

ПРОЦЕССЪ, КАКЪ ЮРИДИЧЕСКАЯ НАУКА.

(Изъ лекцій по судебному праву).

Н. Н. Розина.

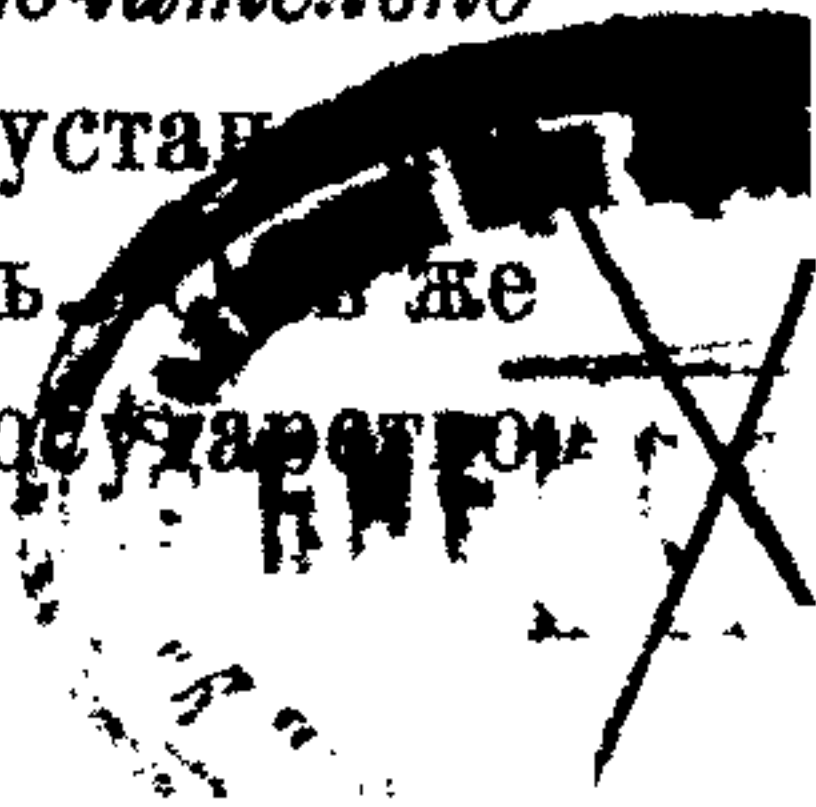
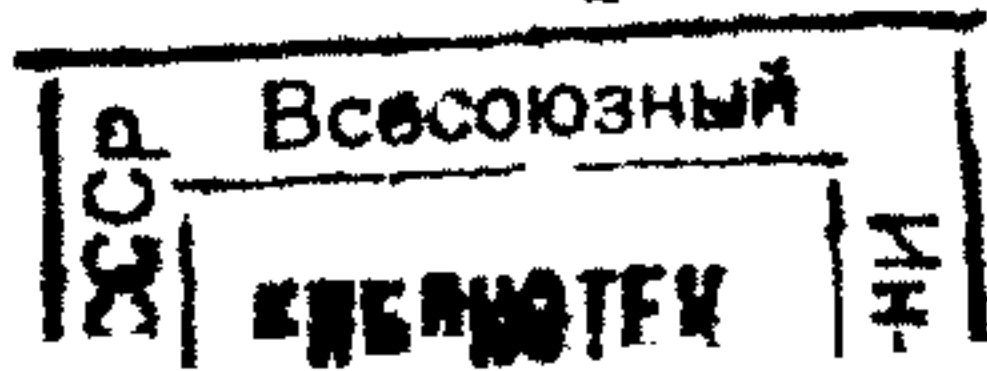
I.

Необходимымъ предположеніемъ и естественнымъ выраженіемъ правовой жизни является отношеніе двухъ или болѣе субъектовъ между собою. Созданное ли потребностями бытового характера и позднѣе облеченное въ правовую форму, или, съ извѣстными цѣлями, вызванное къ жизни объективнымъ правомъ, это отношеніе всегда представляетъ картину взаимной связи физическихъ или юридическихъ лицъ. Связь эта характеризуется тѣмъ, что одинъ изъ ея субъектовъ обладаетъ правомъ, другой несетъ соотвѣтствующую обязанность. Различіе этихъ правъ и обязанностей по ихъ содержанію и сферѣ ихъ дѣйствія позволяетъ сгруппировать ихъ въ обособленныя области. Таковы области публичнаго и частнаго права съ ихъ развѣтвленіями и разновидностями. Каждая изъ юридическихъ дисциплинъ, изучающихъ ту или другую изъ указанныхъ правовыхъ областей, имѣетъ поэтому своимъ непосредственнымъ объектомъ болѣе или менѣе опредѣленно очерченную положительнымъ правомъ группу отношеній, свя-

занныхъ особенностями своего содержанія и сферой своего дѣйствія и, такимъ образомъ, объединенныхъ своей юридической природой.

Наука матеріальнаго права, будетъ ли это право публичное или частное, изучаетъ юридическія отношенія въ условіяхъ ихъ нормальнаго возникновенія, развитія и прекращенія. Картина, изображаемая догматикой права, есть картина типичной жизни юридическаго отношенія, взятой въ ея обобщенныхъ, отвлеченныхъ чертахъ, внѣ зависимости отъ измѣнчивыхъ условій дѣйствительности. Это то же, что изученіе біологическихъ процессовъ въ здоровомъ организмѣ; то же, что изученіе завязи почекъ и развитія листьевъ на здоровомъ растеніи. Но жизнь не всегда протекаетъ нормально и спокойно. Могутъ возникнуть различныя препятствія для нормальнаго ея развитія; въ процессъ этого развитія могутъ закрасться болѣзненные элементы. Должникъ не платитъ своего долга, отрицая самое его существованіе; поставщикъ не выполняетъ договора поставки, утверждая, что договоръ расторгнутъ; портной присваиваетъ матеріаль, данный ему для шитья платья, говоря, что матеріаль этотъ у него похищенъ; опекунъ дѣйствуетъ во вредъ опекаемымъ малолѣтнимъ, основываясь на томъ, что онъ въ правѣ распорядиться ихъ имуществомъ. Съ другой стороны, кредиторъ требуетъ уплаты долга, контрагентъ—выполненія договора поставки; государство требуетъ корректности въ имущественныхъ отношеніяхъ и грозитъ карой лицамъ, виновнымъ въ присвоеніи ввѣреннаго и въ злоупотребленіи довѣріемъ. Возникаетъ споръ о правѣ; нормальный, спокойный порядокъ, правовой миръ—нарушены, отношеніе принимаетъ характеръ борьбы. Создается необходимость возвратитъ правовому отношенію его прежній здоровый характеръ и возможность нормальнаго существованія или завершенія, найти способы и органы для разрѣшенія спора.

Въ современномъ обществѣ роль органа, *исключительно призваннаго для разрѣшенія споровъ о правѣ*, для устан-



обычно возлагаетъ названную задачу, независимо отъ того, о какомъ правѣ идетъ споръ ¹⁾).

Отклоненія отъ этого правила, наблюдаемыя иногда въ дѣйствительной жизни, вызываются исключительно внѣшними, историко-культурными условіями и не колеблютъ указаннаго общаго начала.

Та логическая дѣятельность, которую долженъ выполнять судъ, всегда и неизмѣнно одинакова по своей основной задачѣ и своему характеру, какъ бы ни разнообразилось ея конкретное содержаніе и каковы бы ни были ея конечные результаты съ точки зрѣнія бытовой. Идетъ ли рѣчь о правахъ кредитора и должника или другихъ договорныхъ контрагентовъ, или о правѣ государства на наказаніе преступника,—повсюду цѣль судебной дѣятельности составляетъ извлеченіе изъ фактическаго матеріала, добытаго судомъ или предложеннаго суду, юридическихъ чертъ, подведеніе полученныхъ выводовъ подъ норму дѣйствующаго права и авторитетное провозглашеніе этой нормы для даннаго случая. Осуществленіе нормъ (правиль, требованій, запретовъ) матеріальнаго права, ихъ примѣненіе къ конкретнымъ спорнымъ отношеніямъ—при какомъ угодно различіи этихъ нормъ и отношеній по ихъ содержанію и значенію—является результатомъ внутренне единой судебной дѣятельности, направленной на установленіе и охрану дѣйствительнаго права ²⁾).

Логическому единству судебной дѣятельности соответствуетъ единство ея юридической природы. Дѣятельность эта имѣетъ глубоко важное значеніе для государства, общества и личности, настолько же важное, насколько важно существованіе властнаго правового порядка, стоящаго на стражѣ

¹⁾ Ср. Ihering, Zweck im Recht, 3 Aufl. I, 387; Jousserandot, Du pouvoir judiciaire, 1878, 7; Klein, Zeit-und Geistesströmungen im Prozesse, 1902, 7; Михайловскій, Основные принципы организація уголовного суда, 1905, 53 и сл. Иного мнѣнія Garsopnet, Traité de procédure, I, 1898, 20,—авторъ полагаетъ, что такой взглядъ на судъ превращаетъ магистратуру въ политическое учрежденіе, ставя ее наравнѣ съ властью законодательной и исполнительной.

²⁾ Ср. L a s s o n. System der Rechtsphilosophie, 1892, 692.

всѣхъ публичныхъ и частныхъ правъ ¹⁾). Именно этимъ обстоятельствомъ вызывается явленіе такъ называемаго *процессуального легализма* ²⁾). Весь внѣшній порядокъ судебной дѣятельности педантично регулируется особыми правовыми нормами; ему придается строго юридическій, именно публично-правовой характеръ. Въ этомъ проявляется субъективное судебное право государства,—та юридическая форма, въ которую отливается государственное судебное верховенство. Ближайшимъ же послѣдствіемъ правовой нормировки судебной дѣятельности является то, что вся эта дѣятельность пріобрѣтаетъ форму и характеръ юридическаго отношенія ³⁾).

Это отношеніе отмѣчено тремя особенностями.

Отношенія матеріально-правовыя могутъ весьма отличаться другъ отъ друга. Такъ, глубоко разнятся между собою правовыя отношенія кредитора и должника, съ одной стороны, и такія же отношенія государства и лица, виновнаго въ преступленіи,—съ другой. Но, когда возникаетъ споръ о существованіи или дѣйствіи права, когда этотъ споръ передается на разсмотрѣніе суда, когда, однимъ словомъ, спорное матеріально-правовое отношеніе вливается, какъ въ форму, въ новое отношеніе, регулируемое нормами судебного права, то специфическія особенности матеріально-правового отношенія утрачиваются: процессуально-правовое отношеніе едино и однообразно по своему юридическому характеру. Процессъ обезличенія и обобщенія, вообще производимый нормами

¹⁾ Ср. Ortloff, Das Strafverfahren in seinen leitenden Grundsätzen, 1858, 186.

²⁾ См. Ihering, ук. с. 393; ср. интересныя сопоставленія у Mariotte, Le principe inquisitoire, 1902, VII—VIII.

³⁾ Bülow. Die Lehre von den Prozesseinreden und den Prozessvoraussetzungen, 1868; Degenkolb. Einlassungszwang und Urtheilsnorm, 1877; Wach. Der Feststellungsanspruch, 1888; Köhler. Der Prozess, als Rechtsverhältniss, 1888; Binding. Grundriss des Strafprozessrechts, 4 Aufl. 1904; Kries. Lehrbuch des Strafprozessrechts, 1892; Birkmeyer. Lehrbuch des Strafprozessrechts, 1898; Hellwig. Lehrbuch des Civilprozessrechts, 1903—1907; Rosenfeld. Der Reichsstrafprozess, 3 Aufl. 1909. Въ нашей литературѣ наиболѣе яркимъ и талантливымъ защитникомъ этого взгляда является проф. А. Х. Гольмстенъ. Учебникъ русскаго гражданского процесса, 4 изд. 1907.

права, для которыхъ не существуютъ „Ивановъ“, „Петровъ“ и т. д., а только „собственникъ“, „должникъ“, „виновный“ и т. д.,—достигаетъ въ области судебного права своей наивысшей степени. Здѣсь остаются лишь понятія спорящихъ сторонъ (истца и отвѣтчика, обвинителя и обвиняемаго) и суда, призваннаго для разрѣшенія спора. Это явленіе я называлъ бы *процессуальнымъ мономорфизмомъ*.

Стороны и судъ являются субъектами процессуально-правового отношенія. Они связаны между собой взаимными правами и обязанностями. Такъ, судъ обязанъ принять и рассмотреть дѣло, удовлетворяющее требованіямъ судебного права съ точки зрѣнія предположеній и основаній его, а стороны въ правѣ требовать этого. Стороны имѣютъ право представлять свои доказательства и обязаны дать противнику возможность познакомиться съ ними и т. д. Въ этой сложности вторая особенность процессуально-правового отношенія. Она отмѣчена уже давно. Уже у весьма старыхъ юристовъ встрѣчается указаніе, что *judicium est legitimus actus trium personarum, scil. judicis, rei et actoris* ¹⁾.

Изображенное графически, процессуально-правовое отношеніе должно представить двѣ стороны лишеннаго основанія равнобедреннаго треугольника, гдѣ верхнюю объединяющую точку занимаетъ судъ, а обѣ нижнія точки—спорящія стороны. Судъ является тѣмъ медиумомъ, чрезъ который стороны сообщаются другъ съ другомъ, хотя и самъ онъ связанъ съ обѣими сторонами. Такимъ образомъ, процессуально-правовое отношеніе есть отношеніе не двухстороннее, а трехстороннее ²⁾.

Третью особенность процессуально-правового отношенія

¹⁾ Ср. замѣчанія Bülow, 4; Binding, 4.

²⁾ Неправильно мнѣніе Колера, 6—13, который полагаетъ, что *содѣйствіе* суда разрѣшенію спора еще не дѣлаетъ его участникомъ правового отношенія: процессъ есть борьба сторонъ, хотя и при посредствѣ суда. Права и въ особенности обязанности суда по отношенію къ сторонамъ не подлежатъ никакому сомнѣнію. Едва-ли правильно и мнѣніе Геринга, I, 396, что стороны между собою находятся въ отношеніяхъ равенства, а къ суду—въ отношеніяхъ подчиненія. Последнее отношеніе характерно лишь для нѣкоторыхъ отдѣльныхъ стадій процесса.

представляетъ его подвижность, его постепенный переходъ черезъ рядъ связанныхъ другъ съ другомъ отдѣльныхъ стадій—отъ начала до завершенія, отъ предъявленія иска до его разрѣшенія судомъ. Именно поэтому уже старая юриспруденція употребляла терминъ *processus iudicii*, французское право говорить о *procédure civile et criminelle*, германское—о *Civilprozess* и *Strafprozess*, мы говоримъ о процессѣ гражданскомъ и уголовномъ, о судопроизводствѣ. Повсюду отбѣняется моментъ развитія, движенія впередъ ¹⁾.

Изъ всѣхъ указанныхъ особенностей процессуально-правового отношенія самой характерной является первая. Въ тѣсной связи съ нею стоитъ и ею объясняется то явленіе, что конститутивные элементы или предположенія процессуально-правового отношенія, какъ назвалъ ихъ Бюловъ, обладаютъ полной самостоятельностью и независимостью отъ ихъ матеріально-правового субстрата или отъ особенностей матеріально-правового отношенія, о которомъ идетъ судебный споръ ²⁾.

Такъ, вопросы о процессуальной дѣеспособности, объ основаніяхъ иска, о срокахъ и т. д., однимъ словомъ, главнѣйшіе правовые вопросы о субъектѣ, объектѣ и дѣйствіи—рѣшаются въ гражданскомъ процессѣ одинаково, независимо отъ того, идетъ ли рѣчь о спорной сдѣлкѣ купли-продажи, наймѣ, поставкѣ и т. д. Точно такъ же въ уголовномъ процессѣ положенія закона, напр., о законномъ поводѣ и достаточныхъ основаніяхъ преслѣдованія—совершенно одинаковы, возникаетъ ли рѣчь объ убійствѣ, кражѣ или политическомъ преступленіи. Болѣе того. Основные процессуальные институты черпаютъ свои черты вовсе не изъ соотвѣтствующаго матеріальнаго гражданского или уголовного права. Въ литературѣ уже указано, что, напр., вопросы о наиболѣе

¹⁾ Эта особенность процессуально-правового отношенія представляется менѣе серьезной. Процессъ можно изображать и какъ непрерывно развивающееся отношеніе (Бюловъ), и какъ рядъ слѣдующихъ другъ за другомъ отдѣльныхъ, хотя и связанныхъ между собою правоотношеній (Planck, *Lehrbuch des Civilprozessrechts*, 1887–1896). Она интересна, какъ одинъ изъ моментовъ, обусловившихъ собой развитіе науки судебного права.

²⁾ См. по этому поводу уже Вахъ, 87.

цѣлесообразной постановкѣ судебного слѣдствія, о доказательствахъ и т. под. такъ же мало являются вопросами уголовного права, какъ и вопросами права гражданскаго. Основанія судоустройства ни въ какомъ случаѣ не могутъ быть поставлены въ связь ни съ исключительно гражданскими законоположеніями, ни только съ уголовнымъ правомъ, потому что судебный строй имѣетъ значеніе для обоихъ процессовъ, ученіе о немъ является ученіемъ системы судебного права и, по существу, относится къ области публичнаго права. Такимъ образомъ и утвержденіе, что институты уголовного процесса извлекаютъ начала свои изъ природы „матеріальнаго“ уголовного права, что наука уголовно-судебнаго права есть вѣтвь и часть уголовного права вообще ¹⁾, и, наоборотъ, что принципы процесса гражданскаго опредѣляются исключительно началами частнаго права ²⁾, есть утвержденіе ошибочное. И, наконецъ, указываемое многими существованіе будто бы принципиальнаго отличія уголовного и гражданскаго процессовъ есть явленіе только кажущееся ³⁾.

De lege lata это отличіе не подлежитъ отрицанію, но оно лишь отчасти объясняется разницей между *causa civilis* и *causa criminalis*, чаще же всего оно сохраняется въ дѣйствующемъ правѣ, какъ привычное историческое переживаніе ⁴⁾.

¹⁾ См., напр., у Случевскаго, Учебникъ русскаго уголовного процесса, 3-е изд. 1910 г. стр. 3 и сл.; у Андиферова, Сборникъ, стр. 573 и сл.

²⁾ Ottloff, 40 и сл.

³⁾ Современная наука не безъ основанія указываетъ, что не только уголовный и гражданскій процессы, но и административная юстиція является только видомъ общаго родового понятія процесса. Joussegardot, Герингъ, I, 397; Фойницкій, Курсъ уголовного судопроизводства I, 4; Михайловскій, 54 и др.

⁴⁾ Концепція судебного права, какъ придатка къ праву матеріальному, могла возникнуть только на почвѣ односторонняго освѣщенія его институтовъ. Если смотрѣть на судебное право, только какъ на процессъ, если на первый планъ выдвигать моментъ судебного производства для осуществленія тѣхъ или другихъ публично-правовыхъ или частно-правовыхъ интересовъ или цѣлей (см., напр., Fitting, Der Reichscivilprozess, 12 изд. 1907 г. стр. I; ср. предисловіе у Hellwig), то, пожалуй, послѣдовательно будетъ придать всему судебному праву характеръ подчиненный, служебный, зависимый, но такая концепція не будетъ отвѣчать дѣйствительности. Преслѣдуя вѣкъ его лежащія цѣли, процессъ тѣмъ

Отсюда получаются крупные выводы. Если судебная дѣятельность едина не только по своему логическому характеру, но и по своей юридической природѣ, если элементы процессуально-правового отношенія, въ которое выливается эта дѣятельность, не находятся въ подчиненіи своему матеріально-правовому субстрату и не измѣняются въ зависимости отъ измѣненій послѣдняго; если, наконецъ, центральные институты, вызываемые къ жизни движеніемъ процессуальнаго отношенія, являются особыми институтами публичнаго права, а не права гражданскаго или уголовнаго, то и теорія судебного права есть самостоятельная юридическая дисциплина съ спеціальнымъ объектомъ изслѣдованія, спеціальными задачами и тѣми особенностями, которыя вызываются характеромъ изучаемаго ею правового явленія.

не менѣе живетъ собственной юридической жизнью, и отдѣльные моменты его опредѣляются самостоятельными правовыми нормами. Ср. замѣчанія А. Х. Гольмстена, Учебникъ, стр. XV. Первоначальная мысль о примѣнимости разработки гражданскаго процесса, какъ юридическаго отношенія, къ разработкѣ процесса уголовнаго принадлежит Бюлову (предисловіе къ ук. с.). Она же особо отмѣчена Крисомъ (предисловіе). Въ литературѣ уже есть попытки совместной обработки обоихъ процессовъ, хотя и не всегда удачныя, см. John, Holtz. Encyklopaedie der Rechtswissenschaft, 1 изд. 1870 г. Der Prozess; Heinze, Goldt. Arch. XXIV, 1876; Kries, Rechtsmittel des Civil- und Strafprozesses, онъ же въ Zeitschrift f. d. ges. Strafrechtswissenschaft. V, 1885, Die Prozessvorarssetzungen; Fr. Stein, Das private Wissen des Richters, 1893 и др. Въ нашей литературѣ идея связи процессовъ намѣчена у проф. И. Я. Фойницкаго, Курсъ I, стр. 4 („система судебного права“) и, болѣе подробно, у I. В. Михайловскаго, Судебное право, какъ самостоятельная юридическая наука, Право 1908 № 32. Иного мнѣнія Биркмайеръ, ук. с. 5, 14 и сл. Интересно, что до конца XVIII в. уголовный процессъ излагался, какъ часть отдѣла суммарныхъ процессовъ гражданскаго судопроизводства, и лишь Гёпперъ указалъ, что это неправильно. Во французской литературѣ идея единства процессовъ не встрѣчаетъ сочувствія, см., напр., Tardie, Philosophie pénale, 2 éd. 429 и сл., и въ особенности Gaggand, Traité d'instruction criminelle, II, 1909, 293 и сл.

II.

Итакъ, процессъ есть правоотношеніе.

Можетъ ли наука судебного права остановиться на этомъ приобрѣтеніи и съ увѣренностью сказать, что новая конструкція является послѣднимъ словомъ, что въ ней можно почерпнуть отвѣтъ на всѣ сомнѣнія судебной практики, на трудныя проблемы правовой и процессуальной политики?

Не вполне.

Наименѣе упрековъ можетъ быть обращено въ новой теоріи съ точки зрѣнія ея конструктивнаго значенія. Именно конструктивныя ея достоинства обратили на нее вниманіе научной мысли, и современная процессуально-юридическая дисциплина въ значительной степени обязана своимъ развитіемъ новому методу изученія судебно-правовыхъ институтовъ ¹⁾.

¹⁾ Замѣчанія молодого лозаннского ученаго Штериберга (Sternberg, *Actionenwissenschaft und Prozesswissenschaft*, 1908), обращенныя къ современной гражданско-процессуалистической литературѣ Германіи, покоятся на недоразумѣніи. „Микроскопическія“ изученія институтовъ процесса, предпринятія съ цѣлью „слышать бѣненіе пульса процесса въ его тончайшемъ ритмѣ, познать клеточную ткань этого организма“, въ частности обильныя экскурсіи Гелльвига въ область матеріальнаго гражданского права,—вовсе не грозятъ превратиться въ „микрологическія“ и низвести процессуальную науку до степени науки объ искахъ. Явленіе, какъ ясно указываетъ предисловіе къ II т. Курса гражданского судопроизводства Гелльвига, находитъ свое объясненіе въ стремленіи подчинить изслѣдованіе и изученіе институтовъ процесса задачамъ юридическаго воспитанія, задачамъ педагогики. Аналогичное явленіе мы имѣемъ въ нашей литературѣ. Уже въ предисловіи къ первому изданію „Учебника русскаго гражданского судопроизводства“, вышедшему въ 1884 г., проф. А. Х. Гольмстенъ заявлялъ: „Я утверждаю и утверждаю, что главнѣйшая задача преподаванія юридическихъ наукъ заключается въ развитіи въ слушателяхъ способности юридическаго мышленія, въ развитіи въ нихъ умственной дисциплины въ строго юридическомъ направленіи“... Несомнѣнно. для достиженія цѣли педагогической важно прослѣдить генезисъ правового института до самыхъ крайнихъ его предѣловъ, не отвѣщаясь экскурсіями въ пограничныя правовыя области, но не менѣе несомнѣнно, что экскурсіи эти не являются научной необходимостью. Съ другой стороны, слѣдуетъ отмѣтить, что указанное явленіе наблюдается только среди представителей гражданско-процессуальной науки, притомъ по преимуществу въ Германіи. У нашихъ процессуалистовъ, равно какъ и среди нѣмецкихъ процессуалистовъ

Но, обладая большими конструктивными достоинствами, эта теорія не всегда отвѣчаетъ нуждамъ практики и политики судебного права. Такъ, очевидно, что, оставаясь въ строгихъ предѣлахъ теоріи, нѣтъ возможности отвѣтить на многіе практическіе вопросы, напр., о разрѣшеніи пререканій между тѣми или другими судебными установленіями, если законъ о такихъ пререканіяхъ умалчиваетъ; о правѣ суда отмѣнять собственныя опредѣленія, объ инициативѣ суда въ дѣлѣ собиранія доказательствъ, вызовѣ новыхъ свидѣтелей и т. под.,—независимо отъ того, относятся ли эти вопросы къ области гражданского или уголовного процесса. Еще менѣе теорія эта способна разрѣшить сомнѣнія характера процессуально-политическаго.

Остановлюсь на наиболѣе остромъ вопросѣ современной законодательной политики и на важнѣйшемъ вопросѣ процессуальной науки—вопросѣ о слѣдственномъ или обвинительномъ строѣ процесса.

Содержаніе процессуальнаго отношенія заключается въ томъ, что безпристрастный третій, судья, рѣшаетъ споръ сторонъ о правѣ, будетъ ли этотъ споръ происходить между истцомъ и отвѣтчикомъ или между обвинителемъ и обвиняемымъ. Такой строй процесса, состязательный или обвинительный, былъ единственнымъ въ классическомъ Римѣ, въ древне-германскомъ и русскомъ правѣ. Онъ же почти въ ~~полной~~ чистотѣ сохранился понынѣ въ правѣ англійскомъ, и въ особенности въ правѣ шотландскомъ, какъ для гражданского, такъ и для уголовного процесса. На европейскомъ континентѣ уже въ средніе вѣка различныя условія общественной и государственной жизни вызвали недовѣрчивое отношеніе къ обвинительному уголовному процессу и замѣну его другимъ—слѣдственнымъ, розыскнымъ или инквизиціоннымъ. Главнѣйшей причиной этого была слабость и ненадеж-

криминалистовъ, можетъ быть отмѣчена, наоборотъ, противоположная тенденція—строго ограничивать область своего изслѣдованія, вплоть до отрицанія даже идеи родства гражданского и уголовного процессовъ. Но это объясняется недостаточно полнымъ использованіемъ всѣхъ юридическихъ выводовъ, къ которымъ должна приводить правильно понятая теорія процесса, какъ правоотношенія.

ность органов обвиненія и вообще преслѣдованія преступленій, опасная въ виду ужасающаго роста преступности. Подъ вліяніемъ этихъ практическихъ соображеній государственная власть постепенно ввела въ уголовный процессъ новыя начала: обвиненіе и защита, отдѣленные ранѣе отъ функцій суда, были слиты съ судебной функціей, и судья сталъ единымъ государственнымъ органомъ, которому ввѣрено было преслѣдованіе преступленія, т. е. и обвиненіе, и защита, и произнесеніе приговора надъ преступникомъ ¹⁾).

Такой строй уголовного процесса существовалъ нѣсколько сотъ лѣтъ, и именно во Франціи до великой революціи, въ Германіи до 1848 г., въ Россіи до Судебныхъ уставовъ 1864 г. Онъ весь былъ связанъ съ міровоззрѣніями общества того времени, съ господствомъ въ немъ абсолютически-государственныхъ началъ и приниженымъ положеніемъ личности и являлся лучшимъ выраженіемъ этихъ міровоззрѣній. Въ немъ проявлялась идея государственнаго суда, соединенная съ характерной для абсолютно-монархическаго государства бюрократической тенденціей сосредоточивать всѣ функціи власти въ рукахъ непосредственно подчиненныхъ государству чиновниковъ ²⁾). Именно поэтому въ пору господства инквизиціоннаго процесса съ такой силой развивались сопровождающія его уродливыя явленія тайны судебного производства, исключительной письменности, ограниченія судейской свободы формальными доказательствами и т. под.,—явленія, которыя по существу своему вовсе съ нимъ не связаны; именно поэтому тогда же развился ревизіонный порядокъ процесса, и усиленно практиковался вредный обычай представленія судебныхъ приговоровъ на утвержденіе верховной власти, со всѣми ужасными послѣдствіями, отсюда вытекающими. Инквизи-

¹⁾ См. Biener, Beiträge zur Geschichte des Inquisitionsprozesses, 1827; Esmein, Histoire de la procédure criminelle en France, 1882; Mariotte, *у. с.*; Schmidt, Herkunft des Inquisitionsprozesses, 1903.

²⁾ Ср. Ortloff, Das Strafverfahren, 71; Binding, Die drei Grundfragen der Organisation des Strafgerichts, 1876, 60; Kries, 34; R. Schmidt, Die Aufgaben der Strafrechtspflege, 1895, 222 и сл.; онъ же, Staatsanwalt und Privatkläger, 1891, 3; Kohler, Moderne Rechtsprobleme, 1907, 68.

зиціонный процессъ давалъ органамъ государственной власти сильное и надежное средство для проявленія этой власти во всей ея полнотѣ. Инквирентъ-обвинитель, защитникъ и судья—могъ не церемониться съ обвиняемымъ: послѣдній былъ простымъ объектомъ изслѣдованія, его правъ, какъ стороны въ процессѣ, не существовало, потому что инквизиціонному процессу понятіе стороны было чуждо. Инквирентъ долженъ былъ прежде всего стремиться къ тому, чтобы обвиняемый сознался въ преступленіи, и исторія указываетъ намъ, какія безчеловѣчныя мѣры примѣнялись съ этой цѣлью. Естественная логическая и юридическая презумпція невиновности обвиняемаго, вина котораго не доказана, была также чужда инквизиціонному процессу: въ немъ господствовала обратная презумпція. Поэтому подсудимый, вина котораго не была доказана, не могъ быть оправданъ: онъ подлежалъ или роена *extraordinaria*, нѣсколько пониженному наказанію, или *absolutio ab instantia*, оставленію въ подозрѣніи, что влекло за собой серьезныя ограниченія въ гражданскихъ правахъ. Главной практической задачей того времени было, такимъ образомъ, не правосудіе, равно оберегающее какъ интересы общества, такъ и интересы личности, а принудительная охрана установившагося уклада, равно давящая и праваго, и виновнаго, захваченныхъ розмахомъ государственнаго колеса: уголовный судъ былъ использованъ государственной властью для своихъ политическихъ задачъ.

Другимъ задачамъ инквизиціонный процессъ и не могъ служить. Пригодный для проведенія грубой идеи власти, онъ не былъ пригоденъ для проведенія тонкой идеи права: совмѣщеніе трехъ различныхъ функцій въ лицѣ одного государственнаго чиновника было психологической невозможностью. Носить на плечахъ, по выраженію Шмидта ¹⁾, три головы,—безпристрастнаго судьи, энергичнаго врага и заботливаго друга обвиняемаго, быть партійной стороной и оставаться въ то же время безпартійнымъ ²⁾—было немыслимо.

¹⁾ Staatsanwalt und Privatkläger, 3.

²⁾ Ihering I, 895.

Освободительное движеніе конца XVIII и половины XIX в. въ западной Европѣ положило конецъ исключительному господству инквизиціоннаго процесса. Наступившее упорядоченіе отношеній власти и подданныхъ, закрѣпленіе политическихъ и гражданскихъ правъ личности не могло не отразиться и на уголовномъ процессѣ. Вниманіе всѣхъ привлекалъ великій образецъ Англіи, страны съ давней культурой, свободными учрежденіями и либеральной организаціей суда и судопроизводства. Англія знала и знаетъ только состязательный процессъ; ея судья былъ и есть только безпристрастный третій, наблюдатель судебной борьбы сторонъ, выносящій изъ своего наблюденія авторитетные выводы. По замѣчанію Стифена ¹⁾, англійскій судья считалъ бы унизительнымъ для себя выступать въ роли инквирента, — это противорѣчило бы всѣмъ представленіямъ англичанъ о величій, достоинствѣ и порядкѣ судебной дѣятельности. Съ другой стороны, личность никогда не была въ англійскомъ процессѣ объектомъ изслѣдованія, а всегда полноправной стороной, и правило о невиновности каждаго, вина котораго не установлена въ порядкѣ судебного слѣдствія, всегда оставалось неизблѣмымъ. Эти начала должны были лечь въ основаніе реформированнаго континентальнаго процесса. Состязательность, т. е. разграниченіе функцій суда и сторонъ, а вслѣдъ за этимъ, какъ дополнительныя гарантіи, непосредственность, т. е. вынесеніе приговора тѣмъ же органомъ, которымъ чувственно воспринимаются и рассматриваются доказательства; устность, публичность, обоснованіе судебного приговора на свободномъ внутреннемъ убѣжденіи судьи, организація народнаго участія въ отправленіи уголовного правосудія и пр. — должны были въ корнѣ измѣнить характеръ судебной дѣятельности. Но они должны были также столкнуться съ сильными историческими переживаніями, съ прочно укоренившимися традиціями. Въ результатѣ континентальный процессъ вылился въ форму компромисса: юридическій консерватизмъ, правитель-

¹⁾ Stephen, History of the criminal law of England, I, 565; Liermann, Summarisches Strafverfahren in England, 1908, 115 прим. 1.

ственная реакція противъ смѣлыхъ нововведеній, боязнь слабости государственной власти въ дѣлѣ преслѣдованія преступленій, недостаточно отъкровенное и полное признаніе правъ личности, какъ таковой, и, конечно, не вполне точное знакомство съ принципами судоустройства и судопроизводства ¹⁾),—все это повлекло не замѣну инквизиціонныхъ началъ обвинительными, а ихъ соединеніе, сочетаніе съ большимъ или меньшимъ преобладаніемъ тѣхъ или другихъ началъ въ зависимости отъ соціальныхъ и политическихъ условій жизни данной страны. На этотъ путь прежде всего встала Франція, учредивъ институтъ предварительнаго слѣдствія по инквизиціонному типу и предоставивъ органамъ суда тутъ и тамъ специфически розыскныя функціи; ея примѣру послѣдовала Германія въ партикулярномъ законодательствѣ пятидесятихъ годовъ и въ имперскомъ уставѣ уголовного судопроизводства 1877 г., а затѣмъ и Россія въ 1864 г. Старыя традиціи прочны и нынѣ: характеръ законодательныхъ новеллъ во Франціи, законопроектовъ, внесенныхъ въ нашу Государственную Думу (о защитѣ на предварительномъ слѣдствіи, о введеніи состязательнаго начала въ обрядъ преданія суду), движеніе въ сторону реформы процесса въ Германіи—указываютъ, что инквизиціонный процессъ пустилъ свои корни очень глубоко и что въ условіяхъ современной жизни есть прочные элементы, которые благопріятствуютъ его сохраненію.

Такимъ образомъ, вопросъ о типѣ процесса, о проведеніи въ жизнь принциповъ слѣдственного или обвинительнаго донныѣ не вполне выясненъ, и наукѣ предстоитъ еще большая работа.

Что же даетъ для выясненія этого вопроса теорія процесса, какъ юридическаго отношенія, въ состояніи ли она дать строго научный отвѣтъ на названный вопросъ?

¹⁾ Ср. замѣчанія Ortlöff, у. с.; F. Hélie, *Traité d'instruction criminelle*, I, 8. Даже въ современной литературѣ есть защитники началъ инквизиціоннаго процесса, въ особенности Magiotte, у. с. Авторъ считаетъ этотъ процессъ для Франціи національнымъ и традиционнымъ.

Нѣтъ, не въ состояніи. Совершенно очевидно, что процессъ, сохраняя вполне свой общій характеръ юридическаго отношенія между сторонами и судомъ, можетъ обладать чертами, стоящими какъ подъ вліяніемъ слѣдственнаго, такъ и подъ вліяніемъ обвинительнаго начала ¹⁾.

Легко представить себѣ гражданскій процессъ, построенный по слѣдственному типу, и, напр., нѣкоторыя положенія нашего дореформеннаго гражданско-процессуальнаго права (т. X ч. 2 ст. 441), нѣкоторыя статьи германскаго устава гражданского судопроизводства (130, 133, 134, 402, 581, 597), рядъ положеній австрійскаго устава гражданского судопроизводства 1895 г. (182, 183)—указываютъ, что идея эта не вполне чужда и положительному праву. Мы видимъ, что оно тутъ и тамъ предоставляетъ гражданскому суду чисто розыскныя функціи. Наоборотъ, легко представить уголовный процессъ, всецѣло проникнутый началами состязательности, и лучшій примѣръ этого—шотландское процессуальное право. Съ другой стороны, возможно такое построение слѣдственного процесса, при которомъ обвиняемый будетъ имѣть весьма значительныя гарантіи ²⁾, и такое построение процесса обвинительнаго, при которомъ права обвиняемаго, какъ стороны, будутъ ничтожны. Лучшимъ подтвержденіемъ этого являются современные попытки ввести начало состязательности въ стадію предварительнаго производства и весьма неодинаковыя права обвиняемаго въ судебномъ слѣдствіи въ различныхъ положительно-правовыхъ системахъ. Это объясняется тѣмъ, что процессуальныя формы устанавливаются положительнымъ правомъ большею частью внѣ зависимости отъ юридической природы процессуальнаго отношенія. Онѣ просто составляютъ ту положительно-правовую оболочку, въ которой названное отношеніе въ данной правовой системѣ движется, и налич-

¹⁾ См. по этому вопросу Pollak, System des österreichischen Civilprozessrecht, 1903, I, 457; Немировский, Отношеніе приговора къ обвиненію, 1906, 324; Kohler, 20 и сл.; Stein, Das private Wissen, 88 и сл. Интересныя замѣчанія въ нашей литературѣ см. у Нефедьева, Основныя начала гражданского судопроизводства, 1895 г.

²⁾ См. въ особенности у Ortloff, ук. с.

ность того или другого изъ нихъ объясняется только исторически или политически.

III.

Въ чемъ же скрывается причина такого безсилія новой теоріи процесса, безсилія, которое даетъ поводъ ея противникамъ видѣть въ ней простую схоластическую ленту, юридическую Сахару ¹⁾?

Отвѣчая на этотъ вопросъ, слѣдуетъ отграничить конструктивную сторону теоріи отъ стороны чисто методологической, т. е. отъ способовъ изученія явленій, входящихъ въ кругъ данной научной дисциплины.

Въ наукѣ процесса, какъ и во всякой другой юридической дисциплинѣ, форма изслѣдованія можетъ имѣть или догматическій, или политическій характеръ. Догматика права, изучая юридическія явленія, стремится къ отвлеченію отъ нихъ общихъ чертъ, къ образованію юридическихъ понятій, а вслѣдъ за этимъ къ группировкѣ и систематизаціи этихъ понятій на основаніи подмѣченныхъ въ нихъ болѣе общихъ и высшихъ началъ, и къ поясненію, на основаніи полученныхъ выводовъ, значенія и силы существующихъ правовыхъ нормъ и институтовъ. Въ интересахъ вскрытія внутренней силы названныхъ нормъ и институтовъ догматика права не можетъ чуждаться знакомства съ исторіей права, и, въ интересахъ научнаго синтеза, — съ философіей права. Но, во всякомъ случаѣ, вооруженная всѣми названными методами, она, по природѣ своей, должна вращаться исключительно въ кругу юридическихъ явленій, понятій и принциповъ, т. е. данныхъ положительнаго дѣйствующаго или дѣйствовавшаго права. Политика права пользуется другимъ методомъ и оперируетъ съ болѣе широкимъ кругомъ явленій. Она подвергаетъ юридическіе институты оцѣнкѣ съ точки зрѣнія ихъ цѣлесообразности, ихъ соотвѣтствія національно-этическимъ (идеальнымъ) представленіямъ и социальнымъ (матеріальнымъ) потребностямъ данной человѣческой группы.

¹⁾ Ср. бѣглыя замѣчанія въ предисловіи къ учебнику А. Х. Гольмстена.

Теорія процесса, какъ юридическаго отношенія, по существу своему не предрѣшаетъ вопроса о томъ, какой путь, какіе методы должна избрать наука судебного права. Бюловъ (стр. 7) безотносительно говорилъ, что эта теорія способствуетъ болѣе глубокому пониманію самой структуры судопроизводства и существа процессуальныхъ явленій. Какъ конструктивный пріемъ, какъ способъ систематизаціи процессуальныхъ отношеній, эта теорія и не можетъ опредѣлять методовъ научнаго изслѣдованія. Но тѣмъ не менѣе въ ней скрывается нѣкоторый моментъ, наталкивающий изслѣдователя именно на догматическое изученіе институтовъ судебного права, такъ какъ юридическое отношеніе есть прежде всего отношеніе, регулируемое положительнымъ правомъ, да и самая идея процесса, какъ юридическаго отношенія, возникла изъ догматическаго изученія процессуальнаго права. Можно думать, что въ связи съ этимъ Колеръ въ своей книгѣ о процессѣ, какъ правоотношеніи (стр. 134), замѣчаетъ: „На этой концепціи процесса строится система его, т. е. архитектурное зданіе, въ которомъ каждый элементъ пріобрѣтаетъ свой юридическій характеръ и свои функціи, благодаря мѣсту, имъ въ этой системѣ занимаемому“; потому же вся его книга посвящена догматическому изслѣдованію началъ процесса; потому же, конечно, и проф. Гольмстенъ излагаетъ процессъ, какъ „ученіе о гражданско-процессуальномъ отношеніи, познаваемомъ нами изъ всѣхъ доступныхъ намъ гражданско-процессуальныхъ законовъ и обычаевъ, или изъ законовъ и обычаевъ даннаго народа въ данную эпоху“ (стр. 1).

У догматики права есть безспорныя заслуги. Она выясняетъ юридическую природу изучаемыхъ институтовъ, ихъ происхожденіе и развитіе, взаимную связь и зависимость, объединяющіе ихъ высшіе юридическіе принципы и т. д. Въ результатъ она даетъ картину, изображающую внутреннюю жизнь судебного права и его институтовъ. Но процессуалистъ не можетъ и не долженъ ограничиваться только догматическимъ изученіемъ судебного права. На вопросы, сомнѣнія и потребности живой дѣйствительности юридическая догматика часто не въ силахъ будетъ отвѣтить, какъ не въ силахъ была

она отвѣтитъ въ ту пору, когда лучшіе умы и передовые элементы общества боролись со зломъ, вытекающимъ изъ инквизиціоннаго процесса ¹⁾).

Недаромъ болѣе чуткіе догматики расширяютъ рамки своего изслѣдованія и стремятся проникнуть не только въ „существо“ тѣхъ или другихъ правъ, но и въ „соображенія законодательной политики“, въ „интересы государственные и интересы правосудія“, т. е. переходятъ чисто догматическіе предѣлы ²⁾).

Въ этомъ все дѣло. Наука судебного права должна быть выведена за предѣлы замкнутаго круга формальныхъ правовыхъ положеній. Она должна использовать всѣ методологическія приобрѣтенія юридическихъ дисциплинъ, а въ особенности дисциплинъ родственныхъ, и не должна бояться выясненія связи процесса съ той правовой и соціальной средой, въ которой онъ вырастаетъ и существуетъ. Гнейстъ въ свое время справедливо указалъ, что процессъ не долженъ утрачивать связи съ публичнымъ правомъ, вѣтвью котораго онъ является; Шмидтъ и Штернбергъ подчеркнули необходимость расширенія процессуальной науки за предѣлы узко юридической дисциплины, необходимость „этического одухотворенія и политическаго оживленія“ ея, и, наконецъ, въ нашей литературѣ проф. Гольмстенъ, оставаясь вѣрнымъ своей конструкціи и даже съ негодованіемъ отклоняя критику ея, не только практически использовалъ для науки процесса политическіе моменты, но и подчеркнул значеніе „философской обосно-

¹⁾ Обращеніе къ иноземному праву было тогда единственнымъ выходомъ, ср. Ортофъ, стр. XI. Литература даетъ примѣры великой безплодности узко догматической обработки процесса. Такъ, напр., Крисъ (стр. 250, 252, 275—278 и др.), отмѣчая нѣкоторыя положенія германскаго процессуальнаго права, отразившія на себѣ вліяніе слѣдственнаго начала, излагаетъ ихъ такъ, какъ они существуютъ въ законѣ, и не подвергаетъ ихъ политическому анализу. Если бы судебной практикѣ пришлось столкнуться съ проблемами закона и съ необходимостью пополнить ихъ путемъ толкованія, то она не нашла бы указаній въ теоріи процесса. Какъ ограничительное, такъ и распространительное толкованіе закона и его аналогія опредѣляются предварительнымъ установленіемъ правовыхъ принциповъ, а въ области процесса и соображеній политики права.

²⁾ Ср. Гольмстенъ, стр. 193, 130, 134 и др.

ванности“ ея, хотя бы въ тѣсныхъ границахъ опредѣленной доктрины. И если это правильно для одного отдѣла судебного права, гражданского процесса, который имѣли и имѣютъ въ виду названные авторы, то тѣмъ болѣе правильно для другого, для процесса уголовного, гдѣ связь правовыхъ положеній съ областью этико-соціальной и политической выражается въ еще болѣе рѣзкой степени ¹⁾).

Съ этой расширенной точки зрѣнія уже не будетъ трудно какъ дать отвѣтъ на различныя сомнѣнія судебной практики, для которой перестанетъ быть темнымъ смыслъ и духъ неяснаго или неполнаго закона, такъ и разобраться въ сложныхъ процессуально-политическихъ вопросахъ. Какъ въ области практической судебной дѣятельности, такъ и въ области политической на первый планъ выдвинется основная задача судебной дѣятельности, задача правосудія, а слѣдовательно и огражденіе и защита всѣхъ правовыхъ гарантій, способствующихъ осуществленію этой основной задачи.

Въ частности, не трудно будетъ разрѣшить и вопросъ о строѣ процесса во всемъ его теоретическомъ и практическомъ объемѣ.

Конструкція уголовного процесса, какъ юридическаго отношенія, не можетъ вызывать спора. Уголовный процессъ такъ же, какъ и гражданскій, есть постепенно развертывающееся правоотношеніе. Разрѣшеніе спора о правѣ и охрана дѣйствительнаго права—задачи судебной дѣятельности, единыя какъ въ уголовномъ, такъ и въ гражданскомъ процессѣ. Особенностью уголовного процесса является направленіе дѣятельности суда на урегулированіе спорнаго отношенія между обвиняемымъ и государствомъ. Именно этотъ моментъ, если взглянуть на явленіе съ этиологической точки зрѣнія, заставилъ въ свое время государственную власть

¹⁾ Уже Ortloff, ук. с. VIII, XXVI, указывалъ на „раціонально-эмпирическій“ методъ, на выведеніе принциповъ процесса изъ существа государства и права; ср. также V a r g h a, Das Strafprozessrecht, 2 Aufl. 1907, 35 и сл. Въ нашей литературѣ эта идея прочно установлена проф. И. Я. Ф о й н и ц к и мъ. Ср. Л ю б л и н с к і й, Свобода личности въ уголовномъ процессѣ. 1906, I, 700—701; Н е м и р о в с к і й, ук. с. 308 и др.

ввести инквизиціонный процессъ, заставляетъ и нынѣ отстаивать его переживанія, гдѣ они сохранились. Но ясно, что превращеніе судьи въ инквизитора искажало самое существо судебной дѣятельности, которая переставала служить задачамъ правосудія и обращалась въ тенденціозное проявленіе государственной власти. Такое превращеніе возможно было лишь въ особой этико-культурной и политической обстановкѣ, на фонѣ особаго соціальнаго міросозерцанія, гдѣ отводилось много мѣста идеямъ власти, централизаци и т. под., и мало вниманія удѣлялось личности и ея правовымъ гарантіямъ. Современнымъ представленіямъ такой строй процесса уже не отвѣчаетъ. Съ современной точки зрѣнія главная и даже единственная задача правосудія—охрана права въ борьбѣ съ неправдой ¹⁾. То обстоятельство, что уголовный судъ рѣшаетъ споръ не между частными лицами, а между частнымъ лицомъ и государствомъ, не измѣняетъ ни существа, ни основной задачи судебной дѣятельности, а лишь выдвигаетъ необходимость цѣлесообразной организаціи публично-правового преслѣдованія преступленій и обличенія предъ судомъ. Точно такъ же, по нашимъ представленіямъ, высшая политика, которая можетъ руководить судомъ въ его дѣятельности, есть политика безстрастія и справедливости, равно стоящая на стражѣ и публичныхъ интересовъ государства, и частныхъ интересовъ личности: могучее государство и слабая личность предъ судомъ только стороны, совершенно равныя, и побѣда въ ихъ спорѣ зависитъ не отъ силы, а только отъ права ²⁾. И въ спорѣ о слѣдственномъ

¹⁾ См. по этому поводу прекрасныя замѣчанія у Binding, Die drei Grundfragen der Organisation des Strafgerichts, 1876, 2 и сл.; Berndt, Der Richter, 1909, 90; ср. Stier-Somlo, Politlk, 1907, 29 и сл.

²⁾ Оружіе, которымъ сражаются стороны, замѣчаетъ Iерингъ, I, 396, должно быть одинаково, свѣтъ и тѣнь должны быть распределены равномерно. Ср. Degenkolb ук. с. 28: процессъ въ существѣ своемъ покоится на равенствѣ сторонъ; и истецъ и отвѣтникъ обладаютъ совершенно одинаковой правовой цѣнностью. Ср. также замѣчанія Orlloff, ук. с. 109, по вопросу о примѣненіи контрарикторной формы къ процессу, организованному согласно официальному принципу; Joussegandot, ук. с. 181: процессъ—это дуэль, онъ долженъ быть лойаленъ; F. Helie, Traité, I, 4: „Il faut, que cette lutte solen-

и обвинительномъ процессѣ всѣ симпатіи современнаго процессуалиста должны склоняться къ процессу состязательному, какъ наиболѣе отвѣчающему и существу судебной дѣятельности, и ея задачамъ. Лишь состязательный процессъ ставитъ судью на надлежащую высоту спокойнаго безстрастія, обезпечиваетъ истинное правосудіе, стоитъ на стражѣ государственныхъ интересовъ и доставляетъ наивысшія гарантіи для правъ личности. Не подлежитъ сомнѣнію, что, если и въ практическомъ примѣненіи нормъ современнаго положительнаго права встрѣтится сомнѣніе въ проведеніи начала слѣдственнаго или состязательнаго, то преимущество должно быть отдано послѣднему, ибо оно является основнымъ началомъ реформированнаго процесса.

Эти положенія являются результатомъ какъ изученія юридической природы судебного права, такъ и выясненія его связи съ той этико-соціальной средой, которая питаетъ его корни.

Таковы тѣ необходимые элементы, которые должны быть введены въ методологію науки судебного права. Теорія процесса, какъ юридическаго отношенія, дала этой наукѣ необходимую самостоятельность, указавъ опредѣленный кругъ юридическихъ явленій, подлежащихъ ея спеціальному изученію. вмѣстѣ съ этимъ она способствовала перенесенію въ науку судебного права прекрасно выработанной юридической техники, испытанныхъ приѣмовъ юридическаго изслѣдованія. Она должна быть удержана. Но неправильно было бы придавать ей характеръ исключительно догматической конструкціи и тѣмъ самымъ противоестественно сужать предѣлы судебно-правовой науки. Наука эта не должна чуждаться методовъ, усвоенныхъ другими юридическими дисциплинами. Пользуясь формально-логическимъ, историко-генетическимъ и философскимъ методомъ для цѣлей догматики,

nelle qui s'engage entre l'accusé et la puissance publique ne subisse aucune autre influence que celle de la justice; il faut enfin que l'un et l'autre trouvent dans les institutions judiciaires une protection également efficace, des garanties également fortes“.

она должна использовать и политическій методъ для цѣлей болѣе глубокаго, тонкаго и, главное, жизненнаго пониманія и освѣщенія процессуальныхъ институтовъ. Лишь тогда ея выводы достигнутъ той высоты, на которую должна поставить ихъ наука, изучающая великое культурное явленіе—государственную судебную дѣятельность.
