П. И. ЛЮБЛИНСКІЙ

НОВАЯ ТЕОРІЯ УГОЛОВНАГО ПРОЦЕССА.

Цѣна 50 коп.

ПЕТРОГРАДЪ
Сенатская Типографія
1916.

Напечатано въ Январьской книгѣ Журнала Министерства Юстиціи за 1916 годъ.

БИБЛИОТЕКА
КОММУНИСТИЧЕСКОЙ
АКАДЕМИИ.
859
28

НОВАЯ ТЕОРІЯ УГОЛОВНАГО ПРОЦЕССА.

I.

За послѣдніе годы въ русской литературѣ начинаетъ находитъ себѣ все большее и большее признаніе новая теорія, разсматривающая уголовный процессъ какъ юридическое отношеніе между судомъ и сторонами. Соотвѣтственно съ этимъ весь предметъ науки уголовнаго судопроизводства распредѣляется по традиціоннымъ схемамъ правоотношенія: субъекта, объекта и дѣйствія, а все движеніе процесса изображается какъ постепенная смѣна юридическихъ отношеній между субъектами процесса.

Впервые съ такимъ взглядомъ на природу уголовнаго процесса въ нашей литературѣ выступилъ И. Г. Щегловитовъ въ своей статьѣ „Уголовное судопроизводство предъ лицомъ науки“ [1]). Въ ней указывалось на принципіальную возможность обосновать и изложить эту отрасль юриспруденціи какъ совокупность правоотношеній между судомъ и сторонами, поскольку, впрочемъ, самъ процессъ будетъ построенъ по состязательному типу. Воззрѣніе это нашло откликъ въ статьяхъ проф. Н. Н. Розина и Д. А. Червонецкаго [2]),

---

[1]) „Право“ 1904 № 17.

[2]) Н. Н. Розинъ. Процессъ, какъ юридическая наука. Журн. Мин. Юст. 1910, № 8. Д. А. Червонецкій. Предметъ и задачи науки уголовно-судебнаго права. Юрьевъ. 1910, стр. 14—15.

но до послѣдняго времени оставалось только принципіальнымъ допущеніемъ. Лишь въ самое послѣднее время появились два новыхъ курса уголовнаго судопроизводства, послѣдовательно проводящихъ эту новую теорію въ жизнь. Одинъ изъ нихъ принадлежитъ профессору Петроградскаго университета Н. Н. Розину („Уголовное судопроизводство“ 1 изд. 1913 г., 3 изд. 1916 г.), другой—профессору Московскаго университета Г. С. Фельдштейну („Лекціи по уголовному судопроизводству“ М. 1915). Оба представителя столичныхъ каѳедръ уголовнаго процесса примыкаютъ къ новому воззрѣнію, которое пріобрѣтаетъ такимъ образомъ значительное вліяніе и авторитетъ. Въ нашей литературѣ еще не появлялось статей, посвященныхъ критикѣ новой теоріи въ сферѣ уголовнаго процесса [1]); она, повидимому, принимается какъ нѣчто само собою ясное, не вызывающее особыхъ споровъ. Между тѣмъ, несомнѣнно, что въ лицѣ этой теоріи мы встрѣчаемся съ новымъ интереснымъ пониманіемъ юридической сущности процесса, требующимъ внимательнаго критическаго разсмотрѣнія.

До сихъ поръ взглядъ на процессъ какъ на юридическое отношеніе дебатировался главнымъ образомъ въ области гражданскаго процесса. Этотъ взглядъ имѣетъ своимъ родоначальникомъ нѣмецкаго процессуалиста О. Бюлова, высказавшаго его въ своемъ сочиненіи „Ученіе о процессуальныхъ возраженіяхъ и предположеніяхъ“, вышедшемъ въ 1868 г. [2]). Постепенно этотъ взглядъ распространялся въ германской наукѣ гражданскаго процесса, откуда онъ перешелъ и къ намъ [3]). Въ настоящее время онъ въ области гражданскаго

---

[1]) Вышедшія за послѣдніе годы руководства по уголовному процессу С. И. Викторскаго (1911), Н. Н. Полянскаго (1911), С. В. Познышева (1913) и П. П. Пусторослева (1914) совершенно обходятъ молчаніемъ эту теорію, и только въ 3-емъ изданіи „Учебника“ В. К. Случевскаго (1910) мы находимъ краткія критическія замѣчанія о ней (стр. 19—20).

[2]) O. v. Bülow. Die Lehre von den Prozesseinreden und Prozessvoraussetzungen. 1868.

[3]) См. указанія на германскую и русскую литературу гражданскаго процесса у Е. Васьковскаго. Курсъ гражданскаго процесса, т. I. М. 1913. § 82 прим. 1.

процесса можетъ быть признанъ господствующимъ [1]). Въ сферѣ уголовнаго процесса на примѣнимость этого воззрѣнія впервые указалъ Колеръ [2]). Принципіально за него высказался К. Биндингъ, не проведшій его, однако, въ своемъ курсѣ [3]). Лишь въ 1898 году появился курсъ мюнхенскаго профессора Биркмейера [4]), и далѣе въ 1900 посмертное изданіе курса бреславльскаго проф. Беннеке, законченное Белингомъ [5]), въ которыхъ мы уже встрѣчаемся съ разработаннымъ ученіемъ объ уголовномъ процессѣ, какъ правоотношеніи между судомъ и сторонами. Германская литература, несомнѣнно, оказала вліяніе и на нашихъ процессуалистовъ, выступившихъ защитниками новаго теченія. Но это, конечно, нисколько не ослабляетъ новизны и важности высказываемыхъ ими воззрѣній для русскихъ читателей. Въ нашей статьѣ мы постараемся выяснить сущность новаго ученія и дать посильную его критику, обращая преимущественное вліяніе на русскихъ представителей его [6]).

II.

Всѣ сторонники новаго направленія сходятся между собою въ признаніи слѣдующихъ основныхъ положеній:

---

[1]) У насъ онъ раздѣляется проф. Гольмстеномъ, Гордономъ, Яблочковымъ и, повидимому, отчасти Васьковскимъ. Е. Васьковскій ibid.

[2]) Kohler. Der Prozess als Rechtsverhältniss, 1888.

[3]) Binding. Grundriss des deutschen Strafprocessrecht. IV Aufl. 1900 § 1. Здѣсь положенія новой теоріи использованы только внѣшнимъ образомъ въ заглавіи отдѣловъ, не затронувъ существа изложенія.

[4]) Birkmeyer. Deursche Strafprocessrecht. Berlin, 1898.

[5]) H. Benneke und E. Beling. Lehrbuch des deutschen Reiches-Strafprozessrechts. Brelsau, 1900.

[6]) Критическое отношеніе къ теоріи процесса, принятой проф. Н. Н. Розинымъ и Г. С. Фельдштейномъ, нисколько не опредѣляетъ собою общаго нашего отношенія къ соотвѣтственнымъ курсамъ, какъ учебнымъ руководствамъ, обладающимъ рядомъ несомнѣнныхъ положительныхъ качествъ. Въ курсѣ проф. Розина новой юридической теоріи отведено служебное мѣсто; она опредѣляетъ скорѣе только планъ изложенія, не вліяя на самую разработку матеріала, проведенную въ духѣ классическихъ трудовъ по уголовному процессу. У проф. Фельдштейна эта теорія идетъ глубже, но, вмѣстѣ съ тѣмъ, она существенно нарушаетъ ясность изложенія и правильное отношеніе къ разсматриваемымъ институтамъ.

I. Уголовный процессъ есть юридическое отношеніе, имѣющее цѣлью осуществленіе карательнаго права государства или рѣшеніе правового спора.

II. Отношеніе это происходитъ между судомъ, какъ носителемъ судебной власти, и сторонами, какъ носителями соотвѣтственныхъ интересовъ.

III. Отношеніе это является публично-правовымъ во всѣхъ своихъ частяхъ.

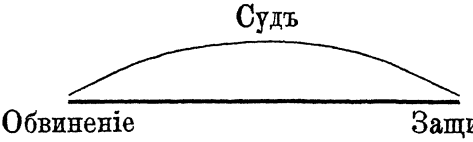
IV. Отношеніе это является подвижнымъ, развивающимся, двигающимся по ступенямъ.

Но затѣмъ, за предѣлами этихъ положеній, между сторонниками разсматриваемой теоріи начинаются разногласія.

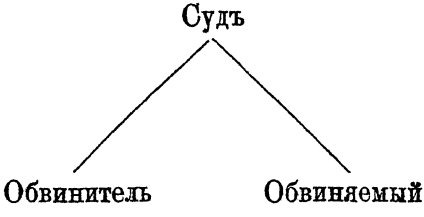
Прежде всего различно понимается основаніе, опредѣляющее юридическій характеръ процесса, какъ отношенія. Биркмейеръ, слѣдуя Бюлову, выводитъ его изъ того наглядnаго факта, что законъ прямо говоритъ о правахъ и обязанностяхъ сторонъ и суда, права же и обязанности возникаютъ только въ предѣлахъ юридическаго отношенія (§ 2. I). Биндингъ выводитъ его изъ параллелизма матеріальнаго и формальнаго правоотношенія между государствомъ и обвиняемымъ (§ 1. V). Н. Н. Розинъ выводитъ его изъ процессуальнаго легализма, т. е. разсматриваетъ какъ послѣдствіе правовой нормировки судебной дѣятельности (стр. 7). Наконецъ, Г. С. Фельдштейнъ выводитъ его изъ житейской связанности людей: люди вступаютъ другъ съ другомъ въ опредѣленныя отношенія; когда лица обмѣниваются требованіями и на почвѣ этихъ требованій возникаютъ извѣстныя обязанности по удовлетворенію ихъ, то получается опредѣленное разграниченіе правъ и обязанностей, иными словами,—юридическое отношеніе (стр. 7).

Далѣе, особенно обильны разногласія по вопросу о томъ, какова схема юридическихъ отношеній между судомъ и сторонами. По взгляду, первоначально высказанному Бюловымъ, стороны между собою непосредственно не связаны правами и обязанностями; онѣ имѣютъ лишь по отношенію къ суду права, которымъ соотвѣтствуютъ обязанности суда (Lehre, S. 2, 55). Позднѣе это опредѣленіе было дополнено самимъ

же Бюловымъ, признавшимъ и взаимную связанность сторонъ. Въ литературѣ гражданскаго процесса эта схема испытала затѣмъ весьма разнообразныя варіаціи [1]). Еще болѣе оказалось ихъ при примѣненіи этой теоріи къ уголовному процессу. Впервые выступившій съ примѣненіемъ теоріи юридическаго отношенія въ уголовномъ процессѣ Колеръ (стр. 6) утверждалъ, что процессуальное правоотношеніе возможно только между сторонами, судъ же, какъ органъ государства, стоящій надъ ними, не вступаетъ съ ними въ правоотношенія, а лишь рѣшаетъ и повелѣваетъ. Графически эта схема можетъ быть выражена въ такомъ видѣ:



Биркмейеръ представляетъ эту связь какъ трехстороннее отношеніе, въ которомъ обвинитель и обвиняемый вступаютъ въ юридическую связь только съ судомъ, но не между собою, при чемъ связь суда съ каждой изъ сторонъ является взаимной, т. е. права и обязанности имѣются какъ у сторонъ, такъ и у суда (стр. 6). Къ этому взгляду примыкаетъ и проф. Розинъ, полагающій, что судъ является медіумомъ, черезъ который стороны сообщаются другъ съ другомъ, хотя и самъ судъ связанъ съ обѣими сторонами; стороны имѣютъ права и обязанности по отношенію къ суду, и это сочетаніе онъ характеризуетъ какъ начало сложности. Графически этотъ взглядъ таковъ:

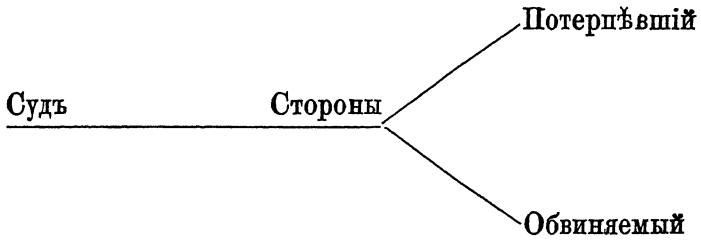


По мнѣнію Беннеке-Белинга, въ процессуальномъ правоотношеніи продолжается отношеніе государства и обвиняе-

[1]) См. изображеніе ихъ у Васьковскаго, ц. с. стр. 683—684.

маго, при чемъ подробнѣе не указывается, въ какомъ отношеніи ихъ взаимная связанность стоитъ къ суду.

Совершенно своеобразную схему проводитъ проф. Фельдштейнъ. Онъ полагаетъ, что суду, какъ одному изъ субъектовъ, противостоятъ стороны, какъ второй субъектъ процесса. Путемъ медленной дифференціаціи понятіе сторонъ расчленяется, и на ряду съ потерпѣвшимъ появляется обвиняемый. Однако и нынѣ потерпѣвшій и обвиняемый являются лишь двумя гранями одного и того же субъекта. Схема эта можетъ быть выражена въ такомъ видѣ:



Разногласія въ опредѣленіи *субъектовъ* процессуальнаго отношенія значительно усиливаются, если попытаться разсмотрѣть, кого отдѣльные авторы разумѣютъ подъ понятіемъ сторонъ. При сложныхъ формахъ обвиненія (напр., при дополнительномъ обвиненіи) явится множественность субъектовъ обвиненія, права и обязанности которыхъ не тождественны. Проф. Фельдштейнъ считаетъ главнымъ субъектомъ, противостоящимъ суду, потерпѣвшаго, а между тѣмъ потерпѣвшій большею частью участвуетъ въ судѣ не въ качествѣ субъекта обвиненія, а въ качествѣ представителя гражданскаго иска. Далѣе, въ какомъ отношеніи находятся между собою публичный и частный обвинитель, обвиняемый и защитникъ? Не всѣ авторы входятъ въ анализъ этихъ отношеній, хотя онъ представляется весьма интереснымъ. Проф. Розинъ выставляетъ здѣсь положеніе о процессуальномъ мономорфизмѣ, согласно которому юридическія отношенія въ процессѣ должны быть доведены до высшей степени абстракціи, при которой остается только схема: „истецъ—отвѣтчикъ, обвинитель—обвиняемый“. Но на вопросъ: какъ затѣмъ эта наивысшая абстракція кон-

кретизируется въ юридическихъ формахъ, мы отвѣта не находимъ.

Расходясь по вопросу о соотношеніи субъектовъ процессуальнаго отношенія другъ къ другу, сторонники новой теоріи тѣмъ не менѣе довольно единодушно относятъ въ отдѣлъ о субъектахъ процесса вопросы: о судебной власти, ея внутренней и внѣшней организаціи, подсудности, вспомогательныхъ органахъ суда; далѣе, при разсмотрѣніи ученія о сторонахъ, какъ субъектахъ, говорится о прокуратурѣ и адвокатурѣ, о потерпѣвшемъ и обвиняемомъ и ихъ юридическомъ положеніи.

Значительно пестрѣе отдѣлъ, посвящаемый ученію объ *объектѣ* процессуальнаго отношенія. Биркмейеръ признаетъ объектомъ этого отношенія „вытекающее изъ преступленія право государства на возмездіе“ (стр. 63), при чемъ останавливается здѣсь лишь на двухъ характеризующихъ этотъ объектъ свойствахъ процесса: оффиціальности и стремленіи къ матеріальной истинѣ (сюда почему-то отнесенъ еще вопросъ о связи уголовныхъ дѣлъ съ другими спорами о правѣ). Въ курсахъ Беннеке-Белинга и Биндинга совершенно отсутствуетъ ученіе объ объектахъ. Напротивъ того, въ руководствахъ русскихъ ученыхъ ученіе объ объектѣ чрезвычайно расширяется. Проф. Розинъ считаетъ объектомъ процессуальнаго отношенія дѣйствія сторонъ и суда, направленныя на разрѣшеніе правового спора (стр. 19), а въ системѣ курса относитъ въ этотъ отдѣлъ вопросы объ основныхъ началахъ судебной дѣятельности (состязательность, стремленіе къ матеріальной истинѣ, непосредственность, устность, гласность судебный языкъ), о мѣрахъ судебнаго принужденія, о доказываніи, о судебномъ рѣшеніи и о срокахъ. Проф. Фельдштейнъ подъ объектами процессуальнаго отношенія понимаетъ „дѣйствія, которыя каждый изъ процессуальныхъ объектовъ имѣетъ право требовать другъ отъ друга“ (стр. 235). Все ученіе объ объектахъ, въ его изложеніи, распадается на ученіе о правахъ суда, о правахъ сторонъ, объ обстоятельствахъ, погашающихъ права сторонъ, и о срокахъ. Къ правамъ *суда* онъ относитъ: 1) право на поддержаніе порядка во время

разбора; 2) право требовать явки; 3) право на допросъ обвиняемаго и свидѣтелей; 4) право суда на установленіе интересующихъ его фактовъ; 5) право на обезпеченіе гражданскаго иска; 6) право на оцѣнку доказательствъ; 7) право на постановленіе рѣшенія и 8) право на распредѣленіе издержекъ производства. Къ правамъ *сторонъ* относятся: 1) право на отказъ отъ уголовнаго иска; 2) право на возраженіе противъ подсудности и на отводъ судей; 3) право на освѣдомленность; 4) право требовать отъ суда выполненія формъ и обрядовъ судопроизводства и 5) право требовать пересмотра рѣшенія. По мнѣнію И. Г. Щегловитова, въ ученіе объ объектахъ должно быть отнесено ученіе объ уголовномъ и гражданскомъ искѣ и о подсудности.

Но, кромѣ ученія о субъектахъ и объ объектѣ процессуальнаго отношенія, мы встрѣчаемъ во всѣхъ курсахъ, построенныхъ по новой системѣ, отдѣлы, не укладывающіеся въ общую схему. Они носятъ различныя названія и имѣютъ различный объемъ, но по содержанію соотвѣтствуютъ понятію динамики процесса. Такъ, Биркмейеръ разсматриваетъ въ особой книгѣ „дѣйствія процесса въ отдѣльности и въ ихъ послѣдовательномъ ходѣ“. Бенеке-Белингъ говорятъ особо „о производствѣ“, куда относятъ ученіе о принципахъ производства, объ отдѣльныхъ процессуальныхъ дѣйствіяхъ, о ходѣ и порядкахъ производства. У проф. Розина особая часть посвящается динамикѣ процесса, которая озаглавлена: „возникновеніе, развитіе и окончаніе процессуальнаго юридическаго отношенія“. Проф. Фельдштейнъ особо говоритъ объ основныхъ началахъ уголовнаго судопроизводства, о предварительномъ и окончательномъ производствѣ („взаимодѣйствіи субъектовъ процессуальнаго отношенія“) и объ особыхъ порядкахъ процесса. И. Г. Щегловитовъ въ отдѣлѣ ученія о дѣйствіи относитъ общія начала процесса, важнѣйшія дѣйствія въ отдѣльности (статика) и въ ихъ смѣнѣ (динамика).

Таковы въ общихъ чертахъ виды построенія процесса по схемѣ юридическаго отношенія. Мы привели ихъ, не вдаваясь въ критику, чтобы въ дальнѣйшемъ имѣть возмож-

ность детальнѣе разсмотрѣть отдѣльныя стороны новаго направленія.

III.

Сама по себѣ мысль объ изложеніи уголовнаго процесса по схемѣ юридическаго отношенія является весьма заманчивой. Она подчеркиваетъ значеніе процесса, какъ юридической науки, замѣняетъ чисто описательное изложеніе догматическими конструкціями. и внушаетъ надежду на сведеніе всего процесса къ нѣкоторымъ родовымъ типамъ юридическаго отношенія. Однако, при ближайшей попыткѣ проведенія въ науку такого взгляда мы встрѣчаемся съ рядомъ серьезнѣйшихъ затрудненій, значеніе которыхъ недостаточно учитывается сторонниками новаго направленія.

Въ процессѣ, несомнѣнно, возникаютъ юридическія отношенія. Но субъекты и объекты этихъ отношеній чрезвычайно разнообразны и далеко не исчерпываются тѣми схемами, которыя выставлены въ литературѣ. На ряду съ выставляемымъ отношеніемъ между судомъ и сторонами (о немъ будетъ сказано подробнѣе въ дальнѣйшемъ), можно указать на рядъ отношеній между самими сторонами, неправильно отрицаемыхъ большинствомъ сторонниковъ юридическаго воззрѣнія. Такъ, напр., во Франціи по закону 1863 года введенъ порядокъ ускореннаго производства (comparution immediate), при которомъ прокуратурѣ предоставляется одновременно съ возбужденіемъ уголовнаго преслѣдованія постановлять о задержаніи обвиняемаго на срокъ не долѣе трехъ дней. Здѣсь можно было бы говорить о правѣ прокурора, которому соотвѣтствуетъ обязанность обвиняемаго. По ст. 18 уст. сод. подъ стр. прокуроръ имѣетъ право просматривать всѣ бумаги, написанныя содержащимся подъ стражей обвиняемымъ. Съ другой стороны, подсудимому предоставляется право заявлять объ устраненіи прокурора (ст. 608, 609 уст.), такъ что можно говорить о правѣ подсудимаго и соотвѣтствующей обязанности прокурора. Но, далѣе, процессъ вовсе не исчерпывается юридическими отношеніями между судомъ и сторонами или между сторонами. Въ теченіе его возникаютъ сложныя отношенія

между судомъ и свидѣтелями, экспертами, окольными людьми, между судомъ и полиціей, между самими судьями въ коллегіи и въ различныхъ инстанціяхъ, между судомъ и различными административными органами (Министромъ Юстиціи, губернаторомъ и т. п.), между судомъ и посторонней публикой (обязанность сохраненія порядка и право наложенія взысканій за нарушеніе его), между обвиняемымъ и защитникомъ и многія другія. Многосложность юридическихъ отношеній, возникающихъ въ процессѣ, не поддается исчерпывающему перечню. Нельзя утверждать, что отношенія между судомъ и сторонами могутъ быть противопоставляемы всѣмъ прочимъ процессуальнымъ отношеніямъ, какъ главныя отношенія—побочнымъ. При современномъ строѣ процесса, даже въ состязательныхъ его стадіяхъ, главную, преимущественную роль играютъ отношенія между судебными органами другъ къ другу или отношенія суда къ различнымъ участвующимъ въ дѣлѣ лицамъ, а не отношенія суда къ сторонамъ. Начало юридическаго мономорфизма должно быть поэтому замѣнено началомъ полиморфизма, наличностью множества возможныхъ субъектовъ процессуальныхъ отношеній.

Далѣе, въ литературѣ уже было обращено вниманіе на то, что на нѣкоторыхъ стадіяхъ процесса отсутствуетъ выдѣленіе сторонъ и противопоставленіе ихъ суду, такъ что естественно становится невозможною и конструкція процесса какъ юридическаго отношенія между судомъ и сторонами [1]). Сторонникъ новой теоріи И. Г. Щегловитовъ прямо признавалъ, что нѣкоторые отдѣлы процесса, напр., дознаніе, исполненіе приговоровъ, не подходятъ подъ схему юридическаго отношенія и должны быть излагаемы по иной системѣ. Г. С. Фельдштейнъ замѣчаетъ, что на отдѣльныхъ стадіяхъ процесса составные элементы правоотношенія могутъ быть выражены не одинаково ярко. Здѣсь онъ видитъ „эмбріональную стадію“ (стр. 9). Эти отступленія, однако, не такъ рѣдки, какъ то предполагаютъ сторонники новаго взгляда. Не только дознаніе, но и предварительное слѣдствіе и преданіе суду

[1]) Случевскій. Учебникъ, 1910, стр. 20.

можетъ протекать безъ активнаго участія сторонъ. Если стороны здѣсь и допускаются порою къ отдѣльнымъ процессуальнымъ дѣйствіямъ, то участіе ихъ имѣетъ дополнительное, второстепенное значеніе и менѣе всего можетъ характеризовать соотвѣтственную стадію, какъ взаимодѣйствіе суда и сторонъ. Если же, слѣдуя юридической схемѣ, мы сосредоточили бы наше вниманіе исключительно на отношеніяхъ между судомъ и сторонами, то предъ нами возникли бы лишь пестрые отрывки судебнаго производства, а не подлинная цѣльная картина его. Такой, напр., видъ получаютъ въ курсѣ проф. Фельдштейна отдѣлы о пересмотрѣ уголовныхъ дѣлъ, излагаемые только съ точки зрѣнія правъ сторонъ. И если здѣсь картина не становится совершенно безцвѣтной, то только потому, что фактически сюда авторомъ отнесены многія постановленія, не имѣющія никакого отношенія къ связи суда и сторонъ. У другихъ авторовъ всѣ черты процессуальныхъ дѣйствій, не укладывающіяся въ схему отношенія между судомъ и сторонами, затѣмъ излагаются въ обширномъ отдѣлѣ динамики процесса или ученія объ отдѣльныхъ дѣйствіяхъ процесса.

Еще большее несоотвѣтствіе формы и содержанія обнаружится, когда мы заглянемъ въ область того, что излагается въ отдѣлахъ о „субъектахъ“ и объ „объектѣ“ процессуальнаго отношенія. Мы уже указывали, что всѣ авторы въ отдѣлъ о субъектахъ относятъ вопросы о внутренней и внѣшней организаціи суда, существѣ судебной власти, подсудности, организаціи прокуратуры, адвокатуры и т. п. Такое отнесеніе является весьма неправильнымъ. Понятіе субъекта правоотношенія есть отвлеченная идея. Субъектъ есть извѣстный центръ, къ которому прикрѣпляются права или обязанности. Вопросъ о томъ, какъ устроены различные органы, могущіе выступать въ процессѣ въ качествѣ субъектовъ, не имѣетъ никакого отношенія къ выясненію самаго юридическаго отношенія этихъ субъектовъ. Весьма несоотвѣтственнымъ явилось бы, напр., помѣщеніе въ область гражданскаго права въ отдѣлъ о „субъектахъ“, напр., всего учрежденія Министерства Финансовъ на томъ основаніи, что „казна“

является субъектомъ гражданскаго права, или въ отдѣлъ о „юридическихъ лицахъ“ всего ученія объ акціонерныхъ компаніяхъ, ученыхъ, благотворительныхъ и иныхъ учрежденіяхъ, такъ какъ всѣ эти учрежденія могутъ быть юридическими лицами. Аналогично этому, нельзя въ ученіи о процессѣ излагать въ рубрикѣ „субъектъ процессуальнаго отношенія“ вопросы о назначеніи судей, о судебной службѣ и надзорѣ, объ устройствѣ прокуратуры и адвокатуры. Значительно болѣе правъ И. Г. Щегловитовъ, который, являясь сторонникомъ новаго направленія, тѣмъ не менѣе весь отдѣлъ судоустройства устранилъ изъ ученія о процессѣ, какъ юридическомъ отношеніи, отнеся къ послѣднему только судопроизводство. Но и въ области этого послѣдняго принятая конструкція субъектовъ является неправильной. Самыя разнообразныя участвующія въ дѣлѣ лица (не только судъ и стороны) могутъ быть субъектами процессуальныхъ отношеній; ихъ процессуальная право- и дѣеспособность опредѣляется весьма различными признаками, вслѣдствіе чего создать какое-либо единое ученіе о ней едва-ли представляется возможнымъ. Напротивъ того, желательно и необходимо выясненіе юридическаго положенія, т. е. правъ и обязанностей каждаго участвующаго въ процессѣ лица. Такъ, должно быть выясняемо юридическое положеніе обвинителя, обвиняемаго, гражданскаго истца, защитника, свидѣтелей, экспертовъ, присяжныхъ засѣдателей, полиціи и т. п. Но при выясненіи этого юридическаго положенія имѣется въ виду характеристика ихъ не какъ субъектовъ одного какого-либо опредѣленнаго правоотношенія, а какъ носителей различныхъ правъ и обязанностей. Такъ, напр., защитникъ имѣетъ различныя права и обязанности и по отношенію къ суду, и по отношенію къ подзащитному, и по отношенію къ корпораціи, и по отношенію къ свидѣтелямъ. Полиція имѣетъ опредѣленныя обязанности по отношенію къ суду, къ прокуратурѣ, къ своему начальству, къ сторонамъ и т. д. Словомъ, здѣсь характеризуется не отвлеченное существо субъекта, а выясняются тѣ отношенія, въ которыхъ ему приходится участвовать. Фактически такъ именно и поступаютъ сторонники

новаго направленія, замѣняя ученіе о процессуальныхъ субъектахъ ученіемъ о юридическомъ положеніи сторонъ. Такъ, проф. Розинъ, говоря о защитѣ, указываетъ, что первой обязанностью защитника является общественное служеніе, затѣмъ идетъ служеніе интересамъ обвиняемаго, при чемъ авторъ подробно останавливается на характеристикѣ этихъ обязанностей, хотя эти обязанности вовсе не суть обязанности по отношенію къ суду. Въ отдѣлѣ объ обвиненіи говорится о различныхъ функціяхъ прокуратуры (стр. 283 сл.), изъ которыхъ только немногія имѣютъ отношеніе къ суду. Ученіе о подсудности вводится въ отдѣлъ о судѣ, какъ субъектѣ правъ, хотя подсудность опредѣляетъ не отношенія суда къ сторонамъ, а отношенія его къ государственной власти. Въ ученіе о гражданскомъ истцѣ, какъ субъектѣ права, вводится все ученіе о гражданскомъ искѣ, хотя здѣсь имѣется на лицо цѣлая масса сложныхъ процессуальныхъ отношеній между различными субъектами. Совершенно то же самое можно сказать и о курсѣ проф. Фельдштейна. Такимъ образомъ и въ области судопроизводства въ отдѣлѣ о субъектахъ идетъ рѣчь не о субъектахъ правоотношенія между судомъ и сторонами, а о юридическомъ положеніи различныхъ лицъ и органовъ въ процессѣ.

Равнымъ образомъ нельзя признать правильнымъ построеніе отдѣла объ объектѣ процессуальнаго отношенія. По взгляду Биндинга и Биркмейера, объектомъ этого отношенія является карательное полномочіе государства. Но при такомъ пониманіи это ученіе цѣликомъ поглощается матеріальнымъ уголовнымъ правомъ, и весь отдѣлъ объ объектѣ становится безсодержательной рубрикой въ ученіи о процессѣ. Такъ именно и происходитъ у Биндинга, Беннеке и Белинга, въ курсахъ которыхъ этотъ отдѣлъ отсутствуетъ совершенно. У Биркмейера мы находимъ въ немъ лишь немногія замѣчанія о главныхъ свойствахъ процессуальнаго отношенія: оффиціальности и стремленіи къ матеріальной истинѣ, при чемъ оба эти свойства, собственно говоря, относятся къ характеристикѣ процессуальныхъ дѣйствій, а не къ характеристикѣ самого объекта, понимаемаго указаннымъ выше образомъ. Такимъ

образомъ, можно заключить, что при подобномъ пониманіи объекта ученіе о объектѣ процессуальнаго отношенія становится совершенно безсодержательнымъ, пустою классификаціонною рубрикою. Иначе обстоитъ дѣло съ воззрѣніями русскихъ процессуалистовъ, которые подъ объектами разумѣютъ дѣйствія, которыя каждый изъ субъектовъ процессуальнаго отношенія имѣетъ право требовать другъ отъ друга. При этомъ проф. Фельдштейнъ имѣетъ въ виду только объекты права, а проф. Розинъ говоритъ объ объектахъ права и объектахъ обязанности. Характеристику дѣйствій суда и сторонъ какъ объектовъ слѣдуетъ признать ученіемъ, болѣе соотвѣтствующимъ теоріи правоотношенія, при чемъ „дѣйствія" надлежитъ понимать здѣсь въ широкомъ смыслѣ какъ содѣянія, воздержанія и претерпѣванія. Такъ какъ правоотношеніе есть двухсторонняя связь, то каждое дѣйствіе является объектомъ права для одной стороны и объектомъ обязанности для другой. Но соотвѣтствуетъ ли этому опредѣленію содержаніе излагаемыхъ подъ этимъ названіемъ „объекта" вопросовъ? Проф. Фельдштейнъ какъ будто болѣе другихъ приближается къ такому построенію. Но разсмотримъ нѣсколько ближе приводимыя имъ категоріи правъ суда и сторонъ. На первомъ мѣстѣ стоитъ право суда по поддержанію порядка во время разбора дѣла. Чья обязанность соотвѣтствуетъ этому праву? Конечно, стороны подчинены этому праву, но не подчинены ли ему и прочіе судьи, и свидѣтели, и посторонняя публика, и объ этихъ правахъ суда въ отношеніи постороннихъ лицъ говоритъ въ этомъ же отдѣлѣ самъ Фельдштейнъ. Слѣдовательно, данное дѣйствіе не является специфическимъ объектомъ правоотношенія между судомъ и сторонами. Далѣе идетъ право суда требовать явки участвующихъ въ дѣлѣ лицъ. Опять-таки развѣ только стороны являются субъектами соотвѣтственныхъ обязанностей? Этому праву подчиняются и свидѣтели, и переводчики, и толмачи, и эксперты. Въ силу него создается для полиціи обязанность привести къ суду нужное лицо, для начальства—не задержать своего подчиненнаго и т. д. Слѣдующей категоріей выдвигается право суда на установленіе интересующихъ его

фактовъ. Подъ этимъ разумѣется право производства о сковъ, осмотровъ, вскрытія почтовой корреспонденціи и пр. Но развѣ соотвѣтственная обязанность здѣсь падаетъ именно на стороны? Обязанность допустить обыскъ лежитъ на хозяинѣ помѣщенія, которымъ можетъ быть лицо, совершенно постороннее въ дѣлѣ. Осмотръ мѣстности можетъ возлагать обязанности лишь на собственника соотвѣтственнаго участка земли, но не на сторону. Въ особенности неопредѣленной является категорія: „право суда на оцѣнку доказательствъ“, куда авторомъ отнесено все ученіе о доказательствахъ. Не говоря уже о томъ, что ученіе о доказательствахъ далеко не поглощается однимъ моментомъ—оцѣнкою ихъ, а приходится указывать и порядокъ представленія ихъ и юридическія особенности каждаго доказательства, здѣсь не можетъ идти рѣчь о какомъ-либо правѣ суда по отношенію къ сторонамъ, такъ какъ оцѣнка есть лишь логическій процессъ, а соотвѣтствующее ему выраженіе въ дѣйствіи есть постановленіе судебнаго рѣшенія, оговариваемое въ качествѣ другой особой категоріи правъ суда у проф. Фельдштейна. Такое обозрѣніе дѣйствій, признаваемыхъ „правами суда“, можно было бы продолжить, но и сказанное вполнѣ иллюстрируетъ нашу мысль. Перейдемъ къ „правамъ сторонъ“. Здѣсь опять-таки оказывается, что соотвѣтствующія этимъ правамъ обязанности падаютъ далеко не на одинъ судъ. На первомъ мѣстѣ авторомъ приводится „право сторонъ на отказъ отъ уголовнаго иска“. Объ этомъ правѣ можно говорить только по дѣламъ частнаго обвиненія, и притомъ весьма условно: „примиреніе“, извѣстное нашему законодательству, еще не есть „отказъ отъ иска“, это есть сдѣлка сторонъ, которой законъ придаетъ извѣстную юридическую силу; въ данномъ случаѣ можно говорить о правоотношеніи между сторонами, а не правоотношеніи между судомъ и одной изъ сторонъ. Далѣе идетъ „право на отводъ судей и возраженіе противъ подсудности“. Опредѣленіе подсудности и устраненіе себя отъ участія въ дѣлѣ по законнымъ причинамъ есть обязанность суда по отношенію къ государственной власти, исполнить которую онъ обязанъ и безъ вмѣшательства сторонъ. Напо-

минаніе сторонъ о необходимости исполненія этихъ обязанностей не дѣлаетъ ихъ еще носителями соотвѣтственныхъ правъ, ибо иначе слѣдовало бы признать, что при отсутствіи возраженія сторонъ судъ можетъ рѣшить неподсудное ему дѣло или вынести приговоръ по дѣлу, гдѣ онъ прямо заинтересованъ. Затѣмъ мы встрѣчаемъ „право сторонъ на освѣдомленность о ходѣ производства". Но и здѣсь обязанными являются не только судебные органы: тюремное начальство должно отпускать изъ подъ стражи обвиняемаго, чиновники канцеляріи должны показывать ему дѣло, полиція должна вручать ему соотвѣтственныя повѣстки. Въ отношеніи слѣдующей категоріи—„права сторонъ требовать отъ суда выполненія формъ и обрядовъ судопроизводства", опять-таки можетъ идти рѣчь не о правѣ, а о напоминаніи; судъ обязанъ выполнять формы и обряды, независимо отъ того, требуютъ или не требуютъ того стороны. Въ дальнѣйшемъ къ области правъ сторонъ относится и весь порядокъ апелляціоннаго и кассаціоннаго производства, возобновленіе уголовныхъ дѣлъ и пр. Не трудно видѣть, что, если понятіе „права сторонъ" понимать такъ широко, въ смыслѣ заинтересованности стороны въ исполненіи извѣстнаго дѣйствія, то не трудно будетъ весь процессъ, безъ всякихъ изъятій, отнести въ отдѣлъ о правахъ сторонъ. Такъ, стороны будутъ имѣть право на то, чтобы судья пользовался несмѣняемостью и не былъ увольняемъ отъ службы произвольно; стороны будутъ имѣть право, чтобы дѣла слушались гласно, а не при закрытыхъ дверяхъ, чтобы свидѣтели допрашивались поодиночкѣ, а не вмѣстѣ, и т. п. Развѣ не подойдетъ все это подъ категорію: „права сторонъ требовать выполненія формъ и обрядовъ производства"? Такимъ образомъ, если по воззрѣнію германскихъ процессуалистовъ ученіе объ объектѣ процессуальнаго отношенія является совершенно безсодержательнымъ, то по ученію проф. Фельдштейна оно поглощаетъ собою весь процессъ, становится универсальнымъ ученіемъ о процессѣ.

Проф. Розинъ въ ученіе объ объектѣ выдѣляетъ только вопросы о началахъ судебной дѣятельности (устности, гласности и пр.), о доказательствахъ, о мѣрахъ судебнаго при-

нужденія и о судебномъ рѣшеніи. Руководящая мысль такого выдѣленія неясна. Повидимому, здѣсь имѣлось въ виду сдѣлать какъ бы общее введеніе въ ученіе о судебныхъ дѣйствіяхъ и разсмотрѣть важнѣйшія судебныя дѣйствія въ отдѣльности. Но въ своемъ изложеніи авторъ не разсматриваетъ всѣ эти дѣйствія и отдѣльныя свойства ихъ, какъ объекты правъ и обязанностей сторонъ и суда, а излагаетъ публично-правовую природу ихъ, общественное значеніе, внутреннюю сущность. Поступая такъ, онъ разсматриваетъ ихъ уже не какъ элементъ правоотношенія, а какъ особые юридическіе институты, и содержаніе этого отдѣла, такихъ образомъ, не соотвѣтствуетъ его заглавію.

Сдѣлаемъ, наконецъ, нѣсколько замѣчаній по поводу изложенія динамики процесса, какъ ученія „о возникновеніи, развитіи и окончаніи процессуальнаго отношенія“ (проф. Розинъ) или какъ „взаимодѣйствія субъектовъ процессуальнаго отношенія“ (проф. Фельдштейнъ). Движеніе процессуальнаго отношенія есть категорія, соотвѣтствующая началу „подвижности“ этого отношенія. Это свойство, въ различныхъ выраженіяхъ, приписываютъ процессуальному отношенію всѣ сторонники новой теоріи. Однако, съ теоретической точки зрѣнія оно далеко не безспорно. Правоотношеніе есть отвлеченная форма выраженія соотвѣтствія правъ и обязанностей субъектовъ. Въ каждый данный моментъ юридическій институтъ или систему можно разложить на рядъ правоотношеній. Созданіе ряда правоотношеній есть продуктъ анализа, абстрактное построеніе, характеризующее статическое изученіе права. Динамика же учитъ о дѣйствіи, т. е. не объ абстрактныхъ величинахъ, а о реальныхъ явленіяхъ. Въ процессѣ чередуются не юридическія отношенія, а дѣйствія, порождающія, измѣняющія или прекращающія эти отношенія. Мы показали, что процессуальное отношеніе не является единымъ. На каждой стадіи процесса рождаются, измѣняются и умираютъ множества процессуальныхъ юридическихъ отношеній, и динамика интересуется не ими, а извѣстнымъ порядкомъ чередованія процессуальныхъ дѣйствій. Объ этомъ на самомъ дѣлѣ и говорятъ оба разсматриваемыхъ автора:

они излагаютъ вопросы о дѣйствіяхъ, входящихъ въ составъ предварительнаго производства, преданія суду, судебнаго слѣдствія и т. д., а не о развитіи возникающихъ отсюда правъ и обязанностей. Въ частности, по адресу предложеннаго проф. Фельдштейномъ названія: „взаимодѣйствіе субъектовъ процессуальнаго отношенія“ слѣдуетъ замѣтить, что въ его ученіи объ объектѣ процессуальнаго отношенія именно и указывается на взаимную правовую связь ихъ и перечисляются отдѣльные виды ея. О какомъ же другомъ взаимодѣйствіи можетъ идти рѣчь? Чисто житейскія отношенія этихъ субъектовъ, конечно, не могутъ интересовать юриста. Для третьяго же пониманія нѣтъ мѣста. Такимъ образомъ и динамика процесса не укладывается въ предлагаемую разсматриваемыми авторами схему.

Въ заключеніе приходится сдѣлать выводъ, что процессъ, какъ юридическая наука, совершенно не укладывается въ схему правоотношенія между судомъ и сторонами. Если соотвѣтствующіе схемѣ заголовки и имѣются въ началѣ каждой части, то содержаніе ихъ не соотвѣтствуетъ заглавію, и большею частью соотвѣтственный авторъ переходитъ на иной, примѣнявшійся и ранѣе, методъ изложенія разсматриваемаго матеріала.

IV.

До сихъ поръ въ нашей критикѣ новой теоріи процесса мы исходили изъ допущенія, что между судомъ и сторонами существуетъ извѣстное правоотношеніе, но что это отношеніе отнюдь не исчерпываетъ всего содержанія процесса, и что на ряду съ нимъ имѣется въ процессѣ множество иныхъ правоотношеній, подлежащихъ изученію. Въ настоящей главѣ мы сдѣлаемъ шагъ дальше и постараемся доказать, что возникающія въ процессѣ отношенія между судомъ и сторонами или другими лицами вовсе не являются подлинными юридическими отношеніями.

Начнемъ съ наиболѣе безспорныхъ примѣровъ. Оба русскихъ ученыхъ выдвигаютъ въ качествѣ наиболѣе типичныхъ примѣровъ: право суда требовать явки, которому соот-

вѣтствуетъ обязанность стороны явиться; или право стороны на пополненіе доказательствъ, которому соотвѣтствуетъ обязанность суда пополнить ихъ (напр., вызвать свидѣтелей). Допустимъ, что здѣсь идетъ рѣчь о подлинномъ правоотношеніи между судомъ и сторонами, о связи субъектовъ права и обязанности. Но, вотъ, сторона обязанная не исполняетъ своей обязанности: обвиняемый не является, или судъ отказываетъ въ вызовѣ новыхъ свидѣтелей. Возникаетъ-ли тогда правовой конфликтъ, какъ то слѣдуетъ при теоріи правоотношенія, или нѣтъ? Если бы мы стали на путь утвердительнаго рѣшенія, то мы должны были бы признать, что въ первомъ случаѣ судъ долженъ былъ бы не распорядиться о приводѣ обвиняемаго, а обратиться въ какое либо судебное учрежденіе, чтобы оно рѣшило правовой конфликтъ. Опредѣленіе суда о вызовѣ обвиняемаго само не можетъ разсматриваться какъ судебный актъ, это—дѣйствіе стороны въ правоотношеніи. На самомъ же дѣлѣ судъ въ такихъ случаяхъ не обращается въ какую либо судебную инстанцію за разрѣшеніемъ правового конфликта, а дѣлаетъ постановленіе о приводѣ обвиняемаго. Какъ квалифицировать этотъ актъ? Онъ не можетъ быть признанъ судебнымъ актомъ, ибо никто не можетъ быть судьею въ своемъ дѣлѣ или судею своего права, а здѣсь именно постановлялось бы рѣшеніе о своемъ собственномъ правѣ. Съ точки зрѣнія осуществленія права здѣсь могла бы идти рѣчь только о дозволенномъ самоуправствѣ суда. И если бы сторона принесла жалобу на дѣйствіе суда, то, согласно такой конструкціи, обжалованіе должно было бы состоять не въ пересмотрѣ рѣшенія первой инстанціи, а въ привлеченіи суда къ отвѣтственности въ качествѣ стороны—отвѣтчика или обвиняемаго. Во второмъ примѣрѣ, когда судъ откажетъ въ вызовѣ дополнительныхъ свидѣтелей, мы опять-таки будемъ имѣть предъ собою не судебное опредѣленіе, а лишь неисполненіе стороной своихъ обязанностей. Обвиняемый, являясь субъектомъ права на вызовъ свидѣтелей, въ виду нарушенія его права, долженъ былъ бы обратиться въ какое либо судебное учрежденіе (высшую инстанцію) съ жалобой на неисполненіе судомъ

его обязанностей, и судъ первой инстанціи выступалъ бы здѣсь не въ качествѣ суда, а въ качествѣ отвѣтчика. Но и во второй инстанціи въ обоихъ случаяхъ, примѣняя схему юридическаго отношенія, пришлось бы говорить о правоотношеніи между обвиняемымъ и судомъ второй инстанціей, и опять-таки опредѣленіе суда второй инстанціи въ силу этого было бы не актомъ суда, а дѣйствіемъ одной изъ сторонъ въ правоотношеніи. То же можно было бы сказать и о третьей инстанціи, куда бы обратился обвиняемый въ поискахъ подлиннаго суда, и т. д. Словомъ, мы попали бы тогда въ волшебный кругъ самоуправныхъ дѣйствій одной изъ сторонъ, изъ котораго не было бы выхода. Теорія юридическаго отношенія суда и сторонъ, устанавливающая какъ будто строгія правовыя начала процесса, на самомъ дѣлѣ приводитъ къ отрицанію процесса какъ правового явленія, къ цѣпи самоуправныхъ дѣйствій.

Но признаніе наличности правоотношенія между судомъ и сторонами приводитъ къ нелѣпымъ построеніямъ и въ другомъ отношеніи. Если разсматривать процессуальныя дѣйствія съ точки зрѣнія правъ и обязанностей суда и сторонъ, то окажется, что часто судъ и стороны являются не противостоящими другъ другу субъектами, а соучастниками въ тѣхъ же правахъ и обязанностяхъ. Приведемъ нѣсколько примѣровъ. Права на пополненіе доказательствъ, на освѣдомленность о ходѣ производства, на соблюденіе формъ и обрядовъ судопроизводства, на пересмотръ дѣлъ, на отводъ судей, на отклоненіе неподсудныхъ дѣлъ и пр. принадлежатъ не только сторонамъ, но и суду. Съ другой стороны, въ правахъ суда участницами являются и стороны. Судъ имѣетъ право вызвать сторону, и сторона имѣетъ право, чтобы она была вызвана. Судъ имѣетъ право допроса свидѣтелей, но и сторона надѣлена этимъ правомъ. Судъ имѣетъ право оцѣнки доказательствъ, но и сторона имѣетъ на это право. Судъ имѣетъ право на постановленіе рѣшенія, но и сторона имѣетъ право требовать того же. Но мало того. Не трудно показать, что права суда являются одновременно и его обязанностями, а обязанности стороны являются часто и ея правами.

Такъ, судъ имѣетъ право требовать явки сторонъ, пополненія доказательствъ, поддержанія порядка засѣданія, оцѣнки доказательствъ, постановленія рѣшенія и т. д. Но никто не станетъ отрицать, что эти права являются вмѣстѣ съ тѣмъ и обязанностями суда. Судъ долженъ потребовать явки сторонъ, долженъ вытребовать нужныя доказательства, онъ долженъ прекратить безпорядокъ и т. д. Точно такъ же сторона не только обязана, но и имѣетъ право явиться; не только обязана, но и имѣетъ право дать въ соотвѣтственныхъ случаяхъ показанія или объясненія; не только обязана выслушать приговоръ, но и имѣетъ на это право. Переплетеніе правъ и обязанностей является порою настолько страннымъ, что, напр., сторона надѣляется правами защиты, а осуществленіе этихъ правъ возлагается не на сторону, а на судъ (см. обязанности матеріальной защиты, лежащія на судѣ; срв. также обвинительныя функціи суда по ст. 52, 313 уст. угол. суд.); или на судъ возлагаются обязанности, а сторона лишается права требовать ихъ осуществленія. Всѣ эти примѣры необъяснимы съ точки зрѣнія теоріи наличности правоотношенія между судомъ и сторонами.

Единственнымъ выходомъ изъ всего этого лабиринта несообразностей является признаніе того, что отношенія, существующія между судомъ и сторонами, суть не правоотношенія, а нѣчто другое.

Уже сами сторонники новой теоріи процесса, характеризуя лежащее въ основѣ его юридическое отношеніе, называютъ его „публично-правовымъ“. Если бы это положеніе ими было послѣдовательно развиваемо, то они должны были бы прійти къ выводу, что всякое публично-правовое юридическое отношеніе имѣетъ однимъ изъ своихъ субъектовъ государство, государственную власть. Не министерства, губернаторы, полицейскіе находятся въ тѣхъ или иныхъ публично-правовыхъ отношеніяхъ къ гражданамъ, а государство. Органы государства, являясь носителями отдѣльныхъ полномочій, сами стоятъ въ извѣстномъ отношеніи къ государству, а не суть субъекты самостоятельныхъ правъ въ отношеніи гражданъ. То же слѣдуетъ сказать и относительно суда. Судъ, какъ органъ государства, не является субъектомъ ка-

ихъ либо самостоятельныхъ правъ и обязанностей по отношенію къ сторонамъ. Права и обязанности сторонъ адресуются не къ суду, а къ государству. Самъ судъ имѣетъ обязанности не по отношенію къ сторонамъ, а къ государству, а его такъ называемыя права представляютъ лишь отведенную его вѣдомству частицу полномочій государства. Сторона имѣетъ право на защиту, обязаннымъ является не судъ, а государство, судъ же вмѣстѣ со стороной заботится объ осуществленіи этого права стороны. Обвиняемый обязанъ явиться для отвѣта по обвиненію: не судъ, а государство имѣетъ право на эту явку, судъ же совмѣстно съ другими органами (полиціей, прокуратурой) стремится обезпечить исполненіе этой обязанности. Но не только относительно сторонъ, а и относительно всѣхъ участвующихъ въ дѣлѣ лицъ слѣдуетъ сказать, что противостоящимъ имъ субъектомъ правъ и обязанностей является не судъ, а государство. Свидѣтель имѣетъ право требовать вознагражденія отъ государства, и государство, а не судъ, заставляетъ его дать показанія. Полиція участвуетъ въ процессѣ въ силу обязанностей, налагаемыхъ на нее государствомъ, а не судомъ. Всѣ процессуальныя юридическія отношенія, поскольку они являются публично-правовыми, могутъ быть сведены къ правоотношенію государства къ другимъ субъектамъ. Юридическія отношенія существуютъ не между судомъ и сторонами, а между судомъ и государствомъ и между сторонами и государствомъ. Здѣсь имѣется параллелизмъ юридическихъ отношеній, а не взаимная юридическая связь. При такой конструкціи, единственно соотвѣтствующей публично-правовому отношенію, находятъ себѣ объясненіе и тѣ несообразности, о которыхъ мы говорили въ началѣ этой главы. Когда возникаетъ вопросъ о правѣ стороны, судъ является не противостоящимъ ей субъектомъ обязанности, а стоящимъ внѣ правоотношенія нейтральнымъ элементомъ. Когда возникаетъ вопросъ объ обязанности суда, то не сторона, а государство является носителемъ соотвѣтствующаго права, сторона же играетъ роль третьяго, заинтересованнаго лица. Далѣе, вполнѣ понятно, что одни и тѣ же дѣйствія могутъ являться въ равной мѣрѣ объектомъ обязанности и

для суда, и для сторонъ,—для обоихъ въ отношеніи государства, или, напротивъ того, одновременно объектомъ права и для суда, и для сторонъ. Такъ, обязанность сохраненія порядка въ залѣ засѣданія одинаково лежитъ и на судѣ, и на сторонахъ. Право полученія нужныхъ доказательствъ одинаково принадлежитъ и суду, и сторонамъ, и всѣ граждане и органы государственной власти обязаны содѣйствовать осуществленію этого права.

Но при этомъ надлежитъ отмѣтить одно существенное различіе въ характерѣ публично-правовыхъ отношеній къ государству сторонъ и суда. Публично-правовая связь государства съ его органами характеризуется не по схемѣ обычнаго правоотношенія, а по схемѣ отношенія цѣлаго къ отдѣльному элементу; каждый публичный органъ выполняетъ извѣстную *функцію*. Какъ органъ составляетъ часть организма, такъ и функція составляетъ часть цѣлостнаго дѣйствія. Въ виду этого права и обязанности государственнаго органа къ государству сливаются въ понятіи функціи или должности. Функція указываетъ на публично-правовую связь органа съ цѣлымъ, и въ составѣ ея права и обязанности не могутъ быть ясно разграничиваемы, они слитны. Мы можемъ говорить о правахъ и обязанностяхъ отдѣльныхъ лицъ: судья имѣетъ право на жалованье, на отпуски и т. д., но судъ, какъ органъ, не имѣетъ ни правъ, ни обязанностей, онъ имѣетъ функціи, которыя могутъ быть или точно-опредѣленными (и тогда обыкновенно говорятъ объ обязанностяхъ), или дискреціонными (и тогда обыкновенно говорятъ о правахъ суда). Обращаясь къ сторонамъ, мы видимъ, что отношенія ихъ къ государству разлагаются на права и обязанности, поскольку мы будемъ имѣть предъ собою отдѣльныхъ лицъ: потерпѣвшаго, свидѣтеля, обвиняемаго и т. д. Но, поскольку сторона организована по типу государственнаго органа, придется говорить о функціяхъ ея въ процессѣ. Такъ, права и обязанности прокуратуры не могутъ быть ясно обособляемы другъ отъ друга въ процессѣ, и можно говорить только о функціяхъ прокуратуры. Положеніе защитника тамъ, гдѣ оно сильно проникнуто публично-право-

выми возрѣніями, также постепенно пріобрѣтаетъ характеръ функціи.

Изъ сказаннаго можно сдѣлать слѣдующіе выводы. Анализъ процессуальныхъ отношеній какъ правъ и обязанностей въ отношеніи къ государственной власти примѣнимъ только къ отношеніямъ между государствомъ и отдѣльными участвующими въ процессѣ лицами. Анализъ же отношенія государства къ своимъ органамъ: суду, полиціи, обвинительнымъ органамъ—можетъ происходить только по схемѣ функціи, въ которой права и обязанности слиты. Функція (какъ и понятіе права или обязанности) имѣетъ своимъ объектомъ извѣстное дѣйствіе. Такимъ образомъ выясненіе функцій сводится къ указанію того, какія дѣйствія относятся къ должности тѣхъ или иныхъ органовъ.

Выясненіе функцій различныхъ органовъ въ процессѣ всегда составляло предметъ науки процесса, и не требуетъ доказательствъ та мысль, что юридическій анализъ функцій различныхъ органовъ (судебной власти, обвиненія, защиты), а также выясненіе взаимодѣйствія ихъ, столь же необходимъ въ ученіи о процессѣ, какъ онъ необходимъ въ государственномъ правѣ, часть котораго составляетъ наука судопроизводства. Точно такъ же необходимо изученіе юридическаго положенія въ процессѣ каждаго изъ участвующихъ въ дѣлѣ лицъ.

Но возникаетъ дальнѣйшій вопросъ,—исчерпывается ли все ученіе о процессѣ анализомъ функцій различныхъ органовъ и процессуальныхъ правъ и обязанностей участвующихъ въ процессѣ частныхъ лицъ, или нѣтъ. Отвѣту на этотъ вопросъ мы посвящаемъ особую главу.

V.

Когда мы говоримъ о „судебномъ процессѣ“, „судебномъ производствѣ“, „судебномъ порядкѣ“, мы всегда имѣемъ въ виду нѣкоторую смѣну *дѣйствій*. Эти понятія выражаютъ нѣкоторое движеніе, чередованіе, предметомъ котораго можетъ быть только реальное явленіе. Напротивъ того, какъ мы уже указывали, понятіе „юридическаго отношенія“, какъ и вся-

каго „отношенія“, выражаетъ собою лишь нѣкоторую связь, взаимную зависимость. Оно есть отвлеченное, логическое понятіе. Процессъ, порядокъ не можетъ быть построенъ изъ логическихъ понятій; послѣднія даютъ только систему, но не могутъ выражать смѣны реальныхъ явленій [1]). Ясно, поэтому, что главное содержаніе „процесса“ сводится къ ученію о различныхъ процессуальныхъ дѣйствіяхъ и ихъ послѣдовательномъ движеніи. Какова юридическая природа этихъ дѣйствій? Юристъ не выполнилъ бы своей задачи, если бы онъ ограничился однимъ описаніемъ ихъ, онъ долженъ подвести ихъ подъ опредѣленныя юридическія категоріи. Сторонники новой теоріи видятъ въ процессуальныхъ дѣйствіяхъ *объектъ* процессуальнаго отношенія, но они послѣдовательно не выдерживаютъ этой точки зрѣнія, выдѣляя цѣлый рядъ дѣйствій изъ этого понятія. Кромѣ того, имъ не удается подвести подъ это понятіе существеннѣйшую часть процесса, именно динамику его. Чтобы выяснить нашу точку зрѣнія, предпошлемъ сначала нѣсколько предварительныхъ замѣчаній.

Однимъ изъ существенныхъ отличій частныхъ правоотношеній отъ правоотношеній публичныхъ является то, что послѣднія могутъ быть осуществляемы не иначе, какъ въ опредѣленномъ порядкѣ. Частное право, распредѣляя права и обязанности, предоставляетъ свободному усмотрѣнію или соглашенію сторонъ способы осуществленія ихъ правъ или обязанностей, устанавливая здѣсь ограниченіе лишь въ тѣхъ случаяхъ, когда затрогивается публичный порядокъ. Уплата долга можетъ быть произведена любымъ способомъ: лично, чрезъ представителя, отъ имени третьяго лица, формально и неформально, путемъ депозита и т. д. Если нѣкоторыя сдѣлки, напр., по отчужденію недвижимости, должны происходить въ формальномъ порядкѣ, то только потому, что здѣсь примѣшивается уже публичный интересъ. Точно такъ же при необходимости обращенія къ принудительному исполненію требуется опредѣленный публичный порядокъ гра-

[1]) Эту мысль высказывалъ уже Bierling. Strafrechtsverhältniss und Strafprocessrechtsverhaltniss. Zeitschrift Liszt'a B. X стр. 300.

жданскаго процесса, такъ какъ принудительность есть аттрибутъ публичной власти. Но всѣ эти случаи осуществленія частнаго права или обязанности въ особомъ публичномъ порядкѣ составляютъ исключеніе, являются лишь ограниченіями господствующаго въ частномъ правѣ диспозитивнаго начала. Иное мы наблюдаемъ въ правѣ публичномъ. Здѣсь осуществленіе правъ и обязанностей или должностныхъ функцій мыслимо не иначе, какъ въ опредѣленномъ порядкѣ. Особый регулированный правомъ порядокъ дѣятельности есть необходимая предпосылка публично-правовыхъ отношеній. Такъ, для каждаго должностного лица устанавливается закономъ опредѣленный порядокъ выполненія его полномочій, безъ соблюденія котораго дѣйствія его не могутъ породить юридическихъ послѣдствій. Свои публично-правовыя отношенія къ гражданамъ государство подчиняетъ также опредѣленному порядку. Государство имѣетъ неограниченную власть надъ гражданами, но эта власть можетъ осуществляться только путемъ опредѣленнаго порядка, который играетъ роль правовой гарантіи. Опредѣленныя общія требованія къ гражданамъ могутъ предъявляться лишь черезъ законъ; законъ же появляется посредствомъ сложнаго порядка изданія его. Въ предѣлахъ закона государство можетъ ограничивать свободу гражданъ, но это ограниченіе опять-таки происходитъ „не иначе, какъ въ установленномъ закономъ порядкѣ“, какъ гласятъ конституціонные законы. Ни одно публично-правовое дѣйствіе невозможно внѣ регулированнаго правомъ порядка. Наличность ряда такихъ регулированныхъ правомъ порядковъ создаетъ идею общаго „публичнаго порядка“ или „правопорядка“. Судебный порядокъ или процессъ есть необходимая форма осуществленія государственнаго карательнаго права. Безъ наличности ряда опредѣленныхъ дѣйствій, носящихъ названіе судебнаго процесса, наказаніе не можетъ быть примѣнено къ преступнику, что́ ясно выражено въ ст. 72 осн. зак. и ст. 1 уст. угол. суд.

Значительное большинство нормъ публичнаго права устанавливаетъ не публично-правовыя отношенія, а опредѣляетъ публичный порядокъ. Законъ указываетъ, что то-то происхо-

дитъ такъ-то, свидѣтели приводятся къ присягѣ въ такомъ-то порядкѣ, жалобы подаются туда-то, судъ предпринимаетъ такія-то дѣйствія и т. д. Каждая норма публичнаго порядка порождаетъ къ жизни рядъ публично-правовыхъ отношеній. Такъ, если законъ постановляетъ, что „судебныя засѣданія по дѣламъ о преступленіяхъ и проступкахъ происходятъ публично“ (ст. 620 уст. угол. суд.), то изъ этой нормы публичнаго порядка вытекаетъ рядъ правъ для сторонъ, для публики, для печати, рядъ обязанностей для суда, для администраціи, для сторонъ и т. д. Если указывается, что „предсѣдатель суда управляетъ ходомъ судебнаго слѣдствія“ (ст. 611 уст. угол. суд.), то отсюда вытекаетъ рядъ обязанностей для членовъ суда, для сторонъ, свидѣтелей, публики, администраціи и пр. подчиняться опредѣленнымъ дѣйствіямъ предсѣдателя, воздерживаться отъ вторженія въ эту область. Съ другой стороны, на самаго предсѣдателя ложится рядъ обязанностей, за неисполненіе которыхъ онъ можетъ быть привлеченъ къ отвѣтственности. Такимъ образомъ нормы публичнаго порядка порождаютъ цѣлую сѣть разнородныхъ публично-правовыхъ отношеній. Иногда не одна, а совокупность нѣсколькихъ такихъ нормъ обладаетъ такою способностью. Съ другой стороны, возможно, что, устанавливая норму публичнаго порядка, законодатель тутъ же указываетъ на отдѣльныя публично-правовыя отношенія, которыя изъ нея вытекаютъ. Напримѣръ, въ ст. 917 уст. угол. суд. указывается что „никто изъ участвующихъ въ дѣлѣ лицъ не вызывается къ слушанію его въ Сенатѣ“, но тутъ же установляется: „но никому не воспрещается присутствовать при докладѣ, не исключая и содержащихся подъ стражею въ мѣстѣ пребыванія Сената“. Такимъ образомъ опредѣленно указывается на право участвующихъ въ дѣлѣ лицъ присутствовать при кассаціонномъ разбирательствѣ. Объекты возникающихъ на почвѣ публичнаго порядка правоотношеній бываютъ весьма различны. Такъ, если остановиться на послѣднемъ примѣрѣ, то можно указать, что для суда объектомъ обязанности будетъ—терпѣть присутствіе обвиняемаго, для судебнаго пристава—впустить его въ залу засѣданія, для начальника мѣста

заключенія—привести его въ судъ. Но законъ, конечно, не перечисляетъ всѣ эти объекты обязанностей. Каждый органъ, принимая норму публичнаго порядка въ руководство своей дѣятельности, выводитъ изъ нея для себя опредѣленныя права и обязанности.

Мы такимъ образомъ видимъ, что *процессуальныя дѣйствія вообще не суть объекты публично-правовыхъ правоотношеній, они суть нѣчто, порождающее эти отношенія.* Теоріи права извѣстна особая категорія дѣйствій, порождающихъ или измѣняющихъ права и обязанности, именно категорія „юридическихъ фактовъ". Уже Беннеке и Белингъ указывали, что „процессъ есть сложная цѣпь дѣйствій суда, сторонъ и третьихъ лицъ. Дѣйствія, изъ которыхъ состоитъ процессъ, носятъ характеръ юридическихъ сдѣлокъ" (стр. 282). Но это, однако, не помѣшало имъ говорить о процессѣ какъ правоотношеніи. И другіе сторонники новаго направленія указываютъ на то, что процессъ есть рядъ „дѣйствій", не замѣчая того, что такая характеристика стоитъ въ противорѣчіи съ пониманіемъ процесса какъ правоотношенія. Такъ, Биркмейеръ опредѣляетъ процессъ какъ „совокупность урегулированныхъ правомъ *дѣйствій*, которыя устанавливаютъ и принудительно осуществляютъ правомочіе государства, вытекающее изъ совершенія преступленія". И. Г. Щегловитовъ указываетъ, что „процессъ есть систематическое изложеніе правилъ и формъ, опредѣляющихъ устройство суда и *дѣятельность* его въ области изслѣдованія преступленій для наказанія виновныхъ въ совершеніи ихъ". Указывается также, что процессъ сводится не къ безразличнымъ съ правовой точки зрѣнія дѣйствіямъ, а къ дѣйствіямъ, порождающимъ извѣстныя юридическія послѣдствія, т. е. къ юридическимъ фактамъ.

Большою заслугою проф. Петражицкаго является доказательство той мысли, что въ господствующихъ ученіяхъ современной юриспруденціи понятіе „правоотношенія" часто смѣшивается съ понятіемъ „юридическаго факта" [1]). Право-

[1]) Теорія права и государства, 1907 г., т. II, стр. 333 сл.

отношенія мыслятся какъ какія-то житейскія отношенія на почвѣ права. Съ большой убѣдительностью онъ устраняетъ эти постороннія примѣси и показываетъ, что въ правоотношеніи нѣтъ никакого „житейскаго элемента“, а лишь нѣкоторая психологическая связь. Сторонники новой теоріи процесса именно и впадаютъ въ ту ошибку господствующаго направленія, на которую указываетъ проф. Петражицкій. Вмѣсто того, чтобы въ процессуальныхъ дѣйствіяхъ видѣть юридическіе факты, порождающіе процессуальныя отношенія, они примѣшиваютъ эти факты къ самому правоотношенію, которое получаетъ характеръ чего-то реальнаго, движущагося и развивающагося. Особенно наглядно такое превращеніе процесса въ житейскія отношенія выражено у проф. Фельдштейна, который даже обоснованіе своей юридической теоріи находитъ въ фактѣ житейскаго взаимодѣйствія людей (см. стр. 7). На почвѣ такого смѣшенія не трудно показать, что одни и тѣ же дѣйствія разсматриваются то какъ юридическія предположенія процесса (юридическіе факты), то какъ само процессуальное отношеніе. Напримѣръ, жалоба или предложеніе прокурора разсматриваются то какъ предположеніе процесса, то какъ право стороны. Демонстрацію такого смѣшенія можно продолжить [1]), но, для краткости, сдѣлаемъ выводъ. Процессуальныя дѣйствія суть не объекты правоотношеній, а юри-

[1]) Однимъ изъ доказательствъ изложенной мысли является характеръ тѣхъ послѣдствій, которыя законъ соединяетъ съ нарушеніемъ норм судебнаго порядка. Если бы дѣло шло о нарушеніи судомъ своей обязанности по отношенію къ сторонѣ (напримѣръ, при отказѣ суда дать обвиняемому послѣднее слово), то санкціей этого нарушенія должно было бы быть или принужденіе суда къ исполненію этой обязанности, или какое либо взысканіе по отношенію къ суду. Между тѣмъ въ процессѣ единственной санкціей является признаніе ничтожности дѣйствій, произведенныхъ съ нарушеніемъ правъ сторонъ. Признаніе ничтожности есть указаніе, что данныя дѣйствія не могутъ разсматриваться какъ юридическій фактъ, порождающій правовыя послѣдствія. Такъ, въ гражданскомъ правѣ „сдѣлка“, заключенная съ нарушеніемъ публичнаго порядка, признается ничтожной, не порождающей юридическихъ послѣдствій. Въ судебномъ правѣ дѣйствіе, произведенное безъ участія сторонъ или съ нарушеніемъ формы ихъ участія, перестаетъ быть надлежащимъ юридическимъ фактомъ и влечетъ дальнѣйшую ничтожность процесса. Здѣсь судъ нарушаетъ не субъективное право стороны, а публичный порядокъ, однимъ изъ требованій котораго является участіе сторонъ въ судопроизводствѣ.

дическіе факты. Противоположное утвержденіе сторонниковъ новой теоріи покоится на смѣшеніи правоотношеній съ юридическими фактами, широко распространенномъ и въ области теоріи права.

Выводъ о томъ, что процессуальныя дѣйствія суть юридическіе факты, еще не рѣшаетъ всего вопроса. Необходимо опредѣлить специфическую природу этихъ актовъ. Господствующее въ теоріи права ученіе о юридическихъ фактахъ создалось главнымъ образомъ на почвѣ положеній частнаго права, и потому не даетъ намъ готовыхъ выводовъ для права публичнаго. Оно знаетъ дѣленіе юридическихъ дѣйствій только на юридическія сдѣлки, поскольку они исходятъ отъ частныхъ лицъ, и на распоряженія, поскольку они исходятъ отъ органовъ власти [1]). На этомъ узкомъ базисѣ едва-ли можетъ помѣститься сложное ученіе процесса. Въ виду этого необходимымъ представляется самостоятельное развитіе интересующихъ насъ положеній.

Дѣйствія, входящія въ составъ публичнаго порядка, обыкновенно имѣютъ характеръ облеченныхъ въ извѣстную форму волеизъявленій различныхъ органовъ. Въ зависимости отъ своей юридической силы, они распадаются на рядъ видовъ: законъ, указъ, циркуляръ, постановленіе, распоряженіе, предписаніе и т. д. Изученіе всѣхъ ихъ—дѣло науки публичнаго права. Въ области процесса приходится встрѣчаться со всѣми этими видами дѣйствій, но, кромѣ того, здѣсь имѣются и специфическія категоріи публично-правовыхъ дѣйствій: дѣйствія суда, выражающіяся въ постановленіяхъ, опредѣленіяхъ и рѣшеніяхъ, и дѣйствія сторонъ, выражающіяся въ заявленіяхъ, ходатайствахъ, жалобахъ, возраженіяхъ и пр. Судебный порядокъ отличается отъ чисто административнаго тѣмъ, что составляющія основаніе его дѣйствія исходятъ отъ особыхъ органовъ, при чемъ на ряду съ оффиціальными (судомъ, проку-

[1]) Колеръ предлагаетъ дѣленіе дѣйствій процесса на „юридическія сдѣлки“ (Rechtsgeschäfte) и „юридическіе акты“ (Rechtsakte), въ зависимости отъ того, имѣютъ ли они самостоятельное значеніе, или только „примыкаютъ“ въ своемъ дѣйствіи къ другимъ (Process als Rechtsverhältniss. S. 34). Но выраженіе „правовые акты“ является общимъ названіемъ публично-правовыхъ дѣйствій и потому неудобно для какого либо видового обозначенія.

ратурой) органами въ выполненіи этихъ дѣйствій *участвуютъ* и заинтересованныя частныя лица (участвующія въ дѣлѣ лица). Не только судъ, но и „участвующія въ дѣлѣ лица“ своею волею опредѣляютъ характеръ процессуальныхъ дѣйствій и движеніе процесса. Опредѣленія и рѣшенія суда при состязательномъ процессѣ постановляются судомъ „при участіи“ сторонъ. Въ частномъ правѣ въ тѣхъ случаяхъ, когда требуется совпаденіе двухъ или нѣсколькихъ воль, говорятъ о сложныхъ сдѣлкахъ. Эта сложность особенно господствуетъ въ правѣ публичномъ. При постановленіи опредѣленій судомъ могутъ быть различныя комбинаціи воль. Иногда требуется совпаденіе воли суда и сторонъ. Такъ, напримѣръ, въ случаѣ принесеннаго подсудимымъ сознанія судъ можетъ не производить судебнаго слѣдствія, если только стороны не возражаютъ (ст. 682 уст. угол. суд.). Здѣсь такимъ образомъ для устраненія извѣстнаго дѣйствія требуется совмѣстная воля суда и сторонъ. Иногда требуется лишь совпаденіе воли суда съ волею одной изъ сторонъ. Такой характеръ носятъ опредѣленія суда, постановляемыя по предложенію или ходатайству одной изъ сторонъ. Но большею частью судъ не связанъ волеизъявленіями сторонъ, а принимаетъ лишь ихъ „во вниманіе“. Мы сейчасъ не станемъ вдаваться въ разсмотрѣніе того, какое политическое значеніе можетъ имѣть такой состязательный порядокъ [1]). Это вопросъ не теоріи, а политики. Разсмотримъ

---

[1]) Политическое значеніе судебнаго порядка, понимаемаго какъ комбинированное дѣйствіе воль суда и сторонъ или воли суда при участіи воли сторонъ, нѣсколько аналогично политическому значенію идеи общественнаго представительства въ законодательной или административной сферѣ. Представительный элементъ тамъ также „соучаствуетъ“ съ органами власти въ осуществленіи различныхъ функцій власти въ рѣшительной или совѣщательной роли. Опредѣленная публичная функція перестаетъ осуществляться усмотрѣніемъ одного оффиціальнаго органа, а выполняется при участіи представителей отъ заинтересованныхъ группъ населенія. Точно такъ же въ реализаціи государственнаго карательнаго права участвуютъ и тѣ лица (потерпѣвшій и обвиняемый), интересы которыхъ непосредственно затрогиваются этой функціей. Въ отличіе отъ прочихъ органовъ, судебные органы обладаютъ независимостью отъ непосредственнаго вліянія государственной власти (невозможность приказовъ судьямъ, несмѣняемость и т. п.). Основаніемъ для такой независимости служитъ начало независимости суда отъ сторонъ, ибо только тогда судъ можетъ являться справедливымъ посредникомъ между сторонами. По мѣрѣ того какъ обвиненіе проникалось все

только его существо. Если примѣнить сюда цивилистическій терминъ, то здѣсь можно говорить о „соучастіи въ сдѣлкѣ“. Судъ и стороны „участвуютъ“ въ постановленіи рѣшенія. Для участія вовсе не требуется, чтобы всѣ участники были равноправны. Участіе суда можетъ быть преобладающимъ, мало того—одна сторона можетъ имѣть перевѣсъ надъ другой. Такъ и обстоитъ дѣло въ уголовномъ процессѣ, гдѣ часто участіе обвинителя имѣетъ перевѣсъ надъ участіемъ обвиняемаго. Это совмѣстное участіе или „взаимодѣйствіе“ вовсе не требуетъ какихъ либо юридическихъ отношеній между участниками. Каждый изъ нихъ свободенъ въ своемъ волеопредѣленіи. Примѣровъ такого соучастія можно встрѣтить довольно много въ публичномъ правѣ. Напримѣръ, законъ есть актъ совмѣстнаго участія трехъ факторовъ законодательной власти: двухъ палатъ и монарха. Чтобы законодательное предположеніе стало закономъ, требуется согласное совпаденіе трехъ воль [1]). При этомъ никакихъ особыхъ юридическихъ отношеній у палатъ другъ къ другу или по отношенію къ монарху не возникаетъ. Каждая изъ нихъ свободно „участвуетъ“ въ изданіи закона. Точно такъ же вотумъ отдѣльной палаты есть совпаденіе воль большинства членовъ ея, при чемъ каждый свободно „участвуетъ“ въ выраженіи общей воли. Итакъ, участіе сторонъ въ судебной дѣятельности есть не особаго рода юридическое отношеніе между судомъ и сторонами, а одинъ изъ видовъ соучастія въ публично-правовомъ актѣ. Благодаря участію сторонъ процессуальныя дѣйствія (поскольку мы имѣемъ въ виду дѣйствія, производящіяся въ состязательномъ порядкѣ) становятся сложными дѣйствіями, въ которыхъ участвуютъ нѣсколько лицъ.

болѣе государственнымъ началомъ, эта независимость суда отъ сторонъ становилась независимостью его и отъ государственной власти, которая уже выступаетъ въ качествѣ стороны. Судъ по прежнему остается функціей государственной власти, но эта функція осуществляется автономными органами. Отсюда государственная независимость суда есть одинъ изъ принциповъ публично-состязательнаго процесса, поддерживающихъ правильную постановку состязательности. Самая же состязательность можетъ быть опредѣлена какъ примиреніе спорныхъ интересовъ участіемъ независимаго отъ спорящихъ посредника.

[1]) При совѣщательной роли палатъ ихъ воля тоже только „принимается во вниманіе“.

Сложность процессуальныхъ дѣйствій можетъ проистекать и изъ другихъ причинъ: двойственности судейской коллегіи (участіе присяжныхъ), наличности инстанцій (повѣрка, ревизіонный пересмотръ), предсудимости (соучастіе съ судами другихъ типовъ), и т. д. Разсмотрѣніе, однако, всѣхъ этихъ сторонъ привело бы насъ къ необходимости углубиться въ изложеніе всего процесса. Нашей же задачей является только выясненіе отношенія суда и сторонъ.

Путемъ положительнаго анализа природы процессуальныхъ дѣйствій мы приходимъ, такимъ образомъ, къ тому же выводу, который нами былъ намѣченъ уже при критическомъ разсмотрѣніи теоріи процессуальнаго правоотношенія, а именно, что никакого процессуальнаго отношенія (если понимать подъ нимъ юридическое отношеніе, а не чисто житейское взаимоотношеніе) между судомъ и сторонами не существуетъ. Всѣ схемы этого отношенія, изображаемыя различными авторами, суть продуктъ нѣкоторой иллюзіи, отъ которой, дѣйствительно, трудно отрѣшиться съ перваго взгляда. Въ самомъ дѣлѣ, стороны обращаютъ свои ходатайства къ суду, получаютъ отъ него указанія, подчиняются его рѣшеніямъ. Все это свидѣтельствуетъ о томъ, что они вступаютъ въ какія-то юридическія отношенія съ судомъ. Но свойство иллюзіи именно и состоитъ въ томъ, что она соотвѣтствуетъ привычнымъ взглядамъ. Отъ представленія о томъ, что солнце вращается вокругъ земли, а не земля вокругъ солнца, нельзя отрѣшиться, если стоять на почвѣ простыхъ воспріятій. Только научный анализъ можетъ привести насъ къ правильному выводу. Точно такъ же и житейски-привычное представленіе о юридическомъ отношеніи суда и сторонъ оказывается иллюзорнымъ. Можно привести рядъ примѣровъ такихъ иллюзій въ правѣ. Я заключаю договоръ съ В., который является представителемъ А. Возникаетъ юридическое отношеніе только между мною и А., хотя правовая иллюзія указываетъ мнѣ, что между мною и В. были какія-то „юридическія отношенія“. Въ силу такой правовой иллюзіи Іерингъ считалъ дестинатаровъ учрежденія подлинными субъектами правъ. Аргументъ наглядности имѣетъ значенія только для

явленій внѣшняго міра (и то не всегда), въ области правовыхъ отношеній мы имѣемъ дѣло съ отвлеченными построеніями, „конструкціями“, которыя далеко не всегда могутъ быть „наглядными“.

VI.

Установленіемъ юридической природы процессуальныхъ дѣйствій мы исчерпали, въ сущности, критику теоріи процессуальнаго юридическаго отношенія. Но вопросъ о юридической природѣ процесса остается еще незаконченнымъ. Въ самомъ дѣлѣ, дѣйствія, входящія въ составъ „судебнаго порядка“, не представляютъ собою простого нагроможденія публично-правовыхъ актовъ. Процессъ въ своемъ движеніи опредѣляется извѣстной *цѣлью*. Эту цѣль опредѣляютъ различно: какъ „разрѣшеніе правового спора“, какъ „осуществленіе правомочія, вытекающаго изъ совершенія преступленія“, какъ „выполненіе наказанія“. Эти опредѣленія не совсѣмъ точны. Конечною цѣлью процесса является не рѣшеніе правового спора и не осуществленіе карательнаго права государства, а *постановленіе правосуднаго приговора*. Задача процесса исчерпывается провозглашеніемъ опредѣленнаго правового рѣшенія. Для спорящихъ процессъ является средствомъ прекращенія спора, для государства—основаніемъ для осуществленія карательнаго права. Но для суда единственною цѣлью является постановленіе правосуднаго рѣшенія. Къ этой цѣли направлена и дѣятельность сторонъ. Примѣненіе карательнаго права, взысканіе гражданскаго иска, очищеніе обвиняемаго отъ подозрѣнія суть не цѣли, а юридическія послѣдствія процесса.

Приговоръ суда есть конечное звено въ той цѣпи юридическихъ дѣйствій, изъ которыхъ состоитъ судебный порядокъ. Когда мы говоримъ, что строй этихъ дѣйствій опредѣляется цѣлью, то мы, въ сущности, хотимъ выразить ту мысль, что каждое дѣйствіе въ процессѣ не является самодовлѣющимъ, а предназначено служить лишь предпосылкой, подготовкой для другого дѣйствія, пока, наконецъ, не будетъ достигнуто главное дѣйствіе (результатъ), опредѣляющее со-

бою возникновеніе, измѣненіе или прекращеніе интересующаго насъ юридическаго отношенія. Судебный приговоръ и играетъ роль такого главнаго дѣйствія, подчиняющаго себѣ цѣпь остальныхъ дѣйствій. Отсюда процессъ проникнутъ началомъ стремленія къ опредѣленному конечному рѣшенію, началомъ цѣлесообразности. Конечно, начало цѣлесообразности не является опредѣляющимъ весь строй процесса. Если бы дѣло было такъ, то процессъ сталъ бы простымъ техническимъ средствомъ, и изслѣдованіе дѣла (слѣдствіе) велось бы такъ же свободно, какъ ведется научное или техническое изслѣдованіе. Напротивъ того, начало цѣлесообразности подчинено началу легальности. Строй процессуальныхъ дѣйствій подчиненъ легальному порядку, который имѣетъ характеръ процессуальной гарантіи. И лишь восполненіемъ легальнаго порядка является начало „судейскаго усмотрѣнія“ или диспозитивное начало въ процессѣ, которое можетъ выражаться какъ въ дѣятельности суда, такъ и въ дѣятельности содѣйствующихъ ему сторонъ. Съ другой стороны, такъ какъ цѣлью процесса является „правосудный приговоръ“, то другимъ началомъ, опредѣляющимъ судебно-процессуальныя дѣйствія суда и сторонъ, является „стремленіе къ матеріальной истинѣ“. Вопросъ о томъ, въ какомъ отношеніи стоятъ другъ къ другу начала „легальности“, „диспозитивности“ и „стремленія къ матеріальной истинѣ“, рѣшается конкретнымъ строемъ процесса. Во всякомъ случаѣ, за всѣми этими тремя началами слѣдуетъ признать организаціонную роль. Они сводятъ процессъ въ опредѣленный порядокъ, приводящій къ постановленію приговора.

Со всякимъ юридическимъ фактомъ сопрягаются опредѣленныя юридическія послѣдствія. Точно такъ же и судебный приговоръ, какъ юридическій фактъ, порождаетъ таковыя. Основнымъ правовымъ послѣдствіемъ является признаніе государственнаго карательнаго права или отрицаніе его. Это послѣдствіе доминируетъ надъ остальными, но не поглощаетъ ихъ. Вторымъ послѣдствіемъ является опредѣленіе наказанія. При настоящемъ строѣ процесса судъ самъ опредѣляетъ это послѣдствіе, но вполнѣ мыслимъ такой порядокъ, при кото-

ромъ опредѣленіе наказанія возлагалось бы на другіе органы, напримѣръ, на исполнительную власть. И нынѣ административная власть принимаетъ участіе въ опредѣленіи наказанія: достаточно припомнить такіе институты, какъ условное освобожденіе, неопредѣленные приговоры. Примѣненіе наказанія есть послѣдствіе, отличное отъ признанія государственнаго карательнаго права: присяжные засѣдатели, напримѣръ, участвуютъ только въ опредѣленіи второго, но не участвуютъ въ первомъ. Далѣе, идетъ установленіе правовыхъ послѣдствій для потерпѣвшаго (гражданскій искъ), для казны (издержки), для администраціи (конфискація орудій преступленія, уничтоженіе неправильно построеннаго) и т. д. Итакъ, юридическія послѣдствія уголовнаго процесса многосложны, хотя и находятся въ подчиненіи главному послѣдствію—признанію государственнаго карательнаго права. Эти правовыя послѣдствія процесса и порождаютъ рядъ новыхъ правоотношеній, создавая новыя права на сторонѣ государства, потерпѣвшаго, администраціи и налагая новыя обязанности на осужденнаго, или, напротивъ того, создавая права у оправданнаго, а обязанности у государства (освободить изъ подъ стражи, вознаградить за подслѣдственное заключеніе, воздерживаться отъ новыхъ преслѣдованій).

Судебный приговоръ является, такимъ образомъ, однимъ изъ важнѣйшихъ правоизмѣняющихъ юридическихъ фактовъ въ публичномъ правѣ. Онъ создаетъ новый укладъ юридическихъ отношеній между властью и гражданиномъ.

Но не только судебный приговоръ, какъ конечная цѣпь процессуальныхъ дѣйствій, а и всякое отдѣльное процессуальное дѣйствіе, являясь, въ свою очередь, юридическимъ фактомъ, способно измѣнять правоотношенія. Сообщеніе о совершившемся преступленіи порождаетъ для полиціи обязанность производства дознанія: у полиціи возникаютъ новыя обязанности. Привлеченіе лица въ качествѣ обвиняемаго создаетъ на сторонѣ государства право ограничивать его личную свободу, пріостанавливаетъ дѣйствіе его нѣкоторыхъ правъ; вызовъ свидѣтеля создаетъ для посторонняго лица обязанность явки въ судъ и дачи показанія и т. д. Число

такихъ возникающихъ и прекращающихся въ процессѣ правоотношеній между государствомъ и различными его органами или между государствомъ и различными частными лицами чрезвычайно велико. Наука процесса даетъ анализъ лишь важнѣйшихъ изъ нихъ.

Наиболѣе интереснымъ съ теоретической точки зрѣнія является анализъ юридическихъ отношеній, возникающихъ въ процессѣ между государствомъ и обвинителемъ и государствомъ и обвиняемымъ. Вопросъ этотъ интересенъ и для освѣщенія возникающаго въ процессѣ юридическаго отношенія, но не между судомъ и сторонами, а между государствомъ и сторонами.

Для господствующаго направленія въ процессуальной наукѣ отношеніе обвиненія къ суду является вопросомъ почти необъяснимымъ. Въ самомъ дѣлѣ, при строѣ публичнаго обвиненія обвинителемъ выступаетъ государство (въ лицѣ своего органа или даже частнаго обвинителя), и разрѣшаетъ обвиненіе то же государство въ лицѣ суда. Между тѣмъ обвинитель противополагается суду, какъ сторона. Выходитъ, что государство является судьею въ своемъ дѣлѣ. Это ошибочное представленіе разсѣивается на почвѣ предложенной нами теоріи. Стороны и судъ не противополагаются другъ другу, а совмѣстно участвуютъ въ правосудіи. Участіе сторонъ можетъ быть конструировано и какъ участіе частныхъ заинтересованныхъ лицъ, и какъ публичная функція, осуществляемая чрезъ посредство публичныхъ органовъ. При инквизиціонномъ процессѣ функціи обвиненія и защиты слиты съ функціей суда, при публично-состязательномъ процессѣ эти функціи осуществляются особыми публичными органами. Этотъ процессъ весьма напоминаетъ собою процессъ дифференціаціи законодательной и административной функціи. Раньше эти функціи были слиты въ одномъ органѣ верховной власти, строгое обособленіе ихъ и распредѣленіе между особыми органами кладетъ основаніе строю правового государства. Совершенно такъ же можно говорить о томъ, что раздѣленіе властей или функцій обвиненія и защиты кладетъ основаніе правового строя процесса, т. е. создаетъ публично-состязательный его типъ.

Въ то время какъ обвинительная функція въ современномъ уголовномъ процессѣ уже почти всецѣло организована по типу должностной, чисто публичной, функція защиты сохраняетъ черты частно-правовыя. Защита есть и нынѣ во многомъ функція публичная, и положеніе присяжныхъ повѣренныхъ во многомъ приближается къ должностному [1]). Частно-правовой ея характеръ сказывается въ ея факультативности, въ преобладаніи въ ней диспозитивныхъ нормъ надъ принудительными, въ меньшемъ ея значеніи и роли въ процессѣ, чѣмъ функціи обвинительной.

Если благодаря публичному характеру обвинительной функціи юридическое отношеніе обвинителя къ государству поглощается понятіемъ должности, то на сторонѣ обвиняемаго мы видимъ все еще правовое отношеніе государства и гражданина. Нѣкоторые ученые, напримѣръ, Биндингъ, полагаютъ, что это отношеніе государства къ обвиняемому есть лишь выраженіе государственнаго права на наказаніе. Оно есть то же самое отношеніе, которое лежитъ въ основѣ всего уголовнаго права: именно право государства на наказаніе (Strafprocessverhältniss ist Strafrechtsverhaltniss) [2]).

По этому поводу весьма справедливо замѣчаетъ Бирлингъ [3]), что право на наказаніе существуетъ у государства по отношенію къ преступнику, въ процессѣ же мы имѣемъ дѣло не съ преступникомъ, а съ обвиняемымъ. Оба правоотношенія, по его мнѣнію, покоятся на нормахъ публичнаго права, но субъекты ихъ различны. Уголовно-процессуальное отношеніе не есть только вспомогательное отношеніе или суррогатъ нормальнаго осуществленія права. Оно имѣетъ самостоятельное публично-правовое значеніе, затрогиваетъ не только обви-

---

[1]) Замѣтимъ, между прочимъ, что то же недоумѣніе нынѣ возможно и относительно защиты. Идея публичныхъ или должностныхъ защитниковъ находитъ себѣ все болѣе и болѣе прочную почву (см. мою статью «О публичной защитѣ». Юрид. Вѣсти. 1913 г. кн. 1). Здѣсь защитникъ является должностнымъ органомъ, и защита тоже осуществляется отъ лица государства.

[2]) Binding. Handbuch des Strafrechts. 1885, а также Grundriss des d. Strafprocessrechts. 1900. § 1.

[3]) Bierling. Strafrechtsverhältniss und Strafprocessverhältniss. Zeitschr. f. d. GSRWiss. B. X. S. 316.

няемаго, но и другихъ лицъ (потерпѣвшаго), словомъ, оно есть особое отношеніе государства, стоящее на ряду съ карательнымъ правомъ государства и не поглощаемое имъ. Въ этомъ спорѣ истина находится, по нашему мнѣнію, на сторонѣ Бирлинга. Карательнаго полномочія государства до судебнаго приговора еще не существуетъ. Судебный приговоръ, какъ юридическій фактъ, порождаетъ его. Биндингъ полагаетъ, что карательное полномочіе возникаетъ съ момента совершенія преступленія, процессъ лишь реализуетъ его. Но, если мы будемъ имѣть въ виду карательное право, какъ абстрактную возможность, то оно всегда присуще государству, по отношенію же къ данному, конкретному лицу это право возникаетъ лишь тогда, когда виновность этого лица констатирована, т. е. послѣ судебнаго приговора. Процессуальное отношеніе происходитъ не между государствомъ и преступникомъ, а между государствомъ и обвиняемымъ гражданиномъ. И это накладываетъ печать на весь процессъ. Гражданинъ подвергается ограниченіямъ въ правахъ или принудительнымъ мѣрамъ не въ качествѣ не уличеннаго еще преступника, а лишь постольку, поскольку его свобода можетъ создать опасность для правосудія; всѣ нормы процесса разсчитаны на людей невинныхъ столько же, какъ и на виновныхъ [1]), и такъ называемая презумпція невинности есть гарантія противъ преждевременнаго превращенія процессуальнаго юридическаго отношенія въ карательное. Но нельзя отрицать, что, чѣмъ ближе процессъ придвигается къ своей конечной стадіи, тѣмъ эта тенденція усиливается, достигая въ конечныхъ стадіяхъ иногда силы презумпціи виновности [2]).

---

[1]) См. мою работу „Свобода личности въ уголовномъ процессѣ“, 1906 г., стр. 9—14.

[2]) Нѣкоторые изъ оппонентовъ новой теоріи указываютъ, что въ уголовномъ процессѣ обвиняемый является не субъектомъ, а объектомъ процесса (см. Wach Struktur des Strafprocesses 1914. S. 19 цит. у Фельдштейна). Здѣсь мы видимъ также нѣкоторое злоупотребленіе юридической терминологіей. Обыкновенно, говоря о такомъ характерѣ положенія обвиняемаго, имѣютъ въ виду то обстоятельство, что къ обвиняемому примѣняются въ процессѣ различныя мѣры: приводъ, взятіе подъ стражу, допросъ. Отсюда можно было бы говорить, что нѣко-

Точное установленіе содержанія юридическаго отношенія между обвиняемымъ и государствомъ составляетъ уже предметъ самого процесса. Обвиняемый имѣетъ рядъ правъ, изъ которыхъ главнымъ являются право на защиту и право подслѣдственной свободы, но и рядъ обязанностей, какъ обязанность явки, дачи показаній (въ прежнемъ процессѣ особенно), подчиненія распоряженіямъ суда и т. д. Права обвиняемаго въ процессѣ есть одна изъ частей правъ гражданской свободы, и нѣкоторыя изъ этихъ правъ гарантируются конституціями. Здѣсь процессуальное право переходитъ въ конституціонное, ибо оно опредѣляетъ границы вторженія государства въ сферу правъ гражданина. Всѣ тѣ соображенія, которыя выработаны наукой государственнаго права о субъективныхъ публичныхъ правахъ гражданъ, примѣнимы и къ данной категоріи правъ, и соотвѣтственная ихъ конструкція есть уже дѣло государственнаго права.

Мы пришли къ заключенію нашей работы. Начавъ съ критики теоріи процесса какъ юридическаго отношенія, мы заканчиваемъ работу конструкціей юридическихъ отношеній въ процессѣ. Но не трудно усмотрѣть, въ чемъ наше воззрѣніе отличается отъ господствующаго. Судъ и стороны по прежнему остаются участниками этого процессуальнаго отношенія, но послѣднее происходитъ не между ними взаимно, а между ними и государствомъ, между собою же они являются соучастниками, осуществляющими совмѣстно извѣстную публичную функцію. Процессъ, какъ наука, вовсе не укладывается въ рамки этого правоотношенія. Онъ представляетъ собою цѣпь юридическихъ дѣйствій (порядокъ), заканчиваю-

---

торыя дѣйствія обвиняемаго являются объектомъ его процессуальныхъ обязанностей по отношенію къ государству, но это нисколько не лишаетъ его положенія стороны. Потерпѣвшій, также являясь стороной, вмѣстѣ съ тѣмъ обязанъ къ дачѣ свидѣтельскихъ показаній на судѣ, иначе говоря,—и его дѣйствія могутъ быть объектомъ обязанности. Даже такое проникнутое состязательностью право, какъ англійское, не сочло противорѣчащею положенію обвиняемаго, какъ стороны, возможность выступленія его въ качествѣ свидѣтеля по собственному дѣлу (законъ 1898 г.).

щихся приговоромъ и являющихся юридическими фактами, а не объектами правоотношеній. Публично-правовыя отношенія суда и сторонъ къ государству только отчасти могутъ быть построены по типу правоотношенія, большинство ихъ поглощается понятіемъ публичной функціи. И, кромѣ того, эти отношенія, являясь центральными, однако далеко не поглощаютъ собою весьма многосложныхъ юридическихъ отношеній въ процессѣ [1]).

---

[1]) Нѣкоторые изъ сторонниковъ новой теоріи процесса въ своей аргументаціи въ пользу пониманія уголовнаго процесса, какъ правоотношенія между судомъ и сторонами, исходятъ изъ единства юридической природы этого процесса и процесса гражданскаго. Такъ, проф. Розинъ указываетъ, что „судебная дѣятельность едина по своему логическому характеру и по своей юридической природѣ“ и что имѣется одна наука судебнаго права, вѣтвями которой являются наука гражданскаго и наука уголовнаго судопроизводства (стр. 18). Отсюда естественъ выводъ: если теорія процессуальнаго правоотношенія примѣнима къ гражданскому процессу, она должна быть примѣнимой и къ уголовному. Въ виду этого представляется необходимымъ хотя бы въ нѣсколькихъ словахъ коснуться вопроса о юридическомъ сходствѣ обоихъ видовъ процесса и о примѣнимости къ гражданскому процессу тѣхъ замѣчаній, которыя приведены нами выше противъ новой теоріи въ области уголовнаго процесса.

Въ наукѣ въ настоящее время не вызываетъ сомнѣній утвержденіе, что нормы гражданскаго процесса суть нормы публичнаго права, хотя предметомъ этого процесса являются частно-правовыя отношенія. Какъ и уголовный, процессъ гражданскій подчиняется началу легальности. Существенное различіе между ними заключается въ значеніи диспозитивнаго начала. Въ уголовномъ процессѣ это начало широко проведено въ дѣятельности суда, въ гражданскомъ же оно здѣсь развито въ весьма слабой степени и, напротивъ того, весьма широко проведено въ дѣятельности сторонъ. Это обстоятельство, между прочимъ, даетъ поводъ сторонникамъ теоріи правоотношенія указывать, что въ уголовномъ процессѣ судъ имѣетъ по отношенію къ сторонамъ какъ обязанности, такъ и права, а въ гражданскомъ процессѣ на судѣ лежатъ только обязанности. Вмѣстѣ съ тѣмъ вытекающее изъ диспозитивности начало стремленія къ матеріальной истинѣ также весьма слабо сказывается въ гражданскомъ процессѣ (хотя не отсутствуетъ совершенно, какъ полагаютъ нѣкоторые) вслѣдствіе того же ограниченія суда въ области диспозитивнаго начала. Другое отличіе обоихъ процессовъ состоитъ въ характерѣ участія сторонъ въ процессѣ. Въ уголовномъ процессѣ въ цѣломъ рядѣ дѣйствій участіе сторонъ факультативно, и судъ не связанъ волеизъявленіями сторонъ (стороны играютъ совѣщательную роль, ихъ воля „принимается во вниманіе“). Въ процессѣ же гражданскомъ довольно послѣдовательно проведено начало обязательнаго участія сторонъ, и волеизъявленіямъ ихъ придается рѣшающая сила, связывающая судъ. Въ связи съ этимъ указываютъ, что гражданскій процессъ имѣетъ чисто состязательный характеръ, въ уголовномъ же состязательность ограничивается и умѣряется судомъ. Оба

Выясненіе юридической природы элементовъ процесса и существующихъ въ процессѣ юридическихъ отношеній составляетъ необходимую часть науки судопроизводства, но оно отнюдь не поглощаетъ ея содержанія. Главнымъ ея содержаніемъ, по-прежнему, является изученіе того „порядка", который образуетъ собою процессъ, т. е. тѣхъ дѣйствій, изъ которыхъ процессъ слагается. Выясненіе принциповъ, на которыхъ построенъ этотъ порядокъ, установленіе границъ для примѣненія легальнаго и диспозитивнаго начала по отношенію къ каждому дѣйствію, изученіе ихъ формы и юридической силы—вотъ основная задача процессуалиста. Какъ всякій публицистъ, процессуалистъ стоитъ на стражѣ того „публичнаго порядка", который созданъ вѣками правового развитія противъ произвола власти, и въ истолкованіи и усовершенствованіи его онъ долженъ видѣть свое научное призваніе.

приведенныхъ основныхъ отличія переносятъ центръ тяжести процессуальныхъ дѣйствій на дѣйствія сторонъ, а не на дѣйствія суда.

Но эти особенности не позволяютъ все-же говорить о наличности юридическаго отношенія между судомъ и сторонами и въ области гражданскаго процесса. И здѣсь судъ совмѣстно со сторонами осуществляетъ публичный порядокъ и стоитъ въ юридическомъ отношеніи къ государству, а не къ сторонамъ. Точно такъ же и стороны стоятъ въ юридическомъ отношеніи не къ другъ къ другу или къ суду, а къ государству. Уголовный процессъ является публично-состязательнымъ, такъ какъ обвиненіе (и отчасти защита) построены по типу публичной функціи. Гражданскій процессъ имѣетъ частно-состязательный характеръ, такъ какъ субъекты иска и отвѣта суть частныя (физическія или юридическія) лица, дѣйствующія въ своихъ интересахъ. Поскольку участію частныхъ лицъ, какъ сторонъ, придается рѣшающее значеніе, постольку можно говорить о господствѣ частнаго начала въ гражданскомъ процессѣ. Почти всѣ приведенныя нами возраженія противъ новой теоріи въ области уголовнаго процесса mutatis mutandis примѣнимы и къ процессу гражданскому.

Изъ Журнала Министерства Юстиціи (Февраль 1916).

КЪ ВОПРОСУ О „НОВОЙ ТЕОРІИ УГОЛОВНАГО ПРОЦЕССА".

1.

Въ январьской книгѣ „Журнала Министерства Юстиціи" за текущій годъ напечатана статья П. И. Люблинскаго, посвященная „новой теоріи уголовнаго процесса". Съ свойственной ему вдумчивостью и широтой кругозора авторъ статьи отмѣчаетъ нѣкоторыя, непріемлемыя съ его точки зрѣнія, стороны этой теоріи, отвергаетъ вслѣдствіе этого ея научное значеніе и предлагаетъ затѣмъ собственное опредѣленіе дѣйствительнаго содержанія науки процесса, а также выясняетъ тѣ основныя начала, на которыхъ, по его мнѣнію, долженъ покоиться „порядокъ процессуальныхъ дѣйствій", подлежащій изслѣдованію со стороны процессуальной науки. Да будетъ позволено мнѣ, какъ одному изъ виновниковъ проведенія въ русскую процессуальную литературу, въ области уголовнаго судопроизводства, „новой теоріи", остановиться на этой статьѣ.

Сущность „новой теоріи" заключается въ томъ, что процессъ, какъ гражданскій, такъ и уголовный, изображается, какъ подвижное, текущее юридическое отношеніе между судомъ и сторонами. Этотъ взглядъ далеко не новъ. Мало извѣстная ученымъ Англіи и Франціи, вообще не склоннымъ къ отвлеченнымъ конструкціямъ и теоретическимъ обобщеніямъ, эта теорія нынѣ является общепринятой въ наукѣ германской для обоихъ процессовъ и въ русской наукѣ—для гражданскаго процесса. Въ области процесса уголовнаго она развита у насъ профессоромъ Московскаго университета Г. С. Фельдштейномъ, отчасти профессоромъ Харьковскаго университета Л. Я. Тауберомъ и, нѣсколько ранѣе другихъ, изложена И. Г. Щегловитовымъ и мною. П. И. Люблинскій

полагаетъ, что рецепція „новой теоріи“ въ нашей наукѣ объясняется германскими вліяніями, т. е. просто-на-просто идетъ по пути симпатій къ абстрактному теоретизированію, навѣянному намъ нѣмцами. Модная, но не очень глубокая мысль. Принятіе новой теоріи объясняется болѣе серьезно: оно подсказывается самой матеріей, съ которой имѣетъ дѣло наука процесса. Въ основу этой теоріи кладется то общее положеніе науки права, что центръ всѣхъ безъ исключенія правовыхъ явленій сосредоточивается въ отношеніи между субъектами права и обязанности. Внѣ этого отношенія или внѣ связи съ нимъ—нѣтъ правовой жизни. Если извѣстная житейская область регулируется нормами права, то въ этой области implicite появляются юридическія отношенія. Это правило одинаково и съ неизбѣжностью примѣнимо и къ области процесса. И если-бы, напр., англійская и французская наука процесса встали на путь чисто юридическаго изслѣдованія процессуальныхъ явленій, въ широкомъ смыслѣ и понятіи такого изслѣдованія, то онѣ неминуемо приняли-бы ту же концепцію процесса, какъ юридическаго отношенія. Внѣ этой теоріи или, по крайней мѣрѣ, внѣ ея элементовъ немыслима научная работа въ сферѣ процесса, внѣ ея возможна только работа комментаторская, описательная и публицистическая. Даже тѣ ученые, которые эту теорію отрицаютъ, безсознательно, сами того не замѣчая, служатъ ея же задачамъ. Ей служитъ, напр., возражающій противъ нея В. К. Случевскій, горячій и убѣжденный защитникъ состязательности и равноправія сторонъ въ процессѣ [1]); ей же служитъ и П. И. Люблинскій. Что, въ самомъ дѣлѣ, какъ не проведеніе идеи процессуальнаго юридическаго отношенія, представляютъ такія, напр., мѣста его книги „Свобода личности въ уголовномъ процессѣ“: „Уставъ (уголовнаго судопроизводства) нельзя разсматривать, какъ сводъ предписаній судебнымъ властямъ о формахъ производства, но какъ законъ, обращенный къ подданнымъ о правахъ, которыя имъ предоставлены въ огражденіе отъ произвола государственно-судебныхъ органовъ“; или: „состояніе (равновѣсія между властью и обществомъ) характеризуется господствомъ состязательной системы судопроизводства... и существованіемъ у личности, имѣющей отношеніе къ суду, въ качествѣ-ли обвинителя или обвиняемаго, ряда правъ и гарантій, охраняющихъ“ и т. д. [2])?

[1]) См. въ особенности статью о правѣ защиты по вызову свидѣтелей, Журн. Мин. Юст. 1916 № 1.

[2]) Свобода личности, 1906, стр. 11, 28.

„Новая теорія процесса", такимъ образомъ, по существу не внесла въ науку процесса такихъ элементовъ, которые были-бы абсолютно чужды процессуалистамъ, стоящимъ на старой, классической точкѣ зрѣнія. Она лишь съ отчетливостью и ясностью использовала юридическую сущность изучаемаго явленія, выдѣлила эту сущность и координировала съ ней всѣ отдѣльныя проявленія процессуальной жизни.

Достигнутый такимъ путемъ *научный* прогрессъ внѣ всякаго сомнѣнія. Концепція процесса, какъ юридическаго отношенія, выявила самостоятельную публично-правовую природу этого отношенія. Она образовала почву для созданія самостоятельной процессуальной науки и повела къ уничтоженію той вспомогательной и служебной роли, которую до сихъ поръ эта наука играла по отношенію къ наукѣ „матеріальнаго" уголовнаго права. Съ установленіемъ точнаго объекта процессуальной науки установился и точный методъ ея изслѣдованій, испытанный методъ старыхъ юридическихъ дисциплинъ. Все это открыло, наконецъ, возможность сблизить между собою разновидности процесса, установленныя положительнымъ правомъ, и положить основанія для созданія обще-процессуальной науки, науки судебнаго права. Шаги въ направленіи дальнѣйшаго развитія этой науки уже сдѣланы.

На ряду съ научными результатами новой теоріей достигаются, думается, и весьма серьезные *судебно-политическіе* результаты, ясные для каждаго, смотрящаго на идею процесса, какъ юридическаго отношенія, незатемненнымъ взоромъ.

До сихъ поръ и на западѣ, и у насъ еще пользуется большимъ кредитомъ ходячій и достаточно поверхностный взглядъ, что уголовное судопроизводство призвано играть роль той формы, въ которой и посредствомъ которой осуществляется государственное карательное право, а уголовное преслѣдованіе есть не болѣе, какъ эманація права наказанія. Взглядъ этотъ сталъ настолько общимъ мѣстомъ, что его не избѣжалъ даже такой внимательный изслѣдователь, какъ проф. А. А. Жижиленко [1]), не говоря уже о dii minores нашей уголовно-правовой и процессуальной литературы. Значеніе этого взгляда такъ велико, что на немъ стоитъ остановиться нѣсколько подробнѣе.

Въ исторіи процесса мысль о томъ, что уголовное судопроизвод-

[1]) Наказаніе, 1914, стр. 94, 615 и др. Противъ этого взгляда, но кратко и отрывочно, высказались въ нашей литературѣ только В. К. Случевскій, Учебникъ, стр. 10, и П. И. Люблинскій, Свобода личности, стр. 11 и сл.

ство есть только путь для проведенія государственнаго права наказанія, вызвала къ жизни весь порядокъ розыскного судопроизводства. Питаемая общественною и политической обстановкой, эта мысль превратила въ свое время судъ въ орудіе карательной политики государства, въ его исполнительный органъ, и наводнила уголовный процессъ сверху до низу специфическими карательными элементами. На этой почвѣ возникли сліяніе функцій сторонъ и суда въ дѣятельности государственныхъ должностныхъ лицъ, институтъ допроса обвиняемаго, пытка, экстраординарныя наказанія при неполныхъ доказательствахъ виновности привлеченнаго къ суду, оставленіе въ подозрѣніи и прочіе институты судопроизводства, ставящіе своей задачей обереганіе права государства на наказаніе. Нужно было много усилій, чтобы внести въ этотъ „садъ истязаній“ свѣжую струю. Струя эта пришла извнѣ. Она влита была новыми политическими и общественными вѣяніями. Она стала жить *рядомъ* съ уголовнымъ процессомъ, нѣсколько обновленнымъ въ своихъ формахъ, но еще мало измѣнившимся, какъ показываетъ и господствующее пониманіе его авторитетными юристами, въ своей юридической природѣ, стала жить рядомъ съ нимъ, *враждебная его структурѣ*, какъ проявленію права наказанія. Недаромъ и понынѣ теорія государственнаго и процессуальнаго права тратитъ такъ много усилій для доказательства той, казалось-бы, простой мысли, что уголовный судъ долженъ быть одной изъ гарантій правъ личности противъ дѣятельности органовъ власти. И недаромъ и понынѣ тѣ стадіи процесса, гдѣ еще живо розыскное начало, такъ богаты ненужными мѣрами предупрежденія и пресѣченія и такъ грѣшатъ ихъ расточительствомъ въ практическомъ примѣненіи процессуальнаго закона.

Нынѣ мы приближаемся къ ликвидаціи этого порядка и должны настаивать на ускореніи этой ликвидаціи. Она можетъ быть достигнута только путемъ рѣшительнаго *пересозданія юридической структуры* уголовнаго процесса. Право преслѣдованія должно быть оторвано отъ права наказанія, должно пріобрѣсти болѣе широкія предположенія для своего возникновенія и условія для своего развитія, а задача уголовнаго суда должна быть опредѣлена, какъ постановленіе справедливаго приговора о виновности или невиновности подсудимаго, а не какъ проявленіе государственной карательной дѣятельности. Когда это будетъ признано, уголовный процессъ однимъ ударомъ освободится отъ карательныхъ примѣсей, и гарантіи правъ личности будутъ заложены *въ его природѣ*.

Какая же теорія способна послужить этому дѣлу съ силой бо́льшей, чѣмъ теорія процесса, какъ юридическаго отношенія? Теорія конституціонныхъ правъ гражданина? Но права эти еще не вездѣ установлены и, быть можетъ, еще долго не будутъ установлены. Теорія публично-правовыхъ функцій, выполняемыхъ судомъ? Но жизнь показываетъ, что нерасчлененныя функціи эти могутъ прекрасно уживаться съ полнымъ безправіемъ сторонъ въ процессѣ. „Новая теорія процесса", правильно понятая, не искаженная въ стилѣ Биндинга и Биркмейера, несетъ съ собой мысль о *самостоятельной природѣ* процессуальныхъ институтовъ, о *самостоятельныхъ задачахъ* судебной дѣятельности.

Новая теорія гармонируетъ, далѣе, съ наиболѣе дорогими въ общественномъ отношеніи началами, заложенными въ основаніе реформированнаго процесса. Одно изъ такихъ началъ—начало состязательности, давно укоренившееся въ правѣ Англіи, провозглашенное въ концѣ XVIII вѣка во Франціи, но не осуществленное вполнѣ ни правомъ Франціи, ни правомъ другихъ странъ Европейскаго континента. Оно создалось на континентѣ въ противовѣсъ началу розыскному, тѣсно связанному съ бюрократизмомъ абсолютно-монархическаго и полицейскаго государства, и въ немъ надлежитъ видѣть драгоцѣнное пріобрѣтеніе новаго порядка. Только при его наличности судъ можетъ занять подобающее ему мѣсто безпристрастнаго третьяго, рѣшающаго споръ сторонъ о правѣ, и перестать быть органомъ управленія. Только при немъ можетъ найти себѣ наивысшія процессуальныя гарантіи человѣческая личность, противопоставленная своему мощному противнику—государству. Это начало состязательности, опять-таки, съ наибольшей силой диктуется именно концепціей процесса, какъ юридическаго отношенія. Здѣсь оно изъ научнаго постулата превращается въ сильный судебно-политическій факторъ, такъ какъ понятно, что весь процессъ пріобрѣтаетъ судебно-политическое значеніе только при условіи гармоніи правъ и обязанностей субъектовъ, влагающихся въ процессуальное отношеніе,—гармоніи, основанной на равенствѣ. Здѣсь оно превращается также въ вліятельный критерій для судебной практики во всѣхъ случаяхъ, когда послѣдняя встаетъ на путь правового творчества, т. е. когда опредѣленные результаты не могутъ быть ею достигнуты при помощи элементарнаго толкованія закона: новая теорія вовлекаетъ судъ въ особую моральную атмосферу, которою она дышетъ, въ атмосферу уравненія правъ процессуальныхъ субъектовъ.

Такимъ образомъ „новая теорія процесса", развивая мысли о

самостоятельной природѣ процессуальнаго отношенія и о правахъ сторонъ въ процессѣ и возводя эти мысли къ чистымъ, гармонирующимъ съ нею и даже въ ней самой лежащимъ судебно-политическимъ критеріямъ, освѣщаетъ ихъ яснымъ этическимъ свѣтомъ. Благодаря этому, она пріобрѣтаетъ высокое общественное значеніе, какъ одинъ изъ прогрессивныхъ, культурныхъ двигателей.

Всѣ эти стороны вопроса совершенно не затронуты статьей П. И. Люблинскаго,—онѣ упущены авторомъ изъ вниманія.

2.

Аргументы, выдвигаемые имъ противъ новой теоріи и разсѣянные по его большой статьѣ, сводятся къ главнѣйшимъ четыремъ: неодинаковость пониманія и истолкованія различными учеными элементовъ новой теоріи; ея не вполнѣ послѣдовательное проведеніе въ систематическомъ изложеніи процесса; ея несоотвѣтствіе дѣйствительной сложности процессуальныхъ отношеній; ея неспособность обнять всѣ положительно-правовыя формы судопроизводства.

Подмѣченное авторомъ разнообразіе схемъ, въ которыя выливается, по представленію того или другого ученаго, процессуально-юридическое отношеніе, дѣйствительно существуетъ. Схемы эти неодинаковы у Бюлова, Гелльвига и Гольмстена, у Колера и Биркмейера, у Васьковскаго и Фельдштейна. Но естественно, что это разнообразіе схемъ не является доказательствомъ того, что отсутствуетъ и не существуетъ само схематизируемое явленіе. Разнообразіе это проистекаетъ изъ того постоянно наблюдаемаго въ общественной наукѣ явленія, что опредѣленіе объема и содержанія, равно какъ внѣшняя конструкція одного и того же понятія у различныхъ ученыхъ подчиняются не только формально-логическимъ требованіямъ, но и характеру индивидуальнаго мышленія, а иногда даже вкусу и темпераменту ученаго. Этотъ индивидуализмъ сплошь и рядомъ толкаетъ ученыхъ на путь, отклоняющійся отъ принятаго ихъ единомышленниками и сотрудниками. Но, если внимательно присмотрѣться къ этому разнообразію взглядовъ, отдѣлить въ немъ болѣе существенное отъ менѣе существеннаго, то не трудно будетъ уловить ихъ полное идейное родство. Такъ, различно раскидываются вѣтви деревьевъ одной и той же породы, но эта разница не даетъ намъ основанія отрицать самое существованіе этой породы, какъ единой. Въ природѣ эта разница создаетъ красоту; въ наукѣ—она является залогомъ дѣйствительнаго научнаго развитія и, уже

во всякомъ случаѣ, источникомъ сочности и красочности индивидуальнаго участія въ общемъ дѣлѣ.

Съ другой стороны, поскольку рѣчь идетъ не объ обрисовкѣ скелета новой теоріи, а о ея проведеніи въ большихъ трудахъ, каковыми являются университетскіе курсы и руководства, не могутъ не быть приняты въ соображеніе требованія педагогическія, также въ высокой степени поддающіяся индивидуальной окраскѣ. Нѣсколько лѣтъ тому назадъ лозаннскій ученый Штернбергъ зло смѣялся надъ работами нѣмецкой гражданско-процессуальной литературы. По его мнѣнію, „микроскопическое“ изслѣдованіе процесса, производимое этой литературой съ цѣлями „слышать біеніе пульса процесса въ его тончайшемъ ритмѣ, познать клѣточную ткань этого организма“ и связанное поэтому съ постоянными экскурсами даже въ область матеріальнаго права,—грозитъ превратиться въ „микрологическое“ и мелкое по своимъ результатамъ. Гельвигъ въ свое время далъ объясненіе этимъ „микроскопическимъ“ работамъ, онъ указалъ, что онѣ стремятся подчинить изслѣдованіе и изученіе институтовъ процесса задачамъ юридическаго воспитанія. Тѣми же задачами объяснилъ у насъ характеръ своего „Учебника по гражданскому процессу“ проф. А. Х. Гольмстенъ [1]). Различное пониманіе вопросовъ юридической педагогики побуждаетъ однихъ ученыхъ выступать въ рясахъ юридическихъ аскетовъ, погруженныхъ въ свои абстракціи со всѣми ихъ тонкостями; другихъ иногда толкаетъ къ уклоненіямъ съ пути, подсказываемаго чистой и строгой научной необходимостью, къ схемамъ болѣе живымъ, подвижнымъ и широкимъ, даже къ описаніямъ, выходящимъ за предѣлы процессуальной науки. Иногда эта необходимость диктуется состояніемъ сопредѣльныхъ юридическихъ дисциплинъ. Такъ, въ курсѣ уголовнаго судопроизводства совершенно возможно не излагать вопроса о законѣ, о дѣйствіи его во времени и пространствѣ, такъ какъ всѣ вопросы этого рода вполнѣ разработаны въ общей теоріи права; но совершенно невозможно, говоря объ органахъ должностного обвиненія, умолчать объ административныхъ обязанностяхъ прокуратуры, такъ какъ этотъ вопросъ почти нигдѣ въ другихъ дисциплинахъ не излагается. Если-бы этого не сдѣлать, курсъ выигралъ-бы въ смыслѣ научной стройности, но проигралъ-бы, какъ академическое руководство. Аналогичными соображеніями опредѣляется иногда и ближайшее содержаніе тѣхъ или другихъ отдѣловъ. Такъ,

[1]) См. предисловіе къ 1-му изданію „Учебника“ 1884 г.

мнѣ представляется цѣлесообразнымъ сократить главу объ объектахъ процессуальнаго отношенія, изложивъ въ ней лишь основныя начала, при которыхъ должны протекать процессуальныя дѣйствія, и перенеся описаніе самыхъ дѣйствій въ отдѣлъ о динамикѣ процесса. Профессоръ Г. С. Фельдштейнъ думаетъ иначе и, конечно, научно онъ болѣе правъ, но онъ менѣе правъ въ смыслѣ педагогическомъ, что отмѣтилъ и П. И. Люблинскій.

Слѣдуетъ однако отмѣтить, что нѣкоторыя недоумѣнія, высказываемыя П. И. Люблинскимъ и касающіяся вопросовъ научной стройности, покоятся не только на забвеніи имъ задачъ педагогики, но, да проститъ мнѣ авторъ, и на не вполнѣ ясномъ представленіи его объ излагаемомъ юридическомъ вопросѣ. Такъ, на стр. 114—115 онъ говоритъ: „Всѣ авторы въ отдѣлъ о субъектахъ относятъ вопросы о внутренней и внѣшней организаціи суда, существѣ судебной власти, подсудности... Такое отнесеніе является весьма неправильнымъ. Понятіе субъекта правоотношенія есть отвлеченная идея. Субъектъ есть извѣстный центръ, къ которому прикрѣпляются права и обязанности. Вопросъ о томъ, какъ устроены различные органы, могущіе выступать въ процессѣ въ качествѣ субъектовъ, не имѣетъ никакого отношенія къ выясненію самого юридическаго отношенія этихъ субъектовъ. Весьма несоотвѣтственнымъ явилось-бы, напр., помѣщеніе въ область гражданскаго права въ отдѣлъ о „субъектахъ“, напр., всего учрежденія Министерства Финансовъ на томъ основаніи, что „казна“ является субъектомъ гражданскаго права... Аналогично этому, нельзя въ ученіи о процессѣ излагать въ рубрикѣ „субъектъ процессуальнаго отношенія“ вопросы о назначеніи судей, о судебной службѣ и надзорѣ“... Вся изложенная здѣсь мысль вытекаетъ изъ яснаго юридическаго недоразумѣнія. Теорія процесса, какъ юридическаго отношенія, должна не только выяснить сущность этого отношенія, но и дать юридическую обрисовку субъектовъ, въ немъ участвующихъ. Эта обрисовка должна показать точныя условія, при которыхъ субъекты отношенія обладаютъ своей процессуальной правоспособностью и дѣеспособностью. Такъ, она должна показать предметную и мѣстную правоспособность суда, компетенцію различныхъ судовъ, легитимацію членовъ судебныхъ мѣстъ; она должна показать условія правоспособности и дѣеспособности сторонъ, установленныя положительнымъ правомъ, и т. д. Уголовное судопроизводство излагаетъ въ этой области ученіе о судѣ, ученіе объ обвинителѣ, должностномъ и частномъ, объ обвиняемомъ и его защитникѣ—въ полномъ объемѣ этихъ ученій. До какихъ

предѣловъ долженъ доходить этотъ объемъ, нужно-ли, напр., не только говорить объ организаціи прокуратуры, но и объ организаціи различныхъ административныхъ учрежденій,—такъ какъ и они иногда выступаютъ въ роли обвинителей,—вопросъ юридической логики, практической необходимости и научнаго такта. Я лично, являясь сторонникомъ идеи процессуальнаго мономорфизма, довожу изложеніе соотвѣтствующихъ отдѣловъ до крайняго схематизма, но я допускаю и болѣе широкіе взгляды, только-бы они двигались въ области процессуальной проблемы. Поэтому, я считалъ-бы, напр., неправильнымъ говорить въ уголовномъ процессѣ объ организаціи казенной палаты, но вполнѣ правильнымъ—о томъ, какую легитимацію долженъ имѣть ея представитель, чтобъ выступить на судѣ въ роли обвинителя.

П. И. Люблинскій возражаетъ и противъ только-что упомянутой идеи процессуальнаго *мономорфизма*. По его мнѣнію, въ процессѣ, въ дѣйствительности, наблюдается рѣзкій *полиморфизмъ*. Это указаніе до извѣстной степени справедливо. Безспорно, что сложность субъектовъ всей суммы разнообразныхъ отношеній, изъ которыхъ слагается внѣшняя картина судопроизводства, достигаетъ весьма большой степени. Изъ ряда этихъ отношеній нельзя выбросить ни отношенія между судомъ, съ одной стороны, и свидѣтелями, экспертами, понятыми и т. д.—съ другой; ни отношенія между судьями коллегіи или судами разныхъ инстанцій, между судомъ и административными учрежденіями, судомъ и присутствующей въ судебномъ засѣданіи публикой и т. д. Но авторъ совершенно не правъ, полагая, что это обстоятельство подрываетъ идею процессуальнаго мономорфизма, а вмѣстѣ съ ней и научное значеніе теоріи процесса, какъ юридическаго отношенія между судомъ и сторонами. Такое утвержденіе также покоится на нѣкоторомъ непониманіи новой теоріи.

Судебные органы осуществляютъ рядъ ввѣренныхъ имъ государствомъ функцій. Центральная изъ этихъ функцій, выполняющая основныя задачи и цѣли процесса и опредѣляющая его юридическую природу, — функція *юрисдикціонная*, т. е. направленная на разрѣшеніе судомъ спора о правѣ. Ея осуществленіе слагается изъ дѣятельности трехъ субъектовъ: суда и двухъ спорящихъ сторонъ. Это отмѣчено уже весьма старыми юристами: judicium est legitimus actus trium personarum scil. judicis, rei et actoris. Всѣ остальныя судебныя мѣропріятія, всѣ остальныя отношенія суда къ различнымъ лицамъ и органамъ направляются на слу-

женіе этой главной функціи, возникаютъ и совершаются по поводу ея. Но важно не это, важно то, что съ *юридической* стороны они являются осуществленіемъ не юрисдикціонной, а *административной* функціи суда. Сюда входятъ отношенія суда къ вызываемымъ имъ свидѣтелямъ, экспертамъ и т. д.; сюда входятъ мѣры по установленію состава и порядка дѣятельности коллегіи суда, взаимоотношеніе между судами разныхъ инстанцій, урегулированіе отношеній суда къ органамъ активной администраціи и проч. Нѣтъ спора, что эта административная функція имѣетъ большое практическое значеніе, хотя, конечно, не такое, какое придаетъ имъ П. И. Люблинскій, говоря: „При современномъ строѣ процесса, даже въ состязательныхъ его стадіяхъ, главную, преимущественную роль играютъ отношенія между судебными органами другъ къ другу или отношенія суда къ различнымъ участвующимъ въ дѣлѣ лицамъ, а не отношенія суда къ сторонамъ“ (стр. 113). Это явное преувеличеніе, и быть этого не можетъ. Но, во всякомъ случаѣ, *юридическій* характеръ этой административной функціи иной. Она также вызываетъ юридическія отношенія, но эти отношенія и разрѣшаются въ порядкѣ, свойственномъ административнымъ актамъ, безъ вмѣшательства, даже въ случаѣ спора по существу, безпристрастнаго третьяго, т. е. новаго суда. Вотъ почему судъ, затрудняющійся вызвать свидѣтелей по требованію стороны, или обвиняемый, не явившійся по вызову суда, не могутъ передать возникшій конфликтъ на разрѣшеніе высшаго судебнаго установленія, и этотъ конфликтъ рѣшается одностороннимъ административнымъ актомъ того же суда. Случаи, гдѣ проводится противоположное начало, обнимаютъ споръ о законности распоряженія или споръ о правѣ и исчерпывающимъ образомъ указываются въ законѣ (напр., ст. 491 и сл. уст. угол. суд.). Абсолютно, поэтому, невѣрно замѣчаніе П. И. Люблинскаго, что, „теорія юридическаго отношенія суда и сторонъ, устанавливающая какъ-будто строго правовыя начала процесса, на самомъ дѣлѣ приводитъ къ отрицанію процесса, какъ правового явленія, и цѣпи самоуправныхъ дѣйствій“. Авторъ не сдѣлалъ-бы этого замѣчанія, если-бы захотѣлъ расчленить функціи суда.

Очевидно, далѣе, что административная функція суда, какъ служебная, не можетъ быть выдвинута на первое мѣсто, какъ не можетъ и занять мѣста вровень съ функціей юрисдикціонной. Не она опредѣляетъ схему процесса, какъ юридическаго отношенія. Другой вопросъ, должна-ли эта функція отмѣчаться наукой процесса.

На этотъ вопросъ, конечно, нужно отвѣтить утвердительно, и дѣло только въ томъ, какое мѣсто въ системѣ науки должно занять ея изображеніе. Но этотъ вопросъ явно не имѣетъ принципіальнаго значенія, и его разрѣшеніе подчиняется требованіямъ цѣлесообразности и соображеніямъ педагогики.

Наконецъ, П. И. Люблинскій указываетъ на то обстоятельство, что теорія процесса, какъ юридическаго отношенія, не обнимаетъ и не въ силахъ обнять всѣ формы и типы уголовнаго судопроизводства, какъ существовавшіе ранѣе, такъ и нынѣ существующіе въ положительномъ правѣ. Это обстоятельство уже вполнѣ учтено учеными, принявшими новую теорію. На него указывалъ покойный Крисъ, на немъ останавливается Щегловитовъ. Въ схему процесса, какъ юридическаго отношенія, не укладываются формы или отдѣльныя стадіи судопроизводства, въ которыхъ розыскное начало доведено до его логическихъ границъ, т. е. формы, вполнѣ сливающія функціи суда и сторонъ: здѣсь не открывается мѣста для юридическаго отношенія между названными субъектами. Но дѣло въ томъ, что чистое розыскное судопроизводство есть лишь теоретическое обобщеніе. Въ своемъ чистомъ видѣ розыскное судопроизводство никогда не существовало. И въ германскомъ, и въ французскомъ, и въ нашемъ розыскномъ судопроизводствѣ, въ эпохи его наивысшаго развитія, обвиняемый все-таки имѣлъ нѣкоторыя, хотя и малыя, права. Въ правѣ германскомъ, въ послѣдней стадіи процесса по тяжкимъ преступнымъ дѣяніямъ, допускалась даже формальная защита. Въ правѣ французскомъ гарантіи лежали въ наблюдательной дѣятельности прокуратуры. Въ нашемъ правѣ, въ болѣе позднюю пору, эти гарантіи создавались институтомъ депутатовъ и губернской прокуратуры. Поэтому можно говорить не о томъ, что извѣстныя формы судопроизводства не умѣщаются въ схему процесса, какъ юридическаго отношенія, а лишь о томъ, что онѣ умѣщаются въ эту схему съ нѣкоторымъ трудомъ, превращая это отношеніе, напр., изъ трехстороннаго въ двухстороннее. Именно поэтому далеко не всѣ ученые полагаютъ необходимымъ устранить эти формы процесса изъ сферы своего изслѣдованія. Значительная часть ученыхъ, напр., у насъ проф. Г. С. Фельдштейнъ, съ полнымъ основаніемъ считаетъ возможнымъ изученіе такихъ формъ, такъ какъ въ нихъ скрыты эмбріональные элементы юридическаго отношенія.

Съ другой стороны, изъ того обстоятельства, что нѣкоторыя положительно-правовыя формы не умѣщаются или только съ тру-

домъ умѣщаются въ общую юридическую схему, еще нельзя дѣлать заключеніе о непригодности самой схемы. Въ положительномъ правѣ часто существуютъ или сохраняются постановленія, идущія въ разрѣзъ съ его общей системой и, въ особенности, съ его общими историческими и политическими тенденціями. Догматика права встала-бы въ безвыходное положеніе, если-бы придавала этимъ постановленіямъ такое же значеніе, какъ другимъ, болѣе общимъ и болѣе широкимъ постановленіямъ права, въ которыхъ выражается стойкая и однородная правовая мысль. Не эти отклоненія опредѣляютъ общее направленіе догматической работы, и не они кладутся въ основаніе догматической конструкціи. Научная конструкція можетъ считать себя свободной отъ связанности правовыми аномаліями и должна указывать на нихъ, только какъ на аномаліи,—иначе она отдаетъ себя въ полное рабство положительному праву и утратитъ дѣйствительное научное значеніе. Наука права отъ этого проиграетъ, и ничего не выиграетъ ни законодатель, ни, въ особенности, судья-практикъ.

Представляютъ-ли пережитки розыскного судопроизводства, сохраняющіеся въ дѣйствующемъ правѣ, такую аномалію? — Безспорно, да. Съ своими корнями, уходящими въ глубь средневѣковья, съ своей окраской, чуждой современнымъ взглядамъ на права человѣческой личности, съ своимъ стремленіемъ переложить центръ судебной дѣятельности исключительно на служеніе интересамъ государства,—розыскное судопроизводство въ наши дни не можетъ не считаться анахронизмомъ. Оно сохраняется въ отдѣльныхъ стадіяхъ процесса,—правда, въ весьма смягченномъ видѣ,—только подъ вліяніемъ узко-политическихъ причинъ и медленно, но постоянно разлагается и исчезаетъ. Наблюдаемая всѣми объективная тенденція развитія процесса нашего времени, съ ея частнымъ проявленіемъ—расширеніемъ правъ формальной защиты въ стадіи предварительнаго слѣдствія, а также тонъ научныхъ и публицистическихъ работъ въ области процесса какъ отдѣльныхъ ученыхъ процессуалистовъ, такъ и ихъ съѣздовъ,—все это позволяетъ думать, что время полнаго исчезновенія остатковъ розыскного судопроизводства изъ нашего права не за горами.

Можно-ли въ виду всего этого говорить, что теорія процесса, какъ юридическаго отношенія, разбивается о положительное право?

3.

П. И. Люблинскій завершаетъ свою критику рядомъ положи-

тельныхъ предложеній и указаній. На первый планъ должна быть выдвинута роль государства. Не къ суду, а къ государству адресуются права и обязанности сторонъ. Судъ имѣетъ обязанности не по отношенію къ сторонамъ, а къ государству. „Анализъ процессуальныхъ отношеній, формулируетъ авторъ (стр. 127), какъ правъ и обязанностей въ отношеніи къ государственной власти, примѣнимъ только къ отношеніямъ между государствомъ и отдѣльными участвующими въ процессѣ лицами. Анализъ же отношенія государства къ своимъ органамъ: суду, полиціи, обвинительнымъ органамъ—можетъ происходить только по схемѣ функцій, въ которыхъ права и обязанности слиты". Первая часть этой мысли пріемлема безъ труда. Извѣстно, что судъ выполняетъ делегированныя ему государствомъ функціи и является носителемъ государственной судебной власти. Эта власть, какъ выражается у насъ ст. 1 учр. суд. уст., „принадлежитъ" суду. Но именно поэтому легче и проще говорить не о государствѣ, а о судѣ, какъ субъектѣ процессуальнаго отношенія, памятуя лишь при этомъ, что судъ представляетъ собою государство. Пріемлема и вторая часть той же мысли, такъ какъ судъ дѣйствительно осуществляетъ въ своей дѣятельности рядъ функцій: юрисдикціонную, административную и, иногда, даже нормативную (кассаціонныя разъясненія, составленіе наказовъ и т. д.). Надо лишь помнить, что юридически эти функціи строятся по различнымъ типамъ. Къ сожалѣнію, авторъ упускаетъ это изъ вниманія.

Каждая функція, продолжаетъ далѣе П. И. Люблинскій (стр. 127—132), имѣетъ своимъ объектомъ извѣстное *дѣйствіе*, и судебное производство обнимаетъ собою смѣну дѣйствій, происходящихъ въ установленномъ порядкѣ. Такимъ путемъ сплетается сложная цѣпь возникающихъ на этой почвѣ отношеній. Процессуальныя дѣйствія не являются поэтому объектами публично-правовыхъ отношеній, а сами представляютъ юридическія явленія, *порождающія* такія отношенія: это своего рода *юридическіе факты*.

Весь затронутый здѣсь вопросъ есть вопросъ точности юридической конструкціи. Ясно, что процессъ немыслимъ безъ жизненной ткани дѣйствій (предложеній, требованій, заявленій, исполненій и т. д.) участвующихъ въ немъ субъектовъ, но надо помнить, что всѣ эти „дѣйствія" протекаютъ при напередъ опредѣленномъ въ положительномъ правѣ процессуальномъ ритуалѣ (формы и обряды судопроизводства), заранѣе налагающемъ на нихъ правовой отпечатокъ. Каждое изъ такихъ дѣйствій предусмотрѣно правомъ,

и самое его совершеніе уже есть чистый юридическій актъ, на который управомоченъ или къ которому обязанъ опредѣленный субъектъ. Этотъ актъ является, такимъ образомъ, истиннымъ объектомъ правоотношенія между процессуальными субъектами, такъ какъ соотвѣтствуетъ праву на дѣйствіе или обязанности къ дѣйствію названныхъ субъектовъ. Справедливо говоритъ проф. А. Х. Гольмстенъ (Учебникъ, 5 изд., стр. 123): „Если право есть возможность дѣйствовать или требовать дѣйствій отъ другихъ, обязанность— необходимость дѣйствовать или бездѣйствовать, то объектами права и обязанности не можетъ быть ничто иное, какъ дѣйствія. Юридическое отношеніе есть комплексъ правъ и обязанностей, слѣдовательно, и объектомъ каждаго юридическаго отношенія только и могутъ быть дѣйствія лицъ управомоченнаго и обязаннаго". Прокуроръ имѣетъ право требовать вызова судомъ свидѣтелей, указанныхъ въ обвинительномъ актѣ или въ особомъ заявленіи; судъ обязанъ выполнить требованіе подсудимаго и потерпѣвшаго объ отводѣ судей, если такое требованіе покоится на законномъ основаніи. И требованіе прокурора съ послѣдующимъ распоряженіемъ суда о вызовѣ свидѣтелей, и требованіе подсудимаго или потерпѣвшаго съ послѣдующимъ опредѣленіемъ суда объ отводѣ судей— являются объектами соотвѣтствующихъ правъ и обязанностей. Какой же „фактъ, порождающій юридическія отношенія", представляютъ всѣ названныя „дѣйствія", когда юридическое отношеніе существовало до возникновенія самаго „факта" и само породило этотъ „фактъ"?

Настаивая на томъ, что судопроизводство есть смѣна процессуальныхъ дѣйствій, П. И. Люблинскій указываетъ на то, что эти дѣйствія выполняются и судомъ, и участвующими въ дѣлѣ лицами, и что судебный приговоръ является результатомъ совмѣстной ихъ дѣятельности. „Участіе сторонъ въ судебной дѣятельности, формулируетъ онъ [1]), есть (поэтому) не особаго рода юридическое отношеніе между судомъ и сторонами, а одинъ изъ видовъ *соучастія въ публично-правовомъ актѣ*". При этомъ, какъ добавляетъ авторъ, участіе суда можетъ быть преобладающимъ, и одна сторона можетъ имѣть перевѣсъ надъ другой, такъ какъ участіе вовсе не требуетъ, чтобы всѣ участники были равноправны, и вообще этотъ вопросъ есть вопросъ политики, а не теоріи права.

---

[1]) Стр. 135. Элементы этой формулы установлены И. Я. Фойницкимъ, Курсъ угол. суд., т. I, стр. 6 и сл.

Высказанной здѣсь мысли нельзя отказать въ полной опредѣленности, но нельзя также не отмѣтить, что она представляетъ простое *описаніе* судопроизводства, а не его *опредѣленіе* и, тѣмъ болѣе, не его аналитическое опредѣленіе. Описаніе это, кромѣ того, не вполнѣ точно. П. И. Люблинскій, въ развитіе своей мысли, сравниваетъ постановленіе судомъ рѣшенія, какъ особый публично-правовой актъ, съ другими актами того же порядка: составленіемъ закона, въ которомъ участвуютъ палаты и верховная власть; вотумомъ палаты, въ которомъ сочетаются голоса большинства ея партій, и т. под. Параллель эта была-бы вѣрна, если-бы рѣчь шла объ участіи въ постановленіи судебнаго рѣшенія коронной и народной коллегій суда присяжныхъ, короннаго состава суда и сословныхъ представителей и т. д. Но она перестаетъ быть вѣрной, когда идетъ рѣчь о соучастіи въ постановленіи рѣшенія суда—сторонъ. Стороны вовсе не участвуютъ въ постановленіи рѣшенія: въ немъ не участвуютъ ни обвинитель, ни обвиняемый. Онѣ излагаютъ предъ судомъ фактическій матеріалъ и юридическіе элементы своего спора, судитъ же только судъ. Формула П. И. Люблинскаго, пожалуй, была-бы болѣе или менѣе примѣнима къ порядку розыскного судопроизводства, соединявшаго въ рукахъ суда и судебныя функціи, и функціи обвиненія и защиты, но она совершенно непримѣнима въ условіяхъ современнаго процесса, какъ-бы ни былъ онъ „диспозитивенъ“ и какъ-бы ни стремился къ „матеріальной истинѣ“. Не будемъ же мы, въ самомъ дѣлѣ, серьезно говорить о томъ, что приговариваемый къ смертной казни или каторжнымъ работамъ подсудимый принимаетъ участіе въ публично-правовомъ актѣ...

Въ связи съ только-что изложеннымъ авторъ (стр. 137) продолжаетъ: „Для суда единственной цѣлью является постановленіе правосуднаго рѣшенія. Къ этой цѣли направлена и дѣятельность сторонъ“. А если дѣятельность, напр., обвиняемаго не направлена къ этой цѣли? Въ дореформенномъ правѣ допускался его принудительный допросъ, допускалась пытка, установлены были наказанія за процессуальную ложь, за „толкованіе своихъ показаній превратно“ и т. д., а нынѣ обвиняемый имѣетъ право *молчать* (ст. 685 уст. угол. суд.), хотя бы въ теченіе всего процесса,—и случаи этого рода не рѣдки; онъ можетъ даже *лгать*, и эта ложь будетъ признана проявленіемъ его права защиты: къ отвѣтственности за ложь онъ можетъ быть привлеченъ въ одномъ только случаѣ,—если будетъ подстрекать къ лжесвидѣтельству третьихъ

лицъ (ст. 942 улож. наказ.). Въ чемъ же выразится его стремленіе къ постановленію судомъ правосуднаго рѣшенія? Такимъ образомъ и развитіе формулы П. И. Люблинскаго, опредѣляющее характеръ участія сторонъ въ постановленіи судебнаго рѣшенія, впадаетъ въ ту же ошибку. Но ошибка эта неизбѣжна, если смотрѣть на процессъ, какъ на соучастіе сторонъ и суда въ публично-правовомъ актѣ: она вытекаетъ изъ общей ложной предпосылки.

Теорія процесса, какъ юридическаго отношенія, не совершаетъ этой ошибки. Она отчетливо говоритъ о правахъ и обязанностяхъ субъектовъ процессуальнаго отношенія, т. е. суда и сторонъ.

Чтобы найти выходъ изъ юридическихъ и тѣсно связанныхъ съ ними судебно-политическихъ затрудненій, П. И. Люблинскій вынужденъ апеллировать къ внѣ-процессуальному праву, въ частности—къ праву конституціонному, опредѣляющему границы вторженія государства въ сферу благъ гражданина. Такая апелляція, въ условіяхъ его конструкціи, совершенно неизбѣжна. Едва-ли однако въ ней есть дѣйствительная необходимость, и едва-ли всегда можно ожидать отъ нея желанной пользы. Гарантіи личности въ области уголовнаго процесса крѣпче всего заложены въ процессуальномъ законѣ, а у насъ въ Россіи въ особенности. Судебные Уставы были у насъ первымъ, да и понынѣ являются единственнымъ кодексомъ, гдѣ эти гарантіи достигли большой высоты и силы. Изученіе нашего права даетъ особую опору для теоріи процесса, какъ юридическаго отношенія. Въ рамкахъ нашего права эта теорія не только несетъ съ собой точность юридической конструкціи, но и вливаетъ въ нее возвышенное судебно-политическое и обще-политическое содержаніе.

Н. Розинъ.