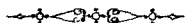


ЕДИНСТВО
ГРАЖДАНСКАГО ПРОЦЕССА.



Е. А. НЕФЕДЬЕВА.

*Ординарнаго профессора Императорскаго Казанскаго
Университета.*



КАЗАНЬ.

Типографія Императорскаго Университета.

1892.



Печать дозволяется. Казань, 24 августа 1892 года.

Деканъ *А. Осиповъ*.

Предисловіе.

Профессоръ Бюловъ, въ письмѣ, полученномъ мною въ концѣ іюня мѣсяца этого года, выразилъ желаніе, чтобы мое сочиненіе „Къ ученію о сущности гражданскаго процесса“ было переведено на нѣмецкій или французскій языкъ. Не имѣя возможности, по недостатку времени, заняться переводомъ этого сочиненія, я тѣмъ не менѣе счелъ своею обязанностью хотя отчасти исполнить желаніе глубокоуважаемаго ученаго. Для этого я рѣшился издать и перевести рѣчь, произнесенную мною передъ началомъ диспута, такъ какъ въ ней мною изложены были вкратцѣ главныя положенія, высказанныя въ диссертациі.

Я считалъ также нужнымъ издать эту рѣчь потому, что въ ней я постарался разъяснить, насколько это возможно было сдѣлать въ рѣчи, нѣкоторыя положенія моей теоріи, которыя, какъ мнѣ казалось, въ этомъ нуждались.

Авторъ.

Казань. 22 авг. 1891 г.

ЕДИНСТВО ГРАЖДАНСКАГО ПРОЦЕССА.

(Рѣчь, произнесенная 9-го февраля 1892 г. въ публичномъ засѣданіи юридическаго факультета Императорскаго Казанскаго Университета передъ защитою диссертациі подъ заглавіемъ «Къ ученію о сущности гражданскаго процесса», представленной для полученія степени доктора гражданскаго права).

М. м. Г-ни и М. м. Г-ри!

Однимъ изъ важнѣйшихъ вопросовъ, въ дѣлѣ выясненія сущности гражданскаго процесса, является вопросъ о его единствѣ. На необходимость представлять себѣ процессъ, какъ единое, цѣльное явленіе, юристамъ приходится, такъ сказать, наталкиваться на каждомъ шагу. Такъ, если мы говоримъ, что процессъ возникъ, процессъ прекратился и т. д., то мы представляемъ его себѣ, какъ единое, цѣльное явленіе, которое можетъ, именно, какъ единое, цѣльное, при извѣстныхъ условіяхъ возникать, прекращаться, пріостанавливаться, существовать. Дѣйствительно, лишь въ виду этого единства, цѣльности его, и можно говорить объ условіяхъ его возникновенія, прекращенія и т. д. Казалось бы, такимъ образомъ, не можетъ быть никакого вопроса относительно того, къ чему непосредственно слѣдуетъ относить эти условія? Казалось бы, что если процессъ представлять себѣ какъ единое, цѣльное явленіе, то къ нему, какъ таковому, и слѣдуетъ ихъ относить. Вопросъ не рѣшается однако же такъ просто. Въ самомъ дѣлѣ: процессъ во внѣшнемъ проявленіи состоитъ изъ ряда дѣйствій и другихъ процессуальныхъ явленій. Если бы мы стали единство процесса видѣть въ совокупности всѣхъ процессуальныхъ явленій и къ совокупности ихъ относить условія возникновенія и

прекращенія процесса, то намъ пришлось бы задаваться вопросомъ объ условіяхъ возникновенія его уже послѣ того, какъ всѣ процессуальныя дѣйствія совершены, т. е. послѣ того какъ процессъ прекратился. Въ невозможности видѣть единство процесса въ совокупности процессуальныхъ дѣйствій или явленій убѣждаетъ насъ и то, что если процессъ возникъ, то при наличности извѣстныхъ условій онъ будетъ существовать независимо отъ того, совершены или нѣтъ всѣ тѣ дѣйствія, которыя могли бы быть совершены, и обратно, если не было условій для возникновенія процесса или уничтожились условія дальнѣйшаго существованія его, то, хотя бы фактически были совершаемы тѣ или другія дѣйствія, тѣмъ не менѣе, они будутъ считаться недѣйствительными, въ извѣстномъ смыслѣ какъ бы несовершенными.

Отсюда видно, что условія возникновенія, существованія и прекращенія должны быть относимы непосредственно не къ отдѣльнымъ процессуальнымъ дѣйствіямъ или событіямъ и не къ совокупности ихъ, а къ чему то такому, что составляетъ какъ бы ядро ихъ, что даетъ возможность ихъ совершенія и, обладая само цѣльностью, единствомъ, объединяетъ и ихъ.

Такимъ образомъ, для того, чтобы понять, въ чемъ состоитъ единство процесса, необходимо отыскать это неизвѣстное явленіе (выражаясь общо), которое, обладая цѣльностью, единствомъ, объединяетъ другія процессуальныя явленія.

Мы можемъ а priori установить нѣкоторыя свойства его: такъ какъ назначеніе процесса есть достиженіе извѣстной цѣли, то этому искомому явленію, какъ объединяющему всѣ другія, должна быть присуща эта цѣль, а такъ какъ достиженіе послѣдней предполагаетъ движеніе, то ему должно быть свойственно и движеніе.

Бюловъ первый обратилъ вниманіе на то, что въ основаніе разрѣшенія весьма многихъ процессуальныхъ вопросовъ должно быть положено представленіе о процессѣ, какъ единомъ, цѣльномъ явленіи. Вмѣстѣ съ тѣмъ онъ обратилъ вниманіе и на то, что единство процесса нужно искать не въ совокупности процессуальныхъ явленій. Тѣмъ искомымъ явленіемъ, которое, обладая единствомъ, цѣльностью, сообщаетъ эти свойства вообще всему процессу, а слѣдовательно и всѣмъ остальнымъ процессуальнымъ явленіямъ, онъ считаетъ юридическое отношеніе.

Процессъ по его теоріи является поэтому, съ одной стороны, юридическимъ отношеніемъ, а съ другой—рядомъ дѣйствій. При этомъ, условія возникновенія, существованія и прекращенія относятся имъ къ процессу—юридическому отношенію. Последнему онъ приписываетъ также тѣ свойства, которыя мы вывели а priori для того явленія, которое вноситъ единство въ множественность процессуальныхъ явленій, а именно: по его мнѣнію это есть отношеніе постепенно двигающееся, развивающееся, переходящее въ своемъ развитіи съ одной ступени на другую. Вмѣстѣ съ тѣмъ, процессуальному отношенію, по его мнѣнію, свойственна извѣстная цѣль, ему придается извѣстное назначеніе, такъ какъ оно должно поглотить, по его выраженію, матеріально-правовое отношеніе, которое должно выйти изъ него въ болѣе твердомъ состояніи или какъ ничто. Наконецъ, онъ считаетъ это отношеніе публичноправовымъ, установленнымъ между судомъ и тяжущимися.

Изъ только что сказаннаго видно, что теорія Бюлова должна была получить огромное значеніе въ наукѣ гражданскаго процесса: она отвлекла отъ изученія мелкихъ формальностей производства, направила его на болѣе общіе вопросы и дала возможность разрѣшить тѣ изъ нихъ, которые разрѣшаются съ точки зрѣнія единства процесса. Самъ Бюловъ примѣнилъ свою теорію къ выясненію сущности отводовъ.

Такимъ образомъ теорія Бюлова оказывается удобною для разрѣшенія такихъ вопросовъ, для разрѣшенія которыхъ нужно выходить изъ предположенія о цѣльности, единствѣ процесса; но это обстоятельство ничего не говоритъ за вѣрность ея, другими словами, отсюда нельзя еще выводить того заключенія, что то явленіе, которое придаетъ процессу единство, есть юридическое отношеніе, или, употребляя выраженіе Бюлова, что процессъ есть юридическое отношеніе. На сомнѣніе въ правильности теоріи Бюлова наводитъ, между прочимъ, то обстоятельство, что ни однимъ изъ послѣдователей его она не была принята, такъ сказать, въ чистомъ видѣ. Принимая основное положеніе ея („процессъ есть юридическое отношеніе“), послѣдователи Бюлова высказали разнообразныя мнѣнія относительно того, какія явленія должны быть подведены подъ терминъ отношеніе или, другими словами, въ чемъ состоитъ процессъ-отношеніе.

Разсмотримъ нѣкоторыя изъ этихъ теорій.

Канштейнъ, утверждая, что процессъ есть юридическое отношеніе двигающееся, развивающееся, говоритъ вмѣстѣ съ тѣмъ о возникновеніи въ процессѣ отношеній двойкаго рода: частноправовыхъ и публичноправовыхъ. Такъ какъ юридическое отношеніе состоитъ изъ правъ и соотвѣтствующихъ ему обязанностей, то Канштейнъ указываетъ обязанности субъектовъ процесса. Къ обязанностямъ суда онъ относитъ: доставленіе возможности защиты, веденіе состязанія согласно съ закономъ и постановленіе рѣшенія согласно съ закономъ. На сторонахъ, по его мнѣнію, лежатъ обязанности: соблюденіе установленныхъ закономъ формъ судопроизводства и сроковъ для совершенія процессуальныхъ дѣйствій, послушаніе приказаніямъ суда и т. д.

Если мы допустимъ даже, что такія обязанности дѣйствительно лежатъ на судѣ и сторонахъ, и что онѣ входятъ въ процессъ-отношеніе, какъ элементы его, то во всякомъ случаѣ мы должны будемъ признать, что эти обязанности неизмѣнны, существуя безъ измѣненія въ теченіе всего процесса, и что процессъ - отношеніе, состоя изъ такихъ элементовъ, не можетъ имѣть движенія, не можетъ переходить въ своемъ развитіи съ одной ступени на другую. Отсюда видно, что съ точки зрѣнія этого юриста нельзя объяснить себѣ того, какъ можетъ конечная цѣль процесса достигаться развитіемъ правоотношенія-процесса? Эта теорія не даетъ, слѣдовательно, возможности установить связь между правоотношеніемъ-процессомъ и тѣмъ движеніемъ, той дѣятельностью, которая на самомъ дѣлѣ подмѣчаются въ процессѣ.

По мнѣнію нашего юриста Гольмстена процессъ есть явленіе сложное: въ составъ его входятъ отношенія различныя по субъектамъ ихъ. Сюда онъ причисляетъ отношенія между судомъ и частными лицами, какъ обладателями права, такъ и посторонними лицами (свидѣтелями, экспертами и т. д.), а также между судомъ и государственными учрежденіями. Изъ ряда этихъ отношеній выдѣляется одно, имѣющее самостоятельное значеніе, которое онъ и считаетъ собственно процессомъ. Такъ какъ правоотношеніе есть комплексъ правъ и соотвѣтствующихъ имъ обязанностей, то и процессъ, какъ правоотношеніе состоитъ, по мнѣнію Гольмстена, изъ соотвѣтствующихъ одни другимъ правъ и обязанностей. Развивая подробнѣе это положеніе, онъ приходитъ къ заключенію, что на тяжущихся не лежитъ обязанностей, такъ что имъ принадлежать

только права (такую же мысль высказывает Бюловъ въ одномъ изъ послѣдующихъ сочиненій); соотвѣтственно этому на судѣ лежать только обязанности: у него нѣтъ правъ въ процессѣ. Что касается до отношеній тяжущихся другъ къ другу, то Гольмстенъ находитъ, что у нихъ нѣтъ правъ и обязанностей по отношенію другъ къ другу, а такъ какъ правоотношеніе есть комплексъ правъ и обязанностей, то отсюда Гольмстенъ выводитъ заключеніе, что стороны не стоятъ другъ къ другу ни въ какомъ отношеніи. Такимъ образомъ по этой теоріи юридическое отношеніе-процессъ сводится къ отношенію между судомъ и, какъ полагаетъ Гольмстенъ, тяжущимися. Элементами этого отношенія являются права сторонъ и обязанности суда. Такъ какъ объектомъ права является дѣйствіе лица обязаннаго, то отсюда Гольмстенъ выводитъ заключеніе, что объектомъ отношенія-процесса является дѣйствіе суда, на которое тяжущійся имѣетъ право. Этимъ путемъ устанавливается связь между правоотношеніемъ-процессомъ и дѣятельностью, замѣчаемою въ процессѣ.

Изъ разсужденій Гольмстена ясно обнаруживается, что теорія Бюлова можетъ быть проведена послѣдовательно лишь при томъ условіи, если отношеніе-процессъ будетъ построено по типу отношенія гражданскаго права и въ частности—обязательственнаго права: только этимъ путемъ удалось Гольмстену установить, до нѣкоторой степени связь между процессомъ-юридическимъ отношеніемъ и дѣятельностью, замѣчаемою въ процессѣ. Далѣе, если по теоріи Гольмстена элементами юридическаго отношенія-процесса являются обязанности суда, и права сторонъ, причемъ объектомъ послѣднихъ является дѣятельность суда, то ея исключаются изъ процесса тѣ дѣйствія суда, которые совершаются имъ *ex officio*, такъ какъ они не составляютъ, слѣдовательно, объекта юридическаго отношенія-процесса.

Наконецъ, если элементами процесса является право стороны и обязанность суда, и стороны не стоятъ другъ къ другу ни въ какихъ отношеніяхъ, то отсюда выходитъ, что процессъ не является единымъ, цѣльнымъ юридическимъ отношеніемъ, а представляетъ нѣсколько отношеній суда къ каждому отдѣльному тяжущемуся.

Швальбахъ находитъ, что то положеніе, что процессъ есть не только производство, но и юридическое отношеніе, и что послѣднее имѣетъ свои опредѣленные условія возникнове-

нія, дальнѣйшаго существованія и прекращенія, оставляетъ мѣсто для весьма различныхъ мнѣній относительно природы этого отношенія. Въ выраженіи: процессуальное юридическое отношеніе (Prozessrechtsverhältniss) приобрѣтено, по его мнѣнію, собирательное имя для обозначенія совокупности весьма разнообразныхъ отношеній. Онъ отказывается видѣть въ процессѣ права и обязанности, какъ элементы отношенія процесса, такъ какъ процессъ возникаетъ не вслѣдствіе добровольнаго или принудительнаго исполненія обязанности защищаться, а въ силу общей подчиненности сторонъ закону и суду. Вслѣдствіе этого, процессуальное юридическое отношеніе состоитъ, по его мнѣнію, не въ правахъ и обязанностяхъ, а въ томъ, что каждое процессуальное дѣйствіе зависитъ отъ дѣйствій самой стороны и отъ дѣятельности ея противника. Противъ этой теоріи Вейсманиъ справедливо замѣчаетъ, что по теоріи Бюлова процессъ долженъ быть единымъ юридическимъ отношеніемъ между сторонами и судомъ, а не соединеніемъ трехъ двухстороннихъ отношеній, которыя являются въ теоріи Швальбаха. Далѣе, противъ этой теоріи можно замѣтить, что связь между субъектами процесса, которую указываетъ этотъ юристъ, порождается тѣмъ, что въ процессѣ дѣйствуетъ органъ государственной власти. Она является условіемъ существованія процесса, такъ какъ послѣдній не можетъ существовать безъ дѣятельности суда и вносимой имъ связи въ процессуальныя явленія. Если это такъ, то эта связь, являясь условіемъ существованія процесса, не можетъ составлять самаго процесса. Наконецъ, возможность для одного субъекта оказывать вліяніе на положеніе другаго остается всегда неизмѣнною, такъ что здѣсь нѣтъ движенія процессуальнаго отношенія. Съ теоріей Швальбаха сходна теорія Колера въ томъ отношеніи, что этотъ юристъ также не признаетъ правъ и обязанностей въ процессѣ и видитъ отношеніе не въ томъ, въ чемъ видитъ его Бюловъ. Отвергая право сторонъ на дѣятельность суда, онъ исключаетъ судъ изъ числа субъектовъ процесса. Процессуальное отношеніе, по теоріи Колера, существуетъ такимъ образомъ только между сторонами и состоитъ въ томъ, что стороны ведутъ борьбу между собою. Такимъ образомъ по теоріи Колера процессъ-отношеніе не есть сумма правъ и обязанностей сторонъ и суда, а та борьба, которую ведутъ между собою тяжущіеся, употребляя судъ орудіемъ своей борьбы.

И такъ, мы видимъ, что послѣдователи Бюлова допускаютъ существенныя отступленія отъ его теоріи и вмѣстѣ съ тѣмъ не могутъ до сихъ поръ прійти къ соглашенію относительно пониманія того, въ чемъ состоитъ процессъ-правоотношеніе. По нашему мнѣнію это объясняется тѣмъ, что процессъ не укладывается въ рамки юридическаго отношенія.

Основаніемъ для признанія процесса юридическимъ отношеніемъ послужило для Бюлова то, что онъ подмѣтилъ въ процессѣ съ одной стороны единство, а съ другой (хотя и не совсѣмъ вѣрно) права и обязанности. Считаая процессъ, какъ комплексъ правъ и обязанностей, юридическимъ отношеніемъ, онъ тѣмъ самымъ придавалъ ему и единство, такъ какъ послѣднее свойственно правоотношенію.

Изложенная въ общихъ чертахъ, эта теорія можетъ показаться совершенно вѣрной. Но она оставляетъ открытымъ вопросъ о томъ, каковы элементы отношенія-процесса, и подъ типъ какихъ отношеній оно должно быть подводимо? При разрѣшеніи этого вопроса и обнаружилась, по вашему мнѣнію, ея ошибочность. Самъ Бюловъ не далъ на этотъ вопросъ яснаго отвѣта, а ограничился утвержденіемъ, что отношеніе-процессъ есть отношеніе публично-правовое. Не смотря на это утвержденіе, можно однакоже думать, что, конструируя процессъ-отношеніе, онъ имѣлъ въ виду типъ отношенія частно-правоваго. На это указываетъ то, что онъ видитъ въ процессѣ комплексъ взаимныхъ правъ и обязанностей. Такъ же поступаютъ и многіе его послѣдователи, строя процессуальное отношеніе, въ частности, по типу отношенія обязательственнаго права. Типъ гражданско-правоваго отношенія представляется, по нашему мнѣнію, наиболѣе удобнымъ для теоріи Бюлова, что подтверждается, между прочимъ, тѣмъ, что какъ скоро послѣдователи его (Швальбахъ и Кюлеръ) отказывались отъ допущенія обязанностей сторонъ и правъ ихъ на дѣйствія суда, то имъ пришлось видѣть правоотношеніе совсѣмъ не въ томъ, въ чемъ видѣлъ его Бюловъ. Изъ ихъ разсужденій скорѣе слѣдуетъ, что процессъ есть дѣятельность (напр. борьба сторонъ), хотя, желая остаться на почвѣ теоріи Бюлова, они считаютъ эту дѣятельность правоотношеніемъ.

Придавать предполагаемому отношенію-процессу свойства гражданско-правоваго отношенія было тѣмъ возможнѣе, что

до изслѣдованій Лабанда, Шуппе, Зома, а отчасти Швальбаха и Колера въ наукѣ господствовало мнѣніе, что отношенія между судомъ и тяжущимися слагаются изъ правъ и обязанностей. Комбинируя такъ или иначе эти права и обязанности, можно было дѣйствительно представлять себѣ процессъ правоотношеніемъ и подводить его подъ типъ гражданскаго правоотношенія, какъ наиболѣе удобнаго для теоріи Бюлова. Но невозможность подведенія процесса подъ правоотношеніе обнаружилась при дальнѣйшемъ развитіи этой теоріи.

Замѣтимъ, что для полнаго соответствія процесса правоотношенію, необходимо, какъ это признаютъ послѣдователи Бюлова, чтобы въ установленіи его участвовали всѣ тѣ лица, которыя являются его субъектами, такъ какъ иначе они не могутъ быть субъектами правоотношенія-процесса; кромѣ того, необходимо, чтобы всѣ субъекты правоотношенія процесса имѣли права по отношенію другъ къ другу и чтобы на нихъ лежали соответствующія правамъ обязанности.

Отъ послѣдняго положенія отступилъ вскорѣ самъ Бюловъ, доказавши, что на сторонахъ въ процессъ не лежитъ никакихъ обязанностей. Биркемейеръ справедливо замѣчаетъ, что Бюловъ, продолжая послѣ этого утверждать, что процессъ есть правоотношеніе, поступаетъ непоследовательно, т. е. каждому праву въ правоотношеніи должна соответствовать обязанность.

Съ точки зрѣнія правоотношенія, т. е. права и соответствующей ему обязанности, оказалось невозможнымъ объяснить возникновеніе процесса вообще, а также возникновеніе его при неучастіи въ процессъ отвѣтчика. Эти вопросы нѣкоторые послѣдователями Бюлова, въ особенности Вахомъ, разрѣшаются слѣдующимъ образомъ: они предполагаютъ, что вслѣдствіе предьявленія иска возникаетъ обязанность отвѣтчика принять на себя судъ. Эта теорія наиболѣе соответствуетъ теоріи Бюлова, а потому Вахъ совершенно справедливо удивляется тому, что Бюловъ отказывается признать какую бы то ни было обязанность за отвѣтчикомъ. Но противъ этой теоріи выставлены слѣдующія возраженія: Лабандъ замѣчаетъ, что нѣтъ вообще обязанности подчиниться государственной власти, а есть лишь состояніе подчиненности. Согласно съ этимъ замѣчаніемъ и Швальбахъ говоритъ, что законъ не предписываетъ отвѣтчику быть таковымъ подъ страхомъ наказанія, не принуждаетъ его къ этому, и вообще не ожи-

даетъ отъ него ничего, а прямо ставить его въ положеніе отвѣтчика. Приведенныя мнѣнія Швальбаха и Лабанда мы считаемъ, въ указанномъ отношеніи, вполне правильными. Дѣйствительно, если-бы на отвѣтчика ложилась обязанность принять на себя судъ, то съ одной стороны должно было бы существовать какое-либо средство принудить его, въ случаѣ отказа къ ея исполненію, а съ другой — отсюда слѣдовало бы, что если онъ къ этому не будетъ принужденъ, то самый процессъ не возникнетъ.

Между тѣмъ мы видимъ въ процессѣ совершенно иное: указаннаго средства принужденія отвѣтчика нѣтъ и не можетъ быть. Въ немъ не представляется надобности, такъ какъ въ содѣйствіи отвѣтчика нѣтъ никакой надобности для возникновенія процесса: послѣдній можетъ возникнуть, а вмѣстѣ съ тѣмъ извѣстное лице встанетъ въ положеніе отвѣтчика, даже и въ томъ случаѣ, если не знаетъ о томъ, что противъ него предъявленъ искъ.

Такимъ образомъ мы видимъ, что дѣйствительно нельзя признать обязанности отвѣтчика принять на себя *judicium*, а слѣдовательно, съ точки зрѣнія теоріи правоотношенія ничѣмъ не можетъ быть объяснено возникновеніе процесса, если отвѣтчикъ не участвуетъ въ его установленіи.

Но если не смотря на это мы допустимъ, какъ это дѣлаетъ Швальбахъ, или (съ другой точки зрѣнія) Бюловъ, что процессъ можетъ существовать, несмотря на то, что отвѣтчикъ не принималъ участія въ его установленіи, то должны будемъ признать, что процессъ можетъ быть двухстороннимъ отношеніемъ, а если, наконецъ, мы примемъ въ соображеніе что судъ, какъ это подмѣтилъ Швальбахъ, вообще ничего не дѣлаетъ для установленія процесса, не принимаетъ участія въ его установленіи, то должны будемъ допустить, какъ вѣрно замѣчаетъ Биркмейеръ, что процессъ можетъ быть отношеніемъ, несмотря на то, что въ его возбужденіи участвуетъ одно лицо — истецъ, т. е. другими словами, что процессъ есть одностороннее отношеніе (что, очевидно, невозможно).

Такимъ образомъ, у сторонъ нѣтъ обязанностей по отношенію къ суду, но по изслѣдованіямъ Шуппе, Колера, Зома оказывается, что у тяжущихся нѣтъ правъ по отношенію къ суду, а у послѣдняго нѣтъ по отношенію къ нимъ обязанностей. Колеръ справедливо замѣчаетъ, что говорить о правѣ сторонъ на дѣйствія суда, это все равно, что говорить

о правѣ на воздухъ, о правѣ на дѣйствіе пожарной команды и т. под. По нашему мнѣнію не можетъ быть рѣчи о такомъ правѣ, между прочимъ, потому, что нѣтъ соответствующей ему обязанности, такъ какъ, если даже допустить обязанность суда, какъ это дѣлаетъ Зомъ, то это будетъ обязанность лишь по отношенію къ государству. Далѣе, право стороны нѣ есть право на дѣйствіе суда, а право вообще на совершеніе того или другаго дѣйствія, которое въ силу закона имѣетъ то или другое значеніе для суда. Право сторонъ можно счесть общимъ или личнымъ правомъ, объектомъ котораго является не дѣйствіе какого либо лица обязаннаго, а известная сфера, въ которой можетъ проявляться дѣятельность лица управомоченнаго.

И такъ, въ процессѣ нѣтъ правъ и обязанностей сторонъ по отношенію къ суду, нѣтъ обязанностей суда по отношенію къ сторонамъ и правъ и обязанностей сторонъ по отношенію другъ къ другу, другими словами: въ процессѣ нѣтъ элементовъ юридическаго отношенія.

Не нужно думать, М. м. Г. Г-ни и М. м. Г. Г-ри, что таковой результатъ могъ получиться лишь при томъ условіи, что мы представляли себѣ процессъ, согласно нѣкоторымъ послѣдователямъ Бюлова, имѣющимъ элементы гражданскоправоваго отношенія. Мы видѣли, что послѣдователями Бюлова дѣлались попытки внести въ правоотношеніе-процессъ элементы публично-правоваго отношенія, но попытки эти оказались также неудачными. Такъ, мы видѣли, что Швальбахъ долженъ былъ допустить одностороннее отношеніе. Такую же попытку дѣлалъ Лабандъ и пришелъ къ отрицанію отношенія между судомъ и сторонами, т. е. въ сущности къ отрицанію процесса-отношенія (онъ признаетъ лишь отношеніе сторонъ къ государству, которое существуетъ постоянно и не можетъ быть процессуальнымъ отношеніемъ, давая лишь возможность къ его возникновенію). Мы думаемъ, что внесеніе въ правоотношеніе-процессъ элементовъ публичнаго права совершенно невозможно потому, что тогда процессъ потерялъ бы тѣ свойства, которыя необходимо долженъ имѣть по теоріи Бюлова, т. е. онъ не могъ бы имѣть движенія, развитія, не могъ бы переходить въ своемъ развитіи съ одной ступени на другую. Ничего этого не могло бы быть потому, что отношенія публично-правовыя не имѣютъ этихъ свойствъ.

Кромѣ того, по нашему мнѣнію, процессъ вообще не можетъ быть юридическимъ отношеніемъ, независимо отъ того, какія онъ будетъ имѣть элементы. Такъ, мы не можемъ согласиться съ тѣмъ, чтобы процессу, какъ отношенію, могла быть приписана цѣль, и чтобы послѣдняя достигалась развитіемъ правоотношенія: цѣль можетъ принадлежать только лицу и достигаться она можетъ только дѣятельностью лица.

Къ сказанному нужно добавить, что далеко не всѣ процессуальныя явленія могутъ быть объяснены съ точки зрѣнія теории Бюлова. Такъ, не можетъ быть объяснена съ точки зрѣнія этой теории остановка процесса. Гольмстенъ видитъ въ остановкѣ процесса временное прекращеніе правоотношенія, но это объясненіе не можетъ быть сочтено удовлетворительнымъ, такъ какъ прекращеніе правоотношенія не можетъ быть временнымъ: вновь возникшее (послѣ прекращенія) правоотношеніе есть уже другое, а не то, которое прекратилось.

Невозможно съ точки зрѣнія разбираемой теории объяснить провѣрку судомъ правильности возбужденія процесса. Судъ, по теории Бюлова, есть субъектъ правоотношенія. Всѣ его дѣйствія имѣютъ, слѣдовательно, значеніе лишь при томъ условіи, если самое правоотношеніе возникло. Въ современномъ процессѣ самъ судъ провѣряетъ правильность его возникновенія. Если процессъ возникнетъ неправильно и судъ впоследствии отзоветъ это, то, съ точки зрѣнія Бюлова, судъ признаетъ, что процессуальное отношеніе не возникло. А если оно не возникло, т. е. не существовало и не существуетъ, то судъ не можетъ быть субъектомъ этого невозникшаго правоотношенія. Слѣдовательно, всѣ его дѣйствія не дѣйствительны, а въ томъ числѣ и самое постановленіе о признаніи процесса невозникшимъ. Получается такимъ образомъ кругъ, изъ котораго нѣтъ выхода.

Приведенныя мною соображенія (а также и другія, на которыя не буду указывать по недостатку времени) побудили меня оставить теорію Бюлова и искать вѣдь ея того явленія, которое вноситъ единство въ процессъ.

По моему мнѣнію процессъ есть дѣятельность, т. е. проявленіе воли суда, какъ органа власти государства. Воля суда, какъ органа власти государства, облечена властью. Вслѣдствіе этого, лица, по отношенію къ которымъ должна происходить дѣятельность суда, становятся къ нему въ подчиненное

положеніе. Отличительное свойство власти то, что органъ власти самъ рѣшаетъ вопросъ о возможности и надобности ея примѣненія и можетъ употребить принужденіе въ случаѣ сопротивленія. Такимъ образомъ, обязательность дѣйствій, совершенныхъ въ силу власти, существенно отличается отъ обязательности дѣйствій, которыя могли бы быть совершены въ силу права. Стороны не имѣютъ права на дѣятельность суда, но обращеніе къ суду съ заявленіемъ является въ силу закона побудительной причиной для его дѣятельности.

На основаніи сказаннаго, я объясняю себѣ возникновеніе процесса слѣдующимъ образомъ: подачею исковаго прошенія возбуждается воля суда и дѣятельность его, какъ ея проявленіе. Соответственно этому, какъ истецъ, такъ и отвѣтчикъ становится къ суду въ подчиненное положеніе, т. е. для нихъ получаютъ обязательную силу всѣ дальнѣйшія дѣйствія суда. Между судомъ и тяжущимися устанавливается отношеніе власти и подчиненія. Но это отношеніе не есть процессъ. Процессъ есть дѣятельность, а власть и соответствующее ей подчиненіе сторонъ нужны суду для исполненія имъ возложенной на него закономъ обязанности, т. е. для дѣятельности. Власте-отношеніе является условіемъ для процесса, какъ дѣятельности, а не самымъ процессомъ. Сारвей справедливо замѣчаетъ, что безъ этого условія невозможно исполненіе органомъ власти его обязанностей. Такимъ образомъ, то или другое лице становится въ положеніе истца или отвѣтчика въ силу того, что судъ считаетъ ихъ таковыми, такъ какъ, по его мнѣнію, выраженному явно или молчаливо, имѣются указанныя для того въ законѣ условія. Разъ у суда составилось такое убѣжденіе, то онъ и будетъ разсматривать лице, противъ котораго предъявленъ искъ, отвѣтчикомъ. Въ силу этого, для послѣдняго получаютъ обязательную силу всѣ дѣйствія суда, совершенныя по отношенію къ нему, какъ къ отвѣтчику и обратно: дѣйствія, совершенныя имъ въ качествѣ отвѣтника будутъ имѣть извѣстное значеніе для суда. Все это, повторяемъ, будетъ послѣдствіемъ того, что судъ пришелъ къ убѣжденію, что при данныхъ условіяхъ это лице должно, по закону, занять положеніе отвѣтника. Какъ органъ власти, судъ примѣнитъ къ нему всѣ законныя послѣдствія указаннаго выше убѣжденія своего, независимо отъ его согласія или несогласія. Этимъ, по моему мнѣнію, и объясняется то, что для

установленія процесса нѣтъ никакой надобности въ содѣйствіи отвѣтчика.

Изъ сказаннаго видно также, что по моей теоріи процессъ начинается съ момента предъявленія иска, или точнѣе, съ момента принятія его судомъ (къ такому же выводу по инымъ основаніямъ приходитъ Бюловъ), такъ какъ съ этого момента возбуждается процессуальная дѣятельность суда, и вмѣстѣ съ тѣмъ, какъ послѣдствіе возбужденія воли суда, устанавливается властеотношеніе между нимъ и тяжущимися, т. е. послѣдніе становятся въ положеніе истца и отвѣтчика. Эта теорія вполне согласна съ порядкомъ принятія прошенія, который былъ установленъ 2 ч. X т., такъ какъ по ст. 269 (изд. 1857 г.), судъ постановлялъ резолюцію о принятіи прошенія и послѣ этого приступалъ къ дальнѣйшему производству. Она согласна и съ порядкомъ, предписаннымъ для этого нашимъ уставомъ, такъ какъ предсѣдатель суда, при сомнѣніи въ наличности условій для возбужденія судебной дѣятельности, вопросъ объ этомъ передаетъ на разрѣшеніе суда. Но эта теорія можетъ показаться несомнѣстимой съ тѣмъ порядкомъ возбужденія дѣла, который установленъ, напримѣръ, нѣмецкимъ и въ особенности французскимъ уставомъ, по которому процессъ возбуждается и ведется до извѣстнаго момента, такъ сказать, безъ вѣдома суда. Здѣсь также устанавливается властеотношеніе между судомъ и тяжущимися (а слѣдовательно стороны становятся въ положеніе истца и отвѣтчика) съ момента возбужденія дѣла. Но воля собственно суда въ это время еще не можетъ быть возбуждена. Чѣмъ же объяснить то, что между нимъ и тяжущимися установилось властеотношеніе? По нашему мнѣнію это объясняется слѣдующимъ образомъ: суду въ противоположность административному учрежденію, не предоставлено усмотрѣніе въ предѣлахъ, очерченныхъ закономъ, а онъ связанъ послѣднимъ, такъ какъ дѣйствуетъ на точномъ основаніи закона. Вслѣдствіе этого, если возбуждается его воля, если возникаетъ властеотношеніе, то потому, что при данныхъ условіяхъ это должно было произойти на основаніи закона. Отсюда понятно, что властеотношеніе между судомъ и тяжущимися (въ противоположность властеотношенію между административнымъ учрежденіемъ и лицами, относительно которыхъ возбуждается его дѣятельность) можетъ возникнуть и только на основаніи закона до

возбужденія воли суда. Но это властеотношеніе возникает не безусловно, а въ томъ предположеніи, что судъ (на который государство возложило повѣрку правильности возбужденія дѣла) найдетъ, что для этого имѣлись указанные въ законѣ условія, такъ что, если судъ найдетъ впослѣдствіи, что условій для этого на самомъ дѣлѣ не было, то прекратить производство, и вся эта предварительная дѣятельность будетъ считаться ничтожною.

Въ извѣстное положеніе становятся въ процессѣ не только стороны но и другія лица: свидѣтели, эксперты и т. д., т. е. между ними и судомъ также устанавливается властеотношеніе.

Изъ сказаннаго видно, что связующимъ началомъ для всѣхъ процессуальныхъ явленій служитъ воля суда, а центромъ ихъ—дѣятельность суда, какъ ея проявленіе. Последнее подтверждается также тѣмъ, что цѣль, замѣчаемая въ процессѣ, не можетъ быть приписана ни истцу, ни отвѣтчику, а только суду. Она состоитъ въ разрѣшеніи вопроса о правильности требованій истца. На достиженіе этой цѣли и направлена воля суда, направлена, слѣдовательно, его дѣятельность. Что касается до дѣятельности сторонъ, то она служитъ побудительной причиною для дѣятельности суда, но не можетъ измѣнить указанной суду закономъ цѣли. Всѣ дѣйствія сторонъ направлены непосредственно къ суду, и судъ своими дѣйствіями вліяетъ на положеніе тяжущихся.

Такимъ образомъ, дѣятельность сторонъ объединяется дѣятельностью суда; а такъ какъ дѣятельность послѣдняго, какъ дѣятельность органа власти, направлена на опредѣленную цѣль, и имѣетъ опредѣленные условія возникновенія и существованія, а слѣдовательно и единство, цѣльность, то воля суда и дѣятельность его, какъ ея проявленіе, и есть то отыскиваемое нами явленіе, которое вноситъ цѣльность, единство въ процессъ.

При помощи изложенной выше моей теоріи могутъ быть, какъ я думаю, легко разрѣшены тѣ вопросы, которые не поддаются разрѣшенію съ точки зрѣнія теоріи Бюлова. Такъ, пріостановка процесса есть пріостановка дѣятельности суда, являющаяся послѣдствіемъ того, что судъ выразилъ относительно этого свою волю. Что касается повѣрки судомъ условій возникновенія процесса, то относительно этого замѣтимъ

слѣдующее: дѣятельность суда по провѣркѣ условій возникновенія процесса, по моему мнѣнію, не входитъ въ процессъ, какъ элементъ его, такъ какъ, провѣряя эти условія, судъ дѣйствуетъ не въ качествѣ органа судебной власти, а въ качествѣ органа власти вообще, обязаннаго, какъ всякій органъ власти, дѣйствовать лишь при условіяхъ, указанныхъ для того закономъ: въ этой дѣятельности проявляется не отправленіе функций судебной власти, а подчиненіе суда исполнительной организационной власти государства. Съ этой точки зрѣнія ясно, что если судъ приступитъ къ отправленію своихъ обязанностей, то это значитъ, что онъ нашелъ, что всё требуемое для того закономъ условія имѣлись налицо. Но такъ какъ судъ, въ качествѣ органа власти вообще, можетъ дѣйствовать только при наличности указанныхъ въ законѣ условій, то онъ обязанъ въ послѣдствіи прекратить свою дѣятельность, если въ теченіе дальнѣйшаго производства окажется, что въ данномъ случаѣ имъ была допущена ошибка или недосмотръ или если будетъ указано сторонами (если это допускается закономъ) отсутствіе такихъ условій возникновенія процесса, за наличностью которыхъ самъ судъ не можетъ слѣдить *ex officio*. Отсюда слѣдуетъ также, въ противоположность мнѣнію Бюлова, что изъ существа процесса отнюдь не вытекаетъ раздѣленіе его на стадіи, изъ которыхъ въ первой провѣрялись бы условія возникновенія процесса въ собственномъ смыслѣ. Въ правильности этого положенія можно убѣдиться изъ постановленій современныхъ законодательствъ, которыя хотя и проводятъ (ради извѣстныхъ удобствъ) подобное раздѣленіе стадій процесса, но провѣрку наличности наиболее важныхъ изъ нихъ предписываютъ суду производить въ теченіе всего процесса.

Въ заключеніе считаю необходимымъ сдѣлать нѣсколько замѣчаній относительно того значенія, какое имѣютъ для дѣятельности суда различныя явленія (выражаясь общо), которыя мы замѣчаемъ въ процессѣ, какъ то: событія, дѣятельность сторонъ и дѣятельность другихъ лицъ, участвующихъ въ процессѣ: свидѣтелей, экспертовъ и т. д.

Процессъ, по моему мнѣнію, имѣетъ двѣ стороны: внутреннюю и вѣшнюю. Къ первой я отношу ту умственную дѣятельность суда, благодаря которой онъ приходитъ къ тому или другому выводу относительно правильности матеріально-

правовыхъ притязаній истца. Сюда я отношу также содержаніе матеріально-правовыхъ заявленій, а также доводы и доказательства, приводимыя сторонами въ подтвержденіи ихъ правильности, и наконецъ, заключительный актъ умственной дѣятельности суда—рѣшеніе. Къ внѣшней сторонѣ я отношу всѣ тѣ внѣшнія формы, въ которыя облекается и въ которыхъ проявляется внутренняя процессуальная дѣятельность. Сюда же я отношу и всю умственную дѣятельность суда, которая имѣетъ предметомъ разрѣшеніе вопросовъ, касающихся внѣшней стороны процесса. Всѣ указанныя выше явленія имѣютъ, по моему мнѣнію, для дѣятельности суда слѣдующее значеніе: дѣятельность сторонъ (и пособниковъ) является поводомъ къ внутренней и внѣшней дѣятельности суда; событія только къ внѣшней, а дѣятельность остальныхъ лицъ (свидѣтелей, экспертовъ и т. д.) не составляетъ совершенно повода къ дѣятельности суда, являясь средствомъ къ достиженію судомъ тѣхъ или другихъ цѣлей.

Резюмируя все вышесказанное относительно сущности гражданскаго процесса, мы находимъ слѣдующее: условія возникновенія и т. д. процесса должны, какъ мы видѣли, быть относимы къ волѣ суда и его дѣятельности, какъ ея проявленію; послѣдняя при этомъ нормирована закономъ и направлена на достиженіе опредѣленной закономъ цѣли, а потому обладаетъ единствомъ, цѣльностью; всѣ остальные процессуальныя явленія дѣйствительны, какъ таковыя, постольку, поскольку дѣйствительна дѣятельность суда, и значеніе ихъ выражается лишь въ томъ, что они оказываютъ то или другое вліяніе на послѣднюю, сливаясь, такимъ образомъ, съ нею. Все это убѣждаетъ меня въ томъ, что процессъ, какъ явленіе юридическое, есть не правоотношеніе, а дѣятельность (юридическая) суда, какъ органа судебной власти государства.

Таково, М. м. Г. Г-ни и М. м. Г. Г-ри, вкратцѣ мое объясненіе сущности гражданскаго процесса. Повѣркой правильности этой теоріи послужило примѣненіе ея къ выясненію единства процесса при соучастіи. Съ точки зрѣнія теоріи Бюлова единство процесса при соучастіи, по моему мнѣнію, ничѣмъ не можетъ быть объяснено, такъ что многіе послѣдователи его, касавшіеся этого вопроса, поступаютъ совершенно логично, признавая, что при соучастіи является не одно отношеніе-процессъ, а нѣсколько. Но я думаю, что вообще

въ теорію о раздѣльности процессовъ при соучастіи вѣр-
лась неточность, обусловленная тѣмъ, что не проводилось над-
лежащей грани между внутреннею и внѣшнею сторонами про-
цесса. По моему мнѣнію, при соучастіи соединяется, ради
достиженія извѣстныхъ цѣлей, нѣсколько процессовъ съ вну-
тренней стороны, но всѣ они объединяются въ одномъ про-
цессѣ съ внѣшней стороны, такъ какъ они соединяются имен-
но для совмѣстнаго производства. Въ виду этого мнѣ каза-
лось необходимымъ сдѣлать попытку объяснить съ моей точки
зрѣнія, въ чемъ состоитъ единство процесса при соучастіи.

