

Малинин Михаил Иванович

**Убеждение судьи в
гражданском процессе**

**Москва
«Книга по Требованию»**

УДК 82-3
ББК 84-4
М69

М69 **Михаил Иванович М.**
Убеждение судьи в гражданском процессе / Малинин Михаил Иванович – М.:
Книга по Требованию, 2022. – 163 с.

ISBN 978-5-519-95047-3

ISBN 978-5-519-95047-3

© Издание на русском языке, оформление
«YOYO Media», 2022

© Издание на русском языке, оцифровка,
«Книга по Требованию», 2022

Эта книга является репринтом оригинала, который мы создали специально для Вас, используя запатентованные технологии производства репринтных книг и печати по требованию.

Сначала мы отсканировали каждую страницу оригинала этой редкой книги на профессиональном оборудовании. Затем с помощью специально разработанных программ мы произвели очистку изображения от пятен, клякс, перегибов и попытались отбелить и выровнять каждую страницу книги. К сожалению, некоторые страницы нельзя вернуть в изначальное состояние, и если их было трудно читать в оригинале, то даже при цифровой реставрации их невозможно улучшить.

Разумеется, автоматизированная программная обработка репринтных книг – не самое лучшее решение для восстановления текста в его первозданном виде, однако, наша цель – вернуть читателю точную копию книги, которой может быть несколько веков.

Поэтому мы предупреждаем о возможных погрешностях восстановленного репринтного издания. В издании могут отсутствовать одна или несколько страниц текста, могут встретиться невыводимые пятна и кляксы, надписи на полях или подчеркивания в тексте, нечитаемые фрагменты текста или загибы страниц. Покупать или не покупать подобные издания – решать Вам, мы же делаем все возможное, чтобы редкие и ценные книги, еще недавно утраченные и несправедливо забытые, вновь стали доступными для всех читателей.



Серия Книжный Ренессанс

www.samizday.ru/reprint

III

Стр.

своду законовъ и по уставу гражданского судопроизводства. Кассационная практика и циркуляръ сената 1870 г. Отношеніе суда къ матеріальной сторонѣ полномочіи. Воззрѣнія теоріи по вопросу объ общемъ полномочіи и специальномъ, — по вопросу о полномочіи на предъявленіе спора о подлогѣ документа, на confessio in iure, на исполнительное производство. Постановленія положительныхъ законодательствъ, нѣмецкихъ французскаго и русскаго; кассационная практика 59

ГЛАВА III-я.

Начала, опредѣляющія порядокъ судопроизводства сокращеннаго. Роль судьи въ слѣдованіи общему или сокращенному порядку. Значеніе воли тяжущихся. Отношеніе положительныхъ законодательствъ къ этому вопросу. Постановленія французскаго законодательства; основныя его начала и взгляды теоріи. Разсмотрѣніе вопроса по русскому законодательству; основныя начала, проводимыя уставомъ и опредѣляющія отношеніе суда и тяжущихся въ слѣдованіи общему или сокращенному порядку производства 92

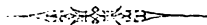
ГЛАВА IV-я.

Отношеніе суда къ состязанію тяжущихся въ предварительномъ производствѣ. Оно опредѣляется частнымъ характеромъ спорныхъ правъ, значеніемъ и совершеніемъ состязаній въ процессѣ и распадается по двумъ сторонамъ, какія представляетъ каждое состязательное дѣйствіе, — внутренней, матеріальной и внѣшней, формальной. Въ общемъ видѣ, отношеніе суда представляется отчасти пассивнымъ, отчасти активнымъ. Активное отношеніе суда къ матеріальной сторонѣ исковаго прошенія. Главныя стороны, которыя судья разсматриваетъ съ точки зрѣнія основнаго принципа дѣйствій гражданского суда. Активное отношеніе судьи къ формальной сторонѣ исковаго прошенія — къ письменной формѣ заявленія требованій, къ характеру и тону изложенія. Отношеніе судьи къ отвѣту. Главныя стороны отвѣта, подлежащія разсмотрѣнію судьи въ предварительномъ производствѣ. Дѣйствія судьи по встрѣчному иску, по вопросу о подсудности его и о производствѣ. Отношеніе судьи къ матеріальной сторонѣ дальнѣйшихъ состязательныхъ дѣйствій тяжущихся. Отношеніе къ формальной сторонѣ состязаній, начиная съ отвѣта. Отношеніе судьи къ вопросу о срокахъ и отсрочкахъ 105

ГЛАВА V-я.

Отношеніе суда къ обезпеченію интересовъ тяжущихся во время производства дѣла. Исходные пункты въ обезпеченіи судомъ вопроса о необходимости обезпеченія — степень опасности, грязящей интересамъ сторонъ, основательность иска. Отношеніе суда къ вопросу объ обезпеченіи по положительнымъ законодательствамъ и по уставу гражданского судопроизводства. Кассационная практика.

Отношеніе суда къ обезпеченію интересовъ казны. Основной принципъ дѣйствій судьи. Отступленіе отъ этого принципа — признаніе права бѣдности. Дѣйствія суда по вопросу о правѣ бѣдности — касательно лицъ, которые могутъ пользоваться этимъ правомъ, касательно установленія понятія о бѣдности тяжущихся. Постановленія устава гражданского судопроизводства и кассационная практика 149



ПРЕДИСЛОВІЕ.

Общеизвѣстенъ и признанъ фактъ, что положительный законъ не обнимаетъ и не можетъ обнять во всей полнотѣ всѣхъ тѣхъ сферъ правовой жизни, регуляторомъ которыхъ онъ является. Это особенно нужно сказать, когда дѣло идетъ о такихъ явленіяхъ правовой жизни, которыя представляютъ собою послѣдовательный рядъ дѣйствій лицъ, являющихся дѣятелями въ данномъ случаѣ, при данной комбинаціи обстоятельствъ. Точно регулировать такого рода отправленія правовой жизни—положительный законъ безсиленъ. Поэтому, здѣсь по необходимости возникаетъ и совершается самостоятельная личная дѣятельность факторовъ. Такая дѣятельность непременно предполагаетъ, на ряду съ закономъ, существованіе другихъ регуляторовъ, въ силу которыхъ слагается тотъ или другой образъ дѣйствій факторовъ правовой жизни. Въ послѣднемъ случаѣ существенно важными и отличными одна отъ другой представляются двѣ группы дѣятелей: одни частныя лица, другіе — лица, призванныя дѣйствовать отъ имени государства. Таковы, между прочимъ, органы административной и судебной власти. Какъ-бы ни были разработаны, совершенны законы, они не могутъ опредѣлить каждаго шага дѣйствій этихъ органовъ; лучшія европейскія законодательства стремятся только обставить судъ и администрацію такимъ образомъ, чтобы обезпечить общество отъ злоупотребленія органовъ предоставленной имъ властью; положительно-же опредѣляютъ дѣйствія суда и администраціи на столько, на сколько это не вредитъ цѣлесообразному отправленію каждымъ изъ нихъ своихъ функций. Разсматривая въ частности дѣятельность органовъ судебной власти и еще частице дѣятельность судьи въ

гражданскомъ процессѣ, мы замѣчаемъ стремленіе новѣйшихъ законодательствъ опредѣлить въ общихъ основныхъ началахъ сущность и характеръ дѣйствій гражданского суда, предоставивъ ему затѣмъ конкретное приложеніе ихъ. Такимъ образомъ дѣятельность судьи въ гражданскомъ процессѣ имѣетъ въ основѣ своей законъ, но на ряду и совместно съ тѣмъ она необходимо представляетъ собою *самостоятельную* личную дѣятельность судьи. Дѣйствительно, законъ, регулирующий дѣйствія судьи, самъ по себѣ—мертвая буква; онъ становится живой, дѣйствующей силой, когда къ суду обращаются за защитой правъ; съ этого момента дѣйствія суда даютъ отвлеченной, мертвой формулѣ реальное содержаніе, и во всемъ гражданскомъ процессѣ, равно въ отдѣльныхъ процессуальныхъ дѣйствіяхъ, она получаетъ жизнь, смыслъ и силу. Понятно, какое важное значеніе имѣетъ личная дѣятельность судьи въ томъ случаѣ, когда регуляторомъ его дѣйствій является законъ; тѣмъ большее участіе и значеніе въ гражданскомъ процессѣ получаетъ самостоятельная, личная дѣятельность судьи, когда законъ не представляетъ собою регулирующаго начала, а между тѣмъ судъ долженъ отправлять свои функціи. При необходимости и громадномъ значеніи въ гражданскомъ процессѣ дѣятельности суда, если есть хорошій уставъ гражданского судопроизводства—это далеко не значитъ, что процессъ во всѣхъ его отправленіяхъ поставленъ на мѣсто, которое онъ долженъ занимать въ правовомъ порядкѣ. Этимъ объясняются тѣ нерѣдкія явленія, что законъ, нормирующий гражданскій процессъ, самъ по себѣ стоитъ на уровнѣ требованій процессуальной науки, а между тѣмъ въ приложеніи далеко не отвѣчаетъ своей задачѣ. Идеи, возникшія изъ насущныхъ потребностей гражданского правосудія, разъясненныя наукой, проверенныя вѣковымъ опытомъ не одного, но многихъ народовъ,—эти идеи, лежащія въ основаніи новѣйшихъ процессуальныхъ законодательствъ, часто въ судебномъ производствѣ не узнаваемы, такъ онѣ искажаются на практикѣ, часто ихъ совсѣмъ какъ ни бывало, замѣчается обратное движеніе, проглядываютъ противоположныя начала, осужденныя наукой, опытомъ и самымъ закономъ.

Означенныя явленія указываютъ, что личная дѣятельность судьи въ гражданскомъ процессѣ, при благопріятныхъ для ея свободы нормахъ закона, не всегда соотвѣтствуетъ роли и значенію, которыя судъ долженъ имѣть въ правовой жизни и что причины такого явленія нужно искать въ самой дѣятельности,—исхода—въ нормальныхъ регуляторахъ ея. Одинъ законъ самъ по себѣ оказывается недостаточнымъ регуляторомъ; изъ личныхъ качествъ судьи недостаточно также одной добросовѣстности; при ней необходимымъ и главнымъ регуляторомъ дѣйствій судьи должно служить *разумное убѣжденіе* его. Основные принципы разумнаго убѣжденія, какъ главнаго регулятора дѣйствій судьи, являются продуктомъ вѣковаго опыта судебной практики, а главное — они представляютъ собою плодъ науки права и процесса, которая воспользовалась всѣмъ, что даетъ исторія судебной практики европейскихъ народовъ и путемъ медленнаго, постепеннаго, всесторонняго анализа, провѣреннаго опытомъ, дошла до основныхъ принциповъ убѣжденія судьи въ гражданскомъ процессѣ. При свѣтѣ научныхъ выводовъ нѣтъ болѣе необходимости добросовѣстному судѣ въ вопросахъ, требующихъ его самостоятельной личной дѣятельности въ гражданскомъ процессѣ, итти ощупью, по большей части случайно попадать на слѣдъ правильнаго и цѣлесообразнаго дѣйствія. Русскій уставъ гражданского судопроизводства 1864 г., по своему достоинству, занимаетъ мѣсто на ряду съ лучшими европейскими процессуальными законами. Но наша судебная практика не имѣетъ исторически выработавшихся традицій, съ другой стороны русская процессуальная литература не представляетъ ни одного сочиненія, которое излагало-бы ученіе о дѣятельности гражданского судьи. Понятно, не имѣя за собой годныхъ традицій, не слыша въ печати послѣдняго слова науки по данному вопросу, у насъ многимъ гражданскимъ судьямъ приходится встрѣчать значительныя затрудненія и при всей добросовѣстности впадать въ противорѣчіе въ своихъ дѣйствіяхъ самымъ съ собою. Поэтому мы находимъ своевременнымъ и имѣющимъ у насъ въ Россіи научный и практическій интересъ разсмотрѣніе вопроса *объ убѣжденіи судьи въ гражданскомъ процессѣ*

и предлагаемъ послѣднее ученіе объ этомъ предметѣ. Изложенію самаго ученія считаемъ небезполезнымъ, въ общихъ краткихъ чертахъ, предпослать очеркъ главныхъ моментовъ и началъ, вліявшихъ на историческое развитіе теоріи по данному вопросу, такъ какъ въ результатъ это развитіе привело къ методу изслѣдованія, который прилагается въ современномъ процессуальномъ правѣ и которому мы будемъ слѣдовать. Затѣмъ, по самой сущности излагаемаго предмета, объ немъ можно говорить, идя шагъ за шагомъ по тѣмъ процессуальнымъ дѣйствіямъ, какія предстоитъ совершать судья въ гражданскомъ процессѣ; дѣйствія судьи по убѣжденію обусловливаются особенностями даннаго момента въ процессѣ, особенностями каждаго отдѣльнаго дѣйствія въ этомъ моментѣ; слѣдовательно мы должны искать и вскрывать главные основы для убѣжденія судьи въ фактахъ, какими обставлено и изъ какихъ состоитъ данное процессуальное дѣйствіе его. Потому въ введеніи, послѣ краткаго историческаго очерка теоріи, мы ограничились изложеніемъ общихъ началъ, обусловливающихъ роль и положеніе судьи вообще въ гражданскомъ процессѣ на ряду съ другими факторами процесса, указали въ общихъ чертахъ на отношеніе закона къ дѣйствіямъ судьи и наоборотъ; опредѣлили вообще, гдѣ и когда можетъ проявляться дѣятельность судьи по убѣжденію и, наконецъ, какъ образуется убѣжденіе съ внѣшней стороны, оставивъ говорить о сущности и образованіи матеріальной стороны убѣжденія при разсмотрѣніи въ отдѣльности процессуальныхъ дѣйствій судьи.



УБѢЖДЕНІЕ СУДЬИ ВЪ ГРАЖДАНСКОМЪ ПРОЦЕССѢ

1) ВЪ ПРОИЗВОДСТВѢ ДО СУДЕБНАГО ЗАСѢДАНІЯ.

ВВЕДЕНІЕ.

СО Д Е Р Ж А Н І Е.

~~~~~

Главныя направленія въ развитіи теоріи дѣятельности гражданскаго судьи; особенности нѣмецкой теоріи, главныя проявленія и принципы ея. Французская теорія, ея особенности и значеніе для современной процессуальной теоріи и законодательствъ по нашему вопросу. Методъ изслѣдованія процессуальнаго права вообще и по данному предмету въ частности, какъ продуктъ историческаго развитія теоріи. Фактическая конструкція гражданскаго процесса; главные факторы процесса—тяжущіеся и судъ, какъ органъ государственной власти; принципы, опредѣляющіе роль и положеніе факторовъ и обусловливающіе ихъ дѣйствіе. Отсюда дѣленіе процесса на три стадіи. Основные принципы дѣйствій судьи по убѣжденію; образованіе убѣжденія судьи съ формальной стороны; коллективное убѣжденіе коллегіальнаго суда; порядокъ вотированія. Неприкосновенность личнаго убѣжденія члена коллегіальнаго суда. Порядокъ изложенія ученія объ убѣжденіи судьи по отдѣльнымъ функциямъ первой стадіи гражданскаго процесса.

~~~~~

Дѣятельность судьи въ гражданскомъ процессѣ по своему предмету, объему, характеру и по своимъ проявленіямъ, въ различныхъ эпохи развитія процессуальной теоріи и положительныхъ законодательствъ, неодинаково опредѣлялась, а потому гражданскій судья, преслѣдуя одну и ту же цѣль—разрѣшеніе гражданскихъ споровъ и водвореніе спокойныхъ правоотношеній, — въ различныхъ эпохи имѣлъ неодинаковое значеніе въ развитіи правомѣрнаго порядка въ сферѣ частной гражданской жизни. Историческое развитіе ученія о дѣятельности гражданскаго судьи представляетъ два, особенно рѣзко обозначившихся, направленія;

представителемъ одного служить французская теорія и французское законодательство, представителемъ другаго нѣмецкія законодательства и теорія. Вообще французская процессуальная теорія отличается отъ нѣмецкой въ самомъ корнѣ, исходномъ пунктѣ; отсюда и путь ея развитія и результаты, которыхъ она достигла, существенно отличны отъ развитія и результатовъ нѣмецкой теоріи. Процессуальная теорія въ Германіи, на первыхъ же порахъ своего появленія, подпала подъ вліяніе итальянской доктрины, именно въ XIV в., когда нѣмцы ознакомились съ итальянскимъ процессомъ, превосходившимъ по своей выработанности мѣстный нѣмецкій процессъ. Вліяніе это было сильно, неотразимо, такъ что вся процессуальная литература въ Германіи была отраженіемъ итальянской доктрины, за весьма немногими измѣненіями, привнесенными изъ нѣмецкаго процесса (1). Въ чемъ же заключается ученіе этой доктрины по занимающему насъ вопросу? Главною характеристическою особенностію ея служить *абстрактность*; она, отвлеченно выработанными нормами, схематически опредѣляла, что долженъ дѣлать судья, что—стороны. Здѣсь доктрина стремилась подчинить правиламъ свободу процессуальныхъ дѣйствій въ самыхъ мельчайшихъ подробностяхъ; какъ стороны, такъ и судья одинаково были скованы абстрактными правилами. Если мы припомнимъ ту вѣру въ авторитетъ, тотъ схоластицизмъ, которые вообще господствовали тогда въ Италіи и подавляли всякое свободное знаніе, свободную дѣятельность, то для насъ понятно будетъ, почему итальянская доктрина, если ужъ не совсѣмъ, то въ очень незначительной степени представляетъ научное изслѣдованіе идей, лежащихъ въ основаніи закона и обычая, почему, далѣе, ея положеніе не болѣе, какъ отвлеченно выработанные, схематически изложенные тезисы, почему, наконецъ, ея дальнѣйшее развитіе состояло только въ увеличеніи формъ и правилъ, болѣе и болѣе стѣснявшихъ свободу усмотрѣнія судьи, пока, наконецъ, вся дѣятельность его была ограничена однимъ только наблюденіемъ за сторонами,

(1) Какъ проникало и развивалось это вліяніе см. Wetzell System des ordentlichen Civilprocesses § 3 № 16 — 20; также Endemann, das deutsche Civilprocessrecht, § 7 № 8, 9, 10.

чтобы онѣ строго исполняли процессуальныя формальности; стороны-же въ свою очередь наблюдали, чтобы судьи ни на шагъ не отступалъ отъ предписанныхъ ему правилъ ⁽²⁾. Такимъ образомъ, по итальянской теоріи, гражданскій процессъ обратился въ сухой формализмъ, заслонявшій сущность дѣла, и онъ могъ достигнуть одного только внѣшняго согласія рѣшенія спорнаго правоотношенія съ существовавшимъ формальнымъ правомъ. Доктрина не было никакого дѣла, соответствовали ли ея правила требованіямъ дѣйствительнаго гражданского процесса. Итакъ, вслѣдствіе абстрактности своей и схоластичности, теорія шла особо отъ жизненныхъ требованій гражданского правосудія, часто совершенно въ разрѣзъ съ ними. И эта-то процессуальная теорія перешла въ Германію. Свобода дѣйствій суда и сторонъ, зараждавшаяся вмѣстѣ съ фактическимъ появленіемъ мѣстнаго процесса, была подавлена нахлынувшей схоластикой; многіе юристы—судьи получали образованіе въ итальянской школѣ, а для неученыхъ судей составлялись руководства къ процессу, которыя были простой передачей итальянскаго ученія. Съ XVII в., нѣмцы перестали даже основательно изучать итальянскую доктрину; духъ критики и анализа былъ совершенно подавленъ схоластикой; отсюда необходимо возникла безотчетная вѣра въ авторитетъ, и нѣмецкая теорія упала до простаго изложенія ученій извѣстныхъ, признанныхъ итальянскихъ процессуалистовъ, взгляды которыхъ оказывались ложными ⁽³⁾. Такое состояніе продолжалось до конца прошлаго столѣтія, когда вошло въ силу въ умственной жизни Германіи натурфилософское направленіе, отразившееся и на процессуальномъ ученіи. Процессуалисты этого направленія ⁽⁴⁾ разомъ покончили съ прежней схоластической доктриной и, основываясь на природѣ вещей, стремились создать новую теорію процесса. Представитель направленія, Гённеръ, исходя изъ понятія о частномъ гражданскомъ правѣ тяжущихся, всю систему построилъ на общихъ философскихъ принципахъ, которые должны были опредѣлять роль сторонъ и

⁽²⁾ Endemann, *ibidem* § 6, стр. 22 № 3, 4 стр. 349.

⁽³⁾ Endemann, *ibidem* § 8 стр. 29.

⁽⁴⁾ Gönner, Crolmann, Horschner, Caisberg.

суда въ процессѣ, но точка отправленія не обнимала всей природы процесса и его функций. Потому, Гённеръ и его послѣдователи, въ дальнѣйшихъ выводахъ игнорировали другіе существенные элементы, изъ которыхъ фактически складывается процессъ, а также игнорировали различіе моментовъ, въ которые дѣйствуетъ въ процессѣ судья и стороны; въ результатъ принципа состязательности доведенъ былъ до крайностей въ ущербъ свободѣ суда, необходимой для веденія процесса, разбирательства и рѣшенія дѣла; судъ, въ этомъ ученіи, является машиною, которая начинаетъ, продолжаетъ или перестаетъ дѣйствовать и притомъ такъ, а не иначе дѣйствовать—по произволу сторонъ. Произвольныя обобщенія и выводы пришлись по вкусу практики и получили здѣсь широкое примѣненіе ⁽⁵⁾; вліяніе школы оставило слѣды и въ законодательствѣ ⁽⁶⁾. Въ дѣйствительной жизни господствовала или традиція итальянской доктрины, или философское направленіе съ широкимъ припципомъ состязательности—въ обоихъ случаяхъ результаты были неутѣшительны; громче и громче слышались жалобы тяжущихся; не могли не чувствовать недостатковъ процесса и добросовѣстные судьи. На ряду съ этими явленіями, во второй половинѣ XVIII в., въ жизни европейскихъ государствъ начинаетъ явственно обозначаться новое явленіе: ученіе энциклопедистовъ, какъ извѣстно, имѣло громадное вліяніе на нѣкоторыхъ представителей государственной власти и сказалось въ заботахъ о благосостояніи подданныхъ; забота въ дальнѣйшемъ привела ко взгляду, что государство должно принимать на себя опеку надъ обществомъ. Этотъ взглядъ отразился и на отношеніи судебной власти къ гражданскому процессу. И вотъ въ то время, какъ въ процессѣ однихъ государствъ Германіи господствовала итальянская теорія, въ другихъ философское направленіе,—въ Пруссіи король Фридрихъ II даетъ процессу организацію на слѣдственномъ принципѣ, по которому, въ противоположность состязательности, дается широкая свобода дѣйствій судей и очень мало

⁽⁵⁾ Mittermaier, въ *Jahrbücher der deutsch Rechtswissenschaft* von Schletter, Band. II, 1857.

⁽⁶⁾ Endemann, § 9, стр. 31, 32.