

ТЕОРІЯ ГРАЖДАНСКАГО ПРОЦЕССА.

ОРДИНАРНАГО ПРОФЕССОРА ИМПЕРАТОРСКАГО НОВОРОССИЙСКАГО УНИВЕРСИТЕТА

М. И. Малинина.

ВЫПУСКЪ ПЕРВЫЙ.

ОДЕССА.

Типографія П. А. Зеленаго (б. Г. Ульриха), Красный переулокъ, домъ № 3.

1881.

Печатано по опредѣленію совѣта Императорскаго Новороссійскаго
университета. Ректоръ *С. П. Ярошенко.*

Изъ XXXI и XXXII т. Записокъ Императорскаго Новорос. университета.

ТЕОРІЯ ГРАЖДАНСКАГО ПРОЦЕССА.

ВВЕДЕНІЕ.

§ 1. Задача науки гражданскаго процесса.

Затрудненіе въ установленіи научныхъ основъ ученія о гражданскомъ процессѣ. Принципъ личности въ государствѣ, какъ основной принципъ гражданскаго процесса, опредѣляющій существо и дѣятелей процесса, предметъ и характеръ ихъ дѣятельности. Значеніе гражд. процесса для отдѣльныхъ лицъ и для государства съ точки зрѣнія основнаго принципа.

§ 2. Система.

§ 3. Методъ.

§ 4. Источники.

Положительный законъ, какъ источникъ процессуальнаго права и теоріи. Объемъ ученія о законѣ, какъ такомъ источникѣ. Краткій историческій очеркъ появленія устава гражд. судопр.

§ 5. Необходимыя принадлежности дѣйствующаго закона.

§ 6. Приложение законовъ о гражданскомъ процессѣ по времени.

Правила 1865 и 1869 гг. о введеніи въ дѣйствіе судебныхъ уставовъ 20-го ноября 1864 г. касаются дѣлъ, кои начаты были въ прежнихъ судебныхъ установленіяхъ; одни изъ этихъ дѣлъ прекращаются сторонами или судомъ для возобновленія въ новыхъ судебныхъ учрежденіяхъ, другія не-

редаються судомъ въ эти учрежденія по правиламъ уст. гр. суд. о подсудности. Исполненіе рѣшеній, состоявшихся въ прежнихъ суд. установленіяхъ. Гражд. дѣла, производившіяся въ полиціи; прекращеніе ихъ. Право предъявлять о нихъ иски въ новыхъ суд. установленіяхъ. Значеніе прекращеннаго производства дѣла при возобновленіи его въ новыхъ суд. установленіяхъ. Время этого производства не пдѣтъ въ счетъ давности. Значеніе актовъ прежняго прекращеннаго производства въ новомъ производствѣ.

§ 7. Приложение законовъ о гражданскомъ процессѣ по времени (Продолженіе).

Руководящій принципъ теоріи при разрѣшеніи коллизіи новаго закона о гражд. процессѣ съ прежнимъ. Ограниченіе этого принципа при коллизіи законовъ: А. объ искомомъ правѣ, Б. исковой давности, также о привилегіяхъ несовершеннолѣтнихъ въ пользованіи искомымъ правомъ и правомъ апелляціи, наконецъ Г. ограниченіе принципа относительно пользованія доказательными средствами.

§ 8. Приложение дѣйствующаго закона о гражданскомъ процессѣ по мѣсту.

Принципъ территоріальности. Ограниченія его въ вопросѣ о проц. право—и дѣеспособности. Различіе возрѣній по этому вопросу. Приложение принципа въ производствѣ по доказыванію. Толкованіе 464, 465 и 707 ст. устава гражд. судопр. Приложение принципа по отношенію къ совершенію отдѣльныхъ процессуальныхъ дѣйствій, особенно по отношенію исполненія судебныхъ рѣшеній инстр. государствъ.

§ 9. Приложение судомъ законовъ о гражданскомъ процессѣ по содержанію.

Различіе содержанія процессуальныхъ законовъ по значенію ихъ въ производствѣ дѣлъ. Законы абсолютныя и диспозитивныя.

§ 10. Приложение законовъ о гражданскомъ процессѣ по содержанію. Толкованіе. (Продолженіе).

Исслѣдованіе воли закона. Приѣмъ исслѣдованія: грамматическое толкованіе и систематическое. Законъ, какъ источникъ систематическаго толкованія. Результаты такого толкованія. Приѣмы истолкованія и примѣненія законовъ, заключающихъ въ себѣ противорѣчія, кажущіеся и дѣйствительныя.

§ 11. Приложение законовъ о гражданскомъ процессѣ по содержанію. (Продолженіе).

Приѣмъ истолкованія закона при *неполнотѣ* его. Понятіе о толкованіи по *аналогіи*; юридическое основаніе ея. Существенныя требованія при пользованіи аналогіей.

§ 12. Первоисточники гражданского процесса.

Важность изслѣдованія первоисточниковъ, поскольку они имѣютъ отношеніе къ практическому примѣненію гражд. правосудія. Теоретическій и практический интересъ этого вопроса въ виду преобладающаго *диспозитивнаго* характера нормъ устава гр. судопр. (право суда дѣйствовать *по усмотрѣнію и по убѣжденію совѣсти*). Понятіе о неизмѣнномъ законѣ гражд. процесса, какъ первоисточникѣ. Понятіе о справедливости въ гражданскомъ процессѣ. Условія и приемы, необходимыя при пользованіи первоисточникомъ. Воззрѣнія русской кассационной практики по сему предмету.

§ 13. Пособія. Судебная практика и литература. Судебная практика.

Въ силу принципа равенства гражданъ предъ закономъ задачей судебной практики должно быть единообразное примѣненіе закона. Научное пониманіе закона, какъ основаніе единообразнаго примѣненія оного. Отсюда общее значеніе судебной практики въ силу научныхъ достоинствъ ея выводовъ и положеній. Противуположное воззрѣніе, признающее за судебною практикою обязательную силу, равную съ закономъ. Различіе значенія кассационной практики по русскому законодательству: 1) для дѣлъ, по которымъ данное кассационное рѣшеніе состоялось; 2) вообще для всѣхъ гражд. дѣлъ, производящихся и рѣшаемыхъ послѣ опубликованія кассационныхъ рѣшеній. Толкованіе ст. 813 и 815 уст. гр. судопр.

§ 14. Литература.

Очеркъ историческаго развитія теоріи гражд. процесса. *Итальянская доктрина*, ея догматическій характеръ и абстрактность. Главнѣйшіе представители этой теоріи. Вліяніе итальянской теоріи въ *Германиі*. Появленіе самостоятельнаго направленія у нѣмецкихъ ученыхъ въ изслѣдованіяхъ по гражданскому процессу. — *Натурфилософская школа*; сущность ея воззрѣній на процессъ. Представители этой школы. Противуположное воззрѣніе, проводившее принципъ государственной *опеки* въ области гражд. процесса. Направленіе *лейптовъ*; представители его. Вліяніе *исторической школы* на дальнѣйшее развитіе теоріи гражданского процесса. Историческое развитіе теоріи гражд. процесса *во Франціи*; самостоятельность французской теоріи и тѣсная связь развитія ея съ дѣйствительными потребностями гражд. правосудія. Вліяніе французской теоріи на дальнѣйшую разработку процессуальнаго права въ Европѣ. *Сравнительное изученіе* гражданского процесса. Представители этого направленія. Ученые труды, обнимающіе всю систему гражданского процесса. Появленіе новаго направленія въ трудахъ нѣмецкихъ ученыхъ по гражд. процессу со времени изданія *Civilprozessordnung für d. Reich*. 1877 г. Русская литература по гражд. процессу.

ТЕОРІЯ ГРАЖДАНСКАГО ПРОЦЕССА.

ВВЕДЕНІЕ.

Задача науки гражданского процесса.

§ 1.

Затрудненіе въ установленіи научныхъ основъ ученія о гражданскомъ процессѣ. Принципъ личности въ государствѣ, какъ основной принципъ гражданского процесса, опредѣляющій существо и дѣятелей процесса, предметъ и характеръ ихъ дѣятельности. Значеніе гражд. процесса для отдѣльныхъ лицъ и для государства съ точки зрѣнія основнаго принципа.

Въ институтахъ, составляющихъ гражданскій процессъ, видимо играетъ важную, съ перваго взгляда преобладающую роль—воля человѣка, проявляющаяся въ формѣ распоряженій и дѣйствій тяжущихся и органовъ судебной власти, а также въ формѣ положительнаго закона. Присутствіе въ процессуальныхъ явленіяхъ элемента воли затрудняетъ отысканіе научныхъ основъ ученія о процессѣ, и въ результатѣ теоретическія построенія получали то или другое направленіе чаще всего совершенно произвольно. Если, приэтомъ, мы примемъ во вниманіе, что, по природѣ процессуальныхъ явленій, для теоріи представляется возможность въ нѣкоторой степени вліять на организацію гражданского процесса, то предъ нами обозначится новая черта процессуальныхъ теорій — ихъ тенденціозность. И господство тенденцій дѣйствительно замѣчается во всемъ историческомъ развитіи процессуальной теоріи до послѣдняго времени. Историческое развитіе ея наглядно показываетъ, какъ блуждалъ умъ человѣческій по разнообразной почвѣ явленій, составляющихъ гражданскій процессъ. Умъ ос-

тапавливался на тѣхъ явленіяхъ, которыя, соотвѣтственно умственному складу и направленію эпохи, представлялись ему болѣе характерными, выдающимися, и, исходя изъ нихъ, создавалъ теорію процесса; вырабатывалось новое направленіе въ умственной жизни, и — умъ эпохи останавливался на другомъ рядѣ процессуальныхъ явленій, имѣющихъ иной характеръ — въ результатѣ являлась новая теорія. Такъ, извѣстно нѣсколько школъ, выработавшихъ каждая свою теорію, по которой всё ученіе исходило изъ извѣстнаго начала, и соотвѣтственно ему процессъ являлся въ извѣстномъ объемѣ, съ извѣстнымъ особымъ характеромъ и направленіемъ. Изучая одинъ и тотъ-же предметъ — гражданскій процессъ, разныя школы приходили къ разнымъ результатамъ, теоріи ихъ противурѣчили одна другой. Таковы: теорія, проводившая состязательный принципъ, и теорія, проводившая слѣдственный принципъ; права и обязанности суда и тяжущихся по одной теоріи совершенно противоположны правамъ и обязанностямъ ихъ по другой теоріи. Подробнѣе объ историческомъ развитіи процессуальной теоріи я буду говорить послѣ; здѣсь я указываю только на тотъ фактъ, какое значеніе имѣла въ опредѣленіи задачи и вообще въ развитіи нашей науки та особенность явленій, по которой они представляютъ въ себѣ элементъ воли человѣка. Только въ новѣйшее время сравнительное изученіе процессуальныхъ законовъ, особенно французскаго, въ совокупности съ историческимъ изученіемъ и опытомъ, представило возможность строго научнаго изложенія гражданского процесса: сравнительное изученіе и историческій опытъ представляютъ вниманію изслѣдователя массу фактовъ и явленій, какіе могутъ входить въ гражданскій процессъ, — отсюда стало возможнымъ всестороннее изученіе процесса; далѣе, обозначились факты и явленія, составляющія необходимую принадлежность процесса, и факты и явленія случайныя, зависящія отъ усмотрѣнія суда или тяжущихся, или опредѣляемые положительнымъ закономъ въ особенныхъ видахъ законодательной политики — отсюда опредѣлилась строго научная почва въ изложеніи, почва про

цессуальных фактовъ и явленій, имѣющихъ характеръ необходимости. И дѣйствительно, новѣйшіе процессуалисты воспользовались тѣмъ, что даетъ историческое развитіе процессуальной теоріи и законодательствъ; въ трудахъ ихъ менѣе произвольныхъ положеній и выводовъ, менѣе предвзятыхъ тенденцій; но при всемъ томъ у нихъ мы не находимъ точнаго формулированія задачи нашей науки; иные (Renard, Boitard) совсѣмъ ничего не говорятъ о задачѣ науки, иные говорятъ въ слишкомъ общихъ и потому неопредѣленныхъ выраженіяхъ. Такъ Ветцель, Эндеманъ, Бонсенъ говорятъ, что въ ученіи о гражданскомъ процессѣ нужно возвести его къ основнымъ началамъ, исходнымъ принципамъ, должно выяснить основную идею всего процесса и каждаго процессуальнаго института¹⁾. Этими общими выраженіями и ограничиваются, оставляя открытымъ вопросъ, откуда и какъ извлечь эти идеи, изъ чего и какъ выработать принципы, въ чемъ сущность этихъ принциповъ? При тѣхъ средствахъ, какія даетъ исторія развитія процессуальнаго права и процессуальной теоріи, мы можемъ сказать, что въ гражданскомъ процессѣ есть такіа основныя начала, которыя даютъ процессуальной теоріи истинно научную почву и могутъ служить исходнымъ пунктомъ въ изученіи гражданского процесса. Отсюда задача нашей науки опредѣляется само собою, именно, наука должна вскрыть основной неизмѣнный законъ гражданского процесса, вскрыть этотъ законъ во всѣхъ процессуальныхъ институтахъ и нормахъ, которые по сущности своей, формѣ и порядку совершенія будутъ представлять собою не болѣе, какъ послѣдствіе неизмѣнно дѣйствующаго закона, причемъ всѣ частности и подробности будутъ опредѣляться тѣмъ-же закономъ.

Итакъ, въ чемъ состоитъ основной, неизмѣнный законъ гражданского процесса?

¹⁾ Wetzell, System des ordentlichen Civilprocesses, § 3 n. 29. Endemann, das deutsche Civilprocessrecht, § 15. Boncenne Théorie de la procédure civile. Introduction стр. 44.

Обращаясь къ гражданскому процессу отдѣльных народовъ, мы прежде всего замѣчаемъ, что составные элементы процесса, права и обязанности суда и тяжущихся, самое производство, словомъ весь процессъ опредѣляется положительнымъ законодательствомъ, у насъ Уставомъ гражданского судопроизводства; судъ и тяжущіеся дѣлаютъ то, что постановляетъ уставъ и не должны дѣлать того, что несогласно съ нимъ. Такимъ образомъ, постояннымъ регулирующимъ началомъ является положительное законодательство. Отсюда естественно заключить, что процессуальная наука должна исходить изъ положительнаго закона; онъ для нея долженъ служить почвой. Но положительные законодательства суть результаты и формы проявленія началъ и мотивовъ, дѣйствующихъ въ человѣческомъ обществѣ, лежащихъ глубоко въ природѣ социальныхъ отношеній. Отсюда процессуальная наука, держась почвы положительнаго законодательства, должна обращать вниманіе на первоисточникъ тѣхъ началъ, которыя проводятся въ положительномъ законодательствѣ.

Всматриваясь въ явленія правовой жизни, изъ которыхъ складается гражданскій процессъ, мы не можемъ не замѣтить, что въ гражданскомъ процессѣ есть также явленія постоянныя, неизмѣнныя, тѣсно, неразрывно связанныя съ самымъ процессомъ, его сущностью, явленія повторяющіяся въ теченіи всего историческаго развитія процесса съ момента возникновенія его у даннаго народа до нашего времени. Эти явленія убѣждаютъ насъ, что есть непреложный законъ, который управляетъ ими, который слѣдовательно лежитъ въ основѣ всего гражданского процесса, что воля человѣка, будетъ ли это воля частнаго лица, или воля формулированная въ законѣ, является только отраженіемъ, продуктомъ этого неизмѣнно дѣйствующаго закона. Конечно, нельзя не видѣть вліянія произвола въ процессуальныхъ явленіяхъ въ томъ случаѣ, когда мы представимъ себѣ: 1) только данныхъ тяжущихся, 2) по отношенію только къ данному случаю и въ 3) въ данное время; въ этихъ предѣлахъ возможно вліяніе произвола: я воленъ совершать тѣ или

другія процессуальныя дѣйствія, могу и не совершать ихъ и т. д. — словомъ, произволъ можетъ имѣть мѣсто; но какъ скоро мы имѣемъ дѣло съ гражданскимъ процессомъ, какъ съ органическимъ явленіемъ жизни цѣлаго народа, въ этомъ видѣ, съ этой стороны гражданскій процессъ является не зависящимъ отъ произвола; здѣсь дѣйствуетъ неизмѣнный законъ, и произволъ вліяетъ на проявленіе закона только въ частностяхъ; всякія-же попытки организовать гражданскій процессъ въ противность основному закону оказывались безуспѣшными, и созданныя такимъ образомъ процессуальные институты были не долговѣчны. Какія-же явленія неизбежны и постоянны въ гражданскомъ процессѣ, и въ чемъ, суди по нимъ, заключаются начала, неизмѣнно опредѣляющія гражданскій процессъ въ его существѣ? Отвѣтъ на это мы получимъ, если мыслью нашей обратимся къ сферѣ тѣхъ фактическихъ отношеній, среди которыхъ возникаетъ и складывается гражданскій процессъ.

Представимъ себѣ общество въ томъ моментѣ его жизни, когда оно въ своемъ развитіи достигло той ступени, на которой является органическимъ цѣлымъ, признаетъ общую власть, въ какой-бы то нибыло формѣ, повинуется ей, когда и власть эта на столько сильна, что можетъ заставить повиноваться себѣ. Члены общества, о которомъ идетъ рѣчь, существуютъ не иначе, какъ съ потребностями присущими, ихъ природѣ, какъ людей и прежде всего съ потребностями физическими. Повинуясь этимъ потребностямъ, члены общества стремятся обладать всѣмъ, что могло бы удовлетворить ихъ потребности — вступаютъ въ брачныя сожителства, занимаютъ земли, обрабатываютъ ихъ, строятъ себѣ жилища, производятъ необходимыя для жизни продукты, обмѣниваются ими и т. д. Всѣ эти явленія на первыхъ же порахъ жизни общества необходимы, столь-же неизбежно они ставятъ членовъ общества во взаимныя отношенія другъ къ другу. Но останавливаясь на этихъ явленіяхъ, мы непременно встрѣтимъ другой родъ явленій. Становясь въ силу необходимости во взаимныя отношенія, члены общества неминуемо соприкасаются и своими интересами. И вотъ, въ та-

комъ положеніи мы видимъ людей на первыхъ порахъ развитія общественной жизни; для нихъ руководящій, опредѣляющій мотивъ дѣйствій—одинъ: какъ-бы скорѣе и полнѣе удовлетворить свои физическія потребности; этотъ мотивъ преобладаетъ, такъ что человѣкъ, удовлетворяя свои потребности, естественно не обращаетъ вниманія на то, вторгается онъ въ чужіе интересы, нарушаетъ ихъ, или нѣтъ. Отсюда несомненно должно произойти столкновение, — споръ о моемъ и твоёмъ. И это первое проявленіе борьбы людей между собою за существованіе. Борьба, какъ видите, является неизбѣжнымъ фактомъ въ исторіи общества. Но идя далѣе въ исторію, на каждомъ шагѣ убѣждаешься, что руководящій мотивъ дѣйствій остается тотъ-же, какъ остается тою же самой физической природы человѣка. Разница только въ томъ, что предъ даннымъ субъектомъ выступаетъ въ самыхъ разнообразныхъ формахъ и случаяхъ такой же мотивъ дѣйствій другихъ лицъ, и этотъ фактъ переходитъ въ сознаніе, что у другихъ лицъ есть свои интересы, свои права, которыхъ онъ не долженъ нарушать,—это сознаніе значительно вліяетъ на характеръ столкновений; сознаніе развивается, благодаря развитію и вліянію нравственныхъ мотивовъ, оно фактически крѣпнеть, благодаря положительнымъ гражданскимъ законамъ, которые кладутъ видимые предѣлы между моимъ и твоимъ. Можно-бы пожалуй подумать, что вотъ и конецъ столкновеньямъ и спорамъ о моемъ и твоёмъ, что они вовсе не неизбѣжны въ жизни развитого общества. Но факты говорятъ совершенно противное, и это вполнѣ естественно. Кто не согласится, что было-бы крайней утопіей предполагать, чтобы общество когда-либо достигло такого совершенства въ нравственномъ отношеніи, что въ немъ не было-бы ни одного недобросовѣстнаго человѣка, чтобы эта недобросовѣстность не обнаруживалась въ гражданскихъ правоотношеніяхъ и такимъ образомъ не вызывала-бы столкновений? Но если мы даже предположимъ всѣхъ вступающихъ въ гражданскія правоотношенія людьми добросовѣстно дѣйствующими, людьми признающими за каждымъ членомъ субъективное пра-

во, уважающими гражданское право сочленовъ, то и въ такомъ случаѣ столкновѣнія и споры въ сферѣ гражданскихъ правоотношеній — неизбежны. Производственныя отношенія, съ большимъ экономическимъ развитіемъ, болѣе и болѣе усложняются; интересы людей приходятъ въ самыя разнообразныя соприкосновѣнія; предусмотрѣть всевозможныя комбинаціи, слѣдовательно предупредить всѣ недоразумѣнія и споры не только законъ, касательно всей массы правоотношеній, но и договоръ — касательно даннаго случая — не могутъ; съ другой стороны съ большимъ развитіемъ личности, съ большей самостоятельностью въ развитіи ея, соединяется большее разнообразіе между личностями, большее индивидуализированіе, а потому въ личные отношенія, вносятся болѣе и болѣе новыхъ сторонъ, новыхъ началъ, которыя могутъ подать поводъ во многомъ не сходиться и слѣдовательно, поводъ къ несогласіямъ, столкновѣніямъ и спорамъ. Такимъ образомъ, люди, слѣдуя основному мотиву дѣйствій, удовлетворяя потребностямъ своей природы, вступая вслѣдствіе сего въ правоотношенія между собою, тогда только не будутъ приходить въ столкновѣнія, когда мы предположимъ, что по данному случаю заинтересованныя стороны будутъ одинаковаго убѣжденія, или если пѣтъ, то одна сторона будетъ дѣйствовать самоотверженно, въ ущербъ своимъ интересамъ, противъ своего убѣжденія, и когда другая согласна принять такую жертву. Но мыслимо ли такое положеніе дѣлъ не какъ исключеніе, а какъ норма?

Итакъ, поднимаясь съ самой низшей ступени развитія общества, до самой высшей, мы видимъ, что столкновѣнія въ сферѣ гражданскихъ правоотношеній неизбежны, какъ неизбежны тѣ причины, которыя вызываютъ ихъ. По характеру своему столкновѣнія на низшихъ ступеняхъ развитія общества грозятъ физическимъ насилиемъ и нарушеніемъ права; въ дальнѣйшемъ, послѣдствія разнообразятся, но въ результатъ неизбежно грозятъ вообще нарушеніемъ свободы дѣйствій личности въ сферѣ гражданскихъ правоотношеній и въ корнѣ могутъ подорвать основныя правоваго порядка въ государствѣ. Такимъ образомъ, вопросъ

о столкновеніяхъ и спорахъ въ гражданскихъ правоотношеніяхъ роковымъ образомъ связанъ съ вопросомъ о существованіи государства. И понятно, государство въ силу самосохраненія должно устранять столкновенія, потому оно обязываетъ гражданъ, въ случаѣ спора между ними о правѣ гражданскомъ, обращаться въ нему, государству, за рѣшеніемъ, и въ лицѣ своихъ органовъ—судебныхъ установленій обращаетъ спорное правоотношеніе въ нормальное правоотношеніе.—Итакъ, мы знаемъ, какія явленія въ гражданскомъ процессѣ неизбѣжны, знаемъ какія неизбѣжныя причины порождаютъ ихъ, иначе говоря, знаемъ по какому закону совершаются явленія, образующія гражданскій процессъ, это именно съ одной стороны законъ, вытекающій изъ природы человѣка, неизбѣжно требующей удовлетворенія своихъ потребностей, въ дальнѣйшемъ неизбѣжно порождающей между людьми столкновенія въ области частныхъ правныхъ отношеній, съ другой стороны законъ самосохраненія государства, неизбѣжно требующій водворенія спокойствія въ правоотношеніяхъ гражданъ. Пока будетъ существовать государство, признающее личность человѣка—этотъ основной законъ гражданского процесса будетъ оставаться неизмѣннымъ, опредѣляющимъ процессъ закономъ. И этотъ именно законъ долженъ послужить незыблемымъ основаніемъ науки гражданского процесса; она должно исходить изъ этого закона и къ нему возводить всѣ процессуальныя институты и нормы. Сходясь въ конечной цѣли своихъ дѣйствій — установленіи нормальныхъ правоотношеній, въ частности, въ силу основнаго закона, каждый изъ дѣятелей гражданского процесса преслѣдуетъ свой ближайшій интересъ; сущность ближайшаго интереса, въ силу котораго стороны вступаютъ въ процессуальныя дѣйствія, состоитъ въ томъ, что каждая стремится возстановить спорное правоотношеніе въ свою пользу; сущность же ближайшаго интереса, въ силу котораго государство принимаетъ участіе въ разрѣшеніи—это необходимость такимъ путемъ предупредить самоуправство и насиліе и гарантировать спокойствіе взаимныхъ правоотношеній членовъ общества. Природою указан-

ныхъ интересовъ опредѣляется и дальнѣйшее участіе государства и сторонъ въ процессѣ. Частныя спорныя правоотношенія не перестаютъ быть частными, зависимыми отъ воли сторонъ вслѣдствіе того, что истецъ обращается за разрѣшеніемъ спора къ судебной власти. Обращеніе къ судебной власти не уничтожаетъ и нравственно соціальнаго характера правоотношенія, т. е. принципа, что только мое должно мнѣ принадлежать, что я долженъ защищать свое и не посягать на чужое. Съ другой стороны судебная власть, дѣйствуя во имя ближайшаго своего интереса, всѣ свои дальнѣйшія дѣйствія направляетъ къ тому, чтобы какъ можно вѣрнѣе и скорѣе достигнуть своей цѣли. Но отсюда никакъ не слѣдуетъ, чтобы она, измѣняя свой государственный характеръ, входила въ роль истца или отвѣтника, становилась на ту или другую сторону; она преслѣдуетъ свой интересъ — дѣйствуетъ при возстановленіи спокойствія частныхъ правъ на столько и такъ, на сколько и какъ это не можетъ нарушать частнаго характера гражданскихъ правъ. Такимъ образомъ, требованія интересовъ, въ силу которыхъ дѣйствуютъ факторы гражданского процесса, взаимныя отношенія этихъ интересовъ являются началами, опредѣляющими дальнѣйшія процессуальныя дѣйствія суда и тяжущихся. Такова фактическая конструкція гражданского процесса, въ основѣ которой лежитъ неизмѣнный законъ, таковы дѣятели процесса, предметъ и характеръ ихъ дѣятельности.

Всё сказанное о гражданскомъ процессѣ, какъ предметъ нашей науки, представляетъ его намъ съ фактической стороны, какимъ онъ, въ силу неизмѣннаго закона, долженъ являться и совершаться въ жизни народа. Такимъ образомъ, сказаннымъ опредѣляется задача нашей науки по предмету и объему, именно задача при изученіи сущности гражданского процесса, его дѣятелей, функцій и моментовъ ихъ дѣятельности. Вмѣстѣ съ тѣмъ, нельзя не замѣтить, что гражданскій процессъ составляетъ одно изъ существенныхъ органическихъ отпавленій жизни народа, какъ политическаго цѣлаго и какъ совокупности отдѣльныхъ индиви-

довъ; съ этой стороны значеніе гражданскаго процесса для отдѣльныхъ лицъ и для цѣлаго народа — громадно. Отвѣчая своему назначенію, удовлетворяя тѣмъ потребностямъ, которыми вызывается, онъ является однимъ изъ *самыхъ сильныхъ производниковъ цивилизаціи*. Какимъ образомъ? Не говоря о томъ, что онъ, парализуя грубыя проявленія борьбы людей между собою за существованіе, содѣйствуетъ торжеству права и справедливости надъ силой, не говоря объ этомъ, должно признать положительное цивилизующее значеніе гражданскаго процесса. Въ самомъ дѣлѣ, гражданскіе законы, опредѣляя гражданскія правоотношенія, давая имъ санкцію, далеко не могутъ опредѣлить этихъ отношеній во всей ихъ полнотѣ, и народъ и отдѣльныя лица постоянно развиваются въ той или другой мѣрѣ; тоже происходитъ въ частности, въ сферѣ частныхъ гражданскихъ отношеній; жизнь вырабатываетъ цѣлые ряды новыхъ фактическихъ отношеній, представляющихъ для правовой жизни новыя стороны, новыя начала, правовой характеръ которыхъ еще не выработался отчетливо, которыя, какъ правоотношенія, еще не выяснились. Въ этихъ случаяхъ, а они очень часты, и сказывается громадное цивилизующее значеніе гражданскаго процесса; путемъ процесса опредѣляются и признаются вырабатываемыя жизнью новыя фактическія отношенія, дается этимъ отношеніямъ правовой характеръ въ духѣ и смыслѣ главной задачи процесса, другими словами въ духѣ и смыслѣ свободы и нравственнаго достоинства личности въ сферѣ частныхъ гражданскихъ правоотношеній и спокойствія во всемъ правомъ порядкѣ въ государствѣ. Если мы обратимся къ частнымъ сторонамъ значенія процесса, къ значенію его въ сферѣ имущественныхъ правоотношеній, то оно обнаруживается здѣсь съ особенною силою въ самыхъ крупныхъ, существенныхъ отношеніяхъ—въ производствѣ и распредѣленіи богатствъ. Главнѣйшими элементами того и другаго, какъ извѣстно, служатъ трудъ и капиталъ; отношенія, возникающія отсюда, очень часто подвергаются спору, по несовершенству гражданскихъ законовъ, или по отсутствію письменныхъ условій, или

но злоупотребленіямъ сторонъ. И вотъ гражданскій процессъ долженъ представлять гарантіи праву на трудъ и на вознагражденіе за него, освящать это право, какъ справедливое основаніе приобрѣтенія имущественныхъ правъ и какъ главный элементъ производственныхъ отношеній, устанавливая такимъ образомъ нормальныя отношенія между трудомъ и капиталомъ. Далѣе, гражданскій процессъ нерѣдко имѣетъ дѣло съ нравственными мотивами дѣйствій людей въ частно-правныхъ отношеніяхъ, и въ этой сферѣ онъ освящаетъ, даетъ большую крѣпость тѣмъ нравственнымъ мотивамъ, которые составляютъ принадлежность свободы и достоинства личности въ сферѣ гражданскихъ правоотношеній. Одновременно съ тѣмъ гражданскій процессъ имѣетъ значеніе и для всего государства; путемъ процесса не только предупреждаются и устраняются насилия и самоуправства, но въ высшемъ, лучшемъ своемъ проявленіи процессъ вноситъ въ спорныя правоотношенія миръ и спокойствіе не номинально, не по принужденію, онъ слагаетъ въ гражданахъ убѣжденіе въ правомѣрности устанавливаемыхъ судомъ правоотношеній, слѣдовательно полагаетъ самое прочное основаніе спокойствію правоотношеній. Указанное значеніе гражданского процесса, очевидно, есть только дальнѣйшее развитіе и реализація идеи процесса, заключающейся въ фактической конструкціи его. И мы, преслѣдуя задачу нашей науки — изучая неизмѣнный процессуальный законъ въ его исходныхъ моментахъ — фактахъ, въ его проявленіяхъ и результатахъ — процессуальныхъ институтахъ, изучая этотъ законъ, до мельчайшихъ подробностей, мы, полагаю, не отступимъ отъ строго научной почвы, если вмѣстѣ съ тѣмъ будемъ слѣдить основную идею гражданского процесса отъ того момента, какъ она дается фактической конструкціей, до конечныхъ результатовъ ея развитія; въ этомъ видѣ идея гражданского процесса является какъ научный выводъ, какъ научный принципъ и должна освѣщать всё ученіе о процессѣ. Ставя такъ нашу задачу, мы, само собою разумѣется, далеки отъ того, чтобы давать готовые положенія, выработанныя подъ вліяніемъ и въ

духъ излюбленнаго принципа; мы должны дать общіе выводы, но выводы, полученные путемъ строгаго анализа фактической конструкціи процесса; должны дать знаніе, но ни въ какомъ случаѣ не насиловать свободы изучающаго ума, свободы и самостоятельности изслѣдованія. Признавая въ такомъ смыслѣ общіе выводы, общіе принципы науки, я особенно настаиваю на необходимости ихъ въ изложеніи нашей науки, и это потому, что при свѣтѣ ихъ возможно съ большею легкостью ориентироваться въ массѣ самыхъ сложныхъ и разнообразныхъ фактовъ и явленій процесса, возможно дать каждому факту и явленію надлежащее мѣсто и цѣну въ цѣломъ процессѣ, а съ другой стороны, съ помощью только общихъ принциповъ науки, судебные дѣатели могутъ избавиться отъ излишняго формализма и крайностей буквоѣдства, неоправдываемыхъ вовсе научными приемами интерпретаціи законовъ.

Система.

§ 2.

Вышеизложенною задачею опредѣляется и система изложенія¹⁾ «теоріи гражданскаго процесса», именно—прежде мы должны точно опредѣлить *сферу примѣненія* гражданскаго процесса, обособить ее отъ другихъ сферъ примѣненія государственной власти; это составитъ 1-ю часть «теоріи»;

2-я часть должна заключать въ себѣ ученіе о дѣателяхъ гражданскаго процесса—*судебныхъ установленій* и *тяжущихся сторонахъ*;

3-я часть будетъ обнимать ученіе о *процессуальныхъ дѣйствіяхъ* включительно до кассационнаго производства;

4-я часть должна составить отдѣльную часть теоріи гражданскаго процесса объ *особыхъ порядкахъ производства*.

¹⁾ О различныхъ системахъ изложенія науки гражданскаго процесса см. Menger, System des österreichischen Civilprocessrechts. § 16.

Методъ.

§ 3.

Мы уже видѣли, что только фактическая конструкція гражданского процесса можетъ дать вѣрное понятіе объ основномъ неизменномъ законѣ гражданского процесса, потому не можетъ быть колебаній, какому методу мы должны слѣдовать. Исходнымъ пунктомъ изслѣдованія мы должны брать фактическую конструкцію процесса. Всѣ процессуальные факты и явленія многочисленныя и разнородныя какъ по содержанію своему, такъ по происхожденію и значенію въ процессѣ, распадутся на двѣ группы: одни изъ нихъ являются необходимыми по самой природѣ процесса, другіе произвольными, зависящими отъ усмотрѣнія суда или тяжущихся. Перваго рода факты мы должны брать въ той *несложной простой формѣ*, какими они являются въ силу необходимости, именно мы должны брать фактическую конструкцію гражданского процесса, какъ она складывается въ силу неизмѣннаго процессуальнаго закона. И понятіе о ней должно быть не болѣе, какъ абстракція факта. Заручившись такимъ понятіемъ, мы имѣемъ вѣрный критерій, когда затѣмъ начнемъ разлагать простое понятіе на болѣе сложныя понятія, болѣе сложныя стороны той же конструкціи; тѣмъ же путемъ, мы должны изучить и факты произвольныя въ процессѣ. Факты эти имѣютъ свои корни въ фактической конструкціи, ихъ мы должны брать съ той стороны и въ такихъ предѣлахъ, какіе очерчиваются для нихъ фактической конструкціей; такъ, для фактовъ, являющихся по усмотрѣнію тяжущихся, опредѣляющимъ обстоятельствомъ, по фактической конструкціи, служатъ тѣ интересы, которые преслѣдуютъ тяжущіеся въ процессѣ, и тѣ ограниченія, которымъ тяжущіеся подвергаются въ виду движенія процесса къ цѣли и вообще въ виду интереса, преслѣдуемаго въ процессѣ государствомъ; для фактовъ, которые совершаются по усмотрѣнію суда опредѣляющимъ обстоятельствомъ, въ силу той-же конструкціи,

служать тѣ интересы, которые государство преслѣдуетъ путемъ процесса и тѣ ограниченія въ дѣятельности по этому направленію, какія обусловливаются свободой распоряженій лица своими частными гражданскими правами. Въ результатѣ мы, такимъ образомъ, получимъ полное ученіе о процессуальныхъ явленіяхъ, вѣрное ихъ природѣ.

Источники.

§ 4.

Положительный законъ, какъ источникъ процессуальнаго права и теоріи. Объемъ ученія о законѣ, какъ такомъ источникѣ. Краткій историческій очеркъ появленія устава гражд. судопр.

Въ обществѣ, достигшемъ въ своемъ развитіи до государственной организаціи, въ силу необходимости, должно, на ряду съ другими правовыми институтами, возникнуть и гражданское судопроизводство. Факты и явленія, изъ коихъ оно складывается, на первыхъ же порахъ государственной жизни у даннаго народа опредѣляются юридическими нормами, получающими санкцію закона, и, затѣмъ, производство каждаго даннаго дѣла, права и обязанности суда и тяжущихся должны быть таковы, какими опредѣляетъ ихъ положительное законодательство; законъ такимъ образомъ регулируетъ цѣлую область, является живымъ и дѣйствующимъ элементомъ въ правовомъ порядкѣ у даннаго народа, создаетъ для него конкретно, въ жизни процессуальное право. Потому наша наука не только не можетъ игнорировать положительное законодательство, но должна разсматривать его, какъ главный, существенный и обязательный источникъ. Съ другой стороны вообще наука права должна имѣть тѣсную неразрывную связь съ правовой жизнью. Для науки процесса такая связь со всѣми плодотворными послѣдствіями возможна только тогда, когда она будетъ заниматься разработкой положительнаго процессуальнаго законодательства, внося свѣтъ теоріи въ судебную практику и давая полезныя указанія законодателю. Для насъ гла-

выми и существенными источниками должны служить главнѣйшія европейскія законодательства, особенно французское, новѣйшее германское и австрійское, обязательнымъ источникомъ должно служить русское законодательство, главнымъ образомъ уставъ гражданскаго судопроизводства, затѣмъ 1 и 2 ч. X т. св. зак. и всѣ постановленія, относящіяся къ ученію о гражд. процессѣ.

Въ ученіи о законѣ, какъ источникѣ гражданскаго процессуальнаго права мы должны рассмотреть: 1) Понятіе о юридической нормѣ, подлежащей приложенію какъ законъ; 2) приложеніе ея по времени; 3) приложеніе ея по мѣсту; 4) приложеніе ея по содержанию, т. е. значеніе при производствѣ каждаго даннаго дѣла и 5) толкованіе процессуальныхъ нормъ.

Предварительно изложенія ученія о законѣ какъ источникѣ, мы сдѣлаемъ краткій историческій очеркъ о главномъ нашемъ источникѣ — уставѣ гражданскаго судопроизводства.

Внѣшнимъ поводомъ къ официальному началу законодательныхъ работъ, въ результатѣ которыхъ явился уставъ гражданскаго судопроизводства, послужило одно частное дѣло. Императоръ Николай въ 1848 году ноября 16-го дня, полагая резолюцію по этому дѣлу, нашелъ: «Изложеніе причинъ и медленности непомѣрной, съ которою производится сіе столь извѣстное дѣло, ясно выставляетъ всѣ неудобства и недостатки нашего судопроизводства». Съ того времени начался рядъ усиленныхъ работъ во второмъ отдѣленіи собственной Его Императорскаго Величества Канцеляріи по гражданскому судопроизводству. Приступая къ составленію проекта гражданскаго судопроизводства, второе отдѣленіе признало необходимымъ прежде всего рѣшить вопросъ: слѣдуетъ-ли составить полный проектъ гражданскаго судопроизводства или же ограничиться нѣкоторыми частными исправленіями. Когда главноуправляющій вторымъ отдѣленіемъ представилъ свои соображенія по сему предмету Императору Николаю, Императоръ повелѣлъ: не ограничиваясь отдѣльными исправленіями нѣкоторыхъ правилъ судопроизводства, составить полный проектъ новаго устава.

Первымъ вопросомъ было то, какія главныя начала должны были служить основаніемъ новаго судопроизводства? При опредѣленіи главныхъ началъ гражданскаго судопроизводства соединенные департаменты законовъ и гражданскихъ дѣлъ государственнаго совѣта, не останавливаясь на теоретическихъ изысканіяхъ, смотрѣли на дѣло съ практической точки зрѣнія и старались указать все существенные недостатки судопроизводства по своду законовъ, считая, что устраненіе этихъ недостатковъ опредѣлить вмѣстѣ съ тѣмъ и основныя начала гражданскаго судопроизводства въ Россіи. По этимъ соображеніямъ былъ составленъ проектъ устава гражданскаго судопроизводства, который, по предварительномъ его разсмотрѣніи въ государственномъ совѣтѣ, былъ обращенъ на заключеніе нашихъ практиковъ по судебной части. Когда требованныя практическія замѣчанія поступили изъ разныхъ концовъ Россіи, была учреждена для разбора ихъ и вмѣстѣ для положенія основы всей реформы, особая коммисія, работы которой окончательно обсуждены въ государственномъ совѣтѣ и по Высочайшемъ ихъ утвержденіи обнародованы въ общее извѣстіе 29 сентября 1862 г. подъ названіемъ *основныхъ положеній преобразованія судебной части*. Послѣ этой первой ступени труда составленіе проектовъ возложено было на новую особую коммисію, которая должна была развить основныя положенія соотвѣтственно условіямъ и особенностямъ нашей гражданской жизни; коммисія также потребовала мнѣній практиковъ; послѣ чего, составивъ самые проекты, снова обратила ихъ на обсужденіе тѣхъ-же практиковъ.

За этой второй стадіей труда послѣдовала третья и послѣдняя: разсмотрѣніе проектовъ въ государственномъ совѣтѣ, у котораго въ пособіе къ тому имѣлись собранныя вышеупомянутымъ путемъ замѣчанія лицъ всѣхъ разрядовъ мѣстнаго судебного вѣдомства, начиная отъ секретарей уѣздныхъ судовъ и восходя до предсѣдателей судебныхъ палатъ и губернскихъ прокуроровъ и, сверхъ того, такія же замѣчанія внесенныя непосредственно отъ оберъ-прокуроровъ, сенаторовъ, министра

юстиціи и прочихъ министровъ и главноуправляющихъ отдѣльными частями.

Результатомъ всего этого многосторонняго обсужденія и продолжительныхъ, весьма подробныхъ, частью въ присутствіи тѣхъ же экспертовъ соображеній государственнаго совѣта, явились судеб. уставы 20 ноября 1864 г., и въ частности Уставъ Гражд. Судопроизводства.

Онъ состоитъ изъ *общихъ положеній*, 1—28 ст.

Затѣмъ раздѣленъ на четыре книги:

1-я книга излагаетъ *порядокъ производства въ мировыхъ судебныхъ установленіяхъ*, ст. 29—201.

2-я книга — *порядокъ производства въ общихъ судебныхъ мѣстахъ*, ст. 202—1281.

3-я книга — *извѣтія изъ общаго порядка гражданскаго судопроизводства*, ст. 1282—1400.

Въ послѣдствіи (1866 г.) прибавлена книга 4-я, заключающая *судопроизводство охранительное*, ст. 1401—1460 и книга 5-я *о судопроизводствѣ въ закавказскомъ краѣ*, ст. 1461—1483.

Въ такомъ видѣ «уставъ гражданскаго судопроизводства» помѣщенъ въ новомъ изданіи 1876 г. свода законовъ во 2 ч. X т., а за нимъ въ той же части помѣщены «законы о судопроизводствѣ и взысканіяхъ гражданскихъ».

Необходимыя принадлежности дѣйствующаго закона.

§ 5.

Юридическая норма, опредѣляющая процессуальные институты, для своего дѣйствія въ качествѣ закона, должна имѣть необходимыя принадлежности дѣйствующаго закона¹⁾. Она

¹⁾ Подробности понятія о законѣ вообще и его обнародованіи выходятъ за предѣлы теоріи процесса; объ этихъ подробностяхъ см. Ц и т о в и ч ъ, Курсъ гражданскаго права. Т. I § 6, 7.

должна представлять собою 1) волю государства, 2) установленнымъ порядкомъ обнаругованную²⁾).

Приложеніе законовъ о гражданскомъ процессѣ по времени¹⁾.

§ 6.

Правила 1865 и 1869 гг. о введеніи въ дѣйствіе судебныхъ уставовъ 20 ноября 1864 г. касаются дѣлъ, кои начаты были въ прежнихъ судебныхъ установленіяхъ; одни изъ этихъ дѣлъ *прекращаются* сторонами или судомъ для возобновленія въ новыхъ судебныхъ учрежденіяхъ, другія *передаются* судомъ въ эти учрежденія по правиламъ уст. гр. суд. о подсудности. Исполненіе рѣшеній, состоявшихся въ прежнихъ суд. установленіяхъ. Гражд. дѣла произведившіяся *въ полиціи*; прекращеніе ихъ. Право предъявлять о нихъ иски въ новыхъ суд. установленіяхъ. Значеніе прекращеннаго производства дѣла при возобновленіи его въ новыхъ суд. установленіяхъ. Время этого производства не идетъ въ счетъ давности. Значеніе актовъ прежняго прекращеннаго производства въ новомъ производствѣ.

Моменты времени, съ которыхъ прекращается дѣйствіе прежняго процессуальнаго закона и начинается дѣйствіе новаго закона, вообще отношеніе новаго закона къ прежнему по вопросамъ гражданского судопроизводства, должны опредѣляться прежде всего согласно волѣ законодателя на сколько она точно²⁾ выражена самимъ законодателемъ. Иногда за-

¹⁾ Сенатъ призналъ, что положеніе, хотя Высочайше утвержденное, но не вошедшее въ сводъ законовъ и не помѣщенное въ полномъ собраніи законовъ, не можетъ служить руководствомъ для судебного мѣста при рѣшеніи спорнаго дѣла одинаково съ закономъ. обнаругованнымъ. Гр. Касс. Рѣш. 1875 г. № 968.

²⁾ Weber, Über die Rückanwendung positiver Gesetze, № 58—63. Bergmann, Das Verbot rückwirkender Kraft neuer Gesetze im Privatrecht. Mittermaier, Über die Anwendung neuer Processgesetze auf anhängige Rechtsstreitigkeiten, въ Archiv für die civil. Praxis Bd. X стр. 118—143. Strauß. Über das positive Rechtsgesetz in seiner Ausdehnung in der Zeit. Стр. 26—28, 257—263. Meyer, Principes sur les questions transitoires. Bayer, Vorträge über den deutsch. gem. ord. Civilprocess. 10 изд. стр. 31. Renard, Lehrbuch der gem. deutsch. Civilprocessrechts § 8. Endemann, Deutsche Civilprocessrecht, § 13. Koch, Preuss. Civilprocess. § 23. Menger, System des österr. Civilprocessrechts. (1876) § 15. Boitard, Leçons de la procédure civile. B. II № 1224. Carré — Chauveau, Lois de la procédure civile Bd. VI Quest. 3432—3434.

³⁾ Menger, System des österr. Civilprocessrechts, стр. 188.

конодательством издаются особые правила о введеніи въ дѣйствіе новаго процессуальнаго закона; иногда правила объ этомъ помѣщаются въ самомъ повѣѣ законѣ, или же могутъ быть извлекаемы изъ содержанія онаго, путемъ интерпретаціи³⁾. Если же изъ закона нельзя извлечь никакихъ указаній, тогда необходимо обращаться за рѣшеніемъ къ теоріи, которая работала по этому предмету нѣкоторые основныя положенія (см. ниже стр. 26 и слѣд.).

Въ русскомъ законодательствѣ есть «Высочайше утвержденное 19-го октября 1865 года Положеніе о введеніи въ дѣйствіе судебныхъ уставовъ 20-го ноября 1864 года»; собственно къ гражданскому судопроизводству относятся ст. 62 — 92. Въ дополненіе къ Положенію 19-го октября 1865 года — послѣдовало Высочайше утвержденное мнѣніе государственнаго совѣта 10-го марта 1869 года. Правила опредѣляютъ отношеніе устава гражд. судопроизводства къ прежнимъ законамъ о судопроизводствѣ гражданскомъ по дѣламъ, кои начаты были въ судебныхъ учрежденіяхъ прежняго устройства⁴⁾. Эти дѣла могли быть прекращаемы или продолжаемы

³⁾ Тамъ же стр. 193.

⁴⁾ По силѣ прежнихъ судопроизводственныхъ законовъ всѣ притязанія на казну, за исключеніемъ однихъ споровъ о правѣ собственности на имущество, могли подлежать удовлетворенію не иначе, какъ путемъ жалобы по начальству (ст. 104 138, 152 т. X ч. 2), по уставу гр. суд. (ст. 1302) въ подобныхъ случаяхъ частное лице можетъ предъявить казнь искъ судебнымъ, порядкомъ. Возникаетъ тотъ общій вопросъ, что, если до введенія въ дѣйствіе устава гр. суд. имѣла мѣсто жалоба по начальству, и дѣло не доведено до конца, и если, съ другой стороны, уставъ для подобныхъ претензій даетъ право судебного иска, то частное лице можетъ ли, съ введеніемъ въ дѣйствіе устава, оставить путь жалобы по начальству и предъявить судебный искъ? Прямыхъ указаній къ рѣшенію этого вопроса въ законѣ нѣтъ. По нашему мнѣнію, если новый законъ (уставъ гражданского судопроизводства) расширилъ право судебной защиты сравнительно съ прежнимъ закономъ, то пользованіе этимъ правомъ не можетъ быть ограничено закономъ отмѣненнымъ, хотя бы нарушеніе, противъ котораго лице ищетъ судебной защиты, послѣдовало до введенія въ дѣйствіе новаго закона. Menger, l. c. стр. 198 п. 17. По общепризнанному правилу судебная защита правъ опредѣляется тѣмъ закономъ, который дѣйствуетъ въ моментъ защиты (см. ниже). Въ данномъ случаѣ важную роль играетъ другой вопросъ—есть-ли въ наличности условія, при

и оканчиваемы по прежнему порядку въ старыхъ учрежденіяхъ впредь до ихъ упраздненія, съ соблюденіемъ изданныхъ 11 октября 1865 г. правилъ о судопроизводствѣ и дѣлопроизводствѣ (ст. 75). Прекращеніе дѣлъ, съ правомъ возобновленія ихъ въ новыхъ судебныхъ установленіяхъ, можетъ имѣть мѣсто по требованію истца, если въ судѣ первой инстанціи еще не послѣдовало рѣшенія дѣла по существу⁵⁾ (ст. 63), но по взаимному соглашенію сторонъ прекращеніе возможно во всякомъ положеніи дѣла, даже по воспослѣдованіи рѣшенія по существу⁶⁾, но до вступленія оного въ окончательную законную силу (ст. 67). По закону 10 марта 1869 г. кромѣ прекращенія дѣлъ волею сторонъ, прекращеніе слѣдуетъ само собою по дѣламъ, по коимъ отвѣтчикъ не представилъ еще объясненія⁷⁾ противъ исковаго прошенія или не явился въ судъ въ срокъ, назначенный на основаніи ст. 82 правилъ 11 окт. 1865 г., и по всѣмъ вообще дѣламъ объ обидахъ и оскорбле-

которыхъ по новому закону частному лицу предоставляется предъявлять искъ къ казнѣ. Въ дѣлѣ, бывшемъ на разсмотрѣніи гражд. касс. деп. не было въ наличности этихъ условій: Лаптевъ, по объявленіи ему окончательнаго разсчета, принесть жалобу по начальству, вслѣдствіе этого онъ, по ст. 1304 уст. гр. суд., не имѣлъ уже права предъявить искъ судебнымъ порядкомъ. Тѣ же основанія отказа въ этомъ правѣ, какія приводятся въ касс. рѣшеніи, едва-ли соответствуютъ фактической сторонѣ дѣла. Основанія эти сводятся къ тому, что казной не было прекращено дѣло, производившееся въ административномъ порядкѣ, а безъ прекращенія дѣла истцемъ нельзя начинать его въ новыхъ учрежденіяхъ, но жалобщикомъ было частное лицо, а не казна и, затѣмъ, въ новыхъ судебныхъ установленіяхъ оно же, а не казна является истцемъ. Гр. Касс. Рѣш. 1878 г. № 137.

⁵⁾ Если въ данномъ дѣлѣ былъ ветрѣчный искъ, то прекращеніе, хотя бы до рѣшенія по существу, возможно не иначе, какъ по взаимному соглашенію сторонъ. Ст. 64.

⁶⁾ Если не доказано, что было рѣшеніе по существу, то для прекращенія дѣла не требуется взаимнаго согласія сторонъ, достаточно односторонняго требованія истца. Гражд. Касс. Р. 1877 г. № 19.

⁷⁾ Хотя бы отвѣтчикомъ и было подано объясненіе въ прежнему судебномъ установленіи, дѣло все таки можетъ быть прекращено однимъ истцемъ для возобновленія въ новыхъ суд. установленіяхъ; право истца по 63 ст. правилъ 1865 г. остается въ силѣ и по изданіи правилъ 1869 г. Гражд. Касс. Рѣш. 1873 г. № 1627.

ніяхъ, по коимъ не состоялось еще рѣшенія; о такомъ прекращеніи участвующимъ въ дѣлѣ лицамъ объявляется чрезъ полицію (ст. 21 прав. 10 март. 1869 г.). Кромѣ этихъ дѣлъ всѣ прочія нерѣшенныя дѣла уѣздныхъ судовъ, если по уставу гражд. суд. они подсудны мировымъ судьямъ, передаются имъ, а неподсудныя мировымъ судьямъ передаются въ окружныя суды для разбирательства на основаніи устава гражд. суд. (ст. 24, 25, 31 прав. 10 март. 1869); Окружному суду передаются также дѣла, производящіяся въ палатахъ (прежнихъ) въ качествѣ первой инстанціи⁸⁾.

Такимъ образомъ дѣла, производившіяся въ прежнихъ судебныхъ установленіяхъ, при введеніи новыхъ установленій, различаются правилами 1865 и 1869 гг. на дѣла, которыя *прекращаются* 1) истцемъ до воспослѣдованія рѣшенія по существу, 2) *обѣими сторонами* по воспослѣдованіи рѣшенія, пока оно еще не вошло въ законную силу и 3) самимъ судомъ при извѣстныхъ условіяхъ⁹⁾; затѣмъ различаются дѣла, которыя *передаются* старыми судебными установленіями въ новыя по правиламъ устава гр. суд. о подсудности.

Всѣ тѣ дѣла, по коимъ въ старыхъ судебныхъ установленіяхъ послѣдовало рѣшеніе по существу, вошедшее въ законную силу¹⁰⁾, не подлежатъ прекращенію или передачѣ, и

⁸⁾ Съ прекращеніемъ дѣла въ прежнихъ суд. установленіяхъ, если были приняты мѣры обезпеченія иска, они могутъ оставаться въ силѣ по просьбѣ истца при условіи, что искъ будетъ возобновленъ въ теченіи мѣсяца со дня постановленія опредѣленія о прекращеніи производства дѣла въ прежнемъ порядкѣ (ст. 66).

⁹⁾ Новое судебное установленіе, въ коемъ истецъ возобновляетъ дѣло, производившееся въ прежнихъ суд. установленіяхъ, ех офіціо разсматриваетъ вопросъ, было-ли дѣло прекращено установленнымъ порядкомъ; на истца лежатъ обязанности доказать прекращеніе дѣла. Гр. Касс. Рѣш. 1870 г. № 263.

¹⁰⁾ 1^о Вопросъ было-ли рѣшеніе по существу въ старыхъ суд. учрежденіяхъ и вошло-ли оно въ законную силу долженъ, согласно 589 ст. уст. гр. суд., разсматриваться вмѣстѣ съ разсмотрѣніемъ дѣла по существу. Гражд. Касс. Рѣш. 1870 г. № 608. Ссылающійся на законную силу рѣшенія долженъ доказать ее 1878 г. № 231.

2^о Рѣшеніе не можетъ считаться несостоявшимся, если, послѣ постановленія онаго, *одной* изъ сторонъ было подано прошеніе о прекращеніи. Гражд. Касс. Рѣш. 1872 г. № 931; 1878 г. № 276.

не могутъ быть возобновляемы въ новыхъ судебныхъ установленіяхъ¹¹⁾).

Что касается *исполненія* рѣшеній, состоявшихся въ прежнихъ судебныхъ установленіяхъ и вошедшихъ въ законную силу, то, если указа о немъ еще не было послано, исполненіе совершается по правиламъ устава гр. судопр. на основаніи исполнительныхъ листовъ, выданныхъ судами, постановившими рѣшеніе (ст. 83 прав. 1865 г.). Впрочемъ рѣшенія прежнихъ судебныхъ мѣстъ, уже обращенныя къ исполненію въ прежнемъ порядкѣ, приводятся къ окончанію полиціей, на основаніи прежнихъ узаконеній (ст. 45 прав. 1869 г.); но по просьбѣ истца и въ этомъ случаѣ окончаніе исполненія можетъ послѣдовать въ порядкѣ устава гр. суд. (ст. 46 прав. 1869 г.).

Далѣе, извѣстно, что по прежнему законодательству судебная власть по нѣкоторымъ предметамъ принадлежала и полиціи. Разсматриваемыя правила 1865 и 1869 гг. постановляютъ, что все производящіяся въ полиціи безспорныя дѣла по обидамъ, убыткамъ, ущербамъ и завладѣніямъ, а равно о взысканіи по обязательствамъ прекращаются дальнѣйшимъ производствомъ, если еще не состоялось по существу ихъ рѣшеніе полиціи. Равно прекращаются принесенныя въ судебныя мѣста частныя жалобы на постановленія полиціи по дѣламъ о безспорныхъ взысканіяхъ (ст. 47 прав. 1869 г.). Итакъ, если не послѣдовало рѣшенія полиціи, дѣло прекращается; если послѣдовало рѣшеніе, но обжаловано въ прежнихъ учрежденіяхъ, тоже прекращается. Если послѣдовало рѣшеніе полиціи, но не было обжаловано въ порядкѣ, установленномъ ст. 24 св. зак. т. X ч. 2¹²⁾, сторонѣ недовольной этимъ рѣшеніемъ предоставляется предъявить искъ въ новыхъ судебныхъ установленіяхъ (79 прав. 1865 г.). Вообще производство и

¹¹⁾ Гражд. Касс. Рѣш. 1870 г. № 522.

¹²⁾ Незаключеніе неудовольствія на рѣшеніе полиціи въ установленный срокъ допускало лишь приведеніе этого рѣшенія въ исполненіе. 1872 г. № 1022.

рѣшеніе дѣла въ порядкѣ безспорномъ въ полиціи и опредѣленіе суда по обжалованію полицейскаго рѣшенія не лишаетъ недовольную сторону права предъявить искъ въ новыхъ судебныхъ установленіяхъ (79 прав. 1865 г.), такъ какъ и по прежнему порядку судопроизводства частныя опредѣленія судебныхъ мѣстъ, которыми въ подобныхъ случаяхъ утверждались постановленія полиціи, не отнимали ни у истца, ни у отвѣтника права, по воспослѣдованіи въ судебномъ мѣстѣ частнаго опредѣленія, предъявлять споры въ исковомъ порядкѣ ¹³⁾. При чемъ нѣтъ ограниченій по времени, и дѣла эти могутъ быть обращаемы къ производству на основаніи устава гр. суд. ¹⁴⁾, лишь бы не истекъ срокъ общей земской давности ¹⁵⁾. Такое право предъявлять искъ въ новыхъ судебныхъ установленіяхъ по дѣламъ, рѣшеннымъ полиціей, предоставляется лишь тяжущемуся недовольному постановленіемъ полиціи, т. е. тому, противъ котораго оно состоялось, а не тому, требованія котораго полиціей удовлетворены ¹⁶⁾; недовольной стороной можетъ быть также взыскатель, требованія котораго несполнѣ удовлетворены ¹⁷⁾. Съ другой стороны указаніе, что истецъ недоволенъ опредѣленіемъ полиціи въ отношеніи способовъ взысканія при сужденной суммы, не можетъ служить достаточнымъ основаніемъ къ возобновленію дѣла въ судебномъ порядкѣ и въ сущности это будетъ искъ о судебныхъ и заведеніе дѣла издержкахъ ¹⁸⁾.

Значеніе прекращеннаго производства дѣла при возобновленіи его въ новыхъ судебныхъ установленіяхъ не опредѣлено въ точности правилами 1865 и 1869 гг. Въ нихъ есть только нѣкоторыя отдѣльныя указанія по этому предмету. Такъ ст. 72 прав. 1865 г. постановляетъ, что «время, протекшее

¹³⁾ Гражд. Касс. Рѣш. 1871 г. № 1027, 1160; 1867 г. № 170, 195, 506; 1868 г. № 457, 539; 1869 г. № 94, 1144; 1870 г. № 379, 1915; 1872 г. № 357, 1296; 1873 г. № 591; 1874 г. № 39.

¹⁴⁾ 1870 г. № 525.

¹⁵⁾ 1872 г. № 1022; 1876 г. № 531.

¹⁶⁾ 1875 г. № 800, 901.

¹⁷⁾ 1868 г. № 457.

¹⁸⁾ 1875 г. № 183.

со дня первоначальнаго предъявленія иска до постановленія судомъ или полиціей опредѣленія о прекращеніи производства, не полагается въ исчисленіе земской для начатія исковъ давности¹⁹⁾, если о семъ стороны не заключили особаго условія» (см. также ст. 47 прав. 1869 г.). Тоже самое постановлено относительно исковой давности для дѣлъ, прекращенныхъ прежними судебными установленіями согласно 21 ст. прав. 1869 г., съ той льготой, что, если остающійся срокъ до исковой давности будетъ менѣе трехъ мѣсяцевъ, то истцу предоставляется возобновить дѣло въ трехмѣсячный срокъ (ст. 22 прав. 1869 г.). Что касается дѣлъ производившихся, по прежнему порядку, въ полиціи и не прекращенныхъ, но получившихъ рѣшеніе, то, по аналогіи, нужно заключать, что общая исковая давность этихъ дѣлъ для предъявленія ихъ въ новыхъ судебныхъ учрежденіяхъ должна исчисляться такъ же, какъ исчисляется для дѣлъ прекращенныхъ производствомъ²⁰⁾, т. е. время производства въ полиціи не идетъ въ счетъ давности²¹⁾.

¹⁹⁾ 1^о Это правило примѣняется ко всѣмъ родамъ исковой давности; такъ, «при исчисленіи установленнаго п. 4. ст. 29 уст. гр. суд. 6-ти мѣсячнаго срока не предвидится законнаго основанія включать въ счетъ этого срока время производства дѣла въ полиціи» Гражд. Касс. Рѣш. 1875 г. № 174; 1874 г. № 790.

2^о Это время производства въ прежнихъ суд. установленіяхъ не идетъ въ счетъ давности только въ томъ случаѣ, когда теченіе давности дѣйствительно было прервано предъявленіемъ иска въ надлежащемъ установленіи Гражд. Касс. Рѣш. 1873 г. № 1731.

3^о Если принятіе дѣла прежнимъ установленіемъ къ своему разсмотрѣнію не было своевременно обжаловано, и производство не было отмѣнено, такого производства нельзя признать ничтожнымъ и не прерывающимъ давности. Гражд. Касс. Рѣш. 1873 г. № 1245.

4^о Съ другой стороны если прежнее судебное установленіе, не принявъ иска къ своему разсмотрѣнію, сочло оный себѣ неподсуднымъ, и постановленіе это по необжалованію вошло въ законную силу, то такое оглашеніе требованія не можетъ быть признано равносильнымъ предъявленію иска въ надлежащемъ порядкѣ и слѣд. не можетъ прерывать теченіе давности. Гражд. Касс. Рѣш. 1877 г. № 54.

²⁰⁾ Потому нужно считать не точнымъ выраженіе гражд. касс. рѣш. (1870 г. № 668), что право на предъявленіе такого иска (по дѣлу рѣшенному полиціей) сохраняется въ теченіи давности *отъ времени объявленія полиціей* *иска по постановленію*.

²¹⁾ Гражд. Касс. Рѣш. 1870 г. № 1605.

Другое указаніе относительно значенія прежняго прекращеннаго производства дѣла для производства того же дѣла въ новыхъ судахъ находимъ въ 71 ст. правилъ 1865 г., по которой сторонамъ, по прекращеніи ихъ дѣла въ прежнихъ установленіяхъ, «возвращаются по ихъ просьбѣ представленныя ими документы, выдаются засвидѣтельствованныя копии съ ихъ объясненій, съ собранныхъ справокъ и свѣдѣній, съ актовъ осмотра, протоколовъ о допросѣ свидѣтелей и прочихъ заключающихся въ дѣлѣ бумагъ и документовъ. Всѣ эти акты могутъ быть представляемы тяжущимися при возобновленіи дѣла въ новыхъ судебныхъ установленіяхъ». Такимъ образомъ, данныя прежняго производства, по мысли законодателя, могутъ служить для сторонъ матеріаломъ защиты въ возобновленномъ производствѣ. Но, затѣмъ, этотъ матеріалъ обсуждается новыми суд. установленіями по началамъ, какія приняты уставомъ гр. суд. относительно оцѣнки доказательствъ²²⁾. Являясь только матеріаломъ, данныя прежняго производства не могутъ ограничивать правъ истца или отвѣтчика; истецъ можетъ

²²⁾ Если въ прекращенномъ производствѣ одной изъ сторонъ была принята присяга по такому обстоятельству, по которому въ уставѣ гр. суд. присяга не допускается, то значеніе ея, при производствѣ въ новыхъ судебныхъ установленіяхъ, должно быть такое же, какое она имѣла бы и при прежнемъ производствѣ. Присяга, по своимъ спеціальнымъ особенностямъ, имѣетъ рѣшительную силу доказательства матеріальной истины, и разъ есть на лицо такое доказательное средство, сторона, въ пользу которой оно служитъ, имѣетъ право воспользоваться имъ, а судъ обязанъ принять рѣшительное доказательство матеріальной истины. Сравни. *Martin, Vorlesungen über die Theorie d. deutsch. bürgerl. Proc. § 11* въ концѣ.

По вопросу о значеніи прекращеннаго производства прежнихъ установленій для новыхъ судовъ касс. практикой разъяснено:

1° что «судъ обязанъ по такому (возобновленному) иску рассмотреть по существу требованія и возраженія сторонъ и постановить рѣшеніе по оцѣнкѣ представленныхъ ими доказательствъ, не стѣсняясь постановленіями полиціи, которое при разрѣшеніи судомъ дѣла по означенному иску не можетъ служить ни источникомъ, ни доказательствомъ правъ стороны выигравшей дѣло въ полиціи». 1876 г. № 531.

2° «Судъ не обязанъ излагать въ своемъ рѣшеніи критическій разборъ постановленія полиціи, послѣдовавшаго прежде по дѣлу, рассмотрѣнному судомъ». 1874 г. № 13.

увеличивать цѣну исковъ²³⁾, измѣнить основанія исковыхъ требованій, самыя исковыя требованія²⁴⁾, точно также не стѣсняясь прежнимъ производствомъ и отвѣтчикъ можетъ дѣйствовать въ своихъ возраженіяхъ.

Приложеніе законовъ о гражданскомъ процессѣ по времени (Продолженіе).

§ 7.

Руководящій принципъ теоріи при разрѣшеніи коллизіи новаго закона о гражд. процессѣ съ прежнимъ. Ограниченіе этого принципа при коллизіи законовъ: А. объ исковомъ правѣ, Б. исковой давности, также о привилегіяхъ несовершеннолѣтнихъ въ пользованіи исковымъ правомъ и правомъ апелляціи, наконецъ Г. ограниченіе принципа относительно пользованія доказательными средствами.

Изъ правилъ (1865 и 1869 гг.) о введеніи въ дѣйствіе судебныхъ уставовъ 1864 г. нельзя не видѣть, что они касаются случаевъ, когда дѣло начато было при прежнемъ законѣ, а продолжаться и оканчиваться должно было при дѣйствіи устава гражд. судопр. Но коллизія устава съ прежнимъ закономъ можетъ имѣть мѣсто и въ такихъ случаяхъ, когда правоотношеніе возникло при прежнемъ процессуальномъ законѣ, а искъ изъ этого правоотношенія начинается въ новыхъ судебныхъ установленіяхъ. Руководящимъ принципомъ¹⁾ теорія признаетъ, что процессуальныя дѣйствія должны совершаться по тому закону, при господствѣ котораго эти дѣйствія по времени приходится совершать²⁾. Этотъ общепризнанный принципъ тер-

²³⁾ Гражд. Касс. Рѣш. 1873 г. № 1627.

²⁴⁾ Нельзя того же сказать, когда дѣло не было прекращено въ прежнихъ установленіяхъ, но передано ими (по ст. 24 и 25 прав. 1869 г.) въ новыя судебныя установленія.

¹⁾ Это положеніе общепризнано. Weber, l. c. № 58; Bayer, Vorträge, стр. 30; Renaud, § 8 n. 4; Endemann, § 13 n. 2 и 3; Koch, Der preussische Civil-Process. 2 aufl. стр. 28. Menger, стр. 197, n. 15. Въ силу этого положенія 2 ч. X т., на сколько она заключаетъ процесс. законы, должна считаться отмѣненной въ мѣстностяхъ, гдѣ дѣйствуетъ уставъ гр. суд. См. ниже п. 11.

²⁾ Потому для тягущихся въ производствѣ по уставу возможны такіа только процессуальныя права и обязанности, которые, согласно новому закону, возникаютъ изъ этихъ дѣйствій.

питъ ограниченія въ такихъ только случаяхъ, когда приложеніе новаго закона давало бы ему обратную силу ^{2а)}). Такого рода ограниченія принципа также могутъ имѣть мѣсто, когда рѣчь идетъ о такихъ процессуальныхъ правахъ и обязанностяхъ, которыя тѣсно связаны съ матеріальными правами и обязанностями, въ защиту коихъ тяжущійся долженъ пользоваться этими процессуальными правами. Тѣсно связанными съ матеріальнымъ правомъ являются въ нашемъ вопросѣ тѣ процессуальныя права, которыя составляютъ необходимую принадлежность возникшаго даннаго матеріальнаго права. Какъ матеріальное право, такъ и процессуальныя права, составляющія его принадлежность, должны опредѣляться тѣмъ закономъ, при дѣйствіи котораго они возникли. Къ разсматриваемой категоріи процессуальныхъ правъ относится:

А. *Исковое право*. Основанія пріобрѣтенія исковаго права и возникновеніе соотвѣтственной ему исковой обязанности, предметъ и размѣръ ихъ должны опредѣляться тѣмъ закономъ, при дѣйствіи котораго произошло пріобрѣтеніе³⁾ права.

^{2а)} Приложеніе новаго процессуальнаго закона получаетъ обратную силу, и слѣд. не должно имѣть мѣста, когда влечетъ лишеніе правъ пріобрѣтенныхъ, такъ равно и возстановленіе правъ потерянныхъ по прежнему закону. Касс. практикой разъяснено, что по прежнему закону «для начатія исковъ, судомъ по формѣ, былъ опредѣленъ годовой срокъ, считая оный со дня объявленія о томъ тяжущемуся, но при этомъ было постановлено что «въ случаѣ пропусканія сего срока искъ считается потеряннымъ» (ст. 1063 т. X ч. 2). Изъ сего слѣдуетъ, что если право на предъявленіе иска было уже тяжущимся потеряно, въ силу обязательнаго для него закона, само собою разумѣется введеніе новаго порядка гражд. судопроизводства не могло служить судебному мѣсту основаніемъ къ принятію къ своему разсмотрѣнію такого иска, и не можетъ служить поводомъ къ возстановленію какого либо потеряннаго тяжущимся срочнаго права, потому что такимъ образомъ было бы нарушено право противной стороны, пріобрѣтенное ею чрезъ потерю ея противникомъ срока». Гражд. Касс. Рѣш. 1870 г. № 1589; 1874 г. № 793.

³⁾ Преемственность исковаго права и исковой ответственности по законному наслѣдованію опредѣляется ст. 1259 т. X ч. 1 и 176 ст. того же т. ч. 2. Сенатъ справедливо призналъ, что означенныя статьи не отмѣнены уставомъ гражд. судопр. такъ какъ онъ не устанавливаетъ, взаимно ихъ, другаго порядка пріобрѣтенія исковаго права и исковыхъ обязанностей путемъ наслѣдованія. Итакъ преемственность этихъ правъ и обязанностей по опредѣ-

Приложеніе въ такихъ случаяхъ новаго закона было бы обратнымъ его дѣйствіемъ⁴⁾. Если прежній законъ при наличности извѣстныхъ фактовъ, нарушающихъ право, давалъ право иска о вознагражденіи и опредѣлялъ основанія размѣра онаго, то это исковое право должно обсуждаться по прежнему закону, при дѣйствіи котораго возникло оно⁵⁾.

Б. Исковая давность. Новый законъ можетъ вовсе не упоминать объ исковой давности; умолчаніе не можетъ считаться отмѣной прежнихъ постановленій о ней⁶⁾. Далѣе, по новому закону срокъ исковой давности можетъ быть или длиннѣе или короче, чѣмъ какой былъ по прежнему закону. Здѣсь коллизія возможна въ томъ случаѣ, когда теченіе давности началось при прежнемъ законѣ, а продолженіе имѣетъ мѣсто уже при новомъ законѣ^{6а)}. Въ случаѣ новый законъ удлинняетъ

ленію X т. остается въ силѣ, а при такой преемственности «не устраняется по закону право суда (по 444 ст. уст. гр. суд.) признать, что въ нѣкоторыхъ случаяхъ обнаруженіе нахождения документа, требуемаго противной стороной у наследодателя, можетъ быть сопряжено съ невыгодными для его наследниковъ послѣдствіями». Гражд. Касс. Рѣш. 1876 г. № 463.

⁴⁾ Такъ, искъ о вознагражденіи за насмѣ повѣреннаго для веденія дѣла въ прежнихъ судебныхъ мѣстахъ, хотя предъявленный въ новыхъ суд. установленіяхъ, долженъ быть разрѣшенъ по законамъ того времени, въ которое происходили дѣйствія, служація поводомъ или основаніемъ предъявленнаго иска. Примѣненіе въ данномъ случаѣ 868 ст. уст. гр. суд. дало бы ей обратную силу, такъ какъ она создаетъ исковое право только изъ такихъ дѣйствій, которыя произошли по введеніи новыхъ суд. установленій, при дѣйствіи устава гр. судопр. Гражд. Касс. Рѣш. 1867 г. № 346; 1868 г. № 686.

⁵⁾ Сравни. Гражд. Касс. Рѣш. 1873 г. № 63. По этому рѣшенію Сенатъ не принялъ въ уваженіе возраженія просителя, что судъ, при опредѣленіи вознагражденія за порубку лѣса, не руководствовался правилами 1871 г. «Судъ по силѣ ст. 59 и 60 св. зак. основ. обязанъ былъ примѣнять законъ, имѣвшій силу въ то время, когда совершилось дѣйствіе, изъ котораго дѣло возникло, а порубка лѣса произведена была въ 1870 г.».

⁶⁾ Такъ напр. остается въ силѣ ст. 221 т. X ч. 2 опредѣляющая срокъ давности для начатія тяжбъ и исковъ заимодавцами къ должникамъ, послѣ публикаціи о несостоятельности, не въ установленный публикаціей срокъ. Гражд. Касс. Рѣш. 1868 г. № 407; 1872 г. № 365. 1877 г. № 33, 302.

^{6а)} Если давность окончилась при прежнемъ законѣ, то, само собою разумѣется, она должна обсуждаться по прежнему закону и при новомъ законѣ, хотя бы онъ увеличивалъ срокъ; потерянное, за истеченіемъ давности, право не можетъ быть возстановлено. *Unger System*, стр. 146 п. 77. См. выше п. 2а.

срокъ исковой давности, тѣмъ самымъ очевидно хочетъ предоставить правовымъ субъектамъ болѣе возможности къ защитѣ ихъ нарушенныхъ правъ; разъ этотъ принципъ выраженъ новымъ закономъ, было бы противно равенству всѣхъ предъ закономъ лишать большей возможности къ судебной защитѣ лица, для котораго теченіе исковой давности, хотя и началось при прежнемъ законѣ, но продолжается при новомъ; потому давность для него должна длиться столько времени, чтобы въ общей сложности удовлетворить новому закону. Тутъ собственно не будетъ обратнаго дѣйствія закона⁷⁾. Но въ случаѣ, когда новый законъ сокращаетъ⁸⁾ срокъ исковой давности, это значитъ, что вновь установленный срокъ онъ находитъ достаточнымъ для защиты нарушеннаго права и сравнительно съ прежнимъ закономъ возможность судебной защиты такого права ставить въ болѣе тѣсныя рамки времени. Теперь, если, въ случаѣ коллизіи съ прежнимъ закономъ, въ опредѣленіи срока давности руководствоваться новымъ закономъ, это нѣрѣдко значило бы не только сократить предѣлы времени для судебной защиты нарушеннаго права, но вовсе преградить путь къ такой защитѣ для лица, у котораго исковая дав-

⁷⁾ Это мнѣніе общепринятое. Savigny System, Bd. VIII стр. 431; Unger, System, I стр. 147; Цитовичъ стр. 113 п. 7. 1873 г. 1609; 74, 420.

⁸⁾ По вопросу о коллизіи съ прежнимъ закономъ новаго закона, сокращающаго исковую давность, въ литературѣ существуютъ различныя мнѣнія; одни (напр. Weber, I. с. стр. 156 и слѣд. Kieculff, Theorie des gemeinen Civilrechts, стр. 70 и слѣд.) высказываются за приименіе новаго закона. Изъ русскихъ авторовъ Цитовичъ I. с. стр. 114 высказывается въ пользу этого мнѣнія: новый законъ, сокращающій исковую давность, «подѣйствуетъ на всякую давность, которая началась при прежнемъ законѣ и ко времени новаго закона протекла столько времени, сколько требуетъ новый законъ», такъ что можетъ «оказаться оконченною въ моментъ обнаруженія новаго закона» п. 8. Unger, System, I, стр. 147 по этому вопросу говоритъ: «muss principiell dem Verjährendem die Wahl gestattet werden, ob er sich auf die längere vom alten Gesetz vorgeschriebene oder auf die kürzere Zeit berufen wolle, welche das neue Gesetz vorschreibt, nur dass diese kürzere Zeit erst von der Wirksamkeit des neuen Gesetzes an berechnet werden kann. Diese principielle Entscheidung rechtfertigt sich durch die Erwägung, dass das neue Gesetz nur in dem Sinne etwas Neues enthält, als es eine kürzere Frist für genügend erklärt; es negirt also nur das Erforderniss einer längeren Zeit (10 Jahre statt 5) nicht aber das Genügen einer längeren Zeit».

ность началась при прежнемъ законѣ, такъ какъ можетъ случиться, что ко дню, съ котораго началось дѣйствіе новаго закона, давностный срокъ, установленный имъ, уже истекъ для этого лица, между тѣмъ оно, потерявъ при прежнемъ законѣ нарушеніе правъ и зная, что имѣетъ по этому закону столько-то времени, чтобы собраться съ силами и средствами для предъявленія иска, въ виду этого могло не спѣшить начатіемъ иска; вновь обнародованный законъ, если бы во всей строгости примѣнять его по отношенію къ данному лицу, получилъ бы обратную силу, лишивъ лице права на судебную защиту, которую далъ прежній законъ. Но съ другой стороны, если безъ ограниченій въ данной коллизіи, примѣнять прежній законъ, то нерѣдко оказывалась бы крайняя неправопавность предъ закономъ; одни, теченіе исковой давности у которыхъ началось при новомъ законѣ, могутъ защищать свое право только въ теченіи сокращеннаго срока по новому закону; другіе, теченіе исковой давности у которыхъ началось при прежнемъ законѣ и прошло очень немного времени, при новомъ законѣ сравнительно съ первыми пользовались бы гораздо большимъ періодомъ времени для защиты своего права. Итакъ, была бы очевидная неправопавность. Изъ всего вышеизложеннаго слѣдуетъ, что, когда новый законъ устанавливаетъ болѣе краткій срокъ исковой давности сравнительно съ прежнимъ, то нельзя безъ ограниченій прилагать этотъ новый законъ, съ другой стороны нельзя безъ ограниченій прилагать и прежній законъ. Въ устраненіе вышеуказанныхъ крайностей и въ избѣжаніе обратнаго дѣйствія закона, по нашему мнѣнію въ разрѣшеніи рассматриваемой коллизіи нужно исходить изъ смысла исковой давности: она гарантируетъ возможность въ теченіи извѣстнаго періода времени искать возстановленія нарушеннаго права, значить нужно, чтобы для даннаго лица, при дѣйствіи новаго закона, эта гарантія была не меньше той, какая дается новымъ закономъ и не больше той, какая ему дана была прежнимъ закономъ. Такъ, если прежній законъ опредѣлялъ исковую давность 10 лѣтъ, и прошло 6 лѣтъ, какъ последовалъ новый законъ, опре-

дѣляющей давность въ 5 лѣтъ, здѣсь примѣненіе новаго закона лишило бы лице права предъявить искъ, и было бы обратнымъ дѣйствіемъ закона; съ другой стороны пользованіе давностнымъ срокомъ по прежнему закону, т. е. правомъ на искъ, при дѣйствіи новаго закона, въ теченіи 4 лѣтъ, не будетъ неравенствомъ, превышающимъ права даннаго лица предъ лицами, давность коихъ началась при дѣйствіи новаго закона. Но если исковая давность (10 л.) началась за годъ до изданія новаго закона, приложеніе прежняго закона, давало бы возможность, при дѣйствіи новаго закона пользоваться срокомъ въ 9 лѣтъ, тогда какъ другіе имѣли бы только 5-ти лѣтній давностный срокъ; явное не равенство; въ устраненіе его въ данной комбинаціи нужно къ прежнему одному году прибавить пять лѣтъ по новому закону и тогда, въ общемъ, срокъ для даннаго лица при дѣйствіи новаго закона ставится въ предѣлы времени, установленные этимъ закономъ. Итакъ, срокъ исковой давности при коллизіи нужно регулировать по прежнему закону, съ тѣмъ ограниченіемъ, чтобы теченіе этого срока уже при новомъ законѣ не шло далѣе того времени, какое назначаетъ для давности новый законъ⁹⁾.

Далѣе, *прерваніе* исковой давности можетъ опредѣляться новымъ закономъ различно съ прежнимъ закономъ. Такъ, по прежнему закону, если былъ предъявленъ искъ, но хожденія^{9а)} по оному небыло, то теченіе давности не прерывалось¹⁰⁾; при дѣйствіи уст. гр.

⁹⁾ Сравни. Wächter, Handbuch d. im. K. W. g. Privatrecht II стр. 180, 181. Wangerow, Lehrbuch der Pandecten, § 26 стр. 60, 61. (7 изд.).

^{9а)} Имѣется въ виду *личное* ходатайство стороны, но не движеніе дѣла по усмотрѣнію суда. Гр. Касс. Рѣш. 1868, 763. 1878 г. 88.

¹⁰⁾ Ст. 213 и 220 т. X ч. 2, а также 692, 694 и 1549 т. X ч. 1 опредѣляющія, между прочимъ, что *предъявленіе* иска тогда *только* прерываетъ теченіе давности, когда по сему иску было *хожденіе* въ присутственныхъ мѣстахъ — объяснены сенатомъ въ томъ смыслѣ, что 1, предъявленіе взысканія въ полицію, по прежнимъ законамъ, прерывало давность, но затѣмъ 2, прекращеніе производствъ въ полиціи, для возобновленія въ новыхъ суд. мѣстахъ, не прерывало теченіе давностнаго срока, только не шло въ счетъ его. Гражд. Касс. Рѣш. 1871 г. № 1122, 1168; 1873 г. № 357. см. также Побѣдоносцевъ, судебное руководство стр. 221, 222.

суд. предъявленіе иска также прерываетъ давность, но затѣмъ указаны точно особыя условія, при которыхъ поданное исковое прошеніе имѣетъ дальнѣйшее движеніе, и условія, когда остается безъ движенія или возвращается просителю. Такъ какъ тутъ очевидно рѣчь идетъ о значеніи процессуальныхъ дѣйствій, которое должно опредѣляться по закону, дѣйствующему въ моментъ производства, то, понятно, что здѣсь прежній законъ не можетъ имѣть силы.

Наконецъ новый процессуальный законъ можетъ устанавливать новыя давностныя сроки въ случаяхъ, въ коихъ по прежнему закону не было установлено давности (напр. ст. 735 уст. гр. судопр.); такъ какъ тутъ давность связана съ процессуальными дѣйствіями, которыя должны совершаться по новому закону, то такая давность можетъ возникать только при дѣйствіи новаго закона и не можетъ относиться къ тѣмъ проц. дѣйствіямъ, которыя были совершены при прежнемъ законѣ.

В. Къ категоріи постановленій о процессуальныхъ правахъ, тѣсно связанныхъ съ матеріальнымъ правомъ, относятся постановленія объ исковомъ правѣ нѣкоторыхъ лицъ, коимъ въ пользованіи этимъ правомъ предоставлены особыя *привиллегіи*. Если новый законъ буквально не измѣняетъ и не отмѣняетъ прежнихъ постановленій, но умалчиваетъ о нихъ, спрашивается, въ этомъ случаѣ умолчанія, нужно-ли считать отмѣненными прежнія постановленія объ этихъ привиллегіяхъ нѣкоторыхъ лицъ въ пользованіи исковымъ правомъ? Такъ по 2 п. приложения къ ст. 694 относительно исковой давности малолѣтнимъ предоставлена та привиллегія, что на все время малолѣтства ихъ теченіе давности приостанавливается. Съ достиженіемъ же совершеннолѣтія имъ предоставляется только остальное отъ ихъ предшественника время, но буде оно составитъ менѣе двухъ лѣтъ, то имъ предоставляются полныя два года. По ст. 1098 т. X ч. 1, двухлѣтній срокъ на предъявленіе спора противъ духовнаго завѣщанія по общему правилу считается со дня последней публікаціи о ввѣдѣ во владѣніе; для малолѣтнихъ же вышеозначенный срокъ считается со дня вступленія ихъ

въ совершеннолѣтіе. Далѣе, по ст. 293 т. X ч. 1. «Если малолѣтныя, пребывающіе въ Россіи по достиженіи ими полнаго совершеннолѣтія, т. е. 20 лѣтъ съ годомъ, въ теченіи 2-хъ, а находящіеся за границею въ теченіи 3-хъ лѣтъ будутъ просить о принадлежащей имъ апелляціи, то должны быть къ оной допускаемы, хотя бы опекунами ихъ и было подписано удовольствіе или же пропущенъ общій апелляціонный срокъ». По уставу гражданскаго судопроизводства (ст. 19) за лицъ, состоящихъ подъ опекою ищутъ и отвѣчаютъ на судѣ ихъ опекуны. Затѣмъ, о вышеприведенныхъ привилегіяхъ несовершеннолѣтнихъ нѣтъ ни какихъ указаній въ уставѣ, онъ о нихъ умалчиваетъ. Спрашивается, остаются-ли въ силѣ вышеприведенныя статьи 1 ч. X т.? Процессуальный законъ, уставъ гражданскаго судопроизводства *силою* своею отмѣняетъ только прежніе законы о судопроизводствѣ гражданскомъ, иначе говоря, устанавливая процессуальныя права и обязанности суда и тяжущихся, также процессуальныя дѣйствія и порядокъ совершенія ихъ, онъ тѣмъ самымъ отмѣняетъ только процессуальныя права и обязанности, процессуальныя дѣйствія, и порядокъ ^{10а)} ихъ совершенія, какіе установлены были прежнимъ закономъ. Очевидно, въ каждомъ данномъ случаѣ весьма существеннымъ является вопросъ, идетъ-ли рѣчь о процессуальномъ правѣ или о матеріальномъ¹¹⁾. Право на судебную защиту, исковое пра-

^{10а)} Безспорный порядокъ взысканія чрезъ полицію уничтоженъ, и взысканіе производится чрезъ судъ. Потому, при производствѣ дѣлъ о взысканіи по векселямъ судъ уже не долженъ руководствоваться прежними законами (651 и 652 торг.) и не въ правѣ уклониться отъ обсужденія какого бы то ни было спора, предъявленнаго противъ векселя. Побѣдоносцевъ № 983. Гр. Касс. Рѣш. 1870 г. № 1097. 1869 № 705.

¹¹⁾ Срав. Мenger l. с. стр. 196 п. 14. Koch. l. с. § 23 п. 21.

Кассационной практикой разъяснено, что нижеслѣдующія статьи 2 ч. X. т., какъ опредѣляющія матеріальное право, не отмѣнены уставомъ гражд. суд.: ст. 41, опредѣляющая право родственниковъ залогодателя требовать выкупа родового имѣнія, если закладная въ срокъ не оплачена (Гр. Касс. Рѣш. 1872 г. 1439); ст. 46 и 2155, лишающія залогодержателя права обращать взысканіе по закладной на другое, не заложенное имущество должника

во, какъ мы видѣли, составляетъ существенную принадлежность матеріальнаго права, входитъ въ его содержаніе, и потому въ случаѣ коллизіи законовъ объ этомъ правѣ нельзя рѣшать вопросъ исключительно съ процессуальной точки зрѣнія, нельзя вопросъ имѣю-ли я право на защиту, рѣшать съ точки зрѣнія законовъ, опредѣляющимъ *какъ* нужно защищать. Спрашивается вышеуказанныя привилегированныя права несовершеннолѣтнихъ относятся-ли исключительно къ процессуальнымъ правамъ? Что касается той привилегіи, по которой въ счетъ исковой давности не входитъ все время ихъ несовершеннолѣтія, а въ исключительномъ случаѣ (напр. ст. 1098) самая давность, уже по достиженіи ими совершеннолѣтія, удлинняется, то очевидно эта привилегія касается существованія исковаго права, устанавливаетъ болѣе продолжительное существованіе его, потому входитъ въ содержаніе матеріальнаго права, и уставъ, умалчивающій объ этихъ привилегіяхъ, не можетъ силою своей отмѣнять ¹²⁾ матеріальное право ¹³⁾. Больше сомнѣній можетъ возбуждать ст. 293 т. X ч. 1. — подача апелляціонной жалобы сама по себѣ есть — процессуальное сред-

(1871 г. 994, 1872 г. 1137, 1873 г. 22); ст. 72. дающая заимодавцу право на полученіе съ должника процентовъ со дня просрочки долговаго акта (1877 г. 140); ст. 144 (1876 г. 218); ст. 1016 (1877 г. 321), см. также о ст. 2137 Рѣш. 1877 г. 299.

¹²⁾ Привилегію несовершеннолѣтнихъ въ исчисленіи исковой давности сенатъ призналъ также не отмѣненной съ изданіемъ устава. 1870 г. № 471. 1871 г. № 201. Замѣтимъ, что въ этихъ рѣшеніяхъ сенатъ основаніемъ приводитъ 214 ст. X т. 2 ч. зак. судопр. гражд. Въ новомъ (1876 г.) изданіи X т. 2 ч. содержанія 214 ст. нѣтъ, но взамѣнъ того въ гражд. законахъ мы находимъ повтореніе 214 ст въ приложеніи къ 694 ст. законовъ гражданскихъ. Слѣд. такое толкованіе получаетъ прямое подтвержденіе въ буквальный смыслъ закона.

¹³⁾ Если, согласно уставу (ст. 19), опекунъ предъявилъ искъ, какъ представитель несовершеннолѣтняго, то этимъ дѣйствіемъ процессуальнымъ погашается право несовершеннолѣтняго предъявлять искъ въ 1-й инстанціи, по достиженіи совершеннолѣтія, иначе суду пришлось бы два раза разсматривать и рѣшать одно и тоже дѣло. Но здѣсь не будетъ отмѣны уставомъ привилегированнаго права несовершеннолѣтнихъ, такъ какъ по X т. имъ предоставлено это право на случай, если опекуномъ не было предъявлено иска.

ство защиты. Но въ данномъ случаѣ, есть-ли это чисто процессуальное дѣйствіе? Ст. 293 предоставляетъ право несовершеннолѣтнимъ по достиженіи совершеннолѣтія подавать апелляціонныя жалобы по тѣмъ дѣламъ ихъ, по коимъ опекунами не было подано апелляціонной жалобы, значитъ не было защиты права во 2-й инстанціи, значитъ бывшіе малолѣтніе, не защищавшіе самолично свои права въ 1-й инстанціи, должны быть вовсе лишены самоличной защиты, если не допускать ихъ къ подачѣ, согласно 293 ст., апелляціонной жалобы; они, вслѣдствіи того, что опекуны захотѣли вести дѣло въ одной 1-й инстанціи, не только теряли бы привиллегію, которая давала имъ возможность вести дѣло, по достиженіи совершеннолѣтія, начиная съ первой инстанціи, но лишались бы возможности защищать свои права въ той инстанціи, въ какой не хотѣли продолжать защищать ихъ опекуны; словомъ запрещеніе имъ подачи апелляціи равносильно лишенію ихъ права судебной защиты. А если такъ, то уставъ не можетъ силою своею, т. е. тѣмъ, что опредѣляетъ общіе апелляціонные сроки, отмѣнять 293 ст. т. X ч. 1, предоставляющую несовершеннолѣтнимъ право, равносильное для нихъ праву на судебную защиту¹⁴⁾.

¹⁴⁾ Иначе рѣшаетъ этотъ вопросъ гражд. касс. деп (1874 г. № 213). Основаніи этого мнѣнія сената; 1, подача апелляціи есть процессуальное право (мы видѣли, что въ данномъ (ст. 293) случаѣ оно равно несовому праву и слѣд. входитъ въ содержаніе матеріальнаго права); 2, общій смыслъ статей устава указываетъ, что постановленіе его о срокахъ на подачу апелляціи есть рѣшительное, недопускающее острочекъ (но когда матеріальнымъ закономъ дается въ этомъ отношеніи *привиллегія*, то рѣшительныя постановленія, устава въ своемъ дѣйствіи не распространяются на исключительное право, опредѣленное матеріальными законами, какъ равное праву на судебную защиту); 3, уставъ не повторяетъ изъятія ст. 293, а молчаніе не можетъ служить доказательствомъ, что изъятіе осталось въ силѣ, такъ какъ иначе нужно было бы допустить, что и другія изъятія относительно того же права остались въ силѣ, а между тѣмъ на нихъ не только нѣтъ никакихъ указаній въ уставѣ, но постановлено въ противоположномъ смыслѣ. (Это то послѣднее обстоятельство и доказываетъ, что привиллегія по ст. 293 осталась въ силѣ; по общему правилу для уничтоженія существующей по закону привиллегіи нужно новымъ закономъ буквально ея отмѣнить или измѣнить, что и дѣлаетъ зако-

Г. Въ процессуальномъ законодательствѣ являются тѣсно связанными съ матеріальнымъ правомъ также постановленія о *доказательныхъ средствахъ*. Прежде всего замѣтимъ, что въ нашемъ вопросѣ весьма важно установить различіе доказательныхъ средствъ, смотря потому, нужно-ли въ данномъ искѣ доказывать установленіе даннаго правоотношенія (напр. купли-продажи, даренія и т. д.), или нарушение правъ; въ первомъ случаѣ доказательными средствами служатъ средства укрѣпленія права, во второмъ случаѣ такими средствами будутъ всѣ прочія доказательныя средства, съ помощью которыхъ можно констатировать на судѣ фактъ нарушения права. Между средствами укрѣпленія правъ нужно выдѣлить акты укрѣпленія; они, понятно, опредѣляются тѣмъ закономъ, который дѣйствовалъ при возникновеніи правоотношенія. А потому въ искѣ, возникшемъ о такомъ правоотношеніи при дѣйствіи новаго процессуальнаго закона, нельзя требовать такихъ доказательныхъ средствъ, которыя не предписывались закономъ при возникновеніи правоотношенія, какъ средство укрѣпленія, а новымъ закономъ требуются¹⁵⁾. Съ другой стороны если, новый законъ не допускаетъ вообще такихъ доказательныхъ средствъ установленія права, какія допускались закономъ дѣйствовавшимъ при установленіи, то спрашивается, можно-ли допускать такія доказательныя средства по прежнему закону или недопускать, согласно новому закону? Въ теоретическихъ изслѣдованіяхъ мы встрѣчаемъ разногласіе въ рѣшеніи этого вопроса. По мнѣнію однихъ¹⁶⁾ сторонамъ должно быть предоставлено право приводить доказательства по старому закону, такъ какъ,

податель относительно другихъ привилегій въ пользованіи правомъ апелляціи, желая ихъ отмінить или измѣнить; относительно привилегіи ст. 293, онъ этого не дѣлаетъ, значить, не желаетъ ее отмінить).

¹⁵⁾ Точно также принадлежности и формальности актовъ укрѣпленія должны обсуждаться по закону, дѣйствовавшему при ихъ составленіи и нельзя отъ нихъ требовать качествъ, предписываемыхъ новымъ закономъ, но не извѣстныхъ прежнему. 1867 г. № 321.

¹⁶⁾ См. напр. Mittermaier l. c. стр. 132 и слѣд.

при установленіи правоотношенія, онѣ могли имѣть въ виду доказательныя средства, какія тогдашній законъ устанавливалъ, и не имѣли юридическаго интереса запастись другими доказательными средствами. По мнѣнію другихъ ¹⁷⁾, то обстоятельство, что стороны при установленіи правоотношенія въ средствахъ укрѣпленія сообразуются съ дѣйствовавшимъ въ тотъ моментъ процессуальнымъ закономъ, еще не можетъ быть основаніемъ допускать, при новомъ законѣ, всѣ тѣ доказательныя средства, какія допускалъ старый законъ, такъ какъ тутъ не достаетъ факта, въ силу котораго субъектъ правоотношенія приобрѣталъ бы право на приложеніе стараго закона; со стороны субъекта есть только *ожиданіе*, котораго законодатель можетъ и не брать во вниманіе; иными словами — субъекты правоотношенія, вступая въ оное, въ пользованіи средствами укрѣпленія соображаются съ дѣйствующимъ въ тотъ моментъ процессуальнымъ закономъ о доказательныхъ средствахъ; въ виду этого закона, допускающаго для даннаго правоотношенія такія-то и такія-то доказательныя средства, они не запаслись одними средствами въ надеждѣ, что въ случаѣ спора, могутъ воспользоваться другими, также указанными въ томъ законѣ, между тѣмъ новый законъ какъ-разъ этихъ средствъ не допускаетъ. Менгеръ и утверждаетъ, что эта надежда, воспользоваться, въ случаѣ спора, такими-то доказательными средствами сама по себѣ не создаетъ для нихъ права на пользованіе, для этого нуженъ фактъ, т. е. въ данномъ случаѣ судебный споръ, который могъ дать право на пользованіе такимъ-то доказательнымъ средствомъ, между тѣмъ когда этотъ фактъ, т. е. судебный споръ явился, юридической нормы, связывавшей съ этимъ фактомъ право пользованія даннымъ доказ. средствомъ, уже не существуетъ, новый законъ не допускаетъ такого средства. Съ юридической точки зрѣнія мнѣніе Менгера совершенно справедливо; оно не противорѣчитъ и точкѣ зрѣнія спра-

¹⁷⁾ Menger, System. I стр. 197.

ведливости. Тенденція новѣйшихъ законодательствъ, въ томъ числѣ и русскаго устава гражданскаго судопроизводства, направлена на отмѣну теоріи формальныхъ доказательствъ и, за исключеніемъ нотаріальныхъ документовъ, допускается свободная оцѣнка судомъ доказательныхъ средствъ для раскрытія матеріальной истины; въ этомъ просторѣ раскрытія матеріальной истины и въ свободѣ конкретнаго изслѣдованія представляется достаточное вознагражденіе за неоправдавшуюся надежду на пользованіе даннымъ доказ. средствомъ. По русскому законодательству сомнѣніе устраняется тѣмъ, что уставъ гражд. судопр. относительно допущенія такихъ доказательныхъ средствъ, какъ письменныя доказательства и свидѣтельскія показанія, вопросъ сводить (ст. 409) на почву законовъ гражданскихъ. Только пользованіе присягой въ значительной степени уставъ ограничиваетъ сравнительно съ прежнимъ законодательствомъ. И здѣсь, согласно со вторымъ изъ вышеприведенныхъ ученыхъ мнѣній, въ случаѣ спора, возникшаго изъ правоотношенія, заключеннаго до обнародованія устава 1864 г., въ судебномъ производствѣ при дѣйствіи устава не можетъ быть допускаема присяга по прежнему законодательству^{17а)}. Въ тѣхъ же случаяхъ, когда уставъ предоставляет болѣе широкую возможность въ пользованіи доказательными средствами, это право, предоставляемое уставомъ, имѣетъ силу даже и тогда, когда попрежнему законодательству требовался такой, а не иной способъ укрѣпленія и доказыванія¹⁸⁾. Къ категоріи процессуальныхъ правъ, тѣсно свя-

^{17а)} Сравни, однако Цитовичъ I. с. стр. 126 п. 30.

¹⁸⁾ Ст. 409 и 412 уст. гр. суд. допускаетъ, при спорахъ о пространствѣ земли и о продолжительности земельнаго владѣнія, дѣлать дознанія чрезъ оковыхъ людей. Ст. 684 т. X ч. 2 запрещала въ дѣлахъ о крѣпостномъ правѣ на недвижимое имущество основывать рѣшеніе на показаніяхъ свидѣтелей. Правительствующій Сенатъ опредѣлялъ, «что въ ст. 684 т. X ч. 2 опредѣлены правила о силѣ судебныхъ доказательствъ по дѣламъ вотчиннымъ, производящимся въ старыхъ судебныхъ мѣстахъ и что Суд. Палата, обязанная при рѣшеніи спорныхъ дѣлъ руководствоваться постановленіями устава гр. суд., не могла нарушить ст. 684 т. X. ч. 2». 1868 г. № 876. Содержаніе ст. 861 и 852 т. X ч. I, что въ вопросѣ о нарушеніи границы судебныя

занныхъ съ матеріальнымъ правомъ, относятся *законныя презумпції* ¹⁹⁾).

Что касается взаимнаго отношенія въ производствѣ различныхъ доказательныхъ средствъ, ихъ доказательнаго значенія въ констатированіи спорныхъ обстоятельствъ дѣла, то всѣ эти вопросы должны рѣшаться на основаніи дѣйствующаго процессуальнаго законодательства ^{19a)}. Такъ, въ отличіе отъ прежняго законодательства, актъ, непризнанный въ силѣ крѣпостнаго или явочнаго, можетъ имѣть значеніе въ качествѣ домашняго акта ²⁰⁾, кромѣ того всякій представленный документъ, хотя бы съ формальной стороны и неправильный долженъ быть рассмотрѣнъ и оцѣненъ судомъ по своей доказательной силѣ ²¹⁾, равнымъ образомъ доказательная сила свидѣтельскихъ показаній оцѣнивается судомъ по его свободному убѣжденію, въ отличіе и отмѣну прежняго порядка, и основанія оцѣнки ²²⁾, какія употреблялись въ прежнемъ законѣ, при дѣйствіи устава гражд. судопр., не имѣютъ обязательнаго значенія для суда.

мѣста обязаны руководствоваться межевыми планами и книгами, относящимися до смежныхъ дачъ — содержаніе это сохранилось въ силѣ и по изданіи устава, какъ это видно изъ 11 п. прилож. къ ст. 2 (2 уст. гр. суд. 1876 г. № 26).

¹⁹⁾ Это теоретическое положеніе признано новымъ герм. уставомъ. Einführungsgesetz zur Civilprocessordnung, § 16 n. 1.

^{19a)} Гр. Касс. Рѣш. 1868 г. № 636.

²⁰⁾ Гр. Касс. Рѣш. 1868 г. № 625.

²¹⁾ Въ силу 438 и 456 уст. гр. суд. судъ не могъ оставить безъ рассмотрѣнія полицейскій актъ, который былъ составленъ на основаніи показаній лицъ, спрошенныхъ не въ порядкѣ судебными уставами установленномъ и притомъ — мѣстомъ не уполномоченнымъ на то закономъ со времени введенія въ той мѣстности судебныхъ уставовъ. Гр. Касс. Рѣш. 1877 г. № 120.

²²⁾ Въ рѣшеніяхъ Правительствующаго Сената неоднократно уже было разъяснено, что ст. 401 и слѣд. ст. X ч. 2 (а по изданію 1876 г. 334—369), за отиѣною существовавшей въ прежнемъ гражд. судопр. теоріи формальныхъ доказательствъ необязательна для новыхъ судебныхъ установленій. 1867 г. № 445, 417, 229, 277, 382; 1838 г. № 153, 176, 208, 407; 1869 г. № 271; 1870 г. № 1452 и многіе др. Но причины устраненія свидѣтеля, кои перечислены во 2 ч. X т. но не вошли въ уст. гр. суд. могутъ быть принимаемы судомъ въ соображеніе при оцѣнкѣ даннаго показанія (ст. 411). Побѣдоносцевъ, Судебное Руководство, № 815.

Приложеніе дѣйствующаго закона о гражданскомъ процессѣ по мѣсту ¹⁾.

§ 8.

Принципъ территоріальности. Ограниченія его въ вопросѣ о прод. право- и дѣеспособности. Различіе воззрѣній по этому вопросу. Приложеніе принципа въ производствѣ по доказыванію. Толкованіе 464, 464 и 707 ст. устава гражд. судопр. Приложеніе принципа по отношенію къ совершенію отдѣльных процессуальныхъ дѣйствій, особенно по отношенію исполненія судебныхъ рѣшеній иностр. государствъ.

Гражданскій процессъ составляетъ часть государственнаго устройства и управленія. Данное государство въ своей внутренней политикѣ руководится своими мѣстными условіями, какихъ, можетъ быть, нѣтъ въ другихъ государствахъ. Вліяніе этихъ особенностей нерѣдко отражается на формахъ гражданского процесса. Признавая данныя формы процесса, какъ лучшія, государство не можетъ предоставить произволу частныхъ лицъ или случаю замѣнять ихъ процессуальными формами другихъ государствъ ²⁾, тѣмъ болѣе, что государство обязано гарантировать дѣйствительное исполненіе процессуальнаго закона, и въ этомъ случаѣ ему нерѣдко приходилось бы дѣйствовать противъ своей законодательной политики и принциповъ, которыхъ оно держится. Отсюда основнымъ принципомъ теоріи является положеніе, что гражданскій процессъ долженъ опредѣляться законами того государства, гдѣ онъ совершается, слѣд. долженъ прилагаться законъ по мѣсту совершенія процесса (*lex fori*) ³⁾; въ этомъ отношеніи въ гражданскомъ судопроиз-

¹⁾ Mittermaier, Archiv für die civil. Praxis Bd. XIII стр. 293—316 Bar, Das internationale Privat—und Strafrecht, стр. 417—503. Strauch, Zeitschrift für Handelsrecht Гольдшмита Bd. XIII стр. 1—34. Renaud, § 9, Endemann, § 14. Menger, §§ 12—14.

²⁾ Wetzell, l. c. § 43 n. 21.

³⁾ Mittermaier, l. c. стр. 293 и слѣд. Bar l. c. стр. 417. Wetzell, § 43 n. 20. Renaud, § 9 n. 1. Endemann Deutsche Civilprocessrecht

водствѣ должна быть равноправность подданныхъ и иностранцевъ⁴⁾. Въ интересахъ общечеловѣческаго гражданскаго оборота, государство, въ предѣлахъ своей территоріи, должно оказывать судебную защиту въ гражданскихъ спорахъ не только своихъ подданныхъ съ иностранцами, но и въ спорахъ иностранцевъ между собою; въ послѣднемъ случаѣ судебное производство должно совершаться также по законамъ того государства, гдѣ имѣетъ мѣсто данный судебный споръ⁵⁾.

Итакъ господствующимъ является принципъ территоріальности. Съ точки зрѣнія этого принципа рѣшается вопросъ, по какому закону опредѣлять, подлежитъ-ли данное отношеніе судебной защитѣ. Въ государствѣ не можетъ быть оказана судебная защита такому отношенію, которое не признается этимъ государствомъ за правовое, а тѣмъ болѣе если прямо запрещается⁶⁾. Съ другой стороны, если по мѣсту совершения процесса данное отношеніе пользуется судебной защитой, а по мѣсту, гдѣ оно фактически возникло, такой защитой оно не пользуется, въ такомъ случаѣ оно должно трактоваться не существующимъ; потому здѣсь не можетъ быть и рѣчи о коллизіи за-

§ 14. *Menger*, § 12 п. 3 и 5. Прямого выраженія этого принципа въ уставѣ гр. суд. нѣтъ, но косвенное указаніе на него мы находимъ въ 224 ст.

⁴⁾ Отступленія отъ принципа равноправности должны быть точно указаны въ законѣ. Таковы указанія ст. 225, 571 п. 5, 577, 578 уст. гр. суд.

⁵⁾ *Menger*, *System*. стр. 146 п. 34 *Endemann*, *Der deutsche Civilprocess*. Bd. I (1878) стр. 37, по новому германскому законодательству нѣмецкіе суды компетентны разсматривать споры иностранцевъ между собою, причемъ подсудность, самое производство и значеніе отдѣльныхъ процессуальныхъ дѣйствій опредѣляется одинаково, какъ и для подданныхъ, новымъ *Civ. Pr. Ordnung*. Что касается французскаго права, оно не оказываетъ судебной защиты въ спорахъ иностранцевъ между собою. *Félix*, (*Théorie du droit international privé*, № 151) такъ формулируетъ это ограниченіе: *Que deux étrangers, qui ont contracté, soit en France, soit à l'étranger, et dont ni l'un, ni l'autre n'a acquis un domicile en France ne peuvent se traduire l'un l'autre devant les tribunaux français*. Domicile en France, по французскому праву, является институтомъ государственными и кромѣ общихъ условій должно быть еще на domicile согласіе правительства. art. 13 *cod civ.*

⁶⁾ *Mittermaier*, l. c. стр. 306. *Martin*, *Vorlesungen*, § 11 стр. 100.

коновъ двухъ странъ⁷⁾. Далѣе, по законамъ государства, гдѣ совершается процессъ, должно опредѣлять данное правоотношеніе какъ гражданское, подлежащее разсмотрѣнію въ порядкѣ гражданского судопроизводства, или какъ уголовное или какъ административное⁸⁾. Равнымъ образомъ законами мѣста совершенія процесса должно опредѣлять подсудность и тотъ или другой порядокъ производства дѣла⁹⁾.

Но приложеніе принципа территоріальности терпитъ нѣкоторыя ограниченія, и въ производствѣ дѣла въ данномъ государствѣ должны браться во вниманіе законы иностранные, это именно въ случаяхъ, когда процессуальныя правила близко касаются вопросовъ матеріальнаго гражд. права, тѣсно связаны съ ними. Разсмотримъ наиболѣе выдающіеся случаи.

А. Процессуальная право-и дѣеспособность. По какому закону опредѣлять ее, по закону-ли государства, гдѣ совершается процессъ, или по закону государства, къ которому принадлежитъ тяжущійся иностранецъ? Въ литературѣ установилось мнѣніе, что процессуальная право-и дѣеспособность должна опредѣляться по тѣмъ законамъ, по которымъ опредѣляется матеріальная право-и дѣеспособность¹⁰⁾. Но затѣмъ, по какому закону опредѣлять эту послѣднюю, существуетъ большое разногласіе: одни¹¹⁾ говорятъ, что ее нужно опредѣлять по законамъ государства, гдѣ лице имѣетъ мѣстожительство, другіе¹²⁾, по законамъ государства, подданнымъ котораго состоитъ лице. Новѣйшее германское законодательство¹³⁾ по этому вопросу

7) Martin, тамъ же. Это главнымъ образомъ нужно сказать о случаяхъ, когда искъ предъявляется хотя въ государствѣ, признающемъ отношеніе, но субъектомъ иска является подданный государства, которое не признаетъ такого отношенія.

⁸⁾ Renard, § 9 п. 10.

⁹⁾ Mittermaier, стр. 302 и 303.

¹⁰⁾ Menger, l. c. стр. 140 п. 23.

¹¹⁾ Haup. Savigny, System Bd. VIII, стр. 131—141.

¹²⁾ Haup. Fölix, l. c. Bd. I стр. 51 и слѣд. сравн. Rosshirt, Archiv für d. civ. Praxis Bd. 46 стр. 311—334.

¹³⁾ Civil-Processordnung § 53: Ein Ausländer, welchem nach dem Rechte seiner Landes die Processfähigkeit mangelt, gilt als processfähig, wenn ihm

санкционировало принципъ международнаго права; именно — иностранецъ можетъ быть тяжущейся стороной въ данномъ государствѣ, лишь бы имѣлъ процессуальную право-и дѣеспособность по законамъ одного изъ государствъ — или того, къ которому онъ принадлежитъ, или того, въ которомъ производится его дѣло ¹⁴⁾). Этотъ принципъ является наиболее цѣлесообразнымъ, т. е. предоставляетъ большую возможность защитить свои права, гдѣ бы такая надобность въ судебной защитѣ ни оказалась, онъ является и наиболее справедливымъ: если по законамъ государства, къ которому иностранецъ принадлежитъ онъ процессуально дѣеспособенъ, то гдѣ основанія для другаго государства лишать его этого качества; съ другой стороны, если иностранецъ по законамъ своего государства процессуально не дѣеспособенъ, а по законамъ государства, гдѣ происходитъ процессъ обладаетъ этимъ качествомъ, то признаніе за нимъ этого качества оправдывается тѣмъ, что должно наблюдаться равенство относительно всѣхъ тяжущихся (подданныхъ и иностранцевъ), обратившихся къ судебной власти даннаго государства ¹⁵⁾). Главное возраженіе противъ принятія изложеннаго принципа заключается въ томъ, что иностранецъ можетъ въ судѣ другаго государства искать или отвѣчать о такихъ правахъ, въ которыхъ его правоспособность по законамъ его государства ограничена; но это возраженіе устраняется тѣмъ, что тогда вопросъ сводится къ матеріальной правоспособности, а этотъ вопросъ, какъ относящійся къ матеріальному, а не процессуальному праву, подлежитъ разсмотрѣнію на основаніи закона или по мѣсту постоянного мѣстожителства, или по мѣсту подданства. Далѣе, вопросъ можетъ-ли иностранецъ лично или чрезъ повѣреннаго защищать свои права на судѣ, долженъ рѣшиться по закону мѣста совершенія процесса;

nach dem Rechte des Processgerichts die Processfähigkeit zusteht.

¹⁴⁾ Endemann, Der deutsche Civilprocess. Bd. I стр. 318.

¹⁵⁾ Въ томъ-же смыслѣ высказывается Wetzell, System, § 12 n. 35.

потому же закону должна опредѣляться¹⁶⁾ процессуальное право и дѣеспособность повѣреннаго¹⁷⁾, и самое полномочіе на веденіе дѣла¹⁸⁾, также правоотношенія между тяжущейся стороной и ея повѣреннымъ въ русскомъ судѣ^{18a)}; судебное представительство есть чисто процессуальный институтъ и потому должно опредѣляться законами мѣста совершенія процесса; тѣмъ болѣе, что во всѣхъ европейскихъ государствахъ этотъ институтъ организованъ сообразно видамъ внутренней государственной политики.

Что касается *производства по доказыванію*¹⁹⁾, то, по

¹⁶⁾ Menger, стр. 142, 143.

¹⁷⁾ Такъ что всѣ требованія устава гражд. судопр. относительно лицъ, могущихъ быть представителями сторонъ на судѣ, должны быть прилагаемы и къ представителямъ иностранца, когда они будутъ тяжущейся стороной на судѣ русскомъ.

¹⁸⁾ Menger, стр. 143 п. 30. Форма полномочія или довѣренности на веденіе дѣла въ судѣ, если она совершена за границей, должна все-таки быть совершена по русскому закону при участіи представителя русскаго правительства (п. 16 прилож. къ ст. 2025 т. XI ч. 2). Сенатъ совершенно правильно призналъ (1868 № 355) неосновательнымъ возраженіе противъ довѣренности, данной за границей русскому присяжному повѣренному, на русскомъ языкѣ съ засвидѣтельствованіемъ ея русскимъ посольствомъ и рѣшительно отвергъ воззрѣніе палаты, требовавшей чтобы довѣренность была совершена по законамъ иностраннаго государства и въ этомъ смыслѣ засвидѣтельствована русскимъ посольствомъ. Но положимъ довѣренность была-бы сдѣлана на иностранномъ языкѣ, по иностраннымъ законамъ и засвидѣтельствована русскимъ посольствомъ, словомъ, подходила бы подъ ст. 464 уст. гр. суд. Ст. 465 даетъ основаніе только къ отступленію отъ *формы* совершенія довѣренности, но затѣмъ содержаніе довѣренности, объемъ полномочія, права и обязанности повѣреннаго, его дѣеспособность и т. д. все это должно обсуждаться на основаніи русскаго законодательства, въ виду соображеній, изложенныхъ въ текстѣ.

^{18a)} Даллокъ, истцей француз. подданной, была выдана француз. повѣренному Кампiani довѣренность; а онъ передовѣрилъ русскому повѣренному Козакову; въ довѣренности данной истцей, по фр. законамъ, не было специально упомянуто полномочіе приносить апелл. жалобы; при передовѣрѣи русскому повѣренному было предоставлено это полномочіе. Вопросъ могъ-ли Кампiani, на основаніи довѣренности Даллокъ, уполномочивать г. Козакова на подачу апелляции? — Этотъ вопросъ долженъ обсуждаться по француз. законамъ. Гр. Касс. Рѣш. 1876 г. 303.

¹⁹⁾ О коллизіи законовъ, относящихся къ доказательствамъ см. Ваг,

общему правилу, оно должно опредѣляться законами государства, гдѣ совершается процессъ²⁰⁾). Но здѣсь нужно выдѣлять всѣ тѣ вопросы, которые тѣсно связаны съ матеріальнымъ правоотношеніемъ, подвергшемся спору, и прежде всего нужно имѣть въ виду, что акты укрѣпленія правъ опредѣляются законами по мѣсту возникновенія правоотношенія. Отсюда, если акты укрѣпленія являются доказательными средствами, то они должны обсуждаться по закону, по которому они были совершены²¹⁾, и если, по этому закону, данный способъ укрѣпленія напр. такой-то актъ, является на столько существенной принадлежностью самаго правоотношенія, что безъ него оно недействительно, то иначе и не можетъ быть констатировано существованіе этого правоотношенія, какъ такимъ именно актомъ²²⁾).

1. с. стр. 452—456; Fölix, l. c. Bd. I № 223; Horack, в Zeitschrift für österr. Rechtsgelehrsamkeit Bd. II стр. 289 и слѣд.

²⁰⁾ См. напр. Menger, l. c. стр. 151.

²¹⁾ *Locus regit actum* — это положеніе, можно сказать, общепризнано. Напр. Wächter, в Archiv für die civ. Praxis Bd. XXV стр. 405 и слѣд. Savigny, System Bd. VIII стр. 348; Förster, Theorie und Praxis des preussischen Privatrechts Bd. I стр. 55 n. 27 и слѣд.

²²⁾ По этому поводу Menger (l. c. стр. 151 примѣч. 2) говоритъ: «Bei dem Entscheidung der Frage, ob für den Beweis der Thatsachen im Allgemeinen die *lex fori* oder die *Lex loci* zu gelten hat, müssen die Förmlichkeiten, welche eine Bedingung der materiellrechtlichen Giltigkeit und jene die eine Bedingung der processualischen Erweisbarkeit eines Rechtsgeschäftes sind, genau unterschieden werden; die erste Gruppe kann man als *solennitätsförmlichkeiten*, die zweite als *Beweisförmlichkeiten* bezeichnen. Актъ долженъ обсуждаться по закону, гдѣ онъ совершенъ — только относительно *Solennitätsförmlichkeit*, относительно *Beweisförmlichkeiten* должно прилагать *lex fori*, т. е. законъ по мѣсту совершенія процесса. Въ другомъ мѣстѣ (стр. 162 n. 2) Menger по тому же вопросу приводитъ въ примѣръ *Solennitätsförmlichkeiten* формальности духовнаго завѣщанія; онъ должны обсуждаться по *lex loci*. Нерѣдко возникаетъ сомнѣніе: законъ, устанавливая данное требованіе относительно акта, считаетъ-ли это требованіе какъ *Solennitäts* или только какъ *Beweisförmlichkeit*. Напр. art. 1325 *code civil* опредѣляетъ, что акты объ обоюдныхъ договорахъ недействительны, если число экземпляровъ этихъ актовъ несоотвѣтствуетъ числу контрагентовъ, имѣющихъ различный интересъ въ договорѣ, и если, кромѣ того, число экземпляровъ точно не упомянуто въ документѣ. Несоблюденіе требо-

хотя бы по законамъ государства, гдѣ производится дѣло, актъ не составлялъ такой существенной принадлежности и безъ него можно бы констатировать правоотношеніе ²³⁾. Когда же рѣчь

ваній закона о числѣ экземпляровъ и объ указаніи ихъ въ документѣ дѣлаетъ недѣйствительнымъ только актъ, а не самый договоръ». Вообще нужно признать, говорить Менгеръ, что если законодатель за несоблюденіе данныхъ формальностей устанавливаетъ недѣйствительность только акта, а не договора, то эти формальности относятся только къ доказыванію договора. И слѣд. въ нашемъ вопросѣ эти формальности подлежатъ обсужденію по закону мѣста совершенія процесса.

²³⁾ Можетъ быть и такой случай: по мѣсту веденія процесса данная юрид. воля должна быть облечена непременно въ форму письменнаго акта, а въ томъ государствѣ, гдѣ эта воля выражена, можно обойтись и безъ письменной формы. Согласно теоріи судья не долженъ отрицать въ данномъ случаѣ дѣйствительность воли только по одному тому, что она не облечена въ письменную форму, должно быть допущено доказываніе ея. Наша касс. практика въ данномъ случаѣ устанавливаетъ различіе субъекта юридической воли — русскій онъ подданный или иностранецъ; если русскій подданный, находясь въ иностранномъ государствѣ выражаетъ данную юридическую волю, согласно законамъ этого государства, не въ письменной формѣ, а между тѣмъ по русскимъ законамъ эта воля для дѣйствительности своей должна была быть выражена письменно, то, въ случаѣ иска относительно этой воли въ русскомъ судѣ, она должна быть признана недѣйствительной. «Обсужденію сената подлежалъ вопросъ о томъ: можетъ-ли быть принято судомъ къ утвержденію словесное завѣщаніе русскаго подданнаго, составленное имъ заграницею, въ томъ случаѣ, когда по законамъ той страны, гдѣ завѣщаніе составлено, словесныя завѣщанія признаются дѣйствительными. На основаніи ст. 1077 т. X ч. 1 російскій подданный заграницею можетъ совершить домашнее духовное завѣщаніе по обряду той страны, гдѣ оно будетъ писано съ надлежащей явкой онаго при російской миссіи или консульствѣ. Буквальное содержаніе приведенной ст. показываетъ, что русскій законъ не дѣлаетъ для русскихъ подданныхъ, находящихся внѣ предѣловъ имперіи, исключенія изъ того общаго правила, по которому составленные въ Россіи словесныя завѣщанія никакой силы не имѣютъ (ст. 1023 т. X. ч. I) и признаетъ дѣйствительными лишь тѣ завѣщанія русскихъ подданныхъ находящихся заграницею, составленные по обряду той страны, гдѣ завѣщаніе написано, которыми совершены завѣщателемъ въ письменной формѣ, ибо, требуя въ послѣднемъ случаѣ явки уже написаннаго завѣщанія въ російской миссіи или консульствѣ, законъ тѣмъ самымъ исключаетъ возможность составленія русскими подданными заграницею словеснаго завѣщанія и такимъ образомъ не признаетъ его дѣйствительнымъ въ Россіи, хотя-бы словесныя завѣщанія, при соблюденіи извѣстныхъ формальностей, и допускались законами иностраннаго государства. Такому заключенію не противорѣчатъ ст. 916 т. X ч. I и 464 уст. гражд. суд.

идеть вообще только о доказательных средствах, кроме актов укрѣпленія, то пользованіе ими должно опредѣляться законами по мѣсту совершенія процесса ²⁴⁾; далѣе, опредѣленіе обязанности доказыванія ²⁵⁾, значеніе презумцій ²⁶⁾, все это должно опредѣляться по законамъ государства, въ которомъ производится процессъ.

По русскому законодательству въ производствѣ по доказыванію сторонами могутъ быть представляемы акты, совершенные въ иностранномъ государствѣ, по существующимъ тамъ законамъ (ст. 464 уст. гр. суд.), причѣмъ должно быть удостовереніе русскаго посольства, что акты дѣйствительно составлены по законамъ того государства (ст. 465). Законъ говоритъ вообще объ актахъ ²⁷⁾ совершенныхъ въ иностранномъ

Онѣ имѣютъ лишь процессуальное значеніе, опредѣляя вообще доказательную силу письменныхъ актовъ, составленныхъ въ иностранныхъ государствахъ по тамошнему обычаю и по существующимъ тамъ законамъ, когда такіе акты представляются какъ доказательство по тяжбынымъ или исковымъ дѣламъ, а поэтому не могутъ имѣть примѣненіе въ тѣхъ случаяхъ, когда вопросъ идетъ о дѣйствительности такого акта, который для того, чтобы получить законную силу, долженъ быть предварительно представленъ къ утвержденію въ судъ. На этомъ основаніи ст. 918 не касается вовсе духовныхъ завѣщаній, составленныхъ русскими подданными за границею, относительно совершенія и силы которыхъ постановлены особые правила въ ст. 1077 и 1078 т. X. ч. I, какъ это именно и указано въ примѣчаніи къ означенной 916 ст. 1875 г. № 749.

²⁴⁾ Такимъ образомъ можно пользоваться всеми доказательными средствами, какія допускаются законами мѣста совершенія процесса, хотя бы нѣкоторые изъ нихъ и не допускались законами государства, къ которому принадлежитъ тяжущійся иностранецъ. *Seuffert, Archiv B. XIII n. 182. Savigny, System. B. VIII стр. 279.*

²⁵⁾ *Renard § 9 n. 5, Menges стр. 154 n. 6.*

²⁶⁾ Это нужно сказать какъ относительно простыхъ, такъ и законныхъ презумцій; они никогда не имѣняютъ фактическихъ основаній правоотношенія, но только форму доказыванія его; сторона можетъ по своему усмотрѣнію доказывать выето факта, создающаго презумцію объ юридич. извѣстности даннаго обстоятельства, другіе факты, ведущіе къ тому же. Относясь, такимъ образомъ, къ формѣ доказыванія на судъ, онѣ должны обсуждаться по законамъ государства, гдѣ производится процессъ.

²⁷⁾ Сенатъ разъяснилъ, что «подъ словомъ акты законы наши разумѣваютъ всякій письменный документъ, свидѣтельствующій о существованіи

государствѣ, не различая актовъ укрѣпленія, официальныхъ документовъ, частныхъ и др. письменныхъ доказательствъ²⁸⁾; значитъ, въ этомъ случаѣ опредѣленіе его согласно съ теоретическими положеніями; важнымъ формальнымъ условіемъ законъ ставитъ удостовѣреніе²⁹⁾ русскаго посольства, что актъ составленъ согласно иностранному закону. Какую же силу иностранный актъ можетъ имѣть въ русскомъ судѣ? «*Акты, совершенные за границею, обсуждаются на основаніи законовъ того государства, въ предѣлахъ коего они совершены*» (ст.

извѣстнаго права. Такимъ образомъ письменные документы, служащіе къ удостовѣренію правъ, раздѣляются по нашимъ законамъ на три главные рода: акты укрѣпленія имуществъ—крѣпостные, явочные и домашніе, акты состоянія и акты присутственныхъ мѣстъ». Что же касается актовъ упоминаемыхъ въ ст. 464 и 465 уст. гр. суд., то объясненіе, что здѣсь нужно разумѣть только акты укрѣпленія правъ на имущество, сенатъ призналъ неправильнымъ, но въ томъ же рѣшеніи (на слѣдующей страницѣ 764) говорить, что означенныя статьи «по преимуществу имѣютъ въ виду акты, коимъ укрѣпляются имущественныя права». Сенатъ мотивируетъ это мнѣніе тѣмъ мѣстомъ, какое эти статьи занимаютъ въ уставѣ гр. суд. и тѣмъ, что въ этихъ ст. устава употребляется слово *совершеніе* акта. «Подъ словомъ совершеніе акта наше законодательство разумѣетъ засвидѣтельствованіе гражданской сдѣлки, укрѣпляющей извѣстныя права установленною общественною властью; акты же присутственныхъ мѣстъ не совершаются, а *составляются*, выдаются, постановляются». Гр. Кас. Рѣш. 1868 г. № 355. Но во 1-хъ, что касается мѣста, занимаемаго ст. 464 и 465 въ ряду другихъ статей устава, то онѣ помѣщены во II отд. подъ общей рубрикой *письменныхъ доказательствъ*, къ которымъ, по ст. 438, относятся не одни акты крѣпостные, явочные и домашніе, но и всякія другія бумаги; далѣе, по ст. 456 *ни одинъ изъ письменныхъ актовъ, представленныхъ въ судъ, не можетъ быть отвергнутъ безъ разсмотрѣнія*, затѣмъ заключительная статья (478) тоже говорить *вообще объ актахъ*, представленныхъ въ судъ; слѣд. мѣсто, занимаемое статьями 464 и 465 даетъ основаніе скорѣе толковать заключающееся въ нихъ слово *актъ* въ томъ смыслѣ, какъ сенатъ толкуетъ въ приведенныхъ въ началѣ его соображеніяхъ. Второй аргументъ — употребляемое въ ст. слово *совершеніе*, а не *составленіе* актовъ; но въ ст. 465 какъ-разъ употреблено слово *составленіе*. Итакъ, по нашему мнѣнію слову *актъ* (ст. 464, 465) нѣтъ основанія придавать ограничительный смыслъ.

²⁸⁾ Сюда нужно отнести и торговые книги; онѣ также обсуждаются по законамъ того государства, гдѣ были ведены *Se u f e r t Archiv*, Bd. I n. 132.

²⁹⁾ Кассационной практикой разъяснено: 1° Судъ можетъ «обсуждать это удостовѣреніе по внутреннему его содержанію и признавать его

707 уст. гражд. суд.). Прежде всего ст. 464 дает основаніе заключать, что обсуждать по иностранному закону нужно *обряды совершенія актов*³⁰⁾, что правильность и законность акта должна опредѣляться не съ точки зрѣнія требованій русскаго закона о формальностяхъ совершенія акта, но съ точки зрѣнія требо-

имѣющимъ то значеніе, которое консульство должно было придавать акту, совершенному въ иностранномъ государствѣ, по смыслу 465 ст. уст. гражданскаго судопроизводства, тѣмъ болѣе что и само консульство, если бы актъ былъ составленъ въ противность законамъ того государства, никакого бы удостовѣренія на ономъ не сдѣлало, зная законъ, въ силу котораго удостовѣреніе требовалось. Фактическія обстоятельства дѣла были таковы: въ подтвержденіе иска была представлена копія съ постановленія газоваго общества; постановленіе состоялось въ Лондонѣ; копія была за подписью секретаря правленія. На этой копіи (вмѣсто удостовѣренія русскаго консульства) имѣется удостовѣреніе публичнаго нотаріуса гор. Лондона въ томъ, что подпись дѣйствительно сдѣлана секретаремъ общества и что всемъ актамъ такъ подписаннымъ и выданнымъ должно быть дано полное довѣріе въ присутственныхъ мѣстахъ и внѣ оныхъ. Затѣмъ, сдѣлано удостовѣреніе русскаго консульства въ дѣйствительности подписи нотаріуса и въ томъ, что официальные акты публичнаго нотаріуса пользуются въ Англіи полной силой. Гражд. Касс. Рѣш. 1870 г. № 1780.

2°) «При отсутствіи удостовѣренія посольства, что актъ совершенъ по законамъ иностр. государства, нельзя самый актъ считать недѣйствительнымъ». По мысли сената, такой актъ безъ посольскаго удостовѣренія, по силѣ и значенію нужно опредѣлять, согласно 458 ст. уст. гражд. суд., «если только выраженная въ актѣ сдѣлка по нашимъ законамъ можетъ быть доказываема актами домашними». Гражд. Касс. Рѣш. 1874 г. № 837.

3°) Когда споръ между сторонами идетъ не объ актѣ (иностранномъ), какъ доказательномъ средствѣ, но о содержаніи его, т. е. уже о вопросахъ матеріальнаго права, напр. было ли въ данномъ случаѣ заемное обязательство или залогъ, въ такомъ случаѣ отсутствіе удостовѣренія посольства является существеннымъ недостаткомъ акта. Гр. Касс. Рѣш. 1873 г. № 627.

4°) «На основаніи 914 ст. X т. I ч. и примѣч. I (прод. 1869 г.) акты выдаваемые русскими подданными за границею, утверждаются скрѣпою и печатью русскіхъ консуловъ. Такая скрѣпа, по смыслу ст. 2 и 16 консул. устава (т. XI ч. 2 уст. торг. ст. 2025 прил. по прод. 1863 г.) удостовѣряетъ законность актовъ, совершенныхъ въ округѣ консула русскими подданными, а по ст. 464 и 465 уст. гражд. суд. удостовѣреніе россійскаго посольства признается достаточнымъ для признанія акта дѣйствительнымъ и законнымъ». Гр. Касс. Рѣш. 1877 г. № 106.

³⁰⁾ Обсуждается обрядъ совершенія иностраннаго акта и доказательная его сила. Нужно еще отличать обсужденіе *содержаній* иностр. акта, т. е. правоотношеній, которыя оформлены въ этомъ актѣ. Послѣдняго рода обсуж-

ваній иностраннаго закона, по которому актъ совершался; актъ, совершенный согласно требованіямъ этого закона, хотя бы и не согласенъ былъ съ русскимъ закономъ, все-таки будетъ законнымъ актомъ. Такимъ образомъ, русскій судъ, если долженъ признать иностранный актъ законнымъ, то это значить только то, что въ глазахъ суда актъ *совершенъ* согласно иностранному закону. Но, очевидно, это далеко не значить, чтобы уставъ обязывалъ судъ обсуждать по иностранному закону доказательную силу иностраннаго акта³¹⁾. Обсужденіе иностраннаго документа со стороны его доказательной силы и юридическихъ послѣдствій должно основываться на русскомъ законодательствѣ; слѣд. нужно руководствоваться тѣми принципами, какіе установлены русскимъ законодательствомъ для оцѣнки доказательной силы письменныхъ документовъ—потаріальныхъ, явочныхъ, вообще официальныхъ и домашнихъ или вообще частныхъ³²⁾.

Принципъ, что гражд. процессъ опредѣляется законами того государства, гдѣ онъ совершается, имѣетъ приложеніе и въ томъ случаѣ, когда нѣкоторые отдѣльные процессуальныя

деніе, какъ и обсужденіе обряда совершенія акта, должно основываться на тѣхъ законахъ, по которымъ онъ совершенъ. Здѣсь уставъ гражд. суд. (ст. 707) ставитъ одно только ограниченіе — актъ признается не дѣйствительнымъ, неимѣющимъ въ русскомъ судѣ никакого значенія, если содержаніе его таково, что «противно общественному порядку и воспрещается законами Имперіи».

³¹⁾ Согласно изложенному въ текстѣ нужно понимать и ст. 709 уст. гражд. судопр., т. е. что она имѣетъ въ виду затрудненія, возникающія при разсмотрѣніи требованій иностраннаго закона о формальностяхъ совершенія акта иностраннаго, но не при оцѣнкѣ доказательной его силы. Замѣтимъ, что въ случаѣ затрудненія, о которомъ говоритъ ст. 709, *суду предоставляется*, онъ *можетъ* просить мин. иностр. дѣлъ войти въ сношеніе съ подлежащимъ иностр. правительствомъ о доставленіи заключенія по возникшему вопросу. Но если у суда есть подъ рукою всѣ нужныя данныя для обсужденія вопроса по иностранному закону, тогда ему нѣтъ надобности обращаться къ мин. иностр. дѣлъ за разъясненіемъ.

³²⁾ Сравни. *Me n g e r*, стр. 157, 158 п. 16; также Гр. Касс Рѣш. 1874 г. № 837.

дѣйствія приходится совершать въ иностранномъ государствѣ³³⁾. Эти отдѣльныя дѣйствія должны быть совершаемы по закону того государства, гдѣ приходится ихъ производить. Такимъ образомъ по закону того государства, гдѣ нужно совершить данное отдѣльное процессуальное дѣйствіе, рѣшается вопросъ, допускается-ли въ гражд. процессѣ этого государства данное дѣйствіе; если не допускается, оно не можетъ быть и совершено; если допускается, должно быть совершаемо по формѣ, установленной законами сего государства³⁴⁾. По совершеніи, оно входитъ какъ часть въ производящійся процессъ и получаетъ значеніе сообразно *lex fori*.

Наиболѣе важнымъ процессуальнымъ дѣйствіемъ, какое иногда приходится совершать въ другомъ государствѣ, является исполненіе *судебнаго рѣшенія*³⁵⁾. Можно считать обще-

³³⁾ Принципъ территоріальности не исключаетъ однако возможности, что процессъ гражд., совершаемый въ одномъ государствѣ, можетъ имѣть значеніе для процесса въ другомъ государствѣ. Такъ, если истецъ къ данному отвѣтчику предъявилъ искъ за границей, затѣмъ предъявляетъ къ нему искъ въ отечествѣ, то такой отвѣтчикъ можетъ предъявить отводъ по 2 п. ст. 571 уст. гр. суд., что дѣло производится въ *другомъ судѣ* по тому же предмету между тѣми же лицами. См. Menger, § 14 п. 1. Французская практика по этому вопросу колеблется, но болѣе склоняется въ пользу того мнѣнія, что производство дѣла въ иностранномъ государствѣ можетъ служить основаніемъ отвода de Litispendence. Folix Bd. I п. 182 и 183. Англійская и Сѣверо-американская практика неблагоприятно относится къ этому отводу и предоставляетъ возобновить дѣло въ своихъ судахъ, по крайней мѣрѣ когда *обѣ* тяжущіяся стороны принадлежатъ къ тому или другому государству. Wharton § 784.

³⁴⁾ Renand, § 9 п. 12. Menger, § 14 п. 10. Сравн. Bar, I. с. 457 и 458 стр.

³⁵⁾ Mittermaier, Von der Vollstreckung eines von einem ausländischen Gerichte gefällten Urtheils, въ Archiv für die civ. Praxis Bd. XIV стр. 84 и слѣд. Asser, De l'effet, ou de l'exécution des jugements rendus à l'étranger, въ Revue de droit international. B. I стр. 82 и слѣд. V, XXVI и XXX. Brochet, тамъ же B. V стр. 403—417. Объ исполненіи иностранныхъ рѣшеній — въ Англіи см. Alexander (въ Journal du droit international privé. XI, XII); — въ Швейцаріи — D'Oliversona (тамъ же); — въ Греціи — Saripolos (тамъ же).

принятымъ мнѣніе, что судебное рѣшеніе одного государства можетъ подлежать исполненію въ другомъ государствѣ³⁶⁾. Нѣкоторыя особенности представляются относительно условій, при которыхъ можетъ имѣть мѣсто исполненіе рѣшенія иностраннаго суда. Въ теоріи и положительныхъ законодательствахъ существеннымъ условіемъ исполнимости судебного рѣшенія въ иностранномъ государствѣ служить *взаимность* (*reciprocität*) исполненія³⁷⁾ рѣшеній, иначе говоря—государство допускаетъ на своей территоріи исполненіе рѣшенія судовъ другаго государства въ томъ только случаѣ, когда это другое государство само несетъ такую же обязанность по отношенію рѣшеній перваго государства³⁸⁾. Другимъ существеннымъ условіемъ,

³⁶⁾ Французское право: art. 516 du cod. de la proc. civ. Le jugements rendus par les tribunaux étrangers, et les actes recus par les officiers étrangers, ne seront susceptibles d'exécution en France, que de la manière et dans les cas prévus par les articles 2123 et 2128 du code civil. Art 2123 говоритъ, что рѣшеніе иностраннаго суда можетъ имѣть юридическія послѣдствія во Франціи, насколько оно признано французскими судами, подлежащимъ исполненію. Art 2128: contrats passés en pays étranger ne peuvent donner d'hypothèque sur les biens de France. Эти постановленія прилагаются, если нѣтъ противнаго въ политическихъ законахъ или трактатахъ съ иностр. государствами. Германское право; Civil Proc. Ord. § 660—Aus dem Urtheile eines ausländischen Gerichte findet die Zwangsvollstreckung nur statt, wenn ihre Zulässigkeit durch ein Vollstreckungsurtheil ausgesprochen ist.

Тоже начало признается и австрійскимъ правомъ см. M e n g e r, стр. 173 и 174.

³⁷⁾ Другія условія нельзя считать общепринятыми; такъ, требованіе, чтобы рѣшеніе иностраннаго суда вошло въ законную, признано civ. Pr. ordn. § 661 п. 1; австр. зак. Hofd. 15 febr. 1805. № 711; таково-же требованіе, чтобы рѣшеніе иностраннаго суда было постановлено *компетентнымъ* судомъ. О подробностяхъ см. M e n g e r, стр. 177 п. 20 и слѣд.

³⁸⁾ По новому германскому праву требуется такая взаимность. civ. Pr. Ord. § 661 п. 5. По R a c h e l't'y (civil Proc. Ord. Bd II стр. 498) взаимность должна быть признаваема не только когда она опредѣлена трактатами, но и на основаніи установившейся практики. S i e b e n h a a g (Kommentar zur d. c. P. Ord. стр. 625) въ виду установившейся въ европейскихъ государствахъ практики взаимнаго исполненія рѣшеній считаетъ излишнимъ это постановленіе новаго закона, ведущимъ только къ недоразумѣніямъ. Французское право о взаимности ничего не говоритъ. Австрійское ставитъ взаимность существеннымъ условіемъ, M e n g e r, стр. 174 п. 15.

общепринятымъ въ европейскихъ законодательствахъ служить *разрѣшеніе* на исполненіе иностраннаго рѣшенія со стороны суда того государства, гдѣ такое исполненіе должно имѣть мѣсто³⁹⁾).

Въ русскомъ законодательствѣ также признается обязанность исполнять рѣшенія иностранныхъ судовъ, но не выражено, чтобы начало взаимности было необходимымъ условіемъ для исполненія такихъ рѣшеній; нельзя также утверждать, чтобы исполненіе допускалось только по отношенію рѣшеній такихъ государствъ, съ которыми Россіей заключены объ этомъ трактаты⁴⁰⁾. Уставъ не допускаетъ исполненія 1) такихъ только иностранныхъ рѣшеній, предметомъ коихъ были иски о правахъ собственности на недвижимыя имуществъ, находящіяся въ

³⁹⁾ Кѣмпетенція суда разрѣшающаго исполненіе иностраннаго рѣшенія неодинаково опредѣляется положит. законодательствами. Civ Pr. Ordn § 661: Das Vollstreckungsurtheil ist ohne Prüfung der Gesetzmässigkeit der Entscheidung zu erlassen.

Слова фр. *cod. civil.* что иностранныя рѣшенія приводятся во Франціи въ исполненіе *autant qu'ils sont été déclarés exécutoires par un tribunal français* (art. 2123 n. 5), — французскими учеными объясняется различно. Литературу см. у *Sarré-Chauveau*. *Lois de la proc. civ. t. IV* стр. 503 и слѣд. также t. VII 576—578. *Sarré-Chauveau* высказываетъ въ томъ смыслѣ, что фр. суды должны обсуждать рѣшенія иностр. судовъ, подлежащихъ исполненію во Франціи, не только съ точки зрѣнія публичнаго права, но и въ интересахъ сторонъ, значить требуетъ повѣрки и разсмотрѣнія дѣла вновь.

⁴⁰⁾ По разъясненію сената «Въ 1273 ст. вовсе не выражено, чтобы въ предѣлахъ Россіи могли подлежать исполненію рѣшенія судебныхъ мѣстъ тѣхъ только государствъ, съ которыми заключены по этому предмету трактаты и договоры. Эта статья не устанавливаетъ никакого ограниченія относительно исполненія рѣшеній суд. мѣстъ какихъ либо государствъ». «Буквальный смыслъ статьи указываетъ, что она касается именно порядка исполненія рѣшеній иностранныхъ судовъ и въ этомъ именно отношеніи упоминается о трактатахъ и договорахъ». Въ подтвержденіе приводятся журналы госуд. совѣта по проектамъ уст. гражд. судопр. Такиаъ образомъ, по мысли законодателя въ уст. гр. суд. не выражено никакого ограниченія относительно исполненія въ Россіи рѣшеній суд. мѣстъ какихъ либо иностранныхъ госуд. «Всѣдствие сего исполненіе въ Россіи рѣшенія иностраннаго суда на основаніи 1274 ст. и слѣд. можетъ быть допущено совершенно независимо отъ того, въ какомъ государствѣ постановлено рѣшеніе, есть-ли трактаты,

Россіи (ст. 1281), затѣмъ 2) рѣшеній, въ коихъ заключаются распоряженія противныя общественному порядку или не допускаются законами Имперіи. Уставъ (ст. 1279) обязываетъ судъ, въ который поступило прошеніе объ исполненіи рѣшенія иностр. суда, опредѣлить нѣтъ-ли въ рѣшеніи такихъ распоряженій⁴¹⁾. Если окажутся, то, понятно, такое рѣшеніе недопускается къ исполненію. Но есть много частно-правныхъ отношеній, которыя не допускаются законами Имперіи, но допускаются другими государствами; распоряженія иностраннаго рѣшенія, касающіяся такихъ отношеній, могутъ приводиться въ исполненіе въ Россіи, только когда субъектами спора были подданныя того государства, живущіе въ Россіи. Кромѣ вышеуказанныхъ, другихъ ограниченій для исполненія въ Россіи рѣшеній иностр. судовъ, въ уставѣ нѣтъ. Указанъ только порядокъ, въ какомъ должно испрашиваться и состояться судебное разрѣшеніе на приведеніе иностраннаго рѣшенія въ исполненіе (ст. 1274 и слѣд.). А затѣмъ рѣшеніе приводится въ исполненіе по общимъ правиламъ (ст. 1280). По общему же порядку при исполненіи рѣшенія взысканіе можетъ быть обращено и на недвижимое имѣніе отвѣтника, находящееся въ Россіи. Такимъ образомъ косвенно рѣшеніе иностр. суда можетъ измѣнять отношенія собственника къ недвижимому имуществу, находящемуся въ предѣлахъ Россіи.

разрѣшающіе исполненіе рѣшеній судовъ этого государства въ Россіи, допускается-ли въ этомъ государствѣ исполненіе рѣшеній русскихъ суд. мѣстъ, и поставлено въ зависимость отъ совершенно иныхъ условий (1274, 1276, 1279 и 1281). Гражд. Касс. Рѣш. 1873 г. № 1711.

⁴¹⁾ 1° Въ обсужденіе *существа спора*, разрѣшеннаго судами иностранными, русскіе суды не должны входить (ст. 1279). «Тѣмъ менѣе могутъ подлежать обсужденію суд. мѣстъ Россіи такіе споры, которые не только разрѣшены судами иностранными, но по которымъ самыя рѣшенія приведены сими судами уже въ исполненіе» Гр. Касс. Рѣш. 1875 г. № 1078.

2° Ст. 1274 говоритъ объ исполненіи рѣшенія *судебныхъ мѣстъ* — все равно постоянныхъ или временныхъ, лишь-бы они возникли въ законномъ порядкѣ. Гр. Касс. Рѣш. 1873 г. № 1711.

Приложеніе судовъ законовъ о гражданскомъ процессѣ по содержанію.

§ 9.

Различіе содержанія процессуальныхъ законовъ по значенію ихъ въ производствѣ дѣлъ. Законы абсолютные и диспозитивные.

Приложеніе дѣйствующихъ законовъ обязательно для суда при производствѣ и рѣшеніи гражданскихъ дѣлъ¹⁾. Ученіе о приложеніи судовъ законовъ по ихъ содержанію обнимаетъ вопросы: а) о *значеніи* примѣненія подлежащихъ статей проц. закона при производствѣ и рѣшеніи каждаго даннаго дѣла и б) о *толкованіи* примѣняемаго закона.

Значеніе закона о гражданскомъ процессѣ въ приложеніи судовъ, при производствѣ и рѣшеніи даннаго дѣла различно: однѣ статьи закона предписываютъ такіа процессуальныя дѣйствія и формы, которыя являются существенными въ процессѣ, составляютъ абсолютно необходимую его принадлежность или заключаютъ столь же абсолютныя запрещенія (*leges cogentes*), другія не представляютъ такого абсолютнаго

¹⁾ Въ русской литературѣ (Юрид. Вѣстникъ, 1880 г. № 11 статьи проф. Муромцева) стали появляться весьма крайнія воззрѣнія по вопросу объ отношеніи гражд. суда къ закону. Идеаломъ ставится «самостоятельное» отношеніе суда къ закону, такое, при которомъ «только та норма выразитъ истинное направленіе правосудія, которая свѣрнется (?) съ каждымъ новымъ приговоромъ и видоизмѣняется (?) сообразно съ нимъ». Стремленіе къ индивидуализму подрываетъ обязательное значеніе юридическихъ нормъ и приближаетъ гражданскій судъ къ тому типу, главнымъ представителемъ котораго является судъ присяжныхъ». (Стр. 388). «Судъ присяжныхъ есть идеаль, къ которому рано или поздно приблизится и гражданскій судъ». Въ сущности воззрѣніе г. Муромцева сводится къ отрицанію обязательности закона для суда при производствѣ и рѣшеніи гражданскихъ дѣлъ. Мы считаемъ болѣе удобнымъ рассмотреть воззрѣніе г. Муромцева отдѣльно, въ свое время. Здѣсь же только констатируемъ фактъ появленія въ русской юридической литературѣ воззрѣній, идущихъ въ совершенный разрывъ съ тѣмъ основаніемъ правового порядка, которое выработано исторіей народовъ и наукой права и котораго держатся всѣ цивилизованные народы.

значенія. Сюда относятся статьи, въ коихъ извѣстныя процессуальныя дѣйствія поставлены въ зависимость отъ усмотрѣнія суда или тяжущихся сторонъ. Отсюда, точно примѣненіе въ процессѣ перваго рода постановленій является настолько необходимымъ, что нарушеніе ихъ влечетъ недействительность самыхъ процессуальныхъ дѣйствій; отступленія въ примѣненіи втораго рода постановленій не сопровождаются непременно такими послѣдствіями. Въ уставѣ гражд. судопроизв. не указано, нарушеніе какихъ именно статей должно влечь за собою недействительность процессуальныхъ дѣйствій²⁾). Опредѣленіе существенности данныхъ процессуальныхъ дѣйствій и нормъ, регулирующихъ эти дѣйствія, принадлежитъ суду, производящему дѣло, провѣряется высшей инстанціей и, главнымъ образомъ, кассационнымъ судомъ. Критерій для сужденія о существенности приложенія тѣхъ или другихъ статей устава гражд. судопр. указывается вскользь во 2 п. 793 ст., именно, что въ рѣшеніи этого вопроса нужно исходить изъ понятія о судебномъ рѣшеніи—это значитъ нужно исходить изъ понятія о задачѣ гражданскаго правосудія. Этой задачей, этимъ интере-

²⁾ Французское законодательство перѣдко предписанія свои о томъ или другомъ процессуальномъ дѣйствіи сопровождаетъ оговоркой, что нарушеніе ихъ должно влечь уничтоженіе самыхъ дѣйствій (*à peine de la nullité*). Но ученые и судебная практика пришли къ убѣжденію, что перечисленіе случаевъ *nullité*; какое даетъ кодексъ, не обвиняетъ всѣхъ существенныхъ нарушенийъ проц. закона, и что вообще не целесообразно такое перечисленіе въ законѣ. См. споръ поэтому вопросу *Toullier, Droit civil. T. 7 стр. 626* и слѣд. *Merlin Quest. du droit. Nullité § 1* и слѣд.

Въ новѣйшее время von Bülow въ статьѣ—*Dispositives Civilprocesrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung* (*Archiv für die civilst. Pr. 1881 I.*), дѣлая подробный научный анализъ процессуальныхъ законовъ, на основаніи природы процессуальныхъ отношеній различаетъ абсолютное процессуальное право и диспозитное. Причемъ преобладающій характеръ этихъ нормъ, по его мнѣнію, долженъ быть *диспозитивный*. Но, понятно, Bülow энергически возстаетъ не только противъ мысли о томъ «самостоятельномъ», «активномъ» отношеніи суда къ закону, какое проповѣдуетъ г. Муромцевъ, но даже противъ неудачныхъ выраженій, которые могутъ подать поводъ думать о безсиліи закона.

сомъ, который преслѣдуется въ гражд. процессѣ государствомъ и тяжущимися сторонами, опредѣляются существенныя части процесса³⁾ (см. выше § 1).

Приложеніе законовъ о гражданскомъ процессѣ по содержанию. Толкованіе⁴⁾.

(Продолженіе).

§ 10.

Исслѣдованіе воли закона. Пріемъ исслѣдованія: грамматическое толкованіе и систематическое. Законъ, какъ источникъ систематическаго толкованія. Результаты такого толкованія. Пріемы истолкованія и примѣненія законовъ, заключающихъ въ себѣ противорѣчія, кажущіяся и дѣйствительныя.

Примѣненіе законовъ судомъ необходимо требуетъ знанія законовъ. Знать законъ—значить не только знать буквѣ закона, но, главнымъ образомъ, *волю закона* (*voluntas legis*); т. е.

³⁾ Въ опредѣленіи существенности приложенія данной процессуальной нормы нужно, по словамъ Саггё, исслѣдовать намѣреніе законодателя, тѣ принципы, которыми онъ хотѣлъ регулировать теченіе судебного процесса, а, затѣмъ, имѣть въ виду, устраняется ли цѣль законодателя опущеніемъ данной формы, искажается-ли путь, который онъ указалъ къ этой цѣли или же только являются зачедненія, усложненія, трудности, издержки, которыя однако не устраняютъ цѣли законодателя *Lois de la pr. civ. T. VI стр. 1099. Boncenne, Theorie de la pr. civ. T. III стр. 274.* Русской. касс. практикой разъяснено, 1) «существенными формами и обрядами судопроизводства надлежитъ признать тѣ, которые имѣютъ существенное вліяніе на обнаруженіе истины и на огражденіе преподаннаго порядка для достиженія правосудія въ рѣшеніяхъ»; 1867 г. № 189. 2)—существенными нарушеніями устава будутъ тѣ, которыя «стѣсняють судебную защиту»; 1868 г. № 613 и 814. а тѣмъ болѣе, 3) которыя «лишаютъ тяжущагося права судебной защиты». 1870 г. № 1413.

Съ вопросомъ о существенности соблюденія тѣхъ или другихъ требованій уст. гр. суд. мы будемъ имѣть не разъ случай встрѣчаться при разсмотрѣніи въ отдѣльности каждаго проц. дѣйствія.

⁴⁾ *Donellus, Comment. juris civil. lib. I cap. XIII и слѣд. Thibaut, Theorie der logischen Auslegung der röm. Rechts. (2 Aufl. 1806). Sammet Hermeneutik des Rechts. Zachariä, Versuch einer all. Hermeneutik des*

ту волю, которая выражена въ законѣ и должна имѣть примѣненіе въ данномъ конкретномъ случаѣ²⁾). Первымъ средствомъ къ познанію воли закона служатъ тѣ слова и въ томъ сочетаніи, какія употребилъ законодатель для выраженія этой воли. Понятно, средство не должно затемнять цѣли. Потому, толкованіе буквы закона должно быть таково, чтобы не искажалась, но сохранялась воля закона во всей своей силѣ при его примѣненіи^{2а)}). Отсюда, а) первымъ шагомъ должно быть уразумѣніе буквального смысла данного закона, затѣмъ, б) проверка буквального смысла съ волей закона, т. е. познаніе воли закона и соотвѣтственно съ тѣмъ опредѣленіе буквального смысла данного мѣста закона³⁾). а) Законодатель для выраженія своей воли употребилъ тѣ или другія опредѣленные слова, поэтому прежде всего изъ этихъ словъ нужно извлекать смыслъ закона⁴⁾). Необходимымъ средствомъ при истолкованіи словъ и выраженій закона должны служить правила

Rechts. Krug, Grundsätze der Gesetzauslegung. Savigny, System I § 32—37, 42—45 Vangerow, Lehrbuch der Pand. § 22—24. Wächter, Handbuch, § 23. Unger, System § 13. Windscheid, Lehrbuch, § 21, 23. Thöl, Einleitung in das deutsch. Privatrecht, § 55 и слѣд. Menger, System, § 10, 11.

²⁾ Толкованіе закона судомъ вызывается, какъ мы видѣли, необходимостью примѣненія его къ даннымъ конкретнымъ обстоятельствамъ производящаго дѣла. Эти фактическія обстоятельства служатъ для суда первымъ толчкомъ обратиться къ той статьѣ закона, которая въ своей презумптивной части представляетъ наибольшее съ ними сходство (ст. 695 уст. гр. суд.). Чѣмъ ближе это сходство данныхъ статей, тѣмъ само собою разумѣется, обязательнѣе для суда остановиться именно на этихъ статьяхъ и для примѣненія ихъ изслѣдовать выраженную въ нихъ волю. Изложенное абсолютное требованіе было многократно изъясняемо въшей касс. практикой. Гр. касс. рѣш. 1868 г. № 853; 1870 г. № 690; 1871 г. № 532; 1874 г. 337 и 542; 1876 г. № 294 и др.

^{2а)} L. 17 и 18 (1,3) D.

³⁾ Scire legem non est verba eorum tenere, sed vim ac potestatem. L. 17 (1,3) D. Glossa: ibi tria attendes: verba, item sensum proprium, qui ibi est, qui dicitur vis; item potestatem, quae est ut quandoque aliter sumantur dicta verba.

⁴⁾ (L. 7 § 2 D. (33, 10)—nam quorsum nomina nisi ut demonstrarent voluntatem dicentis?

грамматики и общіе филологическіе приемы истолкованія. При чемъ слова и выраженія должны получать тотъ смыслъ и значеніе, въ какихъ они употреблялись во время изданія закона⁵⁾. Если въ законѣ есть опредѣленіе смысла и значенія даннаго слова или выраженія, то, конечно, истолкователь долженъ слѣдовать этому опредѣленію. Затѣмъ, слова должны приниматься въ смыслъ, который соотвѣтствуетъ технико-юридическому, законодательному слово-употребленію⁶⁾. Слова и выраженія, не представляющія вышеуказанныхъ особенностей, должны приниматься въ томъ общемъ смыслѣ, какой выражается даннымъ словомъ по обыкновенному употребленію⁷⁾. Такимъ образомъ устанавливается буквальный смыслъ данной статьи или даннаго мѣста закона.

б) Установленіемъ буквальнаго смысла закона далеко не исчерпывается познаніе закона, какое необходимо для примѣненія его; необходимо⁸⁾ далѣе знать, что найденный буквальный смыслъ дѣйствительно отражаетъ въ себѣ волю закона, а не искажаетъ ее; нужно, слѣд. познать волю закона и съ точки зрѣнія этой воли болѣе точно опредѣлять буквальный смыслъ данной статьи или выраженія закона. Для познанія воли закона нельзя ограничиваться однимъ даннымъ мѣстомъ закона въ отдѣльности, но нужно брать во вниманіе весь законъ, къ какому разсматриваемое мѣсто, по своему со-

⁵⁾ Wächter II § 23 n. 16. Unger, I стр. 80 n. 18.

⁶⁾ Unger, I стр. 81 n. 20.

⁷⁾ (Напр. «и другія бумаги» ст. 438 уст. гр. суд. Wächter I § 23 n. 17. Unger n. 21).

⁸⁾ Этотъ второй приемъ (систематическое истолкованіе) необходимъ даже и въ томъ случаѣ, когда слова и выраженія совершенно ясны сами по себѣ. Savigny (System I стр. 214 n. 6) называетъ его ein wesentliches, unentbehrliches Stück der Auslegung. Тому же мнѣнію держится Wächter, § 23 n. 23. Въ опроверженіе противуположнаго взгляда Вехтеръ говоритъ: Überhaupt ist es auch bei klarem Wortsinne immer noch die Frage, ob derselbe wirklich der Sinn der Gesetzgebers ist, und selbst, wenn dem so ist, bleibt doch die log. Auslegung bei an sich klarem Wortsinne zur Entwicklung des Sinnes des Gesetzes nach allen seinen Beziehungen stets wichtig.

держанію, относится⁹⁾. Это значитъ, нужно познать внутреннюю связь, соединяющую всѣ правовыя институты въ данной области права, напр. въ области гражданского процесса, въ одно цѣлое. Только имѣя въ виду внутренне-связное систематическое цѣлое, можно опредѣлить отношеніе данной статьи закона ко всей системѣ, насколько мысль, выраженная въ статьѣ, можетъ входить въ систему, не нарушая единства и цѣлостности системы, съ другой стороны на сколько въ данной статьѣ должны отражаться начала, служащія основаніемъ системы¹⁰⁾. Такимъ образомъ, для опредѣленія точнаго смысла данного закона, иначе говоря — воли закона, выраженной въ данной статьѣ его, необходимо и существенно-важно примѣнять вышеизложенный приемъ истолкованія (такъ назыв. систематическаго). Источникомъ при такомъ истолкованіи служитъ самъ законъ и только онъ одинъ. Спрашивается, на ряду съ этимъ источникомъ, слѣдуетъ ли, при систематическомъ толкованіи, пользоваться другими источниками, какъ то: историческими данными, относящимися къ рассматриваемому закону, мотивами по которымъ онъ изданъ, и другими предварительными работами по изданію закона? Строго говоря, судъ при истолкованіи закона долженъ брать источникомъ только законъ; разъ изданъ законъ, эта абстрактная формула и должна регулировать правоотношенія; обязательна *воля закона* для суда и для правового порядка, безъ отношенія къ историческимъ даннымъ, при которыхъ она явилась, и къ мотивамъ ея появленія. Тотъ смыслъ, который можно извлечь для рассматриваемаго закона изъ историческихъ данныхъ и мотивовъ изданія его, если не будетъ согласенъ въ результатѣ съ смысломъ, получаемымъ при строго систематическомъ толкованіи (т. е. только на основаніи самого же закона) — будетъ противенъ волѣ закона, и

⁹⁾ Incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula ejus proposita, judicare vel respondere. L. 24 D (1, 3).

¹⁰⁾ Savigny, System, I § 33. стр. 214, 215. Endemann, der deutsche Civilprocess, I стр. 36.

потому не долженъ допускаться, иначе на мѣсто воли закона, единственно обязательный для суда, была бы поставлена воля которая такой обязательной силы не имѣетъ¹¹⁾. Систематическое толкованіе можетъ привести къ слѣдующимъ результатамъ: самъ по себѣ ясный буквальный смыслъ закона 1) можетъ оказаться вполне соответствующимъ констатированной толкованіемъ волѣ закона, или 2) онъ выражаетъ болѣе, чѣмъ сколько нужно въ виду констатированной воли закона или 3) выражаетъ менѣе того. Соответственно тому или другому результату и данный законъ долженъ примѣняться или въ буквальномъ смыслѣ, или въ ограничительномъ или въ распространительномъ¹²⁾. Признавая необходимость и существенную важность систематическаго толкованія, необходимо и важно соблюдать крайнюю осторожность въ пользованіи имъ¹³⁾. Какъ мы видѣли выше, исключительнымъ источникомъ при этомъ приѣмѣ долженъ быть самый законъ; нужно, значить, обстоятельное знаніе закона, той системы, какую онъ устанавливаетъ,

¹¹⁾ Считаемо не лишнимъ, цѣликомъ привести по этому вопросу мнѣніе Thöl'я (Einleitung стр. 150): «Die Benutzung der Motive und s. w. zur Auslegung des Gesetzes geschieht fast durchweg auf verkehrte Weise, die im Wesentlichen darauf hinausläuft, dass man die gesetzgebende Gewalt, deren Wille in dem Wort des Gesetzes publicirt wird, mit dem einzelnen Verfassern des Gesetzes, welchen die Motive angehören, identificirt. Man übersieht, dass das Gesetz durch die Publication sich vom Gesetzgeber losreißt und nunmehr durch den systematischen Zusammenhang, in welchem seine einzelnen Rechtsätze zu einander und zu dem bereits geltenden Recht aufzufassen sind, so selbständig als der publicirte Wille der gesetzgebenden Gewalt heraustritt, dass der Wille und die Einsicht der eigentlichen Verfasser des Gesetzes gleichgiltig wird. Auf dieser selbständigkeit beruht es, dass das gesetzmässige sein kann als der oder die Gesetzgeber». См. также Endemann, I. c. стр. 28 и слѣд. Въ такомъ же смыслѣ относительно значенія для суда мотивовъ закона при истолкованіи оного высказался и касс. сенатъ (Гр. касс. рѣш. 1869 г. № 642), а также относительно источниковъ, изъ которыхъ заимствованъ законъ. Гр. касс. Р. 1870 г. № 516.

¹²⁾ Въ теоріи съ давнихъ поръ допускается толкованіе буквальнаго смысла закона *declarativa*, *restrictiva* и *extensiva*. См. особенно Donellus *Comment. de jure civili* Lib. I cap. XIII, XIV.

¹³⁾ Побѣдоносцевъ, Судебное руководство стр. 342, 343.

принциповъ, какіе онъ полагаетъ въ основу системы, мѣста, какое онъ отводитъ данному правовому институту въ системѣ, границъ, какія ставятся въ этомъ институтѣ основному принципу, и затѣмъ уже опредѣлится, на основаніи этихъ данныхъ, точный смыслъ разсматриваемой статьи. Пользованіе систематическимъ толкованіемъ для суда въ значительной степени облегчается въ томъ случаѣ, когда есть научное изложеніе теоріи прилагаемаго закона, именно *теоріи закона*, который прилагается; изложеніе вообще научныхъ началъ права по данному вопросу—не можетъ замѣнять собою систематическаго толкованія закона.

Мы разсмотрѣли приѣмъ для познанія закона при его приложеніи, хотя бы буквальный смыслъ его былъ самъ по себѣ ясенъ. Тѣмъ большая необходимость въ такомъ приѣмѣ оказывается, когда буквальный смыслъ закона представляетъ неясность, темноту, двусмысленность и противорѣчія съ другими мѣстами закона. Полученнымъ въ результатъ систематическаго толкованія понятіемъ о волѣ закона по данному предмету можно точно опредѣлить смыслъ статьи по тому же предмету, которая сама по себѣ неясна, темна, двусмысленна.

Но въ законѣ могутъ встрѣчаться *противорѣчія*, т. е. по одному и тому же предмету могутъ быть два противорѣчащихъ другъ другу постановленія. Въ такомъ случаѣ прежде всего нужно опредѣлить, не есть-ли это только *кажущееся* противорѣчіе. Въ изслѣдованіи противорѣчій важно: а) опредѣлить одновременно или разновременно послѣдовали противорѣчивыя постановленія; если окажется, что одно прежде вошло въ дѣйствіе, а другое послѣ, то, понятно, послѣднее силою своею отмѣняетъ прежнее, и противорѣчіе тѣмъ устраняется. Если постановленія одновременны, то б) нужно обращать вниманіе, къ какой категоріи законовъ принадлежатъ противорѣчивыя постановленія—къ общему или особенному, спеціальному, сингулярному, мѣстному. Постановленія, принадлежація къ разнороднымъ категоріямъ, должны получать примѣненіе—тѣ или другія, смотря потому, какой категоріей законовъ должно оп-

редѣляться данное правоотношеніе¹⁴⁾. в) Въ случаѣ противорѣчивыя постановленія принадлежатъ къ одной и той же категоріи законовъ, противорѣчіе можетъ быть устранено путемъ болѣе точнаго изслѣдованія и опредѣленія тѣхъ фактическихъ условій или предположеній, къ которымъ относятся противорѣчивыя распоряженія закона. Болѣе детальное изслѣдованіе можетъ открыть нѣкоторыя особенности въ фактическихъ предположеніяхъ одной статьи сравнительно съ предположеніями противорѣчивой ей, другой статьи, и тогда или каждая статья будетъ имѣть свою особую область примѣненія, или одна окажется правиломъ, а другая исключеніемъ, или обѣ явятся какъ одно цѣлое, въ коемъ одна статья восполняетъ другую, и кажущійся широкій смыслъ одной статьи будетъ болѣе точно опредѣленъ или ограниченъ другой статьёй¹⁵⁾. Но если противорѣчіе будетъ не кажущееся, а *дѣйствительное*, т. е. фактическія условія или предположенія двухъ статей будутъ тождественны, а диспозитивныя части противурѣчивы, для устраненія затрудненія въ примѣненіи закона нужно подвергнуть изслѣдованію тѣ фактическія обстоятельства дѣйствительной жизни, которыя въ судѣ возбудили вопросъ о противорѣчіи въ законѣ; подробное изслѣдованіе откроетъ въ нихъ фактическіе моменты, свойственные конкретному случаю и въ виду этихъ конкретныхъ особенностей представляется возможность опредѣлить, какое изъ двухъ разнорѣчивыхъ распоряженій закона наиболѣе отвѣчаетъ природѣ конкретного случая¹⁶⁾.

¹⁴⁾ Противорѣчіе между одновременными постановленіями, касающимися государственнаго права и гражданскаго, устраняется тѣмъ, что госуд. интересъ долженъ имѣть преимущество предъ интересомъ частно-правнаго характера.

¹⁵⁾ Savigny, System I стр. 274.

¹⁶⁾ L. 19 (1, 3) D. L. 56 L. 192 (50, 1 7) D. Впрочемъ по Windscheid'у (§ 24 въ концѣ) въ рассматриваемомъ случаѣ противорѣчія одна статья уничтожаетъ другую и потому какъ бы обѣ не существуютъ.

*Приложеніе законовъ о гражданскомъ процессѣ по
содержанію.*

(Продолженіе).

§ 11.

Пріемъ истолкованія закона при *неполнотѣ* его. Понятіе о толкованіи по *аналогіи*; юридическое основаніе ея. Существенныя требованія при пользованіи аналогіей.

Дѣйствительная жизнь представляетъ такое разнообразіе фактическихъ отношеній въ области гражданского права и процесса, что законъ не можетъ предусмотрѣть всѣ возможные случаи этихъ отношеній¹⁾, и суду нерѣдко приходится въ производствѣ дѣлъ встрѣчаться съ фактическими комбинаціями, которыя не опредѣлены въ законѣ. По общепринятому въ европейскихъ законодательствахъ правилу, *неполнота* закона не даетъ суду права оставлять вопросъ безъ разрѣшенія или ожидать разрѣшенія въ законодательномъ порядкѣ²⁾. И въ теоріи и въ положительныхъ законодательствахъ устанавливается особый путь для дѣятельности суда въ такихъ случаяхъ; по теоріи, какъ извѣстно, судъ долженъ дѣйствовать на основаніи *аналогіи*³⁾, по выраженію устава гр. суд. — на основаніи *общаго смысла законовъ* (ст. 9). Судъ долженъ дѣйствовать *ἀνά λόγον*—*secundum rationem*. Словомъ *ratio* въ области права обозначается юридическій принципъ, идея, которая лежитъ въ основаніи даннаго правового института⁴⁾:

¹⁾ L. 10 (1, 3) D.

²⁾ Ст. 10 уст. гр. судопр.

³⁾ См. литературу, приведенную въ § 10.

⁴⁾ Wachter, § 10 стр. 56. Unger l. § 10 п. 18—21. Ближайшій, вѣрный поводъ къ изданію закона (*occasio legis*) не составляетъ того *ratio*, которое необходимо для примѣненія по аналогіи; *occasio* можетъ быть чисто случайнымъ и съ содержаніемъ закона часто не находится въ необходимой внутренней связи, оно легко могло вызвать и другое постановленіе закона. Wachter, l. c. стр. 55 а. Unger, l. c. стр. 61 п. 11, 12. Равнымъ образомъ не составляетъ *ratio*, необходимаго для примѣненія по аналогіи, и та *уль*, ко-

Данный юридическій принципъ можетъ быть выраженъ въ положительномъ законѣ въ абсолютной формѣ или въ формѣ распоряженія по отношенію къ предусмотрѣннымъ фактическимъ обстоятельствамъ. Въ первомъ случаѣ всѣ фактическія обстоятельства, которыя обнимаются даннымъ юридическимъ принципомъ, выраженнымъ абстрактно въ законѣ, должны опредѣляться съ точки зрѣнія этого принципа, поскольку нѣтъ ограниченія его въ самомъ законѣ. И это не будетъ примѣненіемъ закона по аналогіи, по примѣненіе въ собственномъ смыслѣ⁵⁾. Во второмъ слѣчаѣ, т. е. когда юридическій принципъ выраженъ въ формѣ распоряженія по отношенію къ предусмотрѣннымъ фактическимъ обстоятельствамъ, можетъ имѣть мѣсто примѣненіе закона по аналогіи. Это означаетъ — примѣненіе закона въ силу принципа, лежащаго въ основаніи его, къ обстоятельствамъ, хотя не предусмотрѣннымъ въ законѣ, но имѣющимъ сходство съ предусмотрѣнными въ немъ. Такое примѣненіе основывается на томъ, что данный юридическій принципъ признанъ закономъ, а потому онъ долженъ опредѣлять всѣ тѣ фактическія отношенія, которыя входятъ въ область обнимаемую этимъ принципомъ (*ubi eadem ratio, ibi eadem dispositio*). Сила его не ослабляется отъ одного того, что онъ выраженъ въ видѣ распоряженія по отношенію къ даннымъ фактическимъ обстоятельствамъ. Это только болѣе конкретное выраженіе принципа. Итакъ, съ юридической точки зрѣнія примѣненіе по аналогіи вполне оправдывается⁶⁾. Спрашивается, какіе приемы судъ долженъ въ частности употреблять въ примѣненіи закона по аналогіи? Прежде всего судъ долженъ точно опредѣлять ту фактическую конструкцію, встрѣтившуюся въ практикѣ, ко-

торую законодатель имѣлъ въ виду издавая данный законъ, такъ какъ неизвѣстно, захотѣлъ ли бы онъ ту же цѣль преслѣдовать при данныхъ вновь встрѣтившихся обстоятельствахъ, съ другой стороны неизвѣстно, захотѣлъ-ли бы законодатель данными обстоятельствами пользоваться какъ средствами для достиженія цѣли.

⁵⁾ Wächter, l. c. стр. 57 d.

⁶⁾ 1. 12 (1, 3) D. Кассационной практикой разъяснено приложеніе ста-

торая не предусмотрѣна въ законѣ; затѣмъ, найти наиболѣе близко подходящую, наиболѣе сходственную конструкцію, предусмотрѣнную закономъ. Та или другая фактическая конструкція квалифицируется особымъ признакомъ, по которому и приурочена къ ней та или другая воля закона (*dispositio*). Этотъ квалифицирующий признакъ, опредѣляющій ту или другую конструкцію фактическихъ обстоятельствъ, и долженъ быть прежде всего опредѣленъ судомъ въ случаѣ, непредусмотрѣнномъ въ законѣ. Коль скоро въ случаѣ, предусмотрѣнномъ въ данномъ законѣ, будетъ тотъ же признакъ, этотъ законъ и долженъ быть примѣненъ по аналогіи. Если же не будетъ тождества признаковъ, не можетъ быть примѣненія закона по аналогіи^{а)}. Но этимъ не исчерпывается приемъ при аналогіи. Кроме тождества признаковъ фактической конструкціи, необходимо для примѣненія по аналогіи, чтобы примѣняемый законъ выражалъ общее правило^{б)}, а не исключеніе изъ правила, такъ какъ всѣ случаи, не указанные въ исключеніи, подходятъ подъ

тей устава гр. суд. по аналогіи, между прочимъ

1) Касательно исчисленія срока на подачу отзыва противъ заочнаго рѣшенія, опубликованнаго согласно 726 ст.; къ данному случаю примѣнена ст. 301, по который срокъ по вызовамъ чрезъ публикацію исчисляется со дня припечатанія послѣдней публикаціи въ сенатскихъ объявленіяхъ. Гр. касс. Рѣш. 1875 г. № 1036.

2) Касательно права мировыхъ сѣздовъ, въ случаѣ вторичной неявки обѣихъ тяжущихся сторонъ, приостанавливать производство дѣла; примѣнены были ст. 681—692 уст. гр. суд. Гр. Касс. Рѣш. 1871 г. № 1029.

3) Касательно вообще права суда помимо отводовъ и случаевъ, въ законѣ предусмотрѣнныхъ, приостанавливать производство, когда «изъ самаго производства вытекаетъ настоятельная необходимость въ такомъ приостановленіи». 1875 г. № 870.

4) Касательно правилъ о составленіи протоколовъ по гр. дѣламъ; примѣнены правила о составленіи протоколовъ, изложенныя въ уставѣ угол. судопр. «въ какой мѣрѣ они примѣнимы къ производству гражд. дѣлъ». 1878 г. № 270.

^{а)} Wächter, I. с. стр. 58. Unger § 10 n. 27—29.

^{б)} Долженъ примѣняться именно этотъ юридическій принципъ, составляющій общее правило, сформулированное въ законѣ, а не какой либо другой, сходственный съ нимъ. Unger I. с. n. 26.

дѣйствіе общаго правила⁸⁾. Такое исключеніе составляетъ въ цѣломъ своемъ видѣ все сингулярное право и привиллегіи, потому они не могутъ быть примѣняемы по аналогіи⁹⁾.

⁸⁾ Это начало выражено въ 80 ст. уст. гражд. судопр. Производство въ мировыхъ суд. установленіяхъ опредѣляется специальными статьями устава. Во всѣхъ же тѣхъ случаяхъ, для которыхъ въ уставѣ особаго постановленія для мировыхъ судей не содержится, они безусловно должны руководиться правилами судопроизводства въ общихъ судебныхъ мѣстахъ. Гр. касс. дѣла 1874 г. № 593. Въ частности, кассационной практикой признаны подлежащими примѣненію мировыми судьями слѣдующія статьи общаго порядка судопроизводства: ст. 227 (1876 г. № 17), ст. 250 (67 г. 525; 68 г. 391); ст. 331, 332, (68 г. 52; 69 г. 200; 73 г. 1020), ст. 339 (70 г. 33), ст. 368, 369 (70 г. 533), ст. 545 (69 г. 120; 73 г. 632), ст. 575, 576 (69 г. 913; 75 г. 518), ст. 585, (76 г. 63), ст. 677 (69 г. 461), ст. 705 (68 г. 313), ст. 711 п. 2 (76 г. 264) ст. 755 (67 г. 525), ст. 763 (68 г. 162), ст. 764 (71 г. 1183) ст. 765 (69 г. 841; 75 г. 303), ст. 769 (68 г. 52), ст. 772 (66 г. 74; 67 г. 480; 68 г. 146, 452, 906; 69 г. 1245), ст. 774 (67 г. 335; 69 г. 579; 71 г. 1202, 1212), ст. 777 (68 г. 52), ст. 805 (68 г. 801), ст. 811 (73 г. 723). — «Недостатокъ въ специальномъ постановленіи по одному предмету не можетъ быть восполняемъ специальнымъ постановленіемъ, изданнымъ исключительно для другаго предмета.» 1870 г. № 334.

⁹⁾ I. 141 (50, 17), I. 14 (1, 31) D. См. вышеуказанную литературу. Такъ напр. ст. 88 и 386 уст. гражд. суд. не могутъ быть примѣняемы по аналогіи. Точно также статьи о процессуальномъ значеніи нотаріальныхъ актовъ имѣютъ исключительный характеръ и потому не должны примѣняться по аналогіи. Вообще въ этой категоріи статей устава гр. суд. нужно, по нашему мнѣнію, отнести всѣ тѣ статьи, которыя устанавливають такъ называемую законную презумцію, и наконецъ всѣ тѣ статьи, въ коихъ устанавливается особый порядокъ производства дѣлъ, въ отлччіе отъ общаго порядка производства.

Кассационной практикой разъяснено:

1) что «если по какому либо предмету постановлено для мировыхъ установленій специальное правило, въ такомъ случай это только правило и обязательно для мировыхъ судей и сѣздовъ. Устанавливая такія специальные правила, вообще отличающіяся большою простотою и удобствомъ въ исполненіи, законъ имѣлъ, между прочимъ, въ виду необходимое облегченіе формъ судопроизводства въ мировыхъ установленіяхъ, дабы сдѣлать оное доступнымъ большинству нуждающагося въ мировомъ судѣ народа. Къ числу такихъ спец. альныхъ постановленій принадлежатъ 163 ст. уст. гр. суд.» Потому, мировымъ судебнымъ установленіямъ нѣтъ основаній руководствоваться ст. 745—747 того же устава. Гр. Касс. Рѣш. 1868 г. № 187.

2) Ст 151 уст. гр. суд. также специальная для мировыхъ судей; она требуетъ *личной* явки отвѣтчика съ просьбой объ отзывѣ противъ заочнаго

Первоисточники гражданского процесса.

§ 12.

Важность изслѣдованія первоисточниковъ, поскольку они имѣютъ отношеніе къ практическому примѣненію гражд. правосудія. Теоретическій и практический интересъ этого вопроса въ виду преобладающаго *диспозитивнаго* характера нормъ уст. гр. судопр. (право суда дѣйствовать *по усмотрѣнію и по убѣжденію совѣсти*). Понятіе о неизмѣнномъ законѣ гражд. процесса, какъ первоисточникѣ. Понятіе о справедливости въ гражд. процессѣ. Условія и приемы необходимыя при пользованіи первоисточникомъ. Возвратъ русской кассационной практики по сему предмету.

Мы видѣли (стр. 4 и слѣд.), что положительныя законодательства о гражданскомъ процессѣ имѣютъ своимъ первоисточникомъ начала и мотивы, дѣйствующіе въ человѣческой природѣ, лежащіе глубоко въ природѣ социальныхъ отношеній и въ природѣ самаго государства. Понятно, что изслѣдованіе этихъ первичныхъ источниковъ является необходимымъ для законодательной политики въ области гражд. процесса и не менѣе важно въ области практическаго примѣненія гражданского правосудія. Мы остановимся на первоисточникахъ, по скольку они имѣютъ отношеніе къ послѣдней области. Для суда, какъ извѣстно, должно быть обязательнымъ примѣненіе положительнаго проц. законодательства. Поэтому, вопросъ о пользованіи первоисточникомъ въ судебной практикѣ можетъ имѣть мѣсто въ томъ только случаѣ, когда систематическое толкованіе, даже при помощи аналогіи, не приводитъ къ удовлетворительному результату и для разрѣшенія казуса—юридической нормы не получается, когда слѣд., юридическіе принципы, выраженныя въ законѣ абстрактно или конкретно, не обнимаютъ

рѣшенія, въ отличіе отъ порядка подачи отзыва по 719 и 727 ст. 1870 г. № 690. Далѣе, срокъ на подачу отзыва по 151—исчисляется со времени врученія отвѣтчику копій заочнаго рѣшенія, въ отличіе отъ исчисленія этого срока по 728 ст. 1875 г. № 397.

3) Точно также признааны спеціальными статьями 103, 104, потому мировыя суды вмѣсто ихъ не могутъ принимать ст. 862 и 864, 1873 г. № 1631.

казуса. На практикѣ рѣдко можетъ встрѣтиться такой случай, такъ какъ новѣйшія процессуальныя законодательства проводятъ принципы, вытекающіе изъ основнаго неизмѣннаго закона гражд. процесса, и потому систематическое толкованіе, въ результатѣ, должно дать нужную въ данномъ случаѣ юридическую норму. Но вопросъ о значеніи для суда первоисточниковъ гражд. процесса, тѣмъ не менѣе, имѣетъ не только теоретическій, но и практический интересъ. Съ теоретической точки зрѣнія вопросъ сводится къ тому, можетъ ли судъ, не найдя, путемъ истолкованія, нужной въ данномъ случаѣ юридической нормы, восходить къ фактической конструкціи гражд. процесса, руководствоваться тѣмъ неизмѣннымъ закономъ, который наука процесса указываетъ въ природѣ человѣка, въ социальныя отношенія и въ природѣ самаго государства, и который необходимо создаетъ такую, а не иную фактическую конструкцію процесса у каждаго цивилизованнаго народа? Едва ли кто будетъ возражать, что въ разсматриваемомъ случаѣ судъ не только можетъ, но и долженъ руководиться этимъ закономъ. По теоріи русскаго гражд. процесса суду самъ положительный законъ предоставляетъ къ тому возможность, говоря, что судъ можетъ дѣйствовать на основаніи общаго смысла законовъ. Общій смыслъ устава гражд. судопроизводства прежде всего въ томъ и состоитъ, чтобы удовлетворить тѣмъ необходимымъ потребностямъ, которыми необходимо въ государствѣ вызываются явленія, составляющія гражданскій процессъ.

Еще большій жизненный интересъ представляетъ разсматриваемый вопросъ въ виду преобладающаго *диспозитивнаго* характера нормъ устава гражд. судопр. и въ виду прямаго указанія, относительно мировыхъ судей, что судьи могутъ разсматривать и рѣшать дѣла по *убѣжденію совѣсти* (ст. 129). Диспозитивный характеръ процессуальныхъ нормъ состоитъ въ томъ, что суду предоставляется изъ многихъ возможностей и способовъ дѣйствія, предусмотрѣнныхъ въ законѣ, избирать ту или другую возможность, тотъ или другой способъ въ данномъ конкретномъ случаѣ, точно также когда и тяжущимся

сторонамъ предоставляется такая же возможность, пользование ею, т. е. избраніе того или другаго способа дѣйствія большею частью должно санкціонироваться судомъ ¹⁾). Итакъ, суду предоставляется дѣйствовать по своему *усмотрѣнію*. Чѣмъ онъ долженъ руководиться въ этомъ случаѣ? Разнымъ образомъ, что должно полагаться въ основу его убѣжденія по совѣсти? И въ томъ и въ другомъ случаѣ законъ предоставляетъ суду свободу дѣйствія и такимъ образомъ юридически суду ²⁾ открывается возможность, а съ нею и необходимость обращаться къ первоисточнику гражданскаго процессуальнаго права и руководиться тѣмъ неизмѣннымъ закономъ, который лежитъ въ основѣ фактической конструкціи гражд. процесса ^{2а)}).

Мы уже имѣли случай (стр. 3 и слѣд.) подробно разсматривать, въ чемъ состоитъ основной неизмѣнный законъ гражд. процесса. Здѣсь только резюмируемъ этотъ законъ: при необходимости удовлетворенія своихъ потребностей человѣкъ неизбежно приходитъ въ столкновеніе съ другими людьми, стремящимися къ тому же; необходимо удовлетвореніе—необхо-

¹⁾ См. вышеприведенную (стр. 56) работу Бюлова въ Archiv für die civil. Praxis 1881.

²⁾ Изъ сказаннаго слѣдуетъ, что въ данномъ случаѣ возможность и обязанность одинаково открываются какъ для общихъ судовъ, такъ и для мировыхъ.

^{2а)} Въ нѣмецкой литературѣ есть указанія, что въ этомъ случаѣ судъ долженъ обращаться къ *natur der Sache*. Bayer (Vorträge стр. 14) говоритъ: *natur der Sache*—das was mit practischer Consequenz aus einem positiven Rechtsinsitute hervorgeht. «Если именно законъ устанавливаетъ цѣль для даннаго дѣйствія, но не указываетъ средствъ къ достиженію ея, или не опредѣляетъ объемъ, въ какомъ дѣйствіе должно прилагаться, то средства и границы должны опредѣляться путемъ свободнаго изслѣдованія на основаніи понятія и цѣли института, такъ какъ иначе намѣреніе закона не могло бы получить дѣйствительнаго осуществленія. Не должно забывать при этомъ, что закону нельзя приписывать произвольную цѣль или на основаніи субъективныхъ соображеній о справедливости игнорировать прямое постановленіе закона».

Въ этомъ же смыслѣ высказываются Osterloh, Lehrbuch der g. d. ord. Civilprozesses § 43, Bolgiano, Handbuch der Reichs-Civilprozessrechts. стр. 26, 27. Almenningen, Metaphisik des Civilprocesses, стр. 5, 6.

димо, какъ послѣдствіе, столкновеніе, споръ о моемъ и тво-
емъ. Сначала необходимость столкновенія вызывается непосред-
ственно потребностью удовлетворенія, съ дальнѣйшимъ разви-
тіемъ индивидовъ стимуломъ можетъ являться и нравственная
потребность человѣка въ признаніи за нимъ того, что онъ
считаетъ принадлежащимъ ему, въ признаніи, что онъ не
вторгается въ сферу другаго, и другой не можетъ вторгаться
въ его сферу. Такимъ образомъ, природа человѣка съ ея фи-
зическими потребностями, затѣмъ съ нравственными потребно-
стями признанія неприкосновенности и свободы индивидуальной
сферы лицъ, составляющихъ общество, — вотъ первоисточникъ
гражд. процесса. Изъ этого первоисточника вытекаютъ даль-
нѣйшія начала, опредѣляющія положеніе тяжущихся сторонъ въ
процессѣ и прежде всего 1) частно-правовый характеръ этого
положенія, что въ теоріи называется принципомъ состязатель-
ности, затѣмъ 2) равноправность тяжущихся, 3) наибольшая воз-
можность для нихъ защищать свои права, наконецъ 4) этимъ же
первоисточникомъ опредѣляется основная черта, которая должна
характеризовать дѣйствія индивида въ процессѣ, какъ нрав-
ственной личности, — сознаніе своего нравственного достоинства
и признаніе такового и въ противникѣ. Но личность — это одинъ
элементъ въ первоисточникѣ гражд. процесса; другой элементъ
— государство, оно является дѣйствующимъ въ силу необходи-
мости, и прежде всего въ силу самосохраненія, такъ какъ,
если оставлять гражданъ самимъ себѣ при ихъ столкновеніи
изъ за моего и твоего — въ результатѣ будетъ насилие и раз-
рушеніе прававаго порядка; потому государство, если столкно-
веніе миролюбиво не разрѣшается, обязываетъ гражданъ обра-
щаться за разрѣшеніемъ къ нему, государству. Отсюда выте-
каютъ начала, опредѣляющія роль государства въ гражд. про-
цессѣ: судъ, какъ органъ государства, долженъ возстановлять
нормальное правоотношеніе между тяжущимися на индивиду-
альной почвѣ, т.-е. на той, какая дается самими тяжущимися
лицами. Слѣдуя вышеуказаннымъ началамъ, какія даются дру-
гимъ элементомъ первоисточника, судъ долженъ дѣйствовать

такъ, чтобы и другими получалось убѣжденіе въ правомѣрности устанавливаемого рѣшеніемъ правоотношенія, получалась эта, наиболѣе прочная основа спокойствія правового порядка въ гражданскихъ правоотношеніяхъ. Такимъ образомъ, на основаніи неизмѣннаго закона гражданского процесса и началъ, изъ него вытекающихъ судъ долженъ дѣйствовать въ тѣхъ случаяхъ, 1) когда положительное процессуальное законодательство, при систематическомъ толкованіи и при аналогіи, не даетъ ему указаній; 2) когда закономъ суду предоставляется въ процессѣ дѣйствовать по своему усмотрѣнію или по убѣжденію совѣсти. Процессуальныя дѣйствія суда, совершаемыя на основаніи неизмѣннаго закона, будутъ дѣйствіями по справедливости. Справедливость въ гражд. процессѣ есть осуществленіе неизмѣннаго закона, лежащаго въ основаніи процесса ³⁾ Изъ сказаннаго само собою слѣдуетъ, что справедливость гражданского судьи вовсе не должна быть безотчетнымъ, чисто субъективнымъ чувствомъ его ⁴⁾

Какіе же приемы судъ долженъ употреблять при пользованіи первоисточникомъ? Первоисточникъ долженъ являться нормой опредѣляющей дѣйствія суда; потому въ пользованіи имъ судъ долженъ употреблять тѣже приемы, какіе примѣняются въ изслѣдованіи воли нормъ положительнаго права. Исходя изъ

³⁾ Сравни. по вопросу о справедливости въ гражд. процессѣ Iord an, Ueber die Billigkeit bei Entscheidung der Rechtsfälle. 1804. Въ этомъ трудѣ сведены воззрѣнія на справедливость, появившіяся въ литературѣ до автора, и критически разобраны имъ. A l b r e c h t, Über die Stellung der Aequitas in der Theorie des röm. Civilrechts 1834. H a r t t e r, Archiv für die civ. Praxis. Band. XXIX стр. 253—290, Band. XXX стр. 377—421. V o i g t, Das jus naturale, aequum et bonum. 1856.

⁴⁾ Касаціонная практика высказалась рѣшительно противъ того, чтобы судъ основывался «на одномъ своемъ безотчетномъ убѣжденіи» 1873 г. 72. «Одно безотчетное убѣжденіе суда не основанное на соображеніяхъ, выведенныхъ изъ обстоятельствъ дѣла и законовъ, не составляетъ твердаго основанія для судебнаго рѣшенія». 1873 г. 534. «Никакое судебное дѣйствіе не должно быть основано на безотчетномъ убѣжденіи судьи», потому, если напр. послѣдовалъ отказъ въ просьбѣ объ осмотрѣ на мѣстѣ, то должны быть приведены «соображенія служащія основаніемъ сего отказа». 73 г. 923.

основного неизмѣннаго закона, судъ, путемъ строго логическихъ пріемовъ и выводовъ, долженъ опредѣлять тѣ постулаты, которые вытекаютъ изъ смысла этого закона, и, согласно съ ними, въ предѣлахъ предоставленной закономъ свободы, опредѣлять процессуальныя дѣйствія. Понятно, что, какъ и въ приложеніи писаннаго закона, вмѣстѣ съ тѣмъ должно соединяться обстоятельное и полное изслѣдованіе фактической обстановки въ томъ видѣ, какъ она представлена тяжущимися сторонами. Только имѣя въ виду данныя фактическія обстоятельства и на почвѣ ихъ возможно оперировать съ постулатами неизмѣннаго закона. Дальнѣйшей существенной обязанностью суда, при пользованіи первоисточникомъ, служить то, чтобы судъ представилъ гарантію *научнаго* пользованія. *Гарантіей* въ этомъ случаѣ служить письменное изложеніе въ судебномъ рѣшеніи всѣхъ тѣхъ пріемовъ, какіе судъ употреблялъ въ своемъ изслѣдованіи неизмѣннаго закона, его постулатовъ и фактическихъ обстоятельствъ даннаго дѣла, къ которымъ приложилъ тотъ или другой постулатъ. Другой гарантіей является возможность проверки научности дѣйствій суда высшимъ судомъ.

Кассационная практика Сената представляетъ многочисленные указанія на необходимость для судебныхъ установленій прилагать тѣ пріемы, съ помощью которыхъ въ гражданскомъ правосудіи наиболѣе вѣрно проводился бы основной неизмѣнный законъ гражданского процесса. Правда, полной формулировки этого закона въ кассационныхъ рѣшеніяхъ мы не находимъ, но отдѣльныя стороны его, примѣнительно къ тому или другому возникшему въ практикѣ случаю, признаны и точно, послѣдовательно проводятся. За время своей дѣятельности (1866 — 1879 г.) кассационный судъ съ достаточной точностью опредѣлялъ *пріемы*, которыми судъ, рассматривающій дѣла по существу, долженъ пользоваться по отношенію *къ фактической части производства*. Исходя изъ неизмѣннаго закона кассационный судъ призналъ:

1) что судебныя установленія, какъ органы государства, разрѣшающіе гражданскіе споры, должны строго держаться той

почвы, которая дается тяжущимися лицами, и не вступать въ роль истца или отвѣтчика ⁵⁾).

2) Кассационный судъ призналъ за «основное правило», чтобы судъ при рѣшеніи принималъ въ соображеніе *всѣ обстоятельства* дѣла, выяснившіяся при производствѣ. Отступленіе отъ этого требованія признано «явнымъ нарушеніемъ основныхъ правилъ судопроизводства» ⁶⁾. Въ частности Сенатъ ставитъ суду на видъ, что нельзя оставлять безъ вниманія и обсужденія ни одного изъ возраженій тяжущихся, будетъ-ли оно отводомъ или возраженіемъ по существу дѣла ⁷⁾.

3) Кассационный судъ призналъ существенною обязанностью суда основываться въ рѣшеніяхъ на *обстоятельствахъ доказанныхъ*. И прежде всего вмѣняется въ обязанность не основываться на голословныхъ заявленіяхъ тяжущихся. ⁸⁾ Затѣмъ, относительно обсужденія доказательныхъ средствъ кассационный судъ, не говоря уже о требованіяхъ, прямо указанных въ законѣ, требуетъ, чтобы судъ подвергалъ своему обсужденію каждое доказательное средство и въ обсужденіи вопроса о представленіи сторонами доказательныхъ средствъ и допущеніи оныхъ имѣлъ въ виду «принципъ равноправности тяжущихся на судѣ». Каждый шагъ свой въ разрѣшеніи этого вопроса судъ долженъ дѣлать опираясь на данныя конкретныя основанія, такъ чтобы при тѣхъ же основаніяхъ и для вся-

⁵⁾ Гр. Касс. Рѣш. 1869 г. № 780; 70 г. 1842, 1165; 75 г. 989, 1069. 76 г. 13, 314; 77 г. 195 и мн. др.

⁶⁾ Гр. Касс. Рѣш. 1874 г. № 140; 73 г. 839; 69 г. 1320; 70 г. 233, 445, 1666, 71 г. 122, 1116; 72 г. 1150, 1194, 1256, 1291; 73 г. 504, 566, 1019, 1087, 1333, 1407; 74 г. 352, 404, 610, 677, 740, 825; 75 г. 125, 144, 168, 387, 632, 824; 76 г. 143, 236, 313, 550; 77 г. 46, 111; 79 г. 65, 274.

⁷⁾ Гр. Касс. Рѣш. 1875 г. № 252, 623; 68 г. 626; 69 г. 502, 843; 71 г. 55, 73, 1059;—72 г. 47, 602, 790, 940, 1623;—73 г. 1163, 1184, 1193, 1196, 1198, 1431, 1557, 1580, 1617;—74 г. 12, 17, 21, 65, 78, 82, 317, 330, 384, 486, 518, 546, 580, 856;—75 г. 113, 163, 185, 333, 513, 527, 585, 675, 801, 852, 921, 922, 933, 960, 1018, 1077; — 76 г. 15, 104, 120, 158, 174, 209, 231, 310, 339, 410, 373; — 77 г. 113, 134, 149, 204, 316; — 78 г. 163, 208, 270, 291; —79 г. 95, 107, 182.

⁸⁾ 1873 г. № 473.

каго другаго такой шагъ представлялся наиболѣе подходящимъ, естественнымъ, и уже ни въ какомъ случаѣ дѣйствія суда не должны быть дѣйствіями по произволу его. Такъ, кассационный судъ призналъ «существеннымъ нарушеніемъ обрядовъ судопроизводства для огражденія правъ тяжущихся установленныхъ», когда судъ не указывая оснований, отвергаетъ письменныя доказательства ⁹⁾, или не указывая оснований отвергаетъ просьбу сторонъ о допросѣ ихъ свидѣтелей ¹⁰⁾, а тѣмъ болѣе, когда, не указывая оснований, — свидѣтелей одной стороны вызываетъ, а свидѣтелей другой — нѣтъ ¹¹⁾, или наконецъ, когда, допросивъ свидѣтелей, не указывая оснований, не принимаетъ въ уваженіе выслушанныхъ показаній ¹²⁾.

4) Относительно тѣхъ конкретныхъ фактическихъ оснований, безъ которыхъ судъ не долженъ дѣлать въ производствѣ ни одного шага, которыя должны быть по отношенію къ его дѣйствіямъ какъ причина къ слѣдствію, въ кассационной практикѣ возникалъ вопросъ, можетъ-ли судъ постановить рѣшеніе «на основаніи одного своего убѣжденія въ искренности разсказа тяжущейся стороны и въ невозможности для нея представить доказательства»? Сенатъ призналъ, что одни такія основанія не достаточны ¹³⁾.

⁹⁾ Граж. Касс. Рѣш. 1873 г. № 1388; — 69 г. 469, 785, 1320; — 70 г. 480, 1775; — 72 г. 179, 265, 567, 632, 1047; — 74 г. 278, 394, 678, 815, 816, 818; — 75 г. 3, 148, 784, 850, 912, 958.

¹⁰⁾ Гр. Касс. Рѣш. 1872 г. № 229, 592, 621, 1143, 1276; — 73 г. 237, 1116, 1425, 1452, 1498, 1588, 1618, 1651; — 74 г. 247, 425, 874; — 75 г. 37, 84, 103, 184, 274, 293, 365, 579, 616, 652, 881, 908; — 76 г. 35, 107, 285; — 77 г. 73, 99; — 79 г. 144, 257.

¹¹⁾ Гр. Касс. Рѣш. 1873 г. № 892, 1068.

¹²⁾ Гр. Касс. Рѣш. 1873 г. № 1579; — 75 г. 812.

¹³⁾ 1870 г. № 1717. Въ томъ же смыслѣ только еще болѣе ограничительно и еще болѣе рѣшительно, въ абстрактной формѣ высказываются нѣмецкіе ученые. Der Richter macht keine Rechtsquelle, und gebietet nicht über deren Inhalt. Sofort liegt es auch ausser seinem Berufe, seiner Macht und Befugniss, einer wesentlichen Rechtsgleichheit zuzustreben. Wohl aber soll er die Gleichheit von dem Rechte zu Herrschaft bringen, d. h. er soll gerecht sein (Hartter, Archiv für die civ. Praxis Band XXX стр. 400). Die von der Rechtsverurtheilung zurückweichende Billigkeit ist in den gerichtlichen Beziehungen Sache der Partei, nie aber des Richters. Тамъ же стр. 416.

5) Кассационный судъ въ своихъ рѣшеніяхъ касался вопроса и о *гарантіяхъ* соблюденія судомъ вышеизложенныхъ пріемовъ по отношенію къ фактической части производства. Существенной гарантіей прежде всего, въ цѣломъ рядѣ рѣшеній, признано *письменное изложеніе* судомъ того порядка, тѣхъ*его пріемовъ и основаній, по которымъ онъ счелъ нужнымъ дѣйствовать такъ, а не иначе ¹⁴⁾. Такое изложеніе, по объясненію Сената, «необходимо для того, чтобы тяжущіеся не оставались въ недоумѣніи на счетъ смысла и законности постановленнаго по ихъ дѣлу рѣшенія и чтобы при разсмотрѣніи рѣшенія въ порядкѣ кассации возможно было судить о правильности соображеній, на коихъ основано рѣшеніе суда» ¹⁵⁾ Та же мысль проводится Сенатомъ о необходимости письменнаго изложенія соображеній суда относительно отдѣльных процессуальныхъ дѣйствій ¹⁶⁾. Отсюда нельзя не видѣть, что сенатъ признаетъ еще и другую гарантію — *проверку* правильности соображеній и дѣйствій суда *высшей инстанціей* — второй инстанціей ¹⁷⁾ и кассационнымъ судомъ ¹⁸⁾. Компетентность касс. суда по этому предмету опредѣляется тѣмъ же общимъ положеніемъ, что онъ не долженъ входить въ разсмотрѣніе существа дѣла, а разсматривать его только съ юридической стороны. Такимъ образомъ, кассационный судъ разсматриваетъ на сколько судъ, дѣйствуя по усмотрѣнію, правильно установилъ понятіе объ основномъ неизмѣнномъ законѣ гражд. судопроизводства,

¹⁴⁾ Гр. Касс. Рѣш. 1868 г. № 107, 149, 494, — 69 г. 420, 429, 441, 445, 493, 918, 1015, 1066, 1329; — 70 г. 153, 178, 262, 326, 371, 380, 396, 405, 432, 475, 542, 555, 608, 778, 872, 1160, 1299, 1522, 1581, 1590, 1611, 1658, 1688, 1739, 1941; — 71 г. 1115, — 73 г. 1513, 1686; — 74 г. 88, 501; — 75 г. 278, 631; — 76 г. 89.

¹⁵⁾ Гр. Касс. Рѣш. 1875 г. № 107.

¹⁶⁾ Напр. Гр. Касс. Рѣш. 1869 г. № 651, 720; 72 г. 355.

¹⁷⁾ Гр. Касс. Рѣш. 1868 г. № 1161; — 71 г. 297, 1114; — 72 г. 246; — 73 г. 286, 589, 1067; — 75 г. 680, 739, 1006, 1030; — 76 г. 309; — 77 г. 256.

¹⁸⁾ Отсутствие проверки высшимъ судомъ дѣйствій суда по усмотрѣнію можетъ возбуждать серьезныя опасенія. См. напр. Ballow, Archiv für die Civ. Praxis 1881, Band. 64 стр. 23.

на сколько правильно опредѣлилъ его постулаты и, затѣмъ, на сколько правильно примѣнялъ ихъ ¹⁹⁾).

Пособія.

Судебная практика и литература.

§ 13.

Судебная практика ¹⁾.

Въ силу принципа равенства гражданъ предъ закономъ задачей судебной практики должно быть единообразное примѣненіе закона. Научное пониманіе закона, какъ основаніе единообразнаго примѣненія оного. Отсюда общее значеніе судебной практики въ силу научныхъ достоинствъ ея выводитъ и положеній. Противуположное воззрѣніе, признающее за судебною практикою обязательную силу, равную съ закономъ. Различіе значенія кассационной практики по русскому законодательству: 1) для дѣлъ, по которымъ данное кассационное рѣшеніе состоялось; 2) вообще для всѣхъ гражд. дѣлъ, производящихся и рѣшаемыхъ послѣ опубликованія кассационныхъ рѣшеній
Толкованіе ст. 813 и 815 уст. гр. судопр.

По основной своей идеѣ судъ для всѣхъ долженъ быть *равный*—это значить, между прочимъ, что судъ долженъ для всѣхъ одинаково прилагать законъ. Это требованіе вытекаетъ изъ признаннаго во всѣхъ европейскихъ государствахъ равенства гражданъ предъ закономъ и настолько существенно, что только при немъ возможно дѣйствительное равенство предъ закономъ; не одинаковое примѣненіе закона дѣлало-бы законъ одинаковый абстрактно, неодинаковымъ для всѣхъ въ дѣйствительности. Итакъ въ области гражд. правосудія такое

¹⁹⁾ Въ этомъ смыслѣ было нѣсколько касс. рѣшеній. Напр. Гражд. Касс. Рѣш. 1875 г. № 458,—77 г. 325, 203,—69 г. 720,—72 г. 50, 271, 355. Нужно, впрочемъ, замѣтить, что воззрѣнія кассационной практики по вопросу о компетентности касс. суда по этому предмету не установились еще съ достаточною опредѣленностью.

¹⁾ Н а u s, Versuch über den rechtl. Werth des Gerichtsgebrauchs. 1798. I o r d a n, Bemerkungen über den Gerichtsgebrauch Archiv. für die Civil. Praxis. Band. VIII стр. 232 — 257. W ä c h t e r, Beitrag zur der Lehre vom Gerichtsgebrauche. Тамъ-же Band. XXIII, стр. 432—446.

требованіе одно изъ принципиальныхъ: имъ обусловливается въ глазахъ народа высокое достоинство суда какъ высшаго носителя идеи законности, ея блюстителя и исполнителя, одинаково для всѣхъ, единообразно прилагающаго законъ. Единообразное примѣненіе закона возможно только при единообразномъ пониманіи онаго. Очевидно, что установленіе единообразнаго пониманія и приложенія закона будетъ тѣмъ вѣрнѣе, прочнѣе, чѣмъ шире и глубже будутъ проникать въ судебную практику научныя начала и приемы, чѣмъ компетентнѣе въ научномъ пониманіи закона будутъ органы, примѣняющіе его. Отсюда являются сами собою слѣдующія требованія, коимъ долженъ удовлетворять судъ примѣняя законъ въ производствѣ и рѣшеніи дѣлъ:

а) всѣ дѣйствія суда должны совершаться на основаніи научнаго пониманія и приложенія закона, и какъ таковыя они могутъ быть сформулированы въ видѣ положеній, которыя имѣютъ за собою право на авторитетность, какъ всякій научный тезисъ,²⁾ и потому

б) судебныя установленія, разъ практикой выработался данный тезисъ, обязаны слѣдовать ему во всѣхъ дальнѣйшихъ тождественныхъ случаяхъ, тѣмъ болѣе, если эти случаи возникаютъ въ практикѣ того суд. учрежденія, которое само установило данный тезисъ, или когда тезисъ установленъ высшимъ въ государствѣ судебнымъ установленіемъ, призваннымъ спеціально для повѣрки рѣшеній въ смыслѣ правильности истолкованія и примѣненія судами законовъ. Итакъ, начала, выработанныя судебной практикой, имѣютъ авторитетъ для судебныхъ установленій на столько, на сколько они являются научными началами. Боль скоро они таковы, что не выдерживаютъ научной критики, они не могутъ получать значенія руководственныхъ началъ. Имѣя за собою авторитетъ научныхъ положеній, судебныя рѣшенія, очевидно, представляютъ весьма важное пособіе въ развитіи началъ права. Для теоретическихъ работъ судебныя рѣшенія представляютъ важное значеніе, главнымъ

²⁾ Wächter l. c. стр. 432, 433, 445. Jordan l. c. стр. 233, 234, 235.

образомъ, какъ фактическій матеріалъ, въ нихъ мы имѣемъ массу конкретныхъ случаевъ съ разнообразными варіаціями и оттѣнками, какими такъ богата дѣйствительная правовая сфера; отсюда, при такомъ матеріалѣ устранивается для теоріи опасность крайней отвлеченности, крайней сухости и схоластичности, съ другой стороны открывается вѣрный путь къ установленію необходимой связи между наукой права и жизнью³⁾. Нужно, впрочемъ, сказать, что существуютъ воззрѣнія, по которымъ судебная практика, по крайней мѣрѣ кассаціонная, будто имѣетъ обязательную силу для судебныхъ постановленій не потому что представляетъ научныя достоинства, но потому только, что это практика высшаго кассаціоннаго суда.

Въ литературѣ съ давнихъ поръ дебатировался вопросъ имѣетъ ли судебная практика въ гражд. судопроизводствѣ силу равную съ закономъ? На первыхъ порахъ были мнѣнія въ пользу признанія за судебной практикой силы, равной съ закономъ⁴⁾. Но такого мнѣнія нельзя выводить ни изъ основныхъ понятій о судебной власти, ни изъ понятій о судебной практикѣ, какъ о выработавшемся юридическомъ обычаѣ. Главнымъ основаніемъ мнѣнія были нѣкоторые мѣста изъ римскаго права, которые и послужили для названныхъ авторовъ исходной точкой ихъ теоріи. Но относящіяся сюда мѣста римскаго права недостаточно точны и опредѣленны, такъ что на нихъ никоимъ образомъ нельзя строить полной теоріи о значеніи судебной практики.⁵⁾ Сюда прежде всего относится l. 38 (1, 3) D. in ambiguitatibus, quae ex legibus proficiscuntur, consuetudinem, aut rerum perpetuo similiter judicatarum auctoritatem, vim legis obtinere de-

³⁾ Въ виду изложеннаго значенія судебной практики мы въ настоящемъ трудѣ обратили особенное вниманіе на кассаціонную практику Сената, стараясь не пропускать ни одного рѣшенія, относящагося къ гражд. судопроизводству.

⁴⁾ Thibaut System des Pand. R. § 16 и приведенные у него авторы

⁵⁾ Jordan l. c. стр. 249.

bere. Здѣсь прежде всего рѣчь идетъ о случаѣ *ambiguitas legis*, именно, что тогда примѣняются положенія, выработанныя обычаемъ или судебной практикой. Но въ слѣдующемъ *lex* (39) находимъ объясненіе о примѣненіи судебной практики; *quod non ratione introductum, sed errore primum, deinde consuetudine obtentum est, in aliis similibus non abtinet*. Значить и по римскому праву судебная практика имѣетъ примѣненіе настолько, на сколько она представляется разумной, свободной отъ заблужденій и ложныхъ началъ, такимъ образомъ имѣетъ значеніе въ силу своихъ внутреннихъ достоинствъ ⁶⁾. Равнымъ образомъ нельзя за судебной практикой признавать *vim legis* и по соображеніямъ политическаго характера. Говорятъ, важно, чтобы установилась единообразное примѣненіе закона; такое единообразіе установится, если за кассационными рѣшеніями — признать *vim legis*. Но едва-ли отъ обязательности выиграетъ стройность и единство возстановляемаго прававаго порядка; эта цѣль вѣрнѣе можетъ быть достигнута, когда судебная практика будетъ единообразна не по приказу, а потому что въ основу ея будутъ полагаться прочныя научныя начала.

Въ русскомъ законодательствѣ указаны начала, которыми должно опредѣляться значеніе судебной практики ⁷⁾ кассационнаго суда ⁸⁾ по гражданскимъ дѣламъ. Уставъ гр. судопр. различаетъ значеніе опредѣленій кассационнаго суда ⁹⁾:

1) Для того дѣла, по которому состоялось опредѣленіе,

⁶⁾ *Idem* а п., I. с. стр. 252.

⁷⁾ Само собою разумѣется, что здѣсь рѣчь идетъ не по вопросу о законной силѣ судебныхъ рѣшеній, но о значеніи судебной практики для развитія процесс. правъ вообще и какъ пособія для суда и для теоріи.

⁸⁾ Безспорно, для каждаго судебного установленія собственная практика должна имѣть то значеніе, какое указывается вышеизложенными соображеніями.

⁹⁾ Въ смыслѣ необходимости такого различія высказался Сенатъ. Гр. Касс. Рѣш. 1874 г. № 302.

2) Для всѣхъ прочихъ дѣлъ, которыя, послѣ опубликованія сенатскаго рѣшенія, являются предметомъ судебного разсмотрѣнія и рѣшенія.

1) Определеніе кассационнаго суда состоявшееся по данному дѣлу или не отмѣняетъ, утверждаетъ рѣшеніе апелляціонной инстанціи или отмѣняетъ. Въ послѣднемъ случаѣ дѣло для разсмотрѣнія и рѣшенія передается въ другую апелляціонную инстанцію, равную съ постановившей отмѣненное рѣшеніе. Эта инстанція, въ которую дѣло обращено послѣ отмѣны, въ разъясненіи точнаго разума закона *обязана* подчиняться сужденію кассационнаго Сената (ст. 813). Что ст. 813 относится именно къ дѣламъ, которыми сужденія Сената были вызваны ¹⁰⁾, а не вообще ко всѣмъ дѣламъ, которыя разсматриваются и рѣшаются послѣ опубликованія сужденій Сената — это видно изъ того, 1) что она помѣщена между статьями, опредѣляющими порядокъ производства, права и обязанности того судебного установленія, куда дѣла обращены послѣ отмѣны для новаго разсмотрѣнія, при сенатскомъ указѣ, въ которомъ выражено сужденіе его по этому дѣлу; 2) изъ содержанія 813 ст.: она, далѣе, говоритъ, что «кассационныя жалобы противъ постановленнаго на семъ основаніи второго рѣшенія ни въ какомъ случаѣ не пріеムются». Говорится о *второмъ* рѣшеніи дѣла т.-е. о рѣшеніи состоявшемся, на основаніи преподаннаго по сему дѣлу сужденія Сената, въ томъ судѣ, куда дѣло послѣ отмѣны перваго рѣшенія было обращено къ производству; такимъ образомъ 813 ст. имѣетъ специальное значеніе и вовсе не имѣетъ въ виду производство и рѣшеніе дѣлъ, которые не были отмѣнены въ кассационномъ порядкѣ, словомъ, не имѣетъ въ виду сдѣлать обязательными сужденія Сената для судебныхъ установленій при разсмотрѣніи и рѣшеніи вообще всѣхъ дѣлъ, а не-только тѣхъ, которыя обращены къ нимъ для вторичнаго разсмотрѣнія послѣ кассации и по поводу которыхъ высказаны сужденія Сената. Наконецъ,

¹⁰⁾ Въ одномъ рѣшеніи Сенатъ неправильно цитируетъ 813 ст. вмѣсто 815 ст. Рѣш. 1871 г. № 587.

3) указанное специальное значеніе ст. 813 подтверждается и тѣмъ, что уставъ особой статьей 815 опредѣляетъ общее значеніе кассационныхъ рѣшеній.

Обязанность судебныхъ установленій слѣдовать сужденію Сената при вторичномъ разсмотрѣніи и рѣшеніи дѣлъ, по которымъ было высказано это сужденіе — вполне понятна. Она вытекаетъ изъ понятія о задачѣ кассационнаго суда, какъ высшаго компетентнаго органа, наблюдающаго, по отношенію къ каждому доходящему до него дѣлу, за правильнымъ примѣненіемъ судомъ законовъ и соблюденіемъ существенныхъ формъ производства. Разъ Сенатъ пришелъ къ такому-то убѣжденію при разсмотрѣніи даннаго дѣла въ порядкѣ кассациі, и высказалъ свое сужденіе, — понятно, судъ, разсматривающій тоже дѣло послѣ кассациі, долженъ слѣдовать этому сужденію; въ противномъ случаѣ кассационное производство теряло бы всякій смыслъ. Но и здѣсь въ основѣ обязательности сужденій кассационнаго суда по нашему уставу лежитъ идея, что эти сужденія наиболѣе правильны, компетентны, а не одно то, что это — сужденія касс. суда; въ виду данныхъ, констатированныхъ производствомъ обстоятельствъ судъ по существу пришелъ къ такому-то юридическому положенію; кассационный судъ въ виду тѣхъ же обстоятельствъ нашелъ это положеніе неправильнымъ и пришелъ къ другому. Но мысли закона сужденія касс. суда наиболѣе компетентны, потому они должны быть приняты въ основу новаго разсмотрѣнія дѣла послѣ кассациі. Что обязательность сужденій касс. суда опирается на большей научной компетентности ихъ, видно, далѣе, изъ того, что эта обязательность устраняется, коль скоро при новомъ производствѣ, являются новыя данныя, не бывшія въ отмѣненномъ производствѣ, являются новыя точки отправленія для юридическаго мышленія и выводовъ. Потому понятно, что когда при новомъ разбирательствѣ нѣтъ новыхъ данныхъ, судъ по обязанности долженъ примѣнить сужденія сената¹¹⁾,

¹¹⁾ Примѣненіе сужденій Сената въ такихъ случаяхъ обязательно. 1870 г. 451; 71 г. 1194; 74 г. 853; 75 г. 66; 72 г. 445; 76 г. 529; 68 г. 248.

и вторичная кассация не допускается, иначе Сенату второй разъ пришлось бы разсматривать тоже дѣло, какъ бы провѣрять себя. Напротивъ, когда при новомъ разбирательствѣ являются новыя данныя, судъ по существу долженъ подвергнуть ихъ своему обсужденію при второмъ производствѣ и рѣшеніи. Возможно, что онъ придетъ къ другимъ результатамъ, свобода его изслѣдованій въ этомъ случаѣ не можетъ быть ограничена сужденіями Сената, а съ тѣмъ вмѣстѣ открывается возможность вторичнаго кассац. производства¹²⁾.

2) Значеніе кассационной практики для всѣхъ дѣлъ, которыя, послѣ опубликованія въ официальномъ сборникѣ рѣшеній касс. департаментовъ, являются предметами судебного разсмотрѣнія и рѣшенія, — значеніе ея для этихъ дѣлъ опредѣлено особой статьей, 815 уст. гражданск. судопроизводства, по которой «всѣ опредѣленія Сената по просьбамъ объ отиженіи рѣшеній публикуются во всеобщее свѣдѣніе, для руководства къ единообразному истолкованію законовъ». Итакъ, по уставу кассационная практика должна служить *руководствомъ*. Понятіемъ «руководство» опредѣляется ея значеніе для судебныхъ постановленій. Достоинство руководства по какой бы то ни было отрасли знанія обусловливается его научными качествами и чѣмъ болѣе оно научно, тѣмъ значеніе его должно быть обязательнѣе. Но, само собою разумѣется, никакое научное руководство не закрываетъ возможности критическаго отношенія къ положеніямъ руководства и къ дальнѣйшей научной разработкѣ тѣхъ-же вопросовъ, а, въ результатъ, не дѣлаетъ не возможнымъ выработку иныхъ положеній, иныхъ выводовъ. Такимъ образомъ, значеніе кассационной практики для судебныхъ постановленій сводится къ тому 1) что судебныя установленія должны знать это «руководство» и пользоваться имъ; 2) въ вопросахъ, подлежащихъ разрѣшенію, тогда только дѣлать отступленія, когда, по данному вопросу въ данномъ дѣлѣ придуть въ результатъ

¹²⁾ Въ этомъ смыслѣ высказывается Сенатъ. Рѣш. 1873 г. № 341; 70 г. 330; 71 г. 542, 75 г. 969.

къ воззрѣнію, по которому сужденіе Сената не выдерживаетъ критики, и новое мнѣніе, въ силу своей большей научности, должно служить исправленіемъ, дополненіемъ и дальнѣйшимъ развитіемъ руководства¹³⁾. Значеніе кассационной практики въ такомъ смыслѣ обязательно и для самаго Сената¹⁴⁾.

Литература *).

§ 14.

Очеркъ историческаго развитія теоріи гражданскаго процесса. *Итальянская доктрина*, ея догматическій характеръ и абстрактность. Главнѣйшіе представители этой теоріи. Вліяніе итальянской теоріи въ *Германиі*. Появленіе самостоятельнаго направленія у нѣмецкихъ ученыхъ въ изслѣдованіяхъ по гражданскому процессу. — *Натурфилософская школа*; сущность ея воззрѣній на процессъ. Представители этой школы. Противуположное воззрѣніе, прово-

¹³⁾ Говоря объ обязательности «руководства», возможности критическаго отношенія къ нему и дальнѣйшаго развитія научныхъ положеній его, мы, понятно, вмѣстѣ съ тѣмъ предполагаемъ необходимость пользованія *пріемами научнаго изслѣдованія* конкретныхъ данныхъ дѣла. Новыя данныя, не бывшія въ виду Сената при его сужденіяхъ, могутъ повести къ новымъ, другимъ положеніемъ, тѣмъ какія высказалъ Сенатъ, не имѣя въ виду этихъ данныхъ. Гр. Касс. Рѣш. 1868 г. № 326; 75 г. 906, 476.

¹⁴⁾ Новое германское законодательство (*Gerichtsfassungsgesetz* § 137) устанавливаетъ, что если гражд. касс. Сенатъ въ данномъ дѣлѣ придетъ къ воззрѣнію, не согласному съ прежними рѣшеніями его, въ такомъ случаѣ дѣло должно разсматриваться въ соединенномъ собраніи Сената. Такимъ образомъ законъ косвенно признаетъ кассационный судъ обязаннымъ слѣдовать тѣмъ воззрѣніямъ, какія были высказаны въ прежнихъ рѣшеніяхъ этого Суда. Критика этихъ воззрѣній и отступленіе отъ нихъ обставлены гарантіями наиболѣе полнаго, всесторонняго и зрѣлаго изслѣдованія.

*) Danz, Grundsätze des ord. Processes, §§ 19 — 22. Rudorff *Grundriss zu Vorlesungen über den Civilprocess*. § 2. Walther, *Die Literatur des gemeinen ord. Civilprocesses*. Wal, *Beiträge zur Literaturgeschichte des Civilprocesses* (составл. по Вальтеру съ прибавленіями автора и предисловіемъ издателя Stintzing'a). Muther, въ *Zeitschrift für Rechtsgesch.* B. VI и VIII. Wetzell, *System*, § 3. Renaud, *Lehrbuch*, § 10. Endemann, *Das deutsche Civilprocessrecht*, § 6—11. Bordeaux, *Philosophie de la procédure civile*, стр. 53 и слѣд.

дившееся принципъ государственной опеки въ области гражд. процесса. Направление *лейпциговъ*; представители его. Вліяніе *исторической школы* на дальнѣйшее развитіе теоріи гражданскаго процесса. Историческое развитіе теоріи гражд. процесса *во Франціи*; самостоятельность французской теоріи и тѣсная связь развитія ея съ дѣйствительными потребностями гражд. правосудія. Вліяніе французской теоріи на дальнѣйшую разработку процессуальнаго права въ Европѣ. *Сравнительное изученіе* гражданскаго процесса. Представители этого направленія Ученые труды, обнимающіе всю систему гражданскаго процесса. Появленіе новаго направленія въ трудахъ нѣмецкихъ ученыхъ по гражд. процессу со времени изданія *Civilprozessordnung für d. Reich.* 1877 г. Русская литература по гражд. процессу.

Научныя работы по гражданскому судопроизводству имѣютъ весьма важное значеніе для законодателя при составленіи и измѣненіи процессуальныхъ законовъ, съ другой стороны, онѣ имѣютъ не меньшее значеніе въ практическомъ отправленіи гражданскаго правосудія. Въ этихъ двухъ направленіяхъ научныя изслѣдованія имѣли громадное вліяніе въ историческомъ развитіи процессуальнаго права у всѣхъ европейскихъ народовъ и содѣйствовали установленію общихъ принциповъ процесса, получившихъ признаніе въ современныхъ законодательствахъ и судебной практикѣ. Потому историческое развитіе теоріи представляетъ существенный интересъ.

Исторія развитія теоріи нашей науки распадается на два періода, на время до XV вѣка и послѣ XV вѣка, съ котораго начинается непрерывное, послѣдовательное развитіе ея до настоящаго времени.

До XV вѣка представителями вообще теоріи права были итальянцы; они для теоріи гражд. процесса сдѣлали очень много; идя, далѣе, въ глубь исторіи, намъ бы слѣдовало остановиться на римскомъ процессѣ. Но извѣстно, что итальянская теорія была главнымъ образомъ построена на римской, потому отлѣльно говорить о римскомъ процессѣ намъ нѣтъ надобности; для нашей цѣли, для того, чтобы изучить почву, на которой возникла и развивалась современная теорія гражд. процесса, достаточно остановиться на итальянской доктринѣ. Направленіе и характеръ теоретическихъ трудовъ итальянцевъ опредѣлялись состояніемъ, въ какомъ находился въ то время гражд.

процессъ въ Италіи. Нужно знать, что въ Италіи въ то время дѣйствовалъ римскій процессъ, но въ какомъ видѣ? Извѣстно, 1) что римскій *ordo iudiciarius* въ позднѣйшее императорское время подвергся значительнымъ измѣненіямъ, потерявъ въ значительной степени свою консеквентность, и въ кодексы Юстиніана не было связнаго цѣльнаго изложенія гражд. процесса. Между тѣмъ итальянская практика должна была прилагать римскій процессъ. Такимъ образомъ возникла потребность собрать и привести въ связь разрозненные матеріалы источниковъ примирить кажущіяся противорѣчія и безчисленные подробности объединить въ одной общей точкѣ зрѣнія.

2) Труды глоссаторовъ служили руководствомъ не только въ тѣхъ итальянскихъ общинахъ, гдѣ сохранилось римское право и процессъ, — они предназначались и для церковныхъ судовъ, въ которыхъ безъ различія національностей относительно духовенства и церкви дѣйствовало римское право. И вотъ тутъ возникали затрудненія: въ это время папское законодательство, видоизмѣняло и дополняло римскій процессъ многочисленными постановленіями, которыя въ церковныхъ судахъ не могли быть игнорированы, между тѣмъ экзегеза по природѣ своей давала возможность цивилистамъ въ очень незначительной степени принимать въ соображеніе папское законодательство, столь-же мало было возможности и канонистамъ возвращаться къ римскому процессу. Такимъ образомъ возникла потребность въ такой формѣ изложенія процессуальнаго права, которая признавала бы свободу пользованія обоими источниками, и римскимъ правомъ и каноническимъ, и такая форма нашлась въ самостоятельномъ догматическомъ изслѣдованіи процесса по обоимъ источникамъ. Въ силу двухъ вышесказанныхъ причинъ труды итальянскихъ процессуалистовъ посвящены были разработкѣ *догматическаго ученія* о гражд. процессѣ. Наибольше авторитетными представителями итальянской доктрины были: Tancredus († 1234 г. «*Ordo iudiciarius*»); Roffredus Epiphani († 1244 г. «*Tractatus iudicarii ordinis*»), и Durantis († 1296 г. «*Speculum iudiciale*»).

Но сказавъ, что итальянцы разрабатывали догматически ученіе о гражд. процессѣ, мы не имѣемъ еще полного представленія объ ихъ теоріи, какъ источникѣ процессуальнаго права. Значеніе ея съ этой стороны обуславливалось ея характеромъ и направленіемъ.

Въ направленіи своемъ теорія исходила изъ положительнаго законодательства—римскаго и каноническаго, и не обращала никакого вниманія, соответствовали-ли догматическія положенія ея требованіямъ дѣйствительнаго гражд. процесса. Съ другой стороны по характеру своему теорія обуславливалась общимъ складомъ умственной дѣятельности итальянцевъ въ описываемое время, именно, схоластицизмомъ и безотчетной вѣрой въ авторитетъ. Въ результатѣ итальянская доктрина должна была отличаться *абстрактностью*.

Создавая отвлеченныя нормы, она схематически опредѣляла, что долженъ дѣлать судья, что—стороны. Здѣсь доктрина стремилась подчинить своимъ правиламъ свободу процессуальныхъ дѣйствій до самыхъ мельчайшихъ подробностей; какъ стороны, такъ и судъ одинаково были скованы абстрактными правилами. Дальнѣйшее развитіе ея состояло въ увеличеніи формъ и правилъ, стѣснявшихъ свободу, какая необходима въ процессѣ для судьи, пока наконецъ вся его дѣятельность была ограничена однимъ только наблюденіемъ за сторонами, чтобы онѣ строго исполняли процессуальныя формальности, стороны же въ свою очередь наблюдали, чтобы судья ни на шагъ не отступалъ отъ предписанныхъ ему формъ. — Находясь подъ вліяніемъ такой доктрины, процессуальное право неминуемо страдало формализмомъ, заслонявшимъ собою сущность дѣла; жизненныя требованія гражданского правосудія не получали удовлетворенія, напротивъ, часто парализовались прямо противоположными нормами доктрины. Вотъ та теорія, которая существовала возникновенію и развитію современной теоріи процесса. Понятно, какъ важно было для новой теоріи то обстоятельство, будетъ ли она наслѣдіемъ итальянской теоріи или совершенно самообитно будетъ развиваться. Въ Европѣ особенно

выдаются два народа, у которыхъ получила наибольшую обработку процессуальная теорія. Одинъ народъ — нѣмцы унаслѣдовали итальянскую теорію, другой — французы пошли самобытнымъ путемъ.

Въ Германію итальянская теорія перенесена въ XIV вѣкѣ юристами, получившими образованіе въ итальянскихъ школахъ, частью же путемъ итальянскихъ сочиненій, или сочиненій, представлявшихъ изложеніе итальянской доктрины; ими руководствовались въ практикѣ большинство судей, не получившихъ образованія. Понятно, судьи не могли не встрѣчать затрудненій въ примѣненіи итальянской доктрины къ мѣстному процессу, и верхъ бралъ, конечно, итальяскій процессъ, какъ наиболѣе выработанный; но мѣстный процессъ не совсѣмъ исчезъ; его особенности сохранили свое значеніе и были слиты доктриной съ чужимъ процессомъ. Особенно государства съ саксонскимъ правомъ отличались строгимъ сохраненіемъ своихъ исторически унаслѣдованныхъ процессуальныхъ нормъ. Здѣсь юристы пользовались чужимъ процессомъ свободно, на сколько такое пользованіе не исключало примѣненія нормъ туземнаго процесса. Представителями этого направленія были König и Benedict Carpzow. Въ большей-же части Германіи держались цѣликомъ итальянской доктрины (Mynsinger, Andreas Caill). Потому, естественно она должна была имѣть для процесс. права въ Германіи тѣ-же послѣдствія, какія имѣла въ въ Италіи, только на самой теоретической разработкѣ процессуальнаго права нѣмцами должна была отразиться и отразилась еще болѣе невыгодно. Схоластика, перешедшая въ Германію вмѣстѣ съ итальянской доктриной, постепенно ослабляла научный духъ критики и анализа, такъ что съ XVII вѣка нѣмцы перестали даже изучать итальянскую теорію и ограничивались только тѣми сборниками и компиляціями итальянской доктрины, которые были составлены въ первое время по принятіи ея. Это, разумѣется, должно было повести къ застою, и, такимъ образомъ, для развитія процессуальнаго права, можно сказать, ничего не было сдѣлано.

Вышеуказанное состояніе продолжалось до того времени, пока не наступило пробужденіе въ умственной жизни Германіи. Мы не будемъ разбирать причины, вызвавшія такое пробужденіе, скажемъ только, въ чемъ и какъ оно отразилось на процессуальной теоріи. Здѣсь пробужденіе научнаго духа даетъ себя чувствовать прежде всего въ томъ, что начали изслѣдовать основныя идеи процессуальнаго права и прилагать ихъ къ оживотворенію и объясненію мертваго матеріала, унаслѣдованнаго отъ итальянской доктрины. Итакъ, умъ обращался прямо къ сущности процесса, поставилъ для себя задачу—изучить природу процесса. Въ этомъ стремленіи мы не можемъ не узнать того философскаго направленія, которое извѣстно въ Германіи подъ именемъ натурфилософскаго и имѣло задачей изучать природу вещей; въ области нашего предмета это направленіе ставило своей задачей, какъ мы сказали, уяснить природу процесса, другими словами — разработать естественное процессуальное право. Что же такое, по этой философіи, вообще природа права? Каждый правовой институтъ возникаетъ въслѣдствіе извѣстной потребности и направленъ къ опредѣленной цѣли; потребность обуславливается даннымъ состояніемъ соціального строя, слѣдовательно состояніе соціального строя дѣлаетъ необходимымъ существованіе института. Такимъ образомъ, данное состояніе общества нужно разсматривать какъ задачу, къ которой правовой институтъ относится такъ-же, какъ рѣшеніе относится къ проблемѣ. Рѣшеніе задачи правового института состоитъ въ гармоніи всего соціального строя. Понятіе объ отношеніи правовыхъ институтовъ къ соціальному строю есть понятіе (*Ansicht*) о природѣ вещей въ области права. Противъ этого воззрѣнія еще ничего нельзя сказать; но когда натурфилософы стали въ частности примѣнять свою философію къ гражд. процессу, они точно такъ-же отпоявлялись отъ того состоянія общества, которымъ вызывается гражд. процессъ. Правовые институты, подлежащіе здѣсь изученію, суть институты частнаго гражданск. права, т.-е. такіе, которые главнымъ образомъ обуславлива-

ются волею субъекта ихъ; натурфилософы на этой только особенности спорнаго отношенія и остановились; и только отсюда дѣлали дальнѣйшіе философскіе выводы, только на этой особенности строили весь гражд. процессъ, между тѣмъ намъ извѣстно, что спорное состояніе, вызывающее гражд. процессъ, имѣетъ другую особенность, именно, въ немъ замѣшанъ интересъ государства — предупредить насиліе и гарантировать спокойствіе правоотношеній. Эту другую сторону спорнаго отношенія натурфилософы оставили безъ вниманія. Такимъ образомъ точка отправления не обнимала всей природы процесса и его функций и, понятно, ихъ теорія гражд. процесса должна была явиться односторонней; принципъ состязательности доведенъ былъ до крайностей въ ущербъ свободѣ дѣйстви суда, необходимой для веденія процесса, разбирательства и рѣшенія дѣла; судъ, по этой теоріи, является машиной, которая начинается, продолжаетъ или перестаетъ дѣйствовать и при томъ такъ, а не иначе дѣйствовать, по произволу сторонъ. Натурфилософская школа имѣла громадное вліяніе на современное ей процессуальное гражд. право: произвольныя обобщенія и выводы пришлось по вкусу практикѣ и получили здѣсь широкое примѣненіе; вліяніе школы оставило слѣды и въ законодательствѣ. Представителями этого направленія были: Gonner: «Handbuch des deutschen gemeinen Processes» 1804. Grolmann: «Theorie des Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten.» 1826. Harscher von Almindingen: «Metaphisik des Civilprocesses.» 1805. Gaisberg: «Allgemeine Vorkentnisse zur Theorie des Civilprocesses.» 1820.

На ряду съ этимъ направленіемъ во второй половинѣ XVIII вѣка въ жизни европейскихъ государствъ начинается явственно обозначаться новое явленіе: ученіе энциклопедистовъ, какъ извѣстно, имѣло громадное вліяніе на нѣкоторыхъ представителей государственной власти и сказалось въ заботахъ о подданныхъ; забота въ дальнѣйшемъ привела къ взгляду, что государство должно принимать на себя опеку надъ обществомъ.

Этотъ взглядъ отразился и на организаціи отношеній судебной власти къ гражд. процессу. Такимъ образомъ, мы видимъ новое направленіе въ теоріи, вышедшее не изъ понятія о природѣ гражданскаго процесса, а изъ понятія о государственной опеѣ надъ подданными, понятія лежащаго внѣ фактической конструкціи гражд. процесса. Проводя основной взглядъ чрезъ весь процессъ, теоріа, въ противоположность состязательному началу, даетъ широкую свободу дѣйстви судѣ и очень мало сторонамъ; судѣ предоставляется раскрывать матеріальную истину, собирать доказательства, словомъ, въ случаѣ надобности, дѣйствовать за того или другаго изъ тяжущихся по своему усмотрѣнію. Односторонность теоріи, игнорировавшей существенную сторону въ гражд. процессѣ — частный характеръ спорныхъ правъ, отразилась въ дѣйствительности одностороннимъ развитіемъ гражд. процесса; въ такомъ направленіи составлялись процессуальные кодексы (напр. извѣстный прусскій *Proceßordnung* Фридриха великаго), въ такомъ-же направленіи дѣйствовала и судебная практика. Итакъ, мы видимъ, что въ развитіи процессуальной теоріи въ Германіи выработались два совершенно противоположныя направленія, съ такими-же противоположными крайностями вырабатывалось въ дѣйствительности и гражд. процессуальное право. Понятное дѣло, въ прижненіи какъ та, такъ и другая теоріа соединялись съ неудобствами, невыгодами для тяжущихся и для суда, и гражданскій процессъ не достигалъ своей цѣли. Въ самомъ процессуальномъ правѣ произошла путаница, причемъ ниспровергнута была установившаяся практика; между тѣмъ даже въ отдѣльныхъ вопросахъ не достигли сколько нибудь вѣрныхъ результатовъ. Фактъ этотъ не могъ не обратить на себя вниманія тогдашнихъ мыслителей, людей близко стоявшихъ къ отправленію гражданскаго правосудія. Нужно было найти исходъ; гдѣ-же его искать? Философія, видѣли, привела къ крайности, соображенія государственной политики — къ неменьшей крайности; болѣе устойчивымъ представлялось положительное процессуальное законодательство; оно опредѣляло дѣй-

ствовавшіе процессуальные институты; по крайней мѣрѣ видѣли, что тутъ не можетъ господствовать произволъ въ построеніи теоріи. И вотъ явилось новое направленіе, взявшее себѣ исходнымъ пунктомъ положительное законодательство. Представителями этого направленія были: Martin: «Lehrbuch des deutschen gemeinen bürgerlichen Processes», такъ же его «Vorlesungen»; Linde: «Handbuch des deutschen bürgerlichen Processes»; Sintenis: «Erläuterungen.», и другіе.

Но возможно-ли было отъ этого направленія ожидать такой теоріи, которая-бы давала полное познаніе о гражданскомъ процессѣ въ его существѣ? Заранѣе можно было сказать, что нѣтъ; мы знаемъ, какъ слагались положительные процессуальные законодательства Германіи, они отражали въ себѣ — одни — теорію натурфилософовъ, другія — теорію государственной опеки, и процессуальные институты, по этимъ законодательствамъ, были таковы, а не иные, потому что соответствовали той или другой теоріи; потому новое направленіе, исходившее изъ положительнаго законодательства, могло давать о гражд. процессѣ такое понятіе, которое проводилось означенными законодательствами, слѣдовательно, понятіе неудовлетворительное, и, признавая одно только письменное право, оно отрицало всѣ процессуальные институты, не вытекавшіе отсюда. Вслѣдствіе чего еще болѣе увеличился разладъ между теоріей и потребностями дѣйствительнаго гражд. правосудія.

Но означенная школа имѣла въ другомъ отношеніи весьма важное значеніе въ историческомъ развитіи процессуальной теоріи. Въ результатъ, она должна была представить всѣ тѣ процессуальныя явленія, которыя опредѣлялись положительными законодательствами, явленія въ ихъ разнообразной формѣ, съ неодинаковымъ значеніемъ по разнымъ законодательствамъ.

Одновременно съ исключительно легальнымъ направленіемъ, давшимъ такіе результаты, производились работы *исторической школы*. Относительно гражд. процесса задачей ея было раскрытіе историческихъ основъ современнаго процесса и постепеннаго его развитія. Въ результатъ было выяснено, что римское про-

цессуальное законодательство не произвольный сборникъ, но результатъ развитія, совершавшагося въ теченіи цѣлыхъ вѣковъ. При этомъ изученіи оказалось, что кромѣ римскаго права въ развитіи процесса имѣли значеніе и другіе составные элементы, именно, государственное устройство, нравы и обычаи страны. Вліяніе этихъ національных элементовъ отразилось въ тѣхъ измѣненіяхъ, какіе внесены были въ римскій процессъ на германской почвѣ; органомъ самостоятельныхъ юридическихъ воззрѣній были юристы. Итакъ, обобщая значеніе исторической школы, мы должны сказать, что она указала на первоисточникъ общаго процессуальнаго матеріала, именно на *практическія потребности* членовъ общества и всего социального строя. Представителями этой школы являются: Bethmann-Hollweg, Puchta, Keller, Rudolff и Plank.

Когда обозначились результаты четырехъ изложенныхъ направленій, на почвѣ ихъ возникло стремленіе къ *сравнительному изученію* процессуальнаго права европейскихъ народовъ; въ кругъ этого изученія вошелъ и *Code de la procédure civile*. И это обстоятельство составляетъ эпоху въ развитіи теоріи. Въ чемъ же заключается особенность французскаго процессуальнаго права и теоріи?

Французскій процессъ, въ противоположность нѣмецкому, сложился *фактически*; потому въ немъ на первыхъ же порахъ были тѣ существенныя элементы, которые необходимо вызывались, какъ скоро общество доразвилось въ своей организаціи до того, что для рѣшенія гражд. споровъ члены его должны обращаться къ судебной власти; въ немъ тяжущіеся являются съ непосредственнымъ сознаніемъ принадлежащаго, но подвергнутаго спору, права, являются съ заботами о немъ, каждый, какъ о своемъ, съ сознаніемъ свободы распоряжаться имъ, какъ своимъ; съ другой стороны судъ, къ которому должны обращаться спорящіе, какъ органъ государственной власти, съ перваго-же момента дѣйствуетъ подъ давленіемъ того обстоятельства, чтобы предупредить самоуправство и насиліе по поводу возникшаго спора. Вотъ исходные моменты, побужденія

и намѣренія дѣателей гражд. процесса. Отсюда слагаются ихъ взаимныя отношенія и дѣйствія въ производствѣ и рѣшеніи дѣла. Въ такомъ видѣ фактическая конструкція была формулирована закономъ. вмѣстѣ съ слагавшимся такимъ путемъ законодательствомъ возникла процессуальная теорія. Историческое развитіе законодательства и теоріи не представляетъ вліянія чуждыхъ элементовъ Итальянская доктрина, начинавшая было проникать во Францію со времени переселенія папъ въ Авиньонъ, благодаря различнымъ законодательнымъ распоряженіямъ, скоро утратила свое значеніе во французскомъ процессѣ. Вообще мы не встрѣчаемъ здѣсь теоретическихъ изслѣдованій, какъ въ Германіи, но зато не встрѣчаемъ и тѣхъ ложныхъ одностороннихъ направленій, какія пережила процессуальная теорія въ Германіи. Во Франціи насъ поражаетъ тѣсная связь процессуальнаго права съ жизнію. Въ развитіи его ближайшее участіе принимали юрисконсулты; они писали о томъ, что, по ихъ наблюденіямъ и опыту, требовалось судебной практикой; само общество, близко стоя въ фактической сторонѣ процесса, въ литературѣ выражало свое порицаніе или уваженіе къ тѣмъ или другимъ процессуальнымъ институтамъ или судебнымъ дѣателямъ. Члены судебныхъ учрежденій, парламента писали цѣлые трактаты о качествахъ, необходимыхъ для судьи; изъ числа этихъ писателей былъ Lamoignon, подготовившій своими «ag-gétés» ордонансъ 1667 года; за нимъ можно насчитать цѣлый рядъ писателей до конца XVIII в. Умственное движеніе, охватившее въ это время Францію, коснулось только внѣшнихъ, бросающихся въ глаза, сторонъ процесса. Публицисты, фигурировавшие тогда, не были юристами и, видя злоупотребленія судей и тяжущихся, доходили до отрицанія необходимости процессуальныхъ формъ и вообще судебныхъ установленій. Въ какомъ-же духѣ и направленіи работали специалисты — юристы? Въ трудахъ ихъ не замѣтно вліяній волновавшихъ умы теорій; они продолжали стоять на почвѣ положительнаго закона, на фактахъ дѣйствовавшего процесса. Труды Pigeau,

Denisart, Lange, Bornier, Jousse, были комментаріями ордонанса 1667 г. Въ такомъ положеніи находились воззрѣнія на процессъ, когда революція, вмѣстѣ съ другими общественными учрежденіями, отмѣнила и ордонансъ 1667 г. закономъ 1793 года, съ которымъ въ судопроизводствѣ начинается анархія. Но такое напряженное состояніе не могло долго продолжаться; броженіе ослабѣвало, сильнѣе и сильнѣе давала знать о себѣ реакція, и консульство 1800 года возстановило ордонансъ на время, пока приготовится новый законъ, который и явился въ 1806 г. подъ именемъ *Code de la procédure civile*. Коммисія, выработавшая проектъ закона, состояла изъ лицъ, близко знакомыхъ съ процессуальнымъ правомъ прежняго времени; членами ея были ученые комментаторы ордонанса (*Pigeau*); на проектъ должны были давать свои соображенія апелляціонный и кассационный суды. Понятно, что на новый законъ должна была оказать и оказала сильное вліяніе прежняя, исторически сложившаяся, процессуальная теорія, хотя снѣжность работъ, въ связи съ другими причинами, воспрепятствовала воспользоваться всѣмъ тѣмъ, что представляла прежняя доктрина. Но существенно важно то, что въ *Code de la procédure civile* вошла выработавшаяся конструкція процесса, въ немъ проведено также сочетаніе свободы процессуальныхъ правъ сторонъ съ свободой процессуальныхъ дѣйствій судьи; природой этихъ правъ и различіемъ въ примѣненіи ихъ, что извѣстно было изъ исторіи, *Code* точно опредѣляетъ моменты дѣйствія суда и сторонъ и взаимное ихъ отношеніе.

Труды позднѣйшихъ французскихъ процессуалистовъ стояли на почвѣ кодекса; потому хотя труды эти имѣютъ видъ комментарія, но о каждомъ процессуальномъ институтѣ они даютъ научное понятіе, такъ какъ вмѣстѣ съ кодексомъ исходятъ изъ фактической конструкціи гражд. процесса. Труды эти не оставляютъ, далѣе, безъ вниманія всѣ тѣ частныя случаи судебной практики, которые касаются процессуальнаго права. Потому французская теорія постоянно пополняется новыми фактами изъ дѣйствительной жизни, которые болѣе и

болѣе выясняютъ, и оправдываютъ основной неизмѣнный законъ гражд. процесса до самыхъ мельчайшихъ его проявленій.

Какъ скоро въ сравнительное изученіе процессуальнаго законодательства вышелъ *Code de procédure civile* и французская теорія, то въ общей процессуальной теоріи начинается новая эпоха. Здѣсь нѣмцы не нашли ни крайностей состязательнаго процесса, ни крайностей процесса слѣдственнаго, но здѣсь наглядно говорила о себѣ фактическая конструкция гражд. процесса, какъ она складывается въ силу необходимости; въ ней нельзя было не видѣть того исходнаго пункта, который представляется единственно вѣрнымъ въ изученіи гражд. процессуальнаго права; отсюда стало понятнымъ, неизвѣстное дотолѣ въ Германіи, гармоническое сочетаніе свободы процессуальныхъ дѣйствій суда съ свободой дѣйствій тяжущихся. Вотъ результатъ, который былъ достигнутъ сравнительнымъ изученіемъ европейскихъ законодательствъ; заслуга школы сравнительнаго изученія громадна. Представителемъ этой школы должно назвать Миттермайера: «*Der gemeine deutsche bürgerliche Process in Vergleichung mit dem preussischen und französischen Civilverfahren*». Изъ новѣйшихъ Menger, *System des österr. Civilprocessrechts* 1876. Bar, статья въ *Grünhut's Zeitschrift* 1877 г. изслѣдующая сравнительно австрійскій проектъ уст. гражд. судопр. и новый уставъ германскій 1877 года. Въ духѣ выработавшейся теоріи производились и законодательныя работы въ Европѣ за послѣдніе 20 — 30 лѣтъ, включая сюда и новѣйшій Германскій уставъ гражд. судопроизводства 1877 года, такъ-же русскій уставъ гражд. судопр. 1864 года. Такимъ образомъ историческое развитіе процессуальной теоріи и процессуальныхъ законодательствъ представляетъ богатый матеріалъ для научнаго изложенія ученія о гражд. процессѣ. — Съ характеромъ систематическаго изложенія гражд. процесса извѣстны слѣдующіе труды нѣмецкихъ процессуалистовъ: Heffter «*System des römischen und deutschen Processrechts*». Bayer, «*Vorträge über den gemeinen ordentlichen Civilprocess*» Osterloh

«Lehrbuch des gem. deutsch. ord. C. Processes». Renaud, «Lehrbuch des gem. deutsch. ord. C. Processes.» Endemann, «Das deutsche Civilprocessrecht.» Wetzell, «System des ord. C. Processes.» Изъ трудовъ французскихъ процессуалистовъ извѣстны слѣдующіе главнѣйшіе: Boncenne, *Théorie de la procédure civile.* Boitard, *Leçons de procédure civile.* Carré Chauveau, *Lois de la procédure civile et administrative.*

Въ нѣмецкой процессуальной литературѣ въ новѣйшее время, съ изданіемъ Civilprocessordnung 1877 г., замѣтно двоякое направленіе. Съ появленіемъ новаго закона немедленно стали появляться комментаріи къ нему и въ такомъ обилии, что былобы крайне затруднительно перечислить всѣ ихъ, да и излишне, такъ какъ большая часть изъ нихъ, по признанію нѣмецкой критики, не имѣетъ научнаго значенія. Лучшими считаются—комментаріи Булова, Эндемана, Пухельта, Зибенгаара. Наиболее распространенный, за короткое время вышедшій пятымъ изданіемъ, отличающійся полнотой содержанія, сжатостью изложенія и точностью трудъ Фитинга, проф. въ Галлѣ. *Der Reichs—Civilprocess von Hermann Fitting. 5 auflage 1880.*

Почти одновременно съ комментаріями въ нѣмецкой литературѣ замѣтно другое направленіе; предметомъ изслѣдованія берутся основныя принципы гражданскаго процесса, съ новой постановкой вопросовъ и новымъ освѣщеніемъ. Пока труды съ новымъ направленіемъ касаются отдѣльныхъ вопросовъ процесса и являются или въ видѣ монографій или въ видѣ журнальныхъ статей; дѣлать характеристику этого направленія было бы преждевременно. Мы ограничимся указаніемъ выдающихся трудовъ; сюда относятся

Degenkolb, *Einlassungszwang und Urtheilsnorm 1877.*

Bülow, *Civilprocessualische Fiktionen und Wahrheiten*, въ *Archiv für die civ. Praxis* 1879 г. стр. 1—96.

2. Ero же. *Dispositives Civilprocessrecht und die ver-*

bindliche Kraft der Rechtsordnung, въ томъ же архивѣ 1881. г. стр. 1—109.

Wach, Defensionspflicht und Klagerecht, въ Grünhut's Zeitschrift. 1879 г. стр. 515—558.

Его же. Präclusion und Contumaz. Тамъ же, 1880 г. стр. 130—172.

Русскую литературу, обнимающую болѣе или менѣе всю систему гражданскаго судопроизводства, можно раздѣлить на историческую и догматическую до изданія судебныхъ уставовъ 1864 г. и послѣ изданія ихъ.

а) Историческая литература:

Куницынъ, историческое изображеніе древняго судопроизводства въ Россіи, 1820 г.

Лапьяскій, историческое руководство къ русскому гражданскому судопроизводству, 1859 г.

Михайловъ, исторія образованія и развитія системы русскаго гражданскаго судопроизводства до уложенія царя Алексѣя Михайловича. 1848 г.

Михайловъ, Русское гражданское судопроизводство, въ историческомъ его развитіи отъ уложенія 1649 г. до изданія свода законовъ. 1856 г.

Бавелинъ, основныя начала русскаго судоустройства и гражданскаго судопроизводства, отъ уложенія царя Алексѣя Михайловича до учрежденія о губерніяхъ. 1844 г. Соч. т. I.

Дмитріевъ, исторія судебныхъ инстанцій и гражданскаго апелляціоннаго судопроизводства отъ Судебника до учрежденія о губерніяхъ. 1859 г.

б) Догматическая литература до изданія уставовъ 1864 г.

Ремезовъ, ручная книга о правахъ и обязанностяхъ тяжущихся. 1808 г. 2 изд. 1824 г.

Руровскій, о судопроизводствѣ гражданскомъ. 1834 г.

Бравчуновскій, изображеніе гражданскаго судопроизводства. 1835 г.

Дегай, учебная книга гражданскаго судопроизводства. 1840 г.

Камбекъ, опытъ начертанія гражданского судопроизводства по російскимъ законамъ 1848 г.

Владиславлевъ, общія основанія гражданского судопроизводства. 1857 г.

е) *Догматическая* литература послѣ изданія уставовъ 1864 г.

Побѣдоносцевъ, судебное руководство. Сборникъ правилъ, положеній и примѣровъ, извлеченныхъ изъ теоріи и практики гражданского судопроизводства. 1872 г.

Малышевъ, курсъ гражданского судопроизводства 1874 г.

Анненковъ, опытъ комментарія къ уставу гражданского судопроизводства. 1878 г.
