

# ЦИВИЛИСТИЧЕСКАЯ МЫСЛЬ ПРОШЛОГО

## ИСКИ О ПРИЗНАНИИ (часть вторая)<sup>1</sup>



В.М. ГОРДОН

*В настоящем номере журнала публикуется вторая часть фундаментальной работы крупного отечественного ученого Владимира Михайловича Гордона, посвященная искам о признании. Учитывая актуальность данной проблематики в настоящее время, данный материал может быть рекомендован самому широкому кругу читателей.*

*Ключевые слова: иски о признании; иски о присуждении; основание (цель) иска; право на иск.*

## DECLARATORY ACTIONS (second part)



V.M. GORDON

*This volume of the Journal contains the second part of a fundamental study of the famous Russian scholar V.M. Gordon, which is devoted to the legal nature of actions (suits) for declaration of rights. Due to the urgency of this topic at the present time, the study of V.M. Gordon can be recommended for a wide readership.*

*Keywords: action for declaration of civil-law rights; declaratory action; action for coercive adjudgement; ground (purpose) for action; right to bring a suit.*

---

<sup>1</sup> Начало см. в № 6 ВГП за 2013 г. – Примеч. ред.

## ГЛАВА ТРЕТЬЯ. ПРАВО НА ИСК

*Отделение первое. Очерк общего учения о праве на иск**§ 1. Субъективное направление права на иск*

Право на иск долгое время представлялось не иначе как в теснейшей связи с субъективным гражданским правом, на защиту которого иск направлялся. В праве на иск видели это же самое субъективное право, лишь рассматриваемое с точки зрения его осуществления<sup>1</sup>; правом на иск именовалось субъективное гражданское право в реагировании против несогласной с ним воли<sup>2</sup>.

*Право на иск, определял Friedrich Karl von Savigny*, есть особый вид, приобретаемый каждым правом вследствие его нарушения. Отношение, из этого нарушения возникающее, представлялось ему в таком виде. Тот, чье право нарушено, и нарушитель – или истец и ответчик – стоят друг к другу в таком отношении, как кредитор и должник. Впрочем, истинного, законченного обязательственного отношения Савиньи здесь не видел. Поскольку это новое отношение остается в пределах простой возможности и не привело еще к определенной деятельности со стороны того, чье право нарушено, здесь, говорил он, имеется лишь тот зародыш обязательственного отношения, который, однако, путем естественно-развития, переходит в истинное обязательство<sup>3</sup>.

Отношение между правом на иск и субъективным гражданским правом представлял Савиньи не как отношение двух самостоятельных прав; в возникновении права на иск видел он процесс развития субъективного гражданского права, метаморфозу этого последнего, которая может произойти во всяком праве; появление права на иск, по его учению, это лишь отдельный момент в жизненном процессе права – момент такого же рода, как и возникновение и прекращение права<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> *Kroll*, *Klage und Einrede*, 1884, S. 25 (право на иск, говорит *Kroll*, «ist das Recht selbst, aber nur in seiner Bethätigung gegen die Läsion von Seiten Dritter, also in der Gestalt der Rechtsverfolgung»).

<sup>2</sup> *Förster*, *Theorie und Praxis*, Bd. I, 4-е изд., S. 272: «in Bethätigung gegen den widersprechenden Willen Anderer». С этой точки зрения иск рассматривался как средство, которое имеется в каждом отдельном праве для того, чтобы оно могло при известных условиях, определяемых законом, противодействовать тому, что против него направлено («nihil aliud quam jus persequendi iudicio quod sibi debetur») (*Förster*, I. c., S. 273 (сн. 6)).

<sup>3</sup> *F.K. v. Savigny*, *System des heutigen römischen Rechts*, 1841, Bd. V, S. 4–5.

<sup>4</sup> *Savigny*, I. c., S. 3. Связь субъективного права с правом на иск обозначалась весьма различно. *Langheineken* в своем «Urteilsanspruch» (с. 2) собрал целый ряд формул, употреблявшихся для обозначения этой связи. Право на иск, говорили, «wohne dem subjektiven Rechte inne»; называли право на иск либо составною частью субъективного гражданского права, либо его принадлежностью (Zubehör), элементом, имманентным свойством и т.п. Право на иск, высказывалось и в русской литературе, есть материальное право, одна из сторон каждого гражданского права (см.: проф. Гольмстен, *Учебник русск. гражд. судопроизводства*, 3-е изд., с. 10; *К. Анненков*, *Система русск. гражд. права*, 1899, т. I, с. 614).

С такой точки зрения право на иск по своему субъективному направлению, естественно, не могло казаться ничем иным, как только правом к *противной стороне*, к ответчику, к тому, кто нарушил данное субъективное право.

Характеризуя право на иск как свойство гражданского материального права, сторонники этого воззрения оставляли совершенно в тени публично-правовую сторону вопроса, несмотря даже на то, что уже в постоянно цитировавшемся римском определении «*actio – nihil aliud quam jus persequendi...*» подчеркнуто было направление права на иск в *публично-правовую сторону*; в определении Юстиниана сказано: «*jus persequendi judicio*»; это «*judicio*» некоторыми даже прямо опускалось, этого слова не замечали<sup>2</sup>. Право на иск понималось как право искать с противника; оставялось без внимания, что для осуществления этого права искать был указан и путь: «обращаясь именно к суду».

Медленным путем шло развитие идеи права на иск как права, имеющего публично-правовой характер и направляющегося не к противной стороне или по крайней мере не только к ней. Мысль эта не представляет, однако, достояния лишь конца истекшего столетия; появление ее нельзя связывать с трудами профессора Ваха: уже в первой половине прошлого века мысль о такой конструкции права на иск проникает в литературу. В 1833 г. вышла в свет статья, автор которой – *Hasse* – определяет право на иск как право требовать, чтобы воля государства через свой орган, суд, обнаружилась и осуществилась относительно нашего права<sup>3</sup>.

Определение *Hasse* осталось, видимо, незамеченным. Только 24 года спустя снова проскользнула та же мысль в *работе Muther*, написанной по поводу книги *Windscheid* (*Die Actio des römischen Civilrechts*, 1856). *Muther* снова – но, как и *Hasse*, лишь мимоходом – говорит о праве на иск как праве на государственную помощь<sup>4</sup>.

Идея публично-правового отношения истца к государству в лице суда принимается в основу системы построения гражданского процесса лишь в 1868 г., в работе проф. Оскара Бюлова, озаглавленной «*Die Lehre von den Processeinreden und Processvoraussetzungen*».

Наконец, полное торжество идеи публичного права на иск представляет созданная профессором *Wach*<sup>5</sup> теория публично-правового притязания на защиту права (*Rechtsschutzanspruch*). В праве на иск усмотрел проф. Вах лишь один

<sup>1</sup> Pr. I. IV. 6.

<sup>2</sup> Например, *Förster-Eccius*, I. c., S. 273 (сн. 6). Напротив, подчеркивает этот признак *Plösz*, говоря, что римское право на иск было «*jus judicio persequendi, also Processgründungsrecht*» (*Beiträge zur Theorie des Klagerechts*, 1880, с. 20).

<sup>3</sup> *Hasse*, Ueber das Wesen der actio v: *Reinisches Museum für Jurisprudenz*, 1833, Bd. VI. Право на иск, по его определению, есть «*das Recht zu fordern, dass der Staatswille sich selbst in Beziehung auf unsere Rechte durch sein Organ, das Richteramt, offenbare und wirkliche*» (I. c., S. 10)

<sup>4</sup> Он определяет право на иск как «*ein Recht des in seinem recht verletzten auf Staatshilfe*» (*Muther, Zur Lehre v. d. römischen Actio, d. heutigen Klagrecht*, 1857, с. 47).

<sup>5</sup> *Adolf Wach*, *Handbuch des deutschen Civilprozessrecht*, 1885, Bd. I, S. 19 сл.

из видов притязания, обращаемого частным лицом к государству, а именно притязание на судебное решение (*Urteilsanspruch*). Свою теорию Вах развил с большей подробностью, остановившись на исследовании природы исков о признании, заставивших, очевидно, и Ваха, как и других исследователей этого явления, еще больше уделить внимания давно ждавшему своего пересмотра вопросу о праве на иск. В 1889 г. появляется работа Ваха под заглавием «*Der Feststellungsanspruch*», открывающая, несомненно, целую эпоху в учениях об иске и процессе. Последователей у Ваха оказалось немало. Но важнее всего то, что благодаря Ваху вопрос о публично-правовой конструкции права на иск был поставлен на очередь исследования, давшего в результате целый ряд ценных трудов, посвященных построению публичного права на иск и разбору предложенных конструкций.

Отношение между государством и лицом, имеющим право на иск, объясняют следующим образом.

В праве на иск как праве, имеющем направление к государству в лице его органов, видят современную для нас стадию *эволюции самопомощи* в деле защиты своего гражданского права. Историческим первообразом права на иск считают самопомощь. Проф. *Lothar Seuffert* так изображает ход этой эволюции.

Каждая норма права имеет в себе тенденцию к принудительному осуществлению ее. У множества народов в их прошлом видим мы то время, когда применение мер принуждения для осуществления притязания совершенно предоставлялось управомоченному. Собственными силами, в случае необходимости – при содействии товарищей, отстаивает он свое право. Следующий фазис эволюции – применение мер принуждения предоставляется самопомощи под *контролем*. Нет ничего невероятного в том, что это происходило так: лицу, против которого управомоченный применял силу, открывалась возможность жаловаться органам государства на неправильный акт применения силы. Дальнейшее развитие знаменуется переменою в роли контроля. Стоявший первоначально на втором плане, контроль применения силы для самопомощи выдвигается вперед. Управомоченный не может уже приступить к самопомощи раньше, чем органы государства дадут ему на это разрешения (*Ermächtigung*). На этой ступени стоит древнеримское процессуальное право, по которому на основании судебного решения, *ex causa iudicati*, предоставлялось кредиторю произвести приватное исполнение против личности должника – *manus injectio*. В этом именно периоде, говорит *Seuffert*, и возникла возможность добиваться решения органов государства о существовании субъективного права. Это правомочие (*Befugnis*) и есть то, что называем мы правом на иск<sup>1</sup>.

Право на иск представляется, таким образом, результатом последовательного развития социального быта. С запретом некогда допускавшейся самопомо-

<sup>1</sup> *Seuffert*, *Recht, Klage. Zwangsvollstreckung* в: *Grünhuts Zeitschrift*, 1885, т. 12, с. 618 сл.

щи в деле защиты своего гражданского права должно было быть признано государственною властью право на иск. В противном случае, ограждая обязанного от насилия со стороны управомоченного и во имя этого отнимая у последнего право самопомощи, общественная власть допустила бы несправедливость, оставив без возмещения такое ограничение. Право на иск и является необходимым следствием запрета самопомощи, возмещением, эквивалентом этого ограничения, требуемым соображениями справедливого разграничения интересов управомоченного и обязанного.

Таковы, в сущности, те основания, по которым признается право гражданства за правом на иск как правом к государству. В таком смысле высказывается целый ряд исследователей.

Управомоченный, говорит *Hellwig*, который не вправе помогать себе путем самоуправства и не может сам себе помочь за отсутствием у себя по естественным или юридическим основаниям средств к удовлетворению своего юридического интереса, может (*ist befugt*) обращаться за помощью к назначенным со стороны государства органам попечения о праве<sup>1</sup>.

Если объективное право, говорит *Langheineken*<sup>2</sup>, устанавливает право на иск, это не есть произвол, но необходимое следствие, коррелирует *запрета самопомощи*. Правовой порядок, как враг насилия и самоуправства, должен предоставлять индивидууму право искать защиты своего индивидуального правового положения путем установленного процессуального производства. Поэтому иск не есть просьба об оказании акта милости. Тот самый правовой порядок, который своим запретом самопомощи исключает возможность самоуправной охраны гражданско-правового положения, дает субъективное право, которое мы называем притязанием на защиту права, как возмещение, *эквивалент ограничения*. Это право, таким образом, основывается на принципе примиряющей справедливости.

Как эквивалент ограничения самопомощи право на иск по отношению к государству представляют также и другие.

Судебное решение и принудительное исполнение, говорит, например, проф. *R. Schmidt*, не предоставлены свободной воле государства, но составляют содержание обязанности (*Verpflichtung*), возложенной на государство процессуально-правовыми нормами. Государство принимает на себя такую обязанность в *вознаграждение* за недопущение помощи себе своими собственными силами – принимает ее в тот момент, когда оно (государство) устраивает для всех доступное учреждение для защиты права, организует охрану гражданского права и определяет посредством общей правовой нормы фактические условия для получения этой охраны. Само собою разумеется, эта обязанность исполняется лишь отдельными органами, судами, устраиваемыми для этой цели государ-

<sup>1</sup> *Hellwig*, Anspruch und Klagrecht, S. 145; см. также: Klagrecht und Klagmöglichkeit, 1905, с. 1, 2, 28.

<sup>2</sup> *Langheineken*, Der Urteilsanspruch, S. 17.

ством, и через открытие процесса концентрируется на обязанности того отдельного суда, к которому обращен иск<sup>1</sup>.

Недопустимость защиты гражданского права собственными силами того, кто в защите нуждается, является исходным пунктом в эволюции права на иск в смысле права частного лица к государству. Насколько необходимым является ограничение самопомощи и предупреждение социальной междоусобицы, настолько же необходимо для государства принять на себя обязанность оказывать судебную защиту в случаях, когда она требуется. Не принимая на себя подобной обязанности и не устанавливая соответственно ей права на иск, государство либо сделало бы бессильным свой запрет самопомощи, либо обратило бы в пустой звук всякое гражданское право<sup>2</sup>. В ограждение мира и порядка государству приходится принимать на себя обязанность перед частными лицами. К этому вынуждает социальная необходимость. В сознании ее государство принимает на себя обязанность оказывать отдельным лицам защиту их гражданского права и тем самым создает для этих лиц право на иск. Право это является, таким образом, *рефлексом обязанности*, принимаемой на себя государством ввиду социальной необходимости.

Такая точка зрения на публичное субъективное право на иск едва ли идет вразрез и с тем воззрением на субъективное публичное право вообще, которого придерживается проф. *Georg Jellinek*. Наделяя человека правоспособностью, государство, по учению его, ограничивает себя с отрицательной стороны, уменьшая область своего властвования, и положительным образом, предоставляя частным лицам притязание на его деятельность и таким путем само себя обязывая<sup>3</sup>.

Право на иск, с точки зрения, проводимой *Jellinek*, могло бы быть, таким образом, представлено как результат самообязывания государства в положительном направлении. Устанавливая право на иск, государство обязывает себя к тем действиям, которых добивается истец. Право на иск с этой точки зрения есть, по образному выражению Дегенкольба, оборотная сторона самообязывания государства<sup>4</sup>. Это самообязывание государства *не может* быть, однако, представляемо как установление государством *особой нормы* для самого себя. Самообязывание государства происходит при создании его правовой организации, хотя бы в системе

<sup>1</sup> *R. Schmidt*, Lehrbuch, S. 18. Право на иск, выражается в том же духе *Degenkolb*, есть *плата* (Preis), за которую отказываются от самопомощи, получая взамен ее право на иск (*Degenkolb*, Einlassungszwang und Urteilsnorm, 1879, S. 31–32; Beiträge zum Zivilprozess, 1905, S. 14).

<sup>2</sup> Очень метко выражает такую мысль *Degenkolb*. «Запрет самопомощи, – говорит он, – при отсутствии права на иск, либо сам себя уничтожает, либо уничтожает вообще право» (*Degenkolb*, Einlassungszwang und Urteilsnorm, с. 32 (сн. 1))

<sup>3</sup> *Jellinek*, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 1892, с. 80; ср. с. 79, 119, 184. С точки зрения самообязывания государства и процесс представляет проф. *Jellinek* как производство, посредством которого государство по требованию лица, ищущего защиты своего права, констатирует, имеется ли налицо повод для осуществления своей обязанности оказывать защиту, правильно ли поэтому предъявленное к нему притязание или же нет (*ibid.*, S. 119–120).

<sup>4</sup> *Degenkolb*, Beiträge zum Zivilprozess, с. 12.

объективного права данного государства и не было особого постановления об обязанности государства к ограждению прав граждан<sup>1</sup>. Устанавливая нормы права, государство тем самым создает законы своего существования, ставит себе правовые пределы, связывает себя объективным правом страны.

Следующим образом представляет значение права для государства проф. Палиенко<sup>2</sup>. Право, действующее в суверенном государстве, т.е. не подчиненом праву другого государства, говорит он, *не является* какой-то внешней *нормой, приказом для самого государства*, но приказом для подвластных лиц – как для призванных быть его органами, так и для прочих граждан. Для самого же государства право, в нем действующее, объясняет он, является лишь проявлением его собственной жизни, вытекающим из самой сущности его как правовой организации. В этой *правовой организации* и видит проф. Палиенко *естественное ограничение и определение государства*, подобно тому, поясняет он, как природные силы физического организма определяют и ограничивают жизнь последнего.

Для того чтобы считать государство обязанным к ограждению прав отдельных граждан, *нет надобности в особом акте самообязывания государства*. И без этого акта государство является *связанным своею правовою организациею*. Собственно говоря, не может быть вовсе и вопроса о том, связано ли государство правом и на каком основании, правильно указывает профессор Венского университета *Gustav Seidler*<sup>3</sup>. Государство – объясняет он, приходя к тому же выводу, к которому уже раньше пришел и проф. Палиенко, – не только возникнет в праве и с правом, но и продолжать свое существование может только в праве, а так как сущность права заключается в том, чтобы связывать, то государство, возникая и существуя с правом и в праве, не может быть представляемо иначе, как *правом связанное*.

Право на иск есть *право к государству*, но отнюдь не к тем органам его, к которым иск направляется. Суд является *лишь тем органом*, на который государство возлагает исполнение своей обязанности<sup>4</sup>. Суд должен исполнить требование истца, если у него есть право на иск, не в силу своей обязанности перед

<sup>1</sup> Положения этого рода включены были, например, в Прусский Ландрехт. Этот закон, между прочим, заключал в себе такие статьи: «Der Staat ist für die Sicherheit seiner Untertanen, in Ansehung ihrer Personen, ihrer Ehre, ihrer Rechte und ihres Vermögens zu sorgen verpflichtet»; и засим: «die Pflicht des Staates, für die Sicherheit seiner Einwohner, ihrer Personen und ihres Vermögens zu sorgen, ist der Grund der demselben zukommenden allgemeinen und obersten Gerichtsbarkeit» (Allg. Preuss. Landrecht, Bd. II, S. 17, § 1 и 3).

<sup>2</sup> *Н.И. Палиенко*, Суверенитет, Ярославль, 1903, с. 393.

<sup>3</sup> *Seidler*, Das juristische Kriterium des Staates, Tübingen, 1905, с. 44.

<sup>4</sup> Право на иск представляется правом именно к суду, по учению *Plank*. «Dem Kläger, – говорит он (Lehrbuch d. deutsch. Civilprozessrechts, 1891, Bd. II, с. 3), – als dem Berechtigten steht als Verpflichteter das Gericht gegenüber». От суда, объясняет *Plank*, истец требует, чтобы он принудил ответчика вступить в процесс и засим подчиниться решению, присуждающему в пользу истца требуемую им частноправовую выгоду. Право на иск, полагает и проф. *Д.Д. Гримм* (Основы учения о юридической сделке, 1900, с. 70), есть правомочие по отношению к суду.

истцом, но по долгу перед государством и под страхом служебной ответственности перед ним в случае неисполнения своей обязанности.

Не подлежит сомнению – правильно говорят, – с внешней стороны тяжущийся входит в отношения с судом: суду подает он свои ходатайства; перед судом происходят прения; суд решает дело. Но при всем этом суд остается органом государства, его не изолировать от государства. Если существует правоотношение стороны к суду, это есть отношение к *государству в лице суда*. Что правоотношение не связано только с одним конкретным судом, на это указывает уже способность процесса развиваться по инстанциям<sup>1</sup>.

Что право на иск есть право именно к государству, а не к органам его, это – правильно было уже отмечено<sup>2</sup> – особенно обнаруживается, когда идет речь о праве на иск о признании; целью такого иска является судебное решение, *связующим* образом подтверждающее существование правоотношения, а такую силу может иметь лишь решение, обладающее авторитетом государства.

Не говорит против этого и то обстоятельство, что иск должен предъявляться *компетентному суду*; в интересах правосудия государство заранее создает систему правил о ведомстве и подсудности, намечая таким образом порядок оказания защиты прав частных лиц; обязанным же к защите остается государство<sup>3</sup>.

Являясь обязанным перед лицом, имеющим право на иск, государство выступает, однако, именно как власть. Если бы это не было так, то право на иск никоим образом не могло бы возместить ограничения частных лиц относительно самопомощи. На государстве, с полным основанием подчеркивает проф. *Нефедьев*, лежит

<sup>1</sup> *Degenkolb*, Beiträge zum Zivilprozess. Der Streit über den Klagrechtsbegriff, 1905, с. 55. Эту же мысль о деятельности государства в лице суда развивают также *Wach* (Feststellungsanspruch, S. 30), *Langheineken* (Urteilsanspruch, S. 43, п. 3). Из той же мысли исходит и проф. *Jellinek*, говоря, что притязание на защиту права состоит не в притязании к суду, ибо он как орган государства должен следовать исключительно велениям государства, но в притязании к самому государству – чтобы оно поставило учинение судебных актов в связь с требованием отдельной личности (System der subjektiven öffentlichen Rechte, 1893, S. 121). Того же взгляда придерживается проф. *Laband*: едва ли надо особо и отмечать, находит он, что право, осуществляемое путем предъявления иска, направляется не к судье, но к государству (Staatsrecht, 1901, Bd. III, S. 349 (сн.)).

<sup>2</sup> *Hellwig*, Lehrbuch des deutsch. Civilprozessrechts, Bd. I, с. 348 (сн. 29).

<sup>3</sup> *Canstein* говорит здесь об «Anspruch auf Rechtsschutz des zuständigen Gerichts» (Zivilprozessrecht, 1905, S. 136 (сн. I in f.)); в интересах точности следовало бы добавить «от имени государства». Закон, правильно говорит проф. *Hellwig*, устанавливая условия, при которых суды должны оказывать определенным образом защиту праву, статуирует для надлежащего органа (das angerufene Organ) соответственную служебную обязанность (Amtspflicht), неисполнение которой может обязать чиновника (den Beamten) и государство к возмещению убытков (например, ст. 839 Германского гражданского уложения). Но государство признает также и свою собственную обязанностью оказывать защиту праву при наличности законом установленных условий. Другая сторона этой обязанности есть право заинтересованного лица требовать ее (*Hellwig*, Anspruch und Klagrecht, S. 145). «Der Verpflichtete gegenüber dem Klagberechtigten, – подчеркивает он в другом месте (Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts, с. 148), – ist der Staat»: является обязанным государство. Что же касается суда, то его обязанности имеют свое основание лишь в его положении как органа государства, а не в особом, соответствующем его обязанности прав истца (*Petersen*, Die Civilprozessordnung, Bd. I, S. 512).



обязанность давать защиту *применением своей власти*<sup>1</sup>. То, что в силу права на иск требуется путем иска, говорит также проф. *Hellwig*, может быть доставлено только государством *в силу его верховной власти* (*obrigkeitliche Gewalt*<sup>2</sup>). В противном случае судебное решение не могло бы обладать законною силою, не могло и быть приводимо в исполнение принудительным порядком.

Но, возражают, права на иск как права к государству не может существовать именно по той причине, что на *государстве как власти* не может лежать той обязанности, по отношению к которой право на иск могло бы явиться оборотною стороною или, по другому выражению, рефлексом.

Отдельное лицо, говорит проф. *Joseph Kohler*, не имеет права всюду, как требовательный кредитор, тянуть государство за руку и говорить ему «исполний твой долг передо мною». Это не есть положение, которое подобает индивидууму в отношении к государству. Отдельное лицо должно относиться к нему как к силе, *над* ним поставленной. Государство не есть равное ему существо, от которого он может требовать исполнения обязанностей тем же путем, как кредитор от своего должника. Отдельная личность должна обращаться к государству с боязливостью (*mit Scheu*<sup>3</sup>).

Но почему же частным лицам смотреть на государство со страхом и трепетом, а не с упованием на защиту? Как государство обращается к отдельным лицам со своими притязаниями, так не может быть несогласно с достоинством государственной власти, если частное лицо предъявляет к ней свои права, ею же установленные. Как государство, говорит *Langheineken*, в своем интересе в известных пределах имеет притязание, на публичном праве основанное, точно так же и отдельное лицо имеет притязание на деятельность органов государства в его, отдельного лица, интересе, и это притязание есть притязание правовое, коль скоро находит себе признание в положениях публичного права<sup>4</sup>.

Именно потому к государству и обращаются за защитой права, что оно не есть равное, но выше поставленное существо. Эта позиция не исключает, однако, возможности существования у него обязанностей по отношению к отдельным лицам и исполнения этих обязанностей не милости ради, но по праву ищущего защиты.

Но, говорят, государство оказывает защиту праву не потому, что в ней заинтересовано частное лицо, а потому, что защита права совершается в интересах самого же государства и во имя культурной его задачи<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> *Е.А. Нефедьев*, К учению о сущности гражданского процесса, 1891, с. 21; см. также с. 45 сл.

<sup>2</sup> *Hellwig*, Lehrbuch d. deutsch. Civilprozessrechts, 1903, с. 148 (сн. 19). «Wirkt prinzipiell die Rechtsschutzhandlung, – говорит он в другом месте (ib., S. 149 (сн. 22)), – nur so weit, als die Gewalt des judizierenden Staates».

<sup>3</sup> *Kohler*, Prozessrechtliche Forschungen, S. 77.

<sup>4</sup> *Langheineken*, Urteilsanspruch, S. 13, п. а.

<sup>5</sup> «Der Rechtsschutz des Einzelnen, – говорит *Kohler* (Rechtliche Forschungen, с. 77; см. также с. 71), – ist nur eine Emanation der grossen Gesamtaufgabe». Защищая право, государство, говорит он же в другом месте (Prozess als Rechtsverhältniss, 13), выполняет «die vernünftige Aufgabe der Menschheit».

Основание для того, чтобы государству принять на себя отправление правосудия, говорят, заключается уже в необходимости для государства поддерживать самого себя. Интерес отдельной личности в получении защиты своего права не создает поэтому притязания на защиту права<sup>1</sup>.

Но если государство само заинтересовано в защите прав граждан, это не препятствует тому, чтобы оно признало себя и обязанным оказывать такую защиту. Другое дело, возможно ли принуждение к исполнению государством обязанности по защите прав граждан? Если же принуждение здесь не может иметь места, то возможно ли все-таки говорить о праве требовать от государства защиты своего права?

Наука права знает, действительно, теории, по которым принуждение является существенным признаком права. С точки зрения такой теории отвергают и возможность самообязывания государства. Для понятия правовой обязанности, высказался не так давно *Hold v. Ferneck*<sup>2</sup>, необходимо, чтобы в каждом отдельном случае было налицо внешнее связывание (*eine äussere Bindung*). Но так как, рассуждает он, норма не есть что-либо, лишь изнутри идущее, и обязанность, говорит он в другом месте<sup>3</sup>, есть принуждение, то правовая обязанность не может возникать через самообязывание.

Разумеется, если отождествлять обязанность с принуждением, то вывод *Ferneck* представлялся бы логически правильным. Иначе пришлось бы отождествлять и самообязывание с самопринуждением, что, однако, было бы совершенно невозможно. Не утверждает противного и *Jellinek*, против которого главным образом и направлены возражения *Ferneck*. *Jellinek* считает возможным – как это отмечает и *Ferneck*<sup>4</sup> – самообязывание, но никоим образом не самопринуждение. Отвергать же возможность самообязывания было бы лишь последовательно, с точки зрения *Ferneck*. Но едва ли правильно его исходное положение о тождестве понятий обязанности и принуждения. Если бы это было так, то, коль скоро обязанность есть оборотная сторона права, признак принуждения был бы необходим и для понятия права. Между тем, как показал проф. *Петражицкий*, такой признак вовсе не является характерною чертою отличия права. В случае физического принуждения, говорит он, «исполнение» происходит фактически путем действия (волевого акта) не того, кто применяет насилие. Отсюда видно, что такое принудительное исполнение может иметь место лишь по отношению к некоторым притязаниям, а именно по отношению к тем, для которых личность исполняющего не имеет значения. «Те действия, – как раз указывает проф. *Петражицкий*

<sup>1</sup> *Kleinfeller*, Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts, S. 47; см. также рецензию на *Hellwig's* Lehrbuch, Bd. I, в: *Busch's* Zeitschrift, 1905, Bd. 34, S. 378.

<sup>2</sup> *Freiherr Alexander Hold v. Ferneck*, Die Rechtswidrigkeit, 1903, Bd. I, S. 188 in f.

<sup>3</sup> *Ibid.*, S. 186.

<sup>4</sup> *Ibidem*, S. 186.

кий, – которые требуются от судьбы, не могут быть принудительно исполнены, т.е. заменены действием органов исполнительной власти»<sup>1</sup>.

Не отнимает у права значение права и то обстоятельство, что исполнение обязанности, составляющей оборотную сторону данного права, не санкционировано особою юридическою нормою<sup>2</sup>. О том же, чтобы здесь была обязанность нравственная, не может быть и речи уже потому, что по основной своей роли государство есть институт правовой, для ограждения правового порядка существующий. Фактически ограждение может оказаться и неосуществленным; защита прав гражданина есть тем не менее долг государства; этот долг представляется закрепленным в принадлежность каждому отдельному гражданину и составляет право этого последнего по отношению к государству.

Но для того чтобы можно было говорить о праве, исполнение юридической обязанности, ему соответствующей, не может являться делом доброй воли, свободного усмотрения либо милости обязанного, но составляет долг последнего<sup>3</sup>.

Не противоречит ли право на иск в этом отношении существу права?

Сомнение в этом высказывает *Fr. Eisele*. Что это было бы за странное юридическое явление – риторически спрашивает он – притязание, которое односторонним образом устанавливает обязанный по суверенному усмотрению относительно объема, силы, даже существования; притязание, относительно осуществления которого управомоченный предоставляется лишь на волю обязанного; притязание, которое обязанный должен был бы засим отстаивать против самого же себя и которое, кроме того, во всякое время может по своему усмотрению уничтожить?<sup>4</sup> Исходя из этого, *Eisele* отвергает правовое значение притязания на защиту права. Конечно, говорит он, можно сказать, что каждый подданный имеет к государству притязание на защиту права. Но этим выражают не что иное, как то, что государство по своему существу и назначению имеет задачей оказывать подданным защиту права. Это, однако, не есть притязание правовое.

Едва ли, однако, можно согласиться с таким взглядом. С этой точки зрения государство не могло бы почитаться юридически связанным и в том случае, когда оно вступает в гражданские правоотношения как юридическое лицо, владеющее и распоряжающееся известным имуществом. Государство-фиск могло бы, значит, оказаться в любой момент свободным от принятых обязательств, если бы это заблагорассудилось государству-законодателю?

Если при правовой своей организации государство принимает, как показано, обязанность защиты прав отдельных граждан и устанавливает правила для оказания

<sup>1</sup> Л.И. Петражицкий, *Очерки философии права*, 1900, с. 65.

<sup>2</sup> *Ibid.*, S. 74.

<sup>3</sup> *Ibid.*, S. 73.

<sup>4</sup> *Eisele*, *Civilistische Kleinigkeiten* в: *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik*, 1891, т. 31, с. 397. Эту стопону вопроса выдвигает также *Kleinfeller* (*Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, 1905, S. 48).

этой защиты со стороны своих соответственных органов, оно, государство, не может представляться в меньшей степени юридически обязанным, чем государство-фиск<sup>1</sup>. Для существования обязанностей государства перед гражданами так же необходима воля государства-законодателя, как и для существования правовых отношений между частными лицами; отношения последнего рода потому и являются правовыми, что в качестве таковых они признаны законодателем. В той же мере правовой и связующий характер имеют и отношения частного лица к государству. Государство поэтому является юридически связанным по отношению к частному лицу, заявляющему свое право на иск, хотя от государства исходит как существование такого права, так равно условия и порядок его осуществления<sup>2</sup>.

Обязанность государства, составляющая оборотную сторону права на иск, основывается, как выше показано, на правовой организации государства. Защита прав населения есть жизненная функция государства, как выражается *Kohler*<sup>3</sup>. Когда истец предъявляет свой иск, он вызывает государство на проявление этой функции. Проявление ее, однако, есть результат действия законов организации государства, в силу которых лицам, удовлетворяющим известным требованиям, предоставляется право привести государственную машину в действие. Законами действия определяется и содержание права на иск. Оно является правом лишь на то, что по своим законам эта машина может дать. Предъявляя иск в русском суде, я не могу, например, претендовать на применение тех усовершенствованных способов установления правды дела, которые русскому законодательству еще неизвестны, не могу, к примеру, требовать от русского суда той самодеятельности, на проявление которой по своим законам обязан австрийский суд. Таким образом, не право определяет здесь размер обязанностей, а, наоборот, круг последних ставит пределы первому. Ввиду этого такое право представляет собою не что иное, как определенную правовую организацию государства возможность пользоваться государственными установлениями для ограждения частных интересов истца<sup>4</sup>.

Это не есть особое, самостоятельное право, подобное, например, праву собственности, праву наследования. Право на иск как возможность получения государственной защиты есть не что иное, как одно из проявлений общегражданской правоспособности.

<sup>1</sup> Ср.: *Langheineken*, Urteilsanspruch, S. 15.

<sup>2</sup> Неправ поэтому *Hellmann* (*Jherings Jahrbücher*, т. 31, с. 103), говоря, что право на иск не есть право по отношению к государству за отсутствием у истца права принуждения по отношению к нему. Коль скоро государство представляется юридически связанным, можно говорить и о праве на иск в смысле права к государству и именно к государству в лице суда, хотя, разумеется, уголовная или дисциплинарная кара судьи, забывшего свой служебный долг, есть также дело самого государства, в котором может вовсе и не участвовать пострадавший.

<sup>3</sup> *J. Kohler*, *Prozessrechtliche Forschungen*, S. 71.

<sup>4</sup> Слишком отдаленную цель подчеркивает в праве на иск *Hellmann*, определяя это понятие как «eine Befugniß zur Aufrechterhaltung der Privatrechtsordnung» (*Jherings Jahrbücher*, т. 31, с. 105).

В последнее время в литературе высказывались не раз уже протесты против того, чтобы право на иск именовать «правом». Энергично выдвинул такой протест проф. *Oscar Bülow*<sup>1</sup>.

До предъявления иска, говорит он<sup>2</sup>, существует лишь возможность, предусмотренная процессуально-правовым уставом для будущего, еще не вполне известного случая, когда был бы предъявлен иск в установленной этим уставом форме, открыта и обеспечена возможность через выполнение того условия создать право на судебное рассмотрение и разрешение дела о праве гражданском. Но эта абстрактная и условная *возможность* возникновения права *не означает еще существования права*, возникающего лишь через исполнение условия.

Если – проводит он аналогию – я по правилам о наследовании без завещания ожидаю наследства после родственника, то, пока он не умер, я не имею права наследования. Равным образом, если устав гражданско-процессуального права в случае предъявления мною когда-либо иска по правилам устава гарантирует мне, что тогда будет судебное разбирательство и решение, то, пока я не выполнил указанного процессуальным правом условия через предъявление иска, я еще не имею права на судебное решение.

Конечно, расчет на возможность через предъявление иска добиться процесса и решения представляет собою нечто большее, чем простое ожидание. Государство создает и содержит установления и ими наказывает по каждому иску, предъявленному по правилам процессуального устава, приступать к разбирательству и обсуждению указанной в иске *res judicanda*. Ввиду этого *каждый может вполне полагаться* на то, что путем такого иска *он достигнет права* на судебное разбирательство и в конце концов на судебное решение.

Тем не менее, продолжает *Bülow* несколько ниже<sup>3</sup>, возможность вызвать к жизни право на судебное разбирательство в гражданском процессе есть просто общая, каждому принадлежащая способность вызывать к жизни процессы в неограниченном количестве по поводу *всех возможных дел*, процессуальным правом *in abstracto* признанных допустимыми предметами гражданского процесса и решения, дел гражданско-правовых, а отчасти даже выходящих за пределы гражданского права, *против всех возможных лиц*.

Такая широкая власть действовать (*Handlungsmacht*), как ни велико может быть ее влияние на возникновение права, сама является еще не созревшею до

<sup>1</sup> Эту мысль высказал он уже в своей работе «Das Geständnisrecht», вышедшей в свет в 1899 г. Об иске и праве на иск говорится здесь (с. 37–44) лишь вскользь; право на иск рассматривается тут в числе прочих понятий, относимых к одной категории «die Befugnis zur Vornahme rechtsbegründender, rechtsändernder, rechtsbestimmender Handlungen» и представляется как «ein Stück der persönlichen Handlungs- und rechtsbestimmender Verfügungsfähigkeit». Более подробно развивается эта идея в двух последующих работах Бюлова, помещенных в: Busch's Zeitschrift, т. 27, с. 242 сл.; т. 31, с. 198 сл.

<sup>2</sup> *Bülow*, Klage und Urteil, Sonderabdruck, 1903, 8.

<sup>3</sup> *Ibid.*, S. 11 (сн. 13).

права. Она представляется в той же степени неготовым правом, как и способность посредством юридических действий вызывать гражданские правоотношения: это есть равным образом лишь личное свойство (*eine persönliche Eigenschaft*), качество личного состояния «Status», лишь особое проявление (*Entfaltung*) способности к юридическим действиям (*Rechtshandlungsvermögen*), вообще представляемой лицу объективным правом.

Но можно ли называть такую «возможность», «способность», «власть» *правом*?

Если, говорит *Bülow*<sup>1</sup>, явилось представление, что сама эта допроцессуальная способность вызывать процессуальное право есть право, и это представление пустило уже прочные корни в теории процессуального права, это зависит от неточности и расточительной свободы применения слова «право». Это название дают массе всякого рода возможностей и способностей к юридическим действиям, а иногда даже действиям, не имеющим юридического значения. Так, говорят о «праве» свободного выражения мнений, об общих правах человека и гражданина.

*Нет* ни малейшего основания, говорит *Bülow* в другом месте<sup>2</sup>, власти (*Macht*) вызывать через *предъявление иска* правовые эффекты, способности (*Fähigkeit*) через предъявление иска вызывать процессуальное правоотношение придавать другое, *более самостоятельное юридическое значение*, чем возможности устанавливать гражданские правоотношения посредством договоров купли, займа, брака, усыновления и т.п.

Помимо принципиальной недопустимости обособления «*процессуального проявления индивидуальной власти располагать своим правом*», совокупности таких проявлений в *особое «право»* на иск, *Bülow* находит это и *практически неудобным*. Установление такого самостоятельного «права», указывает он, вело бы к *громчайшим затруднениям*. В «праве на иск» (*Klagrecht*) мы получили бы субъективное право, у которого *не было бы* самого необходимого минимума определенности.

Это становится особенно ясным, объясняет *Bülow*<sup>3</sup>, если попытаться ответить на вопрос: по отношению к какому государству существует «право» на иск и, далее, какой суд какого государства уже до предъявления иска обязан открыть процесс и постановить решение? До предъявления иска, говорит он, неизвестно с полной точностью, *какому именно суду* подсудно данное дело. Если мы в данный момент и в состоянии признать его подсудным данному суду, то никто не может знать, будет ли оно подсудно ему и ко времени предъявления иска. Таков, например, тот случай, когда ответчик, имевший свое постоянное местожительство в округе одного суда, переедет в другой либо даже в другое государство.

<sup>1</sup> *Bülow*, *Klage und Urteil*, S. 12.

<sup>2</sup> *Busch's Zeitschrift*, т. 27, с. 243.

<sup>3</sup> *Bülow*, *Klage und Urteil*, S. 13 сл.; в том же роде: *Busch's Zeitschrift*, S. 243.

«Право» на иск могло бы, таким образом, оказаться правом ко всем государствам и к судебным установлениям всего света, а быть может, и ни к какому государству, если бы ответчик переселился в страну, отказывающую иностранцам в защите их прав гражданских<sup>1</sup>.

«Право» на иск, помимо этого, не хватало бы определенности и относительно *противной стороны в деле*, так как нельзя точно предвидеть, между какими лицами будет происходить процесс: будут ли это те же лица, что и раньше, или же на их место вследствие их смерти либо передачи их гражданского права вступят другие? Столь же неопределенным представляется, по объяснению Бюлова, и *предмет* судебного разбирательства: *res judicanda* может оказаться совершенно отличною от того, что в данный момент было бы *res in iudicium deducenda*<sup>2</sup>.

«Право» на иск Бюлов относит к той же теоретической категории «прав», к которой принадлежат «основные права», «прирожденные права», «права человека и гражданина». Отличительными чертами всей массы этих «прав» выставляет он неопределенность, беспредельность, неисчисляемость, вследствие чего и видит в них простые дозволенности, *facultates agendi*, предоставляемые объективным правом всем и каждому; «права» этого рода далеки от того, чтобы заключать в себе точно определенную власть известного лица в отношении индивидуально-определенных лиц или предметов<sup>3</sup>. Ввиду этого и Бюлов полагает, что в интересах ясности и отчетливости в области права и его систематики было бы весьма полезно все эти «права» вовсе не называть правами<sup>4</sup>.

Попытки дать иное наименование «праву» на иск и однородным с ним понятиям уже были сделаны. Так, *Zitellmann*, а за ним и *Hellwig*, в отличие от прав в собственном смысле, именуемых ими «*Rechte des Dürfens*», предлагают названия «*Rechte des Könnens*», «*Rechte des rechtlichen Könnens*», «*Kann-Rechte*» для всякой возможности вызывать своими свободными действиями выгодные для данного лица правовые эффекты<sup>5</sup>.

Настаивая на невозможности называть «правом» такую универсального характера способность (*Allerweltsfähigkeit*) вызывать процессуальное правоотношение посредством предъявления иска, *Bülow* находит предпочтительными для этого

<sup>1</sup> Busch's Zeitschrift, т. 27, с. 243.

<sup>2</sup> Klage und Urteil, S. 16–17.

<sup>3</sup> Ibid., S. 17–18.

<sup>4</sup> Ibid., S. 20. Еще дальше идет *Hold v. Ferneck* (l. c.). Он находит недопустимым представлять себе субъективное право на жизнь, на свободу и т.п.; субъективное право, по его взгляду, есть всегда лишь право на то, чтобы другой человек делал что-либо или не делал чего-либо (*Ferneck, Rechtswidrigkeit*, с. 141).

<sup>5</sup> *Zitellmann*, Internationales Privatrecht, 1898, Bd. II, с. 32: право этого рода «eine Macht über eine gewisse Rechtswirkung gewährt»; *Hellwig*, Anspruch und Klagerecht, 1900, с. 2 (сн. 4); Lehrbuch d. deutschen Civilprozessrechts, Bd. I, S. 41, 194, 214, 232 сл.

понятия наименования «*Berechtigung*» или «*Befugniß*»<sup>1</sup>. В этом же роде терминологию предлагает и проф. *Weismann*, прямо указывая, что выдвигаемое им понятие «*Klagbefugniß*» есть именно то, что Цительман называет «*Kannrecht*»<sup>2</sup>.

Но и те, кто говорит об изменении терминологии, прекрасно понимают всю затруднительность этой перемены в настоящую пору, когда вошло в плоть и кровь не только повседневной жизни, но и строгой науки говорить *о правах* человека и гражданина, не иначе как правом именовать и право на иск. Остается примириться с условной терминологией, следуя лишь указанию *Bülow*<sup>3</sup> всегда иметь в виду различие между тем, что есть право в собственном смысле, и тем, что называется этим именем лишь в смысле переносном. Как напоминание о действительном смысле «права» в применении к праву на иск небесполезно то добавление, которое предлагает итальянский ученый Иосиф Киовенда. Право на иск, настоятельно указывает он, есть *потестативное* право, передавая таким образом мысль о квалификации права на иск как юридической возможности<sup>4</sup>.

Этим термином и представляется правильным воспользоваться. Он указывает на характерную особенность понятия, именуемого правом на иск, не отнимая установившегося названия «право». Такая характеристика устраняет – по крайней мере для данного времени, когда исследование природы права на иск далеко еще не закончено, – необходимость в иных, менее удачных обозначениях<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> *Bülow*, *Klage und Urteil*, S. 20. Право на иск как «*die Befugniß*» определяет также *Wendt* (*Lehrbuch der Pandekten*, 1888, с. 230). Употребляют также выражение «*Macht*».

<sup>2</sup> *Weismann*, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechtes*, 1903, Bd. I, с. 67 (сн. 67).

<sup>3</sup> *Klage und Urteil*, S. 22.

<sup>4</sup> *Giuseppe Chiovenda*, *Saggi di diritto processuale civile*, 1904. «*L'azione*, – говорит он (с. 13), – è dunque a nostro parere un diritto potestativo, anzi, – подчеркивает он, – è il diritto potestativo per eccellenza». Это есть, говорит он в другом месте (с. 106), «*un puro potere giuridico*» и не представляет собою «*una figura isolata nel sistema dei diritti*», но входит в состав целой категории прав юридической возможности; точнее было бы, предлагает Киовенда, дать им название «*diritti potestativi*» (*ibid.*, с. 107).

<sup>5</sup> Это, конечно, нисколько не уменьшает заслуги тех ученых, которые обратили внимание на неправомерность дававшегося до них объяснения права на иск. С этой точки зрения заслуживают полного внимания такие взгляды, как высказанный проф. *Нефедьевым*, признавшим «существование у каждого лица, так сказать, *общего права* (*Befugniß*) обращаться в суд с просьбой о защите права» (*Нефедьев*, К учению о сущности гражданского процесса, 1891, с. 156 (сн. 2)), взгляд профессора *J. Kohler*, рассматривающего право на иск лишь как «*blosse Fakultätsbefugniß*» (*Prozessrechtliche Forschungen*, 1889, S. 71), как «*Persönlichkeitsrecht*» (*Busch's Zeitschrift*, 1903, т. 33, S. 221–222; см. также: *Lehrbuch d. bürgerlich. Rechts*, 1905, Bd. I, с. 151). Значение этих взглядов – отрицание особого, самостоятельного *права* на иск. Это отрицание, очевидно, и побуждает прибегать к таким терминам, как «*eine von der Rechtsordnung verliehene Macht*» (*Hellmann*, *Klagrecht Feststellungsklage und Anspruch* в: *Jherings Jahrbücher*, т. 31, с. 102 и др.), «*die unmittelbare rechtliche Macht*» в смысле «*die Fähigkeit, auf Ansuchen staatlichen Machtmittel zu erlangen*» (*Pagenstecher*, *Z. l. v. d. materiell. Rechtskraft*, с. 20 (сн. 47)). В сущности дела, однако, – правильно замечает *Degenkolb* (*Beiträge zum Zivilprozess*, с. 46 ad (сн. 2)) – отказ от термина «право» ничего не меняет: оно есть, по его выражению, «*aus der Persönlichkeit abschließende rechtliche Fähigkeit*».



## § 2. Содержание права на иск

Большое разногласие в среде сторонников публично-правовой конструкции права на иск возбудил вопрос о том, в чем именно заключается *то действие, которого добивается истец*, осуществляя свое право на иск.

Одни видят здесь право требовать судебного решения в определенном, благоприятном для истца смысле.

Другие видят в праве на иск право на разрешение возникшего вопроса независимо от определенного содержания решения.

Первую теорию называют теорией конкретного права на иск, вторую – теорией абстрактного права на иск.

Главою первой теории является проф. *Adolf Wach*. Право на иск, по его учению, представляет собою один из видов притязания на защиту права (*Rechtsschutzanspruch*). Под притязанием этим разумеет он право на цивилильно-процессуальную защиту, на акт охраны права, составляющий цель процесса<sup>1</sup>. Процесс определяет *Wach* как средство для оказания справедливой защиты праву или, иначе, говоря субъективно, для удовлетворения ограждаемого правом интереса в защите права. Соответственно этому, и притязание на защиту права, по другому его определению, есть притязание к государству на удовлетворение в форме, установленной процессуальными правилами, интереса в защите права по отношению к ответчику<sup>2</sup>.

Удовлетворяется же притязание на защиту права действием по этой защите – специально – *благоприятным* решением. Способами удовлетворения могут быть решение (подтверждение, присуждение и т.п.), принудительное исполнение, арест и т.п. Сообразно этим различным формам удовлетворения притязания на защиту права *Wach* различает притязания на подтверждение, притязания на присуждение и т.п.<sup>3</sup> Когда идет речь о притязании на судебное решение, такого рода притязание *Wach* определяет как «*Recht auf Rechtsschutz gewährendes Urteil*»<sup>4</sup>. Содержание такого притязания видит он в *благоприятном* для стороны решении («*das der Partei günstige Urteil*»)<sup>5</sup>.

Право истца на *благоприятное* для него решение, признает *Wach*, существует до предъявления иска, если это дано ему законом. Предъявление же иска, по его учению, дает право на решение, но не на *благоприятное* для стороны решение<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> *Wach*, Feststellungsanspruch, S. 15.

<sup>2</sup> *Ibid.*, S. 15.

<sup>3</sup> *Wach*, Handbuch, S. 21.

<sup>4</sup> *Ibid.*, S. 23 (сн. 27).

<sup>5</sup> *Wach*, *ib.*, S. 24. Он употребляет притом выражения «*Entscheidungsanspruch*» либо «*Urteilsanspruch*», видимо, отдавая им предпочтение перед «*Klagerecht*» (см., например: *Wach*, Feststellungsanspruch, с. 19, 23, 24).

<sup>6</sup> Два последних положения выставляет *Wach* в своей статье «*Rechtsschutzanspruch*» (*Zeitschrift für deutschen Civilprozess*, 1903, т. 32, с. 3), появившейся в ответе на возражения проф. Оскара

Из массы последователей Ваха прежде всего должен быть отмечен *Langheineken*, посвятивший специальное исследование понятию «Urteilsanspruch»<sup>1</sup>. Расходясь с Вахом в некоторых пунктах, *Langheineken* всецело присоединяется к воззрению о праве на иск как о праве на *благоприятное для истца* решение, примкнув, таким образом, к теории конкретного права на иск. И по учению *Langheineken*, право на иск, именуемое им притязанием на решение (Urteilsanspruch), есть один из видов притязания на защиту права (Rechtsschutzanspruch)<sup>2</sup>. Под притязанием вообще (Anspruch) понимает *Langheineken* субъективное право в его направлении к подчинению чужой воли<sup>3</sup>. Равным образом и в *Rechtsschutzanspruch* видит он субъективное право, а именно право к государству в его субъективной функции, к государству в качестве носителя судебной власти<sup>4</sup>. Это есть право на судебную защиту в споре о праве гражданском, право на определенное государственное действие по защите права<sup>5</sup>. Разобрав шаг за шагом отдельные части понятия, *Langheineken* сводит их в одно общее определение понятия «Rechtsschutzanspruch» и засим право на иск как отдельный вид этого понятия определяет так: это есть публичное субъективное право к государству в его судебной функции на благоприятное для истца, окончательное судебное решение спора о праве гражданском<sup>6</sup>.

Право истца на иск, особо подчеркивает он, есть право на решение определенного содержания, а именно на решение *в пользу* истца. Право это осуществляется через предъявление иска<sup>7</sup>. Оно существует, поясняет он свой взгляд, уже *до* данного процесса, *до* предъявления иска, но лишь посредством этого может стать практически важным и достигает полной своей реализации лишь в том случае, если *in concreto* обнаруживаются все условия, необходимые для его осуществления<sup>8</sup>.

В недавнее время теория конкретного права на иск нашла энергичного защитника в лице проф. *Hellwig*. Правом на иск (Klagerecht) называет он конкретное публичное право требовать от государства судебной защиты права через постановление *определенного* решения по существу. Право это стоит в зависимости от *определенных* условий (условий *elfolgreicher Klage*), оно существует при наличности этих усло-

---

Бюлова (об этом ниже). В предшествующих трудах означенные мысли не были еще так рельефно высказаны (ср., например: Handbuch, Bd. I, S. 211 сл.).

<sup>1</sup> *Langheineken*, Der Urteilsanspruch, ein Beitrag zur Lehre vom Klagerecht, Leipzig, 1899.

<sup>2</sup> Л. с., S. 11-44.

<sup>3</sup> Л. с., S. 122.

<sup>4</sup> Л. с., S. 15-16, 19.

<sup>5</sup> Л. с., S. 15-16, 20.

<sup>6</sup> Л. с., S. 45.

<sup>7</sup> Л. с., S. 46.

<sup>8</sup> Л. с., S. 46-47 (сн. 6).

вий, т.е. уже до начала процесса. Путем предъявления иска оно осуществляется, но не только тогда возникает и продолжает оставаться обоснованным, хотя бы предъявленный иск был отклонен вследствие того, что управомоченный к иску допустил промах в форме своего ходатайства или обратился к ненадлежащему органу<sup>1</sup>.

Сторонниками теории конкретного права на иск являются также *Friedrich Stein* и *Richard Schmidt*. Понятие «*Rechtsschutzanspruch*» определяет *Stein* как публичное субъективное право стороны на действие государства в роли суда, право на *благоприятное* для стороны действие по защите права. Сюда же как отдельный вид относит он и право на благоприятное решение<sup>2</sup>. При известных условиях, говорит *Richard Schmidt*, процессуальное право дает частным лицам «*ein festes Recht*» на судебное решение и принудительное исполнение. Решение и исполнение не предоставляются на волю государства, но составляют содержание обязанности, возложенной на государство. Эта обязанность уже *налицо со времени нарушения* гражданского права. По отношению же к *процессу* она дает лишь толчок (*Anstoss*) к открытию его<sup>3</sup>.

Таким образом, по теории конкретного права на иск, как показывают уже приведенные учения, право на иск представляется правом на *благоприятное* для истца судебное решение.

С уничтожающей критикой этого положения выступил проф. *Oskar Bülow*<sup>4</sup>.

Положение, что право на иск есть право на решение определенного содержания, а именно на решение в *благоприятном* для истца смысле, может, по его мнению, иметь лишь тот смысл, что право на иск принадлежит данной стороне только в том случае, если материально-правовое положение ее действительно таково, что приводит к *благоприятному* для данной стороны решению; напротив, та сторона, которой нечего рассчитывать на *благоприятное* для нее решение, не имеет права на иск<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> *Hellwig*, Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts, 1903, Bd. I, S. 146–147. Эта мысль высказана им и в других его трудах – и более ранних, и позднейших (см.: *Anspruch und Klagerrecht*, 1900, S. 147 (сн. 8); *Klagerrecht und Klagmöglichkeit*, 1905, с. 28, 39).

<sup>2</sup> См.: *Stein*, Ueber die Voraussetzungen des Rechtsschutzes, insbesondere bei der Verurteilungsklage, 1903, с. 3. Так же и в других трудах (см.: *Die Civilprozessordnung*, 1901, Bd. I, S. 515 (сн. 23); *Das Civilprozessrecht* в: *Birkmeyer's Encyclopädie der Rechtswissenschaft*, 1901, с. 1175).

<sup>3</sup> *Schmidt*, Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts, 1898, с. 18–19; см. также: *Prozessrechts und Staatsrecht*, 1904, с. 7 сл. С его точки зрения, иск представляет собою «*erbetene, im Urteil erfüllte oder von ihm gewährleistete Rechtsschutzfunktion*» как результат (*Ausfluss*), обязанность органов государства по отношению к сторонам (*Prozessrecht und Staatsrecht*, 1904, с. 6).

<sup>4</sup> Свои возражения высказал он первоначально по поводу книги *Richard Schmidt* «*Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts*» (1898) в статье под заглавием «*Die neue Prozessrechtswissenschaft und das System des Civilprozessrechts*», помещенной в: *Zeitschrift für Deutschen Civilprozess*, 1900, т. 27, с. 201 сл., и засим в статье «*Klage und Urteil*» в том же журнале (1903, т. 31, с. 191 сл.); статья эта издана отдельным оттиском; ниже она цитируется по этому изданию.

<sup>5</sup> *Busch's Zeitschrift*, т. 27, с. 215.

Но можно ли это сказать – вполне натурален вопрос – в ту пору, когда идет речь о том, есть ли у данного лица право на иск? Для этого надо было бы решить вопрос: в чью пользу должно быть постановлено решение, в праве на которое состоит право на иск?

Вопрос о том – правильно поясняет Бюлов, – в пользу какой стороны надлежит постановить судебное решение, совпадает именно с тем вопросом, который как раз и подлежит разрешению со стороны суда, – с вопросом, какая сторона материально имеет право. Конкретную определенность гражданского права создает лишь решение, обладающее законною силою. Если же заранее уже одной стороне приписывают притязание на благоприятное для нее решение, полагают, что истец имеет притязание на присуждение с ответчика, таким путем предвосхищают исход еще не окончившегося процесса: вопрос о том, имеет ли право истец или ответчик, предполагают уже решенным. Раньше, чем суд постановил об этом решение, существование направленного на благоприятное решение притязания можно было бы допускать *лишь предположительно*<sup>1</sup>. Конкретная теория права на иск – говорит *Bülow* в другом месте<sup>2</sup> – дает истцу допроцессуальное право, направленное уже на *заключительный* акт процессуального производства – на постановление решения. Эта теория сбивается в ту область, которая совершенно недоступна силе действия иска. Конкретная теория признает за истцом власть (*Macht*), а за иском – силу (*Kraft*) вызывать правовой эффект, к которому один иск, один только иск, не приводит и не может приводить. Не говоря о том, чтобы право на постановление решения существовало уже до процесса, не возникает этого права и немедленно в силу предъявления иска – оно возникает лишь из вызванного иском процессуального разбирательства, т.е. лишь в *конце процесса*.

То же соображение высказывает по поводу конкретной теории и проф. *Weismann*. Суд – говорит он<sup>3</sup> – может решать дело лишь по мере своего разумения; требовать от него чего-либо иного нельзя, а его разумение может составиться лишь на основании процесса. Решение, как и всякое разумение, связано с материалом для разумения, а этот материал доставляется здесь суду лишь путем процесса и при посредстве сторон. Конечно, если существуют вообще права к государству, можно говорить специально и о праве отдельного лица на оказание защиты права. Но тогда тотчас же возникает вопрос: как защита оказывается, как можно и должно ее оказывать? Так как право истца с самого начала неизвестно, то, отвечает *Weismann*, в порядке процесса защита права может и должна быть оказываема не иначе как таким образом, что суд по правилам процессуального права исследует дело и согласно исследованию решает. Постановлять решение, говорится несколько ниже, суд обязан лишь по выводам, добытым при производстве дела.

<sup>1</sup> Busch's Zeitschrift, т. 27, с. 217.

<sup>2</sup> *Bülow*, Klage und Urteil, с. 23.

<sup>3</sup> *Weismann*, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, 1903, Bd. I, S. 68.

Если право на иск не есть право на решение определенного, благоприятного для истца содержания, чего же в таком случае требует истец от государства, обращаясь к нему с иском?

Право на иск, отвечают на это сторонники *абстрактной* теории, прежде всего не есть право на решение *определенного* по отношению к данному конкретному случаю *содержания*. Поскольку эта теория отвергает конкретное право на иск, она и может быть названа, в противоположность конкретной теории, теорией абстрактною. Творцом ее является проф. *Heinrich Degengolb*.

Свое учение о праве на иск опубликовал *Degengolb* уже в 1877 г.<sup>2</sup> В конце 1905 г. выступил он с разбором громадной литературы, появившейся после выхода в свет его первого труда, и, отвергнув иные теории, главным образом конкретную, настаивал на своем прежнем учении о праве на иск – как о праве, по его выражению, «чисто процессуальном» («das reinprozessuale Klagrecht»)<sup>3</sup>.

По взгляду Дегенкольба, право на иск, поскольку оно есть право к государству<sup>4</sup>, направляется на то, чтобы *вообще было постановлено судебное решение*, («Anwartschaft darauf, dass überhaupt geurteilt werde»)<sup>5</sup>.

В новейшей своей работе *Degengolb* с особою настойчивостью квалифицирует право на иск как возникающее через предъявление иска и путем процесса развивающееся и в самом решении заканчивающееся *право на слушание дела* (Recht auf rechtliches Gehör) и, соответственно этому, говорит о правовой власти путем предъявления иска полагать основание действительному праву на слушание дела («die rechtliche Macht, durch Klagerhebung aktuelles Recht auf rechtliches Gehör zu begründen»<sup>6</sup>). Право на иск, в этом смысле понимаемое, – поясняет *Degengolb* – не даст истцу как раз того, чего он именно требует в иске, – не даст верного права на решение и, наконец, не дает права на решение определенно-

<sup>1</sup> В недавно вышедшей книге своей «Beiträge zum Zivilprozess» (Leipzig, 1905) проф. *Degengolb* оспаривает приписываемую ему «die Ehre der Vaterschaft» (ibid., с. 44). Тем не менее принятое им направление в учении о праве на иск характерно именно отрицанием той черты конкретной теории, за которую и сам же Дегенкольб называет ее этим именем (I. c., S. 44) и отсутствие которой в его учении дает основание говорить о Дегенкольбе как о стороннике и создателе теории абстрактного права на иск.

<sup>2</sup> *Degengolb*, Einlassungszwang und Urteilsnorm, Beiträge zur materiellen Theorie der Klagen, insbesondere der Anerkennungsklagen, 1877.

<sup>3</sup> *Degengolb*, Beiträge zum Zivilprozess, 1905. Здесь помещены три статьи: «Der Streit über den Klagrechtsbegriff» и, кроме того, две раньше уже напечатанные «Das Anerkenntnisurteil» и «Magister und Kurator im altrömischen Konkurs».

<sup>4</sup> По Дегенкольбу, право на иск представляет собою «Anwartschaft auf Urteil nicht bloss gegen das Gericht, sondern auch gegen die Partei» (*Degengolb*, Einlassungszwang, S. 32–33).

<sup>5</sup> Ibid., S. 32.

<sup>6</sup> *Degengolb*, Beiträge zum Zivilprozess, S. 46–47.

<sup>7</sup> Ibid., S. 69.

го содержания. Решение может дать истцу то, чего ему по материальному праву не причиталось, и повести к непризнанию того, что ему по материальному праву принадлежало; на это указывает фигура решения по существу, отказывающегося в иске: исковому требованию оно не соответствует.

Право на иск, по объяснению *Degengolb*, не может быть правом на благоприятное для истца судебное решение и по той причине, что процессуально-правовой результат иска всегда стоит в противоречии с формулировкой искового требования, что иск направляется к объективной, имманентной цели, а она отнюдь не совпадает с намерениями истца<sup>1</sup>. Это разногласие между тем, что требуется, и тем, что дается, объясняет он так.

Истец в своем иске исходит и должен исходить из сознания своего права. Он не может требовать решения о праве, которое он сам называл бы сомнительным. Не только исковое требование должно быть определенным, но должны быть определенными и лежащие в основании его заявления. Поэтому именно из самого иска вытекает логическая консеквенция и *требуется непосредственно решение определенного содержания*. Такое содержание требований истца не может, однако, как справедливо полагает *Degengolb*, дать содержания и праву на иск: это противоречило бы тому, к чему по самому существу своему обязан суд. То, что есть тезис в иске, говорит *Degengolb*, для суда есть лишь гипотеза. Истец думает только о самом себе. Суд же заботится не только об истце и не только о нем должен заботиться. Из требований истца о решении указанного им наперед содержания возникает для суда совершенно иная задача. Суд должен разрешить спор между сторонами по результатам допускаемого им по обязанности слушания дела. Иначе говоря, для суда возникает обязанность разрешить вопрос, который как вопрос ставится не стороной, но самим же судом сообразно данным, представленным сторонами. Этот вопрос выходит за пределы предъявленной истцом просьбы по существу дела. Коль скоро суд доходит вообще до решения по существу, он должен постановить решение не только о том, уважить ли требования истца или отклонить, но существует или нет введенное в процессе правоотношение сторон. Даже в случае благоприятного для истца решения по существу, это решение не совпадает прямо с формулировкой искового требования. Так обстоит это относительно подтверждения, вводимого в решение. Если истец просит в судебном решении обязать ответчика к платежу 1 тыс., то при удовлетворении истца не просто отдается ответчику приказ произвести платеж, но подтверждается соответственное требование истца. И наоборот, не противоречило бы логике процесса, если бы допустить, что, коль скоро идет дело о притязании, то, несмотря на то что истец в своем иске ограничивается требованием подтверждения, возникает решение, обладающее принудительной силой.

Таким образом, по учению Дегенкольба, содержание права на иск характеризуется двояко: во-первых, путем отрицательным – через указание на невоз-

<sup>1</sup> Ср. [сн. 1 на с. 202 № 6 ВПП за 2013 г.].

возможность конструировать право на иск как право на *благоприятное для истца* судебное решение; во-вторых, путем положительным – через указание на то, что право на иск представляет собою правовую власть посредством иска полагать основание праву на слушание дела.

В своей первой части теория Дегенкольба нашла последователей. Не признавая в праве на иск права на решение точно определенного заранее содержания и примыкая таким путем к теории абстрактного права на иск, сторонники ее расходятся с друг с другом в определении того, на что же именно направляется иск и право на иск.

Дегенкольб выдвинул здесь «слушание дела» (*rechtliches Gehör*). Едва ли, однако, правильно было бы к нему присоединиться и давать праву на иск такое содержание, которое не стоит в связи ни с тем, что делает для истца необходимым предъявить иск, ни с тем, каковы правовые последствия предъявления иска. Если истцу необходимо содействие государства в лице суда для того, чтобы добиться ясности и определенности в сфере своих гражданских правоотношений, то и право обращения к государству за этим содействием, т.е. право на иск, должно иметь содержание, соответствующее необходимости, побуждающей обратиться к такому средству, как иск. В противном случае предъявление иска и самый процесс лишены были бы практического значения: обращение к ним было бы нецелесообразно. Едва ли, однако, «слушание дела», само по себе взятое, есть уже то, чего только и нужно истцу. Если «слушание дела» и должно иметь место, то лишь потому, что, не обладая даром ясновидения, судья вынужден проходить через стадию «слушание дела» для того, чтобы быть в состоянии исполнить свой долг перед государством и дать истцу именно то, чего добивается он, предъявляя иск, и на что именно имеет право, коль скоро имеет право на иск. «Слушание дела» есть не больше, как технический прием, признаваемый необходимым для того, чтобы правильнее привести к цели. А этою целью, как уже указывалось, является судебное решение. Указывая же только «слушание дела», Дегенкольб отмечает признак случайного свойства, оставляя вовсе без внимания, что смысл иска в цели иска – ее и не надо упускать из виду, говоря о праве на иск.

В этом отношении – и только в этом – правильнее Дегенкольба поступают сторонники учения о конкретном праве на иск. Правильность этого учения, однако, и исчерпывается указанием, что право на иск есть право на судебное решение. Но совершенно ошибочно говорить о решении, содержание которого представлялось бы заранее определенным для данного конкретного случая.

Право на иск по своему содержанию должно быть определено как *право на судебное решение*. Что же касается содержания самого решения, то это последнее должно быть основано, как указывает, например, и наш Устав гражданского судопроизводства (ст. 339), на данных, представленных сторонами, и на доводах, изъясненных при изустном состязании. Если же такова та обязанность, которую принимает на себя государство и возлагает на суд, то нельзя и праву на иск

давать содержания, которое стояло бы в противоречии с соответствующей обязанностью. Поэтому право на иск не может быть конструируемо иначе как право на то *решение, которое, согласно закону, суд обязан постановить*. Лишь на то может претендовать лицо, имеющее право на иск, к исполнению чего обязуется государство, создавая нормы отправления правосудия в стране.

Права сторон и обязанности суда, правильно указывает проф. *Oskar Bülow*<sup>1</sup>, направляются не на что иное и не на что большее, как на решение подлежащего разрешению конкретного вопроса о праве согласно нормам правосудия («*gerechte Entscheidung*»), точнее, на то, чтобы суд на основании *указанного процессуальным правом* («*auf Grund prozessrechtsgemässer Verhandlung*») разбирательства и исследования обстоятельств дела постановил о предложенном на разрешение гражданском праве решение, согласное с этим правом («*privatrechtsgemässe Entscheidung*»). Каждая сторона, находит он, имеет притязание к суду на правильное решение («*Anspruch auf gerechtes Urteil*»).

С этой точки зрения и право на иск не может быть конструируемо иначе как право на то решение, которое, по законам страны, обязан постановить суд. Разумеется, предъявляя свой иск, как это уже было отмечено, истец уверен в законности своего требования; соответственно этому, он рассчитывает, что и суд постановит благоприятное для него, истца, решение. В массе случаев эти ожидания могут и оправдаться. Но от основательности ожиданий до права еще далеко. В своих надеждах на благоприятный для себя исход дела истец может рассчитывать лишь на то, что суд применит к этому делу то, что повелевает закон. К этому суд обязан по долгу службы, на это только имеет право и истец. Если он по условиям, в законе указанным, имеет право на иск, он имеет право на то судебное решение, которое, по законам данного государства, обязан постановить суд.

В таком смысле представляет себе право на иск и проф. *Canstein*. Каждая сторона, говорит он, *желает* благоприятного для себя решения и *надеется* на это. Но право ее есть лишь право требовать от суда такого решения, которое соответствовало бы праву в объективном смысле, а также обстоятельствам и доказательствам конкретного случая, т.е. право на «*sog. Gerechtes Urteil*»<sup>3</sup>.

Не иначе как применяя нормы объективного права к обстоятельствам данного отдельного случая, обязан суд решить дело. В этой конкретизации права

<sup>1</sup> *Bülow*, Die neue Prozessrechtswissenschaft в: Busch's Zeitschrift, т 27, с. 218–219.

<sup>2</sup> *Bülow* дает, впрочем, неправильное субъективное направление праву на иск. Как уже раньше указывалось, это право направляется не к суду, а к государству. Если же суд является обязанным произвести разбор дела и постановить правильное решение, то нельзя говорить, чтобы соответственно этой обязанности было у истца право по отношению к суду. Этот последний по должности своей, по долгу службы обязан, разрешая дело, решать его правильно, т.е. согласно закону (см. этом: *Flechtheim*, Die Struktur der negativen Feststellungsklage в: Busch's Zeitschrift, 1898, т. 25, с. 414).

<sup>3</sup> *R. von Canstein*, Das Zivilprozessrecht («Kompendium des oesterreichischen Zivilprozessrechts»), Berlin, 1905, с. 131 (сн. 1); см. также с. 137 (сн. 2).



и заключается сущность деятельности суда; лишь путем ее суд исполняет обязанность государства оказывать защиту права. Соответственным образом и право на иск, как право на защиту со стороны государства в лице суда, есть право на такое судебное решение, которое представляло бы собою конкретизацию объективного права, было бы в этом смысле решением правильным. Только на такое *объективно-правильное* решение и может быть направлено право на иск. Оно *не* может быть правом на *благоприятное для истца* решение – иначе бы это было право на субъективно-правильное решение, т.е. правильное с субъективной точки зрения истца; иначе говоря, пришлось бы признать, что право на иск может быть и правом на объективно-неправильное решение. Само собою разумеется, говорить о таком *праве* было бы насмешкою над правосудием<sup>1</sup>. Право на иск надлежит поэтому представлять не иначе как право на *объективно-правильное* судебное решение.

Но и этим определением нельзя ограничиться. Необходимо подчеркнуть в нем ту сторону понятия права на иск, которая обращена к *правовым последствиям* предъявления иска и обладания правом на иск. За разрешением спора о праве и устранением сомнений о наличии данного правоотношения истец мог бы обратиться и к частному лицу, обладающему необходимыми специальными сведениями и пользующемуся в глазах его должным доверием. Осуществляя же право на иск и обращаясь к государству в лице суда, истец может оказаться лицом к лицу с таким судьей, который, быть может, обладает в меньшей мере указанными качествами, чем кто-либо другой, кто не является органом судебной власти государства. И между тем за защитой своего права идут не к последнему, а к первому. Очевидно, что иск представляет собою иное значение, чем обращение к частному судье – посреднику. Это значение иска стоит в зависимости от того, что, как уже было отмечено, решение, постановляемое судом, как органом государственной власти, обладает *особою правовой силою*<sup>2</sup>. Поэтому и право на иск, как право, к государству обращаемое, есть право на судебное *решение, квалифицированное по своим правовым последствиям*.

Эту сторону вопроса, сомнений никогда, впрочем, не вызывавшую, выдвинули в недавнее время и почти одновременно германский ученый – проф. *Weismann* и итальянский – проф. *Giuseppe Chiovenda*.

Право на иск проф. *Weismann*<sup>3</sup> конструирует как право требовать *присуждения ответчика* (иск о присуждении) либо *связующего ответчика подтверждения* (иск о признании). Такие выражения, как «присуждение» и «подтвержде-

<sup>1</sup> «Частные лица, – совершенно верно замечает *Б.В. Попов* (Распределение доказательств между сторонами в гражданском процессе, 1905, с. 116), – имеют право только на правильное судебное решение... Ничего иного лицо и требовать от суда *не смеет*, так как прав на *неправильное* судебное решение – всякий согласится с этим – нет».

<sup>2</sup> См. выше, [с. 210 № 6 ВГП за 2013 г.].

<sup>3</sup> *Weismann*, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrecht, 1903, с. 67.

ние», употребляет *Weismann*, по его объяснению, краткости ради, имея в виду, собственно говоря, обозначить этим *эффекты (Wirkungen)* благоприятного для истца решения – принудительную исполнимость притязаний на исполнение, материальную законную силу – для подтверждаемого правоотношения. С этой точки зрения право на иск он и определяет как право добиться *правовых последствий*, связывающихся с благоприятным для истца решением, видя в праве на иск такое право, которое по выражению *Zitellmann*, «eine Macht über eine gewisse *Rechtswirkung* gewährt».

Коль скоро судебное решение представляет значение именно своими правовыми последствиями, то суд своими средствами служит тем же интересам защиты права, что и орган принудительного исполнения. Как этот последний мерами принудительного исполнения, так и суд, говорит *Weismann*, своими решениями помогает истцу в достижении результатов, благоприятных для его частноправовой позиции. Соответственно этому, и право на иск представляет собою право на такое решение суда, которое могло бы служить интересам защиты частноправовой позиции истца. Этим интересам решение может служить, конечно, лишь при том условии, что оно обладает силою воздействия на того, кто уже дал повод обратиться к помощи власти; иначе говоря, *только на такое решение* может быть направлен иск, *которое обладает связующею силою по отношению к ответчику*.

На это правовое последствие судебного решения обратил внимание, кроме *Weismann*, также и *Chiovenda*. Право на иск, по определению последнего, заключается в возможности вызывать по отношению к противной стороне юридический эффект *применения закона*<sup>1</sup>.

Но в своих правовых эффектах судебное решение не ограничивается воздействием на ответчика. Это лишь одно из тех правовых последствий, которые делают предъявление иска мерою целесообразною и придают праву на иск значение права требовать не только ответа на вопрос о праве, но притом именно в виде решения, исходящего через посредство суда от самой государственной власти<sup>2</sup>. Это решение не только оказывает связующее влияние на ответчика, но, представляя выражение правовой воли государства, делает не подлежащею оспариванию эту волю в применении к данному конкретному случаю<sup>3</sup>.

Это правовое значение судебного решения надо ввести и в определение понятия «право на иск». Если право на иск есть право на решение суда как органа власти государства, то в силу этого право на иск есть право на такое решение, которое обладает силою *выражения правовой воли государства*.

<sup>1</sup> *Chiovenda*, Saggi di diritto processuale, с. 71.

<sup>2</sup> См. выше, [с. 210–211 № 6 ВГП за 2013 г.].

<sup>3</sup> Совершенно правильно поэтому поступил проф. Киовенда, определив право на иск как «il potere giuridico di rendere incondizionata la volontà della legge lla sua attuazione» (*Chiovenda*, Saggi di diritto processuale, с. 31–33). Право на иск есть не что иное, как право сделать безусловною волю закона при его применении.

Таким образом, по своему содержанию право на иск есть право требовать от государства в лице суда *объективно-правильного решения, обладающего установленною законом правовую силою.*

### § 3. Право на иск и положение противной стороны

Государство, удовлетворяя право на иск, оказывает истцу судебную защиту по отношению к другому частному лицу, интересы которого сталкиваются с интересами истца. Удовлетворяя право на иск, государство выступает в защиту интересов истца против этого лица и тем самым затрагивает и его интересы.

Не значит ли это, что в праве на иск заключается не только право по отношению к государству, но вместе с тем или, быть может, исключительно право по отношению к тому частному лицу, которое является для истца противною стороною?

Профессор *Wach*, столь категорически высказавшийся о праве на иск как праве к государству, находит, что право это относится и к противной стороне. Притязание на судебную защиту, одним из видов которого является право на иск, есть, по учению Ваха, притязание к государству, которое должно оказать защиту, и в то же время направляется к *противной стороне*, в отношении к которой защита должна быть оказана<sup>1</sup>. По отношению к противной стороне это есть притязание претерпевать действия по защите права (*die Rechtsschutzhandlung zu dulden*<sup>2</sup>).

Что субъективного права на защиту не может быть безотносительно к тому, против кого ищут защиты, видит *Wach* в самом понятии и цели, а также в условиях, основаниях возникновения, в отдельных формах проявления действия по защите права<sup>3</sup>.

Взгляд *Wach* в настоящую пору не находит, однако, последователей. Не только не оказывается новых, но и прежние отказываются от него. Так недавно поступил проф. *Friedrich Stein*. В своей новейшей работе<sup>4</sup> он прямо заявляет о своем разногласии с *Wach* по вопросу об отношении права на иск к противной стороне и, таким образом, отступает от прежнего своего мнения.

Целая масса сторонников теории публичного права на иск, не разделяя взгляда Ваха, высказывается против включения в понятие права на иск, как права, направляющего к государству, также и права к противной стороне.

Иск – говорит, например, проф. *Laband*, – по крайней мере по современному праву, направляется не к ответчику с претензией, чтобы он исполнил что-либо,

<sup>1</sup> *Wach*, Feststellungsanspruch, S. 15.

<sup>2</sup> *Wach*, Handbuch, Bd. I, S. 19; см. также: S. 39, 186 (сн. 4); Feststellungsanspruch, S. 27, 31–32.

<sup>3</sup> Feststellungsanspruch, S. 31.

<sup>4</sup> *F. Stein*, Ueber die Voraussetzungen des Rechtsschutzes, insbesondere bei der Verurteilungsklage, 1903, с. 3 (сн. 1). До сих пор, объясняет Штейн, я не нашел вопроса, где бы направление притязания на защиту права к *противной стороне* как притязания претерпевать защиту праву представлялось необходимым для объяснения процессуального явления. Достаточно, полагает он, подчиненности ответчика государственной власти; всякий же ненужный балласт конструкции, которая и без того вызывает горячие споры, лучше оставить в стороне (*Ibid.*, сн. 2).

но к государству с требованием, чтобы оно оказало истцу защиту права. Вообще, истец вовсе не имеет правового притязания к ответчику, чтобы он вступил с ним в процесс. По отношению к ответчику истец имеет лишь претензию, вытекающую из гражданского правоотношения. Что же касается обязанности ответчика вступить в процесс, – в существовании какой-либо *Laband*, однако, сомневается, – то о ней можно было бы, полагает он, говорить лишь по отношению к государству, но не по отношению к истцу. Нет надобности, по его мнению, в обязанности ответчика вступать в процесс для того, чтобы подвести его под государственную юрисдикцию. Эта последняя, являясь тождественной с государственной властью, охватывает лиц, государству подвластных, помимо их воли и без всякого с их стороны содействия. Вступление ответчика в процесс представляет *Laband* не как обязанность подчиняться государственной власти, но как правовое состояние подчинения государственной власти – *Rechtszustand des Unterworfenenseins*<sup>1</sup>.

Таким образом, по учению *Laband*, право на иск не есть публичное право по отношению к ответчику. Поскольку идет речь о вступлении ответчика в процесс, такое вступление должно последовать в силу одного того, что данное лицо подчинено власти данного государства. Если есть у истца право на иск, т.е. право к государству, это последнее уже от себя привлечет к участию в процессе того, кто является по отношению к истцу противною стороною. Непосредственно же у истца к противнику нет отношения публично-правового, но лишь та претензия, которая вытекает из гражданско-правового отношения.

Если бы право на иск было правом и по отношению к ответчику, этот последний должен был бы, конечно, быть в состоянии и удовлетворить обращаемое к нему притязание. Между тем все, чего требует истец, имея право на иск, может быть исполнено лишь тем органом государственной власти, который по правилам о ведомстве и подсудности является компетентным к рассмотрению данного иска. Что же касается ответчика, то он, доставив истцу удовлетворение его материально-правовой претензии, может лишь устранить необходимость в иске, обуславливающую собою право на иск<sup>2</sup>. Но удовлетворить истца в его праве на иск ответчик никоим образом не может, ибо право на иск есть право требовать судебного решения, которое должно последовать со стороны подлежащего государственного органа<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> *Laband*, Das Staatsrecht, 1901, Bd. III, с. 351.

<sup>2</sup> Притязание к государству на защиту права может ответчик сделать лишь беспредметным, устранив интерес к защите права (*Langheineken*, Urteilsanspruch, S. 44).

<sup>3</sup> Такое отношение истца к ответчику отмечает *Hellwig* (*Anspruch und Klagerecht*, с. 148 (сн. 10–11); *Lehrbuch d. deutsch. Civilprozessrechts*, S. 148 (сн. 19); см. также: *Hellmann*, *Klagerecht, Feststellungsklage und Anspruch*, *Jherings Jahrbücher*, 1891, т. 31, с. 103). Право на иск, по взгляду *Hellwig*, не есть вообще такое право, которое существовало бы против другого субъекта в смысле власти принуждения против третьего лица. У лица, имеющего право на иск, объясняет он, отсутствует всякое средство принуждения. Нет его у него по отношению к противной стороне, ибо эта сторона не может вообще доставить ему желательного для него решения (ср. об этом также [с. 187–188]).

С этой точки зрения право на иск не может быть конструируемо как право, направляемое к ответчику. Такое право лишено было бы всякого содержания: то, чего нужно истцу, ответчик не может доставить, ибо для истца необходимы действия не ответчика, а государственного органа; с другой стороны, все, что может сделать ответчик ввиду наличия у истца права на иск, – это вступить в дело и представить ответ на иск; но это, как объяснил проф. *Laband*, может быть представляемо не иначе как исполнение обязанности перед государством, если вообще, разумеется, существует такого рода обязанность ответчика.

Профессор *Wach* говорит, впрочем, не об обязанности активного свойства, но чисто пассивного: ответчик представляется, по его учению, обязанным *пре-терпевать* те действия государственной власти, которых добивается истец. Вне сомнения, когда истец осуществляет право на иск, ответчику приходится претерпевать последствия наличия такого права у истца. Но и это представляется не чем иным, как следствием того же самого подчинения государственной власти, но не оборотную стороною процессуального права истца к противнику, которое принадлежало бы первому наряду с материальным правом и было бы правом «auf Duldung der Handlung der staatlichen Organe»<sup>1</sup>.

Но не говорит ли против господствующего воззрения то обстоятельство, что при предъявлении иска существенным моментом является *обозначение ответчика*? Не указывает ли это на то, что, предъявляя иск, истец осуществляет право на иск именно в смысле права привлечь определенное лицо к ответу на его иск?

Вне сомнения, требование обозначения определенного ответчика заключает в себе указание на существенное значение наличия его для права на иск. Если нет лица, которое могло бы быть противною стороною по данному делу, значит, нет того, от кого надо было бы суду оградить истца, нет того, против кого направлялось бы то судебное действие, которого добивается истец<sup>2</sup>. А при таких обстоятельствах не было бы, следовательно, и необходимости обращаться к суду с просьбой о защите права, не было бы вследствие этого и условия для возникновения права на иск.

Коль скоро есть лицо, которое может быть указано истцом в качестве ответчика, это значит, что в сфере гражданских правоотношений требуется произ-

---

<sup>1</sup> См.: *Hellwig*, Anspruch und Klagerecht, с. 149 (сн. 14); Lehrbuch d. deutsch. Civilprozessrechts, S. 148–149 (сн. 20–23). Конечно, противник должен претерпевать действия по защите права – говорит *Eisele* (*Jherings Jahrbücher*, т 31, с. 396–397), – но представляется чем-то прямо излишним видеть в этом исполнение принадлежащего другой стороне публично-правового притязания. Противник повинен претерпевать применение средств защиты права, оказываемых государством, в силу своей подчиненности власти государства, *in specie* власти суда, и если бы он стал фактически восставать против этого, то никому бы не пришло и в голову говорить о нарушении принадлежащего противной стороне притязания на защиту права, но просто данное лицо подверглось бы наказанию за сопротивление государственной власти.

<sup>2</sup> Klageantrag seine Spitze gegen diese Partei kehrt (*Neumann*, Commentar z. d. Civilprozessgesetzen, 1898, Bd. I, S. 537).

вести размежевание владений истца и владений ответчика, решить возникшее сомнение о существовании у истца гражданского материального права требовать известных действий от ответчика либо о наличии или отсутствии между истцом и ответчиком той юридической связи, которая служила бы источником для материально-правовых притязаний истца к ответчику и наоборот.

Имея в виду это соотношение между истцом и ответчиком, тот случай, когда истец имеет материально-правовое притязание к ответчику и говорит о праве на иск в смысле частноправовом, противопоставляя ему понятие права на иск в смысле публичном, процессуальном.

Предъявляя иск, говорят, мы в действительности обращаемся как к государству, так и к противной стороне. Соответственно этому, в праве на иск надо видеть две стороны: как публично-правовую, так и частноправовую. С точки зрения первой стороны право на иск представляют как право, направляющееся к государству в лице суда для того, чтобы добиться того, что в данном случае по долгу службы обязан сделать судья. Но наряду с этим указывают право на иск своею частноправовую стороною направляется к ответчику и заключается в том, чтобы добиться от ответчика известного действия или воздержания от действия<sup>1</sup>.

Но, справедливо было уже замечено<sup>2</sup>, такая терминология ведет к неминуемой путанице. Правом на иск при таком способе выражения окажутся понятия совершенно нетождественные: и публичное право требовать судебной защиты от государства, и частноправовое притязание истца к ответчику, притом по одной лишь категории исков – по искам о присуждении. Остальные виды их, в том числе и иски о подтверждении правоотношения, при такой конструкции получают значение аномалии, терпимой лишь по соображениям целесообразности

Наличность ответчика и необходимость его обозначения при предъявлении иска указывают на наличие частноправового условия возникновения права истца обратиться к государству за разрешением данного вопроса о праве и за защитой таким путем позиции в области гражданского права. Поэтому, предъявляя иск, истец обращается только к государству. Указывая же ему на того, по отношению к кому ищет он защиты, истец обозначает *то направление, в котором он ожидает ограждения со стороны государства*.

Такое положение противной стороны по отношению к лицу, предъявляющему право на иск, не дает еще основания говорить, чтобы право это направлялось к

---

<sup>1</sup> В таком виде представляет дело проф. *Canstein* и в новейшем своем труде «Das Zivilprozessrecht» (1905).

Наряду с притязанием на защиту права, направляющимся против суда (*Rechtsschutzanspruch*), существует, по его учению, в качестве неотделимой части притязание частноправовое (*Privatrechtsanspruch*) – право требовать от *другого лица* действия или воздержания от действий (*ibid.*, с. 130). См. также, например: *Wendt*, *Lehrbuch der Pandekten*, 1888, с. 230–231; *Windscheid*, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 1900, Bd. I, сн. 5.

<sup>2</sup> *Hellwig*, *Lehrbuch d. deutsch. Civilprozessrechts*, S. 149 (сн. 24).

противной стороне. Впрочем, даже те, кто прибегает к такому построению, в конце концов оказываются представляющими дело в том же виде, как и кажущиеся противники.

Так, проф. Кювенда определяет право на иск как право к *противной стороне*<sup>1</sup>. Но несколько ниже он прямо заявляет, что имеет в виду направление не против ответчика (*control' avversario*), но *по отношению* к нему (*un potere di fronte all' avversario*); на ответчике, поясняет он, не лежит никакой процессуальной обязанности, которая соответствовала бы праву на иск; по отношению к этому праву ответчик не представляется обязанным (*l' avversario non é tenuto ad alcuna cosa*). Право же на иск и проф. Кювенда представляет как право к государству в лице его органов. Право на иск он понимает как право, заключающееся в возможности вызывать по отношению к противной стороне юридический эффект применения закона<sup>2</sup>. Но засим несколько ниже он говорит: так как применение закона происходит при посредстве публичных органов, для которых иск является основанием обязанности, то право на иск можно определить как «*il diritto di costituire il dovere degli organi publicid' agire*»<sup>3</sup>.

Против ответчика направляется иск и право на иск также и по новейшему учению проф. *Weismann*<sup>4</sup>. В этом случае, по его объяснению, дело обстоит так же, как и при принудительном исполнении. Если, например, говорит он, судебный пристав отбирает деньги у должника, чтобы вручить их кредитору, кардинальный вопрос не в том, обязан ли пристав отнять деньги, но в том, имеет ли кредитор право взять через пристава деньги у должника.

Право на иск, по взгляду *Weismann*, есть право истца к *ответчику* на проведение правовых последствий судебного решения, т.е. право к *ответчику* на признание и подтверждение<sup>5</sup>. Тем не менее сам же *Weismann* восстает против того, чтобы ему приписывали<sup>6</sup> взгляд, что иск направляется против ответчика. В таком понимании, говорит он, видно смешение того, чего требует иск (решения), и тех последствий, которые с *решением* связаны<sup>7</sup>. Иск, объясняет он в другом месте<sup>8</sup>, есть акт посредством которого кто-либо («истец») для защиты частноправового

<sup>1</sup> *Ginseppe Chiovenda, Saggi di diritto processuale civile*, p. 71.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 71.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 73.

<sup>4</sup> *Weismann, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechtes*, 1903, Bd. I, с. 69; иначе: *Weismann, Hanptintervention und Streitgenossenschaft*, 1886, § 12 и 20.

<sup>5</sup> *Weismann, Lehrbuch*, S. 69. Право на иск представляет он как «die Befugniß, die Verurteilung des Beklagten bindende Feststellung zu erwirken» (*ibid.*, сн. 4).

<sup>6</sup> См.: *Hellwig, Klagrecht und Klagmöglichkeit*, 1905, с. 45 (сн. 9).

<sup>7</sup> *Weismann, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechtes*, 1905, Bd. II, с. 12 (сн. 14).

<sup>8</sup> *Lehrbuch*, Bd. I, с. 5.

интереса требует (angift) решения суда; постольку иск направляется к суду (an das Gericht). Но решение, которого требует истец, должно обнаруживать свои последствия против ответчика: этот последний должен быть связан материальной законной силой решения; он должен на основании решения претерпевать принудительное исполнение; постольку иск направляется *против ответчика* (*gegen den Beklagten*).

Если государство привлекает к делу противника, это действие, важное для интересов правосудия и справедливого ограждения интересов противной стороны, отнюдь не является результатом каких-либо публичных прав истца к своему противнику или публично-правовых обязанностей этого последнего к первому. Ответчик не является обязанным перед истцом; право на иск лишь посредством задевает ответчика постольку, поскольку на него направляется требуемое истцом принуждение со стороны суда. Поэтому, правильно объясняет *Plank*, представляется неточным и сокращенным такое выражение, как, например, ответчик подлежит ответу *перед истцом*<sup>1</sup>.

Такого же воззрения на отношение истца к ответчику придерживается целая масса исследователей вопроса о праве на иск. Они отвергают, чтобы право на иск заключало в себе не одно лишь право к государству, но и право истца требовать от ответчика участия в процессе по данному иску<sup>2</sup>.

Взгляды сходятся в выводе, что ответчик не является обязанным перед тем, кто имеет право на иск<sup>3</sup>. Но засим по вопросу о том, каково положение ответчика в процессе гражданском по отношению к государству, взгляды расходятся. Одни высказываются так. Ответчик, как и истец, имеет притязание к государству на защиту права (*Rechtsschutzanspruch*), а именно притязание об отказе истцу в том действии по защите права, которого он неосновательно добивается. Но, с другой стороны, как коррелят этого притязания на ответчике лежит и обязанность перед государством претерпевать те меры по защите права, которые принимает государство в лице своих органов, удовлетворяя истца в его праве на иск<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> *Julius Wilhelm Plank*, Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts, 1891, Bd. II, с. 3.

<sup>2</sup> Кроме уже указанных лиц, см. еще, например: *Langheineken*, Urteilsanspruch, S. 42 сл., 50; *Jellinek*, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 1892, S. 119 (сн. I); *Seuffert*, Recht, Klage, Zwangsvollstreckung в: Grünhuts Zeitschrift, 1885, т. 12, с. 627; *Hellmann* в: Jherings Jahrbücher, 1891, т. 31, с. 103, 104; *Eisele* в: Jherings Jahrbücher, т. 31, с. 396; *Sohm*, Der Begriff des Forderungsrechts в: Grünhuts Zeitschrift, 1877, т. 4, с. 465 сл.

<sup>3</sup> В то же время, однако, признают, что это право есть «*rechtliche Macht, dem Gegner einen Prozess aufzudrängen, in einen Prozess zu verstricken*» (*Bülow* в: Busch's Zeitschrift, т. 27, с. 241).

<sup>4</sup> *Langheineken*, Urteilsanspruch, с. 24, 71 сл. (здесь указана и предшествующая литература). В новейшее время в таком же смысле: *Degenkolb*, Beiträge zum Zivilprozess, 1905, S. 56 сл.; *Pagenstecker*, Zur Lehre vom Rechtsschutzanspruch des Beklagten в: Archiv für die civil. Praxis, 1905, т. 97, с. 17 сл.; *Hellwig*, Klagrecht und Klagmöglichkeit, 1905, с. 48 (сн. 16). С этой точки зрения право на иск представляют как право одного лица вызывать на суд другую сторону для того, чтобы при ее содействии сделать гражданское право предметом судебного разбора и реше-



Другие представляют ответчика управомоченным, но точно так же, как и истца, управомоченным преклюзивно<sup>1</sup>).

\* \* \*

Право на иск, таким образом, не есть право к противной стороне, но публичное право к государству на обладающее законной силой судебное решение.

Кто имеет право на иск, имеет право требования, обращаемое к государству и удовлетворяемое известным действием, исходящим от суда, выполняющего обязанность, принятую на себя государством через установление данного права на иск.

Судебное решение, составляющее действие по удовлетворению права на иск, касается правовой позиции как того, от кого исходит требование, так и того, от кого требуется оградить ее. Подавая свое исковое прошение, истец обращается только к государству в лице суда, но вовсе не предъявляет к ответчику требования, чтобы он что-либо исполнил.

По отношению к ответчику истец вовсе не осуществляет права требовать, чтобы он вступил с ним в процесс. Иначе ответчик представлялся бы обязанным к такому вступлению. Если бы, однако, существовала вообще подобного рода обязанность, о ней можно было бы говорить лишь по отношению к государству, но никак не по отношению к истцу. Но государство по отношению и к истцу, и к ответчику занимает позицию нейтральную. Выслушивая одного, оно в лице суда готово слушать и другого; оно предоставляет этому другому такое же право обращения к себе за защитой своих частноправовых интересов, как и первому, но вовсе не налагает обязанности к этому.

## *Отделение второе. Право на иск о признании*

### *§ 1. Практический смысл решений по искам о признании*

Если право на иск представляет собою право требовать от государства судебного решения, не может быть и мысли о том, чтобы право на иск о признании или, как установлено, на иск о судебном подтверждении правоотношения могло рассматриваться как аномалия. Это есть не что иное, как один из видов обще-

---

ния, или, иначе, право требовать для указанной цели явки вызванной стороны к суду (*Rocholl*, Die Feststellungsklage im heutigen Klagensysteme в: *Busch's Zeitschrift*, т. 8, с. 340). «In dem Klagrecht, – говорит *Degenkolb*, – ist der Einlassungszwang stets, und nothwendig mitenthalten»; понятие же «Klagrecht» определяет он как «die Anwartschaft auf Einlassungszwang gegen den Verklagten» (*Degenkolb*, Einlassungszwang und Urteilsnorm, с. 4, 5, 15).

<sup>1</sup> См., например: *Bülow*, Civilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten в: *Archiv f. d. civil. Praxis*, т. 62, с. 14; *Гольмстен*, Учебник русск. гражд. судопр., 1899, с. 121, 141; *Dernburg*, Pandekten, Bd. I, 1894, с. 372–373; *Laband*, Das Staatsrecht, 1901, Bd. III, с. 351; *Richard Schmidt*, Lehrbuch d. deutsch Civilprozessrechts, 1898, с. 330.

го понятия «право на иск». Признаком видового отличия является предмет подтверждения. Право на иск о присуждении есть право на судебное подтверждение права истца на исполнение чего-либо со стороны ответчика. Право на иск о признании есть право на судебное подтверждение существования или несуществования правоотношения<sup>1</sup>.

Из этого основного различия вытекает и различие в тех правовых эффектах, к которым приводят судебные решения, составляющие процессуальную цель исков. По иску о присуждении истец, в пользу которого состоялось судебное решение, может добиться осуществления своего права при посредстве мер принудительного исполнения. Но такой конец не стоит в органической связи с иском. Это видно хотя бы уже из того, что решение приводится в исполнение не иначе как по особой от иска просьбе истца<sup>2</sup>. Принудительное исполнение поэтому лишь возможный результат решения и иска; даже и при благоприятном для истца решении дела может оказаться, что истец не желает обратиться к мерам принуждения, может и не иметь в том надобности: последнее возможно, когда ответчик добровольно подчинится решению; первое – когда судебное решение уже заключает в себе все то, что удовлетворяет истца<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Таким же в основных чертах представляется отношение обоих понятий и по воззрению проф. *Wach, F. Stein, Langheineken, Flechtheim* и др. «Wenn wir von Feststellungs- und Verurteilungsanspruch redeten und reden, – говорит *Wach* (Feststellungsanspruch, S. 34), – so werden damit nur Unterarten des Entscheidungsanspruchs bezeichnet». Особенность исков о подтверждении правоотношения видит *Friedrich Stein* в том, что в данном случае идет речь о претензии к государству на защиту права путем подтверждения (Civilprozessordnung, Bd. I, S. 534). «Feststellungsanspruch, – по *Flechtheim* (Zeitschrift für deutschen Civilprozess, т. 25, с. 406), – geht auf Vornahme eines Feststellungsverfahrens»; притязания по искам о присуждении и признании различает *Flechtheim* по тем процессуальным действиям, которых требует истец. По *Langheineken*, как и по *Wach*, «Feststellungsanspruch» есть вид общего понятия «Rechtsschutzanspruch» (*Langheineken, Urteilsanspruch*, S. 130; ср. S. 127). Не все названные авторы представляют одинаково предмет подтверждения, но все они согласны в том, что и право на иск о подтверждении правоотношения есть лишь разновидность права на иск, характеризующая теми действиями, которые должен учинить суд как орган государства по данному исковому требованию. В одном случае, по нашему взгляду, это действие есть подтверждение правоотношения, в другом – подтверждение права истца на исполнение чего-либо ответчиком.

<sup>2</sup> Уже по самой природе гражданских прав как осуществление их, так и исполнение состоявшихся о них судебных решений обуславливается свободным усмотрением истца, и, таким образом, исполнение судебного решения совершенно во власти истца: никто не может принудить его требовать исполнения решения суда. Таково, объясняет проф. А.Х. Гольмстен (Юридические исследования и статьи, с. 238 и 239 in f.), логическое воздействие произвольности гражданских прав на судебное их осуществление. Помимо этого, такое значение исполнения судебных решений прямо отмечено и в законе: например, по ст. 925 нашего Устава гражданского судопроизводства решения судебных установлений обращаются к исполнению не иначе как по желанию взыскателя.

<sup>3</sup> Присуждение, выражает эту мысль проф. *Wach*, не есть титул для принудительного исполнения, если уже в самом решении есть для истца исполнение его требования и нет надобности в акте исполнения (*Wach, Feststellungsanspruch*, с. 35). На это же явление обращает внимание *Neumann*. Иногда, говорит он, в самом решении заключается производство исполнения: например, А предъявляет к Б иск о подтверждении существования сервитутного права для своего имени в имении противника; решение по такому иску будет уже и документом, на который

Таким образом, практически важным может представляться судебное решение, хотя бы за ним и не последовало допускаемых законов мер принуждения. Значение сводится к самому решению, а не к последствиям его.

Так ли обстоит дело, если суд ограничивается подтверждением существования правоотношения, не делая вывода о праве истца на исполнение? Может ли это иметь свой практический смысл?

Конечно, коль скоро суд не решит вопроса о праве на исполнение, ничего не «присудит» истцу, не может быть и принудительного исполнения: просить об этом имеет право лишь тот, кому что-либо решением присуждено<sup>1</sup>.

Решение по иску о присуждении может и не сопровождаться принудительным исполнением. Иск же о подтверждении правоотношения вовсе и не может привести непосредственно к мерам принудительного исполнения. До тех пор пока суд не установит наличия не только правоотношения, но и обусловливаемого существованием этого правоотношения права истца на исполнение со стороны ответчика, было бы нарушением справедливости допущение принудительного воздействия к исполнению. Когда суд рассматривает вопрос о правоотношении, он вовсе не касается ни одного из тех притязаний, которые мог бы предъявить истец к ответчику. По поводу каждого из притязаний ответчик, быть может, располагает возражениями.

Но так как не поднимается и речи о притязаниях истца, то и ответчик не представляет своих возражений. Допустить же, несмотря на это, принудительное исполнение против такого ответчика, было бы, конечно, ни на чем не основанным ограничением защиты его. Само собой разумеется, надо оговорить ту часть решения, которая касается вопроса о судебных издержках: и по иску о подтверждении правоотношения эта часть решения всегда содержит присуждение, которое и может сопровождаться принудительным исполнением. В главной же части не идет речи об обязанности ответчика к исполнению, нет, следовательно, и такой обязанности, к исполнению которой после судебного решения могло бы быть оказано давление на ответчика мерами принуждения.

Такой взгляд может считаться господствующим. Его разделяет громадная масса исследователей вопроса об исках о признании<sup>2</sup>. Не может он, однако, считаться *communis opinio doctorum*, ибо существуют и иные воззрения.

---

можно будет истцу опереться в осуществлении сервитута (*Neumann*, Die Civilprozessordnung, S. 542 (сн. 9)). Важно одно лишь решение по иску о присуждении, но вовсе не меры исполнения в таком, например, случае. Подписчик газеты, изменившей свое направление, предъявляет иск о возврате ему подписных денег; получив удовлетворяющее решение, истец считает свою цель достигнутою, не обращаясь вовсе к мерам принудительного исполнения.

<sup>1</sup> Правительствующий Сенат, реш. Гражд. касс. д-та 1883 г., № 93.

<sup>2</sup> Таковы: *Crome*, System d. deutsch. bürgerl. Rechts., 1900, Bd. I, S. 588 (сн. 7); *Dernburg*, Pandekten, 1894, Bd. I, с. 315; *Fitting*, Der Reichs-Civilprozess, 1898, с. 4, 202; *Flechtheim*, Die Struktur, d. negativ. Feststellungsklage v. Busch's Zeitschrift, 1898, т. 25, с. 444; *Förster*, Einklagung nicht fälliger Forderungen, 1885, т. 8, с. 143 (сн. 34), 148; *Gaupp-Stein*, D. Civilprozessordnung, 1901, Bd. I, с. 544

С категоричностью настаивает на возможности исполнения решений по искам о подтверждении правоотношения *Leonhard*<sup>1</sup>. Исполнение судебных решений этого рода происходит, по его словам, невидимо и без помощи рук человеческих. Этот «нерукотворный» способ исполнения находит он, однако, не менее действительным, чем такую осязательность и чувствительную меру, как принудительное отобрание.

В правильности своего положения *Leonhard* старается убедить на следующем примере. Кто присужден, говорит он, признавать другого сыном, на дальнейшем образе действий того лежит вследствие судебного решения бремя принуждения. Если бывший истец станет, например, осуществлять права сына и заявит претензию на содержание, то присужденный не имеет уже права, не нарушая обязанности по судебному решению, оспаривать, что претендент есть действительно его сын. Следовательно, он, как и всякий другой, присужденный не делать чего-либо, не может больше, не нарушая права, сделать то, не делать чего возложено на него судебным решением. Его обязанность не оспаривать на будущее время судебным порядком отцовства в том случае, если она осталась без исполнения, будет принудительно исполнена, хоть и без отнятия имущества и без другого видимого способа принуждения гораздо более простым путем. Несогласное с обязанностью отрицание перед судом останется безуспешным, весьма просто, в силу того, что судья по вопросу о принудительном исполнении останется глух к таким словам. Таким образом, подобное заявление, противное тому, что раньше подтверждено, в силу давления со стороны судебного решения (*Urteilszwang*) изымается от судебного рассмотрения и потому вследствие прежнего решения по иску о признании не может иметь тех последствий, которые без этого имело бы по общим правилам подобное заявление как выражение стороны.

Этот пример нисколько, однако, не убеждает в возможности принудительного исполнения решений по искам о признании; он показывает, напротив, что такое

---

(сн. 90–91); *Gmelin*, D. *Vollstreckbarkeit*, 1898, с. 29, 52 (ср., однако, с. 51 in f.); *Heilfron*, *Lehrbuch des Civilprozessrechts*, 1904, S. 572, 578 (сн. 28); *Heldmann*, *Lehrbuch d. deutsch. Civilprozessrechtes*, 1886, S. 798; *Hellwig*, *Wesen und subjective Begrenzung der Rechtskraft*, S. 266; *Kisch*, *Beiträge zur Urteilslehre*, 1903, S. 18; *Kleinfeller*, *Lehrbuch. d. deutsch. Zivilprozessrechts*, 1905, с. 266; *Kroll*, *Klage und Einrede*, 1884, с. 61 (сн. 39); *Langheineken*, *Urteilsanspruch*, 1899, с. 87, 141, 142; *Moos*, *Klage auf künftige Leistung*, 1902, с. 26–27; *Oetker*, *Konkursrechtl. Grundbegriffe*, 1891, Bd. I, S. 576, 579–580; *Plank*, *Lehrbuch d. deutsch. Civilprozessrechts*, 1891, с. 10; *Pollak*, *System d. österr. Zivilprozessrechts*, 1903, Bd. I, с. 5 (сн. 10); *Rocholl* в: *Busch's Zeitschrift*, 1901, т. 28, с. 533 (сн. 7); *Struckmann*, *Koch*, D. *Civilprozessordnung*, 1900, с. 292; *Weismann*, *Feststellungsklage*, 1879, с. 117, 120; *Hauptintervention und Streitgenossenschaft*, 1884, с. 79 (сн. 10); *Lehrbuch d. deutsch. Zivilprozessrechtes*, 1903, с. 232 (сн. 3). Невозможность принудительного исполнения решений по искам о подтверждении правоотношений отмечена в Мотивах к австрийскому Уставу 1 августа 1895 г. (*Schauer*, D. *Civilprozessordnung*, 1898, с. 516 in f.). В нашей литературе такое воззрение высказали: *И. Гессен* в: *Журнал Министерства юстиции*, 1898 г., июнь, с. 241; *Исаченко*, *Основы гражданск. процесса*, 1904, с. 12–13; *Полетаев* в: *Журнал Юридического общества*, 1898, кн. 6, с. 33, 39, 40; *проф. Энгельман*, *Учебник русск. гражд. судопроизводства*, 1904, с. 100.

<sup>1</sup> *Prof. Rudolf Leonhard*, *Der Anspruchsbegriff* в: *Busch's Zeitschrift*, 1890, т. 15, с. 350.

принуждение не только не возможно, но и совершенно не нужно. Может ли разве свидетельствовать о необходимости принудительного исполнения тот случай, когда решение по иску о признании не только имеет значение для возможных в будущем процессов по искам о присуждении, но представляет юридический интерес и само по себе, заключает в себе, так сказать, внутреннюю ценность – *valeur intrinsèque*? Для чего нужны меры исполнения, если важно именно то, что говорит судебное решение, хотя бы об исполнении такого решения нельзя было и говорить, не впадая в парадоксальность, как сделал это *Leonhard*?

Не в столь категоричной форме, с некоторыми оговорками допускает мысль о возможности принудительного исполнения решений по искам о признании *Richard Schmidt*. Тогда как решения по искам о присуждении приводятся в исполнение, объясняет он, «ohne weiteres», для возможности исполнения по искам о признании необходимо еще некоторое добавочное исследование этой возможности со стороны подлежащего органа власти – «eine weitere behördliche Prüfung»<sup>1</sup>.

Мысль *Schmidt* о возможности такого исполнения может быть объяснена тем, что, по его учению, предметом подтверждения по искам о признании является не правоотношение, но такое же материально-правовое притязание, как и по искам о присуждении<sup>2</sup>. Но если бы это было так, то и добавочное исследование возможности исполнения представлялось бы излишним: коль скоро суд уже подтвердил наличие данного притязания, почему же решение его может получить исполнительную силу лишь после «eine weitere behördliche Prüfung»? Это добавление излишне: коль скоро идет речь о подтверждении притязания, это будет дело по иску о присуждении, хотя бы истец и назвал его иском о признании. Если же в данном случае есть, действительно, иск о признании, то предметом подтверждения может быть только правоотношение: при этом же условии никакое добавочное исследование исполнимости не может иметь места и, конечно, не могло бы сделать решения подлежащим принудительному исполнению по той причине, что, как выяснено раньше, здесь, собственно, нечего и исполнять, ибо о притязаниях не идет и речи; иначе это будет иск о присуждении<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> *Richard Schmidt*, Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts, с. 696.

<sup>2</sup> *Ibid.*, с. 688 (см. об этом выше, [с. 221 № 6 ВГП за 2013 г.]).

<sup>3</sup> Считая возможным говорить об исках о признании и в тех случаях, когда предметом подтверждения является не правоотношение, а притязание, настаивает на возможности принудительного исполнения по решениям этого рода также *Petersen* (*D. Civilprozessordnung*, 1899, Bd. I, с. 525–526). Но здесь, как уже сказано, потому и возможно исполнение, что дело идет о подтверждении правоотношения и, следовательно, не об иске о признании. То же самое надо сказать и по поводу воззрения, высказанного проф. *Wach*, который считает возможной принудительную исполнимость решений не только по искам о присуждении, но и по искам о признании, находя, однако, что невозможность немедленного исполнения решения не является характерным признаком для иска о признании, что исполнимость решений не может еще означать, чтобы это было решение по иску о присуждении (*Wach*, *Feststellungsanspruch*, с. 35–36; здесь он отказывается от этого воззрения, высказанного ранее в: *Handbuch*, Bd. I, с. 17 (сн. 14))). Такое воззрение находит себе объяснение не в чем ином, как в том, что и проф. *Wach* считает воз-

Таким образом, право на иск о присуждении может направляться к принудительному исполнению того судебного решения, которое представляет непосредственную цель иска. Право же на иск о подтверждении правоотношения никоим образом не может направляться на принудительное исполнение судебного решения, подтверждающего существование или несуществование правоотношения; такое решение не может подлежать исполнению при посредстве мер принуждения<sup>1</sup>.

В чем же, однако, заключается значение иска, если он не ведет к принудительному исполнению? Если бы ограничиться приведенным разграничением, можно было бы прийти лишь к отрицательному выводу: иск о подтверждении правоотношения не имеет практического значения, ибо он не может привести к тому, что единственно оправдывает предъявление иска. Но жизнь настоятель-

---

можным предметом подтверждения по иску о признании также и притязание (*Feststellungsanspruch*, с. 36), отступая, к сожалению, от правильного взгляда, высказанного в отмеченном месте его *Handbuch*, где он категорически выставил положение «*die Feststellungsklage gerichtet auf das Rechtsverhältniss während purer oder noch nicht purer Existenz des Anspruchs*». В непризнании этого положения причина неправильного воззрения по этому вопросу, высказанного проф. *I. Kohler* в целом ряде его трудов (см., например: *Recht und Process*: v. Grünhut's Zeitschrift, 1887, т. 14, с. 36; *Prozessrechtliche Forschungen*, 1889, с. 64). «*Wenn das Feststellungsurtheil einen künftigen Anspruch deklariert, – говорит он в последнем месте, – so ist damit ein vollstreckbarer Titel geschaffen*». Что принудительная исполнимость в подобном случае возможна, об этом и спора нет, но здесь нет и иска о признании, ибо речь идет о подтверждении не правоотношения, но притязания. Коль скоро же идет речь о притязании, то подтверждение его может иметь своим последствием принудительное исполнение решения при посредстве меры принуждения, ибо, как правильно отмечает *Degenkolb*, «*die Exekution beruht auf der Liquidität des Anspruchs, nicht auf dem «Zahlungsbefehl» im Urteil*» (*Einlassungszwang und Urteilsnorm*, с. 171. ). Если подтверждено существование притязания на исполнение, то, говорит тот же *Degenkolb*, в положительном смысле решаете вопрос о праве истца и обязанности ответчика, и по наступлении срока истец может не только требовать исполнения от ответчика, но и принятия подлежащим органом власти меры принудительного исполнения (*Degenkolb*, *ib.*, *passim*).

<sup>1</sup> Этой черте нельзя, однако, придавать значения основного, характерного признака различия между исками о признании, как это делают, например, *Löning* (*Busch's Zeitschrift*, т. 4, с. 183), *Leonhard* в том же журнале (1890, т. 15, с. 353), также в новейшее время *Pagenstecher* (*Zur Lehre v. d. materiellen Rechtskraft*, 1905, с. 23). Иск о присуждении, говорит *Pagenstecher*, отличается от иска о признании тем, что главная цель первого – доставить истцу возможность принудительного исполнения, тогда как единственная цель иска о признании – создать между сторонами правовую определенность. Эта мысль уже подвергалась осуждению – отчасти ввиду того, что принудительное исполнение не может явиться в результате ни иска о присуждении, ни иска о признании, но есть «*Erzeugniß eines neuen und selbständigen Begehrens*» (*Degenkolb*, *Einlassungszwang*, S. 143), отчасти ввиду того, что воззрение, считающее характерным признаком иска возможность в результате принудительного исполнения решения, противоречило бы цели процесса, каковая заключается лишь «*in der unanfechtbaren Feststellung konkreten Privatrechts*» (*Kayser*, *Beiträge zur Feststellungsklage*: v. Arch. f. d. civil. Praxis, т. 70, с. 456 in f.). В таком смысле еще, например: *Wach*, *Feststellungsanspruch*, S. 35; *Rocholl*: v. *Busch's Zeitschrift*, т. 8, с. 355; *Rechtsfälle aus der Praxis des Reichsgerichts*, Bd. II, с. 124. Возможность принудительного исполнения по иску о присуждении и невозможность его по иску о признании являются лишь следствием различий предметов подтверждения по обоим искам, но вовсе не это последнее, как полагает, например, *Löning* (l. c.), является результатом возможности или невозможности принудительного исполнения.

но выдвигает требование: права на иск о присуждении недостаточно – необходимо должно существовать и право на иск о подтверждении правоотношений. В чем же заключается положительное значение, практический смысл того решения, в праве на которое состоит право на иск этого рода? В чем заключается значение для материально-правовых отношений тяжущихся? Ведь иск имеет смысл лишь постольку, поскольку влечет за собою решение, которое могло бы оказать свое влияние на сферу гражданского права истца и ответчика.

Выдвигая возможность принудительного исполнения решения как основной признак отличия исков о присуждении от исков о подтверждении правоотношения, сторонники этого воззрения не останавливаются на характеристике исков последнего рода чертами отрицания. Иски эти, говорят они, хотя и не могут вести к принудительному исполнению, но приводят к фиксации правоотношения, и, задаваясь вопросом о цели этого, добавляют – в видах возможного в будущем процесса по иску о присуждении. С этой точки зрения право на иск о подтверждении правоотношения представлялось бы правом призывать государственную власть лишь в ее судебной функции, тогда как право на иск о присуждении будет правом на деятельность государства и в судебной функции, и в исполнительной. Все, что может доставить собою право на иск о подтверждении правоотношения, заключается с такой точки зрения лишь в том, что истец приобретает возможность вперед подготовить одну из составных частей возможного в будущем процесса по иску о присуждении. Все значение права на такой иск – в возможности выяснить исход будущего процесса, антиципировать его.

Но если весь смысл права на иск о подтверждении правоотношения сводится к будущему процессу, то остается невыясненным, зачем же заглядывать в будущее? Ведь судебное решение по иску о правоотношении не создает чего-либо, что уже не существовало бы в области материального права. А будет ли это рассмотрено судом раньше или позже, что может это доставить истцу, добывающему подтверждения не права на исполнение, но лишь правоотношения?

Конечно, нельзя отрицать, что подтверждение правоотношения важно для будущего процесса. Но если добываются этого подтверждения уже теперь, не прося о присуждении, право на это может быть дано лишь при том условии, что осуществление его могло иметь свое значение для удовлетворения нужд жизни, заслуживающих внимания? В чем, однако, может заключаться смысл права на иск о подтверждении правоотношения для данного времени, когда истец просит об этом подтверждении, на этот вопрос теория принудительного исполнения отвечает уклончиво. Принудительного исполнения, говорит она, истец не добьется – он лишь достигнет фиксации правоотношения для будущего процесса. А до сих пор, до предъявления иска о присуждении, значит, – пришлось бы сказать – иск о признании излишен – нет надобности допускать и права на такой иск. Такой вывод стоял бы, однако, в противоречии с практической действительностью: право на иск о подтверждении правоотношения необходи-

мо не ради одного будущего, но ради ограждения интересов истца и в настоящее время. Для выяснения этого, очевидно, теории принудительного исполнения недостаточно. Она оставляет крупный пробел, оставляет вопрос о практическом значении права на иск о подтверждении правоотношения открытым.

Для восполнения этого пробела выдвинуто было *психологическое* объяснение практического смысла судебного решения по иску о подтверждении правоотношения. Присуждение, говорят, характеризуется тем, что оно направляется на непосредственное определение человеческой *воли*: подтверждение есть простая декларация и оказывает действие лишь на представление (*Vorstellung*) ответчика. Высказал такую мысль проф. *Weismann*. Объясняет он ее следующим образом. Присуждение есть конкретное веление, в которое путем процесса обращается абстрактное веление закона: для того чтобы осуществиться путем принуждения, закон должен подвергнуться этому превращению. А всякое конкретное веление направляется на непосредственное определение чужой воли, ведет к цели через определение чужой воли. Та воля, определить которую имеет целью присуждение, есть прежде всего по общему правилу воля ответчика и эвентуально воля органов принудительного исполнения. Напротив, решение по иску о признании не направляется на непосредственное определение воли человека. Оно непосредственно действует и имеет в виду действовать только на *представление*, на волю же – лишь постольку, поскольку оно (решение) ввиду своей позитивной законной силы ложится в основу будущих притязаний, будущих присуждений<sup>1</sup>.

Такое соотношение между присуждением и признанием сходится с воззрением *Windscheid* на природу *actionis praejudicialis*. Истец по искам этого рода, высказал он, заявляет, что что-либо есть, но не говорит, чтобы противник что-либо должен был исполнить<sup>2</sup>.

Таким образом, решение по иску о признании потому именно действует на представление человека, что оно, согласно исковому требованию, может заключать в себе лишь объявление о том, что что-либо существует или чего-либо не существует. Но и решение по иску о присуждении, видели мы, заключает в себе также подтверждение, а именно подтверждение права истца на исполнение чего-либо со стороны ответчика. Следовательно, и в этом случае действием судебного решения явится известное представление – различие будет лишь в том, о существовании чего именно должно явиться представление в одном случае и в другом.

Если же придавать значение лишь тому, что решение по иску о присуждении воздействует не только на представление – в чем нельзя и сомневаться, – но и на волю, то к такому результату приводит и решение по иску о подтверждении правоотношения. После решения у ответчика явится ясное представление о наличии данного правоотношения и, соответственно этому, явится воля направить

<sup>1</sup> *Weismann*, Die Ferstellungsklage, 1879, S. 115–116, 124.

<sup>2</sup> *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts, 1900, Bd. I, c. 167.



дальнейшие свои действия по отношению к своему противнику. Таким образом, в обоих случаях в равной мере возможно говорить о воздействии на волю противника, и уже поэтому нельзя пользоваться этим признаком для проведения различия между ними. Помимо этого, можно говорить здесь лишь о воздействии на *добрую* волю противника. Что же касается лица, ясно представляющего свои обязанности и, несмотря на это, не исполняющего их или не желающего исполнять, то присуждение еще не заключает в себе никакого воздействия на волю; оно может быть оказано не решением, что-либо присуждающим, но *после* того, как решение состоится, и *если* лицо, выигравшее дело, обратится к надлежащей власти с ходатайством о приведении решения в исполнение.

Совершенно правильно поэтому возражает *Rochol*. Решение, говорит он, ни в коем случае не оказывает непосредственного действия на человеческую волю, ибо его нельзя реализовать непосредственно путем принудительного исполнения. Даже то решение, которое присуждает к *dare*, непосредственно не влечет за собою принудительного исполнения, не говоря уже о решениях, присуждающих к *facere* или *non facere*. Тяжущийся, одержавший верх, должен лишь в следующем за сим производстве хлопотать о принудительном исполнении перед судом места исполнения или перед особыми органами исполнения; при этом должно подвергнуться обсуждению со стороны инстанции принудительного исполнения, дает ли состоявшееся раньше решение необходимый титул для этого исполнения. Поэтому, последовательно заключает *Rochol*, каждое решение в современном праве всегда есть собственно решение подтвердительное, хотя бы в нем было присуждение к исполнению или же истцу отказывалось в его требовании. И такое решение, мотивирует он, лишь то выражает, что ответчик, согласно существующему правоотношению, обязан или не обязан что-либо дать, сделать или чего-либо не делать<sup>1</sup>.

Несмотря на деклараторное свое значение, каждое решение, несомненно, оказывает свое психологическое действие. Воспользуется истец, выиграв дело, правом применения мер принудительного исполнения или не воспользуется, противник может изменить под влиянием решения свой образ действий. Он, быть может, признает убедительным для себя то разъяснение юридического своего положения, которое заключается в решении суда. Но засим возможность принудительного воздействия, сделавшаяся вероятно с постановлением решения, окажет свое влияние и независимо от добровольного подчинения внутреннему авторитету решения. Зная, что этот авторитет будет поддержан и внешним

<sup>1</sup> В этом смысле высказался также *Degenkolb*. Всякое присуждение, говорит он (*Einlassungszwang und Urteilsnorm*, S. 141), есть подтверждение; мы должны, говорит он в другом месте (*ib.*, S. 161), представлять совершенное присуждение как *pronuntiatio*. В этом же смысле высказывается постоянно, как это уже отмечалось выше (см. [сн. 2 на с. 218 № 6 ВГП за 2013 г.]), и *Schultze*. Но в то время как последний различие между обоими видами подтвердительных решений правильно видит в предмете подтверждения, *Degenkolb* усматривает здесь лишь отражение римского подразделения решений на *condemnationes* и *pronuntiationes*.

авторитетом власти, ответчик может исполнить требование выигравшего дело истца, и не ожидая мер принуждения.

В аналогичном положении находится, несомненно, и ответчик по иску о подтверждении правоотношения. На него может оказать влияние и самое содержание судебного решения, если он вошел в коллизию с истцом, действительно не зная того, как представляется его отношение к ответчику с точки зрения объективного права. Но и в том случае, когда идет дело с противником, не желающим признавать себя обязанным, можно говорить о психологическом влиянии на него и того судебного решения, которое ограничивается разъяснением правового отношения тяжущихся и не влечет за собою в ближайшем будущем мер принуждения. Обращаясь к суду за *таким* решением, истец может рассчитывать, как правильно замечает *Hellwig*<sup>1</sup>, что противник станет на будущее время сообразовываться в своих действиях с судебным приговором, ибо он должен знать, что действия, допускаемые им наперекор, будут в позднейшем процессе *бесспорно признаны неправомерными*.

Таким образом, вне сомнения, принудительное исполнение, хотя бы и в отдаленном будущем, оказывает влияние и при решении по иску о подтверждении правоотношения. Действие такого решения обнаруживается в *будущем*, когда предъявлен будет иск о присуждении и существование правоотношения должно будет быть положено в основу решения. Но и в *настоящее* время решение по иску о правоотношении может явиться *мотивом деятельности* противной стороны. Решение уничтожит сомнение, неопределенность, неясность в правовых отношениях данных лиц. Таким образом устранится обстоятельство, препятствующее лицу субъективно-управомоченному пользоваться своим правовым положением, внушая пассивной стороне правоотношения мотив воздерживаться от действий, противоречащих тому интересу, который ограждается законодателем<sup>2</sup>.

Но говорить о том, что здесь имело место только психическое воздействие, что решение по иску о подтверждении правоотношения доставляло истцу, как выражается *Rocholl*<sup>3</sup>, чисто фактические выгоды, было бы слишком мало. Реше-

<sup>1</sup> *Hellwig*, Anspruch und Klagrecht, S. 118.

<sup>2</sup> Такое значение субъективного правомочия прекрасно выясняет *Freiherr Alexander Hold v. Ferneck* (Rechtswidrigkeit, 1903). Сила управомоченного, говорит он (ib., S. 116), состоит в том, что не происходит нарушения интереса противоправным действием. Защита интереса заключается с этой точки зрения в *предупреждающей* силе права. Соответственно этому, быть субъективно-управомоченным значит, по определению *Ferneck*, пользоваться властью над человеком так, что он путем *мотива воздерживается* делать что-либо, противоречащее интересу, к ограждению которого стремится законодатель, – именно в силу того мотива, который, если учесть все случаи, удерживает по крайней мере обыкновенно от действий, противоречащих обязанности (ib., S. 117). Функция защиты интересов может быть признаваема за правом только как за *предупреждающей* силой.

<sup>3</sup> *Rocholl* в: Busch's Zeitschrift, т. 8, с. 371.

ние по иску о подтверждении правоотношения имеет и *самостоятельное юридическое значение*, независимое от перспективы грозящего принудительного исполнения. Если необходимо выяснить действие решения по такому иску, наряду с психологическим значением должно быть поставлено и юридическое. Во взаимодействии этих двух элементов и заключается практический смысл иска о подтверждении правоотношения. В отдельности же каждого из них было бы недостаточно. Психологического эффекта было бы мало, если бы перед ответчиком, против которого состоялось подтверждение правоотношения, была лишь перспектива возможного в будущем принудительного исполнения. Если бы раз подтвержденное судом правоотношение могло бы быть впоследствии, когда бы возник иск о присуждении, признано неподтвержденным, психологическое значение состоявшегося решения зависело бы от личных особенностей характера ответчика: после решения не было бы значительно большего основания ожидать невыгодных последствий в будущем, чем и до решения.

Но, с другой стороны, если бы решение по иску о подтверждении правоотношения не оказывало психологического действия, оно не имело бы значения в промежуток времени после его постановления до исполнения решения по иску о присуждении. Если бы ответчик пренебрег явно грозящими ему невыгодами будущего иска о присуждении, все решение по иску о подтверждении правоотношения утратило бы свой практический смысл.

Такое решение, правильно подчеркивает психологическую сторону дела проф. *Hellwig*, устраняет опасность, которая иначе могла бы грозить лицу, выигравшему дело, вследствие того, что противник или третье лицо, на которое распространяется законная сила состоявшегося решения, считают правильным свое противоположное разумение<sup>1</sup>.

На психологическое значение решения по иску о подтверждении правоотношения обратил внимание еще раньше *Leonhard*. Иск этот, говорит он<sup>2</sup>, не предлагает суду чисто академического вопроса. И этот иск имеет в виду оказать на душу противника психологическое действие (*einen psychologischen Druck*) путем судебного решения, к которому иск направлен. Как и иск о присуждении, и этот иск желает принудить ответчика к иному поведению в будущем.

Отметив, однако, психологическое значение судебного решения по иску о подтверждении правоотношения, *Leonhard* все внимание сосредотачивает исключительно на юридических последствиях такого решения. При предъявлении иска о подтверждении правоотношения, объясняет он<sup>3</sup>, у истца есть печальная уверенность, что его претензия об исполнении останется позднее неисполненной и при предъявлении о ней иска встретит задержку со стороны противника вслед-

<sup>1</sup> *Hellwig*, Anspruch und Klagrecht, S. 119.

<sup>2</sup> *Leonhard*, Der Anspruchsbegriff в: Busch's Zeitschrift, т. 15, с. 346.

<sup>3</sup> *Ibid.*, с. 347–348.

ствие такого же спора, какой уже теперь имел место. От этого желает он обеспечить себя уже теперь. Щит неправды, за которым грозит противник укрыться, хочет он теперь же уничтожить, для того чтобы противник оказался незащищенным, когда бы он (истец) явился к нему с иском о присуждении, – для того чтобы его противник, если возможно, исполнил претензию удовлетворения и без иска ввиду своей беспомощности и отсутствия прикрытий. Таким образом, процесс по иску о признании, картинно изображает *Leonhard*, представляет собою войну за отнятие оружия (*Entwaffnungskrieg*), имеющую в виду подготовить позднее справедливую войну для завоеваний (*Eroberungskrieg*), быть может, сделать ее даже излишнею. Но так как оружие, которое приходится отнимать, заключается в словах, которые еще таятся сокрытыми у противника, для того чтобы потом обнаружиться перед судом, то и устранение их состоит в давлении на то, чтобы эти слова никогда не были и произнесены перед судом (*Gegendruck gegen ihr Hervortreten an Gerichtsstelle*). Противник должен быть вынужден к беспрекословному отношению к позднейшей претензии, условие существования которой оспорено, решение должно наложить на него «замок Папагена».

Иск о признании, определяет с этой точки зрения *Leonhard*, есть иск, направленный к тому, чтобы позднее не было сделано перед судом тех заявлений, которых истец опасается, *иск auf Unterlassung einer befürchteten späteren gerichtlichen Behauptung*. На этом основании цель иска о признании видит он в предупреждении представляющегося возможным и уже теперь предотвратимого судебного заявления противной стороны, от какового заявления, опасается истец, может произойти неизвестность решения в позднейшем споре, а быть может, лишь задержка его.

Таким образом, решение по иску о подтверждении правоотношения хотя и не может вести к принудительному исполнению, тем не менее сопряжено с важными практическими последствиями<sup>1</sup>. Эти последствия заключаются, конечно, и в психологическом воздействии на противника в интересах истца. Но такого воздействия достаточно было бы только при том условии, что со стороны ответчика было лишь неясное представление своих обязанностей, но отнюдь не отсутствие желания исполнять их. В этом же последнем случае важно, чтобы решение представляло значение именно с точки зрения юридической – чтобы оно обладало не только силою внутреннего авторитета, но и авторитетом власти. Необходимо, чтобы существование правоотношения, подтвержденное по специальному иску

<sup>1</sup> Поэтому неправильно считать характерным признаком то обстоятельство, что такое решение не может дать титула для принудительного исполнения, как это делает *Hellwig* (*Anspruch und Klagrecht*, S. 118). Неправ и *Weismann* (*Feststellungsklage*, с. 117), полагая, что решение подтвержденное относится к *neutral zum Erfolg*. Для такого решения далеко не безразлично, повлечет ли подтвержденное правоотношение «einen Erfolg» и какой именно, *какие последствия возникнут из данного решения для поведения* сторон и *возникнут ли они вообще*, – положительного эффекта решения нельзя упускать из виду, ибо только он и может объяснить необходимость в допущении этого особого способа судебной защиты.

об этом, не могло бы быть опровергаемо и на будущее время. Только при этом условии право на иск о подтверждении правоотношения может привести к тем целям, ради которых оно существует. Для того чтобы иск этого рода мог привести к уничтожению неопределенности и созданию определенности в сфере права<sup>1</sup>, право на такой иск должно быть правом на судебное подтверждение, обладающее такою силою, чтобы это подтверждение продолжало действовать между сторонами и на будущее время<sup>2</sup>. Иначе говоря, решение по иску о подтверждении правоотношения, для того чтобы служить практическим целям, должно обладать способностью *вступить в законную силу*. Только при этом условии лицо, выигравшее дело по иску о подтверждении правоотношения, может быть уверено в своем юридическом положении и отношении к себе со стороны своего противника. Не обладая законною силою, судебное решение было бы, как выражается *Weismann*, то же, что «ein Messer ohne Klinge, welchem der Stiel fehlt»<sup>3</sup>. Иск о подтверждении правоотношения можно с этой точки зрения характеризовать как иск, направленный на достижение тех эффектов, которые заключаются в *законной силе решения* относительно существования данного правоотношения. Поскольку, однако, дело идет о подтверждении правоотношения, а не права на исполнение, эффекты решения по иску такого рода стоят лишь в законной силе решения, но не идут дальше. Право на иск о признании есть поэтому право на такое же судебное решение, как и право на иск о присуждении. Коль скоро же, однако, решение по иску последнего рода может подлежать принудительному исполнению, такое решение, правильно отмечает *Franz Klein*<sup>4</sup>, влечет лишь больше последствий, чем решение по иску о признании, дает больше, но не что-либо иное. Оба иска, как установлено раньше, направлены к одной и той же цели, приводят к одному и тому же результату – судебному решению. И только различие в предмете подтверждения делает то, что в одном случае правовых последствий решения больше, чем во втором. Иск о признании, как и иск о присуждении, приводит к решению, обладающему законною силою; иск же о присуждении – к решению, которое не только обладает, как и первое, законною силою, но и может быть подвергнуто предварительному исполнению.

В зависимости от различия в предмете судебного подтверждения и обуславливаемого этим различия в количестве правовых последствий решения, и право на иск о признании представляется количественно, но не качественно отличным от права на иск о присуждении. Имеющий право на иск последнего рода, осуществляя его, может приобрести также и право на принятие законом установ-

<sup>1</sup> «Zur Hebung einer Rechtsungewissheit» (*Flechtheim* в: *Busch's Zeitschrift*, т. 25, с. 434); в этом же смысле: *Pagenstecher*, *Zur Lehre v. d. materiellen Rechtskraft*, с. 22, 23, 25 и др.

<sup>2</sup> *Plank*, *Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts*, Bd. II, S. 13–14.

<sup>3</sup> *Weismann*, *Feststellungsklage*, 1879, с. 115; *Juristische Wochenschrift*, 1881, № 9.

<sup>4</sup> *F. Klein*, *Vorlesungen über die Praxis d. Civilprocesses*, с. 196.

ленных мер принудительного воздействия по отношению к противнику. Право же на иск о признании есть право на такое судебное решение, которое к праву на принудительное исполнение не ведет, обладая, однако, тою же законною силою, что и решение по иску о присуждении. В обоих случаях имеется одно и то же право на судебное решение, обладающее законною силою.

Итак, решение по иску о признании имеет практический смысл именно ввиду того, что обладает законною силою, хотя и не приводит непосредственно к принудительному исполнению. Если так, то возникает, естественно, вопрос: каким же образом такое решение может представляться необходимым? Если право на иск о признании есть право на такое решение, то, спрашивается, в чем же значение этого права, взятого само по себе, без того придатка, какой образует возможность принятия мер принуждения?

## § 2. Законная сила решений по искам о признании

I. Может ли решение по иску о подтверждении обладать законною силою? Для ответа необходимо остановиться предварительно на общем вопросе, что такое законная сила решения.

Судебное решение может быть далеко от истины. Соображения практической необходимости давно уже, однако, заставили законодателей предпочесть устойчивость и определенность гражданских правоотношений при условии лишь формальной истины судебных решение тому состоянию правового порядка, которое могло бы явиться результатом бесконечного искания истины материальной.

Законная сила судебного решения, объяснил Savigny<sup>1</sup>, есть натуральный и необходимый вывод из понятия «Richteramt». Из этого последнего вытекает, что всякий спор о праве подлежит судебному разрешению и что это решение приводится в исполнение внешнею силою, даже против воли стороны, подвергающейся ее воздействию. Если же позднее в каком-либо споре о праве возникнет сомнение в правильности прежнего решения, *натуральным* представлялось бы войти в *новое* исследование. Если бы при этом решение было признано неправильным – тем же судом или другим, – то представлялось бы простым требованием справедливости исправить прежнюю ошибку и устранить допущенную неправду. В таком виде представляет Савиньи естественное значение судебного решения для того, чтобы тут же показать те практические последствия, которые неизбежно бы возникли, если бы допустить на практике применение того, *quod natura docuit*.

Всматриваясь поближе в эти последствия, мы должны прежде всего признать, говорит Savigny, следующее. Очень часто решение спора о праве может вызывать чрезвычайные сомнения – вследствие ли того, что спорною является норма права, вследствие ли неопределенности фактов или потому, что факты могут

<sup>1</sup> Savigny, System des heutigen römisch. Rechts, Bd. VI, S. 259–261.

быть различным образом подведены под правовые нормы. Поэтому часто могло бы случиться, что судебное решение было бы позднее лишено своей силы путем решения в противоположном смысле. Но и с этим изменением дело не доходило бы до конца. Позднейший суд мог бы, в свою очередь, признать неправильным второе решение и восстановить первое или провести совершенно отличное от них мнение. Необходимым результатом такого порядка явилась бы *бесконечная необеспеченность правового состояния*, коль скоро бы какое-либо правоотношение стало как-либо предметом спора.

В вопросе о силе судебного решения приходится, таким образом, считаться, с одной стороны, с опасностью закрепить решение, быть может, и ошибочное, и несправедливое, с другой – с опасностью создать бесконечную неопределенность правовых отношений. Какое из двух зол большее, *вопрос политики права*. Ответ может быть дан лишь по основным на опыте соображениям о действительности и потребностях ее.

Законодательства различных народов признали бóльшим, совершенно невыносимым злом опасность необеспеченности права и для устранения сочли *необходимым позитивный* институт законной силы судебных решений.

Таким образом, судебное решение, по соображениям политики права, должно обладать силою права: что подтверждено решением, должно на будущее время не подвергаться оспариванию; если суд установил, что истец имеет данное право, это есть истина; поскольку, однако, решению лишь *придается*, по специальному велению *закона*, значение истины, эта последняя является лишь истинною формальною, а решение обладает тою силою, которая обуславливается не материальною правдою, но лишь тем обстоятельством, что таков закон.

Ввиду того, что законная сила есть, следовательно, создание позитивного права, вопрос о том, может ли обладать такою силою и решение по иску о признании, может быть решением не иначе как в применении к каждой данной системе положительного права в отдельности. Ответ, полученный для права германского, не может *eo ipso* относиться и ко всякой иной правовой системе.

Прямого указания на законную силу решений по иску о подтверждении правоотношений ни одно из известных нам законодательств не дает. Но не заключается ли указаний в общих правилах о законной силе судебных решений? Нет ли препятствий распространить их и на решения по искам о подтверждении правоотношений?

По *германскому* Уставу гражданского судопроизводства решения могут вступать в законную силу лишь постольку, поскольку состоялось решение о притязании, предъявленном путем иска, первоначального или встречного (п. 1 ст. 322).

По буквальному смыслу германского законодательства, следовательно, о законной силе решения может быть речь лишь в том случае, когда оно касается *притязания*. Что касается решений по иску о подтверждении *правоотношений*, то такие решения – надо было бы заключить – *являются неспособными*

вступать в законную силу. А соответственно этому пришлось бы признать, что германское законодательство различает две категории исков: с одной стороны, иски, ведущие к решениям, которые могут обладать силой закона, и, с другой – иски, решения по которым не обладают такою способностью.

Но такого рода вывод означал бы, в сущности, полное отрицание допустимости исков о подтверждении правоотношений, в то время как иски эти прямо санкционированы германским Уставом (ст. 256). Как показано выше, решение по таким искам может иметь практический смысл и оправдывать ожидания истца, предъявляющего подобный иск, лишь в том случае, если решение имеет именно юридическое значение, заключает не простое разъяснение по вопросу о праве, но связующее тяжущихся подтверждение наличия данного правоотношения между ними. С этой же точки зрения будет вполне последовательно сказать вместе с *Klein*: что не может быть подтверждено с силой закона, не может быть предметом и иска о подтверждении<sup>1</sup>, т.е. пришлось бы признать, что не может быть исков о подтверждении наличия или отсутствия правоотношений, ибо германский закон говорит только о законной силе решений о притязаниях.

Подобного рода вывод чужд, однако, германской практике. Считается неправильным исходное положение. Нет никакого сомнения ни в теории, ни на практике – объяснено, например, в комментарии *Gaupp* и его продолжателя *Stein*, – что законная сила должна распространяться и на такие решения, которые имеют лишь подтвердительный характер. Ввиду многообразия форм современной системы исков предлагается заменить слишком узкий термин «притязание» другим, который охватывал бы и притязание, и правоотношения; в качестве такового предлагается термин «*Rechtsfolge eines Thatbestandes*»<sup>2</sup>.

Несомненно, было бы правильнее, если бы германское законодательство воспользовалось таким термином, не прибегая к более узкому понятию «*Anspruch*». Но из того обстоятельства, что это понятие положено в основу приведенного положения ст. 322, нельзя сделать того вывода, который вытекает, однако, из буквы закона. Говоря о законной силе только решений о притязаниях, германское законодательство не исключает из числа их также и решений по искам о подтверждении правоотношений, ибо, как будет подробнее представлено ниже,

<sup>1</sup> *Klein*, Vorlesungen über die Praxis des Civilprozesses, с. 195.

<sup>2</sup> *Gaupp, Stein*, Civilprozessordnung, 1901, Bd. I, S. 716 ad 36, 543, V. Цитированное в тексте положение ст. 322 объясняется влиянием древнейшей романистической конструкции решения. Римлянам в эпоху формулярного процесса известна была лишь *sententia iudicis*, заключавшаяся в *condemnatio* или в *absolutio*; только такое решение могло быть результатом *judicium*, только ее и имели в виду, говоря о *res iudicata*. Но уже в императорский период пало это ограничение. Если же оно удерживается и в настоящую пору, это совершенно ошибочно: в современном процессе все решения равны по существу как государственные акты одного и того же суда (см., например: *Gaupp, Stein*, cit., S. 715, IV). На широкий круг применения *auctoritas rei iudicatae* по отношению ко всем решениям позднейшего времени обращает внимание и *Oskar Bülow* (*Absolute Rechtskraft des Urteils* в: Arch. f. d. civ. Praxis, т. 83, с. 68).



и в этих исках оно видит осуществление притязания, как и в исках о присуждении. Коль скоро же отвергнута наличность частноправового притязания в иске о подтверждении правоотношения, ст. 322 оказывается неправильно отредактированной и с выяснением неправильности теории, под влиянием которой она составлена, подлежит, конечно, изменению. Но и в настоящее время было бы неправильно приписывать германскому законодательству отрицание законной силы у решений по искам о подтверждении правоотношений<sup>1</sup>.

Австрийское законодательство к данному вопросу относится следующим образом. В ст. 411 Устава гражданского судопроизводства оно говорит о законной силе решений, касающихся притязаний или же сделавшегося в течение процесса спорным правоотношения или права. Таким образом, предусмотрено юридическое значение решений по искам о присуждении и из исков о подтверждении правоотношения или права только по тем, которые предъявляются в течении процесса по другому делу<sup>2</sup>.

Что же касается самостоятельных исков о подтверждении правоотношений, то о силе решений по ним в тексте закона не говорится. Лаконически упоминается об этом лишь в мотивах к статье о допущении таких исков: «Das über die Feststellungsklage ergehende Urteil genießt Rechtskraft»<sup>3</sup>.

Обладать силою закона по австрийскому праву, объясняет комментатор австрийского Устава гражданского судопроизводства *Georg Neumann*, способны все решения; не делается различия, предъявлено ли притязание на исполнение или же на подтверждение<sup>4</sup>. Таким образом, по его объяснению, и австрийское законодательство, как и германское, считает решение по иску о подтверждении правоотношения способным к обладанию законною силою, рассматривая и этот вид решения как *Urteil «über einen durch Klage oder Widerklage geltend gemachten Anspruch»*.

Но такое объяснение есть результат неправильной теоретической конструкции: неправильность заключается в том, что частноправовому притязанию противопоставляется притязание публично-правовое, когда говорят, что путем иска о присуждении осуществляется притязание на исполнение, а путем иска о подтверждении правоотношения – притязание на подтверждение. В то время как первое относится к противной стороне, второе – направляется к суду. Последнее имеется в обоих случаях и вовсе не создает противоположности первому. Когда идет речь о притязании на исполнение, имеется в виду предмет подтверждения; таковым же при иске о подтверждении правоотношения является не притяза-

<sup>1</sup> Нельзя лишь не удивляться, что новелла 1898 г. не ввела поправки в тексте ст. 322 и не устранила следов влияния теории, в настоящую пору не имеющей защитников (см. ниже).

<sup>2</sup> Zwischenantrag auf Feststellung, ст. 236.

<sup>3</sup> *Hugo Schauer*, Die Civilprozessordnung, S. 517 ad § 228.

<sup>4</sup> *Neumann*, Commentar, Abth. II, S. 784, 785.

ние на подтверждение, но именно правоотношение. Законная сила судебного решения заключается в окончательном установлении того, что составляло *предмет* суждения; следовательно, если говорится, что решение по иску о присуждении приобретает силу закона, поскольку касается притязания, надо иметь в виду то притязание, которое составляет предмет подтверждения. Если же таковым предметом не является притязание, пришлось бы, будучи последовательным, отвергнуть способность к вступлению в законную силу таких решений, которые заключаются в подтверждении не притязания, но правоотношения. Но это значило бы, как отмечено выше, отрицать самую возможность исков о подтверждении правоотношений.

В этом отношении нельзя не признать более благоприятную для этих исков редакцию *наших законов* о силе судебных решений. Германское и австрийское законодательства, категорически признавая иски о подтверждении правоотношения, являются для них неблагоприятными по своей редакции. Наше законодательство представляет явление как раз противоположное: прямого допущения таких исков, за исключением губерний Прибалтийских, наш закон не дает. Но если эти иски признать вообще допустимыми<sup>1</sup>, то сила решений по ним не будет подлежать сомнению с точки зрения текста действующего законодательства.

Окончательное судебное решение частного дела, говорится в ст. 68 Основн. госуд. зак. (Свод законов, т. I, ч. 1), имеет *силу закона* для того дела, по коему оно состоялось. Выставив термин «*окончательные* решения», наше законодательство, однако, им не пользуется во всех случаях, где идет речь о законной силе решений. По букве закона, «окончательные» решения постановяет только мировой судья по искам на сумму не выше 30 руб. (ст. 134 У. г. с.). В других случаях закон говорит уже прямо о «решениях, вступающих в законную силу», определяя их перечневым путем (ст. 892 У. г. с.). При этом, однако, закон наш имеет в виду только «решения», но отнюдь не «частные определения». Последние могут быть отменяемы и изменяемы вследствие переменившихся обстоятельств дела (ст. 891 У. г. с.) – решение же, вступившее в законную силу, обязательно не только для тяжущихся, но и для суда, постановившего оно (ст. 893 *ib.*).

Таким образом, в законную силу вступают, по нашему законодательству, те из судебных постановлений, которые не относятся к категории «частных определений», но представляются «решениями». Различие между этими видами указывается в ст. 705 У. г. с. Постановления суда относятся или к существу дела, или к частным вопросам, из дела возникающим: в первом случае постановления суда называются решениями, а в последнем – частными определениями. Поэтому, если постановление суда заключает в себе подтверждение правоотношения, оно может относиться к разряду решений, а не частных определений и, как решение, может оказаться окончательным и вступить в законную силу. Коль скоро «дело»

<sup>1</sup> Об этом ниже.

заклучалось именно в подтверждении правоотношения, постановление, относящееся к существу *этого* дела, есть решение, а если оно не подлежит отзыву или апелляции, оно должно признаваться вступившим в законную силу<sup>1</sup>. Ввиду этого, если вообще признать допустимым по нашему законодательству иск о подтверждении правоотношений, решение по такому иску не будет лишено способности иметь силу закона для данного дела, как и всякое окончательное решение.

Если бы допустить у нас ходатайства о подтверждении правоотношения в течение производства другого дела, по образцу австрийского *Zwischenantrag auf Feststellung*, то согласно приведенной ст. 705 в таком случае суд мог бы постановить лишь *частное определение*, ибо речь шла бы о частном вопросе, из дела возникающем. По ст. 891 У. г. с. такое определение могло бы быть и отменяемо, и изменяемо, следовательно, было бы бесцельно и допускать к судебному рассмотрению такие ходатайства, коль скоро целью их, как и исков о подтверждении правоотношений, является установление ясности и твердости гражданского правопорядка. В нашей литературе, впрочем, и в практике уже обнаружилась тенденция отступить от строгого проведения правил, касающихся силы частных определений. Целый ряд этих последних Сенат признал не подлежащими изменению<sup>2</sup>. Если бы сюда отнесены были и частные определения о подтверждении правоотношений, в таком только случае можно было бы говорить о возможности и у нас частных – в течение процесса по другому делу – ходатайств о подтверждении правоотношений уже и в настоящее время без соответственных изменений в законе. Не признавая же окончательного значения за частными определениями этого рода, было бы недостаточно ввести в закон общее положение о допустимости подобных ходатайств – необходимо было бы, сверх того, особо указать на законную силу тех определений, к которым эти ходатайства направляются.

Несмотря на букву закона, прямо устанавливающего возможность последующего изменения частных определений, нельзя не признавать, что и до законодательного пересмотра правил о силе их частное определение, в котором подтверждалось бы существование или несуществование правоотношения, должно почитаться «окончательным» и по силе ст. 68 ч. 1 т. I Свода законов должно обладать силою закона. Из частных определений, говорит г. Исаченко, могут вступать в законную силу те только, которыми, как и решениями, постановляемыми по существу исковых дел, разрешаются споры о праве и регулируются материально-правовые отношения между спорящими<sup>3</sup>. Под такое же понятие могло бы подойти и частное определение, которое было бы постановлено по частному ходатайству о подтверждении правоотношения. Это не противоречило

<sup>1</sup> Мотивы к ст. 892 У. г. с. (Судебные уставы с рассуждениями, на коих они основаны, 1868, т. I, с. 433).

<sup>2</sup> Случаи эти указаны, например, в моем сборнике: Устав гражд. судопроизводства, изд. 1903 г., к ст. 891 § 6.

<sup>3</sup> Исаченко, Гражданский процесс, т. IV, с. 790.

бы действительному смыслу нашего законодательства. О вступлении в законную силу частных определений, объясняют составители судебных уставов, не упомянута потому, что частные определения обыкновенно касаются таких предметов, разрешение коих не влечет за собою окончательного признания прав истца или ответчика<sup>1</sup>.

Следовательно, при составлении ныне действующих правил о законной силе частных определений имелись в виду лишь такие, в которых, как замечает г. Анненков, нечему, собственно говоря, и вступать в законную силу<sup>2</sup>. Коль скоро же форму частного определения имеет такое судебное постановление, которое разрешает вопрос о праве одной стороны и обязанности другой, нет основания ограничивать это определение в его юридическом значении. Законодатель лишь не отметил особо силы таких определений, «не упомянул» об этом, но нигде и не отнял этой силы у тех из них, в которых есть чему вступать в законную силу. Поскольку, однако, в ст. 891 У. г. с., предоставлено суду право отменять и изменять частные определения, законною силою могут обладать лишь те из них, которые не подверглись ни отмене, ни изменению, пока у суда было на это право. Само собою разумеется, объяснено было составителями судебных уставов, такое право суда может продолжаться до тех лишь пор, пока дело в нем производится, т.е. дотоле, пока суд не постановит решения по существу дела<sup>3</sup>.

Таким образом, по германскому и австрийскому праву, судебное решение, заключающее в себе подтверждение существования или несуществования правоотношения, может обладать силою закона независимо от того, состоялось ли решение по самостоятельному иску или же по иску инцидентному (Inzidentfeststellungsklage, Zwischenantrag auf Feststellung). Не представляет препятствий для применения аналогичных положений и наше русское право.

Если же решение по иску о признании может обладать законною силою, то не представляется препятствий и для той квалификации права на иск о признании, которая установлена выше. Право это может быть определено как право на обладающее законною силою судебное решение.

II. В чем же заключается юридическое значение решения по иску о признании, обладающего законною силою? Ответ на этот вопрос даст указание и для выяснения того, какое значение представляет собою и право на иск о признании, если это есть право на судебное решение, обладающее законною силою.

Сущность законной силы судебного решения заключается в том, что установленное судебным решением имеет *юридическое* значение правды. Истец, за которым суд признал право, будет с точки зрения закона рассматриваться как управомоченный. С точки зрения материальной правды он таковым может вовсе

<sup>1</sup> Судебные уставы с рассуждениями, на коих они основаны, т. I, к ст. 891.

<sup>2</sup> Анненков, Опыт комментария, т. IV, с. 201.

<sup>3</sup> Судебные уставы с рассуждениями, на коих они основаны, т. I, к ст. 891.

и не быть. В этом именно смысле говорят о «фикции правды». Если же судебное решение может заключать лишь «фикцию правды» и тем не менее не теряет своего значения для установления определенности в правовой сфере тяжущихся, то необходимо возникает такой вопрос: в чем же заключается то значение законной силы решения, в силу которой решение, ею обладающее, оказывает необходимое воздействие на материально-правовую позицию истцу, несмотря на несоответствие его правде?

Законная сила решения имеет двоякое значение: с одной стороны, самое решение обязательно как для тяжущихся, так и для суда и может быть отменено только в случаях и в порядке, указанных законами (формальная сила<sup>1</sup>); с другой стороны, то, что было спорным, становится бесспорным, право требования получает ясность и определенность, правоотношение является фиксированным (материальная сила решения). Материальная законная сила обуславливается силою формальною и выражается в том, что вступившее в законную силу решение исключает возможность новых решений о том же правоотношении и вместе с тем обладает преюдициальною силою для будущих процессов, соответственным образом связанных с тем, который уже окончился решением, вступившим в законную силу.

Соответственно этому, решение по иску о подтверждении правоотношения, вступившее в законную силу, *исключает юридическую возможность нового процесса* при наличности внешнего тождества его с прежним в субъективном и объективном отношениях.

Решение по иску о подтверждении правоотношения, как и всякое иное решение, обладает законною силою исключительно между «теми же тяжущимися сторонами». Не представляется ни малейшего основания в смысле юридическом расширять субъективные пределы законной силы решения по иску о подтверждении правоотношения<sup>2</sup>.

*Тождество предмета* суждения не допускает нового иска о подтверждении правоотношения и в том случае, когда бы истец просил подтвердить, что и в момент постановления решения, вступившего в законную силу, правоотношение, о котором шла речь, представлялось в *ином виде*, чем это подтверждено судом. Если бы такое заявление было действительно правильно, недопустимость нового суждения о том же самом предмете представлялось бы досадным последствием института законной силы, одним из тех зол, с возможностью которых приходится считаться законодателю при создании такой меры в интересах предупреждения того, что он считает большим злом. Коль скоро существование данного правоотношения было

<sup>1</sup> Статьи 893 и 894 нашего У. г. с.: «sententia indubitata quae nullo remedio ademptari potest».

<sup>2</sup> Так же: Rocholl, Feststellungsklage в: Zeitschrift f. deutsch. Civilprozess, т. 8, с. 365; contra: Crome: «auch wenn das subjektive Recht ein relatives ist (also aus ihm nur bestimmte einzelne Personen verpflichtet sind), geht die Feststellungsklage beim Vorliegen ihrer gesetzlichen Voraussetzungen gegen Jedermann, hat also eine absolute Tendenz (System des deutsch. bürgerlich. Rechts, 1900, Bd. I, S. 587).

уже предметом судебного рассмотрения, суд постановил свое решение и оно вступило в законную силу, дальнейшее допущение исков о подтверждении того же правоотношения в ином виде было бы отрицанием самого института законной силы решения<sup>1</sup>. Ввиду этого нельзя допустить иска, например, *о том, чтобы суд признал недействительным тот третейский договор, действительность которого уже была признана судебным решением, вступившим в законную силу*<sup>2</sup>.

Предмет для подтверждения является тождественным, если истец просит о подтверждении существования правоотношения, а между тем вопрос о существовании его уже подвергался суждению в первом процессе, окончившемся решением, вступившим в законную силу. При этом не имеет значения, был ли первоначально предъявлен позитивный иск о подтверждении и в нем было отказано ввиду признанного со стороны суда основательным возражения со стороны ответчика. Такой именно случай был в практике Рейхсгерихта, в том деле, решение которого цитировано выше. Отказ в иске, высказал Рейхсгерихт, вследствие признанного заслуживающим уважения возражения о состоявшемся между сторонами третейском договоре надо рассматривать как положительное решение того содержания, что данный спор подлежит ведению третейского суда.

Не влияет на пределы законной силы решения и то обстоятельство, что правоотношение будет подтверждено в ответ на *негативный иск* – на иск о подтверждении *несуществования* правоотношения. Отказ в таком иске на том основании, что спорное правоотношение признано со стороны суда существующим, заключает в себе соответственное позитивное решение, которое может вступить и в законную силу<sup>3</sup>. Существование такого правоотношения не может быть предметом нового судебного рассмотрения точно так же, как и в том случае, когда существование правоотношения подтверждается по иску позитивному.

Но, разумеется, позитивная сила решения по негативному иску зависит от тех соображений, по которым суд отклонил этот иск. Если суд сделал это вследствие того, что не было налицо условий, требуемых законом для допустимости иска о подтверждении правоотношения, то существование этого последнего, разумеется, еще не признано судом. Если же в иске негативном отказано на том основании, что ответчик доказал существование правоотношения, в таком случае позитивное подтверждение имеется налицо. Это так, ибо *окончательный отказ* в негативном иске может последовать лишь потому, что данное правоотношение признано существующим. Сила подтверждения наличности правоотношения не становится меньше от того, что подтверждение последовало не по

<sup>1</sup> Hellwig, Anspruch und Klagrecht, S. 167 сл.

<sup>2</sup> Reichsgerichts Entscheidungen in Civilsachen, 1898, т. 40, с. 404.

<sup>3</sup> По существу своего содержания по искам позитивным и негативным решение одинаково. Это отмечает и Flechtheim; такое заключение выводит он из тождественности юридического интереса в обоих случаях: он заключается в выяснении спорного правового положения (Flechtheim, Busch's Zeitschrift, т. 25, с. 434).

позитивному иску, а по негативному. Равною силою обладало бы подтверждение и отсутствия правоотношения не по негативному иску, но по иску позитивному; для этого, конечно, нужен *окончательный отказ* в нем, ибо таковой мог бы последовать лишь потому, что суд нашел правоотношение несуществующим. Поэтому *окончательный отказ в негативном иске равен утвердительному ответу на соответствующий позитивный иск о признании, равно как и окончательный отказ в позитивном иске равносильен отрицательному решению по соответствующему негативному иску о признании*<sup>1</sup>.

Такое положение стоит в прямом соответствии с тем, что надлежит считать предметом подтверждения по иску о признании. Таковым является существование правоотношения, и при этом, как уже выше отмечено, не имеет значения, в какой форме поставлен иск – в положительной или отрицательной<sup>2</sup>. И по негативным искам, как и по искам позитивным, говорит *Hellwig*, предметом процесса является спорное правоотношение – разница лишь в распределении процессуальных ролей<sup>3</sup>. В таком же виде представляется предмет судебного подтверждения в обоих случаях и по учению *Wach*. В процессе, объясняет он это явление, истец делает правоотношение предметом разбирательства и решения, заявляя, что оно существует (позитивный иск), или отвергая его существование (негативный иск). Всегда он делает правоотношение предметом решения. В первом случае ответчик отрицает право, во втором он говорит утвердительно. Об этом надо постановить решение. Отсюда следует, что отказ в позитивном иске вследствие отрицания права есть окончательное непризнание права; напротив, отказ в негативном иске вследствие утвердительного заключения о праве подтверждает с законною силою существование этого права у ответчика<sup>4</sup>.

В таком смысле высказывался не раз и германский Рейхсгерихт.

Позитивный и негативный иски о признании, рассуждал он в одном из своих решений, имеют одну и ту же цель – подтвердить существование или несуще-

<sup>1</sup> Такой взгляд находит себе все большее и большее признание. Так, давно уже высказал его *Weismann* (*Feststellungsklage*, 1879, с. 162 (сн. 14)). В новейшее время он нашел защитника в *Hellwig* (*Lehrbuch d. deutsch. Civilprozessrechts*, 1903, Bd. I). Отказ в негативном иске за необоснованностью, говорит *Hellwig* (*ibid.*, S. 380 (сн. 8)), означает не что иное, как то, что истец неправильно отрицал существование правоотношения, следовательно, через подтверждение наличности правоотношения ответчик получает ту же *защиту*, какую получил бы в том случае, если бы сам предъявил позитивный иск о подтверждении правоотношения. Если ответчик, поясняет *Hellwig* (*ibid.*, сн. 8), требует отказа истцу в иске за необоснованностью его и вместе с тем делает заявление, противоположное тому, которое сделано истцом, это является тавтологиею.

<sup>2</sup> См. выше, [с. 229 № 6 ВГП за 2013 г.].

<sup>3</sup> *Hellwig*, *Lehrbuch*, с. 379–380.

<sup>4</sup> *Wach*, *Vorträge*, S. 138; в этом смысле: *Bähr*, *Urteile des Reichsgerichts*, S. 164; *Rich. Schmidt*, *Klageänderung*, S. 196 (сн. 4); *Stein*, *Voraussetzungen des Rechtsschutzes*, S. 83 (сн. 3); см. также: *Gaupp*, *Stein*, *Civilprozessordnung*, с. 256 (сн. 89); *Flechtheim* в: *Busch's Zeitschrift*, 1899, т. 25, с. 442; *Hellmann*, *Lehrbuch d. deutsch. Civilpr.*, S. 377.

ствование правоотношения. Закон желает, чтобы каждое решение по такому иску подтверждало с неизменностью спорное правоотношение. Поэтому при определении действия окончательного решения по негативному иску о признании, так же как и по иску позитивному, нельзя проводить различия в том, удовлетворен ли иск или же отклонен. В обоих случаях, по букве и смыслу закона, правоотношение подтверждается с неизменностью, и вместе с этим исключается возможность нового процесса о существовании или несуществовании этого правоотношения. Негативный иск не выполнял бы своего назначения, категорически указанного в ст. 231 (ныне – ст. 256) У. г. с., если бы истцу, которому отказано в иске, не возбранялось еще раз в новом процессе добиваться подтверждения отсутствия правоотношения.

По таким соображениям Рейхсгерихт разъяснил: решение, отклоняющее негативный иск о признании не в силу недостатка в интересе, но по существу, заключает в себе подтверждение наличия правоотношения<sup>1</sup>.

Такой взгляд не представляется, однако, общим – он есть лишь господствующий. Противоположное воззрение высказывал *Degenkolb*, а также, опираясь на его авторитет, и Рейхсгерихт в прежнее время.

Решение по негативному иску о подтверждении правоотношения, по мнению Дегенкольба, не может дать в результате подтверждения наличия правоотношения. Для такого подтверждения он считает «более благоразумным», чтобы против негативного иска ответчик предъявлял встречный позитивный иск о признании. В противном случае, по его мнению, ввиду начала «*ne eat iudex ultra petita partium*» самое решение при доказанности права ответчика не заключало бы в себе чего-либо большего, чем отказ в иске подтвердить отсутствие права у ответчика. Пришлось бы в таком случае оперировать с законною силою мотивов судебного решения – этой самой неверной из всех юридических поддержек<sup>2</sup>.

Ссылаясь на такой взгляд, и Рейхсгерихт указал на необходимость предъявления против негативного иска о признании встречного иска со стороны ответчика; без этого же, полагал он, позитивное подтверждение правоотношения заключалось бы лишь в мотивах к решению, а мотивы по ст. 293 (ныне – ст. 322) У. г. с. в законную силу не входят<sup>3</sup>. Но, как отмечено выше<sup>4</sup>, позднее и Рейхсгерихт присоединится к господствующему мнению.

Таким образом, решение по иску о подтверждении правоотношения, обладая законною силою, исключает допустимость новых решений о том же право-

<sup>1</sup> Reichsgerichts Entscheidungen in Civilsachen, 1892, т. 29, с. 346–348; это же решение воспроизведено в: Seuffert's Archiv, т. 48, № 69; см. также: Reichsgerichts Entscheidungen, 1900, т. 44, с. 183 сл.

<sup>2</sup> *Degenkolb*, Einlassungszwang und Urteilsnorm, S. 228.

<sup>3</sup> Reichsgerichts Entscheidungen, 1882, т. VI, с. 386.

<sup>4</sup> См. [начало этой страницы].



отношении. Это и сообщает решению такое юридическое значение, благодаря которому оно приобретает полный практический смысл, несмотря на невозможность исполнения его при помощи мер принуждения.

К этой отрицательной стороне – недопустимости нового судебного подтверждения правоотношения – присоединяется и сторона положительная: если бы при решении другого дела возник вопрос о данном правоотношении, суд бы был обязан, не входя в новое суждение об этом, принять за исходный пункт дальнейших выводов содержание решения, вступившего в законную силу. Судебное подтверждение правоотношения имеет, таким образом, *преюдициальное* значение.

Представляя же такое значение, решение по иску о подтверждении правоотношения будет, таким образом, обладать *неопровержимой доказательной силой*<sup>1</sup>. А эта уже неопровержимость обуславливает и все прочие юридические эффекты судебного решения. Именно в смысле безусловной доказательности на будущее время того, что подтверждено судебным решением, можно говорить о несомненности, которою облачается существование или несуществование конкретного юридического отношения<sup>2</sup>. В таком же смысле можно говорить о том, что данное решение устраняет авторитетным образом возможные сомнения в правовом положении тяжущихся, что истина, устанавливаемая судебным решением, не должна подлежать уже никакому сомнению и никакому спору<sup>3</sup>. Неопровержимая доказательная сила сообщает решению значение формальной истины, исключаяющей возможность нового судебного спора о том предмете, о котором состоялось решение. Благодаря именно такой силе решения можно сказать: что раз признано судебным решением, на то со всеми его последствиями можно положиться и располагать сообразно с тем свои деловые отношения<sup>4</sup>.

Как сила неопровержимо-доказательная, необходима законная сила также и для решений по искам о подтверждении правоотношений. Фиксированное судом правоотношение не должно подвергаться сомнительному исходу нового спора между теми же лицами. Тот, в чью пользу фиксировано существование правоотношения, в будущем процессе, если он возникнет, с тем же лицом не будет иметь надобности опровергать какие-либо возражения, относящиеся ко времени до постановления решения по иску о признании<sup>5</sup>. Значение тако-

<sup>1</sup> Только такую силу и может дать закон решению суда, будь то решение по иску о присуждении или же о признании (см.: R. Schmidt, Die Klageänderung, S. 181; ср.: Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts, S. 530 (сн. 1)).

<sup>2</sup> Kisch, Beiträge zur Urteilslehre, S. 4.

<sup>3</sup> Kisch, cit., S. 28; Исаченко, Гражданский процесс, т. IV, с. 784.

<sup>4</sup> А.Х. Гольмстен, Юридические наследования, с. 261.

<sup>5</sup> Rocholl, Feststellungsklage в: Busch's Zeitschrift, т. 8, с. 370. Правильно поэтому проф. Carl Crome называет законную силу функцию решения, исключаящую «eine weitere gerichtliche Diskussion» (Crome, System d. deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. I, S. 571). Сущность законной силы, выражает ту же мысль Friedr. Stein, состоит в том, что стороны не могут больше оспаривать того, что

го решения заключается, таким образом, в том, чтобы уже в настоящее время документировать существование или несуществование данного правоотношения, отнять у ответчика возможность доказывания в будущем противного, ограничить противника в праве его защиты. То, что постановлено о спорном правоотношении, становится на будущее время бесспорным между сторонами, т.е. та сторона, против которой состоялось решение, не может больше оспаривать; со стороны того, в чью пользу решение состоялось, нет больше надобности доказывать. Что подтверждено, может лечь в основу возможного в будущем присуждения<sup>1</sup>. С этой точки зрения значение иска о признании заключается именно в том, чтобы в ту пору, когда дело не дошло до исполнения противною стороною ее обязанностей, подвергнуть судебному исследованию те данные, которыми располагает истец, и ввиду неопровержимой доказательной силы следующего за сим решения побудить также противную сторону представить ныне же суду все то, чем она может опровергнуть заявление истца. Коль скоро суд признает возражения неправильными, то за вступлением решения в законную силу потеряют они свое значение по отношению к истцу и на будущее время. Ввиду этого вступившее в законную силу решение по иску о признании будет иметь то значение, что если бы противник и вздумал впоследствии начать спор, его возражения не будут иметь доказательной силы<sup>2</sup>.

Таким образом, решение по иску о признании представляет реальное значение и для истца, и для ответчика: с одного оно снимает на будущее время в случае процесса о присуждении бремя доказывания, другого ограничивает в праве представления доказательств<sup>3</sup>.

Благодаря неопровержимой доказательной силе судебное решение по иску о подтверждении наличности или отсутствия правоотношения устанавливает определенность в области юридических отношений между сторонами. Эта определенность создается обладающим законною силою судебным решением: оно, как решение с неопровержимо-доказательною силою, дает гарантию правовой

---

есть «das rechtskräftig erkannte», и не могут больше осуществлять «das rechtskräftig aberkannte» (Stein, Bindende Kraft der richterlichen Entscheidungen, Bd. I).

<sup>1</sup> Weismann, Feststellungsklage, S. 120, 121, 153; Unger, System d. oesterr. allg. Privatrechts, Bd. II, S. 621.

<sup>2</sup> Правильно поэтому говорит Plank, что на долю противной стороны в таком случае выпадает не столько «das Unterlassen des Bestreitens», сколько «das Dulden der Widerspruchslosigkeit seines Widerspruchs gegen die festgestellte Behauptung» (Plank, Lehrbuch d. deutsch. Civilprozessrechts, Bd. II, S. 12); в этом же смысле: Rocholl в: Busch's Zeitschrift, т. 8, с. 381.

<sup>3</sup> В этом пункте обнаруживается близость института исков о подтверждении правоотношений с институтом *provocationes ad agendum*. Как при вызове на предъявление иска, так и при нашем иске цель заключается в том, чтобы заставить ответчика (истца при *provocatio*) подвергнуть судебной оценке те возражения и доказательства, которыми он угрожает истцу. Совершенно верно подчеркнута это в отчете Варшавского окружного суда, помещенном в Трудах Высочайше учрежденной Комиссии для пересмотра законоположений по судебной части (т. IV, разд. II, с. 165).

определенности. Такая определенность имеется налицо, правильно объясняет *Pagenstecher*, коль скоро установлены гарантии в пользу того, что всегда и всюду, где между сторонами возникнет вопрос о том, существовало ли данное субъективное право во время того процесса, в котором было подтверждено существование, будут исходить из того, что суд правильно решил этот вопрос<sup>1</sup>. Законная сила судебного решения обеспечивает правовую определенность именно вследствие того, что, исключая возможность нового суждения о том же предмете, связывает в то же время всякий суд прежним решением. Такое действие судебного решения, именуемое материальной законною силою, следующим образом описывает *Hellwig*<sup>2</sup>. Действие это состоит в том, что содержание подтверждения становится бесспорным *inter partes*. Это значит: второй судья связан подтверждением; ему воспрещено входить в исследование того, соответствует ли оно действительному правовому положению; он должен полагать декларированное правовое состояние в основу своего нового решения, если бы даже было ясно, что отвергнутое право существует или подтвержденного не существует. Поэтому всякая попытка возбудить вопрос о правильности подтверждения была бы тщетною, как направленная против законной силы решения – *contra rem judicatam*<sup>3</sup>. Указанной обязанности каждого суда, которому пришлось бы заниматься делом, соответствует процессуальное право стороны требовать уважения к законной силе решения о подтверждении наличности или отсутствия правоотношения. Таким путем сторона достигает правовой определенности, и потому значение судебного решения по иску о признании заключается благодаря законной силе его в *выяснении права*.

В этом эффекте выяснения права видят эффект чисто *идеальный*, указывая на то, что решение по иску о признании лишь декларирует существование или несуществование правоотношения бесповоротным путем, делает недопустимым новый спор об этом<sup>4</sup>.

Едва ли, однако, то значение, которое представляют обладающие законною силою судебные решения по искам о признании, можно назвать чисто идеальным. Если решения этого рода, подтверждающие наличность или отсутствие только правоотношения, и не могут вести к таким реальным последствиям, как принудительное исполнение, то не менее этих мер представляют верный путь

<sup>1</sup> *Pagenstecher*, Z. Lehre v. d. materiell. Rechtskraft, S. 25–26.

<sup>2</sup> *Hellwig*, Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts, 1903, Bd. II, с. 45–46.

<sup>3</sup> Попытка эта, говорит *Hellwig* в другом месте (Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft, 1901, с. 13 (сн. 34), «wird nicht gehört, non audietur».

<sup>4</sup> См.: *Rocholl*: в *Busch's Zeitschrift*, т. 8, с. 364; *Weismann*, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, Bd. I, с. 57; *Feststellungsklage*, S. 116, 121, 150, 157; *Hauptintervention*, S. 79 (сн. 10); *Friedrich Stein*, Ueber die bindende Kraft der richterlichen Entscheidungen nach der neuen österreichischen Civilprozessordnung, 1897, с. 12; *Scherling* в: *Busch's Zeitschrift*, 1903, т. 32, с. 189–190; *Hellmann* в: *Jherings Jahrbücher*, 1891, т. 31, с. 90; *Pagenstecher*, cit., с. 22, 23, 25 и др.

к вполне реальному осуществлению права – именно подготовительный путь к будущему процессу по иску о присуждении и ввиду правовой определенности, доставляемой решением по иску о признании, путь к добровольному исполнению противною стороною желательных для истца действий<sup>1</sup>.

Эта черта – влияние решений по искам о признании на будущий процесс – не может быть упускаема из виду. С этой точки зрения решения по искам этого рода – должно быть отмечено – представляют *обеспечительное значение*, направляясь, как справедливо указывает проф. *Wach*<sup>2</sup>, к обеспечению интересов *доказывания* в будущем процессе. По позитивному иску, можно сказать, продолжая эту мысль, решения дают подтверждение основания для будущего присуждения, по негативному иску – дают основание для будущей просьбы об отказе в иске о присуждении<sup>3</sup>. В этом отношении значение решений по искам такого рода нельзя не видеть в устранении путем подтверждения наличности или отсутствия правоотношения одной из тех помех и опасностей, которые грозили праву истца в будущем, и в создании для истца уверенности в том, что ему удастся отстоять свои притязания по иску о присуждении<sup>4</sup>. Этим, однако, не исчерпывается значение решений по искам о подтверждении правоотношения: судебное решение по такому иску, как уже отмечено, оказывает воздействие на гражданское правоотношение сторон и независимо от тех процессов, которые могут возникнуть в будущем. Обеспечение, создаваемое решением по такому иску, может относиться, конечно, и к интересу доказывания в будущем процессе, но еще раньше этого обеспечение касается выяснения материально-правовых отношений между сторонами, а таким путем может быть достигнуто и предупреждение будущих споров о правоотношении, и определение дальнейшего образа действий участвовавших в процессе лиц<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Хотя, по выражению *Oetker* (*Konkursrechtliche Grundbegriffe*, S. 576), решение по иску о подтверждении правоотношения ограничивается лишь выражением правовой воли (*Ausspruch des Rechtswillens*) и представляет только «pflichtsetzende Norm» при отсутствии принудительной силы (*Vollstreckbarkeit*), тем не менее и к этому решению применимо замечание того же *Oetker*: «Die Urteilsnorm will *motivbegründend* wirken, das Individuum *zur freiwilligen Befolgung* veranlassen».

<sup>2</sup> *Wach*, *Handbuch*, § 2, с. 14.

<sup>3</sup> *Ott*, *Feststellungsklage* в: *Oesterr. allg. Gerichtszeitung*, 1899, № 6, с. 41.

<sup>4</sup> Ср.: *Исаченко*, *Основы гражданского процесса*, с. 12; см. также: *Petersen*, *Anger*, *Die Civilprozessordnung*, Bd. I, S. 512.

<sup>5</sup> В этом смысле решение по иску о признании образует для ответчика, по выражению *Weismann*, «selbständigen Verpflichtungsgrund» (*Weismann* в: *Juristisches Wochenschrift*, 1881, № 9; см. также: *Oetker*, *Konkursrechtliche Grundbegriffe*, с. 577). На такое значение решений по искам этой категории указывают, например: *Förster*, *Eccius*, *Theorie und Praxis des Privatrechts*, Bd. I, S. 258; *Kroll*, *Klage und Einrede*, S. 55. Раньше других отметил это *Bähr* в своем «Anerkennung als Verpflichtungsgrund» (с. 315). Воспроизведена эта мысль также в мотивах к германскому Уставу гр. суд. (*Hahn*, *Materialien*, с. 255).

Таким образом, решения по искам этого рода представляют значение как обеспечения *процессуального*, обеспечения интереса доказывания в будущем процессе, так и *внепроцессуального*, не зависящего от возникновения будущих процессов и даже заключающегося в предупреждении их возникновения.

Обеспечение, доставляемое решением по иску о подтверждении правоотношения, не обладает, однако, тою силою, какую дают такие *меры обеспечения*, как наложение запрещения, арест и т.п. В случаях последнего рода обеспечивается источник удовлетворения притязаний одного лица к другому. Решение же по иску о подтверждении правоотношения дает обеспечение лишь неопровержимости на будущее время самого правоотношения, не только не касаясь удовлетворения притязаний, но и существования их<sup>1</sup>. Судебное подтверждение правоотношения создает лишь защиту против опровержения наличности правоотношения, обеспечивает лишь неопровержимость его наличности. Если, хорошо объясняет это *Leonhard*<sup>2</sup>, мое право собственности подтверждается против соседа, таким путем моя защита против нарушения этого права обеспечивается не во всех отношениях. Я отнюдь не укрыт от внепроцессуального отрицания этого права; у меня нет права требовать наложения за это взыскания. Лишь с одной единственно стороны, против одного единственно вида нарушения я защищен больше, чем было это до сих пор, – именно против отрицания со стороны соседа в будущем на суде; такому отрицанию нельзя придавать значения по той причине, что судебным решением подтверждено противное. Аналогично значение судебного решения и по негативному иску. Когда идет речь о подтверждении неправильности заявления противника о существовании правоотношения, и в этом случае, объясняет *Leonhard*, после судебного решения ничто не представляется более твердым, чем было раньше, но лишь является неопровержимым нечто, уже раньше существовавшее, а именно надежда лица, против которого решение состоялось, что ему можно будет на суде сослаться на опровергнутое истцом право. С этой точки зрения иск о подтверждении правоотношения есть не что иное, как иск-опровержение (*eine Umwertungsklage*). Судебное решение по такому иску дает лишь то, к чему самый иск был направлен: подтверждая правильность опровержения со стороны истца существования или несуществования правоотношения в настоящем процессе по иску о признании, судебное решение, вступив в законную силу, делает неопровержимым существование или несуществование данного правоотношения и на будущее время, если бы был предъявлен иск о присуждении. Обеспечивая, таким образом, положение истца по иску о признании для процесса по иску

<sup>1</sup> Арест, по сопоставлению проф. *Crome*, дает обеспечение против материальной опасности, решение по иску о подтверждении правоотношения дает обеспечение против грозящей «*Verdunkelung eines Rechtszustandes*» (*Crome*, *System des bürgerl. Rechts*, Bd. I, § 133, сн. 2–3).

<sup>2</sup> *Leonhard*, *Der Anspruchsbegriff* в: *Busch's Zeitschrift*, т. 15, с. 357.

о присуждении, судебное подтверждение правоотношения воздействует описанным уже путем на положение истца также и вне будущего процесса, делая его, быть может, и излишним.

Если решение по иску о присуждении есть прямой путь к осуществлению прав истца, то по иску о признании решение лишь обеспечивает будущее осуществление. В этом отношении решение последнего, казалось бы, ближе подходит к судебным определениям, постановляемым в порядке *охранительного* производства. Но судебные постановления последнего рода лишь удостоверяют существование бесспорного права и вовсе не обладают силою обратить в право бесспорное то, что окажется спорным. Между тем решения по иску о признании заключают в себе ответ на то, в каком виде представляются юридические отношения между сторонами именно ввиду сомнений в существовании их, и, подтвердив существование или несуществование правоотношения, делают это не подлежащим оспариванию. Доставляя, таким образом, обеспечение, судебное решение по иску о признании не представляется, однако, актом охранительного производства ввиду того, что разрешает конфликт интересов («*Widerstreit divergierender Interessen*»), по выражению *Langheineken*<sup>1</sup>) одной стороны – в существовании правоотношения, другой – в несуществовании.

### § 3. Юридическое значение права на иск о признании

С точки зрения юридического значения судебного решения по иску о признании право на этот иск может быть определено как *право на обеспечение* гражданского правового положения истца через обладающее законною силою судебное подтверждение существования или несуществования юридической связи, обуславливающей собою существование или несуществование материальных правомочий.

Будучи лишь правом на *обеспечение*, право на иск о признании есть, однако, *право на такое же действие государства в лице суда, на какое направляется и право на иск о присуждении*. Обеспечение в данном случае производится тем же актом судебного подтверждения, которого добивается и тот, кто имеет право на иск о присуждении. Действие суда, на которое в обоих случаях направлен иск, есть судебное решение, т.е. действие, в смысле функциональном одинаковое как в одном случае, так и в другом. Если же в одном случае право на такое действие есть лишь право на обеспечение, это обуславливается только тем обстоятельством, что судебное подтверждение имеет своим предметом правоотношение, а не право на исполнение. Коль скоро суд ограничивается подтверждением первого, он не касается еще ни одного из тех притязаний, для осуществления кото-

<sup>1</sup> *Langheineken*, Urteilsanspruch, S. 83. Такого же рода характерный признак, отличающий производство по иску о признании от охранительного производства, указывает и *Rich. Schmidt*: «auch der Feststellungsschutz, – говорит он, – ist Ausübung der streitigen Civilgerichtsbarkeit und setzt einen *Eingriff*, eine Störung des Gegners voraus» (*Schmidt*, Lehrbuch d. deutsch. Civilprozessrechts, S. 691, 692).

рых и важна наличность правоотношения. Постановляя решение, подтверждающее существование его, суд поэтому лишь обеспечивает истцу осуществление в будущем тех притязаний, которые могут существовать только при наличности правоотношения и быть констатированы судом лишь по предварительном констатировании наличности или отсутствия правоотношения. Вследствие этого все, что может дать суд по иску о признании, есть обеспечение, и право на такой иск может быть охарактеризовано как право на обеспечение.

Право на иск о признании характеризует как право на обеспечение *Heinrich Degenkolb*. Иски этого рода, говорит он, суть иски об обеспечении (*Klagen auf Sicherheit*): «sie beziehen sich, auf einen Sicherungsanspruch»<sup>1</sup>. С такой квалификацией права на иск соглашается и *Plösz*<sup>2</sup>. Но и *Plösz*, и *Degenkolb* хотя и видят в праве на иск о признании притязание на обеспечение, но не притязание к государству. *Sicherungsanspruch* они представляют себе как притязание одной стороны к другой<sup>3</sup>. Это притязание, по *Degenkolb*, удовлетворяется ответчиком: он вступает в процесс со своим ответом на иск и дает суду возможность постановить решение<sup>4</sup>.

Для того, однако, чтобы право на иск о признании можно было представлять как право на обеспечение в таком именно смысле, должно было бы быть доказано, что право на иск вообще включает в себе притязание истца к ответчику – чего, как уже установлено, нет на самом деле. Объяснит *Plösz* и *Degenkolb* могло бы оказаться правильным, если бы у истца по такому иску было по отношению к ответчику то притязание, о котором говорит *Degenkolb*, – притязание на *Recognitiverklärung der Gegenpartei*<sup>5</sup>. Но и у истца по такому иску о присуждении притязания к ответчику в таком смысле не может существовать<sup>6</sup>.

Тем не менее *Plösz* и *Degenkolb* не сделали ошибки, указав на обеспечительное значение исков о признании. В праве на иск этого рода нельзя не видеть права на обеспечение. Это обеспечение, однако, не может быть объясняемо так, как сделали это *Plösz* и *Degenkolb*.

Обеспечение, в праве на которое заключается право на иск о признании, исходит только от государства в лице суда. К государству же, но вовсе не к противной стороне относится и право на обеспечение.

Если бы это было правом по отношению к противной стороне, это было бы право, лишенное практического значения; его существование было бы бесцель-

<sup>1</sup> *Degenkolb*, *Einlassungszwang und Urteilnorm*, S. 72; см. также еще, например, S. 165, 175.

<sup>2</sup> *Plösz*, *Beiträge zur Theorie des Klagerechts*, S. 169.

<sup>3</sup> «Sicherungsanspruch von Partei zu Partei» (*Plösz*, I. c., S. 171).

<sup>4</sup> *Degenkolb*, I. c., S. 165.

<sup>5</sup> *Ibid.*

<sup>6</sup> Об этом ниже.

ным. Как мера обеспечения, иск не достигал бы своей цели. Это осознал уже *Plösz*, считающий нужным добавить к решению по такому иску особую *cautio* посредством документа<sup>1</sup>. Но центр тяжести оказывается в добавлении, а не в том, к чему он служит. Если бы это было так, – правильно было замечено по этому поводу, – то было бы странно, что, предъявляя свой иск, истец просил бы только о признании, т.е. о подтверждении правоотношения, но не о принятии мер обеспечения<sup>2</sup>.

Между тем именно в самом подтверждении и заключается обеспечение. Каких-либо добавлений к судебному решению о подтверждении наличия правоотношения вроде определения о наложении ареста нет надобности и требовать. То судебное решение, которого добивается истец, предъявляя иск о признании, само по себе оказывает желательное для истца обеспечение. Коль скоро же оно заключается в самом решении, то и право на обеспечение может относиться только к тому, от кого исходит судебное решение, но отнюдь не к противной стороне<sup>3</sup>.

Обеспечение, в праве на которое состоит право на иск о признании, дается в двояком отношении. Судебное решение, как уже раньше установлено, подтверждая существование правоотношения, устраняет возможность нового суждения о наличии его по иску о присуждении. Предрешая же исход этого процесса, возможного в будущем, судебное решение по иску о признании вносит определенность и известность в правовую сферу истца и ответчика, обеспечивая таким путем позицию одного по отношению к другому. Таким образом, обеспечивающее действие решения по такому иску является результатом предварительного установления исхода возможного в будущем процесса по иску о присуждении. Коль скоро же это так, то право на иск о признании, как право на обе-

<sup>1</sup> *Plösz*, l. c., S. 170.

<sup>2</sup> *Wach*, Feststellungsanspruch, S. 8.

<sup>3</sup> Неправ поэтому проф. *Canstein*, предлагающий видеть в праве на иск двойственное направление – то к суду, то к противной стороне. «Там, где противная сторона, – говорит он, – своим признанием может сделать судебное подтверждение *излишним*, там притязание на подтверждение, как и всякое другое, есть притязание одновременно и к противнику, и к суду. Там же, где противная сторона своим признанием *не* может сделать подтверждение *излишним*, как при подтверждении недействительности брака или внебрачности ребенка, там притязание направляется только к суду (*Canstein*, Lehrbuch des Zivilprozessrechts, 1905, с. 140 (сн. 2)). Если бы противная сторона сделала необходимое для истца признание, истец утратил бы и тот интерес к иску, которым обуславливается право на иск; такого права вовсе не было бы налицо. Коль скоро же оно существует, то лишь как право, к государству в лице суда направляющееся. Возможность же для противной стороны сделать судебное подтверждение *излишним* нисколько не меняет направления права на иск; пока признания не сделано, необходимо судебное подтверждение, а следовательно, должно существовать и право на это подтверждение, т.е. право на иск, направляющееся именно к государству в лице суда, а не к противной стороне; если же считать это право и правом к противной стороне на признание, которое могло бы сделать *излишним* подтверждение, такое право представляло бы не что иное, как право на устранение необходимости в иске, т.е. на уничтожение права на иск.



спечение, есть в силу этого право на *антиципацию процесса* по иску о праве на исполнение, обусловливаемое наличием данного правоотношения<sup>1</sup>.

Если право на иск о признании есть право на обеспечение, то засим возникает вопрос: каково же *отношение* права на этот иск к *праву на иск о присуждении*? Имеет ли первое лишь подготовительное значение для второго или же может иметь значение и независимо от возможных в будущем процессов?

Сосредотачивая исключительное внимание на вопросе о значении права на иск этого рода для будущих исков о присуждении, исследователи пришли к заключению, что иск о признании имеет *подготовительное* значение для будущих исков о присуждении, право на иск о признании есть право предоставлять предварительно на судебное разрешение один из вопросов будущего процесса о присуждении, а именно вопрос о наличии правоотношения, и, наконец, что, соответственно этому, процесс о подтверждении правоотношения есть частица будущего процесса о присуждении, есть антиципированный процесс о присуждении.

Решение по иску о признании имеет значение, объясняет проф. *Weismann*, лишь потому, что оно благодаря сообщаемой ему позитивным правом законной силе может сделаться основанием в будущем притязаний и присуждений. Это и приводит *Weismann* к понятию процессуальной антиципации. Процессы по иску о признании, говорит он, всегда процессы антиципированные. В них антиципируются представляющиеся возможными в будущем процессы о таких притязаниях, для которых фундамент должен быть во всяком случае уже заложен настоящим правоотношением. Антиципируются эти процессы постольку, поскольку должно было бы быть необходимою составною частью их подтверждение данных правоотношений. С этой точки зрения иск о признании представляет он как ходатайство о такой антиципации процесса. Когда ходатайство

<sup>1</sup> Эту характерную черту отмечает и *Hellmann* (Lehrbuch, S. 376). В основе исков о признании, по его взгляду, лежит «Anspruch auf Sicherung». В этом *Anspruch* он видит, однако, частноправовое притязание, а не публично-правовое. Между тем обеспечение исходит от государства в лице суда, и право на обеспечение может быть конструируемо не иначе как право к государству, как право публичное. Говоря об *Anspruch auf Sicherung*, *Hellmann* подчеркивает то обстоятельство, что иски о подтверждении правоотношения могут вести к антиципации процесса по притязаниям на исполнение, которые вытекают бы из подтверждаемого правоотношения, так как решение, подтверждающее существование правоотношения, делает безуспешным оспаривание в будущем процессе претензии на исполнение, вытекающей из правоотношения, а решение, подтверждающее несуществование правоотношения, – заявление вытекающей из него претензии на исполнение (*Hellmann*, I. c.). Удачно отмечена связь между правом на иск о подтверждении правоотношения как правом на обеспечение и правом на адаптацию процесса *Kroll*. Подтверждение, говорит он, имеет целью обеспечить истца от будущего спора о правоотношении. Поэтому оно есть средство для осуществления претензии, доставляя элемент «einer als zukünftigtorausgesetzten Entscheidung über einen Rechtsanspruch». Правильно поэтому в подтверждении наличия или отсутствия правоотношения видят *антиципацию процесса*, которая, как и предшествующий ей исторически провокационный процесс, основывается на стремлении истца наложить на противника молчание и результатом которой является приговор суда, касающийся реальной наличности правоотношения, а не реализации его (*Kroll*, Klage und Einrede, 1884, S. 56).

это исходит от стороны, которую можно представить себе в будущем в качестве истца, это есть позитивный иск о признании. Если представим себе антиципационное ходатайство со стороны возможного в будущем ответчика, получим негативный иск<sup>1</sup>.

Но значение для будущего процесса не исчерпывает всего того, что может дать решение по иску о признании. Поэтому и теория антиципации не может быть положена в основу конструкции исков этого рода, как освещающая одну лишь сторону вопроса. Поскольку же идет речь об этой именно стороне, эта теория не может не быть признана подходящею. Когда надо отметить значение решения по иску о признании для будущего процесса по соответствующему иску о присуждении, это значение может быть объяснено с точки зрения теории антиципации: то, что было решено в первом процессе, принимается в зачет во втором; часть того, что подлежало бы обсуждению в этом последнем, вперед рассмотрена как отдельное дело в первом. Правильная по своей концепции, теория эта, однако, вынуждена обращаться к искусственному построению: дело представляется в виде выделения первого процесса из второго. Между тем уже одна возможность предупреждения будущего процесса при посредстве решения по иску о признании говорит против фикции выделения: это выделение должно было бы произойти, во-первых, вперед, раньше возникновения процесса, и, во-вторых, из такого процесса, на предупреждение которого именно и направляется иск о подтверждении правоотношения. Кроме этого, теория антиципации все-таки не объясняет, на каком же именно основании первый процесс принимается как часть второго. Едва ли это можно было бы теоретически и объяснить. Но для объяснения того значения, какое представляет решение по иску о признании для будущего процесса по иску о присуждении, нет надобности в подобном объяснении. Достаточно обратить внимание на ту силу, которою обладает подобное решение. Если оно вступает в законную силу – а это, как показано выше, вполне возможно, – то этим самым исключается возможность вторичного рассмотрения со стороны суда того, что уже решено. При этом, конечно, недопустимо новое обсуждение такого вопроса как по иску о том же самом предмете, так и по всякому иному иску между теми же сторонами. В процессе по иску о присуждении поэтому не может подлежать обсуждению вопрос о существовании того правоотно-

<sup>1</sup> Weismann, Feststellungsklage, с. 153; см. также: Hauptintervention, с. 79 (сн. 10). *Plank* прямо характеризует процесс по иску о признании как «nur ein abgelöstes Stück des Hauptprozesses, zu dessen Erledigung die feststellende Behauptung dienen sollte» (Lehrbuch d. deutsch. Civilprozessrechts, Bd. II, с. 20; см. также: S. 13, 14). Эту же мысль проводит и масса других исследователей (см.: Förster, *Eccius*, Preussisches Privatrecht, 1880, Bd. I, с. 258; Kroll, Klage und Einrede, с. 56; Leonhard в: Busch's Zeitschrift, с. 347, 356; Ott в: Allgem. österreich. Gerichts-Zeitung, 1899, № 5, с. 34; Pfizer, Endurtheil und Zwischenurtheil в: Gruchot's Beiträge, 1888, т. 32, S. 358; Rocholl в: Busch's Zeitschrift, т. 8, с. 345, 364, 377; Seuffert в: Grünhut's Zeitschrift, 1885, т. 12, с. 629; Wendt в: Arch. f. d. civil. Praxis, 1886, т. 70, с. 24; Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 1900, Bd. I, § 45). Такой же взгляд проводится и в германской судебной практике (см.: Reichsgerichts Entscheidungen in Civilsachen, 1885, т. 13, с. 387; Seuffert's Archiv, 1897, т. 52, № 119).

шения, о котором состоялось уже решение, вступившее в законную силу. Этой силы вполне достаточно для того, чтобы решение, его обладающее, могло оказать свое действие и для будущего процесса о присуждении. Для выяснения пределов законной силы решения по иску о признании теория антиципации не нужна и недостаточна. Правоотношение, подтвержденное судебным решением, должно быть принято судом в процессе о присуждении в таком виде, какой установлен был в предшествующем процессе по иску о признании, по одной лишь той причине, что решение об этом вступило в законную силу.

Иск о признании имеет значение, как уже выяснено выше, не только ввиду возможных в будущем исков о присуждении. Подтверждение правоотношения может иметь значение для гражданско-правовой позиции истца и вне будущих процессов. Коль скоро же так, то право на иск о подтверждении правоотношения может быть квалифицировано как право на обеспечение не иначе как в широком смысле, как право на обеспечение цивильно-правового положения истца на последующее за решением время не только ввиду будущих процессов, но как для предупреждения их, так и вне всякой зависимости от процесса. Таким образом, иск о признании и право на такой иск могут иметь не только подготовительное, но и вполне самостоятельное значение<sup>1</sup>.

Право на иск о признании может иметь двоякое значение – как подготовительное для возможного в будущем иска о присуждении, так и совершенно самостоятельное. Было бы односторонним упускать последнее значение, равно как неправильно лишь на нем настаивать. Так, однако, поступает приват-доцент Венского университета *Pollak*. «Feststellungsanspruch», говорит он, не имеет своей целью «*einem künftigen Leistungsansprüche vorzuarbeiten*». Если, объясняет он, притязание на подтверждение ведет к неопровержимой основе для будущего иска о присуждении, это может быть лишь случайным результатом решения по иску о признании; такой институт был бы несоразмерным для подготовительной цели; для этой цели аппарат был бы слишком велик<sup>2</sup>.

Едва ли можно говорить, что создаваемая решением по иску о признании неопровержимость существования правоотношения была лишь случайным результатом решения. Напротив, коль скоро это решение обладает законною силою, оно, как уже отмечено, имеет преюдициальное значение для последующего процесса и представляется явлением именно необходимым и неизбежным, раз

<sup>1</sup> Такой взгляд имеет уже сторонников. В пользу него высказываются, например, *Petersen* и *Anger*. Решение по иску о признании, высказано в их комментарии, может иметь значение «*für sich allein*» и удовлетворять «*unter Umständen allen Bedürfnissen des Klägers*» (*Petersen, Anger, D. Civilprozessordnung*, Bd. I, с. 512). См. также: *Gaupp, Stein, D. Civilprozessordnung*, 1901, Bd. I, с. 534 (право на иск о признании представляется как «*ein Recht auf eine neue, der Verurteilung gegenüber durchaus selbständige Form des Rechtsschutzes*»). Нет оснований думать, и по взгляду германского *Рейхсгерихта*, что иск о признании имеет вообще лишь субсидиарный характер (*Seuffert's Archiv*, 1899, т. 54, № 136, с. 261).

<sup>2</sup> *Pollak, System d. österr. Zivilprozessrechts*, 1903, Bd. I, с. 5 (сн. 10).

состоялось решение и вступило в законную силу. Вследствие же этого неслучайно и то явление, что решение по иску о признании имеет *подготовительное* значение для следующего процесса. Но не подлежит сомнению, что решение это может иметь значение и независимо от будущего процесса. Если же так, то и право на иск о признании представляет собою понятие двойкого значения: с одной стороны, это право на *самостоятельный* иск – право на обеспечение материально-правовой позиции истца без дальнейших процессов; с другой стороны, это есть право на иск *подготовительный* – право на обеспечение исхода будущего процесса<sup>1</sup>.

Практическое значение вывода о возможности существования права на *самостоятельный* иск о признании обнаруживается в вопросе о том, может ли существовать право на иск о подтверждении правоотношения и в ту пору, *когда существует уже право на соответствующий иск о присуждении*.

Если отвергается самостоятельность исков о признании, а иск этого рода рассматривается только как путь к обеспечению иска о присуждении, ответ может быть только отрицательный. Возможен лишь такой ответ, ибо с возникновением права на иск о присуждении не могло бы иметь значения обеспечения предъявление иска о признании. Если может уже состояться присуждение, может иметь место и иск об этом присуждении; незачем искать тогда и обеспечения этого иска, коль скоро можно с успехом искать присуждения.

Решая вопрос в смысле недопустимости иска о признании при возможности иска о присуждении, исходят из соображения о том, что иск о подтверждении правоотношения имеет целью предотвращать нарушение права; если это нарушение последует и станет возможным предъявить иск о присуждении, было бы бесцельным с этой точки зрения обращаться к такому средству защиты, как иск о подтверждении правоотношения, цель которого осталась, так сказать, позади<sup>2</sup>. Разумеется, если бы в данном случае иск такой оказался бесцельным, он не представлял бы и того юридического интереса, от наличия которого зависит право на иск. Но с нарушением одного из прав, обусловленных существованием правоотношения, может быть в виду интерес предупредить нарушение еще других; иск о подтверждении правоотношения, значит, может представляться мерою целесообразною, несмотря на возможность уже и иска о присуждении.

<sup>1</sup> К этому делению подходит, по-видимому, близко и то, которое предлагает проф. *Canstein*, разделяя иски о признании на *материально-правовые* и *процессуально-правовые* (*Canstein, Lehrbuch, 1905, Bd. I, S. 138–139*). Таким делением и *Canstein*, несомненно, имел в виду разграничить иски о признании на такие, которые представляют лишь подготовительное значение, и другие, имеющие значение самостоятельное. На это указывает то обстоятельство, что к числу процессуально-правовых исков о признании он относит те, которые, объясняет он, в сущности, служат для обеспечения материально-правовых притязаний. Особо от этой группы ставит он иски материально-правовые, относя к ним, например, иски о подтверждении недействительности духовного завещания, о подтверждении законности или незаконности рождения.

<sup>2</sup> См.: *Oetker, Konkursrechtliche Grundbegriffe, с. 579*.

Более веским представляется другое соображение. Если для истца, говорят, *возможно* в одном процессе отстоять все свое право целиком, он и обязан сделать это, чтобы *не тягивать ответчика ненужным образом в два процесса*<sup>1</sup>. Через предъявление иска о присуждении – говоря иначе – не только становится *излишним* иск о подтверждении правоотношения, но истец путем *одного* процесса достигнет того, для чего иначе потребовались бы два процесса, предупреждая в то же время равным образом и для противной стороны, и для суда двойную трату времени, труда и средств<sup>2</sup>.

Конечно, если иск о подтверждении правоотношения представляется излишним, не должен быть он и допустим. Но едва ли возможность иска о присуждении может сделать *всегда* излишним иск о правоотношении. Конечно, если бы последний имел лишь одно подготовительное значение для второго, в силу одного этого представлялся бы недопустимым иск о правоотношении с наступлением возможности предъявить иск о присуждении. Но, как выше установлено, иск о правоотношении может иметь вполне самостоятельное значение. В таком случае может ли быть решен в отрицательном смысле вопрос о допустимости его при возможности иска о присуждении? Конечно, нет. Но ведь такой иск, говорят, *излишен* и не нужен. Так ли, однако, это?

Решение по иску о подтверждении правоотношения, как уже установлено, может обладать законною силою и, таким образом, представляет собою такое же явление, как и решение по иску о присуждении. Но в то время как в последнем случае опровержению не подлежит существование права на исполнение, в первом случае неопровержимость сообщается существованию правоотношения. Следовательно, для истца не может быть безразличным, какое решение последует и какой иск, следовательно, надо предъявить, чтобы добиться данного именно решения. Если истец желает добиться неопровержимости существования правоотношения, его нельзя связывать возможностью предъявления только такого иска, который может привести не к этой, но к иной цели. Если по иску о присуждении и будет затронут судом вопрос о правоотношении, то существование этого правоотношения найдет себе выражение лишь в мотивах и не приобретет авторитет решения, обладающего законною силою. При таких же обстоятельствах, сколько бы ни существовало право на иск о присуждении, оно не может быть использовано для тех целей, к которым приводит иск о подтверждении правоотношения, ибо цели в обоих случаях неодинаковы. Нельзя было бы поэтому допускать мысли, что возможность иска о присуждении исключает возможность иска о признании ввиду большего авторитета реше-

<sup>1</sup> Rocholl в: Busch's Zeitschrift, т. 8, с. 404; см. также: Rechtsfälle, Bd. II, с. 169. Oetker находит это соображение несущественным (Konkursrechtliche Grundbegriffe, I. с.).

<sup>2</sup> Plank, Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts, Bd. II, с. 18.

ний по искам первого рода<sup>1</sup>. Нет основания считать этот авторитет большим или меньшим в зависимости от рода предъявленного иска; но и помимо того каждый из исков приводит к результатам, из которых один не может быть заменен другим. Где надо достичь подтверждения правоотношения, там должен быть и может быть предъявлен и иск, для этой цели пригодный, т.е. иск о признании, иск о подтверждении правоотношения, хотя бы у истца уже было и право на иск о присуждении.

Но, таким образом, – можно возразить, – кто имеет право на иск о присуждении, может наносить вред и правосудию, и интересам противной стороны, так как процессу о присуждении будет предпосылаться иск о подтверждении правоотношения, и число процессов может размножиться без действительной нужды и пользы.

Разумеется, если нет у истца необходимости специально в подтверждении правоотношения, допускать отдельный иск об этом не приходится. При отсутствии этого условия не может быть и права на такой иск. Коль скоро же условие это налицо, иск о подтверждении правоотношения не может быть недопустим, как бы ни увеличилось от того количество процессов. Если в них есть необходимость, они не должны считаться излишними. Не может их сделать таковыми и то обстоятельство, что сверх права на иск о подтверждении правоотношения есть у данного лица также и право на иск о присуждении. Если есть необходимость как в одном иске, так и в другом, есть и право как на тот, так и на другой, ибо, осуществив одно право, истец еще не достигнет того, что может дать осуществление другого.

Проверяя поэтому наличность условий возникновения права на иск, суд должен допустить иск о признании, коль скоро удостоверится в наличности права на этот иск, и не может не признать этого права существующим на том лишь основании, что у истца есть право и на другой иск – на иск о присуждении. Во имя интересов правосудия и противной стороны нельзя допускать ущерба интересов того, кто правосудия ищет. Все, что может быть и должно быть возложено на суд в данном случае, – это проверка условий возникновения права на иск о подтверждении правоотношения. Предоставлять же суду не допускать осуществления этого права ввиду имеющейся у истца возможности предъявить другой иск значило бы облекать суд полномочиями полицейской опеки, «*polizeilicher Ueberwachung*», как выражается *Bähr*<sup>2</sup>. Вовсе же не допускать иска о подтверждении правоотношения при возможности иска о присуждении – такое положение, помимо своей принципиальной неправильности, могло бы, правильно замечает *Bähr*, уничтожить существенную часть того добра, ради которого допущены эти иски<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Ср.: *Moos*, *Klage auf künftige Leistung*, S. 27–28.

<sup>2</sup> *Bähr*, *Urteile des Reichsgerichts*, с. 168.

<sup>3</sup> *Bähr*, *ibid.*

Коль скоро иск о подтверждении правоотношения целесообразен, есть и право на него, он должен быть и допущен, хотя бы за ним и мог быть предъявлен иск о присуждении<sup>1</sup>.

Если иск о подтверждении правоотношения может иметь свое значение несмотря на возникшую уже возможность иска о присуждении, то право на иск о правоотношении может быть осуществляемо как через самостоятельное предъявление такого иска, так и через предъявление его в течение возникшего уже процесса по иску о присуждении. Эта возможность обуславливается различием в целях обоих исков: предъявление одного из них не устраняет необходимость в другом. Ввиду, однако, причинной связи между предметами подтверждения по обоим искам, нет надобности, чтобы процесс по одному из них развивался независимо от другого. Наоборот, в интересах и сторон, и правосудия, вполне целесообразно поступают те законодательства, которые предусматривают возможность *особых ходатайств о подтверждении наличности правоотношения в течение производства по иску о присуждении*.

Так именно поступают законодательства германское и австрийское. По ст. 236 австрийского Устава гражданского судопроизводства до конца того словесного разбирательства, за которым следует судебное решение, истец может без согласия ответчика предъявить требование, чтобы ставшее в течение процесса спорным правоотношение или право, от существования или несуществования которого зависит в целом или в части разрешение искового требования, было подтверждено в решении, постановляемом по иску, или в предшествующем решении. Такое же положение имеется и в ст. 280 германского Устава гражданского судопроизводства.

Таким образом, по австрийскому и германскому законодательствам, подтверждения наличности правоотношения истец может добиться даже в том случае, когда уже предъявлен иск о присуждении; подтверждение правоотношения может состояться в течение процесса о присуждении, зависящем от существования правоотношения (например, если иск был о сервитуте, а во время процесса оспаривается ответчиком право собственности истца на *praedium dominans*<sup>2</sup>).

<sup>1</sup> На такой точке зрения стоят, кроме уже названных, *Richard Schmidt* (Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts, с. 696): он считает вполне допустимым иск о подтверждении правоотношения уже ввиду того, что хотя право на иск о присуждении уже возникло, но фактически невозможно или трудно предъявить его; см. также: *Kroll*, Klage und Einrede, S. 57 (он подчеркивает условие, чтобы представлялось процессуально-целесообразным разделение вопросов о правоотношении и притязании). При наличности «особого» интереса в подтверждении правоотношения допускают иск об этом, несмотря на возможность иска о присуждении, также *Wach* (Feststellunganspruch, с. 64 (сн. 112)), *Klein* (Vorlesungen über die Praxis d. Civilprocesses, S. 196), *J. Kohler* (Prozessrechtliche Forschungen, S. 67), *Regelsberger* (Pandekten, S. 680–681 (сн. 13)), *Moos* (Klage auf künftige Leistung, S. 27–28). К этому же воззрению присоединяется Комиссия по пересмотру судебных уставов (Объяснительная записка к проекту новой редакции Устава гражд. судопр., т. I, с. 9 (сн. 2)).

<sup>2</sup> *Schauer*, Die Civilprozessordnung, 1898, с. 529.

Такой способ подтверждения наличия правоотношения, по свидетельству лиц, наблюдавших применение его на практике, ведет к цели правосудия с соблюдением вместе с тем и интересов экономии времени, труда и затрат как для тяжущихся, так и для правосудия<sup>1</sup>. Не представляется принципиальных препятствий к распространению этого правила и за пределы законодательств, до сих пор его знающих. Коль скоро подтверждение наличия правоотношения может иметь значение и независимо от присуждения, и иск о подтверждении правоотношения может быть предъявляем вполне самостоятельно наряду с иском о присуждении. Остается в таком случае лишь вопросом удобства допустить осуществление права добиваться судебного подтверждения правоотношения в том же процессе, который возник по иску о присуждении.

Право на иск о признании, представляя вполне самостоятельный смысл, может, однако, иметь и *подготовительное значение* для будущих исков о присуждении. Возможно такое значение в том случае, когда оба иска стоят в таком отношении друг к другу, что процесс о правоотношении может быть представлен как вперед выделенная часть предстоящего в будущем процесса по иску о присуждении, иначе говоря, когда первый иск имеет, по терминологии *Weismann*, антиципарное значение для второго<sup>2</sup>.

Такое соотношение между исками может иметь важное *практическое* значение.

Если существует право на иск о признании, то какой суд должен явиться тем органом государства, на действие которого иск направляется, иначе говоря, кому *подсуден* иск о признании?

Для решения этого вопроса важно иметь в виду, что право на иск о признании есть право на такой иск, который может иметь подготовительное значение для иска о присуждении. Подсудность этого последнего принимается во внимание при определении подсудности иска о признании. Такой прием применен, например, нашим законодателем в ст. 1801 Уст. гр. суд. Иски о признании существования или несуществования юридического отношения, по этой статье, предъявляются по общим правилам о подсудности тому суду, ведению коего подлежали бы иски о нарушении означенного юридического отношения. Почти буквально воспроизведено это положение и в ст. 72 проекта новой редакции Устава гражданского судопроизводства. По этому же способу определяется подсудность исков о признании и по германскому Уставу (ст. 29). Это объясняют тем, что иск о признании направляется на подтверждение правоотношения исключительно как основы притязаний<sup>3</sup>. Где был бы предъявлен иск о притяза-

<sup>1</sup> *Klein*, Vorlesungen über die Praxis d. Civilprocesses, с. 198; ср. также: *Plank*, Lehrbuch, Bd. II, S. 18 (сн. 58).

<sup>2</sup> См. выше, [с. 241].

<sup>3</sup> *Rechtsgericht's Entscheidungen in Civilsachen*, 1885, т. 13, с. 387.



нии, существованием данного правоотношения обуславливаемым, тому же суду должен быть предъявлен и иск о подтверждении наличности или отсутствия этого правоотношения. Если иск о признании предъявляется в негативной форме, то истцом выступает тот, кто был бы ответчиком, если бы был предъявлен иск о присуждении, т.е. о праве на исполнение, обуславливаемом существованием оспариваемого правоотношения. Тем не менее не соотношение процессуальных ролей по негативному иску должно быть принимаемо во внимание при определении подсудности этого иска, но именно то соотношение, которое было бы в процессе по иску о присуждении, опасность предъявления которого имеется в виду предупредить путем иска негативного. Таким образом, переменна процессуальных ролей в негативном иске сравнительно с соответствующим иском о присуждении не влияет на подсудность негативного иска именно ввиду его субсидиарного значения<sup>1</sup>.

Если иск о признании имеет *подготовительное* значение для данного иска о присуждении, то не имеет ли истец права, предъявив первый иск, перейти в течение начавшегося процесса к иску второго рода? С другой стороны, коль скоро иск такой может представлять значение и *самостоятельное* независимо от иска о присуждении, то не может ли истец, предъявив иск последнего рода, перейти засим в течение начавшегося процесса к иску о подтверждении того правоотношения, вопрос о существовании которого является частным вопросом процесса по первому?

Если право на иск может быть правом на иск, имеющий подготовительное значение для другого, то ничего нет невозможного в том, чтобы в течение процесса по иску о признании возникла у истца необходимость в том иске о присуждении, ввиду которого предъявлялся первый иск. Ввиду подготовительного значения одного иска для другого производство по первому представляется лишь вперед взятою частицею производства по второму. С этой точки зрения не подлежит сомнению возможность наличности у истца интереса к непосредственному переходу в течение процесса по иску о правоотношении к иску о праве на исполнение. Переход этот был бы не чем иным, как прямым продолжением одного и того же гражданского дела, которое могло бы без этого перехода оказаться лишь разделенным на два производства: одно – по иску о правоотношении, другое – по иску о праве на исполнение. Переход от одного иска к другому представлял бы соединение этих частей одного и того же целого. Не может служить препятствием то обстоятельство, что при таком переходе заявляется новый повод, новый факт, служащий основанием для юридического интереса к иску. Это заявление нового повода указывает лишь, что у истца имеется юридический интерес в судебном решении, несмотря на перемену в обстоятельствах, этот интерес создающих. Основание же иска не меняется: решение вопроса, составляющего

<sup>1</sup> Иного взгляда – Rocholl (Die Feststellungsklage в: Busch's Zeitschrift, т. 8, с. 392 (сн. 48)).

предмет подтверждения по иску о присуждении, должно покоиться на том же основании, что и решение вопроса, составляющего предмет подтверждения по иску о признании<sup>1</sup>. Ввиду этого в переходе от иска о признании к иску о присуждении нет изменения иска.

Нет этого изменения и в том случае, когда истец, предъявив первоначально иск о присуждении, переходит затем к иску о признании. Могло бы явиться сомнение в возможности того, что истец может иметь необходимость в таком переходе. Но сомнение устраняется, коль скоро установлено, что иск о подтверждении правоотношения может иметь и вполне самостоятельное значение.

С этой точки зрения нет ничего невозможного и в том, что может иметь место *соединение исков* о признании и о присуждении. Нет препятствий со стороны правил о точном соединении ввиду отмеченного уже тождества оснований обоих исков<sup>2</sup>. Соединение же их может оказаться необходимым для истца, если подтверждение наличности правоотношения представляет вполне самостоятельный интерес, особо стоящий от интереса к подтверждению права на исполнение. Коль скоро право на иск о признании может быть правом на иск с самостоятельным значением, ничего нет невероятного, что интерес к такому иску будет налицо, несмотря на предъявление или возможность предъявления иска о присуждении. Но, разумеется, суд в каждом случае должен проверять наличность этого интереса, при существовании которого только и может существовать право на иск<sup>3</sup>.

\* \* \*

«Право на иск о признании» есть, таким образом, один из видов общего понятия «право на иск». Соответственно основному различию между иском о присуждении и иском о признании, право на этот последний есть право на судебное подтверждение наличности или отсутствия правоотношения, но не права на исполнение чего-либо со стороны ответчика. Это отличие не отнимает у права на иск о признании его практического смысла.

Правда, иск о признании не может привести к мерам принудительного исполнения. Но, помимо психологического воздействия на противную сторону, решения, подтверждающие наличность или отсутствие правоотношения, представляют практический смысл ввиду той законной силы, которою обладают и они наравне с решениями по искам о присуждении; решения по искам о призна-

---

<sup>1</sup> Подробности этого вопроса в моей работе «Основание иска в составе изменения исковых требований» (Ярославль, 1902, с. 228 сл.).

<sup>2</sup> Это требуется, например, по ст. 258 нашего У. г. с.

<sup>3</sup> За допустимость соединения этих исков, например, Комиссия по пересмотру судебных уставов (Объяснительная записка к проекту новой редакции устава гражданского судопроизводства, т. I, с. 8).

нии исключают юридическую возможность нового судебного подтверждения наличия или отсутствия правоотношения, обладая неопровержимой доказательной силой относительно этого правоотношения; такое решение снимает на будущее время в случае процесса по иску о присуждении бремя доказывания с одного из тяжущихся и ограничивает другого в праве представления доказательств; благодаря же процессуальному значению решение по иску о признании имеет своим последствием и выяснение материально-правовых отношений между сторонами, предупреждение будущих споров между ними и определение дальнейшего образа их действий.

Ввиду такого значения судебного решения по иску о признании право на этот иск есть право на обеспечение гражданско-правового положения истца. Это не значит, однако, что иск о признании имеет лишь подготовительное значение для иска о присуждении в будущем, – он может иметь и вполне самостоятельное значение. Соответственно этому, и право на иск о признании есть, с одной стороны, право на самостоятельный иск – право на обеспечение материально-правовой позиции истца без дальнейших процессов, с другой стороны, это право на иск подготовительный – право на обеспечение исхода будущего процесса. Выяснение обеих сторон права на иск о признании представляет важное значение, обнаруживающееся в целом ряде случаев: это необходимо для решения вопросов о существовании права на иск о признании при наличии права на иск о присуждении, о подсудности исков о признании, о переходе от иска о признании к иску о присуждении. Правильная конструкция права на иск о признании нужна, наконец, и для вопроса о возникновении права на иск.

*Продолжение следует...*

*Печатается по:  
Гордон В.М. Иски о признании.  
Ярославль: Типография Губернского Правления,  
1906. С. 73–194*