стороны значенія. Какъ помощникъ, онъ долженъ вообще соображаться съ волею стороны въ томъ смыслѣ, что обязанъ воздерживаться отъ дѣйствій, на которыя встрѣчаетъ отъ нея возраженія, не становится въ противорѣчіе съ ея заявленіями. Распорядителемъ процесса остается сторона, которая поэтому можетъ прекратить его, вступить въ мировое соглашеніе и третье лицо не можетъ этому противодѣйствовать. Наконецъ, сторона привлекающая третье лицо можетъ вовсе отказаться отъ его содѣйствія. Но въ послѣднемъ случаѣ третье лицо имѣетъ право вступить само въ процессъ, когда послѣднимъ затрогиваются его интересы. Какъ помощникъ, третье лицо не можетъ предпринимать дѣйствій, выходящихъ изъ области пособничества, какъ напр. принимать уплаты, приводить рѣшенія въ исполненіе и т. п.

Съ другой стороны, такъ какъ третье лицо вступаетъ въ процессъ во имя собственнаго интереса, то ему должны быть открыты всѣ средства защиты правъ, какія имѣютъ стороны, участвующія въ дѣлѣ. Такъ, третье лицо, явившееся къ сроку въ судъ, допускается къ обозрѣнію всѣхъ актовъ производства, къ письменнымъ объясненіямъ и къ словесному состязанію въ качествѣ участвующаго въ дѣлѣ.

Уст. гр. суд. ст. 660.

Вступившій имѣетъ въ общемъ право на всѣ процессуальныя дѣйствія, которыя требуются для защиты права данной стороны: предъявлять отводы¹⁾, частныя жалобы, доказательства.

¹⁾ Но только не тѣ отводы, которые выгодны лично одному отвѣтчику и не касаются интересовъ третьяго лица, какъ напр. отводъ по неподсудности по мѣсту жительства отвѣтчика.

лице имѣть право и на самостоятельныя заявленія, отдѣльно отъ стороны, если подозрѣваетъ, что послѣдняя не честно ведетъ дѣло. Мало того, если дѣйствія стороны будутъ нарушать его самостоятельныя права, во имя которыхъ онъ вступилъ въ процессъ на сторону отвѣтчика, то, не смотря даже на возраженія, вступившій имѣть право на акты, обезсиливающіе эти дѣйствія. Такъ, онъ можетъ подать апелляціонную жалобу, хотя бы сторона согласилась съ рѣшеніемъ, не признавать соглашенія, нарушающаго его интересы ¹⁾, какъ напр. если сторона признаетъ долгъ въ ббльшей суммѣ, чѣмъ была въ дѣйствительности должна, а третье лицо отвѣчаетъ, въ качествѣ поручителя, за весь долгъ ²⁾. Однимъ словомъ, хотя акцессорный интервеніентъ и служитъ цѣлямъ стороны, но онъ свободенъ въ выборѣ и употребленіи средствъ.

Въ нашемъ законодательствѣ ученіе о третьемъ лицѣ — помощникѣ не развито вовсе (см. Уст. гражд. суд. ст. 663), Восполняетъ этотъ недостатокъ практика (Касс. рѣш. 1874 N 226; 1877 N 51; 1878 N 5).

Въ германскомъ уставѣ различаютъ несамостоятельную и самостоятельную акцессорную интервенцію. Первая (Civ. Proz. Ordn. § 63) будетъ собственно пособничествомъ, отдѣльные акты котораго не должны совершаться въ противорѣчій съ заявленіями стороны (Civ. Proz. Ordn. § 64). Вторая же названа самимъ закономъ соучастіемъ (Civ. Proz. Ordn. § 66) и обнимаетъ тѣ случаи, когда акцессорный интервеніентъ можетъ совершать дѣйствія вопреки воли стороны, а именно, когда рѣшеніе по главному процессу можетъ отражаться на правоотношеніи интервеніента къ процессуальному противнику. Но и въ этихъ случаяхъ считать интервеніента стороной нельзя по тѣмъ же причинамъ, какія приложимы для всякой акцессорной интервеніенціи; право самостоятельныхъ отъ стороны дѣйствій дѣлаетъ третье лицо, лишь съ этой стороны, въ глазахъ противника соучастникомъ тяжущагося. *Iwaaya cit.* p. 48 — 71.

¹⁾ *Mazen cit.* § 22; *Боровиковскій cit.* стр. 177, 178.

²⁾ *Iwaaya cit.* p. 23—25.

Nominatio (laudatio) auctoris ¹⁾.

Вещные иски, какъ напр. о правѣ собственности (reivindicatio), могутъ быть предъявляемы противъ всякого фактически обладающаго вещью (detentor rei). Если же отвѣтчикъ держитъ вещь отъ чужаго имени, отъ имени настоящаго юридическаго владѣльца, — напр. по найму отъ него, по ссудѣ (commodatum, precarium), по поклажѣ, по узуфрукту, по залогу, секвестру, — то онъ можетъ и не имѣть никакого интереса въ исходѣ спора и даже долженъ желать вовсе освободиться отъ веденія процесса. Но такъ какъ въ обязанности возвратитъ вещь тому, отъ котораго она получена, содержится и обязанность ее защищать отъ претензій всѣхъ другихъ, то держатель вещи долженъ вызвать своего патрона на защиту его права. Съ этою цѣлью отвѣтчикъ дѣлаетъ въ судѣ заявленіе, что владѣетъ вещью отъ чужаго имени и, вмѣстѣ съ тѣмъ, называетъ лице, отъ имени котораго владѣетъ, для привлеченія его къ дѣлу. Такое привлеченіе носитъ названіе nominatio, или laudatio auctoris ²⁾, наименованія патрона. Если отвѣтчикъ не сдѣлаетъ даннаго заявленія и патронъ не будетъ извѣщенъ объ искѣ, то, въ силу правовыхъ отношеній между патрономъ и держателемъ вещи, послѣдній рискуетъ быть присужденнымъ къ вознагражденію перваго въ случаѣ проигрыша процесса, когда будетъ доказано, что патронъ своими лучшими свѣдѣніями фактическаго положенія могъ вызвать отказъ въ искѣ. Съ другой стороны, если указанное отвѣтчикомъ лице не отвѣтитъ, въ опредѣленный срокъ, на вызовъ или, явись, будетъ отрицать заявленіе

¹⁾ *Wirsing*. Ueber das Wesen und die process. Natur der nominatio auctoris nach gemeinem Rechte 1848; *Bolzano*. Gesammelte Abhandlungen aus dem Gebiete des gemein. deutsch. Civ. Proz. 1869 p. 1—11; *Kannengiesser*. Ein Beitrag zur Lehre von der nominatio auctoris 1878.

²⁾ Данный институтъ развитъ на Западѣ на основѣ L. 3 C. ubi in rem 3, 19. Срав. *Wieding*. Der justinian. Libell. proz. p. 630.

ответчика, то последний вправе освободить себя от иска, удовлетворив требование истца. Но ответчик может в этих случаях также вступить в ответъ, когда по отношенію къ вещи, владѣемой имъ отъ чужаго имени, онъ заявляетъ свое самостоятельное право или вообще какой либо интересъ правовой ¹⁾. Тутъ онъ ведетъ процессъ какъ сторона и въ этотъ процессъ поименованный патронъ можетъ вступить какъ аксессуарный интервеніентъ, въ помощь ответчику, или какъ главный интервеніентъ. Если же указанное ответчикомъ лице признаетъ заявленіе ответчика правильнымъ, то можетъ заступить его мѣсто въ веденіи тяжбы ²⁾; при условіи, что ответчикъ дастъ на то свое согласіе. При несогласіи ответчика выступить изъ процесса последний продолжается противъ него, тоже если указанное лице не пожелаетъ само вступить въ процессъ, не смотря на данный отзывъ, а вмѣстѣ ответчикъ не соглашается удовлетворить исковой претензіи. Согласіе истца на замѣну ответчика указаннымъ имъ лицомъ, по правилу, не требуется; но оно необходимо, если притязаніе истца къ ответчику независимо отъ одного его владѣнія отъ чужаго имени, напр. если вмѣстѣ съ искомъ на выдачу вещи къ ответчику предъявляется личное притязаніе на вознагражденіе за причиненный владѣніемъ убытокъ. Съ освобожденіемъ ответчика отъ иска состоявшееся по дѣлу рѣшеніе суда имѣетъ, однако, по отношенію къ спорной вещи, находящейся во владѣніи ответчика, обязательную силу и для него.

Такимъ образомъ *nominatio auctoris* заключается прежде всего въ указаніи на недостатокъ пассивной легитимации, т. е. что искъ вчиненъ не противъ надлежащаго ответчика, а затѣмъ въ наименованіи настоящаго ответчика, какъ владѣльца вещи. Если последнее не будетъ доказано, то возражающій (номинантъ) остается ответчикомъ по иску ³⁾.

¹⁾ Св. зак. т. X ч. 1 ст. 531. Касс. рѣш. 1880 N 235 (арендаторъ).

²⁾ *Canstein. Lehrbuch* 1 p. 454.

³⁾ *Menger* въ *Grünhut's Zeitschr.* 1880 Bd. 7 p. 703. Ср. *Gaupp. Comment. z. Civilpr.* 1 p. 177.

Nominatio auctoris допустимо только при вещных исках¹⁾, для исковъ же изъ обязательственныхъ отношеній оно не приложимо. Такъ, если отвѣтчикъ возражаетъ по иску изъ договора, ссылаясь на то, что онъ заключилъ данный договоръ отъ имени третьяго лица, то это основаніе защиты будетъ процессуально разсматриваться какъ всякое другое возраженіе по дѣлу²⁾.

Такой отводъ съ наименованіемъ настоящаго отвѣтчика не противенъ и нашему законодательству; хотя прямо онъ предусмотрѣнъ только для губерній прибалтійскихъ и отчасти для Царства Польскаго.

Уст. гражд. суд. ст. 1836 — 1839 (по прод. 90 г.); Гражд. Кодексъ ст. 1727, 1768. Ср. Уст. гр. суд. ст. 69 пп. 3, 4; 571 пп. 3, 4.—Civ. Proz. Ord. § 73.

Нѣкоторые наши процессуалисты (*Гольмстенъ*. Принципы тождества въ граждан. процессѣ 1884 стр. 147) полагаютъ, что по нашему законодательству нельзя во все признать *nominatio auctoris*, какъ его понимаютъ западныя законодательства, что у насъ извѣстенъ только простой отводъ безъ указанія надлежащаго отвѣтчика, т. е. что у насъ ненадлежащій отвѣтчикъ только отклоняетъ отъ себя отвѣтъ и заявленіе его не поставлено въ связь со вступленіемъ надлежащаго отвѣтчика. — По мнѣнію же другихъ (*Побѣдоносцевъ*. Руководство тез. 632), наоборотъ, требуется, чтобы въ заявленіи отвѣтчика сохранилось опредѣлительное указаніе на другого отвѣтчика, который, по мнѣнію предъявителя отвода, долженъ отвѣчать по иску. — Сенатская практика явно склоняется къ тому положенію, чтобы по вещнымъ искамъ привлекались къ отвѣту настоящіе юридическіе владѣльцы, а не ихъ арендаторы и тому подобные представители ихъ правъ (Касс. рѣш. 1875 г. N 309; 1878 г. N 194). По Касс. же рѣш. 1870 г. N 572 отводъ по 3 п. 571 ст. Уст. гр. суд. не можетъ быть сдѣланъ „безъ указанія другаго отвѣтчика, къ которому искъ долженъ относиться“.

¹⁾ *Wetzell*. Civilpr. p. 57.

²⁾ *Menger* cit. p. 704.

Представительство въ процессѣ.

19/14
255

Подъ представителями въ процессѣ разумѣются тѣ лица, которыя въ силу полномочія, основаннаго на довѣренности или на законѣ, заступаютъ тяжущуюся сторону въ веденіи процесса такъ, что дѣйствуютъ отъ имени представляемаго. Замѣстительства въ процессѣ современные законодательства не допускаютъ. Теперь ¹⁾ нельзя вести процесса отъ собственнаго имени съ тѣмъ, чтобы послѣдствія его пали на другое лицо, на принципала.

Французы выразили запрещеніе такого замѣстительства въ поговоркѣ: nul ne plaide par procureur (*Garsonnet. Traité* 1 p. 481). Происхожденіе поговорки см. у *Ferrière. Dictionn. de droit v. Plaider par procureur.*

Процессуальныхъ представителей слѣдуетъ отличать отъ судебныхъ пособниковъ ²⁾, т. е. такихъ лицъ, которыя являются съ тяжущимся или съ его представителемъ передъ судомъ, чтобы въ устной рѣчи поддержать сторону и сдѣлать заявленія, которыя, для этой цѣли, они признаютъ нужными или полезными. Пособникъ не заслоняетъ собою стороны, которая допускается къ слову рядомъ съ нимъ ³⁾. Различіе между судебнымъ представительствомъ и пособничествомъ извѣстно большинству западныхъ законодательствъ ⁴⁾ Техническое обозначеніе пособниковъ — адвокаты. У насъ признано только судебное представительство и адвокатура въ собственномъ смыслѣ слова неизвѣстна.

У Основаніями для процессуальнаго представительства можетъ служить или полномочіе отъ тяжущейся стороны, довѣренность, — представительство добровольное, по довѣренности, договорное, —

¹⁾ Въ римскомъ правѣ извѣстно было замѣстительство. *Азаревичъ. Система римскаго права т. 1 стр. 227—233.*

²⁾ Понятіе представительства и пособничества см. *Азаревичъ. Система рим. права т. 1 стр. 220—234.*

³⁾ *Hellmann. Civilproz. p. 260.*

⁴⁾ См. выше стр. 320—325.

или постановленіе самого закона ¹⁾, — представительство обязательное, по закону.

Повѣренными не могутъ быть слѣдующіе разряды лицъ:

Уст. гражд. суд. ст. 45. ²⁴⁶ Прав. о произв. суд. дѣлъ ст. 8.

Въ общихъ судахъ, но не въ мировыхъ и въ новыхъ судахъ по законамъ 1889 г., не могутъ быть повѣренными лица неграмотныя, т. е. вовсе не умѣющія читать и писать по русски ²⁾. Не допускаются такія лица въ повѣренныя, какъ несвѣдующія и неопытныя въ порядкѣ процесса.

По тѣмъ же причинамъ не могутъ быть повѣренными несовершеннолѣтніе, т. е. недостигшіе 21 года, хотя бы они состояли на государственной службѣ ³⁾ или въ числѣ помощниковъ присяжныхъ повѣренныхъ ⁴⁾.

Монашествующіе не могутъ быть повѣренными по довѣренности, какъ лица вышедшія изъ міра и поэтому лишеныя права вступать въ какіе либо договоры, а въ томъ числѣ и въ договоръ довѣренности. Но затѣмъ монахамъ разрѣшается представительство за свои монастыри и обители ⁵⁾.

Не разрѣшается быть повѣренными по довѣренности и священнослужителямъ, въ огражденіе ихъ высокаго сана ⁶⁾. Но они, кромѣ представительства за своихъ домочадцевъ (жены и дѣтей), могутъ ходатайствовать по дѣламъ духовнаго вѣдомства и за питомцевъ, находящихся у нихъ на попеченіи ⁷⁾.

Оба предъидущія правила относятся къ монашествующимъ

¹⁾ Срав. *Гольмстенъ*. Учебникъ стр. 93.

²⁾ Мотивы Госуд. Сов. (Уст. гр. суд. изд. Гос. Канц. стр. 135 — 137).

³⁾ Ср. *Гордонъ*. Представительство въ гражд. правѣ стр. 301 и *Исаченко*. Гражд. проц. 1, 2 стр. 342, 343.

⁴⁾ Рѣш. касс. 1873 N 1490. Ср. Гражд. Код. ст. 1990.

⁵⁾ См. *Гольмстенъ*. О договорномъ представительствѣ въ гражд. судѣ до и послѣ закона 25 мая 1874 г. (въ Журн. гр. и уг. права 1890 кн. 3 стр. 78, 79).

⁶⁾ Сводъ зак. т. IX стр. 379.

⁷⁾ *Гольмстенъ* cit. стр. 78, 79.

и священнослужителямъ однихъ христіанскихъ вѣроисповѣданій ¹⁾ и не распространяются, напр., на еврейскихъ раввиновъ ²⁾.

Не могутъ быть повѣренными несостоятельныя, но лишь до опредѣленія свойства ихъ несостоятельности. Последняя оговорка имѣетъ то значеніе, что отъ предстоящаго опредѣленія свойства несостоятельности будетъ зависеть право несостоятельнаго пользоваться гражданскими правами или лишиться ихъ, какъ въ случаѣ объявленія его злостнымъ банкротомъ ³⁾.

Не могутъ быть ходатаями на судѣ вообще учащіеся. Мотивы такого запрещенія заключаются очевидно въ малыхъ познаніяхъ и въ малой опытности такихъ лицъ, а также въ томъ вредѣ, который право подобнаго ходатайства могло бы оказать на полноту и законченность спеціальнаго юридическаго образованія учащихся ⁴⁾. Но если учащіеся достигли совершеннолѣтія, то они могутъ ходатайствовать на судѣ отъ имени своихъ родителей, братьевъ и сестеръ.

Положеніе ст. 246 п. 6 о правѣ учащихся ходатайствовать за братьевъ и сестеръ прямо противорѣчитъ ст. 389 Учр. суд. уст. и это противорѣчіе можетъ быть объяснено лишь редакціоннымъ недосмотромъ, послѣ того какъ закономъ 25 мая 1874 г. право свободнаго представительства было ограничено (Уст. гр. суд. ст. 44, 245). Гольмстенъ на основаніи этого ограниченія по связи съ ст. 389 Учр. выводитъ заключеніе объ отмѣнѣ даннаго положенія (cit. стр. 79—81); но сравн. п. 5 ст. 8. Прав. о производствѣ суд. дѣлъ.

Не могутъ быть повѣренными на судѣ лица, состоящія подѣ опекой, къ каковымъ слѣдуетъ здѣсь отнести душевнобольныхъ (безумныхъ и сумашедшихъ), глухонѣмыхъ, нѣмыхъ и расточителей. Всѣ эти лица лишены права ходатайствовать на судѣ въ силу ограниченной собственной ихъ процессуальной дѣеспособности.

Уст. гр. суд. ст. 19, 20; т. X ч. 1 ст. 365 — 380,

¹⁾ Св. зак. т. IX ст. 339—492.

²⁾ Рѣш. Касс. 1879 N 237.

³⁾ Мотивы изд. Госуд. Канц. стр. 137, 138.

⁴⁾ Мотивы Гос. Сов. стр. 139.

381. — Сомнительно распространение этого запрещения на расточителей, ибо опека учреждается тутъ надъ имѣніемъ, а не надъ лицомъ (т. XIV о пред. и пресѣч. прест. ст. 181 — 184); почему во всѣхъ неимущественныхъ дѣлахъ, касающихся расточителей, они могутъ сами выступать въ судѣ (см. выше стр. 346); подавно, казалось бы, они могутъ ходатайствовать по всѣмъ дѣламъ постороннихъ лицъ (Исаченко. Гражд. проц. 1, 2 стр. 350).

8) Не могутъ быть представителями на судѣ члены судебныхъ установлений и чины прокурорскаго надзора. Имъ разрѣшается ходатайствовать лишь за своихъ дѣтей, родителей, сестеръ или жену, и то если дѣло производится не въ томъ судѣ, при которомъ они состоятъ, и не въ подвѣдомственныхъ ему мѣстахъ.

Право представительства данными лицами своихъ сестеръ въ виду закона 1874 г. по связи съ ст. 389 Учр. Голыстень считаетъ отменнымъ (cit. стр. 79—81). Ср. п. 7 ст. 8 Прав. о произв. суд. д.

Это запрещение быть повѣреннымъ распространяется, по рѣшенію общаго собранія кассационныхъ департаментовъ сената, на всѣхъ состоящихъ на службѣ отъ правительства, или по выборамъ, за исключеніемъ лицъ, занимающихъ почетныя или общественныя должности безъ жалованья.

Рѣш. общ. собр. кассац. департ. состоявшееся 26 ноября 1890 г. за N 33, разосланное судебнымъ мѣстамъ 30 апрѣля 1891 г.

9) Не могутъ быть представителями на судѣ отлученные отъ церкви по приговору духовнаго суда, затѣмъ, лишенные всѣхъ правъ состоянія или всѣхъ особенныхъ, лично и по состоянію присвоенныхъ правъ и преимуществъ, равно освобожденные отъ таковыхъ же наказаній силою Всемилостивѣйшаго манифеста, — а также лица, которыя, бывъ преданы суду по обвиненію въ преступленіяхъ, влекущихъ за собою потерю всѣхъ правъ состоянія или всѣхъ особенныхъ лично и по состоянію присвоенныхъ правъ и преимуществъ не оправданы судебнымъ приговоромъ. Неоправданными должно почитать лицъ, оставленныхъ судебнымъ приговоромъ въ

подозрѣніи, или же судебные приговоры о которыхъ не состоялись за прекращеніемъ дѣлъ по Всемилоствѣйшему манифесту ¹⁾).

11) Не могутъ ходатайствовать на судѣ за другихъ 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 принадлежать.

11) Въ новыхъ учрежденіяхъ не могутъ быть повѣренными состоящіе подъ гласнымъ надзоромъ полиціи, кромѣ дѣлъ, въ которыхъ они ходатайствуютъ за своихъ родителей, женъ, дѣтей, братьевъ и сестеръ.

12) Наконецъ, не могутъ быть судебными представителями всѣ тѣ лица, коимъ ходатайство по чужимъ дѣламъ воспрещено судебнымъ или дисциплинарнымъ приговоромъ, или (по новымъ учрежденіямъ) по соглашенію министровъ внутреннихъ дѣлъ и юстиціи, или распоряженіемъ министра юстиціи.

1) *Процессуальное представительство по довѣренности.* Чтобы представлять въ процессѣ другое лицо по довѣренности, требуется прежде всего право на судебную практику (такъ назыв. legitimitas ad praxin), а затѣмъ полномочіе, т. е. право на веденіе даннаго дѣла отъ имени опредѣленнаго лица (такъ назыв. legitimitas ad processum). Первое опредѣляется общими законами о судебномъ представительствѣ, а второе -- актомъ довѣренности.

Лица, которымъ можетъ быть выдана довѣренность на веденіе судебного дѣла. Исключительное право договорнаго представительства въ гражданскомъ судѣ принадлежитъ присяжнымъ и частнымъ повѣреннымъ, въ коммерческомъ судѣ — внесеннымъ въ списокъ присяжныхъ стряпчихъ. Однимъ словомъ, у насъ, какъ и въ другихъ современныхъ законодательствахъ, проводится начало такъ называемой адвокатской монополіи ²⁾.

Учр. суд. уст. ст. 387, 406¹⁾; Уст. гр. суд. ст. 44, 245; Уст. суд. торг. ст. 34; Прав. о произв. суд. дѣлъ ст. 5 пп. 3, 4.

¹⁾ Касс. рѣш. 1875 N 60 общ.; 1876 N 406.

²⁾ См. напр. въ Англіи *Schluster. Bürgerl. Rechtspf.* p. 46, 47.

Изъ этого правила допущены лишь слѣдующія изъятія. Можно уполномочивать на веденіе тяжбныхъ дѣлъ: своихъ родителей, супруговъ, дѣтей и лицъ, имѣющихъ одну общую съ доверителемъ тяжбу, или завѣдывающихъ по доверенностямъ имѣніями или дѣлами тѣхъ тяжущихся.

Учр. суд. уст. ст. 389.

По закону 1889 г. изъятія эти нѣсколько расширены. Такъ повѣренными по гражданскимъ дѣламъ въ судѣ земскихъ начальниковъ или городскихъ судей могутъ быть, сверхъ упомянутыхъ лицъ, еще родственники, усыновленные дѣти, пасынки и приемыши тяжущихся.

Прав. о произв. суд. д. ст. 5.

Представительство родственниковъ и лицъ, имѣющихъ одну общую съ доверителемъ тяжбу, имѣетъ въ своемъ основаніи тѣсную связь интересовъ повѣреннаго съ интересами доверителя. Допущеніе же къ хожденію по дѣламъ, въ качествѣ повѣреннаго, лица завѣдывающаго по доверенности имѣніями или дѣлами тяжущагося можетъ быть оправдано хозяйственной связью процессуальныхъ актовъ съ общимъ правомъ завѣдыванія. Но представительство подобныхъ лицъ легко могло вести, и въ дѣйствительности вело, къ обходу законовъ оповѣренныхъ, путемъ выдачи доверенности на фиктивное завѣдываніе имѣніями или дѣлами лицамъ не желающимъ или не могущимъ записаться въ присяжные или частные повѣренные. Поэтому сенатъ разъяснилъ, что правоспособность подобныхъ лицъ на процессуальное представительство должна, помимо отвода со стороны другаго тяжущагося, обсуждаться самимъ судомъ ex officio и опредѣляться по всѣмъ даннымъ, не только доставленнымъ заинтересованными лицами, но и собраннымъ самимъ судомъ.

Кассац. рѣш. 1878 г. N 120.

На основаніи этого права суды, напр., не должны причислять къ завѣдующимъ всѣми дѣлами тяжущагося тѣхъ лицъ, которыя уполномочены на ходатайство въ присутственныхъ мѣстахъ и у правительственныхъ лицъ судебного и административнаго вѣ-

домствѣ по всѣмъ дѣламъ, въ чемъ-либо касающимся интересовъ довѣрителя ¹⁾).

1) По самому закону къ завѣдующимъ дѣлами относятся: купеческіе приказчики перваго класса, къ числу которыхъ принадлежатъ уполномоченные и повѣренные при оптовой торговлѣ, управляющіе всѣмъ торговь хозяина, фабриками, заводами; главные фабричныя и заводскіе мастера; суперкарги на корабляхъ; надзиратели при казенныхъ подрядахъ, при перевозкѣ товаровъ и пассажировъ; управляющіе откупамъ и подрядами; управляющіе письмоводствомъ въ конторахъ; кассиры; приказчики и сидѣльцы; агенты и коммиссіонеры иностранныхъ домовъ; агенты страховыхъ обществъ. По закону 1889 г. довѣренность на веденіе дѣла у земскихъ начальниковъ и городскихъ судей можетъ быть выдана: управляющимъ, приказчикамъ, конторщикамъ, старостамъ и другимъ представителямъ хозяйственныхъ интересовъ участвующихъ въ дѣлѣ лицъ.

Уст. о пошлин. т. V св. зак. ст. 464 прилож. ст. 54, 56, 57 примѣч.; Уст. суд. торг. ст. 40 п. 2; Правила о произв. суд. д. ст. 5 п. 2.

2) Точно также на представительство въ волостномъ судѣ лицъ ему не подвѣдомственныхъ довѣренность можетъ быть выдана управляющимъ, приказчикамъ, старостамъ и другимъ лицамъ, завѣдующимъ хозяйствомъ довѣрителя.

Врем. прав. о волостн. судѣ ст. 23.

Всѣ эти лица могутъ быть снабжены хозяиномъ довѣренностями на веденіе его судебныхъ дѣлъ.

Уст. о пошлин. ст. 61.

3) Уполномоченные по договору товарищества непосредственно управлять дѣлами торговаго дома, имѣющаго известную фирму, могутъ по дѣламъ сего дома, искать и отвѣчать на судѣ, если въ договорѣ не постановлено чего либо противнаго.

Уст. гр. суд. ст. 26.

¹⁾ Касс. рѣш. 1879 г. N 18.

По дѣламъ, производящимся у мировыхъ судей, можетъ быть уполномочено всякое постороннее лицо, неимѣющее свидѣтельства на судебную практику, но не болѣе какъ по тремъ дѣламъ въ теченіе года въ предѣлахъ того же мирового округа. Эти лица должны удовлетворять всѣмъ остальнымъ условіямъ, необходимымъ для частныхъ повѣренныхъ, и подлежать надзору мирового съѣзда.

Учр суд. уст. ст. 406¹⁸.

Въ коммерческихъ судахъ сверхъ стряпчихъ, состоящихъ въ спискѣ суда, допускаются къ хожденію по дѣламъ частныхъ лицъ, безъ внесенія въ списокъ, купцы производящіе торговлю, если притомъ они не занимаются этимъ дѣломъ по другимъ судебнымъ мѣстамъ, какъ промысловъ.

Уст. суд. торг. ст. 40 п. 1.

Въ волостномъ судѣ лица, подвѣдомственные ему, могутъ замѣнять себя представителями изъ числа своихъ родныхъ, домашнихъ или односельцевъ, если только эти послѣдніе не занимаются ходатайствомъ по чужимъ дѣламъ за вознагражденіе. Но и такая замѣна допускается лишь тогда, когда довѣритель проживаетъ внѣ предѣловъ волости и далѣе 15 верстъ отъ мѣстонахожденія суда; по уважительнымъ причинамъ замѣна повѣреннымъ можетъ быть разрѣшена и въ иныхъ случаяхъ.

Времен. прав. о вол. судѣ ст. 23.

Очевидно, такимъ постановленіемъ законодатель выражаетъ недовѣріе къ повѣреннымъ вообще и къ профессиональнымъ въ особенности. Такое недовѣріе вполне оправдывается тою смутною въ правовыхъ отношеніяхъ между крестьянами, какія вызывали прежніе ходатаи.

Затѣмъ, казенныя управленія, общественныя учрежденія и благотворительныя заведенія, состоящія подъ вѣдѣніемъ и наблюденіемъ правительственной власти, могутъ уполномочивать на веденіе судебныхъ дѣлъ лицъ, принадлежащихъ къ составу служащихъ, хотя бы они не отвѣчали требованіямъ для присяжныхъ и частныхъ повѣренныхъ предписаннымъ

Уст. гр. суд. ст. 245 примѣч.; 1285. Касс. рѣш. 1880 N 259; 1881 N 189; 1883 N 41.

По многимъ иностраннымъ процессуальнымъ законодательствамъ для общихъ судовъ проводится начало обязательности судебного представительства ¹⁾ (но не пособничества; стороны могутъ обойтись безъ адвокатовъ). Такая обязательность признана, напр., во Франціи ²⁾, Италіи, Германіи.

Code de proc. civ. art. 85, 86 (ср. art. 9, 414); Codice di proced. civ. art. 156; Civ. Proz. Ordn. § 74.

Основаніе такого положенія заключается въ стремленіи устранить неосновательные процессы, а въ начатыхъ процессахъ обезпечить правильное веденіе дѣла, предложить его суду очищеннымъ отъ всякой примѣси страстей тяжущихся и тѣмъ способствовать должному разрѣшенію спора. Введеніе процесса черезъ опытныхъ юристовъ - представителей отвѣчаетъ интересамъ правосудія не только въ смыслѣ помощи суду, но и въ смыслѣ установленія равноправности между сторонами. Представители своими познаніями положительнаго права и формальной стороны производства устраняютъ возможность побѣды болѣе свѣдующей и опытной стороны надъ противникомъ; они уравниваютъ, въ этомъ отношеніи, силы сторонъ. Наконецъ, веденіе процесса черезъ стряпчихъ обезпечиваетъ правильный и быстрый ходъ дѣла со стороны объѣкта сношеній между лицами, прикрѣпленными къ мѣсту пребыванія суда, тогда какъ сами тяжущіеся могли жить далеко отъ суда.

Вмѣстѣ съ обязательностью судебного представительства члены корпораціи судебныхъ представителей обязываются принимать дѣла на защиту, за исключеніемъ случаевъ въ законѣ указанныхъ.

¹⁾ *Anwalts-Advokatenzwang*. — См. *Silberschlag*. Ueber den *Anwaltzwang* und dessen *Rechtsfertigung* (въ *Archiv für d. civ. Praxis* 50); *A. Katz*. *Schriftsätze und Anwaltzwang* 1883.

²⁾ Но не въ коммерческихъ судахъ (*Code de proc. civ. art. 414*); *agrée* уполномочивается по усмотрѣнію самой стороны. *Jonas*. *Studien* p. 263.

Такъ, французскій стряпчій можетъ отказаться отъ принятія дѣла лишь въ слѣдующихъ случаяхъ: когда предъявляемый искъ прямо воспрещенъ закономъ, когда онъ обращенъ противъ него самого или его близкихъ родственниковъ, или когда онъ уже принялъ дѣло противной стороны. На отказъ въ принятіи дѣла, по неосновательности притязанія, можно жаловаться въ камеру повѣренныхъ.

Для судебныхъ пособниковъ такой обязанности принимать дѣла на консультацію и устную защиту не существуетъ. Во Франціи, напр., адвокаты выступаютъ гдѣ и когда захотятъ. Для нихъ обязательно веденіе дѣла лишь по порученію старшины (bâtonnier) и президента суда.

По другимъ законодательствамъ, какъ въ Англіи и у насъ, обязанности судебного представительства не признано. По нашимъ уставамъ веденіе процесса черезъ повѣренныхъ есть право, а не обязанность сторонъ.

Уст. гр. суд. ст. 14, 1185; Учрежд. суд. уст. ст. 386;
Уст. угол. суд. ст. 585.

Формальныя условія довѣренности. Для дѣйствительности полномочія по довѣренности требуется соблюденіе определенной закономъ формы, установленной съ тою цѣлью, чтобы устранить сомнѣніе въ дѣйствительности полномочія и тѣмъ предупредить возможные злоупотребленія и споры.

Формальная сторона полномочія въ различныхъ законодательствахъ различная, но вообще большая часть изъ нихъ различаетъ уполномочіе передъ судомъ и виѣ суда и затѣмъ словесную и письменную его форму. Въ последнемъ случаѣ нѣкоторыя законодательства требуютъ оффиціальнаго удостовѣренія въ подлинности акта довѣренности, или нотаріальнаго порядка его совершенія.

Особенной простотой отличается установленіе процессуальнаго повѣреннаго по французскимъ законамъ, а именно достаточно простой подписи акта устанавливающего повѣреннаго (acte constitution avoué); а для отвѣтчика — даже простой передачи бумагъ, относящихся къ дѣлу. Такая простота объясняется оффиціальнымъ характеромъ французскихъ стряпчихъ.

У насъ довѣренность можетъ быть выдана какъ на словахъ, такъ и на письмѣ.

1. Въ мировомъ, гминномъ судѣ, у земскихъ начальниковъ и городскихъ судей довѣренность можетъ быть заявлена на словахъ и на письмѣ. Словесное заявленіе объ этомъ заносится въ протоколъ. Письменно довѣренность совершается или на самомъ прошеніи, или же въ особомъ актѣ, причеиъ подпись довѣрителя („буде она неизвѣстна земскому начальнику“; въ мировой юстиціи этого не оговорено) должна быть засвидѣтельствована мировымъ судьей, гминнымъ судьей, земскимъ начальникомъ, городскимъ судьей, нотаріусомъ, полиціею или волостнымъ начальствомъ.

Уст. гр. суд. ст. 46, 47, 1519; Правила о произв. суд. дѣлъ ст. 41.

2. Въ общихъ судахъ полномочіе присяжному повѣренному удостоверяется или словеснымъ объявленіемъ довѣрителя и повѣреннаго, записаннымъ въ журналѣ суда, или выдачей письменной довѣренности. Последняя подлежитъ засвидѣтельствуванію въ установленномъ порядкѣ, или свидѣтельствуется только подписью довѣрителя на актѣ, писанномъ на простой бумагѣ. Полномочіе лицу, не состоящему въ числѣ присяжныхъ повѣренныхъ, удостоверяется не иначе, какъ довѣренностью, засвидѣльствованною въ установленномъ порядкѣ.

Уст. гр. суд. ст. 247, 248; Учр. суд. уст. ст. 390; Полож. о нотар. части ст. 128.

Нѣсколькимъ повѣреннымъ можетъ быть выдана или одна общая довѣренность, или каждому отдѣльная.

Св. Зак. т. X ч. 1 ст. 2325.

Отдѣльная довѣренность выдается тогда, когда каждый повѣренный уполномочивается дѣйствовать отдѣльно и независимо отъ другихъ. Впрочемъ по толкованію сената и въ этихъ случаяхъ возможна выдача одной довѣренности съ соотвѣтствующей оговоркой.

Касс. рѣш. 1878 N 246; 1880 N 36; 1883 N 94.

Въ случаѣ недостатка полномочія судъ или возвращаетъ поданные иски или оставляетъ ихъ безъ движенія. Противная сторона имѣетъ право во всякомъ положеніи дѣла на возраженіе о ненадлежащемъ представительствѣ (exceptio falsi procuratoris). Если недостатокъ полномочія окажется уже при самомъ производствѣ, то судъ обязанъ его приостановить.

Уст. гр. суд. ст. 266, 267, 269, 576 п. 3; 584 п. 4.
*ст. 62
всѣхъ дѣлъ.*

Полномочіе повѣреннаго, по предмету своему, обнимаетъ веденіе гражданскаго процесса или по извѣстному дѣлу, — довѣренность частная, спеціальная, — или вообще по всѣмъ дѣламъ, какія у довѣрителя будутъ, въ качествѣ истца или въ качествѣ отвѣтчика, — довѣренность общая (procuratio). Можетъ довѣритель уполномачивать повѣреннаго также на всю совокупность гражданскихъ юридическихъ дѣйствій, въ составъ которыхъ будетъ входить и веденіе процесса (administratio omnium bonorum), но тутъ не получается самостоятельнаго процессуальнаго представительства¹⁾).

Частная довѣренность можетъ касаться или одного какого нибудь процессуальнаго дѣйствія, какъ напр. подачи прошенія, или вообще веденія даннаго процесса.

т. е. на началу процесс.
Уст. гр. суд. ст. 16, 259; Учр. суд. уст. ст. 391.

Общее полномочіе на веденіе даннаго дѣла или всѣхъ судебныхъ дѣлъ довѣрителя обнимаетъ производство лишь въ первой инстанціи, которымъ нормально заканчивается процессъ вполне компетентнымъ рѣшеніемъ. Поэтому полномочіе на производство въ апелляціонныхъ и кассационныхъ судахъ, какъ на исключительное, не подразумѣвается въ общей довѣренности и поэтому должно быть особо выражено²⁾. Кромѣ того и для многихъ другихъ отдѣльных процессуальныхъ актовъ, въ виду ихъ особаго значенія для интереса сторонъ, требуется спеціальная довѣренность тяжущихся, а именно на право прекратить дѣло миромъ (но только въ

¹⁾ *Малининъ. Убѣжденіе судьи стр. 80.*

²⁾ *Малининъ cit. стр. 81, 82.*

250/1
общихъ и коммерческихъ судахъ), предъявить споръ о подлогѣ или подать отвѣтъ по такому спору, избрать посредниковъ для третейскаго разбора и передать полномочіе другому лицу. Кроме того, требуется особая довѣренность на просьбу о разрѣшеніи отыскивать убытки съ судей, прокуроровъ и другихъ чиновъ судебного вѣдомства, и на участіе въ публичной продажѣ недвижимаго имущества.

Уст. гр. суд. ст. 250.—Уст. гр. суд. ст. 1361; Уст. суд. торг. ст. 223 (ср. Уст. гр. суд. ст. 48); Уст. гр. суд. ст. 262, 557; 1332; 1156, 1180 п. 3.

Затѣмъ, нѣкоторыя процессуальныя дѣйствія должны быть непременно совершены лично самимъ тяжущимся и никоимъ образомъ не могутъ быть исполнены его повѣреннымъ, хотя бы особо на нихъ уполномоченнымъ. Такъ, заявленіе о согласіи кончать дѣло присягою должно быть подписано самими тяжущимися, которые самолично же должны принести и самую присягу ¹⁾.

Уст. гр. суд. ст. 16, 116, 485, 488, 494; Уст. суд. торг. ст. 307.

За всѣмъ этимъ повѣренный занимаетъ въ процессѣ мѣсто тяжущейся стороны, т. е. вмѣсто нея совершаетъ всѣ процессуальныя дѣйствія, на которыя уполномоченъ, и тѣ изъ нихъ, которыя совершаются въ предѣлахъ данной ему довѣренности, считаются обязательными для довѣрителя.

Уст. гр. суд. ст. 249.

Прекращеніе процессуальнаго представительства по довѣренности ²⁾.

Св. зак. т. X ч. 1 ст. 2330; Гражд. Код. ст. 2003—2010.

¹⁾ *Renaud.* Die Stellvertretung beim Gebrauche des Eides etc. (въ Zeitschr. für Civ. u. Proc. 1861 Bd. 38).

²⁾ *Побѣдоносцевъ.* О прекращеніи довѣренности (въ Журн. министер. юстиціи 1864, 7); *Рихтеръ.* О порядкѣ уничтоженія довѣренности (въ Журн. гр. и торг. пр. 1871, 2); *Вербловскій.* Къ вопросу о прекращеніи довѣренности (въ Суд. Вѣстн. 1876 N 57).

Обыкновенно полномочіе прекращается выполніемъ тѣхъ процессуальныхъ дѣйствій, на совершеніе которыхъ выдана была довѣренность. Но затѣмъ, въ виду особенно свободнаго характера договора довѣренности ¹⁾, процессуальное представительство можетъ прекратиться не только по взаимному соглашенію сторонъ, но и по одностороннему отказу какъ довѣрителя, такъ и повѣреннаго.

Довѣритель можетъ во всякое время прекратить полномочіе, данное повѣренному, извѣстивъ о томъ суду на письмѣ или словесно; съ момента полученія судомъ такого извѣщенія довѣренность считается уничтоженной; всѣ же акты, совершенные повѣреннымъ до того, остаются въ силѣ.

Уст. гр. суд. ст. 50, 251. Ср. т. X ч. 1 ст. 2332.—
Civ. Proz. Ordn. § 83.

Если воля довѣрителя на прекращеніе довѣренности выразится не въ заявленіи о томъ суду, а инымъ какимъ либо образомъ (напр. публикаціей), то судъ будетъ по прежнему считать повѣреннаго представителемъ довѣрителя ²⁾.

Равнымъ образомъ повѣренный можетъ уничтожить довѣренность, выданную имъ другому лицу по праву передовѣрія. Но довѣренность такая, не уничтоженная до заявленія перваго довѣрителя объ уничтоженіи выданной послѣднимъ довѣренности, остается въ силѣ, пока не будетъ уничтожена принципомъ ³⁾.

При отказѣ самого повѣреннаго отъ довѣренности онъ обязанъ только заблаговременно увѣдомить о томъ довѣрителя, чтобы этотъ могъ успѣть до срока явиться самъ или прислать другого повѣреннаго. Повѣренный лица, жительствующаго не въ томъ городѣ, гдѣ находится судъ, обязанъ заявить свой отказъ суду въ одно время съ отсылкою его къ довѣрителю; при этомъ председатель, по соображенію разстояній, опредѣляетъ срокъ, по истеченіи

¹⁾ См. *Азаревичъ*. Система римскаго права т. 2 ч. 1 стр. 175, 176.

²⁾ Касс. рѣш. 1872 N 563, 808; 1874 N 90.

³⁾ Касс. рѣш. 1880 N 262.

которого повѣренный признается свободнымъ отъ своей обязанности; до того же онъ долженъ вести дѣло, если только председатель не назначить присяжнаго повѣреннаго.

Уст. гр. суд. ст. 49, 252—254.

Наконецъ, представительство по довѣренности прекращается смертью довѣрителя или повѣреннаго. Въ первомъ случаѣ для продолженія дѣла повѣренный долженъ получить новое полномочіе отъ процессуальныхъ преемниковъ умершаго довѣрителя.

Св. зак. т. X ч. 1 ст. 2330 п. 5; Гр. Код. ст. 2003; Уст. гр. суд. ст. 681 п. 2; ст. 255. — По германскому уставу смерть или наступленіе процессуальной недѣеспособности довѣрителя или, наоборотъ, наступленіе процессуальной дѣеспособности первоначально процессуально недѣеспособной стороны не прекращаетъ полномочія. Если же по смерти довѣрителя повѣренный продолжаетъ процессъ на имя наследника, то онъ долженъ получить отъ него полномочіе. Но довѣренность предшественника могла заключать въ себѣ оговорку, создающую представительство также и для наследниковъ (clausula heredum); на основаніи этой оговорки представитель вообще имѣлъ право продолжать процессъ по смерти довѣрителя безъ какого либо новаго полномочія (Civ. Proz. Ordn. §§ 82, 223, 227).

Въ случаѣ смерти одного изъ нѣсколькихъ повѣренныхъ довѣренность считается прекратившеюся, если ею уполномочивались всѣ повѣренные дѣйствовать совокупно; тутъ они представляются какъ бы однимъ нераздѣльнымъ лицомъ¹⁾). При довѣренности же на отдѣльныя и независимыя дѣйствія каждаго повѣреннаго, со смертью одного изъ нихъ представительство остается за другими повѣренными.

Представительство по закону. Обязательное представительство, или представительство по закону, основано на процессуальной недѣеспособности судебной стороны. Такими недѣеспособ-

¹⁾ Касс. рѣш. 1883 N 94; 1884 N 88.

ными признаются известныя разряды физическихъ лицъ и всѣ юридическія лица.

Представительство по закону лицъ физическихъ; родители, опекуны, попечители выступаютъ въ процессѣ за несовершеннолѣтнихъ, страдающихъ душевными или физическими недугами;

Уст. гр. суд. ст. 19; Св. зак. т. X ч. 1 ст. 175, 265, 282.

опекуны за ростоचितелей;

Уст. гр. суд. ст. 20.

конкурсное управленіе за несостоятельнаго, администрація по торговымъ дѣламъ должника, — но, конечно, эти учрежденія представляютъ на судѣ не въ цѣломъ составѣ, а чрезъ особаго уполномоченнаго изъ числа своихъ членовъ или предсѣдателя, или же посторонняго повѣреннаго.

Уст. гр. суд. ст. 21; Касс. рѣш. 1875 N 425; 1877 N 285; 1881 N 32.—Уст. суд. торг. ст. 485—496.

Представителями по закону лицъ юридическихъ могутъ быть: должностныя лица казенныхъ мѣстъ, городского управленія, кредитныхъ установленій, гласныя городского общества, члены сельскихъ обществъ; монашествующіе и священнослужители блага духовенства—въ дѣлахъ духовнаго вѣдомства. Частныя общества, товарищества и компаніи ищутъ и отвѣчаютъ на судѣ въ лицѣ особаго повѣреннаго. Судебныя дѣла по имущественнымъ массамъ ведутъ: по наследственному имуществу — душеприкащики (или даже старшіе конторщики и приказчика), опекуны и попечители (по наследству иностранца — консулы), назначенные къ наследству; по имуществу безвѣстно отсутствующаго — особые назначенные къ защитѣ его правъ и охраненію его имущества опекуны. Въ частности въ округѣ варшавской судебной палаты представителемъ по закону въ дѣлахъ казенныхъ управленій и общественныхъ учреждений признается прокураторія.

Уст. гр. суд. ст. 25 — 27; 246 пп. 3, 4; 1285, 1313, 1453, 1454, 1612, 1613; Учр. суд. уст. ст. 389¹; Уст. суд. торг. ст. 41; Св. зак. т. X ч. 1 ст. 1098, 1226, 1235, 1238 прилож. ст. 14; Прав. о произв. суд. дѣлъ ст. 6.

Устанавливается представительство по закону слѣдующими способами.

1 Для подъопечныхъ процессуальное представительство по закону устанавливается по самому учрежденію опеки и попечительства предписаніемъ или указомъ дворянской опеки или сиротскаго суда.

2 Представительство конкурснаго управления устанавливается въ силу акта опредѣленія судомъ объ его утвержденіи.

3 Представительство казенныхъ управленій требуетъ письменнаго уполномочія или простаго предписанія на ходатайство по дѣлу, если оно обращено къ числу должностныхъ лицъ подлежащаго вѣдомства.

Уст. гр. суд. ст. 1286.

4 Такимъ же образомъ устанавливается представительство дворянскихъ, городскихъ обществъ и духовныхъ вѣдомствъ.

Св. зак. т. X ч. 1 ст. 2292.

5 Сельскія общества представляются на судѣ по уполномочію мірскимъ приговоромъ.

Св. зак. т. IX, особ. прил. I ст. 24, примѣч. 1.

6 Представительство частныхъ обществъ устанавливается полномочіемъ отъ нихъ; но при этомъ лица, уполномоченныя по договору товарищества непосредственно управлять дѣлами торговаго дома, могутъ, по дѣламъ этого дома, искать и отвѣчать на судѣ безъ особенной на то довѣренности, если только въ договорѣ не постановлено чего либо иного. Тоже право предоставляется въ товариществѣ полномъ одному изъ товарищей, если онъ, по силѣ учредительнаго договора, уполномоченъ распоряжаться дѣлами товарищества.

Уст. гр. суд. ст. 26.

7 Представительство душеприкащиковъ устанавливается актомъ утвержденія судомъ духовнаго завѣщанія.

Св. зак. т. X ч. 1 ст. 1066^о,^о.

Процессуальное преемство ¹⁾.

Впродолженіи процесса можетъ наступить перемѣна судебной стороны; въ судебную роль ея вступаетъ другое лицо. Это такъ назыв. процессуальное преемство (*successio*) или переходъ процесса на другихъ лицъ (*translatio iudicii*).

Процессуальное преемство есть преемство въ процессуальное, а не гражданское, отношеніе. Хотя въ большинствѣ случаевъ оно будетъ послѣдствіемъ преемства въ гражданскія права, но съ необходимостью первое не вытекаетъ изъ послѣдняго, ибо иначе была бы потрясена всякая обезпеченность процессуальной защиты: стоило бы только отчудить спорное право ²⁾. Гражданско-правовое преемство можетъ быть общее (*successio universalis*), когда наступаетъ общее преемство въ гражданскихъ правахъ стороны, или только частное (*successio singularis*), обусловленное преемствомъ лишь въ данное (я) право (а). Въ первомъ случаѣ процессуальное преемство наступаетъ само собою (*ipso iure*): оно составляетъ необходимое послѣдствіе гражданско-правового событія, преемства въ правахъ ³⁾. Во второмъ случаѣ процессуальное преемство можетъ наступить, можетъ и не наступать.

Процессуальное преемство возможно какъ на сторонѣ истца (преемство въ искѣ), такъ и на сторонѣ отвѣтчика (преемство въ отвѣтѣ). Можетъ быть перемѣна и въ лицѣ судебного представителя стороны, но это уже не будетъ собственно процессуальнымъ преемствомъ, ибо судебныя стороны при этомъ остаются тѣ же.

Въ общемъ преемство не измѣняетъ положеніе сторонъ въ судѣ; предъ послѣднимъ преемники — тѣ же лица, что и выбывшіе

¹⁾ *Schollmeyer*. Der Zwischenstreit unter den Parteien 1880; *Kohler*. Ueber die Succession in das Processverhältniss (въ Zeitschr. f. Civilpr. 1888 Bd. XII p. 97—152); *Frank*. Der Einfluss des Todes einer Partei auf das Feststellungsverfahren im ordentl. Proc. (ib. 1888, XII).

²⁾ *Kohler* cit. p. 98.

³⁾ *Schollmeyer* cit. p. 107 sq.

изъ процесса; между тѣми и другими признается субъективное тождество и поэтому всѣ процессуальныя дѣйствія, кончая самымъ судебнымъ рѣшеніемъ, распространяются на преемниковъ.

Уст. гр. суд. ст. 895.

Но затѣмъ преемство можетъ оказывать извѣстное вліяніе на отдѣльные вопросы производства, изъ которыхъ самый общій — вопросъ о приостановкѣ производства. Последний вопросъ рѣшается иначе въ процессуальномъ преемствѣ, вытекающемъ изъ преемства общаго, чѣмъ въ процессуальномъ преемствѣ, вытекающемъ изъ преемства частнаго.

Преемство общее наступаетъ со смертью тяжущагося или съ лишеніемъ его всѣхъ правъ состоянія. Сюда же относятся и тѣ случаи, когда лице, участвовавшее въ процессѣ, теряетъ способность искать и отвѣчать на судѣ, такъ что оказывается необходимымъ замѣнить его другимъ лицомъ, какъ напр. когда сторона сходитъ съ ума въ теченіи производства, а также когда открывается конкурсъ по долгамъ тяжущагося. Обыкновенно при общемъ преемствѣ производство приостанавливается, пока преемники не вступятъ въ процессуальную роль (reassumptio litis), подавъ прошеніе о возобновленіи производства, или пока не истечетъ срокъ, на который они вызывались противной стороной ко вступленію въ процессъ (citatio ad reassumendum).

Уст. гр. суд. ст. 681 п. 2; 687, 718, 751, 959; Уст. векс. ст. 83; Полож. о казен. подр. и постав. ст. 194. — Срав. Civ. Proz. Ordn. §§ 82, 217, 223.

Преемство частное мыслимо въ различныхъ формахъ ¹⁾. Чаще всего оно совершается черезъ передачу и приемъ роли стороны. По положеніямъ нашего гражданскаго права допускается свободная переуступка исца и равнымъ же образомъ предоставляется возможность принимать на себя обязанность отвѣта по иску.

Св. зак. т. X ч. 1 ст. 416 — 419; 1256, 2058, 1415; Гражд. Кодексъ ст. 1250; Уст. векс. ст. 22.

¹⁾ Wetzell. Civilpr. p. 43—46.

Может наступить частное преемство также по простому переходу спорнаго права къ другому лицу, напр. если при процессѣ о собственности наступить преемство въ самой данной собственности. Иногда же установленіе правового положенія преемника можетъ даже не зависеть отъ предшественника въ правѣ, какъ напр. въ случаѣ приобрѣтенія вещи на основаніи ипотеки, публичной продажи и т. п.

По нашему законодательству, какъ и по французскому ¹⁾, нѣтъ запрещенія къ отчужденію спорнаго предмета ²⁾. При этомъ законодатель выходитъ изъ того соображенія, что запрещеніе такого отчужденія поставило бы гражданскій оборотъ по данному предмету въ зависимость отъ произвола сторонняго лица, стоило этому послѣднему только вчинить искъ, какъ бы неоснователенъ онъ ни былъ. Но съ другой стороны не всегда отчужденіе спорнаго предмета вело за собою преемство въ роли какъ истца, такъ и отвѣтчика. По правилу отчудившій оставался по прежнему процессуальной стороной, только гражданскія правовыя послѣдствія рѣшенія отражались на преемникѣ въ правѣ. Процессуальное же преемство, въ этихъ случаяхъ, могло наступить лишь тогда, если на то выразить согласіе противная сторона ³⁾. Въ общемъ же частное преемство не затрагиваетъ процессуальнаго положенія первоначальныхъ сторонъ и потому же не ведетъ къ приостановкѣ производства. Частные преемники становятся въ положеніе третьихъ лицъ; ихъ участіе въ процессѣ — ничто иное, какъ интервенція по самостоятельному вступленію въ дѣло или по привлеченію къ нему тягущимся.

¹⁾ *Marcalé*, Explicat. du Code Napoleon V p. 180 sq.

²⁾ Въ римскомъ правѣ, только за нѣкоторыми изъятіями, отчужденіе спорныхъ вещей и исковъ было недѣйствительно. *Gajus* 4, 117; L. 13 D. 10, 2; L. 27 § 1 D. 16, 1; L. 1 § 2 D. 20, 3; L. 1 § 1 D. 16, 1; L. 1 § 1 D. 44, 6. См. *Азаревичъ*. Система римскаго права т. I стр. 144, 385.

³⁾ *Civ. Proz. Ordn.* § 236. — Тоже въ Англии см. *Schluster*. Bürgerl. Rechtspf. in England. p. 67.

ОГЛАВЛЕНИЕ.

Субъекты процессуальных отношений.

I. Суды.

Составъ судебныхъ органовъ стр. 110—118

Классификація судовъ:—1) Суды обыкновенные и спеціальныя.—2) Суды высшіе и низшіе.—3) Суды коллегіальные и единоличныя , стр. 118—141

Правоспособность суда.

а) *Личная правоспособность суда.*—Замѣщеніе судейскихъ должностей: выборъ, назначеніе, представленіе. — Условія для замѣщенія судейской должности.—Несовмѣстимость судейской должности съ другими должностями.—Самостоятельность судей. — Условія независимости судей: безсрочность, несмѣняемость судей.—Условія надлежащаго суда вообще или по отношенію къ данному дѣлу: законный составъ засѣданія, замѣстительство судей.—Устраненіе судей стр. 141—190

б) *Подсудность гражданскимъ судамъ.*—Подсудность предметная и мѣстная.—Делигированный судъ стр. 190—195

Вѣдомство гражданскихъ судовъ. — Разграниченіе вѣдомствъ гражданского и уголовного судовъ. — Разграниченіе вѣдомствъ судовъ и административныхъ учреждений. — Вѣдомство коммерческихъ судовъ. — Вѣдомство духовныхъ судовъ.—Вѣдомство волостныхъ судовъ. стр. 195—225

Вѣдомство общихъ судовъ.—Вѣдомство мирового суда.—Подвѣдомственность дѣлъ земскимъ начальникамъ, городскимъ судьямъ и уѣзднымъ членамъ окружнаго суда. стр. 225—239

Начала подсудности однороднымъ судамъ:

Общая подсудность. стр. 239—248

Особенная подсудность: — 1) Подсудность по мѣсту на-

ходения недвижимаго имущества (<i>forum rei sitae</i>).—2) Подсудность по мѣсту совершения или исполненія договора, обязательства, изъ коего искъ возникъ (<i>forum contractus obligationis</i> , или <i>solutionis</i>).—3) Подсудность гражданскихъ притязаній по мѣсту правонарушенія, изъ котораго они вытекаютъ (<i>forum delicti commissi</i>). — 4) Подсудность имущественныхъ массъ: наслѣдства, ликвидаціоннаго имущества несостоятельныхъ должниковъ. — 5) Подсудность по мѣсту завѣдыванія имуществомъ, управленія имущественными дѣлами (<i>forum gestae administrationis</i>).—6) Подсудность по связи дѣлъ (<i>forum connexitatis</i>).—7) Подсудность встрѣчнаго иска (<i>forum reconventionis</i>)	стр. 248—264
<i>Добровольная подсудность</i> (<i>forum prorogatum</i>)	стр. 264—272
<i>Пререкаіе о подсудности</i>	стр. 272—277

Вспомогательные дѣтели при гражданскихъ судахъ.

<i>Прокурорскій надзоръ</i>	стр. 278—287
<i>Прокураторія</i>	стр. 287—293
<i>Кандидаты на судебныя должности</i>	стр. 293—302
<i>Переводчики</i>	стр. 302—303
<i>Канцелярія суда.—Секретари</i>	стр. 303—307
<i>Судебныя пристава.</i>	стр. 307—311
<i>Судебныя разсыльные</i>	стр. 311—313
<i>Нотариусы и ипотечныя учрежденія</i>	стр. 313—318
<i>Адвокатура</i> —Организація адвокатуры во Франціи, Англіи и Германіи. — Русская адвокатура: присяжные повѣренные, частные повѣренные, помощники присяжныхъ повѣренныхъ	стр. 318—335
<i>Присяжные попечители</i>	стр. 335

II. Частныя лица, участвующія въ гражданскомъ процессѣ.

1) <i>Стороны.</i> —Процессуальная правоспособность.— <i>Legitimatione ad causam</i>	стр. 335—350
<i>Соучастіе</i>	стр. 350—355
<i>Участіе третьихъ лицъ въ процессѣ</i> (<i>interventio</i>).— <i>Nominatio</i> (<i>laudatio</i>) <i>auctoris</i>	стр. 355—369
<i>Представительство въ процессѣ.</i> — Лица, которыя не могутъ быть представителями. — Представительство по закону	стр. 370—386
<i>Процессуальное преемство общее и частное</i>	стр. 387—389.

Дмитрий Азаревичъ.

ДМИТРИЙ АЗАРЕВИЧЪ.

СУДОУСТРОЙСТВО И СУДОПРОИЗВОДСТВО

ПО

ГРАЖДАНСКИМЪ ДѢЛАМЪ.

УНИВЕРСИТЕТСКІЙ КУРСЪ.

ТОМЪ II.

ВЫПУСКЪ ПЕРВЫЙ.

Объекты процессуальныхъ отношеній.

ВАРШАВА.

ТИПОГРАФІЯ ВАРШАВСКАГО УЧЕБНАГО ОКРУГА.
Королевская ул. № 13.

1894

иже, как не законные в оной предмете
иже по с. 10 — иже о законных документах
за некой предметом или в оной предмете в
иже.

ОГЛАВЛЕНИЕ.

Объекты процессуальных отношений.

И с к ъ.

Понятіе иска.—Основанія иска.—Предметъ иска.—Классификація исковъ: иски положительные и отрицательные; иски личные и вещные (*actiones in personam* и *in rem*); иски о возстановленіи нарушеннаго права, штрафные и на вознагражденіе за вредъ и убытки, причиненные правонарушеніемъ, и иски смѣшанные (*actiones rei persecuendae causa, poenae persecuendae causa, mixtae*). стр. 1—11.

Стеченіе исковъ (*concursum actionum*) стр. 11—13.

Прекращеніе иска.—Давность: зарожденіе иска (*actio nata*), давностный срокъ, приостановка давности, перерывъ давности, послѣдствія выполненнейшей давности стр. 13—18.

З а щ и т а.

Возраженія.—Отводы; виды отводов.—Послѣдствія отводовъ и возраженій; возраженія отлагательныя и разрушительныя (*exceptiones dilatoriae* и *peremptoriae*).—Встрѣчный искъ; его условія стр. 18—28.

Доказательства.

Понятіе судебныхъ доказательствъ.—Предметъ судебныхъ доказательствъ (*thema probandum*); доказываніе отрицательныхъ фактовъ стр. 28—35.

Предположенія, презумпціи стр. 35—37.

Обязанность къ представленію доказательствъ. стр. 37—42.

Доказательныя средства.—Классификація доказательствъ.—Отдѣльные виды доказательствъ.—Система размѣщенія доказательствъ въ Уставѣ гражданского судопроизводства. стр. 43—49.

Признаніе.—Судебное и внесудебное признаніе.—Признаніе простое и квалифицированное.—Недѣлимость признанія.—

Условія дѣйствительности признанія. — Безповоротность признанія. — Доказательная сила признанія. стр. 50—65.

Присяга. — Присяга добровольная и принудительная (присяга судебная, присяга, предоставляемая одной стороною другою). — Особые виды присяги: оцѣночная присяга, явочная присяга, присяга о незнаніи. — Условія для принесенія присяги. — Послѣдствія принесенной присяги. стр. 66—77.

Распросъ тяжущихся. стр. 77—78.

Свидѣтельскія показанія. — Обязанность къ свидѣтельствуванію. — Свидѣтели относительно неспособные и подозрительные. — Право отказываться отъ свидѣтельства. — Устраненіе свидѣтелей по закону. — Отводъ свидѣтелей. — Свидѣтели присяжные и безприсяжные. — Предѣлы доказательной силы свидѣтельскихъ показаній. — Доказательная сила свидѣтельскихъ показаній стр. 79—96.

Доказаніе чрезъ окольныхъ людей стр. 96—98.

Свѣдующіе люди. — Отличіе ихъ отъ свидѣтелей. — Доказательная сила заключенія свѣдующихъ людей . . . стр. 98—103.

Вещественныя доказательства. — Бирки. — Письменные доказательства. — Виды актовъ: акты публичные и частные; акты распорядительные; акты признанія; акты, свидѣтельствующіе объ юридическомъ фактѣ; подлинникъ и списокъ; проэктъ. — Доказательная сила письменныхъ документовъ. — Условія доказательной силы письменныхъ актовъ. — Купеческія книги. — Книги розничныхъ и мелочныхъ торговцевъ. — Отписныя книги или реверсы. стр. 103—124.

Осмотръ на мѣсть. стр. 124—127.

Частныя требованія въ процессѣ.

Обезпеченіе иска. — Условія обезпеченія иска. — Способы обезпеченія иска: запрещеніе на недвижимое имущество; арестъ движимаго имущества; поручительство; отобраніе подписки о невыѣздѣ стр. 128—143.

Обезпеченіе доказательствъ стр. 143—145.

15

Объекты процессуальных отношений¹⁾.

Процессъ по гражданскимъ дѣламъ выражается въ заявленіи одного изъ тяжущихся, заявленіи, направленномъ на измѣненіе даннаго правоотношенія къ другому тяжущемуся и въ защитѣ этого послѣдняго, т. е. въ заявленіи же, направленномъ на сохраненіе прежняго правоотношенія. И то, и другое заявленіе подлежатъ въ процессѣ обоснованію, т. е. приведенію обстоятельствъ, подтверждающихъ ихъ. Итакъ на искѣ, защитѣ и доказательствахъ сосредоточиваются процессуальныя отношенія, какъ на ихъ объектахъ. Кромѣ того въ процессъ могутъ приводить разныя случайныя заявленія (требованія, просьбы) или частныя вопросы. Итакъ судебное притязаніе, требованіе, заявляемое стороной, можетъ быть или главнымъ притязаніемъ (negotium principale, causa principalis, demande principale), искомъ, или притязаніемъ, требованіемъ случайнымъ (quaestio incidens, demande incidente), частной просьбой. Исками осуществляются поставленныя на судѣ гражданскія права, какъ главнаго предмета даннаго процесса, частныя же просьбы приводятъ въ установленный процессъ для разрѣшенія случайныхъ, побочныхъ въ немъ вопросовъ процессуальнаго и матеріальнаго права.

¹⁾ Со времени выхода послѣдняго отдѣла моего курса литература гражданского процесса обогатилась нѣсколькими общими трудами: *Planck. Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts. Bd. 2. Abth. 1. 1891*, а на русскомъ языкѣ—*А. Загоровскій. Очерки гражданского судопроизводства въ новыхъ административно-судебныхъ и судебныхъ учрежденіяхъ. 1892*. Кромѣ того „Учебникъ“ проф. *Гольмстена* вышелъ въ 1894 г. вторымъ изданіемъ.

И с к ъ ¹⁾.

Понятіе иска.—Подъ искомъ (actio, action, Klage) разумѣется заявленіе на судебную помощь противъ неправа, т. е. на признаніе и принудительное удовлетвореніе права посредствомъ суда, или на уничтоженіе, тѣмъ же путемъ, извѣстнаго состоянія, противорѣчащаго праву, или, наконецъ, на вознагражденіе за нарушеніе права, когда оно не можетъ быть инымъ образомъ удовлетворено.—Отсюда подъ искомъ разумѣется: 1) дѣйствіе, которымъ истецъ вызываетъ судебную помощь; 2) самый актъ заявленія, т. е. исковое прошеніе истца, обращенное къ суду и содержащее сущность желанія истца; 3) исковое право (или право на искъ, Klagerrecht), т. е. право истца вызывать на судебную помощь противъ неправа. Въ послѣднемъ смыслѣ искъ составляетъ матеріальное право управомоченнаго ²⁾.

Въ этомъ смыслѣ опредѣляетъ искъ римское право: *Nihil aliud est actio, quam jus quod sibi debeatur, iudicio persequendi* L. 51. D. de obl. et act. 44, 7; пр. I. d. act. 4, 6. Ср. Сакс. гр. Улож. ст. 144. Въ этомъ же смыслѣ Гражд. Кодексъ (ст. 526, 529) причисляетъ иски къ имуществамъ.

Во французской литературѣ различаютъ право на судебную помощь отъ самаго приложенія этого права особыми терминами — l'action и la demande. *Bonfils. Procédure art. 287.*

Въ нашемъ Уставѣ употребляются выраженія „искъ” и „требованіе”. Послѣднее — въ смыслѣ предмета перваго, содержанія, заключающагося въ первомъ, притязанія (Anspruch). Уст. гр. суд. ст. 81, 146, 163, 330, 332, 333 и др. Въ смыслѣ искового права Уст. гр. суд. ст. 589.

¹⁾ *Bonjean. Traité des actions* éd. 2 1845; *Windscheid. Die Actio des röm. Civilrechts* 1856; *Bekker. Die Aktionen des röm. Privatrechts* 1872—1874; *Kroll. Klage u. Einrede nach deutsch Rechte* 1884.—*Анненковъ. Искъ и возраженіе* (въ Журналѣ гражд. и уголовн. права 1893 кн. 6).

²⁾ См. т. I ч. 1 стр. 28, 29. *Boncenne. Introd.* p. 55.

Искъ, въ смыслѣ искового права, существуетъ раньше его заявленія въ судѣ, и, наоборотъ, въ судѣ предъявляется притязаніе, которому не отвѣчаетъ дѣйствительное исковое право, такъ какъ оно не можетъ быть съ дѣйствительностью обосновано, а одной просьбы, обращенной въ судъ, недостаточно для полученія желаемаго.

Содержаніе искового права двойное: а) право принудить данное лице къ отвѣту на исковое притязаніе, поставить его въ положеніе отвѣтчика, и б) право требовать, чтобы онъ былъ принужденъ къ признанію права истца на данный частно-правовой интересъ, или иначе — былъ присужденъ къ извѣстному отношенію частно-правового содержанія¹⁾. Первое составляетъ формальную, второе — матеріальную сторону искового права²⁾. Споръ о первомъ носить названіе спора о формальностяхъ процесса (*formalia*), или о наличности процессуальныхъ условій, споръ о второмъ обращенъ на самый составъ притязанія (*materialia*), или на самый предметъ³⁾.

*Основанія иска*⁴⁾.—Основаній иска (*fundamenta actionis*, *Klagegrund*) два — положительное и отрицательное⁵⁾. Оба составляютъ тѣ „обстоятельства дѣла, изъ коихъ искъ проистекаетъ“.

Уст. гр. суд. ст. 257 п. 4.

Положительное основаніе иска есть то гражданское право, тотъ частно-правовой интересъ, который имѣется въ виду осуществ-

1) См. *Degenkolb. Einlassungszwang und Urtheilsnorm* 1877.

2) *Burchardi* въ *Archiv f. d. civ. Praxis* Bd. 18 p. 208 sq.; *Schmidt. Die gemischten Einreden* p. 50 sq. n. 61.

3) См. *Bülow. Lehre von d. Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen* 1868.

4) *Hinschius. Klagegrund* (въ *Holtz. Rechtslex.*); *Wach. Lehre v. Klagegrund* (въ *Rassow-Küntzel Beiträge* 1889, 33); *Reinhold. Die Lehre v. Klagegrunde etc.* 1889.—*Вербловскій. Основаніе иска* (въ *Суд. В.* 1868, 100).

5) *Savigny. System d. hent. röm. R.* Bd. V p. 281.

вить путемъ процесса¹⁾. Гражданское же право устанавливается для лица при наличности предусмотрѣнныхъ въ законѣ или обычаѣ условий, т. е. устанавливается на основаніи правопроизводящаго факта (давность, купля—продажа и т. д.). Этотъ фактъ и составляетъ главную основу иска, ибо право есть только его послѣдствіе. Итакъ въ искѣ прежде всего долженъ быть показанъ правопроизводящій фактъ (положительный или отрицательный), который, по закону или по обычаю, считается способомъ пріобрѣтенія даннаго права²⁾. Фактъ пріобрѣтенія права въ то-же время служить и для *legitimatіo activa*, онъ легитимаруетъ данное лицо, какъ законнаго истца въ дѣлѣ, указываетъ на него, какъ на лицо, пріобрѣвшее данное право.

Иногда право вытекаетъ изъ нѣсколькихъ юридическихъ фактовъ. Если каждый изъ нихъ порождаетъ данное право въ полнотѣ его содержанія, то въ искѣ достаточно привести одинъ изъ этихъ правопроизводящихъ фактовъ. Напр. если право собственности на данную вещь можетъ быть обосновано дареніемъ и отказомъ, то въ искѣ можно указать лишь одно изъ этихъ основаній. Если же право вытекаетъ изъ нѣсколькихъ фактовъ въ совокупности, то въ искѣ они должны быть указаны всѣ. Напр. право собственности на чужое родовое имущество обосновывается не только дареніемъ, но и соглашеніемъ съ родичами. Оба основанія и должны быть приведены въ искѣ.

При нѣкоторыхъ же искахъ, притомъ только вещныхъ, нѣтъ вовсе надобности приводить правопроизводящій фактъ, какъ напр. при предъявленіи иска о возстановленіи нарушеннаго владѣнія.

Отрицательное или пассивное основаніе иска составляетъ непризнаніе, нарушеніе права. Гражданскій процессъ есть „споръ о правѣ гражданскомъ“.

Уст. гражд. суд. ст. 1, а также ст. 28, 31 и 4, 138 пп. 1, 3, 160, 216, 228, 315, 349 пп. 5, 6, 466 и др. См. Св. Зак. т. X ч. 1 напр. ст. 691: „неправильное владѣніе“, или ст.

1) *Малышевъ*. Курсъ гражд. судопр. изд. 2 т. 1 стр. 246.

2) *Unger*. System d. oesterr. Civilr. § 129 p. 454.

693: „въ случаѣ неисполненія по договорамъ и обязательствамъ, обиды, ущербы и убытки”. (Сравн. Гражд. Код. ст. 1136, 1142, 1143, 1145—1153 и др.). *Анненковъ*. Искъ и возращеніе (въ Журн. гражд. и уголовн. пр. 1893 кн. 6 стр. 103, 104).—Поэтому обращеніе къ суду съ безспорными требованіями (напр. по вводу во владѣніе) не есть предьявленіе иска.

Истецъ долженъ имѣть правовой интересъ въ полученіи теперь же рѣшенія о своемъ гражданскомъ притязаніи. Было бы несправедливо утруждать судъ и беспокоить отвѣтчика, когда истецъ не можетъ доказать теперь же настоятельность, необходимость въ осуществленіи своего права. Простыми академическими сужденіями суды не занимаются¹⁾. Мало того, по нашему праву вообще не допускаются иски о признаніи извѣстнаго правоотношенія или юридическаго событія²⁾, въ родѣ того, какими были римскіе *actiones praejudiciales*³⁾.

Отрицательное основаніе иска обнимаетъ слѣдующіе случаи: наличное нарушеніе права истца, т. е. когда истецъ въ данное время не имѣетъ того, что онъ долженъ былъ имѣть согласно своему праву; затѣмъ—тотъ случай, когда истецъ, имѣя все согласно своему праву, можетъ теперь же опасаться умаленія со стороны отвѣтчика его правового интереса,—случай теперь же угрожаемаго отвѣтчикомъ правонарушенія.

При извѣстныхъ условіяхъ можно было бы допустить, вмѣстѣ съ нѣкоторыми иностранными законодательствами, искъ и тогда, когда истецъ теперь же опасается, что отвѣтчикъ въ свое время не предоставитъ ему того, что слѣдуетъ по праву, и потому проситъ о присужденіи къ будущему предоставленію. См. *Arg. Civproz. Ordn.* §§ 664, 671², 672.

Фактъ правонарушенія служитъ для *legitimatio passiva*, указывая на лице отвѣтчика въ данномъ процессѣ.

¹⁾ *Bethmann-Hollweg*, Röm. Civilpr. II p. 209.

²⁾ Касс. рѣш. 1875 № 246; 1879 № 154.

³⁾ Ср. Сакс. гр. улож. ст. 147 и *Civilproz.* § 231.

Не во всѣхъ, однако, искахъ требуется указаніе на правонарушеніе. Искъ вещный не можетъ быть предъявленъ безъ такого указанія. Вещному праву соотвѣтствуетъ обязанность всѣхъ и каждаго уважать его. Поэтому въ вещномъ искѣ нельзя ссылаться лишь на одно право (вещь принадлежитъ мнѣ на правѣ собственности), но слѣдуетъ указать не только на нарушеніе его, но и на нарушителя. — Точно также немислимъ личный искъ по обязательству не совершать опредѣленнаго дѣйствія (*obligationes in non faciendō*) безъ указанія на нарушеніе этого обязательства. Напр., нельзя предъявлять иска по соглашенію о невыкупѣ родового имущества безъ указанія на фактъ выкупа. — Иное дѣло личные иски по обязательству на совершеніе опредѣленнаго дѣйствія (*obligationes in faciendō*). Тутъ можно ограничиться однимъ указаніемъ на право; нарушеніе же его предполагается само собою. Такъ, напр., при предъявленіи заемнаго письма ко взысканію не требуется указаніе на неплатежъ; это разумѣется само собою.

Предметъ иска. — Предметомъ иска можетъ быть всякій признанный положительнымъ правомъ интересъ. Истецъ долженъ имѣть притязаніе на опредѣленное въ законѣ гражданское право, отвѣтчикъ долженъ имѣть, по тому же закону, обязанность. Простой интересъ истца, простая нравственная обязанность отвѣтника не могутъ быть предметомъ иска. Мало того, право, какъ предметъ иска, должно быть уже пріобрѣтено истцомъ. Если кто только ищетъ пріобрѣсти право, то онъ долженъ обратиться къ тѣмъ учрежденіямъ, которыя на то уполномочены, а не къ судамъ¹⁾. — Само притязаніе можетъ быть или положительное, когда оно направлено на признаніе даннаго права, или отрицательное, когда оно направлено на уничтоженіе состоянія, противорѣчащаго праву.

Классификація исковъ. — Насколько необходимымъ представляется дѣленіе гражданскихъ правъ на извѣстные разряды, настолько же важно и дѣленіе исковъ, вытекающихъ изъ данныхъ правъ, тѣмъ болѣе, что законодатель, по природѣ и характеру исковъ, опредѣляетъ компетентность предметную и личную.

¹⁾ Renaud. Lehrbuch § 2; *Bolzano*. Handbuch p. 89 sq., 105.

1) Самое общее дѣленіе исковъ—по ихъ предмету, на положительные, направленные на судебное признаніе правъ, и отрицательные, имѣющіе цѣлью уничтоженіе фактическаго состоянія, противорѣчащаго праву. Сюда относятся:

Иски о недействительности юридическихъ актовъ (*actiones de nullitate*)¹⁾ возникаютъ въ тѣхъ случаяхъ, когда въ актѣ недостаетъ какихъ либо существенныхъ принадлежностей, необходимыхъ для действительности его, а между тѣмъ актъ приводится въ исполненіе и этимъ нарушаются права какого либо лица. Таковы, напр., иски о признаніи брака недействительнымъ, о признаніи недействительными духовныхъ завѣщаній, и др.

Св. зак. т. X ч. 1 ст. 37, 1017, 1019.—Полож. о союзѣ брачн. ст. 215 и слѣд.; Гражд. Код. ст. 896, 900, 911, 1001 и др.

Иски объ уничтоженіи юридическаго акта (*actiones rescisoriae*), вѣняемые въ тѣхъ случаяхъ, когда актъ, въ началѣ действительный, впослѣдствіи можетъ быть опороченъ и уничтоженъ, потому что въ немъ обнаружился существенный порокъ, или потому что не сбывается предположеніе, при которомъ онъ былъ совершенъ. Таковы, напр., иски объ уничтоженіи сдѣлки, въ силу существеннаго обмана, сопровождавшаго ея заключеніе; иски объ уничтоженіи займа по причинѣ его безденежности; иски о возвращеніи дара по причинѣ неблагодарности, и др.²⁾

Св. Зак. т. X. ч. 1 ст. 974, 2014.

Выходя изъ природы правъ, нарушеніе которыхъ вызываетъ иски, послѣдніе дѣлятся на

Иски личные и вещные (*actiones in personam* и *actiones in rem*). Дѣленіе это отвѣчаетъ дѣленію самихъ гражданскихъ правъ и поэтому признается за основное и самое естественное дѣленіе исковъ³⁾.

¹⁾ *Азаревичъ*. Система рим. права I стр. 217.

²⁾ *Анненковъ* въ Журн. гражд. и уголовн. пр. 1893 кн. 6 стр. 112, 113.

³⁾ *Bonfils*. Procéd. n. 291.

Не во всѣхъ, однако, искахъ требуется указаніе на правонарушеніе. Искъ вещный не можетъ быть предъявленъ безъ такого указанія. Вещному праву соответствуетъ обязанность всѣхъ и каждаго уважать его. Поэтому въ вещномъ искѣ нельзя ссылаться лишь на одно право (вещь принадлежитъ мнѣ на правѣ собственности), но слѣдуетъ указать не только на нарушение его, но и на нарушителя. — Точно также немислимъ личный искъ по обязательству не совершать опредѣленнаго дѣйствія (*obligationes in non faciendo*) безъ указанія на нарушение этого обязательства. Напр., нельзя предъявлять иска по соглашенію о невыкупѣ родового имущества безъ указанія на фактъ выкупа. — Иное дѣло личные иски по обязательству на совершеніе опредѣленнаго дѣйствія (*obligationes in faciendo*). Тутъ можно ограничиться однимъ указаніемъ на право; нарушение же его предполагается само собою. Такъ, напр., при предъявленіи заемнаго письма ко взысканію не требуется указаніе на неплатежъ; это разумѣется само собою.

Предметъ иска. — Предметомъ иска можетъ быть всякій признанный положительнымъ правомъ интересъ. Истецъ долженъ имѣть притязаніе на опредѣленное въ законѣ гражданское право, отвѣтчикъ долженъ имѣть, по тому же закону, обязанность. Простой интересъ истца, простая нравственная обязанность отвѣтника не могутъ быть предметомъ иска. Мало того, право, какъ предметъ иска, должно быть уже приобретено истцомъ. Если кто только ищетъ приобрести право, то онъ долженъ обратиться къ тѣмъ учрежденіямъ, которыя на то уполномочены, а не къ судамъ¹⁾. — Само притязаніе можетъ быть или положительное, когда оно направлено на признаніе даннаго права, или отрицательное, когда оно направлено на уничтоженіе состоянія, противорѣчащаго праву.

Классификація исковъ. — Насколько необходимымъ представляется дѣленіе гражданскихъ правъ на извѣстные разряды, настолько же важно и дѣленіе исковъ, вытекающихъ изъ данныхъ правъ, тѣмъ болѣе, что законодатель, по природѣ и характеру исковъ, опредѣляетъ компетентность предметную и личную.

¹⁾ *Renaud. Lehrbuch § 2; Bolgiano. Handbuch p. 89 sq., 105.*

1) Самое общее дѣленіе исковъ—по ихъ предмету, на положительные, направленные на судебное признаніе правъ, и отрицательные, имѣющіе цѣлью уничтоженіе фактическаго состоянія, противорѣчащаго праву. Сюда относятся:

Иски о недействительности юридическихъ актовъ (actiones de nullitate)¹⁾ возникаютъ въ тѣхъ случаяхъ, когда въ актѣ недостаетъ какихъ либо существенныхъ принадлежностей, необходимыхъ для действительности его, а между тѣмъ актъ приводится въ исполненіе и этимъ нарушаются права какого либо лица. Таковы, напр., иски о признаніи брака недействительнымъ, о признаніи недействительными духовныхъ завѣщаній, и др.

Св. зак. т. X ч. 1 ст. 37, 1017, 1019.—Полож. о союзѣ брачн. ст. 215 и слѣд.; Гражд. Код. ст. 896, 900, 911, 1001 и др.

Иски объ уничтоженіи юридическаго акта (actiones rescisoriae), вчиняемые въ тѣхъ случаяхъ, когда актъ, въ началѣ действительный, впоследствии можетъ быть опороченъ и уничтоженъ, потому что въ немъ обнаружился существенный порокъ, или потому что не сбывается предположеніе, при которомъ онъ былъ совершенъ. Таковы, напр., иски объ уничтоженіи сдѣлки, въ силу существеннаго обмана, сопровождавшаго ея заключеніе; иски объ уничтоженіи займа по причинѣ его безденежности; иски о возвращеніи дара по причинѣ неблагодарности, и др.²⁾

Св. Зак. т. X. ч. 1 ст. 974, 2014.

Выходя изъ природы правъ, нарушеніе которыхъ вызываетъ иски, послѣдніе дѣлятся на

Иски личные и вещные (actiones in personam и actiones in rem). Дѣленіе это отвѣчаетъ дѣленію самихъ гражданскихъ правъ и поэтому признается за основное и самое естественное дѣленіе исковъ³⁾.

¹⁾ *Азаревичъ*. Система рим. права I стр. 217.

²⁾ *Анненковъ* въ Журн. гражд. и уголовн. пр. 1893 кн. 6 стр. 112, 113.

³⁾ *Bonfils*. Procéd. n. 291.

Въ нашихъ гражданскихъ законахъ вещные иски называются „тѣжбами“, а личные—просто „искажи“. Св. Зак. т. X ч. 1 ст. 417, 419.

a Искъ личный относится къ праву личного требованія, къ обязательству, и, какъ таковой, направленъ противъ того, кто лично обязанъ дать, дѣлать или не дѣлать чего либо. Подобнаго обязательства нельзя себѣ представить отдѣльно отъ опредѣленнаго лица; оно соединено съ нимъ. Поэтому и требовать исполненія обязательства можно только отъ даннаго обязаннаго лица или его представителя.—Искъ личный вытекаетъ изъ всякаго обязательства, какое бы основаніе его ни было—договоръ, законъ, какъ бы договоръ, правонарушеніе, какъ бы правонарушеніе.

b Вещнымъ искомъ осуществляется притязаніе на вещное право, защищается право на вещь, т. е. право непосредственнаго пользованія вещью всею или частью. Такимъ образомъ вещнымъ искомъ ограждается право собственности, владѣнія, право участія въ выгодахъ чужаго имущества (сервитуты) и др. }

Reivindicatio, actio confessoria, actio negatoria, actiones possessoriae и др.—Св. Зак. т. X ч. 1 ст. 691.

Какъ таковой, вещный искъ осуществляется противъ всякаго, препятствующаго отправленію даннаго права. Искъ этотъ, какъ принято выражаться, слѣдуетъ за вещью (actio in rem scripta), т. е. можетъ быть предъявленъ противъ всякаго, къ кому она перейдетъ въ обладаніе или пользованіе.

Вещный искъ можетъ касаться движимой и недвижимой вещи¹⁾. Вещный искъ о недвижимости дѣлать на искъ петиторный и искъ поссессорный²⁾. Искъ петиторный состоитъ въ притязаніи на собственность недвижимаго имущества или на другое вещное право по недвижимости (право участія, uzuфруктъ, сервитутъ вообще). Искъ поссессорный имѣетъ предметомъ владѣніе

¹⁾ *Окс.* Виндикація (въ Жур. гр. и угол. пр. 1874 кн. 3); *Елеонскій.* О предѣлахъ виндикаціи недвижимыхъ вещей (въ Журн. гр. и уг. пр. 1893 кн. 1 стр. 1—64).

²⁾ См. напр. Сакс. гр. Улож. ст. 295, 761.

недвижимымъ или фактическое отправление вещнаго права на чужую вещь ¹⁾).

Итакъ процессъ будетъ петиторнымъ или possessорнымъ смотря потому, признается ли судомъ за даннымъ лицомъ известное право или признается только правомѣрность даннаго фактическаго состоянія.

Важнѣйшія возраженія противъ дѣленія на *petitorium* и *possessorium* сводятся къ слѣдующему. Прежде всего полагаютъ, что это дѣленіе умножаетъ процессы, дѣлая два иска вмѣсто одного; при этомъ разграничительная линія часто неуловима, а поэтому дѣлается возможнымъ третій процессъ — о компетентности суда. Противъ этихъ доводовъ возражаютъ такъ. Различіе владѣнія отъ собственности есть принципъ гражданскаго права и процессу ничего не остается иного, какъ дать и владѣнію особый искъ, possessорный. Затѣмъ и въ самомъ процессѣ это различіе имѣетъ большое значеніе: владѣніе опредѣляетъ въ судебной борьбѣ роли сторонъ—истца или отвѣтчика. Далѣе, умноженія процессовъ бояться нечего: за искомъ о владѣніи рѣдко слѣдуетъ искъ петиторный. Наконецъ, вполне неосновательно опасеніе какого либо затрудненія отличить *possessorium* отъ *petitorium*. См. *Bordeaux*. Philosophie de la procédure civile p. 397—404.

Къ вещнымъ искамъ слѣдуетъ отнести ²⁾ также иски о наслѣдствѣ и иски о правахъ состоянія ³⁾, такъ какъ права эти могутъ быть нарушены всякимъ, а слѣдовательно и иски по нимъ могутъ быть осуществляемы не только противъ впередъ опредѣленныхъ лицъ.

Св. Зак. т. X, ч. 1 ст. 1241, 1242; Уст. гр. суд. ст. 1347, 1348; Гражд. Улож. ст. 279—290.

¹⁾ Уст. гр. суд. ст. 73; Прав. о пр. суд. д. ст. 49.

²⁾ *Мальшевъ*. Курсъ гр. суд. изд. 2 т. 1 стр. 249.

³⁾ Уже по римскому праву *actiones praejudiciales de statu* относились къ *actiones reales* (§ 13 I. 4, 6).

Рядомъ съ дѣленіемъ исковъ на личные и вещные признаются въ наукѣ ¹⁾ и въ современныхъ законодательствахъ ²⁾, по примѣру римскаго права ³⁾, еще такъ назыв. смѣшанные иски (actiones mixtae), т. е. такіе иски, которыхъ предметъ составляетъ одновременно какъ личное, такъ и вещное право, въ томъ смыслѣ, что рѣшеніе по нимъ, опредѣляя вопросъ о существованіи личнаго права, въ то же время способно разрѣшить вопросъ о существованіи права вещнаго. Это бываетъ въ тѣхъ случаяхъ, когда право на вещь основывается на обязательствѣ кого либо; тутъ искъ долженъ быть направленъ противъ обязаннаго лица, чтобы установить существованіе или дѣйствительность обязательства, а тѣмъ опредѣлить существованіе и вещнаго права.—Въ римскомъ правѣ такими смѣшанными исками были три иска на раздѣлъ (actiones divisoriae) имущества, находящагося въ общемъ владѣніи, наследствѣ, и о размежеваніи или опредѣленіи общихъ границъ сосѣднихъ участковъ ⁴⁾. Тоже и во французскомъ законодательствѣ. Смѣшанный характеръ этихъ исковъ признается прежде всего въ силу ихъ основанія, такъ какъ они основываются въ одно и то же время и на правѣ собственности каждаго общника или сосѣда, и на взаимномъ обязательствѣ, вытекающемъ изъ закона, на дѣлежъ и разграниченіе ⁵⁾. Признаются эти иски смѣшанными и по предмету, такъ какъ они направлены прежде всего на выполненіе законнаго обязательства и на уступку того, что будетъ присуждено другому.—Практическія послѣдствія такого смѣшаннаго характера этихъ исковъ выражаются, между прочимъ, въ двойственности мѣста ихъ подсудности.

И въ нашемъ правѣ имѣются иски соответствующаго содержанія.

¹⁾ Напр. см. *Boncenne*. *Introduc.* p. 68, 77; *Bonfils*. *Traité* pp. 295—305.

²⁾ Напр. *Code de procédure civile* art. 59, 64.

³⁾ § 20 *Inst.* 4, 6.

⁴⁾ *Actiones familiae erciscundae, communi dividundo* и *finium regundorum*.

⁵⁾ *Code civil*. art. 646 и 815.

Св. Зак. т. X ч. 1 ст. 550, 1313, 1315, 1338; Прилож. къ ст. 1400 ст. 11; 1409—1423.

Но, судя по нашимъ правиламъ о подеудности этихъ исковъ, едва ли основательно считать ихъ смѣшанными¹⁾, а не чисто вещными.

Уст. гр. суд. ст. 215, 216 1515.

По ближайшему содержанию искового притязанія всѣ иски дѣлятся на иски о возстановленіи нарушеннаго права, на иски штрафныя и на вознагражденіе за вредъ и убытки, причиненныя правонарушителемъ, и, наконецъ, на иски смѣшанныя, т. е. направленные, какъ на возстановленіе права, такъ и на взысканіе за нарушеніе его, *actiones rei persecuendae causa, poenae persecuendae causa, mixtae*²⁾.

Св. Зак. т. X ч. 1 ст. 644, 691, 693; Гражд. Код. ст. 577, 1382, 1383; Учрежд. суд. уст. ст. 331, 344, 352; Уст. гр. суд. ст. 29, 953, 1100, 1181, 1207, 1302, 1316, 1330⁶, 1331, 1335, 1462, 1618.

Иски пѣнальные отмѣчаются признакомъ виновности правонарушителя. Не будетъ этого субъективнаго момента при правонарушеніи, то въ большинствѣ случаевъ не можетъ быть вчиненъ съ успѣхомъ пѣнальный искъ.

Св. Зак. т. X ч. 1 ст. 647.

Стеченіе исковъ (concursum actionum).

Подъ стеченіемъ или смѣшеніемъ исковъ разумѣется тотъ случай, когда въ одномъ искѣ будетъ предъявлено нѣсколько притязаній. Какъ стеченіе предметныхъ притязаній, оно можетъ быть названо объективной исковой кумуляціей, въ отличіе отъ субъек-

¹⁾ Такого мнѣнія держится г. *Амленковъ* въ Журн. гражд. и уголовн. пр. 1893 кн. 6 стр. 109, 110.

²⁾ *Gajus* 4 §§ 6—9; §§ 16—27 I. 4, 6.

тивной кумуляціи, когда нѣсколько истцовъ предъявляютъ искъ объ одномъ общемъ всѣмъ имъ правѣ, или когда искъ предъявленъ къ нѣсколькимъ отвѣтчикамъ, обязаннымъ отвѣтствовать вмѣстѣ¹⁾.

Смѣшеніе исковъ, прежде всего, мыслимо при тѣхъ условіяхъ, что всѣ они 1) подсудны одному и тому же суду и 2) должны быть разсматриваемы по одной и той же формѣ производства²⁾. Засимъ, и при соблюденіи этихъ условій не можетъ быть допущено смѣшеніе исковъ, въ интересахъ правосудія и сторонъ, когда накопленіе въ процессѣ разнороднаго матеріала можетъ вызвать затрудненія въ разбирательствѣ суда и въ объясненіяхъ, особенно, отвѣтчика. Уставъ предполагаетъ возможной путаницу въ производствѣ при смѣшеніи такихъ исковъ, которые истекаютъ изъ разныхъ основаній, и поэтому предписываетъ, для такихъ случаевъ, подачу, по каждому отдѣльному иску, особаго исковаго прошенія.

Уст. гражд. суд. ст. 258.

Такъ, нельзя въ одномъ исковомъ прошеніи искать съ одного и того же лица возстановленіе владѣнія и право собственности³⁾, или — арендную плату и возвращеніе отданнаго на сохраненіе. Но нѣтъ препятствія предъявлять одно требованіе по нѣсколькимъ векселямъ къ одному и тому же лицу, или одно же требованіе по займу и по неустойкѣ.

Но помимо такого законнаго ограниченія кумуляціи исковъ и самъ судъ не можетъ быть лишенъ права раздѣлять производство по первоначально соединеннымъ притязаніямъ, коль скоро такое раздѣленіе будетъ найдено цѣлесообразнымъ; съ другой стороны едва ли основательно раздѣлять производство во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда притязаніе вытекаетъ изъ разныхъ основаній, коль скоро отъ одновременнаго ихъ разсмотрѣнія никакой путаницы не произойдетъ, какъ напр. въ дѣлѣ о потравѣ и о порчѣ изгороди.

1) См. т. I в. 2 стр. 350 и слѣд.

2) Civilproz. § 232 Abs. 1; § 575; § 608.

3) Civilproz. § 232 Abs. 2.

Въ Уставѣ для мировыхъ судей и въ Правилахъ для суда земскихъ начальниковъ данный вопросъ о смѣшеніи исковъ не затронутъ вовсе. Германскій уставъ гражд. судопр. исполнѣ основательно предоставляетъ вопросъ о раздѣленіи производства, по соединенному притязанію, усмотрѣнію самого суда (Civilproz. § 136) и не требуетъ непремѣннаго раздѣленія, когда притязаніе вытекаетъ изъ различныхъ основаній (Civilproz. § 232 Abs. 1).

Прекращеніе иска.—Самое обыкновенное основаніе прекращенія иска—это прекращеніе самого права, охранѣ котораго онъ служитъ. Такъ право на искъ прекращается смертью управомоченнаго, лишеніемъ его всѣхъ правъ состоянія, вступленіемъ въ монашество, когда права его, въ силу чисто личнаго свойства, не подлежатъ преемственности.

См. напр. Св. Зак. т. X ч. 1 ст. 106, 172, 667, 974, 1222, 1223, 1544.

Затѣмъ, осуществленіе иска въ процессѣ естественно ведетъ къ прекращенію права на новое его предъявленіе.

Bona fides non patitur ut bis idem exigatur.

Равнымъ образомъ всякое распоряженіе искомъ со стороны управомоченнаго,—какъ-то въ формѣ отказа отъ него, состоявшагося по спору соглашенія,—прекращаетъ право на его предъявленіе.

Уст. гр. суд. ст. 206^с, 337, 1357.

Наконецъ, особое основаніе для прекращенія иска представляетъ собою

Давность¹⁾.—Для совершенія разныхъ судебныхъ дѣйствій въ процессѣ установлены опредѣленные сроки, такъ что пропускъ этихъ сроковъ пресѣкаетъ право на совершеніе данныхъ дѣйствій. Сроки эти, называемые пресѣкательными или преклюзивными, со-

¹⁾ *Этальманъ*. О давности по русскому праву 1868; *Боровиковскій*. Давность (во II томѣ „Отчета судьи“) 1892.—*Grawein*. Verjährung u. gesetzliche Befristung 1880.

общаютъ самому праву срочный временной характеръ. Съ понятіемъ же исковой давности несоединено представленія о такой срочности права; тутъ искъ самъ по себѣ безсрочный прекращается въ теченіи опредѣленнаго времени съ момента его установленія. Итакъ исковая давность есть способъ прекращенія иска, посредствомъ его неосуществленія въ теченіи извѣстнаго времени.

Уст. гр. суд. ст. 589.

Законодательный мотивъ этого института заключается въ стремленіи устранить продолжительную неопредѣленность юридическихъ отношеній, чтобы эти отношенія не могли подвергаться неопредѣленное время колебаніямъ или разрушенію отъ примѣненія когда то зародившагося по нимъ иска.

Исковая давность предполагаетъ два условія:

а) зарожденіе, установленіе иска, actio nata: actioni nondum natae non praescribitur;

б) чтобы онъ не былъ предъявленъ въ теченіе давностнаго срока.

а) По вопросу о моментѣ зарожденія иска, когда actio можно считать nata, слѣдуетъ различать права, изъ нарушенія которыхъ искъ вытекаютъ¹⁾. Такъ по вещнымъ правамъ и обязательствамъ на несовершенство извѣстнаго дѣйствія²⁾ искъ зарождается съ момента нарушенія права. До нарушенія управомоченный обладаетъ всей полнотою установленнаго ему права, а слѣдовательно и повода къ иску не имѣетъ. Въ обязательствахъ на совершенство опредѣленнаго дѣйствія³⁾ по наступленіи условія или срока искъ рождается съ даннаго событія, ибо до того не можетъ быть предъявлено по обязательству требованія. По тому же обязательству, но безусловному и безсрочному, моментъ зарожденія иска можно отнести или ко времени уже самого установленія права, ибо съ этого уже момента имѣется право на получение слѣдующаго по обя-

1) См. *Азаревичъ*. Система римскаго права I стр. 289—291.

2) *Obligaciones in non faciendo*.

3) *Obligaciones in faciendo*.

зательству, или же съ момента востребованія, когда выяснится нарушение права.

Такова постановка вопроса въ наукѣ. Въ нашемъ положительномъ законодательствѣ замѣчается наклонность признавать моментомъ зарожденія иска моментъ проявившагося нарушения права. Такъ въ обязательствахъ условныхъ и срочныхъ зарожденіе иска считается съ наступленіемъ срока или условія.

Св. Зак. т. X ч. 1 ст. 1549.

По обязательствамъ же безсрочнымъ или подлежащимъ платежу по востребованію давность считается со дня смерти должника или со дня предъявленія ихъ ко взысканію.

Св. Зак. т. X ч. 1 ст. 1259; т. X ч. 2 ст. 220 примѣч.

б) Давностный срокъ. — Общій срокъ давности — 10 лѣтъ.

Св. Зак. т. X ч. 1 ст. 692, 694, 1242, 1246, 1549; Уст. гр. суд. ст. 708, 806, 1459, 1460; Уст. суд. торг. ст. 262; Уст. векс. ст. 94, 95.

Но затѣмъ для нѣкоторыхъ исковъ допускаются и другіе болѣе короткіе сроки.

Напримѣръ. Иски за вредъ и убытки по литературнымъ дѣламъ (за контрафакцію) могутъ быть вчинаемы въ теченіе двухъ лѣтъ, а для находящихся за границею — въ теченіе четырехъ лѣтъ (т. X ч. 2 ст. 721; Касс. рѣш. 1882 № 76). — Споры противъ купчихъ крѣпостей могутъ быть вчинаемы только въ теченіе двухъ лѣтъ (т. X ч. 1 ст. 1524). — Дѣло о незаконности рожденія младенца, при существованіи брака, могло быть начато въ теченіи двухъ лѣтъ, если мужъ находился за границею) (Уст. гр. суд. ст. 1350). — Годичный срокъ предоставляется на предъявленіе требованій по задаточной роспискѣ) (т. X ч. 1 ст. 1685 прим.). — Годичный же срокъ для начатія мужемъ о незаконности рожденія младенца, если мужъ во время рожденія находился въ предѣлахъ государства (Уст. гр. суд. ст. 1350). — По Устаку Торговому установлена для нѣкоторыхъ исковъ двухлѣтняя и годичная давность (Уст. Торг. ст. 522, 530). — Есть сроки и менѣе го-

2 } метр.
4 }
- 2 купчихъ
- 2 - незаконн.
- 1 - задаточн.
- 1 - незаконн.

да: въ нѣсколько мѣсяцевъ, недѣль и даже дней. См. сводъ у Адамовича. Русск. гражд. проц. I стр. 166—170.

Съ другой стороны известны и болѣе продолжительные сроки исковой давности.

Напр., если по законамъ того государства, гдѣ договоръ совершенъ, устанавливается болѣе продолжительный срокъ. Уст. гр. суд. ст. 708, 1540.

О срокахъ по Общему Уставу Росс. Желѣзн. Дорогъ см. ст. 135—137.

Кромѣ того, особые давностные сроки установлены въ отдѣльныхъ мѣстныхъ законахъ.

Напримѣръ. Въ Черниговской и Полтавской губерніяхъ взысканіе съ имѣнія, служащаго обезпеченіемъ долга, въ случаѣ продажи этого имѣнія, допускается лишь въ теченіе 3-хъ лѣтъ (т. X ч. 1 ст. 1459). Той же трехлѣтней давности подлежатъ, въ данныхъ губерніяхъ, все иски объ ущербахъ и убыткахъ, причипенныхъ въ движимомъ имуществѣ (т. X ч. 1 ст. 695).—Затѣмъ, по гражданскимъ законамъ, дѣйствующимъ въ Царствѣ Польскомъ, общій срокъ исковой давности—30 лѣтъ (Гражд. Код. ст. 2262)¹⁾. Но по отдѣльнымъ правоотношеніямъ установлены другіе сроки. Такъ, искъ о недействительности или объ уничтоженіи договора погашается въ десять лѣтъ (Гр. К. ст. 1304), искъ противъ добросовѣстнаго владѣльца недвижимымъ имуществомъ можетъ быть вчиненъ только въ теченіе 10 или 20 лѣтъ (Гражд. Код. ст. 2265 и слѣд.). Цѣлый рядъ исковъ можетъ быть вчиненъ только въ теченіе года (Гр. Код. ст. 2272); другіе иски—въ теченіе лишь 6 мѣсяцевъ (Гр. Код. ст. 2271). О прочихъ срокахъ см. Гр. Код. ст. 2273 и слѣд.²⁾. См. также Код. Торг. ст. 108.

Наконецъ, нѣкоторые иски вовсе не погашаются по давности.

¹⁾ Срокъ заимствованный западными законодательствами изъ римскаго права. Срав. Саксон. гражд. Улож. ст. 150; Итальян. гражд. Улож. ст. 2135.

²⁾ Сравн. Итальян. гр. Улож. ст. 2138—2147.

Напримѣръ: право доказывать законность рожденія не прекращается никакою давностью (Уст. гражд. суд. ст. 1347; Св. Зак. т. X ч. 1 ст. 126); право вдовы на выдѣль указанной части (т. X ч. 1 ст. 2108 доп. 1); право на заповѣдныя имущества (т. X ч. 1 ст. 564) и нѣкоторыя другія. См. *Анненковъ* въ Журн. гражд. и уголовн. пр. 1893 кн. 6 стр. 120.

Во время теченія давности могутъ наступить или такія обстоятельства, которыя мѣшаютъ ея выполнению, но не уничтожая прошедшаго времени въ счетъ срока, а лишь отодвигая окончаніе послѣдняго, — это такъ назыв. пріостановка давности, — или такія обстоятельства, которыя совершенно уничтожаютъ прошедшее время въ срокъ давностный и тѣмъ дѣлаютъ необходимымъ выполнить послѣдній сначала, по устраненіи даннаго препятствія, это такъ назыв. перерывъ давности.

Пріостановка давности. Теченіе давности пріостанавливается:—1) Для исковъ лицъ недѣеспособныхъ, какъ-то для малолѣтнихъ и душевно больныхъ, пока они находятся подъ опекою.

Св. Зак. т. X ч. 1 ст. 694 прилож. ст. 2; т. X ч. 2 ст. 214; Гражд. Код. ст. 2252. Изъятіе изъ этого правила по Общ. уставу рос. желѣзн. дор. ст. 137; а по Гражд. Кодексу для нѣкоторыхъ особо упомянутыхъ случаевъ (ст. 2278).

2) Для исковъ лицъ, которыя находятся въ плѣну или на службѣ въ заграничныхъ походахъ.

Св. Зак. т. X ч. 2 ст. 225.

3) Во всѣхъ случаяхъ, когда вовсе прекращается отправленіе правосудія, какъ-то во время заразы, нашествія непріятели и т. п.; въ этихъ случаяхъ представляется невозможнымъ предъявленіе иска.

По Гражд. Код. допускается еще пріостановка давности во время брака (ст. 2255, 2256).

Перерывъ давности.—1) Вслѣдствіе признанія правъ истца, напр. платежомъ процентовъ, частичною уплатою долга, выдачею новаго акта обязательства, установленіемъ поручительства или

залога въ обезпеченіе обязательства. 2) Вслѣдствіе потери владѣнія отвѣтчикомъ. 3) Предъявленіемъ иска въ надлежащее судебное мѣсто и принятаго этимъ послѣднимъ; искъ возвращенный считается не поданнымъ ¹⁾).

Общимъ послѣдствіемъ исковой давности, по нашему законодательству, будетъ прекращеніе не только самого иска, но и того права, которое имъ защищается, какъ-то обязательственного, вещнаго, права на наслѣдство. Такъ что, еслибы должникъ по ошибкѣ уплатилъ свой долгъ кредитору послѣ давностнаго срока, то онъ могъ требовать уплаченное обратно. / /

Св. Зак. т. X ч. 1 ст. 692, 694, 1246, 1242; т. X ч. 2 ст. 220; Гражд. Код. ст. 1234.

Кромѣ давности другаго какого либо особаго основанія для прекращенія иска не существуетъ.

Къ обстоятельствамъ, прекращающимъ искъ, иногда относятся стеченіе нѣсколькихъ исковъ (*Анненковъ*. Искъ и возраженіе, какъ средства осуществленія и защиты гражд. правъ въ Журн. гр. и уг. права 1893 кн. 6 стр. 100, 121—124). Но само стеченіе не есть основаніе прекращенія иска, а можетъ только вести къ подобному послѣдствію при конечномъ разрѣшеніи—когда цѣль всѣхъ данныхъ исковъ будетъ достигнута однимъ изъ нихъ. Иначе говоря—основаніе прекращенія тутъ будетъ не стеченіе исковъ, а осуществленіе права. Если же эта цѣль не будетъ достигнута даннымъ искомъ вполнѣ или частью, то право на предъявленіе другихъ исковъ не исчезаетъ. См. Саксон. гражд. улож. ст. 149. — Въ нашихъ гражд. законахъ говорится о стеченіи исковъ въ томъ смыслѣ, что полученное удовлетвореніе по одному лишаетъ права вчинать другой искъ (Св. Зак. т. X ч. 1 ст. 669.—Статья же 683 совсѣмъ не относится къ стеченію исковъ).

¹⁾ *Малышевъ*. Курсъ I стр. 256, 257.

Защита ¹⁾.

При всей правовой основательности нападения истца, устанавливающей предположение против ответчика, нельзя рѣшать спора, не предоставивъ этому послѣднему высказаться по дѣлу. Всякое сужденіе, на основаніи одностороннихъ показаній истца, должно представляться сомнительнымъ, ненадежнымъ и прямо противнымъ началу равенства сторонъ передъ судомъ. Поэтому ответчику должно быть открыто право, если онъ не желаетъ признавать претензій истца, защищаться противъ нихъ въ судѣ; иначе говоря—въ процессѣ обѣ стороны должны быть выслушаны.

Audiat et altera pars. — Neque enim inaudita causa quemquam damnari aequitatis ratio patitur (L. 3 C. 7, 43; L. 1 D. 48, 17; L. 9; L. 45 § 2; L. 47 pr.; L. 54 pr. D. 42, 1).— Судь можетъ разрѣшать гражданскія дѣла „не иначе, какъ по выслушаніи объясненія противной стороны“... Уст. гражд. суд. ст. 4; Прав. о пр. суд. д. ст. 1.

Защитой (defensio) называются всѣ тѣ объясненія ответчика, которыми онъ такъ или иначе старается обезсилить притязанія истца. Но такъ какъ этими объясненіями истецъ можетъ быть поставленъ въ оборонительное положеніе, то также и объясненія истца на заявленія ответчика должны быть разсматриваемы, какъ защита.

См. Уст. гр. суд. ст. 313—315, 317, 318.

Защита можетъ быть основана или на началахъ гражданска-

¹⁾ *Держожинскій.* Отводы и возраженія по русскому гражданскому процессу 1889.—*Iocotton.* Des exceptions de proc. en mat. civ. et commerc. 1858; *Despommiers.* Caractères généraux des exceptions 1881.—*Albrecht.* Die Exceptionen des gemein. deutsch. Civilprozesses 1835; *Maxen.* Ueber Beweislast, Einreden u. Exceptionen 1861; *Billow.* Lehre von den Prozesseinreden u. d. Prozessvoraussetzungen 1868; *Eisele.* Die materielle Grundlage der Exceptio 1876; *Lenel.* Ursprung u. Wirkung der Exceptionen 1876; *Reinhold.* Die Lehre von dem Klaggrunde, den Einreden etc. 1888.

го права, — споры по существу иска, — или на началах процессуальных, — споры по процессуальным недостаткам. Въ первомъ случаѣ дѣло идетъ о самомъ разрѣшеніи судебного спора, во второмъ — объ условіяхъ процесса. Заявленія спора по самому существу иска носятъ названіе возраженій въ обширномъ смыслѣ слова; заявленія спора по процессуальнымъ недостаткамъ именуется отводами.

1) Споры по существу иска могутъ выражаться въ слѣдующихъ заявленіяхъ отвѣтчика:

а) Въ осцариваніи основаній выставленнаго противъ него притязанія. При этомъ онъ можетъ признавать истинность выставленныхъ фактовъ, но въ тоже время отвергать правовые изъ нихъ выводы, придавая имъ другое юридическое значеніе. Это такъ назыв. deductio contraria. Напримѣръ, получилъ деньги, но не въ займы, а въ даръ. — Кромѣ того, отвѣтчикъ можетъ оспаривать и самые факты, т. е. отвергать вполнѣ или частью истинность выставленныхъ въ обоснованіи притязанія истца фактическихъ утверженій. Это такъ назыв. denegatio absoluta, litis contestatio negativa. Напримѣръ, незанималъ денегъ вовсе.

б) Не оспаривая основаній иска, отвѣтчикъ можетъ выставить такой правовой фактъ, въ силу котораго дѣйствительно установленное противъ него право истца должно считаться утеряннымъ, — какъ напр. въ силу мирового соглашения, судебного рѣшенія, давности, уплаты, — или неподлежащимъ удовлетворенію, какъ напр. за ненаступленіемъ тому срока или условія. Такія заявленія называются exceptioes, или возраженіями въ тѣсномъ смыслѣ слова ¹⁾.

Возраженіе, какъ правовой фактъ, покрывающій собою исковое притязаніе, ставитъ истца, въ свою очередь, въ оборонительное положеніе, есть собственно актъ нападенія отвѣтчика на истца ²⁾, оборонительный же его признакъ только въ назначеніи

¹⁾ Обь отношеніи римскаго exceptio къ современному понятію возраженія въ наукѣ споръ. См. *Planck. Lehrbuch* Bd. 2 *Abth.* 1 p. 51; *Reinhold* cit. p. 122—142.

²⁾ Отсюда выраженіе: *reus excipiendo fit actor*.

отклонять притязание истца ¹⁾). Поэтому истецъ, съ своей стороны, можетъ прибѣгнуть ко всеѣмъ упомянутымъ родамъ защиты противъ возраженія, а въ томъ числѣ и къ возраженію же. Возраженіе истца на возраженіе отвѣтчика носитъ названіе replicatio ²⁾; возраженіе на послѣднее — duplicatio; возраженіе на duplicatio — triplicatio, на послѣднее — quadruplicatio, и т. д.

Возраженія могли быть чисто личныя, когда право на предъявленіе ихъ принадлежало только тѣмъ лицамъ, которымъ оно принадлежало первоначально и слѣдовательно они не переходили къ другимъ лицамъ по преемству; другія же возраженія были вещныя; они могли быть предъявляемы противъ всякаго лица, выступающаго въ качествѣ истца по данному притязанію или каждаго лицомъ, выступающимъ въ качествѣ отвѣтчика, хотя бы первоначально и не обязаннымъ, по сдѣланнымъ таковымъ по преемству въ правѣ. Таковъ смыслъ дѣленія на exceptiones personae и rei cohaerentes ³⁾.

Все возраженія, основанныя на чисто личномъ правѣ, принадлежатъ къ разряду exceptiones personae cohaerentes. Къ числу exceptiones rei cohaerentes принадлежатъ, на примѣръ, возраженія о недѣйствительности обязательства, заключеннаго по принужденію, или лицомъ недѣеспособнымъ, о безденежности займа (Св. Зак. т. X ч. 1 ст. 703, 218, 2014; Гр. Код. ст. 1109, 1111—1115), и др.

Отводы. — Отводъ ⁴⁾, составляя въ отличіе отъ возраженія процессуальную мѣру защиты, выражается въ указаніи суду на отсутствіе въ процессѣ такихъ условій, которыя опредѣляютъ дѣйствительность судебныхъ дѣйствій. Недѣйствительность же процесса зависитъ отъ нарушенія или абсолютныхъ условій его (напр. подсудности по роду дѣлъ, право — и дѣеспособности сторонъ), или

¹⁾ *Fitting*. Civilprocess. p. 156.

²⁾ *Replicatio est quasi exceptionis exceptio* L. 22 D. de exc. 44, 1.

³⁾ L. 4 §§ 27—29; 31, 33 D. 44, 4.

⁴⁾ *Processeinrede*.

относительныхъ условий, установленныхъ лишь въ интересѣ стороны (напр. подсудности по мѣсту жительства отвѣтчика). Соблюденіе первыхъ условий обязательно для суда по самому закону, соблюденіе вторыхъ зависитъ отъ усмотрѣнія заинтересованныхъ лицъ. Но несоблюденіе какъ послѣднихъ, такъ и первыхъ условий даетъ право заинтересованному отвѣтчику требовать немедленнаго прекращенія процесса. Заявленіе такого требованія съ указаніемъ его основаній называется предъявленіемъ (или заявленіемъ) отвода.

Виды отводов. — Такъ какъ отводы не касаются сущности правовыхъ притязаній истца, то большинство ихъ могутъ быть предъявлены отвѣтчикомъ безъ представленія объясненій по существу. Уставъ гражданского судопроизводства отмѣчаетъ лишь этого рода отводы.

Уст. гр. суд. ст. 69, 571, 1526, 1822. Сравни. Прав. объ устр. суд. части ст. 45, по которой отъ усмотрѣнія земскаго начальника или городского судьи зависитъ разсмотрѣніе отвода отдѣльно или совмѣстно съ существомъ дѣла.

Возраженія, какъ относящіяся къ сущности предъявленнаго иска, не могутъ быть разсматриваемы предварительно и отдѣльно отъ объясненій его по существу. Уст. гр. суд. ст. 589.

Но помимо того могутъ быть заявлены отводы не отдѣльно отъ объясненія по существу дѣла. Какъ то: указаніе на нарушеніе въ исковомъ прошеніи предписанныхъ закономъ формъ (*exceptio libelli inerti*); указаніе на разсмотрѣніе дѣла уголовнымъ судомъ по обвиненію въ преступленіи или проступкѣ, изъ которыхъ возникъ гражданскій искъ объ убыткахъ; требованіе о признаніи гражданского дѣла по причинѣ такихъ обстоятельствъ, которыя вызываютъ уголовное преслѣдованіе; требованіе прекращенія возобновленнаго въ судѣ дѣла, за уничтоженіемъ производства по истеченіи трехъ лѣтъ.

Отводы на основаніи Уст. гр. суд. ст. 6, 8, 579, 689; Прав. о пр. с. д. ст. 46. — Подробнѣе о каждомъ изъ этихъ отводовъ будетъ сказано позднѣе.

И такъ въ однихъ случаяхъ отводы могутъ быть предъявляе-

ны отдѣльно отъ объясненій по существу дѣла, въ другихъ предьявленіе отвода не освобождаетъ отъ такого объясненія. Выдѣляя первые случаи точнымъ перечисленіемъ ихъ, на основаніи самого свойства данныхъ отводовъ, законодатель имѣлъ въ виду предупредить во всѣхъ остальныхъ случаяхъ затягиваніе дѣла по произволу отвѣтчика, предьявленіемъ отвода, быть можетъ, самого неосновательнаго, но вмѣстѣ освобождающаго на время отъ объясненія по существу ¹⁾).

Отводы заявляемые отдѣльно отъ объясненія по существу:

1) Прежде всего всякій процессъ, для его дѣйствительности, предполагаетъ надлежащій судъ, судъ компетентный. По этому отвѣтчикъ можетъ заявить выводъ, когда дѣло подсудно другому суду (или административному учрежденію). Это такъ назыв. exceptio fori. При этомъ нарушеніе подсудности можетъ вытекать изъ самого рода дѣлъ, или выражаться въ обходѣ мѣста жительства отвѣтчика или мѣста нахождения недвижимаго имущества.

Уст. гр. суд. ст. 69 п. 1; ст. 571 п. 1; Прав. объ устр. суд. ч. ст. 45 п. 1.—Срав. Code de procéd. civ. art. 168, 172.

2) Отводы по основанію, что въ томъ же или въ другомъ судѣ производится дѣло по тому же самому предмету и между тѣми же лицами, — такъ назыв. exceptio litis pendentes, — или дѣло, имѣющее съ предьявленнымъ искомъ тѣсную связь, — такъ назыв. exceptio conexitatis (concursum) causarum.

Уст. гр. суд. ст. 69 п. 2; 571 п. 2; Прав. о произв. с. д. ст. 45 п. 2.—Срав. Code de proc. civ. art. 171.

Для предьявленія exceptio litis pendentes требуется тождество какъ вещественнаго состава спорнаго права, такъ и основанія возникновенія права ²⁾, а затѣмъ и тождество лицъ, между которыми ведется тотъ и другой судебный споръ.

Для предьявленія exceptio conexitatis causarum тре-

¹⁾ Исаченко. Гражд. проц. 3, 1 стр. 32, 33.

²⁾ Гольмстенъ. Принципы тождества стр. 56.

буется известная внутренняя зависимость одного дѣла отъ другаго ¹⁾. Такая тѣсная связь между дѣлами не можетъ быть определена общими для всѣхъ случаевъ признаками; она выясняется каждый разъ только изъ существа дѣла ²⁾.—Основаніе къ допущенію такого отвода заключается въ намѣреніи избѣжать лишняго производства и возможности противорѣчія въ рѣшеніяхъ по дѣламъ, состоящимъ въ неразрывной связи ³⁾.

3) Необходимымъ условіемъ дѣйствительности процесса будетъ, между прочимъ, правоспособность истца (legitima persona standi in iudicio ⁴⁾). За наличностью этого условія долженъ слѣдить даже самъ судъ, тѣмъ болѣе можетъ предъявить отводъ сторона, когда искъ предъявленъ лицомъ неимѣющимъ права искать и отвѣчать на судѣ лично за себя, по своей неправоиспособности вообще къ веденію гражданскихъ дѣлъ ⁵⁾.

Уст. гражд. суд. ст. 69 п. 4; 571 п. 4; Прав. о пр. суд. д. ст. 45 п. 4. Срав. Уст. гр. суд. ст. 576 п. 2; 584 п. 3.

4) Отводы повѣренныхъ неуполномоченныхъ вовсе или уполномоченныхъ ненадлежащимъ образомъ (exceptio procuratoria), когда самъ судъ не устранилъ подобнаго повѣреннаго. Это заявленіе отвѣтчика не касается существа иска ⁶⁾, а потому данный отводъ, по нашему мнѣнію, освобождаетъ отъ объясненія по существу дѣла.

Уст. гр. суд. ст. 572; 576 п. 3; 584 п. 4. А также ст. 80.

5) Дѣйствительность процесса обусловливается не только общей правоспособностью сторонъ, но и обязанностью отвѣчать и правомъ искать въ данномъ опредѣленномъ дѣлѣ (такъ назыв.

¹⁾ См. *Анненковъ*. Комментар. III стр. 50—53.

²⁾ См. Касс. рѣш. 1868 № 724; 1869 № 92; 1873 № 1564; 1879 № 159; 1881 № 133.

³⁾ Суд. Уст. изд. (2) Госуд. Канц. ч. 1 стр. 279.

⁴⁾ См. т. I стр. 342 и слѣд.

⁵⁾ Касс. рѣш. 1874 № 276.

⁶⁾ Касс. рѣш. 1881 № 91.

legitimatío ad causam)¹⁾. На этомъ основаніи можетъ быть предъявленъ отводъ, когда требованіе истца должно, во всей цѣлости своей, относиться къ другому отвѣтчику.

Уст. гр. суд. ст. 69 п. 3; 571 п. 3; Прав. пр. суд. д. ст. 45 п. 3.—Данный отводъ слѣдовало бы считать за возраженіе, ибо установленіе обязанности даннаго лица отвѣчать по иску зависитъ отъ разрѣшенія вопроса о правоотношеніяхъ, въ какихъ стоятъ другъ къ другу стороны, т. е. обуславливается сущностью дѣла. См. *Дерюжинскій*. сі. стр. 59.—По толкованію сената заявленіе отвѣтчика о томъ, что искъ долженъ относиться къ другому лицу, можетъ быть сдѣлано не только въ формѣ отвода, въ срокъ установленный для отводовъ, но и въ формѣ возраженія, когда оно дѣлается во время производства дѣла. Касс. рѣш. 1878 № 198; 1876 № 15.

На ряду съ этимъ отводомъ нельзя допускать отвода, если искъ предъявляется ненадлежащимъ лицомъ²⁾. Въ законѣ о такомъ отводѣ не говорится и аналогіи отъ предшествовавшаго отвода проводить нельзя, ибо тутъ несомнѣнно будемъ имѣть дѣло съ существомъ спора³⁾.

См. Уст. гр. суд. ст. 589, а также Прав. о пр. суд. д. ст. 46.—Касс. рѣш 1870 № 673; 1874 № 276.

6) Специальный видъ отвода представляетъ тотъ случай, когда иностранецъ истецъ не представляетъ обезпеченія издержекъ по дѣлу и тѣхъ убытковъ, которые можетъ понести отвѣтчикъ.

Уст. гр. суд. ст. 571 п. 5.

Послѣдствія отводовъ и возраженій. — По своимъ послѣдствіямъ отводы направлены на пріостановленіе производства дѣла, тогда какъ возраженія по существу могутъ имѣть или отла-

1) См. т. 1 стр. 349.

2) *Загоровскій*. Очерки гр. судопр. стр. 163.

3) Сравн. *Гольмстенъ*. Учебникъ стр. 221.

гательное или разрушительное дѣйствіе. Отсюда дѣленіе на *excutiones dilatoriae* ¹⁾ и *receptoriae* или *perpetuae* ²⁾. Первые не мѣшаютъ позднѣйшему возобновленію спора, — ими отклоняется искъ только до извѣстнаго времени, но не навсегда, — тогда какъ вторыя поканчиваютъ съ нимъ совсѣмъ. Въ числу отлагательныхъ возраженій принадлежитъ, на примѣръ, ссылка на ненаступленіе срока или суспензивнаго условія для платежа, или на предварительное разсмотрѣніе извѣстнаго обстоятельства другимъ судомъ (уголовнымъ или духовнымъ). Подобными возраженіями имѣется въ виду лишь отсрочить разрѣшеніе иска.

Уст. гр. суд. ст. 8, 1338. — Code de proc. civ. art. 174 — 187.

Примѣромъ разрушительнаго возраженія можетъ служить ссылка на полный платежъ, на погашеніе права давностью, на состоявшееся судебное рѣшеніе, на мировую сдѣлку. Всѣ эти и подобныя возраженія имѣютъ въ виду отклоненіе иска на всегда.

Уст. гр. суд. ст. 589. — Code civil. art. 774, 775, 795, 798.

Что касается вопроса о погашеніи права на предъявленіе возраженій въ обширномъ смыслѣ слова, то въ наукѣ принято общимъ началомъ недопускать погашенія этого права никакими способами, въ томъ числѣ также и по давности ³⁾.

Въ законѣ, хотя это начало и не выражено прямо, но оно слѣдуетъ изъ того, что предъявленіе возраженія зависитъ отъ предъявленія иска и поэтому самостоятельному погашенію подлежать не можетъ ⁴⁾.

Уже въ римскомъ правѣ находимъ положеніе: *quae ad agendum sunt temporalia, ad excipiendum sunt perpetua*.

¹⁾ Отъ слова *dilatio*.

²⁾ Gajus 4, 120; § 8 I. 4, 13; L. 2 § 4; L. 3 D. 44, 1.

³⁾ *Wildhagen*. Ueber die Verjährung der Einreden (въ Jahrb. f. Dogmatik 21).

⁴⁾ *Думишевскій* въ Судебномъ Вѣстн. 1872 № 9.

Встрѣчный искъ.—Къ числу средствъ защиты принадлежитъ и такъ называемый встрѣчный искъ (reconventio¹⁾, demande reconventionnelle, Widerklage), подъ которымъ разумѣется самостоятельный искъ, предъявляемый отвѣтчикомъ на встрѣчу иска истца. И такъ встрѣчный искъ имѣетъ двойной характеръ—наступательный и оборонительный.

Въ качествѣ самостоятельнаго иска, встрѣчный искъ долженъ заключать въ себѣ всѣ условія необходимыя для иска, какъ матеріальныя, такъ и формальныя. Не будетъ встрѣчнаго иска, когда нѣтъ самостоятельнаго требованія, а имѣется лишь возраженіе на требованіе истца, какъ напр. на требованіе заемной суммы отвѣтчикъ просить признать обязательство недействительнымъ.

Кромѣ того для представленія встрѣчнаго иска требуются еще особыя условія, а именно:

Подсудность суду по первоначальному иску, подсудность какъ по роду дѣль, такъ и по мѣсту нахождения недвижимаго имущества. Поэтому, напр., противъ иска о возстановленіи нарушеннаго владѣнія нельзя предъявлять иска не только о правѣ собственности, но и о защитѣ владѣнія недвижимымъ имуществомъ, лежащимъ внѣ предѣловъ даннаго мирового участка.

Между встрѣчнымъ и первоначальнымъ исками должна быть извѣстная связь (connexitas²⁾. Связь такая можетъ быть неразрывной, когда оба иска вытекаютъ изъ одного основанія, правоотношенія (*ex eodem fonte, negotio v. contracta*), но связь между исками можетъ быть и въ тѣхъ случаяхъ, когда онѣ вытекаютъ изъ разныхъ основаній и отношеній, если встрѣчный искъ будетъ служить какъ бы отвѣтомъ на первоначальный искъ, заключаая въ себѣ матеріалъ способный покрыть первоначальное притязаніе (compensatio).

Прав. о произв. суд. д. ст. 30.—Примѣръ неразрывной связи: А. ищетъ наемной платы за квартиру съ Б., а Б.

¹⁾ Римляне называли начальное притязаніе словомъ *conventio*. *Brissonius*. De verb. signif.: *Convenire, in jus vocare et iudicio persequi significat.*—Отсюда сдѣлали слово *reconventio*.

²⁾ *Civilproz.* § 136.

предъявляет встречный иск о вознагражденіи за убытки, причиненные ему неисправностью этой квартиры. — Примѣръ связи при различныхъ основаніяхъ, изъ которыхъ иски вытекаютъ: А ищетъ съ Б. 100 р. за услуги, а Б. встречнымъ искомъ ищетъ съ А. 100 же рублей по заемному обязательству.

Встрѣчный искъ противъ встречнаго не допускается (reconventio reconventionis non datur).

16

Доказательства ¹⁾.

Доказательства (preuves, Beweismittel) именуется средства, чрезъ которыя разумъ доходить до открытія истины ²⁾. Въ процессѣ доказательствами называются тѣ средства, которыя способны убѣдить судью въ правотѣ утвержденія данныхъ спорныхъ фактовъ. Въ процессѣ приведеніе доказательствъ имѣетъ цѣлью опредѣлить убѣжденіе судьи въ пользу утверждаемаго факта—*probatio fit iudici*.

Отсюда всѣ доказательства можно назвать документами, *documenta*—отъ слова *docere*, поучать, т. е. судью. Въ этомъ смыслѣ понимали римляне также слово *instrumentum*, какъ *omnia quibus causa instrui potest*.

¹⁾ *Бендж.* О судебныхъ доказательствахъ 1876. — *Bonnier*. *Traité théorique et pratique des preuves en droit civil et en droit criminel*. 5 éd. 1888.—*Best*. *A treatise on the principles of the law of evidence* 4 ed. 1866 (перев. на нѣмец. языкъ); *Taylor*. *A treatise on the law of evidence* 1872.—*Langenbeck*. *Die Beweisführung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten* 1858; *Endemann*. *Die Beweislehre des Civilprozesses* 1860; *Wendt*. *Beweis u. Beweismittel* (въ *Archiv f. d. civ. Praxis* Bd 63 Н. 1); *Heyssler*. *Die Lehre vom Beweise im oesterr. Civilpr.* (въ *Grünhut's Zeitschr.* 1885, 1886); *Schurter*. *Grundzüge des materiellen Beweisrechtes in der schweizerischen Civilprozessgesetzgebung* 1890.—*Муловъ*. Доказательства въ народномъ судѣ. 1878; *Скоробогатый*. Доказательства въ волостномъ судѣ (въ *Юрид. Вѣстн.* 1883, 1884, 1886).

²⁾ *Bonnier cit.* p. 1.

Въ понятіи доказательства долженъ заключаться признакъ его способности служить основаніемъ (*argumentum*) для принятія судьей истинности факта. Когда, при какихъ условіяхъ доказательства будутъ имѣть такое значеніе для заключенія судьи, — это опредѣляется для него, какъ и для всѣхъ, законами мышленія. Судья не можетъ свое рѣшеніе, какъ заключительное сужденіе о доказательствахъ, опредѣлять простымъ произволомъ¹⁾.

На основаніи состязательности гражданскаго процесса, доказательства предъвляются суду самими сторонами. Таково общее правило²⁾. Поэтому слово „доказывать“ въ гражданскомъ процессѣ обозначаетъ дѣятельность сторонъ, направленную на то, чтобы опредѣлить убѣжденіе судьи въ существованіи спорныхъ фактовъ, обосновывающихъ или уничтожающихъ притязаніе.

Въ нѣкоторыхъ особенныхъ случаяхъ, не требуется закономъ полной достовѣрности заявленныхъ обстоятельствъ, достаточно если на лице будетъ лишь вѣроятность ихъ³⁾, какъ напр. при просьбѣ объ обезпеченіи иска.

Уст. гр. суд. ст. 591.

Предметъ судебныхъ доказательствъ. — Предметомъ судебныхъ доказательствъ (*thema probandum*) могутъ служить лишь фактическія утвержденія, юридическіе факты, а именно — существованіе или несуществованіе этихъ фактовъ.

Сами права или притязанія непосредственно не составляютъ предмета доказательствъ⁴⁾, ибо существованіе права признается лишь путемъ подведенія фактовъ подъ правовыя положенія, т. е. путемъ умозаключенія судьи отъ приведеннаго ему сторонами фактическаго матеріала къ правовымъ положеніямъ⁵⁾. Поэтому, напр., нельзя допрашивать свидѣтелей по вопросу о томъ, вытекаетъ ли

1) *Wendt* cit. p. 255, 256.

2) *Bilow* въ *Archiv. f. d. civ. Praxis* Bd. 62 p. 86.

3) *Bescheinigung, Glaubhaftmachung.*

4) *Renaud. Lehrbuch* § 108; *Wetzell. System* § 22; *Hellmann. Civilproz.* p. 480.

5) *Fitting. Beweislast* p. 15.

изъ договора купли-продажи обязательство къ платежу покупной цѣны; не подлежить доказыванію обязанность жены слѣдовать въ мѣсто служенія мужа, обязанность вознаградить за вредъ, причиненный неосторожной ѣздой, и т. п.

Касс. рѣш. 1870 № 1145; 1880 № 109.

Затѣмъ, не подлежатъ доказыванію и положенія дѣйствующаго права. Послѣднія должны быть примѣняемы судьбою по должности, *ex officio*, ибо его должностное назначеніе заключается въ примѣненіи права. Отсюда выраженіе: *jura novit curia*.

Наше процессуальное законодательство иногда предписываетъ приводить въ исковыхъ, апелляціонныхъ и кассационныхъ жалобахъ законъ (Уст. гр. суд. ст. 257 п. 5; ст. 745 п. 2; ст. 793 пп. 1, 2), а кромѣ того вообще признаетъ не лишнимъ ссылку на законные доводы (Уст. гр. суд. ст. 163; Прав. о пр. суд. д. ст. 111). Но за большинствомъ этихъ предписаній нельзя признавать категорическихъ повелѣній; только въ кассационной жалобѣ долженъ быть указанъ нарушенный законъ (Уст. гр. суд. ст. 186 пп. 1, 2; ст. 793 пп. 1, 2; Прав. о произв. суд. д. ст. 129 п. 2), такъ какъ основаніе этой жалобы заключается именно въ нарушеніи такого-то закона. *Загоровскій*. Очерки стр. 180.

Отъ тяжущагося можетъ быть потребовано доказательство существованія правоположенія, на которое онъ ссылается, только въ слѣдующихъ случаяхъ¹⁾:

1) Когда проситель ссылается на распоряженіе правительства или особаго правительственнаго учрежденія, не обнародованное во всеобщее свѣдѣніе, но частно состоявшееся и разосланное частно въ тѣ учрежденія, до коихъ особливо относится.

2) Когда ссылка сдѣлана на мѣстный законъ, обнародованный по особенному праву въ той только области, до которой относится, какъ напр. мѣстные законы Финляндіи и Царства Польскаго.

¹⁾ *Малышевъ*. Курсъ т. 1 стр. 272; *Побѣдоносцевъ*. Руководство тез. 244.

3) Когда ссылка сдѣлана на обычай (общій или мѣстный)¹⁾ суду неизвѣстный.

4) Когда ссылка сдѣлана на иностранные законы²⁾.

Во всѣхъ перечисленныхъ случаяхъ предполагается, что суду могутъ быть неизвѣстны данныя правоволоженія и тогда вопросъ права становится вопросомъ факта³⁾.

Нѣкоторые иностранныя законодательства особыми положеніями предписываютъ сторонамъ доказывать существованіе правовыхъ нормъ (см. наур. Civilproz. § 265). Въ наукѣ такое предписаніе находятъ несогласнымъ съ общимъ назначеніемъ суда — примѣнять дѣйствующія права, которыя, поэтому, должны быть ему извѣстны; иначе — судъ самъ долженъ озаботиться ознакомленіемъ съ нужными правоволоженіями, а стороны могутъ служить ему только помощью въ этомъ розысканіи (см. *Schurter. Beweisr.* § 7).

Но и фактическія обстоятельства не всегда могутъ составлять предметъ доказыванія.

Прежде всего, нѣкоторые факты законъ не допускаетъ доказывать вовсе. Такъ, на примѣръ, никто, кромѣ мужа матери, не имѣетъ права оспаривать законнорожденность младенца, родившагося при существованіи законнаго брака, а при извѣстныхъ условіяхъ этого лишенъ и мужъ матери.

Уст. гражд. суд. ст. 1348, 1351.

Затѣмъ отъ фактовъ, подлежащихъ доказыванію, требуются слѣдующія свойства:

1) Подлежать доказыванію только факты, имѣющіе значеніе въ дѣлѣ; несущественные факты не должны составлять предмета доказыванія.

¹⁾ Уст. гр. суд. ст. 130; Прав. о произв. суд. д. ст. 88; Уст. торг. ст. 1.

²⁾ Уст. гр. суд. ст. 709.—См. *Böhm. Die räuml. Herrschaft der Rechtsnormen* p. 11—17.

³⁾ *Bordeaux. Philosoph* p. 355; *Langenbeck. Beweisf.* p. 49, 86 sq.

Frustra non eget probatione. — Прав. о произв. суд. д. ст. 53.—Code de procéd. civ. art. 254.

Факты, изъ которыхъ нельзя извлечь никакой пользы для рѣшенія дѣла, не могутъ быть допускаемы къ доказыванію ¹⁾, потому что это противорѣчило бы самой цѣли процесса и достоинству суда, требуя бесполезной траты времени, труда и расходовъ ²⁾,

Уст. судопр. торг. ст. 227. — Поэтому, напр., нельзя доказывать пропускъ срока, который къ иску не относится. Касс. рѣш. 1876 № 43.

Вопросъ о томъ, какіе факты могутъ имѣть значеніе для дѣла ³⁾, вліять на рѣшеніе даннаго спора, опредѣляется началами гражданского права. При этомъ не всѣ существенные въ дѣлѣ факты будутъ одинаково вліять на рѣшеніе. Въ однихъ случаяхъ вліяніе это можетъ быть большее, въ другихъ меньшее ⁴⁾.

2) Спорность фактовъ составляетъ необходимое ихъ свойство для того, чтобы сдѣлать ихъ предметомъ доказательства. Поэтому бесспорные факты не подлежатъ доказательству. Сюда относятся прежде всего такъ назыв. notorium, т. е. общеизвѣстные факты ⁵⁾.

Общеизвѣстными въ процессѣ должны считаться всѣ тѣ факты, которыя обязанъ знать судья въ качествѣ гражданина, мѣстнаго жителя, судебного должностнаго лица, наконецъ, въ качествѣ судьи въ данномъ процессѣ ⁶⁾. Но никоимъ образомъ бесспорными фактами не должны считаться обстоятельства, касающіяся частныхъ отношеній, и извѣстныя судѣ частнымъ путемъ или по

¹⁾ Code de proc. civ. art. 254.

²⁾ Отсюда положеніе: *frustra probata quod probatum non relevat.*—*Langenbeck*. Beweisf. 1 p. 109.

³⁾ Такъ назыв. *relevancy of facts*, *Relevanz der Tatsachen*, *faits concluants*.

⁴⁾ См. классификацію фактовъ, по ихъ вліянію на рѣшеніе, у *Heusler* въ *Archiv. für d. civ. Praxis* 62 p. 209 sq.

⁵⁾ *Notorium non eget probatione.*—См. *Civilproz.* § 264.

⁶⁾ *Wach*. Vorträge p. 156.

слухамъ¹⁾. Безспорными же фактами будутъ также факты, признанные противною стороною, за исключеніемъ тѣхъ случаевъ, когда по закону не допускаются признанія съ дѣйствительною силою, какъ напр. признаніе факта прелюбодѣянія, какъ основанія расторгненія брака.

Уст. гр. суд. ст. 112, 480; Правил. о произв. суд. д. ст. 74.

Мало того, не подлежатъ доказыванію факты, которые только неоспариваются противной стороною и потому считаются ею признанными.

Касс. рѣш. 1876 № 43; 1879 № 319.

Доказыванію подлежатъ какъ факты положительные, такъ и факты отрицательные.

*Доказываніе отрицательныхъ фактовъ.*²⁾ На основаніи нѣкоторыхъ выраженій римскаго права съ давнихъ временъ (уже Ирнерій) проводился взглядъ, что отрицательные факты не подлежатъ доказыванію и въ этомъ смыслѣ провозглашалось начало: *affirmanti, non neganti incumbit probatio*, т. е. доказывать долженъ тотъ тяжущійся, который заявляетъ положительный фактъ, а не тотъ, кто заявляетъ отрицательный фактъ³⁾.

L. 2 D. de prob. 22, 3 (Paulus): *Ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat*. L. 23 C. 4, 19 (Dioclet. et Maxim.): *... factum negantis probatio nulla sit*. — Другія положенія въ томъ же родѣ см. у *Fitting. Beweislast* p. 21—23.

¹⁾ См. т. 1 в. 1 стр. 35. Ср. *Wetzell. System* § 20 p. 185 sq.

²⁾ *Linde. Von dem Beweise verneinender Sätze* (въ *Zeitschr. f. Civilr. u. Proz.* Bd. 1); *Wendt. Die Beweislast bei der negativen Feststellungsklage* (въ *Archiv f. d. civilist. Praxis* Bd. 70 1886 p. 1—42). — *Волковъ. О доказываніи отрицательныхъ фактовъ* (въ *Юридич. Вѣстникъ. Мартъ 1889*). Отзывъ объ этой статьѣ *Анненкова* въ *Юрид. Вѣстн. Май 1889* стр. 156—160.

³⁾ См. *Bethmann-Hollweg. Versuche ueber einzelne Theile d. Theorie des Civilprozesses* 1827 p. 324 sq.

Но въ такомъ общемъ смыслѣ нельзя понимать выражений римскихъ источниковъ; тамъ же найдется не мало другихъ положеній, по которымъ отрицательные факты подлежатъ доказыванію ¹⁾).

Несомнѣнно, простое отрицаніе, не служащее основаніемъ для утвержденія какихъ либо измѣненій въ сферѣ правъ, не подлежитъ доказыванію, какъ напр. отрицаніе заключенія долгового обязательства. Но если въ заявленіи отрицательнаго факта заключается основаніе для утвержденія извѣстныхъ правовыхъ послѣдствій, то такой фактъ долженъ быть доказанъ, подобно какъ всякій такой же положительный фактъ ²⁾). Напр., требуя денегъ, не должно упоминать, я долженъ доказать отсутствіе долга; ссылаясь на неполученіе денегъ по выданному заемному письму, я долженъ доказать неполученіе денегъ; предъявляя права на имущество безвѣстно отсутствующаго, я обязанъ доказать фактъ безвѣстнаго отсутствія въ теченіи 10 лѣтъ.

См. L. 25 D. 22, 3; L. 10 D. 45, 1; L. 13 C. 4, 30. — Уст. гражд. суд. ст. 1451; Св. Зак. т. X ч. 1 ст. 57—60. Ср. Code civil. art. 115, 116, 757, 758, 767, 768.

Отрицательные факты бывають иногда такого неопредѣленнаго или абсолютнаго свойства, что представляется невозможнымъ ихъ доказывать. Но невозможность эта обуславливается неотрицательнымъ свойствомъ этихъ фактовъ, а исключительно ихъ неопредѣленностью ³⁾). Такими же неопредѣленными могутъ быть и факты положительные.

Напр., рядомъ съ такимъ неопредѣленнымъ отрицательнымъ утвержденіемъ, какъ: „я никогда не былъ въ такой-то мѣстности“, можно привести такого же рода положительное утвержденіе, какъ: „я непрестанно носилъ при себѣ такую-то вещь“.

¹⁾ Сводъ этихъ мѣстъ у *Weber* cit. VI Ann. 23, 24, 31, 32, 48 и у *Rizy* cit. p. 176.

²⁾ *Bonnier*. D. preuves p. 24, 27; *Малининъ*. Комментар. стр. 93 п. 3; стр. 13.

³⁾ Non quia negativa, sed quia indefinita sunt.

Кромѣ того трудно себѣ представить такіе случаи, когда подобные отрицательные факты составлять предметъ судебного спора, ибо факты, на которыхъ основывается приобрѣтеніе или прекращеніе правъ представляются обыкновенно ограниченными, определенно выраженными, а слѣдовательно подлежащими доказыванію¹⁾.

Предположенія, Презумпціи²⁾.

Судья можетъ быть доведенъ до убѣжденія въ истинности спорныхъ фактовъ косвеннымъ путемъ, а именно представлениемъ и доказательствомъ другихъ фактовъ, отъ которыхъ онъ могъ сдѣлать заключеніе объ истинности первыхъ. Факты, при доказанности которыхъ дѣлается заключеніе къ спорнымъ фактамъ процесса, носятъ названіе *indicia*, указаній, а самое заключеніе — презумпціи въ тѣсномъ смыслѣ слова, или предположенія (*praesumptio*, *présomption*, *Voraussetzung*, *presunzione*)³⁾.

По своей сущности указанія имѣютъ всѣ признаки доказательства, какъ назначенныя опредѣлять убѣжденіе судьи въ спорныхъ фактахъ⁴⁾. Отъ доказательствъ въ собственномъ смыслѣ предположенія отлчаются тѣмъ, что они обосновываются не людскимъ, тѣмъ или другимъ, свидѣтельствомъ, а фактами физическаго или духовнаго порядка⁵⁾. Затѣмъ, доказательства отлчаются отъ предположеній степенью силы, съ которою дѣлается заключеніе отъ вѣроятности къ истинности⁶⁾.

¹⁾ *Aubry et Rau. Cours de droit civil français 4-e édit. t. VIII p. 156.*

²⁾ *Burckhard. Die civilistische Präsumtionen 1866; Schneider. Ueber richterliche Ermittlung u. Feststellung d. Sachverhalts p. 86—93, p. 78—80.*

³⁾ *Code civ. art. 1349; Codice civile ital. art. 1349.*

⁴⁾ *Wendt* въ *Archiv f. d. civ. Pr.* 63 p. 280. Сравни. *Schurter. Beweisr.* p. 66.

⁵⁾ *Bonnier. D. preuves p. 106.*

⁶⁾ *Wendt* въ *Archiv. f. d. civil. Praxis* 63 p. 258.

Доказательное значеніе приводимыхъ, въ качествѣ указаній, фактовъ зависитъ отъ того, насколько они обладаютъ свойствомъ служить посылками (Præmissen) для заключенія къ спорному правовому факту. Судья признаетъ имѣющими значеніе такія указанія, которыя способны лечь въ основу прочнаго заключенія къ другимъ спорнымъ фактамъ, хотя и безъ абсолютной (математической) необходимости, а только въ силу обыкновеннаго хода дѣла. При этомъ невозможно опредѣлять общими положеніями, когда подобныя выводы могутъ быть дѣлаемы судьей изъ приводимыхъ фактовъ; это дѣло его разумнаго убѣжденія и здравой логики. Иногда такой выводъ мыслимъ лишь при цѣлой совокупности указывающихъ фактовъ, изъ которыхъ каждый самъ по себѣ такого значенія имѣть не будетъ.

Для иныхъ случаевъ предположенія предусмотрѣны и опредѣлены самимъ закономъ. Такія предположенія носятъ названіе praesumptiones legis или juris; это предположенія, на которыя обязывается судья закономъ, при наличности указаній¹⁾. При этомъ законъ опредѣляетъ эти предположенія такъ, что допускаетъ доказательства противнаго; въ нѣкоторыхъ же случаяхъ подобныя доказательства не допускаются вовсе. Отсюда дѣленіе на: 1) Praesumptiones juris въ тѣсномъ смыслѣ, когда фактъ считается доказаннымъ до доказательства противнаго.

Напр. см. Св. Зак. т. X ч. 1 ст. 534: движимыя вещи почитаются собственностью того, кто ими владѣетъ, доколѣ противное не будетъ доказано; или т. X ч. 1 ст. 2053: надранное заемное письмо, если находится въ рукахъ должника, служитъ... доказательствомъ платежа, когда противное тому не будетъ доказано.

2) Praesumptiones juris et de jure, когда при наличности указаній доказательства противнаго вообще не допускаются.

¹⁾ См. Code civil art. 1350, 1352; Codice civ. ital. art. 1350, 1352.

Напр. см. Св. Зак. т. X ч. 1 ст. 119: дѣти, рожденныя въ законномъ бракѣ, признаются законными, ... если между днемъ рожденія и днемъ смерти отца или расторженія брака прошло не болѣе 306 дней (ср. ст. 131); или т. X ч. 1 ст. 45 и Уст. духовн. консист. ст. 242: предположеніе о неспособности супруга къ брачному сожитію, какъ основаніе къ разводу, по истеченіи трехъ лѣтъ брачнаго сожитія опровергаемо быть не можетъ.

Въ тѣхъ случаяхъ, когда оцѣнка указаній предоставлена закономъ вполнѣ самому судѣ, по условіямъ даннаго случая, имѣются такъ назыв. *praesumptiones hominis* или *facti*, какъ логическіе выводы, основанные на фактахъ, представляемыхъ жизнью.

Code civil art. 1353; Codice civ. ital. art. 1354.

*Обязанность къ представленію доказательствъ (бремя доказыванія, onus probandi, Beweislast)*¹⁾.—Въ силу состязательнаго начала гражданскаго процесса приведеніе доказательствъ лежитъ на самихъ тяжущихся²⁾. Отъ того или иного распределенія этой обязанности могутъ пострадать вполнѣ законные интересы стороны: *non jus tibi deficit, sed probatio*.

Обязанность къ представленію доказательствъ должна быть понимаема въ смыслѣ практической необходимости для тяжущагося установить данный спорный фактъ, такъ какъ отъ этой установка законъ ставитъ въ зависимость само желательное судебное рѣшеніе³⁾.

¹⁾ *Weber*. Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozess 2 Ausg. v. Heffter 1832; *Rizy*. Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozesse 1841; *Gerber*. Beiträge z. Lehre v. Klagegrunde u. der Beweislast 1858. *Maxen*. Ueber Beweislast etc. 1861; *Reinhold*. Die Lehre v. d. Klagegrunde, d. Einreden u. der Beweislast 1888; *Fitting*. Die Grundlagen der Beweislast 1888.—*Малининъ*. Комментарій къ 366 ст. Уст. гражд. судопроизводства 1878.

²⁾ Уст. гр. суд. ст. 82.

³⁾ *Fitting* cit. p. 12.

Это бремя доказыванія распредѣляется между сторонами по такимъ началамъ. Каждая сторона, какъ истецъ такъ и отвѣтчикъ, приводитъ и доказываетъ служащія его интересамъ фактическіе моменты, которые будутъ оспариваемы противникомъ. Однимъ словомъ—*affirmanti incumbit probatio*.

Такъ, положительное основаніе иска въ матеріальномъ смыслѣ заключается въ правопроизводящемъ фактѣ. Поэтому лице, которое желаетъ оеуществить судебнымъ порядкомъ право, или утвердить его за собою, обязано и доказать существованіе этого права. Такимъ образомъ истецъ обязанъ доказать существованіе права, положеннаго въ основу иска. Доказывать же право можно только путемъ ссылки на такіе факты, которые способны были произвести перемѣну въ правовыхъ отношеніяхъ даннаго лица, т. е. устанovitъ, измѣнить или отмѣнить данное право. Поэтому, и отвѣтчикъ, ссылающійся на такую перемѣну въ свою пользу, обязанъ доказать соответствующія правопроизводящіе факты.

Итакъ на доказательствѣ правопроизводящихъ фактовъ сводится обязанность обохъ тяжущихся.

Законъ выражаетъ это въ такомъ положеніи: „истецъ долженъ доказать свой искъ. Отвѣтчикъ, возражающій противъ требованій истца, обязанъ съ своей стороны доказать свои возраженія”. Уст. гр. суд. ст. 81, 366; Прав. о произв. суд. д. ст. 51.—Code civil art. 1315.—Civilproz. § 255.

366

Доказанный истцемъ правопроизводящій фактъ устанавливаетъ лишь предположеніе въ достовѣрности его притязанія противъ отвѣтчика, но самъ по себѣ этотъ фактъ не всегда ведетъ къ установленію дѣйствительнаго права. Напримѣръ, отсужденіе недѣйствительно, если оно совершено малолѣтнимъ, обязательство по деликту недѣйствительно, если вредъ причиненъ съумасшедшимъ. Малолѣтство и съумасшествіе суть тѣ обстоятельства, которыя, препятствуя установленію права, служатъ въ пользу отвѣтчика; онъ, слѣдовательно, и долженъ доказать ихъ наличность. Такимъ образомъ въ кругъ обязанности истца не входитъ доказываніе того, что субъекты спорнаго правоотношенія были право — и дѣеспособны, равно какъ и того, что они дѣйствовали

сознательно и свободно, а также того, что объекты правоотношения подлежат гражданскому обороту ¹⁾).

Далѣе, право установлено вполне дѣйствительно, но въ настоящее время не подлежитъ еще осуществленію въ силу не наступленія срока, условія. Последнее обстоятельство опять подлежитъ доказыванію отвѣтчика, какъ говорящее въ его пользу.

Наконецъ, установленное вполне дѣйствительное право прекращается въ силу такихъ обстоятельствъ, которыя по закону разсматриваются, какъ основаніе прекращенія правоотношенія; напр., платежъ, зачетъ, соглашеніе, давность и т. п. Подобные факты также составляютъ предметъ доказательства отвѣтчика, какъ говорящіе въ его пользу ²⁾).

Подавно отвѣтчику надлежитъ доказывать ему принадлежащее самостоятельное право, которое онъ противопоставляетъ праву истца, какъ напр. право въ чужой вещи, противопоставляемое негативному иску.

Во всѣхъ приведенныхъ случаяхъ истцу нѣтъ надобности предупреждать возможные возраженія со стороны отвѣтчика, доказывая впередъ отсутствіе какого либо факта, обезсиливающаго приводимый имъ правопронизводящій фактъ ³⁾. Но если истецъ на возраженія отвѣтчика, въ обширномъ или тѣсномъ смыслѣ, приводитъ реплики, то онъ и долженъ ихъ доказать, ибо реплики относятся къ возраженіямъ отвѣтчика, какъ эти возраженія къ иску. Напр., на возраженіе о давности истецъ ссылается на фактъ перерыва, и т. п. По тѣмъ же началамъ опредѣляется обязанность доказывать *duplicatio*, *triplicatio* и т. д.

Сказаннымъ до сихъ поръ предрѣшается въ извѣстной степени вопросъ о последовательности, въ которой стороны обязуются представить свои доказательства, т. е. какая сторона должна доказывать свои заявленія прежде, какая послѣ. Опредѣлить эту

1) *Маллинъ*. Толкованіе 366 ст. стр. 105, 106.

2) Напр. см. Касс. рѣш. 1875 № 155: исковую давность доказываетъ отвѣтчикъ.

3) См. *Reinhold*. Die Lehre v. d. Klaggrunde, d. Einr, u. d. Beweislast p. 2, 3.

последовательность весьма важно, ибо предмет и объем доказывания зависят от его порядка. Для стороны, стоящей по этой обязанности на втором мѣстѣ, нѣтъ даже никакой надобности предъявлять какія либо доказательства, если противникъ не подтвердил своего заявленія никакими доказательствами.

Последовательность въ предъявленіи доказательствъ опредѣляется такъ. Лице, возбудившее вопросъ объ измѣненіи существующаго, между нимъ и другимъ лицомъ, состоянія гражданскихъ правоотношеній, первымъ и обязано доказывать основательность своего притязанія на подобное измѣненіе. Въ гражданскомъ процессѣ такое притязаніе предъявляется истцомъ, поэтому онъ и долженъ доказывать первымъ. Отвѣтчикъ желаетъ сохранить данное состояніе отношеній, онъ ничего не требуетъ, ни накого не нападаетъ, поэтому онъ имѣетъ право ожидать отъ истца доказательствъ въ пользу измѣненія существующаго этого состоянія, и если истецъ не представитъ ожидаемыхъ доказательствъ, то отвѣтчикъ съ своей стороны свободенъ отъ какого-либо доказыванія, ибо онъ не поколебленъ въ своемъ правообладаніи. Отсюда начало: actore non probante, reus absolvitur. Только въ случаѣ представленія истцомъ доказательства въ свою пользу спорное правоотношеніе можетъ представиться инымъ, чѣмъ оно является по теперешнему состоянію. Тутъ уже явно представляется для отвѣтника обязанность съ своей стороны представить доказательства, которые были-бы направлены къ тому, чтобы показать несостоятельность положенія, созданнаго доказательствами истца ²⁾. Когда онъ своими доказательствами въ состояніи будетъ разрушить заявленія истца, то наступаетъ очередь опять истца, а затѣмъ вторично отвѣтника, и т. д.

Въ этой последовательности доказательства каждой стороны по предмету и объему доказыванія опредѣляются слѣдующими началами.

1) Вотъ смыслъ выраженій римскихъ юристовъ: *Necessitas probandi incumbit illi qui agit.—Ei incumbit probatio qui dicit, non ei qui negat.—Actoris est probare.*

2) Вотъ смыслъ выраженій рим. юристовъ: *Reus in excep-tione actor est.—Reus excipiendo fit actor.*

Истецъ долженъ доказывать прежде всего тѣ юридическіе факты, которые представляютъ собою непосредственныя, особенныя основанія возникновенія предъявляемаго права, существенныя ¹⁾ элементы возникновенія права, однимъ словомъ, факты, порождающіе ²⁾ право; эти факты могутъ быть, какъ положительные (купля продажа, заемъ) такъ и отрицательные (недѣйствительность, порочность акта) ³⁾. Какой фактъ будетъ правопроизводящимъ въ данномъ дѣлѣ, на это отвѣтъ дастъ гражданское право, согласно особой природѣ отыскиваемаго права ⁴⁾.

Правопроизводящій фактъ есть активное основаніе иска. Но для иска мало одного наличнаго права; оно должно быть нарушено. Поэтому въ искѣ должно быть приведено и его основаніе пассивное или поводъ къ иску. Этотъ поводъ можетъ состоять также или въ положительномъ дѣйствіи или состояніи, или же въ упущеніи. Въ послѣднемъ случаѣ, по общему правилу, истцу достаточно только доказать установленіе права, напр. обязательства, упущеніе же, или неплатежъ, предполагается. Такое предположеніе тѣмъ болѣе основательно, что въ большинствѣ случаевъ истецъ не имѣетъ и возможности доказать, что отвѣтчикъ не уплатилъ ему долга ⁵⁾. Такого законнаго предположенія не можетъ быть лишь въ тѣхъ случаяхъ, когда истецъ основываетъ свой искъ на копии утеряннаго акта, который въ подлинникѣ могъ быть возвращенъ при уплатѣ должнику и этимъ затерянъ. Въ этихъ случаяхъ истецъ долженъ доказать и упущеніе, т. е. неплатежъ ⁶⁾.

Спорные факты должны быть доказаны вполнѣ, ибо судъ обязанъ дать определенное рѣшеніе по данному вопросу, поэто-

¹⁾ Constitutive T.

²⁾ Rechtserzeugende T.

³⁾ Напр., истецъ требуетъ возвращенія платежа, произведеннаго по акту ничтожному, или впослѣдствіи уничтоженному; онъ и обязанъ доказать безосновательность платежа, т. е. недѣйствительность или уничтоженіе акта.

⁴⁾ *Unger. System* § 129 p. 454; *Wetzell. System* § 16. Ср. *Малининъ. Ком. стр.* 103 слѣд.

⁵⁾ Касс. р. 1873 № 502, 1514.

⁶⁾ Касс. р. 1875 № 136; 1879 № 273.

му утверждение данного факта онъ можетъ признать или истиннымъ или неистиннымъ ¹⁾). Недостатокъ въ установкѣ предъ судомъ спорнаго факта разсматривается какъ бы фактъ былъ во все недоказанъ; сомнительность факта толкуется какъ неналичность его ²⁾).

Каждый искъ предполагается снабженнымъ доказательствами.

Уст. судопр. торг. ст. 225.

Но иногда заявляющій споръ можетъ требовать предъявленія доказательствъ въ свою пользу отъ противной стороны. Такъ, истецъ, не представляя никакихъ доказательствъ своему иску, можетъ сослаться на документы, находящіяся въ рукахъ отвѣтника. Такая ссылка допускается, однако, не безъ ограниченій. А именно, не купецъ по иску къ купцу не можетъ требовать предъявленія ³⁾ послѣднимъ его торговыхъ книгъ, но если таковыя, по ссылкѣ истца, будутъ предъявлены купцомъ, то въ дѣлѣ окажутся доказательства.

Уст. гр. суд. ст. 445.—Купеческія книги составляютъ вообще коммерческую тайну. Только въ опредѣленныхъ закономъ случаяхъ купеческія книги должны быть представлены ⁴⁾ въ судъ или открыты для обзорѣнія и выписки члену суда, но только въ статьяхъ до даннаго обстоятельства относящихся. При несостоятельности же, признанной судебнымъ мѣстомъ, купеческія книги отбираются отъ несостоятельнаго, для общаго ихъ разсмотрѣнія, равно какъ въ дѣлахъ о наследствѣ, общности имущества, товарищества. Уст. торг. ст. 617, 618; Уст. гражд. суд. ст. 450.—Сравн. Кодексъ торг. ст. 14--16; All. d. Hand. § 38; Итальян. торг. улож. ст. 25.

¹⁾ Это прямо выражено въ германскомъ Civilprozessordn. §§ 259, 437.

²⁾ *Fitting*. Beweislast p. 16, 17.

³⁾ Communication.

⁴⁾ Représentation.

Доказательныя средства.

Доказательствами или доказательными средствами (*instrumenta, factum probans, Beweismittel*) могут быть всё источники знания, на основании которых судъ дѣлаетъ заключение о существованіи спорныхъ обстоятельствъ.

На самомъ дѣлѣ, однако, всё законодательства должны ограничивать произволъ въ выборѣ тѣхъ средствъ, которыя могли бы вести къ обнаруженію истины. Нельзя допустить полную свободу сторонъ въ указаніи тѣхъ средствъ, которые, по ихъ мнѣнію, могли бы утвердить заявляемыя ими обстоятельства. Поэтому всё законодательства опредѣляютъ точно тѣ доказательные способы, которые могутъ быть употребляемы въ судахъ для раскрытія истины. Мало того, законъ предписываетъ даже примѣненіе лишь опредѣленныхъ, изъ числа вообще признапныхъ имъ, доказательныхъ средствъ въ удостовѣреніе опредѣленныхъ же обстоятельствъ, не допуская, въ этихъ случаяхъ, примѣненія другихъ доказательствъ ¹⁾.

Классификація доказательствъ. Доказательства можно подраздѣлять по самымъ разнообразнымъ основаніямъ: то по различію приводящихъ ихъ лицъ, то по различію предмета доказыванія, то по различію ихъ доказательной силы, то по различію формъ производства по доказыванію.

Въ современной ²⁾ литературѣ чаще всего признають значеніе за слѣдующими дѣленіями доказательствъ ³⁾.

Доказательство главное и обратное ⁴⁾; первое, приводимое въ подтвержденіе притязанія на спорное право, второе— въ опроверженіе тѣхъ обстоятельствъ, на которыхъ основывается данное притязаніе. Напр. А. основываетъ свое притязаніе на право соб-

¹⁾ *Аменковъ.* Комментар. 2 стр. 5, 6.

²⁾ Масса подраздѣленій Бентама теперь уже оставлена. *Bordeaux. Philosophie* p. 357, 358.

³⁾ См. *Hellmann. Civilprocessr.* p. 480—488; *Schurter. Beweisr.* § 14.

⁴⁾ Haupt- und Gegenbeweis.

ственности по данной вещи давностью владѣнія; противникъ Б. опровергаетъ фактъ выполнившейся давности.

2

Доказательства прямая (непосредственная) и непрямая (посредственная). Оспариваемое фактическое заявленіе можетъ быть тождественнымъ съ основаніемъ иска, возраженія, или отличнымъ отъ него. Въ послѣднемъ случаѣ оно имѣетъ значеніе, насколько изъ него можно сдѣлать заключеніе объ истинности основанія иска, возраженія. Такимъ образомъ утвержденіе указанія даетъ лишь посредственное, не прямое, доказательство самой основѣ иска. Отсюда в данное дѣленіе доказательствъ.

Доказательства полныя и неполныя. Подъ первыми разумѣются доказательства, въ результатъ предъявленія которыхъ будетъ уничтоженіе безспорности данныхъ заявленій; когда же предъявленные доказательства не достаточны для убѣжденія суда, когда требуется восполненіе доказательствъ, то такіа доказательства будутъ неполныя.

Доказательства предустановленныя¹⁾ и простыя или случайныя²⁾, также естественныя³⁾. Подъ первыми разумѣются доказательства, которыя, будучи установлены предварительно, служатъ, по закону, единственными способами судебного утвержденія факта⁴⁾. Таковы случаи, когда судья обязывается не выходить въ доказательности за предѣлы письменнаго акта, совершеннаго при установленіи теперь спорнаго правоотношенія. Предустановленныя доказательства представляютъ собою какъ бы памятникъ, воздвигнутый для вѣры въ будущемъ относительно извѣстнаго обстоятельства или соглашенія; въ нихъ выражается предосторожность, принятая съ цѣлью навсегда утвердить память, иначе—мѣра, принятая съ цѣлью, чтобы со временемъ не рождалось никакого сомнѣнія въ дѣйствительности существованія факта. Для такого значе-

¹⁾ Preuves préconstituées. Терминъ впервые введенный Бенхамомъ.

²⁾ Preuves simples ou casuelles.

³⁾ См. *Bonnier. D. preuves* 110; *Bordeaux. Philosophie* p. 358.

⁴⁾ Ср. *Блужетъ* въ *Юрид. Вѣстн.* 1890 т. 5 кн. 1, 2 стр. 43.

нiя доказательства оно требуетъ пзвѣстной формы и всегда обозначенiя времени совершенiя. Предустановленными доказательствами будутъ лишь письменные акты.

Предустановленные доказательства ведутъ самымъ вѣрнымъ путемъ къ правдѣ. Мало того, они даже предупреждаютъ процессы, охраняютъ безъ тратъ и производства права и обязательства отъ всякаго нападенiя. Далѣе, судьи получаютъ при нихъ увѣренность въ своихъ рѣшенiяхъ и самое производство выигрываетъ въ быстротѣ.

Наоборотъ, простые доказательства, беря свое начало *ex post facto*, служатъ только заинтересованнымъ сторонамъ и для устраненiя уже родившагося спора, гораздо меньше достойны довѣрiя; ибо они подчинены недостаткамъ человѣческой памяти, влiянiю времени, мѣста и всякимъ другимъ усложнiямъ. Таковы свидѣтельскiя показанiя.

Понятно по этому стремленiе законодательствъ развить въ жизни примѣненiе предустановленныхъ доказательствъ на счетъ случайныхъ.

Затѣмъ, доказательства могутъ быть несложныя (*einfache*) и составныя (*zusammengesetzte*). Первыми будутъ доказательства одного и того же рода (напр. только документы), вторыми— доказательства разнородныя (напр. свидѣтели и документы).

Наконецъ, выходя изъ формы производства по доказательствамъ, ихъ дѣлятъ на доказательства обыкновенныя и чрезвычайныя, медленныя и ускоренныя.

Отдѣльные виды доказательствъ.—Доказательства имѣютъ своимъ назначенiемъ опредѣлить убѣжденiе судьи въ существованiи опредѣленныхъ спорныхъ фактовъ. Такое убѣжденiе самымъ прочнымъ образомъ можетъ составиться изъ воспринятiя самимъ судьей даннаго факта. Къ подобному воспринятiю относится осмотръ (на мѣстѣ). Имѣя своимъ назначенiемъ убѣдить судью въ существованiи спорнаго обстоятельства, осмотръ, въ этомъ его значенiи, представляетъ несомнѣнно одинъ изъ способовъ доказательства ¹⁾.

¹⁾ Противъ такого значенiя осмотра *Heusler. Beweisr. cit. p. 238.* Но см. *Wach. Vorträge p. 151.*

1 Осмотръ же, какъ способъ доказательства, будетъ и тотъ случай, когда убѣжденіе судьи въ прошедшемъ фактѣ слагается путемъ воспріятія внѣшняго предмета, воплотившаго въ себѣ данный фактъ ¹⁾. Но въ наукѣ и въ законодательствахъ принято отдѣлять эти случаи отъ осмотра въ тѣсномъ смыслѣ, наименовывая первые вещественными доказательствами. Такимъ образомъ подъ осмотромъ понимаются, въ техническомъ смыслѣ, лишь тѣ случаи, когда личное воспріятіе судьи составляетъ само доказательное средство; во всѣхъ же другихъ случаяхъ воспріятія какихъ либо предметовъ, воплотившихъ въ себѣ спорный фактъ и тѣмъ дающихъ основаніе къ заключенію о немъ, — рѣчь идетъ о вещественныхъ доказательствахъ, или письменныхъ документахъ ²⁾.

2 Далекое не такое значеніе, какъ личное воспріятіе судьей, имѣетъ въ процессѣ свидѣтельское показаніе, т. е. когда данное обстоятельство устанавливается чрезъ воспріятіе его постороннимъ незаинтересованнымъ лицомъ. Показаніе свидѣтеля никогда не можетъ опредѣлять въ той силѣ убѣжденіе судьи, какъ непосредственное его воспріятіе ³⁾.

Отсюда такое разнообразіе въ теоріи и законодательствахъ въ ученіи о свидѣтельскихъ показаніяхъ.

|| Осмотръ (на мѣстѣ), вещественныя доказательства или письменные документы и свидѣтельскія показанія — вотъ единственныя доказательныя средства въ собственномъ смыслѣ слова. Убѣжденіе о существованіи даннаго обстоятельства, по самой природѣ вещей, можетъ составиться лишь чрезъ воспріятіе его судьей, а такое воспріятіе мыслимо или черезъ осмотръ самимъ судьей объекта спора или предмета, воплотившаго въ себѣ спорный фактъ, или чрезъ показаніе другихъ лицъ, свидѣтелей ⁴⁾.

Затѣмъ всѣ остальные доказательства, упоминаемыя въ законодательствахъ, не будутъ имѣть этого качества.

¹⁾ *Schurter*. Beweisr. p. 116, 117; *Wendt* въ Archiv f. d. civ. Praxis 63 p. 307.

²⁾ Urkunden, Urkundenbeweis.

³⁾ *Taylor*. On Evidence 1 § 498.

⁴⁾ *Schurter*. Beweisr. p. 119, 120.

3 Так начинаемъ съ присяги. Присяга собственно не доказательство, ибо она не имѣеть, подобно всякому доказательству, свою цѣлью опредѣлить убѣжденіе судьи въ истинности утверженія. Судья обязанъ вѣрить присягающему, помимо своего внутренняго убѣжденія. Присяга устраняеть всякую оцѣнку и не допускаеть доказательствъ противнаго. Она не доказываетъ спорнаго факта, а имѣеть лишь чисто формальное дѣйствіе по установкѣ спорнаго обстоятельства ¹⁾, и въ этомъ ея прямое отличіе отъ всякаго доказательства ²⁾. Однимъ словомъ присяга можетъ быть признана лишь за суррогатъ доказательства.

4 Такое же значеніе имѣеть и признаніе. Окончательно устанавливая существованіе признаннаго факта, оно устраняеть вовсе убѣжденіе судьи касательно истинности признаннаго ³⁾. Признаніе устанавливаетъ юридическую извѣстность факта только для сторонъ; поэтому, подобно присягѣ, его можно разсматривать только какъ суррогатъ доказательства ⁴⁾.

Основаніемъ для опредѣленія признанія, какъ судебного доказательства, служило то соображеніе, что признаніе имѣеть своимъ дѣйствіемъ установленіе въ процессѣ спорнаго факта, подобно всякому другому удачно приведенному доказательству (см. напр. *Bethmann-Hollweg* въ *Versuche* 1827 р. 258 sq.). Но послѣдствія признанія не опредѣляютъ самой его сущности.

5 Заключеніе свѣдующихъ людей точно также едва ли можетъ быть отнесено къ доказательствамъ. Тутъ нѣтъ установки спорнаго факта; отъ свѣдующихъ людей требуется лишь оцѣнка имъ

¹⁾ Въ наукѣ истину, устанавливаемую присягой, называютъ формальной истиной, въ отличіе отъ истины матеріальной или естественной, основанной на дѣйствительномъ убѣжденіи. *Schurter. Beweisr.* р. 120.

²⁾ *Wendt* въ *Archiv f. d. civ. Praxis* 63 р. 270—279. Но сравн. *Wach. Vorträge* р. 162 sq., 176.

³⁾ *Renaud. Lehrbuch* § 104; *Wetzell. System* § 19.

⁴⁾ См. *Bonnier. D. preuves* р. 308 п. 1.

представленнаго факта, мнѣнія, приговора; поэтому ихъ заключеніе не есть доказательство.

Свѣдующіе люди — всегда только помощники судьи; назначеніе ихъ — исполнять тѣ спеціальныя знанія, которыхъ не достаетъ судьи для пониманія даннаго факта. Они не показывают о фактъ, а судятъ о немъ (даютъ заключеніе). Такимъ образомъ по существу своему экспертиза — не столько доказательное средство въ рукахъ процессуальныхъ сторонъ, сколько средство разъясненія для суда. Она употребляется тогда, когда судья не обладаетъ достаточными свѣдѣніями и поэтому нуждается въ помощи другихъ. Отсюда, если судья можетъ самъ судить о предметѣ, какъ напр. если вопросъ идетъ о сельскомъ хозяйствѣ и судья — сельскій хозяинъ, то къ экспертизѣ нѣтъ надобности прибѣгать ¹⁾).

36490
111 4

Система размѣщенія доказательствъ въ Уставѣ гражданскаго судопроизводства. — Въ Уставѣ постановленія о доказательствахъ раздѣлены на двѣ главы, изъ которыхъ первая подъ названіемъ „о доказательствахъ“ заключаетъ въ себѣ правила о показаніяхъ свидѣтелей, о дознаніи черезъ околныхъ людей, о письменныхъ доказательствахъ, о признаніи и о присягѣ; вторая же глава, въ которой говорится объ осмотрѣ на мѣстѣ и о заключеніи свѣдующихъ людей, названа „о повѣркѣ доказательствъ“.

Основаніе подобнаго выдѣленія данныхъ двухъ доказательствъ по мотивамъ редакціи слѣдующее ²⁾): „личный осмотръ и заключеніе свѣдующихъ людей, не составляя сами по себѣ доказательства въ строгомъ смыслѣ сего слова, имѣютъ одну цѣль: развитіе убѣжденіе судьи о матеріальной сторонѣ дѣла до степени достовѣрности. И въ томъ и другомъ дѣйствіи выходитъ наружу совокупность всѣхъ представленныхъ сторонами доказательствъ“. Но все это въ одинаковой мѣрѣ примѣнимо ко всѣмъ остальнымъ доказательствамъ ³⁾). Всѣ средства, ведущія къ убѣжденію судьи въ суще-

¹⁾ Въ такомъ смыслѣ высказывается объ экспертизѣ большинство процессуалистовъ. См. напр. *Wendt. cit.* p. 269; *Heusler. Beweisr.* p. 243 sq.; *Wetzell. System* § 44.

²⁾ Уст. гр. суд. 2 Госуд. Канц. т. 2 стр. 257.

³⁾ *Анненковъ. Комментар.* т. 2 стр. 2.

ствованіи спорныхъ фактовъ, относятся къ числу доказательствъ, въ томъ числѣ и осмотръ на мѣстѣ и заключеніе свѣдующихъ людей. Поэтому, напр., въ германскомъ уставѣ никакого подобнаго различія въ доказательныхъ средствахъ не проводится¹⁾).

Затѣмъ въ главѣ „о доказательствахъ“ Уставъ размѣщаетъ отдѣльныя доказательства въ порядкѣ болѣе или менѣе широкаго ихъ примѣненія въ судахъ, излагая сперва болѣе употребительныя, а затѣмъ менѣе употребительныя въ практикѣ.

Въ научной системѣ можно распредѣлять доказательства по степени очевидности и непосредственности, съ которой тотъ или другой способъ доказательства воспринимается судьей и ведетъ къ открытію истины²⁾), т. е. начиная изложеніе съ осмотра на мѣстѣ³⁾), посредствомъ котораго судья лично и непосредственно убѣждается въ спорномъ обстоятельстве, и заключенія свѣдующихъ людей, какъ способа доказательства, восполняющаго непосредственный опытъ судьи, затѣмъ переходя къ остальнымъ доказательствамъ, посредствомъ которыхъ судья убѣждается въ существованіи спорныхъ обстоятельствъ уже не непосредственно, а чрезъ показаніе самихъ сторонъ (признаніе, присяга) или постороннихъ дѣлу лицъ (свидѣтели, окольные люди), или чрезъ воспринятіе предметовъ, сохранившихъ память о спорномъ обстоятельстве (вещественныя доказательства).

Въ послѣдующемъ изложеніи доказательства будутъ раздѣлены на два разряда: на показаніе лицъ, участвующихъ въ процессѣ и постороннихъ ему (признаніе, присяга, свидѣтели и т. д.) и на воспринятіе судомъ вещей, отмѣтившихъ на себѣ данное обстоятельство или составляющихъ предметъ спора (вещественныя доказательства и осмотръ на мѣстѣ). Начинаемъ съ перваго разряда, какъ содержащаго суррогаты доказательства. Такъ прежде всего

¹⁾ Civilproz. §§ 336 sq.

²⁾ *Bonnier. Des preuves* I p. 26.

³⁾ Civilproz. §§ 336, 337 начинается изложеніе доказательствъ съ осмотра на мѣстѣ.

Признаніе¹⁾.

711-484
Подъ признаніемъ (confessio, l'aveu judiciaire, Geständ-
niß) разумѣется подтвержденіе стороною противъ самое себя фак-
товъ, приводимыхъ противникомъ, иначе — „подтверженіе дѣй-
ствительности такого обстоятельства, которое служить къ утверж-
денію правъ ея противника“, т. е. подтверженіе такихъ юриди-
ческихъ событій, дѣйствій или отношеній, которыя влекутъ за со-
бою установленіе или укрѣпленіе правъ противной стороны.

Уст. гр. суд. ст. 112, 479, 480; Прав. о пр. с. д. ст. 74.

Признаніе есть односторонній актъ, который заключаетъ въ
себѣ заявленіе стороны о правильности утверждаемаго ея против-
никомъ.

Иногда въ признаніи видѣли двустороннюю сдѣлку
между тяжущимися, которою сдѣлкою устанавливались пе-
редъ судомъ спорные вопросы, а потому, для дѣйствитель-
ности признанія, требовали принятіе его противникомъ (см.
напр. *Langenbeck. Beweisführung* 1 Bd. p. 116). Но такой
взглядъ неправиленъ, ибо для суда истинность факта опре-
дѣляется лишь актомъ самого признанія (*Schurter. Beweisr.*
p. 91). Такимъ образомъ для дѣйствительности признанія
не требуется, чтобы оно было принято противной стороною
(*Малининъ. Призн. стр. 12, 13*). См. *Civilproz. § 261 Abs. 2.*

Затѣмъ, безразлично будетъ ли признаніе совершено по соб-
ственной волѣ признавашаго, или оно будетъ вызвано вопросами
суда.

¹⁾ *Малининъ. Судебное признаніе въ гражданскихъ дѣлахъ*
1878.—*Bethmann-Hollweg. Ueber das ger. u. anserger. Geständniß*
(въ *Versuche ueber einzelne Theile d. Civilproz.* 1827). *Bracken-*
hoeft. Zur Lehre vom Geständniß im Civilpr. (въ *Archiv f. d. civ.*
Praxis Bd. 20); *Canstein. Anerkennung und Geständniß* 1879; *De-*
melius. Die confessio im römischen Civilprocess 1880; *Wach. Das*
Geständniß (въ *Archiv für d. civ. Praxis* Bd. 64).—*Menesson. De*
l'aveu en droit franç. 1874.

Признаніе, какъ таковое, касается лишь отдѣльныхъ обстоятельствъ дѣла, и въ этомъ оно отличается отъ признанія самого иска, всего притязанія истца. Въ послѣднемъ случаѣ сторона признающая отказывается отъ дальнѣйшаго разсмотрѣнія дѣла¹⁾. Иначе — признаніе можетъ касаться только одного или нѣсколькихъ обстоятельствъ. Признаніе отвѣтчикомъ всѣхъ обстоятельствъ, обосновывающихъ искъ, носитъ названіе распорядительнаго признанія. Послѣ него судъ уже не входитъ въ разсмотрѣніе дѣла.

Въ признаніи долженъ заключаться тотъ признакъ, что дѣлающій его поступаетъ своимъ правовымъ интересомъ, говоритъ противъ себя, т. е. признакъ невыгодности признанія для дѣлающаго его и выгоды для противной стороны. Такимъ образомъ не будетъ признанія, если утверждаемое обстоятельство не говоритъ въ пользу противника и вмѣстѣ безразлично для признающаго или служитъ ему въ пользу.

Уст. суд. торг. ст. 229: „противъ того, отъ кого оно учинено“. — Уст. гр. суд. ст. 480: „служить къ утверженію правъ ея противника“. — Иного мнѣнія держался *Малминъ*. Призн. стр. 11. См. рец. *Гедримовича* въ Журн. гр. и уг. пр. 1879 кн. 1.

Признаніе имѣетъ большое сходство съ уступкой или отказомъ или съ мировой сдѣлкой, но оба послѣднія понятія слѣдуетъ строго отличать отъ признанія²⁾.

Процессуальная уступка состоитъ въ томъ, что сторона поступается тѣми средствами иска или защиты, какія она могла бы имѣть въ свою пользу. Истецъ можетъ отказаться отъ всего исковаго права (*renuntiatio causae facta*), или отъ части исковыхъ требованій, или же отъ нѣкоторыхъ процессуальныхъ средствъ иска. Точно также и отвѣтникъ можетъ поступиться средствами защиты противъ всего иска или отдѣльными процессуальными средствами, напр. отводами, возраженіями, можетъ отка-

¹⁾ *Schurter*. Beweisr. p. 89. — См. Касс. рѣш. 1874 № 721.

²⁾ См. *Малминъ*. Признаніе стр. 14—17.

заться отъ пользованія какими либо доказательствами, документами и т. д. Мотивы, по которымъ дѣлается уступка, могутъ быть различны, но это не вліяетъ на понятіе уступки. Уступка, затѣмъ, можетъ проявиться или въ видѣ простаго несовершенія или непользованія, или же въ видѣ прямо выраженного отказа. Изъ этихъ признаковъ становится очевиднымъ, что уступить, отказаться не значитъ признать данныя обстоятельства. Сходство лишь въ результатахъ уступки и признанія; но уступка не дѣлается, подобно признанію, юридически извѣстнымъ то обстоятельство, по отношенію къ коему въ процессуальныхъ средствахъ была сдѣлана уступка.

Съ другой стороны, признаніе, какъ согласное заявленіе тяжущихся сторонъ о данныхъ обстоятельствахъ спорнаго дѣла, имѣетъ сходство съ процессуальной мировой сдѣлкой (*transactio, Vergleich*). Но разница между обими понятіями въ томъ, что мировая сдѣлка не есть согласное понятіе тяжущихся объ обстоятельствахъ спорнаго дѣла. Къ ней непримѣнимо то существенное положеніе признанія, по которому стороны дѣлаютъ согласное заявленіе непременно о дѣйствительныхъ обстоятельствахъ дѣла. При мировой сдѣлкѣ чаще всего предполагается, что такого согласія въ заявленіяхъ о фактическихъ обстоятельствахъ не существуетъ между сторонами, что для обѣихъ сторонъ дѣло представляетъ не мало сомнѣній, не мало затрудненій въ самомъ производствѣ, и предстоящій исходъ процесса даже приблизительно не можетъ быть извѣстенъ. Поэтому основнымъ началомъ соглашенія служитъ стремленіе сторонъ установить между собою это сомнительное и неизвѣстное по своему исходу спорное правоотношеніе.

Признаніе можетъ быть судебное и внесудебное¹⁾.

Code civil art. 1354.

~~Судебнымъ~~ признаніемъ считается признаніе, совершенное предъ компетентнымъ судомъ при производствѣ того дѣла, котора-

¹⁾ Срав. *Wendt* въ *Archiv*. 63 р. 296—303.

го признаніе касается. Признаніе, заявленное инымъ образомъ, будетъ внѣсудебнымъ признаніемъ. Такъ, внѣсудебнымъ признаніемъ будетъ не только тогда, когда оно ~~заявлено въ какомъ~~ либо несудебномъ учрежденіи или предъ лицомъ несудебной должности (напр. предъ нотариусомъ), но и тогда, когда оно заявлено предъ судомъ только въ другомъ какомъ либо процесѣ.

Code civ. art. 1356. См. *Bonnier*. D. preuves p. 310, 311, 321, 322.

Въ Уставѣ и въ Правилахъ говорится только о судебномъ признаніи, но такъ какъ въ соответствующихъ статьяхъ опредѣляется лишь порядокъ заявленія признанія предъ судомъ (письменно или словесно) ¹⁾, то можно полагать, что нашъ законъ не отвергаетъ вовсе внѣсудебнаго признанія, какъ всякія заявленія стороны въ пользу противника, которыя заявленія, будучи подтверждены на судѣ документами или свидѣтелями, могутъ имѣть соответствующія послѣдствія для признавашаго.

Суд. Уст. изд. Госуд. Канц. Мотивы къ ст. 479.—См. *Анненковъ*. Комментар. 2 стр. 306.

Такимъ образомъ подъ внѣсудебнымъ признаніемъ слѣдуетъ разумѣть всякое подтвержденіе обстоятельства, имѣющаго значеніе, на письмѣ [въ акты, которыми сторона утверждаетъ право другой противъ себя ²⁾], заявленіемъ въ правительственномъ мѣстѣ, или и въ судебномъ мѣстѣ, но по другому дѣлу гражданскому или уголовному, и занесеннымъ въ протоколъ, или, наконецъ, всякимъ инымъ словеснымъ заявленіемъ, которое можетъ быть доказываемо свидѣтельскими показаніями ³⁾, т. е. когда самое свойство спорныхъ обстоятельствъ допускаетъ ихъ утвержденіе свидѣтельскими показаніями ⁴⁾.

¹⁾ Ср. Уст. суд. торг. ст 229.

²⁾ Напр. подписанные должникомъ счета, росписки заимодавца о полученіи платы и др. Св. Зак. т. X ч. 1 ст. 2045, 2052.

³⁾ Касс. рѣш. 1875 № 311; 1880 № 207.

⁴⁾ Такъ напр. устное сознаніе внѣ суда о произведенномъ

По формѣ признаніе можетъ быть явное или молчаливое. Явнымъ признаніе будетъ тогда, когда оно совершается на одной изъ бумагъ признающаго подаваемыхъ въ судъ или словеснымъ заявленіемъ, сдѣланнымъ въ судѣ при разсмотрѣніи дѣла и записаннымъ, по просьбѣ противной стороны, въ протоколъ.

Уст. гр. суд. ст. 112, 479; Прав. ст. 74.

Нашъ законъ предусматриваетъ только явное признаніе; при молчаніи же на заявленія противной стороны не предполагается, подобно тому, какъ въ нѣкоторыхъ иностранныхъ законодательствахъ ¹⁾, признаніе соответствующихъ фактовъ. Исковые факты должны быть удостовѣрены истцомъ и судъ присуждаетъ ему только требованія, имъ доказанныя ²⁾. Слѣдовательно при рѣшеніи берется во вниманіе не то, что отвѣтчикъ не отвѣчаетъ по иску, а то что истецъ доказываетъ свои требованія ³⁾. Итакъ въ молчаніи не заключается само по себѣ признаніе заявленій противника, а выражается лишь отсутствіе отрицанія ⁴⁾. Но въ тѣхъ случаяхъ, когда на заявленія противника послѣдуютъ возраженія и при этомъ одни изъ данныхъ заявленій останутся безъ отвѣта, то есть основаніе принимать такое молчаніе за признаніе. При подобныхъ условіяхъ судебная практика и у насъ въ молчаніи видитъ признаніе ⁵⁾.

Кромѣ того такое же заключеніе о признаніи дѣлаетъ уже самъ законъ въ случаяхъ неисполненія обязанности предъявить документъ, нужный противнику, и обязанности принести присягу.

Уст. гр. суд. ст. 444, 492.

займъ не можетъ служить предметомъ свидѣтельскаго показанія, ибо для дѣйствительности займа требуется письменный актъ.

¹⁾ См. *Малышевъ*. Курсъ 1 стр. 277.

²⁾ Уст. гр. суд. ст. 722.

³⁾ *Малышевъ*. Признаніе стр. 41, 42.

⁴⁾ Qui tacet, non ubique fafetur, sed tamen verum est eum non negare L. 142 D. 50, 17.

⁵⁾ См. у *Исаченко*. Гражд. проц. II объяснен. къ 314 — 315 ст.

Затѣмъ, нельзя не считать молчаливымъ признаніемъ, хотя и вѣсудебнымъ, когда лицомъ совершаются дѣйствія, изъ которыхъ слѣдуетъ его воля по данной сдѣлкѣ.

Отдана неуполномоченнымъ лицомъ квартира въ наймы, хозяинъ помѣщенія принимаетъ плату и т. д.; уплата отвѣтчикомъ процентовъ по долгу, котораго инымъ образомъ доказать нельзя. И т. д.

Признаніе, по содержанію самого заявленія, бываетъ или *простое*, или *квалифицированное*, иначе—съ оговорками ¹⁾.

Простое признаніе заключается въ прямомъ заявленіи о данномъ юридическомъ обстоятельстве, безъ всякихъ оговорокъ, условий. Да, я занялъ деньги у истца и не возвратилъ ихъ ему.

Квалифицированное признаніе ²⁾.—Подъ квалифицированнымъ признаніемъ (*confessio qualificata*) разумѣются такія заявленія стороны о спорныхъ обстоятельствахъ дѣла, которыя заявленія не вполне тождественны съ заявленіями о томъ же противника, иначе—когда они выступаютъ съ квалификаціей до того не бывшей ³⁾. Квалифицированное признаніе есть такое признаніе, которое сопровождается оговорками, служащими къ умаленію правъ противника и въ пользу признающаго.

Примѣры.—Да, я вступилъ въ арендное соглашеніе и условленныхъ по нему денегъ не заплатилъ въ полной суммѣ, но я и не получилъ всего слѣдуемаго мнѣ по договору.
—Да, я получилъ отъ противника деньги, но не въ займы, а въ даръ.

¹⁾ Иногда создаютъ еще такъ назыв. *сложное* признаніе—понятіе совсѣмъ лишнее при обще признанномъ опредѣленіи квалифицированного признанія. См. напр. *Анненковъ*. Комментарій 2 стр. 283.

²⁾ *Pöschmann*. Ueber die Natur d. s. g. qualificirten Geständnisses im Civ. Process 1863; *Bolgiano*. Gesammelte Abhandlungen 1869, VII; *Römer*. Das sog. qualificirte Geständniss (въ Archiv. f. d. civ. Praxis 1879 Bd. 62 p. 149—182).

³⁾ *Laurent*. Principes XX p. 212.

Въ сущности такое признаніе заключаетъ въ себѣ оспариваніе утвержденія противной стороны, хотя при этомъ устанавливаются нѣкоторыя изъ выставленныхъ обстоятельствъ.

Иногда предлагалось замѣнить названіе „квалифицированное признаніе“ словами „непрямое отрицаніе“ (indirektes Leugnen). *Wetzell. System* § 19 p. 174. Поэтому же нерѣдко отвергають и все ученіе о квалифицированномъ признаніи (*Schurter. Beweisr.* p. 100).

Какое же значеніе должно имѣть утвержденіе признающаго на ряду съ заявленіями въ пользу противника? При бездоказательности заявленій сторонъ, когда суду приходится рѣшать вопросъ на основаніи однихъ словъ тяжущихся, должно, очевидно, придавать одинаковую силу утвержденіямъ обѣихъ сторонъ, а потому судъ обязанъ принимать признаніе отвѣтчика въ соображеніе не иначе, какъ во всей его полнотѣ, не разбивая его на части и не извлекая изъ него только то, что содержитъ въ себѣ подтвержденіе заявленій противника. Сторона, дѣлающая признаніе съ оговорками, желаетъ отвѣчать по нему лишь въ той мѣрѣ, какъ подобная обязанность вытекаетъ изъ цѣлаго его заявленія. Противникъ ея, не доказывая несостоятельности оговорки, не можетъ взять изъ признанія только то, что ему удобно. Таково требованіе справедливости.

Отсюда начало такъ назыв. нераздробляемости, недѣлимости признанія.

Прилагается это правило, однако, подъ тѣмъ лишь условіемъ, чтобы факты, служащіе основаніемъ возраженія были въ тѣсной связи съ фактами, служащими основаніями для иска, т. е. прилагается это правило тогда, когда признаніе относится къ одному предмету и не касается обстоятельствъ, несостоящихъ съ нимъ въ непосредственной связи¹⁾. Такъ не допускается недѣлимость признанія, когда признающій долгуъ выставляетъ свое самостоятельное требованіе къ противнику или вообще ссылается на пога-

¹⁾ *Малышевъ*. Курсъ изд. 2 т. 1 стр. 305; *Малининъ*. Призн. стр. 116—135.

шеніе признаннаго имъ долга. Нераздѣльность признанія не можетъ быть допущена во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда признающій выставляетъ въ оговоркѣ такое самостоятельное обстоятельство, которое для признанія должно имѣть уничтожающее или измѣняющее его содержаніе значеніе. Въ этихъ случаяхъ оговорка должна быть доказана признающимъ. Иначе могли бы быть получены прямо нежелательные результаты. Такъ, не говоря уже о томъ, что признаніе могло бы быть обезсилено любой оговоркой и тѣмъ, во всѣхъ случаяхъ, теряло бы свое значеніе ¹⁾, оно, кромѣ того, могло бы вести прямо къ несправедливости, если оговоркой не только погашалось требованіе противника, но признающій становился еще кредиторомъ противника.

Такъ, А. признаетъ свой долгъ Б. въ размѣрѣ 100 р., но оговариваетъ это признаніе долгомъ Б. ему А. въ размѣрѣ уже 200 р. См. Мотивы въ изд. Уст. Госуд. Канцел. стр. 246.

Въ какихъ случаяхъ признанное остается таковымъ, а не признанное должно подлежать доказыванію,—это не можетъ быть рѣшено впередъ; все зависитъ отъ обстоятельствъ даннаго дѣла и потому всего правильнѣе предоставить усмотрѣнію суда—раздроблять признаніе или нѣтъ ²⁾.

См. Civilproz. § 262. — Редакторы нашихъ Уставовъ представляли себѣ все значеніе нераздробляемости признанія, но находили неудобнымъ и даже невозможнымъ безусловное ея примѣненіе на практикѣ (Мотивы къ ст. 479 Уст. гр. суд. изд. Гос. Канц. ч. 1 стр. 245—247). Практическое приложеніе этого правила утверждено и въ сенатскихъ опредѣленіяхъ (1869 №№ 210, 366; 1870 №№ 165, 788; 1881 № 131 и особенно 1874 № 721). — Во французскомъ законодательствѣ нераздробляемость признанія выставлена безъ всякихъ изыятій. Code civil art. 1356: Судебное признаніе „не можетъ быть раздробляемо на части ко вреду лица, сдѣлавшаго признаніе“. Но наука (см. напр. *Bonnier D. greuves p.*

¹⁾ *Schurter. Beweisr.* p. 98.

²⁾ *Endemann. Beweislehre* p. 163.

451) и практика уже давно оставили мысль о безусловномъ приложеніи этого начала.— Большинство нашихъ процессуалистовъ придерживается начала недѣлимости признанія. Писатели противоположнаго взгляда, при всемъ разнообразіи въ мотивировкѣ, въ практическихъ результатахъ сходятся съ тѣмъ, что сказано выше. См. напр. *Исаиченко*. Гражд. Пр. II, 2 стр. 620—623.

Признаніе представителей. — Признаніе представителей тяжущихся обязательно для послѣднихъ ¹⁾. При этомъ по нашему законодательству, въ отличіе отъ нѣкоторыхъ западныхъ кодексовъ (напр., французскаго и итальянскаго), на подобныя заявленія представителя не требуется даже особаго полномочія.

Уст. гр. суд. ст. 16, 250; Прав. о произв. суд. д. ст. 1.—Можно даже думать, что и особой оговоркой въ довѣренности довѣритель не можетъ отнять у своего повѣреннаго права дѣлать на судѣ признаніе. См. у *Анненкова*. Комментар. т. 2 стр. 298.

Но признаніе представителей обязательно для представляемаго лишь тогда, когда оно учинено въ предѣлахъ ихъ полномочія, или, — для законныхъ представителей (опекуновъ, конкурса и т. п.), — въ предѣлахъ особаго ихъ права распоряженія имуществомъ представляемаго.

Если признаніе представителя, сдѣланное въ предѣлахъ его полномочія, будетъ даже явнымъ злоупотребленіемъ въ ущербъ представляемаго, то тѣмъ не менѣе, въ интересѣ прочности судебныхъ рѣшеній, оно остается обязательнымъ для послѣдняго, хотя затѣмъ можетъ вести къ личной и имущественной ответственности представителя ²⁾.

Только признаніе незаконнаго представителя, напр., учиненное послѣ отнятія довѣренности, не обязательно для представляемаго ³⁾.

¹⁾ Касс. рѣш. 1878 № 112; 1880 № 206.

²⁾ Касс. рѣш. 1880 № 206.

³⁾ Касс. рѣш. 1880 № 33.

Условія дѣйствительности признанія.—Для дѣйствительности признанія, какъ судебного доказательства, необходимы слѣдующія два условія: 1) полноправность лица, дѣлающаго признаніе, и 2) чтобы оно было результатомъ доброй и сознательной воли, т. е. чтобы у признающаго было *animus confitendi*. Всякое принужденіе или обманъ, вызывающій признаніе, дѣлаеть его недѣйствительнымъ.

Касс. рѣш. 1886 № 51; Св. Зак. т. X ч. 1 ст. 701—706.

Основаніе доказательной силы признанія заключается въ правѣ распоряжаться своими частными правами. Признаніе есть ничто иное, какъ распорядительный актъ. Поэтому одинаковое значеніе съ признаніемъ дѣйствительнаго обстоятельства будетъ имѣть и завѣдомо ложное признаніе; рѣшеніе, основанное на немъ, не будетъ несправедливымъ, ибо *volenti non fit iniuria*.

Съ этой стороны ограниченія въ распоряженіи правами вѣдетъ къ соответствующимъ ограниченіямъ дѣлать признаніе. Такъ съ ~~личной~~ стороны ограничены въ правѣ дѣлать признаніе:

а) Несовершеннолѣтніе отъ 17 лѣтъ, когда они лично являются стороною въ процессѣ¹⁾. Но недѣйствительность ихъ признанія относится лишь къ такимъ сдѣлкамъ, которыхъ они не могли самолично заключать; всякое же иное ихъ признаніе дѣйствительно.

Напр. будетъ недѣйствительно признаніе несовершеннолѣтняго заемной сдѣлки, заключенной имъ безъ согласія попечителя (см. т. X ч. 1 ст. 220 объ общемъ ограниченіи несовершеннолѣтняго въ правѣ распоряженія имуществомъ); но признаніе сдѣлокъ по управленію имѣніемъ (наемъ рабочихъ, заборъ матеріала) будетъ, въ этихъ предѣлахъ его права распоряженія, вполнѣ имѣть силу.

б) Глухіе и глухонѣмые имѣютъ право дѣлать признаніе, точно также, лишь въ размѣрѣ предоставленнаго имъ личнаго управленія имуществомъ²⁾.

¹⁾ См. Уст. гр. суд. ст. 19.

²⁾ См. выше т. 1 стр. 346.

в) Родители не могут дѣлать уступокъ на судѣ безъ согласія ихъ опекуновъ, а поэтому лишены и права на признаніе.

Уст. гр. суд. ст. 18—21; Прав. ст. 1; т. X ч. 1 ст. 219, 220.

г) Признаніе лица, объявленнаго несостоятельнымъ, не можетъ быть положено судомъ въ утверженіе правъ противной стороны, если это признаніе учинено послѣ того, какъ объявлена несостоятельность, признаніе же несостоятельнаго до этого времени учиненное можетъ быть опорочено конкурсомъ, если только рѣшеніе по дѣлу еще не состоялось или можетъ быть обжаловано. Касается это ограниченіе лишь имущественныхъ дѣлъ несостоятельнаго и установлено въ интересъ его кредиторовъ.

Уст. гр. суд. ст. 484, 1820.—Т. к. отъ конкурса зависитъ не допускать несостоятельнаго до личной явки въ судъ, въ качествѣ стороны (Уст. гр. суд. ст. 21), то ограниченіе его права на признаніе безъ принятаго нами расширенія не будетъ имѣть полнаго смысла. См. *Исаченко*. Гражд. Проц. т. II в. 2 стр. 660, 661.

д) Наконецъ, всѣ лица, которыя лишены вовсе процессуальной дѣеспособности, не могутъ лично дѣлать какого либо судебного признанія. Такъ лишены этой возможности: малолѣтніе, не достигшіе 17-ти лѣтъ, признанные душевнобольными, глухонѣмые, состоящіе подъ опекой, и юридическія лица.

Ограниченія признанія съ предметной стороны. Предметомъ признанія можетъ быть лишь такое обстоятельство, которое ведетъ къ утвержденію лишь частныхъ правъ, т. е. такихъ правъ, которыя находятся въ свободномъ распоряженіи частнаго лица. Подтверженіе же признаніемъ правъ, имѣющихъ государственный характеръ, правъ публичныхъ, не допускается, какъ изъятыхъ изъ свободнаго распоряженія частныхъ лицъ. Такъ, нельзя расторгнуть бракъ, ни одностороннею волею, ни соглашеніемъ супруговъ; поэтому же и признаніе супругами какого либо повода къ разводу, какъ напр. прелюбодѣянія, не имѣетъ значенія.

Т. X ч. 1 ст. 47.

Вообще нельзя признавать фактовъ, кои утверждаются или отрицаются права состоянія, какъ напр. законнорожденности.

Но мужъ можетъ признать ребенка, родившагося до брака, какъ прижитаго отъ него. Законъ 12 марта 1891 г. — Уст. гр. суд. ст. 1348. Ср. т. X ч. 1 ст. 122.

Затѣмъ, обыкновенно нельзя признавать обстоятельства, утверждающаго или отрицающаго право на недвижимое имущество. Съ одной стороны утверждение такого права происходитъ при соблюденіи предписанныхъ въ законѣ формальностей и поэтому всегда можетъ быть подтверждаемо соответствующими документами ¹⁾. Съ другой стороны допущеніе признанія такого права могло бы повести къ обходу этихъ предписаній и тѣмъ нарушить какъ фискальный интересъ, такъ и интересъ третьихъ лицъ (напр. залогодержателей). Но такъ какъ въ законѣ ничего не говорится о подобномъ ограниченіи признанія, то слѣдуетъ допустить, что въ тѣхъ случаяхъ спора о недвижимости, когда права на нее не могутъ быть удостовѣряемы документально, судъ обязанъ руководствоваться, между прочимъ, и признаніемъ стороны ²⁾.

Безповоротность признанія. По общему началу, слѣланное признаніе не можетъ быть взято назадъ, не можетъ быть опровергаемо учинившимъ его; *confessio non revocatur*. Самое заблужденіе при такомъ выраженіи воли можетъ служить основаніемъ для опроверженія признанія только тогда, когда оно относилось не къ личнымъ дѣйствіямъ учинившаго признаніе.

Уст. гр. суд. ст. 481. Касс. рѣш. 1878 № 112. — Ср. Code civil art. 1356; Civilproz. § 263.

Не допускается опровергать признаніе, касающееся личныхъ дѣйствій признавашаго по той понятной причинѣ, что личная дѣятельность предполагается хорошо извѣстной такому лицу. Если же и допустить возможность запямятованія точныхъ обстоятельствъ собственныхъ дѣяній, то признаніе ихъ будетъ результатомъ

¹⁾ Касс. р. 1869 № 1081.

²⁾ Касс. р. 1871 № 451.

или грубой небрежности или сознательнаго желанія допустить истинность даннаго утвержденія. Въ обоихъ случаяхъ пѣтъ основанія дозволять поворотъ признанія¹⁾.

Такимъ образомъ нельзя опровергать признаніе, напр., сдѣланнаго признающимъ займа, причиненнаго имъ ущерба противной сторонѣ, и т. п.

Иное дѣло, когда признаніе касается дѣйствій постороннихъ лицъ или внѣшнихъ явленій. Невѣдѣніе признающимъ этихъ обстоятельствъ можетъ быть результатомъ извинительнаго заблужденія, а не небрежности, какъ въ тѣхъ случаяхъ, когда самое обстоятельство стало возможнымъ для воспріятія признавшимъ лишь послѣ сдѣланнаго имъ признанія. При этихъ условіяхъ совершенное признаніе можетъ подлежать опроверженію со стороны сдѣлавшаго его.

Такъ допускается поворотъ признанія, когда признавшему не была извѣстна сдѣлка третьяго лица, измѣняющаго правоотношеніе съ нимъ. Тоже касательно внѣшнихъ явленій, какъ напр. въ случаѣ пожара, прекратившаго пользование, по которому признается долгъ. И т. п.

Опровергнутое признаніе исключается изъ числа доказательствъ и соответствующее обстоятельство подлежитъ доказыванію подобно всякому другому спорному факту.

Общее начало о безповоротности признанія относится лишь къ признанію судебному; внѣсудебное же признаніе можетъ быть опровергаемо безъ всякихъ ограниченій (см. ниже).

Доказательная сила признанія. — По этому вопросу слѣдуетъ различать судебное отъ внѣсудебнаго признанія. Обстоятельство, установленное судебнымъ признаніемъ, получаетъ опредѣленную извѣстность и какъ таковое не требуетъ „дальнѣйшихъ доказательствъ“, т. е. сторона, права которой подтверждаются признаніемъ, освобождена отъ представленія какихъ либо доказа-

¹⁾ *Малышевъ. Курсъ гр. суд. 1 стр. 275.*

тельствъ этихъ правъ. Въ этомъ отношеніи признаніе считалось всегда за самое сильное доказательство, probatio probatissima.

480.

Уст. гр. суд. ст. 112, 480; Прав. о произв. суд. д. ст. 74; Уст. суд. торг. ст. 229.—Civilproz. § 261.

Если признаніе сдѣлано съ оговоркой, обезсиливающей его, то, при извѣстныхъ условіяхъ (см. выше), оно получаетъ доказательную силу лишь тогда, когда оговорка эта не будетъ доказана признающимъ¹⁾. Напр., если по признанію долга не будетъ доказано происхожденіе его по игрѣ.

Но засимъ само по себѣ судебное признаніе не рѣшаетъ еще судебного спора, подобно мировому соглашенію, хотя бы исковое притязаніе было признано во всей его цѣлости, не говоря уже о тѣхъ случаяхъ, когда признаніе касается лишь отдѣльныхъ фактовъ, которые могутъ и не составлять главныхъ основаній судебныхъ претензій²⁾. По новымъ законодательствамъ, въ томъ числѣ и по нашему, судебное признаніе никогда не устраняетъ судебного рѣшенія, подобно римскому праву, выставлявшему начало: *confessus pro judicato habetur*³⁾. Нашъ Уставъ гр. суд., на основаніи одного судебного признанія, безъ судебного рѣшенія, не допускаетъ исполнительнаго производства. }

За внѣсудебнымъ признаніемъ законъ не находитъ возможнымъ установить ту полноту достовѣрности, какою онъ отмѣчаетъ судебное признаніе. Внѣсудебное письменное признаніе опредѣляется въ своей силѣ усмотрѣніемъ суда, за исключеніемъ доказательствъ формальныхъ, сила которыхъ опредѣлена закономъ⁴⁾. При внѣсудебномъ устномъ признаніи берется во вниманіе сравнительно меньшая обдуманность сказаннаго, чѣмъ все подтверждаемое въ торжественномъ засѣданіи суда. Поэтому для

¹⁾ Касс. рѣш. 1875 № 262.

²⁾ *Малышевъ*. Курсъ изд. 2 т. 1 стр. 304; *Малининъ*. Признаніе стр. 97.

³⁾ См. *Wetzell. System* § 14 п. 6—8.

⁴⁾ Касс. рѣш. 1868 №№ 371, 571; 1869 №№ 308, 855; 1870 №№ 1193, 1207, 1873 и др.

придачи вѣсудебному признанію той или другой степени достовѣрности слѣдуетъ принять во вниманіе обстоятельства, при которыхъ оно состоялось¹⁾. Иначе говоря, вѣсудебное признаніе разсматривается, какъ простое показаніе стороны, которое устанавливаетъ только предположеніе противъ нея и можетъ имѣть извѣстныя послѣдствія лишь тогда, когда оно подтвердится передъ судомъ и не будетъ опровергнуто признавшимъ какимъ либо другимъ доказательствомъ. Такимъ образомъ ~~подозаніе~~ вѣсуда должно быть доказано или письменными документами или свидѣтелями²⁾, когда таковые допускаются. Поэтому вѣсудебное признаніе, какъ подлежащее доказыванію, не допускается въ качествѣ доказательства при упрощенномъ производствѣ.

Уст. гр. суд. ст. 365¹².

Признаніе одного изъ соучастниковъ по общему праву, не имѣетъ обязательной силы для другихъ соучастниковъ. Одновременное и совмѣстное участіе нѣсколькихъ лицъ въ одномъ производствѣ въ роли стороны, съ точки зрѣнія процессуальнаго права, представляется чисто формальнымъ³⁾; по существу каждый соучастникъ ищетъ и отвѣчаетъ только за себя; поэтому признаніе одного изъ соучастниковъ имѣетъ значеніе только для него⁴⁾.

Уст. гр. суд. ст. 113, 482; Прав. о произв. суд. д. ст. 75.

Если же права соучастника такъ тѣсно связаны съ правами другихъ соучастниковъ, что признаніе его не можетъ получить „силу доказательства только въ отношеніи къ тому, кѣмъ оно учинено“, то, по причинѣ той же самостоятельности правовыхъ интересовъ соучастниковъ, такое признаніе судъ не можетъ класть въ основу рѣшенія⁵⁾.

1) *Bonnier. Des preuves* p. 322.

2) Уст. гр. суд. изд. Госуд. Канц. стр. 245.

3) См. т. I в. 2 стр. 353—354.

4) *Маллиниъ. Признаніе* стр. 45—49.

5) Касс. рѣш. 1869 № 427; 1870 № 1937.

Только въ томъ случаѣ признаніе одного соучастника имѣть обязательную силу для другихъ, если всѣ они связаны круговой порукой, находятся въ солидарной связи.

Уст. гр. суд. ст. 114 (483) 1523; Прав. о пр. суд. д. ст. 76.

При этомъ солидарность должна имѣть основаніемъ не законъ, какъ напр. при правонарушеніи, учиненномъ нѣсколькими лицами, а добровольное ихъ согласіе.

Уст. гр. суд. ст. 483: „... если они обязались круговую... порукою”.

Иначе было бы несправедливо признавать отвѣтственными нѣсколькихъ лицъ, по признанію лишь одного изъ нихъ¹⁾.

Да, и при солидарности сотоварищи не лишены права доказывать произволъ въ признаніи сотоварища, тѣмъ болѣе его недобросовѣстность.

Уст. гр. суд. ст. 483: „могутъ быть подвергнуты...”.

При нѣсколькихъ представителяхъ, обязанныхъ вести дѣло совместно, признаніе одного изъ нихъ необязательно для другихъ, такъ какъ они всѣ въ одинаковой мѣрѣ отвѣтственны за веденіе дѣла. Такимъ образомъ признаніе одного изъ соопекуновъ не имѣетъ никакого значенія. Точно также въ случаѣ нѣсколькихъ повѣренныхъ, — хотя бы каждый изъ нихъ и былъ уполномоченъ самостоятельной довѣренностью, — признаніе одно изъ нихъ не имѣетъ силы, если въ дѣлѣ принимали участіе всѣ остальные повѣренные²⁾.

¹⁾ Анненковъ. Комментар. II стр. 333.

²⁾ Исаченко. Гражд. проц. II, 2 стр. 655.

Присяга ¹⁾.

405-498

Подъ присягой (*juramentum, serment, Eid*) разумѣется удостовѣреніе истинности какого либо утвержденія путемъ торжественной ссылки на какой либо высокій и священный предметъ, въ настоящее время — исключительно на Господа Бога.

Est enim jusjurandum affirmatio religiosa. Quod autem affirmate, quasi Deo teste, promiseris, id tenendum est (Cic. de off. 3, 29). Ср. L. 5 D. 12, 2.

Довѣріе къ такому клятвенному удостовѣренію основано на томъ предполагаемомъ нравственно-религіозномъ представленіи присягающаго, что клятвopреступленіе лишитъ его защиты и благословенія призываемаго при присягѣ Божества. Но въ этомъ основаніи заключается и слабая сторона присяги, какъ общаго способа доказательства. Она предполагаетъ высокія нравственно-религіозныя условія въ присягающемъ, чего на самомъ дѣлѣ, въ современномъ быту, не всегда можно ожидать ²⁾. Поэтому въ нау-

¹⁾ *Любавскій*. Присяга какъ доказательство въ дѣлахъ гражданскихъ (въ Журн. Мин. Юстиціи 1864, 7); *И. Ф-ій*. Присяга какъ доказательство въ дѣлахъ гражданскихъ (въ Судебн. Вѣстн. 1868, 120); *Н. Грошевой*. Присяга, какъ самостоятельное доказательство, по старому процессу и по судебнымъ уставамъ (въ Журналѣ Юридич. Общества 1894 кн. 1 стр. 31—54). — *Migneret*. Du serment judic. (въ *Revue crit. de lég.* 1871—1872); *Gaujou*. Du serment en matière civile 1879; *I. Favre*. Discours sur le serment judic. 1882; *Burkly*. Etude sur le serment judiciaire et extrajudiciaire 1882. — *Arnold*. D. Parteieneid im Civilpr. (въ *Archiv. f. d. civ. Praxis* 47); *Strippellmann*. D. Gerichtseid 3 Bde. 1855—1857; *Kraussold*. Lehre v. Eide als Beweismittel 1857; *Harasowsky*. Parteienvernehmung u. Parteieneid 1876; *Reichenbach*. Der Eid u. die Eidesfrage in Deutschland 1884; *Cannstein*. Die eidliche Parteienvernehmung u. der Schiedseid (*Jurist. Blaetter* 1886).

²⁾ *Reichenbach* cit. p. 10, 11, 20, 21.

къ горячо ратуютъ¹⁾ за отмѣну присяги сторонъ и въ этомъ направленіи выясняется стремленіе также и законодательствъ²⁾.

Главнѣйшіе доводы за отмѣну присяги сводятся къ слѣдующему. Въ присягѣ видятъ только одинъ развратъ, лишь поводъ къ клятвенной лжи. Затѣмъ, присяга, какъ не обезпечивающая отъ ложнаго показанія, есть болѣе средство покончить съ процессомъ, чѣмъ открыть истину, болѣе средство достигнуть рѣшенія, чѣмъ юстиціи³⁾. Поэтому отмѣны ея требуетъ интересъ какъ нравственности, такъ и судебной правды. Съ уничтоженіемъ присяги, полагаютъ, народъ привыкнетъ точнѣе оговаривать соглашенія и запасаться болѣе вѣрными доказательными средствами⁴⁾.

Всѣ эти отрицательныя стороны относятся, по нашему мнѣнію, лишь къ присягѣ принудительной⁵⁾, а не къ присягѣ добровольной, приносимой по соглашенію сторонъ. Въ послѣднемъ случаѣ имѣется довѣріе къ клятвенному утвержденію противника, или просто процессуальное распоряженіе своимъ имуществомъ⁶⁾. На этомъ основаніи нашъ законъ признаетъ лишь присягу добровольную.

Въ Судебн. Устав. изд. Государ. Канц. т. I стр. 254 оставленіе присяги, какъ способа доказательствъ, объясняется тѣмъ, что она будетъ имѣть примѣненіе въ тѣхъ случаяхъ, когда совѣтъ обоихъ тяжущихся дозволить имъ прибѣгнуть къ этому обряду; если же развитіе присяги, напротивъ, несогласно съ условіями нашей жизни, то присяга и не будетъ примѣняться на самомъ дѣлѣ.

¹⁾ Прежнія воззрѣнія на присягу сведены у *Burkly* cit. p. 50—52. Между прочимъ *Bentham* написалъ горячій трактатъ противъ присяги, подъ заглавіемъ „Swear not at all” 1817.

²⁾ *Harrasowsky* cit. p. 358.

³⁾ *Bordeaux*. Philosophie p. 362.

⁴⁾ *Schneider*. Ueber richterliche Ermittlung u. Feststellung des Sachverhaltes p. 80—86; p. 161—178.

⁵⁾ См. *Burkly* cit. p. 78 sq.

⁶⁾ Уже римляне видѣли въ присягѣ родъ соглашенія: *Iurandum speciem transactionis continet*. . . (L. 2 D. de iure iurando 12, 2).—См. *Wach*. Vorträge p. 164.

Въ позднѣйшихъ законодательныхъ уставахъ, какъ-то въ Правилахъ о произв. судебн. д. и во Времен. прав. о волостномъ судѣ, присяга, въ числѣ доказательствъ, не упоминается вовсе.

Различаютъ присягу добровольную (juramentum voluntarium), основанную на добровольномъ соглашеніи, и присягу принудительную (juramentum necessarium).

Виды принудительной присяги, juramentum necessarium.

Присяга судебная (juramentum iudiciale, richterlicher Eid), назначаемая судомъ и основанная на довѣріи къ присяжнымъ показаніямъ тяжущагося¹⁾. Примѣняется она въ слѣдующихъ случаяхъ. Когда предъявленные доказательства въ подтвержденіе иска или возраженія недостаточны, но въ то же время тотъ или другое представляется суду не лишенными основанія, то судъ предлагаетъ сторонѣ, представившей болѣе сильныя доказательства своему утверженію, подтвердить свои требованія присягою, какъ бы дополняющею представленные доказательства. Присяга такая носитъ названіе дополнительной, juramentum suppletorium. Въ тѣхъ случаяхъ, когда присяга возлагается, при данныхъ условіяхъ, на отвѣтника, чтобы онъ очистилъ себя отъ подозрѣнія въ неправости отвѣта, она носитъ названіе присяги очистительной, juramentum purgatorium.

См. Уст. суд. торг. ст. 261, 275: дополнительная присяга; ст. 302, 306. — Code de proc. civ. art. 120; Code civil art. 1366, 1367 (въ Царствѣ Польск. отмѣнены). — Codice civile art. 1374, 1375.

Принудительный характеръ этой присяги выражается въ томъ, что отказъ отъ принесенія ея разсматривается, какъ косвенное признаніе.

Присяга, предоставляемая одной стороною другой, juramentum delatum seu relatum²⁾. Въ процессѣ одна сторона мо-

¹⁾ *Fitting*. Civilproz. § 57.

²⁾ *Hinschius*. Zur Lehre v. d. Eidesdelation 1860; *Fierich*. Ueber die Eideszuschreibung (въ *Grünhut's Zeitschr.* 1888, I).

жетъ вызвать своего противника на рѣшеніе ихъ спора присягою, но при этомъ вызываемый тяжущійся имѣетъ право отказаться отъ принесенія присяги, отдавъ дѣло на душу вызывающей стороны, т. е. отвѣдя присягу на нее ¹⁾. Уже въ римскомъ правѣ отказъ отъ принесенія этой присяги и не вызовъ на нее противника принимался за признаніе даннаго обстоятельства ²⁾. И въ новѣйшихъ законодательствахъ если лице, вызываемое на присягу, отказывается ее принести или не желаетъ ее отбросить на противника, или этотъ послѣдній отказывается отъ нее, — то это вызываетъ потерю соответствующаго притязанія, заявленнаго въ искѣ или въ возраженіи.

Code civil art. 1357, 1361 (въ Цар. Польск. отмѣнены);
Code de proc. civ. art. 55; Codice civile art. 1363, 1367.

Поэтому *juramentum delatum et relatum* слѣдуетъ считать за присягу скорѣе принудительную, необходимую, чѣмъ за добровольную ³⁾.

По Уставу гражд. судопр. суды не могутъ ни принудить тяжущагося къ принятію присяги, ни предлагать ее отъ себя истцу или отвѣтчику.

Уст. гр. суд. ст. 115, ~~485~~ — Касс. рѣш. 1867 № 4; 1869 № 689; 1872 № 257, и др. — Особенный случай въ Прилож. III къ ст. 1272 Уст. гражд. судопр.

Тутъ берется въ соображеніе, что такая присяга дѣлаетъ тяжущагося судьей въ собственномъ дѣлѣ, и человѣкъ недобросовѣстный всегда можетъ обратить ее въ свою пользу. Кроме того право судьи распредѣлять присягу между тяжущимися даетъ ему нежелательную власть надъ сторонами, а по рѣшительному ея значенію — и надъ судьбою самого дѣла. Наконецъ, принужденіе къ присягѣ можетъ стать въ противорѣчіе съ религіознымъ воззрѣ-

¹⁾ См. *Wach. Vorträge* p. 162 sq.

²⁾ *Manifestae turpitudinis et confessionis est, nolle nec jurare nec jusjurandum referre.* L. 38 D. de jurejur. 12, 2.

³⁾ *Грошевскій* cit. стр. 32, 33.

ніемъ лицъ, непріемлющихъ присяги¹⁾ (таковы, напр., квакеры, менониты, анабаптисты) или не видящихъ въ ней святости и потому не желающихъ совершать формальной лжи²⁾.

Съ другой стороны по нашимъ законамъ тяжущійся не можетъ быть вынужденъ на принесеніе присяги также и своимъ противникомъ. Однимъ словомъ никакая изъ тяжущихся сторонъ не можетъ быть вынуждена къ присягѣ; только по добровольному соглашенію³⁾ между сторонами дѣло рѣшается присягой истца или отвѣтчика. Несогласіе на присягу одного изъ тяжущихся не влечетъ за собой невыгодныхъ для него послѣдствій⁴⁾.

Такимъ образомъ по Уставу извѣстно лишь juramentum voluntarium, conventionale (также litis decisorium), присяга добровольная.

Уст. гр. суд. ст. 115, 485.—См. также Уст. суд. торг. ст. 300, 301.—Иногда эту присягу называютъ также внѣсудебною какъ устанавливаемую безъ всякаго участія суда въ сдѣлкѣ о ней: jusjurandum quod ex conventionione extra iudicium defertur (L 1, 17 D. de jurejur. 12, 2).

Присяга эта приносится, по предварительному соглашенію сторонъ, на основаніи прошенія, подаваемого въ судъ и самими тяжущимися подписаннаго.

Уст. гр. суд. ст. 487.

Если предложеніе на присягу не будетъ принято, то дѣло рѣшается на основаніи другихъ данныхъ.

По Уставу судопр. торг. присяга можетъ быть принесена иногда и помимо соглашенія о томъ между сторона-

¹⁾ Уст. гр. суд. ст. 96 п. 2; 396 п. 2; Прав. о произв. суд. д. ст. 59 п. 2.

²⁾ См. примѣръ подобнаго отказа отъ присяги въ германскомъ судѣ у *Reichenbach* cit. p. 31, 32.

³⁾ Къ такой присягѣ можно отнести выраженіе римскаго юриста: jusjurandum speciem transactionis continet (L. 2 D. de jurejur. 12, 2).

⁴⁾ Касс. рѣш. 1874 № 513.

ми; такъ „если одна изъ тяжущихся сторонъ съ упорствомъ удерживаетъ принадлежащій къ объясненію дѣла актъ или документъ, или выдаетъ оный въ испорченномъ видѣ, то противная сторона во всякомъ случаѣ можетъ быть допущена къ подтвержденію содержанія его присягою” (Уст. суд. торг. ст. 251).

Требованіе взаимнаго соглашенія сторонъ для разрѣшенія дѣла присягою придаетъ ей значеніе мировой сдѣлки.

Въ Уставѣ суд. торг. ст. 300 присяга считается въ существѣ своемъ мировою сдѣлкою. Ср. объясненія на ст. 118-го Уст. гражд. суд. 2 изд. Госуд. Канц. ч. 1 стр. 66.

Дѣйствительно, и въ томъ и въ другомъ случаѣ дѣло разрѣшается передъ судомъ на основаніи соглашенія сторонъ. Но тѣмъ не менѣе нельзя отождествлять присягу съ мировой сдѣлкой. Общее между ними—лишь требованіе соглашенія, но признаки и послѣдствія такого соглашенія для участвующихъ въ немъ сторонъ различны въ томъ и другомъ случаѣ. Мировая сдѣлка содержитъ въ себѣ признакъ сомнительности правъ той и другой стороны и поэтому заключается во взаимныхъ уступкахъ¹⁾, за которыми слѣдуетъ приобрѣтеніе правъ обѣими сторонами. Присягой же не имѣется въ виду устранить сомнѣніе самихъ сторонъ объ утверждаемомъ правѣ, а имѣется въ виду распорядиться этимъ правомъ, рѣшивъ споръ о немъ отдачей дѣла на душу одной изъ сторонъ, которая по выполненіи присяги только и приобрѣтаетъ права изъ нея.

По своему предмету присяга бываетъ или рѣшительная (*judicamentum pro re judicata*), когда послѣдствіемъ ея бываетъ рѣшеніе самого искового притязанія, и присяга вводная (*judicamentum ad rem judicatam*), когда ею подтверждается одно изъ обстоятельствъ дѣла, могущее послужить однимъ изъ основаній судебного рѣшенія. По Уставу гр. суд. допускается лишь присяга рѣшительная²⁾.

1) Уст. гр. суд. ст. 1365.

2) *Грошевой cit.* стр. 34, 35.

Уст. гр. суд. ст. 485 говорить о правѣ тяжущихся просить судъ о рѣшеніи дѣла на основаніи присяги.

Отдѣльные виды присяги:

1) Juramentum in litem seu aestimatorium (juramentum quantitatis, serment de taxation, Schatzungseid, giuramento estimatorio), оцѣночная присяга, примѣняется тогда, когда одна изъ сторонъ отказывается отъ выдачи вещи, присужденной судебнымъ рѣшеніемъ, или если обязанность ея вознаградить за убытки уже доказана и разрѣшенію суда подлежитъ лишь вопросъ о размѣрѣ вознагражденія; въ этихъ случаяхъ противной сторонѣ предоставляется, по ея просьбѣ или по усмотрѣнію суда, выполнить такъ назыв. оцѣночную присягу, которой опредѣляется размѣръ исковой претензіи или вознагражденія, должствующихъ причитаться данному тяжущемуся¹⁾. При данной присягѣ истца обыкновенно устанавливается судомъ предѣлъ той суммы, до размѣра которой присягѣ будетъ дана вѣра (taxatio). Оцѣночная присяга была извѣстна уже римскому праву²⁾ и затѣмъ принята, въ томъ или другомъ объемѣ, многочисленными западными современными законодательствами³⁾, когда цѣну требованія другимъ способомъ опредѣлить нельзя. У насъ эта присяга, по назначенію суда, извѣстна лишь въ дѣлахъ коммерческихъ.

Уст. суд. торг. ст. 306.

Какъ остатокъ старой формальной системы доказательствъ, оцѣночная присяга, съ строгимъ проведеніемъ начала свободной оцѣнки доказательствъ, должна будетъ повсюду исчезнуть⁴⁾. Оцѣнка стоимости иска или вознагражденія предоставляется на усмотрѣніе судьи, который въ правѣ прибѣгнуть, при необходимости,

1) *Renaud. Lehrbuch* § 140.

2) *Dig. de in litem jurando* XII, 3.

3) *Code civil art. 1366, 1369; Codice civile 1374, 1377; Civilproz. § 260.*

4) *Schurter. Beweisr. p. 396.*

къ экспертизѣ. Такова практика по нашему Уставу гр. суд., незнающему оцѣночной присяги.

2) *Juramentum manifestationis* (Offenbarungseid, giuramento di denuncia o manifestazione), явочная присяга, состоитъ въ клятвенномъ показаніи одной изъ сторонъ въ процессѣ, по большей части отвѣтчика, на счетъ активнаго и пассивнаго состоянія даннаго имущества. Примѣняется эта присяга лишь при опредѣленныхъ личныхъ правоотношеніяхъ между тяжущимися, какъ-то въ процессахъ сонаслѣдниковъ, товарищей, опекуновъ, попечителей, администраторовъ и вообще всѣхъ тѣхъ лицъ, которыя, какъ владѣтели или правители чужого имущества, обязаны передать его кредитору или настоящему собственнику и при передачѣ удостовѣрить, что передаваемые предметы составляютъ все имущество ими полученное или имъ ввѣренное. Въ отдѣльныхъ законодательствахъ данная присяга допускается въ различномъ объемѣ. Такъ въ римскомъ правѣ она упоминается только при показаніи имущества умершаго въ инвентарѣ¹⁾. Въ нѣкоторыхъ же современныхъ законодательствахъ явочная присяга примѣняется во всѣхъ случаяхъ завѣдыванія чужимъ имуществомъ²⁾. Въ германскомъ правѣ она допускается лишь въ исполнительномъ производствѣ³⁾. Нашъ же Уставъ гражд. суд. этой присяги не знаетъ вовсе. Только въ Уставѣ суд. торг. примѣняется показаніе подъ присягой несостоятельнаго или его прикащиковъ объ имуществѣ при предстоящей описи и смѣтѣ долговъ⁴⁾.

По сущности своей явочная присяга есть присяга очистительная и притомъ принудительная; при предложеніи ея не допускается отказа⁵⁾. Какъ къ остатку средневѣковой формальной системы доказательствъ, въ наукѣ къ ней относятся отрицательно.

3) *Juramentum ignorantiae*, присяга о незнаніи, состоитъ

¹⁾ L. 22 § 10 Cod. 6, 30.

²⁾ Code civil art. 1365; Codice civile art. 1373; Oesterr. A. G. O. §§ 219, 220.

³⁾ Civilproz. §§ 711, 769.

⁴⁾ Уст. суд. торг. ст. 516, 517.

⁵⁾ *Wetzell. System* p. 300.

въ вѣтвенномъ утвержденіи положительнаго незнанія о спорномъ фактѣ. Предлагается эта присяга вдовамъ, наследникамъ или опекунамъ послѣднихъ, если они малолѣтніе, въ утвержденіе того, имѣютъ ли они свѣдѣнія, что долгъ умершаго мужа, наследодателя не погашенъ.

Уст. суд. торгов. ст. 309, 310. — Code civil art. 2275; Codice civile ital. art. 2142.

По римскому праву, по каноническимъ законамъ и нѣкоторымъ современнымъ законодательствамъ извѣстны еще иные, кромѣ разсмотрѣнныхъ, особые виды присяги въ гражданскихъ дѣлахъ ¹⁾.

Условія для принесенія присяги. — Присяга допускается лишь въ тѣхъ случаяхъ, когда нѣтъ другихъ данныхъ для рѣшенія дѣла ²⁾.

Затѣмъ, право на присягу подлежитъ вообще ограниченіямъ какъ съ личной, такъ и съ предметной стороны.

Ограниченія съ личной стороны. Присягу могутъ приносить только сами стороны (какъ истецъ, такъ и отвѣтчикъ) лично; повѣренные не могутъ быть допущены къ присягѣ.

Уст. суд. торг. ст. 307; Уст. гражд. суд. ст. 494.

Присяга, какъ актъ личной воли, не можетъ быть выполнена тѣми субъектами правъ, у которыхъ не признано воли, а именно не могутъ рѣшать дѣла присягою юридическія лица и притомъ не только договоромъ установленныя (общества, товарищества, компаніи), но и существующія по закону (казенныя управленія, земскія учрежденія, городскія и сельскія общества).

Уст. гр. суд. ст. 118 пп. 3, 4; ст. 497 пп. 3, 6.

Затѣмъ, какъ актъ распорядительный, присяга не допуска-

¹⁾ См. *Burkly cit.* p. 21—27, 34, 37—44, 52—58, 62—64.

²⁾ Касс. рѣш. 1871 № 733; Уст. гр. суд. 2 изд. Гос. Канц. I стр. 66.

ется въ дѣлахъ лицъ, не имѣющихъ свободнаго права распоряжаться своимъ имуществомъ. Прежде всего сюда относятся несовершеннолѣтние и всѣ состоящіе подъ опекой по причинѣ душевныхъ или физическихъ недуговъ (нѣмые, глухіе и глухонѣмые), потомъ — несостоятельные должники, но лишь по имущественнымъ дѣламъ, въ которыхъ выступаетъ ограниченіе ихъ права распоряженія въ пользу кредиторовъ, и, наконецъ, расточители, вообще по всѣмъ дѣламъ, въ силу предполагаемаго отсутствія здоровой сознательной воли.

Уст. гр. суд. ст. 118 п. 1; ст. 497 п. 4. — По нѣкоторымъ законодательствамъ расточители допускаются до присяги. См. у *Burkly cit.* p. 98.

Д
Ст. предметной стороны присяга ограничивается въ слѣдующихъ случаяхъ ¹⁾.

Предметомъ клятвеннаго утвержденія не могутъ быть обстоятельства, которыми устанавливается или отрицается право достоянія и законность рожденія, ибо это относится къ области публичныхъ правъ, не находящихся въ распоряженіи частныхъ лицъ. 497

Уст. гр. суд. ст. 497 п. 1.

Не можетъ быть клятвенно устанавливаемо или отрицаемо право собственности на недвижимое имущество, ибо допущеніе присяги въ этихъ случаяхъ могло способствовать обходу законовъ, устанавливающихъ рядъ формальныхъ требованій для перехода даннаго права отъ одного лица къ другому. По этому мотиву слѣдуетъ распространить запрещеніе присяги и на переходъ всѣхъ остальныхъ вещныхъ правъ на недвижимыя имущества ²⁾.

Уст. гр. суд. ст. 497 п. 2.

Нельзя рѣшать присягой даже физическаго правоспособнаго

¹⁾ Сравни. т. X ч. 2 ст. 384, 612, 674; 792—795; Уст. суд. торг. ст. 300—310, 516, 517, въ которыхъ перечислены случаи, когда присяга допускается.

²⁾ *Исаченко*. Гражд. проц. т. II в. 2 стр. 681.

на то лица споровъ, касающихся интересовъ юридическихъ лицъ, несовершеннолѣтнихъ и вообще лицъ, коимъ не дозволяется свободное распоряженіе имуществомъ; ибо присяга приносится на основаніи личнаго соглашенія на нее сторонъ, а въ такое соглашеніе упомянутыя лица вступать не могутъ.

Уст. гр. суд. ст. 118 п. 1, 3, 4 и 497 пп. 3, 4, 6.

Нельзя утверждать присягой обстоятельства, состоящаго въ связи съ какимъ либо преступленіемъ или проступкомъ, ибо тутъ замѣшанъ публичный интересъ обвиненія или оправданія.

Уст. гр. суд. ст. 118 п. 2; 497 п. 5.

Наконецъ, не допускается присяга въ опроверженіе прямого смысла актовъ незаподозрѣнныхъ въ подлинности, ибо само подобное возраженіе представляется явно недобросовѣстнымъ. Но для разъясненія обстоятельствъ, при которыхъ совершался актъ, можетъ быть допущена присяга¹⁾.

Уст. гр. суд. ст. 118 п. 5; 497 п. 7.

Въ процессуальной нашей литературѣ высказывается иногда мнѣніе, что приведенными случаями не ограничивается воспрещеніе прибѣгать, въ гражд. процессѣ, къ присягѣ, какъ къ судебному доказательству. Но приводимые примѣры такого воспрещенія, сверхъ указанныхъ прямо въ законѣ, мало убѣдительны. *Амленковъ* II стр. 364 и слѣд. Ср. *Исаченко*. Гражд. проц. II, 2 стр. 683—688.

Послѣдствія принесенной присяги выражаются въ томъ, что она принимается за доказательство истинности утверждаемаго клятвенно и не можетъ быть опровергаема никакими другими доказательствами въ ложности даннаго утвержденія. Напримѣръ, если А. приноситъ присягу въ томъ, что долгъ Б., хотя бы основанный на формальномъ актѣ, имъ уплаченъ, онъ долженъ считаться свободнымъ отъ обязательства.

¹⁾ Касс. рѣш. 1869 № 558.

Уст. гр. суд. ст. 117, 498.—Code civil art. 1363.

Мало того, самое соглашеніе о разрѣшеніи спора присягой уже устанавливаетъ истинность утвержденія стороны въ томъ смыслѣ, что отказъ отъ принесенія присяги считается за признаніе ея соотвѣтствующаго обстоятельства, которое и не подлежитъ дальнѣйшему доказыванію со стороны противной.

Уст. гр. суд. ст. 492.

Только въ случаѣ смерти обязавшагося принести присягу, дѣло рѣшается по другимъ, имѣющимся въ немъ доказательствамъ, и объясненіямъ сторонъ.

Уст. гр. суд. ст. 496.

Если на процессуальной сторонѣ участвуютъ нѣсколько лицъ и между ними не будетъ согласія по вопросу о принесеніи присяги,—т. е. одни согласятся на нее, а другіе нѣтъ,—то о доказательной силѣ принесенной присяги вопросъ рѣшается такъ, какъ при подобномъ же случаѣ признанія, а именно: при раздѣленіи интересовъ соучастниковъ присяга одного изъ нихъ принимается въ доказательство только для его самостоятельныхъ интересовъ; при невозможности же такого раздѣленія она не должна быть вовсе допущена въ основу рѣшенія.

Распросъ тяжущихся ¹⁾).

Общимъ правиломъ признано, что никто не можетъ быть свидѣтелемъ въ собственномъ дѣлѣ, *nullus idoneus testis in causa sua*; тождество стороны съ доказательствомъ признается логически невозможнымъ. Если на основанія теории свободной оцѣнки доказательствъ показанія сторонъ, какъ и свидѣтелей, признаются достовѣрными по одной и той же мѣркѣ, то все же это

¹⁾ v. *Harrasowsky*. Die Parteienvernehmung u. der Parteieneid nach dem gegenwärtigen Stande der Civilprozessgesetzgebung 1876.

не уничтожает процессуальнаго различія между сторопой и свидѣтелемъ.

Въ англійскомъ правѣ съ 1846 г. стороны могутъ быть допрашиваемы подъ присягой, подобно свидѣтелямъ (*Taylor. On Evidence II § 1216*). За распространеніе этого высказываются и на континентѣ. См. напр. *Bar. Recht u. Beweis im Civilprozesse 1867 p. 149 sq.*

Но со всѣмъ тѣмъ правильно веденный допросъ сторонѣ, по ссылкѣ другой или по усмотрѣнію самаго судьи, можетъ вести не только къ разъясненію претензій тяжущихся, но и къ раскрытію правоты. Иногда, напр., истецъ не представляетъ при самомъ заявленіи претензіи никакихъ доказательствъ, надѣясь уличить противника при самомъ состязаніи. И такой искъ можетъ оказаться основательнымъ; предположеніе противъ отвѣтчика можетъ возникнуть изъ его собственныхъ показаній¹⁾. При этомъ несомнѣно обстановка распроса и приемы его должны своими психическими условіями вліять на изблеченіе лжи и на удостовѣреніе истины²⁾. Съ этой стороны распросъ тяжущихся можетъ опредѣлить убѣжденіе судьи, а слѣдовательно его должно относить къ числу доказательствъ. Доказательную силу показанія сторонѣ могли бы приобрести еще въ большей степени, еслибъ за ложные отвѣты на допросъ онѣ подвергались какимъ либо взысканіямъ (*rosna confessi*³⁾).

Въ нашемъ гражд. процесѣ не допускается, по общему началу, распросъ тяжущихся, какъ противорѣчащей состязательности. См. мотивы къ ст. 479.

1) См. Уст. гр. суд. ст. 444.

2) См. *Bellot. Loi sur la procédure civile du canton de Genève. 3 éd. 1870 p. 75.*

3) *Schurter. Beweisr. p. 415.*

Свидѣтельскія показанія ¹⁾.

310-111

Свидѣтелями (*testes, témoins, Zeugen*) пазываются постороннія дѣлу, незаинтересованныя въ немъ, лица, дѣлающія заявленія о непосредственно воспринятомъ ими спорномъ и существенномъ въ процессѣ фактѣ, безъ того, чтобы входить въ оцѣнку его.

Изъ того, что свидѣтелями могутъ быть только лица, незаинтересованныя въ дѣлѣ, слѣдуетъ, что свидѣтельство самихъ тяжущихся не должно быть допускаемо.

Nullus idoneus testis in re sua intelligitur.

Затѣмъ, свидѣтелями могутъ быть лишь лица, непосредственно воспринявшія данный фактъ: видѣлъ, слышалъ и т. д. Этимъ они отличаются отъ другихъ показывающихъ въ дѣлѣ лицъ, какъ-то свѣдующіе люди.

Свидѣтельствовать на судѣ составляетъ долгъ и обязанность всякого вызываемаго къ тому.

Уст. гр. суд. ст. 83, 370.

Обязанность къ свидѣтельствуванію выражается въ обязанности явки въ судъ и въ показаніи на немъ, а также въ обязанности принести свидѣтельскую присягу, когда то требуется.

Эта обязанность носить характеръ публичный (*onus publicum*), безъ нея государство не могло бы отправлять одной изъ своихъ функций, суда. Она распространяется на всѣхъ лицъ, находящихся на территоріи государства, а не только на однихъ подданныхъ ²⁾.

¹⁾ *Кунертикъ*. О свидѣтельскихъ показаніяхъ въ гражданскомъ процессѣ (въ Юрид. Вѣстн. 1867—68, 9, 10). — *Latreille*. De la preuve testimoniale 1872; *Cunisset*. De la preuve testimoniale 1878; *Bernard*. De la preuve testimoniale 1885; *Ribain*. Enquêtes en matière civile 1886. — *Birkmeyer*. Zengenbeweis (въ *Holtzend. Rechtslex*).

²⁾ *Laband*. Das Staatsrecht des deutsch. Reiches 1882 Bd. III Abt. 2 p. 155 sq., 165, 166.

Выполненіе обязанности свидѣтеля можетъ быть вынуждено (*vis compulsiva*) страхомъ присужденія къ штрафу и возмѣщенію убытковъ; кромѣ того явка свидѣтеля на судъ можетъ быть осуществлена прямой доставкой его туда чрезъ полицейскую власть (*vis absoluta*).

По нашему дѣйствующему праву отказавшійся отъ свидѣтельства, неявившійся въ судъ, подвергается только опредѣленному штрафу.

Въ мировомъ судѣ — отъ 25 к. до 5 р. (Уст. гр. суд. ст. 91), въ общихъ судахъ — отъ 50 к. до 25 р. (Уст. гр. суд. ст. 383). Этому штрафу отказавшійся отъ свидѣтельства подвергается и при вторичной неявкѣ. Но въ судѣ земскаго начальника и городскаго судьи при вторичной неявкѣ свидѣтеля штрафъ увеличивается вдвое, можетъ дойти и до 10 р. (Прав. о произв. суд. д. ст. 63). Въ волостномъ судѣ взысканіе на неявившагося, безъ уважительной причины, свидѣтеля налагается по усмотрѣнію волостного старшины (Времен. прав. о волостн. судѣ ст. 24). Въ коммерческихъ судахъ штрафъ за первую неявку свидѣтеля отъ 3 до 7 р. 50 к.; за вторую неявку можно возложить штрафъ отъ 7 р. 50 к. до 15 р. (Уст. суд. торг. ст. 291, 292). По нѣкоторымъ иностраннымъ законодательствамъ отказъ отъ явки или свидѣтельствванія, при вторичномъ вызовѣ, ведетъ къ увеличенію взысканія и доставленію свидѣтеля силою, а кромѣ того къ присужденію въ тюрьму, если при этихъ обстоятельствахъ свидѣтель откажется отъ свидѣтельствванія (Code de proc. civ. art. 264; Codice di proc. civ. art. 230; Civilproz. § 345).

Во имя той же обязанности къ свидѣтельству, каждый тяжущійся имѣетъ право выставять свидѣтеля по дѣлу, не отвѣчая, напр., за напрасно причиненное беспокойство.

Изъ этой общей обязанности свидѣтельствовать въ законодательствахъ дѣлается изъятіе для извѣстнаго разряда лицъ, которымъ предоставлено право отказываться отъ подачи показаній, путемъ заявленія о томъ суду или простой неявкой.

Затѣмъ другой разрядъ лицъ устраняется отъ свидѣтельство-

ванія по самому закону. Наконецъ, тяжущимся предоставлено право отвода указанныхъ въ законѣ свидѣтелей ¹⁾).

Свидѣтельскія показанія, какъ доказательства, опредѣляютъ убѣжденіе судьи лишь при условіи извѣстной степени ихъ достовѣрности. Безъ послѣдняго свидѣтельство лишено всякой доказательной силы. Достовѣрность же свидѣтелей опредѣляется ихъ незанятостью въ дѣлѣ и общимъ правдолюбіемъ. При отсутствіи этихъ качествъ свидѣтели недостовѣрны.

По признаку достовѣрности большинство современныхъ законодательствъ отличаетъ два разряда свидѣтелей — относительно неспособныхъ (*testes civiliter inhabiles*) и подозрительныхъ (*testes suspecti*).

Въ прежнее время Бентамъ старался построить точную лѣстницу степеней убѣжденія судьи въ положительную или отрицательную сторону, такъ чтобы онъ всегда могъ отнести свое убѣжденіе къ опредѣленной ступени этой лѣстницы. Но его попытка не нашла сочувствія въ наукѣ, такъ какъ признано, что приложить ее на дѣлѣ невозможно за невозможностью самому судѣ дать себѣ точный отчетъ о степени своего убѣжденія (сравн. *Best. Beweisr.* § 62).

Нельзя не признать, что опредѣленіе самимъ закономъ достовѣрности свидѣтелей должно стѣснять судъ въ раскрытіи матеріальной правды. Убѣжденіе судьи, при этомъ, слагается не изъ внутреннихъ движеній его разума, а на основаніи предписанія закона, который, конечно, не имѣетъ дѣла съ особенностями частнаго случая. Поэтому въ законодательствахъ замѣчается большое разногласіе въ вопросѣ объ оцѣнкѣ добросовѣстности свидѣтелей; судѣ предоставляется то большій, то меньшій просторъ въ этомъ отношеніи. Разрядъ неспособныхъ свидѣтелей, по одному законодательству, по другому отнесень къ разряду подозрительныхъ, или лица той или другой категоріи вовсе исключаются изъ числа неспособныхъ и подозрительныхъ свидѣтелей ²⁾).

¹⁾ *Legentil.* Etude sur les éliminations des témoins. 1855.

²⁾ *Schurter.* Beweisr. p. 255 sq.

Такъ несомнѣнно съ величайшею осторожностью должно от-
поситься къ показаніямъ такихъ лицъ, для которыхъ открытіе
или умолчаніе истины имѣть значеніе для интересовъ ихъ соб-
ственныхъ или имъ близкихъ людей. Но если судья, изслѣдуя всѣ
отношенія даннаго лица, найдетъ его показанія достовѣрными, то
на какомъ справедливомъ основаніи онъ долженъ будетъ относить-
ся къ нимъ иначе, и чѣмъ оправдать ограниченіе стороны, приво-
дящей доказательства, запрещеніемъ ссылки на показанія даннаго
лица?

По дѣйствующему праву отказываться отъ свидѣтельства
можетъ слѣдующій разрядъ лицъ:

Уст. гр. суд. ст. 83, 370 по ср. съ 371; Прав. о произв.
суд. д. ст. 56.

Всѣ тѣ лица, которыя при подачѣ показаній становятся въ
тяжелое положеніе борьбы чувства совѣсти и долга съ чувствомъ
родственной привязанности или личнаго своего интереса¹⁾. Поэто-
му имѣютъ право отказаться отъ свидѣтельства:

1) Родственники тяжущихся по прямой линіи, восходящей
и нисходящей, безъ вниманія къ степенямъ, а также родные (еди-
нокровные и одноутробные) братья и сестры. Это распростра-
няется и на незаконныхъ родственниковъ данныхъ степеней, ибо не-
законнорожденность не умаляетъ естественныхъ отношеній род-
ства²⁾. Но этотъ разрядъ лицъ не можетъ отказаться отъ свидѣ-
тельства, когда оно относится къ доказательствамъ правъ состо-
янія. Законодатель имѣетъ въ виду, что въ спорахъ о правахъ со-
стоянія часто рѣшительнымъ, а иногда и единственнымъ, доказа-
тельствомъ можетъ быть лишь свидѣтельство ближайшихъ род-
ственниковъ³⁾.

Уст. гр. суд. ст. 370 п. 1. Сравн. Code de proc. civ.
art. 268, 283; Civilproz. § 348.

1) Мотивъ къ ст. 370 Уст. гр. суд.

2) *Амичковъ*. Комментар. 2 стр. 25.

3) *Исаиченко*. Гражд. проц. II, 1 стр. 98, 99.

Супруги тяжущихся по Уставу гражд. суд. отнесены къ лицамъ, недопускаемымъ вовсе до свидѣтельства.

Уст. гр. суд. ст. 84 п. 4; 371 п. 4.

Но по правиламъ о произв. суд. д. супруги участвующихъ въ дѣлѣ лицъ имѣють лишь право отказываться отъ свидѣтельства.

Прав. о произв. суд. д. ст. 56 п. 1.

2) Лица, имѣющія выгоду отъ рѣшенія дѣла въ пользу той или другой стороны. „Вопросъ о томъ, зависить ли выгода свидѣтеля отъ рѣшенія дѣла въ пользу той или другой стороны, относится къ существу дѣла¹⁾“, и поэтому можетъ быть рѣшенъ только по частнымъ обстоятельствамъ дѣла.

3) Совершенно основательно предоставляется нѣкоторыми законодательствами право отказываться отъ свидѣтельства въ тѣхъ случаяхъ, когда показаніе свидѣтеля можетъ вести къ самообвиненію (*propria turpitude*) или вообще причинить ему какой либо вредъ²⁾. Государство не можетъ возлагать такой обязанности, выполнение которой ведетъ къ осужденію обязаннаго или его близкихъ, ко вреду ихъ, къ безчестію³⁾.

Независимо отъ достовѣрности свидѣтеля, какъ условія доказательной силы его показаній, свидѣтели вообще должны удовлетворять извѣстнымъ субъективнымъ требованіямъ. Такъ извѣстный разрядъ лицъ признается самимъ закономъ за неспособныхъ быть свидѣтелями (*testes inhabiles*) и поэтому устраняется отъ свидѣтельства самимъ судомъ (*ex officio*), безъ указанія или просьбы о томъ тяжущихся.

Законодатель выходитъ изъ того соображенія, прежде всего, что не каждое лице психически способно уметрѣть и понять то событіе, которое нужно удостовѣрить въ данномъ процессѣ, не

1) Касс. рѣш. 1869 № 1231; 1874 № 108; 1875 № 992; 1876 № 455; 1877 № 213; 1879 № 146; 1884 № 115.

2) *Schurter. Beweisr.* p. 239, 240.

3) *Laband. Staatsr.* Bd. III Abt. 2 p. 174.

каждое лицо способно также передать свои впечатлѣнія передъ судомъ. И та и другая способность не должна отсутствовать у свидѣтеля.

Поэтому отъ свидѣтельства устраняются въ силу самаго закона:

1) Признанные умалишенными и неспособные объясняться ни на словахъ, ни на письмѣ, а равно лица, кои въ слѣдствіе разстройства умственныхъ способностей состоятъ, по распоряженію власти, на испытаніи или въ пользованіи врача. По упоминанію свидѣльству устраняются лишь тѣ лица, за которыми будетъ официально удостовѣрено ¹⁾ такое душевное ихъ состояніе ²⁾.

Подъ лицами неспособными объясняться ни на словахъ, ни на письмѣ, должно понимать неграмотныхъ пѣмыхъ, глухонѣмыхъ, совершенно глухихъ, косноязычныхъ, отъ которыхъ невозможно добиться ясныхъ показаній ни въ какой формѣ.

Уст. гр. суд. ст. 84 п. 1; 371 п. 1 Ср. Уст. угол. суд. ст. 704 п. 1.—Прав. о произв. суд. д. ст. 54 п. 1.

2) „Тѣ, которые, по своимъ физическимъ или умственнымъ недостаткамъ, не могли имѣть познанія о доказываемомъ обстоятельстве“. Такимъ образомъ нельзя допрашивать глухого о томъ, что должно было быть слышано, слѣного о томъ, что должно было быть видѣно. Также нельзя допрашивать безграмотнаго, когда для воспріятія факта требуется грамотность, идиота, вполне умалишеннаго, если самъ судъ удостовѣрится въ такомъ состояніи свидѣтеля.

Уст. гр. суд. ст. 84 п. 2; 371 п. 2; Прав. о произв. суд. д. ст. 54 п. 5.

По этой же причинѣ не могутъ быть свидѣтелями дѣти **молже семи лѣтъ.**

1) Св. Зак. т. X ч. 1 ст. 365 и слѣд.

2) *Исаченко*. Гражд. проц. II, 1 стр. 102.

Уст. гр. суд. ст. 85, 372. — Въ Правилахъ о пр. с. д. объ этомъ ограниченіи ничего не сказано (см. ст. 58 п. 2). Въ иностранныхъ же законодательствахъ держатся того начала, что всѣ дѣти могутъ свидѣтельствовать о фактахъ, воспріятіе которыхъ доступно ихъ чувствамъ и мысленію (ср. напр. Code de proc. civ. art. 285). Правда, къ показаніямъ дѣтей должно относиться весьма осторожно, но судья всегда въ состояніи опредѣлить допросомъ степень умственной зрѣлости ребенка. Опасность при такомъ свидѣтельствѣ заключается, главнымъ образомъ, въ легкости подчинить малаго ребенка внушенію (*Schurter. Beweisr. p. 249*).

3) Извѣстная родственная близость къ тяжущимся дѣлаетъ невѣроятнымъ достовѣрное свидѣтельство лица на судѣ, поэтому самъ законъ устраняетъ такихъ свидѣтелей отъ показанія, а именно: дѣтей противъ¹⁾ родителей и, по Уставу, сунруговъ тяжущихся.

Уст. гр. суд. ст. 84 пп. 3, 4; 371 пп. 3, 4. Ср. Прав. о пр. суд. д. ст. 56 п. 1.

Это правило должно относиться какъ къ законнымъ, такъ и къ незаконнымъ дѣтямъ²⁾, но не распространяется на дѣтей усыновленныхъ, на пасынковъ и падчерицъ. — Что касается разведенныхъ сунруговъ, то разъ въ законѣ ограниченія этого не установлено, нѣтъ основанія распространять даннаго начала на лицъ уже другъ другу чужихъ³⁾.

4) Отъ свидѣтельства должны быть устраняемы лица, могущія выдать тайну, признаваемую закономъ священной для свидѣтеля, или вообще когда онъ обязуется къ молчанію. Такъ, устраняются отъ свидѣтельства духовные, въ отношеніи того, что имъ повѣрено на исповѣди, повѣренныя — въ отношеніи къ признанію,

1) См. *Исаченко. Гражд. Проц. II, 1 стр. 104—106.*

2) *Загоровскій. Очерки стр. 198.*

3) *Анненковъ. Комментар. 2 стр. 44. Ср. Исаченко. Гражд. Проц. II, 1 стр. 106.*

сдѣланному имъ довѣрителями, лица телеграфнаго управленія — касательно содержанія передаваемыхъ ими денешъ.

Уст. гр. суд. ст. 84 п. 5; 371 п. 5; Прав. о произв. суд. д. ст. 55 п. 1.—Учрежд. суд. установл. ст. 403; Прав. о произв. суд. д. ст. 55 п. 2.—Св. Зак. т. XII ч. 1. ст. 55.—Ср. Civilproz. § 341.

5) Наконецъ, извѣстный разрядъ лицъ въ силу нравственныхъ ихъ качествъ признаются закономъ, а именно Уставомъ, за недостовѣрныхъ свидѣтелей, какъ отлученные отъ церкви по приговору духовнаго суда, лишенные всѣхъ правъ состоянія и подвергшіеся такимъ наказаніямъ, съ коими сопряжено лишеніе права быть свидѣтелемъ.

Уст. гр. суд. ст. 84 п. 6; 371 п. 6; Улож. о наказ. ст. 43 п. 3. Но сравн. Прав. о произв. суд. д. ст. 58 п. 1.

Помимо неспособныхъ свидѣтелей въ судахъ могутъ выступать свидѣтелями такія лица, за показаніями которыхъ нельзя признать, общимъ началомъ, характеръ недостовѣрности, по которымъ не внушаютъ довѣрія тяжущимся въ данномъ дѣлѣ, представляются имъ подозрительными (т. наз. *testes suspecti*). Такихъ свидѣтелей законъ предоставляетъ тяжущемуся, противъ котораго они оказываются подозрительными, отводить, но въ то же время устраняетъ произвольное перечисленіемъ тѣхъ случаевъ, когда тяжущійся имѣетъ право на такой отводъ. Такъ могутъ быть отводимы:

3/3. 1) Родственники ссылающейся на нихъ стороны, въ прямой линіи—безъ ограниченія степеней, а въ боковой—первыхъ трехъ или даже четырехъ степеней, и свойственники первыхъ двухъ степеней, а въ судѣ земскихъ начальниковъ и городскихъ судей также и супруги.

Уст. гр. суд. ст. 86 п. 1; 373 п. 1; Прав. о произв. суд. д. ст. 60 п. 2.

2) Лица, состояція съ участвующимъ въ дѣлѣ, и на нихъ сославшимся, въ особенныхъ отношеніяхъ,—какъ-то по опекаѣ, по

усыновленію, по завѣдыванію дѣлами, въ качествѣ управителей, повѣренных¹⁾,—или же имѣющія тяжбу съ одной изъ сторонъ²⁾, и лица, выгоды которыхъ зависятъ отъ рѣшенія дѣла въ пользу той стороны, которая на нихъ сослалась³⁾.

Уст. гр. суд. ст. 86 ш. 2—5; 373 ш. 2—5; Прав. о произв. суд. д. ст. 60 ш. 3, 4. Ср. Прав. ст. 56 п. 2.

Изъ того, что отводимый свидѣтель долженъ состоять въ извѣстныхъ отношеніяхъ только къ тому тяжущемуся, который на него ссылается, слѣдуетъ, что нельзя отводить отъѣтчику свидѣтеля—его родственника, опекуна и т. д., если на него ссылается истецъ, и наоборотъ.

3) По Правиламъ о произв. суд. дѣлъ у земскихъ начальниковъ отъ свидѣтельства могутъ быть отводимы еще лишеныя всѣхъ правъ состоянія или всѣхъ особенныхъ правъ и преимуществъ, лично и по состоянію имъ присвоенныхъ⁴⁾, а также евреи по дѣламъ бывшихъ ихъ единовѣрцевъ, принявшихъ христіанскую вѣру, и раскольники по дѣламъ лицъ, обратившихся изъ раскола въ Православіе.

Прав. о произв. суд. д. ст. 60 ш. 1, 5. Ср. Уст. гр. суд. ст. 84 п. 6; 371 п. 6.—По Правиламъ всѣ упомянутые разряды лицъ устраняются по отводу отъ свидѣтельства только подъ присягою (ст. 60); какъ бы предполагается, что нельзя вѣрить лишь клятвѣ ихъ, а можно вѣрить на слово (сравн. Уст. уг. суд. ст. 707).

Свидѣтели присяжные и безприсяжные. — Общая досто-

¹⁾ Во имя отношеній особаго довѣрія.

²⁾ Враждебность чувствъ, вызываемыхъ тяжбой, дѣлаетъ показанія свидѣтеля весьма подозрительными.

³⁾ Напр., продавецъ, свидѣтельствующій въ процессѣ между покупателемъ и лицомъ, претендующимъ на право собственности проданной вещи. Ожидать безпристрастія отъ такого свидѣтеля трудно.

⁴⁾ См. Загоровскій. Очерки стр. 200.

вѣрность свидѣтельскихъ показаній обезпечивается тѣмъ¹⁾, что положительное право возводитъ нравственную обязанность говорить правду въ обязанность правовую, объявляя ложное показаніе за преступленіе, влекущее за собою наказаніе, а кромѣ того, связывая свидѣтеля присягой, передаетъ его, въ случаѣ клятвеннаго преступленія, и божескому возмездію²⁾. Въ случаѣ принесенія присяги у свидѣтеля, такимъ образомъ, два побужденія показывать правду—отвѣтъ предъ Богомъ³⁾ и предъ мірскимъ судомъ за клятвенное преступленіе⁴⁾.

Въ наукѣ уже давно раздаются голоса противъ присяги свидѣтелей. Самые сильные доводы противъ нея сводятся къ тому⁵⁾, что святость присяги сама по себѣ не даетъ честному человѣку большаго побужденія говорить правду и не останавливаетъ нечестнаго отъ клятвеннаго преступленія⁶⁾. Но вмѣстѣ съ тѣмъ присяга находится въ логическомъ противорѣчій съ правомъ свободной оцѣнки доказательствъ, въ томъ числѣ и свидѣтельскихъ показаній, самими судомъ⁷⁾. Поэтому было бы вполне достаточнымъ требовать правдивости отъ свидѣтелей лишь подъ угрозой наказанія за ложное показаніе, какъ за преступленіе противъ правосудія.

Въ настоящее время, однако, большинство законодательствъ признаетъ присягу свидѣтелей.

1) Общефилософскія гарантіи человѣческой правдивости см. у *Best. Engl. Beweisr.* §§ 10 sq.

2) О криминальномъ характерѣ ложнаго показанія см. *Liszt. Die falsche Aussage vor Gericht oder öffentlicher Behörde nach deutschem und oesterreichischem Recht 1877; Lauterburg. Die Eidesdelikte 1886.*

3) „Я долженъ буду дать отвѣтъ предъ Богомъ на страшномъ судѣ Его”—слова присяги.

4) „Я долженъ буду дать отвѣтъ предъ Закономъ”—слова присяги.

5) См. *Rieu. De la suppression du serment 1868; Lauterburg cit p. 178.*

6) *Pothier. Traité des obligations. Partie IV, chap. III, sect. 4, art. 3.*

7) *Schurter. Beweisr. p. 293.*

Code de proc. civ. art. 35, 262; Codice di proced. civile art. 242; Civilproz. § 356.

И по нашему законодательству общимъ началомъ свидѣтели допрашиваются подъ присягой, только въ мировомъ судѣ и въ судѣ земскаго начальника и городскаго судьи допросъ происходитъ безъ присяги, но съ напоминаніемъ свидѣтелю объ обязанности его показывать по чистой совѣсти все ему извѣстное и при этомъ (въ мировомъ судѣ) отбирается отъ него подписка въ томъ, что онъ все имъ показанное обязывается, въ случаѣ требованія ного либо изъ тяжущихся, подтвердить подъ присягою, или же (въ судѣ земскихъ начальниковъ и городскихъ судей) его только предупреждаютъ объ обязанности, въ случаѣ надобности, подтвердить все имъ показанное подъ присягою.

Уст. гр. суд. ст. 95; Прав. о произв. суд. д. ст. 57.

Отъ этой общей обязанности къ присягѣ свидѣтели могутъ быть *освобождены* по взаимному согласію тяжущихся.

Уст. гр. суд. ст. 95, 395.

При частной природѣ правъ, осуществляемыхъ въ гражданскомъ процессѣ, стороны могутъ представить суду доказательства въ томъ видѣ, какъ того пожелаютъ; на томъ же основаніи они имѣютъ право освобождать свидѣтелей отъ присяги, довѣряя правдивости ихъ показаній.

Затѣмъ, отъ присяги освобождаются во всякомъ случаѣ:

1) Священнослужители и монашествующіе всѣхъ христіанскихъ вѣроисповѣданій. Эти лица показываютъ правду по священству и иноческому общанію. По самому званію такихъ свидѣтелей, законъ устраняетъ предположеніе о возможности ложнаго показанія.

2) Лица, принадлежащія къ вѣроисповѣданіямъ и сектамъ, непріемлющимъ присяги, какъ напр. менониты, квакеры.

Уст. гр. суд. ст. 96, 396; Прав. о произв. суд. д. ст. 59. — Въ законѣ нѣтъ перечисленія всѣхъ ученій, не допускающихъ присяги. Въ т. X ч. 2 ст. 365 указаны только

нѣкоторыя изъ этихъ сектъ. Поэтому въ данномъ вопросѣ должно руководствоваться показаніемъ самихъ свидѣтелей. *Исаченко*. Гражд. пр. II в. 1 стр. 180, 181.

Другіе свидѣтели *не допускаются* до присяги, а именно:

1) *Малолѣтніе* отъ 7-ми до 14-ти лѣтъ.

Уст. гр. суд. ст. 85, 372; Прав. о произв. суд. д. ст. 58 п. 2; Уст. угол. суд. ст. 95 п. 2, 706 п. 2. — Codice di proc. civ. art. 236. Сравн. Code de proc. civ. art. 285. — Civilproz. § 358.

Мотивъ тотъ, что дѣти въ этомъ возрастѣ не могутъ имѣть должнаго понятія о святости и важности присяги.

2) По той же причинѣ не допускаются къ присягѣ и *слабоумные*.

Прав. о произв. суд. д. ст. 58 п. 3; Уст. угол. суд. ст. 95 п. 3; 706 п. 3.

3) Лица евангелическаго вѣроисповѣданія, пока они не *конфирмованы*.

Уст. гр. суд. ст. 85, 372; Прав. о произв. суд. д. ст. 58 п. 4; Уст. уг. суд. ст. 95 п. 4; 706 п. 4.

Эти лица, какъ неприобщенныя въ церкви, не считаются обладающими сознаниемъ святости присяги, а потому и не допускаются къ ней.

4) *Отлученные* отъ церкви по приговору духовнаго суда, когда они допускаются до свидѣтельства.

А именно по Прав. о пр. суд. д. ст. 58 п. 1; Уст. уг. суд. ст. 95 п. 1; 706 п. 1. Сравн. Уст. гр. суд. ст. 84 п. 6; ст. 371 п. 6.

Предѣлы доказательной силы свидѣтельскихъ показаній.—Свидѣтельскія показанія, какъ и всѣ другія доказательства, могутъ имѣть своимъ предметомъ лишь факты ~~существенные въ дѣлѣ~~. Если въ данномъ дѣлѣ существеннымъ будетъ тотъ фактъ, что свидѣтель слышалъ о чемъ либо, то нѣтъ основанія не допус-

катъ такого свидѣтельства, какъ показанія о лично воспринятомъ, напр. при доказываніи незапамятной давности ¹⁾).

Выходя изъ того взгляда, что свидѣтель показываетъ о фактахъ, имъ непосредственно воспринятыхъ, въ наукѣ иногда считали невозможнымъ допускать свидѣтельство о слышанномъ (*Zeugniss über Hörensagen*). *Schurter. Beweisr.* р. 251, 252.

Но съ другой стороны свидѣтельскія показанія, сами по себѣ, не могутъ всегда внушать полнаго довѣрія не только по причинѣ неувѣренности въ нравственной волѣ свидѣтеля, но даже просто по слабости человеческой памяти. Поэтому законодатель, вполне основательно, относится съ недоувѣріемъ къ рѣшеніямъ часто громадной имущественной стоимости или общественнаго значенія, если эти рѣшенія основаны на такихъ зыбкихъ данныхъ, какъ память людей и ихъ добросовѣтность. Въ силу этого въ исторіи судебныхныхъ доказательствъ замѣчается весьма частое стремленіе сужить сферу свидѣтельскихъ показаній и расширить доказываніе письменными актами. Отсюда получаются слѣдующія два положенія:

1) По вопросу всѣхъ тѣхъ гражданскихъ правоотношеній, по которымъ законъ требуетъ письменнаго укрѣпленія, свидѣтельскія показанія не могутъ быть принимаемы.

2) Противъ содержанія письменнаго акта, публичнаго или домашняго, устанавливающаго извѣстное право—отношеніе, свидѣтельскія показанія не могутъ быть принимаемы.

Оба эти положенія нашли выраженіе во французскомъ правѣ (за нимъ послѣдовало итальянское и другія западноевропейскія законодательства), по которому всѣ сдѣлки на сумму или цѣною свыше 150 франковъ (по итальянскому закону — 500 лиръ) должны быть облечены въ письменную форму, и въ силу этого не подлежатъ доказыванію свидѣтельскими показаніями, ровно какъ, по общему правилу, не принимаются послѣднія въ опроверженіе какого либо содержанія письменнаго акта ²⁾).

¹⁾ *Wetzell. System* § 23 I.

²⁾ См. объ этомъ правилѣ французскаго права *Mittermaier*

Code civil art. 1341.—Codice civ. ital. art. 1341.

По примѣру французскаго законодательства и у насъ отдано предпочтеніе, въ указанныхъ двухъ отношеніяхъ, письменнымъ доказательствамъ передъ свидѣтельскими показаніями¹⁾).

Такъ 1) „свидѣтельскія показанія могутъ быть признаваемы доказательствомъ тѣхъ только событій, для которыхъ, по закону, не требуется письменнаго удостовѣренія“.

Уст. гр. суд. ст. 409; Уст. суд. торг. ст. 284.

Этимъ положеніемъ законодатель стремился достигнуть по возможности болѣе правильнаго и твердаго удостовѣренія извѣстныхъ правовыхъ событій, которыя признаетъ за болѣе или менѣе важныя и по которымъ отказываетъ въ довѣрїи къ твердости людской памяти и къ нравственности свидѣтелей.

Тутъ письменныя доказательства имѣютъ значеніе предустановленныхъ доказательствъ.

Затѣмъ весь вопросъ о томъ, какія правоотношенія требуютъ письменнаго укрѣпленія, переносится на почву гражданскаго и торговаго права. Въ гражданскомъ и торговомъ правѣ указываются тѣ событія, для удостовѣренія которыхъ требуются письменныя доказательства. Въ числѣ ихъ масса договорныхъ соглашеній, какъ купля—продажа недвижимостей, отдача въ наемъ недвижимостей, подрядъ—поставка, поручительство по займамъ, отдача на храненіе, застрахованіе, товарищество на акціяхъ, наемъ корабля, бодмерея и др.; а затѣмъ—завѣщанія, дареніе, установленіе приданнаго, векселя и т. д. Но слѣдуетъ замѣтить, что въ X томѣ 1-й части св. зак. рядомъ съ яснымъ требованіемъ, для извѣстныхъ правоотношеній, письменнаго укрѣпленія и при ясномъ

въ Archiv. f. d. civ. Praxis Bd. 5 p. 17 sq.; Verhandl. d. fünften deutsch. Juristent. 1864 Bd. I p. 62, 166; Bd. II p. 19, 232.

¹⁾ *Обтинскій*. О значеніи свидѣтельскихъ показаній противъ письменныхъ доказательствъ (въ Судебн. Вѣстн. 1867, 27); *Фальковскій*. Ст. 409 Уст. гр. суд. (въ Юрид. Вѣстн. 1873); 409 ст. У. Гр. С. 1880.

указаніи значенія такого укрѣпленія для самой силы акта, въ другихъ случаяхъ нѣтъ ни достаточной полноты, ни точности; такимъ образомъ во многихъ случаяхъ остается сомнительнымъ требованіе письменнаго укрѣпленія или значеніе такого укрѣпленія ¹⁾).

Изъ правила, запрещающаго удостовѣрять свидѣтельскими показаніями событія, для которыхъ требуется письменное укрѣпленіе, самъ процессуальный законъ дѣлаетъ изъятія для слѣдующихъ случаевъ: 1) когда актъ объ отдачѣ имущества на сохраненіе не могъ быть составленъ по случаю пожара, наводненія, кораблекрушенія и другихъ бѣдствій; 2) когда актъ утраченъ вслѣдствіе какого либо внезапнаго бѣдствія, напр. пожара, наводненія и пр., но существованіе и содержаніе его можетъ быть доказано, кромѣ показанія свидѣтеля, и другими доказательствами; 3) когда право на недвижимое имѣніе основывается на спокойномъ, безспорномъ и непрерывномъ владѣніи или пользованіи въ теченіи установленнаго закономъ срока давности.

Уст. гр. суд. ст. 409 пп. 1—3. Ср. ст. 1817; 1818; Прав. произв. ст. 70; Уст. суд. торг. ст. 285. — Ср. Code civil art. 1348, 1950.

Но этими изъятіями не исчерпываются всѣ аналогичные случаи. Такъ на ряду съ поклажей по случаю пожара, наводненія, кораблекрушенія или иныхъ бѣдствій (такъ назыв. *depositum miserabile*) гражданскіе законы приводятъ другіе случаи словесной поклажи: 1) при отдачѣ воинскими чинами своихъ вещей, по случаю внезапнаго скорого отправленія въ походъ или откомандировку, на сохраненіе хозяевамъ, у коихъ они стояли на квартирахъ; 2) въ поклажахъ, производимыхъ по торговлѣ и вообще по купеческому обычаю лицами торговаго сословія, какъ у принадлежащихъ, такъ и у непринадлежащихъ къ сему сословію.

Т. X ч. I ст. 2112 пп. 2, 3. — По мѣстнымъ законамъ Ц. П. необходимою поклажею считаются также всѣ вещи внесенныя путешественникомъ въ гостинницу. Гражд. Кодексъ ст. 1348 п. 2; ст. 1952, 1953.

¹⁾ См. *Малышевъ*. Курсъ т. 1 стр. 297.

По другимъ законодательствамъ, какъ напр. германскому, нѣтъ запрещенія доказывать существованіе какого либо правоотношенія тѣмъ или другимъ способомъ, въ томъ числѣ и свидѣтелями.

Einführ. zur Civilpr. § 14 Ziff. 2.

2) Уже римляне выставляли положеніе, что противъ письменнаго свидѣтельства неписанное свидѣтельство не принимается¹⁾). Последнее считается тогда лишнимъ²⁾). Такого же начала всегда придерживалось и англійское право³⁾).

Въ нашемъ Уставѣ это начало выражено въ такой формѣ: „содержаніе письменныхъ документовъ, установленнымъ порядкомъ совершенныхъ или засвидѣствованныхъ, не можетъ быть опровергаемо показаніями свидѣтелей“ ...

Уст. гр. суд. ст. 106, 410, 1819.

Этимъ проводится то логическое начало, что коль скоро воля стороны облечена въ писанную форму, то содержаніе ея должно быть добываемо только путемъ толкованія смысла даннаго акта.

Т. X ч. I ст. 1538, 1539. — Ср. Code civil art. 1156 — 1164.

Естественно должно предполагать, что выраженіе воли состоялось согласно написанному и поэтому она опровергаема показаніями постороннихъ лицъ быть не можетъ.

Начало это распространено толкованіями сената на всѣ письменные акты, т. е. не только на документы установленнымъ порядкомъ совершенные и засвидѣствованные, но и на акты до-

¹⁾ Contra scriptum testimonium, non scriptum testimonium non fertur.—Testes, cum de fide tabularum nihil dicitur, adversus scripturam interrogari non possunt. — L. 1; L. 18 pr. C. de test. 4, 20.

²⁾ Superfluum est privatam testimonium, quum publica monumenta sufficiant.

³⁾ Taylor. On Evidence § 1035.

машніе¹⁾. Такимъ образомъ свидѣтельскія показанія не могутъ быть допускаемы взамѣнъ или въ дополненіе условій, выраженныхъ въ какомъ либо письменномъ документѣ.

Но засимъ показанія свидѣтелей должны быть допускаемы въ доказательство незаконности содержанія письменнаго акта (заемъ по игрѣ) или несоотвѣтствія этого содержанія дѣйствительности, какъ-то отсутствія основанія для соглашенія (заемъ безденежный, симуляція). Наконецъ, свидѣтельскими показаніями могутъ быть доказываемы всѣ тѣ обстоятельства, предшествовавшія и сопровождавшія совершеніе акта, наличность которыхъ дѣлаетъ всякое соглашеніе недѣйствительнымъ, какъ принужденіе, обманъ и заблужденіе.

Доказательная сила свидѣтельскихъ показаній. — Въ общемъ доказательная сила свидѣтельскихъ показаній основывается на довѣрїи къ заявленіямъ данныхъ лицъ, какъ лицъ постороннихъ, незаинтересованныхъ въ дѣлѣ; предполагается, что они говорятъ правду. Но вмѣстѣ съ тѣмъ оцѣнка свидѣтельскихъ показаній не только со стороны достовѣрности свидѣтелей, но и по содержанію имъ показаній, предоставляется, общимъ же началомъ, усмотрѣнію самого суда, хотя бы показанія эти были даны подъ присягой.

Уст. гражд. суд. ст. 102, 411: Сила свидѣтельскихъ показаній, смотря по достовѣрности свидѣтели, ясности, полнотѣ и вѣроятности его показанія, опредѣляется судомъ. Касс. рѣш. 1870 № 97.

Такимъ образомъ судья, несмотря на достовѣрность самаго свидѣтеля, откажется вѣрить показанію, котораго содержаніе оказывается физически невозможнымъ, дастъ показанію большую или меньшую вѣру, смотря по вѣроятности или невѣроятности его, въ случаяхъ же противорѣчія между показаніями нѣсколькихъ свидѣтелей, или самопротиворѣчія одного и того же свидѣтеля, отбро-

¹⁾ Касс. рѣш. 1872 № 455; 1877 № 186; 1878 № 65 и др. — См. *Анненковъ* 2 стр. 101 слѣд.

силь вовсе свидѣтельство или признаеть достовѣрнымъ то или другое, смотря по обстоятельствамъ, и т. д. ¹⁾).

Такая свобода суда въ оцѣнкѣ свидѣтельскихъ показаній не ограничивается, согласно современной теоріи и современнымъ законодательствамъ, какимъ либо указаніемъ на требуемое число свидѣтелей; судья можетъ придать вѣру показаніямъ, какъ многихъ, такъ и одному лишь свидѣтелю.

Въ прежнихъ законодательствахъ господствовало начало: *testis unus testis nullus* (см. L. 12 D. de test. 22, 5), откуда такія процессуальныя поговорки, какъ: *ein Zeuge ist kein Zeuge*; *voix d'un, voix de nul*; и т. д. — Въ литературѣ иногда и теперь возвращаются къ этому положенію. См. *Mattei. Osservazioni sul sistem probatorio etc.* (въ *Archivio giuridico* 21 p. 489).

Точно также не дѣлается никакого различія между присяжнымъ и неприсяжнымъ показаніями.

При прежней формальной теоріи доказательствъ не-присяжное показаніе лишено было всякой вѣры, сравнительно съ показаніемъ присяжнымъ. Св. зак. т. X ч. 2 ст. 408.

Дознаніе чрезъ окольныхъ людей ²⁾.

Подъ окольными людьми разумѣется особый разрядъ свидѣтелей, безъ поименной ссылки, изъ числа старожилъ дающей мѣстности. Показанія ихъ принимаются только въ определенныхъ закономъ случаяхъ, а именно: „при спорѣ о пространствѣ мѣстности или продолжительности поземельнаго владѣнія“, и притомъ только въ общихъ судахъ.

Уст. гр. суд. ст. 412. — Ни въ Мировомъ Уставѣ, ни

¹⁾ *Wetzell. System* § 23.

²⁾ *И. М. Повальный обыскъ и дознаніе черезъ окольныхъ людей по Суд. Уст.* (въ *Журн. Мин. Юстиц.* 1865, 2, 3); *Квиркелли. Окольное дознаніе въ области мировой юстиціи* (въ *Журн. гр. и уг. пр.* 1889, 3).

въ Правилахъ о произв. судъ дѣлъ не упоминается о дознаніи окольныхъ людей, хотя мировымъ судьямъ и земскимъ начальникамъ и городскимъ судьямъ подвѣдомственны такъ же дѣла о пространствѣ поземельнаго владѣнія, какъ-то ири искахъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія, о поврежденіи угодій. *Загоровскій*. Очерки стр. 216.

Дознаніе замѣнило собою такъ называемый довальный обыскъ, извѣстный по законамъ дореформеннымъ.

Св. зак. т. X ч. 2 ст. 407—419.

Дѣлился обыскъ на малый и большой, смотря по тому допрашивались ли жители только одного селенія или нѣсколькихъ.

По своей сущности дознаніе чрезъ окольныхъ людей ни чѣмъ не отличается отъ показанія свидѣтелей. Окольные люди—тѣ же свидѣтели призываемые къ показанію о фактахъ имъ непосредственно извѣстныхъ. Выдѣленіе дознанія въ особый способъ доказательства объясняется лишь особенностями порядка производства по дознанію въ отличіе отъ производства по показанію свидѣтелей¹⁾.

Окольными людьми могутъ быть лишь старожилы данной мѣстности, домохозяева или нѣтъ, а слѣдовательно никому образомъ не могутъ быть окольными людьми лица несовершеннолѣтнія, кромѣ случаевъ общей ссылки; тутъ въ окольные люди могли быть избраны и не мѣстные жители.

Уст. гр. суд. ст. 416, 420, 421, 425.

Затѣмъ, не могутъ быть окольными людьми, кромѣ тяжущихся, люди, находящіеся у нихъ въ услуженіи,—отъ простого свидѣтельствванія эти лица не могутъ быть устранены даже по отводу,—родственники тяжущихся, въ прямой линіи безъ ограниченія степеней, а въ боковой родственники первыхъ трехъ и свойственники первыхъ двухъ степеней,—отъ свидѣтельствванія же обыкновеннаго они устраниютъ или сами себя, или устраниются

¹⁾ *Анненковъ*. Ком. т. 2 стр. 137—141.

по отводу противной стороны, — находящиеся въ отлучкѣ и тѣ, коихъ по тяжкой болѣзни или по другимъ непреодолимымъ препятствіямъ невозможно призвать къ свидѣтельству.

Уст. гр. суд. ст. 417 ср. ст. 370 п. 1, ст. 273.

За всѣмъ тѣмъ стороны могутъ отводить окольныхъ людей по тѣмъ же основаніямъ, какъ и свидѣтелей, а кромѣ того каждая изъ сторонъ можетъ отвести до двухъ окольныхъ людей даже безъ объясненія причинъ подозрѣнія.

Уст. гр. суд. ст. 430, 431.

430
Окольные люди—свидѣтели присяжные. Они приводятся къ присягѣ по тѣмъ же правиламъ, какъ и свидѣтели.

Уст. гр. суд. ст. 436.

Числомъ ихъ не можетъ быть меньше шести человекъ. Только для общей ссылки число не опредѣлено.

Уст. гр. суд. ст. 422, 429, 432.

Хотя всякое свидѣтельство на судѣ должно разсматриваться какъ публичная обязанность всякаго призваннаго къ тому, по неявка окольнаго человека не облагается въ законѣ какими либо штрафами, какъ неявка обыкновеннаго свидѣтеля.

Уст. гр. суд. ст. 418.

Сила показаній окольныхъ людей опредѣляется самимъ судомъ.

Уст. гр. суд. ст. 437.

315-333
Свѣдующіе люди ¹⁾.

Подъ свѣдующими людьми, экспертами (les experts, Sach-

¹⁾ *Seeger*. Das Verfahren mit Sachverständigen in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten 1841; *Brackenhoefft*. Der Platz der Sach-

verständige) разумѣются такія постороннія дѣла лица, которыя предполагаются обладающими особыми свѣдѣніями для правильнаго сужденія объ извѣстномъ предметѣ и поэтому призываются для выраженія своего мнѣнія о томъ суду.

Свѣдующіе люди, какъ и свидѣтели, — лица постороннія дѣлу. Но въ отлічіе отъ свидѣтелей эксперты не предполагаются воспринявшими непосредственно данный фактъ. Поэтому они не показываютъ, а даютъ заключеніе.

Въ коммерческихъ судахъ, исключая варшавскаго, говорится объ „осмотрѣ, свидѣтельствѣ и оцѣнкѣ со стороны свѣдующихъ людей“ и о „донесеніи ихъ, представляемомъ суду“. Уст. суд. торг. ст. 336—351.

Ихъ назначеніе — давать оцѣнку предъявленнымъ имъ предметамъ, на основаніи особыхъ ученыхъ, техническихъ или хозяйственныхъ свѣдѣній, т. е. свѣдѣній въ наукѣ, искусствѣ, ремеслѣ, промыслѣ или въ какомъ либо занятіи по службѣ или части.

Уст. гр. суд. ст. 122, 515; Уст. уголовн. суд. ст. 326.

Свидѣтель показываетъ о событіяхъ имъ воспринятыхъ въ прошедшемъ, передавая суду свои о томъ впечатлѣнія; свѣдующій же человекъ ислѣдуетъ предметъ въ настоящемъ, неимѣя никакого отношенія къ событію, и затѣмъ дѣлаетъ выводы и умозаключенія. Отсюда, свидѣтелемъ можетъ быть всякій здравомыслящій человекъ, способный воспринять фактъ своими чувствами и передать свои впечатлѣнія суду, тогда какъ отъ эксперта, кромя здраваго смысла, требуются еще особыя познанія.

Иногда свѣдущее лицо можетъ показывать, какъ свидѣтель, о прошедшемъ обстоятельстве, которое, по особенымъ своимъ качествамъ, могло быть воспринято только

verständigen im Civilproc. (въ Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. 1855, 32); *Strippelmann*. Die Sachverständigen 1859.—*Pigeon*. Traité et formulaire des expertises en matière civile et en matière d'enregistrement 1886; *Dejean*. Traité théorique et pratique des expertises 2 éd. 1889).

свѣдующимъ лицомъ. Напр. событія, предшествовавшія смерти завѣщателя, могъ видѣть врачъ, бывшій у постели больного, и потомъ давать о нихъ показаніе на судѣ. Въ подобныхъ случаяхъ свѣдующее лице является, въ процессѣ, простымъ свидѣтелемъ и создавать особый разрядъ свѣдующихъ свидѣтелей (*sachverständige Zeugen*. См. напр. *Hellmann. Civilproz.* p. 559 sq.) совершенно излишне.

Свидѣтели, какъ лица непосредственно воспринявшія данный фактъ, указаны этимъ самымъ обстоятельствомъ; выбрать ихъ по произволу или замѣнить ихъ другими нельзя. Свѣдующіе же люди избираются или самими сторонами, по взаимному согласію, а если такого согласія нѣтъ, то судомъ, и могутъ быть замѣнены другими лицами.

Уст. гр. суд. ст. 123, 518; Уст. суд. торг. ст. 336, 337.—*Civilproz.* § 369.

Свѣдующимъ лицомъ могъ быть, по общему началу, всякій способный отправлять данную обязанность, т. е. всякій обладающій соответствующими специальными свѣдѣніями. Такимъ образомъ свѣдующими людьми, между прочимъ, могли быть иностранцы и женщины. По крайней мѣрѣ Уставъ гражд. суд. ничего не говоритъ объ ограниченіи этихъ лицъ въ отправленіи экспертизы, а съ другой стороны нерѣдко можетъ представиться настоятельная необходимость прибѣгнуть къ экспертизѣ какъ иностранца (напр. въ заграничныхъ морскихъ дѣлахъ: при оцѣнкѣ ушерба отъ столкновенія судовъ, выброшеннаго за бортъ товара), такъ и женщины (напр. при врачебномъ изслѣдованіи женщины-врача, при оцѣнкѣ ремесленницы и т. д.).

По французскому праву ни иностранцы, ни женщины свѣдующими людьми быть не могутъ, противъ чего основательно возстаютъ наука. См. *Bonnier. Des preuves* p. 94—96.

Въ свѣдующимъ людямъ въ гражданскихъ дѣлахъ, по общему началу, присяга не примѣняется, въ чемъ они также отличаются отъ свидѣтелей.

По Уставу угол. суд. ст. 694 свѣдующіе люди приво-

дятся къ присягѣ тѣмъ же порядкомъ, какъ и свидѣтели. Молчаніе же объ этомъ Устава гражд. суд. должно быть истолковано въ смыслѣ освобожденія свѣдующихъ людей отъ присяги въ дѣлахъ гражданскихъ (Касс. рѣш. 1873 № 993). По Уставу суд. торг. ст. 348 свѣдующіе люди должны, по требованію суда, утвердить свое донесеніе присягою. — По другимъ современнымъ законодательствамъ свѣдующіе люди приносятъ общательную присягу въ томъ, что дадутъ заключеніе безпристрастно, по совѣсти и на основаніи точныхъ свѣдѣній. Такъ, напр., см. Code de proc. civ. art 207, 305; Codice di proc. civ. art. 259; Civilproz. § 375.

Свѣдующіе люди могли быть избираемы по взаимному согласію тяжущихся или по усмотрѣнію суда. Въ обоихъ случаяхъ дѣятельность свѣдующихъ людей разсматривается, какъ и свидѣтельствованіе, исполненіемъ общественной обязанности (*onus publicum*) способствовать отправленію судомъ правосудія. Поэтому всякое лице, обладающее требуемыми специальными свѣдѣніями, обязано къ явкѣ въ судъ и къ подачѣ заключенія по предложенному ему судомъ вопросу. Не выполненіе этой обязанности влечетъ за собою ~~взысканіе~~. Отказаться отъ экспертизы возможно по тѣмъ же причинамъ, по которымъ призываемые освобождаются отъ свидѣтельства.

Уст. гр. суд. ст. 124 примѣч., ст. 520; Прав. о произв. суд. д. ст. 78; Уст. суд. торг. ст. 345. -- Сравни. Civilproz. §§ 372—374.

Затѣмъ, свѣдующіе люди, избранные по взаимному согласію тяжущихся, не могли быть отводимы вовсе; назначенные же судомъ могли быть отводимы, въ опредѣленные сроки, по тѣмъ же причинамъ, по какимъ могли быть отводимы свидѣтели.

Уст. гр. суд. ст. 123, 521—523; Прав. о произв. суд. д. ст. 78, 60, 101 п. 3.—Code de proc. civil. art. 308. — По итальянскому закону мотивы отвода свѣдующихъ людей должны быть тѣже, что и для отвода судей. Codice di procedura civ. art. 254.

При назначеніи экспертовъ судомъ нельзя лишать тяжущихся права устранять ихъ по подозрѣнію въ пристрастіи, причины ко-

торой могутъ быть суду и неизвѣстны. Основанія такого права тѣже, что и при отводѣ свидѣтелей. Поэтому каждой сторонѣ открыта возможность отводить свѣдующее лицо, состоящее съ) противной стороною въ извѣстныхъ отношеніяхъ ¹⁾.

Полагаютъ, что и самъ судъ можетъ устранять экспертовъ имъ же избранныхъ, когда обнаружится, что избранныя имъ лица неспособны дать желаемого заключенія (*Исаченко*. Гражд. проц. т. II в. 3 стр. 782—784). Но какъ ни естественно это право устраненія, оно тѣмъ не менѣе закономъ не предусмотрено. См. размѣненіе и редакцію ст. 521 523 Уст. гр. суд.

Не разрѣшенъ въ Уставѣ гр. суд. также вопросъ о правѣ сторонъ отводить эксперта по неимѣнію у него надлежащихъ свѣдѣній. Сравни *Анненковъ*. Комментарій II стр. 378 и *Исаченко*. Гражд. проц. т. II в. 3 стр. 786—788.

Причины эти могли быть извѣстны при самомъ назначеніи свѣдующихъ людей или могли возникнуть или быть узнаны заинтересованною въ отводѣ стороною впоследствии. Согласно съ этимъ законъ полагаетъ срокомъ для отвода три дня со времени объявленія тяжущимся распоряженія суда о назначеніи свѣдующихъ людей; во второмъ случаѣ отводы могли быть предъявлены до начала изслѣдованія.

Уст. гр. суд. ст. 522.

При назначеніи свѣдующихъ людей по взаимному согласію тяжущихся отвода не допускаются. Таково рѣшительное выраженіе закона, имѣвшаго въ виду лишь одно устраненіе спора по вопросу, рѣшенному добровольно соглашеніемъ заинтересованныхъ лицъ. Но совершенно основательно указывается въ литературѣ ²⁾ на то обстоятельство, что иногда настоятельно необходимо предоставить право отвода и при данныхъ условіяхъ. Такъ, причины для устраненія эксперта могли возникнуть уже послѣ ихъ избранія

¹⁾ Уст. гражд. суд. ст. 373.

²⁾ *Анненковъ*. Комментар. II стр. 374; *Исаченко*. Гражд. проц. 2, 3 стр. 793.

тяжущимися, какъ напр. послѣдующимъ его вступленіемъ въ бракъ съ дочерью противника, послѣдующимъ его съумасшествіемъ и т. д.; неужели и въ подобныхъ случаяхъ соглашеніе должно сохранять свою обязательную силу какъ для сторонъ, такъ и для суда?

Доказательная сила заключенія свѣдующихъ людей.—

По нашему закону заключеніе свѣдующихъ людей необязательно для суда, насколько онъ находитъ его несогласнымъ съ достоверными обстоятельствами дѣла.

} 533

Уст. гр. суд. ст. 533.

188

Вещественныя доказательства ¹⁾.

Подъ вещественными доказательствами разумѣются такія вещи, которыя способны свидѣтельствовать передъ судомъ о прошедшемъ событіи, имѣющемъ въ дѣлѣ существенное значеніе ²⁾.

110-7

Къ вещественнымъ доказательствамъ относятся прежде всего всякія письменныя доказательства ³⁾, или иначе — писанные документы, т. е. такія доказательныя средства, которыя представляютъ собою письменно выраженную мысль объ извѣстныхъ юридическихъ отношеніяхъ, письменную отмѣтку объ нихъ съ преднамѣренною цѣлью ихъ передачи. При этомъ для начертанія могли быть употреблены всевозможные предметы: пергаментъ, бумага, камень, дерево, металлы и т. д. Письменная документальная отмѣтка можетъ быть сдѣлана даже на одушевленномъ предметѣ, какъ напр. тавро собственника на животномъ. Безразличенъ и способъ нанесенія письма: рукописаніе, печать, литографія, вырѣзка (на гербахъ, печатяхъ) и т. д.

Во всѣхъ случаяхъ письменной отмѣтки о событіи, имѣю-

¹⁾ *Becquart. De la preuve écrite 1865; Coste. De la preuve littérale en matière civile 1871; Coppin. De la preuve littérale 1884.—Strippelmann. Beweis durch Schriftsurkunden 1860, 61; Bähr. Der Urkundenbeweis (въ Jahrb. f. Dogm. 1874, 14); Bresslau. Handbuch d. Urkundenlehre 1889 Bd. 1.*

²⁾ Ср. другія опредѣленія у *Schurter. Beweisr. p. 153—155.*

³⁾ *Les preuves littérales.*

щемъ значеніе въ дѣлѣ, такая отмѣтка можетъ имѣть силу доказательства, будь то не только кусокъ бумаги или пергамента, но, напр., надгробный памятникъ, свидѣтельствующій судѣ о времени рожденія и смерти и т. п.

Но, затѣмъ, доказательную силу могутъ имѣть, помимо письменныхъ документовъ, и всякія другія вещи, предназначенныя отмѣчать собою и безъ соответствующихъ письменныхъ начертаній извѣстныя юридическія событія, какъ напр. пограничные знаки. Отсюда изъ ученія о письменныхъ доказательствахъ, или *documenta* въ тѣсномъ смыслѣ слова, выдѣляютъ неписанныя доказательства, такъ называемыя *monumenta*.

Monumenta—отъ слова *monere*.

Наконецъ, существенное въ дѣлѣ обстоятельство можетъ быть отмѣчено какъ обыкновенными письменными знаками, такъ и символически¹⁾. Сюда относятся такъ называемыя.

Бирки (*ramus incisus, talea, tailles, tacche o taglie, Kerblölzer*) суть два куска дерева равной длины и толщины, которые стороны, заключающія между собою особенно договоръ о поставкахъ, употребляютъ для обозначенія количества поставленныхъ и полученныхъ предметовъ. Обозначеніе совершается тѣмъ, что на каждомъ изъ кусковъ дѣлаются каждой стороной соответственные нарѣзы, обозначающіе, по напередъ условленнымъ даннымъ, количество поставокъ, сдѣланныхъ однимъ лицомъ и полученныхъ другимъ. Нарѣзы на обѣихъ биркахъ взаимно контролируются и служатъ такимъ образомъ доказательствомъ²⁾ для обѣихъ контрагентовъ на счетъ исполненія однимъ изъ нихъ взятаго имъ на себя обязательства поставки³⁾.

Какъ символическое указаніе для предположенія дѣйствительности даннаго факта, бирки должны быть оцѣниваемы въ этомъ

¹⁾ О знакахъ съ юридическимъ значеніемъ, употребляемыхъ русскимъ народомъ см. *II. Ефименко*. Юридическіе знаки (въ Журн. мин. нар. просвѣщ. 1874 № 10—12).

²⁾ Сравни. *Renaud. Lehrbuch* § 107 iu f.

³⁾ *Code civil art. 1333; Codice civ. ital. art. 1332.*

смыслъ самымъ строгимъ образомъ, при полномъ лишь совпаденіи знаковъ на обѣихъ половинкахъ и только до даннаго совпаденія. Поэтому, если сторона заявляетъ о потерѣ своей половины, то можетъ оспаривать нарѣзы на половинѣ противника. Если же вовсе оспаривается полученіе бирки, удостоверяющей поставку, то бирка, находящаяся у поставщика, не можетъ имѣть никакой доказательной силы ¹⁾).

Но сравн. Уст. суд. торг ст. 276.

Въ жизни нашего крестьянскаго населенія бирки въ большомъ употребленіи ²⁾. Бирки (рубежи и т. д.) употребляются тамъ при заключеніи самыхъ разнообразныхъ сдѣлокъ (займа, найма и т. д.) или просто для счета. Но въ уставѣ гражд. суд. о нихъ не говорится ничего.

Извѣстны и другія символическія доказательства, какъ напр. уже у Римлянъ такъ назыв. *testerae* (особенно *testerae frumentariae*)—марки на полученіе. Во Франціи—*méreaux*. *Bonnier*. De greuv. 623, 624.

Какъ документы, такъ и памятники могутъ быть не только средствами доказательства спорныхъ обстоятельствъ дѣла, но и служить сами предметомъ доказательства, предметомъ обозрѣнія ³⁾, а именно когда они не повѣтствуютъ о прошедшихъ обстоятельствахъ, самі спорный фактъ. Напр. если въ процессѣ поднять вопросъ о вексельномъ характерѣ обязательства, то спорный вексельный документъ будетъ не доказательнымъ средствомъ, а предметомъ доказательства, точно такъ какъ въ спорахъ о границахъ можетъ имѣть подобное же значеніе пограничный камень.

Письменные доказательства. — Письменными доказательствами могутъ служить, прежде всего, такъ называемые акты, т. е. такіе письменные документы, которые свидѣтельствуютъ о су-

¹⁾ *Bonnier*. D. р. р. 621—623.

²⁾ *Пашманъ*. Обычное гражданское право въ Россіи 1 т. стр. 63, 64.

³⁾ *Augenscheinsobjekt*.

ществованіи извѣтнаго права. Поэтому ни одинъ письменный актъ, представленный суду, не можетъ быть имъ отвергнутъ безъ разсмотрѣнія.

Уст. гражд. суд. ст. 456.

Затѣмъ письменнымъ же доказательствомъ будетъ и всякая иная бумага, представленная тяжущимся въ подтвержденіе или опроверженіе спорнаго факта.

Уст. гражд. суд. ст. 105, 438; Прав. о произв. суд. д. ст. 69.

Такимъ образомъ письменными доказательствами будутъ, напр., частныя письма, всякія удостовѣренія постороннихъ или должностныхъ лицъ о дѣйствіяхъ тяжущихся или объ обстоятельствахъ, и т. д. ¹⁾.

Касс. рѣш. 1878 № 192; 1879 № 68; 1879 № 126.— Въ литературѣ существуетъ взглядъ (см. напр. *Анненковъ*. Комментар. 2 стр. 234), что къ числу письменныхъ доказательствъ должны быть относимы только бумаги, могущія имѣть значеніе актовъ. Но едва ли судъ въ правѣ отказать въ принятіи къ своему разсмотрѣнію и всякія другія бумаги, представляемыя тяжущимся въ доказательство того или другаго факта (*Исаченко*. Гражд. проц. II, 2 стр. 390—394). Суду остается право только опредѣлить доказательную силу предъявленной бумаги (Касс. рѣш. 1880 № 70).

Въ частности о телеграммахъ, какъ письменныхъ доказательствъ, см. Объясн. Гоеуд. Канц. къ ст. 438 ч. 1 стр. 233—235 (изд. 2) и Касс. рѣш. 1887 № 83; 1886 № 20 о. с.

Виды актовъ.—1) Важнѣйшее дѣленіе актовъ—на акты публичныя и частныя ²⁾, дѣленіе, основывающееся на различіи тѣхъ лицъ, отъ которыхъ акты исходятъ, и формъ ихъ совершенія ³⁾. Подъ публичными или официальными актами (*instrumenta*

¹⁾ *Planck*. Lehrb. Bd. 2 Abt. 1 p. 215, 216.

²⁾ См. уже у Римлянъ L. 21 C. 9, 22. — *Wetzell*. System § 24 п. 43.

³⁾ Въ римскомъ правѣ акты различались по способу ихъ

ta publica, actes (titres) authentiques, atto publico, öffentliche Urkunden) разумѣются акты, явленные официальнымъ органамъ, специально назначеннымъ для совершения, въ законахъ предписанной формѣ, письменныхъ актовъ (нотариусы), въ видахъ укрѣпленія правъ (т. наз. нотариальные акты), или другимъ публичнымъ органамъ, хотя и не предназначеннымъ для того, но въ кругъ должностныхъ обязанностей которыхъ входитъ и данная дѣятельность (мировые судьи, земскіе начальники и т. д., консулы заграницей).

Уст. гражд. суд. ст. 465³ Полож. о нотариальной части.
—Сравн. Code civil. art. 1317; Code civ. ital. 1315; Civilproz. § 380.

Затѣмъ къ публичнымъ актамъ относятся вообще акты присутственныхъ мѣстъ.

Публичнымъ актъ будетъ признанъ при тѣхъ условіяхъ, когда изъ самого акта ясно будетъ намѣреніе придать ему это значеніе, когда онъ совершенъ въ границахъ компетенціи даннаго официального лица, и когда соблюдена предписанная закономъ для этой дѣятельности форма ¹⁾).

Частными актами (instrumenta privata, actes sous seing privé, scrittura privata, Privaturkunden) называются всѣ тѣ акты, которые совершаются частными лицами безъ посредства должностныхъ лицъ, причемъ безразлично содержаніе, ихъ цѣль, форма. Частные акты получаютъ официальный характеръ коль скоро они скрѣплены публичными должностными лицами (такъ назыв. явочные акты). Частные акты, только скрѣпленные подписью и печатями свидѣтелей (instrumenta quasi publica) характера официального акта не имѣютъ, хотя за ними иногда признается особенное значеніе (напр. завѣщаніе).

²⁾ По содержанію своему акты распадаются на слѣдующіе виды:

совершенія; отсюда—*instrumenta publice* и *privatim confecta* и среднее *instrumenta quasi publice confecta*. L. 11 C. 8, 17.

¹⁾ Уст. гражд. суд. ст. 1525.

а) Акты распорядительные, т. е. акты, заключающіе въ себѣ существенное, для разрѣшенія спора сторонъ, распоряженіе воли. Таковы будутъ акты съ волеизъявленіемъ, направленнымъ на измѣненіе въ сферѣ данныхъ правъ, какъ то на установленіе, перемѣну или уничтоженіе правоотношенія. Сюда относятся: договоры, завѣщанія, передаточныя надписи, а также письменный актъ, въ которомъ будетъ заключаться оскорбленіе чести.

б) Акты признанія (въѣ судебного) и подтверждающія ¹⁾. Таковы будутъ всѣ акты, коими утверждаются (ratificatio) какія либо правоотношенія, напр., обязательства, т. е. акты, которыми совершающій ихъ подтверждаетъ противъ себя юридическіе факты. Таковы будутъ долговья, сохранныя росписки и т. п.

Гражд. Кодексъ ст. 1337—1340; Уст. гражд. суд. ст. 473—475.

Здѣсь документъ не представляетъ собою собственно форму распоряженія, но главнымъ образомъ форму доказательнаго средства.

в) Акты, свидѣтельствующіе объ извѣстномъ юридическомъ фактѣ. Сюда, между прочимъ, относятся письма, телеграммы и т. п., какъ свидѣтельствующія о существованіи даннаго юридическаго факта, и вообще всѣ показанія на письмѣ постороннихъ лицъ, будь то частныя лица, или официальные лица, воспринявшія въ документѣ данный фактъ по должности ²⁾.

Впрочемъ все это дѣленіе письменныхъ актовъ, по ихъ содержанию, имѣетъ болѣе теоретическое, чѣмъ практическое, значеніе ³⁾.

3) Различіе подлинника (оригинала) и списка (копіи). Подъ подлинникомъ или оригиналомъ, или первоначальнымъ письмомъ (*scriptura authentica*) ⁴⁾ разумѣется тотъ письменный актъ, который составленъ съ цѣлью служить данной передачею отношенія.

¹⁾ Les actes récongnitifs et confirmatifs.

²⁾ *Малышевъ.* Курсъ 1 стр. 318.

³⁾ *Schurter.* Beweisr. p. 171.

⁴⁾ Urschrift.

Если актовъ нѣсколько, вполнѣ или отчасти тождественныхъ, въ одно и тоже или въ разное время составленныхъ, то имѣются столько же передачъ, а не оригиналовъ, одного и того же акта ¹⁾. Списокъ или копія (copie, exemplum) есть такой писанный актъ, который составленъ по оригиналу съ цѣлью болѣе или менѣе полной передачи его содержанія. Копія можетъ быть или актомъ, составленнымъ по оригиналу и выданнымъ официальнымъ лицомъ, или только засвидѣтельствованнымъ этимъ лицомъ со стороны согласія съ оригиналомъ, или простымъ спискомъ. Копіей же должно считать письменную передачу содержанія оригинала на другомъ языкѣ.

4) Изготовленный и выполненный письменный актъ отличается отъ проекта (концепта) тѣмъ, что подъ послѣднимъ разумѣется актъ, составленный съ цѣлью позднѣйшаго составленія оригинала. Проектъ можетъ и не получить выраженія въ оригиналѣ или потерпѣть болѣе или менѣе большія измѣненія. Распознается проектъ отъ оригинала или прямымъ обозначеніемъ его таковымъ, или отсутствіемъ одного изъ необходимыхъ формальныхъ признаковъ оригинала—печати, подписи. Хотя эти формы и не всегда необходимы для значенія акта въ смыслѣ оригинала ²⁾. Подпись на актѣ можетъ выражаться или въ полномъ обозначеніи имени и фамиліи, или одного имени, или фирмы купеческой, или же во всякомъ другомъ знакѣ, изъ котораго можно заключить къ лицу, выдавшему актъ (кресты и т. п.).

Доказательная сила письменныхъ документовъ. — Вообще письменныя доказательства представляютъ самое лучшее и прочное свидѣтельство объ юридическомъ фактѣ ³⁾. Но затѣмъ по степени доказательной силы не всѣ акты одинаковы. Такъ,

Публичные акты имѣютъ большое преимущество въ доказательной силѣ передъ частными актами. Актъ, совершенный нотариусомъ, пользуется силой полного доказательства касательно ис-

¹⁾ *Planck. Lehrbuch Bd. 2 Abth. 1 p. 217.*

²⁾ *См. Уст. гр. суд. ст. 472 ...ведены или подписаны.*

³⁾ *Отсюда издавна поговорки: Verba volant, scripta manent. Vox audita perit, littera scripta manet.*

твности его содержанія. Противъ него можно предъявить только тройкій споръ: 1) что онъ по существу сдѣлки, противенъ законамъ, 2) что онъ подложенъ и 3) что онъ потерялъ свою силу.

Уст. гражд. суд. ст. 457, 543.—Code civil. art. 1319.—
Такое довѣріе къ публичнымъ актамъ вырабатывалось постепенно и даже въ настоящее время не всѣ законодательства согласны въ этомъ. Въ римскомъ классическомъ правѣ оцѣнка публичныхъ актовъ въ ихъ доказательной силѣ представлялась судѣ. Тоже и въ современной Англии. Но уже въ позднѣйшихъ императорскихъ временахъ Рима постепенно вырабатывались различныя преимущества публичныхъ актовъ предъ частными, доведенныя мало по малу чрезъ средніе вѣка до изложеннаго начала. На развитіе послѣдняго могло вліять стремленіе частныхъ лицъ къ созданію для каждаго правового отношенія прочнаго доказательства на случай процесса (*Schurter. Beweistr.* p. 165, 166).

При этомъ безразлично, совершенъ ли публичный актъ въ туземныхъ учрежденіяхъ или за границей, насколько признается дѣйствительность заграничныхъ актовъ, совершенныхъ согласно законамъ даннаго государства.

Уст. гр. суд. ст. 464, 707.—Ср. Civilproz. § 403.

Несомнѣнность формальнаго акта касается лишь дѣйствительности заключенной сдѣлки, но не соответствія дѣйствительности съ ея содержаніемъ. Поэтому нельзя по формальному акту отвергать, напр., того, что заемная сдѣлка дѣйствительно заключена, но можно доказывать ея безденежность.

Передъ актами домашними акты, совершенные или явленные установленнымъ порядкомъ, имѣютъ преимущество лишь въ тѣхъ случаяхъ, когда и тѣ и другіе относятся къ одному и тому же юридическому дѣйствию, или къ одной и той же сдѣлкѣ.

Рядомъ съ формальными актами домашніе акты могутъ быть принимаемы въ уваженіе лишь въ той мѣрѣ, въ какой они положительно не противорѣчатъ первымъ или служатъ къ ихъ дополненію ¹⁾,

¹⁾ *Змирловъ*. Къ вопросу объ отношеніи домашнихъ актовъ

Уст. гр. суд. ст. 459.—Касс. рѣш. 1874 № 124.—Напримѣръ: домашняя задаточная росписка о продажѣ недвижимаго имѣнія за опредѣленную сумму не можетъ служить доказательствомъ при объясненіи, что меньшая сумма обозначена въ купчей ради сокращенія крѣпостныхъ пошлинъ. Наоборотъ запродажа урожая по домашнему акту имѣетъ полную силу противъ позднѣйшей продажи того же урожая другому лицу по формальному акту.—Съ другой стороны домашніе акты, только развивающіе отношенія по формальнымъ актамъ, должны также имѣть силу, какъ напр.: домашнее соглашеніе съ кредиторомъ объ отсрочкѣ платежа по формальному акту; переуступка по домашнему акту собственности на движимую вещь, перешедшую къ переуступающему по формальному акту. См. *Исаенко*. Гражд. Проц. II, 2 стр. 507—511.

Домашній актъ, признанный тѣмъ, противъ кого онъ представленъ, или судомъ, за подлинный имѣетъ равную силу съ актами формальными, хотя и не становится формальнымъ.

Уст. гр. суд. ст. 458.—Срав. *Civilproz.* §§ 380, 381.

Преимущество въ доказательной силѣ публичнаго акта предъ домашнимъ сказывается въ частности въ томъ, что обозначенный день совершенія перваго почитается достовернымъ, тогда какъ день, выставленный на домашнихъ актахъ, достоверенъ только для участвовавшихъ въ актѣ и ихъ преемниковъ, но прочія лица, до чьихъ интересовъ касается актъ, могутъ оспаривать достоверность выставленнаго на немъ числа.

Уст. гр. суд. ст. 476, 477. Сравн. Гражд. Код. ст. 1328.

Доказательная сила копій опредѣляется такимъ началомъ. Копіи, какъ формальныхъ, такъ и домашнихъ актовъ, имѣютъ одинаковую доказательную силу съ ихъ подлинниками, если они будутъ засвидѣтельствованы официальнымъ путемъ или лицомъ

къ явочнымъ и нотаріальнымъ (въ *Юридич. Вѣстн.* 1886 № 4 стр. 744—757).

выдавшимъ актъ („къмъ слѣдуетъ“). Но и засвидѣтельствованная копія не имѣетъ вовсе доказательной силы коль скоро сторона требуетъ предъявленія документа въ подлинникѣ или таковое представленіе требуется самимъ закономъ. Если же не требуется ни стороною, ни закономъ предъявленія подлинника, или подлинникъ истребленъ или полученіе его невозможно, то засвидѣтельствованная копія можетъ быть обезсилена лишь заявленіемъ сомнѣнія въ ея точности, сомнѣнія, конечно, повѣреннаго судомъ.

Уст. гр. суд. ст. 441, 463; Полож. о нотар. части ст. 121.—Ср. Code civil. art. 1334—1336.

Наконецъ, всякой доказательной силы лишень проектъ, какъ актъ неподучившій своего предполагаемаго выраженія. Онъ свидѣтельствуеетъ только о бывшемъ намѣреніи составить дѣйствительный актъ, напр. велись переговоры, которые записаны, но соглашеніе не состоялось.

X

Условія доказательной силы письменныхъ актовъ. — Первымъ условіемъ доказательной силы всякаго письменнаго акта будетъ его подлинность. Подлинность составляетъ формальную доказательную силу акта ¹⁾. Подъ подлинностью акта разумѣется такая его достовѣрность, когда актъ признается, въ томъ видѣ, въ какомъ предъявленъ, происходящемъ именно отъ того лица, которому онъ приписывается доказывающей стороною. Для этого понятія безразлично, будетъ ли лице, отъ котораго исходитъ актъ, названо въ немъ или нѣтъ, будетъ ли оно участвовать собственноручно въ составленіи его, или поручить частью, или вполне (напр. при безграмотности), составленіе его другимъ лицамъ.

Подлинность акта можетъ быть опровергаема двоякого рода заявленіями: заявленіемъ сомнѣнія въ подлинности и объявленіемъ спора о подлогѣ ²⁾. Касаться подобныя заявленія могутъ или всего акта, или только части его.

¹⁾ *Planck. Lehrbuch* 2, 1 p. 219.

²⁾ „Правила о произв. суд. дѣлъ” говорятъ только о предъявленіи спора о подлогѣ (ст. 71).

Вопросъ о подлинности или неподлинности акта рѣшается судомъ по свободному его усмотрѣнiю, насколько только онъ не связанъ въ этомъ усмотрѣнiи положительнымъ закономъ.

Въ этомъ отношенiи слѣдуетъ различать акты публичные и частные.

Публичные акты (крѣпостные, нотарiальные и засвидѣтельствованные установленнымъ порядкомъ) не могутъ быть опровергаемы сомнѣнiемъ въ подлинности.

Уст. гражд. суд. ст. 109, 543.—Civilproz. § 403.

Они имѣютъ за себя предположенiе подлинности, такъ какъ они удостовѣрены должностными лицами, официальными учрежденiями. Поэтому лице, представившее такой актъ, необязано доказывать его подлинности. Противъ акта публичнаго возможенъ лишь споръ о подлогѣ, въ каковомъ случаѣ, на основанiи предположенiя о его подлинности, подлогъ долженъ быть доказываемъ предъявившимъ споръ.

Уст. гр. суд. ст. 457.

Частные акты не предполагаются въ подлинности. Подлинными они считаются прежде всего на основанiи явнаго или молчаливаго (напр. отсутствiе возраженiя) судебного признанiя ихъ таковыми со стороны противника. Въ случаѣ же заявленiя сомнѣнiя въ подлинности, она утверждается доказательствами предъявившаго актъ ¹⁾ и по надлежащемъ изслѣдованiи судомъ.

Уст. гр. суд. ст. 107, 108, 458, 541.—См. Суд. Уст. изд. Госуд. Канц. ч. 1 стр. 232—233.—Code civ. art. 1322, 1324.

Доказательствами подлинности и подложности могутъ служить самыя разнообразныя средства. Такъ:

Сличенiе дочерка на заподозрѣнномъ актѣ съ другими актами, несомнѣнно происходящими отъ того лица, которому припи-

¹⁾ Мотивъ къ ст. 534 Уст. гр. суд.

сывается первый, или сличение заподозрѣнной части акта съ его неоспориваемыми частями.

Уст. гражд. суд. ст. 107, 547, 550.—Civilproz. § 407.

Неподлинность акта можетъ выясниться изъ такихъ постороннихъ обстоятельствъ, какъ различіе чернилъ, позднѣйшая фабрикація бумаги, сравнительно со временемъ выдачи акта (судить можно по водянымъ знакамъ) и т. д. ¹⁾.

Той же цѣли можетъ служить допросъ свидѣтелей, которые присутствовали при составленіи даннаго акта или даже дали свои подписи, приложили печати, или слышали внѣсудебное признаніе его автора, или вообще, по прежнему опыту, могутъ признать актъ, исходящимъ отъ даннаго лица. Свидѣтельскія же показанія могутъ и поколебать подлинность акта.

Подобное же значеніе могутъ имѣть и отзывы должностныхъ лицъ и учреждений, на участіе которыхъ, при составленіи акта, будетъ въ немъ указано.

Наконецъ, какъ при сличеніи почерка, признаніе акта подлиннымъ можетъ быть поставлено въ зависимость отъ заключенія свѣдующихъ людей.

Уст. гр. суд. ст. 553.—Code de proc. civil. art. 232—237.

Затѣмъ, доказательная сила акта обуславливается общей гражданской правоспособностью лица его составляющаго. Такъ, распорядительный актъ можетъ служить доказательствомъ лишь существованія такой-то опредѣленной воли; но она будетъ лишена всякой дѣйствительности, если актъ составленъ малолѣтнимъ, подъ вліяніемъ обмана и т. п.

Далѣе, внѣшній видъ акта можетъ вліять на его дѣйствительность. Такъ, разорванный или перечеркнутый долговой актъ служитъ признакомъ погашенія обязательства впредь до доказательства противнаго.

¹⁾ *Planck. Lehrbuch* 2, 1 p. 223.

Св. зак. т. X ч. 1 ст. 2053; Уст. судопр. торг. ст. 249.

Наконецъ, для дѣйствительности акта законъ предписываетъ иногда извѣстную форму его совершенія. Отсюда и самое дѣленіе актовъ на крѣпостные, нотаріальные и явленные къ засвидѣтельствуванію и домашніе. Такъ, для перехода или ограниченія права собственности на недвижимое имущество требуется актъ крѣпостной.

Уст. гр. суд. ст. 457; Полож. о нотар. части ст. 157 и слѣд.

Для дѣйствительности довѣренности требуется засвидѣтельствованіе.

Уст. гр. суд. ст. 46, 47, 247, 248; Правил. о произв. суд. д. 41; Полож. о нотар. части ст. 128

Безъ соблюденія такихъ предписаній актъ, какъ таковой, не имѣетъ никакой доказательной силы.

Но затѣмъ, если актъ не будетъ признанъ въ силѣ публичнаго акта, за отсутствіемъ необходимыхъ для того условій, то онъ тѣмъ не менѣе сохраняетъ силу домашняго акта ¹⁾.

Уст. гр. суд. ст. 460. — Code civil art. 1318.

Актъ не признается формальнымъ, когда онъ совершается безъ соблюденія требуемыхъ закономъ формальныхъ условій (напр., актъ купли-продажи на недвижимое имущество не утвержденъ старшимъ нотаріусомъ, т. е. не соблюдены условія ст. 100, 101 Полож. о нотар. части); когда въ совершеніи акта принимали участіе не компетентныя на то мѣста и лица, или когда ими была нарушена компетентность, установленный порядокъ. Возможна масса и другихъ нарушеній при составленіи нотаріальныхъ актовъ, но послѣдствія этихъ нарушеній неговорены въ законѣ (см. только ст. 102 Полож. о нотар. части).

¹⁾ Напр. неутвержденная старшимъ нотаріусомъ закладная можетъ служить удостовѣреніемъ, какъ домашній актъ, выдачи денегъ по займу. Касс. рѣш. 1880 № 247.

Поэтому во всех подобных случаях слѣдуетъ, каждый разъ, исходить изъ значенія нарушеннаго условія, для признанія акта формальнымъ или нѣтъ. См. *Исаченко*. Гражд. проц. II в. 2 стр. 523—526.

Въ частности акты публичные, совершенные въ иностранномъ государствѣ, хотя бы при соблюденіи требуемыхъ тамъ обрядовъ, имѣютъ силу и значеніе лишь домашнихъ актовъ, если не будетъ къ нимъ удостовѣренія русскаго посольства, миссіи, или консульства, что они дѣйствительно составлены по законамъ того государства.

Уст. гражд. суд. ст. 465.—Касс. рѣш. 1874 № 837; 1880 № 119.

Затѣмъ, вообще если не достаетъ какой либо существенной формы для даннаго акта, а имѣются все условія другаго, то онъ разсматривается по содержанию послѣдняго. Напр., при недостаткѣ въ формѣ векселя актъ разсматривается какъ простое долговое обязательство.

Уст. векс. ст. 4.

Въ доказательство могутъ быть приняты все акты, писанные и не на гербовой бумагѣ, только за нарушеніе Устава о гербовомъ сборѣ полагается штрафъ.

Уст. гр. суд. ст. 461, 462.

Однимъ словомъ „судъ принимаетъ въ соображеніе всякаго рода акты, даже такіе, кои совершены съ отступленіемъ отъ указаннаго въ законѣ порядка“.

Уст. гр. суд. ст. 456.—Касс. рѣш. 1875 № 678; 1879 № 252; 1883 № 90; 1889 № 112.

Не имѣетъ значенія и самый способъ начертанія акта—черниломъ, карандашемъ и т. п.

Кас. рѣш. 1874 № 39.

Что касается до опредѣленія доказательной силы актовъ, то это можетъ касаться лишь актовъ домашнихъ и другихъ неформальныхъ актовъ. Тутъ, по общему началу, опредѣленіе силы этихъ актовъ, не только по сравненію съ другими актами, но и по самому содержанію ихъ, предоставлено усмотрѣнію суда.

Уст. гр. суд. ст. 459.—Касс. рѣш. 1867 № 224; 1868 №№ 65, 245, 492, 770; 1869 №№ 432, 1022; 1877 № 245 и др.

Затѣмъ, вообще письменный актъ служить доказательствомъ противъ того, къмъ онъ былъ писанъ, если содержаніе его не будетъ опровергнуто другими доказательствами.

Общимъ началомъ это выражено въ Волостн. суд. уставѣ для прибалт. губ. ст. 50.

Въ частности это относится ко всякой отмѣткѣ или роспискѣ, какъ на самомъ долговомъ актѣ, такъ и отдѣльно выданной.

Уст. гр. суд. ст. 473—475. — Гражд. Код. ст. 1332.

Не будетъ, поэтому, имѣть доказательной силы актъ признанія въ пользу дѣлающаго признанія. Въ противномъ случаѣ легко было бы составлять доказательства за себя средства. Актъ, составленный одной стороною, получаетъ доказательную силу противъ другой лишь по признаніи его своею подписью.

Scriptura pro scribente nihil probat.—Уст. гр. суд. ст. 472: Счеты, записки и всякія домашнія бумаги не составляютъ доказательства въ пользу того, къмъ были ведены или писаны, если не будутъ должникомъ подписаны. Они могутъ быть приняты доказательствомъ противъ того, къмъ были ведены или подписаны. Ср. Св. зак. т. X ч. I ст. 2017, 2045—2047; Гражд. Код. ст. 1331.

Хотя, по общему правилу, письменныя доказательства имѣютъ доказательную силу только противъ тѣхъ, къмъ они были составлены и писаны, но изъятіе представляють, прежде всего, купеческія книги, за которыми признано значеніе доказательствъ

не только между купцами взаимно, но и въ искахъ купца къ лицу неторговаго сословія ¹⁾).

Уст. гражд. суд. ст. 466—469; Уст. торг. ст. 617;
Уст. судопр. торг. ст. 257—259; Код. торгов. ст. 12. —
Allg. deutsch. Hand. § 34.—Итальян. торг. улож. ст. 21.—
Code civ. art. 1329, 1330.

Такая доказательная сила купеческихъ книгъ основана на томъ соображеніи, что для нихъ въ законѣ указана особая форма, опредѣленъ особый порядокъ содержанія и веденія ихъ и установлено взысканіе за отступленіе отъ сего порядка.

Уст. торг. ст. 605 — 627; Код. торг. ст. 8—10. —
Касс. рѣш. 1867 № 492.

Сложная и правильно организованная система торговаго счетоводства и отчетности заставляетъ предполагать истинными записи въ торговыхъ книгахъ, такъ какъ произвести измѣненія въ этихъ записяхъ было бы весьма затруднительно, а въ дѣлахъ между торговцами, кромѣ того, всякая такая неправильность могла быть легко удостовѣрена взаимной провѣркой книгъ не только самихъ заинтересованныхъ лицъ, но и другихъ торговцевъ ²⁾. Затѣмъ, истинность записей обеспечивается я строгой отвѣтственностью за неправильное веденіе книгъ. Купецъ, избалованный въ неправильномъ веденіи своихъ книгъ можетъ быть лишенъ навсегда права производить торговлю, а въ случаѣ его несостоятельности, сверхъ лишенія права на торговлю, онъ рискуетъ подвергнуться даже тюремному заключенію отъ 8 до 16 мѣсяцевъ. Последнее взысканіе примѣняется въ томъ случаѣ, когда неправильность счетоводства не будетъ послѣдствіемъ злого умысла.

Уст. суд. торг. ст. 622; Улож. о наказ. ст. 1173. —
Ср. Код. торг. ст. 13.

¹⁾ См. *Behrend. Lehrbuch des Handelsrechts* 1 Band 1886 р. 295 и слѣд.—*Нисселовичъ*. Общедоступные очерки по русскому торговому праву. Очеркъ 1 О торговыхъ книгахъ 1893.

²⁾ *Нисселовичъ cit.* стр. 62, 63.

За неряшливое содержаніе книгъ (поправки, подчистки, по-марки, приписки между строкъ и статей безъ соотвѣтствующихъ оговорокъ) купецъ можетъ быть приговоренъ ко взысканію денежному до 50 руб. Если же при этомъ откроется злой умыселъ, то виновный, при несостоятельности, несетъ послѣдствія злостнаго банкрота.

Уст. торг. ст. 623; Улож. о нак. ст. 1174.

По толкованію судебной практики доказательная сила распространяется и на книги, веденныя въ иностранномъ государствѣ, если только соблюдены мѣстные законы ¹⁾.

Подъ купеческими торговыми книгами слѣдуетъ разумѣть лишь книги купцовъ по оптовой торговлѣ ²⁾, такъ какъ всѣ остальные торговцы ведутъ книги только по образцу купеческихъ и такія книги по доказательной силѣ отличаются отъ купеческихъ.

Уст. гражд. суд. ст. 470.—Касс. рѣш. 1871 № 1269.

Мало того, если лице не обязано вовсе вести книги, то, хотя бы они велись по всѣмъ правиламъ купеческихъ книгъ, доказательной силы они имѣть не будутъ ³⁾.

Условія доказательной силы купеческихъ книгъ.—Между купцами эти книги имѣютъ силу полного доказательства по дѣламъ торговымъ и притомъ подъ условіемъ, чтобы внесенныя въ оныя статьи, составляющія предметъ иска, по сравненіи съ книгами отвѣтчика, оказывались сходными.

Уст. торг. ст. 617; Уст. суд. торг. ст. 258.

Такъ какъ записи въ этихъ случаяхъ ведутся обѣими сторонами и провѣрка ихъ всегда возможна, то и доказательная сила книгъ между купцами не ограничивается какимъ либо срокомъ, кромѣ общей десятилѣтней давности. Только „противъ умершаго“

¹⁾ *Башиловъ*. Торговое право 1 в. 1893 стр. 122.

²⁾ Въ ст. 606 Уст. торг. указаны разряды такихъ купцовъ.

³⁾ *Нисселовичъ cit.* стр. 77.

купца“ (т. е. противъ его наслѣдниковъ) книги его теряютъ силу доказательства по простествіи пяти лѣтъ.

Уст. суд. торг. ст. 262. Сравни. Код. торг. ст. 11.

Если между книгами сторонъ не будетъ сходства, то они не могутъ быть приняты въ руководство при разрѣшеніи спора. Но несходство въ однихъ статьяхъ не лишаетъ торговья книги доказательной силы по другимъ сходнымъ статьямъ ¹⁾.

Уст. суд. торг. ст. 259.

Торговья книги не теряютъ доказательной силы и въ томъ случаѣ, когда противная сторона отказывается опровергнуть эти книги своими.

Касс. рѣш. 1878 № 198.

Въ тѣхъ же случаяхъ, когда отвѣтчикъ вовсе не велъ книгъ, истецъ обязанъ, кромѣ книгъ, привести еще другія доказательства ²⁾.

Въ процессахъ между торговцами и лицами, незанимающимися торговлей, купеческія книги не могутъ составлять доказательства по ссылкѣ на нихъ самихъ торговцевъ ³⁾, ибо книги эти не могутъ быть проверены записями противной стороны; никто же въ правѣ создавать въ свою пользу доказательства ⁴⁾. Но по ссылкѣ на нихъ неторговца книги эти получаютъ всегда доказательную силу противъ купца ⁵⁾; ибо въ этихъ случаяхъ имѣется дѣло съ личнымъ его признаніемъ.

Однако иногда купеческія книги имѣютъ доказательную силу также по сдѣлкамъ съ характеромъ торговымъ для цѣта (купца)

¹⁾ Нисселовичъ cit. стр. 71, 72.

²⁾ См. у Мартенсъ. Опытъ комментарія русскаго торговаго права 1880 т. 1 стр. 155.

³⁾ См. Code civil. art. 1329.

⁴⁾ Laurin. Cours de droit commercial 3 éd. 1890 p. 407.

⁵⁾ Code civil. art. 1330. См. ниже.

и съ характеромъ неторговымъ для отвѣтчика. Но при этомъ законъ ставитъ слѣдующія ограниченія:

а) Споръ долженъ касаться или поставки товаровъ или займа денегъ. По другимъ спорамъ противъ лицъ, не принадлежащихъ къ торговому сословію, купецъ не можетъ предъявлять въ доказательство свои торговыя книги. Но и при поставкахъ и займахъ купеческія книги не принимаются въ доказательство самого существованія сдѣлки и ея условій, а лишь тогда, „когда доказано“, что товары дѣйствительно были поставлены или деньги забираемы, а сомнѣніе или споръ относится ко времени, количеству, качеству или цѣнѣ поставленныхъ или забраныхъ товаровъ или обѣщаннаго платежа“.

Уст. гр. суд. ст. 466; Уст. суд. торг. ст. 260.—Касс. рѣш. 1875 № 642.

б) Доказательная сила купеческихъ книгъ по даннымъ сдѣлкамъ ограничивается срокомъ одного года со времени выполненной поставки и врученія денегъ. Законодатель предполагаетъ затруднительнымъ выясненіе всѣхъ отдѣльныхъ актовъ поставки и займа за болѣе длинный періодъ времени, когда доказательства тому лишь въ записи одной стороны.

Уст. гр. суд. 467; Уст. суд. торг. ст. 263.

Срокъ этотъ можетъ быть продолженъ до пяти лѣтъ по протесту въ коммерческомъ судѣ о невозможности розыскать мѣсто жительства отвѣтчика въ Россіи.

Уст. суд. торг. ст. 264, 265.

Общая доказательная сила купеческихъ книгъ ставится въ законѣ въ зависимость оттого, что книги эти будутъ ведены въ надлежащемъ порядкѣ, въ исправности, по установленнымъ правиламъ и не будутъ внушать своимъ внѣшнимъ видомъ сомнѣнія насчетъ правильности записей и вообще веденія ихъ, какъ-то будутъ при вставленныхъ мѣстахъ, поправкахъ, подчисткахъ.

Уст. торг. ст. 611, 617, 621; Уст. суд. торг. ст. 266 пп. 1, 2; 257; Уст. гр. суд. ст. 468 п. 1.

Но и при этих условіяхъ торговыя книги не имѣютъ доказательной силы, въ пользу купца: 1) признаннаго, по судебному приговору, злостнымъ банкротомъ; 2) лишеннаго по суду всѣхъ или нѣкоторыхъ особыхъ правъ и преимуществъ¹⁾; 3) когда въ статьяхъ окажутся неисправности въ пользу лица, коему принадлежатъ книги; 4) когда купецъ, на основаніи тѣхъ же книгъ, прежде предъявляя искъ объ уплатѣ и было доказано, что платежъ былъ имъ полученъ.

Уст. гр. суд. ст. 468 ш. 2—5; Уст. суд. торг. ст. 266 ш. 2—4.

При наличности всѣхъ перечисленныхъ условій купеческія книги теряютъ доказательную силу только въ пользу даннаго купца, но и при этихъ условіяхъ они не теряютъ силы противъ него, т. е. судъ, по ссылкѣ противной стороны, долженъ принять эти книги за доказательство утвержденія противъ купца. Такъ, напр., если въ торговыхъ книгахъ, предъявленныхъ въ доказательство иска, будутъ обозначены періодическія получки денегъ, то, хотя книги эти и будутъ опорочены и тѣмъ исключены изъ доказательствъ въ пользу истца, тѣмъ не менѣе платежи отвѣтника считаются ими доказанными²⁾.

Уст. гр. суд. ст. 469; Уст. суд. торг. ст. 267; Код. торг. ст. 13.—Срав. Уст. гр. суд. ст. 478.

Подобно купеческимъ книгамъ особую доказательную силу имѣютъ еще слѣдующіе разряды актовъ.

Книги розничныхъ и мелочныхъ торговцевъ, поставщиковъ разныхъ припасовъ и мастеровыхъ сами по себѣ не имѣютъ силы доказательства противъ того лица, кому товары или припасы поставлены или работы произведены, но только въ тѣхъ случаяхъ, когда заборъ товара происходилъ не для торговли, а для собственнаго употребленія. По торговымъ же сдѣлкамъ между торговцами

¹⁾ Когда купецъ по судебному приговору объявленъ лишеннымъ довѣрія или честнаго имени. Уст. суд. торг. ст. 266 п. 4.

²⁾ *Нисселиовичъ cit.* стр. 64, 65.

данныя книги имѣютъ ту же доказательную силу, что и купеческія книги, и при соблюденіи однихъ и тѣхъ же требованій ¹⁾. Въ остальныхъ случаяхъ данныя книги имѣютъ доказательную силу лишь по тѣмъ статьямъ, по которымъ есть росписки получателя товара или работы; безъ росписокъ же они могутъ быть приняты судомъ въ соображеніе, когда имѣются другія доказательства данныхъ сдѣлокъ или отвѣтчикъ не отрицаетъ, что расчета не было по нимъ учинено.

Уст. гр. суд. ст. 470; Уст. суд. торг. ст. 272, 273.—
Касс. рѣш. 1867 № 117; 1870 №№ 76, 1083, 1184; 1871
№ 1063; 1872 №№ 30, 344, 415, 466, 618, 751; 1873
№ 1504.

Доказательную силу имѣютъ также и отписныя книги или реверсы, подъ которыми разумѣются прежде всего заборныя книжки, выдаваемые розничными торговцами получателямъ товара и представляемые этими послѣдними при заборѣ для отмѣтки въ нихъ самими торговцами поставленнаго товара и слѣдующей за то платы. Книжка эта, какъ находящаяся въ рукахъ получателя товара, можетъ естественно служить доказательствомъ совершенной сдѣлки, хотя и ведется она самимъ торговцемъ, т. е. кредиторомъ. Но на случай возможной неправильности отмѣтки торговцемъ, доказательная сила отписной книжки противъ получателя опредѣляется тѣмъ условіемъ, что „онъ, продержавъ у себя книгу болѣе семи дней съ того времени,—какъ статьи въ нее внесены, не протестовалъ противъ ихъ невѣрности”. Подписи получателя товара, для доказательной силы отписной книги, не требуется.

Такую же доказательную силу имѣютъ и книги наимателя рабочихъ людей, въ которыхъ онъ отмѣчаетъ отработанное и слѣдующую за то плату. Но такъ какъ эти отписныя книги держитъ у себя самъ наиматель и онъ же дѣлаетъ и отмѣтки въ нихъ, то книги эти на судъ будутъ имѣть доказательную силу только противъ, а не въ пользу его ²⁾.

¹⁾ *Испиченко*. Гражд. проц. II стр. 565, 266.

²⁾ *Ср. Аннинковъ*. Комментар. II стр. 275.

Уст. гр. суд. ст. 471. Ср. Уст. суд. торг. ст. 274.—
Касс. рѣш. 1871 № 1184; 1874 № 120.

Слѣдуетъ замѣтить, что законъ ничего не говоритъ объ отписныхъ книгахъ въ мировомъ судѣ, но кассационная практика распространила положенія объ этомъ предметѣ для общаго суда и на судъ мировой.

Не включено соответствующихъ положеній и въ правила о производствѣ дѣлъ у земскихъ начальниковъ ¹⁾.

Осмотръ на мѣстѣ ²⁾.

Осмотръ на мѣстѣ (*inspectio ocularis, inspection oculaire, inspection de l'objet litigieux, vision locale ou descente sur les lieux, transport des juges sur les lieux, gerichtlicher Augenschein, accesso, visita sul luogo*) примѣняется въ гражданскомъ процессѣ или какъ средство выясненія для судьи или какъ доказательное средство для тяжущагося. Значеніе доказательства осмотръ на мѣстѣ имѣетъ въ тѣхъ случаяхъ, когда онъ предназначенъ убѣдить судью въ существованіи спорнаго факта чрезъ непосредственное его чувственное воспріятіе данныхъ предметовъ. Въ остальныхъ случаяхъ такого воспріятія имѣется въ виду достигнуть судомъ лишь правильнаго и яснаго о предметѣ понятія ³⁾.

Наши процессуальные законы не различаютъ этого двойнаго назначенія осмотра на мѣстѣ, но изъ того, что для производства въ общихъ судахъ онъ помѣщенъ подъ рубрикой „повѣрки доказательствъ“, можно думать, что главное назначеніе осмотра, по нашимъ законамъ, — это служить не доказательствомъ, а способомъ выясненія.

¹⁾ *Загоровскій*. Очерки стр. 221.

²⁾ *Hinschius*. Augenschein (въ *Holtzend. Rechtslex.*); *Wewald*. Zur Lehre vom gerichtl. Augenschein im Civilprocess 1877.

³⁾ *Renaud*. Lehrbuch § 109; *Малышевъ*. Курсъ I стр. 262.

Уст. гр. суд. ст. 499, 507. Сравни. Уст. гр. суд. ст. 119; Прав. о произв. суд. д. ст. 77; Волостн. судебн. уставъ для прибалт. губерн. ст. 76.—Code de proc. civ. art. 41, 295.—Civilproz. §§ 255, 336.

Но въ практикѣ отличаютъ тѣ случаи, когда осмотръ служить полнѣйшему выясненію для судьи, отъ тѣхъ случаевъ, когда онъ будетъ единственнымъ доказательствомъ, какъ средство судьи дойти до личнаго убѣжденія въ правотѣ той или другой изъ тяжущихся сторонъ.

Касс. рѣш. 1873 № 1562.

Предметомъ осмотра можетъ быть всякій тѣлесный (одушевленный или неодушевленный, движимый или недвижимый) предметъ, который только будетъ представленъ судѣ, для его чувственного воспріятія, чтобы тѣмъ служить доказательнымъ фактомъ. Только письменные акты, по ихъ особому практическому значенію, выдѣлены изъ числа предметовъ осмотра, составляя особое доказательное средство ¹⁾.

Вещь движимая и легко переносимая доставляется для осмотра въ самый судъ, а въ другихъ случаяхъ осмотръ производится въ мѣстѣ нахождения даннаго предмета.

Осмотръ на мѣстѣ, какъ способъ доказательства, долженъ быть признанъ лучшимъ способомъ удостовѣренія спорныхъ фактовъ, ибо тутъ убѣжденіе судьи опредѣляется непосредственнымъ воспріятіемъ даннаго положенія вещей. Поэтому, напр., въ Англіи онъ обязателенъ во всѣхъ случаяхъ судебного спора о какихъ бы то ни было предметахъ (попугай, собака, недвижимость и т. д.). Нашъ законъ не указываетъ случаевъ, когда долженъ быть примѣненъ осмотръ ²⁾. Изъ этого слѣдуетъ, что опредѣленные спорные факты могутъ быть удостовѣряемы, вмѣсто осмотра, всякими другими способами; напримѣръ, положеніе владѣнія —

¹⁾ *Planck.* Lehrbuch Bd. 2 Abth. 1 p. 261. См. выше стр. 46.

²⁾ Сравни. Code de proc. civ. art. 38.

планами и межевыми книгами, поврежденія въ имуществѣ—свидѣтельскими показаніями ¹⁾).

Примѣненіе этого способа доказательства допускается у насъ или по усмотрѣнію суда, или по просьбѣ тяжущагося, но въ последнемъ случаѣ опять таки по обсужденію этого ходатайства судомъ ²⁾).

Уст. гражд. суд. ст. 119, 507.—Civilproz. § 135 ²⁾.

Въ связи съ этимъ находится обязанность процессуальнаго противника или третьяго лица, какъ держателя вещи, представить ее къ осмотру суда, по требованію лица, ведущаго доказательства ³⁾).

Иногда осмотръ сопровождается экспертизой, когда для оцѣнки представленнаго къ осмотру требуются особыя спеціальныя свѣдѣнія по какой либо отрасли наукъ, искусствъ или ремеслъ, какъ напр. при спорѣ о качествѣ поставленныхъ припасовъ, при спорахъ о границахъ поземельныхъ участковъ и т. д. Въ другихъ случаяхъ въ экспертизѣ нѣтъ надобности, когда, при осмотрѣ, самъ судья способенъ опредѣлить положеніе спорнаго предмета, какъ напр. поднятіе воды мельницей, устройство прохода, проѣзда, и т. д. Въ первомъ случаѣ имѣется соединеніе двухъ способовъ доказательства.

Уст. гр. суд. ст. 122, 507.—Code de proc. civ. art. 42.—Civilproz. § 337.

Осмотръ на мѣстѣ имѣеть значеніе способа доказательства лишь тогда, когда онъ произведенъ самимъ судомъ; такого значенія за нимъ не признается, если онъ произведенъ какими либо административными учрежденіями, напр. полиціей ⁴⁾).

Доказательная сила осмотра опредѣляется: 1) увѣренностью, что представленный или указанный предметъ осмотра именно тотъ

¹⁾ *Анненковъ*. Комент. 2 стр. 341.

²⁾ *Исаченко*. Гражд. Проц. 2, 3 стр. 710—713.

³⁾ *Demelius*. Exhibitionspflicht 1872.

⁴⁾ Касс. рѣш. 1872 № 1245.

предметъ, на который направлено заявленіе доказывающей стороны, напр. именно самый проданный или попорченный предметъ, самый спорный участокъ, и 2) способностью этого предмета служить, черезъ осмотръ, къ образованію судейскаго убѣжденія въ правотѣ или невѣрности даннаго доказываемаго факта ¹⁾.

На практикѣ у насъ осмотръ на мѣстѣ примѣняется сравнительно рѣдко какъ по недостаточности личнаго состава судовъ, такъ и по дороговизнѣ переѣздовъ, въ случаяхъ малоцѣнности исковъ.

Частныя требованія въ процессѣ.

19 При производствѣ даннаго дѣла суду нерѣдко могутъ быть заявлены требованія, которыя не направлены прямо на разрѣшеніе даннаго спора, но стоятъ съ нимъ въ связи, какъ требованія побочныя, вытекающія изъ существа иска, имѣющія своею цѣлью выяснитъ главное притязаніе, обезпечить будущее исполненіе рѣшенія или вообще иное взысканіе по окончаніи процесса (напр., по праву обратнаго требованія). Такія случайныя требованія, частныя прошенія, открываютъ особое частное производство. Последнее не ограничивается указанными дѣлами, вытекающими изъ главнаго иска, съ характеромъ побочнымъ къ нему, но могутъ имѣть своимъ предметомъ и самостоятельное требованіе, не стоящее въ связи съ какимъ либо искомъ, напр. дѣла охранительнаго производства, жалобы на судебнаго пристава по приведеніи рѣшеній въ исполненіе и т. д. 59

Здѣсь будетъ рѣчь о частныхъ прошеніяхъ перваго рода и притомъ лишь о тѣхъ изъ нихъ, разсмотрѣніе которыхъ не относится къ опредѣленнымъ отдѣламъ науки. Другія будутъ разсмотрѣны въ соответствующихъ отдѣлахъ.

О частныхъ производствахъ: Уст. гр. суд. ст. 566 — 693.

¹⁾ Касс. рѣш. 1875 № 332.

Обезпеченіе иска.

Подъ обезпеченіемъ иска (Sicherheitsleistung) разумѣтся принятіе судомъ, по просьбѣ истца, такихъ мѣръ, которыя утверждали бы послѣдняго въ возможности получить то, что будетъ ему присуждено судомъ; иначе —подъ обезпеченіемъ иска разумѣются мѣры, охраняющія истцу взысканіе съ отвѣтчика. Подобныя мѣры примѣняются въ виду такихъ случаевъ, когда ко времени взысканія у должника можетъ не оказаться спорнаго имущества или вообще средствъ въ удовлетворенію истца.

Условія обезпеченія иска.—Мѣры обезпеченія иска принимаются не иначе, какъ по просьбѣ истца; судъ по собственному усмотрѣнію не можетъ устанавливать такихъ мѣръ.

Болѣе точно это начало выражено въ Волостномъ судебн. уставѣ для губерн. прибалт. ст. 40.

Затѣмъ обезпеченію, по общему правилу, подлежитъ только искъ уже предъявленный.

„... если требованіе (объ обезпеченіи) заявлено при самомъ возбужденіи дѣла“. Прав. о произв. судебн. дѣлъ ст. 81.

Нельзя требовать обезпеченія не предъявленныхъ еще исковъ. Только по исключенію разрѣшается обезпеченіе будущаго иска, а именно въ слѣдующихъ случаяхъ:

Прежде всего общее изъятіе допущено нашими процессуальными законами для губерній прибалтійскихъ. Тамъ исполненіе обязательства можетъ быть обезпечено до предъявленія иска и даже до наступленія срока обязательства, когда должникъ, съ очевидною цѣлью избѣжать исполненія обязательства, срокъ по которому уже наступилъ или наступитъ въ непродолжительномъ времени, скрывается изъ своего мѣстожительства, или отчуждаетъ свое имущество, или же вывозитъ изъ нанятаго имѣнія находящуюся въ немъ движимость. Но въ этихъ случаяхъ судъ, удовлетворяя просьбу о предварительномъ обезпеченіи, имѣетъ право:

- 1) потребовать отъ истца обезпеченія убытковъ, которые могутъ

быть понесены отвѣтчиковъ вслѣдствіе принятія этой мѣры; 2) назначить истцу срокъ для предъявленія иска.

Уст. гражд. суд. ст. 1823—1828.

Частныя изъятія. Обезпеченію подлежатъ:

а) Будущій искъ отвѣтчика къ истцу иностранцу о вознагражденіи за судебныя издержки и убытки (*cautio judicatum solvi*). Обосновывается это положеніе тѣмъ, что иностранецъ, проигравшій дѣло и обязанный вознаградить отвѣтчика за судебныя издержки и иные убытки, можетъ удалиться изъ предѣловъ даннаго государства и тѣмъ поставить въ затрудненіе оправданную сторону по осуществленію своей претензіи къ иностранцу ¹⁾.

б) Будущій искъ иностранца къ отвѣтчику о вознагражденіи за убытки, причиненные обезпеченіемъ судебныхъ издержекъ и убытковъ.

Уст. гражд. суд. ст. 571 п. 5; 577; 578. Сравн. Гражд. Улож. ст. 15; Code civ. art. 16; Code de proc. civ. art. 166; Civilproz. Ordn. §§ 102, 103.—Требованіе отъ иностранца, вчинающаго искъ, предварительнаго его обезпеченія, въ наукѣ находятъ весьма несправедливымъ и ничѣмъ не оправдываемымъ. Дѣйствительно, предварительное обезпеченіе, какъ общая законная мѣра, допускается только при необходимости, въ случаѣ опасенія, что взыскателемъ не будетъ получено удовлетворенія, и можетъ быть всякій разъ примѣнено судомъ, согласно обстоятельствамъ дѣла, будутъ ли участвующіе въ процессѣ туземными подданными или иностранцами. *Мартенсъ*. Международное право 2 стр. 336, 337.

в) Будущій искъ отвѣтчика къ истцу о вознагражденіи за убытки, причиненные предварительнымъ исполненіемъ рѣшенія. ?

Уст. гражд. суд. ст. 738. См. также ст. 814 п. б. по продолж. 93 г.

¹⁾ См. *Bonfils*. Traité de la compétence des tribunaux français à l'égard des étrangers. 1886.

г) Будущий искъ къ третьему лицу объ обратномъ требованіи, когда это третье лице, привлекаемое къ дѣлу, откажется въ немъ участвовать.

Уст. гражд. суд. ст. 659.

д) Истецъ, требованія котораго обезпечено поручительствомъ третьяго лица, имѣетъ право просить, по постановленіи рѣшенія въ его пользу, о наложеніи запрещенія или ареста на имущество поручителя впредь до окончательнаго своего удовлетворенія изъ имѣнія отвѣтчика, иначе—можетъ просить объ обезпеченіи своего будущаго иска къ судебному поручителю.

Уст. гражд. судопр. ст. 652.

е) По закону 8-го іюня 1893 года можно просить объ обезпеченіи до принесенія кассационной жалобы на рѣшенія мировыхъ сѣздовъ и общихъ судовъ.

Уст. гр. суд. ст. 814 по прод. 1893 г.

Въ различныхъ мѣстахъ Свода законовъ приведены другіе случаи обезпеченія будущаго иска. Такъ, заимодавецъ, не получившій удовлетворенія въ назначенный срокъ отъ должника и получившій отказъ отъ простаго поручителя заплатить долгъ немедленно, имѣетъ право просить о наложеніи запрещенія на имѣніе поручителя для обезпеченія своего иска на случай несостоятельности должника. Св. зак. т. X ч. 1 ст. 1558 п. 1. — Въ обезпеченіе взысканія казны съ неисправнаго подрядчика, по сдѣланному на него начету, на его имѣніе можетъ быть наложено запрещеніе. Полож. о казен. подр. и под. ст. 220.— Кредиторы могутъ просить о признаніи должника несостоятельнымъ, а сѣдовательно и о принятіи мѣръ обезпеченія, когда должникъ, и прежде истечения срока долговъ, скроется въ безвѣстности, не распорядивъ дѣлъ своихъ на случай отсутствія, такъ что не будетъ достовѣрности ни въ возвратѣ къ сроку долговъ, ни вѣрныхъ способовъ взысканія изъ свободнаго его имущества. Уст. судопр. торг. ст. 500 п. 4.

Только въ случаяхъ перечисленныхъ и указанныхъ въ зако-

нѣ можетъ быть допущено обезпеченіе будущаго иска; во всѣхъ другихъ случаяхъ судъ не имѣетъ права принимать данную мѣру.

По нѣкоторымъ иностраннымъ законодательствамъ, какъ напримѣръ австрійскому, совершенно основательно признано общимъ правиломъ, чтобы каждый истецъ, съ предъявленіемъ иска, далъ отвѣтчику достаточное обезпеченіе въ покрытіи судебныхъ издержекъ. Освобождаются отъ представленія этого обезпеченія (*aktorische Kaution*) только тѣ истцы, которые или извѣстны, въ округѣ производства дѣла, за людей достаточно богатыхъ, или приносятъ, по требованію отвѣтчика, *juramentum paupertatis*, или вообще будутъ признаны въ правахъ бѣдности. *Ullmann. Oesterr. Zivilprozess. p. 83, 84.*

По вчиненному иску можно просить обезпеченія не только при самомъ его предъявленіи, но и при дальнѣйшемъ производствѣ дѣла. Основательность въ принятій мѣрѣ обезпеченія можетъ не оказаться въ началѣ процесса и возникнуть лишь въ дальнѣйшемъ его теченіи. По этому истцу нельзя отказать въ правѣ просить обезпеченія иска, несмотря даже на предшествующій отказъ суда, при самомъ началѣ дѣла, въ такомъ обезпеченіи, какъ находимомъ въ то время неосновательнымъ.

Уст. гражд. суд. ст. 590, 592, 814² по продолж. 93 г.;
Прав. о произв. суд. д. ст. 80.

Но не всякій и предъявленный искъ можетъ подлежать обезпеченію. Для этого требуются слѣдующія условія:

1) Искъ долженъ представляться достовернымъ, т. е. сопровождаться такими доказательствами, чтобы судъ могъ заключить съ нѣкоторою вѣроятностью объ основательности требованій истца.

Уст. гр. суд. ст. 591.

По иску прямо, при самомъ предъявленіи его, ненадежному нельзя принимать мѣрѣ обезпеченія, какъ вообще нельзя, безъ основательной причины, отягощать положеніе отвѣтчика. Только при вѣроятности требованія истца оправдывается ограниченіе отвѣтчика въ правѣ распоряженія своимъ имуществомъ, какъ по-

слѣдствіе принятой мѣры обезпеченія. Поэтому нельзя обезпечивать иска при голословномъ заявленіи долга или когда въ доказательство его приводятся данныя, подлежащія повѣркѣ лишь въ будущемъ, напр. указываются свидѣтели, которые при допросѣ могутъ и не подтвердить заявленія истца ¹⁾). Съ другой стороны при безспорности предъявленныхъ актовъ судъ не вправе отказать истцу въ обезпеченіи. Такъ требованіе истца объ обезпеченіи подлежитъ удовлетворенію, если искъ основанъ на долговомъ обязательствѣ нотаріальномъ или засвидѣтельствованномъ крѣпостнымъ или явочнымъ порядкомъ. Это распространяется и на договорные листы по найму на сельскія работы, а по закону 3 іюня 1891 г. вообще на всѣ векселя.

Уст. гражд. суд. ст. 125, 595.—Св. зак. т. X ч. 1 ст. 2031.—Прав. о произв. суд. д. ст. 81.

Въ этихъ случаяхъ имѣется законное предположеніе въ пользу достовѣрности иска и противъ отвѣтчика, доколѣ послѣдній не представитъ доказательствъ или о погашеніи обязательства, или подложности акта.

Во всѣхъ остальныхъ случаяхъ признаніе достовѣрности иска и принятіе мѣръ обезпеченія его зависитъ отъ оцѣнки суда представленныхъ истцомъ доказательствъ ²⁾).

Прав. о произв. судебн. д. ст. 80: отъ „усмотрѣнія земскаго начальника или городского судьи“.

2) При самой достовѣрности иска принятіе мѣръ его обезпеченія имѣетъ смыслъ въ тѣхъ случаяхъ, когда есть опасеніе, что безъ того истецъ лишится возможности получить удовлетвореніе по своему притязанію, какъ напр. если существуетъ опасеніе, что отвѣтчикъ скроетъ или растратитъ свое имущество до времени высеканія съ него по судебному рѣшенію. Нѣтъ оснований этого бояться, то нельзя, безъ дѣйствительной пользы, отягощать поло-

¹⁾ *Исаченко*. Гражд. проц. III стр. 316.

²⁾ См. *Игумновъ*. Уст. гражд. судопр. т. I стр. 853, 854.

женіе отвѣтчика, какъ напр. нѣтъ смысла въ обезпеченіи иска, если сумма взысканія ничтожна сравнительно съ общимъ имуществомъ отвѣтчика.

Уст. гражд. суд. ст. 591, 1826; Волостн. судебн. уставъ для прибалт. губери. ст. 40.—Уст. гр. суд. ст. 1291.

Вопросъ затруднителенъ лишь со стороны доказыванія такой опасности. Иногда это почти невозможно для истца, иногда же требуетъ слишкомъ много времени, какъ напр. пока будутъ добыты копии актовъ о переводѣ имущества на другое лице, произведенъ допросъ свидѣтелей и т. д. Упущенное же время лишить дѣйствительности всякое обезпеченіе ¹⁾).

3) Искъ, для обезпеченія, долженъ быть опредѣленъ извѣстною суммою. Эта опредѣленность необходима потому, что размѣръ обезпеченія долженъ быть ограниченъ размѣромъ искового требованія. Съ другой стороны соразмѣрность такая требуется и въ интересѣ отвѣтчика, дабы изъ за ничтожнаго иска не ограничивать право распоряженія большимъ имуществомъ.

Уст. гражд. суд. ст. 128, 593, 594, 604. Ср. ст. 577.

Поэтому не подлежатъ обезпеченію иски, по самой природѣ своей, недопускающіе оцѣнки, какъ напр. иски о правахъ семейственныхъ, правахъ состоянія и т. д. Касаясь неимущественныхъ интересовъ, такіе иски не могутъ выразиться въ опредѣленной суммѣ. Равнымъ образомъ не подлежатъ обезпеченію иски, хотя и имущественнаго характера, но не поддающіеся оцѣнкѣ, какъ напр. искъ о закрытіи сосѣдомъ заведенія, заражающаго воздухъ; и т. д.

Способы обезпеченія иска. По судопроизводственнымъ законамъ иски обезпечиваются или наложеніемъ запрещенія на недвижимое имѣніе, или арестомъ движимости (т. наз. судебный залогъ, *prignus iudiciale*), или поручительствомъ. Кроме того, если искъ не обезпеченъ однимъ изъ указанныхъ способовъ, то у от-

¹⁾ См. *Анненковъ*. Комментар. III стр. 170.

вѣтчика можетъ быть отобрана подписка о невыѣздѣ изъ мѣста жительства или временнаго нахождения.

Уст. гр. суд. ст. 126—128; 602. По Прав. о произв. суд. дѣлъ ст. 82 подписка о невыѣздѣ не упомянута въ числѣ способовъ обезпеченія иска. Тоже и для округа варш. суд. палаты ст. 1527. — Сравн. Уст. гр. суд. ст. 1831—1834; Волостн. суд. уст. для прибалт. губ. ст. 41.

По просьбѣ истца судъ можетъ допустить обезпеченіе иска нѣсколькими изъ указанныхъ способовъ. Но при этомъ каждый изъ этихъ способовъ долженъ обезпечивать лишь опредѣленную часть исковой претензіи (*по соразмѣрности*), а не въ цѣломъ, ибо въ послѣднемъ случаѣ обезпеченіе превышало бы сумму претензіи истца въ два или три раза, а такого обремененія отвѣтчика, конечно, законъ допустить не можетъ.

Уст. гр. суд. ст. 608.

По общему правилу выборъ какъ самаго способа обезпеченія, такъ и имущества, на которомъ должны быть приняты мѣры обезпеченія, зависятъ отъ воли истца.

Поэтому если у отвѣтчика имѣется имущество движимое или недвижимое, и того или другого нѣсколько, то выборъ вещи для установленія залога предоставляется истцу.

Уст. гр. суд. ст. 607. — По Прав. о произв. суд. д. у зем. нач. и гор. судей обезпеченіе въ формѣ запрещенія на недвижимое имущество допускается только по искамъ на сумму свыше 50 р. (ст. 82).

Но такое право истца ограничивается въ слѣдующихъ двухъ случаяхъ:

1) Въ тѣхъ случаяхъ, когда присужденное взысканіе можетъ быть обращено лишь на опредѣленное имущество (движимое или недвижимое) истецъ въ правѣ просить обезпеченія иска только на этомъ имуществѣ, ибо опасеніе за неудовлетвореніе иска можетъ касаться именно даннаго имущества. Поэтому, когда искъ имѣетъ предметомъ право собственности на движимое или недви-

жимое имущество, то обезпеченіе этого иска должно состоять въ наложеніи ареста или запрещенія именно на спорное имущество.

Уст. гр. суд. ст. 609. — По правильному воззрѣнію г. Исаченко (Гражд. проц. 3, 2 стр. 393, 394) это начало слѣдовало бы распространить на споры о нѣкоторыхъ другихъ правахъ на опредѣленное движимое или недвижимое имущество, какъ напр. о правѣ сервитутномъ въ данномъ имѣніи.

2) Если въ договорѣ, на которомъ основывается искъ, подлежащій обезпеченію, указано имущество, которое должно служить обезпеченію этого иска, то мѣры обезпеченія могутъ быть приняты лишь на данномъ имуществѣ. Примѣненіе этого положенія, однако, мыслимо при томъ условіи, что во время опредѣленія объ обезпеченіи данное имущество еще находится во владѣніи отвѣтчика въ полномъ его составѣ, или въ части. Если условленнаго имущества уже вовсе нѣтъ во владѣніи отвѣтчика, то истецъ можетъ просить о всякомъ иномъ обезпеченіи иска, при частичномъ же его изытіи изъ владѣнія отвѣтчика истецъ можетъ просить объ иномъ обезпеченіи своего иска только въ той части его, которая должна остаться необезпеченной вслѣдствіе отсужденія отвѣтчикомъ части условленнаго имущества.

Уст. гр. суд. ст. 612.

Съ другой стороны право истца въ выборѣ средствъ къ обезпеченію своего иска можетъ вести къ разнымъ стѣсненіямъ отвѣтчика, поэтому справедливо предоставить этому послѣднему возможность ходатайствовать о замѣнѣ одного обезпеченія, указаннаго истцомъ, другимъ, притомъ, какъ послѣ принятія первой мѣры, такъ и ранѣ этого.

1) Если истецъ не споритъ или прямо изъявляетъ свое согласіе на принятіе этой замѣны, то судъ долженъ уважить ходатайство отвѣтчика, хотя бы предлагаемое обезпеченіе и не значилось въ числѣ отмѣченныхъ въ законѣ. Обезпеченіе принимается въ интересъ истца и поэтому суду, въ этихъ случаяхъ, нѣтъ основаній оцѣнивать, насколько предлагаемая мѣра дѣйствительно обезпечиваетъ искъ.

Уст. гр. суд. ст. 613.

2) При спорѣ истца противъ замѣны обезпеченія судъ можетъ удовлетворить отвѣтчика при томъ условіи, когда онъ докажетъ: а) что предлагаемая имъ мѣра обезпеченія вполнѣ соотвѣтствуетъ прежней и б) что оставленіе прежней мѣры повело бы къ напрасному его стѣсненію.

Уст. гр. суд. ст. 614; Прав. ст. 84.

а) Не будетъ соотвѣтствія предлагаемаго обезпеченія прежнему, когда требованіе истца обращено на выдачу извѣстнаго предмета, вмѣстѣ и обезпечивающаго искъ, а отвѣтчикъ въ замѣнъ этого предлагаетъ въ обезпеченіе извѣстную сумму денегъ. Не будетъ соотвѣтствія и тогда, когда вмѣсто запрещенія или ареста отвѣтчикъ предложитъ поручительство, а тѣмъ болѣе подписку о невыѣздѣ. Одинъ имущественный способъ обезпеченія будетъ соотвѣтствовать другому, когда имущество предлагаемое для того отвѣтчикомъ, какъ принадлежащее ему, будетъ свободно отъ взысканій и вполнѣ отвѣчать стоимости прежняго или только указываемаго предмета обезпеченія. Равнымъ образомъ отвѣтчикъ можетъ просить о замѣнѣ подписки о невыѣздѣ арестомъ указаннаго имъ движимаго или запрещеніемъ недвижимаго, а также вполнѣ надежнымъ поручительствомъ.

б) Доказательство бесполезнаго стѣсненія отвѣтчика прежней мѣрой обезпеченія судъ почерпаетъ изъ объясненій самого отвѣтчика. Въ какой либо повѣркѣ этихъ объясненій едва ли есть надобность, такъ какъ сущность всего дѣла заключается въ томъ, чтобы не потерпѣлъ отъ замѣны интересъ истца.

3) Кроме того и безъ согласія истца допускается замѣна всѣхъ другихъ способовъ обезпеченія достаточною наличною денежною суммою или билетами государственныхъ кредитныхъ установленій по биржевой цѣнѣ, т. е. такъ называемымъ депозитомъ.

Уст. гр. суд. ст. 615; Прав. о произв. ст. 84.

1) Мотивъ подъ ст. 613.

Отдельные способы обезпеченія иска: —

Запрещеніе на недвижимое имущество. Предметомъ запрещенія можетъ быть только опредѣленное(ыя) имѣніе(я) отвѣтчика; общія запрещенія не допускаются вовсе.

Уст. гр. суд. ст. 604, 605.

Наложеніе запрещенія совершается слѣдующимъ образомъ. Судебное установленіе, опредѣлившее наложить запрещеніе, составляетъ запретительную статью, въ которой означается чинъ или званіе, имя, отчество и фамилія или прозвище лица, имѣніе котораго подвергается запрещенію, предметъ дѣла, сумма взысканія и подлежащее запрещенію имѣніе. Всѣ соответствующія свидѣнія обязано доставить суду то лицо, которое ходатайствуетъ объ обезпеченіи его иска. Составленная такимъ образомъ запретительная статья отсылается старшему нотаріусу въ двухъ экземплярахъ. Если имѣніе лежитъ въ нѣсколькихъ уѣздахъ, то запретительныя статьи отсылаются подлежащимъ старшимъ нотаріусомъ въ двухъ экземплярахъ на каждый уѣздъ. По уничтоженіи причины, по которой на недвижимое имѣніе было наложено запрещеніе, составляется и отсылается разрѣшительная статья.

Уст. гр. суд. ст. 616—623, 1528, 1532 — 1535, 1832, 1834; Прилож. къ ст. 616 примѣч. ст. 1 — 21; Прав. о произв. ст. 83.

По наложеніи запрещенія владѣльцу имѣнія запрещается его отчуждать и всячески раззорять, какъ напр. рубить лѣсъ сверхъ хозяйственныхъ нуждъ.

Уст. гр. суд. ст. 610, 611, 1097, 1128, 1528, 1529.

Арестъ движимаго имущества. Аресту можетъ быть подвергнуто не только движимое имущество, находящееся на рукахъ самого отвѣтчика, но и находящееся во владѣніи всякаго третьяго лица и въ присутственномъ какомъ либо мѣстѣ.

Уст. гр. суд. ст. 624.

При этомъ движимость, находящаяся во владѣніи отвѣтчика,

предполагается его собственностью, доколь противное не будет доказано.

Св. зак. т. X ч. I ст. 534.

Арестъ движимаго имущества влечетъ за собою запрещеніе отчуждать или закладывать арестованное (секвестрованное).

Св. зак. т. X ч. I ст. 1394, 1664 п. 2; Гражд. код. ст. 1962.

Не всѣ предметы подлежатъ аресту. Отъ него освобождены:
Движимое имущество, подвергающееся скорой порчи. Предметы, подверженные такой порчѣ, могутъ потерять всякую цѣнность ко времени признанія исковой претензіи, поэтому нѣтъ цѣли арестовывать и хранить эти предметы въ обезпеченіе интересовъ истца. Съ другой стороны нельзя подвергать эти предметы немедленной продажѣ, съ тѣмъ чтобы обезпечить искъ вырученной суммой, ибо исковая претензія можетъ быть и не признана судебнымъ рѣшеніемъ.

Уст. гр. суд. ст. 625 и мотивъ въ изд. Госуд. Канц.

Затѣмъ идетъ цѣлый разрядъ вещей, которыя ни въ какомъ случаѣ не могутъ быть подвергаемы аресту, какъ изъятыя отъ всякаго взыскапія.

Уст. гр. суд. ст. 628, 973 1087.

Другія вещи могутъ быть арестованы лишь за неуплатою у отвѣтчика другаго имущества.

Уст. гр. суд. ст. 628, 974.

Наконецъ, арестъ другихъ предметовъ допускается лишь въ опредѣленной долѣ, какъ жалованье.

Уст. гр. суд. ст. 1084—1086.

Арестъ движимаго имущества, находящагося у третьихъ лицъ, происходитъ по слѣдующимъ началамъ. Исполнительный

листъ объ арестѣ движимаго имущества отвѣтчика, находящагося у третьихъ лицъ, предъявляется этимъ послѣднимъ и отбирается у нихъ росписка, по которой они обязываются не выдавать отвѣтчику подлежащее аресту имущество. Въ то же время отвѣтчику должно быть сообщено о наложеніи ареста на его движимое имущество, находящееся у третьяго лица.

Уст. гр. суд. ст. 631, 632.

Если имущество отвѣтчика или денежные его суммы находятся въ присутственномъ мѣстѣ или у должностнаго лица, то арестъ налагается путемъ передачи исполнительнаго листа, безъ дальнѣйшаго истребованія росписки.

Уст. гр. суд. ст. 633.

Повременные платежи, съдваемые отвѣтчику отъ третьихъ лицъ, по отобранію о томъ отзыва, должны быть представляемы впредь въ то судебное установленіе, которое наложило арестъ, или же въ мѣстное казначейство.

Уст. гр. суд. ст. 635, 636.

Третьи лица, скрывшія имущество должника, подвергаются штрафу и сверхъ того отвѣтственности въ размѣрѣ скрытаго имущества.

Уст. гр. суд. ст. 634, 638—640.

Дѣйствія по аресту движимости заканчиваются въ описи (съ оцѣнкой) арестуемаго и въ принятіи мѣръ къ его охраненію.

Уст. гр. суд. ст. 628, 968, 977.

Описанные предметы поручаются владѣльцу ихъ, т. е. всякому лицу, въ чьемъ владѣніи они находились до ареста (отвѣтчикъ или третье лицо); притомъ отъ него отбирается подписка о храненіи имущества въ цѣлости. Если же владѣлецъ откажется отъ храненія, то арестуемое имущество передается особому (судебно-

му) хранителю¹⁾, который может быть избран по взаимному согласию сторонъ, или назначенъ самимъ судомъ, — или же переносится въ особая помѣщенія.

Уст. гр. суд. ст. 629, 630, 1009; Возможн. суд. уставъ для прибалт. губ. ст. 41; Гражд. Код. 1961—1963.

Поручительство²⁾). Подъ судебнымъ поручительствомъ разумѣется такое обязательственное отношеніе, въ силу котораго одно или нѣсколько стороннихъ лицъ принимаютъ на себя обязанность уплатить истцу отыскиваемую имъ съ отвѣтчика сумму или только часть ея, если судъ постановитъ рѣшеніе въ пользу его истца и отвѣтчикъ окажется неисправнымъ, т. е. не исполнитъ рѣшенія немедленно по предъявленіи ему повѣстки объ исполненіи или только въ случаѣ недостатка имущества на удовлетвореніе присужденнаго съ него взыскапія.

Уст. гр. суд. ст. 650. Ср. Гражд. Код. ст. 2011, 2042.

Устанавливается поручительство или поручною записью, явленною у крѣпостныхъ дѣлъ или у нотариуса, или, если поручитель явится лично передъ судомъ, то особой подпиской, выданной поручителемъ на судѣ, послѣ предварительнаго допроса объ его имущественномъ положеніи.

Уст. гр. суд. ст. 645—649, ст. 1835.

По закону не допускаются къ поручительству слѣдующіе разряды лицъ:

1) Всѣ тѣ, коимъ по закону не дозволяется обязываться договорами, — ибо поручительство есть договоръ.

2) Лица, принадлежащія къ составу судебного управленія и прокурорскаго надзора въ томъ округѣ, гдѣ дѣло производится, — ибо такое участіе въ дѣлѣ можетъ искушать служебную совѣсть.

¹⁾ Gardien judiciaire.

²⁾ Какъ древнѣйшій способъ всякого обезпеченія см. *Кану-стинъ*. Древнее русское поручительство. 1855.

3) Присяжные повѣренныя за своихъ довѣрителей. Основаніе такого запрещенія заключается въ томъ, что, по взгляду законодателя, для интересовъ какъ самихъ тяжущихся, такъ и самого правосудія, не должно быть никакихъ общихъ имущественныхъ интересовъ между вѣрителемъ и повѣреннымъ; они не должны вступать въ какой либо иной договоръ, кромѣ договора на защиту и охрану правъ предъ судомъ.¹⁾

4) Несостоятельныя, — ибо за ними не предполагается имущественныхъ средствъ.

5) Поэтому же всѣ лица, которыхъ отвѣтчикъ поставляетъ въ поручители, но которыхъ состоятельность не будетъ имъ удостовѣрена, по требованію истца, не принимаются въ поручители.

Уст. гр. суд. ст. 643, 645.

Сверхъ данныхъ лицъ не могутъ быть поручителями, по мѣстнымъ законамъ Царства Польскаго, всѣ лица, которыхъ не могутъ быть подвергнуты личному задержанію. Гр. Код. ст. 2040; Уст. гр. суд. ст. 1538. Ср. Гр. Код. ст. 2062, 2066 и Уст. гр. суд. Прилож. къ ст. 1400 ст. 32.

Между нѣсколькими поручителями отвѣтственность можетъ быть или солидарная („во всемъ искѣ“) или каждый изъ поручителей можетъ принять на себя отвѣтственность лишь въ части (pro rata). Въ послѣднемъ случаѣ требуется указаніе на ту сумму, въ которой принимается ручательство.

Уст. гр. суд. ст. 641. Ср. Гражд. К. ст. 2013.

По предмету поручительство можетъ быть въ цѣломъ искѣ или въ части онаго.

Уст. гр. суд. ст. 648.

По условіямъ поручительство можетъ быть или безсрочное, или срочное. Въ первомъ случаѣ поручитель отвѣчаетъ только тогда, когда отвѣтчикъ не удовлетворитъ истца по присужденному ему взысканію; при поручительствѣ же на срокъ поручитель обя-

¹⁾ Ср. *Исаченко*. Гражд. проц. III, 2 стр. 567.

зашь уплатить немедленно по предъявленіи ему повѣстки объ исполненіи.

Уст. гр. суд. ст. 651.

Если не будетъ означено на какихъ условіяхъ ручается поручитель, то признается, что онъ ручается на срокъ. Тутъ предполагается самое полное обезпеченіе уплаты должникомъ тотчасъ по предъявленіи повѣстки объ исполненіи; иначе должна бы была сдѣлана оговорка, ограничивающая отвѣтственность поручителя.

Уст. гр. суд. ст. 642. Ср. Уст. ст. 1537, Гражд. К. ст. 2042, 2043.

Послѣ состоявшагося рѣшенія по существу дѣла, подлежащаго исполненію, истецъ имѣеть право просить о наложеніи запрещенія или ареста на имущество поручителя впродъ до окончательнаго своего удовлетворенія изъ имѣнія самаго отвѣтчика.

Уст. гр. суд. ст. 652.

Отобраніе подписки о невыѣздѣ.—Въ тѣхъ случаяхъ, когда искъ не обезпеченъ однимъ изъ имущественныхъ способовъ обезпеченія, или когда обезпеченіе не полное, можетъ быть примѣнена къ отвѣтчику особая мѣра, — отобраніе подписки о невыѣздѣ.

Уст. гр. суд. ст. 602, 652¹, 1222¹.

За общей отмѣной личнаго задержанія (законъ 7 марта 1879 г.) эта мѣра имѣеть своимъ назначеніемъ лишь побудить отвѣтчика къ доставленію имущественнаго обезпеченія, поставить за себя поручителя или объявить свое имущество¹). Заключается эта мѣра въ томъ, что отвѣтчикъ, давшій подписку о невыѣздѣ, не имѣеть права оставлять своего мѣста жительства или временнаго нахожденія, гдѣ таковая подписка отобрана.

Временное нахожденіе слѣдуетъ отличать отъ кратко-временнаго пребыванія. По листу послѣдняго у отвѣтчика

¹) См. Мотивъ подъ ст. 602.

нельзя требовать подписки о невыѣздѣ. Уст. гр. суд. ст. 562¹ ср. со ст. 206.

Нарушеніе отвѣтчикомъ данной подписки, помимо водворенія виновнаго на прежнее мѣсто, влечетъ за собою еще взысканіе — арестъ до трехъ мѣсяцевъ или штрафъ до 300 р.

Уст. о наказ. налаг. мир. судьями ст. 63.

Въ случаѣ отказа отвѣтчика дать подписку о невыѣздѣ, ее должно вполнѣ замѣнять удостовѣреніемъ пристава о такомъ отказѣ¹⁾.

Уст. гр. суд. ст. 284 по примѣненію ст. 9.

Подписка о невыѣздѣ возвращается отвѣтчику:

1) Когда онъ укажетъ суду тѣ средства, которыя могутъ служить имущественнымъ обезпеченіемъ предъявленнаго иска. Тутъ исчезаетъ основаніе на дальнѣйшее стѣсненіе свободы отвѣтчика.

2) Когда прошло два мѣсяца со дня вступленія рѣшенія въ законную силу или со дня обращенія его къ предварительному исполненію, если, при этомъ, до истеченія даннаго срока истецъ не просилъ о вызовѣ должника для заявленія о средствахъ къ удовлетворенію взысканія.

3) Когда отвѣтчикъ сдѣлаетъ объявленіе, что у него нѣтъ никакихъ средствъ, или болѣе тѣхъ, которыя извѣстны истцу, для удовлетворенія долга. Въ этомъ случаѣ съ возвращеніемъ отобранной подписки истцу предоставляется право принимать мѣры къ объявленію отвѣтчика несостоятельнымъ.

Уст. гр. суд. ст. 652², 1222³.

Обезпеченіе доказательствъ.

Обезпеченіе доказательствъ²⁾ есть предварительное, даже

1) *Исиченко*. Гражд. проц. т. III вып. 2 стр. 578.

2) *Sicherung des Beweises*.

раньше самого начала процесса, установление обстоятельств ¹⁾, путем проверки данных доказательств. Преждевременное такое доказывание вызывается опасением лишиться возможности совершить это поздне, вследствие ожидаемых событий. Так, напр., единственный свидетель моего права, подлежащего оспариванию, безнадежно болен. В виду возможной его смерти до судебного разбирательства для меня предоставляется право требовать о допросе моего единственного свидетеля теперь же. Противное могло бы повести к потере самого моего права.

Итак обеспечение доказательств допускается, по нашему праву, в тех случаях, когда проверка их впоследствии будет „невозможной или весьма затруднительной“. Поэтому в просьбе об обеспечении должно быть указано „основание, по которому проситель ходатайствует об обеспечении“ доказательств. Из этого основания суд сам усмотрит необходимость или неосновательность к принятию меры обеспечения.

Уст. гражд. суд. ст. 82¹, 82⁴ п. 3. -- Civilproz. Ordn. §§ 447, 449 п. 4.—По германскому процессуальному праву предварительная проверка доказательств допускается при согласии противной стороны и в тех случаях, когда нет опасения в позднейшей невозможности или затруднительности сделать эту проверку. Civilpr. Ordn. § 450. Цель тут—не в обеспечении доказательств, а в скорейшем окончании спора. *Fitting. Der Reichs — Civilprocess 7 Aufl.* p. 478.

Затем, не все обстоятельства могут быть предметом предварительного установления. Закон допускает это лишь для тех обстоятельств, которые могут быть удостоверены показанием свидетелей, осмотром на месте, или заключением сведущих людей.

Уст. гражд. суд. ст. 82¹. -- Тоже в Civilproz. Ordn. § 447.

Таким образом нельзя просить предварительной проверки

¹⁾ Beweis zum ewigen Gedächtnisse.

чрезъ дознаніе околныхъ людей, признаніе, присягу и сообщеніе письменныхъ документовъ.

Просить объ обезпеченіи доказательствъ можно не только послѣ уже предъявленнаго иска, но даже и до его предъявленія. Все сводится къ тому, чтобы собрать эти доказательства до положеннаго правилами производства времени.

Уст. гражд. суд. ст. 82².

Въ случаѣ допущенія обезпеченія доказательствъ, примѣняются общія правила объ осмотрѣ на мѣстѣ, о показаніяхъ свидѣтелей и заключеніи свѣдующихъ людей.

Уст. гр. суд. ст. 82⁶.

Затѣмъ по своимъ послѣдствіямъ обезпеченіе „не предѣшаетъ вопроса о допущеніи и силѣ ихъ по тому дѣлу, для котораго проситель ходатайствовалъ о принятіи мѣръ обезпеченія“, т. е. предварительная повѣрка доказательствъ не лишаетъ судъ права ихъ оцѣнки при разсмотрѣннн дѣла по существу, равно какъ не лишаетъ права и тяжущагося относиться такъ или иначе къ добытому такимъ путемъ матеріалу.

Уст. гр. суд. ст. 82⁸. Сравни. Civilproz. § 454.—Уст. гр. суд. ст. 369¹; Прав. о производ. суд. дѣлъ, подвѣд. зем. нач. и город. судѣ ст. 51¹.

Дмитрий Азаревичъ.

ДМИТРИЙ АЗАРЕВИЧЪ.

СУДОУСТРОЙСТВО И СУДОПРОИЗВОДСТВО

ПО

ГРАЖДАНСКИМЪ ДѢЛАМЪ.

УНИВЕРСИТЕТСКИЙ КУРСЪ.

ТОМЪ II.

ВЫПУСКЪ ВТОРОЙ.

**Законная сила судебныхъ рѣшеніи.
Третьейснй судъ.**



ВАРШАВА.

ТИПОГРАФІЯ ВАРШАВСКАГО УЧЕБНАГО ОКРУГА

Браковское-Предмѣтье № 3.

1896.

Печатано по опредѣленію Совѣта Императорскаго Варшавскаго Університета.

Ректоръ *П. И. Ковалевскій*

Законная сила судебного рѣшенія ¹⁾).

Окончательнымъ плодомъ судебного примѣненія положительнаго права является такъ называемая законная сила.

Общее понятіе о законной силѣ рѣшенія.

Подъ законной силой судебного рѣшенія (*auctoritas rei iudicatae* ²⁾), *l'autorité de la chose jugée*, *Rechtskraft des Urtheils*) разумѣется такое свойство этого судебного постановленія, въ силу какового свойства оно измѣняемо уже не можетъ быть, какъ содержащее въ себѣ безповоротное признаніе надлежащимъ органомъ

¹⁾ *Будзинскій*. О силѣ судебныхъ рѣшеній въ гражданскомъ и уголовномъ процессахъ 1861; *Миловидовъ*. Законная сила судебныхъ рѣшеній 1875; *Гольмстенъ*. Принципъ тождества въ гражданскомъ процесѣ (въ Юридическихъ изслѣдованіяхъ и статьяхъ 1894 г. стр. 251—381).

Endemann. Das Prinzip der Rechtskraft 1861; *Krüger*. Processualische Consumtion und Rechtskraft des Erkenntnisses 1864; *Freudenstein*. Ueber die Rechtskraft nach der Reichscivilprocessordnung 1881; *Rümelin*. Zur Lehre von der exceptio rei iudicatae 1875; *Klippel*. Die Einrede der Rechtskraft 1882; *Bernatzik*. Rechtsprechung und materielle Rechtskraft 1886.

Griolel. De l'autorité de la chose jugée 1868.

²⁾ Выраженіе „*res iudicata*“ обозначало у римлянъ вообще рѣшенное дѣло. Значеніе законной силы стали соединить съ этими словами впервые въ западномъ каноническомъ правѣ. *Bolgia-no*. Handbuch des Reichs-Civil-Prozessrechts 1879 p. 362.

государственной власти предположеній необходимыхъ для приложенія къ данному случаю данныхъ началъ права; а по всему этому всякій новый судебный споръ о рѣшенномъ такимъ образомъ дѣлѣ закрыть навсегда ¹⁾.

Ученіе о законной силѣ принадлежитъ къ числу такихъ вопросовъ, которые въ настоящее время всего болѣе нуждаются въ новой обработкѣ ²⁾.

Обосновывается законная сила судебного рѣшенія слѣдующими соображеніями.

Рѣшеніе, какъ актъ, опредѣляющій взаимныя притязанія сторонъ, въ самомъ себѣ содержитъ отрицаніе вторичнаго судебного разсмотрѣнія уже улаженнаго судомъ спора ³⁾. Затѣмъ, прочность юридическаго порядка, опредѣленность, извѣстность, увѣренность въ правовомъ быту,—все это настоятельно требуетъ, чтобы окончательно порѣшенное судомъ дѣло считалось порѣшеннымъ на всегда ⁴⁾. Но если бы тяжущимся сторонамъ предоставлено было право, по произволу, вновь подымать правовой споръ, уже однажды порѣшенный судомъ, то этому спору не было бы конца. Въ-стѣ же съ тѣмъ и само отправленіе юрисдикціи лишено было бы всякаго смысла и оправданія; судъ постановлялъ бы рѣшеніе и принималъ бы мѣры къ его исполненію, а стороны снова вступали бы въ споръ по тому же предмету, разрушая все предшествующее судебное производство;—и такъ безъ конца.

Въ силу всего сказаннаго вытекаетъ настоятельность того правила, что, при существованіи формально окончательнаго рѣшенія, повтореніе того же судебного спора не допускается.

¹⁾ Сравн. опредѣленія *Миловидова cit. стр. 9, Малмшева. Курсъ т. 1 стр. 433.*

²⁾ *Schollmeyer* въ *Archiv f. d. civil. Praxis* Bd. 76 p. 438.

³⁾ *Kohler. Prozessrechtliche Forschungen* 1889 p. 90.

⁴⁾ L. 1 D. de re judic. 42, 1: *res judicata dicitur, quae finem controversiarum pronuntiatione judicis acceperit.* — Поэтому западные канонисты причисляли возраженіе о законной силѣ къ числу *exceptiones litis finitae*. *Güyet. Ueber die exceptio litis finitae* (въ *Zeitschr. f. Civilr. u. Process* VII p. 443, 446, 448, 449).

Bis de eadem re ne sit actio. Quintil. VII. 6, 4.—L. 6 D. 44, 2. — О происхождении этого правила см. у *Krüger*. *Processualische Consumtion* p. 2—6.

Начало законной силы судебных рѣшеній можетъ во многихъ случаяхъ вести къ несправедливымъ послѣдствіямъ, превращая матеріальное неправо въ формальное право. Но интересы правопорядка выше подобныхъ возможныхъ случайностей ¹⁾. При этомъ законная сила составляетъ не единственный институтъ, который обязанъ своимъ существованіемъ данному соображенію ²⁾; таже идея лежитъ въ основѣ давностного владѣнія, исковой давности, и др.

Не смотря на изложенныя основанія признанія за судебными рѣшеніями законной силы, послѣдней нельзя придавать характера публичнаго порядка. Хотя законная сила и установлена въ интересѣ публичномъ, но выгода, приобретаемая изъ нея, — чисто частнаго характера. Поэтому заинтересованныя стороны могутъ, по явному или молчаливому соглашенію, считать предшествовавшее рѣшеніе за несостоявшееся, и никому до этого нѣтъ дѣла ³⁾. Такимъ образомъ судья не имѣетъ права отказать ех officio въ разсмотрѣніи дѣла уже до того рѣшеннаго судомъ ⁴⁾.

Уст. гражд. суд. ст. 589, сравн. со ст. 584: судъ обязанъ....

Лишь при отсутствіи такого соглашенія второе рѣшеніе, „какъ постановленное съ нарушеніемъ законной силы прежняго рѣшенія“, можетъ быть отмѣнено по просьбѣ заинтересованнаго лица.

¹⁾ Весьма немногія правовыя системы не признаютъ начала неизмѣнности судебного рѣшенія. Къ числу ихъ относится англійское общее право (common law), по которому отвергнутый искъ могъ всегда снова быть возбужденнымъ. *Freudenstein cit.* p. 2, 3.

²⁾ Cicero in Orat. p. P. Sulla: Status reipublicae maxime iudicatis rebus continetur.

³⁾ *Griololet cit.* p. 177.

⁴⁾ *Bolghiano*. Handbuch des Reichs-Civil-Prozessrechts p. 383.

Уст. гражд. суд. ст. 589. Касс. рѣш. 1870 № 639.—
Civilproz. Ordn. § 543 № 7а.—Code de proc. civ. 480, 504.

Расчленение законной силы.—Въ гражданскомъ правѣ различаютъ формальную и матеріальную законную силу. Первая касается судебного производства и составляетъ принадлежность рѣшенія, не подлежащаго обжалованію никакимъ изъ обыкновенныхъ способовъ. Вторая выражается во вліяніи формально окончательнаго рѣшенія на сущность и объемъ спорнаго права.

Подробнѣе каждая изъ этихъ сторонъ законной силы проявляется въ слѣдующихъ выводахъ.

Съ формальной стороны законная сила рѣшенія ¹⁾ проявляется въ невозможности для бывшихъ тяжущихся вновь возбуждать поконченный этимъ рѣшеніемъ споръ и въ невозможности для судебныхъ и иныхъ государственныхъ учреждений перерѣшать улаженное даннымъ рѣшеніемъ дѣло ²⁾. Съ этой стороны рѣшеніе будетъ окончательнымъ, будетъ обладать качествомъ неоспоримости ³⁾. Такое рѣшеніе устраняетъ всякую неизвѣстность по данному дѣлу ⁴⁾. Поэтому, на примѣръ, мировое соглашеніе будетъ недействительно, если въ него вступили послѣ состоявшагося рѣшенія, ибо всякое мировое соглашеніе предполагаетъ сомнительность отношенія ⁵⁾.

Съ точки зрѣнія подобнаго вывода высказанное въ рѣшеніи постановленіе считается за формальную истину, хотя бы оно въ дѣйствительности и не отвѣчало матеріальному праву. Законная сила съ формальной стороны ведетъ для тяжущихся къ установленію формальнаго права по спорному правоотношенію, въ проти-

¹⁾ Formelle Rechtskraft.

²⁾ Св. зак. т. X ч. 2 ст. 634: „тяжбы, по коимъ рѣшеніе вступило въ окончательную силу, вновь вчиняемы и перевершаемы быть не могутъ. . . .“

³⁾ Unanfechtbarkeit. Civilproz. Ordn. § 645.

⁴⁾ L. 23 § 1 D. 12, 6: . . .sententia indubitata, quae nullo remedio attentari potest.

⁵⁾ L. 1; L. 7 § 1 D. 2, 15; L. 32 C. 2, 4.—Уст. гражд. суд. ст. 1357: . . . о желаніи окончить производящееся . . . дѣло примиреніемъ. . . ; Ст. 1365: Уступки сторонъ. . .

воположность къ возможному матеріальному неправу. Общимъ правиломъ признается, что правоотношеніе тяжущихся на самомъ дѣлѣ соответствуетъ тому, какъ это установлено въ рѣшеніи; признается это даже и въ томъ случаѣ, когда такая установка основана на заблужденіи судьи ¹⁾.

Res judicata pro veritate accipitur. L. 207 D. 50, 17 L. 25 D. 1, 5.—Иногда законную силу опредѣляютъ въ смыслѣ „фикціи истины“ (*Savigny. System Bd. VI § 280*, а за нимъ и другіе, какъ напр. *Freudenstein cit. p. 6; 7*), но это не точно: рѣшеніе получаетъ законную силу какъ въ томъ случаѣ, когда оно идетъ въ разрѣзъ съ дѣйствительнымъ правомъ, такъ и въ томъ случаѣ, когда оно совпадаетъ съ нимъ. Въ послѣднемъ случаѣ совсѣмъ нельзя говорить о фикціи (*Wetzell. Civilprozess p. 570*). Но помимо того само представленіе „фикціи правды“ есть логическое противорѣчіе и въ примѣненіи къ судебному рѣшенію представляется весьма страннымъ — этимъ какъ бы хотятъ сказать, что сознательно неистинное выдается за истинное (*Büllow* въ *Archiv f. d. civilist. Praxis Bd. 62 p. 95*). Судебное рѣшеніе создаетъ формальное право, но не въ томъ смыслѣ, что за его спиною считается возможнымъ существованіе другого дѣйствительнаго, непризнаннаго, такъ сказать матеріальнаго, права, а въ томъ смыслѣ, что, признавая дѣйствительное право, какъ представляющееся суду единственно истиннымъ, рѣшеніе составляетъ формальную основу, для сторонъ, такого признанія (ср. *Klöppel cit. p. 60—67*).

Это законное предположеніе, которое никакимъ доказательствомъ разрушено не можетъ быть.

Гражд. Код. ст. 1350 п. 3; ст. 1352.

Отсюда слѣдуетъ, что рѣшеніе есть собственно правопроизводящій и правоуничтожающій актъ, когда имъ бесспорно устанавливаются несуществующія права, или безповоротно не признаются дѣйствительныя права ²⁾. Таково значеніе рѣшенія, по воз-

¹⁾ L. 65 § 2 D. 36, 1; L. 12 § 3 D. 38, 2; L. 1 § 4 D. 43, 30; L. 56 D. 42, 1.

²⁾ *Canstein. Lehrbuch des Civilprozesses Bd. 1 p. 605, 606.*

возможнымъ его результатамъ, для правоотношеній сторонъ, но съ вѣншей стороны оно будетъ всегда только декларативнымъ актомъ¹⁾. Если истцу по чему либо несправедливо отказано въ правѣ, то это не значитъ, что у него отнимается это право, тутъ только устанавливается, что данное право ему не принадлежало, какъ въ противномъ случаѣ признается данное право, какъ уже принадлежавшее ему²⁾.

По всему сказанному окончательное судебное рѣшеніе имѣетъ силу закона для того дѣла, по которому оно состоялось.

Ex sententia fit jus L. 3 pr. D. 25, 3; L. 3 pr. C. 7, 54.

—Основн. зак. ст. 68.

Такое значеніе рѣшенія ограничивается строго лишь даннымъ дѣломъ; силы общаго закона оно не имѣетъ и потому лишено обязательности для всѣхъ и не можетъ служить основаніемъ для окончательныхъ рѣшеній по однороднымъ дѣламъ.

Касс. рѣш. 1879 № 374; 1871 № 465; 1876 № 329.

Какъ законъ по данному дѣлу, рѣшеніе, вошедшее въ законную силу, становится обязательнымъ не только для заинтересованныхъ сторонъ, но и для постановившаго его суда и для всѣхъ вообще судебныхъ и иныхъ государственныхъ учрежденій.

Уст. гражд. суд. ст. 893. Сравн. ст. 700, 891. — Civilprozess. Ordn. § 289.

Итакъ законная сила рѣшенія съ формальной стороны состоитъ въ невозможности оспаривать его какими либо обыкновенными правовыми средствами.

Авторитетъ истинности, соединенный съ рѣшеніемъ, вошедшимъ въ законную силу, оказываетъ существенное вліяніе на правоотношеніе сторонъ. Спорное до того правоотношеніе устанавливается окончательно, сомнительное правовое притязаніе превращается въ несомнѣнное, въ смыслѣ окончательнаго его призна-

¹⁾ L. 8 §4 D. 8, 5. — Другія мѣста см. у Windscheid. Pandekt. 1 § 127 p. 343 not. 3.

²⁾ Unger. Privatr. II p. 619.

нія или отверженія. Такое вліяніе рѣшенія на права сторонъ, подвергнутыя судебному спору, образуетъ понятіе законной силы съ матеріальной стороны¹⁾, regim judicatarum auctoritas²⁾.

Выражается законная сила рѣшенія съ матеріальной стороны во 1) въ томъ, что состоявшееся рѣшеніе можетъ быть приведено въ исполненіе³⁾, на сколько рѣшеніе присуждаетъ одну изъ сторонъ къ какому либо дѣйствию; выдается исполнительный листъ, по которому происходитъ принудительное исполненіе рѣшенія;

Уст. гражд. суд. ст. 924, 814.—Civilproz. Ordn § 644.

и во 2) въ томъ, что заинтересованная сторона можетъ остановить вторичное разсмотрѣніе того же дѣла, заявивъ возраженіе о рѣшенномъ дѣлѣ, exceptio rei judicatae. Возраженіе это матеріально правового характера.

Саксон. Улож. § 176; Гражд. Код. ст. 1351; Уст. гражд. суд. ст. 589.—*Гольмстенъ* (Принц. тожд. стр. 352) считаетъ exceptio rei judicatae за отводъ, за отрицаніе одного изъ условій возникновенія процесса. Но, какъ указано, это возраженіе, кромѣ чисто процессуальнаго характера, выражаетъ собою и матеріально-правовое отношеніе, вытекающее изъ постановленнаго рѣшенія. *Kohler. Prozessrechtliche Forschungen* 1889 p. 91—93.

Такимъ образомъ истецъ, котораго право не признано, отвергнуто, не можетъ вновь начать процесса о томъ же; подавно, не можетъ онъ домогаться вторичнаго признанія и удовлетворенія отъ отвѣтчика, когда право его было признано и осуществлено въ прежнемъ процессѣ; не можетъ и присужденный отвѣтчикъ пытаться стряхнуть съ себя дѣйствительность рѣшенія, оспаривая его и прося снова разсмотрѣть права бывшего истца. Однимъ словомъ о томъ же не можетъ быть вторично начать споръ какъ той, такъ и другой стороной. Судебнымъ рѣшеніемъ, какъ сказано, предполагается установленной та истина, которую искали тяжу-

1) *Materielle Rechtskraft.*

2) *Unger. Privatr. II p. 617, 718.*

3) *Vollstreckbarkeit; actio judicati.*

щієся, а потому они должны подчиниться ему; не может изменить его и самъ судъ, постановившій рѣшеніе.

Уст. гр. суд. ст. 891.

Право на возраженіе о рѣшенномъ дѣлѣ не погашается никакою давностью. Лишь право на исполненіе рѣшенія съ истеченіемъ давностнаго срока можетъ быть погашено, но само рѣшеніе постановляется на всегда; ссылка на него возможна по истеченіи любого времени ¹⁾.

Оба послѣдствія законной силы рѣшенія съ матеріальной стороны сами по себѣ не связаны непремѣнно всегда съ формальной законной силой ²⁾. Это видно, напримѣръ, въ случаяхъ предварительнаго исполненія, когда рѣшеніе можетъ быть обжаловано, и въ правѣ отвода въ силу состоявшагося рѣшенія, подлежащаго еще обжалованію.

Уст. гражд. суд. ст. 736—742; ст. 589.

Предметъ законной силы.

Въ законную силу могутъ вступать прежде всего постановленія суда по существу искового требованія, т. е. его рѣшенія.

Уст. гражд. суд. ст. 700, 891.

При этомъ способны получать законную силу рѣшенія всѣхъ судовъ, какъ обыкновенныхъ (общихъ, мировыхъ), такъ и специальныхъ (торговыхъ, волостныхъ, духовныхъ), какъ правительственныхъ, такъ и частныхъ (судовъ третейскихъ).

Касс. рѣш. 1870 № 646; 1879 № 81. — 1873 №1109.—
1882 № 142.

Мало того, законную силу могутъ получать рѣшенія не только туземныхъ, но и иностранныхъ гражданскихъ судовъ ³⁾.

¹⁾ *Griolel* cit. p. 175.

²⁾ *Klöppel* cit. p. 4.

³⁾ *Малышевъ*. Курсъ 1 стр. 434; *Побѣдоносцевъ*. Судебное Руководство тезисы 1105, 1149.

Уст. гражд. суд. ст. 1273—1281.—Касс. рѣш. 1881 № 32.

Наконецъ, подобное законной силѣ имѣютъ значеніе постановленія правительственныхъ мѣстъ и лицъ въ предѣлахъ опредѣленнаго закономъ круга ихъ дѣйствій и власти.

Уст. гражд. суд. ст. 1 примѣч.—Касс. рѣш. 1883 № 84.

Всѣ иныя распоряженія правительственныхъ мѣстъ или лицъ не мѣшаютъ предъявленію иска въ судебныя установленія и потому лишены значенія подобнаго законной силѣ.

Уст. гражд. суд. ст. 2, 3.

Далѣе, не всякое судебное рѣшеніе вступаетъ въ законную силу. Для того оно должно быть окончательнымъ ¹⁾, т. е. не подлежащимъ обыкновеннымъ способамъ обжалованія—апелляціи и отзыву.

Для рѣшеній неокончательныхъ законная сила будетъ только временная, пока не осуществится право обжалованія ²⁾. Лишь съ того момента, когда рѣшеніе уже не можетъ быть обжаловано по существу, оно вступаетъ въ дѣйствительную законную силу, т. е. съ момента, когда оно становится окончательнымъ.

Окончательными же рѣшеніями будутъ:

1) Рѣшенія высшихъ инстанцій, какъ-то мировыхъ, уѣздныхъ сѣздовъ и судебныхъ палатъ, съ момента провозглашенія резолюціи ³⁾.

2) Рѣшенія судовъ первой инстанціи, какъ-то мирового, городского судьи, земскаго начальника, окружнаго суда, по которымъ рѣшеніямъ пропущены сроки для подачи отзыва и апелляціи.

Уст. гражд. суд. ст. 892, ст. 156 пп. 2, 3; ст. 184; Прав. о произв. суд. дѣлъ у зем. нач. ст. 103 пп. 2, 3; ст. 127.

Если обжалована будетъ только часть рѣшенія, то въ законную силу вступаетъ лишь оставшая, необжалованная его

1) Einführungsg. z. Civilproz. Ordn. § 19.

2) См. Civilproz. Ordn. § 645.

3) Касс. рѣш. 1869 № 296.

часть; если только послѣдняя не стоитъ въ неразрывной связи съ первой ¹⁾).

На этомъ основано то начало, что апелляціонный судъ не можетъ постановлять рѣшенія менѣе благопріятнаго для аппелятора, чѣмъ то установлено въ обжалуемомъ рѣшеніи (т. наз. *reformatio in pejus*). Апелляціонный судъ долженъ ограничиться лишь обжалуемымъ на измѣненіе. Уст. гражд. суд. ст. 773; *Civilproz.* § 498.

Однаковое значеніе съ необжалованіемъ имѣетъ принесеніе отзыва и апелляціи, по чему либо не принятыхъ или возвращенныхъ судомъ. Съ другой стороны просьба о возстановленіи пропущеннаго срока на подачу апелляціи не останавливаетъ вступленія рѣшенія въ законную силу.

Уст. гражд. суд. ст. 778—782.—Касс. рѣш. 1879 № 32.

При соучастіи въ процессѣ обжалованіе однимъ изъ соучастниковъ останавливаетъ вступленіе рѣшенія въ законную силу для остальныхъ соучастниковъ только при извѣстныхъ условіяхъ ихъ взаимныхъ отношеній ²⁾). Точно также и обжалованіе третьимъ лицомъ-пособникомъ останавливаетъ вступленіе рѣшенія въ законную силу по отношенію къ тяжущемуся ³⁾ въ силу того, что данное дѣло—не дѣло третьяго лица, предметъ обжалованія—рѣшеніе для стороны, а не для третьяго лица ⁴⁾).

3) Рѣшенія низшихъ судовъ первой инстанціи, какъ-то мирового, городского судьи, земскаго начальника, по каковымъ рѣшеніямъ не допускается апелляціонное обжалованіе.

Уст. гражд. суд. ст. 156 п. 1; Прав. произв. суд. д. у зем. нач. ст. 103 п. 1. — Объ окончательныхъ дѣлахъ въ коммерческомъ судѣ см. Уст. судопроизв. торг. ст. 53.

1) *Анненковъ.* Опытъ комментар. IV стр. 267.

2) См. *Азаревичъ.* Судоустр. и судопроизв. по гражд. дѣламъ т. I в. 2 стр. 354, 355.

3) *Вербловскій* въ Журн. гражд. и уголовн. пр. 1882 кн. 9 стр. 86.—Наоборотъ *Анненковъ.* Опытъ коммент. т. IV стр. 267.

4) См. *Азаревичъ.* Судоустр. и судопр. I, 2 стр. 365, 366.

4) Рѣшенія судовъ третейскихъ, какъ не подлежащія обжа-
лованію по существу.

Уст. гражд. суд. ст. 1393.—Саксон. Улож. ст. 1006.

Выходя изъ точки зрѣнія на законную силу, какъ на такое качество судебного рѣшенія, въ силу какового качества за нимъ устанавливается значеніе формальной истины, абсолютнаго авторитета, — слѣдовало бы собственно допустить за рѣшеніемъ эту законную силу лишь тогда, когда его нельзя подвергнуть не только обыкновенному порядку обжалованія (апелляціи, отзыву), но и чрезвычайному способу обжалованія, просьбѣ объ отмѣнѣ рѣшенія ¹⁾. Однако въ большинствѣ законодательствъ этого начала не встрѣчается ²⁾. Законная сила обыкновенно признается въ полномъ составѣ для рѣшеній окончательныхъ, не смотря на чрезвычайное обжалованіе, до того какъ они не будутъ отмѣнены, и не смотря даже на возможную приостановку исполнительн. ихъ силы ³⁾. Невозможность обжалованія рѣшенія какъ обыкновеннымъ, такъ и чрезвычайнымъ, способомъ, имѣетъ лишь то послѣдствіе, что предположеніе объ его истинности теперь уже не можетъ быть разрушено ⁴⁾, или, какъ говорятъ, теперь рѣшеніе вступаетъ въ окончательную законную силу ⁵⁾.

Ср. Св. зак. т. X ч. 2 ст. 632, 633.

У насъ, въ общемъ, это можетъ наступить лишь по истеченіи десяти лѣтъ съ того времени, какъ состоялось рѣшеніе ⁶⁾.

Уст. гражд. суд. ст. 806. Ср. Civilproz. Ord. § 549
Abs. 2.

¹⁾ Такъ смотрятъ на законную силу, напр., *Unger. Privatr.* II p. 604п. 6; *Ullmann. Civilproz.* p. 177 п. 3.

²⁾ *Миловидовъ cit.* стр. 9 ш. 1, 2.

³⁾ По закону 9 іюля 1893 г. Уст. гр. суд. ст. 814, 814¹⁻².

⁴⁾ Иногда различаютъ законную силу въ обыкновенномъ смыслѣ и законную силу въ болѣе строгомъ смыслѣ. См. напр. *Canstein. Lehrbuch d. Civilproz.* Bd. 1 1893 p. 199, 200.

⁵⁾ *Griolel cit.* p. 90.

⁶⁾ *Малышевъ.* Курсъ I стр. 429.

Итакъ законная сила относится къ рѣшеніямъ, не подлежащимъ обжалованію только обыкновенными его способами, т. е. апелляціей и отзывомъ ¹⁾.

Sententia, quae appellatione rescindi non potest. — Касс. рѣш. 1879 № 32.

По этому, если послѣ окончательнаго рѣшенія обнаружатся такія обстоятельства дѣла, которыя, при своевременномъ представленіи, могли измѣнить самую сущность постановленнаго рѣшенія, то это даетъ право просить лишь о пересмотрѣ рѣшенія, но не даетъ права на возбужденіе иска о томъ же дѣлѣ, или права при-сужденнаго отвѣтчика на предьявленіе иска къ бывшему истцу объ обратномъ взыскаініи присужденнаго съ него, бывшаго отвѣтчика.

Уст. гражд. суд. ст. 187, 794. Прав. пр. суд. д. у зем. нач. ст. 129 п. 3.

Предметомъ законной силы, какъ сказано выше, могутъ быть лишь судебныя рѣшенія, т. е. постановленія суда по существу дѣла; въ общемъ она не распространяется на частныя опредѣленія суда.

Уст. гражд. суд. ст. 891. Касс. рѣш. 1878 № 276; 1886 № 33; 1877 № 315; 1879 № 147.—По уставу судопроизводства торговаго ст. 381 общимъ началомъ допускается вступленіе въ законную силу опредѣленій частныхъ. Неточность такого начала отмѣчена 4 Департаментомъ Сената 1885 г. за № 290.

Съ измѣнившимися обстоятельствами тотъ же судъ, который постановилъ данное опредѣленіе, можетъ и отмѣнить или измѣнить его.

Уст. судопр. торг. ст. 368.—Касс. рѣш. 1873 № 1; 1874 № 773; 1876 № 520; 1877 № 270; 1878 № 520; 1879 №№ 160, 371; 1881 № 77.

¹⁾ *Побѣдоносцевъ. Судебн. Рук. тезисъ 1114.*

Частныя опредѣленія обыкновенно не заключаютъ въ себѣ окончательнаго признанія правъ того или другого тяжущагося ¹⁾. Содержа въ себѣ устройство случайныхъ и временныхъ вопросовъ, частныя опредѣленія подлежатъ необходимо, съ измѣнившимися обстоятельствами, не только отиѣнѣ, но и замѣнѣ другими опредѣленіями. Такъ, судъ опредѣляетъ допросить свидѣтелей ²⁾, а ссылающійся на нихъ тяжущійся отказывается отъ соответствующаго требованія; судъ опредѣляетъ наложить, въ обезпеченіе иска ³⁾, запрещеніе на недвижимое имущество отвѣтчика, а этотъ послѣдній представляетъ, въ обезпеченіе того же, надлежащую сумму денегъ ⁴⁾; и т. п.

Точно также и опредѣленія по дѣламъ охранительнаго порядка всегда могутъ быть измѣнены самимъ судомъ, когда съ измѣненіемъ обстоятельствъ вновь предъявлено ходатайство заинтересованнаго лица ⁵⁾. Охранительное производство имѣетъ своимъ назначеніемъ не утверждать спорныхъ правъ ⁶⁾, а только удостоверить существованіе права безспорнаго ⁷⁾ на основаніи представленныхъ суду данныхъ. Напримѣръ, предъявлена просьба объ утвержденіи въ правахъ наследства по закону, на основаніи родства съ наследодателемъ; предъявлена просьба о признаніи права собственности, на основаніи владѣнія въ теченіи земской давности. Если при первомъ ходатайствѣ не будутъ представлены доказательства родства, а во время второго срокъ давности еще не будетъ выполненъ, — то судъ своимъ опредѣленіемъ откажетъ въ удовлетвореніи данныхъ просьбъ. Но судъ можетъ, по новому прошенію о томъ же, постановить обратное опредѣленіе, когда обстоятельства, при которыхъ прошенія эти заявлены, будутъ иныя:

¹⁾ *Griolet cit.* p. 118.

²⁾ Касс. рѣш. 1871 № 506.

³⁾ Касс. рѣш. 1875 № 633.

⁴⁾ Мотивы къ ст. 891 изд. Госуд. Канц. стр. 430, 431.

⁵⁾ *Bonfils. Traité de la procéd. civ.* p. 933.

⁶⁾ *Griolet cit.* p. 86.

⁷⁾ *Азаревичъ. Судоустр. и судопр. по гр. дѣл. т. I в. 1* стр. 19—21.

представлены доказательства родства, земская давность выполнена ¹⁾. В частности тоже можно сказать об опредѣленіяхъ по принятію мѣръ охраненія имущества ²⁾.

Такое право измѣнять свои опредѣленія принадлежитъ суду лишь до тѣхъ поръ, пока дѣло въ немъ производится, т. е. до момента постановленія рѣшенія по существу. Подавно такія опредѣленія въ охранительномъ порядкѣ производства могутъ быть отмѣняемы по позднѣйшему иску въ другомъ судѣ ³⁾.

Но всегда отступленіе отъ опредѣленій допускается только при измѣненіи обстоятельствъ дѣла. При отсутствіи этого условія судъ лишенъ права отмѣнять или измѣнять свои опредѣленія, наравнѣ со своими рѣшеніями.

Касс. рѣш. 1870 № 189.

Итакъ по общему началу законная сила не распространяется на судебныя опредѣленія. Но нѣкоторыми частными опредѣленіями разрѣшаются вопросы о правѣ по существу. Для извѣстныхъ требованій закономъ установлено не тяжбное, а особенное частное производство. Въ этихъ случаяхъ частныя опредѣленія, имѣя для сторонъ значеніе судебныхъ рѣшеній, приобрѣтаютъ, подобно послѣднимъ, законную силу и потому не должны подлежать ни измѣненію, ни отмѣнѣ, въ какомъ бы порядкѣ требованіе объ этомъ ни было заявлено ⁴⁾. Подобныя опредѣленія съ характеромъ рѣшеній могутъ быть постановлены и въ охранительномъ производствѣ.—Въ качествѣ примѣра ⁵⁾ опредѣленій разсматриваемаго свойства можно привести слѣдующіе случаи: опредѣленіе объ укрѣпленіи имѣнія за купившимъ оное съ публичныхъ торговъ; опредѣленіе объ укрѣпленіи имѣнія за залогодержателемъ въ сумѣ закладной, въ тѣхъ случаяхъ, когда окончательные на оныя

¹⁾ *Исаченко.* Гражд. процессъ т. IV в. IV 1894 ст. 808 — 813.

²⁾ Касс. рѣш. 1869 № 649.

³⁾ *Побѣдоносцевъ.* Судебн. Руковод. тезисъ 1502 и 1503.

⁴⁾ Касс. рѣш. 1890 № 73.

⁵⁾ См. *Исаченко* *cit.*, стр. 786—788.

торги не состоятся; опредѣленія суда о распредѣленіи между кредиторами взысканной суммы ¹⁾).

Уст. гражд. суд. ст. 1164, 1068 п. 2; 1187.—Касс. рѣш. 1873 № 1; 1879 № 191; 1881 № 147; 1889 № 117.

Затѣмъ сюда же относятся опредѣленія по дѣламъ о выкупѣ родовыхъ имуществъ, по дѣламъ о судебномъ раздѣлѣ наслѣдства. Дѣламъ этого рода нельзя не придавать характера искового и въ опредѣленіяхъ по нимъ нельзя не видѣть какъ бы рѣшеній по существу правъ, каковыя опредѣленія, поэтому, могутъ быть обжаловаемы апелляціоннымъ и кассационнымъ порядками.

Уст. гражд. суд. ст. 1409—1423 (ст. 1421: *рѣшеній...*); ст. 1438—1450.—Касс. рѣш. 1873 № 292.

Остается прибавить, что единоличныя распоряженія председателя и членовъ суда, какъ не разрѣшающія вопросовъ о правѣ, никогда законной силы приобрести не могутъ ²⁾.

Объемъ законной силы судебныхъ рѣшеній.

Въ каждомъ рѣшеніи слѣдуетъ отличать ^а диспозитивную часть и основанія, мотивы рѣшенія.

Уст. гражд. суд. ст. 142 п. 2; ст. 711 (701); Прав. пр. у. зем. нач. ст. 94 пп. 4, 5. — Codice di proc. civ. art. 360 пп. 6, 7.—Civilproz. Ordn. § 284 пп. 4, 5.

Диспозитивную частью будетъ тотъ составъ рѣшенія, котрымъ опредѣляется, послѣ предварительнаго производства, поставленный на споръ главный вопросъ, какъ-то вопросъ о правѣ собственности на такую-то вещь, объ обязанности уплатить по такому-то заемному письму, и т. п. — Въ всякаго сомнѣнія, что законная сила распространяется на этотъ составъ рѣшенія; нельзя вновь подымать спора по установленному судомъ праву собственности, по опредѣленной судомъ обязанности къ уплатѣ, и т. п.

¹⁾ *Grioulet cit. p. 88.*

²⁾ *Амменковъ, Опытъ коммент. т. IV стр. 246.*

Мотивами рѣшенія будутъ правовыя и фактическія основы такого опредѣленія, иначе—то или другое отношеніе суда къ представленнымъ фактамъ и доказательствамъ по нимъ. Рѣшеніе, какъ отвѣтъ на поставленное суду спорное притязаніе, содержитъ въ себѣ логическое заключеніе о правовыхъ и фактическихъ послышкахъ (Prämissen) притязанія сторонъ. Такимъ образомъ къ мотивамъ, основаніямъ рѣшенія принадлежатъ, прежде всего, взгляды и опредѣленія объ истинности правовыхъ началъ и фактовъ, чрезъ которыя судья доходитъ до своего постановленія ¹⁾.

Итальянскій уставъ выражается объ этой составной части рѣшенія такъ: *i motivi in fatto e in diritto. Codice di proced. civile art. 360 п. 6.*—У насъ говорится: соображенія суда съ приведеніемъ обстоятельствъ, на которыхъ рѣшеніе основано, и указаніе на законы, которыми судъ руководствовался. Уст. гражд. суд. ст. 711 ср. ст. 142 п. 4; Прав. производ. у зем. нач. ст. 94 пп. 4, 5.

Вопросъ о законной силѣ такихъ мотивовъ рѣшенія разрѣшается несомнѣнно въ смыслѣ отрицательномъ. Субъективныя основы рѣшенія, состоящія въ установленіи истинности или неистинности правопроизводящихъ фактовъ, въ законную силу не вступаютъ никогда.

Въ судѣ споръ сосредоточивается на доказательствахъ правопроизводящихъ фактовъ ²⁾. Та или другая установка этихъ спорныхъ фактовъ опредѣляетъ рѣшеніе суда по вопросу права:—принадлежитъ ли право на собственность такому-то, право наследованія за тѣмъ-то, и т. п. Такимъ образомъ судебное рѣшеніе утверждаетъ не факты, заявляемые сторонами, а спорныя правоотношенія. Поэтому, если судья, въ данномъ процессѣ, признаетъ достоверными или недостоверными приводимые факты, то такое его отношеніе къ нимъ не получаетъ законной силы, и данные факты въ другомъ процессѣ, могутъ снова составить предметъ

¹⁾ Ср. *Heise u. Cropp. Jur. Abhandl.* II p. 235.

²⁾ *Азоровичъ. Судоустр. и Судопр. по гражд. дѣламъ т. II в. 1 стр. 29.*

доказательства ¹⁾ и, въ противность прежняго отношенія къ нимъ суда, они могутъ быть тутъ отвергнуты или признаны ²⁾. Однимъ словомъ установка фактовъ въ рѣшеніи и, тѣмъ болѣе, опредѣленія суда о доказательствахъ въ законную силу не вступаютъ. Только опредѣленія суда о подлинности или неподлинности письменнаго акта имѣютъ обязательную силу и для будущихъ процессовъ ³⁾. !!

Касс. рѣш. 1872 № 23.— Civil. Ordn. § 231.

Но и въ этомъ случаѣ нельзя видѣть изъятія изъ общаго начала. Признаніе акта подлиннымъ не составляетъ установку факта, способствующаго вмѣстѣ съ другими фактами основанію правоотношенія, но составляетъ установку формальнаго правового акта, которымъ признается существованіе правоотношенія и который выраженъ въ данномъ документѣ ⁴⁾.

Признавая въ данномъ случаѣ изъятіе изъ правила, чаще всего объясняютъ его тѣмъ, что данное опредѣленіе разрѣшаетъ окончательно вопросъ о силѣ акта и потому можетъ быть разсматриваемо какъ рѣшеніе. *Griole* cit. p. 121, а за нимъ *Анненковъ*. Комментар. т. IV стр. 242.

Итакъ юридическія соображенія судьи, которыя приводятъ его къ убѣжденію въ необходимости признать, или отвергнуть, предложенное на его разсмотрѣніе спорное право, законной силы не приобрѣтаютъ. Мотивы не могутъ имѣть законной силы какъ тогда, когда они отвѣчаютъ исполнѣнію рѣшенію, такъ еще менѣе тогда, когда они не отвѣчаютъ содержанію послѣдняго. Такъ, если мотивы противорѣчатъ рѣшенію, то сторона, присужденная рѣшеніемъ, не можетъ ссылаться на законную силу этихъ мотивовъ, при исполненіи рѣшенія, а противной стороной нѣтъ надобности ихъ обжаловать ⁵⁾.

¹⁾ *Unger. Privatr. Bd. II p. 621—625.*

²⁾ *Миловидовъ* cit. стр. 20—22.

³⁾ *Bolgiano. Handbuch p. 366; Wach. Vorträge p. 103 A.*

⁴⁾ *Klöppel* cit. p. 94.

⁵⁾ *Bolgiano. Handbuch p. 367.*

Касс. рѣш. 1874 № 711; 183 № 84.—Уст. гр. суд. ст. 893, 898.

Кромѣ диспозитивнаго элемента и чисто субъективнаго элемента, или соображеній суда, въ рѣшеніи можетъ содержаться еще иной, объективный, составъ.

Часто въ отдѣльномъ процессѣ можетъ представиться масса вопросовъ, которые неизбежно подлежатъ обсужденію суда и отъ коихъ прямо или косвенно зависятъ послѣдній результатъ процесса ¹⁾. Во многихъ случаяхъ заявляемое въ процессѣ право имѣть своими предположеніями другія права такъ, что эти права и правоотношенія образуютъ основу и условіе существованія исковаго права и поэтому требуютъ предварительнаго установленія тѣмъ или другимъ судебнымъ постановленіемъ. Напримѣръ, для признанія права на алименты и законнаго наслѣдованія требуется предварительная установка родства; для признанія права на проценты необходимо признать право на капитальную сумму; для залоговаго права—обязательственное право; для реального сервитута—право собственности; для удовлетворенія притязанія на дѣлежъ общей вещи (*actio communi dividundo*)—право общей собственности; для признанія долга наслѣдодателю—наслѣдственное право истца; и т. д. Все это—предварительные вопросы (*Vorfrage*), которые по случаю (*incidenter*) даннаго процесса могутъ быть спорны и требовать предварительнаго рѣшенія судомъ (такъ наз. *incidentia*, *praejudicia*). Чтобы рѣшить главный споръ, судья долженъ установить себѣ извѣстный взглядъ на эти *praejudicia*, т. е. рѣшить вопросъ о существованіи этихъ обусловливающихъ спорное притязаніе правъ.

Спрашивается теперь: касается ли законная сила только собственно судебного рѣшенія, строго одной диспозитивной его части (т. н. *tenor* рѣшенія), или распространяется также и на тѣ постановленія суда, которыя положены въ основу рѣшенія, на постановленія о *praejudicia*?

По данному вопросу въ наукѣ высказаны самые различные взгляды. Въ законодательствахъ же и въ судебной практикѣ нахо-

¹⁾ *Миловидовъ cit.* стр. 12, 13.

димъ лишь отраженіе той или другой научной постановки по вопросу.

Въ теоріи, по данному вопросу, имѣются два болѣе или менѣе категоричныхъ воззрѣній и затѣмъ масса вариантовъ, модифицирующихъ эти воззрѣнія.

По воззрѣнію, подробно развитому извѣстнымъ Савиньи ¹⁾, законной силѣ подлежатъ, вмѣстѣ съ диспозитивною частью рѣшенія, и всѣ такъ называемые элементы рѣшенія, т. е. тѣ составныя части его основаній, которыя заключаютъ въ себѣ рѣшительныя постановленія, утвержденія суда. Эти рѣшенія иначе называются объективными основами, мотивами, рѣшенія, въ отличіе отъ субъективныхъ мотивовъ его. Отсюда слѣдуетъ, что законную силу получаютъ также рѣшенія, постановленныя о правахъ, обусловливающихъ притязаніе ²⁾ истца или отвѣтчика (*praejudicia*).

По мнѣнію другихъ теоретиковъ ³⁾, законная сила ограничивается прямымъ отвѣтомъ суда лишь на исковое притязаніе, а не на исковые факты или преюдциальные вопросы, т. е. законная сила распространяется лишь на то, что рѣшилъ судъ,—принадлежитъ ли данное право собственности или иное вещное право такому-то, право наслѣдованія такому-то,—или, какъ въ приведенныхъ выше примѣрахъ, законная сила распространяется только на постановленія объ алиментахъ, процентахъ, залогѣ, наслѣдованіи, обязанности къ дѣлежу, и т. д.

Первое воззрѣніе имѣетъ то существенное преимущество, что въ немъ устраняется возможность противорѣчій между двумя постановленіями объ одномъ и томъ же правоотношеніи. Въ нѣкоторыхъ случаяхъ правовой бытъ рѣшительно не терпитъ таково противорѣчія, какъ на примѣръ, если по поводу спора о наслѣ-

¹⁾ *Savigny. System Bd. VI p. 350—370, 429—443, 451, 452.* См. также *Bonnier. Traité des preuves éd. 4 t. II p. 450; Bolgiano. Handbuch p. 373 sq; Windscheid. Die Actio p. 87—104.*

²⁾ *Legitimationspuncte.*

³⁾ См. напр. *Buchka. Die Lehre vom Einfluss des Prozesses 1 p. 311; Förster. Civilr. I p. 263; Renaud. Lehrbuch d. Civilproz. p. 437; Миловидовъ cit. стр. 23—30.*

дованіи по закону кто либо из претендентовъ получить отказъ за признаніемъ его незаконнорожденнымъ, а затѣмъ въ самостоятельномъ процессѣ о законности рожденія то же лице будетъ признано въ этомъ состояніи.

Но съ другой стороны это воззрѣніе выступаетъ за предѣлы положенные отдѣльному процессу. Воля сторонъ, выражаясь въ притязаніи на судебное рѣшеніе, впередъ ограничиваетъ его тѣмъ, что поставлено на разсмотрѣніе и по чему судъ только и долженъ дать свое рѣшеніе ¹⁾. Споръ судебный поднять о правѣ собственности, наслѣдованіи, залогѣ и т. п., на эти вопросы даетъ отвѣтъ рѣшеніе, къ нимъ относится и законная его сила ²⁾. Только заявленное притязаніе (*res de qua igitur*) составляетъ предметъ рѣшенія; только *res*, которая *in iudicium deducta est*, становится чрезъ рѣшеніе *res iudicata* ³⁾. По этому отказъ въ притязаніи за непризнаніемъ преюдиціального права не лишаетъ истца возможности осуществить послѣднее въ самостоятельномъ процессѣ безъ того, чтобы этому осуществленію было противопоставлено *exceptio rei iudicatae*. Признаніе же преюдиціального права, въ прежнемъ процессѣ, не препятствуетъ его оспариванію въ самостоятельномъ процессѣ безъ того, чтобы заинтересованное лице могло противоположить этому иску *exceptio rei iudicatae*.

Послѣдняя точка зрѣнія представляетъ крайній выводъ изъ состязательнаго гражданскаго процесса ⁴⁾, по которому началу только притязаніемъ, поставленнымъ сторонами на разсмотрѣніе и рѣшеніе суда, должна ограничиваться дѣйствительность юрисдикціи по данному дѣлу; рѣшеніе не должно распространяться *ultra petita partium* ⁵⁾. Отсюда случайно поднятому въ процессѣ правовому вопросу желаютъ придать разрѣшеніе только

¹⁾ L. 20 D. 44, 2.

²⁾ L. 1 C. 3, 8.

³⁾ *Unger. Privatr.* Bd. II p. 627.

⁴⁾ *Bolghiano. Handbuch* p. 375.

⁵⁾ *Азаревичъ. Судоустр. и судопр. по гр. дѣламъ т. I в. 1 стр. 34, 35.*

на данный случай ¹⁾). Но сила судебного постановленія обуславливается общими правилами для дѣятельности судебныхъ органовъ положенными, а не побочностью или непобочностью поставленныхъ имъ на разрѣшеніе вопросовъ.

Дѣйствительно, нельзя ставить законную силу судебного постановленія въ зависимость отъ того, будетъ ли данный самостоятельный вопросъ права рѣшенъ судомъ по поводу даннаго спора, или въ особомъ процессѣ. То или другое производство, какъ чисто случайное, зависящее отъ воли не только сторонъ, но иногда и самого суда, на законную силу судебного постановленія не можетъ вліять.

По германскому уставу судъ имѣетъ право, по своему усмотрѣнію, выдѣлять преюдиціальныя вопросы въ особое производство. *Civilproz. Ordn. § 139.*—См. о такой же цѣли при заявленіи *exsertio praejudicii* у римлянъ и въ позднѣйшемъ общемъ правѣ. *Willow. Processeinreden* p. 112 sq.

Такое отношеніе къ вопросу выступаетъ съ явнкою очевидностью во встрѣчныхъ искахъ. Встрѣчный искъ—не менѣе преюдиціальныя вопросы въ данномъ процессѣ ²⁾, чѣмъ вопросъ о капиталѣ въ спорѣ о процентахъ, вопросъ о качествѣ наследника въ спорѣ о взысканіи долга, слѣдуемаго наследодателю; и т. п. Однако рѣшеніе по встрѣчному иску необходимо признать въ законной силѣ, не отсылая заинтересованнаго за укрѣпленіемъ таковой силы къ самостоятельному процессу ³⁾.

Что встрѣчный искъ получаетъ законную силу на величину зачитываемаго истцу, это признаютъ и послѣдователи разсматриваемаго воззрѣнія (напр. *Unger. Privatr. Bd. II* p. 636—640). Иначе и нельзя признавать. Но затѣмъ весьма трудно понять, почему на оставшуюся долю встрѣчнаго иска не распространяется законная сила, коль скоро весь искъ былъ на разсмотрѣніи и постановленіи суда (сравн.

¹⁾ См. *Unger. Priatr. Bd. II* p. 628.

²⁾ *Gaupp. Commentar. zu § 253 Civilproz. Ordn. Anm. 7* (2 Aufl.).

³⁾ См. *Schollmeyer. Compensationseinrede* 1884.

у того же *Unger'a* р. 640 п. 38). Вотъ къ чему ведетъ послѣдовательность въ разѣ предвзятомъ общемъ воззрѣніи на состязательность гражданскаго процесса.

Нѣтъ основанія отвергать законную силу за постановленіями и по всеѣмъ другимъ преюдиціальнымъ вопросамъ ¹⁾. За подобное распространеніе говорятъ слѣдующія соображенія.

Судъ, придавая законную силу рѣшеніямъ по преюдиціальнымъ вопросамъ, вполне отвѣчаетъ волѣ тяжущихся сторонъ. Противорѣчія съ этой волею на самомъ дѣлѣ не имѣется. При спорѣ, напр., о процентахъ стороны не упускаютъ изъ вида вопроса о долгѣ на капиталъ; оба тяжущіеся необходимо выходятъ изъ послѣдняго, отрицая или требуя процентовъ. Значитъ обѣ процессуальныя стороны въ основѣ данныхъ своихъ заявленій стремятся къ признанію или отверженію именно долга на капиталъ ²⁾.

Затѣмъ самый интересъ правосудія требуетъ отъ суда серьезнаго обсужденія преюдиціальныя вопросовъ и окончательнаго ихъ установленія. Судья не въ состояніи покончить судебный споръ, согласно дѣйствительности, если онъ не порѣшитъ окончательно данныхъ вопросовъ. Слѣдовательно, законная сила постановленій по преюдиціальнымъ вопросамъ вытекаетъ изъ самого назначенія судебныхъ функцій.

Необходимость признавать это выступаетъ съ особенною очевидностью при установкѣ тѣхъ элементовъ рѣшенія, которые касаются вопросовъ о правахъ состоянія (*de statu*). Рѣшительно нельзя оставлять подобные вопросы, уже порѣшенные по поводу посторонняго процесса, въ томъ положеніи, чтобы ихъ можно было снова поднять и, быть можетъ, добиться по нимъ противорѣчиваго постановленія суда. Интересы, связанные съ такими вопросами, слишкомъ важны для лица, для его нравственнаго покая; не можетъ равнодушно относиться къ колебаніямъ въ этомъ и само общественное мнѣніе ³⁾.

¹⁾ *Windscheid*. Pandekt. Bd. I р. 326 п. 21.

²⁾ *Bolzano*. Handbuch р. 375, 376.

³⁾ *Муромцевъ* въ Журн. гражд. и уголовн. пр. 1875 кн. 6

Въ приведенномъ примѣрѣ настоятельность въ распростра-
неніи законной силы на постановленія по преюдиціальнымъ во-
просамъ выступаетъ лишь съ большою очевидностью, чѣмъ во
всѣхъ другихъ случаяхъ.

Иногда указываютъ на прямо несправедливыя послѣд-
ствія такого отношенія къ вопросу. Такъ, отвѣтчикъ, не
находя нужнымъ возражать по иску на незначительную
сумму, отыскиваемую съ него въ качествѣ процентовъ съ
занятаго будто капитала, по силѣ судебного рѣшенія мо-
жетъ оказаться должникомъ по никогда неполученному ка-
питалу. И т. п. См. *Unger. Privatr. Bd. II* p. 628 п. 21a—
Несправедливости въ этихъ примѣрахъ будетъ ровно столь-
ко, сколько будетъ ея во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда отвѣт-
чикъ дѣлаетъ судебное признаніе претензій противника,
зная и принимая на себя всѣ послѣдствія такого признанія.

По изложеннымъ основаніямъ въ новѣйшее время чаще все-
го придерживаются воззрѣнія Савиньи, съ большими или меньши-
ми оговорками, при самомъ разнообразномъ обоснованіи его ¹⁾.

Въ общемъ можно остановиться на положеніи, выраженномъ
особенно французскими юристами, а именно: въ законную силу
должны вступать, кромѣ диспозитива рѣшенія, и всѣ тѣ поста-
новленія суда, которыми определяются выставленныя въ обосно-
ваніе главнаго спора правоотношенія какъ съ одной, такъ и съ
другой стороны, будутъ ли эти правоотношенія выставлены въ
формѣ прямо заявленнаго притязанія или въ формѣ возраженія,
или въ частности въ формѣ встрѣчнаго иска ²⁾. Однимъ словомъ
въ законную силу вступаютъ всѣ постановленія по преюдиціаль-
нымъ правовымъ вопросамъ по главному иску или по встрѣчно-
му иску.

стр. 295.—О разногласіи въ толкованіи римскихъ источниковъ
по поводу приведенныхъ выше преюдицій см. *Unger. Privatr. Bd.*
II p. 626 п. 19.

¹⁾ См. у *Freudenstein* cit. p. 48—60; *Holzendorff's Rechts-*
lex. v. Rechtskraft.

²⁾ *Conclusions' formelles prises par les parties. Aubry et Rau.*
Cours de droit civil. VI p. 489 sq.

Правовые эти вопросы должно разсматривать поставленными на утверждение суда, вмѣстѣ, значитъ, съ послѣднимъ подлежащими и разрѣшенію ¹⁾. Всѣ постановленія по нимъ должно относить къ составу (tenor) рѣшенія ²⁾. Затѣмъ, безразлично, гдѣ ~~постановленія по этимъ правовымъ~~ заявленіямъ будутъ помѣщены, въ самой ли диспозитивной части рѣшенія или въ мотивахъ къ нему ³⁾.

По этому слѣдуетъ признать окончательно разрѣшенными вопросы, напримѣръ, о наследственномъ правѣ истца по поводу его иска къ должникамъ наследодателя, о правѣ собственности отвѣтчика по поводу его возраженія о давностномъ владѣніи ⁴⁾, и т. д.

Однимъ словомъ всегда, когда будетъ заявлено о правѣ, по поводу даннаго процесса, истцомъ или, въ формѣ возраженія, отвѣтчикомъ и установка этого притязанія будетъ обуславливать (преюдицировать) рѣшеніе по главному иску, то такая установка суда должна имѣть законную силу, какъ всякое его рѣшеніе по правовому спору, поставленному ему на разсмотрѣніе и опредѣленіе ⁵⁾.

Преюдиціальныя вопросы не слѣдуетъ смѣшивать съ процессуальными фактами. Установка фактовъ, напр. показаніями свидѣтелей, составляетъ такое же логическое условіе для признанія права, какъ и установка преюдиціальныхъ вопросовъ для рѣшенія по процессуальному спору. Отчего же, спрашивается, не распространять законную силу и на показанія свидѣтелей и т. п.? ⁶⁾. Такого распространенія нельзя сдѣлать потому, что фактъ самъ по себѣ, обособленно отъ другихъ фактовъ, безъ связи съ ними, никогда не представляется достаточнымъ для установленія правоотношенія; поэтому онъ и не составляетъ самъ по себѣ предмета

1) Ср. *Griole* cit. p. 8, 9:

2) *Bolzano*. Handbuch I p. 369—372.

3) *Canstein*. Lehrbuch I p. 605.—См. *Klöppel* cit. p. 31—39.

4) Наоборотъ у *Миловидова* cit. стр. 20—22.

5) *Bonnier*. Traité d' preuves 4 éd. t 2 p. 450.

6) См. *Windscheid*. Pandekt. I p. 394; *Klöppel* cit. p. 98, 99.

правового спора, а слѣдовательно и рѣшенія. И такъ сближать процессуальные факты съ преюдиціальными вопросами со стороны законной силы послѣднихъ рѣшительно нельзя.

Современныя законодательства и судебная практика въ общемъ склоняются къ изложенному взгляду на объемъ законной силы рѣшенія.

Такъ, германскій уставъ гражданскаго судопроизводства, выставляя правиломъ, что законная сила распространяется лишь на рѣшенное по предмету иска или обратнаго иска, допускаетъ тѣмъ не менѣе законную силу и такъ называемыхъ элементовъ рѣшенія, преюдиціальныхъ вопросовъ, но лишь при томъ условіи, чтобы истецъ или отвѣтчикъ просили объ установленіи правоотношенія, оспариваемаго въ теченіи процесса и обуславливающаго рѣшеніе по иску¹⁾.

Civilproz. Ordn. § 293 Abs. 1 срав. § 695.—§§ 231, 253.

Въ нашемъ процессуальномъ законодательствѣ вопросъ о законной силѣ судебныхъ рѣшеній совсѣмъ не развитъ. Въ сенатской же практикѣ можно подмѣтить господство принятой выше теоріи.

Въ рѣшеніи, по ~~правилу~~ законодательству, должно заключаться, сверхъ сущности его, еще „соображенія суда съ приведеніемъ обстоятельствъ, на которыхъ рѣшеніе основано, и указаніе на законы, которыми судъ руководствовался“.

142

Уст. гражд. суд. ст. 142 п. 4; ст. 711 п. 2. Сравн. Правила пр. суд. д. у зем. нач. ст. 94 п. 4: основанія, по коимъ исковое требованіе признано правильнымъ или отклонено.

И вотъ согласно толкованію сената въ законную силу вступаетъ лишь сущность рѣшенія, излагаемая въ резолютивной части; соображенія же суда, на коихъ рѣшеніе основано, законной силы не получаютъ. Соображенія или сужденія суда о спорномъ между тяжущимися правѣ, какъ не вступающія въ законную силу, не мо-

¹⁾ *Fitting*. Civilproz. p. 496.

гутъ стѣснять тяжущихся при разрѣшеніи какого-либо новаго спора, между ними возникшаго. Они неограничиваютъ права на судебную защиту по другому иску, не служатъ доказательствомъ правъ тяжущихся, при разрѣшеніи какого-либо новаго спора, между ними возникшаго.

Касс. рѣш. 1874 № 685; 1875 № № 246, 432; 1876 № № 200, 526; 1877 № № 277, 326; 1878 № 60; 1880 № № 27, 285; 1881 № 141; 1882 № № 18, 37, 73, 106; 1883 № 18; 1886 № № 26, 29.

Такимъ образомъ заключеніе суда, состоявшееся по каждому доводу, приведенному сторонами въ доказательство извѣстнаго обстоятельства или въ опроверженіе онаго, законной силы не пріобрѣтаетъ.

Касс. рѣш. 1875 № 472; 1877 № 4; 1880 № 27.

Но во многихъ другихъ рѣшеніяхъ сенатъ высказываетъ тотъ взглядъ, что резолютивная часть рѣшенія вступаетъ въ законную силу въ связи съ самыми основаніями рѣшенія, опредѣляющими его настоящее значеніе, т. е., что если соображенія суда настолько связаны съ резолютивной частью рѣшенія, что при другихъ соображеніяхъ она имѣла бы другое значеніе, то за соображеніями должно, вмѣстѣ съ резолюціей, признать законную силу¹⁾.

Касс. рѣш. 1876 № 60; 1877 № 60; 1878 № 162; 1880 № № 160, 294; 1883 № № 84, 123; 1886 № 26.

Въ этихъ рѣшеніяхъ нельзя не усмотрѣть отраженіе того воззрѣнія, что за объективными элементами рѣшенія должна быть признана законная сила, что по данному вопросу слѣдуетъ различать субъективныя соображенія и объективныя основанія рѣшенія. Затѣмъ, насколько сенатъ въ отдѣльныхъ случаяхъ выдерживаетъ законную силу за всѣми объективными основаніями, или дѣлаетъ, въ этомъ, между ними различіе (главныя и побочныя основанія),— этого въ теоретическомъ трудѣ не касаемся²⁾.

¹⁾ Ср. *Ашпенковъ*. Опытъ коммент. т. IV стр. 251.

²⁾ См. у *Исаиченко*. Гражд. процессъ т. IV в. 3 стр. 790—802.

Послѣдствія законной силы рѣшенія.—Возраженіе о рѣшенномъ дѣлѣ.

Послѣ состоявшагося рѣшенія между сторонами устанавливается особое правоотношеніе¹⁾, котораго основаніемъ было само рѣшеніе, предметомъ—интересъ сторонъ на удержаніе созданнаго этимъ рѣшеніемъ правового положенія²⁾. Истецъ, за которымъ будетъ признано право на удовлетвореніе претензіи, основываетъ впредь свое требованіе только на одномъ рѣшеніи³⁾. Отнынѣ стороны обязаны разсматривать рѣшеніе, какъ безспорное основаніе ихъ правоотношенія⁴⁾; на прежнее правоотношеніе уже никто изъ нихъ ссылаться не можетъ⁵⁾.

Римское право соединяло съ рѣшеніемъ представленіе о такъ называемой процессуальной консумпціи. И въ новѣйшемъ правѣ наступаетъ также, съ постановленіемъ окончательнаго рѣшенія, процессуальная консумпція (*Kohler. Prozessrechtliche Forschungen* 1889 p. 90. Сравни. *Freudenstein* cit. p. 28, 29). Но, выражаясь въ чисто отрицательныхъ послѣдствіяхъ, тутъ консумпція не обвиняетъ собою всѣхъ признаковъ законной силы. См. выше. *Griquet* cit. p. 21, 70. Сравни. *Гольмстенъ. Принц. тожд.* стр. 315.

Общее такое послѣдствіе законной силы рѣшенія проводится черезъ возраженіе о рѣшенномъ уже дѣлѣ, *exceptio rei judicatae*⁶⁾, которое поэтому справедливо считаютъ⁷⁾ центромъ всего ученія о силѣ судебного рѣшенія.

Возраженіе о рѣшенномъ дѣлѣ примѣняется въ слѣдующихъ двухъ случаяхъ: 1) когда окончательно рѣшенное дѣло вновь ста-

1) „Изъ рѣшенія возникаетъ самостоятельное право“ Саксон. Улож. ст. 176.

2) *Bernatzik* cit. p. 181.

3) У римлянъ: *actio judicati, obligatio quae ex causa judicatae descendit, obligatio judicati* L. 4 § 7; L. 6 § 3 D. 42, 1. L. 8 § 3 D. 46, 2.—Сравни. *Pfeiffer* въ *Archiv. f. d. civil Praxis* Bd. 37.

4) *Canstein. Lehrbuch* Bd. I p. 604.

5) *Fitting. Civilproz.* p. 493.

6) L. 57 D. 50, 17.

7) *Savigny. System* Bd. VI p. 413.

новится предметомъ судебного разбирательства (такъ называемое отрицательное дѣйствіе возраженія, осуществляющее процессуальную копсумпцію), и 2) когда позднѣйшее рѣшеніе противорѣчитъ содержанію *res judicata* (положительное дѣйствіе возраженія), при различіи исковъ¹⁾.

Возраженіе это могло быть заявлено каждой изъ судебныхъ сторонъ, — какъ отвѣтчикомъ, такъ и истцомъ, — противъ своего противника. Преній отвѣтчикъ имѣлъ случай прибѣгнуть къ нему тогда, когда преній истецъ вновь заявилъ свое преніе притязаніе, по которому получилъ отказъ; а преній истецъ могъ заявить такое возраженіе противъ пренія отвѣтчика, когда этотъ послѣдній пытался осуществить новымъ искомъ право, отсужденное у него преніемъ рѣшеніемъ.

Кромѣ того, возраженіе о рѣшенномъ дѣлѣ могло быть употреблено не только какъ *exceptio*, но и какъ *replicatio*, или *duplicatio*²⁾. Напримѣръ, если, по поводу даннаго процесса судомъ будетъ рѣшенъ такъ или иначе споръ о встрѣчномъ искѣ, то на позднѣйшее осуществленіе этого требованія, въ новомъ процессѣ, путемъ возраженія, противная сторона имѣетъ право заявить *replicatio rei judicatae*.

Для осуществленія возраженія о рѣшенномъ дѣлѣ, по поводу заявленнаго въ судѣ притязанія, требовалось:

1) чтобы предъявленный искъ касался дѣла уже рѣшеннаго судомъ, чтобы онъ касался *eadem res* (*eadem quaestio*); однимъ словомъ требовалось *объективное тождество* вновь начатаго процесса съ уже порѣшеннымъ;

2) чтобы въ новомъ процессѣ приняли участіе тѣ же лица, *eadem personae*, въ качествѣ сторонъ, т. е. чтобы было *субъ-*

¹⁾ См. *Wertzell. System d. Civilproz.* p. 555. — Противъ двойственности возраженія, напр., *Bekker. Die proz. Consumption im klass. röm. Recht* p. 13—19, 119—139; *Rümelin. Zur Lehre von der exceptio rei judicatae* 1875.

²⁾ L. 24 D. 44, 2. — См., *Freudenstein cit.* p. 31 п. 1.

ективное тождество вновь начатаго процесса съ уже порѣшеннымъ ¹⁾).

Exceptio rei judicatae obstat quotiens inter eandem personas eadem quaestio revocatur. L. 3; L. 7 §§ 1, 4; L. 19, 22; L. 30 § 1 D. 44, 2.—Уставъ гражд. суд. ст. 895; Св. зак. т. X, ч. 2 ст. 516 (изд. 1876 г.).—Гражд. Код. ст. 1351.

Объективное тождество имѣется при тождествѣ спорныхъ отношеній по содержанию правъ ²⁾. Тождество это можетъ касаться отыскиваемого предмета, права или основанія приобрѣтенія, установленія права ³⁾).

Cum quaeritur, haec exceptio noceat nec ne, inspiciendum est, an idem corpus sit, quantitas eadem, idem jus; an eadem causa petendi. L. 12—14. D. 44, 2.—Уст. гражд. суд. ст. 895: рѣшеніе вступать въ законную силу только въ отношенія спорнаго предмета, отыскиваемого и оспариваемого. на томъ же основаніи. Касс. рѣш. №№ 277, 375; 1881 № 181: „о томъ же предметѣ, на томъ же основаніи.

а) Тождество отыскиваемого предмета.—Различныя отдѣльныя вещи могутъ быть отыскиваемы отдѣльными исками и иски эти будутъ различными въ силу различія самихъ предметовъ, а потому и повода къ *exceptio rei judicatae* не даютъ, хотя бы спорящія стороны приэтомъ были однѣ и тѣже ⁴⁾. Равнымъ образомъ отказъ по иску объ одномъ изъ срочныхъ платежей не останавливаетъ иска по каждому изъ слѣдующихъ платежей ⁵⁾).

Касс. рѣш. 1874 № 799.—L. 23. D. 44, 2; L. 1. C 3, 1.

¹⁾ Выраженіе „объективное и субъективное тождество“ установлено впервые Савиньи (*System VI* p. 418).

²⁾ Общее опредѣленіе объективнаго тождества крайне разнообразно въ наукѣ. См. *Freudenstein cit.* p. 36. Сравн. также *Гольмстенъ*. Принципы тождества стр. 251 и слѣд., стр. 276—279, 286.

³⁾ См. *Freudenstein cit.* p. 34 п. 3.

⁴⁾ Касс. рѣш. 1877 № 67.

⁵⁾ *Unger. Privatr. Bd. II* p. 657.

Но если одна вещь объединяется правомъ съ другою такъ, что представляется однимъ цѣлымъ, то процессъ по одной изъ нихъ устраняетъ процессъ по другой ¹⁾.

Такъ, если предметъ второго иска находился въ положеніи принадлежности предмета перваго иска, то онъ долженъ раздѣлять правовую судьбу послѣдняго. Напр., предметъ второго иска— лѣсъ, строенія, неотдѣленные плоды имѣнія, по которому проигранъ первый искъ.

Далѣе, будетъ тождество предмета, когда сначала ищутъ цѣлое, а затѣмъ часть его, хотя бы эта часть имѣла самостоятельное физическое существованіе, какъ напр. матеріалъ дома ²⁾. Часть содержится въ цѣломъ ³⁾ и судья обязывается въ границахъ заявленнаго требованія присудить на меньшее; поэтому въ требованіи цѣлаго содержится одновременное требованіе каждой части. Слѣдовательно отказъ въ правѣ на цѣлое будетъ вмѣстѣ отказомъ въ правѣ на часть. И такъ истцу противопоставляется *exsertio rei judicatae*, если, получивъ отказъ въ известной суммѣ, известномъ имуществѣ, въ нѣсколькихъ вещахъ, въ стадѣ, и т. п., онъ затѣмъ предъявитъ искъ на меньшую сумму, на реальную или идеальную часть имущества, на одну изъ искомыхъ вещей, на отдѣльныя штуки скота, и т. д. Въ частности отказъ въ цѣломъ наслѣдствѣ устраняетъ искъ о наслѣдствѣ въ отдѣльныхъ вещахъ ⁴⁾.

Съ другой стороны, когда было отказано въ части, позднѣйшему иску на цѣлое можетъ быть противопоставлено *exsertio rei judicatae*, при условіи, что цѣлое не можетъ существовать безъ этой части, или, что въ части будетъ потенциально заключаться цѣлое, такъ что рѣшеніе о части будетъ вмѣстѣ рѣшеніемъ

¹⁾ *Schollmeyer* Kritische Bemerkungen zur Lehre von dem Umfang der Rechtskraft bei Theilansprüchen (въ Archiv. f. d. civi. list. Praxis Bd. 76 1890 p. 438—489.

²⁾ L. 7 § 2 D. 44, 2.

³⁾ . . . in toto pars continetur L. 113 D. 50, 17; . . . pars in toto est L. 7 pr. D 44, 2.

⁴⁾ L. 7 pr.; L. 21 § 1 D. 44, 2.—Саксон. Улож. ст. 2320.

о цѣломъ¹⁾. Такъ, въ примѣръ перваго: споръ о правѣ выстройки на 10 футовъ высоты отрѣзываетъ право вчинять искъ о томъ же на 20 футовъ высоты²⁾. Примѣръ втораго: отказъ въ искѣ о части наследства устраниаетъ искъ о наследствѣ въ цѣломъ³⁾; или еще: отказъ въ искѣ о платежѣ части должной суммы по заемному письму мѣшаетъ предъявленію новаго иска по тому же заемному письму на платежъ всей суммы. Равнымъ образомъ отказъ въ искѣ на идеальную часть недѣлимаго предмета, напр. дома, лишаетъ права на позднѣйшее предъявленіе иска по всему предмету, дому.

Но если въ прежнемъ процессѣ было отказано въ реальной части вещи, напр. въ части земли, безъ дальнѣйшаго отношенія къ праву на остальное цѣлое, то можно въ новомъ процессѣ отыскивать каждую изъ остальныхъ частей, т. е. составъ цѣлаго за взятіемъ прежней части⁴⁾.

Положеніе это въ наукѣ спорно (см. *Schollmeyer* въ *Archiv. cit.* p. 438, 439). Нерѣдко думаютъ (напр. *Klöppel cit.* p. 131; *Fitting* въ *Zeitschr. f. d. civ. Praxis* Bd. II p. 270 sq.), что нельзя предоставить кредитору право вчинять искъ лишь на часть долга (напр., на 300 изъ 1000), съ тѣмъ чтобы отказъ въ этой части не преюдицировалъ рѣшеніе по остальнымъ частямъ. Мотивируется такое воззрѣніе тѣмъ, что, съ одной стороны, рѣшеніе о части необходимо опредѣляетъ судьбу всего обязательства, по тому логическому закону, что окончательнымъ рѣшеніемъ устанавливается окончательно же и все то, что логически необходимо изъ него вытекаетъ; а что съ другой стороны нельзя предоставить кредитору право дробить, по усмотрѣнію, свое притязаніе и тѣмъ увеличивать число процессовъ; съ точки зрѣнія правоваго порядка не можетъ быть желательнымъ, чтобы объ одномъ и томъ же правоотношеніи было болѣе одно-

¹⁾ *Windscheid. Pandekt.* Bd. I p. 353. Сравни. *Wetzell. Civilproz.* § 47 п. 23.

²⁾ L. 26 pr. D. 44, 2.

³⁾ L. 3; L. 7 §§ 4, 5 D. 44, 2.

⁴⁾ *Muscat. Theilklagen* (въ *Zeitsch. f. d. civilist. Praxis* Bd. XII p. 342).

го судебного спора. Оставляя въ сторонѣ послѣдній доводъ, какъ посторонній данному вопросу, можно указать прежде всего, что по общему правилу правоотношенія дѣлимы, слѣдовательно могутъ въ части составлять предметъ процесса; затѣмъ, возможность преюдиціального вліянія на процессы по другимъ частямъ не лишаетъ необходимо кредитора права на разсмотрѣніе судомъ его требованій по каждой части отдѣльно, не лишаетъ этого права уже потому, что истецъ можетъ и не указать суду на частичность возможнаго для него требованія и судъ не имѣетъ права входить въ разсмотрѣніе иного кромѣ предъявленнаго ему на это разсмотрѣніе (*Schollmeyer cit. p. 473—482*).

Равнымъ образомъ, истецъ, признанный въ правѣ на спорный предметъ, можетъ предъявлять въ новомъ процессѣ добавочныя требованія по присужденному ему предмету, какъ-то требованія на плоды, проценты и т. п. ¹⁾).

Начало это не принято въ нашей судебной практикѣ. Согласно общему взгляду нашего кассационнаго суда, если искъ вчиненъ въ меньшемъ размѣрѣ, чѣмъ на каковой онъ могъ быть вчиненъ, то послѣ состоявшагося рѣшенія уже нельзя возобновлять спора о томъ же предметѣ въ большемъ размѣрѣ или на остальное (Касс. рѣш. 1871 № 1260; 1873 №№ 114, 129, 1495; 1879 № 347; 1880 № 50) ²⁾. Поэтому, напримѣръ, если истецъ отыскивалъ капиталъ безъ процентовъ и законной неустойки, то впоследствии онъ уже не въ правѣ предъявить искъ на проценты и законную неустойку (Касс. рѣш. 1874 № 171). Мало того, если истецъ даже отыскивалъ вмѣстѣ съ капиталомъ и проценты, но количество послѣднихъ опредѣлилъ лишь извѣстнымъ временемъ, то послѣ окончательнаго рѣшенія дѣла онъ уже не въ правѣ начинать вновь иска о процентахъ на тотъ же капиталъ за другое время (Касс. рѣш. 1874 № 308). Точно также, если первоначальный искъ состоялъ въ требованіи возвращенія поклажи, предметомъ коей были процентныя бумаги, и истецъ не требовалъ возвращенія принадлежащихъ къ нимъ купоновъ, то новый искъ о возвращеніи купоновъ

¹⁾ *Freudenstein cit. p. 133.*

²⁾ Сравни. *Побѣдоносцевъ. Суд. руковод. тезисъ 1139.*

не могъ быть допущенъ (Касс. рѣш. 1875 № 867).—Несостоятельность такихъ рѣшеній начинаетъ сознаваться въ литературѣ (см. *Исаченко*. Гражд. проц. I, 3 стр. 537 и слѣд.), и въ самой практикѣ сената они не всегда выдержаны, какъ напр. въ Касс. рѣшеніи 1878 № 219 предоставляется право вчинять искъ о процентахъ по основанію, возникшему послѣ состоявшагося рѣшенія о капиталѣ.

Подавно отказъ въ добавочныхъ требованіяхъ, напр. въ требованіи процентовъ, не мѣшаетъ предъявленію главнаго требованія, иска, объ уплатѣ капитала, если главное притязаніе на уплату капитала не было заявлено въ первомъ процессѣ ¹⁾).

б) Тождество права, отыскиваемого судомъ.—При самомъ тождествѣ предмета нельзя заявлять *exceptio rei judicatae*, коль скоро отыскиваемое право на предметъ не будетъ тождественно. Разныя права возможно отыскивать различными исками, и рѣшеніе, постановленное по одному изъ нихъ, не мѣшаетъ предъявленію другого иска ²⁾. Такъ, отказъ по иску о собственности не препятствуетъ позднѣйшему предъявленію личнаго иска въ отношеніи того же предмета ³⁾. Различны между собою по содержанію и одни вещныя права. Поэтому, напр., получившій отказъ въ искѣ о защитѣ владѣнія не лишается возможности предъявить успѣшно искъ о правѣ собственности ⁴⁾; отказъ въ искѣ о собственности не мѣшаетъ позднѣйшему предъявленію иска о сервитутѣ на тотъ же предметъ ⁵⁾, о правѣ пользованія или правѣ участія въ немъ ⁶⁾. Различны между собою и сервитутныя права, права участія, и потому отказъ въ одномъ изъ нихъ не мѣшаетъ позднѣйшему предъявленію иска на другое безъ того, чтобы отвѣтчикъ могъ заявить *exceptio rei judicatae* ⁷⁾. Въ наследственномъ правѣ проигранный искъ о наследованіи по завѣщанію

1) *Cunstein*. Lehrbuch Bd. 1 p. 608 n. 25^a.

2) *Griololet* cit. p. 134.

3) L. 31 D. 44, 2.

4) L. 14 § 3 D. 44, 2.

5) *Unger*. Privatr.. Bd. II p. 653.

6) *Миловидовъ* cit. стр. 33.

7) L. 11 § 6 D. 44, 2.

не мѣшаетъ позднѣе искать наслѣдованія въ томъ же, но уже по закону. II т. д. ¹⁾).

Съ другой стороны и при различіи правъ новому иску можетъ быть противопоставлено возраженіе о рѣшенномъ дѣлѣ, а именно, когда ранѣе заявленное въ судѣ правовое притязаніе составляетъ предположеніе болѣе поздняго притязанія и по первому было судомъ отказано. Такъ, если не признано право участія въ общей собственности или право на общее наслѣдство, то иску о раздѣлѣ можно противополжить возраженіе о рѣшенномъ дѣлѣ. Тоже, когда было отказано въ главномъ правѣ, напримѣръ въ денежномъ долгѣ, то нельзя искать побочнаго права, процентовъ. Тоже можно сказать о притязаніяхъ, вытекающихъ изъ прежде отказаннаго притязанія на права личнаго состоянія. II т. д. ²⁾). Однимъ словомъ если отпадаетъ основаніе для притязанія, т. е. если было отказано въ правѣ, обуславливающимъ теперешнее притязаніе, то послѣднему можетъ быть противопоставлено возраженіе о рѣшенномъ дѣлѣ. Наоборотъ, нельзя противопоставлять иску на капиталъ возраженіе о рѣшенномъ дѣлѣ, если въ прежнемъ процессѣ было отказано въ правѣ на проценты, т. е. по иску объ обуславливающимъ прежній искъ притязаніи не принимается *exceptio rei judicatae*, если по этому прежнему иску послѣдовалъ отказъ ³⁾).

При тождествѣ права различіе исковъ не имѣетъ вліянія на осуществленіе *exceptio rei judicatae*. Последнее можетъ быть примѣнено противъ позднѣйшаго иска, когда по тому же праву до того былъ предъявленъ другой искъ и притязаніе это было отвергнуто ⁴⁾). Напримѣръ, сперва вчиненъ искъ на уменьшеніе стоимости купленнаго по его недостаткамъ (*actio*

¹⁾ *Boljiano*. Handbuch p. 384. п. 8.

²⁾ *Unger*. Privatr. Bd. II p. 664, 665.

³⁾ L. 1 C. 3, 8; L. 3 C. 3, 1.—Въ наукѣ этотъ вопросъ не безспорный. *Holtzendorff's Rechtslex. v. Rechtskraft* Bd. III p. 282.

⁴⁾ L. 7 § 4 D. 44, 2.

quantū minoris), а затѣмъ вчиненъ искъ объ уничтоженіи купли по тому же недостатку (*actio redhibitoria*), или наоборотъ ¹⁾. Тоже, если послѣдовательно будутъ вчинены *mandati actio* и *actio negotiorum gestio* ²⁾. Въ обѣихъ примѣрахъ истецъ, очевидно, стремится осуществить одно и тоже право, въ которомъ ему было отказано по первому иску.

в) Тождество основанія установленія права ³⁾, иначе—тождество правопроизводящаго факта, какъ напр. договора, завѣщанія и т. п.

Различіе въ основаніяхъ установленія права, заявляемыхъ въ процессѣ, даже при тождествѣ самихъ отыскиваемыхъ правъ, устраняетъ возраженіе о рѣшенномъ дѣлѣ ⁴⁾. Съ другой стороны и различіе въ предметѣ иска можетъ не мѣшать заявленію *exceptio rei judicatae*, если основаніе права тождественно. Такъ, отказъ въ искѣ на одинъ предметъ по раздѣлительному обязательству мѣшаетъ предъявленію иска по тому же обязательству на другой предметъ.

Въ обязательственныхъ правахъ основанія ихъ установленія, *causae*, такъ тѣсно связаны съ самими правами, что каждое изъ нихъ индивидуализируетъ само обязательственное право; иное основаніе—иное обязательство ⁵⁾. Уже въ силу этого въ процессахъ по даннымъ правамъ не имѣется тождества при различіи основаній отыскиваемаго права, хотя бы имѣлось тождество самого предмета требованія. Напримѣръ, лице, получившее отказъ въ искѣ по одному обязательству, по одному заемному письму, мо-

¹⁾ L. 1, 2; L. 5 § 1 D. 44, 2. — Ср. *Freudenstein* cit p. 129 п. 1 in fin.

²⁾ L. 5 D. 44, 2.—Другіе примѣры см. у *Bolzano*. *Handbuch* p. 385.

³⁾ *Wetzell*. *Civilproz.* p. 582; *Малышевъ*. *Курсъ* I стр. 439.—Ср. *Гольмстенъ*. *Принц. тожд.* стр. 282, 283.

⁴⁾ *Миловидовъ* cit. стр. 36; *Bonnier*. *Traité des preuves* éd. 4 v. 2 p. 467.

⁵⁾ L. 14 § 2 D. 44, 2: *singulas obligationes singulae causae sequuntur*.

жетъ искать того же по другому обязательству, по другому заемному письму. Различныя обязательства устанавливають различныя личныя притязанія ¹⁾. Въ рѣшеніи устанавливается, что данное обязательство данного содержанія не существуетъ лишь по данному правооснованію ²⁾.

Въ вещныхъ правахъ нѣтъ такой связи съ ихъ основаніями; вещное право, напр. право собственности, будетъ одно и то же изъ какого бы основанія оно ни вытекало ³⁾. Но и въ вещныхъ правахъ различіе приводимыхъ основаній ихъ установленія уничтожаетъ тождество процессуальнаго дѣла съ прежде порѣшеннымъ ⁴⁾. Основаніе, не индивидуализируя объективно самого вещнаго права ⁵⁾, устанавливаетъ въ каждомъ случаѣ иное правоотношеніе между сторонами. Напримѣръ, по вопросу о собственности иное будетъ отношеніе изъ завладѣнія, иное изъ передачи. Поэтому, лице, отыскивающее, напр., наслѣдственныя права по завѣщанію и проигравшее дѣло, не лишается права искать того же наслѣдства на основаніи законнаго наслѣдованія ⁶⁾. Современныя законодательства ⁷⁾, въ отличіе отъ римскаго ⁸⁾, требуютъ во всѣхъ спорахъ о вещныхъ правахъ обозначенія основаній ихъ возникновенія (*causa expressa seu adjecta*) ⁹⁾. Въ настоящее время, значить, и въ спорахъ по вещнымъ правамъ лишь тож-

¹⁾ *Unger. Privatr.* II p. 659.

²⁾ *Windscheid. Pandekt.* I § 130 p. 351.

³⁾ L. 14 § 2 D. 44, 2; L. 159 D. 50, 17—*Unger. Privatr.* II p. 660, 661; *Миловидовъ cit.* стр. 40—42.

⁴⁾ *Побьдоносцевъ. Руковод. тезисъ* 1134.

⁵⁾ *Сравн. Гольмстенъ. Принц. тожд.* стр. 280, 281.

⁶⁾ *Кассац. рѣш.* 1877 № 191.

⁷⁾ *Уст. гражд. суд. ст.* 257 п. 4; *Civilproz. Ordn.* § 230 nr. 2.

⁸⁾ *Freudenstein cit.* p. 131—136.—Но и въ римскомъ правѣ при указаніи истцомъ *causa* вещнаго права новому иску могло быть противопоставлено *exceptio rei judicatae*, когда имѣлось тождество правооснованія. *Savigny. System* въ прилож. къ Bd. VI p. 514—535.

⁹⁾ *Förster. Civilr.* II p. 288; *Unger. Privatr.* II p. 661.

дество правооснованія мѣшаетъ заявленію возраженія о рѣшенномъ дѣлѣ.

Подавно не будетъ тождества, дающаго право на возраженіе о рѣшенномъ дѣлѣ, если основаніемъ прежняго иска было обязательственное отношеніе, а позднѣйшаго иска—вещное отношеніе. Напримѣръ, первымъ искомъ требовалось возвращеніе имущества, какъ отданнаго отвѣтчику въ наемъ, а вторымъ искомъ требовалось возвращеніе отъ отвѣтчика того же имущества, но уже по праву собственности. Тутъ нѣтъ тождества, нѣтъ и права заявлять возраженіе о рѣшенномъ дѣлѣ.

Касс. рѣш. 1872 № 993; 1874 № 732; 1887 №№ 13, 23.

И др.

Точно также, если основаніе пріобрѣтенія права относится къ позднѣйшему времени, чѣмъ состоявшееся рѣшеніе (*causa superveniens, causa nova*), то въ новомъ процессѣ нельзя заявлять возраженія о рѣшенномъ дѣлѣ. Законная сила относится лишь ко времени постановленія рѣшенія и не распространяется на будущее ¹⁾. Такъ, напримѣръ, если во время перваго процесса о владѣніи отвѣтчикъ не былъ владѣльцемъ, не былъ въ просрочкѣ по обязательству, а позднѣе сдѣлался владѣльцемъ, просрочилъ обязательство по наступленіи его срока, — то не можетъ быть препятствія къ предъявленію противъ него новаго иска ²⁾.

Субъективное тождество. — На вопросъ о законной силѣ рѣшенія въ субъективномъ отношеніи дается такой общій отвѣтъ: законная сила рѣшенія распространяется только на тяжущіяся стороны. Будемъ имѣть субъективное тождество, когда прежній и теперешній споръ ведется между тѣми же тяжущимися, хотя бы роли ихъ въ процессѣ измѣнились.

Уст. гражд. суд. ст. 895; Гражд. Код. ст. 1351; Сак. Улож. ст. 177.—*Res judicata jus facit inter partes.*

¹⁾ L. 11 §§ 4, 5 D. 44, 2.

²⁾ L. 9, 17 D. 44, 2.—*Побѣдоносцевъ. Судебн. руководство, тезисъ 1139.*

Такою участвующею въ дѣлѣ стороною слѣдуетъ признавать и главнаго интервенента, третье лице, выступающее въ чужомъ процессѣ съ самостоятельнымъ требованіемъ ¹⁾).

На всѣхъ постороннихъ лицъ, неучаствовавшихъ въ дѣлѣ, законная сила не распространяется, хотя бы новый процессъ касался того же предмета что и прежній процессъ.

Res inter alios judicata aliis prodesse aut nocere non solet L. 16 D. 20, 4; L. 2 Cod. 7, 56.—Касс. рѣш. 1871 № 185; 1875 № 1592; 1876 № 395; 1883 № 65; 1881 № 181; и др.

Напримѣръ, отказъ одному изъ законныхъ наследниковъ въ искѣ объ уничтоженіи завѣщанія не лишаетъ права другихъ, неучаствовавшихъ въ этомъ дѣлѣ, наследниковъ возбудить съ своей стороны искъ о томъ же предметѣ.

Касс. рѣш. 1884 № 103.

Такимъ постороннимъ дѣлу лицомъ будетъ и представитель, который въ процессѣ дѣйствуетъ за другое лице. Поэтому онъ не лишается права начать дѣло за себя, когда онъ прежде проигралъ его за чужое имя; въ новомъ процессѣ онъ является „въ новомъ качествѣ“ ²⁾).

Гражд. Код. ст. 1351.

Поэтому, напримѣръ, опекунь, проигравъ искъ отъ имени малолѣтняго, можетъ отыскивать тоже отъ своего имени ³⁾).

Не стѣснены и бывшія въ прежнемъ процессѣ стороны въ предьявленіи о томъ же предметѣ иска къ другимъ лицамъ. Равно и третье лице имѣетъ право предьявить искъ къ участвовавшимъ въ прежнемъ дѣлѣ сторонамъ о томъ же предметѣ, послѣ состоявшагося окончательнаго рѣшенія.

Касс. рѣш. 1873 № 1592; 1876 №№ 395, 396; 1878 № 201.

¹⁾ *Азаревичъ*. Судоустр. и судопр. по гражд. дѣламъ т. I в. 2 стр. 358—360.

²⁾ *Griolel cit.* p. 155.

³⁾ *Малышевъ*. Курсъ т. I стр. 442.

Признавая право третьяго лица отыскивать, напри-
мѣръ, собственность на вещь, уже присужденную судомъ
за однимъ изъ тяжущихся въ бывшемъ процессѣ, не допу-
скается ли этимъ принципіально то, что судъ могъ поста-
новить неправильное окончательное рѣшеніе? Нѣтъ. За-
конная сила рѣшенія касается притязаній сторонъ и по
этому предмету оно для нихъ обязательно. Законная сила
не касается права или правоотношенія, которыя служатъ
лишь послыжками (предположеніями) для установленнаго рѣ-
шеніемъ притязанія. Рѣшеніемъ устанавливается оконча-
тельно лишь исковое притязаніе, а не то пли другое право.
Поэтому выигравшій искъ о собственности долженъ отвѣ-
чать по иску о той же собственности третьему лицу; не мо-
жетъ прогнвопоставить послѣднему возраженіе о рѣшен-
номъ дѣлѣ. *Canstein. Lehrbuch d. Civilproz. Bd. I p. 608.*

Не распространяется законная сила судебного рѣшенія и на
тѣхъ третьихъ лицъ, которыя принимаютъ участіе въ процессѣ,
но въ качествѣ привлекаемыхъ или вступившихъ въ процессъ
какъ пособники ¹⁾; такихъ лицъ нельзя считать за непосредствен-
но участвующихъ въ дѣлѣ. Ихъ права не поставлены тутъ на
рѣшеніе, которое, поэтому, и не можетъ быть обращено на нихъ.
Одного же того признака, что въ процессѣ замѣшанъ интересъ
третьихъ лицъ, недостаточно для распространенія на нихъ закон-
ной силы рѣшенія, постановленнаго по чужому дѣлу ²⁾.

См. Касс. рѣш. 1879 №№ 26, 116; 1881 № 36.

Но затѣмъ субъективное тождество признается между лица-
ми, которыя лишь юридически разсматриваются, какъ одно лице.
Сюда относятся случаи предполагаемаго, по общепринятому мнѣ-
нію, представительства и случаи преемства ³⁾.

¹⁾ Наоборотъ *Анненковъ. Опытъ коммент. т. IV стр. 283.*

²⁾ *Азаревичъ. Судоустр. и судопр. по гражд. дѣламъ т. I в. 2 стр. 360—362.*

³⁾ *Duncker. Betrachtungen ueber die Wirkung der Rechtskraft (въ Archiv für pract. R. W. Bd. 5 p. 71).—Сравн. Азаревичъ. Судоустр. и судопр. по гражд. дѣламъ т. I в. 2 стр. 355.*

Такъ, рѣшеніе, состоявшееся по спору общества, напримѣръ крестьянскаго, обязательно для каждаго изъ его членовъ.

Касс. рѣш. 1879 № 343.

Рѣшеніе о законнорожденности, постановленное по иску главы семейства, обязательно для всѣхъ остальныхъ членовъ семьи и даже для третьихъ лицъ. Это слѣдуетъ изъ того, что оспаривать законнорожденность младенца имѣетъ право только мужъ его матери ¹⁾. Опъ—такъ называемый *legitimus contradictor*.

Уст. гражд. суд. ст. 1348, 1352, 1353.—Сакс. Улож. ст. 1857; см. также еще ст. 1866.—L. 1 § 16; L. 2; L. 3 pr. D. 25, 3; L. 1 § 4 D. 43, 20.

Затѣмъ, при соучастіи, когда внутреннія отношенія между соучастниками, или нераздѣльность самого предмета спора, необходимо требуютъ, чтобы рѣшеніе, постановленное по отношенію одного соучастника, отражалось на всѣхъ остальныхъ соучастникахъ. Таковы, напримѣръ, случаи, когда постановляется рѣшеніе по спору между вѣрителемъ и должникомъ о правѣ изъ солидарнаго обязательства ²⁾, или — по спору о сервитутномъ правѣ между собственникомъ господствующаго и собственникомъ служебнаго имѣнія (напр., по поводу права прохода), когда то или другое принадлежитъ нѣсколькимъ лицамъ ³⁾. Сюда же относятъ иногда и тотъ случай, когда спорное правоотношеніе должно быть разрѣшено сразу по отношенію всѣхъ соучастниковъ, безъ вниманія къ раздѣльности или нераздѣльности предмета спора, какъ-то при искѣ о раздѣлѣ наследства ⁴⁾. — Во всѣхъ этихъ случаяхъ рѣшеніе, поста-

¹⁾ *Griotel* cit. p. 141.

²⁾ L. 42 § 3 D. 12, 2. — *Windscheid*. Pandekt. Bd. II p. 135; *Demolombe*. Traité de contrats v. III п. 372, 373.

³⁾ L. 1 § 5 D. 43, 27; L. 4 § 3 D. 8, 6; L. 4 § 4; L. 6 § 4; L. 19 D. eod. Противное начало въ Саксон. Улож. ст. 332. — Сравн. *Savigny*. System VI p. 479—481 и *Windscheid*. Pand. I p. 346, 347.

⁴⁾ *Васьковскій* въ Журналѣ Юридическаго Общества 1895 кн. 1 стр. 46.

новленное въ пользу или противъ ¹⁾ одного изъ соучастниковъ, неуполномоченнаго отъ другихъ, отражается на всѣхъ остальныхъ соучастникахъ ²⁾ въ томъ смыслѣ, что они лишены права по тому же дѣлу предъявлять новый искъ, противъ котораго отвѣтчикъ можетъ заявить возраженіе о рѣшенномъ дѣлѣ.

Преемство въ правахъ и обязанностяхъ, послѣ начатія процесса, имѣеть своимъ послѣдствіемъ распространеніе законной силы въ отношеніи правопреемниковъ, будутъ ли они общими или частными правопреемниками (*successores generales, singulares*), на случай смерти, или тотчасъ (*mortis causa, inter vivos*) ³⁾. Мотивируется это, по словамъ нашего сената, тѣмъ, что если вошедшее въ законную силу рѣшеніе опредѣляетъ права и обязанности извѣстнаго лица относительно его имущества, то это лицо не можетъ затѣмъ передать своему правопреемнику больше правъ на это имущество, чѣмъ само имѣеть.

Св. Зак. т. X ч. I ст. 1104, 1258, 1259, 1392, 1543; ст. 420 ср. съ Уст. гражд. суд. ст. 457, 458. — Касс. рѣш. 1830 № 83; 1886 № 64; 1883 № 101; 1881 № 159, и мн. др. — L. 3 § 1 D. 20, 1; L. 63 D. 42, 1; L. 9 § 2; L. 11 §§ 3, 8 — 10; L. 28 D. 44, 2; L. 25 § 8 D. 10, 1; L. 2 C. 8, 36. — Саксон. Улож. ст. 177; *Civilproz. Ordn.* §§ 236, 238, 665, 671.

Итакъ наслѣдникъ и наслѣдодатель, цедентъ и цессіонарій разсматриваются, какъ одни и тѣ же лица, *eaedem personae*, со стороны законной силы рѣшенія ⁴⁾.

Въ виду общаго логическаго начала: *nemo plus juris ad alterum transferre potest quam ipse habet*, должно считать излишней мотивировку началомъ о продолженіи въ правопреемникѣ личности прежняго обладателя права, равно какъ

¹⁾ Сравн. *Малышевъ*. Курсъ I стр. 437; *Миловидовъ cit.* стр. 132.

²⁾ *Азаревичъ*. Судоустройство и судопроизводство по гражданскимъ дѣламъ т. I в. 2 стр. 354, 355.

³⁾ *Renaud. Lehrbuch d. Civilproz.* p. 432.

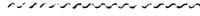
⁴⁾ *Unger. Privatr. Bd. II* p. 668.

излишне дѣлать различіе, перешло ли спорное право къ правопреемникамъ послѣ открытія процесса, или же послѣ его окончанія.—Сравни. *Анленковъ*. Опытъ коммент. т. IV стр. 283—285.

По тому же основанію законная сила рѣшенія по спору между кредиторомъ и должникомъ распространяется также и на поручителей.

Д. Азаревича.

1895 г.



Третейскій судъ ¹⁾.

39
Понятіе.—Подъ третейскимъ судомъ (arbitrage, arbitramento, arbitration, Schiedsgericht), по нашему законодательству, разумѣется судъ избранныхъ сторонами на данный случай, частныхъ лицъ, посредниковъ.

Третейскій судъ весьма древняго происхожденія. Свѣдѣнія о дѣятельности судей въ старину указываютъ болѣе на третейскій характеръ этихъ судей, чѣмъ на судей современнаго представленія.

Такимъ на Западѣ третейскимъ судьей былъ, напри- мѣръ, Людовикъ IX, отправлявшій правосудіе подъ дубомъ въ венсенскомъ лѣсу. На Руси уже съ древнѣйшихъ вре- менъ судились *третьями*, но узаконенія о третейскомъ судѣ впервые находимъ лишь въ Уложеніи 1649 г. гл. XV п. 5. Судебн. Уставы изд. Государ. Канц. ч. 1 стр. 649.

Въ настоящее время существованіе третейскаго суда рядомъ съ судомъ государственнымъ объясняется прежде всего сложностью

¹⁾ Литература: *André*. Gemeinrechtliche Grundzüge der Schiedsgerichte 1860; *Weizsäcker*. Das römische Schiedsrichteramt unter Vergleichung mit dem officium judicis 1879; *Matthias*. Die Entw. des röm. Schiedsger. 1888; *Danbenspeck*. Die Schiedsgerichte etc. 1883; *Mayer*. Die schiedsrichterl. Rechtsentsch. 1888; *Hayum*. Der Schiedsvertrag 1892; *Lindheim*. Das Schiedsgericht im moder- nen Civilprocesse 1894.

Russell. Treatise on the Power and Duty of Arbitration. 5-th ed. 1878.

Вербловскій. Третейскій судъ (въ Журн. гражд. и уголовн. права 1888 кв. 2 стр. 51—62).

и запутанностью многих спорных дѣлъ, какъ напр. по коммерческимъ сдѣлкамъ и вообще по промышленнымъ отношеніямъ, и технической природой множества самыхъ обыденныхъ жизненныхъ операций, что вызываетъ потребность въ судьяхъ соответствующихъ спеціальной опытности и техническихъ свѣдѣній ¹⁾).

Отсюда на Западѣ такая масса учреждений, изъ которыхъ каждое отправляетъ третейскій судъ по извѣстному разряду дѣлъ. Таковы, напр., третейскіе суды по ремесленнымъ дѣламъ, по дѣламъ страхованія отъ несчастныхъ случаевъ, по биржевымъ дѣламъ, и т. д. См. *Lindheim cit. p. 4, 5.*

Но помимо этихъ случаевъ вообще стремленіе къ неформальному, быстрому и дешевому улаживанію спора будетъ нерѣдко вызывать предпочтеніе третейскаго процесса предъ сложнымъ и относительно дорогимъ судомъ государственнымъ. Такая потребность должна особенно давать себя чувствовать въ дѣлахъ, въ которыхъ обѣ стороны находятся въ длительныхъ отношеніяхъ, — въ дѣлахъ, напр., членовъ торговаго товарищества съ послѣднимъ, — и только непредвидѣнные обстоятельства вызываютъ какія либо недоразумѣнія ²⁾).

Составъ третейскаго суда, какъ суда частныхъ лицъ, избранныхъ самими тяжущимися, ими излюбленными лицъ, и особенности его производства, какъ-то: отсутствіе формальностей, необязательность согласованія съ положительнымъ правомъ, не всегда вполне отвѣчающимъ особенностямъ даннаго дѣла, и т. д., — даютъ существованію этого суда рядомъ съ судомъ государственнымъ твердое и постоянное оправданіе. Имѣя главное назначеніе примирять и соглашать стороны, третейскій судъ будетъ всегда признаваемъ рядомъ съ государственнымъ судомъ, какой бы реформѣ ни подвергся въ законахъ гражданскій процессъ. Третейскій судъ будетъ всегда рассматриваться, какъ желательный судъ для частныхъ лицъ, какъ самый разумный путь къ разрѣшенію между ни-

¹⁾ *Roscoe. Outlines of civil procedure 1880 p. 127.*

²⁾ *Lindheim. cit. p. 6.*

ми споровъ ¹⁾; судъ же государственный, — какъ предназначенный отпирать правосудіе на случай нежеланія сторонъ подвергать дѣло на разсмотрѣніе ихъ излюбленныхъ людей ²⁾.

Итальянскій кодексъ совершенно основательно помещаетъ положенія о примиреніи и третейскомъ судѣ (*conciliazione e compromesso*) въ первыхъ главахъ. *Codice di proced. civile art. 1—34.*

Допустимость же третейскаго суда рядомъ съ правительственными судебными учрежденіями обосновывается частнымъ характеромъ правъ, подлежащихъ разсмотрѣнію и рѣшенію суда, — правъ, находящихся въ свободномъ распоряженіи тяжущихся ³⁾. Въ силу такого свойства данныхъ правъ нельзя лишать спорящихъ возможности обращаться къ суду избранныхъ ими самими посредниковъ, предпочитая этотъ судъ суду государственному. Правительство не только не заинтересовано въ исключительномъ устроении частныхъ интересовъ судебною дѣятельностью своихъ органовъ, но наоборотъ ему должно быть даже желательнымъ такое улаживаніе споровъ по гражданскимъ правамъ, которое освобождало бы государственные суды отъ лишняго труда ⁴⁾. Поэтому же гражданскій споръ можетъ быть обращенъ къ третейскому разбирательству и въ томъ случаѣ, когда онъ находится уже на разсмотрѣніи государственнаго суда.

Установленіе третейскаго суда.

Третейскій судъ основывается на двухъ соглашеніяхъ: а) на договорѣ сторонъ о подчиненіи ихъ спора третейскому разбира-

¹⁾ См. у *Boitard. Leçons de procédure civile* 15 éd. 1890 t. 2 p. 711.

²⁾ *Lindheim* cit. p. 35 sq.

³⁾ *Boitard. Leçons de proc. civ.* 15 éd. t. 2 p. 712.

⁴⁾ Журналъ соединенныхъ департ. закон. и гражд. дѣлъ 1862 № 65 стр. 121.

тельству (такъ называемое compromissum ¹⁾ и б) на соглашеніи сторонъ съ третьими лицами, принимающими на себя обязанности третейскихъ судей, посредниковъ ²⁾ (такъ назыв. rescriptum sc. arbitrium) ³⁾. Оба эти договора соединены, по нашему закону, въ одною актѣ, въ третейской записи.

Уст. гр. суд. ст. 1367, 1369, 1370.

а) Соглашеніе сторонъ. Требованіе этого соглашенія указываетъ, что третейскій судъ устанавливается лишь по доброй волѣ сторонъ о предоставленіи ихъ дѣла на разрѣшеніе избранныхъ ими посредниковъ. Третейскій судъ, по общему правилу, судъ добровольный; предписаннаго закономъ третейскаго суда, въ нашемъ теперешнемъ правѣ, не существуетъ ⁴⁾. „Съ примирительнымъ разбирательствомъ несогласно принуждать тяжущихся, въ какомъ бы то ни было дѣлѣ, къ такой подсудности, которая должна зависѣть только отъ собственнаго побужденія ихъ и добровольнаго избранія“ ⁵⁾.

По Своду 1857 г. на ряду съ добровольнымъ существовалъ, для извѣстныхъ дѣлъ, узаконенный третейскій судъ (т. X, ч. 2 ст. 1185—1191), устанавливаемый по самому закону, какъ судъ обязательный для сторонъ. Такой узаконенный судъ, напр., для спора по товариществу (Уст. суд. торг. ст. 209). Но въ первомъ изданіи Устава гражд. судопр. 1864 г. въ примѣч. къ ст. 1367 говорится объ отмѣнѣ узаконеннаго третейскаго суда; а позднѣе предписывается не включать въ уставы компаній и товариществъ правилъ объ узаконенномъ третейскомъ судѣ (Собр. узак. и распор.

¹⁾ Compromis, compromesso, Schiedsvertrag. Латинское названіе указываетъ на соглашеніе другъ съ другомъ о подчиненіи себя рѣшенію посредниковъ. Поэтому въ англійскомъ правѣ этотъ актъ названъ просто Submission, подчиненіе.

²⁾ Judices arbitri, arbitres, arbitri, arbitrators, Schiedsrichter.

³⁾ См. *Азаревичъ*. Система римскаго права т. I стр. 314.

⁴⁾ Поэтому судъ не вправѣ обращать дѣло къ разбирательству чрезъ посредниковъ. Касс. рѣш. 1870 №№ 383, 1155.

⁵⁾ Записка Госуд. Канц. стр. 67; Основн. полож. гражд. судопр. ст. 104.

прав. за 1866 г. ст. 417 стр. 418). Въ иностранныхъ законодательствахъ донынѣ признается узаконенный третейскій судъ. См. для Англiи у *Roscoe. Outlines* p. 128.

Право вступать въ третейское соглашенiе есть одно изъ выраженiй права частнаго лица обязываться и распорядиться своимъ имуществомъ.

Уст. гр. суд ст. 1367: *Всѣ лица, имѣющiи право свободно распорядиться имуществомъ...* Ср. Code de proced. civ. art. 1003; Codice di proc. civ. art. 9.

Поэтому третейское соглашенiе недоступно лицамъ, ограниченнымъ въ свободномъ выраженiи своей воли по распоряженiю своимъ правомъ, каковы малолѣтнiе, лица, находящiяся подъ опекой по сумасшествiю, глухонѣмые, расточители, а также лица, объявленныя несостоятельными должниками ¹⁾. Не могутъ вступать въ третейское соглашенiе и лица несовершеннолѣтнiя, какъ ограниченныя въ свободномъ распоряженiи своимъ имуществомъ ²⁾ и въ правѣ вступать въ обязательства.

По законамъ Царства Польскаго сюда же должно отнести: несовершеннолѣтнихъ, признанныхъ самостоятельными, которымъ предоставляется лишь право управленiя, а не распоряженiя имуществомъ (Гражд. Улож. ст. 473—476); женъ, которыя ни въ какомъ случаѣ не могутъ, безъ дозволенiя ихъ мужей, являться въ судъ (Гражд. Улож. ст. 182; Полож. о союзѣ брачн. ст. 214; Торг. Код. ст. 4, 5, 7). О расточителяхъ см. Гражд. Улож. ст. 518.—Сравни. *Boitard. Leçons* t. 2 p. 714, 715.

Въ силу того же ограниченiя въ распоряженiи имуществомъ, не могутъ вступать въ третейское соглашенiе: опекуны, назначенныя къ имуществу умершаго собственника ³⁾; опекуны, назначенныя къ имуществу безвѣстно-отсутствующаго; душеприкащикъ.

Вступать въ третейское соглашенiе могутъ тяжущiеся не только самолично, но и черезъ повѣренныхъ. Но повѣренный,

¹⁾ Касс. рѣш. 1875 № 491.

²⁾ Св. Зак. т. X ч. 1 ст. 221.

³⁾ Касс. рѣш. 1874 № 829.

уполномоченный къ веденію процесса, не имѣеть права, безъ спеціального полномочія, на вступленіе въ третейское соглашеніе; довѣренность его, предполагается, направлена на веденіе процесса обыкновеннымъ судебнымъ порядкомъ. Третейское разбирательство по такому соглашенію будетъ не дѣйствительно и постановленное рѣшеніе будетъ подлежать уничтоженію. Но и оговорка о правѣ повѣреннаго вступать въ мировое соглашеніе не предполагаетъ права на третейское соглашеніе ¹⁾.

Уст. гр. суд. ст. 250; Касс. рѣш. 1871 № 476.—Ср. Civ. Proz. Ordn. § 851.

Третейское соглашеніе слѣдуетъ строго отличать отъ мирового соглашенія. Последнее выражается въ актѣ, составленномъ самими сторонами и опредѣляющемъ сущность и границы взаимныхъ уступокъ ²⁾. Третейское соглашеніе точно также выражается въ актѣ, исходящемъ отъ сторонъ, но этимъ актомъ они подчиняютъ себя рѣшенію имъ еще неизвѣстному.

Третейская записъ.—Третейское соглашеніе, какъ актъ удостоверяющій условія сторонъ, должно быть облечено въ твердую форму. По нашему закону третейское соглашеніе должно быть выражено въ письменной формѣ, а именно въ третейской записи, составленной на простой бумагѣ, подписанной тяжущимися и посредниками (см. ниже) и явленной къ засвидѣтельствуванію у нотариуса, мирового судьи и др.

Уст. гражд. суд. ст. 1369, 1370, 1374.—Срavn. Code de proc. civ. art. 1005; Codice di proc. civ. art. 11; Civil. Proz. Ordn. § 855.

Подпись сторонъ и посредниковъ составляетъ существенное требованіе третейской записи, на томъ основаніи, что согласіе на третейскій судъ только и выражается въ этой подписи. Безъ этой подписи имѣется лишь проектъ, а не самая третейская записъ,

¹⁾ Ср. *Gaupp*. Die Civilprozessordnung. 2 Aufl. 1891 Bd. 2 p. 633.

²⁾ Уст. гр. суд. ст. 1365.

а поэтому и все производство и рѣшеніе, основанныя на такой записи, могли быть объявлены недействительными ¹⁾).

Уст. гр. суд. ст. 1396.

Явка къ засвидѣтельствуванію установлена единственно для предупрежденія всякаго недоразумѣнія и для отклоненія новыхъ споровъ собственно по вопросу объ учрежденіи третейскаго суда, а также подлинности самой записи ²⁾). Изъ этого слѣдуетъ, что если этой явки не будетъ, а стороны признають третейскую запись, то послѣдняя должна имѣть полную дѣйствительную силу. Мало того, при этихъ условіяхъ едва ли можно признать недействительнымъ третейское соглашеніе даже вовсе не выраженное на письмѣ ³⁾).

Въ письменной формѣ составленная третейская запись должна содержать, какъ условіе ея дѣйствительности, слѣдующій составъ: 1) означеніе именъ, отчествъ, фамилій и званій какъ тяжущихся, такъ и избранныхъ ими, по взаимному согласію, посредниковъ; 2) означеніе предмета спора, предоставляемаго разбору третейскаго суда.

Кромѣ этого необходимаго, по закону, содержанія, стороны могутъ внести въ третейскую запись и другія условія: о мѣстѣ засѣданія посредниковъ, о завѣдываніи дѣлопроизводствомъ и храненіи документовъ, о порядкѣ объясненія дѣла сторонами, объ обезпеченіи иска, о срокѣ, въ который посредники должны рѣшить ихъ споръ, и проч. Однимъ словомъ порядокъ производства въ третейскомъ судѣ можетъ быть во всѣхъ подробностяхъ определенъ въ третейской записи. Но эти условія производства не должны быть противны закону, какъ на примѣръ въ запись не должно быть включено условіе о рѣшеніи дѣла на основаніи доказательства, не-

¹⁾ Анненковъ. Опытъ комментарій къ Уст. гр. суд. т. VI стр. 254.

²⁾ Объясн. къ ст. 1371-ой Суд. Уст. изд. Госуд. Канц. I стр. 660.

³⁾ Boitard. Leçons t. II p. 718, 719.

допускаемого закономъ (напр. поединокъ); о допущеніи апелляціи на рѣшеніе третейскаго суда; и проч. ⁴⁾).

Уст. гр. суд. ст. 1371.—Ср. Code de proc. civ. art. 1006; Codice di proc. civ. art. 11.

Предметъ третейскаго соглашенія. — Третейскимъ соглашеніемъ могутъ быть подвергнуты рассмотрѣнію и разрѣшенію суда посредниковъ вообще всѣ споры, подлежащіе компетенціи гражданскихъ судебныхъ мѣстъ, а также споры по торговымъ дѣламъ, подвѣдомымъ судамъ коммерческимъ.

Уст. гр. суд. ст. 1368, 1400. Объясн. на ст. 1400 въ Суд. Уст. изд. Г. Канц.

Такимъ образомъ третейское производство не можетъ касаться публичныхъ спорныхъ правъ ²⁾, какъ на примѣръ всѣхъ вопросовъ административнаго права (дѣла, подвѣдомыя крестьянскому присутствію, губернскому правленію, полицейскимъ учрежденіямъ и т. д.).

Затѣмъ не всѣ также гражданскія дѣла безъ изыятія могутъ составлять предметъ третейскаго соглашенія. Такъ споры по гражданскимъ правамъ публичнаго порядка, какъ не состоящимъ въ распоряженіи заинтересованныхъ частныхъ лицъ, подлежатъ третейскому разбирательству не могутъ. Сюда относятся дѣла о правахъ личнаго состоянія, дѣла о законнорожденности, дѣла о разводѣ и разлученіи супруговъ, а также о понужденіи супруговъ къ совместному жительству и вообще дѣла по личнымъ правамъ, вытекающимъ изъ супружеской связи.

Вообще предметомъ третейскаго разбирательства могутъ быть всѣ тѣ гражданскія права, подлежащія отыскиванію въ исковомъ порядкѣ, по которымъ допускается свободное распоряженіе тяжущихся въ формѣ соглашенія.

Такимъ образомъ нельзя дѣлать предметомъ третейскаго соглашенія уголовныя дѣла, которыя не могутъ быть прекращаемы примиреніемъ. Если по данному уголовному правонарушенію до-

1) *Анненковъ*. Опытъ коммент. т. VI стр. 256, 257.

2) *Gaurp*. Civilproz. Ordn. Bd. II p. 630.

пускается законами примиреніе, то этимъ самымъ уголовное взысканіе становится въ распоряженіе частнаго лица, и поэтому соотвѣтствующее дѣло можетъ составлять предметъ третейскаго разсмотрѣнія, равно какъ и всякое гражданское взысканіе за вредъ и убытки, причиненные преступленіемъ или проступкомъ.

Затѣмъ, нельзя подвергать третейскому разбирательству дѣла малолѣтнихъ-и другихъ подопечныхъ. Сами подопечные не могутъ вступать въ третейское соглашеніе, не могутъ этого дѣлать отъ ихъ имени опекуны, какъ неимѣющіе свободнаго распоряженія правами и имуществомъ подопечныхъ ¹⁾.

Казалось бы страннымъ, что рядомъ съ этимъ запрещеніемъ опекуну вступать въ третейское соглашеніе закономъ предоставляется право совершать отъ имени подопечнаго мировое соглашеніе (Гражд. улож. ст. 448. Сравн. также Гражд. Кодексъ ст. 1989). Но такое отношеніе закона вполне понятно: при мировомъ соглашеніи извѣстенъ впередъ объемъ уступки, тогда какъ третейскимъ соглашеніемъ подчиняются будущему неизвѣстному рѣшенію, а слѣдовательно принимаютъ на себя возможные потери неизвѣстнаго объема. *Boitard. Leçons t. 2 p. 713.*

Въ виду особаго покровительства законовъ изъяты отъ дѣйствія третейскаго суда дѣла, сопряженныя съ интересомъ казенныхъ управленій или же земскихъ, городскихъ и сельскихъ обществъ. Сюда же должно отнести дѣла и дворянскихъ, мѣщанскихъ и другихъ обществъ, стоящихъ въ одинаковомъ положеніи съ упомянутыми въ законѣ ²⁾.

Уст. гр. суд. ст. 1368 пп. 1—4 (повтореніе ст. 1158 т. X ч. 2).—Гражд. Улож. ст. 448, 509.—Ср. *Codex de proc. civ. art. 1004; Codice di proc. civ. art. 8.*

Что касается спора по недвижимостямъ, то запрещается по нему вступать въ третейское соглашеніе лишь въ томъ случаѣ, когда кто либо изъ тяжущихся ограниченъ, по закону, въ правахъ приобрѣтенія или владѣнія и пользованія по этимъ имуществамъ.

¹⁾ *Boitard. Leçons t. II p. 712, 713.*

²⁾ *Анненковъ. Опытъ коммент. т. VI стр. 246, 247.*

Уст. гр. суд. ст. 1368 п. 5.

Установленіе третейскаго суда, какъ суда несвязаннаго положительнымъ правомъ, можетъ вести въ этихъ случаяхъ къ обходу повелительнаго закона. Но за этимъ понятнымъ ограниченіемъ, по всемъ спорамъ о недвижимости допускается третейское соглашеніе ¹⁾. Въ законѣ предусмотрѣнъ лишь фискальный интересъ, а именно: третейское рѣшеніе, устанавливающее переходъ недвижимаго имущества отъ одного лица къ другому, можетъ легко служить средствомъ къ обходу платежа крѣпостныхъ пошлинъ, а поэтому судья или судъ, которому будетъ представлено третейское рѣшеніе о недвижимости, обязанъ сообщить копію этого рѣшенія казенной палатѣ для составленія разчета слѣдующихъ ко взысканію пошлинъ, въ случаѣ упомянутаго обхода.

Уст. гр. суд. ст. 1394¹ (по прод. 1890 г.).—Въ виду послѣдней статьи падаютъ сами собою разсужденія тѣхъ процессуалистовъ (*Змирловъ* въ Журн. гр. и угол. права 1881 кн. 1 стр. 84 — 87, а за нимъ *Вербловскій cit.* стр. 56, 57, также *Гольмстенъ* въ первомъ изданіи Учебника стр. 215; ср. стр. 248 второго изданія), которые раньше полагали, что по спорамъ о недвижимыхъ имуществахъ третейскаго суда устанавливаемо быть не могло. Такое ограниченіе, непонятное само по себѣ, не отвѣчало и полному умолчанію вообще о спорахъ по недвижимостямъ въ первоначальномъ изданіи Госуд. Канцеляріей Суд. Уставовъ. См. ст. 1368 особенно при сравненіи съ буквальнымъ смысломъ ст. 1367: Все лица, имѣющія право свободно располагать имуществомъ, могутъ предоставлять разрѣшеніе... споровъ... посредникамъ... См. *Анненковъ*. Опытъ коммент. VI стр. 250, 251.

Указанными дѣлами исчерпываются ограниченія для третейскаго соглашения по предмету. За этимъ извѣстными все споры по гражданскимъ правамъ могутъ быть подвергнуты третейскому разбирательству.

По мнѣнію нѣкоторыхъ процессуалистовъ (напр. *Вербловскій cit.* стр. 57) статья 1368 Уст. гр. суд. не

¹⁾ Касс. рѣш. 1868 № 531.

имѣть исчерпывающаго значенія; она, будто, указываетъ лишь въ видѣ примѣровъ тѣ дѣла, которыя не подлежатъ вѣдѣнію третейскихъ судовъ. Къ такому мнѣнію редакция данной статьи не подастъ никакого повода, а потому и толковать ее слѣдуетъ исключительно. Сравни также новое изданіе учебника *Гольмстена* стр. 248.

Третейское соглашеніе можетъ имѣть своимъ предметомъ не только наличный правовой споръ, но также и будущій возможный споръ между контрагентами. Весьма часто при самомъ вступленіи въ правоотношеніе стороны обеспечиваютъ на будущее взаимную защиту путемъ третейскаго суда; особенная настоятельность въ томъ представляется при договорахъ, дѣйствіе которыхъ рассчитано на значительный срокъ, какъ напримѣръ при договорѣ постройки, страхованіи и т. п. ¹⁾.

Третейское соглашеніе на случай будущаго спора должно относиться къ опредѣленному правоотношенію, изъ котораго можетъ въ будущемъ возникнуть споръ (*clausula compromissoria*). Но самое существованіе данного правоотношенія во время вступленія въ третейское соглашеніе не требуется. Можно одновременно съ заключеніемъ третейскаго соглашенія вступать въ правоотношеніе, составляющее его предметъ (напр. при вступленіи въ товарищество), можно вступать въ соглашеніе и по спорамъ изъ будущаго теперь еще несуществующаго правоотношенія ²⁾.

См. *Civ. Proz. Ordn.* § 852; *Codice di proc. civ. art. 12*; Кодексъ торг. ст. 332. — Полагаютъ (напр. *Пободоносцевъ*. Судебн. Руковод. тезисъ 1526; *Гольмстень*. Учебникъ стр. 248), что по нашему Уставу нельзя заключать третейскаго договора на случай будущаго спора. Основаніями къ такому воззрѣнію служатъ признаки третейской записи—обозначеніе въ ней предмета спора и имени посредниковъ, а также возможное назначеніе срока для окончанія дѣла третейскимъ судомъ.—Но мы полагаемъ, что едва ли эти затрудненія серьезны: посредниковъ можно назначить на случай спора, а срокъ—съ момента будущаго спора.

¹⁾ *Lindheim* cit. p. 6.

²⁾ Положеніе это въ наукѣ составляетъ предметъ большаго разногласія. См. *Weizsäcker* cit. p. 43 sq.

Наконецъ, нѣтъ препятствія, чтобы на разсмотрѣніе третейскаго суда было представлено нѣсколько споровъ совмѣстно.

Недѣйствительность третейскаго соглашения первоначальная, или по заявленію о принужденіи, заблужденіи, обманѣ, опредѣляется по началамъ гражданскаго права. Кромѣ того, стороны могутъ отказаться отъ него явнымъ выраженіемъ воли или молчаливо, не требуя выполнения даннаго соглашения. Но односторонній отказъ которой либо изъ сторонъ отъ компромисса не допускается ¹⁾. У насъ такой отказъ не освобождаетъ отъ подчиненія установленному по соглашенію третейскому суду, а въ законодательствахъ, признающихъ въ компромиссѣ особый актъ соглашенія лишь сторонъ на слѣдующее установленіе третейскаго суда, отказъ даетъ право противной сторонѣ на искъ, направленный на вынужденіе къ установленію третейскаго суда ²⁾.

По германскому праву въ удовлетвореніе истца самъ судъ назначаетъ посредниковъ. Civ. Proz. Ordn. §§ 855, 857. У насъ односторонній отказъ стороны отъ третейскаго суда ведетъ къ обязанности отвѣчать передъ этимъ судомъ и подчиниться его рѣшенію, ибо по нашему Уставу состоявшееся третейское соглашеніе выражается между прочимъ въ установленіи самого третейскаго суда. Уст. гр. суд. ст. 1370. Но если признать съ нѣкоторыми процессуалистами (Анненковъ Опытъ коммент. VI стр. 254), въ противность яеному положенію закона, возможность расчлененія третейскаго соглашения на два акта,—соглашеніе сторонъ и соглашеніе сторонъ съ посредниками,—то у насъ не было бы средствъ къ принужденію стороны, отказывающейся отъ третейскаго суда, вступить въ соглашеніе съ посредниками.

б) Соглашеніе съ посредниками.—Одного третейскаго соглашения между сторонами недостаточно для установленія третейскаго суда; необходимо еще соглашеніе по установленію посредниковъ. Посредниками называются частныя лица, избранныя сторонами въ силу соглашения между ними и долженствующія рѣшить

¹⁾ Касс. рѣш. 1870 № 852.—Австр. Gerichtsordn. § 270.

²⁾ Actio и exceptio pacti. См. André cit. p. 19—24.

правовой споръ вмѣсто государственныхъ судей. Для данныхъ лицъ званіе посредниковъ устанавливается на основаніи соглашенія со сторонами.

Обязанности принимать на себя званіе третейскаго судьи не существуетъ. Но къ состоявшемуся соглашенію со сторонами должны, собственно, примѣняться начала гражданскаго права ¹⁾, на основаніи каковыхъ началъ отказъ, безъ уважительной причины, отъ исполненія принятой на себя обязанности посредника открываетъ противъ него право на искъ ²⁾. Однако, редакторы нашего Устава не нашли возможнымъ включить правила объ отвѣтственности посредниковъ за неисполненіе принятыхъ ими на себя обязанностей, изъ опасенія, что это „уменьшитъ число миролюбивыхъ соглашеній и справедливыхъ рѣшеній третейскаго суда“, такъ какъ въ виду такой отвѣтственности благонамѣренные люди станутъ уклоняться отъ принятія на себя званія посредниковъ ³⁾. Поэтому же и сами стороны не могутъ включать въ третейскую запись условія объ отвѣтственности посредниковъ.

Уст. гр. суд. ст. 1371.

Такимъ образомъ, если посредникъ не приступаетъ къ суду, то ничего иного не остается, какъ избрать другого посредника.

При вступленіи въ соглашеніе со сторонами посредникъ, въ качествѣ лица, принимающаго на себя исполненіе порученнаго дѣла по довѣренности, можетъ выговорить за свой трудъ вознагражденіе, гопорарь ⁴⁾.

Состоявшееся соглашеніе съ посредниками выражается въ ихъ подписи третейской записи; въ этой подписи посредники выражаютъ свое согласіе на принятіе посредничества.

Уст. гр. суд. ст. 1370.—Сравн. Codice di proc. civ art. 13.

1) Windscheid. Pandekt. Bd. II § 417.

2) См. австрійскій Gerichtsordnung § 271.

3) Объясн. на ст. 1371 въ Суд. Уст. изд. Госуд. Канц. ч. I стр. 661.

4) Boitard. Leçons t. II p. 723.

По явкѣ подлинная запись выдается посредникамъ, а копіи ей сторонамъ.

Уст. гр. суд. ст. 1374.

Выдача подлинника третейской записи посредникамъ установлена въ виду того, что записью утверждаются условія третейскаго суда и соблюденіе этихъ условій посредниками ¹⁾.

Посредники. — Посредникъ — не публичное должностное лице, а частное лице, которому стороны довѣрили рѣшеніе ихъ спора по гражданскому праву. Поэтому прежде всего посредникомъ можетъ быть не только туземецъ, но и иностранецъ.

Что касается женщинъ, то прямого запрещенія избирать ихъ третейскими судьями въ нашемъ законѣ не имѣется. Но изъ мотивовъ можно заключить, что редакторы Уставовъ признавали право быть посредниками лишь за мужчинами ²⁾. Въ иностранныхъ законодательствахъ имѣются положенія, или прямо воспрещающія женщинамъ быть третейскими судьями, какъ въ итальянскомъ кодексѣ ³⁾, или предоставляющія право ихъ отводить, какъ въ германскомъ уставѣ ⁴⁾. Уважительныхъ основаній такому ограниченію привести трудно, какъ со стороны правоспособности женщины, такъ еще менѣе—со стороны права частныхъ лицъ избирать себѣ въ судьи лицъ по желанію ⁵⁾.

Несовершеннолѣтніе не могутъ быть посредниками, какъ лица, кои не вправѣ вступать въ договоры и въ частности въ договоръ довѣренности, которымъ устанавливается полномочіе посредника на отправленіе судейскихъ обязанностей.

По тому же основанію не могутъ быть третейскими судьями: лишенные всѣхъ правъ состоянія или всѣхъ особенныхъ правъ и преимуществъ, лично и по состоянію тому или другому присвоен-

¹⁾ Объясн. на ст. 1374-ю Суд. Уст. изд. Госуд. Канц. ч. 1 стр. 662.

²⁾ *Липенковъ*. Опытъ коммент. VI стр. 263, 264.

³⁾ Codice di proc. civ. art. 10.

⁴⁾ Civil. Proz. Ordn. § 858.

⁵⁾ *Boitard*. Leçons t. II p. 721, 722.

ныхъ; признанные безумными и сумасшедшими, объявленные несостоятельными должниками.

Св. зак. т. X ч. I ст. 2294, 2330 п. 5. Сравн. Гражд. Код. ст. 1990.

Не могутъ быть избираемы въ посредники глухонѣмые и нѣмые, признанные неимѣющими способности свободно изъяснять свои мысли и изъяслять свою волю.

Св. зак. т. X ч. I ст. 381.—Сравн. Civil. Proz. Ordg. § 858.

Но лица, состоящія подѣ опекой за расточительность, неограничены въ правѣ быть третейскими судьями, ибо ограниченіе правоспособности данныхъ лицъ касается лишь распоряженія и управленія ихъ имуществомъ, а не иныхъ какихъ либо соглашеній.

Св. зак. т. XIV ст. 184; Граж. Улож. ст. 518.

Кромѣ упомянутыхъ разрядовъ лицъ, не могутъ быть посредниками и многія другія лица, которыхъ право быть посредниками ограничивается само собою, безъ необходимости о томъ упоминать, какъ-то: судья, который отправляетъ судъ по данному дѣлу; лица, имѣющія интересъ въ данномъ дѣлѣ; юридическія лица, какъ неимѣющія физическихъ качествъ для отправленія правосудія, хотя лица, составляющія такое юридическое лице, могутъ быть приглашаемы въ посредники ¹⁾. Но официальные учрежденія признаются способными къ отправленію третейскаго суда ²⁾.

Посредниковъ, по одному и тому же дѣлу, можетъ быть одно или нѣсколько лицъ. Избираются они не иначе какъ по взаимному согласію сторонъ, ото всѣхъ тяжущихся вообще, а не отъ каждаго изъ нихъ особо.

Уст. гр. суд. ст. 1367.

¹⁾ *Gargiulo*. Corso di diritto civile giudiziario p. 173.

²⁾ *Gaupp*. Civilprozessordnung. Bd. II p. 638, 639.

Выборъ посредниковъ по взаимному соглашенію тяжущихся считается необходимымъ условіемъ правильнаго отношенія такихъ судей другъ къ другу и къ сторонамъ; тогда какъ избраніе посредниковъ каждымъ тяжущимся особо ставитъ первыхъ въ положеніе не только судей, но и представителей интересовъ избравшей ихъ стороны, что разумѣется не всегда обезпечиваетъ успешное окончаніе дѣла.

Мотивы къ ст. 1367 Уст. гр. суд. изд. Гос. Канц. — По прежнимъ судопроизводственнымъ законамъ (св. зак. т. X ч. 2 ст. 1148 изд. 1857 г.) каждая сторона избирала своего посредника. Тоже примѣняется въ Германіи (Civ. Proz. Ordn. § 854) въ тѣхъ случаяхъ, когда въ третейскомъ соглашеніи ничего не установлено о выборѣ посредниковъ.

Въ тѣхъ случаяхъ, когда стороны не придуть къ соглашенію по выбору посредниковъ, третейскій судъ должно считать не состоявшимся.

По другимъ законодательствамъ, напр. англійскому, въ этихъ случаяхъ посредниковъ назначаетъ судъ. *Russell cit.* p. 170.

При назначеніи нѣсколькихъ посредниковъ должно быть соблюдаемо условіе нечетнаго числа. Этимъ имѣется въ виду избѣжать равенства голосовъ при постановленіи рѣшенія и тѣмъ устранить надобность въ выборѣ общаго посредника, на случай разногласія, или уменьшать случаи, когда по такому разногласію третейское рѣшеніе будетъ считаться не состоявшимся.

Уст. гр. суд. ст. 1367.—Codice di proced. civ. art. 8.

Въ силу этого разбирательство дѣла и постановленіе рѣшенія четнымъ числомъ посредниковъ будетъ недѣйствительно, если даже сами стороны остановились на четномъ числѣ судей.

Касс. рѣш. 1874 № 326.

Въ посредники могли быть избираемы не только частныя лица, но и оффиціальныя судьи, какъ напримѣръ мировые судьи, ко-

торые въ этихъ случаяхъ отправляютъ судъ въ качествѣ лишь частныхъ посредниковъ ¹⁾).

Уст. гр. суд. ст. 1367 примѣч. (по продолж. 1890 г.).

Мало того, посредникомъ могло быть не только физическое лице, но и цѣлое официальное учрежденіе, какъ-то коммерческой судъ и волостной судъ. Требовалось лишь соблюденіе правилъ подсудности по роду дѣла.

Уст. судопр. торг. ст. 53 п. 2. Касс. рѣш. 1870 № 507.—

Полож. о крестьян. ст. 98, 99; Врем. прав. о волостн. судѣ ст. 14 прим.

Третейское соглашеніе, обязательное для сторонъ во взаимныхъ ихъ отношеніяхъ, не можетъ быть обязательнымъ по отношенію къ избраннымъ посредникамъ. Соглашеніе съ послѣдними основано на особомъ довѣрїи къ нимъ тяжущихся, которые поэтому не могутъ быть лишены права отказаться отъ суда лицъ, почему либо не внушающихъ уже болѣе этого довѣрїя. Такимъ образомъ тяжущіеся имѣютъ право въ любой моментъ до окончанія дѣла переменить посредниковъ по взаимному согласію; избранные посредники не могутъ настаивать на правѣ оканчивать начатое предъ ними дѣло.

Но и помимо взаимнаго согласія, каждый изъ тяжущихся можетъ требовать устраненія посредника отъ суда, когда, послѣ составленія третейской записи, этотъ послѣдній станетъ въ особыя отношенія къ противной сторонѣ, — а именно въ отношенія свойства первыхъ двухъ степеней, — или сталъ во враждебныя отношенія къ самому просителю, какъ это предполагается въ случаѣ тяжбныхъ между ними отношеній. Запрещеніе тяжущемуся требовать перемены посредника, въ указанныхъ случаяхъ, равнялось бы отказу въ правосудїи.

Уст. гр. суд. ст. 1376, повторяющая ст. 1152 т. X ч. 2.—
Code de proc. civ. art. 1014.

¹⁾ Сравн. отмѣненную ст. 30 Уст. гр. суд.— *Бенкендорфъ*. Новый мировой судъ по совѣсти (въ Журн. гражд. и угол. пр. 1872 кн. 4).

~~Замѣна посредниковъ происходитъ при посредствѣ государственнаго суда; соответствующія требованія обращаются къ тому или другому суду, смотря по роду дѣла и цѣли иска, находящагося на разсмотрѣнн посредниковъ.~~

Уст. гр. суд. ст. 1377.

Производство въ третейскомъ судѣ.

Послѣдствія отъ установленія третейскаго суда — всё тѣже, что и при открытн по дѣлу процесса въ государственныхъ судахъ, какъ наиримѣрь перерывъ исковой давности. Но помимо того, со времени учрежденія третейскаго суда дѣло, предоставленное на его разсмотрѣнне и рѣшенне, изъ вѣдѣнн государственныхъ судовъ.

Уст. гр. суд. ст. 1373.

По третейскому договору истецъ обязывается не предъявлять иска, по данному дѣлу, въ государственный судъ, по крайней мѣрѣ на срокъ, указанный въ записи; если онъ поступитъ вопреки этой обязанности, то отвѣтчикъ можетъ заявить отводъ, указавъ суду на существованне третейскаго соглашения ¹⁾.

Въ тѣхъ случаяхъ, когда, до составленія третейской записи, дѣло уже началось въ государственномъ судѣ, то, по предъявленн этой записи, производство тамъ приостанавливается, въ какомъ бы положенн оно ни находилось, хотя бы по постановленн уже судомъ первой степени рѣшенн, не вступившаго еще въ законную силу, или послѣ перенесенн дѣла во вторую инстанцію и до постановленн тамъ рѣшенн ²⁾. По распоряженн суда, принятыя въ интересѣ тяжущагося, какъ-то относительно мѣрѣ обезпеченн, остаются въ силѣ, если только заинтересованный не отказался отъ нихъ особымъ условнемъ третейской записи.

¹⁾ Сюда по аналогн можно было бы примѣнить ст. 571 п. 2 Уст. гр. суд.—*Азаревичъ*. Законная сила судебн. рѣш. стр. 8—11.

²⁾ *Побѣдоносцевъ*. Суд. Руковод. тезисъ 1526.

Уст. гр. суд. ст. 1375.

Наконецъ, предъявлять на разсмотрѣніе третейскаго суда можно даже тѣ дѣла, которыя уже окончательно порѣшены государственнымъ судомъ ¹⁾, или были на разсмотрѣніи третейскаго же суда ²⁾. Ограничивать въ этомъ волю сторонъ нѣтъ никакого основанія. ³⁾.

Ограниченіе въ правѣ обращаться къ государственному суду, по дѣлу представленному на третейское разбирательство, продолжается до истеченія срока дѣйствія третейской записи.

Уст. гр. суд. ст. 1373.

Производство. — По самой своей сущности третейскій судъ не можетъ быть стѣсненъ въ своемъ производствѣ соблюденіемъ тѣхъ формальностей, которыя предписаны для государственнаго суда. Довѣріе, побудившее стороны къ соглашенію на учрежденіе этого суда, дѣлаетъ излишними тѣ гарантіи, которыми въ государственныхъ судахъ служатъ правила процедуры. Но съ другой стороны тяжущіеся, какъ устанавливающіе третейскій судъ по добровольному соглашенію, не могутъ быть лишены права предписывать порядокъ, въ которомъ ихъ дѣло должно производиться. Отсюда общее положеніе для третейскаго суда, что онъ не обязывается къ соблюденію формъ и сроковъ, предписанныхъ для государственнаго суда, но подчиняется лишь условіямъ, постановленнымъ въ записи.

Уст. гр. суд. ст. 1378. — Codice di proc. civ. art. 17.
Сравн. Code de proc. civ. art. 1009.

Но во всякомъ случаѣ третейскій судъ обязанъ отправлять правосудіе непаче, какъ въ присутствіи всѣхъ посредниковъ; онъ не можетъ уполномочивать отъ себя на юрисдикцію одного изъ своихъ членовъ, ибо дѣло поручено сторонамъ имъ всѣмъ въ совокупности. Третейская записъ обязываетъ всѣхъ посредни-

¹⁾ Касс. рѣш. 1875 № 530.

²⁾ Гольмстенъ въ Журн. гр. и уг. пр. 1884 кн. 3 стр. 127.

³⁾ См. Азаревичъ. Законная сила рѣш. стр. 3.

ковъ къ отправленію суда, если только тамъ не сдѣлано иныхъ оговорокъ.

Code de proc. civ. art. 1011.

Затѣмъ третейскій судъ не можетъ уклониться отъ соверше-
нія такихъ судебныхъ дѣйствій, которыя служатъ дѣлу правосудія,
т. е. онъ не можетъ нарушать принциповъ юстиціи ¹⁾. Такъ, онъ
не долженъ отправлять судъ безъ вѣдома тяжущихся, не давая
имъ возможности высказать предъ нимъ свои требованія. По это-
му третейскій судъ обязанъ извѣщать стороны о времени и мѣстѣ
своего засѣданія, и только тогда въ случаѣ неявки сторонъ постано-
вляеть рѣшеніе на основаніи имѣющихся въ дѣлѣ данныхъ.

Уст. гр. суд. ст. 1381.—Ср. Civilproz. Ordn. § 860.

Доказательства по дѣлу представляются въ третейскій судъ
самими сторонами и опять таки безъ соблюденія какихъ либо осо-
быхъ обрядовъ и формальностей. Такъ, всякіе письменные акты
представляются самими тяжущимися, которые сами же иногда
обращаются, по свидѣтельству суда, съ требованіемъ о выдачѣ
актовъ къ соответствующимъ учреждениямъ. Въ случаѣ замедле-
нія въ представленіи тяжущимися документовъ, судъ, въ виду
возможнаго произвола въ остановкѣ производства, можетъ назна-
чать тяжущимся срокъ на представленіе документа и только послѣ
просрочки приступить къ разсмотрѣнію дѣла на основаніи другихъ
данныхъ.

Уст. гр. суд. ст. 1379 — 1382.—Ср. Codice di proc. civ.
art. 14.

Точно также и свидѣтелей и свѣдущихъ людей стороны пред-
ставляютъ въ судъ сами, но по просьбѣ ихъ самъ судъ можетъ
вызвать указанныхъ лицъ, не имѣя только права облагать ихъ
штрафами въ случаѣ неявки. }

По германскому Civilproz. Ordn. § 861 явка свидѣте-
лей и свѣдующихъ людей въ третейскій судъ есть дѣло

¹⁾ Russell cit. p. 166.

ихъ доброй воли. Но по англійскому праву, если свидѣтель отказывается явиться въ третейскій судъ, то заинтересованный тяжущійся можетъ просить государственный судъ о приказѣ свидѣтелю на явку (*Russell cit. p. 172*). Нельзя не признать такое положеніе вполне цѣлесообразнымъ; ибо третейскій судъ рѣшаетъ дѣло окончательно и ставитъ интересы тяжущагося въ зависимость отъ произвола свидѣтеля едва ли можетъ быть допустимо.

Касательно допустимости въ третейскомъ судѣ всякихъ другихъ доказательствъ нашъ законъ не говоритъ ничего, а потому нѣтъ основаній ограничивать судъ въ этомъ отношеніи, по сравненіи съ судомъ государственнымъ ¹⁾).

По вопросу о повѣркѣ доказательствъ нашъ уставъ упоминаетъ лишь о случаяхъ заявленія спора о подлогѣ. Если актъ, оспариваемый такимъ образомъ, имѣетъ значеніе для дѣла, то производство въ третейскомъ судѣ прекращается и тяжущійся можетъ обратиться въ соответствующій судъ для доказательства }
подложности акта.

Уст. гр. суд. ст. 1384 п. 3 и объясн. Госуд. Канц. —
Code de proc. civ. art. 1015.

Далѣе, можно полагать, что третейскій судъ имѣетъ право, во избежаніе излишнихъ усложненій и формальностей, поручить повѣрку доказательствъ одному изъ своихъ членовъ, какъ-то: допросъ свидѣтелей, производство экспертизы, снятіе присяги, осмотръ на мѣстѣ. Но, конечно, если въ третейской записи прямо воспрещено такое делегированіе, то третейскій судъ отправляетъ данныя дѣйствія во всемъ своемъ составѣ.

Codice di proced. civ. art. 18.

Приступая къ разсмотрѣнію дѣла, третейскій судъ, при самомъ открытіи, можетъ принять мѣры къ обезпеченію иска; но только въ томъ случаѣ, когда въ третейской записи оговорено такое обезпеченіе.

¹⁾ Сравн. о присягѣ Civilproz. Ordn. § 861, 862.

Уст. гр. суд. ст. 1371.

При этомъ самъ третейскій судъ приводитъ въ исполненію опредѣленіе объ обезпеченіи не можетъ, за неимѣніемъ какой либо исполнительнѣйшей власти. Поэтому опредѣленіе такое передается соотвѣтствующему суду для приведенія его въ исполненіе.

См. Code de proc. civ. art. 1021.

Вступленіе третьяго лица въ дѣло, разсматриваемое третейскимъ судомъ, не предусмтрѣно въ нашемъ законѣ. На основаніи же общихъ соображеній не слѣдуетъ допускать вступленіе третьяго лица въ дѣло съ самостоятельнымъ требованіемъ, ибо эти третьи лица не участвуютъ въ третейскомъ соглашеніи и поэтому рѣшенія суда, касающіяся ихъ, будутъ выходить за предѣлы юрисдикціи посредниковъ. Но не можетъ быть препятствія въ допущенію третьихъ лицъ къ участию въ третейскомъ разбирательствѣ въ качествѣ пособниковъ. Вступленіе ихъ должно быть разрѣшено въ силу тѣхъ же основаній, по которымъ разрѣшается такое вступленіе въ государственномъ судѣ ¹⁾. И уже подавно нельзя лишити тяжущихся въ третейскомъ судѣ права на привлеченіе третьяго лица.

Въ нашей процессуальной литературѣ мнѣнія по данному вопросу разошлись. Гольмстенъ (въ Журн. гр. и уг. пр. 1888 кн. I стр. 102) рѣшаетъ его въ утвердительномъ смыслѣ, а *Анненковъ* (Опытъ коммент. VI стр. 253)—въ отрицательномъ смыслѣ.

Прекращеніе производства дѣла въ третейскомъ судѣ.

Уст. гр. суд. ст. 1384.—Ср. Code de proc. civ. art. 1012; Codice di proc. civ. art. 34.

Прежде всего третейскій судъ, какъ установленный соглашеніемъ сторонъ, по взаимному же ихъ согласію можетъ быть закрытъ,

¹⁾ См. *Азаревичъ*. Судоустр. и судопроизв. I, 2 стр. 357.

и притомъ не только со стороны производства дѣла въ этомъ судѣ, но и по самому существу дѣла, какъ напримѣръ въ силу мирового соглашения.

Code de proc. civ. art. 1008; Гражд. Код. ст. 1134.

Отказъ отъ третейскаго суда, какъ установленнаго по письменному третейскому акту, долженъ выразиться въ письменномъ же заявленіи обоихъ тяжущихся 1).

Прекращается третейское производство въ случаѣ смерти истца или ответчика. Въ силу чисто личного характера третейскаго соглашения, стороны не могутъ включить въ него противнаго условія, по которому смерть одного изъ тяжущихся не останавливала бы третейскаго производства.

Проф. *Гольмстенъ* (въ Журн. гр. и уг. пр. 1888 кн. I стр. 102, 103) держится противоположнаго взгляда Срав. *Анненковъ*. Опытъ коммент. VI стр. 274, 275.—См. Code de proc. civ. art. 1013; Codice di proc. civ. art. 16.

На ряду со смертью, какъ причиною прекращающей дѣйствія третейскаго суда, должно поставить и всѣ иныя обстоятельства, лишающія тяжущихся правоспособности вступать въ договоръ и вести процессъ, какъ напримѣръ лишеніе ихъ всѣхъ правъ состоянія, учрежденіе надъ ними опеки вслѣдствіе сумасшествія, расточительности и т. п.

Прекращается третейское производство, если въ теченіе его откроется уголовное обстоятельство, могущее имѣть вліяніе на разрѣшеніе дѣла посредниками. Такъ въ случаѣ заявленія спора о подлогѣ посредники тотчасъ прекращаютъ 2) у себя дѣло и отъ сторонъ зависятъ самимъ обратиться въ государственный судъ для разрѣшенія этого спора.

1) *Gargiulo. Corso* § 428.

2) Сравни. Уст. гр. суд. ст. 8:... приостанавливается... По итальянскому Codice di proc. civ. art. 19 и въ третейскомъ судѣ, при подобныхъ обстоятельствахъ, дѣло только приостанавливается производствомъ а не прекращается вовсе.

Затѣмъ, закрывается третейскій судъ въ случаѣ смерти посредника или иного выбытія его дѣла суда по соглашенію сторонъ или требованію одной изъ нихъ, если только тяжущіеся не изберутъ на мѣсто выбывшихъ новыхъ посредниковъ, или не представятъ разрѣшеніе дѣла оставшимся на лице, въ нечетномъ числѣ, посредникамъ. Тутъ все опредѣляется согласіемъ сторонъ, какъ основой всякаго третейскаго суда ¹⁾).

Рядомъ со смертью посредника, какъ причиной прекращающей производство въ третейскомъ судѣ, должно поставить такія обстоятельства, которыя лишаютъ его ~~способности быть посредникомъ~~, какъ напимѣръ сумасшествіе, несостоятельность и т. п. ²⁾).

Наконецъ, производство въ третейскомъ судѣ прекращается съ истеченіемъ срока. Производство въ третейскомъ судѣ должно быть закончено въ теченіи срока, постановленнаго соглашеніемъ сторонъ, но если стороны не установили такою срока, то дѣло должно быть разрѣшено посредниками въ теченіи четырехъ мѣсяцевъ. Срокомъ считается со дня назначенія всѣхъ посредниковъ, т. е. съ момента явки подписанной всѣми участвующими третейской записи къ засвидѣтельствуванію ³⁾, ибо до того третейскій судъ не считается установившимся.

Уст. гр. суд. ст. 1371, 1372 (ст. 1141 т. X ч. 2). —
Сравн. Code de proc. 1007; Codice di proc. civ. art. 34 п. 3.

Такимъ образомъ законъ не допускаетъ безсрочнаго третейскаго суда.

Но если въ назначенный срокъ дѣло не будетъ окончено въ третейскомъ судѣ, то стороны, по согласію съ посредниками, могутъ назначить новый срокъ для постановленія рѣшенія. Объ этомъ составляется дополнительная записъ.

Уст. гр. суд. ст. 1385 (ст. 1166 т. X ч. 2).

¹⁾ Объясн. къ ст. 1384 Уст. изд. Госуд. Канц.—Ср. Civilpr. Ordn. §§ 857, 859.

²⁾ Анненковъ. Опытъ коммент. VI стр. 275.

³⁾ Анненковъ. Опытъ коммент. VI стр. 258.

Если же рѣшеніе не состоится и въ дополнительный срокъ или дополнительнаго срока вовсе не будетъ назначено, то третейскій судъ считается несостоявшимся и стороны могутъ обратиться къ государственному суду, получивъ отъ перваго обратно всѣ представленныя туда бумаги и саму третейскую запись.

Уст. гр. суд. ст. 1386 (ст. 1167 т. X ч. 2).

Какое либо понужденіе посредниковъ къ окончанію дѣла въ срокъ не можетъ быть допущено. Третейскій судъ — судъ добровольный, отъ котораго нельзя вынудить къ сроку рѣшенія, коль скоро онъ не представилъ себѣ вполне ясно о правотѣ утвержденій той или другой стороны.

Рѣшеніе третейскаго суда (*laudum, lodo*) постановляется по большинству голосовъ ¹⁾ послѣ предварительнаго, притомъ непременно личнаго, между ними совѣщанія.

Уст. гражд. суд. ст. 1388. — *Codice di proc. civ. art. 21, 32.*

Требованіе личнаго совѣщанія посредниковъ ²⁾ вытекаетъ изъ самаго смысла третейскаго суда, установленіе котораго тяжущимися вызвано довѣріемъ ихъ къ здравому смыслу, добросовѣстности и ревности при отправленіи судейскихъ обязанностей всѣми избранными посредниками. Поэтому должно признавать ничтожнымъ постановленное рѣшеніе, когда посредникъ прислалъ на письмѣ свой голосъ или поручилъ его подать другому.

Въ тѣхъ случаяхъ, когда не составится большинства голосовъ (голоса раздѣлятся), нельзя примѣнять такъ сказать понудительныхъ средствъ къ сформированію большинства за одно изъ мнѣній, какъ это принято для постановленій въ государственныхъ судахъ ³⁾. Если въ соглашеніи не предусмотрѣнъ подобный случай, то нельзя принуждать посредника, какъ частное лицо, отказываться

¹⁾ По германскому уставу — если въ третейскомъ соглашеніи не было установлено иначе. *Civ. Proz. Ordn. § 864.*

²⁾ *Confereenza personale*, по выраженію итальянскаго кодекса.

³⁾ Уст. гр. суд. ст. 699.

отъ своего мнѣнія и примыкать къ мнѣнію одного изъ сотоварищей ¹⁾). Въ этихъ случаяхъ должно считать третейское соглашеніе не осуществившимся.

По французскому Code de commerce art. 60 при раздѣленіи голосовъ поровну рѣшеніе склоняется въ ту или другую сторону особымъ суперъ-арбитромъ, который назначается или въ третейской записи уже, или посредниками, или, при несогласіи послѣднихъ въ выборѣ, коммерческимъ судомъ. Тоже въ Англіи по выбору т. паз. Umpire. Roscoe. Outlines p. 130. О правѣ посредниковъ избирать суперъ-арбитра, когда это прямо не предоставляется третейскою записью, спорно касательно римскаго права (*Weizsäcker cit.* p. 1139). Но современное германское процессуальное право отвергаетъ такое избраніе суперъ арбитра (*Obmann*), и такимъ образомъ при равенствѣ голосовъ третейскій судъ закрывается. Civ. Proz. Ordn. § 859 п. 2.—См. Holtzendorff's Rechtslex. Bd. 3 p. 552, 553.

Рѣшеніе, постановленное третейскимъ судомъ въ отсутствіе кого либо изъ тяжущихся, не считается заочнымъ, ибо сама третейская запись заключаетъ уже въ себѣ просьбу обѣихъ сторонъ разсмотрѣть ихъ дѣло.

Ср. Объяснен. на ст. 1381 Уст. изд. Госуд. Канц. — Уст. гр. суд. ст. 718, 719, 719¹.

Третейскій судъ, въ силу самого своего призванія, постановляетъ рѣшеніе *по совѣсти, по началамъ естественной справедливости*, т. е. по внутреннимъ чисто этическимъ мотивамъ, выведеннымъ изъ всей обстановки подлежащаго разрѣшенію дѣла и его индивидуальныхъ особенностей, а не по буквѣ закона. Посредники, постановляя рѣшеніе, могутъ руководствоваться лишь врожденнымъ каждому чувствомъ справедливости или нравственнымъ убѣжденіемъ, слагая послѣднее по законамъ разума изъ обстоятельствъ разсмотрѣннаго дѣла.

Уст. гр. суд. ст. 1387. Журналъ соедин. департ. законовъ и гражд. дѣлъ 1862 № 65 стр. 121.

¹⁾ *Gargiulo. Corso n. 401.*

Необязательность для третейскаго суда сообразоваться съ законами основывается на предполагаемой воли тяжущихся, отдавшихъ свое частное право на рѣшеніе посредниковъ; этимъ они выражаютъ свое желаніе окончить споръ по естественной справедливости, а не на основаніи формальныхъ условій дѣла.

Въ силу сказаннаго для посредниковъ обязательны тѣ постановленія права, которыя опредѣляютъ сущность даннаго правоотношенія ¹⁾; обязательны постановленія и относительно доказательныхъ средствъ; обязательны и предписанныя въ законѣ послѣдствія нарушенія даннаго права.

Но третейскій судъ не можетъ нарушать постановленій закона, имѣющихъ публичный характеръ. Такъ третейскій судъ не можетъ присудить собственность въ недвижимости лицамъ, коимъ законъ воспрещаетъ такое владѣніе, какъ напримѣръ евреямъ внѣ черты ихъ осѣлости; и т. п. ²⁾.

По нѣкоторымъ иностраннымъ законодательствамъ (см. напр. Code de proc. civ. art. 1009, 1019; Codice di proc. civ. art. 20) третейскіе суды должны судить согласно нормамъ положительнаго права, если только третейское соглашеніе не уполномачиваетъ ихъ судить согласно принципамъ общей справедливости (*comme amiables compositeurs, come amichevoli compositori*). Само собою воля сторонъ не предполагается направленною на отклоненіе рѣшенія отъ нормъ положительнаго права (*Gargiulo. Corso § 400*).—По прежнимъ нашимъ судопроизводственнымъ законамъ отъ сторонъ зависѣло предоставить посредникамъ рѣшеніе дѣла по совѣсти или по закону (Св. зак. т. X ч. 2 ст. 1140, 1195).

Третейскій судъ, присуждая одного изъ тяжущихся, имѣетъ право возложить на него уплату издержекъ по производству дѣла въ пользу противной стороны, какъ-то издержки по экспертизѣ, по доставленію въ судъ свидѣтелей, вознагражденіе за веденіе дѣла ³⁾.

1) Касс. рѣш. 1871 № 532.

2) *Анненковъ. Опытъ коммент. VI стр. 277.*

3) Касс. рѣш. 1878 № 67.

Касательно формальных условий закономъ предписано означать въ рѣшеніи третейскаго суда: тяжущихся (имена, отчества и фамилии ихъ),—т. е. лицъ, для которыхъ рѣшеніе должно имѣть обязательную силу;—заявленные ими требованія,—т. е. предметъ, ограничивающій юрисдикцію третейскаго суда;—доказательства, на которыхъ они основаны; основанія, которыми судъ руководствовался для своего постановленія,—т. е. третейскій судъ долженъ оправдать собственное рѣшеніе и такимъ образомъ указать, что оно не было дѣломъ произвола;—наконецъ, само рѣшеніе, т. е. диспозитивъ, составляющій сущность рѣшенія и обязывающій стороны. Въ концѣ рѣшенія необходимо обозначить время его постановленія, чтобы видно было соблюденіе срока, установленнаго въ третейской записи.

Уст. гр. суд. ст. 1389. Ср. Codice di proc. civ. art. 21.

Затѣмъ рѣшеніе третейскаго суда подписывается всеми посредниками или по крайней мѣрѣ ихъ большинствомъ, иначе рѣшеніе будетъ недействительнымъ. Объ отказѣ кого либо изъ посредниковъ подписать рѣшеніе дѣлается остальными посредниками отмѣтка на самомъ рѣшеніи.

Уст. гр. суд. ст. 1391. Ср. Code de proc. civ. art. 1016; Codice di proc. civ. art. 21, 49.

Исполненіе рѣшеній третейскаго суда.—Рѣшеніе третейскаго суда имѣетъ для сторонъ значеніе равное окончательному рѣшенію государственнаго суда ¹⁾.

Civ. Proz. Ordn. § 866.—Въ римскомъ правѣ *laudum* не имѣло силы публичнаго рѣшенія; оно рождало только искъ на стипулированный штрафъ. *Weizsäcker cit. p. 90.*

Какъ такое оно подлежитъ исполненію. Рѣшеніе третейскаго суда получаетъ исполнительную силу со времени объявленія его сторонамъ. Объявляется же имъ рѣшеніе въ формѣ подписки на самомъ рѣшеніи въ назначенный срокъ, а въ случаѣ если тяжущійся будетъ уклоняться отъ выдачи подписки, то рѣшеніе

¹⁾ *Wach, Handbuch d. deutsch. Civilpr. Bd. 1 p. 75.*

считается ему объявленнымъ въ послѣдній день срока, назначеннаго для постановленія рѣшенія.

Уст. гр. суд. ст. 1392.

Рѣшеніе третейскаго суда не обладаетъ само по себѣ исполнимою; оно получаетъ исполнительную силу лишь по опредѣленію (но не по утверженію ¹⁾) государственнаго суда.

Объ этомъ нужно просить; просьба разсматривается судомъ, который и опредѣляетъ привести рѣшеніе третейскаго суда въ исполненіе. Основаніемъ такой просьбы будетъ рѣшеніе третейскаго суда, предметъ ея—признанное этимъ рѣшеніемъ притязаніе ²⁾.

Самъ третейскій судъ, какъ судъ частныхъ лицъ, не составляя органа государственной власти, не имѣетъ исполнительной власти и соединенное съ ней право принужденія; его единственное назначеніе—разсмотрѣть и рѣшить дѣло. Поэтому, съ объявленіемъ рѣшенія, дѣйствія третейскаго суда считаются оконченными. Для приведенія рѣшенія въ исполненіе необходимо обратиться къ судебной власти. Съ этою цѣлью все дѣло, вмѣстѣ съ третейскою записью, съ прочими всеми актами и документами ³⁾ и съ подлиннымъ рѣшеніемъ, не поздиѣ какъ въ семидневный срокъ со дня объявленія послѣдняго, передается самимъ судомъ, безъ просьбы о томъ сторонъ, смотря по роду и цѣнѣ иска, въ тотъ или другой государственный судъ, въ участкѣ или округѣ котораго дѣло рѣшено, и уже этими судами выдается исполнительный листъ.

Уст. гр. суд. ст. 1394, 1395. Сравни. Code de proc. civ. art. 1021; Codice di proced. civ. art. 24.—По германскому праву въ третейской записи стороны могутъ обозначить судъ, которому будетъ подлежать исполненіе будущаго рѣшенія третейскаго суда. Civ. Proz. Ordn. § 871.

Если рѣшеніе касалось правъ на недвижимое имущество, то государственный судъ сообщаетъ копию его казенной палатѣ для

¹⁾ Касс. рѣш. 1880 № 140.

²⁾ Wach. Handbuch d. Civilpr. Bd. 1 p. 75.

³⁾ Объясн. къ ст. 1399 въ изд. Госуд. Канц.

разчета крѣпостныхъ пошлинъ, буде этимъ рѣшеніемъ устанавливается переходъ имущества отъ одного лица къ другому, во избѣжаніе платежа этихъ пошлинъ.

Уст. гр. суд. ст. 1394¹.

Подсудность дѣлъ по исполненію рѣшеній третейскаго суда распределяется между мировымъ судомъ, судомъ по закону 1889 г. и окружнымъ судомъ. При этомъ рѣшенія третейскаго суда по коммерческимъ дѣламъ обращаются также къ исполненію не къ коммерческимъ судамъ, а къ гражданскимъ же судамъ ¹⁾.

Уст. гр. суд. ст. 1400.

Если рѣшеніе третейскаго суда не будетъ имъ передано въ государственный судъ въ теченіе указанного срока, то тяжущіеся могутъ подать жалобу, на эту медленность, въ судъ, которому рѣшеніе должно было быть передано къ исполненію ²⁾.

При выдачѣ исполнительнаго листа государственный судъ не имѣетъ права входить въ разсмотрѣніе третейскаго рѣшенія по существу, но онъ можетъ отказать въ исполненіи коль скоро рѣшеніе должно считаться недѣйствительнымъ по самому закону ³⁾.

Недѣйствительность рѣшеній третейскаго суда опредѣлена закономъ въ слѣдующихъ случаяхъ:

- 1) Когда они постановлены противъ лицъ, не участвовавшихъ въ составленіи третейской записи, исключая правопреемниковъ, на которыхъ распространяется сила всякаго судебного рѣшенія.
- 2) Когда они относятся къ предметамъ на основаніи записи рѣшенію третейскаго суда не предоставленныхъ. Если вопросъ о предметѣ третейскаго суда точно не опредѣленъ и тѣмъ вызывается споръ заинтересованныхъ лицъ, то рѣшеніе должно почитаться недѣйствительнымъ, ибо касательно этого предмета не имѣется соглашенія.
- 3) Когда они постановлены по дѣламъ, по свойству своему отъ разбора третейскаго суда изъятымъ.

¹⁾ *Юсилевичъ* въ Судебн. Газ. 1884 № 52.

²⁾ *Анненковъ*. Опытъ коммент. VI стр. 281.

³⁾ *Boitard*. Leçons de proc. civ. II p. 745.

Уст. гр. суд. ст. 1397.

Въ перечисленныхъ случаяхъ не всегда будетъ недѣйствительнымъ все рѣшеніе третейскаго суда; недѣйствительность можетъ касаться лишь отдѣльныхъ частей его, относящихся или до третьихъ лицъ, или до предметовъ, по которымъ третейскій судъ не имѣлъ права постановлять рѣшеніе.

Объясн. на ст. 1397 Суд. Уст. изд. Госуд. Канц.—
Касс. рѣш. 1880 № 80.

Тяжущійся, признавая отказъ суда въ выдачѣ исполнительнаго листа неправильнымъ, можетъ обжаловать это опредѣленіе частной жалобой на общемъ основаніи ¹⁾.

Обжалованіе рѣшеній третейскаго суда.—Прежде всего рѣшеніе третейскаго суда не можетъ быть заочнымъ и потому обжалованіе его въ формѣ отзыва не допускается.

Это прямо выражено въ итальянскомъ Codice di proced. civ. art. 27.

Отзывъ основывается на отсутствіи заявленія отвѣтчика по дѣлу; въ третейскомъ же судѣ имѣется согласіе отвѣтчика на вступленіе въ процессъ въ подписанной имъ третейской записи.

Не подлежитъ рѣшеніе третейскаго суда обжалованію путемъ апелляціи.

Уст. гражд. суд. ст. 1393; Уст. суд. торг. ст. 53 п. 2.

Апелляціи могутъ подлежать лишь такія судебныя рѣшенія, которыя постановляются на точномъ основаніи закона; третейскій же судъ освобождаетъ отъ обязанности сообразоваться съ законами, а потому для апелляціоннаго обжалованія его рѣшеній не можетъ быть никакихъ основаній.

По тѣмъ же причинамъ нельзя просить о кассациі рѣшеній третейскаго суда, такъ какъ ни одно изъ основаній кассациі не имѣетъ приложенія къ суду посредничковъ.

См. Уст. гр. суд. ст. 793.

¹⁾ Анненковъ. Опытъ коммент. VI стр. 284.

Въ тѣхъ законодательствахъ, по которымъ можно обязать посредниковъ къ примѣненію началъ положительнаго права, допускается и апелляціонная и кассационная форма обжалованія рѣшеній третейскаго суда, развѣ бы стороны положительно отъ этого отказались (Code de proc. civ. art. 1023, 1026, 1028 ср. art. 1010; Code de commerce art. 52; Codice di proced. civile art. 28, 31). Но по тѣмъ же законодательствамъ въ случаяхъ рѣшенія дѣла по совѣсти обжалованіе точно также не допускается (*Boitard. Leçons* II р. 743).—Тоже признавалось и по нашимъ прежнимъ судопроизводственнымъ законамъ. Св. зак. т. X ч. 2 ст. 1140, 1195. См. также Уст. судопр. торг. ст. 224.

По рѣшеніямъ третейскаго суда можно просить объ уничтоженіи. Жалоба объ уничтоженіи допускается въ слѣдующихъ случаяхъ: 1) когда рѣшеніе постановлено по истеченіи опредѣленнаго срока; тутъ посредники превысили свое судебное полномочіе; ~~отраженное~~ по записи лишь до извѣстнаго времени; 2) когда рѣшеніе постановлено на основаніи записи, неподписанной всѣми лицами въ составленіи ея участвовавшими; подписью выражается согласіе и сторонъ и посредниковъ на третейскій судъ; отсутствіе ея лишаетъ запись силы устанавливающаго акта; 3) когда рѣшеніе постановлено вообще безъ соблюденія условій, оговоренныхъ въ записи; какъ договорный актъ запись дѣйствительна лишь въ границахъ условій даннаго соглашенія.

Уст. гр. суд. ст. 1396. — Сравн. Codice di proc. civ. art. 32.

Жалобы объ уничтоженіи рѣшенія третейскаго суда подаются тому государственному суду, которому данный споръ былъ бы подсуденъ.

Codice di proc. civ. art. 33.

Жалобы эти ничего общаго не имѣютъ съ апелляціонной или кассационной жалобами. Судъ, по жалобѣ на уничтоженіе, не перерѣшаетъ дѣла, а въ случаѣ уничтоженія рѣшенія третейскаго суда не передаетъ дѣла на новое разсмотрѣніе его другому суду. Такимъ образомъ съ уничтоженіемъ рѣшенія дѣло остается нерѣшеннымъ и въ силу этого можетъ подлежать разсмотрѣнію

государственного суда на общих основаніяхъ для всѣхъ гражданскихъ спорѣвъ ¹⁾.

На случай обжалованія объ уничтоженіи третейскій судъ обязанъ передавать дѣло въ государственный судъ и тогда по его рѣшенію не можетъ быть исполненія, какъ-то въ случаѣ отказа въ искѣ ²⁾.

Просить объ уничтоженіи рѣшенія третейскаго суда могутъ не только сами тяжущіеся, но и третьи лица; ибо рѣшеніе посредниковъ не должно имѣть какой либо дѣйствительности для лицъ, не участвовавшихъ въ составленіи третейской записи.

Уст. гр. суд. ст. 1397 п 1.—По данному вопросу мнѣнія нашихъ процессуалистовъ расходятся. *Анненковъ* (*Опытъ коммент. VI стр. 289*) отвергаетъ право третьихъ лицъ просить объ уничтоженіи рѣшенія третейскаго суда. Мы считаемъ противное воззрѣніе *Гольмстена* (*Принц. тожд. стр. 357*) виолнѣ правильнымъ уже потому, что отнимать у третьяго лица это право значило бы ставить его въ совершенно беззащитное положеніе (*Журн. гр. и угол. пр. 1888 кн. I стр. 102*). Вѣдь признаетъ же кассаціонная практика возможность нарушенія правъ третьихъ лицъ рѣшеніями третейскаго суда и во имя этого считаетъ справедливымъ предоставить имъ право просить объ отмѣнѣ этихъ рѣшеній (*Касс. рѣш. 1879 № 81*).

Постановленное въ пользу кого либо изъ тяжущихся рѣшеніе посредниковъ приводится въ исполненіе, несмотря на жалобу объ уничтоженіи. Последняя, какъ всякое чрезвычайное средство обжалованія, не можетъ останавливать приведенія рѣшенія въ исполненіе ³⁾.

Кромѣ просьбы объ уничтоженіи рѣшенія, слѣдуетъ допустить просьбу о пересмотрѣ рѣшенія третейскаго суда. Просьба эта основана на указаніи несоотвѣтствія рѣшенія съ такими обстоятельствами, которыя не имѣлись въ виду третейскимъ судомъ при постановленіи рѣшенія и которыя, въ противномъ случаѣ, опредѣ-

¹⁾ *Вербловскій cit. стр. 62.*

²⁾ *Анненковъ. Опытъ коммент. VI стр. 281.*

³⁾ *Gargiulo. Corso § 424.*

лили бы иначе убѣжденіе посредниковъ ¹⁾. Такъ, напримѣръ, позднѣе открыта подложность или недѣйствительность акта, легшаго въ основу рѣшенія, или свидѣтельскія показанія оказались завѣдомо ложными, и т. п. Оставляя тяжущихся, въ подобныхъ случаяхъ завѣдомо неправильнаго рѣшенія спора, безъ всякихъ средствъ къ отставанію ихъ справедливыхъ претензій, не могло быть въ намѣреніяхъ законодателя.

Кассационная практика допускаетъ просьбу о пересмотрѣ рѣшенія третейскаго суда (Касс. рѣш. 1884 № 54), въ Уставѣ же нѣтъ указаній по этому вопросу. По иностраннымъ правамъ, какъ-то германскому (Civilproz. Ordn. § 867) и англійскому (*Roscoe. Outlines* p. 134), точнымъ положеніемъ разрѣшается такая просьба. — Въ нашей процессуальной литературѣ мнѣнія по вопросу разошлись. Одни высказываются за допустимость просьбы о пересмотрѣ (*Анненковъ. Опытъ коммент. VI* стр. 294); другіе противъ такого допущенія (*Гольмстенъ* въ Журн. гр. и уг. пр. 1885 кн. 6 стр. 100; 1888 кн. 1 стр. 103, 104). Послѣдніе исходятъ изъ того, что третейскимъ соглашеніемъ тяжущіеся отказываются отъ гарантій производства въ государственныхъ судахъ, а потому, будто, можно предполагать и отказъ отъ тѣхъ средствъ обжалованія рѣшенія, которыя предлагаются общимъ уставомъ. Но тутъ рѣчь идетъ не объ обжалованіи самого производства, а объ опроверженіи матеріальной основы рѣшенія, въ силу обстоятельствъ позднѣйшихъ, не времени постановленія рѣшенія.

Послѣдствіемъ просьбы о пересмотрѣ можетъ быть лишь признаніе судомъ третейскаго рѣшенія ~~недѣйствительнымъ~~ безъ передачи дѣла на разсмотрѣніе другого суда ²⁾.

Д. Азаревичъ.

1896 г.

¹⁾ Уст. гражд. суд. ст. 794.

²⁾ *Анненковъ. Опытъ коммент. VI* стр. 294.

112

100

$$\begin{array}{r}
 15 \\
 14 \\
 \hline
 60 \\
 15 \\
 \hline
 216.
 \end{array}$$

6

$$\begin{array}{r}
 363-? \\
 \hline
 375
 \end{array}$$

$$\begin{array}{r}
 38 \\
 54 \\
 \hline
 752 \\
 190 \\
 \hline
 20.52
 \end{array}$$

$$\begin{array}{r}
 25.00 \\
 20.52 \\
 \hline
 4.48
 \end{array}$$



$$\begin{array}{r}
 15 \\
 14 \\
 \hline
 60 \\
 15 \\
 \hline
 216.
 \end{array}$$

6

$$\begin{array}{r}
 363 - ? \\
 \hline
 375
 \end{array}$$

$$\begin{array}{r}
 38 \\
 54 \\
 \hline
 752 \\
 190 \\
 \hline
 20.52
 \end{array}$$

$$\begin{array}{r}
 2500 \\
 2052 \\
 \hline
 448
 \end{array}$$

$$\begin{array}{r} 15 \\ 14 \\ \hline 60 \\ 15 \\ \hline 216. \end{array}$$

6

$$\begin{array}{r} 363-? \\ \hline 375 \end{array}$$

$$\begin{array}{r} 38 \\ 54 \\ \hline 752 \\ 190 \\ \hline 2052 \end{array}$$

$$\begin{array}{r} 25 \\ 20 \\ \hline 448 \end{array}$$

$$\begin{array}{r} 15 \\ \underline{14} \\ 60 \\ \underline{15} \\ 216. \end{array}$$

6

$$\begin{array}{r} 363-? \\ \hline 375 \end{array}$$

$$\begin{array}{r} 38 \\ \underline{54} \\ 752 \\ \underline{190} \\ 20.52 \end{array}$$

$$\begin{array}{r} 2500 \\ \underline{2052} \\ 448 \end{array}$$

$$\begin{array}{r} 15 \\ 14 \\ \hline 60 \\ 15 \\ \hline 216. \end{array}$$

6

$$\begin{array}{r} 363-? \\ \hline 375 \end{array}$$

$$\begin{array}{r} 38 \\ 54 \\ \hline 752 \\ 190 \\ \hline 20.52 \end{array}$$

$$\begin{array}{r} 25.00 \\ 20.52 \\ \hline 44.8 \end{array}$$

$$\begin{array}{r}
 15 \\
 14 \\
 \hline
 60 \\
 15 \\
 \hline
 216.
 \end{array}$$

6

$$\begin{array}{r}
 363-? \\
 \hline
 375
 \end{array}$$

$$\begin{array}{r}
 38 \\
 54 \\
 \hline
 752 \\
 190 \\
 \hline
 20.52
 \end{array}$$

$$\begin{array}{r}
 2500 \\
 2052 \\
 \hline
 448
 \end{array}$$

