



*Классика
гражданского процесса*

Оскар Бюлов

УЧЕНИЕ
О ПРОЦЕССУАЛЬНЫХ ВОЗРАЖЕНИЯХ
И ПРОЦЕССУАЛЬНЫЕ
ПРЕДПОСЫЛКИ



БАРТОЛИУС



СТАТУТ

УДК 347.9
ББК 67.410.1
Б98

Ответственный редактор серии
д.ю.н., проф. **Д.Х. Валеев**

Редакционный совет серии:

д.ю.н., проф. **М.К. Треушников** (председатель редакционного совета); д.ю.н., проф. **Т.Е. Абова**; д.ю.н., проф. **О.В. Баулин**; к.ю.н., доц. **В.В. Блажеев**; д.ю.н., проф. **А.Т. Боннер**; д.ю.н., проф. **Е.А. Борисова**; к.ю.н., доц. **Е.В. Вершинина**; д.ю.н., проф. **Т.А. Григорьева**, д.ю.н., проф. **Н.А. Громошина**; к.ю.н., доц. **В.С. Ем**; д.ю.н., проф. **О.В. Исаенкова**; д.ю.н., проф. **С.К. Загайнова**; д.ю.н., проф. **Е.В. Кудрявцева**; д.ю.н., проф. **А.Н. Кузбагаров**; д.ю.н., проф. **Д.Я. Малешин**; д.ю.н., проф. **Е.И. Носырева**; д.ю.н., проф. **М.Ш. Пацания**; д.ю.н., проф. **Ю.А. Попова**; доктор права, проф. **К.Х. ван Рее**; д.ю.н., проф. **И.В. Решетникова**; д.ю.н., проф. **Т.В. Сахнова**; доктор права, проф. **Э. Сильвестри**; к.ю.н., доц. **Ю.В. Тай**; д.ю.н., проф. **Л.В. Туманова**; доктор права, проф. **Я. Турлуковский**; д.ю.н., проф. **В.М. Шерстюк**; доктор права, проф. **А. Узелац**; д.ю.н., проф. **Г.Д. Улетова**; д.ю.н., проф. **Д.А. Фурсов**; д.ю.н., проф. **М.К. Юков**; д.ю.н., проф. **В.В. Ярков**

Редакционная коллегия серии:

д.ю.н., проф. **С.Ф. Афанасьев**; д.ю.н., проф. **В.Г. Голубов**; д.ю.н., проф. **К.В. Гусаров**; д.ю.н., проф. **С.Л. Дегтярев**; к.ю.н., доц. **А.И. Зайцев**; к.ю.н., доц. **С.В. Моисеев**; к.ю.н., доц. **Е.Г. Стрельцова**; начальник юрид. управления ПАО «Нижекамскнефтехим» **А.Р. Султанов**; к.ю.н., доц. **М.В. Фетюхин**; д.ю.н., проф. **А.В. Юдин**

Партнеры проекта «Классика гражданского процесса»:

Адвокатское бюро «Бартолиус»;

Казанский (Приволжский) федеральный университет

Ответственный редактор тома д.ю.н., проф. **Д.Х. Валеев**

Перевод с немецкого к.ю.н. **Д.С. Ксенофонтовой**

Бюлов, Оскар.

Б98 Учение о процессуальных возражениях и процессуальные предпосылки / пер. с нем. Д. С. Ксенофонтовой ; отв. ред. Д. Х. Валеев. — Москва : Статут, 2019. — 240 с. (Классика гражданского процесса).

ISBN 978-5-8354-1589-2 (в пер.)

Настоящая книга представляет собой переведенный и адаптированный труд Оскара Бюлова «Учение о процессуальных возражениях и процессуальные предпосылки» («*Die Lehre von den Prozeßinreden und die Prozeßvoraussetzungen*»), который был издан в 1868 г. В данное издание также включены вступительное слово и вступительный очерк. Книга направлена на сохранение и восстановление исторической памяти, дальнейшее развитие правовой доктрины России, а также выработку рекомендаций для совершенствования законодательства, судебной и иной юридической практики.

Данное издание будет полезно и интересно студентам, профессорско-преподавательскому составу юридических вузов и факультетов, юристам-практикам, а также всем, кто интересуется гражданским процессуальным правом и его историей.

УДК 347.9
ББК 67.410.1

ISBN 978-5-8354-1589-2

© Валеев Д. Х., вступ. слово, 2019

© Ярков В. В., Брановицкий К. Л., Бессонова А. И., вступ. очерк, 2019

© Ксенофонтова Д. С., перевод с немецкого, 2019

© Редподготовка, оформление. Издательство «Статут», 2019

ОСКАР ФОН БЮЛОВ И НАУКА ПРОЦЕССУАЛЬНОГО ПРАВА

Факты биографии О. Бюлова. Оскар Роберт Артур Бюлов (с 1877 г. — фон Бюлов) родился в семье аптекаря и члена городского совета Йохана Давида Бюлова и Паулины Бир. 26 марта 1874 г. вступил в брак в Тюбингене с Софи Фридерике Хауг.

С 1846 г. О. Бюлов обучался в гимназии Св. Марии Магдалины в Бреслау, которую окончил в 1855 г. Высшее юридическое образование ученый-правовед получал в Университете Фридриха Вильгельма в Берлине (сейчас — Берлинский университет имени Гумбольдта), в Гейдельбергском университете и Университете Бреслау. В 1859 г. в Бреслау О. Бюлов защитил кандидатскую диссертацию под руководством Георга Филиппа Эдуарда Хушке на тему «*De praejudicialibus formulis*» («Принципы преюдиции»). Дальнейший период Бюлов посвятил изучению римского права и осенью 1863 г. защитил докторскую диссертацию (нем. *Habilitation*) на тему «*De praejudicialibus exceptionibus*» («Преюдициальные исключения») по специальности «Римское право и процессуальное право». В это же время с 1860 по 1861 г. служил добровольцем в армии в Бреслау.

В 1865 г. О. Бюлов был приглашен в качестве ассоциированного профессора в Гиссенский университет, где он позже вплоть до 1872 г. возглавлял кафедру римского права и гражданского процесса. Там же Бюлов познакомился с 19-летним Рудольфом фон Иерингом, который обучался в Гиссенском университете с 1852 по 1868 г. Бюлов и Иеринг близко дружили на протяжении всей жизни. Именно Иерингу Бюлов посвятил свою первую большую монографию «Учение о процессуальных возражениях и процессуальные предпосылки» («*Die Lehre von den Prozeßbeinreden und die Prozeßvoraussetzungen*») 1868 г. При этом посвящение было обусловлено не столько общностью взглядов обоих ученых (Бюлов и Иеринг владели абсолютно разным стилем написания работ и придерживались различных позиций по ряду существенных вопросов), сколько именно близкими дружескими отношениями¹. В предисловии к одной из са-

¹ *Borges M.F.P. Verfahrensrecht und Geschichte. Ravensburg: GRIN, 2008. S. 17.*

мых крупных работ О. Бюлова поздних лет – «Право на признание. Вклад в общую теорию правового поведения» («*Das Geständnisrecht. Ein Beitrag zur allgemeinen Theorie der Rechtshandlungen*») 1899 г. также содержится посвящение ушедшему из жизни другу Рудольфу фон Иерингу.

В ранних работах О. Бюлова (за исключением эссе «О процессуальных фикциях и реалиях» («*Civilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten*»), где можно провести параллели с работой Иеринга «Борьба за право» («*Der Kampf ums Recht*»)) практически неощутимо влияние теологического аспекта юриспруденции Иеринга, в то время как в более поздних работах оно прослеживается наиболее четко. Несмотря на то что яркое представление, энергичность выражений, ироничная манера О. Бюлова определенно напоминают стиль Иеринга, у О. Бюлова не было такого практического взгляда, а логический и догматический аспекты всегда преобладали в его стиле письма².

В 1870 г. О. Бюлов пошел добровольцем на Франко-прусскую войну (1870–1871), в ходе которой возглавил командование на острове Пелльворм в качестве офицера ландвера.

В 1872 г. О. Бюлов был приглашен в Тюбингенский университет в качестве заведующего кафедрой римского права. Бюлов проработал там 13 лет и именно в Тюбингене наиболее полно раскрылся как пандектист и процессуалист. В 1884 г. О. Бюлов был избран ректором Тюбингенского университета.

В 1885 г. О. Бюлов был приглашен в Лейпцигский университет. В речи на пост ректора он произнес следующие слова о деятельности судей: «Внутри границ закона судье открывается дальнейшее пространство для самостоятельного нормотворчества». О. Бюлов видел в судебном решении источник права, а в фигуре судьи – лицо, осуществляющее государственную власть. Ученый принадлежал к важнейшим представителям судебного права своего времени. Несмотря на то что из-за проблем с сердцем он был вынужден уже в 1892 г. в возрасте 55 лет уйти в отставку, это не помешало ему еще 15 лет заниматься научной деятельностью.

Осенью 1892 г. О. Бюлов вернулся в его альма-матер – Гейдельбергский университет, где было положено начало его научной карьеры и с которым его связывали любимые воспоминания из молодости. В Гейдельберге им было написано большое количество научных трудов, среди которых «Абсолютная законная сила решения» («*Absolute*

² *Borges M.F.P.* Op. cit. S. 18.

Rechtskraft des Urtheils»), «Право на признание» («*Das Geständnisrecht*»), «Письма незнакомца о юридической науке» («*Briefe eines Unbekannten über die Rechtswissenschaft*»), «Веселые и серьезные размышления на тему юридической науки» («*Heitere und ernste Betrachtungen über die Rechtswissenschaft*») и др.

При прочтении работ О. Бюлова прежде всего бросается в глаза невероятная ясность и логическая завершенность мысли. Во всех работах не составляет труда проследить четкую основную идею, в то время как аргументы представлены максимально однозначно и полно. Исторические вкрапления, включенные в содержание работ О. Бюлова, всегда служат общей цели научного труда. Доказательство тому – его главная работа «Учение о процессуальных возражениях и процессуальные предпосылки», с помощью которой О. Бюлов безусловно сделал значительный вклад именно в историю права немецкой юридической науки³.

После ухода из жизни Оскара фон Бюлова 19 ноября 1907 г. его вдова Софи продала все имущество в Гейдельберге и вернулась в свой родной город Тюбинген. Сегодня в здании виллы О. Бюлова в Гейдельберге располагается детский сад.

Вклад О. Бюлова в процессуальную доктрину Германии. Известный отечественный дореволюционный правовед Е.А. Нефедьев отмечал, что в немногих словах изложил профессор О. Бюлов ту теорию, которой было суждено лечь в основание если не всех, то по крайней мере большинства позднейших исследований по гражданскому процессу⁴.

Представление О. Бюлова о процессе как юридическом государственно-правовом отношении, возникающем при наличии определенных процессуальных условий (*Prozessvoraussetzungen*⁵) и последовательно переходящем от одной ступени к другой, на долгие годы стало объектом исследования ученых-процессуалистов как внутри Германии, так и далеко за ее пределами.

В современной доктрине Германии отмечается, что подобное представление о процессе привело к росту значения подготовительной стадии, целью которой является выяснение наличия процессуальных

³ *Borges M.F.P.* Op. cit. S. 18.

⁴ *Нефедьев Е.А.* К учению о сущности гражданского процесса / *Нефедьев Е.А.* Избранные труды по гражданскому процессу. Краснодар: Сов. Кубань, 2005. С. 233–246.

⁵ Условия возникновения правоотношения (процессуальные предпосылки) (*нем.*).

условий/предпосылок, поскольку в противном случае в их отсутствие разбирательство по существу будет невозможным⁶.

Использование постулатов учения Рудольфа фон Иеринга⁷ позволило О. Бюлову определить двухступенчатый характер судопроизводства как универсальный/обобщенный постулат, который в своем историческом развитии так глубоко укоренился в гражданском процессе, что «каждый процессуальный правопорядок так или иначе столкнулся с ним» и позволил «говорить о близости всей мировой процессуальной мысли». Кроме того, этот постулат по прошествии времени оказался защищенным от современного и быстро изменяющегося правотворчества отдельных государств⁸.

Наряду с введением в оборот процессуальных условий/предпосылок, сохранивших свое значение и в современном гражданском процессе, в немецкой литературе указывается на еще одно важное открытие, сделанное Бюловым⁹. Речь идет о тесно связанном с понятием процессуальных условий/предпосылок другом важном понятии — последовательности судебной деятельности, поскольку только после проверки наличия/отсутствия таковых суд в принципе может перейти к исследованию материальных правоотношений сторон. Для понимания важности предложенной Бюловым последовательности процесса даже в современном процессе Германии может быть использован пример законодательного регулирования института возобновления производства по делу путем подачи иска о ничтожности или реституционного иска (§ 578, 579 Гражданского процессуального уложения Германии). Проверка допустимости подобного рода исков и наличия оснований для их подачи (в порядке так называемого *iudicium rescindes* — реституционного производства) ведет к тому, что новое судебное разбирательство считается продолжением прежнего разбирательства (§ 589, 590 ГПУ Германии) после того, как вынесено решение о наличии оснований к пересмотру/возобновлению. Последовательность проверки в таком случае неразрывно связана

⁶ *Teixeira de Sousa M.* Die Zulässigkeitsprüfung im Zivilprozess. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2010. S. 15.

⁷ *Fikentscher W., Himmelman U.* Rudolph von Iherings Einfluß auf Dogmatik und Methode des Privatrechts // Der Kampf ums Rechts: Forschungsband aus Anlass des 100. Todestages von Rudolf von Ihering / Hrsg. von G. Luf, W. Ogris. Berlin: Duncker & Humblot, 1995. S. 109.

⁸ *Vossius O.* Zu den dogmengeschichtlichen Grundlagen der Rechtsschutzlehre. Ebelsbach: R. Gremer, 1985. S. 138; *Wiggenhorn H.* Der Reichskammergerichtsprozeß am Ende des alten Reiches. Diss. Münster, 1966. S. 98.

⁹ *Teixeira de Sousa M.* Op. cit. S. 16.

с имеющим преюдициальное значение предметом прежнего решения, и только после положительного решения рассмотрение дела переходит к следующему этапу¹⁰.

Кроме того, норма § 280 ГПУ Германии, позволяющая суду принять решение о проведении отдельного заседания только по вопросу о допустимости иска, также наглядно демонстрирует стремление законодателя соблюдать определенную последовательность судебного разбирательства.

Все эти примеры демонстрируют востребованность учения О. Бюлова в процессуальной доктрине Германии, в законодательной и судебной деятельности как XX, так и XXI в.

О. Бюлов и российская наука процессуального права. Учение профессора О. Бюлова оказало самое серьезное влияние на развитие российской науки гражданского процессуального права. Книга О. Бюлова насыщена массой интересных положений и идей автора, великолепен исторический обзор и очевидна эрудиция автора во всех вопросах, которые так или иначе были им рассмотрены. Однако так сложилось, что из всех положений автора наиболее глубоко «просохла» и дала «обильные всходы» в доктрине идея о гражданском процессе как публично-правовом трехстороннем отношении, которое последовательно, поступательно развивается по мере движения гражданского процесса вплоть до окончательного разрешения дела судом.

Как образно писал профессор А.Ф. Клейнман, «появилось так называемое бюловское направление в науке, имевшее своих последователей в дореволюционной России в лице проф. А.Х. Гольмстена, В.М. Гордона и др.»¹¹. Одно из первых положительных восприятий идей О. Бюлова можно найти у К. Малышева, который писал со ссылкой на выдающегося немецкого правоведа, что «гражданский процесс можно представить себе как юридическое отношение между судом и сторонами, имеющее целью раскрытие и разрешение спорного вопроса о праве или гражданском материальном отношении между истцом и ответчиком»¹².

¹⁰ Zöller R., Geimer R. Zivilprozessordnung. 26. Aufl. Köln: Otto Schmidt, 2007. S. 1449.

¹¹ См.: Клейнман А.Ф. Новейшие течения в советской науке гражданского процессуального права. М.: Изд-во МГУ, 1967. С. 5.

¹² См.: Малышев К. Курс гражданского судопроизводства. Т. 1. 2-е изд., испр. и доп. СПб.: Тип. М.М. Стасюлевича, 1876. С. 73.

*С почетом и благодарностью
посвящается Рудольфу Иерингу
в память о совместной жизни в Гиссене*

ПРЕДИСЛОВИЕ

Для достижения прогресса, присущего большинству областей права, науке цивилистического процесса предстоит пройти еще долгий путь. Для этого прежде всего необходима смелость свободного догматического исследования. Неясность содержания многих важнейших фундаментальных процессуальных понятий скрывается за использованием неуместных понятийных конструкций и вводящей в заблуждения терминологии, настойчиво сохранившихся в качестве наследия юриспруденции Средневековья.

В настоящей работе мною предпринята попытка рассмотреть некоторые из таких фундаментальных понятий. Основная задача заключалась в устранении пронизывающего всю систему гражданского процесса ошибочного учения, посредством которого такие понятия до сей поры оставались полностью скрытыми. Для достижения данной цели потребовались тщательные специальные исследования, посвященные истории нашего цивилистического процесса. При раскрытии этих понятий я ограничился основами, ввиду чего осознаю, что им может быть вменена определенная незавершенность. Вместе с тем я думаю, что недостаток состоит в большей мере в том, что я пока нахожусь под значительным влиянием предшествующих научных представлений, нежели в том, что я от них излишне отстранился. В конце настоящей работы кратко обозначены полученные в результате исследования основные предложения, направленные на совершенствование гражданского процессуального законодательства.

Несмотря на то что основное внимание в представленном исследовании сосредоточено на гражданском процессуальном праве, работа во многом затрагивает вопросы материального права ввиду существенного соприкосновения в правовом регулировании гражданского и гражданского процессуального права. В случае если разработанные здесь базовые процессуальные понятия оправдают себя, то они смогут быть восприняты также теорией уголовного процессуального права.

Гиссен, август 1868 г.

Бюлов

ГЛАВА ПЕРВАЯ.

ПРОЦЕССУАЛЬНОЕ ПРАВООТНОШЕНИЕ, ПРОЦЕССУАЛЬНЫЕ ПРЕДПОСЫЛКИ И УЧЕНИЕ О ПРОЦЕССУАЛЬНЫХ ВОЗРАЖЕНИЯХ

I. Процесс как правоотношение между судом и сторонами. Одно-сторонность традиционного представления о процессуальном понятии. Выражение «процесс»

Не вызывает сомнений, что гражданское процессуальное право определяет права и обязанности, которые суд и стороны имеют по отношению друг к другу. Вместе с тем из этого также следует, что процесс представляет собой отношение взаимных прав и обязанностей, т.е. является *правоотношением*.

Эта простая, но весьма значимая для юридической науки истина до сей поры не была должным образом оценена и в действительности едва ли в полной мере понималась¹. Общепринято было лишь говорить о частных правоотношениях, к которым процесс, однако, не может быть отнесен. Поскольку существуют процессуальные права и обязанности, возникающие между органами государственной власти и гражданами, и в рамках судебного процесса речь идет о выполнении функций государственных служащих, а стороны принимаются во внимание лишь в их отношении к осуществлению судебной деятельности и в содействии таковой, постольку данные отношения во многом относятся к публичному праву, а потому процесс являет собой *публичное правоотношение*².

¹ Она не была лишена внимания лишь в глубоком исследовании *Бетманна-Хольвега* (*Bethmann-Hollweg*, Civilproceß des gem. Rechts 1, S. 22, 103). Однако Бетманн-Хольвег (*Bethmann-Hollweg*) анализирует ее кратко, без детального обоснования и рассмотрения, более того, он, собственно, и не приходит к дальнейшим, вышеобозначенным выводам. Должно быть, имелись причины тому, что его утверждение, кажущееся таким простым, хотя в действительности являющееся таким значительным, осталось абсолютно незамеченным, и сам автор лишь впоследствии обратил внимание на это чрезвычайно необходимое подтверждение вышесказанному.

² См.: *Böcking*, Grundriß zu Vorlesungen über den gem. Civilproceß, 1852, § 1, S. 1 («Право на иск как явление, завершающее частное право, процесс как явление, открывающее публичное право»).

Между тем процессуальные отношения отличаются от прочих правоотношений также и иными характерными особенностями, которые в большинстве своем могут способствовать непониманию их сущности как единых правоотношений. Процесс представляет собой последовательное, *поступательное*, шаг за шагом *развивающееся правоотношение*. В то время как частные правоотношения, составляющие предмет судебного разбирательства, являются уже завершенными, процессуальное правоотношение понимается только в его возникновении. Сначала оно состоит из отдельных процессуальных действий: полное оформление достигается лишь *litis contestatio*, публично-правовым договором, посредством которого суд принимает на себя конкретные обязанности по установлению и осуществлению правопритязания, а стороны принимают на себя обязанности оказывать необходимое содействие и подчиняться результатам совместной деятельности³. Кроме того, такая последующая деятельность заключается в совокупности единичных, сменяющих друг друга и вытекающих друг из друга процессуальных действий. Процессуальное отношение находится в постоянном движении и развитии⁴.

Вместе с тем наша процессуальная наука придает этому развивающемуся характеру процесса излишнее значение. Она не ограничивается рассмотрением только одной важной особенности процесса, однако ею во многом упускается из виду *другая*, не менее важная его особенность, а именно характер правоотношения. Вместо того чтобы понимать процесс как *публично-правовое, последовательно развивающееся правоотношение между судом и сторонами*, исследователи зачастую подчеркивали лишь наиболее явную сторону понятия процесса — его последовательное продвижение, *судебную процедуру*. Такая односторонность зародилась в римской юриспруденции Средневековья и была

³ *Judicio contrahitur*. В частноправовой модели гражданского процесса и компромиссного *arbitrium* эти две стороны договора *litis contestatio* проявляются особенно явно и с большой наглядностью в *receptum arbiter* и *compromissum* сторон, как и в целом *arbitrium* представляет для *judicium* еще множество критериев, используемых для сравнения.

⁴ В процессе во всех отношениях подразумевается *развитие*, ибо спорное материально-правовое отношение, которое никоим образом не следует отождествлять с процессуальным отношением, испытывает метаморфозы (*dare oportere — condemnari oportere — judicatum facere oportere*). Вместе с тем развитие в гражданском процессе происходит посредством не только субъективного, но и объективного права: в процессе правопорядок разворачивается от абстрактного правового принципа (*lex generalis*) до конкретной правовой нормы (*lex specialis* судебного решения) и, наконец, до действительного правового состояния (исполнения). О значении судебного решения для раскрытия объективного правопорядка см. очевидный и любопытный комментарий: *Bähr, Der Rechtsstaat*, 1864, § 2; см. также: *Kierulff, Theorie des gem. Civilrechts*, § 9, S. 18, 42.

воспринята в германских правовых воззрениях. К сожалению, она укоренилась в самом слове «процесс», обеспечив себе тяжело подрываемую поддержку, поскольку при любой попытке вывести из этого слова понятие при помощи выражения «процесс» исследователь изначально будет направлен если и не по ложному, то все же по узкому пути⁵. Римские юристы не остановились на поверхностном представлении, будто процесс представляет собой лишь последовательность действий судьи и сторон, но явно осмыслили и выразили сущность процесса как единого правоотношения (*judicium*).

Даже если в соответствии с прежними традиционными представлениями при определении процесса иметь в виду «судебную процедуру», не следует при этом забывать о «процессуальном отношении» как другой стороне понятия!

II. Требования для возникновения процессуального правоотношения или процессуальные предпосылки. Толкование этого понятия. Фактический состав спорного материального отношения и фактический состав процессуального отношения. Классификация процесса. *Litis contestatio* и *absolutio ab instantia*. Факты, обуславливающие возникновение процесса, препятствующие процессу и прекращающие процесс

Если процесс являет собой правоотношение, то на науку цивилистического процесса также возлагается решение задач, подобных тем, что давно поставлены и решены применительно к другим правоотношениям. Описание правоотношения прежде всего должно отвечать на вопрос, какими предпосылками обусловлено его возникновение. Необходимо представлять, между какими лицами оно может возникнуть, на какие предметы распространяется, какие события или действия являются достаточными для его возникновения, кто вправе совершать такие действия.

⁵ Впрочем, римские процессуалисты также говорили не только о «processus», но и о «processus iudicii», т.е. о «развитии процессуального отношения». См., например, предположительно принадлежащую *Jo. Andreae* *ordo iud. init.*: «Antequam dicatur de processu iudicii», где уже, как и у многих более поздних авторов, *judicium* определяется в качестве *actus trium personarum, sc. iudicis, rei et actoris*. Однако повсеместно слово «*judicium*» сохранялось и использовалось вместо «*processus iudicii*» и зачастую «*ordo iudiciarius*», «*ordo iudiciorum*» (см., например: *Pilius, Tancredus, Gratia, Durantis*). См., например: у *Помчуца (Rotschiff)* «судебное производство» («*Gerichtsläufte*»), у *Фридериха (Friederich)* «судебный процесс» («*Gerichtsproceß*»), у *Терминеуса (Termineus)* «судебный процесс» («*gerichtlicher Proceß*»). Небезынтересны размышления о дефиниции у *Альчимо (Alciatus)* (*tit. de iud., initio, opera, Basil, 1582, tom 3, p. 702–705*).

Указанные вопросы затрагивают также процессуальные отношения, в связи с чем оказываются не менее целесообразными и существенными, чем в сфере частных правоотношений. Они также обращают внимание на ряд важных, тесно связанных между собой правовых положений, преимущественно касающихся:

1) компетенции, правоспособности и независимости *суда*, процессуальной правоспособности *сторон* (т.н. *persona legitima standi in iudicio*) и легитимации *представителей*;

2) требований, предъявляемых к *предмету гражданского процесса*;

3) оформления *иска* и извещения о нем, *обеспечения иска*;

4) *последовательности* между несколькими процессами.

Эти предписания, в отличие от процессуальных правил, относящихся лишь к течению процесса, предназначены именно для установления требований к допустимости, предпосылок для возникновения всего процессуального отношения. Данные предписания определяют: 1) между какими *лицами*, 2) по поводу какого *предмета*, 3) посредством каких *действий*, 4) в течение каких *сроков* может возникнуть процесс. Порок хотя бы одного из указанных правил препятствует возникновению процесса⁶. Если быть кратким, то в данных основных положениях содержатся *конститутивные элементы процессуального правоотношения* — понятие, на которое до сей поры обращалось столь незначительное внимание, что оно еще ни разу не находило конкретного обозначения. Мы предлагаем для обозначения такого понятия использовать выражение «*процессуальная предпосылка*» (*Proceßvoraussetzung*).

Посредством выявленного понятия в целях научного освоения гражданского процессуального права сформулирован единственно правильный подход, схожий с тем, что выражен в частном и уголовном праве в категориях «*требования к обоснованию частного правоотношения*» и «*фактический состав преступления*» соответственно⁷. Речь идет не только о соответствующем исходном положении, определяющем любое представление о гражданском процессе (хотя не стоит недооценивать его значение также для системы нашего гражданского

⁶ Согласно римскому праву возражение ответчика (*iudicium accipere*) и при известных обстоятельствах требование об обеспечении относились к условиям процесса. В настоящее время вследствие изменения принципов такое значение им более не придается.

⁷ В процессуальном праве отсутствуют различия между общими и специальными требованиями, между общим и специальным фактическим составом, ввиду чего здесь только одно правоотношение подвергается сомнению. Можно было бы говорить только о постоянных и исключительных процессуальных предпосылках, принимая во внимание различия между ординарным и ускоренным процессом. Различия последних преимущественно выражаются в процессуальных предпосылках, указанных в п. 2.

процессуального права, находящейся в недостаточно разработанном состоянии), не только об обобщении ряда процессуальных правил, которые, будучи средством достижения одной и той же цели, получают полное понимание только посредством их совместного осмысления, а будучи частью одного целого – приобретают полную силу и действительность лишь вследствие их объединения. Из данных указаний следует, что единственно правильной является лишь та точка зрения, которая уделяет пристальное внимание структуре всего судебного процесса, а также существу некоторых единичных процессуальных явлений, потребность в разъяснении которых все еще сохраняется.

Вследствие вышеуказанной группы процессуальных принципов, *процессуальных предпосылок*, к находящемуся в рамках процесса спорному материальному отношению (т.н. *merita causae*) присоединяется другое самобытное содержание судебного разбирательства. Суд должен не только определить существование спорного правопритязания, но, чтобы иметь возможность это сделать, также убедиться в наличии условий существования процесса: кроме *фактического состава спорного частного правоотношения* (*res in iudicium deducta*) должен быть установлен также *фактический состав процессуального правоотношения* (*iudicium*).

Данный дуализм содержания судебного разбирательства издавна предназначен для *дифференциации* судебной процедуры, что привело к разделению процесса на две стадии, одна из которых касается исследования спорного материального отношения, а другая – проверки процессуальных предпосылок. Так, в римском гражданском процессе рассмотрению дела по существу (процедуре *in iudicio*) предшествовала процедура *подготовки к процессу* (*in iure*), которая была определена исключительно для установления процессуальных отношений «*ad constituendum iudicium*». В германском процессе аналогичную цель преследовало разбирательство по поводу «обязанности отвечать» (*Pflicht zum Antworten*), обозначаемое в римском праве «*praeparatoria iudicii*». Схожими чертами обладает французская процедура «*fins de non-recevoir*». В общем германском гражданском процессе, хотя и со времен Последнего послания к империи, подготовительная стадия процесса по большей части не *предшествует*, а осуществляется *параллельно* с основным процессом, но при этом не пересекается с ним. Новые германские гражданские процессуальные уложения вновь вернулись к последовательным темпоральным ограничениям обеих стадий.

Поскольку процессуальные предпосылки формируют содержание подготовительной стадии процесса, постольку они вступают в глубо-

кую связь с заключительным *актом* данного процесса, который заключается либо в *litis contestatio*, либо в *absolutio ab instantia* (отклонение иска — римское *denegatio actionis*). Обе альтернативы сами по себе являются лишь результатом проверки процессуального отношения, так же как и *condemnatio* и *absolutio* исходят из исследования спорного материального отношения. *Litis contestatio* является *положительным*, а отклонение иска — *отрицательным* ответом на вопрос о наличии условий существования процессуального отношения. Только с данной точки зрения можно в полной мере уяснить каждую из стадий института процесса.

Общее рассмотрение процессуальных предпосылок является также эффективным для решения важного вопроса о том, в какой мере *обязанность заявлений и доказывания* на подготовительной стадии процесса вменяется истцу, а в какой — ответчику. Одним из глубочайших основных начал судебного процесса является распределение бремени судебного разбирательства между обеими сторонами: *каждая* сторона обязана внести свой вклад в аргументацию судейского убеждения. «Это служит проявлением требования естественной справедливости, чтобы в борьбе спорящих сторон за раздел равно распределить солнце и воздух и не возлагать все бремя доказывания на сторону, ищущую свое право». Данный принцип применительно к спорному *материальному* отношению уже давно привел к точной дифференциации фактических обстоятельств иска и возражений, порождающих, препятствующих и прекращающих фактов. Насущно необходимо подобным образом разделять фактические составы *процессуального правоотношения* и в этой связи исследовать, какие факты процессуальных предпосылок являются *порождающими процесс*, а какие — лишь *препятствующими ему*.

Однако особую ценность представляет выделение фактических обстоятельств, *прекращающих процесс*. Едва в начале судебного разбирательства обнаружится существенный и подтвержденный порок процессуальной предпосылки, судебный процесс вообще не осуществится. Однако как же быть, если тот или иной порок остается незамеченным и, несмотря на это, тот же процесс состоится? Следует ли его в последующем признать недействительным? Иными словами, можно ли зайти так далеко, чтобы любой порок процессуальной предпосылки рассматривать в качестве основания недействительности? Если нет, то каким из возможных пороков присуще такое свойство? Какие процессуальные препятствия, для более точного сравнения, являются *impedimenta dirimentia*, а какие — только *impedientia*? В чем критерий такого разграничения?

Лишь найдя ответы на указанные вопросы, учение о процессуальной правомерности получит достоверный фундамент⁸.

III. Прежняя теория. Отлагательные процессуальные возражения. Рассмотрение процессуальных предпосылок как эксцепций. Недостаток данного учения. Необходимость его устранения. Постановка задачи

Обозначенная исследовательская цель до настоящего времени не ставилась наукой цивилистического процесса, что также послужило существенным недостатком и для законодателя, практически она была лишена внимания, поскольку к тому отсутствовали основания, которые могли быть сформированы только посредством понятий гражданского процессуального отношения и процессуальных предпосылок.

Указанные предписания, касающиеся суда, сторон и их представителей, предмета гражданского процесса, обеспечения иска и последовательности процессов, обозначенные нами наряду с требованиями, предъявляемыми к исковому заявлению, в качестве процессуальных предпосылок, преимущественно рассматриваются как необходимые и рекомендованные предварительные знания, требуемые для изучения гражданского процессуального права, в тесной связи со многими другими явлениями (например, общими обязанностями суда и сторон, подготовкой иска, нотариатом, недоимками, правом на иск, темпоральными пределами процесса, участием третьих лиц и др.), которые хотя и весьма полезны для познания, однако абсолютно недостаточны для возникновения процесса. При этом согласованная цель и, как следствие, установленные процессуальные принципы, их единая функция в рамках процесса, их тесная связь с подготовительной стадией процесса, *litis contestatio*, допустимым отклонением иска не обсуждаются; умалчиваются имеющиеся различия в подходах к бремени доказывания и доказательствам, равно

⁸ Вряд ли требуется детальное возражение против предположения о том, что последний вопрос разрешается посредством негодной, не подлежащей применению теории «естественных и позитивных, абсолютных и относительных, а также несущественных процессуальных составных частей», как это, например, имеет место в трудах *Линде (Linde)* и даже *Остерлоя (Osterloh)*. В ряде случаев в других учебниках обнаруживается учение об обжаловании правомерности (*Nichtigkeitsbeschwerde*). In abstracto несущественное процессуальное правило бессмысленно и является не правовой нормой, но не более чем хорошим советом. См. об историческом развитии этой догмы: *Briegleb, Summarische Proceße*, S. 70, 119–121. Возможно, в основе путаницы может лежать смутное представление о необходимости вышеуказанного разграничения фактических обстоятельств процессуальных предпосылок.

как и правомерности обжалования⁹. Насколько неполно осознается истинное значение данных предписаний для гражданского процесса, очевидно явствует из того, что автор нашего наиболее востребованного учебника по гражданскому процессу серьезно оправдывается тем, что он вообще уделил им внимание в своем труде. Он полагает, что при «точном рассмотрении» их вообще не следует относить к теории гражданского процесса, однако они однажды были учтены лишь «для взаимосвязи»¹⁰. При этом *Байер (Bayer)* понимает, что под такое «точное рассмотрение не относящихся к ней учений» следует отнести добрую треть его учебника.

Однако если мы теперь поставим вопрос о том, каким же образом с тех пор была решена абсолютно неминуемая задача по определению функции комплекса важных процессуальных правил, то мы сделаем удивительное наблюдение, что это произошло в одной весьма небольшой и расположенной в стороне части процессуальной системы, связанной с учением об отзыве на иск. Именно здесь мы обнаружим процессуальные предпосылки в скудной, крайне неподходящей форме *отлагательных возражений* (*dilatorische Einrede*), внешняя форма которых лишь с трудом позволяет выявить их истинное содержание, ибо сущность процессуальных предпосылок в полной мере искажается, ввиду чего первым делом нуждается в восстановлении, прежде чем можно будет отважиться на всеохватывающую и полную переработку этого учения в целом.

В соответствии с общим господствующим мнением различаются два вида отлагательных возражений. Презюмируется, что только одна часть таковых, как, например, *exceptio pacti de non petendo intra certum tempus, non adimpleti contractus, excussionis*, относится к заявленному правопритязанию (*merita causae*), другая же, напротив, касается формы его судебного предъявления (*modus procedendi*).

⁹ То, что в ряде случаев ссылаются на тот или иной *частный случай*, является само собой разумеющимся; однако и в этом отсутствует полное понимание (см. главу восьмую).

¹⁰ *Bayer*, *Vorträge über den gem. deutschen Civilproceß*, § 1. В добротном учебнике *Ветцеля (Wetzell)* также безрезультатно предпринята попытка поиска общей теории процессуальных предпосылок, которая в системе *Ветцеля* в большей мере распадается на отдельные части, чем в общих положениях большинства учебников. В этом особенно проявляется недостаток наглядности в представлениях *Ветцеля*. «Система» гражданского процессуального права может быть сформирована только на основе понятий «процессуальное правоотношение» и «процессуальная предпосылка». На этом постулате процессуальное право получает простую, доходчивую и наглядную систематику, как и любая другая юридическая дисциплина. Автор имел возможность апробировать данный вывод в рамках своих лекций по гражданскому процессуальному праву.

Только одна часть получает свое содержание из материального права, другая же – из процессуального права. Только первая часть становится важным видом императивного (*peremptorisch*) возражения. Последняя же, напротив, является *процессуальным возражением* (*exceptiones declinatoriae iudicii*, отлагательные процессуальные возражения (*proceßualisch-dilatorische Einreden*), процессуальный протест (*Proceßeinwendung*)).

При более детальном рассмотрении обнаруживается, что именно вышеуказанные процессуальные предпосылки раскрывают содержание процессуальных возражений, поскольку последние представляют собой не что иное, как *негативно выраженные*, облакаемые в *форму экцепций процессуальные предпосылки*. В качестве таких возражений называются¹¹:

1) относительно *субъектов процесса*: *exceptio fori incompetentis, praeventiois, iudicis inhabilis vel suspecti – deficientis personae standi in iudicio – procuratoria vel deficientis legitimationis ad processum, deficientis tutorii vel syndicatus*;

2) относительно *предмета процесса*: *exceptio non rite formati processus*;

3) относительно *предъявления иска и уведомления о нем, а также установления обеспечения*: *exceptio libelli obscuri vel inepti, termini nimis angusti, loci non tuti, praestandae cautionis pro expensis vel pro reconventionem*;

4) относительно *последовательности процессов*: *exceptio praepjudicialis, connexitatis causarum, praeposteritatis* и др.¹²

Ввиду данного перечня экцепций полагают возможным довольствоваться в полной мере функцией, которую осуществляют процессуальные предпосылки в судебном процессе. Господствующее учение рассматривает все требования, предъявляемые к возникновению процесса, весь фактический состав процессуального правоотношения исключительно с *негативной стороны, с позиций процессуальной экцепции*. Речь идет не о различиях между фактами, порождающими процесс и препятствующими ему, но исключительно о последних фактах. Таким образом, на фактический состав процессуального отношения все еще распространяются такие же представления, которые всего лишь несколько десятилетий назад касались фактического состава спорного материального отношения, ввиду чего данное отношение

¹¹ См. вышеуказанный подробный перечень процессуальных предпосылок.

¹² Еще многочисленные разновидности данных экцепций см. в трудах, указанных в главе второй, сн. 29.

равным образом рассматривалось исключительно с негативной точки зрения как содержание эксцепции, так что не вызывало никаких сомнений причисление к эксцепциям отрицания правопорождающих фактических обстоятельств.

Отлагательные процессуальные возражения, так же как и другие отрицающие специальные эксцепции, проявляют себя в качестве исключений весьма особого и в высшей мере удивительного свойства. В связи с ними отказываются от реализации принципов, действующих в связи с возражениями и определяющих их существо. Допускается¹³, что такие процессуальные возражения, заявленные без участия ответчика, могут приниматься во внимание в установленном порядке как не всегда нуждающиеся в доказывании со стороны ответчика. Несмотря на то что их фактический состав вовсе не доносится до сведения суда, они могут повлечь неустранимые последствия для правомерности процесса и иногда (когда? — не говорится) достаточно, «если они лишь кратко приводятся под своим традиционным именем»¹⁴. Таким образом, возражения, которые вовсе не приводятся, *протесты, которые вовсе не требуют заявления*, даже если ответчик предпринимает эти нетребуемые усилия, отнюдь не нуждаются в фактическом обосновании и еще меньше в доказательствах и представляют собой лишь *напоминание* судье о том, что он не вправе забыть исполнить надлежащую и хрестоматийную обязанность!

Не сомневаются даже в допустимости говорить о процессуальных возражениях, которые вправе заявить истец против ответчика!¹⁵

Давно уже все согласны с тем, что данное учение нельзя назвать удачным¹⁶. Вряд ли можно вспомнить еще какое-либо процессуальное учение, которому бы досталось столь негативное осуждение¹⁷.

И все же пока оно остается неизменным. Исследователи выражают недовольство данным учением, пытаясь как можно скорее и одно-

¹³ См. все без исключения труды, указанные в главе второй, сн. 29; см. главу восьмую данного сочинения.

¹⁴ *Bayer*, Vorträge über den gem. ordentl. Civilproceß, § 178; *Linde*, Lehrb. des Civilpr., § 202; *Osterloh*, Lehrb. des Civilpr. 2, S. 65 (§ 196); ср.: *Renaud*, Lehrb., S. 216; *Wetzell*, System, § 14.

¹⁵ Например, *exceptio deficientis legitimationis ad processum passivae*, *exceptio procuratoria* в случае, когда представитель ответчика не имеет доверенности (см. раздел второй главы третьей, сн. 89).

¹⁶ Ср.: *Wetzell*, System, § 14, S. 120.

¹⁷ *Gesterding*, Ausbeute von Nachforschungen 2, S. 186. Ученый называет его «монстром, который обезобразил, запутал и запятнал юридическую науку».

временно поверхностно преодолеть его недостатки¹⁸, однако так и не отказываются от него, не разрабатывают ничего другого, лучшего. Как и прежде, данное учение омрачает представления об истинной сути процессуальных предпосылок.

И именно в этом состоит его наихудшее последствие. Речь идет не только о неточном словесном выражении, об особом смысле, который с легкостью обнаруживается при помощи традиций, и без того многозначного слова «возражение» (*Einrede*) или «протест» (*Einwendung*), но и о *неправильном и некорректном понятии, которое скрывает важные части гражданского процессуального права и затрудняет его исправное развитие*. Уже давно исследователи придерживаются теории процессуальных возражений, при помощи которой, однако, откровенно невозможно решить вышеуказанные наиболее важные задачи. В частности, вопрос о бремени доказывания так и остается абсолютно нераскрытым¹⁹. Весь фактический состав процессуального правоотношения вовек не будет правильно оценен с точки зрения возражения, если данное слово толковать в столь неопределенном значении. Дифференциация процессуально-порождающих, процессуально-препятствующих и процессуально-прекращающих фактов воспрещается сама по себе, если основываться лишь на знании процессуально-препятствующих фактов²⁰.

К сожалению, процессуальные возражения вновь отстояли свое место в *новом процессуальном законодательстве*, в том числе в проектах *германского и прусского гражданского процессуального уложения*, так что требуется немедленный анализ, если несогласованная теория под защитой закона не укоренится в своем господстве на продолжительный период²¹.

¹⁸ Обращает на себя внимание, как сильно цивилисты боятся при рассмотрении понятий эксцепций и возражений также вспоминать о процессуальных возражениях, как неудобен для них дуализм понятия отлагательных эксцепций, а также как сами процессуалисты оставляют в стороне этот вид отлагательных возражений от своих остальных товарищей, с которыми они имеют весьма плохие научные договоренности.

¹⁹ См. в главе восьмой доказательства того, насколько ошибочна практика непосредственно в этом вопросе ввиду содействия теории процессуальных возражений.

²⁰ О попытке *Ветцеля (Wetzell)* привести хотя бы единственное различие в *gudis indigestaque moles* содержания процессуального возражения см. главу восьмую. Ср. также: *Reinhold, Zeitschr. für Civilr. u. Proceß. N.F. 13, S. 202–203.*

²¹ *Прусское уложение* от 21 июля 1846 г., § 5, 6; проект Процессуального уложения Великого герцогства *Гессен*, ст. 309, 333; Гражданское процессуальное уложение *Ганновера*, § 196, 197, 202; Гражданское процессуальное уложение *Бадена*, § 344, 345; *Прусский*

Вместе с тем такой анализ может быть осуществлен в том же порядке, при помощи которого учение о процессуальных возражениях уже претерпело так много изменений, т.е. путем обращения к истокам, из которых выведены соответствующие возражения, посредством более глубокого понимания римского гражданского процесса, основательного и беспристрастного изучения римских правовых традиций. Таким образом в отношении процессуального возражения будет достигнут особый глубокий и существенный результат, выражающийся не просто в совершенствовании, но в полном устранении этого учения. Из этого следует, что все учение о процессуальных возражениях происходит исключительно из последовательности различных ошибочных представлений о римском праве. Можно достоверно утверждать, что в римском праве *процессуальное возражение и вовсе отсутствовало, а все возражения, exceptiones и praescriptiones, затрагивали спорное материальное отношение.*

Задачей нашего последующего исследования служит обнаружение подтверждения данному выводу и тем самым устранение препятствий, которые все еще противостоят правильному восприятию процессуальных предпосылок, в настоящее время искаженному представлениями об эксцепциях.

Предварительный догматико-исторический обзор является простым, надежным и бесспорным способом наиболее полного ограничения данного учения.

проект 1864 г., § 333; *Германский* проект, § 243 (возражения, препятствующие процессу). По сравнению с германским правом теория процессуальных возражений остается еще более неясной во *французском* гражданском процессе.