

510/A

Прив-Доц. В. М. ГОРДОНЪ.

КОЛЛЕГІЯ
ИМПЕРАТОРА
АЛЕКСАНДРА

ПОНЯТІЕ ПРОЦЕССА

ВЪ НАУКЪ

ГРАЖДАНСКАГО СУДОПРОИЗВОДСТВА.

(Вступительная лекція).



ЯРОСЛАВЛЬ.
Типографія Губернскаго Правленія.
1901.

8232 x 12
Гр. Красн.

Литва - Дюк В. М. 1901 г.

КОЛЛЕКТИВ
НАСТАВНИКА
УЧИТЕЛЯ

ПОНЯТИЕ ПРОЦЕССА

В НАЧАЛЕ

ГРАЖДАНСКОГО СУПРОТВОРВОДСТВА

Печатано по опредѣленію Совета Демидовскаго Юридическаго Лицея
20 Ноября 1901 г. Директоръ Лицея *С. Шилевскій.*

(ИЗДАТЕЛЬСТВО)



ДЕМИДОВСКОЕ ЮРИДИЧЕСКОЕ ЛИЦЕЕ
1901

КОЛЛЕГІЯ
ИМПЕРАТОРА
АЛЕКСАНДРА

Когда возникает вопрос, что представляет собою гражданскій процессъ, вниманіе обращается прежде всего на тѣ дѣйствія, которыя совершаются въ теченіи его. Это видимая, усматриваютъ сторона процесса.

Видѣть внѣшнюю сторону не значитъ, конечно, знать самое существо явленія. А между тѣмъ еще и до сихъ поръ во внѣшней оболочкѣ усматриваютъ суть процесса.

Съ полною увѣренностью въ своей правотѣ не находятъ неправильнымъ то опредѣленіе процесса, которое далъ еще въ половинѣ 18-го вѣка Неттельблядтъ. Гражданскій процессъ,—говорилъ онъ,—есть не что иное, какъ искусство; искусство это заключается въ изготовленіи дѣлъ и ловкомъ обращеніи съ ними („die Kunst, Akten anzufertigen und mit ihnen geschickt umzugehen“). Съ такой точки зрѣнія задача науки о процессѣ сводилась лишь къ изученію приемовъ искусства.

Не близко-ли отъ этого воззрѣнія стоятъ и до сихъ поръ тѣ, кто въ процессѣ гражданскомъ замѣчаетъ лишь совокупность дѣйствій, а задачу науки видитъ въ описаніи ихъ (Descriptive Prozesstheorie)?

Такой взглядъ высказанъ еще на дняхъ въ послѣдней книжкѣ „Göttingische gelehrte Anzeigen“^{*)}. Главная задача науки гражданскаго процесса,—говорятъ (Kisch),—заключается въ уясненіи различныхъ дѣйствій участниковъ, въ излѣдованіи связанныхъ съ дѣйствіями эффектовъ; эта задача вытекаетъ изъ представленія о процессѣ какъ дѣятельности для осуществленія права (Handeln zur Geltendmachung und Verwirklichung von Rechten,—Verfahren, Thätigkeit, Inbegriff von Akten)^{*)}.

^{*)} Göttingische gelehrte Anzeigen, 1901, III.

Давно уже, однако, ощущалась, если не вполне отчетливо сознавалась зыбкость такого построения. Въ последнее время это сознание становится сильнѣе и сильнѣе.

На каждомъ шагу говорятъ, напримѣръ, „процессъ возникъ“. Когда предъявленъ искъ, Вы скажете: возникъ процессъ. Но гдѣ же здѣсь совокупность дѣйствій? Здѣсь лишь одно дѣйствіе.

Вы говорите: „процессъ прекратился“. Если процессъ — совокупность дѣйствій, значитъ, до момента прекращенія процесса вся эта совокупность продолжала существовать одновременно? А между тѣмъ имѣлъ мѣсто лишь послѣдовательный рядъ процессуальныхъ событій. Предъявленъ былъ искъ, подано объясненіе на него, введенъ встречный искъ, вступили третьи лица,—а процессъ все тотъ же, одинъ процессъ.

Такимъ образомъ, естественное понятіе о процессѣ связано съ представленіемъ о единствѣ, цѣльности его. Только какъ единое, цѣльное явленіе, процессъ можетъ возникать, развиваться, прекращаться.

Понятіе о единствѣ процесса не можетъ относиться къ совокупности процессуальныхъ дѣйствій. Если въ составъ процесса и входитъ эта совокупность, то, на ряду съ этимъ, процессъ представляетъ и нѣчто другое, что объединяетъ всѣ эти дѣйствія, дѣлаетъ изъ отдѣльныхъ явленій одно цѣлое общее.

Нѣтъ сомнѣнія, что, по основной своей идеѣ и конечной цѣли, гражданскій процессъ есть институтъ, установленный закономъ въ возмѣщеніе отсутствующей самозащиты интересовъ, не допустимой при существованіи общественно-государственной организаціи. Государство принимаетъ на себя попеченіе о защитѣ правъ гражданскихъ и охраняемыхъ ими интересовъ. Попеченіе это вручается засимъ дѣятельности спеціальнаго органа—суда.

Гражданскій процессъ, по основному своему значенію, представляетъ, такимъ образомъ, закономъ установленную форму попеченія о частно-правовыхъ интересахъ, т. е. о тѣхъ интересахъ, которые признаются въ гражданскомъ правѣ заслуживающими охраны. *)

*) Такъ опредѣляетъ Wach: Civilprozess ist gesetzlich geregelte Form der staatlichen Privatrechtspflege (Handbuch, I, 3).

Конечно, какъ форма такой активной дѣятельности, гражданскій процессъ связанъ съ производствомъ, рядомъ дѣйствій, которыя необходимы либо какъ условія (предъявленіе иска), либо какъ самый способъ защиты интересовъ.

Все это производство было бы, однако, безцѣльнымъ если бы все дѣйствія, входящія въ его составъ, съ одной стороны, не были результатомъ существованія между участвующими лицами извѣстныхъ правъ и обязанностей, и, съ другой стороны, не вели къ возникновенію новыхъ.

Какое бы значеніе имѣло предъявленіе иска, если бы судъ не былъ обязанъ къ принятію иска, а истецъ не имѣлъ права обращаться къ государственнымъ органамъ за охраною своихъ частныхъ интересовъ?—Судъ, принявъ искъ, не обязанъ ли поставить о томъ въ извѣстность отвѣтчика?—Не приобретаетъ ли отвѣтчикъ права на вступленіе въ отвѣтъ по иску?

Словомъ, за каждымъ дѣйствіемъ процессуальнымъ стоятъ права и обязанности участниковъ. По каждому изъ дѣйствій возникаютъ правоотношенія, т. е. права однихъ и соответственныя имъ обязанности другихъ.

Такимъ образомъ, кромѣ ряда дѣйствій, гражданскій процессъ заключаетъ въ себѣ и рядъ правоотношеній.

Эти правоотношенія имѣютъ мѣсто ради одного и того же предмета. Таковымъ является разсмотрѣніе некоей претензіи, вытекающей изъ матеріальнаго правоотношенія. Это единство предмета даетъ возможность представить всю массу правоотношеній какъ одно цѣльное правоотношеніе.

Взглядъ на процессъ какъ на правоотношеніе далеко не новъ. По изслѣдованію профессора Гольметена, мысль эта высказана уже въ 1346 г. иѣкимъ Іоанномъ Андреємъ. *Judicium est—*говоритъ онъ,—*actus trium personarum, sc. iudicis, rei et actoris.*

Не будемъ задаваться вопросомъ, насколько здѣсь выраженъ взглядъ на процессъ какъ правоотношеніе. Во всякомъ случаѣ теорія процесса долгое время не могла дойти до того, чтобы смотрѣть на процессъ такимъ „центральный“ образомъ. Честь установленія такой точки зрѣнія принадлежитъ профессору Оскару Бюлову. Въ сомнѣнія, однако

что на этотъ счетъ вполнѣ высказалась уже и римская юриспруденція.

Римскіе юристы были далеки отъ того, чтобы смотрѣть на процессъ просто какъ на рядъ одно за другимъ слѣдующихъ дѣйствій сторонъ и суда.

Слово „processus“ является лишь въ новолатинскомъ языкѣ; въ источникахъ же употребляется въ совершенно иномъ смыслѣ, лишь въ буквальномъ значеніи. Напримѣръ, въ I. 4 C. 3. 11 говорится о „*judex procedens*“. Но, какъ поясняетъ Бюловъ, здѣсь отнюдь не имѣется въ виду судья, выступающій въ процессѣ „*Judex procedens*“ означаетъ судью, который не засѣдаетъ въ мѣстѣ нахождения судебного трибунала, но, для разсмотрѣнія данного дѣла или совершенія отдѣльнаго дѣйствія, выѣзжаетъ на мѣсто, гдѣ возникъ споръ.

Римская же наука права для нашего понятія „процессъ“ знаетъ лишь терминъ „*judicium*“.

Понятіемъ „*judicium*“ рѣзко отгѣняется именно то, что сообщаетъ конструкціи процесса характеръ юридическаго отношенія, — объединеніе процессуальныхъ правоотношеній, свойство юридической связи, охватывающей субъекты процесса.

Юридическая связанность сторонъ черезъ установленіе *judicium*'а выражена ясно римскими юристами. Черезъ вступленіе въ *judicium* стороны, читаемъ въ источникахъ, „*huius iudicii sententiae se subdiderunt*“ *). *Judicium* представляется въ источникахъ, по выраженію Бюлова, какъ капсуля (*Gehäuse*), въ которой заключены данныя матеріальныя правоотношенія, охраняемая такимъ путемъ отъ внѣпроцессуальныхъ воздѣйствій **). Не будетъ отдаленнымъ уподобленіе того же Бюлова, что *judicium*—это сосудъ, гдѣ происходятъ и само собою должны происходить: рафинировка подлежащаго разрѣшенію матеріально-правоваго дѣла, его юридическій анализъ, раздѣленіе его отдѣльныхъ юридическихъ элементовъ и, наконецъ, окончательное разрѣшеніе по твердо определеннымъ правиламъ.

*) L. 3 pr. D 46, 7.—Ср. I. 2 § 5 D 16, 1: *quum ex hac re (litis contestatione), subeat condemnationem.*

**) Удачно схвачена эта мысль въ I. 139 pr. D 50, 17: *actiones semel inclusae iudicio salvae permanent.*

Эта юридическая необходимость изслѣдованія и разрѣшенія, эта *necessitas cognoscendi et iudicandi*, эта связанность субъектовъ процесса съ результатомъ процессуальнаго производства, эта зависимость матеріально-правового состоянія отъ постановленнаго рѣшенія—суть свойства, общія процессуальному отношенію *in iudicio* права и *iudicium* у права римскаго *).

Прошли, однако, вѣка, раньше, чѣмъ взглядъ на процессъ какъ на правоотношеніе остановилъ на себѣ вниманіе ученыхъ изслѣдователей. Среди нихъ первое мѣсто занимаетъ Оскаръ Бюловъ.

Еще никогда, —высказалъ Бюловъ въ своемъ трудѣ „*Die Lehre von den Prozesseinreden und Prozessvoraussetzungen*“, 1868 г., —не было сомнѣнія въ томъ, что гражданско-процессуальное право опредѣляетъ права и обязанности, существующія между сторонами и судомъ въ ихъ взаимномъ отношеніи. Но этимъ самымъ выражается, что процессъ есть отношеніе правъ и обязанностей, т. е. правоотношеніе (стр. 1).

Только въ прошломъ году высказалъ Бюловъ свою мысль въ подробностяхъ. Это именно въ статьѣ „*Die neue Prozesswissenschaft und das System des Civilprozessrechts*“ **).

Въ первой своей работѣ Бюловъ изслѣдовалъ примѣненіе своей мысли лишь къ вопросу объ условіяхъ процесса и возраженіяхъ. Но съ этого времени возникла цѣлая школа послѣдователей Бюлова ***). Эта бюловская школа и подвергла мысль своего основателя тщательному анализу. На Западѣ теорія Бюлова можетъ считаться несомнѣнно господствующею, хотя и не общепризнанною. Наиболѣе крупными представителями ея въ настоящее время являются профессоръ Лейпцигскаго университета Адольфъ Вахъ и его ученики: профессора Шмидтъ и Штейнъ. У насъ первымъ послѣдователемъ является профессоръ Гольмстенъ ****).

* * *

*) *Zeitschrift für deutschen Civilprozess*, томъ 27 (1900 г.), стр. 228.

** *Ibid.*, стр. 201 сл.

***) О Бюловѣ и его школѣ см. Нефедьевъ, Къ ученію о сущности гражданск. процесса, 1891, стр. 81 сл.; В. Гордонъ, въ Словарѣ юридическ. и государственн. наукъ, изд. подъ ред. Волкова и Филиппова, статья „Бюловъ и его ученіе“.

****) Въ своемъ Учебникѣ русск. гражд. судопроизводства проф. Гольмстенъ даетъ законченное построеніе системы судопроизводства на

Называя процессъ правоотношеніемъ, къ области права процессуальнаго примѣняютъ понятіе чисто матеріальнаго права.

Для наличности правоотношенія гражданское право предполагаетъ двухъ субъектовъ, отношеніе между которыми состоитъ въ томъ, что праву одного изъ нихъ соответствуетъ обязанность другого, одно лицо является обязаннымъ исполнить то, требовать чего имѣетъ право другая сторона отношенія.

Такъ ли это и въ процессуальномъ отношеніи? Кто, прежде всего, является субъектами его?

По основной идеѣ суда, какъ способа безпристрастнаго разграниченія сталкивающихся интересовъ, для наличности процесса необходимо, кромѣ двухъ спорящихъ сторонъ, участіе и третьяго лица, судьи. Это и отмѣчено въ приведенномъ опредѣленіи: *judicium est actus trium personarum*.

Эти три лица и являются, необходимо, участниками процессуальнаго правоотношенія.

Если, такимъ образомъ, процессъ является правоотношеніемъ, то отношеніе это можетъ быть только трехстороннимъ.

Участіе трехъ сторонъ является необходимымъ условіемъ правоотношенія, по скольку оно процессуально.

Не мыслима, поэтому, какъ не согласная съ фактической дѣйствительностью и основной идеею суда, теорія Joseph Kohler'a.

Процессъ, по его ученію, есть отношеніе лишь между сторонами; судъ не участвуетъ въ этомъ отношеніи, ибо участіе въ немъ можетъ быть вызвано наличностью интереса, а судъ не заинтересованъ въ разрѣшеніи процесса *).

Но, во первыхъ, судъ или, правильнѣе, государство въ своей судебной функціи, прямо заинтересованы въ сохраненіи общественнаго порядка и разрѣшеніи, для этого, споровъ въ судебномъ порядкѣ.

принципіальной основѣ своего ученія. Одинъ изъ принциповъ процессуальной науки установленъ и изслѣдованъ имъ въ монографіи „Принципъ тождества“ (Юридическ. изслѣдованія, 1894, стр. 251.).

*) J. Kohler, Der Prozess als Rechtsverhältniss, 1888, 6 сл.

Во вторыхъ, пока въ отношеніе двухъ сторонъ не вступитъ третье—судъ, есть споръ, по нѣтъ процесса: участіе суда такъ-же необходимо, какъ и участіе каждаго изъ спорящихъ. Нельзя же начать процесса съ самимъ собою. Нельзя вести процесса, не обращаясь къ суду.

Наконецъ, идея двухсторонняго процессуальнаго отношенія была бы и бесполезна, не оправдывала бы цѣли. Выдвигая значеніе процесса какъ правоотношенія, имѣлось въ виду найти то общее, что дѣлаетъ процессъ единымъ и цѣльнымъ. Гдѣ же единство и цѣльность, если не входитъ въ нихъ ни болѣе, ни менѣе, какъ дѣятельность суда?

Итакъ, субъектами процессуальнаго правоотношенія являются какъ истецъ съ отвѣтчикомъ, такъ и судъ.—

Не смотря на трехсторонній составъ, процессуальное отношеніе является единымъ. Оно едино, хотя и не является единственнымъ. Состоя изъ ряда отношеній, оно лишь сложно, не переставая быть единымъ.

Это не есть правоотношеніе только между сторонами, не есть и правоотношеніе между судомъ и каждой изъ сторонъ. Каждое изъ этихъ отношеній имѣетъ лишь частичное значеніе. Въ составъ процессуальнаго отношенія входитъ рядъ отдѣльныхъ. Но въ каждомъ изъ нихъ проявляются только различныя стороны одного и того-же правоотношенія.

Будучи единымъ, въ теченіи всего производства процессуальное отношеніе остается тождественнымъ само съ собою. Иначе будетъ имѣть другой процессъ, индивидуально отличный отъ перваго, ибо различны будутъ процессуальныя отношенія.

Чѣмъ-же, спрашивается, обуславливается различіе этихъ отношеній?

Признакомъ отличія является то, ради чего возникаетъ процессуальное отношеніе. Таковымъ признакомъ является то матеріальное правоотношеніе, разсмотрѣніе котораго составляетъ предметъ судебного разбирательства.

Матеріальное правоотношеніе имѣетъ двоякое значеніе для процессуальнаго: во первыхъ, существованіе перваго есть поводъ для втораго: не было бы матеріальнаго правоотношенія, не возникло бы и спора изъ за него, не возникло бы и процессуальнаго отношенія. Во вторыхъ, ради

матеріального правоотношенія, ради авторитетнаго рѣшенія спора о немъ возникаетъ и существуетъ процессуальное.

Индивидуализація процессуальнаго правоотношенія сводится къ индивидуализаціи матеріальнаго правоотношенія. Одно и тоже матеріальное правоотношеніе означаетъ тождество и процессуальнаго. Различіе относительно перваго равносильно различію и во второмъ.

Отсюда и вытекаетъ особый принципъ, именуемый принципомъ тождества. Такъ названъ онъ профессоромъ Гольмстенемъ *).

Принципъ тождества,—опредѣляетъ профессоръ Гольмстенъ,—есть тотъ принципъ, въ силу котораго процессуальное отношеніе можетъ возникнуть лишь въ такомъ случаѣ, когда спорное матеріальное правоотношеніе, являющееся поводомъ его, свободно отъ всякаго внѣшняго тождества; а затѣмъ, разъ возникнувъ, можетъ продолжать свое правомѣрное существованіе лишь подъ условіемъ сохраненія спорнымъ правоотношеніемъ своего внутренняго тождества.

Подъ тождествомъ спорныхъ отношеній разумѣется полное совпаденіе ихъ во всѣхъ элементахъ. Если эти элементы представляются различными въ двухъ или нѣсколькихъ спорныхъ отношеніяхъ, мы говоримъ объ отсутствіи тождества внѣшняго. Внутреннее же тождество имѣетъ мѣсто въ томъ случаѣ, когда одно и тоже спорное правоотношеніе, въ разныя стадіи процесса, является тождественнымъ.

По тождеству матеріальнаго правоотношенія заключаютъ и о тождествѣ процессуальнаго.

Пока матеріальное правоотношеніе не потеряетъ своего внутренняго тождества, остается тѣмъ же самымъ и отношеніе процессуальное.

Если напримѣръ, одинъ изъ спорящихъ умеръ и фактически вышелъ изъ отношенія, но, въ лицѣ наслѣдника, юридически продолжаетъ состоять въ данномъ правоотношеніи, нѣтъ измѣненія по существу и въ томъ процессѣ, который возникъ по поводу и ради этого отношенія. Процессъ послѣ смерти одного изъ тяжущихся, замѣненнаго

*) Проф. Гольмстенъ. Принципъ тождества, въ Юридическихъ Изслѣдованіяхъ, 1894, стр. 251 сл.; Учебникъ, изд. 3-е, 1899 г., 129 сл.

его наследникомъ, не перестаетъ быть тѣмъ же процессомъ, сохраняетъ свое внутреннее тождество

Съ другой стороны, если въ одномъ судѣ возникъ процессъ по поводу матеріальнаго правоотношенія, изъ за котораго возникъ уже раньше другой процессъ, имѣется тождество внѣшнее: тождественны поводъ и цѣль, тождественно и процессуальное отношеніе. Противъ новаго процесса будетъ умѣстна *exceptio litis pe dentis*.

Еще примѣръ. Существуетъ, какъ Вы знаете, правило „*ne bis in idem*“. Когда рѣшеніе вступить въ законную силу, не можетъ быть процесса въ отношеніи тождественнаго спорнаго предмета, отыскиваемаго и оспариваемаго тѣми же тяжущимися сторонами и на томъ же основаніи.

Если бы былъ предъявленъ искъ, вопреки этому правилу, процессуальное отношеніе по этому иску было бы во внѣшнемъ тождествѣ съ первоначальнымъ.—

Будучи правоотношеніемъ сложнымъ, процессъ заключаетъ въ себѣ совокупность публично-правовыхъ отношеній, въ которыя вступаютъ субъекты процесса черезъ открытіе процесса. Въ такомъ составѣ процессъ представляется отношеніемъ взаимной юридической связанности между его субъектами—сторонами и судомъ. Бюловъ употребляетъ здѣсь терминъ „связанность“ (*Gebundenheit*).

Этому признаку придается особенное значеніе именно съ цѣлью болѣе рѣзкаго отстраненія отъ процессуальнаго правоотношенія частно-правоваго характера.

Это надо было сдѣлать въ противовѣсъ возрѣнію на процессъ какъ на перенесенное въ область процесса обязательство права гражданскаго,—„*Prozessobligation*“ *).

Посмотримъ, однако, что общаго въ природѣ процессуальнаго правоотношенія и матеріально-правоваго отношенія по обязательству.

Подъ обязательствомъ,—Вы знаете,—римское право разумѣетъ „*juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus solvendae rei secundum nostrae civitatis jura*“ (pr. J III, 13).

Не подойдетъ-ли подъ это опредѣленіе и понятіе процесса?

*) Такой взглядъ проводилъ Buchka. Die Lehre von dem Einfluss des Prozesses auf das materielle Rechtsverhältniss, т. I, 1846, стр. 162.

„*Juris vinculum*“, имѣется конечно и въ процессѣ: и въ немъ вѣдь заключается юридическая связанность между субъектами. Въ силу этой связанности и надъ субъектами процесса тяготѣтъ „*necessitas solvendi*“. Она направлена на извѣстный юридическій эффектъ.

„*Necessitas*“ есть признакъ, наталкивающій на сравненіе съ процессомъ. Но это лишь сравненіе, не дающее, однако, основанія для уподобленія и отождествленія.

Въ самомъ распредѣленіи „*necessitatis*“ заключается уже пунктъ полного различія.

Въ процессуальномъ отношеніи обязанною является лишь одинъ изъ субъектовъ его, лишь органъ государства—судь. Другіе же два субъекта стороны являются лишь управомоченными.

Ни передъ судомъ, ни передъ другъ другомъ, тяжущіеся не являются юридически обязанными къ процессуальнымъ дѣйствіямъ.

Личная явка на судъ не составляетъ, напримѣръ, обязанности сторонъ. Равнымъ образомъ юридически не обязанъ тяжущійся вступать въ отвѣтъ на заявленія своего противника. Ни судъ, ни сторона не имѣютъ права требовать отъ другой стороны ни признаній, ни доказыванія, ни присяги. Сторона въ процессѣ является лишь управомоченною *).

Впрочемъ, управомоченность эта такого рода, что многіе изъ послѣдователей категорически говорятъ, напримѣръ, объ обязанности, а не о правѣ отвѣтчика вступать въ процессъ.

Ученіе это имѣетъ крупныхъ представителей. Таковы: Degenkolb, Wach, Planck, Plösz **).

Однако, едва ли можно согласиться съ ихъ взглядомъ.

*) Такъ: Bülow въ *Archiv für civ. Praxis*, т. 62, стр. 10, 59 и въ *Busch's Zeitschrift*, т. 27, стр. 231;—Laband, *Staatsrecht*, II, 333;—Гольмстенъ, *Учебникъ*, 121.

***) Degenkolb, *Einlassungszwang und Urteilsnorm*, 1877, 15 сл.—Wach въ *Archiv für civil. Praxis*, т. LXIV, 212, и въ *Grünhut's Zeitschrift*, VI, 515 и VII, 135.—Planck, *Lehrbuch des deutsch. Civilprozessrechts*, I (1887), 282.—Plösz, *Beiträge zur Theorie des Klagerechts*, 1880, II, 47, 119.—Общій обзоръ ученій см. Langheineken, *Der Urteilsanspruch*, 1899, стр. 71 сл.

Допустимъ, что отвѣтчикъ не осуществитъ своего права лично представить суду объясненія на требованія истца. Это неосуществленіе права будетъ имѣть слѣдствіемъ ухудшеніе его положенія въ процессѣ и черезъ то, можетъ случиться, ущербъ въ сферѣ матеріальныхъ правъ его.

Но возможность ущерба отъ непользованія правомъ не обращаетъ права въ обязанность. Кто не пользуется своимъ правомъ, тотъ, конечно, осуществляетъ его такъ же, какъ и тотъ, кто пользуется имъ. Положеніе стороны въ процессѣ является правомочіемъ, не смотря на взаимную связанность сторонъ, заключающуюся въ давленіи закономъ опредѣленныхъ результатовъ ихъ дѣйствій въ процессѣ, въ особенн²ности, результатовъ, происходящихъ отъ упущенія сторонъ.

Можно говорить лишь о правѣ сторонъ, не смотря на фактическую возможность вынужденности, сопровождаемой и юридическими послѣдствіями. Но это лишь вынужденность, или, какъ выражается Bülow, — „blosse Verfangenschaft“. По скольку, однако, дѣйствія одной стороны не могутъ быть потребованы другою или судомъ, нѣтъ обязанности, есть лишь право.

Иное дѣло—юридическое положеніе суда въ процессѣ.

На судѣ лежатъ дѣйствительныя, чисто процессуально-правовыя обязанности. Онѣ заключаются въ исполненіи обязанности государства оказывать законно требуемое попеченіе о правѣ. Въ лицѣ суда дѣйствуетъ само государство.

Здѣсь можно говорить объ обязанности, ибо ему корреспондируетъ и право потребовать ея исполненія.

Обязанности суда представляютъ, однако, своеобразную особенность, отличающую положеніе суда въ процессуальномъ правоотношеніи отъ положенія пассивной стороны въ матеріальномъ правоотношеніи.

Мы сказали, что въ лицѣ суда обязаннымъ является, собственно, государство. Выполняя въ своихъ дѣйствіяхъ обязанность государства, судъ, этимъ самымъ, исполняетъ свой долгъ передъ тѣмъ, отъ чьего имени онъ дѣйствуетъ.

Такимъ образомъ, въ понятіе обязанности суда въ отношеніи тяжущихся входитъ элементъ должностной отвѣтственности передъ государствомъ за правильное выполненіе обязанностей. Судъ является обязаннымъ,

состоя въ то же время органомъ власти, отъ которой исходятъ всѣ права и обязанности.

Въ этомъ пунктѣ и видятъ основаніе противъ взгляда на процессъ какъ на правоотношеніе.

Такъ именно высказался проф. Нефедьевъ. Онъ говоритъ: „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“ *).

Позволяю себѣ не согласиться съ такимъ взглядомъ почтеннаго профессора.

Когда стороны обращаются къ суду съ требованіемъ, они управомочены на это по закону. Судъ, уклонившись отъ исполненія требованія стороны, не только нарушилъ бы законъ но и право стороны, на законѣ основанное. Право стороны имѣетъ производный характеръ: оно не было бы правомъ, если бы не стоялъ за нимъ законъ. Производна и обязанность суда: онъ обязанъ не потому, что сторона имѣетъ право, а потому, что законъ возлагаетъ на него эту обязанность.

Но таковъ же производный характеръ правъ и обязанностей въ матеріальномъ правоотношеніи. Судъ также обязанъ передъ стороною, какъ и обязанъ должникъ передъ кредиторомъ.

Однако, по характеру правъ и обязанностей процессуальное отношеніе относится не къ сферѣ гражданскаго, частнаго права, но къ области права публичнаго, государственнаго.—

Процессуальное правоотношеніе представляетъ, наконецъ, и еще одну особенность.

Процессъ, какъ его опредѣляетъ Бюловъ, есть правоотношеніе, постепеннодвигающееся, переходящее со ступени на ступень въ своемъ развитіи

Процессуальному правоотношенію свойственъ, такимъ образомъ, признакъ движенія.

* Проф. Нефедьевъ, Единство гражданскаго процесса. 1892, стр. 16.

Этотъ признакъ и отмѣчается, по одностороннимъ образомъ, когда процессъ характеризуется лишь какъ производство, какъ система дѣйствій. Процессуальныя дѣйствія, разумѣется, необходимы. Но необходимъ и признакъ „правоотношеніе“, объединяющій всю массу дѣйствій.

* * *

Понятіе гражданскаго процесса какъ правоотношенія въ указанномъ смыслѣ является, по ученію Бюлова, единственнымъ устоемъ строенія системы цивильно-процессуальнаго права *).

Профессоръ Вахъ, а за нимъ и рядъ послѣдователей, — Ричардъ Шмидтъ, Фридрихъ Штейнъ и др., — вводятъ, однако, до полненіе къ Бюловской конструкціи процесса. Въ своемъ построеніи процесса они не довольствуются взглядомъ на него какъ на правоотношеніе. Они вводятъ еще новое понятіе „Rechtsschutzanspruch“ **).

Въ процессуальномъ правоотношеніи, — какъ я имѣлъ честь объяснить, — стороны являются управомоченными. Какъ истецъ, такъ и отвѣтчикъ, имѣютъ право требовать судебной защиты.

Вахъ и его школа представляютъ эту сторону отношенія какъ особое юридическое явленіе.

Процессъ, разсуждаетъ Вахъ, ***) есть средство оказанія справедливой защиты праву. Обращаясь къ суду за этой защитой, истецъ, въ просительномъ пунктѣ исковаго прошенія, выражаетъ притязаніе на то, чтобы — въ защиту его права, государство, въ лицѣ суда, совершило, определенное дѣйствіе. Это притязаніе стороны на дѣйствіе суда и обозначаетъ Вахъ терминомъ „Rechtsschutzanspruch“ или, въ примѣненіи специально къ судебному рѣшенію, — „Urteilsanspruch“.

Это притязаніе, объясняетъ Вахъ, не есть то притязаніе, которое вытекаетъ изъ субъективнаго гражданскаго

*) Zeitschrift für deutschen Civilprozess, т. 27, стр. 222.

***) Wach. Handbuch des deutschen Civilprozessrechts, т. I (1885), 19, и Feststellungsanspruch, 1888. — R. Schmidt, Lehrbuch, 1899, стр. 16, — F. Stein въ Birkmeyer's Encyclopedie, 1900, 1175; также въ Haupt-Stein's Commentar, 1901. — Также: Plank, Lehrbuch, I, § 51; Fitting, Lehrbuch, § 31. Обзоръ у Langheineken'a, cit., 15 сл.

***) Объ этомъ подробнѣе въ моей статьѣ, „Къ ученію объ искахъ о признаніи“ (Вѣстникъ Права), 1900, IX, 65 сл.

права. Кто имѣеть данное гражданское право, имѣеть право на удовлетвореніе его и на охрану его судомъ. Но не въ силу этого предъявляется „*Rechtsschutzanspruch*“.

Истець можетъ предъявить и такой искъ, который направляется не на охрану своего права, а на охрану себя отъ притязаній другого. Таковъ именно негативный искъ о признаніи. Здѣсь нѣтъ у истца права, которое онъ ограждать бы, но есть право потребовать судебной защиты своимъ интересамъ, есть *Rechtsschutzanspruch*: это не есть право гражданское, но право государственное, — право на актъ государства.

Заключается ли, однако, въ этомъ правѣ что либо иное сверхъ того, съ чѣмъ вступаетъ сторона въ процессуальное отношеніе?

Нѣтъ, конечно, нѣтъ. Право, обособляемое Вахомъ, говорить Бюловъ, не есть что либо стоящее внѣ процессуальнаго отношенія. Даже и въ предѣлахъ послѣдняго, право на судебныя дѣйствія не имѣеть самостоятельнаго, изолированнаго положенія въ отношеніи прочихъ частей. Это есть не что иное, какъ самое правоотношеніе, разсматриваемое лишь односторонне съ точки зрѣнія одной стороны, какъ правомочіе, принадлежащее ей въ отношеніи къ суду *).

Въ теоріи Ваха отразилось тоже явленіе, которое замѣчается и въ обязательственномъ отношеніи. Вниманіе сосредоточивается преимущественно на позиціи стороны управомоченной. Гдѣ идетъ рѣчь объ „обязательствѣ“ зачастую говорятъ о „требованіи“, о правѣ требованія. Таковъ привычный оборотъ рѣчи, не поражающей и опытнаго юриста. Но, нѣтъ сомнѣнія, это неточность, почти *lapsus linguae*.

Такого же рода неточность допустили бы мы, если бы, вмѣсто процессуальнаго отношенія, стали бы говорить о правѣ стороны требовать судебныхъ дѣйствій.

Здѣсь это еще менѣе возможно. Въ процессуальномъ отношеніи центромъ тяжести, — если вообще искать

*) Одинъ изъ послѣдователей оспариваемаго ученія, Ричардъ Шмидтъ прямо и называетъ *Rechtsschutzanspruch* отношеніемъ. Это, говоритъ онъ, все то отношеніе, которое возникаетъ вслѣдствіе фактическаго вторженія въ отдѣльную сферу матеріальнаго права (*Lehrbuch*, 1899, стр. 19).

его,—скорѣе является то, къ чему обязанъ судъ передъ стороною, а не то, на что управомочена эта послѣдняя. Помимо этого, если бы выдвигать въ процессуальномъ отношеніи лишь позицію правомочія, оставался бы въ тѣни и другой пунктъ—взаимная юридическая связь между сторонами.

Выдвигая подъ названіемъ „*Rechtsschutzanspruch*“ сторону правомочія, упускаютъ изъ виду, что это лишь одинъ изъ многихъ элементовъ процессуальнаго правоотношенія.

Выдѣленная часть, сама по себѣ, была бы лишена жизнеспособности: въ особомъ правѣ на судебныя дѣйствія не было бы самаго необходимаго *minimum'a* опредѣленности. Что это было бы за право,—справедливо возражаетъ Бюловъ,—которое направлялось бы ко всѣмъ государствамъ и ко всѣмъ судамъ всего свѣта?

Да и нѣтъ надобности, чтобы лицо, предъявляющее искъ, имѣло на то какое-либо особое право, кромѣ общегражданской правоспособности. Имѣя уже таковую, оно можетъ всячески пользоваться своимъ положеніемъ въ правѣ. Можетъ вступать въ сдѣлки; на томъ же основаніи можетъ и обращаться за судебной защитой. Нѣтъ ни малѣйшаго основанія возводить въ особое право то, что составляетъ лишь процессуальное проявленіе возможности располагать своимъ правомъ („*eine prozessuale Emanation der individuellen Rechtsbestimmungsmacht*“ *).

Такимъ образомъ, оказывается излишнимъ вводить въ ученіе Бюлова поправку, предложенную Вахомъ.

* * *

Все изложенное приводитъ къ такому заключенію. Гражданскій процессъ есть трехстороннее правоотношеніе изъ области публичнаго права, отношеніе между судомъ, какъ органомъ государства, истцемъ и отвѣтчикомъ; правоотношеніе это сложно по составу, но едино по тому предмету, ради котораго оно возникаетъ и развивается по мѣрѣ

*) *Zeitschrift für deutschen Civilprozess*, т. 27, 212—223.—Противъ Ваховскаго ученія о *Rechtsschutzanspruch* высказались: еще *Otto Gierke*, *Deutsches Privatrecht*, 1895: это не что иное, какъ „*Zubehörung*“ *des Privatrechtsanspruch*;—также: *Fischer* въ *Zeitschrift für deutsch. Civilprozess*, X, 406 сл.—Противъ Ваха также *Kohler* (*Prozessrechtliche Forschungen*, 63 сл.), отрицающій вообще *Verpflichtungsverhältniss* между государствомъ и гражданиномъ.

совершения закономъ установленныхъ процессуальныхъ дѣйствій; совокупность ихъ составляетъ процессуальное производство.

Понятія „процессъ“ и „производство“, такимъ образомъ, не являются тождественными. Отношеніе между ними выражается во взаимной зависимости. Процессъ развивается по мѣрѣ совершенія дѣйствій процессуальнаго производства. Съ другой стороны, дѣйствіями процессуальнаго производства именуется только тѣ изъ дѣйствій, совершаемыхъ судомъ и во время суда, въ порядкѣ которыхъ развивается процессъ.

Судебныя дѣйствія могутъ быть, однако, и внѣ процессуальными, коль скоро по мѣрѣ ихъ совершенія не развивается процессъ. Къ нимъ относятся дѣйствія охранительнаго и исполнительнаго производствъ; первое направлено къ предупрежденію процесса, второе имѣетъ мѣсто по случаю процесса, уже законченнаго.

Процессуальнымъ же является только тяжбное производство, именуемое спорнымъ въ противоположность внѣ процессуальному — безспорному.

И процессуальное, спорное, и внѣ процессуальное, безспорное производства входятъ въ одну и тоже схему судопроизводства, ибо какъ одно, такъ и другое заключаетъ совокупность судебныхъ дѣйствій.

Гражданскій процессъ, какъ правоотношеніе, объединяетъ собою одинъ изъ видовъ судопроизводства и этимъ самымъ проводитъ грань между тѣмъ и другимъ.

Поэтому въ системѣ чтеній по гражданскому судопроизводству должна быть рѣчь прежде всего о составѣ гражданскаго процесса какъ правоотношенія, засимъ о процессуальномъ производствѣ какъ системѣ дѣйствій, развивающихъ это отношеніе, и, наконецъ, о производствѣ внѣ процессуальномъ какъ системѣ судебныхъ дѣйствій, не охватываемой гражданско-процессуальнымъ правоотношеніемъ.

* * *

Вотъ, М. М. Г. г., существо и содержаніе того предмета, къ изученію котораго предстоить Вамъ приступить.

Это одна изъ заключительныхъ Вашихъ штудій въ стѣнахъ Лицея. Занятія гражданскимъ судопроизводствомъ

непосредственно предшествуютъ вступленію Вашему на общественное поприще.

Не вѣмъ, конечно, прійдется примѣнить результатъ этихъ занятій къ судебной практикѣ. Не каждому выпадеть удѣлъ спеціально-судебнаго дѣятеля.

Но каждый пусть явится просвѣщеннымъ защитникомъ права и справедливости. И въ этомъ случаѣ знакомство съ системой гражданскаго судопроизводства сослужить свою службу, облегчить Вашу культурную задачу.

СПббгу