

КЪ УЧЕНІЮ

О СУЩНОСТИ ГРАЖДАНСКАГО ПРОЦЕССА.

СОУЧАСТІЕ ВЪ ГРАЖДАНСКОМЪ ПРОЦЕССѢ.

СОУЧАСТІЕ ПО НѢМЕЦКОМУ И
ФРАНЦУЗСКОМУ ПРАВУ.

Исслѣдованіе и. д. экстраординарнаго профессора Императорскаго
Казанскаго университета.

Е. А. НЕФЕДЪЕВА.



КАЗАНЬ.
Типографія Императорскаго Университета
1891.



Императорскому Университету
1910

По опредѣленію Юридическаго факультета печатать дозволяется,
Казань, 25 Февраля 1891 г.

Деканъ А. Осиповъ.

С 167

Л. А. НЕФЕДЬЕВА.

KAZAN

UNIVERSITY LIBRARY

1891

Введение.

Подъ соучастіемъ въ гражданскомъ процессѣ понимается соединеніе въ немъ нѣсколькихъ истцевъ или нѣсколькихъ отвѣтчиковъ¹⁾. Такое соединеніе нѣсколькихъ лицъ можетъ явиться или на сторонѣ истца, или на сторонѣ отвѣтника, или на сторонѣ какъ истца, такъ и отвѣтника.

Въ первомъ случаѣ соучастіе называется активнымъ, во второмъ пассивнымъ, въ третьемъ—его можно назвать смѣшаннымъ (активнымъ и пассивнымъ въ одно и тоже время)²⁾.

Такъ какъ истецъ есть лице, предъявляющее самостоятельное исковое притязаніе, а отвѣтникъ—лице, противъ котораго оно предъявлено, то отсюда видно, что вмѣстѣ съ соединеніемъ нѣсколькихъ лицъ является при соучастіи соединеніе въ одномъ производствѣ нѣсколькихъ исковъ, именно: нѣсколькихъ исковъ одного истца, направленныхъ противъ нѣсколькихъ отвѣтниковъ, или нѣсколькихъ исковъ нѣсколькихъ истцевъ, направленныхъ противъ одного отвѣтника, или, наконецъ, нѣсколькихъ исковъ нѣсколькихъ истцевъ, направленныхъ противъ нѣсколькихъ отвѣтниковъ. Соединеніе исковъ, предъявленныхъ нѣсколькими лицами или противъ нѣсколькихъ лицъ, нѣмецкіе юристы называютъ субъективнымъ соединеніемъ исковъ и отличаютъ его отъ объективнаго соединенія ихъ, т. е. такого соединенія, при которомъ нѣтъ соединенія нѣсколькихъ лицъ на сторонѣ истца или отвѣтника.

Объективное соединеніе исковъ есть, слѣдовательно, соединеніе исковъ одного истца, направленныхъ противъ одного отвѣтника³⁾.

¹⁾ *Ullmann*, Oesterreichische Civilprocessrecht zw. Aufl. S. 113.

²⁾ *Linde*, Beiträge, Zeitschr. f. Civilr. und Proces. B. XV. S. 362. *Planck*, Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten S. 105.

³⁾ *Wetzel*, System des Ordentlichen Civilprocesses 3 Aufl. S. 837. *Linde*, Zeitschrift. f. Civilr. und Process. B. 15. S. 358 folg.

Изъ предыдущаго видно, что термины „субъективное соединеніе исковъ“ и „соучастіе“ обозначаютъ одно и то же явленіе, но съ различныхъ сторонъ, по различнымъ признакамъ ¹⁾, причемъ словомъ „соучастіе“ обозначается самый фактъ соединенія нѣсколькихъ лицъ на сторонѣ истца или отвѣтчика, соединенія, неразрывно связаннаго съ соединеніемъ нѣсколькихъ исковъ. Но нѣмецкіе юристы придавали, а отчасти придаютъ и въ настоящее время, выраженіямъ „*Streitgenossenschaft*“ и „*Liticonsortium*“ ²⁾ (каковыя выраженія переводятся на русскій языкъ словомъ „соучастіе“) иное значеніе. Они обозначали ими не фактъ соединенія въ процессѣ нѣсколькихъ лицъ, а соединеніе лицъ, связанныхъ особымъ специальнымъ отношеніемъ, которое дѣлало возможнымъ самое соединеніе въ процессѣ нѣсколькихъ лицъ и исковъ.

Лица, соединенныя въ процессѣ, назывались соучастниками *Streitgenossen*, *Liticonsortes* именно въ виду той связи, которая существовала между ними. Сущность соучастія понималась различно: нѣкоторые юристы считали его исковымъ товариществомъ ³⁾. Соответственно этому подъ субъективнымъ соединеніемъ исковъ понимали не субъективное соединеніе ихъ вообще, а недозволенное ихъ соединеніе ⁴⁾.

Послѣ изслѣдованія Планка ⁵⁾ съ терминомъ *Liticonsortium*, какъ признаетъ Ветцель ⁶⁾, стало связываться представленіе о томъ отношеніи, которое вытекаетъ изъ самаго существованія субъективнаго соединенія исковъ. При этомъ условіи понятіе о соучастіи могло отождествиться съ понятіемъ о субъективномъ соединеніи.

Такъ именно поступаютъ нѣкоторые позднѣйшіе нѣмецкіе юристы ⁷⁾. Но многіе нѣмецкіе юристы, а также и законода-

¹⁾ Ullman, *ibid.*

²⁾ *Liticonsortium* есть латинское слово, образованное нѣмецкими юристами. См. объ этомъ терминѣ Planck *ibid.* S. 144.

³⁾ Martin, *Lehrbuch des Deutsch. Gem. C. Proc.* § 32.

⁴⁾ *Canstein*, *Streitgenossenschaft*, S. 4.

⁵⁾ *Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten*.

⁶⁾ *System* § 63 № 25.

⁷⁾ Ullman *ibid.* S. 113; *Renand Lehrbuch* Zw. Aufl. S. 145; *Endemann Deutsch. Civ. Pr. R. S.* 256; *Bolzano Handbuch desheichs. Civ. Pr. R. B. I.* S. 145.

тельства продолжают разграничивать понятия: „соучастія“ и „субъективнаго соединенія исковъ“. Соучастниками они считают лицъ, между которыми существуют известныя отношенія до возникновенія процесса, которыя дѣлаютъ возможнымъ соединеніе этихъ лицъ въ процессъ и влекутъ за собой установленіе между ними въ процессъ известныхъ отношеній, такъ что безъ этого условія для нихъ будетъ лишь субъективное соединеніе исковъ. Съ этой точки зрѣнія Streitgenossenschaft будетъ не соединеніемъ въ процессъ нѣсколькихъ лицъ, а соединеніемъ нѣсколькихъ лицъ, между которыми устанавливаются въ процессъ особыя отношенія, вызываемыя отношеніями, предшествующими его возникновенію.

Если законодательствомъ допускается субъективное соединеніе исковъ, т. е. слѣдовательно, соединеніе нѣсколькихъ лицъ въ процессъ внѣ тѣхъ условій, когда они являются соучастниками (въ только что указанномъ смыслѣ), то отношеніе между ними въ процессъ разнится отъ того отношенія, которое является между соучастниками ¹⁾.

Такъ какъ терминъ „субъективное соединеніе исковъ“ имѣетъ въ виду, по выраженію Канштейна, объектъ процесса, а не субъектовъ его ²⁾, то онъ не совершенно удобенъ для обозначенія соединенія нѣсколькихъ лицъ въ процессъ; вслѣдствіе этого нѣмецкіе юристы и законодательства, для обозначенія соединенія нѣсколькихъ лицъ въ процессъ при субъективномъ соединеніи исковъ употребляютъ также терминъ Streitgenossenschaft. Но чтобы отличить соучастіе этого рода отъ соучастія въ вышеуказанномъ смыслѣ, они называютъ его соучастіемъ ненастоящимъ (uneigentliche, unächte), а послѣднее, съ тою же цѣлю, называютъ настоящимъ соучастіемъ (eigentliche, ächte Streitgenossenschaft) ³⁾. Нашему праву, какъ мы увидимъ ниже, чуждо понятіе о соучастіи въ только что указанномъ смыслѣ, чуждо ему и раздѣленіе соучастія на настоящее и ненастоящее.

¹⁾ Смори разсужденіе редакторовъ Вюртемб. уст. Civilprozess—Ordnung f. d. K. Würt Amtliche Handausgabe Commissionberichte 1868 S. 60. Ср. также Canstein Streitgenossenschaft S. 3. ff.

²⁾ Canstein, Streitgenossenschaft. S. 4 № 3.

³⁾ Canstein, Streitgenossenschaft S. 13. Civilprozess—Ordnung Würt. Commissions B. S. 60. Ср. §§ 56 и 57 Общерегм. Уст.

Изъ сопоставленія 15 ст. Уст. Гр. С. съ 483 видно, что соучастниками называются въ нашемъ уставѣ нѣсколько истцевъ или отвѣтчиковъ, участвующихъ въ производствѣ одного дѣла, и что терминомъ „соучастіе“ обозначается, слѣдовательно, самый фактъ соединенія нѣсколькихъ лицъ въ процессѣ, или—совмѣстная дѣятельность нѣсколькихъ лицъ въ процессѣ¹⁾, а потому онъ не вполне соответствуетъ термину *Streitgenossenschaft*.

Что касается французскаго права, то имъ, какъ увидимъ, соучастіе понимается такъ же какъ и русскимъ правомъ, а потому нашъ терминъ „соучастіе“ можетъ имѣть здѣсь полное примѣненіе. Замѣтимъ, что во французскомъ законѣ не встрѣчается термина для обозначенія того явленія, которое мы называемъ соучастіемъ²⁾. Не употребляя особаго термина для обозначенія этого явленія, французскій законъ, тамъ, гдѣ является соучастіе, употребляетъ, въ замѣнъ того, выраженія, изъ которыхъ видно, что нѣсколько лицъ являются истцами или отвѣтчиками³⁾, (какъ отчасти поступаетъ и нашъ уставъ)⁴⁾. Французскіе юристы употребляютъ выраженія: *Litisconsortium*, *litisconsortes*⁵⁾; такъ какъ эти термины употребляются ими въ замѣнъ вышеупомянутыхъ выраженій, употребляемыхъ закономъ, то отсюда видно, что терминъ *litisconsortium* употребляется ими также какъ и въ нашемъ уставѣ для обозначенія самаго факта соединенія нѣсколькихъ лицъ на сторонѣ истца или отвѣтчика.

Мы считали нужнымъ сдѣлать эти замѣчанія для того, чтобы предупредить недоразумѣнія, которыя могли бы произойти при употребленіи нашего термина „соучастіе“ въ примѣненіи къ нѣмецкому праву, такъ какъ онъ не совершенно точно передаетъ оттѣнки того представленія, которое связывается съ терминомъ *Streitgenossenschaft*, употребляемымъ нѣ-

¹⁾ Ср. значеніе этого термина—Таганцевъ, лекціи В. II-й стр. 865 (сочлененіе нѣсколькихъ лицъ въ одномъ дѣланіи), Азаревичъ, Система Р. Пр. т. I стр. 220.

²⁾ Смот. Perrot, *Verfassung, Zuständigkeit und Verfahren der Gerichte der Preussischen Rheinprovinzen* В. I. 1844. S. 359.

³⁾ Art. 152 C. Pr. C. «*Toutes les parties appelées et défailantes*»...; art. 153 «*Si de deux ou de plusieurs parties assignées*»...

⁴⁾ Уст. Гр. С. ст. 15 «нѣсколько истцевъ или отвѣтчиковъ, участвующихъ въ производствѣ одного дѣла...».

⁵⁾ Rodière. *De la solidarité*. p. 390 et suiv.

мецкими законодательствами и юристами. Кроме того, мы считали полезнымъ выяснить вообще, насколько это возможно до выясненія самаго понятія о соучастіи, точно ли и насколько точно передаетъ нашъ терминъ „соучастіе“ смыслъ соотвѣствующихъ терминовъ нѣмецкаго и французскаго права, такъ какъ о соучастіи по тому и другому праву намъ придется говорить въ дальнѣйшемъ изложеніи. Сдѣлавши эти замѣчанія относительно терминологіи, скажемъ нѣсколько словъ о главныхъ задачахъ, разрѣшить которыя мы поставили себѣ цѣлью въ настоящемъ изслѣдованіи.

Соединеніемъ въ процессѣ нѣсколькихъ лицъ въ качествѣ истцовъ или отвѣтчиковъ, или точнѣе, соединеніемъ въ процессѣ нѣсколькихъ исковъ достигается, какъ это признается въ настоящее время, можно сказать, всѣми юристами, какъ нѣмецкими такъ и французскими, а равнымъ образомъ и нашими, упрощеніе, ускореніе производства, облегченіе труда для суда и тяжущихся, уменьшеніе расходовъ и, наконецъ, кроме того этимъ путемъ предупреждается постановленіе противорѣчащихъ одно другому рѣшеній¹⁾.

Всѣ эти выгоды достигаются благодаря тому, что при субъективномъ соединеніи исковъ судъ разрѣшаетъ иски всѣхъ истцевъ или противъ всѣхъ отвѣтчиковъ въ одномъ производствѣ и, слѣдовательно, судъ и стороны совершаютъ каждое процессуальное дѣйствіе не отдѣльно для каждаго иска, а разомъ для всѣхъ исковъ. Такъ, если нѣсколько истцевъ, вмѣсто того чтобы предъявлять нѣсколько отдѣльныхъ исковъ противъ одного или нѣсколькихъ отвѣтчиковъ, предъявятъ ихъ совмѣстно въ одномъ искомомъ прошеніи, то въ судѣ вмѣсто нѣсколькихъ производствъ будетъ возбуждено одно по всѣмъ этимъ искамъ; вслѣдствіе этого каждому лицу, стоящему на сторонѣ истца или отвѣтчика, вмѣсто того чтобы являться въ судъ и давать объясненія столько разъ, сколько имѣется исковыхъ притязаній, придется сдѣлать это одновременно для всѣхъ притязаній. Также точно судъ, вмѣсто того чтобы назначать засѣданія и выслушивать объясненія столько разъ, сколько имѣется исковыхъ притязаній, исполнить эту работу одновременно для всѣхъ притязаній. Понятно, что при соучастіи должна быть такимъ образомъ облегчена работа какъ суда, такъ и тяжущихся.

¹⁾ Commissionsberichte. Würtemb. S. 59.

Трудъ суда и тяжущихся въ особенности облегчается при соучастіи въ томъ случаѣ, когда существуютъ какія либо обстоятельства, которыя имѣютъ значеніе для всѣхъ исковъ.

Такъ если по поводу каждаго изъ этихъ исковъ необходимо установить существованіе однихъ и тѣхъ же обстоятельствъ или разсмотрѣть одни и тѣже доказательства. Во всѣхъ подобныхъ случаяхъ суду, вмѣсто того чтобы разсматривать доказательства общія всѣмъ искамъ или разрѣшать вопросъ о существованіи обстоятельствъ, общихъ всѣмъ этимъ искамъ столько разъ, сколько существуетъ исковыхъ притязаній (при отдѣльномъ ихъ предъявленіи),—при субъективномъ соединеніи исковъ придется исполнить это одинъ разъ для всѣхъ исковъ.

Такую же выгоду представляетъ субъективное соединеніе исковъ и для соучастниковъ, такъ какъ имъ также при совмѣстномъ разсмотрѣніи судомъ всѣхъ исковъ придется представлять доводы и доказательства одинъ разъ для всѣхъ исковъ, вмѣсто того, чтобы при раздѣльномъ предъявленіи ихъ дѣлать это нѣсколько разъ.

Такъ какъ каждое заявленіе, которое дѣлается суду въ письменной формѣ, каждое представленіе и повѣренія доказательствъ сопряжены съ расходами, то естественно, что субъективное соединеніе исковъ влечетъ за собою сокращеніе издержекъ производства. Наконецъ, если судъ разсматриваетъ совмѣстно нѣсколько исковыхъ притязаній, то естественно не можетъ быть постановлено по нимъ рѣшеній, противорѣчащихъ одно другому, что можетъ легко случиться при разсмотрѣніи исковыхъ притязаній разными судами или однимъ судомъ въ отдѣльныхъ производствахъ. Въ самомъ дѣлѣ, каждому изъ этихъ судовъ могутъ быть представлены различныя доказательства, да и независимо отъ этого, каждый отдѣльный судъ можетъ вывести различное убѣжденіе изъ разсмотрѣнія отдѣльныхъ исковыхъ притязаній, если даже по всѣмъ притязаніямъ были бы представлены одни и тѣже доказательства. То же должно сказать и объ одномъ судѣ, разсматривающемъ иски въ отдѣльныхъ производствахъ.

Таковы цѣли, достигаемыя соучастіемъ. Но не одни удобства представляетъ для процесса совмѣстное веденіе нѣсколькихъ дѣлъ: съ нимъ связывается и значительное неудобство, состоящее въ томъ, что оно можетъ вносить запу-

танность въ производство ¹⁾ и затруднять дѣятельность суда. Въ самомъ дѣлѣ, суду, конечно, легче ориентироваться въ обстоятельствахъ дѣла въ томъ случаѣ, если заявленія и доказательства, однимъ словомъ весь матеріалъ процесса относится къ одному иску. Въ первомъ случаѣ все вниманіе суда будетъ сосредоточено на одномъ искѣ, тогда какъ во второмъ—оно будетъ раздѣлено между нѣсколькими исками. Вслѣдствіе этого въ послѣднемъ случаѣ судъ легко можетъ заявленія и доказательства, представленныя къ одному иску, ошибочно отнести къ другому, или вообще можетъ не уяснить себѣ въ должной мѣрѣ сущность объясненій и доводовъ, относящихся къ каждому отдѣльному иску, такъ какъ объясненія и доводы, представленные одновременно по нѣсколькимъ искамъ, взятые въ совокупности, должны, конечно, представляться болѣе сложными, чѣмъ тѣ же объясненія и доводы, разсматриваемые въ отдѣльности по каждому отдѣльному иску. Очевидно, что если соединеніе исковъ влечетъ запутанность производства, то оно не можетъ быть желательнымъ, такъ какъ возможность ориентироваться въ обстоятельствахъ дѣла есть главное условіе для дѣятельности суда: если судъ лишенъ возможности ориентироваться въ обстоятельствахъ дѣла, то невозможна его дѣятельность вообще, а слѣдовательно, не можетъ быть и рѣчи о достиженіи при помощи соединенія исковъ тѣхъ выгодъ, на которыя мы указали выше. Но отсюда не слѣдуетъ выводиться того заключенія, что соединеніе нѣсколькихъ исковъ въ одномъ производствѣ вообще не желательно: изъ того, что мы говорили выше о выгодахъ, представляемыхъ соединеніемъ нѣсколькихъ исковъ въ одномъ производствѣ, видно, что они достигаются при томъ условіи, если суду по поводу каждаго изъ соединенныхъ исковъ приходится разрѣшать одни и тѣ же вопросы или вообще, если между матеріаломъ, накопляющимся въ производствѣ по каждому изъ соединенныхъ исковъ, есть что либо общее. При этомъ же условіи отпадаютъ или въ значительной степени ослабляются и только что указанные невыгоды, проистекающія отъ соединенія въ одномъ производствѣ нѣсколькихъ исковъ.

Итакъ мы видимъ, что при однихъ условіяхъ соединеніе въ процессѣ нѣсколькихъ лицъ въ качествѣ истцевъ или отвѣт-

¹⁾ Commissionsberichte. Würt. S. 59—61.

²⁾ Ibid. S. 59.

чиковъ является возможнымъ и желательнымъ, при другихъ невозможнымъ. Гдѣ же провести границу между возможностью и невозможностью допущенія соучастія? Разрѣшеніе этого вопроса должно, конечно, составить одну изъ главныхъ задачъ нашего изслѣдованія.

Въ мнѣніяхъ юристовъ по этому вопросу замѣчается большое разнообразіе. Различно разрѣшается онъ и законодательствами. Всѣ эти разнообразныя мнѣнія юристовъ и законодателей можно свести къ двумъ главнымъ системамъ: по одной—условія, при которыхъ можетъ быть допускаемо соучастіе, должны быть указаны въ законѣ, по другой—вопросъ о возможности допущенія соучастія долженъ разрѣшаться въ каждомъ отдѣльномъ дѣлѣ судомъ. Первой системы держатся многіе нѣмецкіе юристы и законодательства нѣмецкаго типа (какъ дореформенные, такъ и общегерманскій уставъ гражд. судопроизводства), второй—французское право. При томъ разнообразіи въ рѣшеніи поставленнаго выше вопроса, какое встрѣчается въ мнѣніяхъ, главнымъ образомъ, нѣмецкихъ юристовъ и въ постановленіяхъ нѣмецкихъ законодательствъ встрѣчаются, конечно, системы болѣе или менѣе отличающіяся отъ указанныхъ типовъ ихъ.

Намъ предстоитъ, такимъ образомъ, рѣшить—которая изъ этихъ системъ правильнѣе, т. е. которая даетъ возможность удобнѣе и полнѣе достигать тѣхъ цѣлей, ради достиженія которыхъ законъ допускаетъ соучастіе. Этимъ путемъ мы вырабатываемъ критерій для оцѣнки той системы, которая проведена въ нашемъ правѣ.

Послѣ того, какъ наукою было признано, что соучастіе допускается закономъ ради достиженія извѣстныхъ цѣлей, разграниченіе условій, при которыхъ допущеніе его желательно и тѣхъ, при которыхъ оно невозможно, можетъ производиться, а отчасти и производится независимо отъ выясненія сущности его, тѣмъ не менѣе наше изслѣдованіе было бы весьма неполно, еслибы мы обошли молчаніемъ этотъ вопросъ.

Такимъ образомъ, мы ставимъ себѣ также задачу—выяснить сущность соучастія; но исполненіе этой задачи возможно, конечно, лишь при томъ условіи, если мы составимъ себѣ ясное представленіе о сущности гражданскаго процесса, такъ какъ соучастіе есть одно изъ явленій въ области послѣдняго.

Намъ не пришлось бы такъ издалека подходить къ разрѣшенію вопроса о сущности соучастія, еслибы вопросъ о сущ-

ности гражданского процесса былъ рѣшенъ въ наукѣ; но къ сожалѣнію этого пѣтъ: можно сказать, что онъ былъ поставленъ на очередь впервые въ сочиненіи Бюлова — Prozesseinreden und Prozessvoraussetzungen, такъ какъ съ этого времени возникла обширная литература, посвященная его разрѣшенію. Но Бюловъ не разрѣшилъ этого вопроса: онъ указалъ лишь путь, которымъ должны были бы, по его мнѣнію, слѣдовать юристы, стремясь къ его разрѣшенію. Это видно, между прочимъ, изъ того, что юристы, считающіе себя его послѣдователями, высказываютъ различныя мнѣнія по основнымъ положеніямъ его теоріи.

Не разрѣшили этого вопроса, по нашему мнѣнію, и послѣдователи Бюлова. Находя, такимъ образомъ, необходимымъ сдѣлать попытку выяснитъ сущность гражданского процесса, мы не можемъ положить въ основаніе нашего изслѣдованія теорію Бюлова, такъ какъ находимъ ее ошибочною; но вмѣстѣ съ тѣмъ мы считаемъ необходимымъ, въ виду того значенія, какое она имѣетъ въ современной наукѣ гражданского процесса, рассмотреть ее возможно подробнѣе.

Къ этому насъ побуждаетъ, между прочимъ, то обстоятельство, что противники ея, правда немногочисленные (Планкъ, отчасти Зейфертъ, Шульцъ и нѣкоторые другіе), касаются ея слишкомъ кратко и опровергая ее, спорятъ противъ положеній, выставленныхъ самимъ Бюловымъ, тогда какъ никто изъ ея послѣдователей не принялъ ея, такъ сказать, въ чистомъ видѣ и каждый изъ нихъ, разрабатывая ея детали, допускаетъ болѣе или менѣе существенныя отступленія отъ положеній, высказанныхъ самимъ Бюловымъ и различно понимаетъ ихъ смыслъ.

Намъ казалось поэтому безцѣльнымъ подвергать разбору одну теорію самого Бюлова: мы считали болѣе полезнымъ рассмотреть ея въ связи съ теоріями его послѣдователей, такъ какъ, во первыхъ, объясненія смысла положеній, высказанныхъ Бюловымъ, нужно искать, конечно, у его послѣдователей, подвергавшихъ его теорію подробной разработкѣ, а во вторыхъ, — выясненіе причинъ различнаго пониманія этой теоріи ея послѣдователями и тѣхъ отступленій отъ нея, которыя они допускаютъ, лучше всего можетъ показать, насколько и въ чемъ именно она представляется несостоятельною.

Глава I.

СОУЧАСТІЕ ВЪ НѢМЕЦКОМЪ ПРАВѢ.

Очеркъ развитія ученія объ основаніяхъ допущенія соучастія.

Римскій процессъ имѣлъ такое устройство, что въ каждомъ *judicium'* предполагался одинъ истецъ и одинъ отвѣтчикъ. Соответственно этому, если существовало между нѣсколькими лицами нѣсколько исковыхъ притязаній, то должно было возникнуть столько *judicium'овъ*, сколько было притязаній каждаго отдѣльнаго лица къ своему отвѣтчику. Но Римское право допускало во всѣ періоды своего развитія отступленіе отъ этого общаго правила, т. е. допускало соединеніе въ одномъ процессѣ правовыхъ споровъ нѣсколькихъ лицъ. Это проявлялось въ періодъ *ordo judiciorum privatorum* въ томъ, что нѣсколько лицъ съ ихъ притязаніями отсылались къ одному и тому же судѣ, а въ позднѣйшемъ процессѣ въ томъ, что нѣсколько лицъ, которые вели сообща процессъ, должны были вести его передъ однимъ и тѣмъ же судьей—чиновникомъ¹⁾.

Соединеніе нѣсколькихъ правовыхъ споровъ не имѣло вліянія на разрѣшеніе ихъ судомъ: каждый споръ разрѣшался отдѣльно, независимо отъ разрѣшенія другихъ, и соединеніемъ ихъ достигались лишь извѣстныя выгоды: сокращеніе времени и труда. Оно не оказывало вліянія и на положеніе лицъ, соединенныхъ въ одномъ процессѣ, такъ какъ каждый отдѣльный истецъ и каждый отдѣльный отвѣтчикъ разсматривался такъ, какъ бы онъ участвовалъ въ процессѣ одинъ со своимъ противникомъ, участіе же въ процессѣ другихъ лицъ было для него дѣломъ, такъ сказать, случайнымъ²⁾.

Соучастіе по Римскому праву допускалось или не допускалось въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ Магистратомъ (или впоследствии чиновникомъ—судьей), который разрѣшалъ вопросъ

¹⁾ Planck, Mehrheit S. 105, 69.

²⁾ Planck, Mehrheit S. 105—107.

о возможности допустить соучастіе, сообразуясь, главнымъ образомъ, съ обстоятельствами каждаго отдѣльнаго дѣла, такъ какъ въ руководство ему были указаны лишь немногія общія правила, причѣмъ для допущенія соучастія было безразлично, вытекаютъ ли иски изъ одного основанія или изъ различныхъ. Стороны также могли обращаться къ суду съ просьбой о соединеніи исковъ ¹⁾.

Въ средніе вѣка права судьи по веденію процесса потерпѣли значительное измѣненіе, что произошло оттого, что судья пересталъ пользоваться въ это время той самостоятельностью въ своей дѣятельности, какую имѣлъ римскій судья, такъ какъ дѣятельность его была поставлена въ зависимость отъ требованій стороны ²⁾. Вслѣдствіе этого и субъективное соединеніе исковъ являлось не по усмотрѣнію судьи, а по волѣ стороны: послѣдніе получили право не просить судью о допущеніи соучастія, а требовать этого. При такихъ условіяхъ соединеніе исковъ не зависѣло уже болѣе отъ усмотрѣнія судьи, такъ что на его долю осталась только забота о томъ, чтобы субъективное соединеніе исковъ, котораго требуютъ стороны, не повлекло за собою неудобствъ для веденія процесса, препятствій для правильнаго и быстраго веденія его ³⁾.

Предоставленіе сторонамъ такого права требовало того, чтобы были установлены твердыя правила, на основаніи которыхъ они могли бы имъ пользоваться. Правила эти выводились изъ понятія о *Liticonsortium* ⁴⁾. Послѣднее требовало внутренняго сродства исковыхъ притязаній. Такимъ образомъ субъективное соединеніе исковъ стало допускаться лишь при существованіи *Liticonsortium*'а. Такъ возникло еще въ средневѣковомъ итальянскомъ процессѣ правило, которое держалось до послѣдняго времени въ нѣмецкой наукѣ гражданскаго процесса ⁵⁾, что субъективное соединеніе исковъ вообще не допускается, но, какъ исключеніе изъ этого общаго правила, допускается *Liticonsortium*. Эта доктрина, говоритъ Планкъ, складывалась подъ вліяніемъ возрѣнія, господствовавшаго до позд-

¹⁾ Planck, *ibid.* S. 107.

²⁾ Planck, S. 344, 385.

³⁾ Planck, S. 385.

⁴⁾ Planck, *ibid.*

⁵⁾ Planck, S. 392.

нѣйшаго времени въ наукѣ общегерманскаго процесса, что въ процессѣ являются двѣ стороны: истецъ и отвѣтчикъ и что роль того и другаго можетъ быть исполняема нѣсколькими лицами, такъ что въ процессѣ, слѣдовательно, всегда является одинъ истецъ и одинъ отвѣтчикъ. Съ такимъ представленіемъ о роляхъ сторонъ въ процессѣ (Partheirollen) связывалось представленіе о единствѣ спора и вмѣстѣ съ тѣмъ роль стороны въ процессѣ, по справедливому замѣчанію Планка, получила значеніе юридическаго лица. При сказанномъ представленіи о роляхъ сторонъ въ процессѣ соединеніе нѣсколькихъ лицъ на сторонѣ истца или отвѣтчика, естественно, могло допускаться только при существованіи такой внутренней связи между отдѣльными исковыми притязаніями, вслѣдствіе которой могло явиться указанное отношеніе между соучастниками ¹⁾.

На замѣну усмотрѣнія судьи правилами, указанными въ законѣ, оказало также отчасти вліяніе развитіе письменности въ нѣмецкомъ процессѣ, такъ какъ съ развитіемъ письменности усмотрѣніе судьи относительно порядка производства должно было вообще замѣниться въ значительной мѣрѣ предписаніемъ законовъ ²⁾.

Вслѣдствіе указанныхъ причинъ въ общегерманскомъ процессуальномъ правѣ выработались слѣдующія положенія относительно возможности допущенія соучастія:

1) По общему правилу субъективное соединеніе исковъ не допускалось.

2) Но въ видѣ исключенія изъ этого общаго правила позволялось вступать въ процессъ нѣсколькимъ лицамъ въ роли стороны (въ роли истца или отвѣтчика).

3) Для этого необходимы были извѣстныя условія, которыя должны существовать еще до возникновенія процесса и лежать въ свойствахъ тѣхъ правъ и обязанностей, которыя составляютъ предметъ разсмотрѣнія суда.

4) Въ этомъ случаѣ стороны назывались соучастниками (Liticonsorten, — Streitgenossen).

5) Всѣ соучастники должны быть разсматриваемы, какъ одинъ истецъ (при активномъ соучастіи) или какъ одинъ отвѣтчикъ (при пассивномъ соучастіи) ³⁾.

¹⁾ Planck, ibid. § 16.

²⁾ Planck, S. 343.

³⁾ Planck, ibid. S. 426. Canstein Streitgenossenschaft. S. 4.

Разбирая эти положенія, выработанныя наукою общегерманскаго процессуальнаго права, Планкъ говоритъ, что всего болѣе трудностей для точнаго опредѣленія представляетъ требованіе, высказанное въ третьемъ положеніи, такъ что, по словамъ Планка, нѣтъ ученаго, который не высказалъ бы особаго мнѣнія относительно условій допущенія соучастія; но большинство ученыхъ высказалось, какъ утверждаетъ Планкъ, за то положеніе, которое было установлено Итальянской доктриной, т. е. что соучастіе (*Litisconsortium*) является въ томъ случаѣ, когда между правами и обязанностями существовала связь (*connexita*). Что же касается до перваго положенія, т. е. что субъективно соединеніе исковъ по общему правилу не допускается, то по заявленію Планка, ко времени появленія указанного сочиненія его, большинство нѣмецкихъ юристовъ, подъ вліяніемъ судебной практики, отказалось отъ него, не рѣшаясь, однакоже, отказаться вмѣстѣ съ тѣмъ и отъ послѣдствій его. Отсюда произошло то, что и въ это время нѣмецкіе юристы разсуждали въ своихъ изслѣдованіяхъ рядомъ о „*Litisconsortium*“ и о соединеніи исковъ (*Klagencumalation*) и употребляли много старанія на то, чтобы дать точное опредѣленіе понятію о соучастникахъ (*Litisconsortes*)¹⁾.

Понятіе о соучастіи (*Litisconsortium*) строилось на общности процесса (*commune negotium*), въ силу которой всѣ соучастники составляли какъ бы одно лице, дѣйствуя въ качествѣ одной стороны. Что касается до того, чѣмъ обуславливалась общность процесса въ указанномъ смыслѣ и, слѣдовательно, чѣмъ обуславливалось соучастіе, то въ этомъ отношеніи нѣмецкими юристами высказываются различныя мнѣнія: такъ указывалось на общность цѣли, преслѣдуемой всѣми соучастниками, на тождество юридическаго или фактическаго основанія, а также на общность права и обязанности²⁾.

Линде въ своей статьѣ *Beiträge zu der Lehre von den Parteien im Civilprozesse*, помѣщенной въ *Zeitschrift für Civil*

¹⁾ Planck, *ibid.* S. 427 ff.

²⁾ Renaud, *Lehrbuch* S. 144 *Wetzel System.* § 63 № 25, *Martin, Vorlesungen* S. 223 ff. *Bayer Vorträge üb. d. g. ord. Civilprocess.* 7 Aufl. S. 32. *Martin, Lehrbuch d. g. d. b. Process.* 7 Aufl. S. 40—41 *Heffter, System des Römischen- und Deutschen Civilprocessrechts*, 2 Aufl. § 109 *Linde, Zeitschr. für Civil—R. und Prozess.* B. 15, S. 358 ff.

R. und Prozess ¹⁾, первый возсталъ противъ такого пониманія соучастія. По его мнѣнью соучастіе (Liticonsortium) не есть особый процессуальный институтъ, а лишь особый видъ субъективнаго соединенія исковъ; если же въ законѣ содержатся спеціальныя опредѣленія относительно Streitgenossenschaft, то это объясняется особенной важностью тѣхъ случаевъ, когда между правами и обязанностями лицъ, соединенныхъ въ процессъ, является извѣстная связь. Такимъ образомъ, основаніе для допущенія соучастія нужно искать не въ особомъ отношеніи (Streitgenossenschaftlichen Verhältniss), а въ правилахъ относительно соединенія исковъ ²⁾.

Послѣдователемъ его въ этой теоріи явился Heffter ³⁾, который также рассматриваетъ соучастіе, какъ особый видъ субъективнаго соединенія исковъ.

Планкъ въ своемъ сочиненіи *Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten* высказывается также противъ разграниченія понятій *Liticonsortium* и субъективнаго соединенія исковъ; но въ отличіе отъ Линде онъ стоитъ за устраненіе самаго понятія о Liticonsortium, которое онъ считаетъ призракомъ, и за оставленіе одного понятія о Klagensumalation.

Разсужденія Планка по этому поводу сводятся къ слѣдующему:

Соединеніемъ нѣсколькихъ исковъ въ одномъ производствѣ достигается сокращеніе времени и труда. Вслѣдствіе этого вопросъ о допущеніи такого соединенія долженъ былъ бы разрѣшаться (и дѣйствительно разрѣшался въ Римскомъ правѣ), по соображенію каждаго даннаго случая. Съ измѣненіемъ положенія судьи, когда послѣдній въ своей дѣятельности всталъ въ зависимость отъ воли сторонъ, усмотрѣніе судьи относительно соединенія дѣлъ, совмѣстное разсмотрѣніе коихъ представляется удобнымъ, должно было быть устранено и замѣнено твердыми, неизмѣнными правилами, указывающими тѣ отношенія, возникшія до возбужденія процесса, которыя давали бы тяжущимся право являться соучастниками въ процессѣ.

¹⁾ В. 15. S. 361 ff.

²⁾ Linde, *ibid.*

³⁾ System § 109.

114382р. кр

На практикѣ оказалось, что это удобно лишь въ томъ случаѣ, когда между правами или обязанностями соучастниковъ есть связь (*connexitas*), и вотъ причина, почему связь между правоотношеніями стали считать основаніемъ соучастія¹⁾. Такъ какъ нѣкоторые юристы, обращая вниманіе на практическій результатъ, который достигался соучастіемъ, стали допускать его въ другихъ случаяхъ, то отсюда эта теорія и получила, по выраженію Планка, свой пестрый видъ²⁾. Эти соображенія привели Планка къ тому заключенію, что понятіе о соучастникахъ (*Litisconsortes*) должно быть выкинуто изъ науки.

Вслѣдствіе сказаннаго Планкъ держится того мнѣнія, что соединеніе нѣсколькихъ лицъ и исковъ въ процессъ есть лишь внѣшнее формальное соединеніе ихъ, а потому между соучастниками не только не устанавливается въ процессъ отношенія, сходнаго съ отношеніемъ товарищества, но они не стоятъ другъ къ другу ни въ какомъ отношеніи. Такъ какъ соединеніе ихъ явилось случайно, то оно не влечетъ за собою общности правъ, и каждый соучастникъ преслѣдуетъ въ процессъ свои цѣли, а не цѣли своихъ соучастниковъ; каждый изъ нихъ стремится къ тому, чтобы выиграть свой процессъ, а не процессъ своего соучастника. Для каждаго изъ нихъ, по мнѣнію Планка, цѣль, которую онъ преслѣдуетъ въ процессъ, лишь сходна съ цѣлью, которую преслѣдуютъ другія лица, ведущія процессъ совмѣстно съ нимъ. Ихъ цѣли могутъ даже быть совершенно противоположны, какъ это имѣетъ, на примѣръ, мѣсто при главной интервенціи. Впрочемъ, Планкъ признаетъ, что могутъ быть случаи, въ которыхъ дѣйствительно возникаетъ между соучастниками отношеніе товарищества. Для этого необходимо, чтобы лица, совмѣстно ведущія процессъ, имѣли намѣреніе взаимно помогать другъ другу въ достиженіи своей цѣли. Только при этомъ условіи цѣль, которую всѣ они преслѣдуютъ, будетъ для нихъ дѣйствительно общая. Но наличность такого намѣренія есть явленіе случайное; во всякомъ случаѣ намѣреніе это должно быть выражено соучастниками (явно или молчаливо); само же по себѣ соединеніе нѣсколькихъ лицъ въ одномъ процессъ не можетъ считаться такимъ

¹⁾ Planck, *ibid.* S. 427 ff.

²⁾ Planck *ibid.*

³⁾ Planck *ibid.* S. 428.

дѣйствиѣмъ, изъ котораго можно было бы сдѣлать выводъ о молчаливомъ выраженіи упомянутаго желанія ¹⁾).

Такимъ образомъ, по мнѣнію Планка, соучастіе есть случайное явленіе и соучастниками онъ называетъ тѣхъ лицъ, которыя соединены въ одномъ процессѣ.

Планкъ резюмируетъ свою теорію въ слѣдующихъ положеніяхъ:

1) Соединеніе нѣсколькихъ процессовъ, черезъ что въ правовомъ спорѣ принимаетъ участіе нѣсколько лицъ, есть дозволенное процессуальное правило (erlaubte Prozessmaxime). Этимъ путемъ достигается сокращеніе производства.

2) Дѣло судьи судить въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ о томъ, будетъ ли такимъ соединеніемъ достигаться указанная цѣль или же наоборотъ черезъ это произойдетъ запутанность производства. Стороны, если желаютъ соединенія, могутъ просить о томъ судъ. Чаше всего эта просьба можетъ быть сочтена основательной и, слѣдовательно, соединеніе—цѣлесообразнымъ въ томъ случаѣ, если между нѣсколькими лицами существуетъ общность правоотношенія.

3) Выраженіе „соучастники“ (Streitgenossen) должно примѣняться лишь въ томъ случаѣ, если нѣсколько лицъ, ведущихъ совмѣстно процессъ (Mitsreitenden), дѣйствительно соединили себя отношеніемъ товарищества, что, впрочемъ, бываетъ далеко не всегда и должно быть во всякомъ случаѣ удостовѣрено.

4) Каждое отдѣльное лицо, ведущее процессъ, обсуждается юридически такъ же, какъ и въ томъ случаѣ, еслибы не было соединенія нѣсколькихъ лицъ въ процессѣ, такъ что разрѣшенію судьи подлежитъ не одинъ процессъ, а столько, сколько участвуетъ лицъ въ производствѣ ²⁾.

Что касается послѣдствій соучастія, то соотвѣтственно только что приведеннымъ положеніямъ, Планкъ утверждаетъ, что всѣ послѣдствія, выводимыя изъ отношенія товарищества лицъ, ведущихъ совмѣстно процессъ, должны быть устранены.

Сущность ученія Планка объ основаніяхъ допущенія соучастія состоитъ, такимъ образомъ, въ томъ, что допущеніе

¹⁾ Planck, *ibid.* S. 429—430.

²⁾ Planck, *ibid.* S. 428.

его есть дѣло цѣлесообразности и зависитъ отъ усмотрѣнія суда: гдѣ оно подаетъ надежду на сохраненіе времени, издержекъ и труда, тамъ оно должно быть допускаемо; наоборотъ тамъ, гдѣ оно грозитъ сдѣлать производство дороже, продолжительнѣе и внести въ него запутанность— оно должно быть отстранено.

Теорія Планка оказала большое вліяніе какъ на позднѣйшихъ представителей науки общегерманскаго процессуальнаго права, такъ и на законодательства, главнымъ образомъ, въ томъ отношеніи, что они отказались отъ прежняго пониманія соучастія (нѣкоторые не вполне) и признали, что соединеніе нѣсколькихъ лицъ на сторонѣ истца или отвѣтчика допускается ради достиженія извѣстныхъ выгодъ; но вопросъ о томъ, какъ должны быть опредѣляемы условія, при которыхъ эти выгоды могутъ быть достигаемы, разрѣшается ими различно.

Ознакомимся съ важнѣйшими теоріями и постановленіями законодательствъ.

По мнѣнію Рено, разграниченіе понятій о соучастіи и о субъективномъ соединеніи исковъ въ тѣсномъ смыслѣ, соотвѣтственно тому, имѣютъ ли соединенные иски связь между собою или нѣтъ— лишено всякаго основанія, такъ какъ соучастники (Litiscointeres) суть лица, предъявившія нѣсколько совмѣстныхъ исковъ въ одномъ исковомъ прошеніи или противъ которыхъ они предъявлены.

Соотвѣтственно этому возрѣнію на соучастіе Рено утверждаетъ, что соучастіе, а слѣдовательно и субъективное соединеніе исковъ, можетъ имѣть мѣсто во всѣхъ случаяхъ, когда возможно разсмотрѣніе всѣхъ притязаній, соединенныхъ въ одномъ производствѣ, безъ внесенія запутанности въ послѣднее. Для этого, по его мнѣнію, нужно, чтобы иски не были совершенно разнородными.

Разрѣшеніе вопроса о томъ, не произойдетъ ли беспорядка и замѣшательства при одновременномъ разсмотрѣніи предъявленныхъ исковъ, долженъ быть предоставленъ усмотрѣнію суда¹⁾

Ветцель утверждаетъ, что цѣлесообразности не принадлежитъ рѣшающее значеніе въ вопросѣ о допущеніи соучастія, такъ какъ есть случаи, въ которыхъ соединеніе нѣсколькихъ

¹⁾ Renaud., *ibid.*

исковъ юридически недопустимо и другіе, въ которыхъ той или другой сторонѣ принадлежитъ право на такое соединеніе.

Юридически недѣйствительно соединеніе нѣсколькихъ исковъ въ одномъ производствѣ, по мнѣнію Ветцеля, тогда, когда соединенныя въ одномъ производствѣ требованія противорѣчатъ одно другому (напр. если нѣсколько истцевъ ищутъ по корреальному обязательству совместно, *in solidum* и т. под.).

Право на соединеніе исковъ принадлежитъ, по мнѣнію Ветцеля, сторонамъ вообще тамъ, гдѣ въ нѣсколькихъ правовыхъ спорахъ есть или можетъ явиться общій имъ спорный пунктъ, подлежащій разъясненію. Онъ можетъ касаться обоснованія иска или защиты, вызванной исковымъ прошеніемъ, или обоснованія одного иска и защиты по другому иску и т. д. Иски, которые стоятъ другъ къ другу въ такомъ отношеніи, или что то же, говоритъ Ветцель, иски, вытекающіе изъ одного правоотношенія, называются исками, имѣющими между собою связь (*connexae Klagen*). Связь (*connexitas*) между исками, продолжаетъ онъ, составляетъ, такимъ образомъ, нормальное основаніе для ихъ соединенія¹⁾. Признать связь между исками основаніемъ для допущенія соучастія необходимо, по его мнѣнію, потому, что соединеніе исковъ, помимо важныхъ выгодъ, состоящихъ въ сохраненіи времени и издержекъ, представляетъ еще ту выгоду, что гарантируетъ однообразное разрѣшеніе судомъ спорныхъ пунктовъ, общихъ всѣмъ соединеннымъ искамъ²⁾.

Что касается до отношеній между соучастниками, то Ветцель говоритъ по этому поводу слѣдующее: прежде соучастники разсматривались или какъ юридическое лице, или какъ *socii*, или какъ лица, имѣющія общія интересы. Но всѣ эти воззрѣнія, по его мнѣнію, невѣрны: соучастники вообще не вступаютъ ни въ какое особое отношеніе другъ къ другу. То обстоятельство, что они сообща ищутъ или защищаются противъ иска есть фактъ, который не порождаетъ никакихъ юридическихъ послѣдствій, вліяющихъ на ихъ взаимныя отношенія³⁾.

Изъ приведенныхъ разсужденій Ветцеля видно, что онъ отвергаетъ тѣ прежнія воззрѣнія на соучастіе, которыя приз-

¹⁾ Wetzel, System. S. 828 ff.

²⁾ Wetzel *ibid.* S. 849 ff. Kritische Jahrbücher für Deutsche Rechtswissenschaft 1847, Zw. Heft S. 126 ff.

³⁾ System. S. 850.

наны Планкомъ неосновательными; но отступаетъ нѣсколько отъ возрѣній послѣдняго юриста въ томъ отношеніи, что придаетъ большее значеніе связи между исками, признавая, что при ея существованіи возникаетъ право истца на соединеніе ихъ. Такимъ образомъ, по мнѣнію Ветцеля, при существованіи связи между исками судъ не имѣетъ права устранить соединенія ихъ, если они соединены въ исковомъ прошеніи.

Соединеніе исковъ въ этомъ случаѣ зависитъ, по мнѣнію этого юриста, отъ воли истца (или нѣсколькихъ истцевъ при активномъ соучастіи); согласія на это противной стороны не требуется. Инициатива въ установленіи соучастія принадлежитъ, слѣдовательно, всецѣло истцу. Ограниченіе этого исключительнаго права истца на установленіе соучастія Ветцель допускаетъ лишь въ двухъ случаяхъ, когда истецъ не можетъ воспрепятствовать возникновенію соучастія на сторонѣ отвѣтчика, именно: 1) когда роль отвѣтчика переходитъ на нѣсколькихъ наслѣдниковъ его и 2) когда нѣсколько поручителей принимаютъ на себя защиту противъ иска вмѣсто отвѣтчика. Для того чтобы положеніе истца не ухудшилось вслѣдствіе того, что противъ него явилось нѣсколько отвѣтчиковъ, онъ даетъ ему право требовать установленія общаго всеѣмъ отвѣтчикамъ представителя. Но отвѣтчику онъ не даетъ такого же права въ случаѣ смерти истца. Точно также онъ не признаетъ за отвѣтчикомъ права возражать противъ раздѣльнаго предъявленія исковъ и требовать установленія соучастія за исключеніемъ нѣкоторыхъ, указанныхъ въ законѣ случаевъ (*exc. pl. lit. cons.*)¹⁾.

При отсутствіи связи между исками соучастіе можетъ быть установлено, по мнѣнію Ветцеля, лишь при согласіи противной стороны. Только при этомъ условіи наступаетъ обязанность суда разрѣшить вопросъ о возможности допустить соучастіе съ точки зрѣнія цѣлесообразности; безъ согласія же противной стороны—при отсутствіи связи между исками—все указываемыя тягущимся удобства, mogućия въ данномъ дѣлѣ произойти отъ соучастія, не могутъ быть принимаемы судомъ въ соображеніе²⁾.

Эндеманъ держится того мнѣнія, что каждая сторона процесса можетъ состоять изъ нѣсколькихъ субъектовъ, которые

¹⁾ Объ этомъ возраженіи скажемъ ниже.

²⁾ Wetzel, System S. 830 № 30.

и называются въ этомъ случаѣ Litisconsortes ¹⁾. Согласно этому взгляду, онъ опредѣляетъ соучастіе, какъ участіе въ процессѣ нѣсколькихъ лицъ въ качествѣ одной стороны. При соучастіи является субъективное соединеніе исковъ.

Понятіе о соучастіи, такимъ образомъ, покоится, по его мнѣнію, на участіи въ процессѣ нѣсколькихъ лицъ. Обращаясь къ исторіи развитія этого института, Эндеманъ, основываясь на изслѣдованіи Планка, говоритъ, что въ римскомъ правѣ допущеніе или недопущеніе соучастія зависѣло отъ усмотрѣнія суда, руководствовавшагося соображеніями о цѣлесообразности. Совмѣстное вступленіе въ процессъ нѣсколькихъ лицъ всего менѣе могло, по его мнѣнію, возбудить опасенія замѣшательства въ томъ случаѣ, когда не нарушалось единство содержанія процесса, т. е. когда притязанія и защита нѣсколькихъ лицъ были направлены на одинъ и тотъ же предметъ и вытекали ex eadem re. Переходя къ среднимъ вѣкамъ, Эндеманъ говоритъ, что средневѣковая доктрина устранила свободное усмотрѣніе суда и была склонна, вслѣдствіе устности процесса, къ недопущенію вообще участія нѣсколькихъ лицъ въ процессѣ. Лишь позднѣйшая судебная практика, вслѣдствіе развитія письменности, стала благосклоннѣе смотрѣть на субъективное соединеніе исковъ. Тѣмъ не менѣе и она устанавливала извѣстныя ограниченія относительно допущенія соучастія, требуя, чтобы между исками была связь.

Въ основу своихъ возрѣній на соучастіе Эндеманъ кладетъ положенія, выработанныя судебною практикою; но такъ какъ понятіе о связи между исками онъ находитъ „двусмысленнымъ“, такъ какъ подъ нимъ подразумѣвалась то внутренняя связь, то общность интересовъ или даже просто возможность совмѣстнаго производства, то онъ счелъ нужнымъ подробнѣе выяснить отношеніе, которое должно существовать между исками для установленія соучастія. Онъ приходитъ по этому поводу къ слѣдующимъ выводамъ: 1) Притязанія и обязанности соучастниковъ должны относиться къ одному и тому же предмету. Если иски нѣсколькихъ лицъ направлены на различные предметы, то соучастіе, по его мнѣнію, невозможно, такъ что, если даже судья пожелаетъ допустить одновременное и совмѣстное разсмотрѣніе такихъ исковъ, тѣмъ

¹⁾ Endemann. Das Deutsche Civilprozessrecht. S. 256 ff.

не менѣе все таки не возникнетъ consortium. Далѣе, по его мнѣнію, должна существовать общность цѣли, которая преслѣдуется по отношенію къ этому предмету. 2) Притязанія нѣсколькихъ истцевъ должны вытекать изъ одного основанія. Въ этомъ смыслѣ онъ понимаетъ связь между исками (copexitas). Онъ не признаетъ раздѣленія соучастія на настоящее и ненастоящее въ виду того, что последнее допускается при связи между исками (въ смыслѣ общности интересовъ), которой придаютъ притомъ столь широкое значеніе, что этимъ возстановляется произволъ судьи относительно допущенія соучастія.

Bolgiano, въ своемъ сочиненіи Handbuch des Reichscivilprozessrechts, держится теорій Ветцеля и Эндемана, т. е. допускаетъ соучастіе: 1) при тождествѣ предмета притязанія и 2) при внутренней связи между исковыми притязаніями, т. е. при единствѣ правоотношенія. Онъ находитъ неправильнымъ мнѣніе Линде, Планка и Рено, которые не придаютъ связи между исками никакого существеннаго значенія, такъ что ставятъ субъективное соединеніе исковъ въ зависимость отъ того же условія, какъ и объективное ихъ соединеніе, т. е. отъ усмотрѣнія суда ²⁾).

Нѣмецкія законодательства, имѣвшія силу до введенія въ дѣйствіе Civil. Proz. Ordn. 1877 г. содержали слѣдующія опредѣленія относительно условій допущенія соучастія.

Въ ганноверскомъ уставѣ совершенно ясно проглядывала цѣль допущенія соучастія — упрощеніе производства; но онъ вмѣстѣ съ тѣмъ ограничивалъ произволъ суда относительно установленія соучастія. Достигалось это слѣдующими правилами: ганноверскій уставъ допускалъ соучастіе по общему правилу при томъ условіи, если спорный предметъ или притязаніе были общи нѣсколькимъ лицамъ или если притязанія покоились на одномъ и томъ же основаніи. При этихъ условіяхъ лица, предъявлявшія совмѣстно иски или противъ которыхъ послѣдніе предъявлялись, признавались уставомъ соучастниками (Streitgenossen). Въ этихъ усло-

¹⁾ Endemann. Das Deutsche Civilprozessrecht S. 255 ff.

²⁾ S. 145 ff.

вѣй соучастіе, по общему правилу, не могло быть установлено, и лица, которыя не могли считаться соучастниками, не могли предъявлять иски совмѣстно и въ одномъ исковомъ прошеніи. Но если однородныя притязанія и обязанности нѣсколькихъ лицъ покоились на однородныхъ юридическихъ основаніяхъ, то, хотя здѣсь и не было условій для установленія соучастія, тѣмъ не менѣе уставъ обязывалъ судъ допустить совмѣстное преслѣдованіе права или защиту ихъ на основаніяхъ, установленныхъ для дѣйствительнаго соучастія. вмѣстѣ съ тѣмъ законъ обязывалъ судью заботиться о томъ, чтобы отъ такого соединенія исковъ не произошло замедленія и запутанности процесса. Чтобы избѣжать этого, законъ давалъ судѣ право раздѣлять иски, предъявленные совмѣстно, и при томъ не только при возникновеніи процесса, но и въ теченіе дальнѣйшаго производства, если обнаруживались указанные неудобства, проистекавшія отъ соединенія исковъ. При соучастіи въ собственномъ смыслѣ соучастники являлись въ роли одной стороны въ процессѣ и обязаны были назначить общаго представителя, до назначенія котораго не могли быть допущены къ словеснымъ объясненіямъ. Между соучастниками устанавливалось, по мнѣнію Леонгардта, отношеніе товарищества¹⁾.

Баварскій уставъ допускалъ соучастіе по тѣмъ же двоякаго рода основаніямъ, которыя указаны въ уставѣ ганноверскомъ, признавая при существованіи условій перваго рода соучастіе, при существованіи условій втораго рода допуская совмѣстное преслѣдованіе права и защиту.

Опредѣленія относительно условій допущенія соучастія вюртембергскаго устава сходны съ опредѣленіями вышеприведенныхъ уставовъ. Этотъ уставъ, также какъ баварскій и ганноверскій, допускалъ при извѣстныхъ условіяхъ соучастіе, а въѣ этихъ условій признавалъ возможнымъ совмѣстное преслѣдованіе права и защиту. Въ соображеніяхъ редакторовъ вюртембергскаго устава мы находимъ объясненіе тѣхъ при-

¹⁾ Leonhardt—Bürgerliche Prozess—Ordn. S. 43. 44.

²⁾ Prozessordn. in bürg. Rechtsstreit. für das K. Bayern. Amt. Auf. 1869 S. 63.

³⁾ Ibid. S. 59.

чинъ, которыя побудили ихъ держаться, такъ сказать, середины между мнѣніями юристовъ, теории которыхъ мы изложили выше. Соединеніемъ нѣсколькихъ исковъ въ одномъ производствѣ, говорятъ они, достигается уменьшеніе процессовъ, а также удешевленіе и ускореніе производства; но съ другой стороны соединеніе исковъ въ одномъ производствѣ можетъ вести и къ невыгоднымъ послѣдствіямъ, и задача законодательства, по ихъ мнѣнію, состоитъ въ томъ, чтобы найти точную и вѣрную границу для допущенія соучастія. По ихъ мнѣнію, при субъективномъ соединеніи исковъ, еще болѣе чѣмъ при объективномъ, можетъ явиться опасность, что производство дѣлъ будетъ затруднено, если будетъ предоставлено совершенно на волю частныхъ лицъ совмѣстное преслѣдованіе ихъ исковыхъ притязаній: еслибы тяжущіеся стали соединять въ одномъ производствѣ притязанія, вытекающія изъ различныхъ юридическихъ основаній, то при этомъ условіи лишь въ весьма рѣдкихъ случаяхъ могла-бы ненаступить вышеупомянутая опасность отъ соединенія исковъ. Прежняя теорія, продолжаютъ редакторы вюртембергскаго устава, исходила изъ того положенія, что субъективное соединеніе исковъ вообще не допустимо, но изъ этого общаго правила допускались исключенія въ болѣе или менѣе обширномъ объемѣ, которыя обозначались словомъ: Streitgenossenschaft (Litisconsortium). За послѣднимъ, по ихъ мнѣнію, скрывалось весьма неопредѣленное понятіе, т. е. одни юристы допускали соучастіе въ томъ случаѣ, когда соединенные иски основывались на общности права, другіе допускали соучастіе также въ томъ случаѣ, когда права и обязанности вытекали изъ одного и того же фактическаго или юридическаго основанія и т. д.

Переходя къ позднѣйшимъ теоріямъ, редакторы Вюртембергскаго устава замѣчаютъ, что ими совершенно оставленъ исходный пунктъ прежнихъ теорій, а вмѣстѣ съ тѣмъ и самое понятіе о Streitgenossenschaft. Позднѣйшія теоріи, исходя изъ того соображенія, что субъективнымъ соединеніемъ исковъ достигается сокращеніе числа процессовъ и сбереженіе издержекъ и времени, выставляютъ допустимость субъективнаго соединенія исковъ, какъ общее правило, отступленіе отъ котораго долженъ дѣлать судья единственно съ точки зрѣнія цѣлесообразности, для чего ему предоставляется право устранять субъективное соединеніе исковъ въ тѣхъ случаяхъ, когда

отъ этого можно ожидать проволочки въ производствѣ, безпорядка или увеличенія расходовъ ¹⁾.

Редакторы Вюртембергскаго устава не нашли возможнымъ, какъ сказано выше, допустить безграничный произволъ частныхъ лицъ въ установленіи соучастія. Съ этою цѣлью они удержали институтъ *Streitgenossenschaft*, допустивши соучастіе въ тѣхъ же случаяхъ, въ которыхъ оно допускалось прежними теоріями (*ächte Streitgenossenschaft*). Они основывались при этомъ на опытѣ судебной практики, которая убѣдилась въ цѣлесообразности соединенія исковъ въ этихъ случаяхъ. Въстѣ съ тѣмъ они нашли, что судебная практика признала цѣлесообразнымъ допущеніе соединенія исковъ, кромѣ указанныхъ случаевъ, еще тогда, когда предметъ спора составляютъ притязанія или обязанности, вытекающія изъ однородныхъ фактическихъ или юридическихъ основаній. По возрѣніямъ представителей прежнихъ теорій въ этихъ случаяхъ не могло быть допускаемо субъективное соединеніе исковъ; но редакторы вюртемб. уст. примкнули по этому вопросу къ взглядамъ, выработаннымъ судебною практикою, находя, что съ точки зрѣнія цѣлесообразности представляется полное основаніе допустить субъективное соединеніе исковъ и въ послѣднихъ изъ указанныхъ случаевъ, такъ какъ и при однородности основаній, изъ которыхъ вытекаютъ притязанія или обязанности, нельзя опасаться того, чтобы отъ соединенія исковъ произошли невыгодныя послѣдствія. Что касается самаго понятія однородности, то по мнѣнію редакторовъ вюртемб. уст., оно не поддается точному опредѣленію, и разрѣшеніе вопроса о томъ, имѣются ли условія для субъективнаго соединенія исковъ—должно быть представлено въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ усмотрѣнію суда. Послѣдній долженъ при этомъ принимать въ соображеніе сходство основаній и доказательствъ отдѣльныхъ исковъ и возможность достигнуть не только однообразнаго разрѣшенія отдѣльныхъ спорныхъ вопросовъ, но и ускоренія и упрощенія производства. Такимъ образомъ и вюртемб. уставъ знаетъ два рода соучастія: настоящее соучастіе (*ächte Streitgenossenschaft*) и ненастоящее (*unächte Streitgenossenschaft*) (послѣднее при однородности фактическихъ и юридическихъ основаній притязаній и обязанностей).

¹⁾ Ibid. S. 60.

Опредѣленія, сходныя съ опредѣленіями приведенныхъ уставовъ, содержатся въ уставѣ прусскомъ (preussische allgemeine Gerichts-Ordn.), который также допускаетъ соучастіе по основаніямъ двоякаго рода: 1) когда притязанія нѣсколькихъ лицъ или противъ нѣсколькихъ лицъ вытекаютъ изъ одной сдѣлки или договора, или изъ одного недозволеннаго дѣйствія; 2) когда исковыя притязанія нѣсколькихъ лицъ или направленные противъ нѣсколькихъ лицъ однородны, но если притомъ они вытекаютъ изъ одного основанія ¹⁾. Прусскій уставъ даетъ право судѣ раздѣлять иски даже и при настоящемъ соучастіи, если онъ видитъ, что совмѣстное разсмотрѣніе ихъ можетъ повлечь за собою запутанность въ производствѣ ²⁾.

Изъ законодательствъ нѣмецкаго типа, неотмѣненныхъ закономъ о введеніи въ дѣйствіе общегерманскаго устава, мы считаемъ нужнымъ коснуться законодательства австрійскаго.

Австрійское законодательство также допускаетъ соучастіе по основаніямъ двоякаго рода; сообразно этому и теорія проводитъ дѣленіе его на два вида: настоящее и ненастоящее соучастіе (eigentliche und uneigentliche Streitgenossenschaft). Основаніемъ для допущенія соучастія перваго рода служитъ тождество основаній исковъ; основаніемъ соучастія втораго рода — связь (connexitas) между основаніями исковъ ³⁾.

Австрійскій проектъ устава гражданскаго судопроизводства относительно дозволенія тяжущимся совмѣстно искать и отвѣчать на судѣ повторяетъ постановленія общегерманскаго устава гражданскаго судопроизводства.

Редакторы общегерманскаго устава гражданскаго судопроизводства держались относительно сущности соучастія тѣхъ же взглядовъ, какія были высказаны редакторами вюртемб. уст.

¹⁾ Heffter, Civilprozess. S. 57. ff. ср. Heffter. System des römischen und deutschen Civilprozessrechts S. 109, 110. Въ послѣднемъ положеніи отличіе отъ другихъ уставовъ. Прусскимъ уставомъ не допускалось субъективное соединеніе исковъ.

²⁾ Heffter. System. S. 123. № 66 Heffter. Civilprozess. S. 57. Koch, Prozess—Ordnung. S. 37.

³⁾ Canstein, Streitgenossenschaft und Nebenintervention. S. 35. Австрійское право не допускаетъ соединенія исковъ при однородности основаній ихъ (Ullman. Oesterr. Civilprozessrecht. Zw. Aufl. S. 114. Canstein ibid. S. 5).

Если въ процессъ вступаютъ болѣе двухъ сторонъ, говорятъ они, то является соединеніе нѣсколькихъ процессовъ въ одинъ. Юридическое обсужденіе (Behandlung) каждаго отдѣльнаго процесса не измѣняется черезъ соединеніе. Кромѣ внѣшнихъ выгодъ, состоящихъ въ сокращеніи производства (Abkürzung), упрощенія и сокращенія расходовъ, соединеніе нѣсколькихъ процессовъ для одновременнаго производства гарантируетъ однообразное рѣшеніе спорныхъ пунктовъ, общихъ всѣмъ процессамъ или однородныхъ ¹⁾. Основываясь на этихъ положеніяхъ, которыя, какъ говорятъ сами редакторы общегерманскаго устава, вытекаютъ изъ изслѣдованій позднѣйшихъ представителей науки общегерманскаго процесса (Планка и Ветцеля), они нашли нужнымъ, слѣдуя опредѣленіямъ уставовъ: вюртемб., баварскаго, ганноверскаго и другихъ, допустить, чтобы нѣсколько лицъ сообща являлись истцами или отвѣтчиками не только въ томъ случаѣ, когда спорные пункты общи нѣсколькимъ процессамъ, но и тогда, когда они лишь однородны. Редакторы устава нашли, что и при послѣднемъ условіи возможно правильное производство. Они присоединяются, такимъ образомъ, въ этомъ отношеніи къ взглядамъ, высказаннымъ редакторами другихъ, приведенныхъ выше, уставовъ. Кромѣ того они, руководствуясь прусскимъ уставомъ, предоставили суду безграничное право раздѣлять процессы, если окажется, что соединеніе ихъ можетъ повести къ запутанности или если по другимъ основаніямъ окажется, что соединеніемъ исковъ не могутъ быть достигнуты тѣ выгоды, которыя отъ этого ожидалось. Наконецъ редакторы общегерманскаго устава пошли далѣе нѣкоторыхъ изъ приведенныхъ выше уставовъ въ слѣдующемъ отношеніи: они не рѣшились поставить достиженіе тѣхъ цѣлей, ради которыхъ допускается соучастіе, въ зависимость исключительно отъ усмотрѣнія сторонъ и предоставили суду право, независимо отъ воли сторонъ, соединять иски, которые предъявлены ему отдѣльно, если исковыя притязанія стоятъ въ юридической связи или, вообще, могли бы быть предъявлены совмѣстно ²⁾.

¹⁾ Entwurf einer C. Pr. Ordn. für das deutsch. Reich. S. 422.

²⁾ Entwurf. ibid.

Общегерманскій уставъ содержитъ слѣдующія опредѣленія, относящіяся къ занимающему насъ вопросу:

§ 56. Нѣсколько лицъ могутъ искать и отвѣчать сообща въ качествѣ соучастниковъ (als Streigenossen), если они по отношенію къ предмету спора имѣютъ общее право (in Rechtsgemeinschaft stehen) или если ихъ права и обязанности вытекаютъ изъ одного и того же фактическаго или юридическаго основанія.

§ 57. Нѣсколько лицъ могутъ также искать и отвѣчать сообща, какъ соучастники (als Streitgenossen), въ томъ случаѣ, если предметомъ правоваго спора являются притязанія и обязанности однородныя и покоющіяся на однородныхъ фактическихъ и юридическихъ основаніяхъ.

Распространяя понятіе о Streitgenossenschaft, редакторы общегерманскаго устава также, какъ и редакторы вюрт. и другихъ, устанавливаютъ, какъ видно изъ приведенныхъ статей закона, извѣстныя ограниченія для субъективнаго соединенія исковъ, указывая ту связь между исковыми притязаніями, при существованіи которой соединеніе исковъ можетъ быть допускаемо.

Мы перечислили основанія для допущенія соучастія по нѣмецкому праву. Одно перечисленіе ихъ не можетъ однако же дать намъ понятія о томъ, насколько ограничивается имъ въ дѣйствительности свобода допущенія соучастія и какъ проводится имъ та грань, за которою соучастіе уже не можетъ имѣть мѣста: для этого намъ нужно подробнѣе рассмотреть основанія допущенія соучастія и субъективнаго соединенія исковъ. Мы ограничимся рассмотрѣніемъ основаній для допущенія соучастія, указанныхъ общегерманскимъ уставомъ, такъ какъ выработанныя его редакторами правила являются результатомъ, къ которому пришло въ своемъ развитіи нѣмецкое право. Такое значеніе постановленія общегерманскаго устава относительно соучастія имѣютъ не только потому, что замѣнили правила другихъ уставовъ, но и потому еще, что явились результатомъ сличенія и оцѣнки прежнихъ теорій, постановленій прежнихъ законодательствъ и взглядовъ, выработанныхъ судебною практикою. Въ послѣднемъ отношеніи опредѣленія общегерманскаго устава имѣютъ значеніе и для австрійскаго права, такъ какъ мы видѣли, что въ проектъ австрійскаго устава внесены правила, сходныя съ правилами общегерманскаго устава.

Комментаторы общегерманскаго устава гражданскаго судопроизводства даютъ относительно основаній допущенія соучастія слѣдующія объясненія:

§ 56. а) Тяжущіеся должны имѣть общее право по отношенію къ предмету спора. Это правило ставитъ условіемъ соучастія тождество предмета спора и вмѣстѣ съ тѣмъ общность права по отношенію къ этому предмету¹⁾. Что законъ понимаетъ подъ общностью права—это, по мнѣнію Эндеманна, не поддается точному опредѣленію²⁾. Съ этимъ согласны и другіе комментаторы, изъ которыхъ Вильмовскій и Леви говорятъ, что это не есть общепринятое техническое выраженіе и ему должно быть придаваемо широкое значеніе³⁾. Всѣ комментаторы согласны между собою въ томъ, что сюда относятся: различныя вещныя права, направленные на одинъ и тотъ же предметъ (общее право собственности, право залога и т. д.) общее право наслѣдованія въ одной и той же вещи, солидарныя права и обязанности, вытекающія изъ одного основанія, и всѣ вообще общія, хотя и дѣлимья управомочія и обязанности⁴⁾. Что же касается того, какіе случаи еще подходятъ подъ вышеупомянутый терминъ, то на этотъ вопросъ комментаторы общегерманскаго Устава не рѣшаются дать категорическаго отвѣта, и Эндеманъ думаетъ, что они сливаются съ тѣми случаями, которые подходятъ подъ указанныя далѣе основанія соучастія⁵⁾.

б) Соучастіе допускается, если управомочіе и обязанность сторонъ покоятся на одномъ и томъ же фактическомъ и юридическомъ основаніи. По мнѣнію Эндемана, это основаніе установленія соучастія нужно понимать настолько широко, что сюда, какъ мы о томъ упоминали, могутъ быть подведены сомнительные случаи, неподходящіе подъ опредѣленіе первой части § 56.

¹⁾ Endemann, Der Deutsche Civilprozess B. I. S. 327.

²⁾ Endemann, *ibid.*

³⁾ Wilmowski und Levy. Civilprozess-Ordn. und Gerichts—Verf. Gesetz für das deutsche Reich. 3 Auf. S. 85.

⁴⁾ Wilm. und Levy, *ibid*; Struckmann und Koch, Die Civil. Proz. Ordn. f. d. d. Reich. S. 54. Petersen, Die C. Pr. Ord. f. d. d. R. S. 106. Endemann. *ibid.* S. 327.

⁵⁾ Endemann, *ibid.*

Какъ ни представляется на первый взглядъ яснымъ правило закона, изложенное въ этой части § 56-го и сводящееся къ требованію тождества фактическаго и юридическаго основанія иска, тѣмъ не менѣе и оно возбуждаетъ многія сомнѣнія при подведеніи подъ него отдѣльныхъ случаевъ. Комментаторы распространяютъ это предписаніе закона на случаи управомочія и обязанности раздѣльныя и вытекающія изъ договора, изъ одного и того же проступка или изъ одного и того же фактическаго основанія, за которымъ стоитъ одно и то же юридическое основаніе ¹⁾). Примѣры въ поясненіе этого правила Гелльманъ приводитъ слѣдующіе: искъ солидарно-управомоченныхъ, вытекающій изъ одной юридической сдѣлки, искъ наследниковъ по раздѣльному обязательству, перешедшему по наследству, искъ противъ лицъ солидарно-обязанныхъ по договору или вслѣдствіе совершенія сообща проступка и т. д. ²⁾).

Статья 57 общегерманскаго Устава допускаетъ, какъ мы видѣли, соучастіе при однородности основаній (фактическихъ и юридическихъ въ одно и то же время) ³⁾ притязаній и обязанностей, составляющихъ предметъ спора. Что же понимаетъ уставъ подъ однородностью основаній притязаній и обязанностей? Мы видѣли, что еще редакторы вюртембергскаго устава, вводя въ послѣдній такое же правило, находили невозможнымъ опредѣлить въ точности, что должно понимать подъ терминомъ „однородный“.

Такого же взгляда держатся и редакторы общегерманскаго устава, а также и комментаторы его. Такъ, Зейффертъ говоритъ, что однородность притязаній и обязанностей, или основаній ихъ возникновенія есть понятіе весьма растяжимое, такъ что нѣтъ возможности точно опредѣлить границы его ⁴⁾).

Вслѣдствіе этого не всѣ комментаторы общегерманскаго устава опредѣляютъ понятіе однородности. Такъ напримѣръ Эндеманъ совершенно не дѣлаетъ попытки дать ему опредѣленіе въ виду того, что считаетъ его въ высшей степени неопре-

1) Endem. *ibid.* S. 328.

2) Hellmann, *Lehrbuch des d. Civ. Pr. R.* 1 Abt. S. 234.

3) Petersen, *Civil. Proz. Ordn.* Zweite Aufl. S. 107.

4) Seuffert, *ibid.* S. 56.

дѣленнымъ ¹⁾); другіе даютъ весьма недостаточныя и неточныя опредѣленія, напр. Petersen говорить, что при однородности исковъ фактическіе и юридическіе вопросы, подлежащіе разрѣшенію, имѣютъ нѣкоторое сходство между собою ²⁾); Wil-mowski und Levy ограничиваются тѣмъ, что противопоставляютъ „однородность“, которая требуется отъ исковъ 57 ст. уст. „тождеству“, которое требуется отъ нихъ 56 ст. послѣдняго. Изъ тѣхъ комментаторовъ, сочиненіями которыхъ мы пользовались, наиболѣе подробное объясненіе даетъ по этому поводу Seuffert. Онъ также, какъ мы видѣли, находитъ это понятіе почти неподдающимся опредѣленію. Не могутъ быть поэтому достаточно точны и его объясненія. „Вообще, говоритъ онъ, однородность притязаній должна быть признаваема въ томъ случаѣ, если нѣсколько притязаній стоятъ въ такомъ отношеніи другъ къ другу, что разрѣшеніе возникшаго по нимъ спора зависитъ или отъ оцѣнки занимающихъ сходное положеніе фактическихъ обстоятельствъ, или отъ разрѣшенія однихъ и тѣхъ же повторяющихся юридическихъ вопросовъ“ ³⁾).

Комментаторы общегерманскаго устава относятъ сюда: иски страховаго общества объ исполненіи договора страхованія противъ нѣсколькихъ страхователей, условія страхованія которыхъ одинаковы или сходны между собою; иски нѣсколькихъ ипотечныхъ вѣрителей объ обезпеченіи противъ дальнѣйшаго ухудшенія заложеннаго имущества; иски противъ нѣсколькихъ нанимателей, основанные на сходныхъ договорахъ о наймѣ; иски нѣсколькихъ кредиторовъ, направленные на оспариваніе сдѣлки, заключенной во вредъ кредиторамъ ⁴⁾); иски противъ нѣсколькихъ продавцевъ вслѣдствіе эвикціи проданнаго предмета; иски противъ нѣсколькихъ акцептантовъ различныхъ векселей; иски поручителя о вознагражденіи, направленные противъ нѣсколькихъ главныхъ должниковъ, за которыхъ онъ заплатилъ и т. п. ⁵⁾).

¹⁾ Endemann, *ibid.* Не даютъ также опредѣленія этому понятію Struckmann und Koch, Hellmann, Gaupp.

²⁾ Civilprozess-Ordnung S. 107.

³⁾ Seuffert, *ibid.*

⁴⁾ Seuffert, *ibid.* S. 56.

⁵⁾ Hellmann, *ibid.* S. 234, 235.

Въ виду неопредѣленности понятія объ однородности притязаній, редакторы вюртембергскаго устава, какъ мы видѣли, возлагали въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ на судъ рѣшеніе вопроса о томъ, представляется ли возможнымъ допустить соучастіе по этому основанію, причемъ судъ долженъ былъ рѣшить его, принимая въ соображеніе особенности каждаго отдѣльнаго случая. Рѣшающее значеніе здѣсь должно было имѣть, по мнѣнію редакторовъ вюртембергскаго устава, сходство основаній и доказательствъ, хотя бы иски были направлены на различные предметы и вытекали изъ различныхъ юридическихъ отношеній ¹⁾).

Общегерманскій уставъ предоставляет также разрѣшеніе вопроса о существованіи условій для установленія соучастія усмотрѣнію суда и вмѣстѣ съ тѣмъ, какъ мы видѣли, предоставляет ему безграничное право раздѣлять иски, если окажется во время производства дѣла, что соединеніе ихъ можетъ повлечь за собою запутанность производства ²⁾).

По заявленію самихъ редакторовъ общегерманскаго устава, однородность спорныхъ пунктовъ признана въ немъ основаніемъ для установленія соучастія согласно съ постановленіями уставовъ: ганноверскаго, вюртембергскаго и прусскаго, и безграничное право суда раздѣлять однородные иски, соединеніе которыхъ оказалось неудобнымъ, выставляется ими необходимымъ условіемъ для признанія однородности исковъ основаніемъ для субъективнаго соединенія ихъ.

Какое же значеніе имѣетъ указаніе въ законѣ основаній для допущенія ненастоящаго соучастія и какое отношеніе между этими условіями и тѣми, при которыхъ устанавливается настоящее соучастіе?

Редакторы, какъ общегерманскаго, такъ и другихъ приведенныхъ выше уставовъ, допуская соучастіе при однородности притязаній, имѣли въ виду, какъ это видно изъ ихъ соображеній, также какъ при настоящемъ соучастіи, содѣйствовать упрощенію, удешевленію и ускоренію производства. Ради достиженія этихъ цѣлей они отступили отъ преж-

¹⁾ Civil Proz. Ordn. f. d. K. Würt. Aml. Handausg. II. Abt. S. 60—61.

²⁾ Entwurf einer Civil. Prozess-Ordn. für das deut. Reich. §§ 56—57. Seuffert ibid. S. 55. ff.

ней теоріи и допустили соучастіе внѣ случаевъ настоящаго соучастія, т. е. тамъ, гдѣ прежняя теорія видѣла не дозволенное смѣшеніе исковъ (Klagenhäufung). Они нашли, такимъ образомъ, основываясь на опытѣ судебной практики, что и внѣ случаевъ обыкновеннаго соучастія, при помощи субъективнаго соединенія исковъ могутъ быть достигаемы вышеуказанныя цѣли. Но они далеко не были сторонниками той мысли, что соучастіемъ при всякихъ условіяхъ должны достигаться вышеупомянутыя цѣли. Они сознавали, что при извѣстныхъ условіяхъ должны наступить послѣдствія противоположныя только что указаннымъ, что вмѣсто упрощенія, удешевленія и ускоренія производства, соучастіе должно порождать запутанность его, большую дороговизну, и т. д. Они полагали, что однородность притязаній есть, такъ сказать, крайній предѣлъ условій, при которыхъ отъ субъективнаго соединенія исковъ можно ожидать пользы для производства дѣла: за этимъ предѣломъ оно должно уже невыгодно отзываться на процессъ. Такимъ образомъ, редакторы общегерманскаго и другихъ вышеупомянутыхъ уставовъ признаютъ однородность притязаній предѣломъ, за которымъ не можетъ имѣть мѣсто субъективное соединеніе исковъ. Отсюда видно, что правило, изложенное въ ст. 57 общегерманскаго устава и соответствующей ей 86 вюртембергскаго, установлено въ огражденіе публичнаго интереса, а потому должно быть соблюдаемо судомъ ex officio и не можетъ быть нарушаемо по взаимному соглашенію сторонъ. Такой характеръ правила этихъ статей ясно видѣнъ изъ разсужденій редакторовъ вюртембергскаго устава. Послѣдніе говорятъ, что опредѣленіе о допущеніи соучастія лишь при условіяхъ, указанныхъ въ законѣ (т. е. между прочимъ и при однородности притязаній), установлено ради огражденія публичнаго интереса, и что поэтому они считали невозможнымъ предоставить сторонамъ устанавливать субъективное соединеніе исковъ по соглашенію сторонъ¹⁾, внѣ предѣловъ, указанныхъ въ законѣ²⁾.

¹⁾ Этимъ объясняется то, что они не заимствовали постановленія Гессенскаго устава, который допускалъ соединеніе исковъ во всѣхъ случаяхъ, когда стороны выражали на то согласіе и судъ не находилъ нужнымъ раздѣлять искъ.

²⁾ Civil. Pr. Ord. f. K. W. Commiss. Berichte. S. 61—62.

Такимъ образомъ, въ ст. 56 общегерманскаго устава и соотвѣтствующихъ статьяхъ другихъ уставовъ указанъ, такъ сказать, максимумъ условій для допущенія соучастія, а въ ст. 57 общегерм. уст. и соотвѣтствующихъ статьяхъ другихъ уставовъ минимумъ этихъ условій; причемъ, въ случаѣ отсутствія послѣднихъ, соединеніе исковъ не должно быть допускаемо. Но это правило, по нашему мнѣнію, не можетъ быть соблюдаемо: этому должна препятствовать неточность понятія объ однородности, неточность, побуждающая законодателя предоставить суду безконтрольное право допускать или недопускать соучастіе при однородности притязаній. Въ самомъ дѣлѣ, съ одной стороны суда указывается крайне неопредѣленное понятіе, вслѣдствіе чего рѣшеніе вопроса о томъ, однородны ли предъявляемые совместно иски, предоставляется его усмотрѣнію, а съ другой—ему предоставляется безконтрольное право раздѣлять иски, которые уже были соединены и которые, слѣдовательно, предполагались однородными, если онъ найдетъ, что соединеніе ихъ представляется неудобнымъ и нецѣлесообразнымъ. Естественно, что при этихъ условіяхъ судъ долженъ признавать однородными притязанія въ тѣхъ случаяхъ, когда совместное разсмотрѣніе ихъ представляется возможнымъ и цѣлесообразнымъ.

Вслѣдствіе этого, обсуждая условія для допущенія субъективнаго соединенія исковъ, судъ хотя и задается вопросомъ о томъ, существуетъ ли въ данномъ случаѣ однородность притязаній, но этотъ вопросъ долженъ, въ сущности, поглотиться другимъ вопросомъ:—удобно ли, цѣлесообразно ли будетъ допустить въ данномъ дѣлѣ соучастіе?

Отсюда видно, что правило § 57 общегерманскаго устава сводится къ тому, что въ условій, указанныхъ въ 56 § устава, соучастіе допускается по усмотрѣнію суда въ тѣхъ случаяхъ, когда онъ найдетъ это нужнымъ; упоминаніе же объ однородности притязаній, какъ основаніи для установленія соучастія, очевидно, нисколько не опредѣляетъ на самомъ дѣлѣ основаній для допущенія субъективнаго соединенія исковъ.

Кромѣ той или другой связи между исковыми притязаніями, нѣмецкое право указываетъ еще слѣдующія условія для допущенія субъективнаго соединенія исковъ: 1) всѣ иски должны быть подсудны одному и тому же суду и 2) они должны подлежать одному и тому же порядку производства. Эти усло-

вія необхідні потому, що безъ соблюденія ихъ, по мнѣнію нѣмецкихъ юристовъ, невозможно упрощеніе производства ¹⁾, и кромѣ того, соединеніе въ одномъ производствѣ исковъ, подсудныхъ различнымъ судамъ, противорѣчило бы правиламъ закона о подсудности. Разсмотримъ подробнѣе эти условія.

Приведенныя положенія не выражены прямо въ общегерманскомъ уст. граж. судопр. въ правилахъ, относящихся къ субъективному соединенію исковъ, и нѣмецкіе юристы выводятъ ихъ изъ опредѣленій закона, въ которыхъ указываются условія допущенія объективнаго соединенія исковъ ²⁾. Комментаторы общегерманскаго устава граж. судопр. держатся того мнѣнія, что если такія условія указаны закономъ для допущенія объективнаго соединенія исковъ, то тѣмъ болѣе они должны имѣть примѣненіе къ субъективному соединенію ихъ, такъ какъ условія допущенія перваго вообще менѣе стѣснительны, чѣмъ условія допущенія втораго.

Что касается до объективнаго соединенія исковъ, то оно допускалось общегерманскимъ правомъ и допускается общегерманскимъ уставомъ гражд. судопр. и въ томъ случаѣ, если иски вытекаютъ изъ различныхъ основаній ³⁾. Кромѣ того, общегерманскій уст. граж. судопр., требуетъ, чтобы каждый изъ предъявляемыхъ совместно исковъ былъ подсуденъ тому суду, которому они предъявляются, какъ на основаніи правилъ о подсудности объективной, такъ и на основаніи правилъ о подсудности территориальной ⁴⁾, и чтобы всѣ они подлежали одному и тому же порядку производства. Относительно объективной подсудности ихъ замѣтимъ, что указанное правило вытекаетъ изъ того, что соединеніе исковъ въ одномъ исковомъ прошеніи не можетъ измѣнить подсудности исковъ по роду ихъ; объективная подсудность каждаго иска остается при соединеніи ихъ въ одномъ исковомъ прошеніи та же, какая указана для каждаго изъ нихъ въ отдѣльности. Объективное соединеніе исковъ оказываетъ вліяніе на измѣненіе подсудности по роду дѣлъ лишь постольку, поскольку оно опредѣляется ихъ цѣ-

¹⁾ Petersen. *ibid.* S. 107.

²⁾ Petersen. *ibid.*

³⁾ Общегерм. уставъ гр. судопр. § 232. Renaud. *Lehrbuch*, S. 152.

⁴⁾ Petersen. *ibid.* S. 389.

ною. Это происходит оттого, что на основаніи § 5 общегерм. устава граж. судопр., при совмѣстномъ предъявленіи нѣсколькихъ исковъ, цѣна ихъ складывается и подсудность ихъ опредѣляется ихъ суммою. Вслѣдствіе этого иски, которые были бы подсудны Amstgericht'у (до 300 марокъ), если бы были предъявлены отдѣльно, могутъ сдѣлаться подсудными общимъ судебнымъ мѣстамъ, если будутъ предъявлены совмѣстно.

Таковы правила общегерм. устава граж. судопр. относительно условій установленія объективнаго соединенія исковъ. Въ общемъ они должны имѣть примѣненіе по указанному выше основанію и къ субъективному соединенію исковъ. Въ случаѣ нарушенія правилъ о подсудности при субъективномъ соединеніи исковъ каждому соучастнику (при пассивномъ соучастіи) предоставляется право заявить отводъ о неподсудности дѣла. Если отводъ будетъ уваженъ судомъ, то искъ къ этому отвѣтчику будетъ отдѣленъ отъ другихъ исковъ, вмѣстѣ съ которыми онъ былъ предъявленъ, и соучастіе по отношенію къ этому иску не будетъ имѣть мѣста. Отъ требованія общей подсудности (территориальной) для всѣхъ исковыхъ притязаній, предъявленныхъ совмѣстно, допущено общегерм. уставомъ гражд. судопр. слѣдующее отступленіе для соучастія: 3 п. 36 ст. устава опредѣляетъ, что въ томъ случаѣ, когда нѣсколько отвѣтчиковъ, противъ которыхъ предъявлены иски, живутъ въ округахъ различныхъ судовъ и когда подсудность (территориальная) опредѣляется по мѣсту жительства отвѣтчиковъ, то высшее (въ порядкѣ инстанцій) судебное мѣсто указываетъ тотъ судъ, въ которомъ должно разбираться дѣло по всѣмъ совмѣстно предъявленнымъ искамъ. То же имѣетъ мѣсто и въ томъ случаѣ, когда иски подсудны различнымъ судамъ по правиламъ о подсудности особенной (напр. по мѣсту исполненія договора) ¹⁾.

Редакторы общегерм. устава считали необходимымъ внести это правило въ уставъ ради того, чтобы облегчить возмож-

¹⁾ Смотр. Renaud. Lehrbuch. Zw. Aufl. S. 79 ff. Petersen. ibid. S. 81. Это—forum continentiae causarum ex identitate personali общегерманскаго права. Нѣкоторыя нѣмецкія законодательства предоставляли истцу по его выбору предъявить искъ одному изъ судовъ, которымъ подсудны отвѣтчики. Wetzel. S. 464.

ность установления соучастія. Дѣйствительно, безъ него соединеніе исковъ (пассивное) было бы весьма затруднительно, такъ какъ весьма часто могутъ представляться случаи, когда отвѣтчики живутъ въ округахъ различныхъ судовъ.

Порядокъ установления соучастія. Право суда соединять и раздѣлять иски.

Соучастіе устанавливается предъявленіемъ нѣсколькихъ исковъ совместно въ одномъ исковомъ прошеніи ¹⁾. По общему правилу, которое признается какъ наукою общегерманскаго процессуальнаго права, такъ и законодательствами, соединеніе нѣсколькихъ исковъ является добровольнымъ для ищущей стороны ²⁾, такъ что послѣдняя не можетъ быть принуждена къ соединенію исковъ. Для отвѣчающей стороны установленіе соучастія является принудительнымъ въ томъ смыслѣ, что она не можетъ воспрепятствовать соединенію исковъ, если имѣются для того указанная въ законѣ условія, т. е. то соотношеніе между исками, которое служитъ основаніемъ для допущенія соучастія, общая подсудность и однородность производства ³⁾. Возраженія противъ соединенія исковъ стороны отвѣчающей должны основываться, такимъ образомъ, на недостаткѣ того или другого условія для установленія соучастія.

Ветцель, какъ мы видѣли, держался того мнѣнія, что при однихъ условіяхъ соучастіе можетъ быть установлено противъ воли отвѣтчиковъ, при другихъ лишь съ ихъ согласія; но другіе представители науки общегерманскаго права не проводили такого различія между условіями допущенія соучастія ⁴⁾. Оно неизвѣстно и общегерманскому уставу гражд. судопр.

Соучастіе можетъ явиться независимо отъ воли ищущей стороны: а) въ случаѣ смерти одного изъ тяжущихся, котораго замѣняютъ въ процессѣ его наслѣдники; б) въ случаѣ

¹⁾ Petersen. *ibid.* S. 105.

²⁾ Renaud. *Lehrbuch.* S. 146. Heffter *ibid.* S. 124.

³⁾ Wilnowski-Levy. S. 84, 85. По общегерм. уст. гражд. суд. отвѣтчикъ не можетъ воспрепятствовать соединенію, если имѣются условія соединенія исковъ, указанная въ §§ 56 и 57.

⁴⁾ Ср. Renaud. S. 144 № 3.

соединенія судомъ нѣсколькихъ исковъ, предъявленныхъ отдѣльно¹⁾. Въ обоихъ этихъ случаяхъ положеніе соучастниковъ въ процессѣ будетъ такое же, какъ и при установленіи соучастія ищущею стороною²⁾.

Право суда соединять иски, предъявленные отдѣльно, допускалось не всѣми законодательствами: такъ оно допускалось баварскимъ уставомъ³⁾ и не допускалось вюртембергскимъ, который давалъ суду право соединять иски лишь для объективной кумуляціи⁴⁾. Редакторы общегерманскаго устава нашли болѣе правильнымъ опредѣленіе устава баварскаго. Они руководствовались при этомъ тѣмъ соображеніемъ, что соединеніемъ нѣсколькихъ исковъ въ одномъ производствѣ достигаются цѣли публичнаго характера, достиженіе которыхъ не можетъ быть поставлено въ зависимость отъ произвола тяжущихся⁵⁾. Условія соединенія исковъ судомъ по общегерманскому уставу слѣдующія⁶⁾: соединяемы могутъ быть иски, предъявленные одному и тому же суду и подлежащіе одному порядку производства, причемъ между ними должна существовать юридическая связь (rechtlicher Zusammenhang) или такое отношеніе, при которомъ они могли бы быть предъявлены со- вмѣстно по правиламъ о допущеніи соучастія.

По вопросу о томъ, что нужно понимать подъ юридическою связью, комментаторы общегерманскаго устава высказываютъ различныя мнѣнія: Петерсенъ и Вильмовскій — Леви думаютъ, что юридическая связь существуетъ между притязаніями, вытекающими изъ одного юридическаго отношенія; Зейффертъ придаетъ этому термину болѣе широкое значеніе въ виду той альтернативы, которую установилъ законъ. Онъ относитъ сюда также случаи, когда притязанія

¹⁾ Petersen, *ibid.* S. 105.

²⁾ Petersen, *ibid.* S. 105.

³⁾ Ст. 157.

⁴⁾ Ст. 208. Представители науки общегерманскаго права держались по этому вопросу также различныхъ мнѣній (Планкъ, Ветцель).

⁵⁾ *Ensurf. ein. Proc. Ordn. f. d. d. Reich. Viert. Aufl.* S. 422 § 56.

⁶⁾ §. 138.

стоятъ одно къ другому въ отношеніи преюдиціальномъ или когда нѣсколько предметовъ спора стоятъ въ зависимости отъ одного преюдиціального юридическаго отношенія ¹⁾. Мы склоняемся въ пользу мнѣнія Зейфферта и думаемъ, что если законодатель поставилъ юридическую связь между притязаніями рядомъ съ отношеніями, указанными въ §§ 56 и 57 устава, то тѣмъ самымъ онъ допустилъ соединеніе исковъ по усмотрѣнію суда въ болѣе широкихъ размѣрахъ, чѣмъ соединеніе ихъ по волѣ истца. Употребляемый имъ терминъ обнимаетъ, очевидно, такія отношенія, которыя не предусмотрѣны 56 и 57 ст. устава, такъ какъ иначе нѣ зачѣмъ было бы и устанавливать такую альтернативу для суда.

Соединеніе исковъ судомъ влечетъ за собою такія же послѣдствія, какъ и соединеніе ихъ истцемъ ²⁾.

Опредѣленіе суда о соединеніи процессовъ по общегерманскому уставу граж. судопроизводства не подлежитъ обжалованію ³⁾.

Если истцемъ или истцами предъявлены отдѣльно нѣсколько исковъ, которые могли бы быть соединены судомъ, то въ этомъ случаѣ можетъ имѣть мѣсто просьба отвѣтчика о ихъ соединеніи ⁴⁾.

Возможность предъявленія этой просьбы обусловливается правомъ суда соединять иски по собственному побужденію, и отвѣтчикъ своею просьбою лишь обращаетъ вниманіе суда на существованіе въ данномъ случаѣ условій, при которыхъ возможно было бы соединеніе исковъ по инициативѣ послѣдняго. Вслѣдствіе этого, если судъ удовлетворяетъ эту просьбу, то опредѣленіе суда будетъ имѣть то же значеніе и тѣ же послѣдствія, какъ и опредѣленіе о соединеніи исковъ, постановленное судомъ по собственному побужденію. По тому же основанію не можетъ подлежать обжалованію и опредѣленіе суда, которымъ просьба отвѣтчика о соединеніи исковъ признана неподлежащею удовлетворенію.

¹⁾ Petersen, S. 248. Wilmowski und Levy, S. 188. Seuffert, *ibid.* S. 142. Съ послѣднимъ сходится въ мнѣніи Gaupp. Civilprozessordnung. f. d. d. R. S. 299.

²⁾ См. по поводу этого правила соображенія Wach'a, *Kritische Viert. Jahr. Schr.* B. 40. S. 342 ff.

³⁾ Wilm. und Levy. S. 166. Seuffert, Civilprozessordn. № zu § 530.

⁴⁾ *Bolgiano. Handbuch.* S. 153.

Право суда раздѣлять иски, предъявленные совмѣстно, можетъ имѣть примѣненіе въ двоякаго рода случаяхъ: 1) когда иски предъявлены совмѣстно вопреки установленнымъ условіямъ; 2) когда при существованіи этихъ условій и не смотря на существованіе ихъ, можно опасаться, что соединеніе исковъ можетъ повести къ запутанности производства. Мы коснемся здѣсь примѣненія права суда на раздѣленіе исковъ въ случаяхъ втораго рода.

Указанное право суда по отношенію къ субъективному соединенію исковъ допускалось немногими представителями науки общегерманскаго процесса ¹⁾, что объясняется тѣмъ, что право суда раздѣлять иски, также какъ и право суда соединять ихъ стоитъ въ коллизіи съ соответствующимъ правомъ, предоставленнымъ тяжущимся ²⁾. Нѣмецкія законодательства также не всѣ допускали раздѣленіе исковъ судомъ.

Нѣкоторыя изъ нихъ допускали отдѣльное веденіе, по распоряженію суда, состязаній по каждому изъ соединенныхъ притязаній; другіе допускали раздѣленіе судомъ по просьбѣ тяжущихся или по своему усмотрѣнію исковъ (притязаній) для преслѣдованія ихъ въ отдѣльныхъ процессахъ ³⁾. Общегерманскій уставъ гражд. судопр. допускаетъ разсмотрѣніе судомъ отдѣльно каждаго изъ средствъ нападенія и защиты, встрѣтившихся въ одномъ процессѣ ⁴⁾, а также и раздѣленіе притязаній, соединенныхъ въ одномъ исковомъ прошеніи для преслѣдованія ихъ въ отдѣльныхъ процессахъ ⁵⁾.

Для примѣненія послѣдняго правила въ законѣ указано лишь одно условіе—чтобы въ одномъ исковомъ прошеніи было соединено нѣсколько притязаній; но въ какомъ соотношеніи послѣднія должны стоять другъ къ другу для того чтобы это правило могло имѣть примѣненіе и какое соотношеніе между ними можетъ препятствовать его примѣненію — объ

¹⁾ Планкомъ и Геффтеромъ. Ср. Renaud S. 58, 60 и 150.

²⁾ Ср. Wach. Kritische Vierteljahresschrift. B. 40. S. 341 ff. Подробности см. ниже.

³⁾ Ганнов. § 112; Вюртемб. § 207; Баварск. § 157; Прусскій см. Koch Process—Ordn. S. 37.

⁴⁾ § 137.

⁵⁾ § 136.

этомъ въ законѣ ничего не говорится. Законъ (ст. 136), такимъ образомъ, точно передаетъ мысль редакторовъ устава, которые находили необходимымъ предоставить суду безграничное право раздѣлять притязанія, если окажется, что соединеніе ихъ можетъ повести къ запутанности производства или что по какимъ либо другимъ основаніямъ черезъ соединеніе ихъ не можетъ быть достигнута та цѣль, ради которой оно допускается ¹⁾.

Отсюда видно, что общегерманскимъ уставомъ раздѣленіе исковъ предоставлено усмотрѣнію суда, который, сообразуясь съ обстоятельствами даннаго дѣла, и судить о томъ, можно ли ожидать отъ соединенія исковъ достиженія вышеупомянутыхъ цѣлей или же, наоборотъ, нужно опасаться, что черезъ это произойдетъ запутанность производства.

Исковыя притязанія могутъ быть раздѣлены не только судомъ первой, но и второй инстанціи. Они могутъ быть раздѣлены судомъ по собственной инициативѣ или по просьбѣ тяжущагося ²⁾.

Опредѣленіе суда о раздѣленіи исковыхъ притязаній можетъ быть обжаловано въ апелляціонномъ и ревизионномъ порядкѣ; но основаніемъ обжалованія можетъ служить лишь нарушеніе судомъ закона, что можетъ имѣть мѣсто въ томъ случаѣ, когда имъ раздѣлены притязанія, которые не могутъ считаться отдѣльными, т. е. когда множественность притязаній является лишь кажущеюся (напр. при различной юридической квалификаціи одного и того же притязанія).

Послѣдствія раздѣленія исковыхъ притязаній состоятъ въ томъ, что послѣ сообщенія тяжущимся опредѣленія о томъ суда, одинъ процессъ распадается на нѣсколько, причѣмъ каждый ведется отдѣльно и заканчивается отдѣльнымъ рѣшеніемъ ³⁾.

Необходимое соучастіе (Notwendige Streitgenossenschaft).

Ученіе о необходимомъ соучастіи нѣмецкіе юристы считаютъ недостаточно обработаннымъ. Это явствуетъ, по ихъ

¹⁾ См. Seuffert, *ibid.* S. 55.

²⁾ Gaupp. *ibid.* S. 291 ff.

³⁾ Gaupp. *ibid.*

мнѣнію уже ихъ того разнообразія терминовъ, которые употребляются для обозначенія этого института. Такое соучастіе называется то „необходимымъ“ просто, то съ прибавленіемъ эпитета „такъ называемое“ (sogenannte notwendige Streitgenossenschaft), то квалифицированнымъ, то матеріальнымъ, то особеннымъ (besondere Streitgenossenschaft) ¹⁾.

Въ общихъ чертахъ ходъ развитія ученія объ этомъ институтѣ былъ слѣдующій. По принципу состязательнаго порядка производства, предъявленіе иска зависитъ отъ усмотрѣнія истца. Отсюда долженъ былъ бы слѣдовать тотъ выводъ, что соучастіе по отношенію къ истцу должно являться всегда добровольнымъ. Но наука общегерманскаго процессуальнаго права, а также нѣкоторыя нѣмецкія законодательства отступали отъ этого общаго правила въ томъ случаѣ, когда матеріально-правовое притязаніе, предъявленное не всѣми лицами, имѣющими право на его предъявленіе, или не противъ всѣхъ лицъ, противъ которыхъ оно можетъ быть предъявлено, — таково, что можетъ служить основаніемъ для соучастія (litisconsortium). Въ данномъ случаѣ, по мнѣнію послѣдователей этого ученія, являлась необходимость въ дѣйствительномъ установленіи соучастія, а потому ищущая сторона или постороннія лица, непредъявившія своихъ притязаній, должны были быть принуждены, поставлены въ необходимость установить его ²⁾. Замѣтимъ, что здѣсь дѣло должно было идти не о соединеніи исковъ уже предъявленныхъ, а о понужденіи къ предъявленію еще непредъявленныхъ исковъ ³⁾. Средствомъ принудить истца или истцевъ къ предъявленію такихъ исковъ — должно было служить для отвѣтчика возраженіе — *exceptio plurium litiscon-*

¹⁾ См. Nachenburg, Die besondere Streitgenossenschaft.

²⁾ Въ этомъ случаѣ у соучастниковъ предполагалась (по Grolman'у) общая цѣль по отношенію къ одному и тому же правовому спору. Безъ такого условія, представителями этой теоріи хотя и допускалось соучастіе, но оно не считалось необходимымъ. На этомъ основывалось раздѣленіе соучастія на настоящее и ненастоящее (см. литературу вопроса у Linde Zeitschr. f. C. R. und. Pr. B. 15. S. 392. См. также мнѣніе Gensler'a. Arch. f. C. Prax. B. IV. S. 156. N. 7. Planck. Mehrheit § 45, S. 358.

³⁾ Planck. *ibid.* § 50.

sortium, которому придавалось значеніе процессуальнаго отвода, такъ какъ въ основаніи его лежало предположеніе, что если искъ, при указанномъ выше условіи, предъявленъ не всѣми соуправомоченными или не противъ всѣхъ сообязанныхъ, то процессъ, возбужденный его предъявленіемъ, не дѣйствителенъ. Въ свою очередь это положеніе выводилось изъ слѣдующаго: существуютъ права, которыя могутъ быть осуществляемы только совмѣстно всѣми лицами соуправомоченными и лишь разомъ противъ всѣхъ сообязанныхъ. Предполагалось, что такія права могутъ быть и защищаемы искомъ только съ соблюденіемъ того же условія, а потому, если искъ будетъ предъявленъ не всѣми соуправомоченными или не противъ всѣхъ сообязанныхъ, то у истца будетъ отсутствовать легитимация (активная или пассивная), наличность которой считалась необходимой для дѣйствительности процесса. Дѣйствіе *exc. pl. liticonsortium* состояло въ томъ, что заявленіе этого отвода приостанавливало движеніе процесса впредь до предъявленія исковъ остальными соуправомоченными или противъ остальныхъ сообязанныхъ¹⁾. Наиболѣе ясно и послѣдовательно изложилъ и обосновалъ эту теорію Гённеръ, такъ что противники, оспаривая ея правильность, приводили возраженія противъ соображеній, высказанныхъ именно этимъ юристомъ²⁾. Намъ необходимо поэтому изложить его теорію.

Гённеръ, подобно многимъ другимъ юристамъ, держался того мнѣнія, что необходимое соучастіе имѣетъ мѣсто не при всякаго рода основаніяхъ соучастія, а лишь при нераздѣльности права или обязанности³⁾.

Этотъ юристъ не придаетъ большаго значенія источникамъ права и оправдываетъ свою теорію требованіями разума. По его мнѣнію, при нераздѣльности права или обязанности, когда нѣсколько субъектовъ являются управомоченными или сообязанными, для всѣхъ заинтересованныхъ лицъ можетъ быть допущено лишь совмѣстное преслѣдованіе ихъ интересовъ.

¹⁾ Planck. *Mehrheit*. S. 395 ff.

²⁾ *Handbuch I. Thl.* S. 303. См. Amelunxen. Die sogen. notwendige Streitgenossenschaft. S. 13—14 и Linde. *Zeitschrift f. C. R. und. Pr. B.* 15. S. 398 ff

³⁾ Linde, *ibid.* 409 ff.

Вслѣдствіе этого, если они желаютъ защищать свои интересы, то должны быть принуждаемы правилами процесса къ защитѣ ихъ въ качествѣ соучастниковъ. Вмѣстѣ съ тѣмъ для отвѣтчика и истца (такъ какъ послѣдній естественно желаетъ успѣшно провести свое дѣло) должна существовать юридическая необходимость въ привлеченіи къ дѣлу всѣхъ сообязанныхъ. Цѣлесообразность требуетъ, говорить Гённеръ, чтобы относительно одной юридической сдѣлки (Rechtsgeschäft) велся одинъ споръ и было бы постановлено одно рѣшеніе. Разумъ считаетъ такимъ образомъ цѣлесообразнымъ, чтобы всѣ заинтересованные въ предметѣ спора принимали участіе и въ самомъ спорѣ на сторонѣ какъ истца, такъ и отвѣтчика. Отсюда Гённеръ выводитъ необходимость предоставить отвѣтчику нераздѣльно обязанному по отношенію къ нѣсколькимъ управомоченнымъ устранять искъ, предъявленный однимъ изъ нихъ путемъ заявленія *exceptio plurium litisconsortium*. Отсюда же вытекаетъ право отвѣтчика на предъявленіе этого отвода и въ томъ случаѣ, когда при существованіи нераздѣльной обязанности нѣсколькихъ должниковъ по отношенію къ истцу искъ будетъ предъявленъ не ко всемъ изъ нихъ. Такимъ образомъ путемъ предъявленія *exceptio plurium litisconsortium* отвѣтчику дается возможность устранить предъявленный къ нему искъ, какъ несоотвѣтствующій требуемымъ условіямъ его дѣйствительности. Но отсюда же, по справедливому замѣчанію Амелунксена, должно вытекать, согласно съ требованіями юридической логики, еще одно слѣдствіе, именно: истцу, для того чтобы онъ могъ соблюсти всѣ условія, необходимыя для правильнаго вчинанія иска, должно быть предоставлено право принудить лицъ, съ которыми онъ имѣетъ нераздѣльное управомочіе, къ совмѣстной съ нимъ дѣятельности по защитѣ права¹⁾. Гённеръ дѣйствительно дѣлаетъ этотъ выводъ, признавая за судьей право привлечь къ участію въ дѣлѣ остальныхъ соуправомоченныхъ. Въ этомъ правѣ судьи привлекать къ участію въ дѣлѣ другихъ соуправомоченныхъ (*adcitatio*)²⁾

¹⁾ Amelunxen, *ibid.* Gönner, *ibid.* S. 415.

²⁾ *Adcitatio* есть привлеченіе судомъ посторонняго (третьяго) лица для принятія участія въ дѣлѣ въ качествѣ главнаго интервенента (самостоятельной стороны). Оно допускается французскою судебною практикою. (См. *Volgiano, Handbuch.* S. 232).

лежить главное основание теории Гённера. Дѣйствіе *adcitatio*, по его мнѣнію, состоитъ въ томъ, что для привлекаемаго являются нѣкоторыя невыгодныя послѣдствія въ случаѣ неисполненія имъ требованія судьи о вступленіи въ дѣло; привлекаемый (*adcitat*) настолько теряетъ въ своемъ правѣ, насколько того требуетъ основание адцитации. Последнее положеніе онъ основываетъ на томъ, что если споръ не можетъ быть дѣйствительнымъ безъ участія въ немъ всѣхъ соучастниковъ, то невыгода, происходящая для *adcitat'a* отъ неявки, должна состоять въ томъ, что онъ въ этомъ случаѣ долженъ, тѣмъ не менѣе, разсматриваться какъ защищавшійся.

Противъ этой теории противниками ея были выставлены соображенія двоякаго рода: одни черпались изъ области матеріальнаго гражданскаго права, т. е. доказывалось, что гражданское право не знаетъ такихъ отношеній, которыя вызывали бы необходимость въ установленіи соучастія¹⁾; другія черпались изъ области процессуальнаго права, т. е. доказывалось, что процессуальное право не знаетъ отвода — *exceptio plurium litis-consortium*, что допущеніе его не вызывается дѣйствительною потребностью и что онъ стоитъ въ противорѣчій съ основными принципами гражданскаго процесса.

Планкъ находитъ, что въ ученіи о необходимомъ соучастіи нѣмецкіе юристы смѣшиваютъ два вопроса: 1) необходимо ли совмѣстное веденіе процесса и 2) имѣетъ ли истецъ одинъ право на искъ, и является ли отвѣтчикъ одинъ обязаннымъ? При отрицательномъ отвѣтѣ на второй вопросъ нѣмецкіе юристы, допускавшіе необходимое соучастіе, признавали, что истецъ не имѣетъ права одинъ преслѣдовать свое право и что отъ одного изъ отвѣтчиковъ не можетъ быть потребовано исполненія. Отсюда должна была вытекать процессуальная необходимость въ соединеніи нѣсколькихъ исковъ, такъ какъ этимъ путемъ должна была установиться *legitimatіo ad causam*. Но Планкъ находитъ, что возраженіе объ отсутствіи легитиматіи есть возраженіе по существу и что вообще не-

¹⁾ См. объ этомъ *Volgiano, Handbuch*. S. 151 ff. См. также изложеніе этихъ соображеній ниже, въ разсужденіяхъ редакторовъ вюртембергскаго устава.

раздѣльность права не вызываетъ необходимости совмѣстнаго веденія процесса.

Въ поясненіе этой мысли онъ приводитъ слѣдующіе примѣры: отвѣтчики могутъ не признавать наслѣдникомъ истца и признавать таковыми остальныхъ соуправомоченныхъ; или изъ двоихъ лицъ, обязанныхъ исполнить что либо нераздѣльно, одинъ можетъ выразить готовность совершить это, другой же можетъ уклоняться отъ исполненія своей обязанности. Въ обоихъ этихъ случаяхъ, говоритъ онъ, помощь суда можетъ оказаться нужной лишь по отношенію къ этому истцу и этому отвѣтчику, а потому, и при нераздѣльности права или обязанности, нѣтъ процессуальной необходимости въ веденіи дѣла всѣми соуправомоченными или сообязанными ¹⁾.

Отрицая необходимость въ установленіи соучастія, Планкъ не признаетъ и того, чтобы тѣ или другія матеріально-правовыя отношенія могли оказывать вліяніе на положеніе соучастниковъ въ процессѣ. Онъ не допускаетъ исключенія изъ общаго правила, что юридически соучастіе должно быть разсматриваемо, какъ фактическое соединеніе нѣсколькихъ процессовъ ²⁾.

Иного мнѣнія по этому вопросу держится Мартинъ.

По словамъ Миттермейера ³⁾ и Амелунксена, онъ первый возсталъ противъ того положенія, что всякое недѣлимое спорное отношеніе при нѣсколькихъ субъектахъ вызываетъ необходимость въ соучастіи въ гражданскомъ процессѣ. Вмѣстѣ съ тѣмъ онъ старался провести ту мысль, что такое спорное отношеніе вызываетъ измѣненіе (modificirt) положенія въ процессѣ соучастниковъ по отношенію другъ къ другу и къ суду ⁴⁾. По этому поводу Мартинъ ⁵⁾ говоритъ слѣдующее: если ни одинъ изъ соучастниковъ не можетъ воспользоваться побѣдою безъ того, чтобы его соучастники также не воспользовались ею, и если противникъ можетъ достигнуть своей цѣли

¹⁾ Planck, Mehrheit. S. 398 ff.

²⁾ Amelunx. S. 7.

³⁾ Archiv f. d. c. Pr. B. III. S. 41 ff. См. также изложеніе спора Мартинъ съ Гённеромъ у Linde, Zeitschr. f. C. R. und Pr. B. 15. S. 400 ff.

⁴⁾ См. Amelunxen, ibid. S. 17.

⁵⁾ Magazin f. d. Pr. II.

въ процессѣ лишь въ томъ случаѣ, если побѣждены всѣ со-
участники, то отсюда слѣдуетъ, что соучастники, составляя
какъ бы одно лице, могутъ совершить только такія дѣйствія,
которыя согласованы, а не конкурируютъ одно съ другимъ.
Изъ этихъ положеній Мартинъ дѣлаетъ слѣдующіе выводы:
предложеніе присяги со стороны одного изъ соучастниковъ
недопустимо, т. е. юридически недѣйствительно, если въ то
же время другими соучастниками представлены другія доказа-
тельства. Съ другой стороны онъ считаетъ достаточнымъ при-
нятіе присяги однимъ изъ соучастниковъ или нѣкоторыми
изъ нихъ, такъ какъ остальные не могутъ проиграть процессъ,
если присягу принялъ хотя одинъ изъ соучастниковъ.

Такимъ образомъ, по теоріи Мартина, модифицированное
соучастіе является въ случаѣ нераздѣльности защищаемаго
права. Характеръ ограниченія правъ соучастниковъ по веденію
процесса при защитѣ нераздѣльнаго права опредѣляется имъ
подъ вліяніемъ положенія, что соучастники стоятъ другъ къ
другу въ отношеніи товарищества, въ силу чего они должны
содѣйствовать другъ другу въ достиженіи ихъ общей цѣли.
Вслѣдствіе этого, если споръ идетъ о дѣлимомъ правѣ, то каж-
дый изъ нихъ имѣетъ право избрать изъ нѣсколькихъ про-
цессуальныхъ дѣйствій, которыя ведутъ къ достиженію этой
цѣли, то или другое изъ нихъ; напротивъ того, если соучаст-
ники преслѣдуютъ нераздѣльное право, которое не можетъ
быть потеряно или приобрѣтено однимъ изъ нихъ безъ того,
чтобы такія же послѣдствія отъ рѣшенія получились и для
другихъ, то тѣ или другія процессуальныя дѣйствія, которыя
имѣютъ значеніе для всѣхъ соучастниковъ, а не отдѣльно для
каждаго изъ нихъ и которыя не могутъ быть совершены ря-
домъ одно съ другимъ, а исключаютъ одно другое, должны
быть предпринимаемы по соглашенію съ другими соучастни-
ками. Сюда относятся, наприм., противоположныя заявленія
относительно предложенной присяги.

Если полнаго соглашенія между соучастниками не можетъ
послѣдовать, то, по мнѣнію Мартина, вопросъ о томъ, должно
ли быть совершено извѣстное дѣйствіе, долженъ рѣшаться по
большинству голосовъ. Иное рѣшеніе вопроса, т. е. признаніе
этихъ дѣйствій недѣйствительными въ виду отсутствія согла-
сія на нихъ нѣкоторыхъ изъ соучастниковъ, по мнѣнію Мар-
тина, невозможно потому, что черезъ это веденіе процесса

сдѣлалось бы невозможнымъ. Тѣ дѣйствія, на которыя со-
участникъ не имѣетъ права по своимъ отношеніямъ къ дру-
гимъ соучастникамъ, должны считаться для суда недѣйстви-
тельными, какъ бы несуществующими. На этомъ основаніи,
напримѣръ, неявка соучастника, его contumacia, не имѣетъ ни-
какого значенія, а также и примиреніе его съ противникомъ.
Мартинъ вообще весьма послѣдовательно проводитъ свой
взглядъ на соучастниковъ, какъ товарищей, и къ отношеніямъ
между соучастниками въ процессѣ примѣняетъ опредѣленія
матеріальнаго гражданскаго права, касающіяся отношеній между
товарищами. Съ этой точки зрѣнія имъ рѣшается также во-
просъ о томъ, какъ долженъ судья относиться къ объясненіямъ
соучастниковъ, когда они противорѣчатъ одно другому, а
между тѣмъ должно быть постановлено единое рѣшеніе. По его
мнѣнію здѣсь должно имѣть значеніе большинство голосовъ.

Послѣдователемъ Мартина явился Амелунксенъ, который
также не допускаетъ отвода *plurium litisconsortium*, но не
соглашается съ Мартиномъ относительно условій, при кото-
рыхъ является модифицированное соучастіе и объясненія тѣхъ
основаній, въ силу которыхъ соучастники должны быть по-
ставлены въ особое положеніе.

Амелунксенъ отличаетъ необходимость соучастія отъ не-
обходимости постановленія единаго рѣшенія и находитъ, что
эти два явленія не смѣшивались и въ литературѣ общегер-
манскаго процессуальнаго права. Основанія для разграниче-
нія этихъ понятій дѣйствительно были: они явились вмѣстѣ
съ возникновеніемъ сомнѣнія въ цѣлесообразности допущенія
exceptio plurium litisconsortium съ точки зрѣнія гражданскаго
права и въ возможности допущенія его при недѣлимости
права¹⁾.

¹⁾ Amelunxen, *ibid.* S. 3.

²⁾ Подробнѣе объ этомъ смотри ниже въ разсужденіяхъ редакторовъ
вюртемб. уст. Смотри также Wetzel, S. 832. Онъ высказывается за недопу-
щеніе *exceptio plurium l. c.* при недѣлимости права. Смотри также Oster-
loh, *Lehrbuch des gem. d. ordentl. Civilprozesses*, S. 277. «При недѣлимомъ
предметѣ спора отвѣчикъ не можетъ требовать участія въ дѣлѣ осталь-
ныхъ соуправомоченныхъ или предъявленія иска противъ остальныхъ

Но, вопреки мнѣнію Амелунксена ¹⁾, въ общегерманскомъ процессуальномъ правѣ не различались ясно эти два вида соучастія. Нѣсколько яснѣе проводится различіе между ними, какъ увидимъ ниже, въ законодательствахъ.

Противъ возможности допущенія *exceptio plurium litisconsortium* съ процессуальной точки зрѣнія выставлены были нѣкоторыми нѣмецкими юристами, кромѣ приведеннаго выше возраженія Планка ²⁾, еще слѣдующія возраженія: 1) по общегерманскому процессуальному праву судѣ предоставлялось по своему усмотрѣнію соединять процессы, возбужденные отдѣльно и раздѣлять процессы, соединенные истцомъ. Амелунксенъ справедливо замѣчаетъ, что при такомъ правѣ суда *exceptio plurium litisconsortium* теряетъ всякое логическое основаніе, какъ средство принужденія стороны къ соединенію исковъ ³⁾; 2) *adcitatio* не можетъ быть допускаемо потому, что противорѣчитъ принципу состязательнаго порядка производства („*Invitus agere nemo cogatur*“ и „*Nemo reus sine actore*“ ⁴⁾); 3) наконецъ, Планкъ и Амелунксенъ доказали, что *exceptio plurium litisconsortium* не могло имѣть мѣста въ римскомъ правѣ ⁵⁾.

Не смотря на эти возраженія противъ возможности допущенія *exceptio plurium litisconsortium*, представители науки общегерманскаго процессуальнаго права продолжали допускать этотъ способъ принужденія истца къ установленію соучастія, но допускали его лишь въ видѣ исключенія для нѣкоторыхъ

сообязанныхъ. «Относительно каждаго соучастника постановляется рѣшеніе сообразно съ его дѣятельностью, при недѣлимости же предмета спора дѣятельностью одного соучастника сохраняется право другихъ».

¹⁾ Amelun., *ibid.* S. 39.

²⁾ Что *exc. pl. litiscons.* не есть отводъ, т. к. онъ направленъ (какъ возраженіе объ отсутствіи легитимациі) не на прекращеніе производства, а на отказъ въ искѣ. Нѣкоторые юристы, удержавши *exceptio pl. l. cons.*, придаютъ ему значеніе именно возраженія по существу (объ этомъ см. ниже).

³⁾ *Ibid.* S. 38.

⁴⁾ Между *adcitatio* и *ex. pl. l. cons.* нѣмецкими юристами признается столь тѣсная связь, что возраженія, направленные противъ одного, считаются направленными и противъ другаго. Mittermaier, *Archiv f. d. c. Pr.* V. III. S. 43.

⁵⁾ Amelunxen *ibid.* S. 32.

случаевъ, указанныхъ матеріальнымъ гражданскимъ правомъ; общимъ же правиломъ они выставляють то положеніе, что установленіе соучастія зависитъ отъ воли истца, такъ какъ послѣдній не можетъ быть принужденъ противъ его желанія къ предъявленію исковъ совмѣстно съ другими или противъ нѣсколькихъ лицъ¹⁾.

Въ связи съ этимъ общимъ правиломъ и отсутствіемъ *adcitatio*, какъ средства принужденія постороннихъ лицъ къ предъявленію исковъ, стоитъ положеніе, высказываемое Рено и нѣкоторыми другими юристами, что *exsertio plurium litisconsortium* не имѣетъ значенія для принужденія къ установленію активного соучастія.

Такимъ образомъ, по мнѣнію этихъ юристовъ *exsertio pl. l. cons.* должно было служить средствомъ принужденія къ установленію пассивнаго соучастія. При томъ *exsertio* стала считаться уже простымъ возраженіемъ, а не отводомъ въ собственномъ смыслѣ²⁾.

Таковы положенія, выработанныя общегерманскимъ процессуальнымъ правомъ относительно необходимаго соучастія. Что касается до отдѣльныхъ законодательствъ, то въ постановленіяхъ ихъ по этому вопросу замѣчается большое разнообразіе.

По баварскому уставу³⁾, если веденіе спора, или исполненіе рѣшенія обусловлено совмѣстнымъ веденіемъ процесса нѣсколькими соучастниками, то ищущая сторона можетъ привлечь (*beiladen*) другихъ соуправомоченныхъ къ принятію участія въ спорѣ; отвѣчающая же сторона имѣетъ право требовать, чтобы истецъ привлекъ другихъ соуправомоченныхъ

¹⁾ Такъ поступаютъ Рено (S. 147) и Ветцель (S. 831), которые допускають соучастіе въ видѣ исключенія лишь въ слѣдующихъ случаяхъ: 1) когда къ одному изъ нѣсколькихъ опекуновъ по окончаніи ихъ дѣятельности будетъ предъявленъ *in solidum* искъ, то при несостоятельности остальныхъ онъ можетъ заявить *exsert. pl. l. cons.*; 2) когда искъ будетъ предъявленъ къ одному изъ должниковъ (корреальныхъ), поручившихся другъ за друга на сумму, превышающую его долю.

²⁾ Osterloh. *ibid.*

³⁾ § 56. См. постановленія законодательствъ Люцерна, Тургау, Берна и другихъ у Рено стр. 147.

или сообязанных или можетъ сама привлечь ихъ. Привлеченные къ участию въ дѣлѣ становятся въ положеніе стороны, и рѣшеніе имѣетъ силу противъ нихъ, если даже они не явились. Привлеченіе могло послѣдовать и въ теченіе процесса, приче́мъ привлеченные могли осуществлять свои права при всякомъ положеніи дѣла.

Баварское законодательство, какъ видно изъ цитированной статьи закона, допускало adscitatio. Оно стояло, такимъ образомъ, на точкѣ зрѣнія Гённера.

Ганноверскій уставъ не допускалъ exceptio plurium litisconsortium¹⁾. Въмѣстѣ съ тѣмъ онъ не допускалъ и adscitatio²⁾, но, признавая, что матеріальное право требуетъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ необходимаго соучастія³⁾, онъ допускалъ возраженіе о существованіи еще нѣсколькихъ управомоченныхъ или обязанныхъ.

Бюртембергскій уставъ вообще не допускалъ принужденія въ установленіи соучастія; но онъ допускалъ exceptio plurium litisconsortium, подобно тому, какъ это дѣлали представители науки общегерманскаго процессуальнаго права, въ видѣ исключенія, въ тѣхъ случаяхъ, въ которыхъ это требуется матеріальнымъ правомъ. Редакторы устава предпочли, однако же, не указывать относящіяся сюда опредѣленія матеріальнаго права, чтобы опредѣленія процессуальнаго права не вторглись въ область послѣдняго. Въ виду спорности вопроса о допущеніи необходимаго соучастія они сочли нужнымъ дать по этому поводу нѣкоторые объясненія.

„Если отвѣтчикъ утверждаетъ“, говорятъ они, „что обязанъ не только по отношенію къ истцу, но и по отношенію къ третьимъ лицамъ и что послѣдніе также могутъ искать съ него, или если отвѣтчикъ заявляетъ, что истецъ имѣетъ правовое притязаніе не только къ нему, но и къ различнымъ третьимъ лицамъ, то это заявленіе не имѣетъ значенія лишь въ томъ случаѣ, если притязаніе имѣетъ различныя фактическія и юридическія основанія, такъ какъ никто не можетъ

¹⁾ При недѣлимомъ притязаніи, въ связи съ чѣмъ стояло установленіе особаго отношенія между соучастниками въ процессѣ. Leonhardt, *ibid.* S. 33.

²⁾ *Ibid.*, S. 42.

быть принуждаемъ къ предъявленію иска. Если же притязанія имѣютъ однѣ и тѣ же фактическія и юридическія основанія, то возникаетъ вопросъ, дѣлимы или недѣлимы вытекающія изъ этихъ основаній права и обязанности. Если право или обязанность дѣлимы, то истецъ имѣетъ право отыскивать съ отвѣтчика причитающуюся на его долю часть права или требовать отъ отвѣтчика исполненія падающей на его долю обязанности. Если онъ требуетъ бѣльшаго, то его требованію можетъ быть противопоставлено возраженіе о plus-petitio.

Такимъ образомъ, при отношеніяхъ подобнаго рода не можетъ быть необходимости въ предъявленіи отвода о соучастіи. Если же, напротивъ того, право, лежащее въ основаніи иска или же соответствующее праву дѣйствіе (Leistung) недѣлимы (напримѣръ обязанность установить поземельный сервитутъ) то несомнѣнно, что и здѣсь отводъ о соучастіи не можетъ имѣть мѣста, если управомочіе или обязанность солидарны, такъ какъ въ случаяхъ этого рода каждый истецъ имѣетъ право на всё, а каждый отвѣтчикъ обязанъ относительно всего. Остаются, такимъ образомъ, еще тѣ случаи недѣлимаго права и обязанности, которыя не имѣютъ признака солидарности. Но извѣстно, что оба послѣдніе вопроса весьма спорны въ гражданскомъ правѣ. Такъ, одни юристы утверждаютъ, что недѣлимость права или предмета исполненія имѣетъ послѣдствіемъ солидарность права или обязанности, такъ что каждый истецъ можетъ требовать всего и каждый отвѣтчикъ обязанъ исполнить все (этотъ взглядъ принялъ code civil); другіе, напротивъ того, держатся совершенно противоположнаго мнѣнія, т. е. что въ этомъ случаѣ отдѣльно вступившему въ процессъ истцу недостаетъ легитимаци ад causam и что онъ съ такимъ же успѣхомъ можетъ быть устранивъ посредствомъ возраженія объ излишнемъ требованіи, какъ въ томъ случаѣ, если его искъ былъ предъявленъ къ одному изъ нѣсколькихъ сообязанныхъ“.

„Если, продолжаютъ редакторы вюртембергскаго устава, держатся послѣдняго мнѣнія, то необходимость въ отводѣ о нѣсколькихъ соучастникахъ падаетъ сама собою; если же держатся перваго взгляда, то остается еще вопросъ, не имѣетъ ли права лице обязанное требовать отъ истца, вступившаго

въ процессъ отдѣльно отъ другихъ, обезпеченія и не имѣть ли оно права регресса къ лицамъ, солидарно съ нимъ обязаннымъ. Законодательное разрѣшеніе этихъ вопросовъ должно заключаться въ опредѣленіяхъ гражданскаго права о правахъ и вещахъ и о корреальныхъ обязательствахъ“¹⁾.

Изъ разсужденій редакторовъ вюртембергскаго устава видно, что они держались того мнѣнія, что необходимое соучастіе основывается на опредѣленіяхъ матеріальнаго права.

Они внесли въ уставъ exceptio plurium litisconsortium ради того, чтобы возможно было примѣненіе этого возраженія, если оно дѣйствительно предусмотрено этимъ правомъ. Adcitatio, какъ привлеченіе постороннихъ лицъ судомъ ex officio, уставомъ не допускается²⁾.

Наконецъ, отмѣтимъ еще одну особенность соображеній редакторовъ вюртембергскаго устава: послѣдніе, какъ мы видѣли, исходятъ изъ того положенія, что необходимость соучастія можетъ вызываться недѣлимостью права и предмета исполненія, тогда какъ общегерманское процессуальное право, (въ лицѣ нѣкоторыхъ представителей его) признавало въ этихъ случаяхъ необходимость установить особыя отношенія между соучастниками, а exceptio plurium litisconsortium допускало въ двухъ случаяхъ, указанныхъ выше.

Прусское право допускало exceptio plurium litisconsortium, какъ матеріально - правовое возраженіе, что, по мнѣнію Геффера, стояло въ связи съ особенностями опредѣленій A. L. R. относительно общей собственности³⁾.

§ 59 общегерманскаго устава гражданскаго судопроизводства гласитъ слѣдующее: „Если спорное отношеніе можетъ быть установлено (festgestellt) лишь разомъ по отношенію ко всѣмъ соучастникамъ или если соучастіе является необходимымъ по другому основанію, то, если терминъ или срокъ пропущенъ нѣсколькими соучастниками, остальные (не-

¹⁾ Civil. Prozes-Ordn. f. K. Würtemb. Commissionsber. §. 87.

²⁾ Civilproz. Ordn. f. K. Würtemb. §. 88, 110.

³⁾ Civilprozess f. d. Preussische Städt. Heffter. S. 57, 131. Koch, Prozess-Ordnung, S. 37. Hachenburg, Die besondere Streitgenossenschaft. S. 85.

пропустившіе срока или термина) разсматриваются, какъ ихъ представители“.

Общегерманскій процессуальный уставъ, какъ видно изъ буквального смысла этой статьи и изъ мотивовъ, на которыхъ она основана, содержитъ отступленіе отъ общаго правила объ отношеніяхъ между соучастниками, указаннаго въ § 58 ¹⁾. Отступленіе это имѣетъ мѣсто въ слѣдующихъ двухъ случаяхъ: 1) когда спорное отношеніе должно быть разрѣшено разомъ по отношенію къ нѣсколькимъ соучастникамъ на основаніи постановленій гражданского права; 2) когда искъ долженъ быть предъявленъ совместно нѣсколькими соуправомоченными или противъ нѣсколькихъ сообязанныхъ (случай при- мѣненія *exceptio plurium litisconsortium*).

Случаи того и другаго рода опредѣляются, по словамъ редакторовъ устава, на основаніи постановленій матеріальнаго гражданского права. Редакторы общегерманскаго устава не даютъ никакихъ объясненій относительно того, въ какихъ случаяхъ гражданское право допускаетъ *exceptio plurium litisconsortium*; что же касается до случаевъ втораго рода, то, по ихъ словамъ, они имѣютъ здѣсь въ виду случаи, въ которыхъ нѣсколько лицъ являются сообща истцами или отвѣтчиками, хотя каждому изъ нихъ въ отдѣльности принадлежитъ *in solidum* ходатайство по спорному правоотношенію. Сюда они причисляютъ отношенія собственности и сонаслѣдованія по прусскому праву, а также иски о земельныхъ сервитутахъ: каждый собственникъ, говорятъ они, можетъ быть истцемъ или отвѣтчикомъ по конфессорному или негаторному иску и рѣшеніе, постановленное по отношенію къ нему, имѣетъ полную силу и по отношенію къ другимъ. Если такой искъ будетъ предъявленъ всѣми ими или противъ всѣхъ нихъ, то въ пользу или противъ нихъ не могутъ быть постановлены различныя рѣшенія: по отношенію къ нимъ всѣмъ должно быть, по мнѣнію редакторовъ устава, постановлено одно и то же рѣшеніе, такъ какъ земельный участокъ не можетъ быть *pro parte indi-*

¹⁾ См. Entwurf einer Civil-Prozess-Ordn. Begründ. S. 423. «Art. 58 kommt nicht zur Geltung, soweit aus der Vorschriften des Bürgerlichen Rechts oder dieses Gesetzes sich ein anderes ergibt».

visa освобожденъ отъ сервитута и pro parte indivisa обремененъ имъ. Sententia praedio datur. Кроме недѣлимости правоотношенія, редакторы устава относятъ сюда недѣлимость предмета спора.

Всѣ эти случаи, по ихъ мнѣнію, не совпадаютъ со случаями, въ которыхъ примѣняется exceptio plurium litisconsortium ¹⁾.

Такимъ образомъ, общегерманскій уставъ гражданскаго судопроизводства предусматриваетъ двоякаго рода случаи, когда имѣетъ примѣненіе ст. 59. Это должно имѣть мѣсто: 1) когда является необходимость въ постановленіи единого рѣшенія (необходимость въ единомъ установленіи существа дѣла — Nothwendigkeit der einheitlichen Feststellung des Sachverhältnisses) и 2) когда соучастіе является необходимымъ (т. е. когда допускается exceptio plurium litisconsortium) ²⁾. Замѣтимъ, что общегерманскій уставъ не содержитъ никакихъ опредѣленій относительно того, какое вліяніе оказываютъ упомянутыя правоотношенія на управомочіе отдѣльнаго лица къ преслѣдованію его притязаній въ процессѣ. Въ немъ не содержится также указаній и на то, въ какихъ случаяхъ возлагается на лицъ заинтересованныхъ обязанность совмѣстно вести процессъ, и какія послѣдствія связываются съ неисполненіемъ этой обязанности. Уставъ имѣетъ, такимъ образомъ, въ виду уже установленное соучастіе (вслѣдствіе соединенія исковъ въ одномъ прошеніи, соединенія ихъ судомъ или перехода иска по наслѣдству къ нѣсколькимъ лицамъ) и опредѣляетъ лишь то отношеніе, въ которое становятся при этомъ соучастники ³⁾.

Хотя общегерманскій уставъ строго различаетъ двѣ указанныя категоріи случаевъ, тѣмъ не менѣе съ процессуальной точки зрѣнія они совершенно одинаковы, такъ какъ во всѣхъ этихъ случаяхъ правоотношеніе можетъ быть установ-

¹⁾ Entwurf, *ibid.*

²⁾ Соотвѣтственно этому Kroll (Klage und Einrede nach deutschem Recht, S. 131) подраздѣляетъ необходимое (матеріальное) соучастіе на два вида: 1) являющееся вслѣдствіе необходимости въ единомъ установленіи существа дѣла и 2) необходимое соучастіе въ собственномъ смыслѣ.

³⁾ Gaupp, *ibid.* S. 143.

лено лишь разомъ (einheitlich)¹⁾. и уставъ придаетъ всѣмъ этимъ случаямъ одинаковое значеніе въ томъ отношеніи, что всѣ они служатъ условіемъ для примѣненія 59 ст.

Все это послужило для Амелунгсена основаніемъ къ тому, чтобы отождествить обѣ категоріи указанныхъ случаевъ и признавать одно квалифицированное соучастіе²⁾.

Другіе юристы³⁾ различаютъ ихъ потому, что при неполнотѣ опредѣленій устава, понятіе и значеніе каждаго изъ этихъ видовъ соучастія должно быть выведено изъ опредѣленій матеріальнаго гражданскаго права и что отчасти различно значеніе ихъ по уставу. Различить случаи, относящіеся къ соучастію того и другаго вида дѣйствительно весьма трудно⁴⁾, такъ что одни и тѣ же случаи относятся одними юристами къ одному, другими къ другому виду⁵⁾.

Мы видѣли, что и общегерманское право не различало строго эти два вида соучастія; тѣмъ не менѣе, въ виду того, что ихъ различаютъ редакторы общегерманскаго устава, мы будемъ говорить о нихъ отдѣльно, чтобы составить себѣ болѣе ясное представленіе о правилахъ послѣдняго.

Необходимое соучастіе въ собственномъ смыслѣ.

Изъ приведенныхъ разсужденій редакторовъ общегерманскаго устава видно, что по вопросу о допущеніи *exceptio plurimum liticonsortium* они ссылаются на постановленія матеріальнаго гражданскаго права, такъ что допускаютъ его по стольку, поскольку это возраженіе допускается послѣднимъ. Въ этомъ отношеніи общегерманскій уставъ слѣдуетъ предшествовавшимъ законодательствамъ.

¹⁾ Gaupp, *ibid.* S. 144.

²⁾ Amelunxen, *ibid.* S. 58. Freudenstein, *Die Rechtskraft nach der Reichs-civilprozess Ordnung.* § 25.

³⁾ Wilmowski und Levy, *ibid.* S. 88; Kroll, *ibid.* S. 134.

⁴⁾ См. Struckmann und Koch, *ibid.* S. 57 ff.

⁵⁾ Напр. случаи общей собственности и сонаслѣдованія Kroll относитъ къ необходимому соучастію въ собственномъ смыслѣ (S. 136), Wilm.-Levy—къ другому виду соучастія (S. 87).

Для того чтобы выяснить значение этой ссылки процессуального устава относительно допустимости *exceptio plurium litisconsortium* на постановленія матеріальнаго права, замѣтимъ, что первоначально, какъ мы видѣли, *exceptio plurium litisconsortium* считалось процессуальнымъ отводомъ. Въ связи съ этой теоріей стояло ученіе объ *adcitatio*, какъ средствѣ принудить истца къ предъявленію иска совмѣстно съ остальными соуправомоченными или противъ остальныхъ сообязанныхъ.

Когда явились возраженія противъ теоріи, разсматривавшей *exceptio plurium litisconsortium*, какъ процессуальный отводъ, то возникла другая теорія, по которой *exceptio plurium litisconsortium* есть матеріально-правовое возраженіе: отвѣтчику дано было право возражать противъ легитимации истца (активной или пассивной). По этой теоріи, нашедшей себѣ мѣсто, главнымъ образомъ, въ законодательствахъ, отвѣтчикъ не оспаривалъ дѣйствительности процесса, а дѣлалъ матеріально-правовое заявленіе о томъ, что искъ одного или противъ одного изъ субъектовъ процесса долженъ быть признанъ недопозволеннымъ (недостаточнымъ, *unstatthaft*)¹⁾.

Съ этой точки зрѣнія *adcitatio* не можетъ имѣть, конечно, никакого значенія, такъ какъ это есть процессуальное средство, которое могло примѣняться при возраженіи процессуальномъ, а не матеріально-правовомъ. Вслѣдствіе этого законодательства, которыя держались такой теоріи, не допускали *adcitatio*. Не допускаетъ его и общегерманскій уставъ: редакторы его нашли, что этотъ институтъ (соотвѣтствующій *intervention forcée* французскаго права) не принятъ нѣмецкимъ правомъ и что внесеніе его въ уставъ не оправдывается достаточными основаніями, тѣмъ болѣе, что привлеченіе третьихъ лицъ къ дѣлу (*Beiladung*) вообще должно было бы, по ихъ мнѣнію, имѣть примѣненіе въ весьма ограниченномъ кругѣ случаевъ, замѣняясь для отвѣтчика (даже съ большимъ удобствомъ) *exceptio plurium litisconsortium*²⁾.

Постановленія общегерманскаго устава вызвали въ нѣмецкой юридической литературѣ споры о томъ, допускается

¹⁾ *Hachenburg*. S. 84 ff.

²⁾ *Entwurf*, § 71. S. 439.

ли имъ *exceptio plurium litisconsortium* и если допускается, то какое значеніе имѣеть это возраженіе и въ какихъ случаяхъ оно можетъ имѣть примѣненіе.

Что *exceptio plurium litisconsortium* не есть процессуальный отводъ, съ этимъ въ настоящее время согласны почти всѣ нѣмецкіе юристы, касавшіеся этого вопроса. Противъ признанія этой эксцепціи процессуальнымъ отводомъ высказаны были комментаторами общегерманскаго устава слѣдующія соображенія ¹⁾: *exceptio plurium litisconsortium* не упоминается въ уставѣ въ числѣ отводовъ ²⁾; уставъ, не допуская *adcitatio* ³⁾, какъ привлеченія къ дѣлу третьяго лица въ качествѣ самостоятельной стороны, не указываетъ, такимъ образомъ, никакихъ процессуальныхъ способовъ принужденія истца къ установленію соучастія ⁴⁾; уставъ имѣеть въ виду уже установившееся соучастіе и опредѣляетъ лишь тѣ отношенія, которыя при условіяхъ, предусмотрѣнныхъ 59 ст. его, возникаютъ между соучастниками ⁵⁾; вслѣдствіе этого, если вообще необходимое соучастіе извѣстно нѣмецкому праву, то вопросъ о допущеніи *exceptio plurium litisconsortium* есть вопросъ матеріальнаго права ⁶⁾ ⁷⁾. Съ этой точки зрѣнія комментаторы устава признають *exceptio plurium litisconsortium* матеріально правовымъ

¹⁾ Мы не будемъ повторять здѣсь тѣхъ соображеній, которыя были приводимы противъ возможности допущенія такого отвода вообще.

²⁾ *Endemann, Deutsche Civilprozess B. 1. S. 325. Hellmann, Lehrbuch. B. I. S. 236.*

³⁾ *Hachenburg, ibid. S. 18.*

⁴⁾ *Hellmann, Lehrbuch des Deutschen Civilprozessrechts § 50. S. 235. Freudenstein, ibid. § 25.*

⁵⁾ *Amelunxen, S. 56. Endemann ibid. S. 325, Hachenburg. S. 12 ff.*

⁶⁾ *Schelling, Lehrbuch des Deutschen Civilprozesses. S. 79.*

⁷⁾ Независимо отъ постановленій матеріальнаго права, по мнѣнію нѣкоторыхъ юристовъ, необходимое соучастіе допускается уставомъ въ дѣлахъ о признаніи недѣйствительнымъ брака (*Schelling. S. 79. Amelunxen, S. 57*). Эти иски предъявляются противъ обоихъ супруговъ. Въ случаѣ нарушенія этого правила, по справедливому мнѣнію Амелунксена, не можетъ имѣть мѣста ни принужденіе со стороны суда къ установленію соучастія, ни предъявленіе *exc. pl. l. cons.*, а потому нѣтъ и необходимаго соучастія въ указанномъ выше смыслѣ.

возраженіемъ, но высказываютъ различныя мнѣнія относительно послѣдствій его. По мнѣнію однихъ¹⁾, возраженіе о неправильномъ предъявленіи иска не всѣми соуправомоченными и не противъ всѣхъ сообязанныхъ, когда матеріальное право требуетъ обратнаго, есть возраженіе объ отсутствіи легитимациі (ad causam). Этимъ возраженіемъ указывается на то, по выраженію Петерсена, что истецъ не есть истинный истецъ, такъ какъ онъ можетъ искать только совмѣстно съ другими соуправомоченными и что онъ не долженъ былъ представлять иска одинъ или къ одному изъ сообязанныхъ.

Такъ какъ это возраженіе, по мнѣнію юристовъ, которые держатся такого взгляда, большею частію влечетъ за собою установленіе соучастія, то они и считаютъ его за exceptio plurium litisconsortium²⁾. Они придаютъ ему задерживающее значеніе въ томъ смыслѣ, что предъявленіе его даетъ отвѣтчику право не вступать въ отвѣтъ до установленія соучастія, что и побуждаетъ истца къ установленію послѣдняго³⁾. Но не всѣ нѣмецкіе юристы придаютъ такое значеніе возраженію отвѣтчика о томъ, что истецъ не имѣетъ права представлять искъ отдѣльно отъ другихъ соуправомоченныхъ или не противъ всѣхъ сообязанныхъ, такъ, по мнѣнію Hellmann'a, это возраженіе имѣетъ значеніе negatio, такъ какъ представляя его отвѣтчикъ утверждаетъ, что истцу вообще не принадлежитъ то право, относительно котораго предъявленъ искъ. Hellmann не считаетъ по этому это возраженіе за exceptio и отрицаетъ какъ его процессуальное значеніе, такъ и то, что его предъявленіе можетъ служить средствомъ принужденія къ установленію соучастія: по его мнѣнію предъявленіе его можетъ имѣть послѣдствіемъ, въ случаѣ признанія его правильнымъ, лишь отказъ въ искѣ, т. е. признаніе того, что искъ съ точки зрѣнія гражданского права не имѣетъ основанія⁴⁾. Другіе юристы приходятъ къ тому же заключенію нѣсколько съ иной точки зрѣнія: считая рассматриваемое возраженіе за возраже-

¹⁾ Petersen, S. 119.

²⁾ Petersen, *ibid.* Bolgiauo, Handbuch. S. 151 f.

³⁾ Petersen, *ibid.*

⁴⁾ Hellmann, Lehrbuch. S. 236.

ніе о недостаткѣ legitim. ad causam, они находятъ, что при отсутствіи послѣдней должно быть отказано въ искѣ ¹⁾. Такимъ образомъ, съ этой точки зрѣнія возраженіе отвѣтчика о неправильномъ предъявленіи иска не всѣми соуправомоченными или не противъ всѣхъ сообязанныхъ не можетъ влечь за собою принужденія истца къ установленію соучастія. Volgiano находитъ, что предъявленіе этого возраженія можетъ влечь за собою прекращеніе производства по дѣлу: предъявленіе его, по мнѣнію этого юриста, приостанавливаетъ производство до полученія истцемъ согласія другихъ соуправомоченныхъ на предъявленіе иска; если же согласія не будетъ получено, то производство должно быть прекращено ²⁾.

Иное значеніе придаетъ отсутствію права на предъявленіе иска не всѣми соуправомоченными или не противъ всѣхъ сообязанныхъ Nachenburg ³⁾. Въ основаніе своей теоріи онъ кладетъ мнѣніе Колера, который, выясняя значеніе неспособности нѣкоторыхъ правъ быть защищаемыми судебнымъ порядкомъ, говоритъ въ этомъ случаѣ о притязаніяхъ, неимѣющихъ способности реагировать (Reactionsfähigkeit), понимая подъ послѣдними способность къ принудительному осуществленію судебнымъ порядкомъ ⁴⁾. Основываясь на этомъ мнѣніи, Хахенбургъ считаетъ неправильною теорію, по которой возраженіе о недѣйствительности иска, предъявленнаго не всѣми соуправомоченными или не противъ всѣхъ сообязанныхъ, есть заявленіе объ отсутствіи активной или пассивной легитимациі: по его мнѣнію это есть оспариваніе способности права реагировать отдѣльно отъ другихъ связанныхъ съ нимъ управомочій. Оспариваніе легитимациі есть, по его мнѣнію, отрицаніе притязанія по отношенію къ лицу управомоченному, тогда какъ вышеупомянутое возраженіе есть отрицаніе исковой способности (Klagbarkeit) притязанія въ томъ видѣ, какъ оно передано на разрѣшеніе суда. Эту неспособность права къ принудительному осуществленію судеб-

¹⁾ Rintelen, Systematische Darstellung des ges. n. Prozessrechts. B. 1. S. 390. Ср. Wilmowski-Levy, ibid. S. 88.

²⁾ Handbuch, S. 151. № 7, 8.

³⁾ Besondere Streitgenossenschaft. S. 81 ff. 125

⁴⁾ Kohler. Recht und Process. Zeitschrift. f. Priv. und Öf. R. B. 14, H. I. S. 14 ff.

нимъ порядкомъ Хахенбургъ считаетъ относительно неспособностью въ отличіе отъ неспособности абсолютной, которая, по его мнѣнію, признавалась за натуральными обязательствами римскимъ правомъ. Для того чтобы притязаніе неспособное реагировать получило её, необходимо, говорить о нёмъ, соединеніе его съ другими, а для этого необходимо установленіе соучастія. Если будетъ предъявлено притязаніе неспособное реагировать, то искъ долженъ быть устраненъ при самомъ его предъявленіи, но для этого, по мнѣнію Хахенбурга, нѣтъ необходимости въ возраженіи въ техническомъ смыслѣ, такъ какъ здѣсь суду приходится имѣть дѣло съ недостаткомъ въ самомъ правѣ, который долженъ быть принимаемъ имъ во вниманіе, разъ онъ сдѣлается ему извѣстнымъ изъ заявленія (все равно, истца или отвѣтчика) или будетъ замѣченъ имъ самимъ, такъ какъ судъ обязанъ обращать вниманіе на то, предъявлено ли ему притязаніе, подлежащее защитѣ посредствомъ иска (Klagbar) или нѣтъ. Такимъ образомъ, если, по прусскому праву, наслѣдникъ будетъ взыскивать прежде раздѣла наслѣдства свою часть съ должника наслѣдодателя, то отвѣтчику нѣтъ надобности представлять возраженіе, такъ какъ самыми объясненіями истца требованіе его характеризуется какъ относительно-неспособное къ реагированію. Такимъ путемъ, по мнѣнію Хахенбурга, исполняется воля закона, чтобы не былъ возбужденъ процессъ по одному юридическому отношенію безъ того, чтобы одновременно не былъ веденъ процессъ относительно другаго юридическаго отношенія ¹⁾).

И такъ, по мнѣнію Хахенбурга, судъ не имѣетъ права принимать къ своему разсмотрѣнію искъ, если онъ предъявленъ не всѣми соуправомоченными или не противъ всѣхъ сообязанныхъ, когда законъ требуетъ противнаго. Съ этимъ мнѣніемъ мы не можемъ согласиться и въ опроверженіе его сошлемся на Колера, у котораго Хахенбургъ заимствовалъ основное положеніе своей теоріи. Колеръ придаетъ способности къ реагированію совсѣмъ не то значеніе, что она должна служить предположеніемъ процесса, т. е. что безъ этого условія процессъ не можетъ возникнуть, а то, что притязаніе безъ

¹⁾ Hachenburg, *ibid.* S. 81 ff.

этого условія не можетъ быть проведено въ процессѣ, что ему не можетъ быть сообщено при посредствѣ суда принудительной силы, т. е. слѣдовательно, по мнѣнію Колера, процессъ, возбужденный предъявленіемъ такого притязанія можетъ вестись, но судъ въ своемъ рѣшеніи не можетъ сообщить ему ту силу, которая сообщается притязанію, признанному судомъ подлежащимъ удовлетворенію, другими словами, судъ не можетъ рѣшить дѣло, возбужденное по такому притязанію, въ пользу истца ¹⁾.

Оставляя въ сторонѣ обоснованіе теоріи Хахенбурга, замѣтимъ, что мнѣніе, по которому искъ, предъявленный не всѣми соуправомоченными или не противъ всѣхъ сообязанныхъ, когда матеріальное право требуетъ необходимаго соучастія, долженъ быть устраненъ судомъ *ex officio* при его предъявленіи—не ново. Оно высказывалось ранѣе въ наукѣ общегерманскаго процессуальнаго права, но не было принято практикою ²⁾. Прусское право, ссылкой на постановленія котораго Хахенбургъ желаетъ подтвердить правильность своей теоріи, также говоритъ противъ него, такъ какъ оно допускаетъ въ приводимыхъ Хахенбургомъ случаяхъ не прекращеніе производства, а отказъ въ искѣ ³⁾.

Такимъ образомъ, мы должны признать за *communis opinio* нѣмецкихъ юристовъ положеніе, что *exceptio plurium litisconsortium* есть возраженіе объ отсутствіи *legitimat. ad causam*. Принимая *exc. pl. lit. cons.* въ этомъ значеніи, нѣмецкіе юристы, какъ мы видѣли, несогласны между собою относительно послѣдствій его предъявленія: одни, считая его за возраженіе по существу, выставляютъ послѣдствіемъ его, въ случаѣ признанія его правильнымъ, исключительно отказъ въ искѣ; другіе придаютъ ему процессуальное значеніе, связывая

¹⁾ Kohler, *ibid.* S. 14 ff.

²⁾ Freudenstein, *ibid.* S. 255. Ср. Gensler, *Archiv. f. d. civ. Prax.* B. IV. S. 177 f.

³⁾ Förster-Eccius, *Theorie und Praxis des heut. gem. preussisch. Privatrechts.* 5. Aufl. B. I. S. 299, 359. Послѣ отказа въ искѣ, предъявленномъ однимъ изъ сонаслѣдниковъ или противъ одного изъ сонаслѣдниковъ можетъ быть предъявленъ новый искъ всѣми ими или противъ всѣхъ ихъ, причемъ рѣшеніе по первому дѣлу не будетъ имѣть преюдиціальнаго значенія по отношенію ко второму.

съ нимъ пріостановку въ движеніи процесса, а черезъ это и принужденіе къ установленію соучастія. Посмотримъ, насколько то и другое мнѣніе согласно съ тѣмъ значеніемъ, какое придается общегерманскимъ уставомъ легитимациі (*ad causam*) и возраженію о ея отсутствіи.

Первоначально подъ легитимацией понималось подтвержденіе активнаго или пассивнаго основанія иска. Впослѣдствіи, для случаевъ перехода правоотношенія на наслѣдниковъ и для цессіи требованій, юристы стали отдѣлять объективное существованіе спорнаго права отъ субъективнаго его отношенія, и *legitimitio ad causam* стала пониматься исключительно, какъ подтвержденіе послѣдняго.

При такомъ пониманіи *legitimitio ad causam* ей придавалось такое же значеніе, какъ *legitimitio ad processum*. Ею должна была обуславливаться дѣйствительность процесса. Вслѣдствіе этого, обстоятельства, легитимирующія истца, должны были указываться при предъявленіи иска и вопросъ о легитимациі долженъ былъ разрѣшаться въ отдѣльномъ производствѣ ¹⁾). Возраженіе о недостаткѣ легитимациі стало разсматриваться, такимъ образомъ, какъ отрицаніе обязанности вступить въ процессъ и получило значеніе отвода, препятствующаго существованію процесса. Онъ получилъ названіе *exceptio deficientis legitimationis ad causam* ²⁾). Понимаемое въ этомъ смыслѣ возраженіе о недостаткѣ *legitimationis ad causam*, а слѣдовательно и *exceptio plurium litisconsortium* (принимаемое въ томъ же значеніи) могло дѣйствительно имѣть задерживающее значеніе: предъявленіе его должно было задерживать дальнѣйшее движеніе процесса впредь до того, какъ истецъ легитимируетъ себя, т. е. направить тотъ же искъ противъ остальныхъ сообязанныхъ (*legitimitio passiva*) или получить отъ остальныхъ соуправомоченныхъ согласіе на веденіе отъ ихъ имени того же процесса (*legitimitio activa*). Если истецъ не исполнитъ этого, то должна была послѣдовать *absolutio ab instantia*.

Редакторы общегерманскаго устава, подъ вліяніемъ *code de procédure civile*, нашли невозможнымъ придавать *legitimitio*.

¹⁾ Wetzell, Sgstem. S. 155 ff. § 130. Общегерм. уст. и мотивы къ нему.

²⁾ Renaud, *ibid.* S. 225.

ad causam то же практическое значеніе, какъ и legitim. ad processum, такъ какъ признали, что законъ не отдѣляетъ объективнаго существованія права отъ субъективныхъ его отношеній. Вслѣдствіе этого, они не приняли отвода deficient. legitim. ad causam и стали разсматривать тѣ обстоятельства, которыми устанавливается legitimatio ad causam, какъ составную часть основаній иска ¹⁾, такъ что, по этому возрѣнію, истецъ, легитимируя себя ad causam, тѣмъ самымъ доказываетъ правильность своего иска и обратно.

Если послѣ этихъ замѣчаній мы посмотримъ, какимъ путемъ exceptio plurium litisconsortium можетъ, по мнѣнію юристовъ, держащихся этого взгляда, влечь за собою установленіе соучастія и, слѣдовательно, какимъ путемъ это возраженіе, принимаемое въ смыслѣ возраженія о недостаткѣ легитимации, можетъ задерживать дальнѣйшее движеніе процесса, то увидимъ, что для этого ему прежде всего нужно придать значеніе exceptio defic. legitim. ad causam, такъ какъ только этотъ отводъ можетъ повлечь за собою приостановку процесса, а если недостатокъ легитимации не будетъ исправленъ, то и absolutio ab instantia ²⁾.

Такое значеніе должно быть придано exceptio plurium litisconsortium еще и по слѣдующей причинѣ: привлеченіе къ дѣлу постороннихъ лицъ въ качествѣ самостоятельной стороны общегерманскимъ уставомъ не допускается; вслѣдствіе этого установленіе активнаго соучастія можетъ послѣдовать лишь при томъ предположеніи, что всѣ соуправомоченные участвуютъ въ дѣлѣ съ самаго начала, хотя прошеніе подано однимъ изъ нихъ, то есть, слѣдовательно, что прошеніе подано однимъ изъ соуправомоченныхъ не только отъ себя, но и отъ другихъ соуправомоченныхъ, какъ ихъ представителемъ ³⁾. Такимъ образомъ, exceptio plurium litisconsortium, какъ возраженіе о недостаткѣ легитимации, должно свестись къ возраженію о неимѣніи полномочія на веденіе процесса ⁴⁾, т. е. возраже-

¹⁾ Senffert. Civilprozess-Ordnung. Motiv. zu § 230.

²⁾ Срав. Bolgiano, Handbuch. S. 152, № 8.

³⁾ См. Kroll, ibid. S. 146.

⁴⁾ Такое возраженіе возможно по общегерманскому уставу въ виду того, что по этому уставу повѣренный можетъ легитимировать себя не

нію о недостаткѣ legitim. ad causam должно быть придано значение недостатка легитимации ad processum ¹⁾). Для установления пассивнаго соучастія exceptio plurium litisconsortium должна быть предъявлена, повидимому, какъ exceptio libelli obscuri или inepti ²⁾). Предъявление exceptio plurium litisconsortium, какъ процессуальнаго отвода, можетъ достигать цѣли лишь въ томъ случаѣ, если онъ будетъ предъявленъ до litis contestat. такъ какъ послѣ litis contestat. недопускается mutatio libelli ³⁾), а дѣйствіе его въ томъ и состоитъ, что соотвѣтственно ему должно быть измѣнено прошеніе.

Эта теорія, по нашему мнѣнію, не вѣрна въ томъ отношеніи, что не согласна съ точнымъ смысломъ закона, такъ какъ для ея примѣненія необходимо отступить отъ того значенія legitimatio ad causam, какое придавъ ей уставъ и допустить отводъ, который устраненъ имъ. Вслѣдствіе этого мы считаемъ болѣе согласнымъ съ постановленіями общегерманскаго устава мнѣніе тѣхъ юристовъ, которые признаютъ послѣдствіемъ недостатка легитимации ad causam—отказъ въ искѣ.

Выяснивъ значеніе exc. pl. lit. cons., перейдемъ къ тѣмъ случаямъ, въ которыхъ это возраженіе можетъ имѣть мѣсто. По этому вопросу и послѣ изданія общегерманскаго устава

при самомъ возбужденіи процесса, а впоследствии, вслѣдствіе возраженія отвѣтчика. (См. Hermann Meyer, Der Processgang nach der C. Pr. Ord. vom 30 D. 1877. S. 2. № 7, а также: Civ. Pr. Ord. f. d. D. R. § 54).

¹⁾ Въ поясненіе этого сошлемся на примѣръ, приводимый Belgiano (Handbuch, S. 151. № 7). «Если, говоритъ Belgiano, при недѣлимомъ предметѣ истецъ требуетъ все съ отвѣтчика, обязаннаго pro rata, то послѣдній можетъ предъявить exceptio plurium litisconsortium, какъ exc. plus petit. re. Въ этомъ случаѣ истецъ, чтобы установить соучастіе долженъ начать новый процессъ, такъ какъ послѣ L. C. mutatio libelli недопускается. Но если отвѣтчикъ желаетъ, чтобы остальные соуправомоченные приняли участіе въ дѣлѣ, то онъ долженъ будетъ предъявить свое возраженіе въ формѣ дилаторнаго отвода, именно: онъ долженъ будетъ предъявить exc. def. legitimatio ad processum, указывая на то, что истецъ не имѣетъ полномочія на веденіе дѣла отъ другихъ соуправомоченныхъ, тогда, въ своей репликѣ на это возраженіе, истецъ можетъ вступить въ дѣло отъ имени остальныхъ соуправомоченныхъ, если представить отъ нихъ полномочіе.

²⁾ Renaud. S. 237, 225.

³⁾ См. выше ссылка 2-ая.

юристы не пришли къ окончательному соглашенію ¹⁾. Многие изъ нихъ продолжаютъ высказывать противъ существованія случаевъ, когда можетъ быть допускаема указанная *exceptio*, тѣ-же возраженія, которыя выставлялись ранѣе ²⁾. Они согласны между собою въ томъ, что недѣлимость права не можетъ служить основаніемъ для предъявленія *exc. pl. lit. cons.* и что вообще общегерманское матеріальное право не знаетъ случаевъ, въ которыхъ это возраженіе могло бы быть допускаемо. Вслѣдствіе этого, многие нѣмецкіе юристы признаютъ необходимое соучастіе лишь въ тѣхъ случаяхъ, въ которыхъ оно допускается дѣйствующимъ законодательствомъ по матеріальному праву. Такія опредѣленія содержитъ, по ихъ мнѣнію, прусскій А. Л. Р. Они относятъ сюда опредѣленія этого закона относительно общей собственности и сонаслѣдованія ³⁾. Но и по этому вопросу между нѣмецкими юристами не установилось полного согласія ⁴⁾.

¹⁾ Struckmann und Koch, *ibid.* S. 57. Kroll, *ibid.* S. 144.

²⁾ Т. е., что если управомоченный *pro rata* при дѣлимомъ предметѣ спора предъявить искъ о всемъ, то нѣтъ основанія требовать привлеченія остальныхъ соуправомоченныхъ, т. к. противъ иска можетъ быть предъявлено возраженіе о *plus petitio*; при солидарномъ управомоченіи или обязанности (откуда бы солидарность ни вытекала: изъ недѣлимости отношенія (при корреальныхъ обязательствахъ) или недѣлимости предмета спора), если искъ будетъ предъявленъ однимъ управомоченнымъ или противъ одного обязаннаго, то *exc. pl. l. c.* не можетъ быть предъявляема потому, что самое понятіе о солидарности исключаетъ возможность предъявленія этого возраженія. (Belgiano, *Handb.* S. 151, 152). Этотъ юристъ считаетъ, впрочемъ, спорнымъ вопросъ о томъ, можетъ ли быть предъявляемо это возраженіе при недѣлимости предмета спора, и склоняется, повидимому, въ пользу рѣшенія его въ утвердительномъ смыслѣ, но Förster (*ibid.* S. 55) и Freudenstein (*ibid.* S. 267) находятъ, что недѣлимость предмета сводится къ недѣлимости права, т. к. притязаніе становится конкретнымъ правомъ черезъ предметъ его, а потому, если предметъ недѣлимъ, то недѣлимо и право. Такимъ образомъ, при недѣлимости предмета каждый соуправомоченный можетъ предъявить искъ не только относительно своей части, но и относительно всего (съ представленіемъ залога), а на пассивной сторонѣ является возможность отвѣчать относительно всего.

³⁾ Struckmann-Koch, *ibid.* S. 57; Kroll, § 34; Freudenstein, *ibid.* S. 257 ff.

⁴⁾ Kroll, *ibid.* Freudenstein, *ibid.* S. 253.

Необходимость постановленія единого рѣшенія.

Freudenstein справедливо замѣчаетъ, что въ общегерманскомъ правѣ не содержалось нормы, которая требовала бы постановленія единого рѣшенія по спорамъ соучастниковъ, или иначе, разрѣшенія ихъ разомъ. По его мнѣнью, правило, содержащееся въ § 59, должно имѣть тотъ смыслъ, что не должны быть постановляемы, по отношенію къ нѣсколькимъ соучастникамъ, рѣшенія, противорѣчащія одно другому, а для этого не должны быть постановляемы отдѣльныя рѣшенія т. е. нѣсколько рѣшеній ¹⁾.

По вопросу о томъ, въ какихъ случаяхъ искъ долженъ быть разрѣшенъ разомъ по отношенію ко всѣмъ соучастникамъ, нѣмецкіе юристы также высказываютъ различныя мнѣнія. Приведемъ нѣкоторыя изъ нихъ: Вахъ, разбирая проектъ общегерманскаго устава, находитъ, что это можетъ имѣть мѣсто лишь въ искахъ о земельныхъ сервитутахъ, такъ какъ въ этихъ искахъ логически невозможно различное разрѣшеніе спора ²⁾.

Амелунксенъ находитъ, что модифицированіе соучастія на основаніи § 59 общегерм. устава должно являться въ тѣхъ случаяхъ, когда споръ каждаго соучастника направленъ на самую сущность всего правоотношенія ³⁾. Это можетъ быть, по его мнѣнью, въ слѣдующихъ случаяхъ: 1) когда дѣло идетъ о томъ, чтобы былъ данъ объективно правильный отвѣтъ на вопросъ, поставленный въ процессѣ, относительно существованія правоотношенія, въ которомъ предполагаются стоящими соучастники или ихъ противники, или же когда дѣло идетъ о юридической квалификаціи этого отношенія, причемъ этому отношенію или квалификаціи его придается абсолютный характеръ, что бываетъ тогда, когда съ этимъ связанъ публичный интересъ; 2) или когда дѣло идетъ о признаніи права (Feststellungs-Prozess) нѣсколькихъ заинтересованныхъ лицъ, которые просятъ не о кондемнаціи, а о константированіи правильности извѣ-

¹⁾ Ibid. S. 253.

²⁾ Entwurf ein. Deutsch. C. Pr. Ordn. Kritische Vierteljahresschrift. B. 40. S. 346.

³⁾ Amelunx. ibid. S. 61.

етнаго обстоятельства, объ обезпеченіи доказательства и т. д.; 3) когда соучастники, не переставая лично быть управомоченными или обязанными, находятся въ сообществѣ (Gemeinschaft), объ отношеніяхъ котораго ведется процессъ и интересы котораго лишь косвенно затрогиваютъ интересы соучастниковъ.

Къ этимъ тремъ категоріямъ Амелунксенъ относитъ слѣдующіе случаи: къ первой категоріи—дѣла о недѣйствительности брака, по которымъ, какъ мы видѣли, иски предъявляются къ обоимъ супругамъ; дѣла о законности рожденія и т. д.; къ второй категоріи онъ относитъ иски о недѣйствительности правоотношенія, о неподлинности документа или подписи, о дѣйствительности завѣщанія и т. д. Наконецъ, къ третьей категоріи онъ относитъ иски нѣсколькихъ сособственниковъ имущества о существованіи поземельнаго сервитута и т. д.

Что касается вопроса о томъ, чѣмъ вызывается необходимость рѣшенія дѣла, по выраженію закона, разомъ по отношенію ко всѣмъ соучастникамъ, то Амелунксенъ держится того мнѣнія, что это вызывается не гражданскоправовыми свойствами отношенія и требуется не постановленіями гражданского права (напр. относительно распространенія силы рѣшенія на третьихъ лицъ), а единствомъ убѣжденія суда¹⁾. Такимъ образомъ, Амелунксенъ возстаётъ противъ того положенія, что измѣненіе въ отношеніяхъ между соучастниками должно имѣть мѣсто въ тѣхъ случаяхъ, когда объектомъ процесса является недѣлимое правоотношеніе или недѣлимый предметъ, а также и противъ того положенія теоріи Мартина, что внутреннее единство (общность) является во всѣхъ процессахъ, которые ведутся нѣсколькими лицами о недѣлимомъ предметѣ. Онъ соглашается съ Планкомъ, что недѣлимость предмета не исключаетъ возможности предъявленія иска отдѣльнымъ лицомъ о своей части pro indiviso, т. е. объ особомъ предметѣ. Точно также онъ находитъ неправильнымъ мнѣніе Зейфферта, который утверждаетъ, что спорное правоотношеніе должно быть рѣшено сообща по отношенію къ нѣсколькимъ лицамъ въ тѣхъ случаяхъ, когда, по исключенію, сила судебного рѣшенія распространяется на третьихъ лицъ. Амелунксенъ находитъ, что и въ этомъ

¹⁾ Amelun. S. 68. № 1.

случаѣ предметъ процесса можетъ быть различный, такъ какъ одинъ отвѣтчикъ можетъ спорить противъ подлинности документа, которымъ установлена его корреальная обязанность, другой можетъ доказывать, что онъ лично не состоитъ по нему обязаннымъ ¹⁾. Къ мнѣнію Амелунксена примкнули отчасти Вильмовскій и Леви ²⁾. Но другіе юристы придерживаются прежней теоріи ³⁾.

Мы не будемъ разрѣшать здѣсь вопроса о томъ, которая изъ этихъ теорій правильнѣе и какія матеріально-правовыя отношенія требуютъ разрѣшенія ихъ однимъ рѣшеніемъ, такъ какъ увидимъ впоследствии, что съ нашей точки зрѣнія эти вопросы разрѣшаются на иномъ основаніи и для нашего права не имѣютъ существеннаго значенія. Мы привели нѣсколько подробно мнѣніе Амелунксена для того, чтобы показать, что и послѣ изданія Устава, не смотря на ясно выраженное мнѣніе редакторовъ его, у нѣмецкихъ юристовъ явилось сомнѣніе въ томъ, что между отношеніями матеріально правовыми и отношеніями сторонъ въ процессѣ существуетъ настолько тѣсная связь, что характеръ первыхъ оказываетъ вліяніе на характеръ послѣднихъ.

Послѣдствія соучастія. Отношенія между соучастниками.

Нѣмецкими законодательствами и теоріей связывались съ соучастіемъ различныя послѣдствія, что стояло въ связи съ основаніями, по которымъ соучастіе допускалось. Такъ, мы видѣли, что всѣ соучастники разсматривались, какъ юридическое лице, какъ товарищество въ искѣ, какъ лица, имѣющія общій интересъ или какъ стоящія въ процессуальномъ сообществѣ

¹⁾ Amelunxen *ibid.* S. 56—60. Относительно послѣдняго см. также Freudenstein (*ibid.* S. 277), который находитъ, что приведенное мнѣніе (Зейфферта) не противорѣчитъ § 59 устава, но полагаетъ, что при такомъ толкованіи законъ содержитъ бы ненужное опредѣленіе, такъ какъ, если сила судебного рѣшенія распространяется на третьихъ лицъ, неучаствующихъ въ дѣлѣ, то представляется излишнимъ опредѣленіе закона, въ силу котораго, при неявкѣ третьяго лица, его соучастникъ становится его представителемъ.

²⁾ S. 87—99.

³⁾ Petersen S. 112. ff.

(Gemeinschaft, societas litis ¹⁾). Отсюда, между прочимъ, вытекало требованіе о томъ, чтобы всѣ соучастники вели дѣло черезъ общаго повѣреннаго ²⁾; отсюда же должны были вытекать общность ихъ дѣйствій и представительство ихъ другъ за друга ³⁾. Эти положенія были оспариваемы многими юристами. Наконецъ Планкъ выставилъ положеніе, что соучастіе есть формальное соединеніе исковъ и что то обстоятельство, что иски разбираются въ одномъ производствѣ, не можетъ оказывать вліянія на отношенія между соучастниками. Подъ вліяніемъ этого положенія выработывалась далѣе теорія общегерманскаго процессуальнаго права. Мы не будемъ излагать подробно тѣ измѣненія, которымъ она подвергалась въ этомъ отношеніи и укажемъ лишь тѣ положенія, которыя ею были выработаны въ окончательномъ результатѣ (впрочемъ и здѣсь въ подробностяхъ не обошлось безъ различныхъ мнѣній).

Каждый соучастникъ совершенно свободенъ относительно употребленія процессуальныхъ средствъ нападенія и защиты, и, не смотря на соучастіе, возможно совершенно отдѣльное веденіе производствъ по каждому притязанію, при чемъ судьба каждаго изъ нихъ разрѣшается независимо отъ другихъ. Соответственно этому, при дѣлимыхъ притязаніяхъ, дѣйствія, въ которыхъ проявляется распоряженіе соучастникомъ его гражданско-правовыми притязаніями, отказъ отъ притязанія или веденія процесса, неявка и присужденіе его не оказываютъ вліянія на другихъ соучастниковъ; если же притязаніе имѣетъ характеръ солидарности, то упомянутыя дѣйствія имѣютъ обратное значеніе.

Соучастники могутъ также дѣйствовать сообща, и такъ какъ это ведетъ къ упрощенію производства, то практика допускаетъ назначеніе ими общаго повѣреннаго, не ставя, однакоже, имъ этого въ обязанность. Съ этою же цѣлію допускается представительство (mandatum praesumptum) послѣ litis contestatio одного изъ соучастниковъ по отношенію къ другимъ. Если неизвѣстно, въ какой части долженъ быть присужденъ

¹⁾ Renaud ibid. S. 148. ср. Wetzel. S. 850, Endemann C. Pr. Recht. S. 260, Linde. Zeitschrift f. Civ. R. und Proz. B. 15, S. § 3.

²⁾ Planck. Mehrh. S. 406.

³⁾ Wetzel S. 851. № 114.

каждый соучастникъ, то они присуждаются въ равныхъ доляхъ, хотя бы притязаніе могло подлежать иному раздѣлу. Отвѣтственность относительно издержекъ производства распредѣляется между соучастниками соотвѣтственно доли каждого ¹⁾).

Общегерманскимъ уставомъ гражданскаго судопроизводства отношенія между соучастниками опредѣляются слѣдующимъ образомъ: „соучастники, насколько не слѣдуетъ иное изъ предписаній гражданскаго права, или этого закона, стоятъ по отношенію къ противнику какъ отдѣльные лица въ томъ смыслѣ, что дѣйствія одного соучастника не приносятъ другому ни пользы, ни вреда“. Это правило составилось подъ вліяніемъ позднѣйшихъ теорій общегерманскаго права. Это ясно видно изъ мотивовъ въ ст. 58: „матеріально, говорятъ редакторы устава, интересы соучастниковъ не зависятъ одни отъ другихъ, такъ что каждый соучастникъ долженъ разсматриваться такъ, какъ бы онъ стоялъ въ процессѣ одинъ со своимъ противникомъ. Дѣйствія или упущенія каждаго соучастника не доставляютъ другому ни выгоды, ни невыгоды. Вслѣдствіе этого каждый соучастникъ можетъ употреблять отдѣльные средства нападенія и защиты, при чемъ послѣдствія ихъ не могутъ оказывать никакого вліянія на исходъ процесса въ пользу или во вредъ другимъ соучастникамъ“. Основываясь на этихъ соображеніяхъ редакторовъ устава, Петерсенъ слѣдующимъ образомъ объясняетъ значеніе послѣдствій соучастія по уставу гражданскаго судопроизводства: „соучастіе, говоритъ онъ, имѣетъ въ процессуальномъ отношеніи то послѣдствіе, что относительно различныхъ притязаній имѣетъ мѣсто одно производство. По общему правилу, относительно всѣхъ притязаній процессуальныя дѣйствія должны совершаться въ одинъ и тотъ же срокъ. Точно также различныя притязанія истца, также какъ и встрѣчныхъ истцевъ, должны быть излагаемы въ одномъ прошеніи. Наконецъ, насколько это возможно, относительно всѣхъ спорныхъ вопросовъ должно быть постановляемо одно рѣшеніе“. „Согласно съ новыми теоріями (Планка, Ветцеля, Канштейна и Рено) продолжаетъ онъ, уст. гр. суд. исходитъ изъ того положенія, что тѣмъ обстоятельствомъ, что нѣсколько лицъ ищутъ или отвѣчаютъ совмѣстно, не устанавливается между ними

¹⁾ Endemann. D. Deutsche C. Pr. R. S. 259 ff.

никакого особаго отношенія, такъ что соединеніе нѣсколькихъ исковъ, будучи чисто внѣшнимъ, не оказываетъ никакого юридическаго вліянія на матеріальныя отношенія¹⁾.

Соучастіе не оказываетъ, такимъ образомъ, никакого вліянія на отношенія матеріально - правовыя, а потому, если имѣется матеріальное сообщество, то оно оказываетъ то дѣйствіе, которое ему приписывается матеріальнымъ правомъ какъ до, такъ и послѣ установленія соучастія²⁾. Отсюда нѣмецкіе юристы дѣлаютъ слѣдующіе выводы: во всѣхъ случаяхъ соучастія, предусмотрѣнныхъ 56 и 57 ст. устава, дѣйствіе и упущеніе каждаго соучастника имѣетъ значеніе лишь для него одного; каждый изъ нихъ можетъ пользоваться отдѣльными способами нападенія и защиты; каждый изъ нихъ можетъ поэтому, отдѣльно отъ другихъ, предъявлять отводы и возраженія, въ особенности отводъ о неподсудности дѣла или о недопустимости соединенія исковъ; каждый изъ нихъ можетъ предъявлять встрѣчный искъ. Точно также и противная сторона можетъ употреблять отдѣльно противъ каждаго соучастника способы нападенія и защиты. Притязанія каждаго отдѣльнаго соучастника должны быть обсуждаемы самостоятельно и отдѣльно, все равно какъ если бы онъ участвовалъ въ процессѣ одинъ со своимъ противникомъ³⁾. Наконецъ, вызовы, объявленіе рѣшенія, вступленіе рѣшенія въ законную силу—все это должно послѣдовать отдѣльно по отношенію къ каждому отдѣльному соучастнику⁴⁾. Точно также каждый отдѣльный соучастникъ можетъ приносить отдѣльную жалобу⁵⁾.

Въ частности, изъ вышесказаннаго нѣмецкими юристами выводятся слѣдующія положенія:

а) По отношенію къ заочному рѣшенію: если кто либо изъ соучастниковъ на сторонѣ истца или отвѣтника не явится къ словеснымъ объясненіямъ, то противъ него постановляется заочное рѣшеніе, а относительно остальныхъ состязавшихся

1) S. 109.

2) Petersen *ibid.*

3) Wilm. und Levy, *ibid.* S. 86.

4) Endemann, *der Deutsche Civilprozess* B. 1. S. 329.

5) Wilm. Levy, S. 591.

тельное, такъ какъ явившіеся тяжущіеся не считаются представителями неявившихся, и производство, въ случаѣ неявки нѣкоторыхъ соучастниковъ, не можетъ быть приостановлено до ихъ явки. Такимъ образомъ, относительно притязаній явившихся и неявившихся тяжущихся постановляются отдѣльныя рѣшенія, несмотря на то, что они могутъ стоять въ противорѣчій между собою ¹⁾. Редакторы общегерманскаго устава не приняли правила, установленнаго 153 ст. с. рг. civile, по которому противъ явившихся и неявившихся тяжущихся постановляется одно рѣшеніе (состязательное) ²⁾, и та цѣль, достиженію которой служить ст. 153 французскаго кодекса, должна быть достигаема по опредѣленіямъ общегерманскаго устава, главнымъ образомъ, въ случаѣ соучастія предусматриваемаго ст. 59 Устава, т. е. въ случаяхъ такъ называемаго необходимаго соучастія.

б) По отношенію къ признанію и другимъ заявленіямъ. По общему правилу, какъ признаніе, такъ и всѣ другія заявленія соучастника имѣютъ значеніе лишь для него. Отступленіе отъ этого правила установлено также лишь въ случаѣ необходимаго соучастія, но, вслѣдствіе принципа свободной оцѣнки судомъ доказательствъ, все то, что признано однимъ изъ соучастниковъ или установлено тѣми или другими доказательствами, можетъ оказать вліяніе на убѣжденіе суда по отношенію къ другимъ соучастникамъ. Но въ этомъ отношеніи не возложено на судъ формальной обязанности ³⁾.

Вслѣдствіе указанной причины, заявленія соучастниковъ объ обстоятельствахъ дѣла и дѣлаемые ими признанія могутъ оказывать вліяніе на обсужденіе притязаній другихъ соучастниковъ, но въ этомъ отношеніи проводится комментаторами устава различіе между настоящимъ и ненастоящимъ соучастіемъ. При соучастіи послѣдняго рода заявленія и признанія соучастника такого значенія имѣть не могутъ ⁴⁾. Относительно представленія доказательствъ, соучастники также дѣйствуютъ независимо другъ отъ друга, такъ что каждый изъ нихъ мо-

¹⁾ Petersen. *ibid.* s. 110.

²⁾ Petersen. *ibid.* Endemann. D. Civilprozess. B. 1. S. 329.

³⁾ Petersen S. 111.

⁴⁾ Petersen. *ibid.*

же представлять отдѣльныя доказательства. Они могутъ также представлять общія доказательства, которыя и разсматриваются судомъ разомъ по отношенію ко всѣмъ притязаніямъ. Въ этой возможности представлять общія доказательства и заключается одна изъ выгодъ установленія соучастія.

Отношенія, установленныя между соучастниками 58-й ст. общегерманскаго устава, измѣняются въ тѣхъ случаяхъ, которые предусмотрѣны 59-й ст. его. Послѣдняя содержитъ, такимъ образомъ, отступленіе отъ общаго правила, выраженнаго въ ст. 58. Съ содержаніемъ 59-й стат. устава мы уже ознакомились ранѣе. Она содержитъ, какъ мы видѣли, слѣдующее постановленіе: если спорное правоотношеніе можетъ быть установлено только разомъ по отношенію ко всѣмъ соучастникамъ или если соучастіе является необходимымъ по иному основанію, то, если срокъ или терминъ пропущены нѣкоторыми изъ соучастниковъ, пропустившіе срокъ (неявившіеся) соучастники разсматриваются, какъ имѣющіе представителей въ лицѣ явившихся. Но въ дальнѣйшемъ производствѣ они должны быть вызываемы снова въ обыкновенномъ порядкѣ ¹⁾. Послѣдствіемъ пропущенія срока не является, слѣдовательно, постановленіе заочнаго рѣшенія ²⁾.

Если мы сравнимъ отношенія между соучастниками по 58-й и 59-й ст. общегерманскаго устава гражданскаго судопроизводства, то увидимъ, что различіе между ними слѣдующее: по 58-й ст. дѣйствія каждаго отдѣльнаго соучастника имѣютъ значеніе только по отношенію къ нему самому, а потому, въ случаѣ неявки одного изъ соучастниковъ, противъ него постановляется заочное рѣшеніе, тогда какъ по 59-й ст., если не явится соучастникъ, то остальные считаются, по мысли законодателя, какъ бы его представителями, а потому ихъ явка приравнивается къ явкѣ представителя за своего представляемаго, вслѣдствіе чего противъ неявившагося соучастника не можетъ быть постановлено заочное рѣшеніе ³⁾. Это правило

¹⁾ Fitting. Reichs Civ. Pr. 5 Auf. S. 69.

²⁾ Petersen S. 115, Hachenburg. S. 20 ff.

³⁾ Hachenburg. *ibid.* S. 19 ff., Kohler. *Prozessrechtliche Forschungen*, S. 62. f.

заимствовано изъ *code de proced. civ.* По 153 ст. этого устава, если не явятся нѣкоторые изъ соучастниковъ, то судъ констатируя ихъ неявку, тѣмъ не менѣе не постановляетъ заочнаго рѣшенія, не присуждаетъ отвѣтчиковъ (*adjuger le profit du défaut*) но, по выраженію закона, присоединяетъ эту выгоду къ дѣлу, которое готово къ тому, чтобы быть рассмотрѣннымъ въ состязательномъ порядкѣ, т. е. слѣдовательно судъ, по отношенію ко всѣмъ отвѣтчикамъ постановляетъ одно рѣшеніе.

Это рѣшеніе по отношенію ко всѣмъ отвѣтчикамъ будетъ не заочнымъ, а состязательнымъ. Оно постановляется послѣ новаго вызова сторонъ ¹⁾.

Такимъ образомъ, по французскому праву, неявка нѣкоторыхъ изъ соучастниковъ не влечетъ за собою постановленія по отношенію къ нимъ заочнаго рѣшенія: не смотря на неявку ихъ, рѣшеніе постановляется одно по отношенію ко всѣмъ отвѣтчикамъ и притомъ рѣшеніе состязательное. Это положеніе издавна примѣнялось во французскомъ правѣ и точно выражено еще въ законѣ 28 іюля 1738 г., редактированномъ d'Aguesseau.

Цѣль этого правила — предупредить постановленіе по одному и тому же дѣлу противорѣчащихъ одно другому рѣшеній, предупредить, по выраженію Буатара, судебный скандалъ, могущій уменьшить довѣріе, которымъ должны быть облечены рѣшенія судебныхъ мѣстъ ²⁾.

Такова цѣль, которая должна достигаться этимъ правиломъ; но юридическая возможность его вытекаетъ изъ посто-

¹⁾ Boitard. Leçons, éd. 13, t. I. p. 286 suiv. Kohler. Prozessrechtliche Forschungen, S. 37 f.; C. Pr. C. § 153. Si de deux ou de plusieurs parties assignées, l'une fait défaut et l'autre comparait, le profit du défaut sera joint et le jugement de jonction sera signifié à la partie défailante par un huissier commis: la signification contiendra assignation au jour auquel la cause sera appelée; il sera statué par un seul jugement qui ne sera pas susceptible d'opposition.

²⁾ Boitard. *ibid.* t. I. T. 1. p. 287.

янно признававшейся французской юриспруденціей недѣлимости процесса (*indivisibilité de l'instance*)¹⁾:

„Признаніе принципа недѣлимости процесса, говоритъ Родьеръ, засвидѣтельствовано большимъ количествомъ памятниковъ современной юриспруденціи: рѣшеніями какъ высшаго суда, такъ и апелляціонныхъ; и дѣйствительно, по мысли закона, въ процессѣ (*instance*) существуетъ на самомъ дѣлѣ недѣлимость, которая не имѣетъ связи съ предметомъ спора и которая, слѣдовательно, существуетъ и въ томъ случаѣ, если послѣдній дѣлимъ. Когда, на примѣръ, нѣсколько лицъ вызваны въ судъ на разные сроки по поводу одного и того же предмета, то, хотя бы послѣдній былъ дѣлимъ, можно просить о признаніи кого либо изъ нихъ неявившимся лишь по истеченіи самаго продолжительнаго срока, назначеннаго кому либо изъ нихъ. Если же по истеченіи самаго продолжительнаго изъ этихъ сроковъ, кто либо изъ тяжущихся явится, тогда какъ другіе не явятся, то, хотя бы предметъ процесса былъ дѣлимъ, тѣмъ не менѣе нельзя разсматривать дѣло въ состязательномъ порядкѣ по отношенію къ явившейся сторонѣ и заочно по отношенію къ неявившейся. Неявка должна быть присоединена (*le défaut doit être joint*), и дѣло можетъ быть разсмотрѣно по отношенію къ какой либо сторонѣ лишь по вторичномъ вызовѣ неявившейся стороны (*C. Pr. Art. 153*). Для насъ несомнѣнно также, продолжаетъ Родьеръ, что если дѣло будетъ признано неправильно начатымъ по отношенію къ одному изъ отвѣтчиковъ, то тѣмъ самымъ оно будетъ признано таковымъ и по отношенію къ остальнымъ, пока не будетъ вновь возбуждено правильно по отношенію къ первому изъ нихъ“. Обращаясь къ послѣдствіямъ недѣлимости процесса, Родьеръ говоритъ слѣдующее: „если, говоритъ онъ, предполагается, такимъ образомъ, что отвѣтчики ведутъ съ истцемъ общее дѣло, такъ что послѣдній не можетъ даже ихъ раздѣлить противъ ихъ воли, то отсюда слѣдуетъ, что дѣйствія, направленные истцемъ противъ одного изъ нихъ, переходятъ тотчасъ и на остальныхъ подобно тому, какъ движеніе электричества передается всѣмъ лицамъ, соединеннымъ одной проволокой“²⁾.

¹⁾ Hachenburg, S. 79.

²⁾ Rodière, De la solidarité et de l'indivisibilité. p. 333, 334.

Итакъ, мы видимъ, что указанное нами выше правило, что въ случаѣ неявки нѣкоторыхъ изъ отвѣтчиковъ не можетъ быть постановлено заочное рѣшеніе, является во французскомъ правѣ послѣдствіемъ недѣлимости процесса и стоитъ внѣ связи со свойствами гражданскихъ правъ, споръ о которыхъ въ немъ разрѣшается.

Займствуя это правило изъ французскаго права, редакторы общегерманскаго устава не приняли, однако же, принципа недѣлимости процесса ¹⁾. Но нѣкоторые юристы довольно близко подходятъ къ этому принципу, другіе же возстаютъ противъ ихъ теоріи и стоятъ на точкѣ зрѣнія устава. Первые изъ нихъ, выясняя основанія, по которымъ соучастіе модифицируется, высказываютъ мнѣніе, что соучастіе является особеннымъ (модифицированнымъ) тамъ, гдѣ правоотношеніе не можетъ быть разрѣшено различно по отношенію къ нѣсколькимъ заинтересованнымъ лицамъ въ силу логики и убѣжденія одного и того же суда ²⁾. Противники этого мнѣнія находятъ, что въ основаніи его лежитъ взглядъ, что модифицированіе соучастія дается положеніемъ въ процессѣ соучастниковъ, т. е. тѣмъ, что они совместно являются въ процессѣ. Въ противоположность первому мнѣнію они утверждаютъ, что основаніе для модифицированія соучастія лежитъ внѣ процесса—въ самомъ спорномъ правоотношеніи,—въ его общности, а не въ законахъ логики ³⁾ и убѣжденіи судьи, такъ какъ законы логики требуютъ одинаковаго разрѣшенія однихъ и тѣхъ же обстоятельствъ не въ особенныхъ, а во всѣхъ случаяхъ соучастія ⁴⁾. Далѣе они справедливо замѣчаютъ, что оспариваемое ими мнѣніе должно привести къ тому выводу, что извѣстная связь между соучастниками должна являться во всѣхъ случаяхъ соучастія, а это равносильно принятію отвергнутой нѣмецкимъ закономъ системы *indivisibilité de l'instance* ⁵⁾.

¹⁾ Hachenburg, S. 104.

²⁾ Wilmowski und Levy. S. 87. Amelunxen. S. 60 ff. Freudenstein.

³⁾ Weissmann. Hauptintervention S. 100 № 4.

⁴⁾ Weissmann, *ibid.*

⁵⁾ Hachenburg, S. 104.

Отмѣтимъ здѣсь еще одно отличіе двухъ приведенныхъ мнѣній нѣмецкихъ юристовъ: юристы, которые держатся перваго мнѣнія, находятъ возможнымъ примѣнять свою теорію, несмотря на нѣкоторое несоотвѣтствіе ея точному смыслу закона ¹⁾, а сторонники втораго считаютъ невозможнымъ принимать въ соображеніе мотивы, на которыхъ основана 59 ст. общегерманскаго устава ²⁾.

Отношеніе между соучастниками при модифицированномъ соучастіи слѣдующее: какъ мы видѣли, пропущеніе срока нѣкоторыми изъ соучастниковъ не влечетъ за собою постановленія по отношенію къ нимъ заочнаго рѣшенія; но въ позднѣйшемъ производствѣ неявившіеся соучастники должны быть снова вызываемы. Жалоба можетъ быть подана однимъ изъ соучастниковъ, если же соучастіе было на сторонѣ противника, подающаго жалобу, то она должна быть принесена по отношенію ко всемъ соучастникамъ ³⁾. Рѣшеніе, постановленное по жалобѣ одного изъ соучастниковъ, получаетъ законную силу и по отношенію къ остальнымъ. Если рѣшеніемъ высшаго суда отмѣняется рѣшеніе суда низшей инстанціи по жалобѣ одного изъ соучастниковъ, то оно отмѣняется все, а не по отношенію только къ нему. Въ случаѣ обжалованія рѣшенія однимъ изъ соучастниковъ, онъ одинъ и участвуетъ въ производствѣ дѣла въ высшей инстанціи, но остальные соучастники могутъ къ нему присоединиться ⁴⁾. Судебныя издержки падаютъ по ровну на каждаго соучастника, но въ виду особеннаго различія въ участи, которое принимаетъ въ спорѣ тотъ или другой соучастникъ, издержки могутъ быть распредѣлены между ними по усмотрѣнію суда. Издержки по жалобамъ или доказательствамъ, представляемымъ однимъ изъ соучастниковъ отдѣльно отъ другихъ, падаютъ только на него ⁵⁾.

¹⁾ См. Wilmowski und Levy, *ibid.* S.

²⁾ Weissmann, *ibid.*

³⁾ Struckmann Koch. S. 59. Hachenburg. S. 74.

⁴⁾ Hachenburg, *ibid.*

⁵⁾ Kroll, *ibid.* S. 144.

Отреченіе и примиреніе одного изъ соучастниковъ не имѣетъ обязательной силы для другихъ ¹⁾. Если соучастники представляютъ противорѣчивыя объясненія относительно обстоятельствъ дѣла, напримѣръ: одинъ признаетъ, а другой отрицаетъ, то судъ рѣшаетъ, по свободному убѣжденію, слѣдуетъ ли эти обстоятельства признать доказанными или нѣтъ ²⁾. Относительно представленія доказательствъ каждый соучастникъ дѣйствуетъ независимо отъ другихъ ³⁾. Судъ оцѣниваетъ и примѣняетъ ихъ по свободному убѣжденію.

Предложеніе присяги или отдача присяги на душу противника можетъ послѣдовать только съ согласія всѣхъ соучастниковъ. Если нѣкоторые изъ соучастниковъ принимаютъ присягу, другіе же отказываются отъ принесенія ея ⁴⁾, то утвержденіе соучастниковъ должно было бы быть признано съ одной стороны соотвѣтствующимъ дѣйствительности (какъ подтвержденное присягою), а съ другой несоотвѣтствующимъ ей (въ виду отказа тяжущихся отъ принятія предложенной имъ присяги). Мы видѣли, какъ разрѣшался этотъ случай Мартиномъ. Общегерманскій уставъ разрѣшаетъ его иначе: онъ предоставляетъ суду рѣшить по своему усмотрѣнію, слѣдуетъ ли признать спорное обстоятельство существующимъ или несуществующимъ.

Мы видимъ, такимъ образомъ, что въ основѣ постановленийъ французскаго и нѣмецкаго права по вопросу о соучастіи лежатъ различныя точки зрѣнія на происхожденіе отношеній между соучастниками: нѣмецкое право исходитъ изъ того положенія, что отношеніе между соучастниками является послѣдствиемъ матеріально правовыхъ отношеній. Отсюда возникаетъ подраздѣленіе соучастія на виды, соотвѣтственно большей или меньшей близости матеріально правовыхъ отношеній. Французское право исходитъ изъ принципа недѣлимости процесса, вслѣдствіе чего отношеніе между соучастниками получаетъ иное основаніе: оно дается положеніемъ ихъ въ процессѣ, независимо отъ связывающихъ ихъ отношеній матеріальнаго права. Соотвѣтственно

¹⁾ Petersen, S. 115. Wilmovski und Levy S. 89. Иного мнѣнія Struckmann. Koch. S. 58.

²⁾ Fitting. R. Civ. Proc. S. 69.

³⁾ Hachenburg. S. 63; Petersen. S. 116.

⁴⁾ C. Proc. Ord. § 434.

этому французское право не знает дѣленія соучастія на различные виды. Для рѣшенія вопроса о томъ, которая изъ этихъ системъ правильнѣе съ теоретической точки зрѣнія и которая изъ нихъ удобопримѣнимѣе на практикѣ, необходимо выяснитъ сущность indivisibilité de l'instance, проведенной во французскомъ правѣ и отвергнутой нѣмецкимъ, а равно и другія условія, подъ вліяніемъ которыхъ складывались правила французскаго устава о соучастіи, и, затѣмъ, сравнить съ этою цѣлію относящіяся сюда правила французскаго и нѣмецкаго права. Этимъ путемъ мы выработаемъ критерій для оцѣнки системы, проведенной въ нашемъ уставѣ. Такъ какъ вопросъ о сущности indivisibilité de l'instance тѣсно связанъ съ вопросомъ о сущности гражданскаго процесса, то изложенію французскаго права о соучастіи мы считаемъ необходимымъ предпослать очеркъ теоріи Бюлова и его послѣдователей.

Глава II.

Теорія Бюлова и его послѣдователей.

Въ немногихъ словахъ изложилъ профессоръ Бюловъ ту теорію, которой суждено было лечь въ основаніе если не всѣхъ, то по крайней мѣрѣ большинства позднѣйшихъ изслѣдованій по гражданскому процессу. Такая общепринятость ея объясняется, по нашему мнѣнію, простотою ея, возможностью, кладя еѣ исходнымъ пунктомъ своего изслѣдованія, разрѣшить, по крайней мѣрѣ повидимому, многіе спорные вопросы въ области гражданскаго процесса, а также тѣмъ, что она, отклоняя отъ изученія мелкихъ формальностей гражданскаго процесса, направляетъ на изученіе существа его. Не принадлежа къ числу послѣдователей этой теоріи, мы, тѣмъ не менѣе, отдаемъ ей въ этомъ полную справедливость. Но съ другой стороны мы не можемъ не обратить вниманія на то обстоятельство, что никто изъ послѣдователей Бюлова не принялъ его теоріи, такъ сказать, въ чистомъ ея видѣ: всѣ они допускаютъ отступленія отъ тѣхъ или другихъ положеній ея и при томъ настолько существенныя, что только желаніемъ воспользоваться подкупающими въ свою пользу сторонами ея можно объяснить се-

бѣ то, что изслѣдователь не проводитъ своего взгляда болѣе послѣдовательно и остается на почвѣ этой теоріи.

Такое разнообразіе порожденныхъ ею мнѣній не можетъ быть объяснено только тѣмъ, что Бюловъ недостаточно подробно развилъ и мотивировалъ свою теорію и оставилъ, такимъ образомъ, обширный просторъ для разнообразныхъ толкованій ея, такъ какъ времени для разъясненія недоразумѣній, еслибы они порождались только неясностью изложенія, было слишкомъ много, а между тѣмъ послѣдователи теоріи Бюлова до сихъ поръ не пришли къ соглашенію относительно пониманія и примѣненія основныхъ положеній ея. Это обстоятельство какъ нельзя болѣе указываетъ, по нашему мнѣнію, на то, что въ основѣ теоріи лежитъ какое нибудь недоразумѣніе, которое даетъ себѣ чувствовать всякій разъ, когда приходится прилагать ее къ объясненію тѣхъ или другихъ явленій въ области гражданскаго процесса.

Значительныя измѣненія, которымъ подверглась теорія Бюлова въ переработкѣ его послѣдователей, дѣлають неинтереснымъ изслѣдованіе ея въ томъ видѣ, въ какомъ она впервые появилась изъ подъ пера самого Бюлова. Съ другой стороны, разсмотрѣніе ея въ связи съ мнѣніями его послѣдователей имѣетъ для насъ тѣмъ болѣе интересъ, что невольныя, такъ сказать, отступленія, которыя приходилось дѣлать послѣдователямъ Бюлова отъ тѣхъ или другихъ положеній его теоріи, могутъ указать намъ на причины этихъ отступленій, слѣдовательно, помогутъ выяснитъ ту ошибку, которая лежитъ въ основаніи ея.

Такъ мы и постараемся поступитъ въ дальнѣйшемъ изложеніи.

Теорія Бюлова ¹⁾. „Процессъ есть юридическое отношеніе“ — вотъ основное положеніе теоріи Бюлова. Правильность этого положенія онъ объясняетъ слѣдующимъ образомъ: „никогда еще не подвергалось сомнѣнію“, говоритъ онъ, „что процессуальное право опредѣляетъ права и обязанности, которыя принадлежать сторонамъ и суду въ ихъ взаимныхъ отношеніяхъ другъ къ другу. Но тѣмъ самымъ говорится, что процессъ есть отношеніе взаимныхъ правъ и обязанностей, т. е. что процессъ есть правоотношеніе (юридическое отношеніе).“ Опре-

¹⁾ Die Lehre von den Prozesseinreden und die Processvoraussetzungen. 1-9

137, 138, 164, 179

у Гольдштерна и др. Fiktionen“ № 306, 259

1/2 2 дѣля характеръ этого отношенія, Бюловъ говоритъ, что это не есть частноправовое, а государственноправовое отношеніе, такъ какъ процессуальныя права и обязанности существуютъ между государственными присутственными мѣстами и гражданами и такъ какъ въ процессѣ дѣло идетъ о дѣятельности государственныхъ чиновниковъ, причемъ стороны разсматриваются въ ихъ отношеніи къ дѣятельности и въ ихъ взаимодѣйствіи по отношенію къ ней.»

Гражданскій процессъ, по мнѣнію Бюлова, отличается отъ другихъ юридическихъ отношеній еще особеннымъ свойствомъ: это есть юридическое отношеніе постепенно двигающееся, развивающееся, переходящее со ступени на ступень въ своемъ развитіи. Тогда какъ частно правовое отношеніе, говоритъ Бюловъ, которое составляетъ предметъ судебного разбирательства, представляется уже готовымъ (заключеннымъ),— процессуальное отношеніе только еще возникаетъ. Оно подготавливается нѣкоторыми дѣйствіями, окончательнаго же заключенія оно достигаетъ съ заключеніемъ Litiscontestatio. Последняя есть публично правовой договоръ, при заключеніи котораго съ одной стороны судъ принимаетъ на себя конкретную обязанность заботиться о признаніи и осуществленіи предъявленнаго къ нему притязанія, съ другой — тяжущіеся принимаютъ на себя обязанность оказывать суду въ этомъ отношеніи нужное содѣйствіе и подвергнуться результату этой соединенной дѣятельности. Эта дальнѣйшая дѣятельность протекаетъ также въ совершеніи отдѣльныхъ и вытекающихъ одно изъ другаго дѣйствій, такъ что процессуальное отношеніе находится въ постоянномъ движеніи и развитіи.»

3 « Этому послѣднему характеру гражданского процесса наука придала чрезмѣрное значеніе. Она не удовольствовалась тѣмъ, чтобы въ этомъ видѣть только важное свойство гражданского процесса, но совершенно просмотрѣла за этимъ свойствомъ другое, не менѣе важное свойство гражданского процесса, именно то, что онъ по своему характеру есть юридическое отношеніе. Въмѣсто того, чтобы разсматривать процессъ, какъ государственноправовое, постепенно развивающееся отношеніе между судомъ и сторонами, она выставила лишь наиболѣе бьющую въ глаза сторону понятія о процессѣ, именно постепенное поступательное движеніе, т. е. судопроизводство (Processverfahren).»

« Эта односторонность, по мнѣнію Бюлова, коренится еще въ романской средневѣковой юриспруденціи и нашла себѣ поддержку въ нѣмецкихъ правовозрѣніяхъ. Она создала себѣ въ словѣ „процессъ“ печальный памятникъ и трудно устранимую опору. Кто хочетъ, говорить Бюловъ, дѣлать заключеніе отъ слова къ понятію, тотъ будетъ завлеченъ выраженіемъ „процессъ“, если не на ложный, то на слишкомъ узкій путь. Римскіе юристы, по мнѣнію Бюлова, не остановились на поверхностномъ представленіи о процессѣ, какъ о рядѣ дѣйствій судьи и сторонъ, но ясно поняли существо процесса, какъ единого правоотношенія (judicium). »

Не смотря на то, что опредѣленіе процесса, какъ *Procesverfahren*, не соотвѣтствуетъ, по мнѣнію Бюлова, понятію о процессѣ, онъ, тѣмъ не менѣе, находитъ возможнымъ оставить это выраженіе, но съ тѣмъ условіемъ, чтобы при употребленіи его обращалось вниманіе на процессуальное отношеніе, какъ другую сторону этого понятія.

« Если процессъ, говорить онъ, есть правоотношеніе, то тѣмъ самымъ для науки гражданского процесса намѣчаются такія же задачи, какія съ давнихъ поръ ставятся и разрѣшаются по отношенію къ другимъ правоотношеніямъ: такъ, при выясненіи какого либо отношенія прежде всего разрѣшается вопросъ о томъ, съ какими условіями (предположеніями) связано его возникновеніе. Для этого необходимо узнать, между какими лицами оно можетъ возникнуть, на какіе предметы оно можетъ распространяться, какія событія или дѣйствія необходимы для его возникновенія, кто имѣетъ право и способенъ предпринимать эти дѣйствія. »

Тѣже вопросы, по мнѣнію Бюлова, должны имѣть значеніе и для процессуальнаго правоотношенія: они также какъ и при гражданско-правовыхъ отношеніяхъ указываютъ на рядъ важныхъ, относящихся сюда законоположеній.

/ Такъ сюда относятся въ особенности положенія относительно:

1) Подсудности, способности и неподозрительности суда, относительно процессуальной способности сторонъ (persona legitima standi in judicio) и относительно легитимаци ихъ повѣренныхъ.

2) Относительно свойствъ предмета гражданского процесса.

3) Относительно составления и сообщения искового прошения и обязанности истца представить процессуальное обеспечение (обеспечение судебных издержек). ^{4) Neben die Reihenfolge zwischen den}

6. « Эти предписания закона совершенно отличны от процессуальных правил, которыми определяется самый ход производства и имѣютъ цѣлью установить требованія относительно допустимости и условий возникновенія всего процессуальнаго отношенія; они объясняютъ: 1) между какими лицами, 2) относительно какого предмета, 3) черезъ какія дѣйствія и 4) въ какое время можетъ возникнуть процессъ. При этомъ, отсутствіе одного изъ условий для возникновенія процесса препятствуетъ его возникновенію. Однимъ словомъ, продолжаетъ Бюловъ, въ вышеупомянутыхъ положеніяхъ заключаются конститутивные элементы процессуальнаго правоотношенія. Такъ какъ это понятіе было, говоритъ Бюловъ, настолько мало принимаемо во вниманіе, что оно не нашло себѣ еще твердаго обозначенія, то онъ предлагаетъ для обозначенія его выраженіе: „Предположенія процесса“ (Processvoraussetzungen).»

« Съ этимъ понятіемъ, по мнѣнію Бюлова, пріобрѣтается для гражданскаго процессуальнаго права весьма полезная точка зрѣнія. Подобная же точка зрѣнія найдена для гражданскаго и уголовнаго права, изъ которыхъ первому извѣстно понятіе объ условіяхъ возникновенія гражданско-правоваго отношенія, а второму о составѣ преступленія. Эта точка зрѣнія, продолжаетъ Бюловъ, позволяетъ бросить болѣе глубокой взглядъ на строеніе всего судопроизводства, выяснитъ сущность многихъ отдѣльныхъ процессуальныхъ явленій, которыя еще нуждаются въ объясненіи. »

Благодаря вышеупомянутой группѣ основаній процесса (предположеній процесса), въ немъ приходится имѣть дѣло суду, ^{in der Sache} кромѣ спорнаго отношенія, еще съ матеріаломъ особаго рода, такъ какъ разрѣшенію суда подлежитъ не только вопросъ о существованіи спорнаго матеріальнаго правопритязанія, но именно для того, чтобы имѣть возможность исполнить это, ему необходимо прежде удостовѣриться въ томъ, имѣются ли въ данномъ случаѣ условія для существованія самаго процессуальнаго отношенія. Такимъ образомъ судъ долженъ установить не только сущность спорнаго гражданскоправоваго отношенія (*res in iudicium deducta*), но и сущность процессуальнаго праваго отношенія (*iudicium* a).

Эта двойственность материала, подлежащего разсмотрѣнію въ гражданскомъ процессѣ, служила, по мнѣнію Бюлова, издавна основаніемъ для его расчлененія: она повела за собою раздѣленіе процесса на двѣ части, изъ которыхъ одна была предназначена для изслѣдованія матеріальнаго спорнаго отношенія, другая для повѣрки процессуальныхъ предположеній.

Такъ, въ Римскомъ гражданскомъ процессѣ разсмотрѣнію дѣла по существу (производству *in iudicio*) предшествовало приговорительное производство (*in iure*), которое предназначено было исключительно для установленія процессуальнаго отношенія (*ad constituendum iudicium*).

Въ общегерманскомъ процессѣ, начиная съ постановленій древнѣйшихъ имперскихъ сеймовъ, приговорительное производство большею частью не предшествовало главному производству, а шло рядомъ съ нимъ, не смѣшиваясь однакоже съ нимъ по своему содержанію. Новые же уставы гражданского судопроизводства снова возвратились къ послѣдовательному разграниченію во времени обѣихъ стадій процесса.

Такъ какъ процессуальныя предположенія составляютъ предметъ приговорительной стадіи процесса, то они стоятъ въ тѣснѣйшей связи съ заключительнымъ актомъ ея, каковымъ является *litis contestatio* или *absolutio ab instantia*. Какъ *litis contestatio*, такъ и *absolutio ab instantia* являются результатомъ оцѣнки процессуальнаго отношенія, подобно тому какъ *condemnatio* или *absolutio ab actione* составляютъ результатъ изслѣдованія спорнаго матеріальнаго правоотношенія. — такъ что *litis contestatio* есть положительный, а *absolutio ab instantia* отрицательный отвѣтъ на вопросъ, имѣются ли на лицо условія существованія процессуальнаго отношенія. Только съ этой точки зрѣнія можно, по мнѣнію Бюлова, вполне уяснить себѣ значеніе этихъ процессуальныхъ институтовъ.

Еще производительнѣе, по мнѣнію Бюлова, оказывается разсмотрѣніе процессуальныхъ предположеній для разрѣшенія важныхъ вопросовъ о распредѣленіи въ приговорительной стадіи процесса обязанности по приведенію доводовъ и доказательствъ между истцемъ и отвѣтчикомъ.

Одною изъ глубокихъ чертъ гражданского процесса является раздѣленіе этой обязанности поровну между истцемъ и отвѣтчикомъ. По отношенію къ матеріальному правоотношенію этотъ принципъ прилагается издавна и имѣлъ послѣдствіемъ

разграниченіе исковыхъ фактовъ и возраженій, именно разграниченіе право-производящихъ фактовъ, фактовъ препятствующихъ возникновенію права и уничтожающихъ право. Такого же разграниченія Бюловъ требуетъ и для фактовъ процессуально-правового отношенія. Прежде всего, по его мнѣнію, необходимо съ этою цѣлью опредѣлить, какіе факты процессуальнаго отношенія суть факты, служащіе основаніемъ для процесса, и какіе служатъ препятствіемъ къ его возникновенію. Особенное значеніе имѣетъ, по мнѣнію Бюлова, отграниченіе обстоятельствъ, препятствующихъ процессу. Если, говоритъ онъ, будетъ указано и констатировано въ началѣ процесса отсутствіе одного изъ предположеній процесса, то процессъ совершенно не возникаетъ. Но какъ поступить, спрашиваетъ онъ, въ томъ случаѣ, если этотъ недостатокъ не будетъ замѣченъ и процессъ будетъ доведенъ ко конца? Слѣдуетъ ли его считать недѣйствительнымъ? Слѣдуетъ ли идти въ этомъ отношеніи такъ далеко, чтобы всякій недостатокъ процессуальнаго предположенія считать основаніемъ недѣйствительности процесса? Если вѣтъ, то за которымъ изъ этихъ недостатковъ слѣдуетъ признавать такое свойство? Какія обстоятельства, препятствующія возникновенію процесса суть *impedimenta dirimentia* и какія лишь *impedientia*? Въ чемъ состоитъ принципъ, на которомъ основывается ихъ различіе? Лишь послѣ отвѣта на эти вопросы ученіе объ обстоятельствахъ, дѣлающихъ процессъ недѣйствительнымъ, можетъ получить, по мнѣнію Бюлова, твердое основаніе. »

Свою теорію Бюловъ примѣнилъ къ выясненію существа процессуальныхъ возраженій. Мы не будемъ подробно излагать относящіеся сюда разсужденія Бюлова. Сущность его воззрѣній сводится къ слѣдующему. Всѣ *exceptiones* римскаго права суть возраженія матеріально-правовыя, противопоставляемыя отвѣтчикомъ праву на искъ. Они предъявляются отвѣтчикомъ для защиты противъ исковыхъ притязаній, и правильность ихъ должна быть имъ доказана, что происходитъ въ той стадіи процесса, которая назначена для разсмотрѣнія дѣла по существу. Послѣдствіемъ возраженій является рѣшеніе дѣла по существу¹⁾. Всѣ эти возраженія, такимъ образомъ, нисколько не касались самаго процессуальнаго отношенія и его предпо-

¹⁾ Ibid. S. 284.

ложеній. Вопросъ о наличности послѣднихъ, т. е. вопросъ о томъ, можетъ ли возникнуть процессуальное отношеніе, разрѣшался въ римскомъ правѣ преторомъ въ производствѣ *in jure*. Всѣ относящіеся сюда вопросы возбуждались и разрѣшались или самимъ преторомъ *ex officio*, или же вслѣдствіе заявленій сторонъ. Для возбужденія этихъ вопросовъ не было установлено никакой формы: они возбуждались въ простыхъ заявленіяхъ, дѣлаемыхъ претору, и во всякомъ случаѣ для этого не могла служить ни одна изъ *exceptiones* или другихъ возраженій. Возбужденіе этихъ вопросовъ преторомъ, *ex officio*, или сторонами зависѣло отъ того, имѣли-ли относящіеся сюда процессуальныя правила абсолютный характеръ, или же могли подлежать распоряженію сторонъ. По инициативѣ самого магистрата разрѣшались вопросы: о подвѣдомственности дѣла магистрату, о способности судьи, о способности сторонъ къ процессу и къ веденію судебныхъ дѣлъ, о допустимости гражданско-правового производства для предъявленія притязаній, о соблюденіи установленной формы предъявленія иска и, наконецъ, о времени для производства дѣла. По заявленію тяжущихся возбуждались вопросы о подозрительности судьи, объ обязанности представить обезпеченіе и о подсудности¹⁾.

Смотря по тому, были ли признаны преторомъ процессуальныя предположенія находящимися на лицѣ, или же было установлено отсутствіе ихъ — процессъ или возникалъ (*actionis datio, constitutio iudicii, litis contestatio*), или же былъ издаваемъ декретъ, которымъ процессъ, въ томъ видѣ, какъ онъ былъ начатъ, признавался неспособнымъ быть возбужденнымъ и отвѣтчикъ признавался необязаннымъ къ вступленію въ него (*denegare actionem, iudicium accipere non cogi*²⁾). Производство *in jure* заканчивалось *litis contestatio*. *Litis contestatio* было, такимъ образомъ, моментомъ, въ который, по выраженію Бюлова, констатировано было то, что при помощи соединенной дѣятельности суда и сторонъ и подъ контролемъ и съ одобренія государственнаго чиновника доведено до возникновенія и неизмѣннаго заключенія то отношеніе, которое назначено для того, чтобы поглотить спорное между сторонами гражданско-правовое отношеніе, которое должно выдти изъ

¹⁾ Ibid, S. 292, 293.

²⁾ Ibid, S. 294.

него или въ болѣе твердомъ состояніи, чѣмъ ранѣе, или же какъ ничто ¹⁾). Какъ видно изъ предыдущаго, такимъ образомъ, Римскому праву не были извѣстны процессуальныя эксцепціи, и всѣ вопросы о существованіи вышеупомянутыхъ предположеній процесса возникали не въ формѣ exsertio или какого бы то ни было возраженія, а такъ сказать, безо всякихъ формальностей, простыми заявленіями сторонъ. По мнѣнію Бюлова, для той же цѣли не могутъ служить эксцепціи и въ современномъ процессѣ. Последнее положеніе Бюловъ выводитъ изъ того, что вопросъ о дѣйствительности процессуальнаго отношенія во всемъ его объемѣ, по его мнѣнію, не есть такой вопросъ, разрѣшеніе котораго можетъ быть поставлено въ зависимость отъ произвола тяжущихся, такъ какъ при заключеніи процессуальнаго отношенія дѣло идетъ не о частномъ соглашеніи сторонъ, а о публично правовомъ актѣ, совершившемся при дѣятельномъ участіи суда и подъ авторитетомъ государственной власти, условія дѣйствительности котораго носятъ болѣею частью абсолютный, принудительный характеръ. Вслѣдствіе этого самъ судъ обязанъ наблюдать за тѣмъ, чтобы не было недостатка въ предположеніи процессуальнаго отношенія, не обязанъ выжидать указаній на это со стороны отвѣтчика. Черезъ кого бы ни дошло до суда свѣдѣніе о недостаткахъ процессуальнаго отношенія, онъ одинаково обязанъ принимать его въ соображеніе ²⁾). Изъ сказаннаго Бюловъ также дѣлаетъ тотъ выводъ, что сущность процессуальнаго правоотношенія не совпадаетъ съ понятіемъ о возраженіи, не находитъ себѣ мѣста въ последнемъ, а потому желающему удержать теорію эксцепцій остается, по мнѣнію его, слѣдующій выборъ: или, вмѣсто того, чтобы ограничивать понятіе о возраженіи тѣмъ, что отвѣтчикъ долженъ сказать и доказать суду, распространить его на все, что отвѣтчикъ скажетъ случайно; или утверждать, что никакія процессуальныя правила не имѣютъ абсолютнаго значенія и что не существуетъ ничтожности (Nichtigkeit) процесса при нарушеніи процессуальнаго права; однимъ словомъ, придется допустить или смѣшное понятіе о возраженіи, или же чисто конвенціональ-

¹⁾ Ibid. S. 296.

²⁾ Ibid. S. 303 ff.

ный процесс¹⁾. Въ тѣсной связи съ только что сказаннымъ стоитъ вопросъ объ обязанности доказыванія; возраженіе есть утвержденіе о какихъ либо обстоятельствахъ, которыя отвѣтчикъ долженъ привести, указать суду для того, чтобы они были приняты имъ въ соображеніе. Если эти обстоятельства спорны, то они должны быть подтверждены доказательствами. Отсюда слѣдовало бы, по мнѣнію Бюлова, что если бы понятіе о процессуальныхъ предположеніяхъ заключалось въ понятіи о возраженіяхъ, то на истца не лежало бы обязанности доказывать наличность процессуальныхъ предположеній, а наоборотъ на отвѣтчикѣ лежала бы обязанность доказывать отсутствіе ихъ; на примѣръ, отъ истца нельзя было бы требовать представленія полномочія, а наоборотъ отъ отвѣтника нужно было бы требовать подтвержденія его отсутствія²⁾. Только съ оставленіемъ теоріи процессуальныхъ возраженій, по мнѣнію Бюлова, могутъ быть разрѣшены по поводу каждаго отдѣльнаго процессуальнаго предположенія вопросы о томъ, на истца или на отвѣтчикѣ должна лежать обязанность доказыванія.

Отвѣты на эти вопросы могутъ быть получены при помощи специальныхъ изслѣдованій въ области компетенціи, способности суда, процессуальной легитимаци и т. д.; но первымъ условіемъ для этого должно быть, чтобы всѣ эти ученія разсматривались съ точки зрѣнія процессуальнаго отношенія и предположеній процесса и чтобы процессуальныя возраженія были совершенно выброшены изъ системы гражданскаго процесса.

Такова теорія Бюлова. При чтеніи разсужденій Бюлова возникаютъ, думаемъ мы, слѣдующіе вопросы: 1) если процессъ есть отношеніе, то кто его субъекты? между кѣмъ и кѣмъ оно возникаетъ; на комъ и какія лежатъ обязанности и кому и какія принадлежатъ права, а также что составляетъ предметъ его? Бюловъ думаетъ, что процессъ есть не только правоотношеніе, но извѣстное производство, дѣятельность, благодаря которой процессуально-правовое отношеніе находится въ постоянномъ движеніи. Спрашивается: какая связь между про-

¹⁾ Ibid. S. 303—305.

²⁾ Ibid. S. 307.

цессуальнымъ правоотношеніемъ и этой дѣятельностью? Есть ли процессъ единое отношеніе или совокупность нѣсколькихъ? Если это есть отношеніе единое, то является ли оно таковымъ при соединеніи нѣсколькихъ лицъ на сторонѣ истца или отвѣтчика?

Теорія Канштейна. Въ своемъ сочиненіи, написанномъ подѣ влияніемъ теоріи Бюлова, Lehrbuch der Geschichte und Theorie des Oesterreichischen Civilprozessrechts, Канштейнъ съ нѣкоторой нерѣшительностью принимаетъ основное положеніе теоріи Бюлова: „процессъ есть правоотношеніе“. Тѣмъ не менѣ эта теорія, хотя съ нѣкоторымъ колебаніемъ, принимается имъ и кладется въ основаніе всего учебника. Такъ, онъ признаетъ двойственность природы гражданского процесса, который съ одной стороны является правоотношеніемъ, а съ другой движеніемъ процесса (Processgang). Заслугу выясненія этой двойственности онъ приписываетъ, конечно, Бюлову. Сущность процесса Канштейнъ объясняетъ слѣдующимъ образомъ: гражданскій процессъ, говоритъ онъ, есть прежде всего и по своему проявленію производство — Verfahren, которое состоитъ изъ слѣдующихъ одна за другимъ и смѣняющихъ другъ друга дѣйствій лица, заявляющаго требованіе (истца, взыскателя), суда и отвѣтчика. Въ то же время процессъ есть (или скорѣе основывается) взаимное отношеніе субъектовъ процесса: сторонъ и суда, съ каковымъ отношеніемъ законъ связываетъ права и обязанности. Это отношеніе есть частью публично-правовое, частью же частно-правовое. Отношеніе суда, какъ органа государства, къ сторонамъ и къ предмету процесса, точно также, какъ и отношеніе сторонъ къ суду есть отношеніе публично-правовое, а потому относящаяся сюда законныя предписанія неизмѣнны и приводятся въ исполненіе судомъ ex officio. Отношеніе сторонъ другъ къ другу и къ предмету процесса есть гражданско-правовое, а потому подлежащее распоряженію сторонъ. Процессуальное правоотношеніе отличается отъ другихъ правоотношеній не только этой двойственностью своей природы, но также и тѣмъ, что оно до достиженія своей конечной цѣли, т. е.: до постановленія судомъ опредѣленія о признаніи правильнымъ предъявленнаго гражданско-правоваго притязанія или до принудительнаго осуществленія его, развивается, переходя въ своемъ развитіи съ одной ступени на другую. Въ связи съ этимъ раз-

не м.
сторк
меніе
мил
суде

витієм процессуально-правового отношенія стоитъ постоянно подвигающееся впередь, постоянно вновь наступающее измѣненіе его, совершаемое смѣняющими одно другое дѣйствіями сторонъ и суда. Но хотя, продолжаетъ Канштейнъ, processуально-правовое отношеніе сторонъ движется, находясь въ постоянномъ развитіи и даже можетъ сдѣлаться совершенно обратнымъ, такъ какъ истецъ становится часто отвѣтчикомъ и наоборотъ, тѣмъ не менѣе, по отношенію къ главному процессу, процессуальное правоотношеніе остается одно и тоже единое (einheitliches), преслѣдуетъ опредѣленную цѣль и отправляется отъ единого основанія, такъ какъ искъ ему указываетъ цѣль и направленіе ¹⁾.

Относительно вопроса о томъ, какимъ дѣйствіемъ устанавливается процессуально-правовое отношеніе, Канштейнъ говоритъ слѣдующее: въ то время какъ искъ является важнѣйшимъ основаніемъ процесса, отрицаніе существованія того правоотношенія, которое предъявлено въ искѣ, является тѣмъ моментомъ, который приводитъ процессъ къ его возникновенію, устанавливаетъ процессуально-правовое отношеніе ²⁾. Въ указанный моментъ возникаетъ, по мнѣнію Канштейна, такъ называемый имъ процессъ въ тѣсномъ смыслѣ, понимая подъ этимъ выраженіемъ правовой споръ (Rechtsstreit); но онъ находитъ невозможнымъ понимать процессуальное юридическое отношеніе въ стадіи изслѣдованія дѣла въ этомъ узкомъ значеніи, такъ какъ при этомъ были бы оставлены безъ вниманія такіе случаи, въ которыхъ искъ разрѣшается не на основаніи правового спора, ибо искъ можетъ быть немедленно по предъявленіи устраненъ судомъ вслѣдствіе недостатка процессуальныхъ предположеній и т. д.

Вслѣдствіе этого Канштейнъ допускаетъ, что processуальное правоотношеніе въ стадіи изслѣдованія дѣла возникаетъ съ предъявленіемъ иска. Сущность юридическаго отношенія, возникающаго въ этой стадіи процесса, по мнѣнію Канштейна, слѣдующая: оно является, главнымъ образомъ, нормированнымъ закономъ, спорнымъ правоотношеніемъ сторонъ, которое возникаетъ передъ судомъ и подъ его руководствомъ (Leitung)

¹⁾ Названн. сочинен. стр. 3—5.

²⁾ Ibid. S. 6.

вслѣдствіе смѣняющихся одно другое и слѣдующихъ одно за другимъ процессуальныхъ дѣйствій сторонъ и суда; благодаря этимъ же дѣйствіямъ, оно развивается и, наконецъ, по общему правилу заканчивается судебнымъ рѣшеніемъ ¹⁾. Въ томъ случаѣ, когда не возникаетъ спора между сторонами, отношеніе между ними естественно должно быть иное. По мнѣнію Канштейна, въ этомъ случаѣ на мѣсто спорнаго правоотношенія является другое правоотношеніе, которое не развивается, переходя со ступени на ступень, какъ спорное, но возникаетъ сразу.

Такъ какъ всякое правоотношеніе состоитъ изъ правъ и обязанностей, то Канштейнъ указываетъ и тѣ права и обязанности, изъ которыхъ состоитъ процессуальное правоотношеніе. По мнѣнію Канштейна, на судѣ (оставляя въ сторонѣ обязанности по должности, какъ то: соблюдать законы, соблюдать непристрастіе, хранить тайну и исполнять свои обязанности безъ проволочекъ) лежатъ слѣдующія процессуальныя обязанности: доставленіе возможности защиты, веденіе состязанія согласно съ закономъ и постановленіе рѣшенія согласно съ закономъ. На сторонахъ лежатъ слѣдующія обязанности: соблюденіе установленныхъ закономъ формъ процессуальныхъ дѣйствій; своевременное совершеніе процессуальныхъ дѣйствій; послушаніе приказаніямъ суда, входящимъ въ кругъ его служебной дѣятельности; выясненіе сущности своихъ требованій (Substanziierung der Anträge), т. е. приведеніе основаній требованія; установленіе истинности правопроизводящихъ фактовъ, служащихъ основаніемъ требованію; упорствованіе (Verharrung) въ процессуальныхъ дѣйствіяхъ, согласныхъ съ закономъ съ момента правильнаго сообщенія ихъ противной сторонѣ; наконецъ, обязанность давать показаніе (Zeugnispflicht) и выдавать доказательства (Editionspflicht).

Сравнивая приведенныя объясненія Канштейна относительно сущности процесса съ теоріей Бюлова, нельзя не видѣть, что Канштейнъ допускаетъ существенныя отступленія отъ послѣдней.

1) Терминъ „юридическое отношеніе“ Канштейнъ понимаетъ частью такъ-же какъ и Бюловъ, частью же иначе, что

¹⁾ Ibid. В. II. S. 4.

стоитъ въ связи съ тою оговоркою, которую дѣлаетъ Канштейнъ, что процессъ есть или, скорѣе, производитъ отноше-
ніе. Когда онъ говоритъ, что процессуальное отноше-
ніе возникаетъ при извѣстныхъ условіяхъ и затѣмъ развивается и измѣ-
няется подъ вліяніемъ дѣятельности сторонъ и суда, то онъ
также, какъ и Бюловъ, представляетъ себѣ процессъ, какъ
нѣчто законченное, т. е. возникшее, цѣльное, единое и вмѣстѣ
съ тѣмъ подлежащее дальнѣйшему развитію. Употребляя вы-
раженіе „юридическое отноше-
ніе“ для сущности процесса, Бюловъ и Канштейнъ, въ указанномъ мѣстѣ, очевидно, пред-
ставляютъ себѣ процессъ, какъ юридическое отноше-
ніе, имѣющее самостоятельное существованіе и заключающее въ себѣ
элементы такого отношенія, т. е. права, соотвѣтствующія
имъ обязанности, субъекта права, субъекта обязанности и
объектъ¹⁾. Но когда Канштейнъ говоритъ, что въ процессѣ
возникаютъ отношенія двоякаго рода: публично-правовыя и
частно-правовыя, то подъ „отношеніемъ“, онъ понимаетъ здѣсь
нѣчто иное, чѣмъ въ только что указанномъ мѣстѣ и въ теоріи
Бюлова. Въ самомъ дѣлѣ, въ отношеніи сторонъ между собою
и къ предмету спора, а также въ отношеніи сторонъ къ суду,
очевидно, нѣтъ тѣхъ элементовъ, которые должно было бы
имѣть отноше-
ніе — процессъ, по мысли Бюлова и по мысли
самого Канштейна, въ вышеуказанномъ случаѣ. Эти отношенія
тяжущихся и суда между собою и къ предмету спора неизмѣ-
нны: относительно ихъ нельзя сказать, что они движутся, раз-
виваются — они всегда остаются одни и тѣже. Вслѣдствіе этого
они не могутъ служить съ точки зрѣнія самого Канштейна
элементами отношенія — процесса (хотя онъ считаетъ ихъ та-
ковыми). Въ самомъ дѣлѣ, какъ можетъ отноше-
ніе — процессъ, если оно состоитъ изъ такихъ элементовъ, измѣняться, разви-
ваться и даже становиться обратнымъ, какъ это допускаетъ
Канштейнъ? Эти отношенія остаются одинаковыми, неизмѣнными
во всѣхъ стадіяхъ процесса, а отсюда прямой выводъ, что и
процессъ — отноше-
ніе не можетъ измѣняться. Наконецъ, Кан-
штейнъ считаетъ процессомъ въ собственномъ смыслѣ правовой
споръ, но указанныя отношенія, очевидно, существуютъ до его

¹⁾ Коркуновъ. Лекціи по общей теоріи права, стр. 132.

возникновения, а следовательно и съ этой точки зрѣнія они не могутъ быть элементами процесса — отношенія. Указанное противорѣчье въ теоріи Канштейна объясняется тѣмъ, что онъ, полагая, что процессъ скорѣе основываетъ отношенія, чѣмъ самъ по себѣ есть отношеніе, тѣмъ не менѣе выясняетъ сущность процесса, кладя въ основаніе дальнѣйшихъ разсужденій теорію Бюлова.

2) Сравнимъ воззрѣнія Бюлова и Канштейна относительно момента возникновения процесса.

Изъ словъ Бюлова, что процессъ приходитъ къ полному заключенію въ моментъ *litis contestatio*, можно вывести то заключеніе, что онъ подъ процессомъ понимаетъ правовой споръ. Противъ такого пониманія процесса возстаетъ Дрехслеръ¹⁾. По мнѣнію послѣдняго, Бюловъ слишкомъ ограничиваетъ понятіе процесса, указывая начало для него съ момента *litis contestatio*, которая основывала спорное правоотношеніе между сторонами и судомъ.

92) Употребленіе выраженія „процессъ“ въ этомъ смыслѣ противорѣчить, по мнѣнію Дрехслера, теоріи, защищаемой самимъ Бюловомъ. Юридическій языкъ, говоритъ Дрехслеръ, нуждается въ имени для обозначенія всего юридическаго учрежденія, служащаго охраненію оспоренныхъ правъ, и такимъ именемъ издавна, какъ въ практикѣ, такъ и въ законѣ служитъ слово „процессъ“. Но если, вмѣстѣ съ Бюловомъ, употреблять это выраженіе, какъ техническое для обозначенія вышеуказаннаго спеціальнаго отношенія, то изъ понятія процесса будетъ исключено не только все производство, иногда обширное, по разсмотрѣнію вопроса о процессуальныхъ предположеніяхъ, но и вообще все производство по возстановленію нарушенныхъ правъ, которое не ведетъ или не можетъ вести къ оспариванію исковыхъ притязаній. Употребленіе въ указанномъ смыслѣ слова „процессъ“ повлекло бы за собою, по мнѣнію Дрехслера, смѣшеніе понятій *процессъ* и *правовой споръ*, тогда какъ эти понятія совершенно различны, что видно изъ того, что каждый правовой споръ предполагаетъ процессъ, но не всякій процессъ предполагаетъ правовой споръ. Вслѣдствіе этого слѣ-

¹⁾ Drechsler. Ueber die Begriffe: «Civilprozess» und «Rechtsstreit». Arch. f. Civ. Pr. T. 62. S. 415. ff.

дуетъ отличать, по его мнѣнію, начало процесса отъ начала спора ¹⁾.

Бюловъ, повидимому, былъ знакомъ съ возраженіями Дрехслера, и во всякомъ случаѣ совершенно измѣнилъ въ послѣдствіи свое мнѣніе относительно момента возникновенія процесса. Это ясно выражено имъ въ его статьѣ Civilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten ²⁾. „На мѣсто принципа двусторонности древней litis contestatio“, говоритъ здѣсь Бюловъ, „въ современномъ правѣ явился принципъ односторонняго установленія процесса“. „Такимъ образомъ, продолжаетъ онъ, современная дѣятельность, устанавливающая процессъ, т. е. современная litis contestatio состоитъ исключительно въ возбужденіи иска (Klageerhebung), т. е. въ подачѣ (Anstellung) прошенія и сообщенія иска отвѣтчику ³⁾. Вступленіе отвѣтчика въ отвѣтъ (Einlassung) есть, какъ и ранѣе было, весьма важное процессуальное дѣйствіе; но оно не составляетъ болѣе элемента дѣятельности, основывающей процессъ, и не принадлежитъ болѣе къ современной litis contestatio: оно отодвинулось за моментъ установленія процесса и стало частью производства in iudicio и дѣйствіемъ факультативнымъ“ ⁴⁾. Высказываемый здѣсь Бюловомъ взглядъ на значеніе litis contestatio существенно отличается отъ взгляда, высказаннаго имъ по тому же поводу въ изслѣдованіи „Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen“. Это сознаетъ самъ Бюловъ, который утверждаетъ, вмѣстѣ съ тѣмъ, что въ томъ же сочиненіи имъ было высказано также и болѣе правильное мнѣніе о сущности litis contestatio. „Въ своемъ сочиненіи die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen, я самъ толковалъ litis contestatio, говоритъ онъ, какъ двухсторонній актъ (стр. 27), хотя впрочемъ въ томъ же сочиненіи въ другомъ мѣстѣ совершенно ясно проглядываетъ вѣрное представленіе: по римскому праву вступленіе отвѣтчика въ процессъ (judicium accipere) принадлежало къ условіямъ процесса, но въ настоящее время оно не имѣетъ такого значенія влѣдствіе измѣнившагося принципа контума-

¹⁾ Drechsler, *ibid.* S. 415 ff.

²⁾ Archiv f. d. Civilist. Praxis, B. 62.

³⁾ *Ibid.* S. 22.

⁴⁾ *Ibid.* S. 22 ff.

ціи“¹⁾. Крім прямого свідѣтельства самого Бюлова о томъ, что онъ измѣнилъ свое мнѣніе о значеніи *litiscontestatio* въ современномъ процессѣ, это подтверждается еще тѣмъ, что статья Дрехслера, въ которой онъ дѣлаєть приведенное выше возраженіе противъ теоріи Бюлова, помѣщена въ журналъ, въ изданіи котораго принимаєть участіе Бюловъ (*Archiv für die Civilistische Praxis*), причеиъ послѣдній, въ одномъ изъ примѣчаній своей статьи (*Civilprozess. Fictionen*), обѣщаєть публикѣ появленіе статьи Дрехслера, считаєть её, слѣдовательно, дополняющею его собственное изслѣдованіе²⁾. Мы съ своей стороны находимъ, что Бюловъ поступиль совершенно правильно, измѣнивши свой взглядъ относительно момента возникновенія процесса. По нашему мнѣнію, теорія его, до этого измѣненія, имѣла еще тотъ недостатокъ, что въ ней представленіе о процессѣ, какъ юридическомъ отношеніи, страдало двойственностью³⁾: съ одной стороны процессъ представлялся возникающимъ въ моментъ предъявленія иска, а съ другой—получающимъ полное возникновеніе лишь въ моментъ *litiscontestatio*. Такъ какъ вступленію отвѣтника въ отвѣтъ не можетъ быть придано значеніе условія, то естественно, что если процессъ, какъ юридическое отношеніе, долженъ былъ возникнуть въ моментъ предъявленія иска, то и долженъ былъ возникнуть, съ предъявленіємъ послѣдняго, окончательно. Это обстоятельство Бюловъ обходилъ въ прежней своей теоріи тѣмъ, что придавалъ отношенію—процессу, такія свойства, которыя, по общепринятому, а также и по его мнѣнію, чужды юридическому отношенію, а именно: онъ считаєть отношеніе—процессъ возникающимъ не сразу, а развивающимся послѣ своего возникновенія, переходящимъ послѣ своего возникновенія съ одной ступени на другую прежде чѣмъ дойдетъ до окончательнаго возникновенія. Эти недостатки первоначальной теоріи были сглажены Бюловомъ отнесеніємъ момента возникновенія процесса къ моменту предъявленія иска. Но, внося это измѣненіе въ свою теорію, онъ не обратилъ вниманія на то, что это

¹⁾ Ibid. S. 26, № 22.

²⁾ S. 20 f.

³⁾ Имъ допускалось дѣленіе процесса на процессъ въ болѣе отдаленномъ смыслѣ и *judicium*. Противъ такого дѣленія процесса см. ниже.

новое положеніе не согласуется съ прежнею теоріею. Въ самомъ дѣлѣ, Бюловъ утверждаетъ, что въ процессѣ¹⁾ судъ долженъ установить не только сущность спорнаго матеріальнаго отношенія, но и сущность процессуально-правоваго отношенія. Последнее могло возникнуть лишь послѣ разрѣшенія судомъ въ утвердительномъ смыслѣ вопроса о наличности процессуальныхъ предположеній. Въ римскомъ правѣ время формулярной системы этотъ вопросъ разрѣшался въ производствѣ in iure. Въ новомъ процессѣ, по прежней теоріи Бюлова, этому производству соответствовало производство въ стадіи процесса между предъявленіемъ иска и установленіемъ litiscontest. Такимъ образомъ, по прежней теоріи Бюлова имѣлась, по крайней мѣрѣ, въ виду стадія процесса, въ которой долженъ былъ разрѣшаться вопросъ о наличности процессуальныхъ предположеній; но съ отнесеніемъ момента возникновенія процесса къ моменту предъявленія иска, эта стадія, естественно, должна была уничтожиться. Кроме того, если процессъ возникаетъ сразу въ моментъ предъявленія иска, то онъ возникаетъ, слѣдовательно, въ силу предъявленія иска и, въ противоположность прежней теоріи, безъ провѣрки со стороны суда наличности процессуальныхъ предположеній²⁾. Такимъ образомъ, измѣненіе взгляда относительно момента возникновенія процесса ведетъ къ послѣдствіямъ, которыя стоятъ въ прямомъ противорѣчій съ прежнею теоріею Бюлова, одно изъ основныхъ положеній которой есть то, что судъ³⁾ „устанавливаетъ не только сущность матеріально-правоваго отношенія, но и сущность процессуально-правоваго отношенія“. Кроме сказаннаго, несомнѣстимость новаго взгляда съ прежнею теоріею Бюлова видна будетъ еще изъ слѣдующаго: если процессъ есть юридическое отношеніе, то отсюда прямой выводъ, что всѣ процессуальныя дѣйствія могутъ совершаться лишь субъектами процесса, что они будутъ дѣйствительны, если совершены субъектами процессуальнаго отношенія, т. е. лишь при томъ условіи, если процессуальное отношеніе дѣйствительно возникло. Отождествляя процессъ съ

¹⁾ Ср. Menger, System des Oesterr. C. Pr. R. S. 272.

²⁾ Или же съ провѣркою, но внѣ всякаго процесса, даже въ отдаленнѣйшемъ смыслѣ.

³⁾ Конечно въ процессѣ, потому что процессуальное отношеніе (хотя и въ отдаленномъ смыслѣ) предполагается уже возникшимъ.

правовымъ споромъ, Бюловъ утверждалъ, что судъ для того, чтобы имѣть возможность установить сущность спорнаго матеріальнаго отношенія (или иначе, чтобы рѣшить дѣло по существу), долженъ прежде установить сущность процессуальнаго отношенія (т. е. рѣшить вопросъ о томъ, имѣются ли на лице предположенія процессуальнаго отношенія, возникло ли оно). Этотъ послѣдній вопросъ разрѣшался, по прежней теоріи Бюлова, въ процессѣ, въ отдаленномъ смыслѣ. Но когда Бюловъ отказался отъ отождествленія процесса съ правовымъ споромъ и включилъ въ процессъ и дѣятельность суда по разрѣшенію вопроса о наличности процессуальныхъ предположеній¹⁾, то тѣмъ самымъ призналъ, что существованіе процессуальнаго отношенія (или иначе наличность процессуальныхъ предположеній) есть условіе для дѣйствительности всей дѣятельности суда, слѣдовательно, какъ по установленію сущности спорнаго матеріальнаго отношенія, такъ и по рѣшенію вопроса о наличности предположеній процесса. Такимъ образомъ, послѣ отнесенія момента возникновенія процесса къ моменту предъявленія иска, Бюловъ долженъ былъ бы утверждать, что установленіе сущности процессуальнаго отношенія необходимо не только для того, чтобы было возможно установить сущность матеріально-правоваго отношенія, но и для того, чтобы было возможно установить сущность самаго процессуальнаго отношенія. Отсюда слѣдуетъ, что если судъ признаетъ процессуальное отношеніе невозникшимъ, то опредѣленіе его объ этомъ будетъ недѣйствительнымъ, потому что судъ постановилъ его, не будучи субъектомъ процессуальнаго отношенія, такъ какъ послѣднее не возникло. Получается такимъ образомъ *serge vicieux*, изъ котораго нѣтъ выхода.

(92) Канштейнъ въ своемъ позднѣйшемъ сочиненіи *Das Civilprozessrecht* придерживается прежней теоріи Бюлова: процессуальное отношеніе, по его мнѣнію, основывается уже черезъ предъявленіе иска, но процессуальное правоотношеніе въ собственномъ смыслѣ, какъ судебное спорное правоотношеніе, возникаетъ вслѣдствіе дѣятельности троихъ субъектовъ процесса, именно: подачи истцемъ исковаго прошенія, вызова въ судъ отвѣтчика и оспариванія со стороны послѣдняго исковыхъ

¹⁾ Это можно видѣть изъ сличенія первоначальной теоріи Бюлова и новаго мнѣнія его съ замѣчаніями Дрехслера. См. объ этомъ также ниже.

притязаній. Онъ различаетъ такимъ образомъ процессъ—отношеніе въ болѣе широкомъ смыслѣ и процессъ въ тѣсномъ смыслѣ (Rechtsstreit). О предположеніяхъ процесса онъ говоритъ, какъ о предположеніяхъ процесса въ собственномъ смыслѣ ¹⁾. Судъ онъ считаетъ однимъ изъ субъектовъ этого отношенія ²⁾. Канштейнъ, такимъ образомъ, отступаетъ отъ взгляда на моментъ возникновенія процесса, принятаго самимъ Бюловомъ, и придерживается прежней его теоріи. Это обстоятельство объясняется, по нашему мнѣнію, тѣмъ, что онъ понималъ, что замѣчанія Дрехслера не могутъ быть согласны съ теоріею Бюлова. Но противъ той конструкціи процесса, которая придана ему Канштейномъ, могутъ быть приведены тѣ же возраженія, которыя сдѣланы Дрехслеромъ противъ первоначальной теоріи Бюлова. Кромѣ того, если съ предъявленіемъ иска возникаетъ процессуальное отношеніе (хотя бы и въ болѣе широкомъ смыслѣ), то должны же существовать и для него какія либо предположенія. Не считать судъ субъектомъ этого отношенія нельзя потому, что тогда, съ точки зрѣнія Канштейна, въ этомъ отношеніи остался бы субъектомъ одинъ истецъ, а если судъ есть субъектъ и этого отношенія, то получится тотъ же *segle visieux*, въ который, какъ мы видѣли, попадаетъ Бюловъ, принявши взглядъ сходный съ взглядомъ Дрехслера ³⁾.

Теорія Гольмстена. Въ сочиненіяхъ профессора Гольмстена теорія Бюлова проведена, на нашъ взглядъ, наиболѣе послѣдовательно. Что можно особенно поставить ему въ заслугу, такъ это то, что онъ одной изъ первыхъ задачъ ставитъ себѣ выясненіе элементовъ юридическаго отношенія—процесса. Это объясняется основнымъ воззрѣніемъ его на догму права, какъ науку, изучающую право со статической точки зрѣнія.

Каждая наука, изучающая свой предметъ со статической точки зрѣнія, говоритъ Гольмстенъ, должна распадаться на двѣ части: на элементы того юридическаго отношенія, которое подлежитъ изслѣдованію, — и моменты развитія юридическаго

¹⁾ Назв. сочин. стр. 142.

²⁾ Ibid. S. 148.

³⁾ Этотъ недостатокъ не чуждъ и прежней теоріи Бюлова, поскольку онъ не чуждъ и теоріи Канштейна. Измѣненіе взгляда относительно момента. I. с. обнаружилъ его яенте.

отношенія. Отъ элементовъ юридическаго отношенія г. Гольмстенъ отличаетъ элементы процесса. Элементы юридическаго отношенія суть: субъекты его, объекты, т. е. дѣйствія субъектовъ, и юридическая связь субъекта съ объектомъ, т. е. права и обязанности; элементы же процесса суть: судъ, стороны и процессуальныя права и обязанности¹⁾ и процессуальныя дѣйствія.

Сущность гражданскаго процесса, по мнѣнію г. Гольмстена, слѣдующая: гражданскій процессъ есть юридическое отношеніе между судомъ съ одной стороны и частными лицами и государственными учреждениями съ другой, имѣющее своею конечною цѣлю признаніе судомъ даннаго гражданскаго права или правомѣрности даннаго фактическаго состоянія по случаю или на случай ихъ нарушенія. Гражданскій процессъ есть, по мнѣнію г. Гольмстена, отношеніе сложное, въ составъ его входятъ отношенія различныя по субъектамъ этихъ отношеній. Юридическія отношенія, образующія собою процессъ, могутъ происходить:

а) между судомъ и частными лицами. Эти отношенія опять происходятъ или: между судомъ съ одной стороны и обладателемъ извѣстнаго гражданскаго права и другими лицами, находящимися съ нимъ въ тѣхъ или другихъ отношеніяхъ, напримѣръ: между судомъ и спорящими сторонами, между нимъ и третьими лицами, представителями;

аа) между судомъ и посторонними лицами, напримѣръ: свидѣтелями, экспертами, обладателями чужихъ документовъ и т. д.

б) между судомъ и государственными учреждениями. Эти отношенія въ свою очередь возможны или: аа) между судами, напр. по поводу взаимной помощи;

бб) между судомъ и административными учреждениями, напр.: по поводу выдачи документа, исполненія рѣшенія и т. д.

Всѣ эти отношенія, говоритъ г. Гольмстенъ, образуютъ собою одно, сложное, причемъ всѣ они, конечно, вызываются или прямо, или косвенно одною необходимостью, одною цѣлью — признаніемъ судомъ даннаго гражданскаго права или правомѣрности даннаго фактическаго состоянія. Изъ ряда ихъ вы-

¹⁾ Гольмстенъ. Учебникъ русскаго гражданскаго судопроизводства стр. (17—18) 20-21.

двигается одно, какъ имѣющее вполнѣ самостоятельное значеніе; по отношенію къ нему остальные играютъ служебную роль. Это, такъ сказать, центральное юридическое отношеніе и называется собственно гражданскимъ процессомъ. Разматривая это центральное отношеніе по его признакамъ, проф. Гольмстенъ находитъ, что это отношеніе есть юридическое, подъ которымъ разумѣется выработанный жизнью комплексъ, совокупность правъ и обязанностей, принадлежащихъ лицамъ, находящимся въ этомъ отношеніи. Каждому праву соотвѣтствуетъ обязанность, а потому и гражданскій процессъ складывается изъ такихъ, соответствующихъ одни другимъ правъ и обязанностей. Такъ какъ процессъ есть отношеніе между судомъ и спорящими сторонами, то, слѣдовательно, процессъ есть совокупность правъ и обязанностей органовъ судебной власти и частныхъ лицъ, такъ что въ процессѣ каждый изъ субъектовъ его имѣетъ извѣстныя права, которымъ соотвѣтствуютъ обязанности каждаго другаго ^{1).}

Моментомъ начала процесса проф. Гольмстенъ считаетъ моментъ предъявленія иска. Онъ находитъ невозможнымъ требовать въ современномъ процессѣ для возникновенія процесса еще оспариванія иска со стороны отвѣтчика (litis contestatio), по тѣмъ же основаніямъ, которыя указаны Буловомъ.

Каждый искъ, по мнѣнію проф. Гольмстена, возбуждаетъ особое самостоятельное процессуальное отношеніе, такъ что если будетъ предъявлено совмѣстно нѣсколько исковъ (при объективномъ или субъективномъ соучастіи), то по каждому иску возникнетъ особое процессуальное отношеніе ^{2).}

Когда процессуальное отношеніе надлежащимъ образомъ возникло, то начинается дальнѣйшее движеніе его. Последнее, по мнѣнію г. Гольмстена, есть ничто иное, какъ последовательное, извѣстному порядку подчиняющееся осуществленіе права и исполненіе обязанностей субъектами процессуальнаго отношенія. Истецъ осуществляетъ рядъ правъ, имѣющихъ цѣлью вызвать признаніе судомъ его права; отвѣтчикъ, если онъ считаетъ нужнымъ вступить въ отвѣтъ — рядъ правъ, имѣющихъ цѣлью непризнаніе права истца; судъ осуществляетъ рядъ правъ

¹⁾ Стр. 2-ая и сл.

²⁾ Ibid. стр. (132) ¹⁵⁴

и исполняетъ рядъ обязанностей, имѣющихъ цѣлью рѣшеніе вопроса о томъ, можно ли за истцемъ признать данное право ¹⁾. Разсматривая подробнѣе права и обязанности сторонъ и суда, г. Гольмстенъ говоритъ по этому поводу, что во всѣхъ моментахъ развитія, стадіяхъ процесса есть множество правъ сторонъ и весьма немного официальныхъ обязанностей суда ²⁾. Вообще обязанности суда онъ дѣлитъ на двѣ категоріи: на обязанности по отношенію къ государству и обязанности по отношенію къ частнымъ лицамъ. Первые суть обязанности официальные, заключающіяся въ совершеніи их officio процессуальныхъ дѣйствій, опредѣленныхъ законами. Исполненіе ихъ основано на требованіи закона непосредственно, такъ что частнымъ лицамъ по отношенію къ нимъ, и то лишь въ нѣкоторыхъ случаяхъ, дано лишь право напоминать суду о необходимости исполнить ту или другую обязанность, но для исполненія ея суду нѣтъ надобности выжидать заявленія сторонъ. Что касается обязанностей втораго рода, то онѣ характеризуются тѣмъ, что каждой такой обязанности суда соотвѣтствуетъ опредѣленное право частного лица, стороны ³⁾. Права сторонъ характеризуются, по мнѣнію г. Гольмстена, тѣмъ, что въ процессѣ нѣтъ и не можетъ быть правъ сторонъ по отношенію другъ къ другу: всѣ права стороны состоятъ въ правѣ *опыствовать или бездѣйствовать* или въ правѣ требовать или не требовать дѣйствій отъ суда. Процессуальныя обязанности не лежатъ на тяжущихся: они имѣютъ только права, а такъ какъ праву одного требовать дѣйствія соотвѣтствуетъ обязанность другаго совершить это дѣйствіе, то, въ виду отсутствія у сторонъ обязанностей, между ними не можетъ быть никакого отношенія ⁴⁾. На судѣ лежатъ, наоборотъ, только обязанности, правъ суда нѣтъ въ процессѣ ⁵⁾. Такимъ образомъ процессъ, по мнѣнію г. Гольмстена, есть отношеніе между судомъ и каждымъ тяжущимся, при чемъ это отношеніе состоитъ изъ правъ сторонъ и соотвѣствующихъ имъ обязанностей суда.

¹⁾ Ibid. стр. (132.) 154.

²⁾ Ibid. стр. (109) 130

³⁾ Ibid. стр. (112) 134

⁴⁾ Ibid. стр. (110) 131.

⁵⁾ Ibid. стр. 114. 134

ibid. II
ibid. I
ibid. II

Говоря о движѣніи гражданско-процессуальнаго отноше-
нія, г. Гольмстенъ разсматриваетъ сначала условія движѣнія
этого отношенія, а затѣмъ переходитъ къ разсмотрѣнію стадій
этого движѣнія. Условіями движѣнія онъ считаетъ: ненаступ-
леніе такихъ обстоятельствъ, благодаря которымъ процессуаль-
ное отношеніе должно прекратиться; ненаступление, въ нѣко-
торыхъ случаяхъ, такихъ обстоятельствъ, благодаря которымъ
судъ теряетъ свою личную или предметную правоспособность,
и, наконецъ, сохраненіе спорнымъ отношеніемъ его внутрен-
няго тождества. Относительно стадій движѣнія г. Гольмстенъ
говоритъ слѣдующее: здѣсь, говоритъ онъ, мы также имѣемъ
дѣло съ условіемъ движѣнія, но не всего процессуальнаго от-
ношенія, а отдѣльныхъ стадій его, т. е. условій, при налич-
ности которыхъ совершается обоснованіе требованій сторонъ
и констатированіе обосновывающихъ фактовъ. Стадій этихъ,
по мнѣнію г. Гольмстена, двѣ: а) фактическое и юридиче-
ское обоснованіе требованій сторонъ и б) констатированіе фак-
товъ и юридическихъ нормъ, обосновывающихъ требованія сто-
ронъ¹⁾, т. е. другими словами: первую стадію составляетъ
приведеніе сторонами фактическихъ и юридическихъ основаній
своихъ притязаній, а вторую — установленіе судомъ существо-
ванія или несуществованія фактическихъ основаній этихъ при-
язаній, являющихся выводомъ изъ доказательствъ, результа-
томъ разсмотрѣнія доказательствъ, представляемыхъ тяжущи-
мися, и идущее рядомъ съ нимъ установленіе юридическихъ
основаній этихъ притязаній, производимое судомъ по собствен-
ному побужденію.

Кромѣ возникновенія и движѣнія гражданскаго процес-
суальнаго отношенія, г. Гольмстенъ говоритъ въ своемъ учеб-
никѣ объ измѣненіи, охраненіи и прекращеніи этого отношенія.

Относительно измѣненія гражданскаго процессуальнаго
отношенія г. Гольмстенъ говоритъ слѣдующее: измѣненіе въ
области юридическихъ отношеній понимается въ томъ смыслѣ,
что благодаря наступленію извѣстныхъ обстоятельствъ, юриди-
ческое отношеніе, не прекращаясь, принимаетъ лишь иной
видъ съ внѣшней стороны сравнительно съ тѣмъ, какой оно
имѣетъ до наступленія этихъ обстоятельствъ. Гражданско-про-

¹⁾ Ibid. стр. (146—147) / 55—60

цессуальное отношеніе, по мнѣнію г. Гольмстена, можетъ измѣниться въ этомъ смыслѣ въ тройкомъ отношеніи: 1) можетъ произойти замѣна первоначальныхъ тяжущихся другими; 2) къ наличнымъ субъектамъ процессуальнаго отношенія могутъ примкнуть другія лица; 3) къ наличному процессуальному отношенію можетъ присоединиться другое ¹⁾.

I отделеіе Замѣна первоначальнаго тяжущагося другими лицами происходитъ въ слѣдующихъ случаяхъ: при замѣнѣ тяжущагося юридическимъ его преемникомъ; при замѣнѣ ненадлежащаго истца или отвѣтчика надлежащимъ; при замѣнѣ первоначальнаго тяжущагося лицомъ, имѣющимъ право на спорное имущество; при замѣнѣ первоначальнаго тяжущагося лицомъ, имѣющимъ съ нимъ нераздѣльное право или нераздѣльную обязанность и, наконецъ, при замѣнѣ первоначальнаго тяжущагося лицомъ, къ которому онъ имѣетъ обратное требованіе ²⁾.

II отделеіе Въ случаяхъ вступленія новыхъ лицъ въ гражданское процессуальное отношеніе г. Гольмстенъ относитъ: вступленіе пособника, представителя и прокурора. Привхожденіе новыхъ исковъ имѣетъ мѣсто, по мнѣнію г. Гольмстена, въ слѣдующихъ случаяхъ: въ случаѣ присоединенія соучастника; въ случаѣ привлеченія къ дѣлу 3-го лица, къ которому сторона имѣетъ обратное требованіе; въ случаѣ вступленія въ процессъ 3-го лица, имѣющаго право на спорное имущество; въ случаѣ предъявленія иска о вознагражденіи за судебныя издержки и, наконецъ, въ случаѣ предъявленія встречнаго иска. Во всѣхъ этихъ случаяхъ, по мнѣнію г. Гольмстена, къ наличному процессуальному отношенію, вслѣдствіе привхожденія новыхъ исковъ, присоединяется другое, вызванное новымъ искомъ, которое и сливается съ нимъ въ одно отношеніе ³⁾.

Глава I Относительно охраненія гражданско-правоваго отношенія г. Гольмстенъ говоритъ слѣдующее: процессъ, говоритъ онъ,

¹⁾ Ibid. стр. (183.) 214 215-223.

²⁾ Ibid. стр. (184—192) Не соглашаясь съ г-мъ Гольмстеномъ относительно возможности, по нашему уставу, замѣны первоначальнаго тяжущагося другимъ лицомъ въ нѣкоторыхъ изъ указанныхъ имъ случаяхъ, мы, тѣмъ не менѣе, оставимъ это безъ возраженія.

³⁾ Ibid. стр. 223-228-235.

Фил. I
Фил. II
есть юридическое отношеніе и какъ таковое долженъ подле-
жать охраненію. Подъ охраненіемъ юридическаго отношенія
разумѣется какъ предотвращеніе, такъ и устраненіе неправомѣрности его, т. е. несоотвѣтствія его тѣмъ юридическимъ нормамъ, которыми оно опредѣляется ¹⁾. Къ способамъ предупредительнаго охраненія гражданско-процессуальнаго отношенія г. Гольмстенъ относитъ указаніе сторонъ на несоблюденіе судомъ его официальныхъ обязанностей, отводы и обезпеченіе иска. Последнее онъ считаетъ обезпеченіемъ исполненія сторонами ихъ обязанностей подчиниться судебному рѣшенію. Способы возстановительнаго охраненія гражданско-процессуальнаго отношенія г-нъ Гольмстенъ различаетъ, смотря по тому, наступаетъ ли необходимость охраненія вслѣдствіе относительной или абсолютной неправомѣрности процесса. Къ способамъ перваго рода онъ относитъ уничтоженіе заочнаго рѣшенія; отмѣну рѣшенія вслѣдствіе указанія на новые факты и доказательства и отмѣну рѣшенія, нарушающаго права третьяго не участвующаго въ дѣлѣ лица. Къ способамъ охраненія процессуальнаго отношенія отъ наступленія абсолютной неправомѣрности его г. Гольмстенъ относитъ съ одной стороны дисциплинарное производство, являющееся субъективнымъ послѣдствіемъ нарушенія судомъ своихъ обязанностей; съ другой — отмѣну какъ частныхъ опредѣленій, такъ и рѣшеній суда, являющихся объективными послѣдствіями нарушенія судомъ своихъ обязанностей. Сюда г. Гольмстенъ относитъ отмѣны частныхъ опредѣленій, а также отмѣну рѣшенія суда первой инстанціи вслѣдствіе обжалованія его въ апелляціонномъ порядкѣ. По мнѣнію г. Гольмстена, въ апелляціонномъ судѣ возникаетъ новое процессуальное отношеніе также между частными лицами и органами судебной власти, развивающееся по тѣмъ же моментамъ, какъ и прежнее отношеніе. Способомъ охраненія этого новаго отношенія служатъ, между прочимъ, отмѣна рѣшенія апелляціонной инстанціи въ кассационномъ порядкѣ. Въ кассационной инстанціи снова возникаетъ процессуальное отношеніе, также развивающееся по тѣмъ же моментамъ, какъ и первое, но охраняемое лишь путемъ предъявленія иска объ убыткахъ, причиненныхъ неправильнымъ рѣ-

¹⁾ Ibid. стр. (219) 252

шеніемъ ¹⁾. Наконецъ, процессуальное отношеніе, по мнѣнію г. Гольмстена, можетъ быть нарушено сторонами, не исполняющими своихъ обязанностей. Сюда г. Гольмстенъ относитъ неисполненіе сторонами обязанностей, вытекающихъ изъ судебного рѣшенія (охраненіемъ процессуальнаго отношенія съ этой стороны служить приведеніе рѣшенія въ исполненіе), недоставленіе документа, необходимаго противной сторонѣ; уклоненіе отъ присяги; нарушение подписки о невыѣздѣ; неявка отвѣтчика къ суду для указанія на средства удовлетворенія истца, наконецъ, нарушение порядка и тишины въ судебномъ засѣданіи ²⁾.

Таковы, по ученію г. Гольмстена, способы охраненія гражданско-процессуальнаго отношенія.

Глава IV Переходимъ къ прекращенію гражданско-процессуальнаго отношенія. Способы прекращенія его г. Гольмстенъ сводитъ къ двумъ категоріямъ: оно прекращается или вслѣдствіе отпаденія повода къ нему, т. е. вслѣдствіе прекращенія спорнаго отношенія между сторонами, или же независимо отъ того.

Безъ прекращенія спорнаго отношенія процессъ можетъ прекратиться или временно, или совершенно. Временнымъ прекращеніемъ процессуальнаго правоотношенія г. Гольмстенъ считаетъ приостановленіе производства, которое наступаетъ вслѣдствіе указанныхъ въ уставѣ гражд. суд. причинъ, какъ то: вслѣдствіе соглашенія тяжущихся, вслѣдствіе предъявленія отвода о подсудности и т. д. Что касается совершеннаго прекращенія процессуальнаго отношенія, то нашъ уставъ называетъ его, говоритъ г. Гольмстенъ, прекращеніемъ, а иногда уничтоженіемъ производства. Совершенное прекращеніе процессуальнаго отношенія наступаетъ по слѣдующимъ основаніямъ: вслѣдствіе обнаруженія отсутствія нѣкоторыхъ абсолютныхъ условій возникновенія процессуальнаго отношенія; вслѣдствіе обнаруженія, по заявленію отвѣтчика, отсутствія нѣкоторыхъ изъ относительныхъ условій возникновенія процесса, по желанію истца и т. д. *Когда по приостановленіи не было издано о возобновленіи*

Процессуальное отношеніе можетъ прекратиться въ силу прекращенія спорнаго отношенія. Спорное отношеніе г. Гольмстенъ называетъ иначе искомымъ отношеніемъ или искомъ въ

¹⁾ Ibid. стр. 219—263. 252-315

²⁾ Ibid. стр. 265—271. 235-

матеріальномъ смыслѣ. Оно служитъ поводомъ возникновенія процессуальнаго отношенія, такъ какъ цѣль послѣдняго — призваніе нарушеннаго и оспореннаго права. Процессуальное отношеніе возникаетъ по поводу спорнаго матеріальнаго правоотношенія¹⁾. Съ отпаденіемъ этого повода должно прекратиться и самое процессуальное отношеніе, такъ какъ оно теряетъ подъ собою всякую почву. Вслѣдствіе этого способы прекращенія спорнаго правоотношенія являются вмѣстѣ съ тѣмъ и способами прекращенія процессуальнаго отношенія.

Раздѣлъ II Въ своемъ учебникѣ г. Гольмстенъ не ограничивается анализомъ процессуальнаго отношенія. „Познаніе процесса, какъ юридическаго явленія, будетъ неполнымъ, говоритъ онъ, безъ указанія на ту внѣшнюю форму, въ которую укладывается процессуальное правоотношеніе“. Онъ считаетъ поэтому необходимымъ рассмотреть ту, по его выраженію, формальную обстановку, при которой осуществляются права и обязанности, ту оболочку, въ которую облекаются процессуальныя дѣйствія, какъ объекты правъ и обязанностей. Совокупность формальныхъ дѣйствій, говоритъ г. Гольмстенъ, называется судопроизводствомъ или проще производствомъ²⁾.

Вслѣдствіе этого онъ излагаетъ далѣе порядокъ производства въ низшихъ инстанціяхъ и порядокъ исполненія судебныхъ рѣшеній, (по его выраженію, порядокъ производства въ исполнительной инстанціи).

Изложивши теорію г. Гольмстена, перейдемъ къ разсмотрѣнію и оцѣнкѣ ея.

Вотъ основныя положенія его теоріи: процессъ есть юридическое отношеніе, или иначе комплексъ правъ и обязанностей сторонъ и суда. Оно должно, поэтому, имѣть всѣ элементы юридическаго отношенія. По Бюлову процессъ есть отношеніе движущееся, переходящее съ одной ступени на другую. Гольмстенъ остается и въ этомъ отношеніи вѣренъ теоріи Бюлова и видитъ движеніе процессуальнаго отношенія въ послѣдовательномъ осуществленіи права и исполненіи обязанностей субъектами процесса. Въ процессѣ, кромѣ юридическаго отношенія, подмѣчается дѣятельность его субъектовъ. Связь

¹⁾ Ibid. стр. 116.

²⁾ Ibid. стр. (271) 3/5

между ними г. Гольмстенъ устанавливаетъ тѣмъ, что признаетъ дѣйствіа объектомъ правъ и обязанностей. Дѣйствіе, составляющее объектъ права, должно быть строго опредѣлено и должно, конечно, находиться въ полномъ соответствии съ самымъ правомъ, которому оно служитъ объектомъ. Г. Гольмстенъ достигаетъ этого тѣмъ, что присваиваетъ отношенію — процессу известную цѣль (признаніе судомъ права).

Мы видимъ такимъ образомъ, что всѣ отдѣльныя положенія теоріи г. Гольмстена логически вытекаютъ изъ основнаго положенія теоріи Бюлова. Но мы видимъ также, что этотъ юристъ, не смотря на стремленіе возможно менѣе уклоняться отъ теоріи Бюлова, какъ она выражена имъ самимъ, долженъ былъ допустить существенныя отступленія отъ нея и выставить такія положенія, которыя не согласуются съ нею.

*Opferlok,
Eidemann,
Bayer.*

Разсмотримъ ближе отдѣльныя положенія теоріи Гольмстена. По общепринятому мнѣнію, предметомъ процесса служатъ спорное матеріальное отношеніе. Это значитъ, что на разрѣшеніе его направлены процессуальныя дѣйствія. Г. Гольмстенъ, съ своей точки зрѣнія, не могъ допустить такого отношенія между процессомъ и спорнымъ матеріальнымъ отношеніемъ; онъ справедливо замѣчаетъ, что такое отношеніе между ними можетъ быть лишь при томъ условіи, если процессъ опредѣляется, какъ система дѣйствій¹⁾. Онъ находитъ, что спорное матеріальное отношеніе не можетъ быть предметомъ процессуальнаго отношенія, потому что предметомъ правъ и обязанностей могутъ быть только дѣйствія субъектовъ процессуальнаго отношенія. Съ этимъ мнѣніемъ нельзя не согласиться. Дѣйствительно, спорное матеріальное отношеніе не можетъ служить объектомъ какого бы то ни было правоотношенія, такъ какъ не имѣетъ необходимыхъ для того свойствъ, не будучи ни тѣлесной вещью, ни самостоятельнымъ правомъ, ни дѣйствіемъ.

*Daselbst
и Малосевъ*

Сознавая невозможность признать спорное матеріальное правоотношеніе предметомъ (объектомъ) процессуальнаго отношенія, г. Гольмстенъ, вмѣстѣ съ тѣмъ, не могъ однакоже обойти молчаніемъ вопроса о томъ, въ какомъ отношеніи стоитъ къ (процессу — правоотношенію) спорное матеріальное отношеніе,

¹⁾ Ibid. стр. (11) 255 *признавая формальна.*

*Козловъ 136: Объектомъ права л. б. все же, что субъектъ средствъ осуществленія
разрешаемому правому интересамъ. Но все наши интересы осуществлены
не иначе, какъ въ полномъ какой ниб. см. По этому поводу можно сказать,
что объектомъ правъ служатъ сами. По этому же случаю, субъектъ
средствъ осуществленія нашихъ интересовъ, въ большинствѣ случаевъ въ са-
мостоятельномъ дѣйствіи. По этому, и въ интересахъ незначительнаго
свои или чужде, единственно и какъ предметъ объектомъ правъ.*

такъ какъ назначеніе процесса есть именно разрѣшеніе вопроса о существованіи или несуществованіи права, состоящаго въ спорѣ. Этотъ вопросъ онъ разрѣшаетъ слѣдующимъ образомъ: онъ ставитъ спорное матеріальное правоотношеніе не въ прямую, непосредственную связь съ процессуальнымъ правоотношеніемъ, а связываетъ ихъ черезъ посредство дѣйствій сторонъ и суда: предметомъ процессуальнаго правоотношенія онъ считаетъ дѣйствія сторонъ и суда, а предметомъ послѣднихъ — спорное матеріальное правоотношеніе. Но это соотношеніе, по мнѣнію г. Гольмстена, не имѣетъ значенія ни для внутренняго анализа процесса, ни для системы его. Кромѣ этой посредственной связи между процессомъ — правоотношеніемъ и спорнымъ матеріальнымъ правоотношеніемъ, г. Гольмстенъ видитъ между ними и непосредственное соотношеніе, которое состоитъ, по его мнѣнію, въ томъ, что второе служитъ поводомъ къ возникновенію и дальнѣйшему существованію перваго ¹⁾. Юридическое отношеніе между частными лицами, сторонами и судомъ, говоритъ онъ въ своемъ учебникѣ, возникаетъ всегда по поводу существующаго между сторонами матеріальнаго правоотношенія. Но мы думаемъ, что матеріальное правоотношеніе не можетъ служить поводомъ къ возникновенію процесса. Поводомъ, или иначе, побудительной причиной можетъ служить только измѣненіе состоянія, новое явленіе, въ данномъ случаѣ нарушеніе права. Кромѣ того, выраженіе: „по поводу матеріальнаго отношенія“ только и можетъ состояться процессуальное отношеніе“ ²⁾, весьма не точно и въ сущности не даетъ никакого представленія о соотношеніи матеріальнаго и процессуальнаго отношеній ³⁾, такъ какъ по поводу какого либо явленія могутъ быть совершены весьма различныя дѣйствія, которыя будутъ имѣть съ явленіемъ, послужившимъ поводомъ къ нимъ, весьма различную связь. Наконецъ, замѣчаніе Гольмстена не устраняетъ и не разрѣшаетъ вопроса о томъ, съ какою цѣлью возбуждается процессъ по отношенію къ матеріальному праву и каково соотношеніе между послѣднимъ и

«Разрѣшеніе матеріальнаго правоотношенія является целью тѣхъ дѣйствій, которыя суть предметъ правъ и обязанностей, входящихъ въ составъ процессуальныхъ отношеній — таково внутреннее соотношеніе»

¹⁾ Принципъ тождества стр. 12. 255

²⁾ Учебникъ стр. (116.) 137

³⁾ При томъ по поводу чего либо могутъ быть совершены дѣйствія, а не возникнуть явленія (правоотношеніе).

возникшимъ уже процессомъ? На основаніи того опредѣленія, которое Гольмстенъ даетъ процессу, послѣдній вопросъ долженъ быть разрѣшенъ, думаемъ мы, въ томъ смыслѣ, что матеріальное отношеніе составляетъ предметъ процессуальнаго.

138 Такимъ образомъ мы видимъ, что г. Гольмстенъ не установилъ точно связи между процессуальнымъ и матеріальнымъ отношеніемъ. Посмотримъ, насколько вѣрно другое, выставленное имъ положеніе, что предметомъ процессуальнаго отношенія служатъ права и обязанности сторонъ процесса и суда. Значеніе этого положенія его теоріи будетъ для насъ понятно, если мы уяснимъ себѣ, какой типъ, такъ сказать, придаетъ онъ юридическому отношенію — процессу. Мы не ошибемся, если скажемъ, что хотя г. Гольмстенъ и признаетъ процессъ юридическимъ отношеніемъ государственно правовымъ, тѣмъ не менѣе строитъ его по типу гражданско-проваго отношенія. Такого же мнѣнія держится Мар — нъ въ статьѣ, помѣщенной въ журналъ Гражд. Уголов. Права за 1887 г. въ № 10. Разсматривая систему учебника Гольмстена, Мар — нъ находитъ сходство между нею и системою, которой держался г-нъ Пахманъ въ своемъ курсѣ гражданского права. Благодаря этому сходству, говоритъ Мар — нъ система г. Гольмстена представляетъ первую попытку примѣнить систему гражданского матеріальнаго права къ праву процессуальному и попытку совершенно вѣрную, потому что, если смотрѣть на процессъ, какъ на совокупность юридическихъ отношеній, то очевидно, что система ихъ не можетъ существенно отличаться отъ системы всякихъ вообще юридическихъ отношеній. А такъ какъ, продолжаетъ онъ, гражданское матеріальное право есть основная юридическая наука, въ виду того, что частныя, личныя и имущественныя права составляютъ основаніе всѣхъ другихъ правъ, то очевидно, что система этихъ правъ должна быть распространена на всѣ другія чисто юридическія науки ¹⁾.

Разсмотрѣніе системы учебника дѣйствительно убѣждаетъ въ томъ, что она построена согласно съ системою матеріальнаго гражданского права, а отсюда прямой выводъ, что юридическое отношеніе — процессъ есть отношеніе совершенно сход-

¹⁾ Журналъ Гражд. Уголовнаго Права 1887 г., № 10, стр. 99.

ное по типу съ отношеніемъ матеріальноправовымъ. Такой же взглядъ на типъ процесса—юридическаго отношенія проглядывается, по нашему мнѣнію, и у другихъ послѣдователей теоріи Бюлова (подтвержденіе этого можно видѣть, между прочимъ, у Kohler'a). Мы думаемъ, далѣе, что въ частности, какъ другіе послѣдователи теоріи Бюлова, такъ и Гольмстенъ, подводятъ процессуальное отношеніе подъ типъ отношенія обязательственнаго права. Это необходимо для Гольмстена именно потому, что только при отношеніи этого рода объектомъ отношенія является дѣйствіе обязаннаго лица. Въ послѣднее время въ нѣмецкой наукѣ возникъ споръ о томъ, можетъ ли существовать право частнаго лица на дѣятельность государства и его органовъ. Мы не будемъ пока затрогивать этого вопроса и постараемся лишь показать, что въ процессѣ, если даже видѣть въ немъ права и обязанности, между послѣдними нѣтъ того соотношенія, какое существуетъ въ юридическомъ отношеніи (въ особенности въ отношеніи гражданскаго права). Праву одного субъекта отношенія должны соответствовать обязанности другаго. Право и обязанность должны вытекать изъ одного основанія и существовать лишь между субъектами отношенія, а потому исполненіемъ обязанности со стороны обязаннаго субъекта погашается право лица управомоченнаго, что происходитъ по отношенію къ послѣднему, а не по отношенію къ постороннимъ лицамъ. Обязанность совершить дѣйствія, если они точно опредѣлены (что имѣетъ мѣсто въ процессѣ), наступаетъ вмѣстѣ съ возникновеніемъ отношенія. Исполненіе обязанности должно, конечно, совершаться прежде всего по собственному побужденію; право же требованія должно наступить лишь вслѣдствіе ея неисполненія. Не то мы видимъ въ процессѣ. Здѣсь обязанная сторона, судъ, обязана совершить лишь такія дѣйствія, которыя въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ требуются стороною, если же дѣйствія, на которыя сторона имѣетъ право, судъ совершитъ по собственному побужденію, и если тяжущійся, по отношенію къ которому исполнена судомъ эта обязанность, пожелаетъ даже воспользоваться этими дѣйствіями, то все таки они могутъ быть отмѣнены, какъ неправильныя. Такимъ образомъ, съ точки зрѣнія Гольмстена, придется: или признать въ процессѣ массу отношеній, возбуждаемыхъ отдѣльными требованіями сторонъ, или же отказать сторонамъ въ признаніи за ними права на

дѣйствія суда. Въ самомъ дѣлѣ, что же это за право, которымъ нельзя воспользоваться даже съ согласія обязаннаго, и что это за обязанность, которую нельзя исполнить по собственному побужденію?

Въ процессѣ могутъ быть двѣ или три стороны, интересы которыхъ не только различны, но даже противоположны. Если мы допустимъ существованіе права каждой стороны на дѣйствія суда, то вмѣстѣ съ тѣмъ должны будемъ допустить одновременное существованіе у суда нѣсколькихъ различныхъ обязанностей и возможность совершенія одновременно нѣсколькихъ, исключających одно другое, дѣйствій. На самомъ дѣлѣ въ процессѣ этого нѣтъ, такъ какъ судъ совершаетъ дѣйствія, изъ которыхъ каждое имѣетъ значеніе не только для той стороны, по просьбѣ которой оно совершено, но и для другихъ. Притомъ, судъ преслѣдуетъ въ процессѣ цѣль самостоятельную, независящую отъ цѣлей сторонъ.

Г. Гольмстенъ считаетъ процессуальное отношеніе отношеніемъ сложнымъ по субъектамъ его. Но онъ не рассматриваетъ всѣ эти отношенія во всей совокупности, какъ одно цѣльное юридическое отношеніе, хотя и называетъ его такимъ: онъ указываетъ отношенія суда къ свидѣтелямъ, къ экспертамъ и тому под. съ одной стороны и отношенія суда къ тяжущимся (центральное отношеніе)—съ другой; но того, какая сила связываетъ всѣ эти отношенія въ одно цѣлое, — не указываетъ. Онъ говоритъ, правда, что всѣ эти отдѣльныя отношенія вызываются одною цѣлью, но чья это цѣль—этого не видно; приписывать же цѣль самому правоотношенію, какъ справедливо замѣтилъ М — нѣ, нельзя. Съ этой точки зрѣнія, такимъ образомъ, совершенно непонятно, чья власть ставитъ то или другое лице въ положеніе эксперта, въ положеніе свидѣтеля и т. д. и чья власть связываетъ всѣ отдѣльныя дѣйствія сторонъ, свидѣтелей, экспертовъ и т. д. въ одно цѣлое, называемое процессомъ? Что касается центрального отношенія—процесса, то Гольмстенъ не считаетъ его сложнымъ; на нашъ же взглядъ, по его теоріи, это не есть даже одно цѣлое, а два или нѣсколько различныхъ отношеній. Мы видѣли, что по теоріи г. Гольмстена, между тяжущимися по отношенію другъ къ другу нѣтъ никакихъ правъ или обязанностей, а потому между ними нѣтъ и никакихъ отношеній. Такимъ образомъ, по этой теоріи каждый тяжущійся является по отношенію къ

суду лицомъ управомоченнымъ, не состоя съ другимъ тяжущимся ни въ какихъ отношеніяхъ. Соответственно этому и обязанности суда должны являться не по отношенію къ обоимъ тяжущимся совокупно, а отдѣльно по отношенію къ каждому отдѣльному тяжущемуся. По теоріи г. Гольмстена тяжущіеся являются, такимъ образомъ, не соучастниками въ общемъ правѣ, такъ какъ въ этомъ случаѣ между ними существовало бы извѣстное отношеніе, а отдѣльно, независимо другъ отъ друга управомоченными лицами. То же должно сказать и о третьемъ лицѣ, вступающемъ въ процессъ: его отношеніе къ суду также совершенно отдѣльно отъ отношеній другихъ сторонъ процесса. Такимъ образомъ, на основаніи теоріи г. Гольмстена, на нашъ взглядъ нельзя составить себѣ представленіе о процессѣ, какъ о цѣльномъ юридическомъ отношеніи. Кромѣ указанныхъ неудобствъ, относительно этой теоріи нужно замѣтить еще, что ею совершенно исключаются изъ процесса — отношенія всѣ обязанности официальные, это суть обязанности не по отношенію къ тяжущимся (послѣдніе, слѣдовательно, по мнѣнію г. Гольмстена, не имѣютъ на нихъ права) а по отношенію къ государству. Исключение официальныхъ обязанностей изъ процессуальнаго отношенія стоитъ, повидимому, въ связи съ проводимымъ имъ разграниченіемъ элементовъ процессуальнаго отношенія отъ элементовъ процесса. Но разграниченіе этихъ элементовъ не могло быть проведено строго. Это оказалось въ томъ, что самъ г. Гольмстенъ въ раздѣлѣ 3-мъ своего учебника, подъ рубрикою — „юридическая связь субъектовъ процессуальнаго отношенія съ объектами его“, — говоритъ о *процессуальныхъ правахъ и обязанностяхъ* сторонъ и суда. Притомъ, отнесеніе тѣхъ или другихъ обязанностей къ числу официальныхъ или неофициальныхъ совершенно условно, вызывается соображеніями объ удобствѣ и не касается существа ихъ и значенія ихъ въ процессѣ. Такимъ образомъ, мы вправѣ сказать, что исключеніе официальныхъ обязанностей изъ процесса, являясь результатомъ послѣдовательнаго проведенія г. Гольмстеномъ теоріи Бюлова, указываетъ на ошибочность основныхъ положеній послѣдней.

Г. Гольмстенъ, также какъ и Канштейнъ и Бюловъ, подъ процессомъ понимаетъ, собственно, разсмотрѣніе и разрѣшеніе судомъ матеріально-правовыхъ притязаній сторонъ. Процессъ, по его мнѣнію, возникаетъ въ моментъ предъявленія иска и

принятія послѣдняго судомъ. Г. Адамовичъ въ своей рецензи указываетъ на то, что Гольмстенъ не говоритъ ни слова о послѣдствіяхъ вызова отвѣтчика и вступленія его въ отвѣтъ¹⁾. По нашему мнѣнію, съ точки зрѣнія Гольмстена, это опущеніе совершенно естественно, такъ какъ, если возникновеніе процесса относить къ моменту предъявленія иска и принятія его судомъ, то вызовъ отвѣтчика некуда, такъ сказать, отнести, такъ какъ вызовъ отвѣтчика и вступленіе его въ отвѣтъ не могутъ считаться дѣйствіями, устанавливающими процессъ — отношеніе: оно возникло уже ранѣе ихъ. Подмѣченное г. Адамовичемъ обстоятельство есть, такимъ образомъ, послѣдствіе того, что г. Гольмстенъ придерживается новаго мнѣнія Бюлова относительно момента возникновенія процесса.

Мы не можемъ согласиться также съ ученіемъ г. Гольмстена о „моментахъ развитія процесса“²⁾. Онъ долженъ былъ допустить „развитіе процессуальнаго отношенія“ для того, чтобы связать ученіе о процессѣ, какъ отношеніи, съ тѣмъ положеніемъ теоріи Бюлова, что процессъ — отношеніе поглощаетъ матеріальноправовое отношеніе, которое изъ него выходитъ или болѣе твердымъ, или какъ ничто.

Приостановленіе процесса Гольмстенъ считаетъ временнымъ прекращеніемъ процессуальнаго отношенія. Съ его точки зрѣнія это положеніе вполнѣ правильно, такъ какъ юридическое отношеніе „приостановиться“ не можетъ, но оно не можетъ и временно прекратиться, такъ какъ разъ прекратившееся отношеніе не можетъ возникнуть: вновь возникшее отношеніе будетъ новымъ отношеніемъ, совершенно отдѣльнымъ, такъ сказать, отъ прежняго.

Мы привели и рассмотрѣли подробно теоріи Канштейна и Гольмстена потому, что въ ихъ сочиненіяхъ мы видимъ наиболѣе послѣдовательное и полное проведеніе основнаго положенія теоріи Бюлова при стремленіи остаться возможно ближе къ теоріи послѣдняго. Мы видѣли, что, не смотря на это стремленіе, они допускаютъ отступленія отъ нея. Вмѣстѣ съ тѣмъ, мы видѣли, что даже при допущенныхъ ими отступленіяхъ

¹⁾ Юридическая Библиографія 85 г. № 5, стр. 229.

²⁾ См. Адамовичъ, Юрид. Библиогр. 85 г. стр. 231; Мар-изъ. Журналъ Граж. Уг. Прав. 87 г. № 10, стр. 120.

отъ теоріи самого Бюлова, оказывается невозможнымъ удовлетворительное разрѣшеніе поставленныхъ ими вопросовъ. Разсмотрѣвши, такимъ образомъ, попытки проведенія теоріи Бюлова юристами, стремящимися стоять по возможности ближе къ ней, мы перейдемъ теперь къ изложенію теорій болѣе уклоняющихся отъ нея. Мы не будемъ подробно разбирать эти теоріи, отвѣтъ на нихъ мы дадимъ ниже, когда будемъ говорить о сущности процесса съ нашей точки зрѣнія. Мы увидимъ, что отступленія отъ теоріи Бюлова, допускаемыя его послѣдователями, вызывались тѣмъ, что они подмѣчали несоотвѣтствіе ея сущности гражданского процесса, но тѣмъ не менѣе не отказывались отъ основнаго положенія ея, что процессъ есть юридическое отношеніе.

Теорія Шульце. Этому юриста можно скорѣе считать противникомъ, чѣмъ послѣдователемъ теоріи Бюлова, тѣмъ не менѣе мы изложимъ здѣсь его теорію въ виду того, что ею затрогивается вопросъ о единствѣ процесса, вопросъ существенный и для теоріи Бюлова, а потому затрогиваемый и его послѣдователями. „Гражданскій процессъ“, говоритъ Шульце, не есть только правоотношеніе, но юридическая сдѣлка (Rechtsgeschäft), такъ какъ правоотношеніе появляется (zu Stande kommt) и развивается благодаря дѣятельности сторонъ. Въ этой сдѣлкѣ снова могутъ быть различаемы извѣстные отдѣльные процессуальныя дѣйствія, какъ юридическія сдѣлки. Но эта сдѣлка имѣетъ формальное содержаніе. Вслѣдствіе этого, матеріально-правовыя послѣдствія процессуально-правовой сдѣлки (Prozessgeschäft) не суть непосредственно желаемыя, прямыя послѣдствія (Wirkungen), но обратныя дѣйствія (Rückwirkung), процессуальной юридической сдѣлки на матеріальное правоотношеніе.¹⁾ Это мнѣніе стоитъ въ связи съ стремленіемъ Шульце объять въ своемъ объясненіи сущности процесса всѣ тѣ дѣйствія, которыя должны входить въ кругъ процессуальныхъ дѣйствій. Онъ возстаетъ по этому противъ отождествленія процесса съ споромъ о правѣ. Iudicium, говоритъ онъ, не есть процессъ, а только часть его, такъ какъ производство extra ordinem, а также производство in iure въ ordo iudiciorum есть также процессъ въ собственномъ смыслѣ. По той-же причинѣ Шульце возстаетъ противъ признанія обя-

¹⁾ Schultze. Das deutsche Konkursrecht, S. 139.

зательнымъ вступленія отвѣтчика въ отвѣтъ, то есть противъ необходимости *litiscontestatio*, такъ какъ эти вопросы тѣсно связаны одинъ съ другимъ. Въ подтвержденіе своего мнѣнія о неправильности отождествленія процесса со споромъ о правѣ онъ указываетъ на то, что производство *in jure* римскаго права, будучи также частію процесса, возникало безо всякаго спора, а также на то, что съ уничтоженіемъ раздѣленія процесса на двѣ части *judicium* потеряло техническое значеніе и стало употребляться для обозначенія всей процессуальной дѣятельности вообще (*im Ganzen*) ¹⁾.

Въ другомъ сочиненіи своемъ, „*Privatrecht und Process in ihrer Wechselbeziehung*“, Шульце нѣсколько разъясняетъ свою теорію. Такъ, онъ положительно высказывается здѣсь противъ мнѣнія Бюлова, по которому процессъ есть одно юридическое отношеніе: онъ считаетъ его множествомъ (совокупностію, *Mehrheit*) юридическихъ сдѣлокъ, которыя въ свою очередь производятъ юридическія отношенія. ²⁾ Какъ тѣ, такъ и другія, то есть какъ сдѣлки, такъ и вытекающія изъ нихъ юридическія отношенія могутъ быть весьма разнообразны по своей природѣ. Самымъ важнымъ по своимъ послѣдствіямъ въ современномъ правѣ является предьявленіе иска. ³⁾

Въ своей замѣткѣ, помѣщенной въ *Zeitschrift für deutschen Civilprozess* ⁴⁾ и вызванной возраженіями Ваха и Штейна, ⁵⁾ Шульце объясняетъ, что различіе между его теоріей и теоріей Бюлова состоитъ въ томъ, что онъ исходнымъ пунктомъ беретъ не отношенія, произведенныя дѣйствіями, а самыя дѣйствія и что онъ представляетъ себѣ процессъ не какъ единое отношеніе, а какъ множество юридическихъ сдѣлокъ ⁶⁾.

Не вдаваясь въ подробный разборъ теоріи Шульце, замѣтимъ лишь, что, дробя процессъ на отдѣльныя сдѣлки, она

¹⁾ Ibid. S. 144, 145.

²⁾ Priv. R. und Proc. S. 49.

³⁾ Ibid. S. 288.

⁴⁾ B. XII.

⁵⁾ Wach, Handbuch des D. C. Pr. R. S. 8; Stein. Zeitschr. f. d. C. Prozess, B. XII, S. 415 f.

⁶⁾ Begriff des Civilprozesses. Zeitschrift. f. d. Civilprozess, B. XII, S. 476.

не даетъ возможности представить его себѣ какъ нѣчто цѣльное, такъ какъ Шульце не указываетъ для этого никакого объединяющаго начала.

Теорія Швальбаха.¹⁾ Этотъ юристъ находитъ, что то положение, что процессъ есть не только производство, но и юридическое отношеніе, и что послѣднее имѣетъ свои опредѣленные условія возникновенія, дальнѣйшаго существованія и прекращенія, оставляетъ мѣсто для весьма различныхъ мнѣній относительно природы этого отношенія, а также по вопросу о томъ, каковы его предположенія и что должно быть подъ этимъ понимаемо. Въ выраженіи: процессуальное юридическое отношеніе (*Prozessrechtsverhältniss*) приобрѣтено, по его мнѣнію, собирательное имя для обозначенія совокупности весьма разнообразныхъ отношеній, которыя въ каждомъ конкретномъ процессѣ возникаютъ съ одной стороны между тяжущимися, а съ другой—между каждымъ отдѣльнымъ тяжущимся и судомъ. Не смотря на это отступленіе отъ теоріи Бюлова, Швальбахъ, тѣмъ не менѣе, придерживается ея²⁾ и видитъ въ указанныхъ трехъ двустороннихъ отношеніяхъ одно трехстороннее отношеніе, мотивируя этотъ взглядъ тѣмъ, что эти двустороннія отношенія настолько вліяютъ одно на другое, что развитіемъ одного обусловливается развитіе остальныхъ. Обращаясь къ выясненію отношенія между сторонами, Швальбахъ находитъ, что послѣ того какъ Бюловъ, измѣнивши прежній взглядъ въ статьѣ *Proc. Fict. und Wahrh.*, доказалъ, что на сторонахъ не лежитъ обязанностей, стало, повидимому, невозможнымъ представлять себѣ процессъ какъ юридическое отношеніе, т. е. его нельзя теперь представлять себѣ, какъ совокупность противоположныхъ обязанностей къ совершенію дѣйствій, направленныхъ на разрѣшеніе правоваго спора. Держась, тѣмъ не менѣе, теоріи Бюлова, Швальбахъ старается выяснить „въ чемъ состоитъ юридическая связь между противниками, въ чемъ состоитъ процессуальное правоотношеніе“? Онъ приходитъ по этому вопросу къ слѣдующимъ выводамъ: то положеніе, что въ процессѣ отвѣтчикъ имѣетъ только права, не должно быть понимаемо въ томъ смыслѣ, что предьявленіе иска порождаетъ

¹⁾ Schwalbach. Die Prozessvoraussetzungen im Reichscivilprozess. Arch. für die Civil. Pr. B. 63. S. 393 ff.

²⁾ ibid. S. 394.

известныя права для отвѣтчика. Для послѣдняго не возникаетъ отсюда и обязанностей, такъ какъ предъявленіе иска ставитъ его въ принудительное (подчиненное) положеніе (*in eine Zwangslage*); принуждая его или защищаться, или подвергнуться присужденію. *Kleinsch*
Послѣ того какъ отвѣтчикъ вступить въ процессъ, въ такое же положеніе становится и истецъ. Такимъ образомъ, процессъ, по мнѣнію Швальбаха, возникаетъ не вслѣдствіе добровольнаго или принудительнаго исполненія обязанности защищаться (*Defensionspflicht*)¹⁾, а въ силу общей подчиненности сторонъ закону и суду: отвѣтчикъ стоитъ всегда въ подчиненіи праву и органамъ государства, а съ предъявленіемъ иска для него наступаетъ, согласно объективному процессуальному праву, конкретная подчиненность (связанность, *Gebundenheit*), которая можетъ на самомъ дѣлѣ (фактически, *thatsächlich*) принудить его къ совершенію известныхъ дѣйствій, подѣ страхомъ невыгодныхъ послѣдствій. Точно также истецъ самымъ предъявленіемъ иска устанавливаетъ для себя известную связанность (*Gebundenheit*), но одинаковая взаимная связь (*Anhängigkeit*) наступаетъ для сторонъ съ вступленіемъ отвѣтчика въ отвѣтъ. *Kobler Laband*

Связанность (подчиненность, *Gebundenheit*) стороны есть зависимость (подлежность, *Anhängigkeit*) ея матеріально-правоваго положенія (*Rechtsslage*), по отношенію къ спорному предмету, отъ процессуальныхъ дѣйствій частію своихъ, частію своего противника, частію—суда. Соответственно этому, процессуальное юридическое отношеніе между сторонами состоитъ въ томъ, что каждое процессуальное дѣйствіе зависитъ отъ дѣйствій самой стороны и отъ дѣятельности ея противника.

Вейсманнъ по поводу теоріи Швальбаха справедливо замѣчаетъ, что процессъ, согласно теоріи Бюлова, долженъ быть однимъ юридическимъ отношеніемъ между сторонами и судомъ, а не соединеніемъ трехъ двухстороннихъ отношеній, какъ это предполагаетъ Швальбахъ²⁾. Изъ разсужденій Швальбаха видно далѣе, что въ процессѣ нѣтъ правъ и обязанностей и что связь между субъектами процесса дается тѣмъ, что въ процессѣ дѣйствуетъ органъ государственной власти. Она яв-

¹⁾ Это замѣчаніе направлено противъ Degenkolb'a (*Einlassungszwang und Urtheilnorm.* § 2 и Ваха).

²⁾ *Hauptintervention*, S. 96.

ляется, слѣдовательно, условіемъ процесса, такъ какъ, если бы въ процессѣ не устанавливалась такая связь между судомъ и тяжущимися, то не могъ бы вестись процессъ передъ судомъ, какъ органомъ государственной власти. Если же эта связь есть условіе процесса, то она не можетъ быть самымъ процессомъ¹⁾. Наконецъ, если даже признать, что возможность для сторонъ оказывать вліяніе на матеріально-правовое положеніе истца есть отношеніе, то все таки здѣсь не будетъ отношенія между сторонами, такъ какъ измѣненіе этого положенія производится не ими непосредственно, а судомъ; стороны же могутъ лишь вліять такъ или иначе на дѣятельность послѣдняго.

140
Теорія Ваха. Въ своемъ сочиненіи „Handbuch des deutschen Civilprozessrechts“ Вахъ исходитъ, въ изученіи гражданскаго процесса, изъ слѣдующихъ трехъ понятій: о законѣ, какъ абстрактной, гипотетично нормирующей волѣ; о нормируемыхъ имъ житейскихъ явленіяхъ и о дѣйствіи закона (Rechtswirkung), какъ юридическомъ отношеніи, вытекающемъ изъ закона и обстоятельствъ. Съ этой точки зрѣнія онъ различаетъ процессъ, какъ юридическій ходъ (Rechtsgang) и какъ юридическое отношеніе. Въ первомъ отношеніи процессъ, по его мнѣнію, есть фактическое житейское явленіе, нормируемое процессуальными законами. Процессуальные факты большею частью суть дѣйствія, проявленія воли, но не всегда, такъ какъ къ нимъ относятся также, напр.: смерть стороны, потеря процессуальной способности и т. д. Процессуальныя дѣйствія суть дѣйствія субъектовъ процесса: сторонъ и суда. Такимъ представленіемъ о процессуальныхъ дѣйствіяхъ изъ числа ихъ исключаются дѣйствія свидѣтелей и экспертовъ, которыя являются лишь средствомъ въ рукахъ субъектовъ процесса, а потому относятся Вахомъ къ числу другихъ процессуальныхъ фактовъ въ болѣе широкомъ смыслѣ; но въ болѣе отдаленномъ смыслѣ и они могутъ быть названы, по мнѣнію Ваха, процессуальными дѣйствіями. Процессуальныя дѣйствія суть дѣйствія, имѣющія юридическое значеніе. Они имѣютъ такое значеніе для возникновенія, поддержанія, измѣненія и прекращенія правъ и обязанностей. Такое значеніе ихъ проявляется въ двоякомъ отношеніи: по отношенію

¹⁾ Точнѣе и подробнѣе объ этомъ см. ниже.

къ матеріальному отношенію, находящемуся въ спорѣ, и къ процессуальному положенію лица. Они могутъ имѣть значеніе лишь въ одномъ послѣднемъ отношеніи, наприм: если они направлены на самое установленіе правоваго спора, а не на разборъ дѣла по существу. Напротивъ того, нѣтъ такихъ процессуальныхъ дѣйствій, которыя имѣли бы одно значеніе перваго рода, были бы чисто гражданскими, юридическими дѣлками, такъ что частно-правовыя дѣлки, какъ спорныя дѣлки: отреченіе, уплата и т. д. сопровождаются процессуальными послѣдствіями.

Послѣдовательный ходъ процессуальныхъ дѣйствій является слѣдствіемъ цѣли процесса. Последняя приводитъ къ тремъ главнымъ подраздѣленіямъ процесса. Они касаются: права иска и обязанности защиты (допустимость разсмотрѣнія дѣла по существу); истинности (*Wirklichkeit*) притязанія на правовую защиту (разсмотрѣніе рѣшенія дѣла по существу); осуществленія послѣдняго (исполненіе рѣшенія). Все это проходитъ въ строгой послѣдовательности, какъ производство (*Verfahren*) передъ однимъ или нѣсколькими судами. Предметомъ первой ступени процесса является вопросъ о допущеніи процесса относительно притязанія на правовую защиту (*Rechtsschutzanspruch*). Здѣсь идетъ дѣло о разрѣшеніи вопроса о томъ, можетъ ли между этимъ истцомъ и отвѣтчикомъ, передъ этимъ судомъ, по отношенію къ этому предмету наступить процессъ, разсмотрѣніе дѣла по существу и рѣшеніе. Вахъ называетъ эту часть процесса предварительнымъ производствомъ (*Vorverfahren*).¹⁾ Вторую часть процесса Вахъ называетъ процессомъ въ тѣсномъ смыслѣ (*judicium*). Эта часть процесса имѣетъ цѣлью постановленіе рѣшенія относительно притязанія на правовую защиту (рѣшеніе по существу). Она становится возможною лишь въ томъ случаѣ, если вопросъ о допущеніи процесса рѣшенъ въ утвердительномъ смыслѣ. Она возникаетъ, по мнѣнію Ваха, не вмѣстѣ съ искомъ и не вмѣстѣ съ искомъ допустимымъ и обязывающимъ судъ и отвѣтника къ разсмотрѣнію дѣла по существу, но вмѣстѣ съ самымъ разсмотрѣніемъ дѣла по существу. Содержаніе этой части процесса составляютъ: притязанія сторонъ, утвержденія, средства доказательства, разсмотреніе доказательствъ²⁾.

¹⁾ Wach. S. 24—26.

²⁾ Wach, *ibid* S. 30—31.

Наконецъ, третьей частью процесса Вахъ считаетъ процессъ исполненія, который можетъ быть или тѣсно соединенъ съ главнымъ процессомъ, или же отдѣленъ отъ него ¹⁾.

О процессѣ, какъ юридическомъ отношеніи, Вахъ говоритъ слѣдующее: гдѣ есть процессъ, есть и юридическое отношеніе, т. е. юридическая связь (Beziehung) между лицами, принимающими въ немъ участіе. Содержаніе процессуальнаго отношенія составляютъ права и обязанности процессуальнаго характера. Основывающіе (begründende) ихъ факты суть процессуальныя происшествія, дѣйствія и упущенія.

Процессуальное отношеніе есть единое правоотношеніе. Высказывая это положеніе, Вахъ полемизируетъ съ Менгеромъ и Шульце. Противъ послѣдняго онъ замѣчаетъ, что высказываемое имъ положеніе, что процессъ есть комплексъ юридическихъ сдѣлокъ, не исключаетъ того положенія, что процессъ есть единое отношеніе, такъ какъ, напримѣръ, одно юридическое отношеніе (товарищество и др.) обнимаетъ многія юридическія сдѣлки. Въѣтъ съ тѣмъ Вахъ возстаетъ и противъ признанія единственности правоотношенія въ главномъ процессѣ (Hauptverfahren), такъ какъ, по его мнѣнію, это отношеніе есть не единственное, а единое (einheitlich.). Тому, что это есть единое отношеніе, не противорѣчитъ то обстоятельство, что внутри его въ свою очередь различаются многія юридическія отношенія, такъ какъ послѣднія имѣютъ характеръ подчиненный и составляютъ звенья обнимающаго ихъ цѣлаго ²⁾.

Кромѣ отдѣльныхъ отношеній, Вахъ различаетъ въ процессѣ три относительно самостоятельныя правоотношенія: отношеніе въ приговорительной стадіи (Vorverfahren), отношеніе in judicio (Hauptverfahren) и въ исполнительній инстанціи. Эта относительная самостоятельность трехъ указанныхъ отношеній вызывается тремя относительно самостоятельными цѣлями, которыя должны быть достигнуты въ процессѣ: разрѣшеніе вопроса относительно предположеній процесса (Prozessentscheidung), относительно существа дѣла (Sachentscheidung) и исполненіе рѣшенія. Вслѣдствіе этого, по мнѣнію

¹⁾ Ibid. S. 32.

²⁾ Ibid, S. 34—45.

Ваха, процессъ образуетъ, развиваетъ и разрѣшаетъ три выше упомянутыя относительно самостоятельныя правоотношенія. Эти правоотношенія не могутъ быть, по его мнѣнію, производимы однимъ событіемъ, такъ какъ они имѣли бы тогда безусловное существованіе. Искъ возбуждаетъ обязанность суда и для отвѣтчика обязанность защищаться, т. е. принять на себя *judicium*. Но возникшее у истца право на *judicium* не есть самый *judicium*. Послѣдній, соотвѣтственно состязательной природѣ процесса, состоитъ въ исковой дѣятельности (*Klagehandlung*) и вступленіи суда и отвѣтчика въ обсужденіе дѣла (*Sachverhandlung*).

Единство процесса дается единствомъ цѣли различныхъ юридическихъ отношеній (*Beziehungen*) въ процессѣ¹⁾. Процессуальное юридическое отношеніе способно, по мнѣнію Ваха, къ преобразованію (*Umbildung*) и развитію. Первое имѣетъ мѣсто при переходѣ дѣла изъ одного судебного мѣста въ другое, при замѣнѣ тяжущихся или предмета спора. Развитие процессуальнаго отношенія совершается путемъ послѣдовательнаго движенія процессуальныхъ обстоятельствъ (*Thatbestände*).

Теорія Ваха представляетъ много сходнаго съ теоріею Шультце, такъ какъ онъ также, какъ и послѣдній юристъ, признаетъ, что въ процессѣ возникаютъ сдѣлки. Это сходство подмѣчено и Шультце²⁾.

Теорія Ваха представляетъ, на нашъ взглядъ, много неяснаго. Говоря, что процессъ есть юридическое отношеніе, онъ ссылается, между прочимъ, на Савиньи. Отсюда можно было бы вывести то заключеніе, что онъ понимаетъ подъ процессомъ юридическимъ отношеніемъ комплексъ правъ и обязанностей, но рядомъ съ этимъ онъ опредѣляетъ правоотношеніе—процессъ, какъ юридическую связь между лицами, принимающими въ немъ участіе, не указывая объекта правоотношенія въ числѣ его элементовъ. Отсюда можно вывести заключеніе, что подъ отношеніемъ онъ понимаетъ объемъ власти, предоставленной суду и размѣръ вліянія, которое могутъ ока-

¹⁾ Wach. *ibid.* S. 36—38 см. Hellmann, *Kritische Viert. Jahr. Schr.* B. XXIX, H. 2, S. 195.

²⁾ *Zeitschrift f. d. Civ. Prozess.* B. XII. S. 476 f.

зывать тяжущіеся на дѣятельность суда. Если понимать отношеіе въ послѣднемъ смыслѣ, то къ нему совершенно не могутъ быть приложены всѣ тѣ свойства, которыя приписываетъ процессу—отношеію Вахъ.¹⁾ Это отношеіе не можетъ подвергаться измѣненіямъ: оно остается одно и то же въ теченіе всего процесса. Но если мы будемъ принимать правоотношеіе въ первомъ смыслѣ, то и въ такомъ случаѣ мы должны будемъ признать, что Вахъ совершенно произвольно приписываетъ ему вышеуказанныя свойства. Чѣмъ объяснить напр. то, что процессъ, по его мнѣнію, преобразуется, переходя ихъ одной инстанціи въ другую?

При томъ разнообразіи отношеній, которое Вахъ видитъ въ процессѣ, не можетъ быть объяснено съ его точки зрѣнія единство процесса.

Неясность теоріи Ваха имѣетъ одинъ источникъ съ неясностью теорій какъ самого Бюлова, такъ и другихъ его послѣдователей, а именно: по справедливому замѣчанію Фишера,²⁾ не доказано вообще существованіе правоотношенія-процесса, а потому, прежде чѣмъ вкладывать совокупность тѣхъ явленій, которыя происходятъ между сторонами, въ рамки правоотношенія, пужно было бы выяснить то, каковы вообще признаки правоотношенія. Этому не дѣлаютъ ни Вахъ, ни другіе послѣдователи Бюлова³⁾.

Теорія Лабанда. Laband въ своемъ сочиненіи „Das Staatsrecht des Deutschen Reiches“ признаетъ правильнымъ главное положеніе теоріи Бюлова, т. е. что процессъ есть юридическое отношеіе, но, на нашъ взглядъ, представленіе его о процессѣ, какъ юридическомъ отношеніи, существенно разнится отъ представленія о немъ Бюлова. Лабандъ отрицаетъ притязаніе истца къ отвѣтчику на томъ основаніи, что искъ, по современному праву, направляется, по его мнѣнію, не противъ отвѣтчика, чтобы онъ исполнилъ свою обязанность, и не къ суду, а къ государству, чтобы оно принудило отвѣтчика исполнить его обязанность. Задача государства состоитъ, по его

¹⁾ См. ниже теорію Планка.

²⁾ Fischer, Ueber Wachs Handbuch. Zeitschrift. f. d. C. Pr. (Busch). V. X. S. 430.

³⁾ Исключеніемъ является, кажется, только Г. Гольмстенъ.

мнѣнію, въ томъ, чтобы доставлять подчиненнымъ ему лицамъ правовую защиту, т. е. поддерживать земскій миръ и устранять самопомощь, приходя черезъ посредство государственной власти на помощь праву частнаго лица. Искъ есть просьба о доставленіи помощи, т. е. защиты со стороны государства. Судья долженъ быть разсматриваемъ, какъ органъ государства и въ процессуальномъ юридическомъ отношеніи является участникомъ (betheiligt) не онъ, а государство. Обязанности отвѣтчика вступить въ процессъ Лабандъ не признаетъ, потому что нѣтъ, вообще, по его мнѣнію, обязанности подчиниться власти государства, а есть лишь состояніе подчиненности государственной власти. Исходя изъ этихъ положеній, Лабандъ признаетъ лишь отношеніе истца въ государству.

Теорія Колера (Kohler). По мнѣнію Колера процессъ есть юридическое отношеніе ¹⁾.

По вопросу о томъ, между какими субъектами устанавливается это отношеніе, мнѣніе Колера представляетъ существенное отступленіе отъ приведенныхъ выше мнѣній другихъ юристовъ: это есть, говоритъ онъ, отношеніе между сторонами ²⁾. Судь, по его мнѣнію, есть третій факторъ, который участвуетъ въ процессѣ и притомъ не только какъ контролирующій свидѣтель, но совершаетъ юридическія дѣйствія, которыми опредѣляется исходъ дѣятельности сторонъ.

Тѣмъ не менѣе, судъ не участвуетъ въ отношеніи, возникшемъ между сторонами, такъ какъ участіе въ отношеніи можетъ быть вызвано наличностью интереса, а судъ, по его мнѣнію, не заинтересованъ въ разрѣшеніи процесса ³⁾.

Правда, онъ допускаетъ, что государство заинтересовано въ томъ, чтобы споры между сторонами разрѣшались, и притомъ съ соблюденіемъ установленныхъ формъ и при содѣйствіи государства, но находитъ, что это есть общій интересъ государства, которое вообще заинтересовано въ разрѣшеніи споровъ, но не есть интересъ его въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, такъ какъ отдѣльный процессъ и его разрѣшеніе не затрагиваютъ счастья или несчастья государства ⁴⁾.

¹⁾ Der Prozess als Rechtsverhältniss S. 1. 61.

²⁾ Ibid. S. 6.

³⁾ Ibid.

⁴⁾ Ibid. S. 4.

Въ поясненіе своей мысли Колеръ приводитъ, между прочимъ, такой примѣръ: внесеніе отмѣтки въ книги (Grundbuch) есть сдѣлка, совершаемая передъ чиновникомъ и при его содѣйствіи, но это не есть сдѣлка, совершаемая съ этимъ чиновникомъ или съ государствомъ¹⁾.

Такимъ образомъ, процессъ, по мнѣнію Колера, есть отношеніе между сторонами: судъ стоитъ внѣ этого отношенія. Противуположное мнѣніе, т. е. что въ процессѣ стороны дѣйствуютъ не противъ другъ друга, а противъ суда — невѣрно и основано на полномъ извращеніи всей структуры процесса. Процессъ замѣнилъ самозащиту (самооборону). При самозащитѣ частное лице само творитъ свое право при помощи частнаго авторитета, въ процессѣ оно творитъ его не само, а при посредствѣ суда. Для этого искъ долженъ пройти, по выраженію Колера, черезъ атмосферу государственной власти, причемъ дѣятельность послѣдней должна быть направлена на то, чтобы истецъ получилъ свое право. Поводомъ къ дѣятельности государственной власти, замѣчаетъ Колеръ, является искъ, направленный истцемъ противъ отвѣтчика черезъ посредство государственной власти²⁾.

Искъ, говоритъ онъ въ другомъ мѣстѣ, есть нападеніе (Kampf-Act) на отвѣтчика, но это нападеніе, чтобы быть дѣйствительнымъ, должно пройти черезъ сферу судебной власти³⁾. Какую роль играетъ при этомъ нападеніи судъ, или вѣриѣе, какъ можетъ искъ оставаться нападеніемъ истца на отвѣтчика, не смотря на участіе въ дѣлѣ суда, это Колеръ объясняетъ примѣрами, изъ которыхъ приведемъ одинъ: кто направляетъ на своего противника молнію, говоритъ онъ, тотъ дѣйствуетъ противъ него. Также точно и тотъ, кто вызываетъ противъ своего отвѣтчика государственную власть—совершаетъ дѣйствіе противъ него⁴⁾. Отсюда Колеръ выводитъ слѣдующее положеніе: процессъ есть борьба сторонъ, а не принесеніе взаимныхъ жалобъ судѣ⁵⁾. Въ связи съ этимъ положеніемъ стоитъ мнѣ-

1) Ibid. S. 7.

2) Ibid. S. 9.

3) Ibid. S. 9.

4) Ibid. S. 9.

5) Ibid. S. 11.

ніе Колера, что стороны не имѣютъ притязанія къ суду: такого притязанія, говоритъ онъ, т. е. притязанія на дѣятельность судьи, не существуетъ точно также, какъ не существуетъ притязанія на тушеніе пожара или на употребленіе въ дѣло пожарныхъ трубъ ¹⁾. Онъ отрицаетъ, такимъ образомъ, правильность мнѣнія тѣхъ юристовъ ²⁾, которые считаютъ судъ участникомъ въ процессѣ и характеризуютъ отношеніе сторонъ къ суду, какъ отношеніе притязанія (Anspruchsverhältniss), полагая, что отношеніе между притязаніемъ сторонъ и судебною дѣятельностью выражается въ притязаніи и осуществленіи притязаній ³⁾. Колеръ находитъ, что въ данномъ случаѣ слову „притязаніе“ не можетъ быть придаваемо того значенія, какое ему придается въ наукѣ права, такъ какъ нельзя въ этомъ смыслѣ, говорить о притязаніи сторонъ къ суду точно также, какъ нельзя говорить о притязаніи гражданъ на исполненіе государствомъ его обязанностей; если признать возможнымъ подобное притязаніе, то вмѣстѣ съ тѣмъ слѣдуетъ признать и притязаніе на полицейскую защиту, на свѣжій воздухъ и т. п. ⁴⁾.

Считая процессъ юридическимъ отношеніемъ, Колеръ считаетъ его единымъ отношеніемъ и возстаетъ по этому противъ мнѣній тѣхъ юристовъ, которые видятъ въ немъ не юридическое отношеніе, а послѣдовательный рядъ отдѣльныхъ отношеній, которыя слѣдуютъ другъ за другомъ, не соединяясь въ одно юридическое дѣло ⁵⁾. Таковымъ Колеръ считаетъ мнѣніе Менгера и Планка. Еще болѣе, конечно, возстаетъ онъ противъ того взгляда, что процессъ есть фактическое явленіе (Vorgang). Съ перваго взгляда, по его мнѣнію, видно, что это есть правовое явленіе, т. е. явленіе съ особенными свойственными ему послѣдствіями. Обращаясь къ выясненію значенія дѣйствій, совершаемыхъ сторонами и судомъ въ процессѣ, т. е. къ вопросу о томъ, какъ совершается возникновеніе и дальнѣйшія измѣненія въ процессѣ, Колеръ различаетъ юридиче-

1) Ibid. S. 15.

2) Вахъ и др.

3) Ibid. S. 13.

4) Ibid. S. 13.

5) Ibid. S. 3.

скую сдѣлку (*Rechtsgeschäft*) отъ юридическаго дѣйствія (*Rechtssact*).

Различіе между ними, по его мнѣнію, состоитъ въ томъ, что первыя имѣютъ самостоятельное значеніе, тогда какъ вторыя его не имѣютъ: они имѣютъ лишь вспомогательное значеніе, содѣйствуя, внутри юридическаго отношенія, дальнѣйшему развитію и дальнѣйшему образованію его. Ихъ существованіе зависитъ поэтому отъ существованія самаго юридическаго отношенія¹⁾. Процессъ, по его мнѣнію, имѣетъ свою сдѣлку, вслѣдствіе которой онъ возникаетъ (*Eröffnungsrechtsgeschäft*) и свои, измѣняющія его, юридическія дѣйствія. По возникновеніи процесса возможны еще процессуально-юридическія сдѣлки: разрѣшающія, заключительныя и оканчивающія²⁾. Что касается до процессуальныхъ дѣйствій, то они, по мнѣнію Колера, могутъ исходить отъ лицъ, стоящихъ въ процессуальномъ юридическомъ отношеніи, т. е. отъ сторонъ, или отъ суда, который, по выраженію Колера, стоя надъ сторонами, исполняетъ свою государственную обязанность и, исполняя послѣднюю, вмѣшивается въ процессъ посредствомъ юридическихъ дѣйствій.

Процессуально-юридическая сдѣлка есть, по мнѣнію Колера, сдѣлка односторонняя, совершаемая истцемъ и имѣющая дѣйствіе помимо содѣйствія отвѣтчика. Къ процессуальнымъ юридическимъ сдѣлкамъ онъ относитъ предъявленіе иска, отказъ, признаніе и примиреніе. Къ юридическимъ дѣйствіямъ сторонъ Колеръ относитъ: процессуальныя требованія, заявленія по существу дѣла и представленіе доказательствъ; къ юридическимъ дѣйствіямъ суда—процессуальныя опредѣленія и рѣшенія. Сдѣлкой, основывающей процессуальное юридическое отношеніе Колеръ считаетъ предъявленіе иска³⁾. Въ цитируемомъ сочиненіи Колеръ дѣлаетъ попытку, на основаніи своей теоріи выяснитъ сущность процессуальнаго соучастія.

Онъ говоритъ по поводу этого слѣдующее: процессъ, говоритъ онъ, есть отношеніе между двумя лицами, и притомъ только между двумя лицами: участіе въ процессѣ болѣе двухъ

1) Ibid. S. 34.

2) Ibid. S. 46.

3) Ibid. S. 35.

лицъ невозможно. Основаніе этого положенія то, что процессъ есть борьба сторонъ и его цѣль — осуществленіе притязанія, а притязаніе есть требованіе одного лица къ другому¹⁾. Хотя, по мнѣнію Колера, процессъ есть отношеніе только между двумя лицами, тѣмъ не менѣе онъ считаетъ возможнымъ соединеніе нѣсколькихъ процессовъ, притомъ такъ, что одинъ процессъ будетъ оказывать вліяніе на другіе. Таковъ, по его мнѣнію, случай матеріальнаго соучастія, предусмотрѣннаго ст. 59 общегерманскаго устава. Матеріальное соучастіе можетъ, по его мнѣнію, имѣть мѣсто въ томъ случаѣ, когда заявленныя въ искѣ притязанія таковы, что законодатель требуетъ одинаковаго разрѣшенія ихъ по отношенію ко всѣмъ соучастникамъ. Побужденія къ такому разрѣшенію могутъ быть болѣе или менѣе настоятельны. Всего болѣе, по мнѣнію Колера, это необходимо въ дѣлахъ нѣсколькихъ собственниковъ о земельныхъ сервитутахъ²⁾.

Изъ этого изложенія теоріи Колера видно, что онъ существенно отстываетъ отъ теоріи Бюлова въ пониманіи того, въ чемъ состоитъ сущность процессуальнаго отношенія. Съ точки зрѣнія Колера это отношеніе не есть сумма правъ и обязанностей сторонъ и суда, а та борьба, которую ведутъ между собою тяжущіеся, употребляя судъ орудіемъ ея.

Къ теоріи Колера вполне приложимо то замѣчаніе, которое сдѣлалъ Фишеръ относительно теоріи Ваха, такъ какъ Колеръ также не указываетъ признаковъ, по которымъ предполагаемое отношеніе слѣдуетъ дѣйствительно считать отношеніемъ. По нашему мнѣнію предполагаемое Колеромъ правоотношеніе такихъ признаковъ не имѣетъ. Происхожденіе его теоріи мы объясняемъ себѣ слѣдующимъ образомъ: онъ подмѣтилъ, что у сторонъ нѣтъ правъ на дѣйствія суда. Разъ это было признано, то необходимо было отступить отъ теоріи Бюлова, съ точки зрѣнія котораго процессъ есть отношеніе сторонъ и суда. Колеръ, такимъ образомъ, изъ отношенія — процесса исключаетъ судъ, вслѣдствіе чего субъектами процесса — отношенія у него остались только стороны. Но, если процессъ есть отношеніе между сторонами, то, чтобы быть юридическимъ

¹⁾ Ibid. S. 101.

²⁾ Ibid. S. 102.

отношеніемъ, онъ долженъ былъ бы быть комплексомъ правъ и обязанностей, существующихъ между сторонами. Этому Колеръ также не могъ допустить, такъ какъ на самомъ дѣлѣ такихъ правъ и обязанностей не существуетъ. Отсюда видно, что, если Колеръ не допускаетъ существованія правъ у сторонъ по отношенію къ суду, то долженъ былъ бы придти къ тому заключенію, что процессъ не есть отношеніе. Такого вывода онъ однакоже не дѣлаетъ и считаетъ процессъ явленіемъ (Vorgang) не только фактическимъ, но и юридическимъ и вмѣстѣ съ тѣмъ отношеніемъ не только фактическимъ, но и юридическимъ. Послѣднимъ потому, что процессъ имѣетъ особія юридическія послѣдствія, такъ какъ, затрогивая процессуальную сферу обѣихъ сторонъ, онъ порождаетъ, измѣняетъ и уничтожаетъ права. Такимъ образомъ мы видимъ, что тѣ признаки, на основаніи которыхъ Колеръ считаетъ процессъ правоотношеніемъ, совершенно не подходятъ къ тѣмъ, которыя имѣетъ, по общепринятому мнѣнію, правоотношеніе, такъ какъ послѣднее предполагается тамъ, гдѣ существуютъ права и обязанности (это есть совокупность ихъ), а не тамъ, гдѣ дѣйствія порождаютъ права: послѣднее можетъ имѣть мѣсто помимо правоотношенія.

Замѣтимъ также, что теорія Колера предполагаетъ процессъ, построенный на началѣ состязательномъ, а не слѣдственнымъ, и притомъ судъ предполагается какъ бы простымъ орудіемъ въ рукахъ тяжущихся, такъ какъ только при этомъ условіи можно предположить, что тяжущіеся борются между собою, употребляя судъ орудіемъ борьбы. Колеръ не принялъ во вниманіе того, что судъ преслѣдуетъ особую цѣль, независящую отъ цѣли истца и отвѣтника.

Нѣкоторые нѣмецкіе юристы (правда, весьма немногіе) высказываются противъ основнаго положенія теоріи Бюлова. Прежде чѣмъ перейти къ опроверженію этой теоріи съ нашей точки зрѣнія, мы считаемъ необходимымъ изложить мнѣнія нѣкоторыхъ противниковъ ея.

Беккеръ¹⁾ находитъ ошибочнымъ употребленіе Бюловомъ термина „правоотношеніе“ для обозначенія процесса. Процессъ,

¹⁾ Bekker. System des heutigen Pandektenrechts, B. I. S. 46, N. d.

по его мнѣнію, есть „procedere“, есть явленіе (Vorgang) или сумма ихъ, а не отношеніе и, въ особенноти, не правоотношеніе. Послѣдній терминъ можетъ быть употребленъ, по его мнѣнію, лишь для обозначенія послѣдствій процесса.

Теорія Планка¹⁾. Планкъ выставилъ теорію существенно отличную отъ теоріи Бюлова, такъ что его можно считать противникомъ теоріи послѣдняго. Вотъ сущность его теоріи:

„Гражданскій процессъ“ говоритъ онъ, „предполагаетъ житейское отношеніе, нуждающееся въ правовомъ порядкѣ. Это житейское отношеніе есть по общему правилу споръ о томъ, что между спорящими должно считаться правомъ по отношенію къ благу, защищаемому гражданскимъ правомъ“. Участвующие въ этомъ отношеніи: предполагаемый управомоченный и предполагаемый обязанный, стоятъ другъ къ другу, насколько это можно распознать впередъ, лишь въ возможномъ правоотношеніи. Соответствуетъ ли эта возможность дѣйствительности и насколько—это должно быть проверено и установлено дѣятельностью суда. Отсюда Планкъ дѣлаетъ выводъ, что спорное отношеніе (Streitverhältniss) не есть само по себѣ правоотношеніе въ общепринятомъ въ юридической наукѣ смыслѣ, а въ смыслѣ житейскаго отношенія, спорнаго въ отношеніи правоваго разрѣшенія его. Соответственно этому Планкъ утверждаетъ, что если-бы въ процессѣ было проведено вполне слѣдственное начало, то не могло бы быть и рѣчи о процессуальныхъ правахъ участвующихъ въ немъ лицъ, такъ какъ при этомъ условіи судъ дѣйствовалъ бы не вслѣдствіе обязанности по отношенію къ лицу, обращающемуся къ нему за помощью, а въ силу своей обязанности по отношенію къ государству. Участвующие въ процессѣ становятся, по мнѣнію Планка, лицами, то есть, субъектами права, въ области процессуальнаго права, постольку, по скольку судъ, въ своей дѣятельности, на основаніи закона, связанъ ихъ волею: иначе говоря, они становятся субъектами права постольку, поскольку въ гражданскомъ процессѣ господствуетъ состязательное начало. Лишь въ этомъ случаѣ они имѣютъ субъективныя права, но не гражданскія, а публичныя права противъ суда: права на пользованіе (Handhabung) со-

¹⁾ Lehrbuch des Deutschen Civilprozessrechts. Erster Band. §. 42.

общенной государствомъ суду принудительной властью на разрѣшеніе гражданскихъ правовыхъ споровъ ¹⁾. По древнѣйшимъ воззрѣніямъ процессъ, говоритъ Планкъ, есть послѣдовательный рядъ (Reichenfolge) отдѣльныхъ споровъ, разрѣшаемыхъ судомъ. Число ихъ опредѣляется числомъ просьбъ о разрѣшеніи, предъявляемыхъ тяжущимися, сообразно съ надобностью. Въ этомъ смыслѣ, спорное отношеніе, какъ со стороны матеріальной, такъ и формальной, устанавливалось по частямъ (stückweise) до тѣхъ поръ, пока стороны не находили, что дальнѣйшее установленіе его должно прекратиться за ненадобностью ²⁾. Древнему нѣмецкому праву также извѣстна была противоположность между двумя періодами процесса, изъ которыхъ въ первомъ вопросъ шелъ объ обязанности отвѣтчика отвѣчать противъ исковаго прошенія, а во второмъ—собственно споръ относительно притязанія заявленнаго въ исковомъ прошеніи. Но оба эти періода, по мнѣнію Планка, представляли собою послѣдовательный рядъ отдѣльныхъ споровъ, относительно соответствующихъ спорныхъ пунктовъ. Въ особенности послѣдній періодъ, по мнѣнію Планка, не можетъ быть представленъ, какъ одно цѣлое, замыкающееся рѣшеніемъ, такъ какъ центръ тяжести въ немъ лежалъ въ опредѣленіяхъ, постановляемыхъ въ теченіи его, а именно въ рѣшеніи относительно доказательствъ (Beweisurtheil). Такое же строеніе процессъ имѣетъ и по общегерманскому уставу. Съ этимъ устройствомъ процесса, по мнѣнію Планка, совершенно не согласно такое представленіе о немъ, какъ будто бы стороны, съ возникновеніемъ спора по существу, вступаютъ въ особаго рода правоотношеніе, замыкающееся рѣшеніемъ (Endurtheil). Вслѣдствіе этого онъ отвергаетъ мнѣніе, что черезъ *Litiscontestatio* возникаетъ между сторонами правоотношеніе, какъ отношеніе взаимныхъ правъ и обязанностей ³⁾. Соответственно этому Планкъ говоритъ, что правовой споръ, какъ таковой, не есть юридическое отношеніе, если подъ послѣднимъ понимать не только юридически упорядоченное (geordnetes) отношеніе, но отношеніе взаимныхъ правъ и обязанностей сторонъ:

¹⁾ S. 200, 201.

²⁾ S. 204.

³⁾ S. 204—205.

правовой споръ, по его мнѣнію, производитъ подь господствомъ состязательнаго начала юридическія отношенія между сторонами съ одной стороны и судомъ съ другой. Вслѣдствіе этого Планкъ отвергаетъ мнѣніе, что это есть правоотношеніе, переходящее со ступени на ступень и развивающееся шагъ за шагомъ. Эти измѣненія онъ объясняетъ тѣмъ, что правовой споръ производитъ въ своемъ теченіи правоотношенія между сторонами и судомъ, правоотношенія, имѣющія предметомъ совершеніе дѣйствія (Leistung), исполненіемъ чего приближается достиженіе конечной цѣли. Правовой споръ, говоритъ Планкъ, есть драма: это есть рядъ дѣйствій сторонъ, дѣйствій, совершающихся по извѣстному плану, указанному законодателемъ и разсчитанному на вѣрное достиженіе конечной цѣли. Сторонами (Hauptpersonen, лицами) въ этой дѣятельности, подь влияніемъ состязательнаго начала и только подь его влияніемъ, являются только судъ, истецъ и отвѣтчикъ ¹⁾. Указанное представленіе о сущности процесса не можетъ, по мнѣнію Планка, заставить отказаться отъ представленія о единствѣ правоваго спора и считать его случайнымъ собраніемъ несвязанныхъ между собою правъ и обязанностей сторонъ по отношенію къ суду. Связующимъ началомъ, соединяющимъ въ одно цѣлое дѣятельность суда и сторонъ служить, по мнѣнію Планка, не направленное на это и устанавливающее обязанность выраженіе воли, а цѣль, достигаемая этою дѣятельностью.

Теорія Планка нашла себѣ приверженцевъ въ лицѣ Гелльмана ²⁾ и Зейфферта. По нашему мнѣнію заслуга Планка по выясненію сущности гражданскаго процесса, состоитъ, главнымъ образомъ, въ томъ, что онъ не считаетъ отношеніе, возникающее между стороною и судомъ, движущимся и развивающимся; но мы не можемъ согласиться съ основными положеніями его теоріи. Главное положеніе его теоріи, изъ котораго логически вытекають всѣ остальные, то, что житейское явленіе (отношеніе ³⁾ по мнѣнію Планка), нормируемое процесуальнымъ правомъ, есть споръ между сторонами. Споръ возможенъ, конечно, лишь при состязательномъ порядкѣ произ-

¹⁾ S. 205—206.

²⁾ Hellmann. Kritische Viert. Jar. Schr. B. XXIX Zw. H. S. 199. Seuffert, Busch Zeitschr. B. XI. S. 199 ff.

³⁾ По нашему мнѣнію споръ не есть отношеніе, а дѣятельность.

водства, такъ какъ при слѣдственномъ порядкѣ производства дѣятельность сторонъ поглощается, такъ сказать, дѣятельностью суда: для самостоятельной дѣятельности сторонъ здѣсь не остается мѣста. Этимъ объясняется, по нашему мнѣнію то, что Планкъ, выясняя сущность процесса, имѣетъ въ виду исключительно лишь процессъ, въ которомъ проведено состязательное начало. Въ тѣсной связи съ этимъ положеніемъ стоитъ другое, настойчиво повторяемое Планкомъ, что тяжущійся можетъ быть лицомъ въ юридическомъ смыслѣ лишь подѣйствіемъ состязательнаго начала. Въ самомъ дѣлѣ, упорядоченіе, нормированіе спора должно состоять, конечно между прочимъ, въ томъ, чтобы были опредѣлены права спорящихъ, а о процессуальныхъ правахъ тяжущихся, по мнѣнію Планка, можетъ быть рѣчь лишь при состязательномъ началѣ. Мы не согласны съ этими положеніями теоріи Планка и думаемъ, что они не согласуются съ дѣйствительностью и противорѣчатъ другимъ положеніямъ его теоріи.

1) Самъ Планкъ признаетъ, что лишь по общему правилу процессъ предполагаетъ споръ. Отъ этого общаго правила отступленія могутъ быть двоякаго рода: а) существуютъ требованія (по нѣмецкому праву *Feststellungsklagen*), не предполагающія спора и б) въ остальныхъ дѣлахъ, въ отдѣльных случаяхъ можетъ не возникнуть спора. Разъ процессъ можетъ существовать безъ спора, то отсюда, по нашему мнѣнію, слѣдуетъ прямой выводъ, что не споръ есть то житейское явленіе, которое, будучи нормировано, становится процессомъ.

2) Споръ сторонъ принимаетъ въ процессѣ, по мнѣнію Планка, такой видъ, что каждая изъ сторонъ вызываетъ принудительной судебной власти въ свою пользу ¹⁾. Это положеніе было бы вѣрно и процессъ имѣлъ бы сходство со споромъ, если бы каждый изъ тяжущихся могъ разсчитывать на то, что имъ вызывается дѣятельность власти въ свою пользу. Но этого нѣтъ на самомъ дѣлѣ, такъ какъ судъ преслѣдуетъ въ процессѣ самостоятельную цѣль, отличную отъ цѣли истца и отвѣтчика, вслѣдствіе чего, вызванная стороною дѣятельность его можетъ обратиться противъ той стороны, которая ее вызвала.

¹⁾ S. 201.

Отсюда видно, что представленіе о процессѣ, какъ спорѣ между сторонами, нормированномъ правомъ, не согласуется съ той ролью, которую играетъ въ процессѣ судъ.

3) Наконецъ, мы считаемъ неправильнымъ и то положеніе, высказываемое Планкомъ, что тяжущійся можетъ стать лицомъ, въ юридическомъ смыслѣ, лишь подѣ дѣйствіемъ состязательнаго начала: мы думаемъ, что самое право его участвовать въ процессѣ, даже при слѣдственномъ началѣ, указываетъ уже на то, что онъ есть лице въ юридическомъ смыслѣ. По нашему мнѣнію, для того, чтобы признать субъекта лицомъ въ юридическомъ смыслѣ нѣтъ дѣла до того, каково его отношеніе къ суду: разъ онъ становится къ суду въ процессѣ въ то или другое отношеніе, разъ онъ признается стороною въ процессѣ, то тѣмъ самымъ онъ признается лицомъ въ юридическомъ смыслѣ. Права тяжущихся по отношенію къ суду суть права на покровительство власти, на пользованіе властью ¹⁾, а съ этой точки зрѣнія право частнаго лица по отношенію къ суду (какъ общее право на защиту власти) существуетъ независимо отъ того, исполняетъ ли въ тѣхъ или другихъ случаяхъ судъ свои обязанности *ex officio*, или же по инициативѣ тяжущихся.

Глава III.

СУЩНОСТЬ ГРАЖДАНСКАГО ПРОЦЕССА.

Есть ли процессъ юридическое отношеніе?

„Право“, говоритъ Шмиттъ, „коренится въ томъ естественномъ явленіи, что достиженіе каждымъ лицомъ его житейскихъ цѣлей обусловлено соответствующимъ поведеніемъ другихъ лицъ ²⁾“. Послѣдніе должны для этого или не мѣшать, или содѣйствовать осуществленію первымъ его интереса.

¹⁾ См. Коркуновъ. Сравнительный очеркъ государственнаго права. стр. 21.

²⁾ Schmitt Die Grundlage der Verwaltungsrechtspflege S. 21.

Такъ происходитъ житейское, бытовое отношеніе. Оно становится юридическимъ, когда принимаетъ форму права и соотвѣтствующей ему обязанности.

Такимъ образомъ, соотвѣтствующія другъ другу права и обязанности составляютъ юридическое отношеніе ¹⁾. Право и обязанность суть понятія соотносительныя, такъ что одно понятіе предполагаетъ и другое ²⁾.

Юридическое отношеніе имѣетъ пять элементовъ: право, обязанность, субъектъ права, субъектъ обязанности и объектъ. Отношеніе при извѣстныхъ условіяхъ возникаетъ, измѣняется и прекращается.

Таково, въ общихъ чертахъ, ученіе о юридическомъ отношеніи. Нельзя, впрочемъ, сказать, чтобы отдѣльныя части его были точно установлены и не возбуждали споровъ ³⁾. Вообще можно сказать, что терминомъ „юридическое отношеніе“ юристы пользуются для обозначенія, какъ единое цѣлое, комплекса правъ и обязанностей субъектовъ отношенія. Осуществленіемъ права и соотвѣтствующимъ ему исполненіемъ обязанности удовлетворяются интересы лица управомоченнаго, а слѣдовательно достигается цѣль, которая имъ преслѣдуется. Съ этой точки зрѣнія собственность, владѣніе и т. д. суть юридическія отношенія.

Совокупность юридическихъ предписаній, которыми нормируется отношеніе, называется институтомъ. Въ этомъ смыслѣ собственность, владѣніе, бракъ, обязательство, договоръ, говоритъ Виндшейдъ, называютъ также институтами ⁴⁾. Та же мысль высказывается и Савиньи, который считаетъ институты типами для юридическихъ отношеній. „Каждое юридическое отношеніе“, говоритъ онъ, „стоитъ подъ соотвѣтствующимъ юридическимъ институтомъ, какъ своимъ типомъ“ ⁵⁾. Соотношеніе между правовыми положеніями и юридическими институтами Игерингъ объявляетъ такъ: правовыя положенія, по

¹⁾ Коркуновъ. Лекціи по общей теоріи права, изд. 2-е стр. 130. Reinhold. Die Lehre von dem Klagerande, der Einreden und der Beweislast § 9.

²⁾ Reinhold, ibid.

³⁾ Reinhold, ibid.; Wach, Feststellungsanspruch S. 48 ff.; Виндшейдъ. Учебникъ. р. пер. § 37, прим. 3-е.

⁴⁾ Виндш. стр. 84.

⁵⁾ Savigny. System. B. I § 9.

его мнѣнію, представляютъ лишь матеріалъ, сумму мыслей (Gedankenmasse) и существуютъ лишь какъ субстанція, какъ вещество (Substantielles Dasein); напротивъ того, юридическіе институты суть существа, логическія индивидуальности, юридическія сущности (Juristische Wesen). Мы представляемъ ихъ себѣ обладающими индивидуальнымъ существованіемъ и жизнью: они возникаютъ, оканчиваютъ свое существованіе, дѣйствуютъ, приходятъ въ столкновеніе съ другими институтами, имѣютъ свои задачи и цѣли, которымъ служатъ. Вслѣдствіе такого свойства институтовъ права, Игерингъ называетъ ихъ юридическими или правовыми тѣлами (Juristische oder Rechts-Körper¹⁾. Савиньи признаетъ самостоятельное существованіе и за юридическими отношеніями: по его мнѣнію отдѣльное упровомотіе есть лишь сторона правоотношенія, выдѣленная путемъ абстракціи; правоотношеніе же имѣетъ органическую природу, что проявляется какъ въ связи его отдѣльныхъ частей, такъ и въ поступательномъ (vortschreitender) его развитіи, возникновеніи и прекращеніи²⁾.

Если Бюловъ считаетъ процессъ юридическимъ отношеніемъ, то онъ понимаетъ подъ этимъ терминомъ, конечно, то же, что понимаютъ и вышеуказанные юристы. Мы, кажется, не ошибемся, если скажемъ, что мысль, признать процессъ юридическимъ отношеніемъ, явилась у него вслѣдствіе того, что онъ подмѣтилъ, что процессъ есть нѣчто цѣлое, могущее, именно какъ цѣлое, возникать и прекращаться, а такъ какъ вмѣстѣ съ тѣмъ онъ нашелъ, что въ процессѣ есть права и обязанности, то отсюда долженъ былъ быть сдѣланъ выводъ, что процессъ имѣетъ тѣже черты, какъ и юридическое отношеніе. При развитіи этой мысли, Бюловъ и его послѣдователи должны были однакоже натолкнуться на то, что процессъ не укладывается въ рамки отношенія. Такъ, съ одной стороны процессъ является какимъ то движеніемъ, а съ другой—въ немъ есть что-то постоянное, какія то „права и обязанности“, которые остаются въ процессѣ неизмѣнными. Мы видѣли, что послѣдователи Бюлова не разрѣшаютъ этого затрудненія, а лишь обходятъ его тѣмъ, что все подмѣченныя ими въ процессѣ

¹⁾ Geist d. R. R. V. III S. 36.

²⁾ Savigny. System. V. I. § 4.

„права и обязанности“ причисляютъ къ числу элементовъ процесса, а послѣдній объявляютъ отношеніемъ сложнымъ и притомъ измѣняющимся, развивающимся. Какая масса разнообразныхъ отношеній вносится въ процессъ видно, на примѣръ, изъ теоріи г. Гольмстена, который относитъ сюда: отношенія къ государству, къ другимъ судамъ, къ свидѣтелямъ и т. д. По вопросу о томъ, какъ связываются между собою дѣятельность и отношеніе—наиболѣе удовлетворительный отвѣтъ даетъ г. Гольмстенъ, но и его, какъ мы видѣли, нельзя считать правильнымъ.

Что процессъ не укладывается въ рамки отношенія, это видно также изъ того, какъ разнообразны взгляды послѣдователей Бюлова относительно того, что должно, собственно, считаться отношеніемъ и каковы элементы его? На эти вопросы они даютъ слѣдующіе отвѣты:

Какъ самъ Бюловъ, такъ и нѣкоторые послѣдователи его, считая процессъ отношеніемъ публично-правовымъ, тѣмъ не менѣе строятъ его по типу отношенія гражданско-правоваго, именно, отношенія обязательственнаго права, что видно изъ того, что въ основаніи этихъ теорій лежитъ положеніе, что отношеніе есть совокупность правъ и соответствующихъ имъ обязанностей. Но проведеніе этого взгляда встрѣтило затрудненіе въ слѣдующемъ: такъ какъ въ процессѣ подмѣчается съ одной стороны дѣятельность, а съ другой отношеніе, то въ виду связи, которая должна существовать между ними, нужно было допустить, что въ отношеніи стоятъ тѣ лица, которыя совершаютъ процессуальныя дѣйствія. Отсюда—процессъ долженъ бытъ представляться то трехстороннимъ, то двухстороннимъ отношеніемъ, смотря потому, принимать или нѣтъ во вниманіе дѣятельность отвѣтчика, который можетъ принимать, а можетъ и не принимать участіе въ дѣлѣ, т. е. можетъ совершать, а можетъ и не совершать процессуальныя дѣйствія ¹⁾). Далѣе, нѣкоторые послѣдователи Бюлова, также какъ и самъ онъ, признавали, что требовать для существованія процесса участія въ дѣлѣ отвѣтчика невозможно, потому что, какъ выяснилъ самъ Бюловъ (въ статьѣ С. Proz. Fict.), на сторонахъ не лежитъ обязанностей: съ этой точки зрѣнія существованіе процесса

Тольмстен

С. 112

¹⁾ См. Birkmeyer Grundriss und Materialien zur Vorlesungen, S. 21.

должно было бы встать въ полную зависимость отъ произвола отвѣтчика. Отсюда долженъ былъ возникнуть слѣдующій вопросъ: чѣмъ же дается существованіе процесса, какъ отношенія (какъ вообще, такъ и для отвѣтчика), если послѣдній не принимаетъ участія ни въ установленіи, ни въ веденіи его? Самъ Бюловъ, а также нѣкоторые изъ его послѣдователей (напр. Гольмстенъ) устраниаютъ этотъ вопросъ тѣмъ, что исключаютъ участіе отвѣтчика въ процессѣ (оспариваніе иска) изъ понятія процесса. Но эта точка зрѣнія не даетъ возможности уяснить причину того, почему процессъ существуетъ, несмотря на нежеланіе и даже противъ воли отвѣтчика, другими словами, что процессуальныя дѣйствія, хотя бы и совершались противъ его воли, будутъ, тѣмъ не менѣе, по отношенію къ нему имѣть такую же силу, какъ если бы совершались съ его согласія. вмѣстѣ съ тѣмъ этотъ взглядъ влечетъ за собою значительныя измѣненія въ элементахъ процесса — отношенія. Такъ, если оспариваніе иска со стороны отвѣтчика не входитъ въ понятіе процесса, то процессъ долженъ быть отношеніемъ не между судомъ и обѣими сторонами, а между судомъ и однимъ истцомъ¹⁾; далѣе, если стороны имѣютъ только права и на нихъ не лежитъ обязанностей, то между сторонами, если онѣ участвуютъ въ процессѣ, является отношеніе не взаимныхъ правъ и обязанностей, а взаимныхъ правъ²⁾, или же можно утверждать (и это вѣрнѣе), что между сторонами нѣтъ никакихъ отношеній, а судъ стоитъ къ каждому изъ тяжущихся (а при предположеніи, что процессъ есть двустороннее отношеніе—къ одному истцу) въ отношеніи, элементы котораго суть: право стороны и обязанность суда. Эта теорія, такимъ образомъ, не согласуется съ общепринятымъ ученіемъ о юридическомъ отношеніи³⁾, не даетъ представленія о процессѣ, какъ дѣломъ⁴⁾ и не даетъ отвѣта на поставленный выше вопросъ.

¹⁾ См. Birkmeyer, *ibid.* S. 21.

²⁾ Birkmeyer, *ibid.*

³⁾ Это есть отношеніе взаимныхъ правъ и обязанностей, а не взаимныхъ правъ.

⁴⁾ См. выше разборъ теоріи Гольмстена.

Другими послѣдователями теоріи Бюлова дается на тотъ же вопросъ отвѣтъ двоякій: Ваха ¹⁾ предпологаютъ, что предъявленіе иска возбуждаетъ судебную обязанность суда и обязанность отвѣтчика къ защитѣ (Defensionspflicht), обязанность принять iudicium; другіе находятъ, что отвѣтчикъ въ силу самаго предъявленія иска становится въ извѣстное подчиненное, принудительное положеніе ²⁾. Первое объясненіе болѣе подходитъ къ той теоріи, что процессъ есть юридическое отношеніе, такъ какъ съ предъявленіемъ иска и другими процессуальными дѣйствіями связывается предположеніе о возникновеніи правъ и обязанностей; но его нельзя считать вѣрнымъ, согласнымъ съ дѣйствительною природою процесса. Въ самомъ дѣлѣ, всякая обязанность предполагаетъ возможность исполненія ея и принужденіе къ ея исполненію. Между тѣмъ, по справедливому замѣчанію Швальбаха, законъ не предписываетъ отвѣтчику быть таковымъ подъ страхомъ наказанія, не принуждаетъ его къ этому, въ случаѣ неисполненія этой обязанности, и вообще не ожидаетъ отъ него ничего, а прямо ставитъ его въ положеніе отвѣтчика. Колеръ и Лабандъ, какъ мы видѣли, подмѣтили и ту силу, которая ставитъ отвѣтчика въ это положеніе: это—власть, могущество государства.

118

Послѣдній отвѣтъ на поставленный выше вопросъ въ общихъ чертахъ представляется совершенно правильнымъ, но вмѣстѣ съ тѣмъ мнѣніе указанныхъ юристовъ несовмѣстимо съ представленіемъ о процессѣ, какъ юридическомъ отношеніи. Это видно изъ слѣдующаго: если въ процессѣ участвуетъ нѣсколько субъектовъ, и если процессъ есть юридическое отношеніе, то отсюда слѣдуетъ, какъ мы видѣли, что процессъ, какъ отношеніе, долженъ устанавливаться дѣятельностью всѣхъ вступающихъ въ него лицъ ³⁾. Швальбахъ, исходя изъ того положенія, что на отвѣтчика не возлагается въ процессѣ обязанностей, не считаетъ его дѣятельностью дѣятельностью, основывающею процессъ. Въ связи съ этимъ выставляется имъ положеніе, что обязанность суда, становясь конкретною въ

¹⁾ См. выше теорію Ваха.

²⁾ См. выше Schwalbach, Kohler, Laband.

³⁾ См. Plösz, Beiträge zur Theorie des Klagerechts. S. 7; Wach, Präclusion und Contumaz. Z. f. Pr. u. Oeff. R. B. 7. S. 143 ff.; Wach, Defensionspflicht und Klagerecht. Z. f. Pr. u. Oeff. R. B. 5. S. 520 ff.

процессъ, проникаеть, по его выраженію, весь процессъ, а потому также не можетъ имѣть значенія составной части установленія процесса ¹⁾. Такимъ образомъ, съ точки зрѣнія этого юриста, дѣйствіемъ, устанавливающимъ процессъ, является лишь предъявленіе иска, а такъ какъ юридическое отношеніе возникаетъ между тѣми субъектами, которые принимали участіе въ его установленіи, то отсюда выходитъ, что процессъ, по теоріи Швальбаха, является одностороннимъ отношеніемъ. Это несоотвѣтствіе теоріи Швальбаха представленію о процессѣ, какъ юридическомъ отношеніи, подмѣчено Биркмейеромъ ²⁾. То же замѣчаніе (и даже съ большимъ правомъ) можетъ быть сдѣлано, по нашему мнѣнію, и относительно теоріи Колера. Этотъ юристъ прямо исключаетъ судъ изъ числа субъектовъ процесса на томъ основаніи, что у сторонъ нѣтъ правъ на его дѣятельность; что же касается до отвѣтчика, то послѣдній, по мнѣнію этого юриста, ставится въ это положеніе силою власти. Такимъ образомъ отвѣтчикъ и по мнѣнію Колера, не участвуетъ въ установленіи процесса — отношенія, который возбуждается исключительно предъявленіемъ иска.

Мы видѣли также, что Лабандъ, съ своей точки зрѣнія, сходной съ точкой зрѣнія Швальбаха и Колера, не могъ признать процессъ отношеніемъ между тяжущимися и судомъ, а думаетъ, что это есть отношеніе между истцемъ и государствомъ. Но это мнѣніе не можетъ быть признано правильнымъ, такъ какъ отношеніе между частнымъ лицомъ и государствомъ служитъ условіемъ для процесса, а потому не можетъ быть процессуальнымъ правоотношеніемъ ³⁾.

Такимъ образомъ, мы видимъ, что если не допускать притязанія сторонъ къ суду и признавать, что отвѣтчикъ приводится въ это положеніе силою власти, то процессъ не можетъ быть признанъ юридическимъ отношеніемъ. Отсюда же видно, что предположеніе, что процессъ есть юридическое отно-

¹⁾ Schwalbach. Prozessvoraussetzungen. Arch. f. d. C. Proz. B. 63, S. 393-399; Ueber Rechtshängigkeit und formelle Rechtskraft. Arch. f. d. C. Pr. B. 64, S. 264.

²⁾ Ibid. S. 22.

³⁾ Cp. Schwalbach. Prozessvoraussetzungen. S. 403; Weismann, Hauptintervention, S. 95.

шеніе, можетъ держаться до тѣхъ поръ, пока предполагаемому отношенію—процессу мы будемъ придавать свойства отношенія гражданско-правоваго ¹⁾.

Обратимъ вниманіе еще на слѣдующую сторону теорій Колера и Швальбаха. Съ предъявленіемъ иска является, по теоріи Швальбаха, *Rechtshängigkeit* (возбужденность дѣла) ²⁾. Условія возбужденности дѣла суть условія того, чтобы могло вообще имѣть мѣсто какое бы то было судебное производство. За возбужденіемъ дѣла начинается, такимъ образомъ, дальнѣйшее производство, которое проникается все исполненіемъ со стороны суда его обязанностей и источникъ дѣйствительности котораго въ томъ, что процессъ возбужденъ. Съ этой точки зрѣнія Швальбахъ не допускаетъ предположеній для процесса въ той или другой статьѣ его ³⁾. Къ тому же, въ сущности, приходитъ и Колеръ, такъ какъ и по его мнѣнію процессъ начинается съ предъявленіемъ иска, черезъ что становится дѣйствительною вся остальная дѣятельность, черезъ что, другими словами, процессуальныя дѣйствія становятся дѣйствіями, имѣющими юридическія послѣдствія, и судъ является господствующею властью, дѣйствующею въ процессѣ.

Мы видимъ, такимъ образомъ, что точка зрѣнія Швальбаха, Колера и Лабанда несовмѣстима съ представленіемъ о процессѣ, какъ юридическомъ отношеніи ⁴⁾, а если это такъ, то изъ разсужденій первыхъ двоихъ юристовъ вытекаетъ заключеніе, что процессъ есть дѣятельность.

Процессъ, какъ дѣятельность.

Собственно говоря, ни Бюловъ, ни его послѣдователи не отказывались отъ мысли, что процессъ есть производство, иначе,

¹⁾ Ср. Schwalbach Prozessvoraussetzungen. S. 394.

²⁾ И въ тоже время возникаетъ юридическое отношеніе безъ дальнѣйшихъ дѣйствій со стороны участвующихъ въ немъ лицъ, такъ что *Rechtshängigkeit* и *Rechtsverhältniss* суть, по мнѣнію Швальбаха, два явленія (выражаясь обще), которыя возбуждаются однимъ дѣйствіемъ и существуютъ одновременно, но мысленно могутъ быть различены.

³⁾ По первоначальной теоріи Бюлова, какъ мы видѣли, предположенія процесса суть предположенія для *judicium'a*, которому, по мнѣнію самого Бюлова, и многихъ его послѣдователей, соответствуетъ стадія процесса, назначенная для разсмотрѣнія дѣла по существу.

⁴⁾ Съ нею совмѣстима, скорѣе, теорія Шульце.

что это есть дѣятельность. Если они не остановились на этой мысли, то лишь потому, что подмѣтили въ процессѣ извѣстное единство, извѣстную цѣльность, что явились вопросы, которые могутъ быть разрѣшены лишь при томъ условіи, если процессъ принимается, какъ нѣчто цѣлое, а между тѣмъ не подмѣтили того, что въ процессѣ (какъ дѣятельности) есть нѣчто, придающее ему цѣльность (хотя нѣкоторые изъ нихъ были близки къ этому),¹⁾ и видѣли между отдѣльными дѣйствіями (если признавать процессъ дѣятельностью или послѣдовательнымъ рядомъ юридическихъ отношеній) лишь фактическую связь. Успѣхъ теоріи Бюлова, объясняется, такимъ образомъ тѣмъ, что съ представленіемъ о процессѣ, какъ юридическомъ отношеніи, связывается представление о цѣльности, единствѣ его, потому что таково свойство всякаго отношенія²⁾.

Посмотримъ, насколько правильно положеніе, что процессъ, какъ дѣятельность, не можетъ обладать цѣльностью, единствомъ?

Мы замѣчали уже неоднократно, разсматривая въ отдѣльности теоріи Бюлова и его послѣдователей, что хотя они утверждаютъ, что процессъ есть отношеніе публично-правовое, тѣмъ не менѣе, строятъ его по типу отношенія гражданскаго права. Мы объяснили это тѣмъ, что имъ необходимо было представить себѣ отношеніе, какъ комплексъ правъ и обязанностей. Дѣйствительно, наиболѣе удобнымъ признавалось для этого отношеніе гражданско-правовое, а потому они должны были признавать за отношеніемъ-процессомъ всѣ тѣ признаки, которые присущи отношенію гражданско-правовому и въ частности отношенію обязательственнаго права³⁾. Такъ, они долж-

¹⁾ Колеръ, Швальбахъ, Лабандъ.

²⁾ Kohler. Prozess als R. V. S. 3. Wach (Defensionspflicht und Klagerecht. Grünhut Zeitschr. V. 6. S. 520) находитъ плодотворной мысль о возникновеніи какъ до, такъ и послѣ л. с. юридическаго отношенія между субъектами процесса. Безъ этого, по его мнѣнію, положеніе сторонъ по отношенію другъ къ другу и къ суду должно представляться конгломератомъ правъ и обязанностей.

³⁾ Мы не говоримъ здѣсь объ отступленіяхъ отъ этого положенія, которыя вызывались тѣмъ, что предполагаемое отношеніе—процессъ не укладывалось въ рамки гражданско-правоваго отношенія. Такъ, мы видѣли, что Бюловъ, Швальбахъ, Колеръ и др. не признаютъ обязанности за сторонами.

ны были допустить коррелятивность правъ и обязанностей, такъ что, разъ доказано существованіе права, должно быть признано существованіе обязанности. вмѣстѣ съ тѣмъ они должны были допустить правовое средство къ осуществленію права помимо или противъ воли лица обязаннаго, т. е. допустить для этого принужденіе ¹⁾).

Мы оставимъ въ сторонѣ вопросъ о томъ, отличаются ли какими либо признаками отношенія публично-правовыя отъ отношеній частно-правовыхъ; не будемъ, такимъ образомъ, затрогивать вопроса о томъ, почему послѣдователи Бюлова такъ настойчиво утверждаютъ, что процессъ есть отношеніе публичнаго-права, и будемъ имѣть въ виду лишь то, что они представляютъ себѣ юридическое отношеніе-процессъ обладающимъ тѣми свойствами, которыя присущи отношенію гражданско-правовому (въ частности отношенію обязательственнаго права) и посмотримъ, что именно, въ противоположность отношенію, должно быть нормировано въ процессѣ?

Тѣ свойства правоотношенія, на которыя мы только что указали, вытекаютъ изъ того, что субъективное право, по справедливому замѣчанію Шмитта ²⁾ основывается на томъ естественномъ обстоятельстве, что преслѣдованіе и достиженіе каждымъ лицомъ его житейскихъ цѣлей обусловлено соотвѣт-

а Колеръ даже правъ сторонъ по отношенію къ суду. Казалось бы, гдѣ нѣтъ права и даже права и обязанности—не должно быть и отношенія, тѣмъ не менѣе даже Колеръ, какъ мы видѣли, считаетъ процессъ юридическимъ отношеніемъ и строить его по типу отношенія гражданско-правоваго. Приведемъ по поводу указаннаго здѣсь мнѣнія Бюлова слѣдующее замѣчаніе Биркмейера (Grundriss und Materialien. S. 114): «если Бюловъ утверждаетъ» говоритъ онъ, «что въ процессѣ существуютъ только права сторонъ, а не обязанности, то это утвержденіе заключаетъ въ себѣ, если онъ понимаетъ права и обязанности въ юридическомъ смыслѣ, внутреннее противорѣчіе; если же онъ не имѣетъ въ виду правъ и обязанностей въ собственномъ смыслѣ, то для него въ процессѣ не существуетъ ни правъ, ни обязанностей въ юридическомъ смыслѣ, и процессъ перестаетъ быть юридическимъ отношеніемъ»; «между тѣмъ,» добавляетъ Биркмееръ, «Бюловъ снова (Arch. V. 64, S. 24 N. 16) характеризуетъ его, какъ таковое».

¹⁾ Birkmeyer *ibid.* S. 113, 114. Съ этой точки зрѣнія Гольмстенъ поступилъ логично, допустивши охраненіе процессуальнаго отношенія.

²⁾ Schmitt. Die Grundlagen der Verwaltungsrechtspflege S. 21 ff. Cp. Neuner. Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse. S. 4. ff.

ствующимъ поведѣніемъ другихъ лицъ. Нормы права предоставляютъ, такимъ образомъ, управомоченному возможность осуществленія его интереса тѣмъ, что возлагаютъ на другихъ лицъ (обязанныхъ) соотвѣтствующую этому обязанность содѣйствовать или не мѣшать первому въ осуществленіи его интереса. На возможности совершить дѣйствіе для осуществленія своего интереса останавливается, такъ сказать, отношеніе. Обратное этому мы видимъ въ процессѣ: мы видимъ въ немъ не возможность совершенія дѣйствій, а самую дѣятельность, возможность же совершенія дѣйствій здѣсь предполагается (также, какъ напр. въ ссорѣ, борьбѣ и т. под.) и дается самой организациею судебной власти и властью суда надъ тяжущимися. Еслибы и здѣсь нормы закона были направлены на регулированіе отношенія субъектовъ процесса, то пришлось бы допустить защиту самого процессуальнаго отношенія ¹⁾.

Такимъ образомъ, мы видимъ, что въ процессѣ нормы закона регулируютъ не отношеніе между субъектами его, а дѣятельность одного по отношенію къ другимъ. Изъ дальнѣйшаго изложенія мы убѣдимся, что дѣятельностью регулированной, т. е. имѣющею опредѣленный источникъ и опредѣленные условия возникновенія и прекращенія, условия и порядокъ теченія, наконецъ опредѣленную цѣль и послѣдствія — является дѣятельность суда, дѣятельность же остальныхъ лицъ, участвующихъ въ процессѣ, или составляетъ поводъ, условіе для дѣятельности суда, или же возникаетъ случайно, ради той или другой процессуальной потребности.

Для того, чтобы не только можно было представить себѣ процессъ, какъ нѣчто цѣльное, но чтобы онъ имѣлъ дѣйствитель-

¹⁾ Миѣніе г. Гольмстена по этому вопросу мы считаемъ неправильнымъ: то, что онъ считаетъ охраненіемъ процессуальнаго отношенія есть или охраненіе матеріальнаго отношенія, или дальнѣйшее пользованіе властью (при перенесеніи дѣла въ слѣдующую инстанцію). Допустить, на примѣръ, что въ послѣднемъ случаѣ охраняется процессуальное отношеніе, это было бы равносильно допущенію того, что на судѣ лежитъ обязанность не только вообще постановить рѣшеніе согласное съ законами, но такое, которое заключало бы въ себѣ опредѣленія, которыхъ добивалась сторона, переносящая дѣло въ другую инстанцію. Ср. Gerber, Grundzüge des Staatsrechts. S. 27: существуетъ большое количество интересовъ, которые ожидаютъ своего удовлетворенія отъ государственной власти не черезъ абстрактное нормированіе, а черезъ дѣятельность.

тельно, на самомъ дѣлѣ, эту цѣльность, очевидно, недостаточно одной цѣли: послѣдняя дала бы, по справедливому замѣчанію Колера ¹⁾, лишь фактическую связь. Для сказаннаго нужна, очевидно, извѣстная сила, которая связывала бы волю тѣхъ лицъ, которыя дѣйствуютъ въ процессѣ, господствовала бы надъ нею, вынуждая ту дѣятельность, которая можетъ быть вынуждена, и давала бы дѣятельности ихъ то направленіе, которое нужно для суда, какъ органа власти государства, преслѣдующаго ту цѣль, которая указана ему послѣднимъ. Только при этомъ условіи не будутъ нарушены порядокъ и цѣль дѣятельности суда, и вся дѣятельность сторонъ можетъ быть сведена къ дѣятельности суда въ томъ смыслѣ, что судъ воспользуется ею для своей цѣли и результаты ея войдутъ въ результаты его дѣятельности.

Та сила, о которой мы говоримъ, дѣйствительно существуетъ въ процессѣ.

Въ процессѣ проявляется воля суда, а черезъ него, какъ представителя, проявляется воля государства, отправляющаго черезъ судъ функцію судебной власти, проводящаго, такъ сказать, черезъ него въ жизнь правовой порядокъ ²⁾. Такъ какъ воля государства свойственна сила, власть, подчиняющая ей волю частныхъ лицъ, то для исполненія его воли и суду должна быть сообщена власть надъ частными лицами, ихъ правами и интересами ³⁾. Волю суда можно назвать властною волею.

Такимъ образомъ, воля суда, направленная на достиженіе указанной ему закономъ цѣли, есть та сила, которая связываетъ въ одно цѣлое отдѣльные дѣйствія какъ суда, такъ и другихъ лицъ, участвующихъ въ процессѣ. вмѣстѣ съ тѣмъ, процессъ, какъ дѣятельность суда, есть проявленіе той же воли суда, а послѣднею въ ея проявленіи достигается та цѣль, достиженіе которой указано суду закономъ.

Разъ мы признаемъ существованіе такой силы, связывающей отдѣльные процессуальные дѣйствія, мы должны будемъ отказаться отъ мысли, что между отдѣльными процессуаль-

¹⁾ Ibid. S. 3.

²⁾ Ср. Bähr. Rechtsstat. S. 52 f.

³⁾ Ср. Sarwey. Das oeffentliche Recht. S. 59.

ными дѣйствіями (если процессъ представлять себѣ, какъ дѣятельность) можетъ существовать только фактическая связь.

123
Въ существованіи въ процессѣ той связи, которую мы допускаемъ, мы еще болѣе убѣдимся изъ дальнѣйшаго изложенія; теперь же замѣтимъ слѣдующее: мы видѣли, что вопросъ о томъ, чѣмъ дается положеніе отвѣтчика въ процессѣ, затрогивался нѣмецкими юристами. Такъ, Вахъ думаетъ, что для отвѣтчика съ предъявленіемъ иска устанавливается обязанность принять на себя judicium (Defensionspflicht) обязанность, къ соблюденію которой онъ можетъ быть принужденъ.¹⁾ Обязанность онъ понимаетъ въ смыслѣ связанности закономъ (Gebundenheit durch das Gesetz).

119
Аргументомъ противъ теоріи²⁾, непризнающей такой обязанности для отвѣтчика, онъ выставляетъ, между прочимъ, то, что по этой теоріи пришлось бы признать, что установленіе процесса является для отвѣтчика произведеніемъ стихійной силы. Швальбахъ, какъ мы видѣли, думаетъ, что отвѣтчикъ становится, по его выраженію, въ извѣстное принудительное положеніе (Zwangslage). Этотъ юристъ не отказывается, для обозначенія этого явленія, отъ выраженія Gebundenheit des Gesetzes. Мысль Швальбаха, по нашему мнѣнію, вѣрна, т. е. отвѣтчикъ становится дѣйствительно къ суду въ такое положеніе, что судъ принимаетъ по отношенію къ нему тѣ или другія мѣры лишь потому, что считаетъ его отвѣтчикомъ; но онъ составилъ себѣ неясное представленіе о томъ, что это за положеніе отвѣтчика и въ какое отношеніе онъ становится къ суду?

По нашему мнѣнію на это долженъ быть данъ слѣдующій отвѣтъ: законъ, въ которомъ выражается воля государства, вручаетъ суду власть, а соотвѣтственно этому отвѣтчикъ ставится къ суду въ подчиненное положеніе, т. е. съ предъявленіемъ иска устанавливается между судомъ и отвѣтчикомъ отношеніе власти и подчиненія, иначе говоря, устанавливается властеотношеніе. Но это отношеніе не есть отношеніе-процессъ. Имъ дается лишь та предполагаемая заранѣе возможность для дѣятельности суда, о которой мы говорили выше: безъ власти и соотвѣтствующаго ей подчиненія была бы невозможна дѣятель-

¹⁾ Ср. также: Degenkolb. Einlassungszwang und Urtheilsnorm.

²⁾ Бюловъ (въ статьѣ C. Pr. Fict. und. Warh.)

ность суда, невозможно было бы достижение той цѣли, которая ему указывается.

Властеотношеніе устанавливается не только между судомъ и отвѣтчикомъ, но также между судомъ и истцомъ, свидѣтелями, экспертами и т. д. ¹⁾ Всѣ эти отношенія не составляютъ одного отношенія: во властеотношеніи стоитъ къ суду каждое отдѣльное лице, такъ или иначе принимающее участіе въ процессѣ.

Такимъ образомъ, обязательное значеніе для всѣхъ этихъ лицъ требованій, дѣйствій, распоряженій, опредѣленій суда вытекаетъ изъ того, что это суть дѣйствія (выражаясь обще) органа власти.

Властеотношеніе.

Herzfelder, въ своемъ сочиненіи *Gewalt und Recht* проводитъ различіе между правомъ и властью, между правоотношеніемъ и властеотношеніемъ (*Gewaltverhältniss*). Властеотношеніе, говоритъ онъ, есть чисто фактическое отношеніе и предполагаетъ, какъ таковое, пространственное стояніе въ отношеніи (*ein räumliches in Beziehung-Stehen*) участвующихъ въ немъ лицъ или вещей (такъ какъ и послѣднія, также какъ первыя, могутъ находиться во власти).

Сущность власти, по мнѣнію Herzfelder'a составляетъ принудительная сила (*Zwangsmacht*).

Различіе между правоотношеніемъ и властеотношеніемъ онъ видитъ въ слѣдующемъ: правоотношеніе существуетъ, какъ нѣчто мыслимое, такъ какъ право, или обязанность есть лишь выводъ, дѣлаемый изъ фактическихъ обязательствъ, составляющихъ условіе ихъ существованія; напротивъ того, властеотношеніе существуетъ, по его выраженію, во внѣшнемъ мірѣ, оно имѣетъ реальное существованіе, воспринимаемое внѣшними чувствами, такъ какъ проявленіе власти состоитъ всегда въ

¹⁾ Г. Гольмстенъ, какъ мы видѣли, подмѣтилъ, что между всѣми этими лицами и судомъ устанавливается отношеніе. То же, отчасти, замѣтно у Канштейна, который говоритъ объ отношеніяхъ сторонъ къ суду и т. д.

²⁾ Ср. теорію Гольмстена.

³⁾ S. 139.

измѣненіяхъ, производимыхъ во внѣшнемъ мірѣ. Примѣненіе власти есть проявленіе воли, (Willensäusserung), а не простое выраженіе воли (Willensärklärung), какъ при существованіи права.

Вопросъ о сущности власти и властеотношенія (Gewaltverhältniss) вообще, а также о соотношеніи между властью и правомъ затрогивался многими нѣмецкими юристами ¹⁾. Мы согласны съ тѣми юристами, которые высказывали мнѣніе, что власть есть превосходство силы (превозмоганіе — Ueberlegenheit) одной воли надъ другой (Seydel), что власть характеризуется господствомъ одного лица надъ другимъ, способностью употреблять силу, принужденіе для осуществленія своего интереса ²⁾.

Мы согласны съ Херцфельдеромъ, что власть и право суть различныя явленія ³⁾, такъ что одно не можетъ исключать другое, но мы думаемъ, въ противоположность этому юристу, что власть не есть лишь фактическое явленіе, но и юридическое, въ томъ случаѣ, когда источникъ ея, какъ силы, лежатъ въ вѣлвіи закона ⁴⁾.

Основываясь на томъ, что сущность власти состоитъ въ обладаніи силою къ принужденію, Херцфельдеръ приходитъ къ отрицанію судебной власти въ томъ смыслѣ, что судъ, какъ органъ, постановляющій рѣшеніе, не обладаетъ властью. Для того, чтобы постановить рѣшеніе, говорить онъ, нѣтъ надобности во власти. Но такъ какъ рѣшеніе должно имѣть практическое значеніе, то для этого необходимо, чтобы сзади него стояла власть, которая приводила бы его въ дѣйствіе. Такимъ образомъ, лишь приведеніе постановленныхъ рѣшеній въ ис-

¹⁾ Herzf. *ibid.* S. 5. N 18 См. Герингъ. Цѣль въ правѣ (Русск. перев.). Sarwey. *Verwaltungsrecht*; Seydel. (Herf. прим. 18-e). Gerber. *Grundzüge v. S. d. d. St. Rechts* § 7 ff; Rosin. *Annalen d. d. Reichs.* 1883. S. 298 ff.

²⁾ См. также Laband. *Slaatsrecht.* (B. III, 2 Abl. S. 25,) который говорить о физической силѣ государства. Schuppe. *Begriff des subjektiven Rechts.* S. 80; Kohler, *ibid.* S. 39.

³⁾ Право можно опредѣлить, какъ мѣру дозволенности осуществленія интереса, а власть, какъ дѣйствительное средство его осуществленія.

⁴⁾ Для осуществленія однихъ интересовъ достаточно права, для осуществленія другихъ нужна дѣятельность, въ которой бы примѣнялась власть.

полненіе, путемъ примѣненія принудительныхъ средствъ требуетъ, по его мнѣнію, власти¹⁾.

Мы не можемъ согласиться съ этимъ мнѣніемъ Херцфельдера и думаемъ, согласно съ мнѣніемъ Лабанда и въ особенности Бюлова, что власть суда проявляется въ самомъ постановленіи рѣшенія. Мы находимъ далѣе, что власть суда проявляется не только въ постановленіи рѣшенія, что она нужна ему и для веденія процесса, такъ какъ безъ этого не могутъ быть исполняемы имъ его обязанности, а слѣдовательно не можетъ быть постановлено и рѣшеніе. Въ этомъ отношеніи власть суда, на нашъ взглядъ, проявляется вѣсьма рѣзко. Самое считаніе, такъ сказать, того или другаго лица отвѣтчикомъ и даже истцемъ есть уже насиліе надъ нимъ, что видно, между прочимъ, изъ того, что это соединяется съ дѣйствительнымъ употребленіемъ силы, съ принужденіемъ даже въ современномъ гражданскомъ процессѣ²⁾. Это проявляется въ гражданскомъ процессѣ въ обезпеченіи иска, въ отобраніи подписки о невыѣздѣ, въ приводѣ отвѣтника, въ сосредоточеніи тяжущихся въ томъ городѣ, гдѣ находится судъ, въ силу чего тяжущіеся, по правиламъ о производствѣ въ коммерческихъ судахъ, не могутъ оставить городъ безъ разрѣшенія суда. Далѣе, власть суда проявляется ясно въ вызовахъ, въ назначеніи засѣданій, въ руководствѣ ходомъ процесса, въ открытіи, направленіи и прекращеніи преній, въ отнятій слова и такъ далѣе. То обстоятельство, что не самъ судъ приводитъ въ исполненіе свое постановленіе (а въ томъ числѣ и рѣшеніе) другими словами, что не самъ судъ непосредственно осуществляетъ свою волю, а дѣлается это черезъ пристава или другое должностное лице,

¹⁾ S. 140. Подтверженіе этой мысли онъ находитъ у Лабанда, который говоритъ, что специфически государственно-правовая функція лежитъ въ той части рѣшенія, которая заключаетъ объявленіе о принудительности притязанія (Vollstreckbarkeitserklärung). Staatsrecht. V. III. S 25. Противъ этого замѣтимъ, что мнѣніе Лабанда дано Херцфельдеромъ невѣрно, такъ какъ самъ Лабандъ говоритъ, что рѣшенія не суть мнѣнія о правѣ, но проявленія государственной власти. (Ibid.) Онъ признаетъ, такимъ образомъ, что и постановленіе рѣшенія требуетъ власти. Ср. также Bülow, Gesetz und Richteramt.

²⁾ Въ уголовномъ процессѣ сюда относится принятіе мѣръ уклоненія обвиняемаго отъ слѣдствія и суда.

не даетъ права заключать, что судъ не имѣетъ власти и что она принадлежитъ лицу, исполняющему волю суда. Нѣкоторые юристы справедливо считаютъ установленные для этого органы содѣйствующими, т. е. такими, которые не суть непосредственные органы государственной власти, а лишь органы рѣшающихъ органовъ. Такимъ образомъ эти юристы справедливо считаютъ непосредственными органами государственной власти рѣшающіе органы, къ которымъ принадлежатъ и суды ¹⁾.

Правильность этого мнѣнія можетъ быть выведена и изъ положеній, высказываемыхъ самимъ Херцфельдеромъ, т. к. если власть есть способность воли къ принудительному осуществленію, то отсюда прямой выводъ, что органомъ власти долженъ считаться тотъ органъ, воля котораго осуществляется, а не тотъ, который осуществляетъ чужую волю.

Точно также нельзя не видѣть власти суда и тамъ, гдѣ суду (въ силу смягченія его власти государствомъ) не приходится прибѣгать къ прямому принужденію, и гдѣ, въ замѣнъ того, законъ угрожаетъ невыгодными послѣдствіями за неисполненіе приказа суда ²⁾: въ самомъ изданіи приказа, имѣющаго такіа послѣдствія, уже проявляется власть.

Элементъ власти присущъ многимъ правоотношеніямъ, какъ гражданскаго права (напр. права семейственнаго), такъ и государственнаго ³⁾; но властеотношеніе можетъ быть и самостоятельнымъ отношеніемъ ⁴⁾, невходящимъ въ правоотношеніе, какъ элементъ его ⁵⁾. Оно можетъ быть таковымъ не только, какъ фактическое, самовольно явившееся отношеніе, но и какъ созданіе праваго порядка, когда власть сооб-

¹⁾ Коргуновъ. Сравнительный очеркъ государственнаго права стр. 43.

²⁾ Ср. Laband. *ibid.* § 97, S. 25 ff.

³⁾ См. Herzfelder, *ibid.* § 6. Въ особенности это рѣзко проявляется въ нѣкоторыхъ отношеніяхъ публично-правовыхъ, влѣдствіе чего элементы этого отношенія существенно отличаются отъ элементовъ отношенія гражданско-праваго, сохраняя характеръ власти и подчиненія. Ср. Herzfelder, *ibid.* *Thon. Rechtsnorm.* S. 128.

⁴⁾ Schlessmann. Der Vertrag S. 245 f. «Можно имѣть право безъ господства и господство безъ права». Herzfelder, *ibid.* S. 24

⁵⁾ Merkel. Rechtsnorm und subjektives Recht. Grünhut Zeitschr. B. IV. S. 386 «Самовольныя властеотношенія къ міру вещей не суть правоотношенія».

щается государством своему органу для достижения извѣстныхъ цѣлей ¹⁾). Передача власти государствомъ его органамъ совершается, конечно, путемъ опредѣленій закона и состоитъ въ томъ, что законъ открываетъ органу власти такую возможность дѣйствовать для достижения указанныхъ ему цѣлей, и съ его дѣйствіями связываетъ для тѣхъ лицъ (а также ихъ правъ и интересовъ), по отношенію къ которымъ должна происходить дѣятельность, такія послѣдствія, которыя могутъ быть объяснены именно лишь съ точки зрѣнія господства, власти, а не правоотношенія. Мы видѣли, что это обстоятельство подмѣчено нѣкоторыми нѣмецкими юристами ²⁾, и что дѣйствительно только съ этой точки зрѣнія могутъ быть объяснены указанные выше явленія. вмѣстѣ съ тѣмъ мы видѣли и то, что послѣднія не могутъ быть объяснены съ точки зрѣнія права и обязанности ³⁾.

Такимъ образомъ, мы вправѣ сказать, что въ процессѣ мы имѣемъ дѣло не съ правоотношеніемъ, а съ дѣятельностью, въ которой примѣняется власть и слѣдовательно съ властеотношеніемъ. Мы не придемъ къ иному заключенію и тогда, если примемъ въ соображеніе особенности публично-правового отношенія, въ отличіе отъ гражданско-правового. Съ этой точки зрѣнія мы будемъ имѣть слѣдующія отношенія: государство стоитъ къ частнымъ лицамъ въ публично-правовомъ отношеніи, элементы котораго слѣдующіе: государство признаетъ себя обязаннымъ давать защиту интересамъ частныхъ лицъ во всѣхъ случаяхъ, когда имѣются условія, указанные для того объективнымъ правомъ ⁴⁾. Соответственно этому, за частными лицами признается право пользоваться покровительствомъ власти ⁵⁾, въ смыслѣ способности возбуждать необходимую для того дѣятельность государства, въ лицѣ его органовъ ⁶⁾. Если эта дѣятельность будетъ возбуждена, то, по нашему мнѣ-

¹⁾ Ср. выше стр. 149, сн. 4.

²⁾ Швальбахомъ, Колеромъ, Лабандомъ.

³⁾ См. выше объясненія Ваха.

⁴⁾ Laband, *ibid.* S. 22, Schuppe, *ibid.* S. 81 ff.

⁵⁾ Ср. Коркуновъ, сравнительный очеркъ государственнаго права. Ч. I. стр. 67. Онъ придаетъ этому праву иное значеніе, чѣмъ мы.

⁶⁾ См. ниже стр. 155.

нію ¹⁾), не возникаетъ отношенія въ этомъ конкретномъ случаѣ между государствомъ и частнымъ лицомъ, а наступитъ лишь исполненіе первымъ его обязанности.

Соотвѣтственно тому, что государство дѣйствуетъ черезъ посредство своихъ органовъ, другими словами, что черезъ ихъ посредство оно примѣняетъ свою власть, дѣятельность ихъ является примѣненіемъ власти въ силу возложенной на нихъ государствомъ обязанности ²⁾. Такимъ образомъ и съ этой точки зрѣнія нѣтъ мѣста для правоотношенія между частнымъ лицомъ и органомъ власти, такъ что между ними устанавливается лишь властеотношеніе.

Отношеніе органа власти къ частному лицу должно быть нормировано ³⁾. Для этого нужно, чтобы была указана цѣль для дѣятельности перваго и способы достиженія ея ⁴⁾; но такъ какъ цѣль достигается дѣятельностью органа власти и такъ какъ именно дѣятельностью его затрагиваются интересы частнаго лица, то отсюда видно, что регулированіе отношенія между тѣмъ и другимъ должно свестись, какъ мы уже говорили, къ регулированію дѣятельности органа власти.

Что касается до различія между властеотношеніемъ и право-отношеніемъ, то для насъ важны слѣдующія черты его.

Содержаніе правоотношенія составляютъ право и соотвѣтствующая ему обязанность, и при томъ, какъ право на

¹⁾ Ср. иное мнѣніе Laband'a.

²⁾ Правильность этого взгляда видна, между прочимъ, изъ слѣдующаго: Thon (Rechtsnorm und subjectives Recht. S. 244 f.) признаетъ право тяжущагося на дѣятельность суда на томъ основаніи, что судъ можетъ быть принужденъ къ совершенію дѣйствія. Ошибочность этого соображенія видна, по нашему мнѣнію, изъ самого порядка принужденія суда: онъ состоитъ въ томъ, что высшему суду тяжущійся доказываетъ, что въ данномъ дѣлѣ были условія для возбужденія дѣятельности суда, т. е. другими словами, что существовала обязанность суда передъ государствомъ совершить данное дѣйствіе. (См. также ниже стр. 155 сл. 2).

³⁾ Въ особенности, если власть дается государствомъ. Ср. выше теорію Планка, каждый видитъ въ процессѣ юридически упорядоченное отношеніе. Мы думаемъ, что онъ имѣетъ здѣсь въ виду именно властеотношеніе.

⁴⁾ См. Коркуновъ, Ср. оч. госуд. права, стр. 64.

известное дѣйствіе и обязанность совершить его. Права и обязанности создаются объективнымъ правомъ. Вслѣдствіе этого юридическое отношеніе, какъ фактическое отношеніе регулируемое объективнымъ правомъ, можно считать созданиемъ объективнаго права, такъ какъ оно существуетъ, какъ юридическое отношеніе, постольку, поскольку существуютъ созданные объективнымъ правомъ и составляющіе содержаніе ето права и обязанности. Въ этомъ смыслѣ оно составляетъ противоположность фактическому отношенію. Созиданіе права субъективнаго состоитъ въ томъ, что объективное право объявляетъ, что при известныхъ условіяхъ возникаетъ субъективное право. Отсюда являются условія возникновенія, существованія и прекращенія юридическаго отношенія. Последнее вслѣдствіе этого дѣйствительно получаетъ какъ будто бы жизнь, существуетъ и подвергаясь измѣненію и прекращенію.

Иное нужно сказать о властеотношеніи.

Власть, какъ сила, могущество не поражается объективнымъ правомъ, существуя, по справедливому замѣчанію Херцфельдера, до возникновенія послѣдняго, а передается суду раз навсегда, какъ готовая, какъ имѣющаяся у государства, для примѣненія ради известной цѣли и при известныхъ условіяхъ. Содержаніе властеотношенія составляетъ власть и подчиненіе, въ которое лице приводится силою той же власти. Властеотношеніе не есть (какъ правоотношеніе) выводъ изъ фактовъ и закона, выводъ, правильность котораго должна быть проверена прежде, чѣмъ оно можетъ быть осуществлено. Вслѣдствіе этого властеотношеніе возникаетъ (т. е. власть, какъ сила, полученная ранѣе, примѣняется и лице становится въ подчиненное положеніе) сразу, какъ только властная воля органа власти направится на достиженіе известной цѣли по отношенію къ этому лицу¹⁾.

Властеотношеніе не имѣетъ содержанія подобнаго тому, какое имѣетъ правоотношеніе, въ слѣдующемъ смыслѣ: содержаніе правоотношенія составляетъ право на известное опредѣленное дѣйствіе лица обязаннаго и обязанность послѣдняго совершить это дѣйствіе. Этихъ свойствъ не имѣетъ властеот-

¹⁾ Laband ibid § 97, S. 24. «Несуществуетъ обязанности подчиниться государственной власти, а есть лишь состояніе подчиненности.» Ср. выше споръ Ваха и Швальбаха.

ношеніе, такъ какъ дѣйствіе не составляетъ объекта его и имъ устанавливается лишь обязательность дѣйствій лица властвующаго для лица подчиненнаго¹⁾; при томъ не точно определеннхъ дѣйствій, а всѣхъ тѣхъ, которыя придется, такъ сказать, совершить лицу, имѣющему власть, по исполненію возложенной на него государствомъ обязанности. Последнее происходитъ оттого, что воля органа власти направляется вообще на достиженіе цѣли указаной ему закономъ, и при томъ тѣмъ способъ, совершеніемъ тѣхъ дѣйствій, которыя также указаны въ законѣ; но какія изъ нихъ придется совершить—это зависитъ отъ условій каждаго дѣла и не можетъ быть заранѣе предусмотрѣно. Власть, какъ сила, присущая волѣ суда, возникаетъ вмѣстѣ съ возбужденіемъ послѣдней къ дѣятельности²⁾. Съ этого момента, слѣдовательно возникаетъ и властеотношеніе.

¹⁾ Это происходитъ оттого, что воля лица подчиненнаго не равна волѣ лица властвующаго (какъ это имѣетъ мѣсто въ правоотношеніи для лицъ управомоченнаго и обязаннаго), а является въ сравненіи съ нею какъ ничто, какъ неимѣющая значенія (*bedeutungslos*). Вслѣдствіе этого возможность осуществленія интереса не зависитъ здѣсь отъ воли лица, принимающаго на себя обязанность (какъ въ правоотношеніи), а дается силою самого лица властвующаго (ср. *Rosin, ibid. S. 298 ff.*; *Herzfelder, ibid. S. 30*). Если допустить существованіе объекта властеотношенія, то таковымъ можетъ быть признанъ только одинъ изъ субъектовъ его—лице подчиненное (ср. *Gerber, ibid. S. 54*).

²⁾ Вахъ (*Feststellungsanspruch*), а также Лабандъ (*ibid*) допускаютъ притязаніе частнаго лица къ государству (а Вахъ и къ суду, какъ его органу. См. возраженія Колера. *Proz. S. 13*) о защитѣ. Противъ этого мнѣнія возражаютъ: *Schuppe (Begriff des subjectiven Rechts. S. 85 f.)*, что государство не можетъ быть обязываемо объективнымъ провомъ, такъ какъ его воля и есть воля объективнаго права, а судья есть, такъ сказать, уста объективнаго права; Колеръ (см. выше его теорію); *Fischer (Z. f. d. C.Pr. V. X. S. 428 ff.)*, что государство доставляетъ защиту съ соблюденіемъ извѣстныхъ формъ и условій, въ которыя не входитъ существованіе такого притязанія; *Sohm (Begriff des Forderungsrechts. Grünhuts Z. V. IV. S. 468)*; истцу не принадлежитъ право на дѣятельность суда, т. е. послѣдній обязанъ не по отношенію къ нему а по отношенію къ государству. Ср. также мнѣніе *Thon'a (Rechtsnorm. S. 129)*, который допускаетъ право частнаго лица на дѣятельность судьи, но лишь послѣ заявленія требованія, хотя и признаетъ за искомъ силу (*Macht*) побуждать судъ къ дѣятельности. Оставляя безъ разсмотрѣнія мнѣніе *Тона*, которое заключаетъ въ себѣ неясность (почему до предьявленія требованія оно имѣетъ силу вынудить дѣятельность суда, а послѣ

Дѣятельность есть явленіе, имѣющее, такъ сказать, теченіе, т. е. она состоитъ изъ отдѣльныхъ звеньевъ, (дѣйствій) слѣдующихъ одно за другимъ во времени. Каждымъ изъ нихъ должна достигаться въ известной мѣрѣ та общая имъ цѣль, достиженію которой служить вся дѣятельность. Такъ какъ въ дѣятельности проявляется воля, то отсюда видно, что воля дѣйствующаго субъекта должна прежде направиться на достиженіе вообще той цѣли, которая должна быть достигнута его дѣятель-

предъявленія порождаетъ право на дѣятельность суда?) замѣтимъ, относительно мнѣнія Ваха, что по нему право на дѣятельность суда должно существовать до предъявленія иска. Если Вахъ, называя притязаніе публично правовымъ, связываетъ съ этимъ обязательность его для суда, то нужно будетъ признать, что если судъ до предъявленія иска какимъ либо способомъ узнаетъ о существованіи этого притязанія, то обязанъ будетъ исполнить его ex officio, т. е. возбудить дѣло и рѣшить его, не дожидаясь предъявленія иска. Если же Вахъ придаетъ ему значеніе частно правового притязанія, то въ предполагаемомъ случаѣ мы также должны будемъ допустить, что судъ долженъ будетъ удовлетворить притязаніе добровольно, не дожидаясь предъявленія иска, а если не исполнитъ этого, то должна быть употреблена противъ него карая либо мѣра принужденія. Получается, такимъ образомъ, полное несоответствіе этой теоріи природѣ гражданского процесса. Возбужденіе дѣятельности суда предъявленіемъ иска мы объясняемъ себѣ слѣдующимъ образомъ: давать защиту правамъ это есть, такъ сказать, свойство государства, такъ какъ въ этомъ состоитъ одна изъ цѣлей его существованія. То же свойство (функционировать для защиты правъ) передаетъ оно своимъ органамъ—судамъ. Но при этомъ, сообразно характеру правъ, оно ставитъ судамъ различныя условія, при которыхъ ихъ дѣятельность должна возбуждаться. Такъ, дѣятельность уголовного суда (напр. мирового судьи) можетъ возбуждаться по собственному почину, если самъ судъ усмотритъ нарушеніе права; дѣятельность же гражданского суда—при томъ условіи, если онъ узнаетъ объ этомъ изъ заявленія потерпѣвшаго и если при томъ послѣдній заявитъ желаніе, чтобы право его было защищено. Какъ нѣтъ ни у обвиняемаго, ни у государства права на дѣятельность суда уголовного, такъ точно нѣтъ его у истца по гражданскому дѣлу по отношенію съ судомъ гражданскому. Такимъ образомъ, мы не признаемъ за истцемъ права на дѣятельность опредѣленнаго суда по поводу опредѣленнаго дѣла, но признаемъ, вмѣстѣ съ Schuppe (ibid. S. 84), существованіе у каждаго лица, такъ сказать, общаго права (Befugniss) обращаться въ судъ съ просьбой о защитѣ права (къ такимъ правамъ Шуппе относитъ также, на примѣръ, право заключать договоры и т. под.). Возбудительная, такъ сказать, сила предъявленія иска лежитъ не въ этомъ правѣ, а въ свойствѣ судебной власти.

ностью, а затѣмъ въ каждомъ отдѣльномъ дѣйствіи должна проявляться та же воля, направленная на достиженіе этой цѣли, но направленная на достиженіе ея въ томъ объемѣ, въ какомъ она можетъ быть достигнута этимъ дѣйствіемъ.

Примѣняя сказанное къ дѣятельности суда, мы находимъ слѣдующее: воля суда есть, какъ мы выразились, властная воля. Вслѣдствіе этого, если воля его направилась на достиженіе той цѣли, которая ему указана закономъ, то вмѣстѣ съ тѣмъ возникаетъ и властеотношеніе, какъ власть суда вообще на достиженіе этой цѣли по отношенію къ извѣстному лицу и соотвѣтствующее этому подчиненіе послѣдняго этой волѣ суда. Такимъ образомъ, является какъ бы состояніе власти и подчиненности, дѣлающее для этого лица заранее обязательными всѣ тѣ дѣйствія, которыя будутъ по отношенію къ нему совершены судомъ. Затѣмъ, та же обязательность сопровождается и отдѣльными дѣйствіями суда.¹⁾ Въ этомъ состоитъ положеніе того или другаго лица въ процессѣ и связь между ними и судомъ.

Власть дается закономъ, такъ какъ законъ есть общая форма, въ которой сообщается, какъ право, такъ и власть. Но властеотношеніе не имѣетъ самостоятельнаго существованія, подобно правоотношенію. Власть есть, какъ мы уже говорили, сила присущая волѣ суда. Такъ какъ послѣдняя проявляется въ дѣятельности, то власть суда сводится къ обязательности, которая связывается закономъ для лица подчиненнаго съ дѣятельностью суда.²⁾ Отсюда видно, что не можетъ быть усло-

¹⁾ Ср. выше ученіе Колера о *Rechtsgeschäft* и *Rechtsact*. Ср. выше (стр. 119) разсужденія Швальбаха относительно зависимости матеріально-правового положенія истца отъ процессуальныхъ дѣйствій. Замѣтимъ, что положеніе сторонъ зависитъ непосредственно отъ дѣятельности суда, а дѣятельность сторонъ служитъ поводомъ для дѣятельности послѣдняго, (см. ниже стр. 170).

²⁾ Характеръ обязательности здѣсь тотъ (въ противоположность обязательности, вытекающей изъ правоотношенія), что обязательность дѣйствій органа власти, дается заранее (связывается съ волею органа власти и слѣдовательно съ дѣятельностью его, какъ проявленіемъ послѣдней). При этомъ, органъ власти, исходя изъ обязательности своей воли, и приди къ заключенію о необходимости принятія той или другой мѣры, совершаетъ дальнѣйшія дѣйствія или употребляетъ принужденіе противъ лицъ, препятствующихъ ея примѣненію. Вопросъ объ обязательности дѣйствій органа власти можетъ возникнуть (въ большинствѣ случаевъ) лишь послѣ ихъ совершенія и рѣшается органами той же власти.

вій возникновенія, существованія, прекращенія властеотношенія, какъ самостоятельнаго явленія: всѣ эти условія относятся къ волѣ суда и къ дѣятельности его, какъ ея правленію. Такимъ образомъ, то состояніе власти и подчиненія, о которомъ мы говорили выше, возникаетъ, существуетъ и прекращается, вмѣстѣ съ дѣятельностью суда, какъ проявленія его воли. Можно сказать, что оно дается волею суда въ томъ смыслѣ, что это есть сила, связанная съ нею закономъ. Этимъ еще разъ подтверждается правильность нашего мнѣнія, что законъ регулируетъ въ процессѣ дѣятельность суда (какъ обязательное для суда проявленіе его воли), такъ какъ она именно (благодаря тому, что въ ней проявляется воля суда, и слѣдовательно примѣняется его власть) вліяетъ на личное положеніе того лица, по отношенію къ которому она совершается, и на его права и интересы. Что касается нормированія собственно власти, то оно состоитъ, какъ сказано выше, въ опредѣленіи объема ея¹⁾. Такимъ образомъ власть въ томъ или другомъ объемѣ примѣняется въ дѣятельности суда, а потому и съ этой стороны процессъ остается регулируемою дѣятельностью. Иначе, на нашъ взглядъ, и не можетъ быть, потому что процессъ, рассматриваемый какъ явленіе фактическое, есть дѣятельность.

Выше мы видѣли, что возникновеніе воли суда происходитъ при извѣстныхъ условіяхъ. Наличие этихъ условій даетъ дѣйствительность всей дальнѣйшей процессуальной дѣятельности, какъ цѣлому. Этими же условіями дается дѣйствительность и всѣмъ отдѣльнымъ процессуальнымъ дѣйствіямъ, такъ что, если не было законныхъ условій для того, чтобы воля суда направилась на отправленіе функций судебной власти, то признаніе этого дѣлаетъ недѣйствительными всѣ дѣйствія суда уже совершенныя имъ, а вмѣстѣ съ тѣмъ, конечно, и всѣ дѣйствія другихъ субъектовъ процесса, такъ какъ дѣятельность послѣднихъ направлена на то, какъ увидимъ ниже, чтобы вліять на дѣятельность суда. Она имѣетъ, слѣдовательно, значеніе постольку, поскольку дѣйствительна дѣятельность послѣдняго. Кромѣ того, каждое отдѣльное дѣйствіе суда, для того чтобы быть дѣйствительнымъ, а слѣдовательно,

¹⁾ Сюда относятся опредѣленія закона относительно размѣра обязательности того или другаго судебного дѣйствія, а также мѣръ и средствъ принужденія.

чтобы имѣть обязательную силу, должно быть совершено съ соблюденіемъ извѣстныхъ условій относительно совершенія его, послѣдовательности, формы и т. д. ¹⁾ Наконецъ, судъ, дѣятельность котораго направлена на разрѣшенія вопроса о существованіи права, связанъ въ своей дѣятельности и нормами гражданскаго права: ему дана власть не только надъ личностью тяжущихся, но также и надъ ихъ правами и интересами. Вслѣдствіе этого его дѣятельность имѣетъ не только личныя послѣдствія для тяжущихся во время веденія процесса; но вліяетъ и на ихъ гражданско-правовыя отношенія ²⁾ Для всего этого ему дана власть, но вмѣстѣ съ тѣмъ вся его дѣятельность обставлена указанными въ законѣ условіями. Мы можемъ сказать поэтому вмѣстѣ съ Вагн'омъ ³⁾, что законъ и право составляютъ для суда положительный, внутренней, исключительный принципъ его дѣятельности ⁴⁾ При соблюденіи всѣхъ этихъ условій, заключительный актъ его дѣятельности (рѣшеніе) становится не результатомъ фактической (такъ сказать) умственной дѣятельности, а выраженіемъ правовой воли государственной власти ⁵⁾.

Разъ процессъ имѣетъ такія послѣдствія, то его, очевидно, нельзя считать явленіемъ только фактическимъ. Это есть, слѣдовательно, вмѣстѣ съ тѣмъ явленіе юридическое ⁶⁾. Примѣняя къ тому, что явленіе фактическое (фактическое отношеніе), если оно регумировано закономъ и съ этимъ связываются юридическія послѣдствія, называется юридическимъ отношеніемъ, мы думаемъ, что и процессъ, какъ дѣятельность регулируванную, съ которой связываются юридическія послѣд-

¹⁾ Сюда, между прочимъ, относятся, какъ увидимъ ниже, условія для дѣйствій тяжущихся т. е. эти дѣйствія въ свою очередь должны быть совершены съ соблюденіемъ извѣстныхъ условій, чтобы могли возбудить совершеніе судомъ отдѣльныхъ дѣйствій.

²⁾ Ср. выше теорію Планка; Bülow. Gesetz und Richteramt. S. 6; Sarwey, ib. S. 59.

³⁾ Rechtsstaat. § 17.

⁴⁾ Усмотрѣніе суда допускается тамъ, гдѣ законодатель не могъ въ абстрактномъ правилѣ дать правильное указаніе для его дѣятельности (см. Bülow. Dispositives Civilprozessrecht. Archiv f. C. Pr. B. 64).

⁵⁾ См. Bülow. Gesetz und Richteramt. S. 6 f.

⁶⁾ См. выше теорію Колера.

ствія, можно съ полнымъ правомъ назвать юридическою дѣятельностью.

Подводя итогъ всему сказанному о процессѣ, какъ дѣятельности, мы находимъ слѣдующее:

Какъ явленіе фактическое процессъ есть дѣятельность всѣхъ лицъ, участвующихъ въ немъ. Это есть дѣятельность съ одной стороны внутренняя, умственная, состоящая въ выводѣ изъ фактовъ и закона, — съ другой стороны внѣшняя, частію служащая подготовленіемъ къ умственной дѣятельности, частію служащая проявленіемъ ея во внѣ.

Какъ дѣятельность юридическая (внѣшняя и внутренняя)¹⁾, направленная на достиженіе указанной закономъ цѣли, имѣющая цѣльность, единство, опредѣленный поводъ и условія возникновенія, существованія и прекращенія, а также юридическія послѣдствія — это есть дѣятельность суда, какъ органа власти. Объединяющимъ началомъ здѣсь является облеченная властью воля суда, какъ органа власти, какъ представителя государства, въ волѣ котораго проявляется воля государства.

Дальнѣйшее изложеніе, надѣемся, еще больше подтвердить правильность этого положенія.

Послѣ сказаннаго намъ будетъ понятна та ошибка, въ которую впали Бюловъ и его послѣдователи, считая процессъ юридическимъ отношеніемъ.

То движеніе, которое замѣчается въ процессѣ есть движеніе только дѣятельности, тогда какъ этимъ юристамъ пришлось допустить, что это есть движеніе правоотношенія. Такъ какъ они не могли отказаться отъ мысли, что процессъ есть дѣятельность, то, чтобы объяснить движеніе въ процессѣ съ своей точки зрѣнія, имъ нужно было установить, что развитіе правоотношенія и движеніе дѣятельности связаны другъ съ другомъ. Но они не могли, конечно, этого достигнуть, такъ какъ за правоотношеніе ими принималось (въ различныхъ проявленіяхъ) властеотношеніе, которое не имѣетъ движенія.

Къ властеотношенію не относятся и условія возникновенія и т. д. процесса, которыя Бюловъ и его послѣдователи ему приписывали, считая его правоотношеніемъ. Отсюда произошло, что когда моментъ возникновенія процесса былъ отнесенъ Бюловомъ къ моменту предъявленія иска, то ему пришлось

¹⁾ Объ этомъ подробнѣе ниже.

впасть въ непримирное противорѣчіе. Это объясняется слѣдующимъ образомъ: по нашему мнѣнію, процессъ возникаетъ въ тотъ моментъ, когда воля суда направилась на отправленіе правосудія въ данномъ конкретномъ дѣлѣ. Для этого нужны извѣстныя условія. Если судъ счелъ себя обязаннымъ функционировать, то, конечно, потому, что нашелъ, что всѣ эти условія имѣются налицо. Но онъ можетъ не знать о ихъ отсутствіи или ошибиться и если убѣдится впоследствии въ противномъ, то обязанъ прекратить дальнѣйшую дѣятельность и счесть прежнюю дѣятельность недѣйствительною, какъ возбужденную безъ установленныхъ для того условій. По нашей теоріи, въ процессѣ имѣется, такимъ образомъ, размышляющій субъектъ, который можетъ ошибиться и исправить свою ошибку. Напротивъ того, Бюловъ имѣетъ въ виду только объективныя условія возникновенія правоотношенія, а отсюда и выходитъ то, что по его теоріи дѣятельность суда можетъ считаться дѣйствительною лишь при томъ условіи, если онъ стоитъ субъектомъ правоотношенія—процесса. Вслѣдствіе этого, если судъ послѣ возникновенія процесса найдетъ, что условій для этого не было, и что правоотношеніе, слѣдовательно, не возникло, то и опредѣленіе его о признаніи процесса недѣйствительнымъ будетъ также недѣйствительно, потому что судъ постановитъ его, не будучи субъектомъ процесса.

Та цѣль, которая достигается процессомъ (разрѣшеніе вопроса о существованіи права) можетъ достигаться также только дѣятельностью, а никакъ не развитіемъ правоотношенія.

Наконецъ, въ процессѣ, какъ мы видѣли, нѣтъ элементовъ правоотношенія¹⁾.

Отсюда понятно, что на тѣ вопросы, которые не были разрѣшены Бюловомъ, не могло быть дано точнаго отвѣта и его послѣдователями.

Возбужденіе процесса. Цѣль процесса.

Процессъ, какъ дѣятельность суда, возбуждается подачею въ судъ исковаго прошенія. Съ предъявленіемъ иска воля суда

¹⁾ Въ немъ нѣтъ ни правъ сторонъ на дѣятельность суда, ни обязанностей ихъ по отношенію къ послѣднему, ни правъ и обязанностей одной стороны по отношенію къ другой.

направляется на достиженіе той цѣли, которая ему указана закономъ, а вмѣстѣ съ тѣмъ и на совершеніе всѣхъ тѣхъ дѣйствій, которыя установлены послѣднимъ.

Цѣль, которую судъ преслѣдуетъ въ своей дѣятельности, отлична отъ цѣли того или другаго тяжущагося.

Истецъ обращается къ суду въ силу принадлежащаго ему общаго права пользоваться защитой со стороны суда, какъ органа государственной власти.

Своимъ обращеніемъ къ суду онъ возбуждаетъ его дѣятельность. Но прежде чѣмъ оказать защиту истцу, судъ долженъ убѣдиться въ томъ, что ему дѣйствительно принадлежит то право, на нарушеніе котораго онъ указываетъ, а равно и то, что это право дѣйствительно нарушено; другими словами, судъ долженъ рѣшить вопросъ о правильности требованій истца¹⁾. Въ достиженіи этого и состоитъ цѣль дѣятельности суда. Вахъ подмѣтилъ также самостоятельность цѣли, достигаемой процессомъ. Онъ отличаетъ её поэтому отъ цѣлей, преслѣдуемыхъ истцемъ и отвѣтчикомъ. По нашему мнѣнію та цѣль, которая достигается процессомъ, есть именно цѣль, преслѣдуемая судомъ въ его дѣятельности. Считать цѣлью процесса цѣль, преслѣдуемую истцемъ или также и отвѣтчикомъ, невозможно, думаемъ мы, по слѣдующимъ причинамъ: цѣли истца и отвѣтника противоположны одна другой и отличны отъ цѣли, преслѣдуемой судомъ. Если-бы мы стали поэтому приписывать процессу всѣ эти цѣли, то у насъ получилось бы одно явленіе, назначеніемъ котораго было бы достиженіе трехъ различныхъ цѣлей²⁾. На самомъ дѣлѣ въ процессѣ достигается именно цѣль, преслѣдуемая судомъ, что же касается до цѣлей истца и отвѣтника, то онѣ поглощаются первою. Въ самомъ дѣлѣ, усилія каждой стороны въ процессѣ направлены, ближайшимъ образомъ, на то, чтобы рѣшеніе суда было постановлено въ ея пользу. Отсюда видно, что и цѣль тяжущагося состоитъ прежде всего въ томъ, чтобы было постановлено судомъ рѣшеніе, т. е. чтобы судъ достигъ той цѣли, на достиженіе которой направлена его воля, такъ какъ рѣшеніемъ, постановленнымъ судомъ, ограждаются интересы тяжущихся.

¹⁾ См. Gönner, Handbuch, B. I. S. 180. Laband, ibid. B. III. § 97. S. 23.

²⁾ См. Handbuch, S. 5.

Сказаннымъ подтверждается правильность высказаннаго выше положенія, что процессъ есть дѣятельность суда, такъ какъ цѣль процесса есть дѣятельность послѣдняго.

Для того чтобы еще болѣе убѣдиться въ этомъ, намъ необходимо коснуться еще вопроса о томъ, составляетъ ли разсмотрѣніе условій возникновенія процесса элементъ послѣдняго? Какъ самъ Бюловъ, такъ и многіе другіе нѣмецкіе юристы считаютъ его таковымъ¹⁾; но мы думаемъ, что это положеніе неправильно, хотя согласно съ теоріею Бюлова²⁾.

Съ нашей точки зрѣнія неправильность его видна уже изъ того, что разрѣшеніе вопроса о наличности процессуальныхъ предположеній не можетъ составлять цѣли процесса, такъ какъ цѣль послѣдняго составляетъ то, на достиженіе чего направляется воля суда. Мы думаемъ, что разрѣшеніе судомъ вопроса о процессуальныхъ предположеніяхъ такъ же мало можетъ составлять элементъ процесса, какъ напр. повѣрка повѣреннымъ своего полномочія — быть исполненіемъ обязанности повѣреннаго.

Мы сказали выше, что дѣятельность суда возбуждается подачею исковаго прошенія. Но для этого нужны еще другія условія. Если подача исковаго прошенія имѣла такое послѣдствіе, какое ожидалъ истецъ, то это значитъ, что у суда явилось убѣжденіе, что при данныхъ условіяхъ должно наступить отправленіе функцій судебной власти³⁾, въ силу чего воля его направляется на достиженіе, путемъ установленной дѣятельности, той цѣли, достиженіе которой ему указано закономъ. Но прежде чѣмъ прійти къ такому убѣжденію и для того, чтобы прійти къ нему, суду, очевидно, необходимо разсмотрѣть и взвѣсить всѣ условія, которыми обставлена подача

1) Ср. первоначальную теорію Бюлова; Menger, System, S. 272 и др.

2) Въ особенности въ первоначальномъ ея видѣ.

3) Не всѣ недостатки условій возникновенія процесса провѣряются судомъ при подачѣ прошенія. Соответственно этому процессъ можетъ быть возбуждаемъ какъ бы безъ вѣдома суда (напр. во франц. пр.), при чемъ все таки возникаетъ власть суда надъ тяжущимися. Это не противорѣчитъ, однакоже, высказанному выше положенію о связи властеотношенія съ волею суда (стр. 157 сл.), такъ какъ властеотношеніе въ указанномъ здѣсь случаѣ возникаетъ не безусловно, а въ томъ предположеніи, что судъ найдетъ это согласнымъ со своею волею, что и выразитъ въ послѣдствіи.

даннаго исковаго прошенія, а равно и то, насколько само по себѣ исковое прошеніе, по содержанію своему и формѣ, способно возбудить дѣятельность суда. Разрѣшая эти вопросы, судъ, по нашему мнѣнію, дѣйствуетъ не въ качествѣ органа судебной власти, а въ качествѣ вообще одного изъ государственныхъ установленій, такъ какъ обязанность дѣйствовать въ предѣлахъ опредѣленной закономъ компетенціи и при наличности указанныхъ имъ условій—это есть общая обязанность, лежащая на всякомъ должностномъ лицѣ государства или государственномъ установленіи и вытекаетъ изъ самаго существа государственной должности ¹⁾).

Въ законѣ указываются не только условія, при которыхъ можетъ быть возбуждена или можетъ происходить дѣятельность суда вообще, но и отдѣльныхъ членовъ его. Такъ, законъ воспрещаетъ судѣ, стоящему въ извѣстныхъ отношеніяхъ къ дѣлу или сторонамъ, исполнять по этому дѣлу свои обязанности. Равнымъ образомъ, законъ воспрещаетъ судѣ принимать участіе въ томъ засѣданіи, въ которомъ участвуетъ судья, состоящій съ нимъ въ извѣстной степени родства или свойства. Бюловъ и его послѣдователи, подмѣтивши первый изъ указанныхъ мною случаевъ и исходя изъ того положенія, что если извѣстное обстоятельство дѣлаетъ процессъ недействительнымъ, то обстоятельство обратное ему служитъ предположеніемъ процесса, какъ юридическаго отношенія, утверждаютъ, что неподозрительность и способность судьи суть предположенія процесса. Это положеніе совершенно логично съ ихъ точки зрѣнія, такъ какъ то обстоятельство, что процессъ, какъ цѣлое, недействителенъ — они объясняютъ тѣмъ, что не возникло юридическое отношеніе - процессъ. Но мы думаемъ, что оно приложимо лишь къ единоличному суду, при коллегіальномъ же устройствѣ послѣдняго неподозрительность и способность судьи даже съ точки зрѣнія Бюлова и его послѣдователей не могутъ служить (въ особенности при современномъ судоустройствѣ) условіемъ возникновенія процесса. Въ самомъ дѣлѣ, въ моментъ предъявленія иска (а съ этимъ моментомъ, какъ мы видѣли, Бюловъ связываетъ возникновеніе процесса) при коллегіальномъ устройствѣ суда нельзя знать, кто изъ судей будетъ принимать участіе въ его раз-

¹⁾ Градовскій. Начала русск. государственнаго права. Т. II. стр. 6 сл.

В сов. праве
процессу и не
правовые и
представит
неприменяет

рѣшеніи, и процессъ возникнетъ, не смотря на то, что въ судѣ есть члены, которые не будутъ имѣть права участвовать въ разсмотрѣніи иска.

Отводъ, направленный противъ судьи, не можетъ считаться выраженнымъ въ отрицательной формѣ предположеніемъ процесса, такъ какъ онъ имѣетъ смыслъ лишь при томъ условіи, если процессъ возникъ вполне правильно, и направленъ онъ не на уничтоженіе процесса, а на поддержаніе его дѣйствительности. Онъ предъявляется не противъ суда, какъ субъекта процесса, а противъ отдѣльныхъ членовъ его, чтобы составъ засѣданія былъ законенъ (при неспособности одного или нѣсколькихъ судей). Засѣданій по одному и тому же дѣлу можетъ быть нѣсколько, составъ засѣданій можетъ мѣняться, и предъявленіе отвода противъ судьи можетъ имѣть мѣсто лишь въ томъ случаѣ, если хоть въ одномъ изъ нихъ участвовалъ судья „неспособный“ или „подозрительный“. Если отводъ будетъ признанъ правильнымъ, то отводимый судья будетъ устраненъ отъ участія въ томъ засѣданіи, въ которомъ противъ него предъявленъ отводъ. Если относительная неспособность судьи будетъ замѣчена послѣ того, какъ онъ участвовалъ въ одномъ изъ засѣданій, то будетъ признано недействительнымъ то постановленіе, которое состоялось при его участіи, всѣ же остальные судебныя дѣйствія, предшествующія ему, будутъ имѣть полную силу. Такимъ образомъ, ясно, что участіе въ дѣлѣ судьи „неспособнаго“ или „подозрительнаго“ (отведеннаго) поражаетъ недействительностью не процессъ, какъ цѣлое, а то дѣйствіе суда, въ совершеніи котораго онъ принималъ участіе. Если иногда замѣчается какъ будто бы обратное явленіе, то это происходитъ оттого, что дѣятельность судьи, неимѣющаго права принимать участія въ разсмотрѣніи дѣла, невозможно выдѣлить изъ дѣятельности коллегіи (внутренней, умственной), такъ какъ дѣятельность послѣдней есть дѣятельность всѣхъ членовъ, входящихъ въ ея составъ. Но тамъ, гдѣ дѣйствіе этого судьи можетъ быть отдѣлено отъ дѣйствія, совершеннаго коллегіею, — участіе его въ дѣятельности послѣдней не поражаетъ ее недействительностью¹⁾.

¹⁾ Р. Гр. К. Д. С. 1876 г. № 182. Р. Гр. К. Д. С. 1869 г. № 959. Подписаніе протокола засѣданія членомъ суда, устранившимъ себя отъ участія въ разрѣшеніи этого дѣла, не составляетъ повода къ отміи рѣшенія. Во всякомъ случаѣ, недействительность рѣшенія, постановленнаго при участіи

*Тонкобрю
Волковичев
и Шварцбах*

Изъ сказаннаго видно, что „способность“ и „неподозрительность“ судьи не суть „предположенія процесса“; что самоустраненіе судьи и предъявляемый противъ него отводъ не суть дѣйствія, направленные на установленіе предположеній процесса“, и, наконецъ, что разсмотрѣніе судомъ заявленія судьи о самоустраненіи или отвода со стороны тяжущихся не входитъ въ процессъ, какъ элементъ его.

Вопросъ о правѣ судьи принимать участіе въ разсмотрѣніи дѣла, какъ мы видѣли, не затрагиваетъ совершенно вопроса о законмѣрности возникновенія процесса. По отношенію къ судѣй коронному невозможность включить разсмотрѣніе этого вопроса въ процессъ проявляется съ особенной ясностью, такъ какъ онъ касается не дѣятельности его, какъ судьи, не обязанности его, какъ судьи, а обязанности его, какъ органа власти вообще, какъ должностнаго лица.

То же должно сказать и относительно обсужденія судомъ другихъ предположеній процесса. Выдѣленіе этихъ вопросовъ изъ процесса также весьма ясно (хотя и не такъ рѣзко бросается въ глаза). Иначе и быть не можетъ, такъ какъ разрѣшая ихъ, судъ, какъ сказано выше, и здѣсь исполняетъ не обязанности органа судебной власти, а обязанность органа власти вообще—дѣйствовать въ предѣлахъ и при условіяхъ, указанныхъ закономъ.

Справедливость сказаннаго будетъ видна еще изъ слѣдующаго: въ римскомъ правѣ время формулярной системы все производство дѣлилось на производство *in jure* и *in judicio* Магистрата, по сравненію съ судьей, можно назвать представителемъ правительственной власти: онъ провѣрялъ наличность условій, необходимыхъ для того, чтобы могла быть возбуждена дѣятельность суда, и если они имѣлись дѣйствительно, то учреждалъ судъ.

Такимъ образомъ, въ римскомъ правѣ изслѣдованіе вопроса о наличности условій для возбужденія судебной дѣятельности не входило въ дѣятельность судьи. Она ясно выдѣлялась изъ *judicium*'а, благодаря тому, что вопросъ этотъ разрѣшался не судомъ, а инымъ органомъ. На магистратѣ лежала обязанность давать защиту гражданскимъ правамъ, посредствомъ

неспособнаго судьи, существенно отличается отъ недѣйствительности рѣшенія, постановленнаго, напр. судомъ некомпетентнымъ: во второмъ случаѣ недѣйствителенъ весь процессъ, чего нѣтъ въ первомъ случаѣ.

назначенія судьи и возложенія на него обязанности разобрать дѣло (*judicare jubere*). Для этого ему нужно было предварительно провѣрить наличность необходимыхъ для того условий ¹⁾.

При современномъ судопроизводствѣ указанная функція сохраняется за государственной властью, которая назначаетъ постоянные суды и на нихъ разъ навсегда возлагаетъ обязанность разрѣшать вопросъ о правильности требованій истца. Здѣсь, слѣдовательно, по поводу каждаго отдѣльнаго дѣла не можетъ возбуждаться вопроса о томъ, имѣются ли условия для учрежденія суда, а можетъ имѣть мѣсто лишь вопросъ о существованіи условий для возбужденія его дѣятельности. Учреждая постоянные суды, государство разъ навсегда возлагаетъ на нихъ обязанность функционировать во всѣхъ случаяхъ, когда имѣются указанные для того въ законѣ условия. Провѣрка наличности послѣднихъ лежитъ, такимъ образомъ, на самихъ судахъ.

Отсюда видно, что при современномъ судоустройствѣ, въ отличіе отъ римскаго, само государство непосредственно, путемъ предписанія закона, *jubet judicare*, при существованіи указанныхъ для того условий. Въмѣстѣ съ тѣмъ, оно возлагаетъ не на особые органы, а на суды, рѣшеніе вопроса о томъ, предписываетъ ли законъ суду при данныхъ условіяхъ исполнять его обязанности.

Такимъ образомъ, разрѣшая вопросъ о существованіи процессуальныхъ предположеній, судъ исполняетъ совершенно иную обязанность, чѣмъ въ томъ случаѣ, когда разсматриваетъ дѣло по существу или разрѣшаетъ процессуальныя заявленія. Въ послѣднемъ случаѣ мы видимъ отправление функцій судебной власти, а въ первомъ — подчиненіе суда исполнительной организаціонной власти государства ²⁾.

Въ современномъ процессѣ вопросъ о наличности процессуальныхъ предположеній можетъ разрѣшаться судомъ во время веденія процесса; но это обстоятельство не можетъ измѣнить его сущности и сдѣлать его вопросомъ, разрѣшеніе котораго было бы отправленіемъ функцій судебной власти.

Если мы всмотримся въ конструкцію современнаго процесса, то увидимъ, что и въ немъ вопросы о „предположеніи-

¹⁾ Keller. Der Römische Civilprocess § 2.

²⁾ См. Пелидовъ, юридическія и политическія основанія государств. службы, стр. 27.

яхъ процесса“, или, по нашему, объ условіяхъ возбужденія дѣятельности суда, разрѣшаются отдѣльно отъ процесса. Это видно изъ слѣдующаго: предположимъ, что судъ усмотрѣлъ самъ тотъ или другой недостатокъ въ указанныхъ условіяхъ или нашелъ правильнымъ отводъ и постановилъ опредѣленіе о прекращеніи производства; въ этомъ случаѣ всѣ предшествующія дѣйствія сторонъ и суда, а также постановленія послѣдняго потеряютъ силу, но получатъ извѣстную силу опредѣленіе объ *absolutio ab instantia*. Если сторона, къ невыгодѣ которой оно постановлено, захочетъ добиться возможности вести процессъ далѣе, то все производство сосредоточится на вопросѣ объ условіяхъ возникновенія процесса, причемъ послѣдній можетъ получить дальнѣйшее движеніе въ томъ же судѣ лишь при томъ условіи, если опредѣленіе суда относительно *absolutio ab instantia* будетъ признано неправильнымъ; въ противномъ же случаѣ можетъ возникнуть о томъ же предметѣ другой процессъ въ томъ же судѣ (при иныхъ условіяхъ) или даже въ иномъ судѣ. Отсюда нельзя не видѣть, что разрѣшеніе указанныхъ вопросовъ фактически выдѣляется изъ процесса. Въ самомъ дѣлѣ, постановляя опредѣленіе о прекращеніи процесса, судъ признаетъ себя неимѣвшимъ права функционировать; онъ отказывается отъ своей дѣятельности въ этомъ процессѣ и низводитъ дѣло въ то положеніе, въ какомъ оно находилось бы до предъявленія иска¹⁾, а между тѣмъ, производство по разрѣшенію вопроса о процессуальныхъ предположеніяхъ продолжается.

Тѣ опредѣленія, которыми разрѣшается вопросъ о наличности процессуальныхъ предположеній, существенно отличаются по силѣ и значенію отъ опредѣленій, постановленныхъ судомъ, какъ органомъ судебной власти. Опредѣленія втораго рода (которыя назовемъ собственно судебными) могутъ отмѣнять другія такіе же опредѣленія. Для этого въ послѣдующемъ опредѣленіи должна быть выражена отмѣна предыдущаго или оно должно быть постановлено взамѣнъ послѣдняго; опредѣленіе же относительно „предположеній процесса“, не содержа въ себѣ опредѣленій объ отмѣнѣ каждаго изъ процессуаль-

¹⁾ На этомъ основаніи, напримѣръ, мѣра обезпеченія иска можетъ быть отмѣнена судомъ вмѣстѣ съ постановленіемъ опредѣленія о прекращеніи процесса. Р. Гр. К. Д. С. 1875 г. № 633.

ныхъ дѣйствій въ отдѣльности, поражаетъ недѣйствительностью всѣ судебныя дѣйствія. Недѣйствительнымъ становится даже рѣшеніе, тогда какъ частное опредѣленіе, по общему правилу, не можетъ оказывать вліянія на дѣйствительность рѣшенія.

Вопросы объ условіяхъ возбужденія процесса разрѣшаются далеко не всегда въ теченіе процесса, т. е. послѣ того, какъ послѣдній возникъ: весьма часто они возникаютъ и разрѣшаются судомъ, а отчасти предсѣдателемъ, немедленно послѣ подачи исковаго прошенія, т. е. до возникновенія процесса. Послѣдній возникаетъ въ такомъ случаѣ лишь тогда, когда судъ убѣдится въ томъ, что для его возбужденія имѣются необходимыя условія. Возможность разрѣшенія этихъ вопросовъ внѣ процесса (до его возникновенія) указываетъ также, по нашему мнѣнію, на то, что разрѣшеніе ихъ не должно быть причисляемо съ элементамъ процесса.

Если-бы мы сочли элементомъ процесса и разрѣшеніе указанныхъ вопросовъ, то судьба цѣлаго должна была бы отразиться и на части его, т. е. въ случаѣ прекращенія производства, все оно, въ томъ числѣ и производство по этимъ вопросамъ, должно было бы быть сочтено недѣйствительнымъ, а между тѣмъ мы видимъ, что если судъ находитъ, что въ данномъ дѣлѣ не было условій для возникновенія процесса, то всѣ процессуальныя дѣйствія и всѣ опредѣленія (въ томъ числѣ и рѣшеніе) теряютъ силу, тогда какъ опредѣленіе объ отсутствіи условій для возникновенія процесса одно сохраняетъ её. Не указываетъ ли это обстоятельство также на то, что разрѣшеніе указанныхъ вопросовъ не составляетъ элемента процесса?

Приведенныя соображенія убѣждаютъ насъ, такимъ образомъ, въ правильности высказаннаго выше положенія, что процессъ есть дѣятельность суда, направленная на разрѣшеніе вопроса о правильности требованій истца.

Дѣятельность сторонъ.

Процессъ, какъ мы говорили, есть дѣятельность суда. Послѣднему дается власть надъ тяжущимися, ихъ правами и интересами. Размѣръ ея опредѣляется соотвѣтственно той цѣли, которая должна достигаться его дѣятельностью. Въ своемъ раз-

витии гражданско-правовое законодательство большею частью стремится къ смягченію власти суда, т. е. къ тому, чтобы та же цѣль достигалась при возможно меньшемъ употребленіи насилия, т. е. прямого принужденія противъ тяжущихся. Это смягченіе средствъ принужденія доводится до того, что прямое принужденіе къ совершенію тѣхъ или другихъ дѣйствій замѣняется указаніемъ въ законѣ невыгодныхъ послѣдствій, которыя наступаютъ для тяжущихся при несовершеніи ихъ. Иной источникъ имѣетъ ограниченіе власти въ слѣдующемъ случаѣ: на судѣ, по отношенію къ государству, лежитъ обязанность достигнуть своей дѣятельностью той цѣли, достиженіе которой ему указано закономъ. Исполнить эту обязанность, а слѣдовательно совершить всѣ необходимыя для того дѣйствія, судъ долженъ былъ бы по собственному побужденію (*ex officio*); но отъ этого правила допускается отступленіе въ томъ, что у суда отнимается инициатива въ совершеніи нѣкоторыхъ дѣйствій и передается тяжущимся. На этомъ строится понятіе о состязательномъ началѣ процесса. Канштейнъ видитъ здѣсь право распоряженія сторонъ въ процессѣ. Оно проявляется, по его мнѣнію, въ трехъ направленіяхъ: 1) сторонамъ предоставляется возбужденіе и поддерживаніе внѣшняго процессуальнаго хода (*äusseren Prozessganges*); 2) судья связанъ: при требованіяхъ, подлежащихъ одностороннему отреченію стороны, одностороннимъ ея отреченіемъ, а въ правахъ общихъ обѣимъ сторонамъ — общимъ ихъ распоряженіемъ. Это — право распоряженія въ тѣсномъ смыслѣ (*Dispositionsmaxime im engeren Sinne*); 3) сторонамъ предоставлено состязаться передъ судомъ (*verhandeln*) относительно существа дѣла (*Sachverhalts*), которое должно быть положено въ основаніе рѣшенія, причемъ они остаются также хозяевами фактическаго матеріала и доказательствъ¹⁾.

Въ этихъ случаяхъ стороны могутъ дѣйствовать по своему усмотрѣнію, другими словами: въ нихъ допускается свобода дѣятельности сторонъ.

Посмотримъ какое значеніе имѣетъ эта дѣятельность сторонъ по отношенію къ суду?

¹⁾ Canstein. Die rationellen Grundlagen d. C. Prozesses, S. 169 ff. См. также статью Bülow'a, Dispositives Civilprozessrecht. Arch. f. C. Pr. B. 64.

Частнымъ лицамъ гарантируется въ государствѣ защита ихъ правъ и интересовъ органами власти. На основаніи состязательнаго начала производства, забота объ огражденіи правъ и интересовъ предоставлена самимъ частнымъ лицамъ. Соотвѣтственно этому, тяжущимся предоставляется возбуждать дѣятельность суда для защиты своихъ интересовъ, а разъ эта дѣятельность возбуждена, то — приводить судъ къ убѣжденію въ законности ихъ и въ правильности своего заявленія о необходимости ихъ огражденія. Такимъ образомъ, дѣятельность суда становится въ зависимость отъ дѣятельности сторонъ, во первыхъ въ томъ, что его дѣятельности должна предшествовать ихъ дѣятельность, а во вторыхъ — его дѣятельность опредѣляется содержаніемъ дѣятельности сторонъ¹⁾. Изъ того, что дѣятельность суда возбуждается дѣятельностью сторонъ, стоя, такимъ образомъ, въ зависимости отъ нея, нѣкоторые послѣдователи Бюлова выводятъ заключеніе, что стороны имѣютъ право на дѣятельность суда и въ этомъ правѣ сторонъ и соотвѣтствующей ему обязанности суда видятъ элементы юридическаго отношенія — процесса²⁾. Мы находимъ этотъ взглядъ неправильнымъ. Придерживаясь мнѣнія Schuppe³⁾, мы утверждаемъ, что у тяжущихся нѣтъ правъ на дѣятельность суда, и что поэтому, изъ того, что дѣятельность суда зависитъ отъ дѣйствій сторонъ, нельзя выводить заключенія, что процессъ есть правоотношеніе.

Если вѣрно положеніе, что стороны не имѣютъ права на дѣятельность суда, то отсюда вытекаетъ заключеніе, что заявленіе стороны является поводомъ, побудительной причиной для дѣятельности суда точно также, какъ напр. поводомъ къ дѣятельности суда уголовного (мироваго судьи) служитъ непосредственное усмотрѣніе имъ преступнаго дѣйствія⁴⁾, или какъ

¹⁾ Planck, Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts B. 1. S. 431.

²⁾ См. выше теорію Гольметена. Такъ же поняли теорію Бюлова: Планкъ, Зейффертъ и Гелльманъ (см. выше теорію Планка). Рядомъ съ этими правами послѣдователи Бюлова считаютъ элементами процесса «права» и «обязанности», которые могутъ быть объяснены только съ точки зрѣнія властотношенія (см. Weissmann. Hauptintervention. S. 96 ff).

³⁾ См. выше, стр. 155.

⁴⁾ 3 п. 42 ст. Уст. Уголовнаго Судопроизводства. Ср. Моль. Энциклопедія государственныхъ наукъ. Р. пер. стр. 190.

напр. поводомъ къ дѣятельности суда является то или другое событіе: смерть тяжущагося или повѣреннаго и тому под.

Если дѣятельность сторонъ является поводомъ къ дѣятельности суда, то отсюда видна правильность даннаго нами опредѣленія процесса, какъ дѣятельности суда ¹⁾). Ближайшее разсмотрѣніе того вліянія, которое оказываетъ дѣятельность сторонъ на дѣятельность суда, еще болѣе убѣдитъ насъ въ этомъ.

Дѣйствія тяжущихся направлены непосредственно на возбужденіе дѣятельности суда и на доставленіе суду оснований для выводовъ и опредѣленій. Съ этой только точки зрѣнія, по нашему мнѣнію, становится понятною дѣятельность сторонъ въ процессѣ. Такъ, всѣ условія, которыми законъ обставляетъ дѣятельность сторонъ, суть, въ сущности, условія, при соблюденіи которыхъ, тѣ или другія дѣйствія тяжущихся могутъ возбуждать дѣятельность суда или вообще оказывать вліяніе на дѣятельность послѣдняго. Вслѣдствіе этого, дѣйствія тяжущихся, при совершеніи которыхъ соблюдены эти условія, получаютъ для нихъ значеніе именно въ томъ отношеніи, что могутъ оказывать вліяніе на дѣятельность суда, а несоблюденіе этихъ условій имѣетъ то значеніе, что извѣстное дѣйствіе теряетъ эту способность. Съ этой же точки зрѣнія понятно и то, что дѣятельность тяжущихся не оказываетъ никакого непосредственнаго вліянія на противника: оно проявляется черезъ судъ, т. е. тѣмъ, что оказывается вліяніе на дѣятельность послѣдняго ²⁾). Нельзя также не обратить вниманія на то

¹⁾ Этому не противорѣчитъ то, что дѣятельность суда при состязательномъ порядкѣ производства во многомъ зависитъ отъ воли сторонъ, и что дѣятельность послѣднихъ имѣетъ, въ этомъ смыслѣ, юридическое значеніе, такъ какъ она имѣетъ такое значеніе лишь при томъ условіи, если возникла дѣятельность суда.

²⁾ Ср. Planck, Lehrbuch, B. I. S. 433. Ср. также Birkmeyer, ibid. S. 121. Этотъ юристъ, соглашаясь съ Вахомъ (K. V. J. Schr. B. 14. S. 352; B. 15. S. 340) находитъ, что вся дѣятельность обѣихъ сторонъ проходитъ черезъ судъ: къ суду обращаются стороны съ признаніемъ, съ отказомъ отъ приведенія свидѣтелей къ присягѣ и т. д. Онъ находитъ также, что «обязанности сторонъ» установлены въ интересѣ публичномъ, представителемъ котораго является судья. Соответственно этому, послѣдній назначаетъ сторонамъ сроки, обращается къ сторонамъ съ требованіями или просто дѣйствуетъ, въ виду того, что стороны обязаны подчиниться ему и т. д.

обстоятельство, что хотя тяжущіеся, возбуждая дѣятельность суда, стремятся къ тому, чтобы достигнуть огражденія своихъ интересовъ, но эта цѣль можетъ быть ими недостигнута: такъ можетъ случиться, что дѣятельность суда будетъ возбуждена тяжущимся не на пользу, а во вредъ себѣ. Наконецъ, воздѣйствіе тяжущихся на судъ въ томъ объемѣ, на какой мы указали, проявляется лишь подъ дѣйствіемъ состязательнаго начала; подъ дѣйствіемъ же слѣдственнаго начала, послѣ принесенія просьбы все совершается судомъ ex officio, и тѣмъ не менѣе процессъ существуетъ¹⁾, такъ какъ существуетъ дѣятельность суда. Отсюда ясно, по нашему мнѣнію, что дѣятельность тяжущихся въ процессѣ не принадлежитъ къ сущности послѣдняго, такъ какъ безъ нея процессъ не можетъ считаться немислимымъ. Это подтверждается самою возможностью существованія процесса, построеннаго на такомъ началѣ, при которомъ нѣтъ мѣста для дѣятельности сторонъ. Состязательное и слѣдственное начало устанавливаютъ лишь различныя средства для достиженія судомъ (именно судомъ) въ его дѣятельности одной и той же цѣли, а потому сущность процесса нужно искать въ дѣятельности суда.

Вообще, на нашъ взглядъ, весьма ошибочно выяснять сущность процесса, имѣя въ виду лишь процессъ, построенный на одномъ началѣ, а такъ именно и поступаютъ многіе юристы²⁾. Отсюда происходитъ невѣрное представленіе ихъ о сущности процесса, такъ какъ, имѣя въ виду лишь процессъ, построенный на состязательномъ началѣ, они относятъ къ сущности его вообще все то, что свойственно лишь процессу, построенному на этомъ началѣ. Въ связи съ этимъ стоитъ то обстоятельство, что послѣдователи Бюлова, допуская права тяжущихся на дѣятельность суда, признаютъ ихъ элементами процесса — юридическаго отношенія вообще. Невѣрность этого взгляда видна изъ того, что при господствѣ слѣдственнаго начала такихъ правъ тяжущихся не существуетъ, а потому приходится допустить, что юридическое отношеніе — процессъ

¹⁾ См. Gönner, Handbuch. B. 1. S. 184. «Каждое изъ этихъ началъ (состязательное и слѣдственное) совершенно согласуется съ назначеніемъ (Zweck) судебной власти».

²⁾ Wach, Handbuch. S. 187.

можетъ возникнуть только при состязательномъ, а никакъ не при слѣдственномъ началѣ.

Кромѣ правъ на дѣятельность суда тяжущимся приписываются процессуальныя права¹⁾, куда относятся, на примѣръ, право подавать заявленія въ судъ, право переносить дѣло изъ одной инстанціи въ другую и такъ далѣе; однимъ словомъ тѣ права, которыми опредѣляется дѣятельность сторонъ въ процессѣ. Отсюда можно было бы вывести заключеніе, что и дѣятельность каждой изъ сторонъ процесса можно также считать нормированною дѣятельностью, и что поэтому съ нашей точки зрѣнія процессъ долженъ быть не нормированною дѣятельностью суда, а нормированными дѣятельностями суда и сторонъ. Но это мнѣніе было бы невѣрно. Дѣятельность каждой изъ сторонъ нельзя назвать нормированною дѣятельностью въ томъ смыслѣ, какъ мы это понимаемъ. Этому препятствуетъ прежде всего то, что цѣль, которую каждый тяжущійся преслѣдуетъ въ процессѣ, не создается, не устанавливается для него закономъ. Для тяжущагося она, такъ сказать, произвольна и вытекаетъ изъ желанія его оградить свои интересы. Тѣ права, которыя принадлежатъ тяжущимся въ процессѣ суть, въ сущности, тѣ права (*Befugnisse*)²⁾, которыя можно назвать общими, и которыя принадлежатъ каждому лицу, нелишенному правъ состоянія, какъ то: право пользоваться защитой власти, право заключать договоръ и т. под. Если право пользованія защитой власти, осуществляемое лицомъ въ процессѣ, принимаетъ, повидимому, характеръ субъективнаго права, которое приобрѣтается имъ именно въ процессѣ³⁾, то такой характеръ оно имѣетъ благодаря тому, что дѣятельность суда нормирована и что она производится именно по отношенію къ данному лицу. Такимъ образомъ, если установлено разсмотрѣніе

¹⁾ См. Планкъ, Зейффертъ, Гелльманъ, Бюловъ, Колеръ, Гольмстенъ и др. послѣдователи Бюлова.

²⁾ См. Schuppe, *ibid.* S. 84.

³⁾ Такого мнѣнія держится Вахъ (*ibid.* S. 187), который считаетъ всѣ нормы, установленныя для процесса, процессуальными, а не государственно-правовыми и права тяжущихся въ процессѣ специально, такъ сказать, процессуальными. Поэтому обжалованіе, говоритъ онъ, не есть заявленіе о нарушеніи судомъ его обязанности, а осуществленіе права. Замѣчаніе Ваха въ первой части, конечно, справедливо, но не потому, какъ онъ думаетъ,

дѣль въ двухъ инстанціяхъ, то тяжущійся, т. е. лице, по отношенію къ которому производится дѣятельность суда, пользуясь своимъ правомъ на защиту со стороны органовъ государства, можетъ подать апелляціонную жалобу, если установлено обжалованіе въ кассационномъ порядкѣ, то по тому же основанію тяжущійся можетъ подать кассационную жалобу и т. д. Самая же дѣятельность тяжущагося по отношенію къ дѣятельности суда будетъ имѣть, какъ мы видѣли, лишь то значеніе, что на ряду съ другими событіями будетъ служить побудительной причиной для возбужденія, дальнѣйшаго совершенія или прекращенія его дѣятельности. Вслѣдствіе этого, всѣ „права“ процессуальныя, которыя пріобрѣтаются или теряются сторонами въ процессѣ, сводятся къ наличности или отсутствію условій, при которыхъ эти дѣйствія могли бы возбуждаться и т. д. дѣятельность суда, такъ какъ при наличности или отсутствіи ихъ для тяжущагося существуетъ или отсутствуетъ возможность воспользоваться тѣмъ общимъ правомъ, о которомъ мы говорили выше. Сюда относится соблюденіе формальностей, установленныхъ для дѣятельности сторонъ, соблюденіе сроковъ и т. д., такъ какъ все это суть условія, при существованіи которыхъ дѣйствіе тяжущагося получаетъ свойство возбуждать и т. д. дѣятельность суда, и при отсутствіи которыхъ это свойство его теряется.

Наконецъ, каждый изъ тяжущихся соблюдаетъ извѣстный порядокъ, извѣстную послѣдовательность въ своихъ дѣйствіяхъ или потому, что соотвѣствующая послѣдовательность въ дѣйствіяхъ установлена для суда, или же потому, что её предписываетъ судъ ради облегченія себѣ достиженія той цѣли, къ достиженію которой онъ стремится.

Итакъ мы видимъ, что процессъ, какъ явленіе юридическое, какъ нормированная дѣятельность, направленная на достиженіе извѣстной цѣли и влекущая за собою юридическія послѣдствія—есть дѣятельность суда. Но этотъ терминъ обнимаетъ и всѣ остальныя процессуальныя явленія, имѣющія для

что обязанность суда по отношенію къ государству не составляетъ содержанія процессуальныхъ нормъ. Процессуальныя обязанности суда суть также обязанности по отношенію къ государству, но спеціальныя, установленныя для извѣстной цѣли; права же сторонъ имѣютъ иной источникъ возникновенія, чѣмъ тотъ, который указанъ Вахомъ.

дѣятельности суда то или другое юридическое значеніе и составляющія съ нею, въ этомъ смыслѣ, одно цѣлое, такъ какъ мы видѣли, что сила, связывающая отдѣльныя дѣйствія суда, является въ тоже время началомъ, связывающимъ ихъ въ одно цѣлое съ дѣятельностью послѣдняго. Съ этой точки зрѣнія процессъ есть совокупность всѣхъ дѣйствій совершаемыхъ судомъ и сторонами, а въ болѣе отдаленномъ смыслѣ—и другими лицами.

Дѣленіе процесса на стадіи.

Большинство нѣмецкихъ юристовъ представляетъ себѣ процессъ въ его поступательномъ движеніи отъ предъявленія иска до постановленія рѣшенія не одною и тою же дѣятельностью, направленною на достиженіе одной и той же цѣли, а дѣлятъ его на стадіи, изъ которыхъ считаютъ собственно процессомъ вторую стадію, назначенную для разсмотрѣнія дѣла по существу. Соотвѣтственно этому, для Булова и его послѣдователей юридическимъ отношеніемъ долженъ былъ быть процессъ въ этой второй стадіи. Указанное дѣленіе процесса на двѣ стадіи соотвѣтствуетъ, по мнѣнію нѣмецкихъ юристовъ, дѣленію процесса въ римскомъ правѣ на производство *in iure* и *in iudicio*, причемъ въ первой стадіи должны обсуждаться условія возникновенія второй. Вторая стадія соотвѣтствуетъ римскому *iudicium* ¹⁾. Такъ какъ для возникновенія послѣдняго нужно было оснаиваніе притязаній истца отвѣтчикомъ, то отсюда возникло весьма распространенное, какъ въ науцѣ, такъ и въ законодательствахъ обозначеніе процесса „правовымъ споромъ“. Нѣкоторые юристы такъ именно и опредѣляютъ процессъ ²⁾. Но Дрехслеръ ³⁾ указалъ на то, что подъ процессомъ нужно понимать всё учрежденіе, служащее защитѣ правъ. Онъ внесъ въ процессъ и разсмотрѣніе вопроса о процессуальныхъ предположеніяхъ. Процессъ, по его мнѣнію, открываетъ лишь возможность для спора, но самый споръ можетъ быть, можетъ и не быть. Сходнаго мнѣнія держится Шульце, который, утверждаетъ, что съ уничтоженіемъ раздѣленія процесса на двѣ части, въ римскомъ правѣ *iudicium* потерялъ свое техническое значеніе и сталъ употребляться для обозначенія

¹⁾ Birkmeyer. Grundriss und Materialien zur Vorlesung. B. 1. S. 24.

²⁾ Renaud. См. также Bülow, Arch. f. d. C. P. R. B. 62. S. 20

³⁾ См. выше.

всего процессуального производства (Prozessverhandlung) ¹⁾. Сущность процесса, по его мнѣнію, состоитъ не въ спорѣ, а въ томъ, что имъ дается, въ установленныхъ формахъ, возможность (Gelegenheit) для спора. Это есть производство (Verhandlung), назначеніе котораго состоитъ въ томъ, чтобы заключить въ себѣ этотъ споръ ²⁾. Бюловъ также, какъ мы видѣли, отказался впоследствии отъ того взгляда, что для установленія процесса необходимо вступленіе въ споръ отвѣтчика и утверждаетъ, что дѣйствіемъ, возбуждающимъ процессъ, является предъявленіе иска. Подъ процессомъ онъ, впрочемъ, и здѣсь понимаетъ, *judicium*, разсмотрѣніе дѣла по существу (Sachverhandlung) ³⁾. Нѣкоторые нѣмецкіе юристы, отказавшись отъ отождествленія процесса со споромъ, но сохраняя дѣленіе его на стадіи въ указанномъ выше смыслѣ, обозначаютъ первую изъ нихъ, какъ процессъ въ болѣе отдаленномъ смыслѣ, а вторую, — въ болѣе тѣсномъ смыслѣ. При этомъ они предполагаютъ, что послѣдній развивается изъ перваго при вступленіи отвѣтчика въ отвѣтъ ⁴⁾.

Принимая „процессъ“ въ смыслѣ *judicium*'а, нѣмецкіе юристы должны были понимать подъ терминомъ „процессъ“ совокупность лишь тѣхъ дѣйствій, изъ которыхъ состоитъ *judicium* ⁵⁾. Вмѣстѣ съ тѣмъ, представители этой теоріи должны были исключить изъ процесса дѣйствія, совершаемыя въ подготовительной стадіи процесса ⁶⁾, а съ тѣмъ вмѣстѣ и обсужденіе вопроса о процессуальныхъ предположеніяхъ ⁷⁾. Кругъ дѣйствій, входящихъ въ процессъ, долженъ былъ быть такимъ образомъ, значительно суженъ: онъ долженъ былъ ограничиваться словеснымъ состязаніемъ сторонъ и постановленіемъ

¹⁾ Konkursrecht. s. 144—145.

²⁾ Priv. R. und. Proz. S. 265, N 1.

³⁾ Arch. f. C. Pr. V. 62. S. 20—26: «Prozessbegründende Tätigkeit=constitutio iudicii».

⁴⁾ Birkmeyer *ibid.* S. 25.

⁵⁾ Koch. Preuss. C. Pr. R. S. b: «Der Inbegriff aller Handlungen, aus welchen das *judicium* besteht, heisst Prozess». Birkmeyer, *ibid.* S. 8.

⁶⁾ См. Wach, Vorträge, S. II.

⁷⁾ См. выше Дрехслеръ противъ Бюлова.

рѣшенія ¹⁾. Указанному выше дѣленію процесса должно со-
отвѣтствовать дѣленіе его на стадіи: Vorverfahren, Hauptfer-
fahren ²⁾ (приготовительная, главная стадія исполненія). Про-
цессу въ собственномъ смыслѣ должна соотвѣтствовать вторая
стадія. Если держаться этого мнѣнія, то условіями воз-
никновенія процесса (въ собственномъ смыслѣ) будутъ усло-
вія возникновенія его въ этой стадіи. По той же причинѣ,
дѣйствіе, основывающее процессъ, должно быть въ то же
время и дѣйствіемъ, открывающимъ эту стадію процесса.
Подтвержденіе правильности этого взгляда нѣмецкіе юристы
видятъ, для современнаго процесса, въ слѣдующемъ: по обещ-
германскому уставу гражд. судопроизводства Hauptverfahren,
какъ стадія процесса, есть словесное состязаніе сторонъ и по-
становленіе рѣшенія, иначе: стадія процесса, въ которой дѣло
слушается по существу. Приэтомъ, обмѣнъ бумагъ между сто-
ронами и вообще дѣйствія и упущенія въ подготовительной
стадіи процесса не оказываютъ никакого вліянія на самое
существо дѣла. Отсюда дѣлается выводъ, что всѣ дѣйствія при-
готовительной стадіи процесса не могутъ считаться составною
частью процесса ³⁾. Далѣе: отводы могутъ быть заявляемы по
общегерманскому уставу до представленія отвѣтчикомъ словес-
ныхъ объясненій. Отсюда дѣлается заключеніе, что въ формѣ
отводовъ выражены предположенія для процесса въ собствен-
номъ смыслѣ (т. е. для стадіи, предназначенной для разсмотрѣ-
нія дѣла по существу), а также, что эти предположенія не отно-
сятся къ процессу въ предшествующей стадіи ⁴⁾.

Не смотря на кажущуюся ясность этой теоріи, между нѣ-
мецкими юристами, какъ видно изъ предыдущаго, не установи-
лось еще согласія не только относительно сущности процесса
въ собственномъ смыслѣ и его отношенія къ процессу не въ

¹⁾ См. Birkmeyer *ibid.* s. 25. Leonhardt *Civ. Pr. Verfahr.* S. 112. Для обозначенія всей совокупности процессуальныхъ дѣйствій, послѣдователямъ этого мнѣнія приходится говорить о процессѣ въ наиболѣе отдаленномъ смыслѣ (Birkmeyer *ibid.* S. 11).

²⁾ См. Birkmeyer. *ibid.* S. 211; Wach (см. выше его теорію); Drechsler (выше, его замѣчанія на теорію Бюлова).

³⁾ Wach. *Vorträge.* S. 11. ff.

⁴⁾ Birkmeyer, *ibid.* S. 25.

собственномъ смыслѣ, но и относительно того, съ какого момента начинается процессъ въ собственномъ смыслѣ.

Прежде чѣмъ высказаться за или противъ правильности приводимаго нѣмецкими юристами разграниченія процесса на процессъ въ собственномъ и не собственномъ смыслѣ, вернемся, по тому же поводу, еще разъ къ теоріи Бюлова.

Если предположить, что процессъ можно подраздѣлить на процессъ въ болѣе отдаленномъ и процессъ въ собственномъ смыслѣ, и если тотъ и другой считать правоотношеніемъ¹⁾, то, чтобы они, такъ сказать, не слились, нужно, конечно, чѣмъ нибудь отличить одно отъ другаго, а также, чтобы они стояли другъ къ другу въ известномъ соотношеніи. Первоначальная теорія Бюлова удовлетворяла этому требованію. Такъ, согласно ей, процессъ — отношеніе предполагался возникшимъ съ предъявленіемъ иска; затѣмъ это отношеніе развивалось далѣе и наконецъ становилось спорнымъ отношеніемъ (*judicium*). По этой теоріи, такимъ образомъ, второе отношеніе было нетождественно съ первымъ: послѣднее должно было быть отношеніемъ, развившимся изъ перваго. Соответственно этому, каждое изъ нихъ предполагалось возникающимъ вслѣдствіе различныхъ дѣйствій: первое являлось послѣдствіемъ предъявленія иска, второе послѣдствіемъ дальнѣйшихъ дѣйствій. Эти два вида процесса можно было различить и по внѣшнему ихъ проявленію, такъ какъ каждый изъ нихъ составлялъ особую стадію процесса. Отнеся, вносѣдствіи, моментъ возникновенія *judicium*'а къ моменту предъявленія иска, Бюловъ, тѣмъ не менѣе, утверждаетъ, что, говоря о возникновеніи процесса, онъ имѣетъ въ виду *Sachentscheidung* (*judicium*). Но мы думаемъ, что при этомъ условіи процессъ - отношеніе въ собственномъ смыслѣ долженъ былъ совершенно совпасть, слиться съ процессомъ-отношеніемъ въ болѣе отдаленномъ смыслѣ. Въ самомъ дѣлѣ, первое отношеніе, возникая въ моментъ предъявленія иска, т. е. съ совершеніемъ того дѣйствія, которое основываетъ также и процессъ въ отдаленномъ смыслѣ, не можетъ ничѣмъ отличаться отъ послѣдняго: оно должно быть ему тождественно. Возникая разомъ они не могутъ быть различены и во внѣш-

¹⁾ Въ разсужденіяхъ самого Бюлова, а также Канштейна, Ваха и нѣкоторыхъ другихъ ясно выражено, что они считаютъ процессъ не въ собственномъ смыслѣ также отношеніемъ.

немъ проявленіи, такъ какъ возникаютъ оба въ одинъ и тотъ же моментъ и, слѣдовательно, въ одной и той же стадіи процесса. Если оба эти отношенія тождественны, т. е. суть не два разныхъ, а одно и то же отношеніе, то и процессуальныя предположенія для нихъ должны быть одни и тѣ же. Вмѣстѣ съ тѣмъ должны быть распространены на процессъ-отношеніе въ отдаленномъ смыслѣ тѣ условія дѣйствительности судебной дѣятельности, которыя касаются дѣятельности суда въ *judicium* ^б, т. е. чтобы предположенія процесса были налице, чтобы юридическое отношеніе уже возникло и чтобы судъ въ этомъ отношеніи стоялъ субъектомъ его. Такимъ образомъ выходитъ, что и для дѣйствительности судебной дѣятельности въ процессѣ въ болѣе отдаленномъ смыслѣ, нужно, чтобы тѣ же процессуальныя предположенія были налице и чтобы судъ стоялъ уже субъектомъ процесса. Это тѣмъ болѣе вѣрно, что вопросъ о процессуальныхъ предположеніяхъ долженъ разрѣшаться въ процессѣ, т. е. слѣдовательно, при слияніи того и другаго процесса, въ *judicium* ^б. Такимъ образомъ, мы видимъ, что правильность упрека, который мы сдѣлали Бюлову выше, подтверждается и здѣсь. Невозможность согласить новое мнѣніе Бюлова относительно возникновенія процесса съ положеніемъ его теоріи, что процессъ есть юридическое отношеніе, было причиною того, что нѣкоторые послѣдователи его теоріи не признали этого мнѣнія ¹⁾. Но, какъ видно изъ разбора теоріи Канштейна, отъ этого упрека не избавляются, въ сущности, и тѣ послѣдователи Бюлова, которые допускаютъ раздѣленіе процесса на процессъ въ болѣе отдаленномъ смыслѣ и *judicium* ²⁾. Съ нашей точки зрѣнія нельзя допустить въ современномъ правѣ раздѣленія процесса на процессъ въ болѣе отдаленномъ и въ собственномъ смыслѣ. Въ стремленіи указанныхъ выше нѣмецкихъ юристовъ провести это разграниченіе сказывается стремленіе ихъ сохранить и для современнаго процесса раздѣленіе его на производство *in jure* и *judicio* ³⁾.

¹⁾ Не смотря на сознаваемую вѣрность его, давшую поводъ Биркемейеру назвать сочиненіе Бюлова «Prozes Fict. und Wahrheiten», дѣлающимъ эпоху въ юридической наукѣ.

²⁾ См. выше наши замѣчанія относительно теоріи Бюлова (стр. 97. сл.).

³⁾ См. выше первоначальную теорію Бюлова и теорію Ваха.

Но мы думаемъ, что въ современномъ правѣ такое раздѣленіе процесса не имѣетъ мѣста. Мы присоединяемся, въ этомъ отношеніи, къ мнѣнію Шультце. Этотъ юристъ, подмѣтивши, что теорія Бюлова основана на отождествленіи процесса съ *judicium* мѣ, говоритъ, что и по римскому праву время формулярной системы *judicium* не былъ процессомъ, а лишь частью процесса и что производство *in jure* было также процессомъ въ собственномъ смыслѣ, такъ какъ могло оканчиваться рѣшеніемъ. *Judicium*, по его мнѣнію, былъ несущественною частью процесса, т. к. во многихъ случаяхъ дѣло не доходило до этой стадіи, тогда какъ производство *in jure* было всегда необходимою составною частью его и во многихъ случаяхъ даже единственною, а слѣдовательно — процессомъ въ собственномъ смыслѣ. Послѣ того, какъ процессъ пересталъ быть производствомъ, производящимъ право (*Rechts—Productions—Verfahren*), и въ немъ стало примѣняться заранѣе установленное право, производство *in jure*, говоритъ далѣе Шультце, превратилось въ простую формальность, которая, со временемъ, совершенно уничтожилась, а вмѣстѣ съ тѣмъ примѣненіе закона было поручено не присяжнымъ судьямъ, а императорскимъ чиновникамъ. Для обозначенія всего этого новаго производства позднѣйшаго императорскаго періода, стали также употреблять выраженіе „*judicium*“, но къ нему не могли примѣняться правила, рассчитанныя на характеристическія особенности той части процесса, которая ранѣе обозначалась терминомъ „*judicium*“¹⁾). Такимъ образомъ, если производство *in jure* уничтожилось, то, слѣдовательно, остался одинъ только процессъ (*judicium* безъ прежнихъ характеристическихъ особенностей), возбуждаемый подачею исковаго прошенія.

То же должно сказать и относительно современнаго процесса.

Тѣмъ не менѣе послѣдователи оспариваемой теоріи находятъ подтвержденіе ея и въ современномъ законодательствѣ²⁾). По 247 ст. общегерманскаго устава, отводы, препятствующіе возникновенію процесса, должны быть предъявляемы отвѣт-

¹⁾ Schultze, *Privatrecht und Prozess*. § 29.

²⁾ Редакторы общегерманскаго устава, основываясь на сочиненіи Бюлова (*Die Lehre von den Prozesseinreden und die Processvoraussetzungen*), утвер-

чикомъ одновременно и до вступленія его въ отвѣтъ по существу дѣла. Разъясняя это правило, нѣмецкіе юристы находятъ, что признаніе отвода правильнымъ освобождаетъ отвѣтчика отъ вступленія въ процессуальное отношеніе, т. е. отъ представленія объясненій по вопросу о правильности притязаній истца ¹⁾. Отсюда дѣлается ими заключеніе, что въ основаніяхъ для предъявленія отводовъ нужно видѣть предположенія процесса въ собственномъ смыслѣ.

Противъ этого замѣтимъ, что возможность выдѣлить разсмотрѣніе вопроса о наличности процессуальныхъ предположеній въ производство, соотвѣтствующее производству *in iure*, дается (или лучше сказать: въ нѣкоторой мѣрѣ облегчается) въ общегерманскомъ уставѣ, благодаря очень далекому проведенію въ немъ начала устности, вслѣдствіе чего объясненія сторонъ, данныя въ состязательныхъ бумагахъ, не имѣютъ юридическихъ послѣдствій ²⁾. Благодаря этому, объясненія отвѣтчика, имѣющія юридическое значеніе, даются лишь въ стадіи, назначенной для разсмотрѣнія дѣла по существу, а потому и отводы могутъ быть предъявляемы только въ началѣ этого засѣданія, и могутъ относиться только къ этой стадіи.

Мы думаемъ, что причина ошибочности приведенныхъ выше выводовъ нѣмецкихъ юристовъ кроется отчасти именно въ томъ, что они не обратили вниманія на это обстоятельство.

Мы допускаемъ, конечно, что въ видахъ тѣхъ или другихъ удобствъ, законодатель можетъ до нѣкоторой степени

ждать, что отдѣленіе производства относительно условій возникновенія правоваго спора (относительно процессуальныхъ предположеній) отъ производства относительно *res in iudicium deducta* весьма естественно и осуществлялось въ римскомъ процессѣ, въ древнѣмецкомъ и даже въ процессѣ Reichskammergericht'a. Только позднѣйшее имперское законодательство было противъ этого выдѣленія подъ влияніемъ стремленія къ концентрированію производства; но оно допускалось партикулярными законодательствами, поскольку устное начало не было ими замѣнено письменнымъ. (См. Seuffert, мотивы къ 247 ст. уст.),

¹⁾ Kroll. Klage und Einrede. S. 261, 262.

²⁾ См. сноску 2-ую, стр. 181.

³⁾ См. Wach, Vorträge. S. 11, 12.

сосредоточить разсмотрѣніе вопросовъ о наличности процессуальныхъ предположеній въ одной стадіи процесса, но утверждаемъ слѣдующее: такое выдѣленіе этихъ вопросовъ изъ *judicium'a* и сосредоточеніе ихъ въ стадіи, предшествующей этому производству, не вытекаетъ изъ сущности современнаго гражданскаго процесса. Встрѣчающееся въ законодательствахъ выдѣленіе ихъ не даетъ никакого основанія считать процессомъ въ собственномъ смыслѣ (какъ дѣятельность) споръ между сторонами и разсмотрѣніе дѣла по существу — и, какъ нѣчто цѣлое, отдѣльное ту стадію, въ которой все это происходитъ. Стадію, въ которой разсматриваются вопросы о процессуальныхъ предположеніяхъ (какъ нѣчто цѣлое) нельзя считать процессомъ (не въ собственномъ смыслѣ), предметомъ котораго должно быть — разрѣшеніе вопроса о предположеніяхъ процесса въ собственномъ смыслѣ и разрѣшеніе которыхъ должно поэтому предшествовать возникновенію послѣдняго. Въ подтвержденіе сказаннаго приведемъ слѣдующія соображенія.

Изъ приведенныхъ выше разсужденій Шультце видно, что въ римскомъ, а въ особенности въ современномъ правѣ существуетъ только одинъ процессъ, а не процессы — въ отдаленномъ и болѣе тѣсномъ смыслѣ. Съ этимъ положеніемъ (но крайней мѣрѣ для современнаго процесса) вполне согласно мнѣніе Бюлова, что процессъ возникаетъ съ момента предьявленія иска, т. е. при этомъ условіи отпадаетъ та стадія процесса, которую можно было бы считать процессомъ въ болѣе отдаленномъ смыслѣ.

Кромѣ того, если мы всмотримся въ правила современныхъ уставовъ относительно отводовъ, то увидимъ, что даже въ тѣхъ изъ нихъ, которые стремятся къ выдѣленію разсмотрѣнія вопросовъ о процессуальныхъ предположеніяхъ изъ *judicium'a* и сосредоточенію его въ особомъ производствѣ, предшествующемъ послѣднему, этого на самомъ дѣлѣ не дѣлается. Такъ, мы видимъ, что по обще-германскому уставу гражданскаго судопроизводства нѣкоторые изъ отводовъ, именно тѣ, которые указываютъ на отсутствіе наиболѣе важныхъ (абсолютныхъ) предположеній процесса, могутъ быть предьявляемы и послѣ вступленія отвѣтчика въ отвѣтъ ¹⁾. Если мы обратимъ

¹⁾ Kroll, *ibid* S. 263.

ся къ русскому праву, то увидимъ, что и здѣсь вопросъ о наличности абсолютныхъ предположеній процесса можетъ возбуждаться во всякомъ положеніи дѣла. Что касается до предположеній относительныхъ, то вопросъ о наличности ихъ можетъ возбуждаться по нашему уставу не позже, какъ въ первой отвѣтной бумагѣ, если она была подана отвѣтчикомъ, или въ первомъ засѣданіи суда ¹⁾. Отсюда видно, что опредѣленія нашего устава даютъ возможность предположить выдѣленіе производства объ отводахъ въ отдѣльную стадію, предшествующую *judicium* у, лишь въ сокращенномъ порядкѣ производства (да и то, если въ немъ не было допущено обмѣна бумагъ); но для обыкновеннаго порядка производства такого предположенія сдѣлать рѣшительно невозможно. Въ самомъ дѣлѣ, если отводъ, предъявленный отвѣтчикомъ въ первой отвѣтной бумагѣ, былъ бы неуваженъ судомъ, то, согласно оспариваемой теоріи, нужно было бы допустить, что судъ призналъ наличность предположеній для возникновенія *judicium* а, и что послѣ разрѣшенія этого вопроса должно наступить разсмотрѣніе дѣла по существу. На самомъ же дѣлѣ мы видимъ иное: за этимъ опредѣленіемъ суда открывается возможность для дальнѣйшаго обмѣна бумагъ, т. е. продолжается то производство, которое по мнѣнію Ваха, имѣющаго въ виду лишь общегерманскій уставъ, не есть составная часть процесса.

Такимъ образомъ мы видимъ, что принять для нашего устава теорію Бюлова, по которой процессъ, какъ „*judicium*“, есть юридическое отношеніе, значитъ принять, вмѣстѣ съ тѣмъ, теорію о раздѣленіи процесса на процессъ въ болѣе отдаленномъ и въ собственномъ смыслѣ, т. е. такую теорію, которая совершенно непримѣнима къ нашему уставу, и которой самъ Бюловъ нанесъ тяжелый ударъ, отнеся возникновеніе процесса къ моменту предъявленія иска.

Теорія, допускающая указанное раздѣленіе процесса, находится, какъ мы видѣли, въ связи съ другимъ положеніемъ, высказываемымъ нѣмецкими юристами, именно, что отсутствіе процессуальныхъ предположеній освобождаетъ отвѣтника отъ вступленія въ отвѣтъ и, слѣдовательно—въ производство по раз-

¹⁾ Ст. 575 уст. гр. судопр.

смотрѣнію дѣла по существу¹⁾. Въ этомъ, по ихъ мнѣнію, состоитъ главное послѣдствіе процессуальныхъ предположеній. Мы не согласны съ этимъ мнѣніемъ. Конечно, послѣ того какъ судъ убѣдился въ отсутствіи предположеній процесса, для отвѣтчика не будетъ никакой надобности не только вступать въ отвѣтъ, но и вообще совершать какія бы то ни было дальнѣйшія процессуальныя дѣйствія, но все это, въ свою очередь, есть послѣдствіе иного явленія. Дѣло въ томъ, что то, что послѣдователи Булова называютъ предположеніями процесса (какъ юридическаго отношенія), суть, съ нашей точки зрѣнія, условія возбужденія дѣятельности суда. Наличие этихъ условій провѣряетъ самъ судъ²⁾. Вслѣдствіе этого, если онъ приступитъ къ отправленію своихъ обязанностей, то это значитъ, что онъ нашель, что въ данномъ случаѣ условія эти имѣются. Но судъ можетъ, конечно, ошибиться, и если впоследствии, по указанію ли тяжущихся (гдѣ допускается отводъ), или самъ замѣтитъ ошибку, то признаетъ, слѣдовательно, что условій для возбужденія его дѣятельности на самомъ дѣлѣ не существовало; онъ признаетъ, такимъ образомъ, что вся предшествующая дѣятельность его недѣйствительна (какъ дѣятельность органа судебной власти), и что не должна поэтому имѣть мѣста и дальнѣйшая дѣятельность. Съ этой точки зрѣнія понятно, что производство по разсмотрѣнію вопроса о наличии процессуальныхъ предположеній (абсолютныхъ) можетъ возникнуть во всякое время: разсмотрѣніе ихъ нельзя ограничить какой либо отдѣльной стадіей, такъ какъ невозможно предвидѣть, когда явится сомнѣніе въ ихъ существованіи, а между тѣмъ признаніе отсутствія ихъ укажетъ на то, что не было условій для возникновенія дѣятельности суда,

¹⁾ Kroll *ibid* S. 261, 262.

²⁾ Пока судъ не провѣритъ наличие процессуальныхъ предположеній (условія для возбужденія его дѣятельности), поскольку онъ можетъ провѣрять ихъ при возбужденіи иска (см. выше стр. 163, сн. 3) и не убѣдится въ ихъ существованіи, онъ не приступитъ къ отправленію своихъ обязанностей, а слѣдовательно и процессъ не возникнетъ. Такъ, если председатель замѣтитъ отсутствіе того или другаго условія для возникновенія дѣятельности суда, то внесетъ дѣло въ судъ по этому вопросу, и до разрѣшенія его въ смыслъ принятія прошенія, процессъ не будетъ считаться возникшимъ, такъ что подача прошенія не будетъ еще имѣть тѣхъ послѣдствій, которыя наступятъ послѣ его принятія.

что недѣйствительна, слѣдовательно, вся предшествующая дѣятельность его и будетъ недѣйствительною послѣдующая. Съ нашей точки зрѣнія понятно также и то, что постановленное вслѣдствіе отвода опредѣленіе суда, которымъ констатировано отсутствіе процессуальныхъ предположеній, можетъ прервать, такъ сказать, процессъ не только передъ засѣданіемъ, въ которомъ дѣло должно разсматриваться по существу, избавивши, такимъ образомъ, отвѣтчика отъ представленія въ этомъ засѣданіи объясненій (какъ утверждаютъ указанные выше юристы), но и въ подготовительной стадіи процесса, избавивши его отъ надобности давать дальнѣйшія объясненія въ письменной формѣ. Отсюда же видно, далѣе, что отводы касаются не слѣдующей стадіи процесса, какъ думаютъ послѣдователи Бюлова, а главнымъ образомъ начала процесса, слѣдовательно, всей предшествующей дѣятельности: если же ими затрогивается послѣдующая дѣятельность¹⁾, то лишь въ смыслѣ наличности условія для совершенія отдѣльныхъ дѣйствій или продолженія предшествующей дѣятельности. Приведенныя соображенія получаютъ для насъ еще болѣе убѣдительности, если мы сопоставимъ съ ними положеніе, которое высказано было нами ранѣе, именно, что разрѣшеніе вопроса о наличности предположеній процесса не есть элементъ процесса. Въ самомъ дѣлѣ, если это положеніе вѣрно, то отсюда слѣдуетъ, что подраздѣленіе процесса не можетъ быть допущено въ современномъ правѣ, такъ что мы въ немъ имѣемъ дѣло съ однимъ процессомъ, возникающимъ съ того момента, когда судъ, принявши исковое прошеніе, признаетъ себя обязаннымъ функціонировать. Отводы относятся, такимъ образомъ, къ условіямъ возбужденія дѣятельности суда, а такъ какъ вопросы о наличности процессуальныхъ предположеній (все равно абсолютныхъ или относительныхъ) могутъ возникать уже послѣ возникновенія процесса²⁾, и разрѣшеніе ихъ не входитъ въ процессуальную дѣятельность суда, то отсюда ясно, что въ процессѣ не можетъ быть особой стадіи по разрѣшенію ихъ,

¹⁾ Наприм. при отводѣ о неимѣніи повѣреннымъ полномочія.

²⁾ Мы беремъ такой случай, когда процессъ уже возникъ, т. е. когда судъ призналъ себя обязаннымъ функціонировать.

особаго процесса—отношенія, развиваясь изъ которой, являлся бы *judicium*.

Такимъ образомъ, если эти вопросы не разрѣшаются въ отдѣльной стадіи процесса, то разрѣшаются, слѣдовательно, въ отдѣльныхъ производствахъ, по мѣрѣ ихъ возникновенія; если же законодательства заботятся о томъ, чтобы всѣ они разсматривались одновременно и притомъ до наступленія главной дѣятельности суда (въ засѣданіи, для разсмотрѣнія дѣла по существу), то это не вытекаетъ изъ сущности процесса, а объясняется стремленіемъ законодательствъ воспрепятствовать отвѣтчику затягивать веденіе дѣла.

Послѣ этихъ замѣчаній мы можемъ провести различіе между нашимъ мнѣніемъ относительно дѣленія процесса, и мнѣніемъ о томъ же Шульце. Этотъ юристъ считаетъ процессъ состоящимъ изъ дѣйствій (и соотвѣтственно этому изъ юридическихъ сдѣлокъ), такъ что процессъ, на его взглядѣ, не представляется чѣмъ то цѣльнымъ, единымъ. Къ этимъ дѣйствіямъ онъ причисляетъ и разрѣшеніе отводовъ. По нашему мнѣнію всѣ процессуальныя дѣйствія слѣдуетъ разсматривать какъ одно цѣлое; но къ нимъ мы не причисляемъ разсмотрѣніе вопросовъ о наличности процессуальныхъ предположеній.

Процессъ съ внутренней и внѣшней стороны.

Процессъ, по нашему мнѣнію, можно разсматривать съ двухъ сторонъ: съ внутренней и внѣшней. Съ внутренней стороны это есть та умственная дѣятельность суда, благодаря которой онъ приходитъ къ убѣжденію въ правильности или неправильности матеріально-правоваго притязанія истца, включая сюда и заключительный актъ этой дѣятельности—рѣшеніе, въ которомъ выражается воля суда¹⁾.

Если принять въ соображеніе и дѣйствія сторонъ²⁾, то къ процессу съ внутренней стороны нужно будетъ отнести также матеріально-правовыя заявленія сторонъ и тѣ доводы

¹⁾ См. Gönner, Handbuch. B. 1. S. 181. Bülow, Gesetz und Richteramt, S. 6. ff.

²⁾ См. выше, стр. 175.

и доказательства, которые приводятся истцомъ въ подтвержденіе его заявленій и отвѣтчикомъ—въ опроверженіе ихъ правильности.

Вся эта дѣятельность сторонъ и суда не можетъ оставаться только внутренней дѣятельностью, такъ какъ при этомъ условіи она не могла бы имѣть никакихъ послѣдствій. Вслѣдствіе этого, она облекается въ известную внѣшнюю форму, въ которой и проявляется во внѣ. Кромѣ облеченія во внѣшнюю форму процесса съ внутренней стороны, и для того, чтобы эта внутренняя дѣятельность могла совершаться, необходимо еще, чтобы было констатировано самое возбужденіе дѣятельности суда, т. е., что воля суда направилась на разсмотрѣніе дѣла. Далѣе, въ нѣкоторыхъ дѣлахъ устанавливается особая дѣятельность для того, чтобы облегчить какъ тяжущимся, такъ и суду ознакомленіе съ матеріально-правовыми заявленіями. Наконецъ, нуженъ еще рядъ дѣйствій суда для удержанія известнаго порядка въ дѣятельности сторонъ и т. под. Вся эта дѣятельность совершается съ соблюденіемъ известныхъ условій и формальностей. Мы относимъ всю указанную дѣятельность къ процессу съ внѣшней стороны.

Многимъ дѣйствіямъ суда предшествуетъ постановленіе судомъ опредѣленія, а послѣднему должна, конечно, также предшествовать умственная дѣятельность суда. Но эта дѣятельность, какъ и вопросы, для разрѣшенія которыхъ она возбуждается, возникаетъ случайно и касается формальной, внѣшней стороны процесса. Вслѣдствіе этого мы не причисляемъ эту умственную дѣятельность суда къ процессу съ внутренней, матеріальной стороны. Изъ предыдущаго видно также, что мы не можемъ причислить къ процессу съ внутренней, матеріальной стороны и обсужденіе условій возникновенія процесса ¹⁾.

¹⁾ Menger (System des Österr. C. P. R. S. 270 ff.) видитъ въ совокупности дѣйствій, въ которыхъ проявляется дѣятельность суда въ процессѣ (Rechtsstreit), два элемента: формальный и матеріальный. Къ первому онъ относитъ тѣ дѣйствія, которые не связаны непосредственно съ конечной цѣлью процесса и имѣютъ предметомъ внѣшнюю форму правового спора и веденія процесса; къ матеріальной—тѣ, которые имѣютъ предметомъ матеріальное и процессуальное отношеніе. Сюда относятся имъ всякаго рода судебныя опредѣленія. Отличіе взгляда Менгера отъ высказаннаго нами выше, несмотря на кажущееся сходство, весьма существенно и видно изъ слѣдую-

Указанное нами дѣленіе процесса даетъ еще болѣе возможности выяснитъ неправильность того значенія, какое придаютъ нѣмецкіе юристы дѣленію процесса на стадіи. Воля суда, съ момента возбужденія процесса, направляется на достиженіе той цѣли, которая ему указана закономъ. Раздѣленіе процесса на двѣ стадіи, какъ бы на два процесса, изъ которыхъ каждый предполагается имѣющимъ опредѣленные условія возникновенія, могло бы имѣть мѣсто лишь въ томъ случаѣ (съ нашей точки зрѣнія), если бы суду ставились различныя цѣли въ той и другой стадіи процесса, т. е., если бы намѣреніе его измѣнялось подъ вліяніемъ того событія, за которымъ слѣдуетъ разсмотрѣніе дѣла по существу. Но этого нѣтъ на самомъ дѣлѣ: цѣль суда, какъ въ моментъ возбужденія процесса, такъ и въ послѣдствіи остается одна и та же и не можетъ измѣниться вслѣдствіе вступленія или невступленія въ отвѣтъ отвѣтчика. Въ каждомъ отдѣльномъ дѣйствіи, какъ мы видѣли, судъ стремится къ достиженію все той же цѣли, поскольку она достигается этимъ дѣйствіемъ. Не можетъ она поэтому измѣниться и вслѣдствіе перехода дѣятельности суда изъ одной стадіи въ другую. Разграниченіе стадій процесса имѣетъ въ современномъ процессѣ тотъ смыслъ, что во второй стадіи процесса проявляется внутренняя, умственная дѣятельность суда, тогда какъ въ первой — готовится, такъ сказать, матеріаль для нея. Но отсюда же видно, что цѣль, преслѣдуемая судомъ въ той и другой стадіи, остается одна и та же.

Здѣсь мы можемъ также провести различіе въ томъ значеніи, какое имѣютъ для дѣятельности суда: дѣятельность сторонъ (причисляя къ нимъ и пособниковъ), событія и дѣятельность другихъ лицъ, участвующихъ въ процессѣ. Дѣятельность сторонъ является поводомъ къ внутренней и внѣшней дѣятельности суда; событія только къ внѣшней, а дѣятельность остальныхъ лицъ (свидѣтелей, экспертовъ и т. д.) не составляетъ совершенно повода къ дѣятельности суда, являясь средствомъ къ достиженію судомъ тѣхъ или другихъ цѣлей.

шаго: Менгеръ понимаетъ процессъ въ смыслѣ правового спора (Rechtsstreit), причисляетъ къ процессу (къ матеріальной сторонѣ его) обсужденіе процессуальныхъ предположеній, а также заявленіе и разсмотрѣніе вообще процессуальныхъ требованій.

Глава IV.

СОУЧАСТІЕ ВО ФРАНЦУЗСКОМЪ ПРАВѢ.

Основанія допущенія соучастія.

Code de procédure civile, въ противоположность нѣмецкимъ уставамъ, не содержитъ правилъ, въ которыхъ заключалось бы разрѣшеніе соединять иски лишь при извѣстныхъ условіяхъ. Въмѣстѣ съ тѣмъ французскій уставъ не содержитъ и термина „Litisconsortes“. Последнее обстоятельство объясняется, однакоже, не только недостаткомъ терминологіи французскаго устава ¹⁾, а главнымъ образомъ тѣмъ, что французскому праву не извѣстно то особое значеніе, которое придается соучастію нѣмецкими законодательствами, и которое заставляетъ ихъ противопоставлять Litisconsortium субъективному соединенію исковъ.

Употребленіе французскимъ законодателемъ термина litisconsortium могло бы, такимъ образомъ, быть допущено лишь ради удобства, чтобы замѣнить однимъ словомъ то описательное выраженіе, которое ему вмѣсто этого приходится употреблять ²⁾. Съ этой же точки зрѣнія отчасти объясняется и отсутствіе во французскомъ кодексѣ прямого разрѣшенія соединять иски. Не держа въ себѣ такого разрѣшенія, французскій кодексъ признаетъ возможность соучастія въ принципѣ, что видно изъ того, что онъ содержитъ многія правила на случай соединенія нѣсколькихъ лицъ на сторонѣ истца или отвѣтника. Соучастіе допускается французскимъ уставомъ не потому, что этого требуютъ отношенія матеріальноправовыя, а ради достиженія извѣстныхъ цѣлей.

Цѣли эти слѣдующія: уменьшеніе количества дѣлъ и издержекъ производства, сокращеніе времени и труда и предупрежденіе постановленія противорѣчащихъ одно другому рѣшеній: этого, по выраженію Буатара, — судебнаго скандала, кото-

¹⁾ Смотри выше во введеніи.

²⁾ Art. 59: «S'il y a plusieurs défendeurs»; art. 151: «lorsque plusieurs parties auront été citées»; art. 152: «toutes les parties appelées et défailiantes.»—etc.

рый можетъ уменьшить довѣріе къ постановленіямъ судебныхъ мѣстъ, и котораго поѣтому слѣдуетъ избѣгать насколько возможно ¹⁾).

Соотвѣтственно этому французскій кодексъ содержитъ слѣдующія постановленія, касающіяся соучастія:

Стремясь къ тому, чтобы въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ были достигаемы указанныя цѣли, онъ устраниваетъ то препятствіе, которое могли бы представить для этого правила о подсудности. Такъ какъ въ достиженіи этихъ цѣлей заинтересованы какъ частныя лица, такъ и государство, то соединеніе нѣсколькихъ дѣлъ предоставляется какъ инициативѣ частныхъ лицъ, такъ и судовъ. Съ другой стороны, такъ какъ соединеніе ихъ можетъ влечь за собою при извѣстныхъ условіяхъ послѣдствія противоположныя указаннымъ выше, то французское право допускаетъ раздѣленіе дѣлъ уже соединенныхъ, какъ по инициативѣ суда, такъ и по просьбѣ тяжущихся. Наконецъ, не содержа указаній на тѣ условія, при которыхъ можно ожидать отъ соединенія дѣлъ достиженія указанныхъ выше цѣлей, французскій уставъ предоставляетъ въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ суду разрѣшать вопросъ о томъ, возможно ли допустить соединеніе дѣлъ, т. е. другими словами — могутъ ли этимъ путемъ быть достигнуты вышеуказанныя цѣли.

Разсмотримъ подробнѣе эти положенія.

Въ § 59 С. Пр. С. опредѣляется территориальная подсудность. Въ искахъ личныхъ, говорится въ этомъ параграфѣ устава, „вызовъ отвѣтчика будетъ произведенъ въ судъ по мѣсту его жительства; если у него нѣтъ постоянного мѣста жительства, то по мѣсту его пребыванія. Если имѣются нѣсколько отвѣтчиковъ, то вызовъ будетъ произведенъ въ судъ по мѣсту жительства одного изъ нихъ по выбору истца.

Въ искахъ вещныхъ — по мѣсту нахождения спорнаго предмета; — въ искахъ смѣшанныхъ — по мѣсту нахождения спорнаго предмета или по мѣсту жительства отвѣтчика“.

Изъ этой статьи видно, что отступленіе отъ общаго правила о подсудности допускается ради возможности предъявле-

¹⁾ Boitard. Leçons de procédure civile. Ed. 13, t. 1 p. 92, 287; Garsonnet, Traité de procédure, T. I. p. 727; Carré, Chauveau-Adolph. Lois de la procédure T. II, p. 191. Bioch et Goujet. Dictionnaire general et raisonné de la procédure civile. T. II. p. 243.

нія исковъ къ нѣсколькимъ лицамъ лишь въ искахъ, подсудность которыхъ опредѣляется мѣстомъ жительства отвѣтчика¹⁾. Оно не допускается въ искахъ, подсудность которыхъ опредѣляется по инымъ основаніямъ.

Такимъ образомъ, вслѣдствіе соединенія нѣсколькихъ исковъ нарушается правило—*actor sequitur forum rei*, а такъ какъ отвѣтчикъ заинтересованъ въ соблюденіи этого правила, то ему должно быть дано средство защитить этотъ интересъ свой, воспрепятствовавши соединенію исковъ со стороны истца. Казалось бы, что для этого должны быть указаны въ законѣ условія, при которыхъ соучастіе можетъ быть допускаемо и внѣ которыхъ отвѣтчикъ можетъ воспрепятствовать его установленію; но мы не находимъ въ законѣ такихъ указаній. Нѣкоторые французскіе юристы старались дать для этого общее правило въ руководство судамъ, но попытки ихъ не имѣли успѣха. Приведемъ нѣкоторые изъ нихъ. Rodière²⁾ говоритъ, что законъ не могъ дозволить истцу лишить того или другаго изъ отвѣтчиковъ его естественнаго судьи посредствомъ соединенія исковъ, неимѣющихъ между собою ничего общаго. По его мнѣнію, законъ предполагаетъ, что требованіе остается однимъ, хотя искъ предъявленъ къ нѣсколькимъ отвѣтчикамъ. Но единство требованія Родьеръ понимаетъ не въ смыслѣ дѣйствительнаго единства исковыхъ притязаній (какъ это имѣло мѣсто въ общегерманскомъ процессѣ³⁾), а допускаетъ, что по смыслу закона, для единства требованія нѣтъ надобности въ томъ, чтобы всѣ отвѣтчики были обязаны относительно всего, т. е. чтобы требованіе было солидарно или недѣлимо, а достаточно, чтобы искъ по отношенію ко всѣмъ отвѣтчикамъ покоился на одномъ и томъ же контрактѣ или на одномъ и томъ же основаніи, хотя бы обязанности отвѣтчиковъ были отдѣльны или даже различны (напр. если одинъ отвѣтчикъ является поручителемъ, а другой главнымъ должникомъ).

Къ тому же сводится и теорія Буатара, который утверждаетъ, что отступленіе отъ общаго правила о предъявленіи

¹⁾ Voizard. Leçons. T. I. p. 129. Boucenne. Théorie de la proced. civile. T. III. p. 22.

²⁾ Cours de compétence et de procédure civile. T. I. p. 92.

³⁾ Смотри Planck.

иска по мѣсту жительства отвѣтчика можетъ быть допускаемо лишь въ томъ случаѣ, если иски основаны на одномъ и томъ же документѣ или если они основываются на одномъ и томъ же титулѣ ¹⁾.

Теоріи Буатара и Родьера мы считаемъ произвольными, такъ какъ ими допускается для этого случая иное соотношеніе между исками, чѣмъ то, какое требуется закономъ для отступленія отъ другаго общаго правила — что каждое дѣло должно быть разсматриваемо отдѣльно ²⁾. Мы думаемъ, что отсутствіе въ 59 ст. указанія на то соотношеніе, которое должно быть въ этомъ случаѣ между исками, даетъ право примѣнить по аналогіи правило, изложенное въ 171 ст. кодекса. Вслѣдствіе этого, мы считаемъ болѣе правильными мнѣнія тѣхъ юристовъ, которые думаютъ, что для примѣненія 59 ст. устава нужна связь между дѣлами (*connexité*), т. е. то соотношеніе между ними, которое требуется для примѣненія 171 ст. его.

Приведемъ мнѣнія нѣкоторыхъ представителей этой теоріи.

Мурлонъ говоритъ, что для привлеченія нѣсколькихъ лицъ къ одному и тому же суду нужно, чтобы вопросъ, подлежащій разрѣшенію, былъ одинъ и тотъ же по отношенію ко всѣмъ этимъ лицамъ, т. е. чтобы между обязательствами, по поводу которыхъ возбуждено дѣло, была связь, хотя они, можетъ быть, и не вытекаютъ изъ одного и того же титула. „Понятно“, замѣчаетъ онъ, „что истецъ не можетъ, соединяя ради своихъ интересовъ иски, неимѣющіе никакого отношенія между собою, отнимать у отвѣтчиковъ выгоды, предоставляемыя имъ общимъ правомъ“ ³⁾.

Даллоцъ, консультируя по одному дѣлу, высказалъ мысль, что соединеніе исковъ возможно и въ томъ случаѣ, когда предметы исковъ различны, но суду по поводу ихъ приходится установить одинъ и тотъ же фактъ [напр. въ данномъ случаѣ разрѣшить вопросъ о томъ, отчего произошло столкновеніе пароходовъ]. Этотъ юристъ находитъ, что такой связи между исками вполне достаточно для того, чтобы оправдать

¹⁾ Boitard. *ibid.* T. I. p. 92 § 129.

²⁾ Carré. *Lois de procédure*, t. II, p. 192.

³⁾ Mourlon—Naquet. *Répétitions écrites sur l'organisation et procéd. civ.* etc. Ed. 5, § 252.

отступление отъ общаго правила о подсудности личныхъ исковъ по мѣсту жительства отвѣтчика въ виду тѣхъ выгодъ, которыя достигаются соединеніемъ ихъ, именно, въ виду экономіи издержекъ, возможности легче выяснить истину и избѣжать опасности постановить противорѣчащія одно другому рѣшенія. Законодатель, говоритъ Даллоцъ, нигдѣ не опредѣлилъ того, что слѣдуетъ понимать подъ связью между исками и представилъ суду оцѣнку различныхъ обстоятельствъ, которыя могутъ въ каждомъ данномъ случаѣ установить связь между ними. Пользуясь этимъ правомъ, судъ, по его мнѣнію, долженъ поступать весьма осмотрительно, такъ какъ не долженъ терять изъ виду того, что рядомъ съ выгодами, доставляемыми соединеніемъ исковъ въ одномъ судѣ, стоитъ опасность отвлечь гражданъ отъ ихъ естественной подсудности.

Гарсонне также утверждаетъ, что для примѣненія 59 ст. кодекса нужна связь между исками¹⁾. Съ этой точки зрѣнія онъ утверждаетъ, что возбужденіе дѣла въ одномъ судѣ по отношенію ко всѣмъ отвѣтчикамъ, при существованіи связи между исками, есть не только право, но и обязанность истца, такъ какъ въ противномъ случаѣ отвѣтчики могутъ предъявить отводъ о связи между дѣлами. Этотъ юристъ устанавливаетъ, такимъ образомъ, полное соответствіе между 59 и 171 ст. кодекса.

О томъ, что понимается подъ связью между дѣлами мы скажемъ ниже.

Соучастіе, какъ мы о томъ упоминали, можетъ быть установлено, по французскому праву, по инициативѣ отвѣтчика. Законъ даетъ послѣднему право предъявлять отводъ (возраженіе, exception) о связи между дѣлами, если предъявлены отдѣльно такіе иски, раздѣльное разсмотрѣніе которыхъ можетъ повлечь за собою неудобства, указанные нами выше. Вслѣдствіе такого отвода судъ соединяетъ въ одно производство дѣла, возбужденныя отдѣльно²⁾. Въ чемъ должна состоять эта связь— въ законѣ не говорится.

¹⁾ Garsonnet, Traité théorique et pratique de procédure en matière civile etc. T. I. p. 728.

²⁾ Art 171. C. pr. I. «если споръ имѣетъ связь съ дѣломъ, возбужденнымъ въ другомъ судѣ, то можетъ быть просимо и приказано перенесеніе дѣла».

Что касается юристовъ, то они находятъ даже ненужнымъ, чтобы законъ указывалъ, какое соотношеніе между дѣлами должно составить связь между ними¹⁾. Это объясняется тѣмъ, что по воззрѣнію французскихъ юристовъ, въ противоположность нѣмецкимъ, соединеніе исковъ допускается не потому, что этого требуютъ отношенія матеріальноправовыя, (которыя должны были бы быть указаны въ законѣ), а потому, что соединеніемъ ихъ достигаются указанная выше цѣли. При этомъ условія, обезпечивающія достиженіе послѣднихъ, какъ это подмѣчено французскими юристами, не всегда совпадаютъ съ извѣстнымъ соотношеніемъ между правами (или правоотношеніями — по терминологіи общегерманскаго устава) и выводятся изъ сопоставленія содержанія требованій сторонъ и другихъ обстоятельствъ дѣла съ тѣми послѣдствіями, какія можно ожидать для веденія процесса и рѣшенія отъ совмѣстнаго или раздѣльнаго веденія процессовъ.

Справедливость сказаннаго видна изъ разсужденій французскихъ юристовъ. Такъ напр., Буатаръ говоритъ, что при связи между исками (connexité) они стоятъ въ столь близкомъ соотношеніи одинъ къ другому, что полезно и даже необходимо вести процессъ передъ одними и тѣми же судьями, такъ какъ, если будетъ постановлено по каждому иску отдѣльное рѣшеніе, то исполненіе одного можетъ встать въ противорѣчіе съ исполненіемъ другаго²⁾.

Вообще, можно считать установившимся въ практикѣ и наукѣ мнѣніе, что связь между дѣлами признается въ томъ случаѣ, когда дѣла, нетождественныя между собою, стоятъ одно къ другому въ такомъ отношеніи, что разрѣшеніе ихъ двумя различными судами могло бы повести за собою постановленіе противорѣчивыхъ рѣшеній, исключаяющихъ одно другое³⁾.

Отсюда видно, что случаи, въ которыхъ можетъ оказаться полезнымъ соединеніе исковъ по инициативѣ отвѣтчика, не могутъ быть предусмотрѣны заранѣе. Вслѣдствіе этого, рѣшеніе вопроса о томъ, имѣются ли въ каждомъ отдѣльномъ

¹⁾ Rodière, *ibid.* p. 131. Garsonnet, *ibid.* t. I p. 76.

²⁾ Boitard, *ibid.* t. I. p. 333.

³⁾ См. Mourlon-Naquet. *Répétitions écrites sur la procédure en matière civile et commerciale.* 5 édition, p. 431.

случаѣ условія для соединенія исковъ, должно быть предоставлено суду. Такого именно взгляда и держатся по этому поводу французскіе юристы. Такъ Гарсонне говоритъ, что точное обозначеніе въ законѣ условій связи не должно имѣть мѣста, такъ какъ судьямъ предоставлено безусловное право оцѣнивать (souverainement) обстоятельства и возможность вліянія одного процесса на другой, а равно и то, представляется-ли опасность постановить противорѣчивыя рѣшенія¹⁾. Такимъ образомъ, при указанныхъ отношеніяхъ между требованіями, отвѣтчикъ можетъ просить о перенесеніи дѣла, предъявленнаго позднѣе, въ тотъ судъ, въ которомъ ранѣе возбуждено дѣло, имѣющее съ нимъ связь.

Если два дѣла, имѣющія между собою связь, начаты въ различныхъ отдѣленіяхъ одного и того же суда, то можетъ быть заявлена просьба о перенесеніи дѣла изъ одного отдѣленія въ другое; если же оба дѣла начаты въ одномъ и томъ же судѣ и отдѣленіи, то просьба о перенесеніи не можетъ, конечно, имѣть мѣста; но судебная практика даетъ возможность и въ этомъ случаѣ отвѣтчику добиться соединенія дѣлъ, предоставляя ему для этого право просить судъ о ихъ соединеніи (*jonction des causes*)²⁾, т. е. о присоединеніи дѣла начатаго позднѣе къ тому, которое возбуждено ранѣе.

¹⁾ Garsonnet, *ibid.* p. 756. Для поясненія того, въ чемъ можетъ состоять связь между исками, французскіе юристы приводятъ слѣдующіе примѣры: представимъ себѣ, говоритъ Мурлонъ, что я началъ противъ Васъ дѣло о передачѣ мнѣ недвижимаго имущества, которое Вы мнѣ продали. Мой искъ былъ предъявленъ по мѣсту нахождения недвижимаго имущества. Съ своей стороны, Вы начинаете противъ меня въ судѣ по мѣсту моего жительства дѣло о взысканіи съ меня цѣны имущества. Эти дѣла не тождественны между собою, такъ какъ предметъ каждаго изъ нихъ совершенно особый, но между ними существуетъ такое отношеніе, что рѣшеніе по одному дѣлу необходимо окажетъ вліяніе на рѣшеніе по другому». Гарсонне приводитъ случай, когда покущикъ ведетъ въ судѣ по мѣсту нахождения недвижимаго имущества дѣло о передачѣ проданнаго имущества, а продавецъ ведетъ дѣло о недействительности продажи по мѣсту жительства покущика. Но эти и подобныя случаи указываются французскими юристами именно лишь въ видѣ примѣровъ, и для судовъ не считается обязательнымъ признавать связь всякій разъ, когда встрѣятся подобныя обстоятельства.

²⁾ Carré, t. II. p. 193.

Нужно замѣтить, что во французской юриспруденціи высказывалось мнѣніе, что возраженіе о связи между дѣлами можетъ быть заявлено лишь при томъ условіи, если они возникли между тѣми же лицами¹⁾, такъ что послѣдствіемъ его должно являться, слѣдовательно, объективное соединеніе исковъ. По этой теоріи, такимъ образомъ, exception de connéxité не допускается, если дѣла возникли между различными лицами, а для того, чтобы и въ этомъ случаѣ предупредить постановленіе противорѣчивыхъ рѣшеній, отвѣтчику дается право просить о томъ, чтобы судъ, разсмотрѣнію котораго подлежитъ искъ, предъявленный позднѣе, приостановилъ производство впредь до разрѣшенія дѣла, возбужденнаго ранѣе²⁾. Недопущеніе отвода о связи между дѣлами въ томъ случаѣ, когда противъ одного отвѣтчика предъявлены иски нѣсколькими лицами, мотивируется послѣдователями указанной теоріи тѣмъ, что между дѣлами, въ которыхъ участвуютъ различныя лица, не можетъ существовать полной связи.

Другіе юристы (и ихъ мнѣніе можно считать господствующимъ) допускаютъ предъявленіе этого отвода (и вообще просьбы о соединеніи дѣлъ) также въ томъ случаѣ, когда въ нихъ участвуютъ разныя лица, но подъ условіемъ, чтобы хотя одинъ изъ соучастниковъ участвовалъ во всѣхъ дѣлахъ³⁾. По послѣдней теоріи, такимъ образомъ, предъявленіе отвода о связи дѣлъ, или вообще просьбы о соединеніи ихъ, можетъ имѣть послѣдствіемъ установленіе соучастія (активнаго или пассивнаго). Эта теорія совершенно согласна съ тѣмъ значеніемъ, какое, по установившемуся мнѣнію, придается connexité. Юристы видятъ ее тамъ, гдѣ дѣла, нетождественныя между собою, стоятъ одно къ другому въ такомъ соотношеніи, что если бы они велись въ различныхъ судахъ, то можно было бы опасаться постановленія рѣшеній противорѣчащихъ одно другому и исключających одно другое⁴⁾. Съ этой точки зрѣнія, существованіе connexité, естественно, можетъ быть допущено и при томъ условіи, когда въ нѣсколькихъ дѣлахъ участвуютъ не одни и

¹⁾ Carré, *ibid.* p. 189.

²⁾ Carré, *ibid.* p. 194.

³⁾ Dalloz, t. 23. p. 114, § 207, 208.

⁴⁾ Mourlon, *ibid.*

тѣ же лица, такъ какъ это обстоятельство отнюдь не исключаетъ возможности такого соотношенія между дѣлами, которое могло бы подать поводъ опасаться постановленія противорѣчащихъ одно другому рѣшеній, а вмѣстѣ съ тѣмъ нисколько не уменьшаетъ и основательности такого опасенія.

На опредѣленіе суда, которымъ отводъ былъ признанъ неподлежащимъ удовлетворенію, можетъ быть подана апелляціонная жалоба. Carré справедливо замѣчаетъ, что далеко не всегда можетъ быть подтверждено существованіе связи между дѣломъ вновь возбужденнымъ и тѣмъ, которое было начато ранѣе въ другомъ судѣ, такъ что постановленныя по этому поводу опредѣленія суда первой степени могутъ весьма часто подвергаться обжалованію ¹⁾. Но отвѣтчику открытъ и другой путь для того, чтобы добиться соединенія дѣлъ: это — заявленіе просьбы о *règlement de juges* (возбужденіе пререканія) ²⁾. Если дѣла, между которыми есть связь, находятся въ производствѣ во второй инстанціи, то *règlement de juges* есть единственный способъ достигнуть вышеуказанной цѣли ³⁾.

По поводу соучастія были возбуждены во французской литературѣ слѣдующіе, тѣсно связанные одинъ съ другимъ вопросы: 1) въ какой моментъ процесса можетъ быть предъявленъ отводъ о связи между дѣлами и 2) могутъ ли соглашеніемъ сторонъ быть отмѣняемы тѣ послѣдствія, которыя влечетъ за собою по закону связь (*connexité*) между дѣлами? На эти вопросы были даны различные отвѣты, такъ какъ по мнѣнію однихъ юристовъ соединеніемъ дѣлъ при *connexité* ограждаются интересы частные, по мнѣнію же другихъ — публичные. Юристы (Мерлинъ, Деляпортъ, Карре), полагающіе, что отводомъ о

¹⁾ Carré, *ibid.* p. 192. Chauveau Adolph.

²⁾ *Règlement de juges* есть опредѣленіе, которымъ высшее, въ порядкѣ инстанцій, судебное мѣсто, чтобы предупредить умноженіе процессовъ и постановленіе противорѣчащихъ одно другому рѣшеній, объявляетъ, какой изъ судовъ, (въ которомъ возбуждены дѣла тождественныя, или имѣющія связь одно съ другимъ) долженъ ихъ разсматривать. (см. Rogron, *Code de procéd. civile*. Ed. 10. t. I, p. 853). Судебная практика, положительно высказалась за то, что *règlement de juges* можетъ имѣть мѣсто и въ томъ случаѣ, когда въ дѣлахъ, возбужденныхъ въ двухъ различныхъ судахъ, участвуютъ въ качествѣ сторонъ разныя лица.

³⁾ Chauveau противъ Carré *ibid.*

connexité ограждаются частные интересы, утверждают, что онъ долженъ быть предъявляемъ прежде представления объясненій по существу, и что если отвѣтчикъ не заявитъ отвода до этого момента, то, отказавшись отъ своевременнаго его предъявленія, не можетъ уже предъявлять его впоследствии. Другіе юристы, какъ Буатаръ, Бонсенъ, Шово-Адольфъ и друг. считаютъ этотъ отводъ имѣющимъ смѣшанный характеръ (такъ какъ достиженіе тѣхъ цѣлей, ради которыхъ онъ представляется, касается интересовъ какъ частныхъ лицъ, такъ и правильнаго отправленія правосудія) и отсюда выводятъ заключеніе, что онъ можетъ быть предъявленъ даже послѣ представления объясненій по существу. Судья, по ихъ мнѣнію, долженъ обратить на него вниманіе какъ для того, чтобы избѣжать умноженія производствъ или постановленія противорѣчащихъ одно другому рѣшеній, такъ и для того, чтобы сдѣлать производство болѣе правильнымъ¹⁾. Справедливость своей теоріи означенные юристы подтверждаютъ тѣмъ соображеніемъ, что правильность отправленія правосудія требуетъ, чтобы не было двухъ процессовъ тамъ, гдѣ можетъ быть одинъ, и въ особенности, чтобы не было противорѣчій между рѣшеніями²⁾. Бонсенъ и нѣкоторые другіе послѣдователи этой теоріи³⁾, позволяя отвѣтчику предъявлять отводъ о связи между дѣлами даже послѣ отвѣта по существу,

¹⁾ Carré, *ibid.* p. 194. Boitard, *ibid.* p. 335. Этотъ юристъ приводитъ въ подтвержденіе правильности защищаемой имъ теоріи еще слѣдующее важное соображеніе: требованіе закона, чтобы отводъ подсудности былъ предъявляемъ *in limine litis*, по его мнѣнію, совершенно естественно, т. к. дозволеніе предъявлять этотъ отводъ во всякомъ положеніи дѣла могло бы повести за собою то, что вся предшествующая этому процессуальная дѣятельность потеряла бы устойчивость, что было бы невыгодно для истца. Наоборотъ, онъ не находитъ никакого законнаго основанія и интереса для истца въ томъ, чтобы настаивать на разсмотрѣніи одного и того же дѣла (или разныхъ, при *connexité*) въ двухъ судахъ, вопреки желанію отвѣтчика, предъявившаго въ теченіе производства *exc. de litispendance*. Разсмотрѣніе дѣла въ двухъ судахъ, по справедливому замѣчанію Буатара, одинаково невыгодно для обѣихъ сторонъ, такъ какъ, если бы результатомъ этого явилось два различныхъ рѣшенія, то необходимо было бы прибѣгнуть къ обжалованію ихъ въ кассационномъ порядкѣ, что повлекло бы за собою снова превратности процесса и увеличило бы издержки производства. Все это справедливо и относительно *exc. de connexité*. (ср. Boitard, *ibid.* p. 656).

²⁾ Carré, *ibid.* p. 195.

³⁾ Carré, *ibid.* Chauveau—Adolph. Boncenne, t. III. p. 257.

возлагаютъ лишь на него расходы, произшедшіе отъ такого несвоевременнаго предъявленія отвѣда.

Замѣтимъ, что такъ какъ цѣль соединенія исковъ такова, что въ достиженіи ея заинтересованъ и истецъ, то судебная практика и юристы даютъ и ему право просить о перенесеніи дѣла, имѣющаго связь съ тѣмъ, которое возбуждено имъ ранѣе ¹⁾.

Если признать, что предъявленіе *exception de connéxité* не факультативно для сторонъ и не ограничено началомъ процесса, то вмѣстѣ съ тѣмъ должно быть признано за судомъ право, въ случаѣ надобности, постановлять *ex officio* опредѣленіе о перенесеніи дѣла ²⁾. Соглашаясь вполнѣ съ приведенными выше соображеніями Буатара, мы считаемъ эту теорію наиболѣе правильной. Правильность ея видна, по нашему мнѣнію, еще изъ того, что существованіе связи между дѣлами можетъ обнаружиться изъ возраженій отвѣтчика ³⁾, слѣдовательно, уже послѣ представленія объясненій по существу, вслѣдствіе чего и необходимо допустить предъявленіе *exc. de connéxité* уже послѣ представленія объясненій по существу.

Если это такъ, то и судъ не можетъ быть лишень права устранить встрѣченное имъ препятствіе къ правильному разрѣшенію дѣла.

Относительно права суда раздѣлять иски по собственному побужденію, во французской юриспруденціи замѣчается полное однообразіе въ мнѣніяхъ: какъ юристы такъ и судебная практика признаютъ за нимъ это право ⁴⁾.

Суду предоставляется раздѣлять дѣла и въ томъ случаѣ, если между ними существуетъ связь, а между тѣмъ онъ найдетъ совмѣстное разсмотрѣніе ихъ неудобнымъ. Напр. судъ можетъ раздѣлить соединенные иски, въ виду найденной имъ необходимости болѣе выяснить то или другое дѣло ⁵⁾.

Итакъ, мы видимъ, что во всѣхъ случаяхъ, когда установленіемъ соучастія затрагиваются интересы истца или отвѣт-

¹⁾ Bioche *ibid.* p. 240 № 55. Carré *ibid.* № 429.

²⁾ Bioche, *ibid.* t. II. p. 249. Carré, t. II № 729 p. 192.

³⁾ Garsonnet *ibid.* t. I. p. 757.

⁴⁾ Dalloz *ibid.* p. 113, № 207.

⁵⁾ Bioche *ibid.* p. 240. № 55. Carré *ibid.* № 729.

чика (вслѣдствіе измѣненія подсудности, или перенесенія дѣла изъ одного суда въ другой) оно допускается при связи между дѣлами, т. е. при такомъ соотношеніи между ними, которое даетъ основаніе опасаться возможности постановленія рѣшеній, противорѣчащихъ одно другому. Но тамъ, гдѣ соединеніе нѣсколькихъ дѣлъ не связано съ такими послѣдствіями, соучастіе можетъ быть устанавливаемо и безъ указаннаго соотношенія между дѣлами ¹⁾: оно допускается, слѣдовательно, по французскому праву и тогда, когда этимъ можетъ быть достигнуто уменьшеніе количества дѣлъ и издержекъ производства ²⁾.

При этомъ въ законѣ не указывается условій, при которыхъ соединеніе нѣсколькихъ лицъ можетъ содѣйствовать достиженію этихъ цѣлей, такъ что вопросъ о томъ, будутъ ли достигаться черезъ соучастіе эти цѣли, или оно окажется неудобнымъ для производства — разрѣшается въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ судомъ.

Припомнимъ, что въ нѣмецкомъ правѣ (по крайней мѣрѣ по опредѣленіямъ многихъ нѣмецкихъ законодательствъ и по мнѣнію многихъ юристовъ) соучастіе есть извѣстное отношеніе между нѣсколькими лицами въ процессѣ, которое порождается извѣстнымъ соотношеніемъ между ихъ правами.

Вмѣстѣ съ тѣмъ, по мысли, проглядывающей во многихъ нѣмецкихъ законодательствахъ, извѣстное соотношеніе между исками нѣсколькихъ соучастниковъ имѣетъ еще иное значеніе: оно является, съ одной стороны, условіемъ для достиженія тѣхъ цѣлей, ради достиженія которыхъ дозволяется соединеніе исковъ, а съ другой — при этомъ соотношеніи между исками, соединеніе ихъ не можетъ вести за собою запутанности производства и вообще тѣхъ неудобствъ, которыя можно было бы ожидать отъ этого при иныхъ условіяхъ.

Французскіе юристы подмѣтили, что между характеромъ права, составляющаго предметъ процесса, и характеромъ послѣдняго нѣтъ полного соответствія. Фреминвиль ³⁾ говоритъ

¹⁾ См. Chauveau противъ Carré ibid. p. 33.

²⁾ См. Rogron, ibid. p. 51.

³⁾ Freminville, Traité de l'organisation et de la compétence des cours d'appel, t. 1. § 523.

относительно этого слѣдующее: „предметъ процесса (instance) или рѣшенія не всегда сообщаетъ свой характеръ послѣднему, такъ какъ самыя формы нѣкоторыхъ производствъ (procédure) и возможный порядокъ исполненія рѣшенія могутъ совершенно измѣнить этотъ характеръ“. Это замѣчаніе Фременвилъ дѣлаетъ по поводу того, что недѣлимость или дѣлимость права не влечетъ за собою недѣлимости или дѣлимости процесса. Въ разъясненіе своей мысли онъ приводитъ слѣдующій примѣръ: наследство, говоритъ онъ, дѣливо и фактически и юридически; но если возникаетъ судебный споръ о раздѣлѣ между наследниками, то рѣшеніе, которое по этому поводу будетъ постановлено, опредѣляя законныя формы раздѣла и долю каждаго наследника, будетъ по отношенію ко всѣмъ наследникамъ единымъ и недѣлимымъ закономъ.

Мы согласны съ Фременвилемъ въ томъ, что нѣтъ полнаго соотвѣтствія между характеромъ гражданскихъ правъ, являющихся предметомъ процесса и характеромъ послѣдняго. Мы согласны, въ общемъ, и съ тѣми объясненіями, которыя даетъ этотъ юристъ относительно причины несоотвѣтствія между тѣмъ и другимъ; тѣмъ не менѣе мы находимъ нужнымъ сдѣлать, по этому поводу, нѣсколько замѣчаній, чтобы связать объясненіе этого явленія съ выясненною нами выше сущностью гражданского процесса, такъ какъ точное объясненіе его можно получить, по нашему мнѣнію, только этимъ путемъ.

Указанное нами несоотвѣтствіе между характеромъ гражданского права и процесса объясняется, прежде всего, тѣмъ, что цѣль, достиженіе которой ставится закономъ суду для его внутренней, умственной дѣятельности, совершенно самостоятельна и не стоитъ въ зависимости ни отъ цѣли, преслѣдуемой истцемъ, ни отъ характера того права, къ защитѣ котораго послѣдній стремится: каковъ бы ни былъ его характеръ, цѣль эта остается одна и таже—разрѣшеніе вопроса о правильности требованій истца. Такимъ образомъ, съ этой точки зрѣнія, характеръ гражданского права не можетъ оказывать вліянія на характеръ процесса. Съ другой стороны, судъ въ своей внутренней дѣятельности связанъ формальной стороною ея, которая рассчитана на правильность отправленія правосудія и огражденіе какъ интересовъ сторонъ, такъ и публичнаго интереса. Въ этомъ отношеніи характеръ притязанія стороны можетъ, дѣйствительно, оказать вліяніе на характеръ процес-

са¹⁾, такъ какъ можетъ потребовать примѣненія того или другаго порядка производства, установленнаго для того закономъ, или же, въ виду выясненнаго характера его, вызванныхъ имъ въ дальнѣйшемъ производствѣ возраженій или доказательствъ, можетъ потребовать принятія той или другой мѣры, ради достиженія правильности производства и огражденія авторитета судебной власти.

Такое, именно, вліяніе гражданско-правоваго притязанія на процессъ и допускается французскимъ правомъ. Вслѣдствіе этого, тѣ или другія отношенія матеріально-правовыя не служатъ сами по себѣ основаніемъ для установленія соучастія, а даютъ лишь основаніе заключать, насколько совмѣстное разсмотрѣніе ихъ можетъ быть удобно въ указанномъ выше отношеніи²⁾. Соотвѣтственно этому, *connexité* не есть, по французскому праву, извѣстное соотношеніе между исками, а связь между дѣлами³⁾, т. е. съ нашей точки зрѣнія, связь между процессами въ матеріальномъ смыслѣ. Справедливость этого подтверждается и тѣмъ, что основаніе для соединенія дѣлъ можетъ обнаружиться уже послѣ возбужденія дѣла—изъ объясненій отвѣтчика⁴⁾. Отсюда, такимъ образомъ, можетъ быть также выведено заключеніе, что при соучастіи является не только соединеніе исковъ (субъективное), но и вообще процессовъ съ внутренней стороны.

По нашему мнѣнію, отождествленіе соучастія съ субъективнымъ соединеніемъ исковъ, которое допускается, какъ мы видѣли, многими нѣмецкими юристами, не точно. Субъективное соединеніе исковъ влечетъ за собою установленіе соучастія (если такое соединеніе исковъ понимать въ смыслѣ совмѣстнаго предъявленія ихъ)⁵⁾ или же означаетъ соединеніе пред-

¹⁾ Но въ иномъ смыслѣ, чѣмъ это допускаетъ Фременвиль (см. ниже).

²⁾ Carré, *ibid.* t. II, 621.

³⁾ Carré, *ibid.* p. 191. № 1: «La connexité est le rapport ou la liaison qui se trouve entre plusieurs affaires».

⁴⁾ Dalloz. t. 23. p. 113, № 207. «lorsque les exceptions du défendeur tendent au même but».

⁵⁾ Канштейнъ (*Streitgenossenschaft*, S. 3. № 3), понимая субъективное соединеніе исковъ въ этомъ смыслѣ, утверждаетъ, что соучастіе можетъ возникнуть помимо субъективнаго соединенія ихъ, а именно, посредствомъ соединенія въ одно производство нѣсколькихъ исковъ, предъявленныхъ от-

метовъ процесса; но этотъ терминъ не содержитъ никакого указанія на то, что каждый изъ соучастниковъ является субъектомъ процесса и, какъ таковой, возбуждаетъ дѣятельность суда или подвергается дѣятельности суда, вслѣдствіе чего послѣдняя оказываетъ вліяніе на его матеріально-правовые интересы. Однимъ словомъ, терминъ субъективное соединеніе исковъ не содержитъ никакого указанія на послѣдующую судебную дѣятельность ¹⁾).

Въ этомъ и состоитъ неточность отождествленія соучастія съ субъективнымъ соединеніемъ исковъ.

Такимъ образомъ, соучастію какъ соединенію лицъ, съ-отвѣтствуетъ, съ матеріальной стороны, не соединеніе исковъ, а соединеніе самыхъ процессовъ съ внутренней стороны, все равно, произошло ли оно вслѣдствіе совмѣстнаго предъявленія исковъ, или впослѣдствіи.

Если основаніемъ для соучастія служитъ не соотношеніе между матеріально-правовыми притязаніями, то съ этой точки зрѣнія намъ представляется совершенно правильнымъ положеніе, высказываемое французскими юристами, что основанія для допущенія соучастія не могутъ быть указаны въ законѣ.

Опредѣленія нѣмецкаго права о соучастіи складывались подъ вліяніемъ того положенія, что условія для возникновенія соучастія существуютъ еще до возникновенія процесса и лежатъ въ свойствахъ тѣхъ правъ и обязанностей, которыя подлежатъ разсмотрѣнію суда ²⁾.

Не смотря на возраженія, приведенныя противъ этого положенія Планкомъ, Рено и другими юристами оно, какъ мы видѣли, положено въ основаніе опредѣленій общегерманскаго устава о соучастіи. Это проявилось въ раздѣленіи соучастія на настоящее и ненастоящее, а также въ ученіи о матеріальномъ соучастіи. Но это положеніе, какъ неправильное, несо-

дѣльно. Вслѣдствіе этого онъ отдѣляетъ «соучастіе» отъ «субъективнаго соединенія исковъ», какъ совершенно различныя понятія. По нашему мнѣнію мысль Канштейна не вѣрна, т. е. безъ соединенія исковъ (въ смыслѣ исковыхъ притязаній) не можетъ вообще существовать соучастіе.

¹⁾ Ср. Martin, Magazin, 1. S. 19 ff. Linde, Zeitschr. f. C. Pr. u. Pr. 13. 15. S. 377 f.

²⁾ См. выше стр. 14.

гласное съ сущностью соучастія, не могло, конечно, быть проведено послѣдовательно въ нѣмецкомъ правѣ, чѣмъ и объясняется существованіе въ послѣднемъ опредѣленій, основанныхъ на другомъ началѣ. Дѣйствительно, мы видѣли, что нѣмецкое право допускаетъ раздѣленіе судомъ исковъ, по соображеніямъ о цѣлесообразности, даже и въ томъ случаѣ, когда они соединены при существованіи такихъ матеріально-правовыхъ отношеній, которыя служатъ по закону основаніемъ для установленія соучастія ¹⁾).

Эти положенія, на нашъ взглядъ, противорѣчатъ одно другому. Въ самомъ дѣлѣ, одно изъ двухъ: или соучастіе есть отношеніе, которое является послѣдствіемъ извѣстныхъ отношеній матеріально-правовыхъ, или это есть соединеніе лицъ, допускаемое ради цѣлесообразности. Оба принципа не могутъ быть проводимы законодателемъ одновременно.

Держась перваго изъ нихъ, онъ связываетъ извѣстное послѣдствіе съ существованіемъ матеріально-правовыхъ отношеній, придаетъ имъ извѣстное свойство, оставляя въ сторонѣ вопросъ о цѣлесообразности соединенія исковъ. Съ этой точки зрѣнія онъ не долженъ, слѣдовательно, допускать и раздѣленія исковъ судомъ ради соображеній о цѣлесообразности. Наоборотъ, если законъ дозволяетъ суду раздѣлять иски по соображеніямъ о цѣлесообразности, то вмѣстѣ съ тѣмъ онъ не долженъ признавать вышеуказанныхъ свойствъ за отношеніями матеріально-правовыми. Между тѣмъ общегерманскій уставъ грѣшитъ именно такимъ противорѣчіемъ съ самимъ собою, признавая, съ одной стороны, что при существованіи извѣстныхъ матеріально-правовыхъ отношеній возникаетъ настоящее соучастіе, а съ другой, давая суду право раздѣлять иски, соединенные при этомъ условіи, по соображеніямъ о цѣлесообразности ¹⁾). Внесеніе въ уставъ указанныхъ противоположныхъ началъ сказалось въ томъ, что законъ, съ одной стороны, даетъ истцу право на соединеніе исковъ, а съ другой—отнимаетъ у него это право, предоставляя суду раздѣлять иски, предъявленные совмѣстно или соединять иски, предъявленные отдѣльно. Противорѣчіе между правилами общегерманскаго устава въ послѣднемъ отношеніи подмѣчено, между прочимъ,

¹⁾ См. выше стр. 41.

Вахомъ, который справедливо замѣчаетъ, что при этомъ условіи должны отпасть или матеріальныя послѣдствія субъективнаго соединенія исковъ, или право суда соединять ихъ ¹⁾).

Указанныя противорѣчія, въ которыя впали редакторы общегерманскаго устава, убѣждаютъ насъ въ необходимости послѣдовательнаго проведенія въ уставъ того начала, что соучастіе допускается по соображеніямъ о цѣлесообразности.

Припомнимъ, что Планкъ, становясь на эту точку зрѣнія, пришелъ къ заключенію, что условія, въ которыхъ можетъ быть допускаемо соучастіе, не должны быть указываемы въ законѣ, и что вопросъ о томъ, можетъ ли быть допускаемо соучастіе, долженъ быть разрѣшаемъ судомъ по соображенію обстоятельствъ каждаго отдѣльнаго дѣла ²⁾. Къ тому же заключенію приходятъ, какъ мы видѣли, и французскіе юристы. Отсюда видно, что послѣдовательное проведеніе указанного начала должно выразиться въ дозволеніи суду допускать соучастіе по его усмотрѣнію.

Но общегерманскій уставъ, какъ мы видѣли, придерживается также этого начала, а вмѣстѣ съ тѣмъ указываетъ условія для допущенія соучастія. Вслѣдствіе этого, чтобы уяснить себѣ значеніе такого правила устава, намъ необходимо (оставя въ сторонѣ непослѣдовательное проведеніе этого начала въ указанномъ выше отношеніи), затронуть слѣдующіе вопросы: совмѣстимо ли съ этимъ началомъ указаніе въ законѣ основаній для допущенія соучастія; представляетъ ли это какія либо выгоды, и наконецъ, можетъ ли оно быть осуществлено, т. е. могутъ ли быть точно указаны основанія для допущенія соучастія?

Указанное отступленіе отъ теоріи Планка, допускаемое редакторами общегерманскаго устава, объясняется, по нашему мнѣнію, тѣмъ, что они, слѣдуя примѣру редакторовъ Бюртембергскаго устава, старались держаться, такъ сказать, середины между теоріею Планка и предшествующей ему теоріею, старались примирить ихъ. Они думали достигнуть этого слѣдующимъ путемъ: мы видѣли изъ разсужденій Планка, что если установленіе соучастія допускается не какъ слѣдствіе извѣстныхъ свойствъ матеріальнаго гражданскаго права, а ради до-

¹⁾ Kritische Viert. Jahr. Schr. B. 4. S. 342.

²⁾ См. выше стр. 18.

стиженія извѣстныхъ цѣлей, то съ этимъ связывается допущеніе соучастія, какъ общее правило. Вслѣдствіе этого не можетъ имѣть мѣста указаніе въ законѣ основаній допущенія соучастія (такъ какъ послѣднее допустимо вообще) и вопросъ о возможности его сводится къ вопросу объ удобствѣ и цѣлесообразности его допущенія. Въ связи съ этимъ стоитъ и то, что допущеніе соучастія предоставляется усмотрѣнію суда. вмѣстѣ съ тѣмъ, мы видѣли, что соединеніе исковъ можетъ не только вести къ достиженію указанныхъ выше цѣлей, но при извѣстныхъ условіяхъ къ запутанности производства.

Такимъ образомъ, допущеніе соучастія при однихъ условіяхъ является желательнымъ, при другихъ — нѣтъ. Интересъ публичный требуетъ, конечно того, чтобы соучастіе имѣло мѣсто при условіяхъ перваго рода, т. е., чтобы допущеніе его приносило пользу, а не вредъ дѣлу отправленія правосудія. Съ точки зрѣнія Планка это достигается тѣмъ, что въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, вопросъ о возможности и полезности допущенія соучастія разрѣшается судомъ. Что касается редакторовъ общегерманскаго устава, то они (слѣдуя редакторамъ Бюртембергскаго устава) не признали допущеніе соучастія общимъ правиломъ: съ ихъ точки зрѣнія, для достиженія той же цѣли, въ законѣ заранѣе должны быть указаны условія, при которыхъ можетъ быть допускаемо соучастіе. При соблюденіи этого правила, по ихъ мнѣнію, допущеніе соучастія должно, съ одной стороны, оказаться цѣлесообразнымъ, а съ другой — не повлечетъ за собою тѣхъ неудобствъ, которыя могли бы возникнуть при допущеніи его по инымъ основаніямъ¹⁾. Казалось бы, что съ точки зрѣнія редакторовъ общегерманскаго устава, этимъ путемъ могло быть вполне обезпечено огражденіе публичнаго интереса, но они нашли нужнымъ признать за судомъ безконтрольное право раздѣлять иски, совмѣстное разсмотрѣніе которыхъ окажется впоследствии недостижимымъ цѣли или неудобнымъ. Эти положенія заключаютъ въ себѣ также, по нашему мнѣнію, противорѣчіе, такъ какъ указаніе въ законѣ условій, при которыхъ должно быть допускаемо судомъ соучастіе открываетъ истцу право на соединеніе исковъ (при условіяхъ, указанныхъ для того въ законѣ), а это право

¹⁾ См. выше стр. 25.

исключаетъ право суда раздѣлять и соединять ихъ, и обратно¹⁾. Чтобы избѣжать этого противорѣчія нужно было отказать суду въ правѣ соединять и раздѣлять иски. Но редакторы устава не могли этого сдѣлать: мы видѣли, что необходимость признанія за судомъ того и другаго права выяснено какъ самими ими²⁾, такъ и французскимъ правомъ. Мы думаемъ, что необходимость предоставленія такого права суду особенно ясно именно съ только что указанной точки зрѣнія, такъ какъ, если установленіе соучастія признается мѣрой, направленной на достиженіе извѣстныхъ цѣлей, то можетъ и долженъ быть установленъ коррективъ къ нему³⁾. Въ самомъ дѣлѣ, если соединеніе исковъ, при данныхъ условіяхъ, окажется нецѣлесообразнымъ, то они, конечно, должны быть раздѣлены судомъ, и обратно, если не соединены такіе иски, соединеніе которыхъ было бы цѣлесообразно, то они должны быть соединены судомъ. Такимъ образомъ, мы видимъ, что и съ этой точки зрѣнія не устраняется противорѣчіе между правилами общегерманскаго устава, аналогичное тому, которое мы указали выше.

Перейдемъ къ разсмотрѣнію другаго вопроса: не представляетъ ли указаніе въ законѣ основаній для допущенія соучастія удобства въ томъ отношеніи, что даетъ извѣстное правило, которымъ судъ долженъ руководствоваться въ своей дѣятельности. Изъ разсужденій нѣмецкихъ юристовъ можно, дѣйствительно, вывести заключеніе, что этимъ должны достигаться слѣдующія цѣли: 1) долженъ устраняться произволь со стороны тяжущихся относительно установленія соучастія, и, такимъ образомъ, ограждаться интересъ публичный, который можетъ быть нарушенъ соединеніемъ такихъ исковъ, совмѣстное разсмотрѣніе которыхъ можетъ произвести замѣшательство въ процессѣ⁴⁾; 2) что этимъ дается сторонамъ основаніе для

¹⁾ Ср. выше теорію Ветцеля стр. 20.

²⁾ См. выше стр. 38.

³⁾ См. выше стр. 33. Вмѣстѣ съ тѣмъ редакторы общегерманскаго устава не отказались, какъ мы видѣли, отъ нѣкоторыхъ послѣдствій прежней теоріи. Мы касались, отчасти, этого обстоятельства выше. Здѣсь мы не будемъ его касаться.

⁴⁾ См. выше стр. 25, 26, 34.

преслѣдованія ихъ интересовъ, связанныхъ съ соединеніемъ и раздѣленіемъ исковъ ¹⁾).

Относительно этихъ положеній замѣтимъ слѣдующее: опредѣленіе въ законѣ основаній для допущенія соучастія могло бы имѣть то значеніе, какое придаютъ ему нѣмецкіе юристы, лишь при томъ условіи, если бы они дѣйствительно могли быть точно указаны въ законѣ. Но, изъ подробнаго изложенія относящагося сюда теорій нѣмецкихъ юристовъ и опредѣленій нѣмецкихъ законодательствъ, мы видимъ обратное. Косвеннымъ образомъ это подтвердили и редакторы общегерманскаго устава, давши суду право раздѣлять иски. Установленіе этого правила имѣетъ, по нашему мнѣнію, слѣдующее значеніе: когда нѣмецкая наука и законодательства стояли на той точкѣ зрѣнія, что извѣстныя отношенія матеріально-правовыя производятъ въ процессѣ *Streitgenossenschaft* ²⁾, и когда при установленіи соучастія не затрогивался вопросъ о цѣлесообразности, — основанія допущенія соучастія также не могли быть точно указаны, въ виду невѣрности самой теоріи; тѣмъ не менѣе здѣсь не было никакой надобности въ коррективѣ къ этимъ правиламъ (въ видѣ права суда раздѣлять иски, если впоследствии обнаружатся неудобства ихъ соединенія), потому что, при послѣдовательномъ проведеніи этой теоріи, ни изъ чего, въ дальнѣйшемъ теченіи процесса, не могла обнаружиться надобность въ раздѣленіи исковъ, такъ какъ вопросъ о цѣлесообразности допущенія соучастія не долженъ былъ затрогиваться, вопросъ же о правѣ истца на соединеніе исковъ долженъ былъ рѣшаться на основаніи того матеріально-правоваго отношенія, которое указано въ исковомъ прошеніи.

Если по этой теоріи допускалось право суда раздѣлять иски, то въ этомъ нужно видѣть, какъ мы говорили выше, непослѣдовательность со стороны законодателя и косвенное признаніе невѣрности самой теоріи. Но если законодательство становится прямо на другую изъ указанныхъ нами точекъ зрѣнія

¹⁾ См. выше стр. 38.

²⁾ Мы видѣли, что отъ этой точки зрѣнія не вполне отказалось и современное законодательство, но мы оставимъ здѣсь въ сторонѣ эту непослѣдовательность.

и при этомъ также опредѣляетъ основанія, по которымъ исключительно можетъ быть допускаемо соучастіе, то въ этомъ выражается его убѣжденіе, что при указанныхъ имъ условіяхъ (и при томъ только при этихъ) допущеніе соучастія должно быть вполнѣ цѣлесообразно и не повлечетъ за собою неудобствъ для производства дѣла. Это убѣжденіе покоится, очевидно, на томъ предположеніи, что возможно совершенно точное указаніе въ законѣ основаній для допущенія соучастія, такъ какъ только при этомъ условіи можетъ быть возложена на судъ обязанность допускать соучастіе лишь при существованіи основаній, указанныхъ въ законѣ. Если это вѣрно, то отсюда слѣдуетъ, что указаніе въ законѣ основаній, по которымъ судъ долженъ допускать соучастіе, несомнѣнимо съ правомъ суда раздѣлять по своему усмотрѣнію иски, которые были соединены на точномъ основаніи закона. Въ самомъ дѣлѣ, если законодатель призналъ, что при данныхъ условіяхъ, точно указанныхъ въ законѣ, будутъ достигаться извѣстныя цѣли, и что поэтому судъ обязанъ допустить установленіе соучастія, то онъ не можетъ признавать въ то же время, что при тѣхъ же условіяхъ указанные цѣли могутъ не быть достигнуты. Таковъ, по нашему мнѣнію, логическій выводъ, вытекающій изъ того, что въ законѣ указаны основанія допущенія соучастія. Но мы видимъ, однакоже, что общегерманскій уставъ держится инаго взгляда и признаетъ за судомъ безконтрольное право раздѣлять иски, если окажется, что соединеніе ихъ можетъ повести къ запутанности производства, или если вообще не можетъ быть, по какимъ либо основаніямъ, достигнута та цѣль, ради которой допускается соучастіе¹⁾.

Такимъ образомъ общегерманскій уставъ впадаетъ здѣсь въ противорѣчіе. Но между тѣми же правилами устава замѣчается, по нашему мнѣнію, еще противорѣчіе другого рода: указывая основанія для допущенія соучастія, законодатель предполагаетъ, какъ сказано выше, что онѣ точно обозначены въ законѣ, допуская же раздѣленіе исковъ, онъ тѣмъ самымъ признаетъ, что условіямъ для допущенія соучастія нельзя дать точнаго обозначенія.

И такъ, указаніе въ законѣ основаній для допущенія соучастія не только не даетъ суду твердаго правила для руко-

¹⁾ Seuffert, *ibid.* S. 55.

водства, но противорѣчитъ праву суда соединять и раздѣлять иски, праву, необходимость котораго точно установлена самими редакторами устава.

Изъ приведенныхъ соображеній, такимъ образомъ, видно, что на указанные въ законѣ основанія допущенія соучастія нельзя смотрѣть, какъ на ясно выраженные правила, которыя судъ обязанъ примѣнять, въ силу того, что этимъ путемъ должны достигаться тѣ цѣли, достиженію которыхъ должно служить соучастіе: они даютъ ему лишь основанія для сужденія о томъ, можетъ ли допущеніе соучастія при данныхъ условіяхъ оказаться, въ теченіе дальнѣйшаго производства, цѣлесообразнымъ и не затруднить ли оно разсмотрѣніе дѣла?

Съ этой точки зрѣнія, представляется, по нашему мнѣнію, совершенно излишнимъ указаніе въ законѣ условій для допущенія соучастія. Дѣйствительно, мы видимъ, что опредѣленія общегерманскаго устава, въ которыхъ указаны для этого основанія, ограничиваютъ въ этомъ отношеніи усмотрѣніе суда, въ сущности, не болѣе того, чѣмъ опредѣленія французскаго устава, который требуетъ для той же цѣли существованія *co-pexité*.

Если мы всмотримся ближе въ тѣ основанія для допущенія соучастія, которыя указываются нѣмецкими законодательскими актами, то убѣдимся, что они на самомъ дѣлѣ не могутъ быть опредѣлены, что видно изъ того, какимъ путемъ они вырабатывались. Мы можемъ раздѣлить ихъ на три категоріи: первоначально, какъ мы видели, это были тѣ матеріально-правовыя отношенія (именно: общность права и обязанности), послѣдствіемъ которыхъ, по предположенію теоріи, являлось соучастіе въ процессѣ. Когда выяснилось, что соучастіе въ процессѣ допускается ради достиженія извѣстныхъ цѣлей, то въ теоріи стали указываться основанія допущенія его, независимо отъ только что упомянутыхъ, причемъ они приравнивались къ возможности достиженія тѣхъ цѣлей, которыя должны были достигаться соучастіемъ ¹⁾. Наконецъ, представители третьей теоріи, придерживаясь того мнѣнія, что соучастіе допускается ради достиженія извѣстныхъ цѣлей, тѣмъ не менѣе, для допущенія его указываютъ тѣже основанія, по

¹⁾ Сюда мы относимъ теоріи: Ветцеля, Эндемана, Больгіано и отчасти Амелунксена (см. выше стр. 19—23 и 49).

которымъ оно допускалось представителями теоріи, по которой соучастіе является послѣдствіемъ матеріально-правовыхъ отношеній ¹⁾.

Законодательства держатся, относительно опредѣленія основаній, по которымъ допускается соучастіе, послѣдней изъ приведенныхъ теорій. Въ этомъ сказалась, по нашему мнѣнію, невозможность выработать теоретически условія, при которыхъ соучастіемъ достигались бы тѣ цѣли, достиженіе которыхъ имѣеть въ виду законъ.

Дѣйствительно, мы видимъ, что ни редакторы вюртембергскаго, ни общегерманскаго и другихъ уставовъ не дѣлають никакой попытки въ этомъ направленіи.

Редакторамъ уставовъ пришлось, такимъ образомъ, заимствовать эти основанія. Они воспользовались для этого указаніями судебной практики и допустили соучастіе въ тѣхъ случаяхъ, въ которыхъ послѣдняя считала это цѣлесообразнымъ. Судебная практика, въ свою очередь, заимствовала основанія для допущенія соучастія изъ прежней теоріи. Этимъ путемъ они перешли въ современное законодательство ²⁾. Но судебная практика допустила отступленіе отъ теоріи, выводы которой послужили для нея точкой отправленія, въ томъ отношеніи, что нашла возможнымъ допускать соучастіе и въ случаяхъ, въ которыхъ теоріею признавалось *Litisconsortium*, а именно, при однородности притязаній. Въ такомъ видѣ основанія допущенія соучастія, выработанныя судебной практикой, внесены въ уставы: вюртембергскій и общегерманскій ³⁾. Понятно, что если они не были достаточно точны для прежней теоріи, то не могли оказаться иными для той, которая проведена въ уставѣ.

Посмотримъ теперь, нужно ли указаніе ихъ для того, чтобы ограничить произволь тяжущихся въ установленіи соучастія?

Съ этою цѣлью указывается въ законѣ однородность притязаній, но мы видѣли, что это понятіе крайне неточно, что засвидѣтельствовано, какъ редакторами вюртембергскаго устава,

¹⁾ См. выше соображ. редакт. вюртемб. устава.

²⁾ См. выше стр. 26.

³⁾ Ibid.

такъ и редакторами общегерманскаго устава, а также комментаторами послѣдняго ¹⁾).

Мы видѣли также, что по этой причинѣ указаніе въ законѣ однородности притязаній, какъ крайняго предѣла для допущенія соучастія, сводится къ тому, что, въ сущности, соучастіе допускается общегерманскимъ уставомъ по усмотрѣнію суда, въ тѣхъ случаяхъ, когда послѣдній найдетъ это нужнымъ ²⁾. Такъ какъ для огражденія интереса публичнаго, по мнѣнію редакторовъ устава, важно было, именно, указать крайній предѣлъ для допущенія соучастія, и такъ какъ дать точное указаніе въ этомъ отношеніи оказалось невозможнымъ, то этимъ подтверждается еще разъ, что указаніе въ законѣ основаній допущенія соучастія нисколько не можетъ содѣйствовать огражденію публичнаго интереса.

Мы думаемъ, что именно въ данномъ случаѣ есть полное основаніе допустить усмотрѣніе суда для огражденія публичнаго интереса. Въ самомъ дѣлѣ, тѣ цѣли, ради которыхъ допускается соучастіе, не могутъ быть достигнуты въ томъ случаѣ, когда для суда встрѣтится затрудненіе въ совмѣстномъ разсмотрѣніи дѣлъ. Но эти препятствія не неизмѣнны и не неустранимы. Такъ, мы видѣли ³⁾, что соединеніе нѣсколькихъ процессовъ доставляетъ суду болѣе затрудненія при устномъ и менѣе при письменномъ порядкѣ производства. Но они могутъ быть преодолены судомъ, болѣе или менѣе, при всякомъ порядкѣ производства, благодаря большей или меньшей степени энергіи и знаній, которыя онъ приложитъ къ дѣлу. Однимъ словомъ, затрудненія, которыя встрѣчаетъ судъ при совмѣстномъ разсмотрѣніи дѣлъ, носятъ, такъ сказать, субъективный характеръ. Такая же мысль проглядываетъ въ соображеніяхъ редакторовъ общегерманскаго устава. Это видно изъ того, что во время разсмотрѣнія проекта, было предложено, ради устраненія затрудненій, происходящихъ отъ соединенія исковъ, дать суду право, для лучшаго выясненія дѣла, приготовить его къ слушанію, поручая предварительное разсмотрѣніе его одному изъ своихъ членовъ ⁴⁾. Предложеніе это

¹⁾ См. выше стр. 26 и 31—35.

²⁾ Тамъ же стр. 35.

³⁾ См. выше теорію Эндемана, стр. 22.

⁴⁾ Endemann, Deutsche Civilprozess, B. I. S. 481.

не было принято только потому, что не согласовалось съ принципомъ устности производства, который широко проведенъ въ уставѣ. Эта мѣра была поэтому замѣнена предоставленіемъ суду широкаго простора въ раздѣленіи исковъ; но по существу она не представлялась непримѣнимою.

При такомъ характерѣ указаннаго затрудненія, вполнѣ естественно, по нашему мнѣнію, предоставить допущеніе соучастія усмотрѣнію суда, такъ какъ ему самому ближе всего судить о томъ, насколько для него должно оказаться затруднительнымъ совмѣстное разсмотрѣніе нѣсколькихъ дѣлъ. Такая система должна тѣмъ болѣе считаться правильною, что въ законѣ, какъ мы видѣли, не можетъ быть дано точнаго указанія того предѣла, за которымъ допущеніе соучастія должно принести не пользу, а вредъ для отправленія правосудія. Замѣтимъ, наконецъ, что разсмотрѣніе дѣла при соучастіи затрудняется, собственно, не соединеніемъ лицъ, а соединеніемъ нѣсколькихъ притязаній (соединеніе нѣсколькихъ лицъ увеличиваетъ это затрудненіе въ весьма незначительной мѣрѣ), а мы видѣли, что объективное соединеніе исковъ допускается общегерманскимъ уставомъ и въ томъ случаѣ, если иски вытекаютъ изъ различныхъ основаній¹⁾. Это правило, по нашему мнѣнію, могло бы быть распространено и на субъективное соединеніе исковъ. Тотъ излишекъ затрудненія, который представляетъ для разсмотрѣнія дѣла субъективное соединеніе исковъ, сравнительно съ объективнымъ, не долженъ былъ бы препятствовать этому, такъ какъ, съ одной стороны, судъ имѣетъ возможность, какъ мы видѣли, преодолѣть затрудненіе, а съ другой,—имѣетъ полную возможность раздѣлить иски, если затрудненіе окажется выше его силъ.

Такимъ образомъ, для устраненія произвола со стороны частныхъ лицъ по установленію соучастія (чего желали достигнуть нѣмецкія законодательства)²⁾, нѣтъ надобности указывать въ законѣ основанія допущенія соучастія: интересъ публичный въ этомъ отношеніи можетъ быть вполнѣ огражденъ, если допущеніе соучастія будетъ поставлено въ зависимость отъ усмотрѣнія суда.

¹⁾ См. выше стр. 36.

²⁾ См. выше стр. 26.

Посмотримъ, есть ли надобность въ указаніи основаній для допущенія соучастія ради огражденія интересовъ тяжущихся? Замѣтимъ, что здѣсь не можетъ быть рѣчи объ огражденіи ихъ интересовъ противъ произвола со стороны суда. Такая мысль дѣйствительно проглядывала въ нѣкоторыхъ нѣмецкихъ теоріяхъ и законодательствахъ, которыя, соотвѣтственно этому, лишали судъ права раздѣлять иски, соединенные при соблюденіи извѣстныхъ условій¹⁾; но она чужда редакторамъ общегерманскаго устава. Это видно изъ того, что они предоставили суду обширное право по раздѣленію и соединенію исковъ. Мы становимся въ этомъ отношеніи на сторону редакторовъ общегерманскаго устава. Въ оправданіе этого сошлемся, относительно раздѣленія исковъ, на тѣ соображенія, которыя были высказаны нами по этому поводу выше²⁾; что же касается права суда соединять иски, то замѣтимъ, что мы находимъ вполне правильнымъ то соображеніе редакторовъ устава, которое побудило ихъ признать за судомъ такое право³⁾: мы видѣли, что по тому же соображенію допускаютъ соединеніе судомъ исковъ и французскіе юристы.

Такимъ образомъ, мы будемъ имѣть въ виду въ дальнѣйшемъ изложеніи огражденіе интересовъ каждаго изъ тяжущихся отъ нарушенія ихъ его противникомъ.

По мысли редакторовъ устава, какъ это выяснено комментаторами его, такое значеніе, отчасти, и должно имѣть указаніе въ законѣ условій для субъективнаго соединенія исковъ.

Этимъ путемъ, по ихъ мнѣнію, истцу дается возможность ограждать тѣ интересы, которые связаны съ установленіемъ соучастія, такъ какъ отвѣтчикъ, тѣмъ самымъ, ставится въ необходимость допустить соучастіе, если оно установлено при тѣхъ условіяхъ, которыя указаны для того въ законѣ. Такія послѣдствія наступаютъ въ томъ случаѣ, когда иски соединяются при условіяхъ, указанныхъ въ 56 и 57 ст. устава⁴⁾. Тѣми же статьями должны ограждаться, по предположенію редакторовъ устава, интересы отвѣтчика, въ томъ отношеніи,

¹⁾ См. выше стр. 41.

²⁾ См. стр. 208.

³⁾ См. выше стр. 39.

⁴⁾ Endemann, Deutsche Civilprozess. B. I. S. 326.

что онъ можетъ воспрепятствовать соединенію исковъ внѣ указанныхъ въ нихъ условій.

По нашему мнѣнію, правила указанныхъ статей не могутъ имѣть того значенія, какое придаютъ имъ редакторы устава. Замѣтимъ прежде всего, что значеніе ихъ совершенно теряется въ виду права суда соединять и раздѣлять иски. Въ самомъ дѣлѣ, если истецъ соединяетъ иски при условіяхъ, указанныхъ въ этихъ ст. устава, а отвѣтчикъ будетъ возражать противъ этого, то судъ можетъ оставить иски соединенными не потому, что истецъ пользуется, въ данномъ случаѣ, своимъ правомъ, а потому, что по убѣжденію суда соединеніе исковъ представляется полезнымъ. Такимъ образомъ, интересы тяжущихся въ указанномъ отношеніи ограждаются, въ сущности, не правиломъ этихъ ст. устава, а судомъ въ той мѣрѣ, въ какой онъ находитъ это согласнымъ съ публичнымъ интересомъ. Полной возможности для усмотрѣнія суда въ данномъ случаѣ не препятствуетъ и правило 56 ст. устава. Это видно изъ слѣдующаго: предѣлъ для соединенія исковъ указанъ во 2-й части этой статьи; но предусмотрѣнное ею основаніе для установленія соучастія можетъ быть понимаемо весьма широко, а потому, въ виду неточности понятія объ однородности притязаній, не можетъ быть съ достаточной ясностью отграничено отъ послѣдняго. Наконецъ, допущеніе усмотрѣнія суда въ данномъ случаѣ, на нашъ взглядъ, совершенно естественно въ виду того, что между интересами истца и отвѣтчика въ дѣлѣ допущенія соучастія нѣтъ полной противоположности: во многомъ ихъ интересы сходятся. Такъ, оба они заинтересованы одинаково въ томъ, чтобы предупреждалось постановленіе противорѣчащихъ одно другому рѣшеній и чтобы уменьшались издержки производства. Этимъ и объясняется то, что французское право допускаетъ предъявленіе отвѣтчикомъ отвода, съ цѣлью добиться соединенія исковъ, предъявленныхъ отдѣльно. Законъ предполагаетъ, очевидно, что отвѣтчикъ во многихъ случаяхъ не только не будетъ противиться установленію соучастія, но на оборотъ—будетъ добиваться этого. Тоже заключеніе можетъ быть выведено и изъ правилъ общегерманскаго устава, который допускаетъ просьбу отвѣтчиковъ о соединеніи исковъ, предъявленныхъ отдѣльно¹⁾. Если мы добавимъ къ

²⁾ См. выше стр. 40.

этому, что допущеніе соучастія должно быть согласовано съ интересомъ публичнымъ и даже, такъ сказать, съ силами даннаго суда, то для насъ будетъ ясно, что вопросъ о возможности допустить соучастіе въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ долженъ разрѣшаться не на основаніи заранѣе установленной нормы закона, а судомъ—по соображенію обстоятельствъ каждаго даннаго дѣла. Это тѣмъ болѣе вѣрно, что законъ, какъ мы видѣли, даже не можетъ дать въ этомъ отношеніи точнаго правила.

Послѣдствія соучастія. Единство процесса. *Indivisibilité de l'instance.*

Въ основѣ опредѣленій французскаго права о соучастіи положенъ принципъ *indivisibilité de l'instance*. Редакторы общегерманскаго устава, какъ мы видѣли, нашли невозможнымъ принять его, вслѣдствіе чего и получилось различіе во многихъ правилахъ о соучастіи нѣмецкаго права сравнительно съ французскимъ.

Ученіе объ *indivisibilité de l'instance* заключаетъ въ себѣ много неяснаго и не чуждо противорѣчій, что, думаемъ мы, въ значительной мѣрѣ происходитъ оттого, что не выяснена его сущность.

Мы постараемся по возможности устранить встрѣчающіяся въ этомъ отношеніи неясности, имѣя главнымъ образомъ въ виду выяснить, чѣмъ дается положеніе соучастниковъ въ процессѣ?

Соединеніе нѣсколькихъ лицъ на сторонѣ истца или отвѣтника допускается, какъ мы видѣли, ради достиженія извѣстныхъ цѣлей, достиженіе которыхъ государство считаетъ необходимымъ. По одного соединенія нѣсколькихъ лицъ (а слѣдовательно и ихъ притязаній) было бы для этого недостаточно. Нужно, чтобы оно продолжалось въ теченіе процесса, а для этого, въ свою очередь, нужна извѣстная сила, которая объединила бы дѣятельность суда и соучастниковъ, связала бы ихъ въ одно цѣлое. Французскіе юристы не объясняютъ того, что это за сила, тѣмъ не менѣе они подмѣтили ея существованіе ¹⁾. Послѣдствія ея примѣненія (т. е. объединеніе въ одно цѣлое

¹⁾ См. выше разсужденія Родьера стр. 77.

всѣхъ процессуальныхъ дѣйствій) они и обозначаютъ терминомъ *indivisibilité de l'instance*. Этотъ терминъ употребляется ими, впрочемъ, въ двоякомъ смыслѣ: съ одной стороны имъ обозначается то, что всѣ процессуальныя дѣйствія, совершенныя въ теченіе процесса, составляютъ одно цѣлое (ни одно изъ нихъ не можетъ быть выдѣлено изъ ихъ совокупности), такъ что если процессъ будетъ погашенъ, то ни одно изъ нихъ не можетъ остаться дѣйствительнымъ ¹⁾; съ другой стороны, — что при соучастіи всѣ процессуальныя дѣйствія также составляютъ одно цѣлое, такъ что если дѣло будетъ признано неправильно начатымъ по отношенію къ одному изъ соучастниковъ, оно будетъ признано таковымъ и по отношенію къ остальнымъ ²⁾. Недѣлимость процесса, по ученію французскихъ юристовъ, не зависитъ отъ его предмета ³⁾, а связана съ самой природой его ⁴⁾ и является, какъ въ томъ случаѣ, когда соучастіе установлено вслѣдствіе совместнаго возбужденія дѣлъ, такъ и въ томъ, когда оно явилось вслѣдствіе соединенія нѣсколькихъ дѣлъ судомъ ⁵⁾.

Истецъ, предъявившій искъ къ нѣсколькимъ отвѣтчикамъ, не можетъ раздѣлить дѣла противъ желанія послѣднихъ ⁶⁾. Они совершенно не могутъ быть раздѣлены сторонами, если судъ находитъ нужнымъ ихъ соединеніе ⁷⁾.

Для дѣятельности сторонъ принципъ *indivisibilité de l'instance* имѣетъ то значеніе, что для полученія извѣстныхъ послѣдствій нѣтъ надобности въ представленіи просьбы всѣми соучастниками: благодаря этому принципу, такое же послѣдствіе имѣетъ просьба, предъявленная однимъ изъ нихъ. Обратное, въ нѣкоторыхъ случаяхъ дѣятельность соучастника теряетъ

¹⁾ Art 401. Cp. Fremenville *ibid.* № 1038, p. 463 S; Dalloz, *Jurispr. générale*, t. 35 p. 594, № 303.

²⁾ См. выше стр. 77.

³⁾ См. выше стр. 77 (Родьеръ) стр. 206 (Фремениль).

⁴⁾ Dalloz *ibid.* № 338.

⁵⁾ Dalloz, *ibid.* № 341: «la jonction de deux instances ordonnées par le juge a pour resultat de rendre ces instances indivisibles».

⁶⁾ Rodière, *Solidarité* p. 384.

⁷⁾ Dalloz *ibid.* № 341.

для него самого всякое значеніе, если она может вести за собою раздѣленіе процесса.

Таково въ общихъ чертахъ ученіе французскихъ юристовъ о свойствахъ *indivisibilité de l'instance*. Но мы говорили уже, что въ мнѣніяхъ юристовъ по этому поводу встрѣчаются разнорѣчія. Последнее въ особенности замѣтно по вопросамъ о примѣненіи этого принципа, что въ свою очередь отражается и на ученіи о возможности его допущенія. Относительно этого можно подмѣтить во французской литературѣ два различныхъ мнѣнія ¹⁾: нѣкоторые юристы, находя невозможнымъ примѣненіе указаннаго принципа въ тѣхъ или другихъ случаяхъ, отрицаютъ совершенно недѣлимость процесса, другіе ограничиваютъ его примѣненіе. Первое мнѣніе, представители котораго не многочисленны, основывается на томъ положеніи, что сущность недѣлимости вообще состоитъ въ томъ, что вещь не можетъ подвергнуться раздѣленію безъ потери условій своего существованія. Встрѣчаясь съ возможностью раздѣленія процесса, послѣдователи этого мнѣнія, естественно, отказываются признать его недѣлимымъ ²⁾. Другіе юристы, хотя и допускаютъ возможность раздѣленія процесса, тѣмъ не менѣе признаютъ недѣлимость его въ принципѣ.

Прежде чѣмъ приступить къ выясненію причины, вызвавшей появленіе различныхъ мнѣній въ ученіи о соучастіи, замѣтимъ, что французскіе юристы обозначаютъ терминомъ *instance* не только процессъ, какъ цѣлое, но и каждое отдѣльное процессуальное дѣйствіе и вызываемое имъ производство, напр. врученіе повѣстки, подачу жалобы и т. д. Эти дѣйствія, или упущенія могутъ вести за собою раздѣленіе всего процесса. Соответственно этому юристы, признающіе *indivisibilité de l'instance*, придаютъ свойство недѣлимости тому или другому изъ этихъ дѣйствій во всѣхъ случаяхъ, когда нужно достигнуть, чтобы процессъ, какъ цѣлое, продолжалъ вестись по отношенію ко всѣмъ соучастникамъ. Средствомъ для этого служитъ признаніе за такимъ дѣйствіемъ значенія не только для того лица, которое его совершило, но и для всѣхъ его соуча-

¹⁾ Fremenville *ibid.* t. 2. p. 462.

²⁾ Bourbeau, *Theorie de procédure*, t. I. p. 653 *suiv.* Отчасти Fremenville *ibid.*

стниковъ, а также, какъ мы видѣли, отнятіе у этого дѣйствія всякаго значенія даже по отношенію къ лицу, совершившему его. Въ этомъ французскіе юристы видятъ недѣлимость ихъ.

Разнорѣчіе въ мнѣніяхъ французскихъ юристовъ объясняется, на нашъ взглядъ, тѣмъ, что терминъ *indivisibilité de l'instance* принимается ими для обозначенія двухъ различныхъ явленій, при чемъ не обозначаетъ точно ни одного изъ нихъ. Когда французскіе юристы говорятъ о недѣлимости процесса, какъ совокупности всѣхъ процессуальныхъ дѣйствій, то, по нашему мнѣнію, они имѣютъ въ виду единство, цѣльность процесса, а когда они говорятъ о недѣлимости отдѣльных процессуальныхъ дѣйствій, то имѣютъ въ виду, именно, распространеніе силы тѣхъ или другихъ дѣйствій или отнятіе у послѣднихъ ихъ значенія.

Если мы откажемся отъ употребленія термина *indivisibilité de l'instance*, то для насъ будетъ ясна ошибка въ разсужденіяхъ представителей того и другаго мнѣнія.

Единство процесса при существованіи нѣсколькихъ соучастниковъ нисколько не исключаетъ возможности раздѣленія его на отдѣльные процессы. Это мы видимъ, прежде всего, изъ того, что процессъ можетъ быть раздѣленъ судомъ. Далѣе, каждый соучастникъ можетъ, какъ дѣйствующій отдѣльно отъ другихъ, выйти изъ процесса (а слѣдовательно перестать быть соучастникомъ) точно также, какъ онъ можетъ это сдѣлать, состоя одинъ стороною въ процессѣ.

Такимъ образомъ, пока процессъ ведется при участіи всѣхъ соучастниковъ, пока не наступили, слѣдовательно, обстоятельства, влекуція за собою его раздѣленіе, онъ является единымъ, несмотря на участіе въ немъ на одной или на обѣихъ сторонахъ нѣсколькихъ лицъ.

Съ этой точки зрѣнія выясняется, такимъ образомъ, не правильность мнѣнія, отвергающаго недѣлимость (т. е. по нашему единство) процесса на томъ основаніи, что въ нѣкоторыхъ случаяхъ онъ можетъ быть раздѣленъ на нѣсколько процессовъ.

Когда французскіе юристы употребляютъ терминъ *indivisibilité de l'instance* во второмъ изъ указанныхъ случаевъ, то, какъ сказано выше, они имѣютъ въ виду распространеніе силы того или другаго дѣйствія, или отнятіе у послѣдняго его силы. Это примѣняется тамъ, гдѣ иначе могло бы послѣдовать раз-

дѣленіе процесса, какъ цѣлое, а съ тѣмъ вмѣстѣ противорѣчіе рѣшеній, исключающее возможность одновременнаго приведенія ихъ въ исполненіе ¹⁾.

Послѣдователи этого мнѣнія, такимъ образомъ, въ однихъ случаяхъ признають недѣлимость этихъ отдѣльныхъ производствъ, въ другихъ нѣтъ. Такая теорія ведетъ къ признанію въ тѣхъ же случаяхъ недѣлимости, или дѣлимости процесса, какъ цѣлое, и къ ней можетъ быть примѣнено поэтому то возраженіе, которое, какъ мы видѣли, дѣлается нѣкоторыми юристами противъ недѣлимости процесса вообще. Мы не можемъ поэтому оставить терминъ *indivisibilité* и для обозначенія этого явленія, тѣмъ болѣе, что онъ не соответствуетъ послѣднему: изъ приведенныхъ нами объясненій французскихъ юристовъ, мы имѣемъ право заключить, что указанное распространеніе силы дѣйствій и отнятіе ея, не есть свойство ихъ, свойство, изъ котораго бы это необходимо вытекало, а есть мѣра, примѣняемая правомъ ради достиженія известной цѣли, а слѣдовательно, при известныхъ условіяхъ. Отсюда видно, что разсматриваемыя дѣйствія при однихъ условіяхъ должны имѣть указанныя послѣдствія, при другихъ—нѣтъ ²⁾.

Такимъ образомъ, мы видимъ, что подь *indivisibilité de l'instance* нужно понимать собственно, единство процесса при нѣсколькихъ соучастникахъ. Оно не исключаетъ возможности раздѣленія процесса, при чемъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ, въ которыхъ является опасность постановленія противоположныхъ рѣшеній, употребляются французскимъ правомъ мѣры, на которыя мы указали.

Въ чемъ же состоитъ единство процесса, при участіи въ немъ на той или другой сторонѣ нѣсколькихъ лицъ, какъ соучастниковъ?

Съ нашей точки зрѣнія отвѣтъ на этотъ вопросъ долженъ быть данъ слѣдующій: мы видѣли, что силою соединяющую процессъ, какъ совокупность ряда дѣйствій, является воля суда.

¹⁾ См. Fremenville t. I. p. 558. «La regle est que le principe de l'indivisibilité avec toutes ses consequences existe toutes les fois qu'en supposant deux jugements contraires entre eux sur quelques points, il y aurait impossibilité absolue de les mettre simultanément à exécution».

²⁾ Ср. Hachenburg, *ibid.* S. 2 ff.

Это справедливо, по нашему мнѣнію, какъ при томъ предположеніи, что прошеніемъ возбуждается непосредственно воля суда и властеотношеніе, такъ и при томъ, что властеотношеніе возникаетъ до провѣрки судомъ условій его возникновенія, такъ какъ и въ этомъ случаѣ всѣ дѣйствія, предшествующія провѣркѣ, рассчитаны на то, чтобы судъ призналъ впоследствии наличность условій возникновенія властеотношенія, а также, чтобы призналъ эти дѣйствія соответствующими той цѣли, которая указана ему закономъ, и на достиженіе которой, слѣдовательно, направлена его воля. Воля суда, по нашему мнѣнію, даетъ единство процессу и при участіи въ немъ нѣсколькихъ лицъ на сторонѣ истца и отвѣтчика, такъ какъ при соучастіи воля суда направлена именно на то, чтобы дѣятельность его сохраняла единство по отношенію ко всѣмъ соучастникамъ. Объяснимся подробнѣе.

Мы видѣли, что въ процессѣ можно подмѣтить внутреннюю и вѣшнюю стороны его. При соучастіи является соединеніе исковыхъ притязаній, какъ предметовъ разсмотрѣнія суда, а слѣдовательно и соединеніе процессовъ съ внутренней стороны. При этомъ, притязанія каждаго отдѣльнаго соучастника остаются отдѣльными, каковы бы ни были между ними материально-правовыя отношенія. Вслѣдствіе этого судъ не можетъ, такъ сказать, слить ихъ въ одно притязаніе и разсматривать его какъ нераздѣльное притязаніе всѣхъ соучастниковъ. Отсюда видно, что установленіе соучастія не влечетъ за собою никакого измѣненія въ материально-правовыхъ отношеніяхъ соучастниковъ. Такимъ образомъ, хотя судъ смотритъ на соединенныя притязанія, какъ на одно цѣлое, какъ на одно дѣло, но лишь съ известной стороны, соответственно той цѣли, ради которой устанавливается соучастіе, именно: онъ разсматриваетъ ихъ въ связи одно съ другимъ, чтобы избѣжать постановленія противорѣчащихъ одно другому рѣшеній, или облегчить себѣ трудъ по разсмотрѣнію дѣла. Вслѣдствіе этого, все то, что выяснено имъ по отношенію къ одному притязанію, принимается имъ въ соображеніе при разсмотрѣніи другихъ. Съ этимъ не должно, однакоже, смѣшивать вопроса о томъ, какъ долженъ судъ по закону относиться къ доказательствамъ, представляемымъ сторонами (т. е. пользуется ли онъ свободной оцѣнкой ихъ, или стѣсненъ въ этомъ): большая или меньшая свобода въ

оцѣнкѣ доказательствъ нисколько не измѣняетъ его отношенія ко всѣмъ притязаніямъ, какъ къ цѣлому ¹⁾).

Мы видѣли также, что процессъ съ матеріальной стороны проявляется во внѣшнихъ дѣйствіяхъ, облакаемыхъ въ извѣстныя формы, а также требуетъ внѣшнихъ дѣйствій для своего возникновенія и т. д. Соответственно этому судъ разсматриваетъ соучастниковъ не какъ отдѣльныя лица, а какъ одну сторону процесса, такъ какъ только при этомъ условіи дѣятельность суда и, слѣдовательно, процессъ сохранить единство, а на это и направлена его воля.

Такимъ образомъ, при соучастіи властеотношеніе возникаетъ не между каждымъ соучастникомъ и судомъ, а между нимъ и всѣми соучастниками, составляющими одну сторону. Этимъ объясняется, какъ мы видѣли то, что по французскому праву процессъ считается возникающимъ и прекращающимся разомъ по отношенію ко всѣмъ соучастникамъ. Но отсюда нельзя выводить того заключенія, что соучастники являются въ процессѣ юридическимъ лицомъ или товарищами, обязанными дѣйствовать совмѣстно: каждый изъ нихъ, сохраняя распоряженіе матеріально правовыми притязаніями, можетъ охранять въ процессѣ и свои процессуальные интересы ²⁾).

Вслѣдствіе этого, каждый изъ соучастниковъ можетъ дѣйствовать отдѣльно, но значеніе его дѣятельности, какъ побудительной причины для дѣятельности суда, соответствуетъ той цѣли, ради достиженія которой устанавливается соучастіе, именно: по скольку это нужно для совмѣстнаго разсмотрѣнія всѣхъ дѣлъ, дѣятельность отдѣльнаго соучастника возбуждаетъ дѣятельность суда по отношенію ко всѣмъ соучастникамъ. По той же причинѣ, обратно, если дѣятельность суда возбуждена противникомъ соучастниковъ, то она возбуждается противъ нихъ всѣхъ. Этимъ и объясняется то, что, по выраженію Родера, дѣйствія, направленные истцемъ противъ одного изъ соотвѣтчиковъ, распространяются тотчасъ на нихъ всѣхъ.

Съ другой стороны, судъ, разсматривая соучастниковъ какъ одну сторону, долженъ имъ доставить возможность для совмѣстной дѣятельности. Этимъ объясняется то, что по фран-

¹⁾ Ср. выше теоріи Мартина (стр. 48) и Амелунксена (стр. 69).

²⁾ См. Rodière, Solidarité p. 333 s.

цузскому праву, если нѣсколько лицъ вызваны по одному и тому же предмету, то ни одинъ изъ нихъ не можетъ быть признанъ неявившимся до истечения самаго продолжительнаго срока, назначеннаго тому, или другому изъ нихъ ¹⁾.

Отсюда видно, что французское право признаетъ единство процесса, не ставя послѣдняго въ зависимость отъ свойствъ материально-правовыхъ отношеній. Оно должно быть объясняемо поэтому съ точки зрѣнія единства воли суда, единства его дѣятельности по отношенію ко всѣмъ соучастникамъ. Эта же точка зрѣнія даетъ основаніе для слѣдующихъ выводовъ относительно положенія соучастниковъ въ процессѣ: у нихъ нѣтъ правъ и обязанностей по отношенію другъ къ другу; между ними нѣтъ, слѣдовательно, никакого отношенія. Соучастіе не оказываетъ никакого вліянія на ихъ материально-правовые интересы. Что касается ихъ процессуальнаго положенія, то какъ мы видѣли, они могутъ дѣйствовать отдѣльно и отдѣльно защищать свои интересы. Но при соучастіи ихъ положеніе измѣняется (по сравненію съ тѣмъ, какимъ бы оно было безъ соучастія) въ томъ, что побудительной причиной для дѣятельности суда, по отношенію къ нимъ является не только ихъ дѣятельность, но и дѣятельность соучастниковъ. Это положеніе ихъ не зависитъ однакоже, отъ характера материально-правовыхъ отношеній и, какъ происходящее отъ одной причины, всегда одинаково. Въ тѣхъ случаяхъ, когда свобода дѣятельности сторонъ можетъ вести къ выходу того или другаго соучастника изъ процесса, то съ цѣлью удержать соединеніе послѣднихъ, принимаются правомъ извѣстныя мѣры, но они направлены на удержаніе соучастія, а не на измѣненіе положенія соучастниковъ въ процессѣ.

Такимъ образомъ, мы видимъ, что во французскомъ правѣ нѣтъ раздѣленія соучастія на настоящее, ненастоящее, модифицированное, а также на материальное и формальное. Справедливость этого видна еще изъ слѣдующаго: французское право, какъ мы видѣли знаетъ adcitatio (intervention forcée, mise en cause) Но и эта мѣра вызывается тѣми же потребностями, какія мы выяснили для соучастія вообще, и уста-

¹⁾ С. Pr. art. 152. См. Rodière ibid. p. 383.

новленіе послѣдняго этимъ путемъ не влечетъ за собою никакого измѣненія въ его свойствахъ ¹⁾).

Обращаясь къ нѣмецкому праву, мы находимъ, что редакторы общегерманскаго устава, отказавшись принять принципъ *indivisibilité de l'instance*, въ сущности, отказались въ принципѣ отъ признанія единства процесса при соучастіи.

Мы объясняемъ это слѣдующимъ образомъ: та теорія, которую нѣмецкіе юристы называютъ старою (до Линде и въ особенности Планка), сознавала необходимость представлять процессъ при нѣсколькихъ соучастникахъ, какъ одно дѣло. Отсюда возникло представленіе о соучастникахъ, какъ о юридическомъ лицѣ или какъ о товарищахъ, ведущихъ общее дѣло. Причиной, вызывающей это единство, и вмѣстѣ съ тѣмъ *Streitgenossenschaft*, какъ особое отношеніе, они считали тѣ отношенія матеріально-правовыя, которыя существовали между сторонами до возникновенія процесса. Когда Планкъ отвергъ за ними такое значеніе, то долженъ былъ вмѣстѣ съ тѣмъ отвергнуть и единство процесса при соучастіи, такъ какъ въ его теоріи совершенно отсутствуетъ какая либо сила, которой можно было бы объяснить это единство. Онъ признаетъ поэтому, что процессы соучастниковъ соединены лишь формально. Этотъ юристъ допускаетъ, впрочемъ, возможность установленія товарищества между соучастниками (и въ этомъ смыслѣ единства процесса), но для этого, по его мнѣнію, нужно соглашеніе сторонъ о совмѣстномъ веденіи послѣдняго. Необходимость этого онъ объясняетъ тѣмъ, что дѣла соучастниковъ различны, такъ что каждый изъ нихъ защищаетъ въ процессѣ свои дѣла, а не дѣла своего соучастника, а потому, чтобы между ними установилось товарищество, необходимо, думаетъ онъ, чтобы у нихъ явилась одна дѣль, а это и достигается соглашеніемъ относительно оказанія другъ другу помощи при веденіи дѣла ²⁾). Мы не можемъ признать это мнѣніе Планка правильнымъ.

Онъ не принялъ въ соображеніе публичнаго интереса и дѣли суда, по отношенію къ которымъ соглашеніе сторонъ не имѣ-

¹⁾ Bonnier, *Elément d'organisation judiciaire et de procédure civile*, t. 2. p. 319 s. Мы рассмотримъ этотъ институтъ подробно при разсмотрѣніи соучастія по русскому праву.

²⁾ См. выше стр. 17.

еть значенія, а также интереса и цѣли противной стороны. Дѣйствительно, мы видѣли, что единство процесса при соучастіи дается волею суда (направленною на достиженіе цѣлей, указанныхъ закономъ), а потому соглашеніе сторонъ не можетъ имѣть въ этомъ отношеніи рѣшающаго значенія: оно не обязательно для суда. Кромѣ того, дѣятельность тяжущагося направлена на возбужденіе дѣятельности суда и лишь этимъ путемъ оказываетъ вліяніе на другихъ тяжущихся, а отсюда видно, что соглашеніе лицъ, стоящихъ на одной сторонѣ, относительно совмѣстнаго веденія процесса, не обязательно для для противной стороны.

Редакторы общегерманскаго устава приняли теорію Плана о формальномъ соединеніи исковъ при соучастіи. Отступленіе отъ этого общаго принципа они допускаютъ для матеріальнаго соучастія. Они сознавали, такимъ образомъ, необходимость допустить для извѣстныхъ случаевъ единство процесса. Это подтверждается заимствованіемъ изъ французскаго устава правила 153 ст., а также тѣми особыми послѣдствіями, которыя связываются ими съ установленіемъ модифицированнаго соучастія. Но такъ какъ они въ принципѣ отвергли единство процесса, то не могли смотрѣть на относящіяся сюда правила, какъ на слѣдствіе единства его, а потому имъ пришлось, при составленіи ихъ, держаться старой теоріи, допускающей, что послѣдствія соучастія производятся матеріально-правовыми отношеніями¹⁾.

Съ этою теоріею, проведенною въ уставѣ его редакторами, мы не можемъ согласиться. Мы видѣли, что характеръ отношеній матеріально-правовыхъ не отражается на характерѣ процесса²⁾. Этимъ и объясняется, по нашему мнѣнію, невозможность точно установить тѣ основанія, по которымъ соучастіе должно имѣть въ процессѣ извѣстныя послѣдствія. Дѣйствительно, мы видимъ, что они на самомъ дѣлѣ весьма неточно указаны въ законѣ, тогда какъ точность здѣсь была бы необходима въ виду различія процессуальныхъ послѣдствій, которыя судъ долженъ *ex officio* связывать съ соучастіемъ матеріальнымъ и формальнымъ.

¹⁾ Ср. Nachenburg, *ibid.* S. 79.

²⁾ См. выше стр. 201 сл.

Мы согласны съ Канштейном¹⁾, что съ точки зрѣнія редакторовъ общегерманскаго устава нельзя получить отвѣта на вопросъ, почему извѣстныя послѣдствія должны наступить при тѣхъ отношеніяхъ, которыя указаны для матеріальнаго соучастія, а не при тѣхъ, которыя указаны вообще для настоящаго соучастія? Но мы идемъ далѣе этого юриста и утверждаемъ, что разъ редакторы устава признали, что соучастіе допускается ради достиженія извѣстныхъ выгодъ и между прочимъ, чтобы предупредить постановленіе противорѣчащихъ одно другому рѣшеній, то они должны были бы допустить одни и тѣже послѣдствія для соучастія вообще, не различая оснований, по которымъ оно допускается. Они имѣли въ этомъ случаѣ полное основаніе руководствоваться воззрѣніями французскихъ юристовъ, тѣмъ болѣе что они примѣнили съ этою цѣлью мѣру, заимствованную изъ французскаго права²⁾; при этомъ условіи они не впали бы въ то противорѣчіе, на которое мы указали выше.

Замѣтимъ, что австрійскому праву также не чужда мысль о единствѣ процесса³⁾. Оно достигается тѣмъ, что всѣ дѣйствія соучастниковъ облакаются въ одну форму и совершаются совмѣстно⁴⁾. Получаемые этимъ путемъ результаты сходны съ результатами, достигаемыми проведеніемъ принципа *indivisibilité de l'instance*, такъ, напр. при неявкѣ нѣкоторыхъ изъ соучастниковъ постановляется противъ всѣхъ соучастниковъ одно рѣшеніе-состязательное. Мы думаемъ, что единство процесса здѣсь создается, такъ сказать, искусственно⁵⁾. Существованіе процесса (французскаго), въ которомъ признается единство при отдѣльности процессуальныхъ дѣйствій, ясно указы-

¹⁾ Streitgenossenschaft.

²⁾ Относительно постановленія состязательнаго рѣшенія при неявкѣ нѣкоторыхъ соучастниковъ см. выше стр. 75 сл.

³⁾ Menger, Zeitschr. f. Pr. u. Oeff. R. B. 9. H. 4. S. 683. «Die Wirkung der Streitgenossenschaft lässt sich principiell so bestimmen, dass die Streitverhandlung über die... geltend gemachten Ansprüche formell eine einheitliche ist».

⁴⁾ Всѣ заявленія излагаются въ одной бумагѣ; судъ постановляетъ одно рѣшеніе; черезъ одно лице вручаются повѣстки и т. д. Менгеръ видитъ въ этомъ проявленіе единства процесса.

⁵⁾ Съ этимъ сходно назначеніе общаго повѣреннаго, которое требовалось, какъ мы видѣли, нѣкоторыми теоріями общегерманскаго права и нѣкоторыми законодательствами.

ваетъ, по нашему мнѣнію, на то, что такое соединеніе процессуальныхъ дѣйствій не необходимо и что причина единства процесса лежитъ внѣ его.

Мы видимъ, такимъ образомъ, что если законъ признаетъ единство процесса при соучастіи, то это ведетъ за собою весьма важныя практическія послѣдствія: этимъ путемъ устраняется надобность искусственно объединять процессъ, когда сознается потребность въ этомъ, и дается возможность ввести правильный, согласный съ природою процесса способъ достиженія тѣхъ важныхъ цѣлей, ради которыхъ допускается соучастіе.

Послѣдователи Бюлова, стоя на точкѣ зрѣнія общегерманскаго устава и, вообще, нѣмецкаго права, отвергаютъ единство процесса — отношенія при соучастіи. Для нихъ, такимъ образомъ, процессъ каждаго соучастника составляетъ отдѣльное отношеніе—процессъ¹⁾. Мы думаемъ, что къ иному заключенію они и не могли придти. Въ самомъ дѣлѣ, такъ какъ между соучастниками нѣтъ отношенія, то Бюлову, съ его точки зрѣнія, необходимо представлять соучастіе, какъ рядъ отношеній, стоящихъ одно возлѣ другаго, а при этомъ условіи не можетъ быть выяснено и то, чѣмъ они связываются между собою. Съ этой точки зрѣнія не можетъ быть выяснено, такимъ образомъ, единство процесса при соучастіи, а вмѣстѣ съ тѣмъ, слѣдовательно, и сущность послѣдняго.

Мы думаемъ, наоборотъ, что съ нашей точки зрѣнія сущность соучастія можетъ быть выяснена въ достаточной мѣрѣ.

Мы видѣли, что соучастіе есть соединеніе въ процессѣ нѣсколькихъ истцевъ или нѣсколькихъ отвѣтчиковъ въ качествѣ одной стороны. Положеніе соучастниковъ въ процессѣ одинаково. Съ соединеніемъ нѣсколькихъ лицъ связывается соединеніе нѣсколькихъ процессовъ съ внутренней стороны, объединенныхъ въ одномъ процессѣ съ внѣшней стороны. Началомъ, связывающимъ въ одно цѣлое всѣ судебныя дѣйствія, является воля суда. Соучастіе не оказываетъ вліянія на отношенія матеріально-правовыя, а равно не связываетъ свободу каждаго соучастника защищать свои матеріальныя или процессуальныя интересы, но если это влечетъ за собою раздѣленіе процесса, то въ интересѣ публичномъ принимаются правомъ указанныя выше мѣры съ цѣлью удержать соучастіе.

¹⁾ См. выше теорію
г. Гольмстенъ, хотя имъ



ЮФ СПбГУ

ОГЛАВЛЕНІЕ.

	<i>Стр.</i>
Введеніе.	3—11
Г Л А В А I.	
Соучастіе въ нѣмецкомъ правѣ.	12—81
Очеркъ развитія ученія объ основаніяхъ до- пущенія соучастія.	12—38
Порядокъ установленія соучастія. Право суда сѣднать и раздѣлять иски.	38—42
Необходимое соучастіе.	42—70
<i>Необходимое соучастіе въ собственно-</i> <i>смыслѣ.</i>	<i>57—67</i>
<i>Необходимость постановленія единого рѣ-</i> <i>шенія.</i>	<i>68—70</i>
Послѣдствія соучастія. Отношенія между со- участниками.	70—81
Г Л А В А II.	
Теорія Бюлова и его послѣдователей.	81—135
<i>Теорія Бюлова</i>	<i>82—91</i>
<i>Теорія Камштейна.</i>	<i>91—100</i>
<i>Теорія Гольмстена.</i>	<i>100—116</i>
<i>Теорія Шумтце.</i>	<i>116—118</i>
<i>Теорія Швальбаха.</i>	<i>118—120</i>
<i>Теорія Ваха</i>	<i>120—124</i>

	Стр.
<i>Теорія Лабанда</i>	124—125
<i>Теорія Колера</i>	125—126
<i>Теорія Планка</i>	131—132

ГЛАВА III.

Сущность гражданского процесса.	135—136
Есть ли процессъ юридическое отношеніе?	135—136
Процессъ какъ дѣятельность.	142—143
Властеотношеніе	148—149
Возбужденіе процесса. Цѣль процесса.	161—162
Дѣятельность сторонъ.	169—170
Дѣленіе процесса на стадіи.	176—177
Процессъ съ внутренней и вѣншей стороны.	187—188

ГЛАВА IV.

Соучастіе во французскомъ правѣ.	190—217
Основанія допущенія соучастія.	190—217
Послѣдствія соучастія. Единство процесса.	217—218
<i>Indivisibilité de l'instance</i>	217—218