

л-93

П. И. ЛЮБЛИНСКИЙ

ПРОЦЕССЪ, КАКЪ СУДЕБНЫЙ ПОРЯДОКЪ,

И

ПРОЦЕССЪ, КАКЪ ПРАВООТНОШЕНИЕ.

Изъ *„Журнала Министерства Юстиціи“*
Январь 1917 г.).

ПЕТРОГРАДЪ

Сенатская Типографія

1917.

ПРОЦЕССЪ, КАКЪ СУДЕБНЫЙ ПОРЯДОКЪ, И ПРОЦЕССЪ, КАКЪ ПРАВООТНОШЕНИЕ.

Статья моя „О новой теоріи уголовного процесса“ (Жур. Мин. Юст. 1916 кн. I) вызвала въ литературѣ живой откликъ. По поводу нея появились статьи нашихъ выдающихся процессуалистовъ: Н. Н. Розина („Къ вопросу о новой теоріи уголовного процесса“, Жур. Мин. Юст. 1916 г. кн. 2), А. Х. Гольмстена („Въ защиту процессуальной теоріи Бюлова“, Жур. Мин. Юст. 1916 г. кн. 9) и Н. Н. Полянского („Споръ о юридической природѣ уголовного процесса“, Юрид. Вѣстн. 1916 г. кн. III). Возникшая по поводу нея полемика нашла отзвукъ и въ иностранной литературѣ¹⁾.

¹⁾ Въ *Ri ista Penale* (aprile 1916 p. 522) появился краткій рефератъ о моей статьѣ и отвѣтъ проф. Розина (Luglio 1916), при чемъ авторъ его замѣчаетъ „что юридическія отношенія между судомъ и сторонами возможны на ряду съ другими процессуальными отношеніями“ и что „положеніе прокурора, какъ стороны, не проанализировано въ статьѣ“. Замѣчу здѣсь, что въ новѣйшей итальянской литературѣ вопросъ о процессѣ, какъ юридическомъ отношеніи, нашелъ также нѣкоторое освѣщеніе. В. Алімпана (*Procedura penale, v. I, Napoli; 1914, p. 50—51*) указываетъ, что въ процессѣ развивается „прогрессивное юридическое отношеніе между субъектами процесса, которое имѣетъ два аспекта: одинъ— между спорящими, другой— между спорящими, съ одной стороны, и судьей, съ другой. Въ процессѣ обвинительномъ это послѣднее отношеніе наблюдается къ двумъ сторонамъ, въ процессѣ инквизиціонномъ— къ одной сторонѣ, именно обвиняемому. Спорнымъ является вопросъ о положеніи прокурора. Алімпана рѣшаетъ его въ томъ смыслѣ, что съ точки зрѣнія организаціонной прокуратура не является стороной, такъ какъ она преслѣдуетъ дѣли и имѣетъ права, неизвѣстныя сторонѣ, но по своей функціи, противопоставляемой интересамъ обвиняемаго, она *дѣйствуетъ* какъ сторона. Проф. V. Lanza (*Principi di diritto processuale penale, Roma 1914, p. 80—89*) возражаетъ противъ новой теоріи. Мы приведемъ въ сокращенномъ переводѣ его замѣчанія, которыя удачно допол-

Начавшийся споръ служить яркимъ симптомомъ того, что потребность выясненія научныхъ основъ процесса живо чувствуется въ настоящее время; она проявилась, несмотря на тяжелыя условія переживаемаго момента.

Я считаю своимъ долгомъ отвѣтить на тѣ критическія замѣчанія, которыя были сдѣланы по адресу высказанныхъ мною мыслей моими почтенными оппонентами. Положеніе мое, какъ критика сильной уважаемыми именами теоріи процессуальнаго отношенія, имѣетъ свои непріятныя стороны. Нѣкоторые изъ

няють сдѣланныя нами: „Различныя отношенія, проявляющіяся между лицами, дѣйствующими въ процессѣ, побудили нѣкоторыхъ теоретиковъ утверждать возможность пониманія процесса, какъ юридическаго отношенія между субъектами процесса. Это отношеніе понимается различно. По мнѣнію однихъ, оно происходитъ *между сторонами*; это воскрешаетъ античное представленіе о частной защитѣ, въ дѣйствительности же стороны между собою не имѣютъ взаимныхъ правъ и обязанностей, такъ какъ каждая сторона въ процессѣ подчиняется волѣ закона, а не волѣ участника процесса или соглашенію ихъ; такъ, подсудимый не подчиняется ни волѣ гражданского истца, ни волѣ прокурора. Другіе полагаютъ, что процессъ—это отношеніе *между судьей и сторонами*: судья обязанъ постановить рѣшеніе, а стороны имѣютъ право его требовать. Но пониманіе обязанностей судьи, какъ обязанностей по отношенію къ сторонамъ, весьма сомнительно: обязанность рѣшенія составляетъ основной смыслъ существованія самого судьи, функція судить столь же естественна, какъ и функція наказывать, она существуетъ не по отношенію къ сторонамъ, а по отношенію ко всемъ членамъ общества. Въ силу послѣдняго соображенія нѣкоторые считаютъ процессъ отношеніемъ *между судьей и государствомъ*, но такое представленіе, давая лишь скелетъ процесса, исключаетъ всякую возможность существованія процессуальныхъ отношеній между судьей и сторонами. Слѣдуетъ указать также, что при такой теоріи устраняются изъ процесса всѣ другіе процессуальныя субъекты, дѣятельность которыхъ необходима для возникновенія и развитія процесса.—Въ дѣйствительности же обнаруживается невозможность построенія процесса, какъ юридическаго отношенія; здѣсь обязанности судьи и обязанности сторонъ не противостоятъ другъ другу; напр., нельзя доказать, что право на защиту является правомъ обвиняемаго *противъ* суда или *противъ* прокурора, или обязанность суда провозгласить рѣшеніе есть обязанность *въ пользу* прокурора или обвиняемаго, нельзя говорить, что судъ имѣетъ собственныя права по отношенію къ обвиняемому; говорить такъ можно въ вульгарномъ, но не въ научномъ смыслѣ. Процессъ, строго регулируемый нормами закона, большею частью принудительными и опредѣленными (*rigide e obbligatorie*), имѣетъ въ виду оградить право свободы обвиняемаго и обезпечить осуществленіе судьей его функція обнаруженія истины въ дѣлѣ. Всѣ дѣйствующія въ процессѣ лица соучаствуютъ (*сопосге*) въ образованіи судейскаго убѣжденія. Въ процессѣ *нѣтъ взаимныхъ правъ и обязанностей*, существуетъ только требованіе общаго повновенія юридической нормѣ, которая точно опредѣляетъ соответствующее поведеніе“.

моихъ критиковъ усмотрѣли въ моей попыткѣ освѣтить теоретическія предпосылки новаго направленія выступленіе противъ научнаго прогресса, „воскрешеніе того, что трудами авторитетныхъ ученыхъ, какъ негодное, ненужное, сдано (въ архивъ“, призывъ къ возврату къ старой и „затхлой“ теоріи процесса, и съ вполнѣ оправдываемымъ научнымъ воодушевленіемъ сочли меня „разрушителемъ“, „отрицателемъ юридической природы процесса“, дерзнувшимъ подорвать „ѣру и надежду въ блестящее будущее теоріи Бюлова“. Сзотвѣтственно съ этимъ моя спокойно и, какъ мнѣ думается, объективно написанная статья рисовалась какъ смѣлый вызовъ, написанный „безъ достаточной сдержанности по адресу авторитетныхъ противниковъ“, „безъ достаточной вдумчивости“ и „академичности выраженій“. И, хотя на долю автора выпадали и весьма лестныя замѣчанія, но за то было и не мало явныхъ и скрытыхъ выговоровъ. Относясь съ высокимъ уваженіемъ къ своимъ оппонентамъ, я менѣ всего хочу ставить въ упрекъ подобное отношеніе къ критику: оно свидѣтельствуетъ лишь о той научной привязанности, которая испытывается ими къ критикуемымъ положеніямъ и одно колебаніе которой воспринимается порою какъ боевой лозунгъ.

Возраженія моихъ научныхъ оппонентовъ я позволю себѣ разбить на двѣ части. Одни изъ нихъ направлены противъ моей критики теоріи процессуальнаго отношенія. Другія опровергаютъ мое ученіе о юридическихъ началахъ процесса. Въ виду экономіи изложенія, замѣчанія критиковъ мнѣ придется часто суммировать вмѣстѣ.

I.

Изложенное въ моей статьѣ критическое отношеніе къ новой теоріи вполнѣ раздѣляется Н. Н. Полянскимъ. Приводимыя имъ замѣчанія о процессѣ, какъ дѣятельности, о нецѣлесообразности изложенія уголовного процесса, какъ юридическаго отношенія (независимо отъ его неправильности), объ отсутствіи правоотношенія между судомъ и сторонами, лишь дополняютъ и развиваютъ изложенныя мною ¹⁾. Съ однимъ только аргументомъ, приводимымъ

¹⁾ Въ своей новой статьѣ „Судъ въ правовомъ государствѣ и наука уголовного процесса“ (Юрид. Вѣсти. 1916 кн. IV, стр. 91) Н. Н. Полянский, обходя непосредственное изложеніе своего взгляда на юридическую природу процесса, устанавливаетъ „два безспорныхъ положенія“: „1) уголовный процессъ въ правовомъ государствѣ скрываетъ въ себѣ цѣлую систему субъективныхъ

въ критической части моей статьи, Н. Н. Полянскій несогласенъ! Я указываю на то, что, при предположеніи существованія между судомъ и сторонами правоотношенія, весь процессъ превратился бы въ цѣпь самоуправныхъ дѣйствій (стр. 21 отд. отт.). Не возражая противъ самой характеристики этихъ дѣйствій, Н. Н. Полянскій указываетъ лишь на необѣдительность этого соображенія, такъ какъ не всѣ права могутъ находиться подъ защитою суда: въ публичномъ правѣ возможно и самочинное осуществленіе правъ. Я нисколько не стану возражать противъ этого. Если я привелъ этотъ аргументъ, то только для того, чтобы показать, что при теоріи правоотношенія взглядъ на судъ, какъ на незаинтересованнаго посредника между сторонами, исчезаетъ; самъ судъ становится субъектомъ правоотношенія, и такимъ образомъ какъ-бы разрушается самая идея суда; процессъ же претворяется въ цѣпь самочинно осуществляемыхъ актовъ. Этого вывода не колеблуть и замѣчанія проф. А. Х. Гольмстена по тому же вопросу (стр. 313). А. Х. Гольмстенъ указываетъ, что и новая теорія отрицаетъ исковой характеръ охраненія процессуальныхъ отношеній, а устанавливаетъ другіе способы охраны (приказъ, частную жалобу, апелляцію). Я вовсе и не пытался доказать, что сторонники этой теоріи признаютъ исковой способъ охраны: это явно противорѣчило бы правовой дѣйствительности. Я указывалъ лишь на это какъ на логическій выводъ изъ допущенія существованія подлинныхъ правоотношеній между судомъ и сторонами. Если сторонники новаго направленія не дѣлаютъ этого вывода, то ясно, что они придутъ къ взгляду на процессъ, какъ на цѣпь самоуправныхъ дѣйствій одного изъ субъектовъ правоотношенія ¹⁾.

Проф. Н. Н. Розинъ въ началѣ своей статьи выясняетъ общее значеніе новой теоріи процессуальнаго отношенія. По его взгляду, „въ основу этой теоріи кладется то общее положеніе науки права,

публичныхъ правъ гражданъ“ (слѣдуетъ ссыла на мою статью, стр. 42), и, 2) „къ какому бы выводу мы ни пришли по вопросу о возможности конструировать процессъ, какъ юридическое отношеніе, мы должны признать, что самая наглядная сторона процесса заключается въ производствѣ, въ развивающейся дѣятельности суда и сторонъ“. Оба эти положенія заставляютъ насъ признать Н. Н. Полянского примыкающимъ къ тому же возрѣнію на процессъ, которое возложено нами.

¹⁾ Проф. Н. Н. Розинъ (стр. 318) также признаетъ, что нормально конфликтъ рѣшается „одностороннимъ административнымъ актомъ того же суда“. По этой „административной функціи“ онъ противопоставляетъ „юрисдикціонную“, объ этомъ см. ниже.

что центръ всѣхъ безъ исключенія правовыхъ явленій сосредоточивается въ отношеніи между субъектами права и обязанности. Въ этомъ отношеніи или въ связи съ нимъ—нѣтъ правовой жизни“. Англійская и французская наука только потому не пришли еще къ теоріи процессуальнаго отношенія, что онѣ еще не встали на путь чисто юридическаго изслѣдованія процессуальныхъ явленій ¹⁾. Н. Н. Розинъ и въ моихъ работахъ находитъ мѣста, какъ бы отражающія идею процессуальнаго отношенія. Новая теорія „не внесла въ науку процесса такихъ элементовъ, которые были бы абсолютно чужды процессуалистамъ, стоящимъ на старой, классической точкѣ зрѣнія. Она лишь съ отчетливостью и ясностью использовала юридическую сущность изучаемаго явленія, выдѣлила эту сущность и координировала съ ней всѣ отдѣльныя явленія процессуальной жизни“. Въ дальнѣйшемъ авторъ указываетъ на важное научное и судебно-политическое значеніе этого пониманія процесса. Онъ видитъ въ немъ силу, способствующую разрушенію господства розыскаго начала въ процессѣ, установленію новыхъ задачъ процесса, выясненію самостоятельной природы процессуальныхъ институтовъ, утвержденію равенства сторонъ въ процессѣ и гарантіи человѣческой личности (стр. 309—314).

Съ большинствомъ прекрасныхъ и благородныхъ мыслей проф. Розина я вполне согласенъ и горячо ихъ привѣтствую. Не только въ своихъ прежнихъ работахъ, но и въ статьѣ о новой теоріи процесса я указывалъ, что цѣлью процесса должно быть постановленіе правосуднаго приговора, а не осуществленіе карательнаго права государства, что процессъ долженъ явиться надежной гарантіей правъ личности, что начало состязательности должно получить дальнѣйшее развитіе. Особенно настойчиво я подчеркивалъ (стр. 41—42) самостоятельную юридическую природу процессуальнаго отношенія по сравненію съ отношеніемъ матеріальнаго уголовного права. Въмѣстѣ съ Н. Н. Розинымъ я полагаю, что простое описаніе процессуальныхъ дѣйствій, безъ

¹⁾ Кстати, проф. Розинъ отмѣчаетъ, будто я, указывая на зарожденіе этой теоріи въ германской юриспруденціи, хочу тѣмъ самымъ указать, что новое направленіе „просто на просто идетъ по пута симпатій къ абстрактному теоретизированію, навѣяному намъ нѣмцами“. „Модная, но не очень глубокая мысль“,—замѣчаетъ Н. Н. Розинъ. Долженъ замѣтить, что этой мысли я нигдѣ въ своей статьѣ не высказалъ. Напротивъ того, подробный разборъ новой теоріи свидѣтельствуетъ о томъ серьезномъ значеніи, которое я придаю ей.

выяснения ихъ юридической природы, еще не создаетъ процессуальной науки и что въ процессѣ возникаютъ всевозможныя юридическія отношенія, важныя для юриста (стр. 24, 38). Но при всемъ этомъ я не склоненъ думать, что всѣ эти научныя и судебно-политическія положенія неизбежно связаны съ теоріей процесса, какъ процессуальнаго отношенія между судомъ и сторонами. Заслуга этой теоріи, нами не отрицаемая, состоитъ въ томъ, что она показала необходимость для юриста сознательно продумать вопросъ о юридической природѣ процесса. Но то рѣшеніе, которое дается ею,—сведеніе процесса къ прогрессирующему или подвижному правоотношенію между участниками процесса,—намъ кажется ошибочнымъ. Предлагаемое нами опредѣленіе процесса, какъ юридическихъ дѣйствій публичнаго порядка, есть также рѣшеніе вопроса о юридической структурѣ процесса, ибо юридическій фактъ есть категория, связанная съ правовой жизнью самымъ тѣснымъ образомъ. Поэтому мы не можемъ принять и того упрека, который дѣлаетъ проф. А. Х. Гольмстенъ,—что теорія процессуальныхъ дѣйствій есть „чисто описательное изложеніе“, а монополія юридичности присуща только схемѣ Булова (стр. 303)¹⁾. Всѣ высказанныя выше мысли о значеніи состязательнаго порядка, о гарантіи правъ обвиняемаго, о цѣли процесса, о его самостоятельной природѣ,—воплнѣ укладываются въ рамки теоріи процесса, какъ регулируемаго закономъ публичнаго порядка юридическихъ дѣйствій.

Но перейдемъ къ болѣе частнымъ замѣчаніямъ проф. Розина. Онъ не отрицаетъ многочисленныхъ разногласій сторонниковъ

¹⁾ Всѣ построенія въ области административнаго права у французской школы построены на изученіи „административныхъ дѣйствій“ (actes juridiques). Въ своемъ сочиненіи—*Les principes généraux du droit administratif* (2 éd. 1914) проф. G. Jèze указываетъ, что и все публичное право имѣетъ своимъ основаніемъ обнаруженіе воли различныхъ органовъ, являющееся по своей природѣ юридическимъ актомъ. „La chose essentielle dans le droit, c'est l'acte juridique, à savoir la manifestation de la volonté, en exercice d'un pouvoir légal, en vue de produire un effet de droit. Il en est ainsi dans toutes les branches de droit. C'est pourquoi l'étude de l'acte juridique est le préliminaire indispensable de toute étude. Il faut, avant d'exposer les institutions juridiques d'un pays fixer la terminologie, classer les actes juridiques au point de vue de la technique juridique. A cette condition seulement, il sera possible de procéder à des analyses précises et d'arriver à des résultats satisfaisants“ (р. 7). Его трудъ является превосходнымъ образчикомъ научной классификаціи юридическихъ актовъ въ области французскаго административнаго права. См. также построенную по этому методу книгу Berthelemy. *Droit administratif*. 1909.

новой теоріи по вопросу о существѣ юридическаго отношенія въ процессѣ, но полагаетъ, что эти разногласія—„результатъ индивидуальнаго мышленія, а порою даже вкуса и темперамента ученыхъ“. Въ угоду педагогическимъ задачамъ возможно порою примѣшивать къ стройному научному изложенію матеріалъ описательный или характеризующій другія стороны разсматриваемыхъ юридическихъ явленій. Этимъ объясняется то, что содержаніе отдѣльныхъ отдѣловъ не всегда точно соотвѣтствуетъ юридической схемѣ. Отступленіе отъ непреклонной стройности авторъ считаетъ даже болѣе предпочтительнымъ въ интересахъ педагогическихъ. А Н. Н. Полянскій считаетъ нецѣлесообразнымъ изложеніе процесса по схемѣ юридическаго отношенія въ учебникахъ даже въ томъ случаѣ, если признать процессъ юридическимъ отношеніемъ, такъ какъ внѣшняя сторона его (дѣйствія) представляетъ процессъ съ наиболѣе „наглядной“ стороны (стр. 83, см. также статью его въ Юр. Вѣстн. кн. IV, стр. 91).

Казалось бы, что задача всякой теоріи и, въ частности, теоріи процесса именно въ томъ и состоитъ, чтобы представить изучаемыя явленія въ видѣ наиболѣе отчетливомъ и легко усвояемомъ. Теорія координируетъ и осмысливаетъ матеріалъ, надъ которымъ она работаетъ. Между тѣмъ въ данномъ случаѣ мы видимъ какъ-бы обратное! къ теоретическому построенію нужно примѣшивать разнообразный иной матеріалъ, чтобы сдѣлать изложеніе „нагляднымъ“ и удобнымъ въ „педагогическихъ“ цѣляхъ. Думается, что въ этомъ лежитъ серьезный показатель неудачности данной теоріи вообще.

Приведу одинъ примѣръ. Проф. Гольмстенъ, вопреки мнѣніямъ нѣкоторыхъ сторонниковъ новой теоріи, полагаетъ, что эта теорія охватываетъ и судоустройство, нормы котораго тѣснѣйшимъ образомъ связаны съ нормами судопроизводства. Отрицаніе этой мысли онъ признаетъ „возвратомъ къ среднимъ вѣкамъ“. Проф. Розинъ указываетъ, что внесеніе нормъ судоустройства необходимо для „юридической обрисовки“ субъектовъ, участвующихъ въ процессѣ. Эта обрисовка должна показать точныя условія, при которыхъ субъекты отношенія обладаютъ своею процессуальною право- и дѣеспособностью. Проверка такой право- и дѣеспособности суда и сторонъ, дѣйствительно, происходитъ въ каждомъ дѣлѣ. Но каковы ея предѣлы? Для легитимациі защитника требуется лишь заявленіе подсудимаго и принадлежность защитника къ числу лицъ, коимъ не воспрещено ходатайство по чужимъ дѣламъ (ст. 44, 656 уст.

угол. суд.). Въ какомъ отношеніи можетъ стоять къ такой легитимациі субъекта сложный вопросъ объ организаціи адвокатуры? Для легитимациі судей и прокуратуры требуется лишь фактъ состоянія въ должности и отсутствіе основаній, изложенныхъ въ ст. 600, 608, 709, 693 уст. угол. суд. На этой почвѣ опять-таки не построить системы судовъ и организаціи прокуратуры. Но, если бы мы усвоили себѣ самое широкое пониманіе легитимациі, на которомъ, повидимому, стоятъ оба автора, полагая, напр., что въ вопросъ о законной правоспособности суда входятъ частные вопросы о томъ, правильно ли судья назначенъ, не уволенъ ли онъ, компетентенъ ли онъ на разсмотрѣніе даннаго дѣла и т. д., то всѣ эти вопросы, разсматриваемые съ такой точки зрѣнія, отнюдь не будутъ изложеніемъ нормъ судоустройства, а лишь изученіемъ правоспособности отдѣльнаго лица. Правила судоустройства будутъ имѣть для этого такое же значеніе, какъ и правила любыхъ другихъ юридическихъ дисциплинъ. Такъ, напр., условіемъ процессуальной легитимациі является, чтобы судья не былъ опекуномъ или ближайшимъ наслѣдникомъ одного изъ участвующихъ въ дѣлѣ лицъ (ст. 600). Но слѣдуетъ ли изъ этого, что нормы гражданского права объ опекунствѣ и наслѣдованіи должны быть излагаемы въ процессѣ, какъ основанія, могущія вліять на легитимацию? Или, если ст. 212 уст. угол. суд. указываетъ, что судьи назначаются Высочайшей властью, то слѣдуетъ ли считать, что основные законы, опредѣляющіе порядокъ наслѣдованія престола, права и преимущества верховной власти и т. д., должны быть разсматриваемы какъ нормы, относящіяся къ легитимациі и подлежащія внесенію въ науку процесса? Проф. Розинъ замѣчаетъ по этому вопросу: „до какихъ предѣловъ долженъ доходить этотъ объемъ,—есть дѣло юридической логики, практической необходимости и научнаго такта“ (стр. 317). Едва-ли съ помощью такихъ неопредѣленныхъ критеріевъ можно рѣшать вопросъ о предѣлахъ содержанія науки. Несомнѣнно, что каждое постановленіе закона тѣснымъ образомъ связано съ совокупностью юридическихъ нормъ правопорядка. Но каждая частная юридическая дисциплина должна ясно намѣтить границы своего изученія, руководясь не субъективными склонностями отдѣльныхъ ученыхъ, а природой своего предмета. Знаніе судоустройства необходимо процессуалисту для пониманія судебного порядка, а не для установленія легитимациі участвующихъ въ процессѣ субъектовъ. Принципы судебной организаціи покоятся на глубокихъ соображеніяхъ публичной политики и только въ ихъ освѣщеніи могутъ быть понятны. Съ точки же

зрѣнія формальной легитимации совершенно безразлично: какъ увольняется судья, по собственному ли прошенію или въ дисциплинарномъ порядкѣ, пользуется ли онъ несмѣняемостью, или нѣтъ, подлежит ли надзору Министерства Юстиціи и т. д.; здѣсь важенъ формальный титулъ, а не принципъ, на которомъ построена норма публичнаго строя.

Я думаю, что не только „педагогическія соображенія“, но и здоровое чутье публициста удерживаетъ многихъ сторонниковъ новой теоріи отъ того, чтобы всецѣло излагать процессъ по схемѣ юридическаго отношенія. Это сказалось, напр., на такомъ корифеѣ публичнаго права, какъ Биндингъ, который, ограничившись въ началѣ своего курса уголовного процесса изложеніемъ существа теоріи процессуальнаго отношенія, въ дальнѣйшемъ развитіи курса сталъ на путь изложенія процессуальныхъ дѣйствій.

Наиболѣе удачными у сторонниковъ новаго направленія обыкновенно являются отдѣлы объ обвиненіи и гражданскомъ искѣ, или о „предположеніяхъ процесса“. Объясняется это тѣмъ, что и они признають за уголовнымъ и гражданскимъ искомъ характеръ „юридическихъ фактовъ“ (ср. у проф. Гольмстена, стр. 322, 323) и соотвѣтственно съ этимъ излагають ихъ. Такая система изложенія, широко освѣщающая юридическую природу процесса, вовсе не связана съ теоріей процессуальнаго отношенія. Этотъ методъ изложенія усвоилъ, напр., И. Я. Фойницкій въ своемъ „Курсѣ“ (т. II), нисколько не находясь подъ влияніемъ этой теоріи. Таковъ методъ есть прямое отраженіе взгляда, котораго придерживаемся и мы, что процессуальныя дѣйствія суть по своей природѣ именно юридическіе факты. Обстоятельства, влияющія на возбужденіе, пріостановленіе, прекращеніе обвиненія, суть типическіе примѣры процессуальныхъ дѣйствій (и событій), и изученіе ихъ какъ юридическихъ фактовъ („предпосылокъ процесса“) даетъ весьма цѣнные результаты для догматической разработки науки.

Мы подошли здѣсь къ вопросу, который, на нашъ взглядъ, является центральнымъ въ настоящемъ спорѣ. Представляютъ ли собою процессуальныя дѣйствія объектъ правъ и обязанностей суда и сторонъ, или же они суть опредѣленная категория юридическихъ дѣйствій (фактовъ)? Отъ рѣшенія этого вопроса зависитъ уясненіе очень многихъ разногласій между моими почтенными критиками и мною. Проф. Розинъ, процитировавъ слова А. Х. Гольмстена о томъ, что „объектомъ права и обязанности не можетъ быть не что иное какъ дѣйствіе“, замѣчаетъ: „самое совершеніе дѣйствія есть

чистый юридическій актъ, на который управомоченъ или къ которому обязанъ опредѣленный субъектъ. Этотъ актъ является, такимъ образомъ, объектомъ правоотношенія между процессуальными субъектами, такъ какъ соответствуетъ праву на дѣйствіе и обязанности къ дѣйствию названныхъ субъектовъ“ (стр. 322). Оспаривая мое утвержденіе, проф. Розинъ замѣчаетъ: „Какой же „фактъ“, порождающій юридическія отношенія“, представляютъ все названныя дѣйствія, когда юридическое отношеніе существовало до возникновенія самаго факта и само породило этотъ „фактъ“? Проф. Гольмстенъ посвящаетъ нѣсколько страницъ (323—326) разсмотрѣнію этого вопроса. На мое замѣчаніе о томъ, что сторонниками новой теоріи одно и то же дѣйствіе (напр., жалоба или предложеніе прокурора) разсматривается то какъ юридическое предположеніе процесса (юридическій фактъ), то какъ само процессуальное отношеніе (въ чемъ я усматриваю недостаточную отчетливость въ разграниченіи обоихъ понятій), проф. Гольмстенъ замѣчаетъ, что только нѣкоторыя процессуальныя дѣйствія обладаютъ такимъ двойственнымъ характеромъ. Таковы суть основанія возникновенія и прекращенія процесса. Но онъ тутъ же признаетъ, что „въ побочныхъ отношеніяхъ имѣются свои основанія“ (которыя, позволю себѣ замѣтить, весьма многочисленны: изъ нихъ созданъ весь процессъ). Проф. Гольмстенъ беретъ приводимый мною примѣръ (ст. 323). „Сторона проситъ о вызовѣ и допросѣ свидѣтеля,—это съ точки зрѣнія проф. Люблинскаго „юридическій фактъ“. Ближайшимъ образомъ въ порождаемое имъ юридическое отношеніе входитъ право или обязанность суда, какъ угодно, вызвать свидѣтеля; судъ его вызываетъ, но вѣдь это опять „юридическій фактъ“, порождающій-де, ближайшимъ образомъ, обязанность свидѣтеля явиться, но вѣдь это опять „юридическій фактъ“, изъ котораго вытекаетъ обязанность суда потребовать привода его къ присягѣ, свидѣтель получаетъ право на вознагражденіе и т. д., и т. д. Вдумываясь въ этотъ, да и въ любой примѣръ, построенный по схемѣ проф. Люблинскаго, удивляешься, какъ могло ускользнуть отъ вниманія послѣдняго неизмѣнно однообразное соответствіе между ближайшимъ юридическимъ эффектомъ даннаго „факта“ и самимъ фактомъ: гдѣ эффектъ этотъ заключается въ установленіи правъ, тамъ „фактъ“ является дѣйствіемъ, совершеннымъ во исполненіе обязанностей, и, наоборотъ, гдѣ эффектъ заключается въ установленіи обязанности, тамъ „фактъ“ является дѣйствіемъ, совершеннымъ въ осуществленіе права. Сторона проситъ о вызовѣ свидѣтеля, ближайшій эффектъ—обязан-

ность суда вызвать свидѣтеля, и соответствующій этому эффекту „фактъ“, просьба о вызовѣ, является осуществленіемъ права просить о вызовѣ и т. д. Спрашивается, какое имѣется основаніе прикрывать дѣйствительность, уже давно опознанную, искусственнымъ щитомъ: но щитъ оказался прозрачнымъ, и дѣйствительность стала очевидной. Эти „факты“ суть не что иное, какъ объекты правъ или обязанностей“.

Сдѣлавъ этотъ выводъ, проф. Гольмстенъ далѣе указываетъ, что „сама жизнь допускаетъ одновременно двойственный характеръ юридическихъ явленій. Въ данный моментъ совершается дѣйствіе, являющееся и фактомъ, правопроизводящимъ или правопрекращающимъ, и объектомъ этихъ правъ. Оба характера данного дѣйствія реально разграничить нѣтъ возможности“. Подобные случаи, какъ отдѣльные, обособленные, мы находимъ и въ гражданскомъ правѣ (выдача задатка, уплата долга), и въ процессахъ гражданскомъ и уголовномъ (предъявленіе иска, подача жалобы, постановленіе судебного рѣшенія).

Если принять точку зрѣнія проф. Гольмстена, что такая двойственность явленій есть вещь сравнительно рѣдкая, то, быть можетъ, пришлось бы примириться съ этими аномаліями и не стараться „насиловственно вдвигать дѣйствительность въ апіорно построенныя рамки“. Но я позволю себѣ утверждать, что съ точки зрѣнія ученія, признающаго объектомъ правъ и обязанностей „дѣйствія“, эта двойственность не есть аномалія, а характерна почти для каждаго юридическаго отношенія. Я навялъ рабочаго для работы: исполненіе работы, являющееся объектомъ обязанности рабочаго, служить юридическимъ фактомъ, создающимъ у него право на полученіе вознагражденія; уплата ему вознагражденія, являющаяся реализаціей моей обязанности, служить фактомъ, прекращающимъ существовавшее между нами правоотношеніе. Въ уголовномъ правѣ любое воспрещаемое закономъ дѣяніе служитъ и объектомъ обязанности воздержанія, и, при реализаціи, юридическимъ фактомъ, порождающимъ право на наказаніе. Въ процессуальномъ правѣ тѣ примѣры, которые я привелъ и которые рассмотрѣны проф. Гольмстеномъ, показываютъ, что реализація того или иного права или обязанности стороны является юридическимъ фактомъ для новыхъ правъ и обязанностей. Такъ, напр., при наличности законнаго повода и достаточнаго основанія слѣдователь обязанъ начать предварительное слѣдствіе. Реализація этой обязанности создаетъ рядъ новыхъ юридическихъ послѣдствій. При наличности условій ст. 419

слѣдователь имѣетъ право заключить подъ стражу обвиняемаго, реализація этого права создаетъ для слѣдователя рядъ обязанностей, а для обвиняемаго рядъ обязанностей и правъ, и т. д.

Если „двойственность правовыхъ явленій“ не есть исключеніе, а встрѣчаемое на каждомъ шагу явленіе, то какъ объяснить ее? У моего уважаемаго оппонента я не нахожу этого объясненія. Онъ предлагаетъ мириться съ нимъ, какъ съ аномаліей. Между тѣмъ, думается мнѣ, такая двойственность совершенно исчезаетъ, если правильно разграничить понятіе „объекта“ и понятіе „юридическаго факта“. Здѣсь я долженъ снова сослаться на положенія проф. Л. І. Петражицкаго, которыя я имѣлъ въ виду въ своей статьѣ. Дѣйствіе, какъ таковое, есть явленіе дѣйствительности, нѣкоторый фактъ. Въ качествѣ таковаго оно не можетъ входить въ содержаніе психическихъ правовыхъ переживаній. Когда мы говоримъ, что мы обязаны или имѣемъ право сдѣлать то-то или воздержаться отъ того-то, мы имѣемъ въ виду лишь опредѣленные *представленія* объ извѣстныхъ дѣйствіяхъ, и, какъ тонко замѣчаетъ проф. Петражицкій, объектами правъ и обязанностей являются не сами дѣйствія, а представленія о нихъ, или акціонныя представленія ¹⁾. Реализація дѣйствія есть фактъ, иногда релевантный, иногда нерелевантный съ правовой точки зрѣнія. Я имѣю право свободы передвиженія, во исполненіе этого права я выхожу изъ дома погулять, это—реализація права, нерелевантная съ правовой точки зрѣнія, но, если въ осуществленіе того же права я приѣду въ другой городъ, то изъ такой реализаціи возникнетъ обязанность для мѣстныхъ властей терпѣть мое присутствіе, прописать меня и т. д. Сторона имѣетъ право избрать себѣ защитника. Реализація этого права создаетъ для суда обязанность допустить защитника къ участию въ процессѣ. Здѣсь нѣтъ правоотношенія между обвиняемымъ и судомъ въ томъ смыслѣ, что обвиняемый имѣетъ право, а обязаннымъ по отношенію къ обвиняемому является судъ. Здѣсь реализація права обвиняемаго является лишь юридическимъ фактомъ для возникновенія опредѣленныхъ обязанностей у суда. Процессъ движется и развивается посредствомъ опредѣленнаго ряда дѣйствій, представляющихъ собою реализацію правъ и обязанностей различныхъ органовъ и лицъ. Судъ, прокуроръ, потерпѣвшій, обвиняемый, полиція имѣютъ свои права и свои обязанности, опредѣляемые порою не процессуальнымъ, а государственнымъ, административнымъ, уголов-

¹⁾ Теорія права и государства, т. II, 1907, стр. 422.

нымъ и инымъ правомъ; изъ реализаціи этихъ правъ и обязанностей, происходящей въ опредѣленномъ порядкѣ, и возникаетъ процессъ, какъ извѣстная цѣпь юридическихъ дѣйствій. Если мы будемъ имѣть въ виду дѣйствія не какъ реализацію правъ, а какъ представляемые объекты правъ и обязанностей участниковъ процесса, то мы получимъ не дѣйствительный процессъ, а только тѣнь его: процессъ, какъ совокупность какихъ-то потенцій. Я не стану несколько отрицать, что процессуалисту на каждомъ шагѣ придется останавливаться на вопросѣ о содержаніи правъ и обязанностей лицъ и органовъ, участвующихъ въ процессѣ. Задачей каждаго юриста является выясненіе юридическихъ послѣдствій (т. е. правъ и обязанностей), которыя создаютъ для различныхъ лицъ юридическіе факты. Большинство практическихъ споровъ въ судахъ происходитъ именно на этой почвѣ. Но эти права и обязанности не создаютъ процесса, они возникаютъ, измѣняются и прекращаются въ процессѣ, процессъ же, это—порядокъ, создающій, измѣняющій и прекращающій ихъ. Теорія процессуальнаго отношенія, не учитывая этого, самый процессъ превращаетъ въ совокупность правъ и обязанностей, и вслѣдствіе этого процессъ теряетъ свою реальность, а сохраняются лишь представленія о различныхъ лицахъ и органахъ, надѣленныхъ различными процессуальными потенціями.

Резюмируемъ сказанное. Теорія права не можетъ мириться съ „двойственностью правовыхъ явленій“, она ясно проводитъ различіе между „фактомъ“, какъ явленіемъ дѣйствительности, и „объектомъ правоотношенія“, какъ нѣкоторымъ представленіемъ о возможномъ дѣйствіи. Процессуальныя дѣйствія, представляемыя въ своей потенціи, могутъ быть объектомъ самыхъ разнообразныхъ правъ и обязанностей, но процессъ не создается изъ такихъ потенцій. Въ основаніи его лежатъ подлинныя дѣйствія, имѣющія характеръ юридическихъ фактовъ, подчиненныя извѣстному порядку и представляющія большею частью реализацію различныхъ процессуальныхъ правъ и обязанностей ¹⁾.

¹⁾ Проф. А. Х. Гольмстенъ указываетъ, что моя теорія „процесса, какъ упорядоченной цѣпи юридическихъ фактовъ“, сложилась „подъ сильнымъ влияніемъ одного изъ легкомысленнѣйшихъ германскихъ ученыхъ, Колера“ (стр. 323, повторено на стр. 328). Въ своей статьѣ я ссылаюсь на книгу Kohler—Process als Rechtsverhältniss 1888, лишь въ одномъ мѣстѣ по поводу рекомендуемаго имъ названія „юридическіе акты“, при чемъ отвергаю этотъ терминъ. Я не стану входить въ обсужденіе научной характеристики Колера, но замѣчу лишь, что

Въ связи съ разсмотрѣннымъ стоитъ и другой вопросъ, вызвавшій рядъ замѣчаній со стороны моихъ уважаемыхъ критиковъ. Между кѣмъ происходятъ возникающія въ процессѣ правоотношенія? Ни проф. Розинъ, ни проф. Гольмстенъ не отрицаютъ высказаннаго мною утвержденья, что въ процессѣ возникаютъ многообразныя юридическія отношенія, субъектами которыхъ являются не только судъ и стороны, но и различныя участвующія въ процессѣ лица (свидѣтели, эксперты, полиція и т. д.). Но они указываютъ, что процессуалистъ долженъ сосредоточить свое вниманіе на главныхъ, а не побочныхъ отношеніяхъ, которыми являются отношенія суда и сторонъ. „Судебные органы—пишетъ проф. Розинъ—осуществляютъ рядъ вѣренныхъ имъ государствомъ функций. Центральная изъ этихъ функций, выполняющая основныя задачи и дѣли процесса и опредѣляющая его юридическую природу, — функция *юрисдикціонная*, т. е. направленная на разрѣшеніе судомъ спора о правѣ. Ея осуществленіе слагается изъ *дѣятельности* (курсивъ мой) трехъ субъектовъ: суда и двухъ спорящихъ сторонъ. Всѣ остальные судебныя мѣропріятія, всѣ остальные отношенія суда къ другимъ лицамъ и органамъ направляются на служеніе этой главной функціи, возникаютъ и совершаются по поводу нея. Съ юридической стороны они являются осуществленіемъ *административной* функціи суда“ (стр. 317—318). Проф. Гольмстенъ, признавая вѣрность этой характеристики, лично къ ней не присоединяется, такъ какъ „она не указываетъ начала, объединяющаго эти отношенія“. Мысль проф. Розина, и на нашъ взглядъ, является совершенно вѣрной; дѣйствительно, слѣдуетъ различать юрисдикціонныя

послѣ замѣчанія проф. Гольмстена я вновь пересмотрѣлъ его книгу, чтобы удостовѣриться, нѣтъ ли у меня безсознательныхъ заимствованій или случайныхъ совпаденій, и не нашелъ въ ней ни одного сколько нибудь аналогичнаго положенія съ моими. Начать съ того, что Колеръ является сторонникомъ теоріи процессуальнаго отношенія и опредѣляетъ процессъ, какъ сложное правоотношеніе между сторонами, на которое все время вліяютъ новые правовые акты (стр. 2, 7); онъ отрицаетъ, далѣе, общую дѣлю процесса (3) и возражаетъ противъ пониманія его какъ дѣли юридическихъ сдѣлокъ (4—5); стороны, по его мнѣнію, не участвуютъ въ публично-правовой дѣятельности суда, а ведутъ борьбу между собою (6—8). Характеръ юридической сдѣлки Колеръ (какъ и проф. Гольмстенъ) признаетъ лишь за возбужденіемъ иска (35—41).

Кстати, съ именемъ Колера связанъ и другой упрекъ, сдѣланный мнѣ критиками. Я указывалъ, что Колеръ впервые выступилъ съ примѣненіемъ теоріи процессуальнаго отношенія къ уголовному процессу. Н. Н. Полянскій указываетъ, что еще ранѣе мысль эта была высказана Кризомъ (71), а А. Х. Гольмстенъ относитъ ее къ самому Вюлову (стр. 302). Я охотно признаю эти поправки.

я распорядительные (я предпочелъ бы этотъ терминъ термину „административные“) акты суда. Но, какъ всякій можетъ удосто- вѣриться, вчитавшись въ цитированныя нами слова проф. Розина, онъ самъ говоритъ о юрисдикціонныхъ *функцияхъ* и о томъ, что онѣ слагаются изъ *дѣятельности* суда и сторонъ. Это дѣленіе есть дѣленіе юридическихъ дѣйствій, а не правоотношеній. Для выдѣ- ленія особаго рода правоотношеній изъ всей массы ихъ, существую- щей въ процессѣ, это дѣленіе непригодно, такъ какъ оно прово- дится совершенно въ иной плоскости ¹⁾).

По поводу критическихъ замѣчаній о томъ, что въ схему про- цесса, какъ юридическаго отношенія, не умѣщаются многія стадіи уголовного судопроизводства, проф. Розинъ (къ которому въ этомъ отношеніи присоединяется и проф. Гольмстенъ, стр. 305), указы- ваетъ, что чисто розыскное судопроизводство есть лишь теоретиче- ское обобщеніе, въ жизни никогда не существовавшее. Всегда обви- няемый имѣлъ какія либо права. Поэтому нельзя говорить, что извѣстныя формы процесса не умѣщаются въ схему процесса, какъ юридическаго отношенія, онѣ умѣщаются въ эту схему лишь съ нѣкоторымъ трудомъ, превращая это отношеніе, напр., изъ трех- сторонняго въ двухстороннее (стр. 319). Мысль почтеннаго оппо- нента о томъ, что и въ инквизиціонномъ процессѣ обвиняемый пользовался хотя бы небольшими правами, совершенно справедлива, и потому, дѣйствительно, здѣсь можно было бы говорить о правахъ обвиняемаго (вопреки распространенному часто взгляду, что обви- няемый въ розыскномъ процессѣ являлся „объектомъ“, а не „субъ- ектомъ“ процесса). Но дѣло въ томъ, что и историческій и совре-

¹⁾ Замѣтимъ, вкстати, что содѣйствіе сторонъ вовсе не является необходи- мымъ признакомъ юрисдикціонной функціи. Prof. G. Jè se, въ главѣ, посвящен- ной характеристикѣ юридической природы юрисдикціоннаго акта, пишетъ: „L'acte juridictionnel est la manifestation de volonté, en exercice d'un pouvoir légal, qui a pour objet de constater une situation juridique (générale ou individuelle) ou des faits (p. 32). Peu important les formes, suivies pour l'acte. D'ordinaire, l'acte juri- dictionnel est accompli d'après certaines formes, au premier rang desquelles nous trouvons en France le débat contradictoire, la publicité. Il est désirable, au point de vue politique, que l'acte juridictionnel ne soit accompli qu'avec certaines formes qui donneront aux justiciables les plus sérieuses garanties; toutefois ces formes ne constituent pas un élément essentiel de l'acte juridictionnel au point de vue de la technique juridique. Il y a beaucoup d'autres actes juridiques pour lesquels il importe qu'il y ait débat contradictoire et publicité: loi, nomination de fonction- naire (concours), révocation, etc. Le fait que le législateur exige, pour l'accomplis- sement d'un acte juridique, les formes usitées pour l'acte juridictionnel, ne change pas la nature de cet acte“. Principes de droit administratif, 1914 (p. 33).

менный процессъ знаютъ такія стадіи, которыя протекають безъ всякаго участія обвиняемаго. Таково теперь дознание, такимъ можетъ быть предварительное слѣдствіе въ случаѣ ненахожденія или неоткрытія обвиняемаго, таково преданіе суду; съ другой стороны, стадія исполненія приговора можетъ протекать безъ участія суда. Оспаривать отношеніе этихъ стадій къ уголовному процессу едва-ли возможно, а между тѣмъ здѣсь нельзя говорить и о двустороннемъ отношеніи. Правда, могутъ указать, что въ дознаніи, предварительномъ слѣдствіи, преданіи суду участвуетъ прокуратура, но до открытія судебного слѣдствія прокуратура не является стороной, она лишь органъ наблюденія.

Предвидя, вѣроятно, подобное замѣчаніе, проф. Розинъ далѣе указываетъ на возможность въ жизни различныхъ „аномалій“, съ которыми теорія не должна считаться. Такую аномалію и представляютъ пережитки розыскаго судопроизводства, уходящіе своими корнями въ глубь средневѣковья. Проф. Гольмстенъ тоже говоритъ „объ уродливыхъ явленіяхъ“ въ жизни (стр. 317), къ которымъ относитъ пережитки розыскаго процесса. Съ такимъ отношеніемъ теоретика къ явленіямъ правовой дѣйствительности нельзя согласиться. Теорія не можетъ „считать себя свободной“ отъ тѣхъ или иныхъ явленій потому, что признаетъ ихъ „аномаліями“. Мы можемъ оцѣнивать явленіе какъ аномалію или уродливость лишь съ точки зрѣнія правовой политики, но не теоріи. Послѣдняя лишь обобщаетъ и систематизируетъ явленія.

Интересной является попытка, предложенная проф. Гольмстенемъ для юридической систематизаціи предварительныхъ стадій процесса (дознанія, предварительнаго слѣдствія и преданія суду). Эти три инстатута, по его мнѣнію, входятъ въ составъ одного сложнаго: предъявленія уголовного иска, иными словами, они являются основаніемъ къ возникновенію процесса, какъ юридическаго отношенія. При такой характеристикѣ самый процессъ сужается до предѣловъ только одного окончательнаго производства (предварительныя стадія суть только его „предположенія“), съ чѣмъ едва-ли согласится кто либо изъ процессуалистовъ. Какъ примирить съ такимъ пониманіемъ и тотъ фактъ, что обвиненіе возбуждается уже на предварительномъ слѣдствіи? Преданіе суду формулируетъ лишь окончательное обвиненіе, но уголовный искъ возникаетъ при самомъ зарожденіи дѣла, и разсматривать предварительныя стадіи процесса, какъ „предположенія“ уголовного иска, равносильно было бы утвержденію, что „предположеніе“ слѣдуетъ за послѣдствіемъ, а не предшествуетъ ему.

Проф. А. Х. Гольмстенъ въ своей статьѣ детально останавливается почти на каждомъ моемъ утвержденіи, и въ результатѣ почти ни съ однимъ изъ нихъ не соглашается. Къ сожалѣнію, за недостаткомъ отведеннаго мнѣ мѣста, я лишенъ возможности здѣсь отвѣтить съ такою же подробностью. Глубокое уваженіе мое къ проф. А. Х. Гольмстену, какъ моему учителю и авторитетному ученому, заставляетъ меня въ самомъ началѣ указать, что несогласіе мое съ взглядами на природу процесса, изложенными въ его „Учебникѣ“, научныхъ работахъ и въ критической статьѣ по поводу моей работы, не есть результатъ научной легкомысленности или косности мысли. Изученіе курса проф. Гольмстена заставило меня, еще студентомъ, задуматься надъ этой теоріей, и въ теченіе 15 лѣтъ научной и преподавательской работы въ области процесса мнѣ неоднократно приходилось продумывать отдѣльныя предпосылки ея. Я считалъ себя въ правѣ выступить противъ нея лишь тогда, когда въ той области, гдѣ я считалъ себя сравнительно компетентнымъ—въ области уголовного процесса,—она стала находить у насъ распространеніе. Многие изъ моихъ замѣчаній кажутся проф. А. Х. Гольмстену непониманіемъ „элементарныхъ“ вещей (стр. 311, 313, 308 и др.), но смѣю думать, что самъ уважаемый оппонентъ не сталъ бы посвящать обширной критической работы тѣмъ возраженіямъ, которыя являются лишь продуктомъ смѣшенія элементарныхъ понятій.

Многія изъ возраженій проф. Гольмстена я рассматриваю совместно съ замѣчаніями, сдѣланными мнѣ другими оппонентами. Но есть нѣкоторыя стороны, на которыхъ онъ останавливается только одинъ. Мое замѣчаніе о томъ, что новой теоріи не удалось построить надлежащаго ученія объ объектѣ процессуальнаго отношенія, признается и проф. Гольмстеномъ. Его замѣчанія направлены больше противъ проф. Розина, чѣмъ противъ меня. Онъ высказываетъ лишь вѣру въ то, что такое ученіе „несомнѣнно было бы выработано, если бы было поменьше легкой, квази-разрушительной критики и побольше трудной положительной работы“. Но теорія процессуальнаго отношенія существуетъ уже почти полвѣка и отнюдь не можетъ пожаловаться на недостатокъ работниковъ, а что касается критики, то, мнѣ кажется, она могла бы только способствовать, а не препятствовать работѣ. Причина невозможности такого построенія лежитъ глубже,—въ неправильномъ отождествленіи дѣйствій процесса съ его объектомъ. Далѣе проф. Гольмстенъ упрекаетъ Н. Н. Розина и меня въ свободномъ

обращеніи съ терминами „статива“ и „динамика“ примѣнительно къ процессу. Овъ указываетъ даже источники, изъ которыхъ можно почерпнуть правильныя свѣдѣнія объ этихъ терминахъ. Долженъ замѣтить, что эти термины были внесены въ процессуальную литературу И. Я. Фойнацкимъ (Курсъ, I, 1896, стр. 60) и нашли здѣсь широкое примѣненіе не какъ строго научныя, а какъ удобныя по своей выразительности. Никакихъ выводовъ изъ существа этихъ терминовъ мною не дѣлается; я лишь въ одномъ мѣстѣ (стр. 27 отд. отт.) употребляю выраженіе „динамика процесса“, которое охотно могу замѣнить выраженіемъ „движеніе процесса“. Особенно подробно проф. Гольмстенъ останавливается на IV главѣ моей статьи, въ которой указывается, къ какимъ несообразностямъ приводитъ предположеніе о наличности правоотношеній между судомъ и сторонами. Я указывалъ, что судъ и стороны являются не противостоящими другъ другу субъектами, а соучастниками въ тѣхъ же правахъ и обязанностяхъ, т. е. обладаютъ аналогичными правами по изслѣдованію дѣла, пополненію доказательствъ, освѣдомленности о ходѣ производства и т. д. Мой почтенный критикъ отсюда выводитъ, что я признаю полное тождество этихъ правъ и обязанностей, и затѣмъ подробно указываетъ, что эти права не тождественны и даже не однородны. Я не имѣю возможности детально рассмотреть каждый примѣръ, слѣдуя за критикомъ, но замѣчу лишь, что я вовсе не имѣлъ въ виду тождества этихъ правъ, а лишь аналогичность ихъ. Естественно, что судъ, какъ публичный органъ, надѣленъ большими правами въ области изслѣдованія дѣла, да и права самихъ сторонъ часто неодинаковы (напр., права прокуратуры и обвиняемаго по вызову свидѣтелей), и потому, если оказывается, что судъ имѣетъ право „допроса“ свидѣтелей, а стороны могутъ лишь предлагать имъ „вопросы“, то это не колеблетъ положенія, что допросъ осуществляется судомъ совместно съ сторонами, или, если судъ имѣетъ право въ цѣляхъ освѣдомленія о дѣлѣ требовать свѣдѣній отъ всѣхъ должностныхъ лицъ, а стороны—лишь отъ опредѣленныхъ исполнительныхъ органовъ суда, то это не колеблетъ утвержденія, что право на освѣдомленность принадлежитъ какъ суду, такъ и сторонамъ. Равнымъ образомъ и другое мое утвержденіе о томъ, что права суда совпадаютъ съ его обязанностями, а порою и обязанности стороны являются ея правами, вызываетъ во второй своей части возраженіи проф. Гольмстена. Я привожу примѣръ явки сторонъ на судъ и дачи показаній стороною. Несомнѣнно, что явка въ судъ для обвиняемыхъ

по дѣламъ, влекущимъ лишеніе правъ, является ихъ обязанностью, но, если судъ разсмотрѣлъ такое дѣло, не вызвавъ обвиняемаго, то послѣдній можетъ ходатайствовать объ отмѣнѣ приговора, такъ какъ было нарушено его право; по дѣламъ, гдѣ явка необязательна, судъ можетъ постановить о необходимости такой явки (ст. 61 уст. угол. суд.), и тогда явка въ судъ будетъ одновременно и правомъ и обязанностью обвиняемаго. Относительно показаній стороны ст. 92 уст. угол. суд. постановляетъ, что судья выслушиваетъ сначала потерпѣвшее отъ преступленія лицо, хотя бы оно являлось обвинителемъ или гражданскимъ истцомъ. Это можетъ быть понимаемо и какъ право потерпѣвшаго дать суду свои показанія, и какъ его обязанность, если судъ признаетъ ихъ необходимыми въ качествѣ свидѣтельскихъ показаній. Совпаденіе же правъ и обязанностей у суда признается самимъ проф. Гольмстенемъ. Далѣе, мною приводятся примѣры переплетенія правъ и обязанностей суда. Я привожу въ видѣ примѣра обязанности защиты, лежація на судѣ, и обвинительныя функціи суда по ст. 52, 313 уст. угол. суд. Въ случаѣ ст. 52 проф. Гольмстенъ признаетъ наличность „страннаго сплетенія“. Въ остальныхъ двухъ отрицаетъ. Такъ, въ ст. 313 нѣтъ сплетенія, ибо „слѣдователь—не судъ, а органъ, подготовляющій обвиненіе“, но съ отрицаніемъ судебного характера слѣдовательской должности едва-ли согласится какой либо процессуалистъ, а въ особенности сторонникъ теоріи процессуальнаго отношенія, который видитъ въ предварительномъ слѣдствіи двустороннее отношеніе между судомъ (т. е. слѣдователемъ) и обвиняемымъ (ср. Розинъ, стр. 319). Что же касается защитительныхъ функцій, то критикъ здѣсь видитъ очень простое явленіе: „сторона имѣетъ право требовать назначенія себѣ защитника, а этому праву соотвѣтствуетъ обязанность суда назначить такового“, упуская, повидимому, случай необходимой защиты, гдѣ защитникъ назначается судомъ безъ всякаго о томъ требованія или ходатайства стороны (ст. 882). Въ своей статьѣ я бѣгло приводилъ только примѣры, не развивая ихъ, предполагая, что суть будетъ ясна каждому специалисту уголовного процесса. Проф. Гольмстенъ истолковалъ мои примѣры по схемамъ, болѣе близкимъ къ процессу гражданскому, вслѣдствіе чего для него многое явилось необычнымъ и недоказательнымъ. Напротивъ того, со стороны специалистовъ уголовного процесса, Н. Н. Розина и Н. Н. Полянскаго, никакихъ указаній на неправильность приведенныхъ мною примѣровъ я не встрѣтилъ. Н. Н. Полянскій даже всецѣло къ нимъ присоединяется.

II.

Перехожу къ замѣчаніямъ моихъ уважаемыхъ критиковъ по поводу той конструкціи процесса, которая дана мною въ указанной уже статьѣ. Долженъ оговориться, что положительное развитіе самостоятельной теоріи не составляло центра моей по преимуществу критической статьи; я считалъ лишь необходимымъ выставить нѣкоторыя общія положенія, которыя, естественно, при своей суммарности, могли породить рядъ замѣчаній. Пользуюсь настоящимъ случаемъ, чтобы развить ихъ нѣсколько больше при свѣтѣ тѣхъ возраженій, которыя были мнѣ сдѣланы.

Основное мое положеніе сводится къ тому, что разнообразныя публично-правовыя отношенія, возникающія въ процессѣ (въ томъ числѣ отношенія сторонъ, суда, прокуратуры и т. д.), происходятъ не между судомъ и сторонами, а между государствомъ и различными органами и лицами, участвующими въ процессѣ. Это положеніе, въ принципѣ, принимается всѣми тремя моими оппонентами, по каждый изъ нихъ дѣлаетъ рядъ оговорокъ.

Н. Н. Полянскій, посвятившій этому вопросу свои главные замѣчанія, указываетъ, что центральнымъ въ процессѣ является сложное, двустороннее, развивавшееся отношеніе между обвиняемымъ и государственною властью, представляемой судомъ и обвинителемъ. Между государствомъ же, съ одной стороны, и судомъ и обвинителемъ — съ другой, нѣтъ юридическаго отношенія. Судъ и прокуратура суть лишь органы государства, между цѣлымъ же и органами не можетъ быть правоотношенія, ибо органы вообще не являются субъектомъ правъ. Въ этомъ своемъ утвержденіи Н. Н. Полянскій является послѣдователемъ теоріи, подробно изложенной въ трудахъ Лабанда и Геллинека, которую онъ признаетъ господствующей. Въ качествѣ ученыхъ, отрицающихъ юридическую личность государства, онъ приводитъ А. И. Елистратова и Н. И. Лазаревскаго, съ утвержденіями которыхъ онъ и полемизируетъ. На нашъ взглядъ, почтенный критикъ переоцѣнилъ значеніе Лабандо-Геллинековской теоріи. Она, правда, пользуется признаніемъ среди ряда германскихъ ученыхъ, но встрѣтила энергичныя и весьма вѣскія возраженія со стороны молодой французской школы (Дюги, Жезъ, Гориу—въ послѣднемъ изданіи своего труда) и въ нашей литературѣ (кромѣ указываемыхъ критикомъ Елистратова и Лазаревскаго,—Яценко, Палиенко, П. Покровский). Здѣсь, конечно, не мѣсто входить въ подробное обсужденіе этого спора,

относящагося къ широкой области государствовѣдѣнія, но все-же считаю необходимымъ высказать въ нѣсколькихъ словахъ свою точку зрѣнія на этотъ важнѣйшій теоретическій вопросъ. Ученіе о государствѣ, какъ о юридической личности, на нашъ взглядъ, неустранимо при догматической конструкціи публичнаго права, ибо безъ него падаетъ вся конструкція субъективныхъ публичныхъ правъ гражданъ, не можетъ быть обоснованъ принципъ ни національнаго суверенитета, ни единства власти. Представленіе о государствѣ, какъ о субъектѣ правоотношенія, присуще нашему правовому сознанию, и отнесеніе къ нему различныхъ правъ и обязанностей есть несомнѣнный психологическій фактъ. Юридическая личность государства отнюдь не исчерпывается „компетенціями“ различныхъ его органовъ, какъ полагають „реалисты“, отрицающіе ее. Но, съ другой стороны, неправиленъ и взглядъ школы Лабанда и Йеллинека, по которому юридическая личность государства поглощаетъ юридическія полномочія отдѣльныхъ носителей власти, являющихся его „органами“. Все публичное право представляетъ собою регламентацію правъ и обязанностей различныхъ публичныхъ органовъ къ государству; каждый агентъ власти, осуществляя свои полномочія, сознаетъ себя стоящимъ въ извѣстномъ подчиненіи другимъ органамъ, сознаетъ свои права и обязанности по отношенію къ государству. Отрицать этотъ непосредственный фактъ правосознанія невозможно, и теорія, стремящаяся упразднить его, никогда не можетъ правильно объяснить существо публично-правовыхъ отношеній.

Но слѣдуетъ подчеркнуть ту мысль, что публично-правовыя отношенія органовъ власти къ государству не укладываются въ обычную схему юридическаго отношенія, выработавшагося на почвѣ конструкціи частнаго права. Въ публично-правовомъ отношеніи право и обязанность не противопоставляются такъ рѣзко другъ другу, какъ въ правѣ частномъ, вѣдающемъ „разграниченіе интересовъ“. Они часто совпадаютъ другъ съ другомъ, такъ какъ имѣють общимъ дестинаторомъ „общественное благо“, „общую пользу“. Характеризуя особую природу публично-правовыхъ отношеній, я употребилъ терминъ „функция“; быть можетъ, другое обозначеніе ихъ, какъ „правообязанностей“ или „полномочій“, будетъ болѣе удачнымъ. Но дѣло не въ терминѣ. Особый характеръ публично-правовыхъ отношеній еще мало разработанъ въ литературѣ публичнаго права, кое-что лишь сдѣлано при построеніи теорій, разграничивающихъ частное и публичное право. Съ такой

точки зрѣнія, думается мнѣ, нельзя отрицать паличности публично-правовыхъ отношеній между государствомъ и судьями или прокуратурой, равно какъ, съ другой стороны, нельзя ограничиться примѣнительно къ нимъ простымъ приложеніемъ цивилистической схемы правоотношенія съ ея рѣзкимъ противопоставленіемъ активнаго и пассивнаго субъектовъ правоотношенія.

Н. Н. Розинъ и А. Х. Гольмстенъ не доводятъ своихъ возражений до столь принципиальныхъ положеній, какъ Н. Н. Полянскій. Н. Н. Розинъ пишетъ, что „легче и проще говорить не о государствѣ, а о судѣ, какъ субъектѣ процессуальнаго отношенія, памятуя лишь при этомъ, что судъ представляетъ собою государство“ (стр. 321). А. Х. Гольмстенъ, признавая всю серьезность вопроса съ теоретической точки зрѣнія и невозможность ограничиться здѣсь приложеніемъ цивилистическихъ конструкцій, говорить, что здѣсь мы имѣемъ нѣкоторое раздвоеніе правъ, своеобразную фигуру „двуликаго Януса, еще не тронутаго наукой“, но что „конкретнѣе, ближе къ дѣйствительности“ говорить о судѣ, какъ субъектѣ правъ, а не о государствѣ (стр. 319 и 320). Я думаю, что такіе аргументы, какъ „легкость“, „простота“, „большая конкретность“, едва-ли могутъ явиться рѣшающими въ научномъ спорѣ. Сторонники процесса, какъ юридическаго отношенія, казалось бы, должны были бы съ особенной точностью выяснить вопросъ о подлинныхъ субъектахъ этого отношенія, но вмѣсто того они по одному изъ важнѣйшихъ вопросовъ замѣняютъ теоретическія соображенія житейскими соображеніями удобства.

Что судъ можетъ быть субъектомъ публично-правовыхъ отношеній въ процессѣ, не отрицается и мною, но я указываю, что эти отношенія существуютъ не между нимъ и сторонами, а между нимъ и государствомъ. Тѣ или иныя обязанности суда установлены не въ интересахъ сторонъ, а въ публичныхъ интересахъ постановленія правосуднаго рѣшенія; стороны не диктуютъ ихъ и не освобождаютъ отъ нихъ судъ своими волеизъявленіями и дѣйствіями, самое большее—онѣ могутъ вліять на порядокъ осуществленія этихъ обязанностей¹⁾.

Теоріи процессуальнаго отношенія *сторонъ къ суду* я противопоставилъ взглядъ, по которому процессуальное (публично-правовое) отношеніе происходитъ между государствомъ и сторонами,

¹⁾ См. по этому вопросу приведенныя въ началѣ этой статьи замѣчанія проф. V. L a n z a.

въ частности обвиняемымъ. Права обвиняемаго въ процессѣ суть субъективныя права на защиту, на подслѣдственную свободу, на безпристрастный и независимый судъ и т. д. Эта теорія публичныхъ субъективныхъ правъ нашла себѣ цѣнную поддержку со стороны Н. Н. Полянскаго ¹⁾. Напротивъ того, Н. Н. Розинъ высказываетъ сомнѣнія по поводу необходимости „апеллировать къ конституціонному праву“ (стр. 324). По его мнѣнію, гарантіи личности крѣпче всего заложены въ процессуальномъ законѣ, а у насъ въ Россіи—въ Судебныхъ Уставахъ. По этому поводу долженъ замѣтить, что часть законодательства, въ которой заложены гарантіи правъ гражданина, нисколько не вліяетъ на ихъ характеръ. У насъ основныя положенія судебно-правового строя, еще до появленія конституціонной хартіи, были внесены въ Судебные Уставы; основные законы 1906 г. лишь повторили нѣкоторыя изъ нихъ (ср. ст. 71, 72, 75 осн. зак. и ст. 1, 8, 9, 357 у. у. с.). Въ конституціонныхъ хартіяхъ Запада количество гарантированныхъ конституціей правъ обвиняемаго значительно больше, а въ Англіи гарантіи этихъ правъ издавна составляла предметъ преимущественно конституціоннаго, а не процессуальнаго законодательства (см. Magna charta, Habeas corpus act, Petition of Right, Act of Settlement и др.). Но, повторяю, признаніе субъективныхъ публичныхъ правъ еще не требуетъ необходимо возведенія ихъ въ права конституціонныя, и потому мы не можемъ признать рѣшающимъ утвержденіе проф. Розина. Нельзя думать, какъ то дѣлаетъ Н. Н. Полянский, что отношеніемъ государства къ обвиняемому исчерпываются всѣ процессуальныя отношенія. Потерпѣвшій, гражданскій истецъ и

¹⁾ Н. Н. Поляскій, вполне присоединяясь къ проводимой мною мысли о несовпаденіи уголовно-процессуальнаго отношенія между государствомъ и обвиняемымъ и матеріально-правового отношенія между государствомъ и преступникомъ, указываетъ на допущенную мною неправильность при изложеніи взглядовъ Бирлинга и Биндинга. По поводу взглядовъ перваго я согласенъ со сдѣланными Н. Н. Полянскимъ поправками, хотя, въ видѣ нѣкотораго смягченія, отмѣчу, что въ отождествленіи обоихъ отношеній Бирлингъ далеко не категориченъ и проявляетъ самъ нѣкоторыя сомнѣнія (*Strafrechtsverhältniss und Strafprocessverhältniss*, стр. 315). Опъ причисляетъ уголовно-процессуальное отношеніе къ уголовно-правовому только потому, что мыслить послѣднее какъ множественность отношеній, въ совокупности которыхъ возможно и отношеніе государства къ обвиняемому (стр. 317). Что касается Биндинга, то его замѣчанія (*Handbuch I, 192—193*) не оставляютъ сомнѣнія въ различеніи имъ двухъ видовъ отношеній. Я признателенъ Н. Н. Полянскому за указаніе моего недосмотра, который объясняю только тѣмъ, что коснулся взглядовъ обоихъ ученыхъ вскользь, подробнѣе не остановившись на ихъ развитіи.

отвѣтчикъ точно такъ же стоять въ извѣстныхъ юридическихъ отношеніяхъ къ государству, имѣютъ свои права и обязанности въ процессѣ. Наконецъ, какъ мы указывали, и прокуратура находится въ опредѣленномъ юридическомъ отношеніи къ государству, которое, однако, строится по иной схемѣ, чѣмъ отношенія прочихъ участниковъ процесса.

Значительныя возраженія вызвали мои положенія о характерѣ участія въ процессѣ суда и сторонъ. Я характеризовалъ ихъ, какъ „соучастниковъ, осуществляющихъ совмѣстно извѣстную публичную функцію“. Н. Н. Розинъ указываетъ, что эта мысль даетъ лишь простое описаніе судопроизводства, а не его опредѣленіе, и что она перестаетъ быть вѣрной, когда рѣчь идетъ о соучастіи въ постановленіи рѣшенія сторонъ. . . . „Не будемъ же мы, въ самомъ дѣлѣ, говорить, что приговариваемый къ смертной казни подсудимый принимаетъ участіе въ публично-правовомъ актѣ. Въ современномъ состязательномъ процессѣ подсудимый имѣетъ право молчать (ст. 685), онъ можетъ даже лгать, и эта ложь будетъ признана правомъ защиты“. Н. Н. Полянский возражаетъ противъ замѣчанія проф. Розина о томъ, что здѣсь имѣется простое описаніе процесса, замѣчая, что „часто описать явленіе значитъ и опредѣлить его, но соглашается съ его замѣчаніемъ о невозможности разсматривать дѣятельность въ процессѣ подсудимаго какъ соучастіе въ публичной функціи: „въ самомъ дѣлѣ,—пишетъ онъ,—можно ли сказать, что подсудимый, завѣдомо виновный, но отвергающій свою вину и представляющій суду доказательства своей невиновности, участвуетъ совмѣстно съ судомъ въ постановленіи правосуднаго рѣшенія?“ Оба автора, однако, соглашаются, что цѣлью процесса является постановленіе справедливаго приговора (Розинъ, стр. 312, Полянский, Юрид. Вѣстн. кн. IV). Наиболѣе обширныя возраженія противъ нашего положенія мы находимъ у проф. Гольмстена, который называетъ его даже „злосчастнымъ“. Онъ указываетъ: 1) на неправильность примѣненія цивилистическаго термина „соучастіе въ сдѣлкѣ“ къ отношенію суда и сторонъ, и „сложныхъ сдѣлокъ“—въ отношеніи различныхъ формъ соучастія судебныхъ органовъ другъ съ другомъ, и 2) на непріемлемость характеристики суда, какъ „нейтральнаго элемента“, а сторонъ, какъ „третьихъ заинтересованныхъ лицъ“.

Точная характеристика состязательнаго судебного порядка весьма трудна безъ предварительнаго знакомства съ классификаціей и характеристикой публичныхъ актовъ вообще. Если мною

примѣненъ былъ терминъ „соучастіе“, то я вовсе не имѣлъ въ виду придавать ему техническій смыслъ, въ какомъ онъ употребляется въ той или иной специальной юридической наукѣ. Если бы какой-либо криминалистъ, подобно проф. Гольмстену, сдѣлавшему это съ цивилистической точки зрѣнія, попытался примѣнить его въ техническомъ значеніи, которое понятіе „соучастія“ имѣетъ въ уголовномъ правѣ, онъ также могъ бы приписать мнѣ „чудовищныя“ утвержденія, поскольку судъ не могъ бы выступать въ роли подстрекателя, пособника или совиновника. Въ терминъ „соучастіе“ мною вкладывается только „совмѣстное участіе“, и, такъ какъ каждый актъ какъ въ частномъ, такъ и въ публичномъ правѣ есть продуктъ волеизъявленія, я характеризовалъ это совмѣстное участіе какъ „совпаденіе воль“. отождествлять это совпаденіе воль съ „договоромъ“, какъ то приписываетъ мнѣ проф. Гольмстенъ, я никогда и не думалъ. Необходимость участія въ одномъ актѣ нѣсколькихъ воль создаетъ „сложный“ характеръ этого акта, каковымъ характеромъ и обладаетъ большинство публичныхъ актовъ. Объ этомъ еще писалъ Коркуновъ, обосновывая свою теорію „совмѣстности властвованія“¹⁾. Самъ законъ неоднократно называетъ стороны „участвующими въ дѣлѣ лицами“ (ст. 475, 830, 871, 879 и мн. др.), и моя характеристика ихъ дѣятельности, какъ совмѣстнаго съ судомъ участія, казалось бы, не должна являться особенно еретической съ точки зрѣнія терминологіи. Въ самомъ дѣлѣ, въ важѣйшихъ моментахъ процесса: въ главныхъ приготовительныхъ въ суду распоряженіяхъ, при изслѣдованіи доказательствъ, при формулировкѣ вопросовъ, при обсужденіи формальной правильности производства въ кассационной инстанціи и т. д., стороны „привлекаются“ къ участію въ процессѣ совмѣстно съ коронными судьями. Прокуратура и адвокатура давно уже получили названіе „содѣйствующихъ суду органовъ“, и кто станетъ отрицать, что задачей обѣихъ этихъ организацій, какъ и задачей самого суда, является „служеніе правосудію“, т. е. способствованіе постановленію правосуднаго рѣшенія. Мои оппоненты указываютъ, что подсудимый можетъ лгать, вводить въ заблужденіе судъ, — гдѣ-жъ тутъ стремленіе къ правосудному приговору? Я пойду дальше: и прокуроръ можетъ въ процессѣ стремиться къ обвиненію во что бы то ни стало, забывъ о справедливости, и судъ можетъ руководиться не справедливостью, а соображеніями политики, чувствомъ

¹⁾ Н. Коркуновъ, Лекціи по общей теоріи права 1898 г., стр. 278.

мщенія и т. д. Но слѣдуетъ ли изъ этого, что „правосудный приговоръ“ перестаетъ быть цѣлью процесса? Когда въ области нормативныхъ наукъ идетъ рѣчь о „цѣли“, подъ нею разумѣютъ не тѣ или иныя конкретныя цѣли отдѣльныхъ дѣйствующихъ субъектовъ, а извѣстный принципъ, который нормативно опредѣляетъ дѣятельность всѣхъ участниковъ (принципъ долженствованія). При такомъ пониманіи едва-ли можно отрицать, что ложь обвиняемаго терпимая въ процессѣ, столь же несогласна съ указаннымъ нормативнымъ принципомъ, какъ и пристрастіе суда или односторонность прокуратуры. Если современный процессъ мирится съ нею, то только потому, что голословныя заявленія обвиняемаго лишены всякой доказательственной силы, а страхъ грозящаго наказанія извиняетъ пользованіе всякими средствами защиты. Если же мы вмѣсто обвиняемаго подставимъ его защитника, то несогласуемость такого поведенія съ задачами процесса станетъ для всякаго очевидной. Страннымъ кажется далѣе, что подсудимый какъ бы самъ участвуетъ въ постановленіи надъ собою приговора о смертной казни. Формулировка эта не совсѣмъ точна. Постановленіе приговора есть актъ, осуществляемый самостоятельно судебной властью. Стороны участвуютъ лишь въ изслѣдованіи дѣла и направленіи его. И фактъ такого участія несомнѣненъ, хотя бы самъ подсудимый и не проронилъ за все время слѣдствія ни одного слова. Членъ законодательнаго собранія считается „участвующимъ въ собраніи“ даже тогда, когда онъ во время скучныхъ иреній мирно дремлетъ въ своемъ креслѣ.

О „нейтральности“ суда я говорю совершенно въ другомъ контекстѣ, а именно доказывая, что стороны имѣютъ права и обязанности по отношенію къ государству, судъ же стоитъ въ сторонѣ отъ этого правоотношенія, и потому онъ можетъ рѣшать объ этихъ правахъ и обязанностяхъ, какъ посредникъ. „Между чѣмъ и чѣмъ это neutrum?“—спрашиваетъ проф. Гольмстенъ. „Между государствомъ и сторонами?—Чудовищный вопросъ!“ Остановившись на этомъ, мой оппонентъ не пытается подробно рассмотреть этотъ вопросъ. А между тѣмъ взглядъ на судъ, какъ на посредника между государственной властью и гражданами (сторонами), не такъ уже чудовищенъ. Я позволю себѣ цитировать слова лорда главнаго судьи Англій Альверстона: „Было время,—говорилъ онъ,—когда судьи стояли между короной и народомъ и защищали народъ. Едва-ли въ будущемъ судьямъ придется оказаться въ этомъ положеніи, но и теперь и въ будущемъ судьи призваны къ защитѣ

интересовъ народа противъ исполнительной власти“¹⁾). Взглядъ на судъ какъ на посредника, сдерживающаго произволъ исполнительной власти въ отношеніи правъ гражданъ, лежитъ въ основаніи всей теоріи правового государства, и мы рѣшительно отказываемся понять, въ чемъ проф. Гольмстенъ увидѣлъ „чужовищность“ такого построения. Такъ какъ въ уголовномъ процессѣ исполнительная власть представлена въ видѣ обвиненія, то естественно, что посредническая роль суда находитъ свое примѣненіе и между сторонами.

Конструированіе участія сторонъ въ процессѣ имѣетъ много отбѣнковъ въ зависимости отъ того, будемъ ли мы имѣть въ виду процессъ уголовный или процессъ гражданскій, процессъ съ организованнымъ представительствомъ или безъ него, чисто состязательный или смѣшанный. Поэтому и отвѣтъ о формѣ этого участія не можетъ быть простымъ. Но всѣмъ этимъ формамъ свойственна одна черта: процессуальные акты обыкновенно суть не только результатъ волеизъявленій официальныхъ органовъ, но обусловлены извѣстнымъ участіемъ частныхъ лицъ, интересы и права которыхъ связаны съ разрѣшеніемъ дѣла. Въ этомъ лежитъ ихъ отличіе отъ актовъ чисто административныхъ, и это придаетъ имъ особую сложность и многообразность. Активное участіе гражданъ въ уголовномъ процессѣ есть одна изъ надежнѣйшихъ гарантій правового строя; такое участіе рассчитано на достаточное развитіе правового сознанія населенія и предполагаетъ извѣстную степень его правовой воспитанности. Поэтому, чѣмъ выше гражданское правосознаніе, тѣмъ болѣе процессъ приближается къ состязательному типу; процессъ розыскной, напротивъ того, соотвѣтствуетъ идеѣ опеки гражданскихъ правъ со стороны власти. Состязательность есть одинъ изъ элементовъ судебного порядка, судебный же порядокъ въ цѣломъ есть частица публичнаго строя государства. Изученіе публичнаго строя, думается намъ, только тогда можетъ быть плодотворнымъ, когда оно освѣщено широкими принципами охраны индивидуальныхъ правъ, всеобщей безопасности и общественнаго блага. Теорія процесса, какъ особаго порядка публично-правовыхъ дѣйствій, ярче другихъ теорій, по нашему убѣжденію, можетъ освѣтить силу и значеніе этихъ принциповъ, какъ устоевъ публичнаго порядка.

Въ заключеніе я позволю себѣ одно сопоставленіе. Несмотря

¹⁾ См. мои Очерки уголовного суда въ Англіи, 1911 г. стр. 410.

из всѣ разногласія, и мои почтенные оппоненты, и я признаемъ, что публичное судебное состязаніе есть наилучшій способъ полученія судебной истины. Мнѣ думается, что то же по отношенію къ научной истинѣ можно сказать относительно научной полемики. Въ этомъ не связанномъ строгими формами публичномъ состязаніи научныхъ убѣжденій научная мысль получаетъ большую выпуклость и тѣмъ самымъ богаче и шире проливаетъ свои лучи. Но, если судебный споръ заканчивается властнымъ приговоромъ суда, предписывающимъ, чтобы его рѣшеніе „pro veritate habeatur“, то споръ научный останавливается предъ безмолвнымъ пока и загадочнымъ будущимъ науки, и никакой авторитетъ не въ силахъ предписать, чтобы то или иное научное мнѣніе на будущее время pro veritate habeatur. Судебный конфликтъ требуетъ скорого разрѣшенія, и приговоръ по нему быстро вступаетъ „въ законную силу“, научный же споръ всегда побуждаетъ къ новымъ исканіямъ, новымъ рѣшеніямъ, при чемъ каждая сторона имѣетъ неограниченное „право пересмотра“. Если моя статья поставила предъ лицомъ нашей процессуальной науки споръ о юридической природѣ процесса болѣе рѣзко, то она явилась лишь „апелляціей“ къ нашимъ молодымъ научнымъ силамъ идти дальше по пути научныхъ исканій, а не лозунгомъ возврата къ старому. Ни одна теорія не обладаетъ абсолютной правильностью, цѣнность же теорія измѣряется богатствомъ могущихъ быть сдѣланными изъ нея выводовъ. Теорія— только лозунгъ, но не конечная истина. Вотъ почему истинному стороннику и другу науки дороги не только его личныя убѣжденія, но и тѣ убѣжденія его противниковъ, которыя проникнуты, какъ и его собственныя, искреннимъ стремленіемъ къ научному свѣту и знанію.



00063233

ЮФ СПбГУ