

ИЗЪ ИНОСТРАННОЙ СУДЕБНОЙ ПРАКТИКИ.

(ГЕРМАНСКИЙ ИСКЪ ОБЪ УСТАНОВЛЕНІИ НАЛИЧНОСТИ И ОТСУТСТВІЯ ГРАЖДАНСКИХЪ ПРАВООТНОШЕНІЙ) ¹⁾.

По нашему Уставу гражданского судопроизводства (ст. 1) разрѣшенію судебныхъ установленій подлежитъ всякій споръ о правѣ гражданскомъ. Однако, ни въ Уставѣ, ни вообще въ нашихъ законахъ не содержится опредѣленія понятія права вообще, гражданского права—въ частности. Поэтому для уясненія, согласно статьѣ 1, вѣдомства судебныхъ установленій понятіе права должно быть опредѣлено на основаніи данныхъ науки. Несомнѣнно, конечно, что разсматриваемая статья имѣетъ въ виду субъективное право, хотя-бы уже потому, что разрѣшеніе спора объ объективномъ гражданскомъ правѣ составляетъ спеціальную задачу кассационнаго департамента Правительствующаго Сената. Подъ субъективнымъ правомъ, по опредѣленію Регельсбергера, слѣдуетъ понимать власть надъ предметами внѣшняго міра, людьми и вещами,—направленную на удовлетвореніе признаннаго интереса ²⁾. Къ сожалѣнію, въ нѣсколькихъ словахъ сказать, что понимается подъ правомъ гражданскимъ,—представляется весьма затруднитель-

¹⁾ При составленіи настоящаго обзорѣнія матеріаломъ и пособіемъ намъ служили: *Entscheidungen des Reichsgerichts*, herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofes und der Reichsanwaltschaft; *Die Praxis des Reichsgerichts in Civilsachen* bearbeitet von A. Bolze; *Der Feststellungsanspruch* von A. Wach; *Handbuch des deutschen Civilprozesses* von A. Wach; *Der Reichscivilprozess* von H. Fitting, 8 Aufl.; *Motive zu dem Entwurfe*, B. I; *Civilprozessordnung mit Kommentar und Anmerkungen* von Wilmsky und Levy, 1 Band, 7 Aufl.; *Die Civilprozessordnung erläutert* von A. Förster, I B., II Abtheilung.

²⁾ Ф. Регельсбергеръ—Общее ученіе о правѣ, стр. 5, 32.

нымъ: въ наукѣ понятіе это очень спорно главнымъ образомъ потому, что „въ правѣ нигдѣ не встрѣчается рѣзкихъ противоположеній; всюду наблюдаются переходы или посредствующие члены“ ¹⁾). А такъ какъ точность и правильность опредѣленія понятія гражданского права не имѣетъ значенія для цѣлей нашего настоящаго обзорѣнія, то, не желая отвлекаться въ сторону, мы позволимъ себѣ допустить тавтологію, сказавъ, что гражданское право есть власть надъ вещами и лицами, признанная гражданскими законами.

Итакъ, по смыслу статьи 1 нашего Устава, суды обязаны разрѣшать *всякіе* споры о власти, направленной на удовлетвореніе признанныхъ гражданскими законами интересовъ. Подъ это широкое выраженіе „всякіе споры“ одинаково подходятъ какъ тѣ случаи, когда споръ идетъ о дѣйствиіи или воздержаніи отъ дѣйствиіи, которое я требую отъ кого-либо въ силу принадлежащей мнѣ власти, такъ, тѣмъ болѣе, тѣ, когда споръ идетъ о самой власти, о наличности или отсутствіи ея, при чемъ никакого требованія къ противнику лицо не заявляетъ. Слѣдовательно, наши процессуальные законы предоставляютъ обращаться къ государству за судебной защитой, предъявлять иски двоякаго рода: 1) для понужденія обязаннаго лица къ исполненію притязанія (Anspruch) (такъ называетъ германское гражданское уложеніе въ 194 статьѣ право требованія отъ кого-либо совершенія или воздержанія отъ дѣйствиіи) и 2) для установленія судомъ наличности или отсутствія гражданского правоотношенія, гражданского права, т. е. предъявлять иски, предусмотрѣнные 231 статьёй германскаго Civilprozessordnung и называемые въ нѣмецкой наукѣ Feststellungsklage. Нельзя, однако, не сказать, что этотъ логически необходимый выводъ изъ 1 статьи Устава является съ точки зрѣнія законодательныхъ мотивовъ казуистическимъ и несоотвѣтствующимъ содержанію дальнѣйшихъ правилъ нашего процесса. Въ соображеніяхъ, приведенныхъ подъ 1 и 2 ст. Устава, сказано, что въ нихъ „выражено главное начало отдѣленія судебной власти отъ административной, и, слѣдовательно, слова „споръ о правѣ гражданскомъ“ употреблены для противоположенія „спору о правѣ публичномъ“ ²⁾, а вовсе не имѣютъ цѣлью установить предѣлы судеб-

¹⁾ Ib., стр. 232.

²⁾ Судебные Уставы, изданные Государственной Канцеляріей, стр. 15.

ной защиты въ гражданскихъ правоотношеніяхъ. Съ другой стороны, въ мотивахъ къ ст. 237—244 категорически указано, что „судебныя мѣста обязаны... охранять силою закона право собственности, право состоянія и вообще гражданскія права лицъ физическихъ и юридическихъ отъ всякаго незаконнаго посягательства на неприкосновенность признанныхъ закономъ правъ, въ случаяхъ спора или насилія. Посему, для возбужденія дѣятельности мѣстъ судебныхъ требуются слѣдующія общія условія: нарушение признаннаго закономъ права, споръ и просьба.... объ охраненіи права“ ¹⁾). Такимъ образомъ искъ немислимъ безъ нарушения права, судъ оказываетъ защиту только такому праву, которое находится въ состояніи неудовлетворенности, т. е. лишь въ тѣхъ случаяхъ, когда лицо имѣетъ и предъявляетъ притязаніе къ опредѣленному противнику. Такой же выводъ вытекаетъ изъ цѣлаго ряда статей Устава (273, 722, 723, 726, 735 и др.). Говоря объ опредѣленіи цѣны исковъ, законъ перечисляетъ только иски объ осуществленіи притязаній; по поводу заочнаго рѣшенія законъ постановляетъ, что оно теряетъ свою силу, если истецъ не просилъ *объ его исполненіи* въ теченіе трехъ лѣтъ, между тѣмъ какъ рѣшенія объ установленіи правоотношенія по самой сущности своей не подлежатъ принудительному исполненію. Вездѣ законъ говоритъ объ обвиненной сторонѣ, о присужденіи стороны къ тому или другому, а въ *Feststellungsklage* стороны ни къ чему не присуждаются, и, какъ мы постараемся показать ниже, разрѣшеніе иска не предполагаетъ непремѣнно обвиненной стороны. Поэтому очевидно, что нашъ Уставъ имѣетъ въ виду только такіе иски, которые направлены къ принудительному осуществленію гражданскихъ притязаній.

Въ соотвѣтствіи съ этимъ и Правительствующій Сенатъ въ двухъ рѣшеніяхъ за 1875 г. (№ 246 и 1052) призналъ, что „по разуму сего закона (статья 1) и на основаніи ст. 4 и 5 (?) Устава гражданского судопроизводства, судъ въ состязательномъ порядкѣ разрѣшаетъ лишь споръ о правѣ, при чемъ конечнымъ результатомъ такого производства должно быть рѣшеніе, возстановляющее нарушенное право. Посему исковое требованіе.... предполагаетъ, съ одной стороны, дѣйствительно уже возникшее нарушеніе права....“; „подъ именемъ спора о правѣ гражданскомъ слѣдуетъ

¹⁾ Ib., стр. 127.

понимать или споръ о такомъ правѣ, осуществленіе котораго представляется возможнымъ непосредственно въ силу самаго судебного рѣшенія, или такія требованія, которыя, будучи признаны судомъ правильными, могутъ быть осуществлены въ порядкѣ исполненія судебного рѣшенія“; „въ нашемъ законодательствѣ не предусматрѣна возможность обращаться къ суду не съ требованіемъ о принужденіи какого-либо взысканія или о понужденіи къ какому-либо дѣйствію или исполненію, а только съ требованіемъ о признаніи какого-либо событія дѣйствительно совершившимся“. Высказавшись столь рѣшительно, кассационный департаментъ однако тутъ же впадаетъ въ крайнее противорѣчіе, говоря, что „судъ не можетъ отказаться отъ разсмотрѣнія исковаго требованія.... о признаніи договора недѣйствительнымъ“. Если, однако, искъ ограничивается только такимъ требованіемъ, то очевидно, что ни о какомъ присужденіи взысканія, ни о понужденіи къ дѣйствію или исполненію не можетъ быть рѣчи. Здѣсь нѣтъ никакого притязанія къ противнику, потому что нѣтъ на лицо одного изъ необходимыхъ условій его—неудовлетворенности права. Въ случаѣ удовлетворенія иска—судъ лишь признаетъ отсутствіе между сторонами даннаго правоотношенія, т. е. постановитъ настоящій *Feststellungsurtheil*.

Весьма вѣроятно, что подъ давленіемъ требованій жизни суды допускаютъ еще и другія исключенія въ указанномъ направленіи, но такъ или иначе случаи эти представляются единичными и во всякомъ случаѣ идущими въ разрѣзъ съ основными началами нашего процесса. А между тѣмъ допущеніе такихъ исковъ объ установленіи юридическихъ отношеній, распространеніе судебной защиты за границы припудительнаго осуществленія притязаній представляется чрезвычайно желательнымъ, такъ какъ оно имѣло бы огромное разностороннее значеніе для стойкости и прочности экономического оборота. Прежде чѣмъ притязаніе возникло, право лица можетъ серьезно нуждаться въ авторитетномъ его констатированіи, потому ли, что въ послѣдствіи установленіе его можетъ представиться гораздо болѣе затруднительнымъ для заинтересованной стороны, или потому что неопредѣленность субъективныхъ правъ въ глазахъ третьихъ лицъ можетъ причинить значительный ущербъ юридическому положенію обладателя права. Наконецъ, что, пожалуй, важнѣе всего, допущеніе такихъ исковъ можетъ устранить тотъ ненужный вредъ народному хозяйству, который теперь нерѣдко влечетъ за собой исполненіе судебныхъ рѣшеній. Рѣшеніе о взысканіи или о понужденіи къ

дѣйствию, говоря иначе,—о притязаніи приводится въ исполненіе немедленно по вступленіи его въ законную силу. Если проигравшая сторона была, какъ это нерѣдко случается, увѣрена въ своемъ правѣ, то она обыкновенно не готовится къ исполненію рѣшенія, не вводитъ возможность исполненія въ свои хозяйственные расчеты, не запасается наличными деньгами, не выдѣляетъ спорнаго предмета изъ своего хозяйственнаго предпріятія и т. д. При такихъ условіяхъ спѣшная продажа или принудительное отчужденіе имущества проигравшей стороны, изытіе изъ нея хозяйственнаго строя тѣхъ или другихъ предметовъ можетъ отнять у нея гораздо больше, чѣмъ то собственно необходимо для исполненія рѣшенія. Тотъ минусъ имущественныхъ благъ, который создается въ хозяйствѣ должника, можетъ значительно превышать плюсъ, который получить хозяйство кредитора. Напротивъ, если обращеніе къ суду отодвинуть къ болѣе раннему моменту, если допустить авторитетное вмѣшательство судебной власти въ тотъ моментъ, когда состояніе неудовлетворенности права еще не возникло, если судъ устанавливаетъ право раньше, чѣмъ притязаніе возникло, то стороны имѣютъ возможность приготовиться къ исполненію будущаго притязанія и оградить себя отъ излишнихъ и безцѣльныхъ потерь. Далѣе, нечего уже говорить о томъ, что чѣмъ раньше возникшее недоразумѣніе будетъ предложено на разрѣшеніе суда, тѣмъ проще и правильнѣе оно можетъ быть устранено; что предыдущее рѣшеніе значительно упрощаетъ будущій споръ о притязаніи и предупреждаетъ вредныя въ этомъ періодѣ проволочки процесса. Вообще, сравнивая между собой иски объ исполненіи и объ установленіи, можно сказать, что первые служатъ для лѣченія уже возникшей болѣзни права въ смыслѣ объективно ненормальнаго состоянія его, а вторые—являются профилактическимъ средствомъ, къ которому обращаются въ тотъ моментъ, когда болѣзни еще нѣтъ, но въ воздухѣ носится зараза. И какъ предупрежденіе болѣзней несомнѣнно предпочтительнѣе лѣченія ихъ, такъ и государственная судебная власть не должна спокойно и безучастно смотрѣть на грозящее нарушеніе, которое, однако, уже начинаетъ оказывать свое вредное вліяніе, и ждать, когда это нарушеніе дѣйствительно совершится, произведетъ всѣ свои вредныя послѣдствія, которыя болѣею частью и нельзя вполнѣ устранить. Въ частности у насъ допущеніе такихъ исковъ имѣло бы особенно важное значеніе потому, что при несовершенствѣ нашихъ гражданскихъ законовъ и несоотвѣтствіи ихъ быстро растущему экономическому обороту неопре-

дѣленность права (субъективная) можетъ наступать весьма часто. Вотъ почему, въ виду совершающагося теперь пересмотра Судебныхъ Уставовъ, мы посвящаемъ наше обзорѣніе германскому иску объ установленіи юридическихъ отношеній, какъ онъ установленъ законодательствомъ и развитъ практикой Reichsgericht'a.

Необходимость оказанія судебной защиты праву, когда оно не находится еще въ состояніи неудовлетворенности, признавалась уже римлянами. „Въ видѣ исключенія,—говоритъ Keller въ своемъ классическомъ сочиненіи ¹⁾, — существовали *judicia*, которые не разрѣшались *condemnatio* и вообще не имѣли въ виду никакого непосредственнаго внѣшняго воздѣйствія, а ставили единственной цѣлью—констатировать конкретное правоотношеніе или юридическое событіе въ интересахъ ли будущаго процесса, или и помимо этого. Такимъ путемъ можно было разрѣшить вопросъ, есть ли данное лицо дитя такого-то отца, либертинъ такого-то патрона, рабъ опредѣленнаго господина или свободный гражданинъ; получилъ ли *sponsor* или *fidei promissor* отъ кредитора необходимыя указанія относительно объекта поручительства, какъ велико *dos* жены и т. п.“. Опираясь на римскій процессъ, практика прусскаго и общегерманскаго права все шире и шире распространяла область примѣненія исковъ объ установленіи гражданскихъ правоотношеній. Въ прусскомъ правѣ, помимо иска о правахъ состоянія и признанія брака недѣйствительнымъ, законъ категорически допускалъ еще отрицательный искъ объ установленіи, т. е. о признаніи отсутствія даннаго гражданского правоотношенія; положительный искъ былъ уже затѣмъ допущенъ практикой, и оберъ-трибуналъ призналъ допустимость такого иска для разрѣшенія вопроса о томъ, подлежитъ ли данное правоотношеніе обсужденію на основаніи германскихъ, или же иностранныхъ законовъ. Такъ какъ, однако, допущеніе исковъ объ установленіи было въ значительной мѣрѣ дѣломъ случая, зависело отъ судейскаго усмотрѣнія и практика нѣмецкихъ судовъ колебалась по этому вопросу, то при выработкѣ новаго устава гражданского судопроизводства (вступившаго въ силу съ 1 октября 1879 г.) именно ради уничтоженія колебаній судебной практики ²⁾, въ уставѣ была внесена статья (231), которая гласитъ такъ: „допускается искъ объ установленіи наличности или отсутствія гражданского правоотношенія, о признаніи документа или установленіи его под-

¹⁾ Der Römische Civilprozess, 6 Ausgabe, §§ 189—191.

²⁾ Förster—Die Civilprozessordnung, B. I, Ab. II, S. 390.

ложности, если у истца есть юридическій интересъ въ томъ, чтобы это правоотношеніе, подлинность или подложность документа были тотчасъ же установлены судебнымъ рѣшеніемъ“. Въ мотивахъ къ этой статьѣ мы читаемъ ¹⁾: „предоставляя на-ряду съ искомъ объ исполненіи искъ объ установленіи, законъ тѣмъ самымъ признаетъ, что на-ряду съ присущимъ праву притязаніемъ на исполненіе (Anspruch auf Leistung) изъ правоотношенія вытекаетъ самостоятельное притязаніе на установленіе. Какъ притязаніе на исполненіе, такъ и притязаніе на установленіе можетъ быть нарушаемо, и только въ случаѣ такового нарушенія имѣется достаточный поводъ для предъявленія иска объ установленіи“. Высказанныя въ мотивахъ соображенія привели къ весьма распространенному мнѣнію, что въ статьѣ 231 нужно видѣть норму матеріальнаго права, которую правильнѣе было бы помѣстить въ гражданскихъ законахъ. Основываясь на употребленныхъ въ мотивахъ словахъ Anspruch и Anerkennung, искъ объ установленіи рассматривали какъ осуществленіе присущаго праву obligatio ad agnoscendum, или какъ притязаніе на обезпеченіе права, и если удовлетвореніе иска объ установленіи не влечетъ за собою въ дѣйствительности condemnatio, то только потому, что самое рѣшеніе, какъ офиціальныи актъ, представляетъ такое обезпеченіе. На это профессоръ Wach совершенно справедливо отвѣчаетъ, что, не говоря о необязательности мотивовъ, слово Anspruch употреблено здѣсь вовсе не въ смыслѣ гражданско-правоваго притязанія, какъ то признано составителями гражданского уложенія. Точно также и слово Anerkennung означаетъ не признаніе отвѣтчикомъ, а признаніе данныхъ обстоятельствъ судомъ. Германское право знаетъ притязанія на признаніе со стороны отвѣтника, и германскій процессъ даетъ для этихъ притязаній опредѣленныя формы осуществленія ²⁾. Но въ рассматриваемомъ искѣ, какъ указываетъ Fitting ³⁾, никакого притязанія къ противнику не заявляется, никакого признанія отъ него не требуется, и искъ объ установленіи можетъ быть возбужденъ и безъ какого-либо повода со стороны отвѣтника. Статья 89 Civilprozessordnung категорически предусматриваетъ такой случай: „если отвѣтникъ своимъ

¹⁾ Цитируемъ мотивы по Wach'y—Feststellungsanspruch, S. 4.

²⁾ Статья 779 устава гражданского судопроизводства гласитъ: „если должникъ присужденъ къ изъявленію воли, то воля считается выраженной въ моментъ вступленія рѣшенія въ законную силу“.

³⁾ Der Reichs-Civilprozess, 8 Aufl., § 296.

поведеніемъ не подавалъ повода къ предъявленію иска и немедленно признаетъ притязаніе, то издержки производства падаютъ на истца“.

Нужно замѣтить, что статья 231 заимствована изъ ранѣе составленнаго (въ 1868—70 г.г.) сѣверо-германскаго проекта, и въ мотивахъ къ этой статьѣ говорилось, что „отдѣльные законы окончательно расшатали давно установившееся положеніе, будто-бы искъ можетъ быть предъявленъ только въ случаѣ состоявшагося уже нарушенія права. Существуетъ несомнѣнная потребность допущенія исковъ для предотвращенія угрожающаго нарушенія, если стороны имѣютъ юридическій интересъ въ томъ, чтобы констатировать правоотношеніе, нарушенія коего они опасаются“. Возможность судебной защиты права вовсе не составляетъ необходимаго признака его; въ понятіе права, какъ признанной закономъ власти,—входитъ существеннымъ моментомъ возможность его проявленія; власть, которой не подчиняются, не есть власть; это *contradictio in adjecto*. Поэтому неудовлетворенность права порождаетъ притязаніе, которое такъ или иначе должно быть удовлетворено. Но осуществляется ли удовлетвореніе посредствомъ иска, самозащиты, полицейскихъ взысканій (какъ было, на примѣръ, у насъ прежде для бесспорныхъ взысканій)—это уже другой вопросъ, независимый отъ природы самаго права и ничего общаго съ нею не имѣющій. Сегодня такому-то гражданскому праву государство даетъ судебную защиту, завтра оно признаетъ это притязаніе подлежащимъ непосредственному принудительному исполненію и т. д.; но, несмотря на эти измѣненія, гражданское право осталось въ своей сущности тѣмъ же самымъ, къ нему ничего не прибавилось и ничего не отнято. Если бы завтра въ Германіи послѣдовала отмѣна исковъ объ установленіи, то правоотношеніе ссуды, найма и т. п. конструировалось бы точно такъ же, какъ и теперь; наконецъ, какъ остроумно замѣчаетъ Wach, съ отмѣной 231 статьи, права, возникшія при дѣйствіи прежняго закона, не могли бы быть уже защищаемы посредствомъ иска объ установленіи; между тѣмъ, если бы правило 231 статьи содержало норму матеріальнаго права, то отмѣна такого закона, по общему правилу, не могла бы оказать вліянія на ранѣе возникшія правоотношенія. Право иска есть право на обѣщанную государствомъ защиту; устанавливая тотъ или другой искъ, законъ даетъ гражданамъ право требовать отъ государства судебной защиты; такой законъ регулируетъ отношенія между государствомъ, какъ суве-

решенною властью, и гражданами; следовательно нормы процессуального права, и въ частности 231 статья, суть нормы публичнаго права, и возникающія изъ этихъ нормъ права суть субъективныя публичныя права.

Въ чемъ же отличіе разсматриваемаго иска отъ иска объ исполненіи, въ какомъ отношеніи они находятся другъ къ другу? На эти вопросы легче будетъ отвѣтить послѣ того, какъ выяснятся условія, при которыхъ законъ допускаетъ искъ объ установленіи, и тѣ толкованія, которыя внесла практика. Изъ содержанія 231 статьи мы видѣли, что предметомъ иска должно быть правоотношеніе, а поводомъ къ нему—наличность у стороны юридическаго интереса въ томъ, чтобы правоотношеніе было констатировано немедленно. Поэтому прежде всего очевидно, что предметомъ иска не можетъ быть установленіе какаго-либо факта, даже и юридическаго, т. е. правопроизводящаго событія. Такъ, Reichsgericht разъяснилъ, что нельзя предъявлять по 231 статьѣ иска для установленія того обстоятельства, что истецъ въ періодъ зачатія не имѣлъ половыхъ сношеній съ отвѣтчицей, потому что половое сожителство, какъ простой фактъ, не можетъ быть предметомъ установленія. Далѣе, въ рѣшеніяхъ за 1884 г. (отъ 29 марта и 23 апрѣля) Reichsgericht призналъ недопустимымъ искъ объ установленіи того, что въ силу законовъ о вознагражденіи за вредъ отвѣтчикъ обязанъ возмѣстить ему убытки, причиненные нарушеніемъ, потому что истецъ требуетъ не установленія юридическаго отношенія, изъ котораго можетъ возникнуть притязаніе на исполненіе, а признанія обязанности исполненія. Точно также въ рѣшеніи отъ 17 сентября 1884 г. признано было, что не подлежитъ обсужденію суда искъ объ установленіи, что отвѣтчикъ въ качествѣ полнаго товарища не имѣлъ права совершить тотъ или другой опредѣленный заемъ, потому что здѣсь не возбуждается вопросъ о существованіи или несуществованіи какаго-либо гражданскаго правоотношенія. Oberlandesgericht отказалъ въ искѣ объ установленіи, что отвѣтчикъ долженъ предъявить тѣ притязанія къ истцу, которыя у него имѣются на основаніи существовавшаго между ними правоотношенія; предметомъ иска въ данномъ случаѣ могло бы быть только обратное требованіе, т. е. что отвѣтчикъ не можетъ имѣть изъ даннаго правоотношенія никакихъ притязаній къ истцу.

Съ другой стороны, въ цѣломъ рядѣ рѣшеній Reichsgericht призналъ, что предметомъ иска не могутъ быть общіе юри-

дическіе вопросы, а лишь конкретныя правоотношенія. Не подлежитъ удовлетворенію искъ объ установленіи, что отвѣтчикъ не въ правѣ совершать проступка, причиняющаго вредъ истцу. Напротивъ—поскольку дѣло идетъ о конкретномъ правоотношеніи, предметомъ иска безразлично могутъ быть и вещныя, и обязательственныя права, потому что, какъ сказано въ мотивахъ къ закону ¹⁾, и тѣ, и другія одинаково нуждаются въ такой защитѣ. Равнымъ образомъ—и владѣніе можетъ быть предметомъ иска, по не какъ простое фактическое отношеніе лица къ вещи, а въ связи съ юридическими отношеніями другаго субъекта правъ къ объекту владѣнія. Наконецъ, предметомъ иска могутъ быть и авторскія права, права патентныя, на фабричную марку. По разъясненію Reichsgericht'a отъ 12 марта 1883 г., иски по 231 статьѣ могутъ быть предъявляемы въ предѣлахъ допущенія судебной защиты гражданскихъ правъ вообще. Слѣдовательно, всякое гражданское правоотношеніе можетъ быть предметомъ иска, если для него не установлено подсудности административнымъ судамъ или учрежденіямъ, или какимъ-либо особымъ судамъ. Иначе говоря, правоотношеніе должно быть проявленіемъ субъективнаго гражданского права, для осуществленія котораго законы не преграждаютъ путей судебной защиты (при этомъ мы оставляемъ въ сторонѣ вопросъ о соотношеніи имперскихъ и мѣстныхъ законовъ, такъ какъ опъ представляетъ интересъ только спеціальнѣй). Поэтому такія правоотношенія, которыя не пользуются юридической защитой со стороны германскихъ законовъ (иностранные патенты, пари, игра), не могутъ быть, по разъясненію Reichsgericht'a, предметомъ иска объ установленіи. Въ частности, по многократнымъ указаніямъ Reichsgericht'a, допускается на основаніи 231 статьи искъ объ установленіи принадлежности лица къ данному роду и вытекающемъ отсюда правѣ на фамилію и семейный гербъ, о признаніи членомъ товарищества, объ установленіи права собственности на вещь. Въ виду наложеннаго штрафа за нарушеніе устава о гербовомъ сборѣ, истецъ предъявилъ искъ объ установленіи, что разосланные имъ циркуляры, на основаніи опредѣленной статьи закона, не подлежали оплатѣ гербовымъ сборомъ, и Reichsgericht призналъ искъ подходящимъ подъ дѣйствіе 231 статьи. Ссылаясь на законъ объ охранѣ фабричныхъ марокъ, фирма Зигротъ запретила фирмѣ Конто-

¹⁾ Цитируемъ по Förster'y, S. 390.

ровичъ пользоваться опредѣленной фабричной маркой, которая, будто-бы, зарегистрирована фирмой Зигротъ, какъ ея индивидуальное обозначеніе. Конторовичъ предъявилъ искъ къ Зигроту объ установленіи, что отвѣтчикъ не имѣлъ права запрещать ему пользоваться этой маркой. Дрезденскіе Land-и Oberlandesgericht отказали въ искѣ, находя, что онъ не соответствуетъ требованіямъ 231 статьи. Но Reichsgericht призналъ, что своимъ запретомъ фирма Зигротъ не только сдѣлала несправедливый упрекъ противнику въ противозаконномъ дѣяніи, но прямо стѣсняетъ фирму Конторовичъ въ предоставленномъ ей закономъ правѣ, вслѣдствіе чего за лею должно быть признано право на искъ объ установленіи, что отвѣтчикъ не имѣлъ права запрещать это. Допускается также искъ объ установленіи уже прекратившагося правоотношенія, если на немъ основываются еще какія-либо притязанія. Такъ какъ естественныя обязательства, какъ признанная закономъ власть, тоже составляютъ правоотношенія, то и они, по мнѣнію Wach'a, Loening'a, Wilmowsky u. Lewu, могутъ быть объектомъ иска объ установленіи, несмотря на то, что возникающія изъ этихъ правоотношеній притязанія не пользуются судебной защитой. Въ практикѣ судовъ вопросъ этотъ еще не возникалъ, но если при разрѣшеніи его Reichsgericht будетъ руководствоваться приведенными выше мотивами закона, которые даютъ основаніе смотрѣть на право иска, какъ на гражданско-правовое притязаніе, то взглядъ названныхъ юристовъ едва-ли встрѣтитъ признаніе. А между тѣмъ вытекающее изъ естественнаго обязательства требованіе подлежить зачету за требованіе противника, даетъ право на удержаніе и, слѣдовательно, лицо можетъ имѣть несомнѣнный юридическій интересъ на установленіе наличности или отсутствія естественнаго обязательства.

Право, осуществленіе коего поставлено въ зависимость отъ наступленія или ненаступленія срока, также можетъ быть предметомъ иска объ установленіи. Wachъ указываетъ, что въ такихъ случаяхъ только и возможенъ искъ объ установленіи, потому что если условіе не исполнилось, или срокъ еще не наступилъ, то управомоченное лицо не имѣетъ притязанія, нѣтъ состоянія не-удовлетворенности права и не можетъ быть, слѣдовательно, иска объ исполненіи.

Итакъ—всякое гражданское право, иначе говоря, всякая власть надъ вещами и лицами, признанная германскими гражданскими законами, можетъ являться объектомъ разсматриваемаго нами иска. Гораздо труднѣе точно опредѣлить два другія условія, выставлен-

ныя въ 231 статьѣ,—а именно, что понимать подъ юридическимъ интересомъ и что значить интересъ въ немедленномъ установлении.

IV сенатъ Reichsgericht'a въ рѣшеніи за 1883 годъ высказалъ ту мысль, что хозяйственный вредъ (колебаніе кредита), причиняемый присвоиваніемъ себѣ лицомъ не принадлежащаго ему права, не служить достаточнымъ основаніемъ для предъявленія иска объ установлении, такъ какъ не обуславливаетъ палпчности юридическаго интереса у истца; ни этотъ вредъ, ни неопредѣленность, вызываемая притязаніями истца, не касаются юридическихъ интересовъ. Но затѣмъ взглядъ этотъ рѣшительно измѣнился, какъ видно, напримѣръ, изъ слѣдующаго рѣшенія VI сената за 1895 годъ: истица просила судъ установить обязательство отвѣтчиковъ выплатить ей въ случаѣ ея замужества 20 тысячъ марокъ. Гамбургскій Landgericht отказалъ въ этомъ искѣ, не усматривая въ данномъ случаѣ условій, при которыхъ допускается предъявленіе иска объ установлении. По апелляціонной жалобѣ истицы Гамбургскій Oberlandesgericht постановилъ рѣшеніе о палпчности обязательства отвѣтчиковъ заплатить истицѣ 4.666 м. 67 пф. и, измѣнивъ соотвѣтственно рѣшеніе суда, въ остальныхъ частяхъ оставилъ жалобу истицы безъ послѣдствій по основаніямъ матеріальнаго права. На рѣшеніе была припесена отвѣтчиками кассационная жалоба, и Reichsgericht высказалъ слѣдующія соображенія: „Отвѣтчики утверждаютъ, что у истицы нѣтъ никакого юридическаго интереса въ установлении обязательства. Они находятъ, что съ точки зрѣнія устройства своей дальнѣйшей жизни истица, конечно, фактически весьма заинтересована въ немедленномъ установлении, будетъ ли у нея притязаніе на 20 тысячъ марокъ въ случаѣ ея замужества, но объ юридическомъ интересѣ здѣсь будто-бы не можетъ быть никакой рѣчи. Несомнѣнно однако, что отвѣтчики весьма узко понимаютъ слова „юридическій интересъ“. Прежде чѣмъ опредѣлить понятіе „юридическій“, необходимо разрѣшить, въ чемъ можетъ состоять тотъ интересъ, о которомъ говорится въ этой статьѣ. Если, напримѣръ, въ 63 статьѣ ¹⁾ устава встрѣчаются тѣ же слова—говорится объ юридическомъ интересѣ третьяго лица, вступающаго въ процессъ, то тамъ этотъ интересъ состоитъ въ томъ,

¹⁾ Статья 63 Civilprozessordnung: „Wer ein rechtliches Interesse darin hat, dass in einem zwischen anderen Personen anhängigen Rechtsstreite die eine Partei obsiege, kann dieser Partei zum Zwecke ihrer Unterstützung beitreten“.

чтобы данная сторона выиграла процессъ. Интересъ этотъ становится юридическимъ, если рѣшеніе суда какимъ бы то ни было образомъ способно оказать вліяніе на правоотношенія этого третьяго лица къ той или другой сторонѣ въ процессѣ. Въ настоящемъ же случаѣ такого осязательнаго признака по самому существу его не можетъ быть, потому что здѣсь говорится объ юридическомъ интересѣ лица въ томъ, чтобы то или другое правоотношеніе было констатировано сейчасъ, а не позже.

Оставляя въ сторонѣ вопросъ о законной силѣ самаго рѣшенія объ установленіи, которая не должна быть принимаема въ разсчетъ, нельзя указать никакихъ юридическихъ послѣдствій, которые вытекали бы изъ самаго событія установленія и вліяли бы на какое-либо правоотношеніе. Вотъ почему въ 231-й статьѣ слово „юридическій“ интересъ можетъ имѣть значеніе только такого интереса, который такъ или иначе касается правоотношеній истца. Поэтому и экономическій интересъ, состоящій въ томъ, чтобы сообразовать свое дальнѣйшее поведеніе съ положеніемъ даннаго правоотношенія, тоже долженъ быть признанъ юридическимъ интересомъ въ смыслѣ 231 статьи. Правда, въ одномъ изъ своихъ предыдущихъ рѣшеній Reichsgericht сталъ на нѣсколько отличную точку зрѣнія, но и до того и послѣ отдѣльные сенаты Reichsgericht'a такъ часто высказывались въ смыслѣ настоящаго рѣшенія, что нѣтъ никакихъ основаній примѣнить къ настоящему случаю 137 статью, т. е. передать дѣло на обсужденіе общаго собранія“.

Въ другомъ случаѣ—Reichsgericht нашелъ, что хотя отвѣтчикъ до сихъ поръ и вносилъ слѣдующее съ него по договору купли и найма платежи, но онъ оспариваетъ дѣйствительность этихъ договоровъ. А между тѣмъ интересъ истца требуетъ удостовѣренія существованія договора, такъ какъ отношеніе найма должно продолжаться еще нѣкій рядъ лѣтъ, договоръ объемлетъ все имущество истца, и отъ рѣшенія зависить, будутъ ли истцы имѣть средства къ жизни. Поэтому искъ объ установленіи вполне возможенъ. Такимъ образомъ и здѣсь Reichsgericht усмотрѣлъ требуемый 231 статьей юридическій интересъ въ интересахъ матеріальнаго положенія истца.

Намъ кажется, что въ этихъ соображеніяхъ кроется недоразумѣніе. Если лицо обращается въ судъ съ искомъ объ установленіи даннаго правоотношенія, то, по аргументу а contrario, очевидно, что это правоотношеніе представляется не-

установленнымъ, неопредѣленнымъ. Однако, — неопредѣленность эта не можетъ быть объективной, потому что иначе оказалось бы, что судебное рѣшеніе не только охраняетъ существующія права, но даетъ сторонамъ такое гражданское право, котораго у нихъ до сихъ поръ не было. Съ другой же стороны, какъ справедливо замѣчаетъ Wach, здѣсь недостаточно односторонняго субъективнаго желанія истца добиться прочности своего права благодаря признанію его судебной властью; этому интересу служить охранительное судопроизводство ¹⁾, къ которому истецъ своевременно и долженъ былъ прибѣгнуть. Поэтому подъ неуставленностью, о которой говорится въ 231 ст., нужно понимать субъективную неопредѣленность въ глазахъ третьихъ лицъ, и эта неопредѣленность можетъ быть вызываема поведеніемъ обязанной стороны, отрицающей или оспаривающей мое право.

При какихъ же условіяхъ лицо управомоченное можетъ имѣть юридическій интересъ въ немедленномъ устраненіи неопредѣленности его правоотношенія? Этотъ вопросъ болѣе умѣстно поставить въ отрицательной формѣ, потому что, поскольку право не находится въ состояніи неудовлетворенности, пока у лица нѣтъ еще притязанія, — весь юридическій интересъ и исчерпывается опредѣленностью правоотношеній.

Такимъ образомъ, если относить слова „юридическій интересъ“ къ тому правоотношенію, установленія котораго лицо ищетъ, то въ законѣ оказывается *petitio principii*, дозволяется просить объ установленіи правоотношенія, если есть къ тому юридическій интересъ, а юридическій интересъ въ томъ и состоитъ, чтобы правоотношеніе было установлено. Для избѣжанія этой несуразности въ законѣ можно было бы еще предположить, что подъ юридическимъ интересомъ нужно понимать тотъ интересъ, который вызывается связью между правоотношеніемъ, о которомъ идетъ рѣчь, и другими правоотношеніями истца. Связь эта можетъ быть двоякая: неопредѣленность даннаго правоотношенія можетъ вліять на неопредѣленность другаго, или же она можетъ вліять на осуществленіе права, на удовлетвореніе притязанія. Первый случай нельзя принимать въ расчетъ, потому что вопросъ именно о томъ и идетъ, при какихъ условіяхъ дозволяется просить объ устраненіи

¹⁾ Понятіе охранительнаго судопроизводства (*freiwillige Gerichtsbarkeit*) въ германскомъ процессѣ гораздо шире нашего. См. проектъ, напечатанный въ № 10 Жур. Мин. Юст. за 1897 г., стр. 251—289.

неопредѣленности правоотношенія, и, слѣдовательно, то обстоятельство, что она влечетъ за собою неопредѣленность другаго правоотношенія, не служить отвѣтомъ на вопросъ; иначе мы опять придемъ къ тому выводу, что неопредѣленность правоотношенія, сама по себѣ, служить достаточнымъ поводомъ для предъявленія иска объ его установленіи. Остается, такимъ образомъ, второй случай, когда неопредѣленность можетъ вліять на удовлетвореніе притязанія. Но этотъ случай специально предусмотрѣнъ подъ названіемъ *Inzidentfeststellungsklage* въ статьѣ 253, которая разрѣшаетъ сторонамъ до опредѣленнаго процессуальнаго момента просить объ установленіи ставшаго спорнымъ въ теченіе производства правоотношенія, отъ существованія или отсутствія коего зависитъ въ цѣломъ или въ части разрѣшеніе предъявленнаго иска. Такимъ образомъ оказывается, что, говоря объ юридическомъ интересѣ, ст. 231 не можетъ имѣть въ виду ни интереса истца въ самомъ установленіи спорнаго правоотношенія, ни того интереса, который проистекаетъ изъ связи даннаго правоотношенія съ другими существующими. Поэтому, остается единственный выводъ, что, на основаніи 231 статьи, можно просить объ устраненіи неопредѣленности правоотношенія въ томъ случаѣ, если эта неопредѣленность оказываетъ то или другое вліяніе на возникновеніе новыхъ правоотношеній, если она стѣсняетъ сферу юридической дѣятельности лица, причиняетъ ущербъ его юридическому положенію,—словомъ, касается тѣхъ отношеній его къ лицамъ и государству, которыя нормируются закономъ, составляютъ сферу права. Всѣ эти соображенія не высказываются категорически, но сквозятъ между строкъ въ разсужденіяхъ Wach'a, а, съ другой стороны, являются прямымъ выводомъ изъ практики *Reichsgericht*'а по этому вопросу. Такъ, напримѣръ, Wach говоритъ (стр. 57), что „требуемый закономъ интересъ заключается въ неопредѣленности исхода будущаго процесса, во вредномъ вліяніи, которое въ данное время причиняетъ истцу сомнительность его положенія, стѣсняя его поведеніе въ сферѣ права, препятствуя правильности его хозяйственныхъ расчетовъ“. „Въ понятіе интереса существеннымъ признакомъ входитъ моментъ цѣнности. Поэтому интересъ есть всегда на-лицо, если дѣло касается юридическихъ благъ“. Въ свою очередь послѣ нѣкоторыхъ колебаній *Reichsgericht* призналъ, что подъ юридическимъ интересомъ 231 статьи слѣдуетъ понимать не только имущественные интересы или вообще частноправные, но и уголовно-правовые, процессуальные, публичноправные, лишь бы, какъ

уже замѣчено, самое правоотношеніе, установленіе коего требуется, было гражданскимъ правоотношеніемъ, а иски, изъ него вытекающіе, подлежали вѣдомству суда. Но, съ другой стороны, такъ какъ въ законѣ упоминается только объ юридическомъ интересѣ, то нельзя предъявлять иска объ установленіи, если вовсе не возникаетъ вопроса о правоотношеніяхъ истца. Цитируя это рѣшеніе въ своемъ сборникѣ, Wilnowsky и Lewy, ссылаясь на авторитетъ Wach'a, Planck'a и др., спѣшатъ оговориться (стр. 589), что и экономическіе интересы могутъ служить достаточнымъ основаніемъ для предъявленія иска объ установленіи, потому что именно они весьма тѣсно переплетаются съ юридическими интересами. Выводъ этотъ совершенно правильный, но соображенія авторовъ обнаруживаютъ неясность ихъ представленій: дѣло вовсе не въ томъ, что экономическіе интересы переплетаются съ юридическими—нравственные интересы иногда стоятъ, пожалуй, еще въ болѣе тѣсной связи съ ними, однако, по общему признанію, они не могутъ служить основаніемъ для предъявленія иска объ установленіи. Поскольку экономическіе интересы признаются, защищаются закономъ, они имѣютъ юридическій интересъ, и именно поэтому нѣтъ надобности специально упоминать, что и они могутъ обусловливать предъявленіе рассматриваемаго иска. Еще непослѣдовательнѣе кажутся вамъ разсужденія Wach'a: мы видѣли выше, какъ широко онъ понимаетъ слова „юридическій интересъ“, относя ихъ къ тому влиянію, какое можетъ оказать неопредѣленность даннаго правоотношенія на поведеніе истца въ сферѣ правовыхъ отношеній; въ другомъ же мѣстѣ (стр. 54) онъ утверждаетъ, что „интересъ въ установленіи долженъ вполне удовлетворяться установленіемъ“. При этомъ, значеніе рѣшенія для истца должно исчерпываться дѣйствіемъ законной силы рѣшенія, но не какимъ-либо побочнымъ, случайнымъ, а тѣмъ непосредственнымъ дѣйствіемъ, которое рѣшеніе оказываетъ въ пользу истца противъ отвѣтника. Такимъ образомъ мы снова попадаемъ въ заколдованный кругъ: непосредственное дѣйствіе рѣшенія исчерпывается устраненіемъ неопредѣленности права. А что можетъ,—спрашиваетъ самъ Wach (стр. 59),—имѣть для правоотношенія большій интересъ, чѣмъ вопросъ о его собственномъ существованіи? И далѣе Wach протестуетъ противъ вышеприведеннаго рѣшенія Reichsgericht'a объ отказѣ въ искѣ объ установленіи въ интересахъ прочности кредита истца, потому что у истца былъ несомнѣнный интересъ знать размѣры своего пассива и свободно распоряжаться

своимъ имуществомъ. Но развѣ въ этомъ можно видѣть непосредственное дѣйствіе рѣшенія объ установленіи? Вѣдь оно вовсе не касается самаго правоотношенія, а вліянія его на имущественное положеніе истца вообще.

Въ частности, Reichsgericht разъяснилъ, что акціонеръ, обязавшійся на продолжительное время поставлять акціонерному товариществу свекловицу, имѣетъ право иска объ установленіи, что онъ обязанъ поставлять свекловицу по правиламъ устава 1879 года и приложенной къ нему инструкціи, а не по уставу 1885 года и новой инструкціи. Далѣе признано, что больница имѣетъ достаточный интересъ въ установленіи, что она имѣетъ право, но не обязана пользоваться услугами кистера данной церкви за определенную плату, въ виду того, что возбужденное больницею ходатайство объ измѣненіи устава не было удовлетворено именн) благодаря заявленному церковью протесту. Въ Мекленбургѣ-Шверинѣ по указу 13 іюня 1862 года великогерцогскому министерству предоставлена власть регулировать отношенія между помѣщиками и крестьянами, если до этого въ порядкѣ суда будетъ установлено, что помѣщики нарушили въ чемъ-либо правила, опредѣляющіи ихъ отношенія къ крестьянамъ. Въ виду этого искъ министерства объ установленіи признанъ соответствующимъ требованіямъ 231 ст.

Резюмируя сказанное, мы приходимъ къ тому выводу, что въ искахъ объ установленіи предметомъ иска должно быть гражданское правоотношеніе, а поводомъ неопредѣленность права (отрицаемаго ли у истца, или присвоиваемаго отвѣтчикомъ) и, сверхъ того, вредное вліяніе этого неопредѣленнаго состоянія на юридическое положеніе истца. Съ другой стороны—въ искахъ о принужденіи предметомъ иска точно также является гражданское правоотношеніе, а поводомъ—состояніе неудовлетворенности права. Оказывается, слѣдовательно, что оба иска отличаются между собою основаниями обращенія къ судебной защитѣ, и между тѣмъ какъ неудовлетворенность права считается безусловно достаточнымъ поводомъ для приведенія въ дѣйствіе машины судебной власти, неопредѣленное состояніе права само по себѣ не признается таковымъ, необходимо еще доказать, что въ дѣйствительности оно причиняетъ ущербъ юридическимъ интересамъ лица.

При этомъ невольно напрашивается вопросъ, не является ли это ограниченіе искомъ временнымъ, объясняющимся новизною института? Определенность права, говоритъ Wach (стр. 23), имѣетъ сама по себѣ большое значеніе, и устраненіе неопредѣленности можетъ

представляться желательнымъ, независимо отъ того вліянія, какое она оказываетъ на юридическое положеніе истца. Такая тенденція сказывается и теперь уже во взглядахъ высшаго германскаго суда: такъ, въ рѣшеніи 16 октября 1886 года признано было, что при предъявленіи иска объ установленіи недѣйствительности договора о раздѣлѣ товарищескаго имущества нѣтъ надобности доказывать наличности особаго юридическаго интереса въ такомъ установленіи.

Возвращаясь назадъ и сравнивая между собою оба иска, нужно сказать, что оба они представляются однородными, поскольку и тотъ, и другой представляютъ способы судебной охраны гражданскаго права; они составляютъ разновидности, поскольку различно основаніе обращенія къ суду, и съ этой точки зрѣнія они являются вполне самостоятельными. Однако, если въ теченіе процесса искъ объ установленіи превращается въ искъ о присужденіи, то здѣсь нельзя видѣть недозволеннаго закономъ измѣненія требованія по существу: дѣло идетъ о томъ же гражданскомъ правѣ и о тѣхъ же фактическихъ обстоятельствахъ, которые противорѣчатъ праву, но въ болѣе ранній моментъ эти обстоятельства создавали неопредѣленность права, угрозу ему, а впоследствии они же вызываютъ состояніе неудовлетворенности. Слѣдовательно, въ томъ и другомъ случаѣ дѣло идетъ о защитѣ одного и того же права по однимъ и тѣмъ же основаніямъ, и объ измѣненіи существа требованій не можетъ быть и рѣчи. Въ такомъ же смыслѣ неоднократно высказывался и Reichsgericht. Съ другой же стороны,—изъ того, что и по цѣли и по основаніямъ обращенія къ судебной защитѣ иски о присужденіи и объ установленіи представляются различными, слѣдуетъ, что предъявленіе иска объ установленіи не прерываетъ теченія давности притязанія. Далѣе, отсюда же вытекаетъ, что противъ предъявленнаго иска о присужденіи нельзя предъявлять отвода о производимомъ въ другомъ судѣ дѣлѣ объ установленіи. По многочисленнымъ разъясненіямъ Reichsgericht'a, отводъ о производимомъ въ другомъ судѣ дѣлѣ можно предъявлять въ тѣхъ же случаяхъ и въ такомъ же объемѣ, какъ и *exceptio rei judicatae*. Но очевидно, что противъ иска объ установленіи (напр., бывшаго правоотношенія) нельзя возражать рѣшеніемъ по иску о присужденіи, потому, что они не покрываютъ другъ друга и не предъѣляютъ *an und für sich* одинъ—другой. На практикѣ же установленіе противоположнаго принципа могло бы повести къ весьма несообразнымъ послѣдствіямъ: искъ объ установленіи могъ бы слу-

жить средствомъ воспрепятствовать противнику добиться удовлетворенія притязанія и, наоборотъ, предъявленіемъ иска о присужденіи возможно было бы помѣшать противнику воспользоваться законными средствами къ устраненію неопредѣленности правоотношенія. Правда, вѣрѣеко могутъ возникать случаи, когда оба иска вполнѣ покрываютъ одинъ другой (искъ о взысканіи требуемой по займу суммы и искъ о признаніи договора займа недѣйствительнымъ) и когда, слѣдовательно, состоявшееся по одному изъ такихъ исковъ рѣшеніе могло бы служить противъ другаго *exceptio rei judicatae*; такія коллизіи могутъ быть устранены въ германскомъ процессѣ, на что, между прочимъ, указываетъ слѣдующее весьма интересное рѣшеніе *Reichsgericht*'а по вопросу объ отводахъ о производимомъ въ другомъ судѣ дѣлѣ: истецъ заявилъ отвѣтчикамъ черезъ своего уполномоченнаго, что существующій между ними договоръ аренды имѣнія потерялъ свою силу въ виду нарушенія ими опредѣленныхъ пунктовъ договора, а также въ виду разорительной эксплуатаціи имѣнія. Отвѣтчикъ, однако, отказался очистить имѣніе. Поэтому истецъ предъявилъ къ отвѣтчику искъ, въ коемъ просилъ присудить отвѣтчика: признать, что данный договоръ аренды потерялъ свою силу, очистить немедленно арендованное имѣніе и сдать его истцу по условіямъ договора, или же присудить отвѣтчика признать, что арендный договоръ оканчивается 30 іюня 1897 г. и что онъ обязать къ тому времени немедленно очистить и сдать истцу арендуемое имѣніе. Отвѣтчикъ заявилъ отводъ о производимомъ въ *Landgericht*'ѣ дѣлѣ по иску отвѣтчика къ истцу объ установленіи, что заявленіе послѣдняго о прекращеніи дѣйствія договора не имѣетъ для него никакой обязательности. Судъ первой инстанціи оставилъ отводъ безъ послѣдствій. Напротивъ, апелляціонный судъ отказалъ въ искѣ на основаніи заявленнаго отвода.

По жалобѣ истца *Reichsgericht* въ рѣшеніи отъ 18 октября 1897 г. высказалъ, что „апелляціонный судъ правильно призналъ, что настоящій искъ есть искъ о присужденіи, такъ какъ сущность требованія истца сводится къ очищенію отвѣтчикомъ арендуемаго имѣнія, а всѣ остальные требованія составляютъ только дополненіе къ этому главному. Напротивъ, допущеніе судомъ въ данномъ случаѣ отвода составляетъ нарушеніе закона. Согласно 235 статьѣ, послѣдствія процессуальнаго состоянія дѣла (*Rechtsanhängigkeit*), возникающаго съ предъявленіемъ иска, заключаются, между прочимъ, въ томъ, что если одна изъ сторонъ предъявляетъ тотъ же искъ въ другомъ судѣ, то противникъ можетъ заявить отводъ. Нельзя,

однако, утверждать, что если основаніемъ позднѣйшаго иска служить то же фактическое и юридическое отношеніе, то оба дѣла тождественны. Въ статьѣ 254 указано, что если въ теченіе судебного производства заявляется новое притязаніе, то въ процессуальномъ состояніи оказывается это притязаніе, а не правоотношеніе, составляющее его основаніе. Поэтому, отводъ можетъ быть признанъ основательнымъ лишь при томъ условіи, если въ другомъ судѣ предъявлено то же притязаніе. Отвѣтчики въ предъявленномъ ими искѣ требуютъ установленія, что сдѣланное истцомъ заявленіе о прекращеніи силы договора недействительно. Это притязаніе отнюдь не тождественно съ тѣмъ, которое истецъ заявляетъ въ настоящемъ процессѣ, такъ какъ здѣсь дѣло идетъ о присужденіи отвѣтчика къ очищенію арендуемаго имѣнія. Иски о присужденіи и объ установленіи отличаются одинъ отъ другаго, они преслѣдуютъ различныя цѣли; первымъ требуется исполненіе, вытекающее изъ правоотношенія; вторымъ—рѣшеніе о существованіи или несуществованіи юридическаго отношенія. Иски эти вызываются различными условіями: первый—неудовлетворенностью права, второй—юридическимъ интересомъ въ немедленномъ установленіи правоотношенія. Если бы предъявленіе иска объ установленіи служило препятствіемъ для судебного осуществленія притязанія, то это въ значительной мѣрѣ стѣснило бы гражданскія права лицъ. Апелляціонный судъ находитъ это соображеніе незначущимъ, потому что въ такомъ случаѣ искъ о присужденіи можетъ быть заявленъ въ формѣ встречнаго иска. Однако, если искъ вообще возможенъ, то управомоченному должно быть предоставлено право предъявлять и самостоятельный искъ, потому что въ законѣ нѣтъ никакихъ указаній, чтобы лицо, имѣющее право предъявить искъ о присужденіи, обязано было сдѣлать это въ формѣ встречнаго иска. Засимъ, если разрѣшеніе даннаго иска всецѣло или въ части зависитъ отъ наличности или отсутствія правоотношенія,—то, въ силу 139 ст. уст. гражд. суд., судъ въ правѣ отложить разсмотрѣніе дѣла до разрѣшенія вопроса объ этомъ. Такое мнѣніе раздѣляютъ комментаторы устава—Wilmowsky и. Levy, Petersen, Gaupp, Seuffert, Struckmann und Koch и Förster; кромѣ того, Plosz—Beiträge zur Theorie des Klagerechts, S. 172 и, въ общемъ, также Kohler—Prozess als Rechtsverhältniss, S. 36. Противоположнаго мнѣнія держатся Bülow—примѣч. 12 къ § 231, но онъ не указываетъ основаній своего взгляда, Löning—находя, что просятъ ли стороны объ установленіи или о присужденіи, но если иски касаются одного и того же право-

Жур. Мин. Юст. Іюль 1898.

отношенія—то дѣла должны быть признаны тождественными. Roscholl и Weismann исходятъ изъ того, что искъ объ установленіи составляетъ, такъ сказать, предвареніе спора о правовомъ основаніи будущаго иска о присужденіи. Но отсюда еще вовсе не слѣдуетъ тождественность обоихъ притязаній. По этимъ соображеніямъ рѣшеніе апелляціоннаго суда подлежитъ отміну и т. д.“ Такимъ образомъ изъ этого рѣшенія видно, что возможность коллизіи рѣшеній легко можетъ быть устранена судомъ на основаніи правила 139 статьи, которое даетъ суду возможность (если онъ считаетъ это необходимымъ) отложить разрѣшеніе предъявленнаго иска.

Спеціальныя затрудненія вызываетъ отрицательный искъ объ установленіи. Прежде всего здѣсь возникаетъ вопросъ о распредѣленіи доказательствъ. По общему правилу истецъ обязанъ доказать свой искъ, но если искъ заключается въ установленіи отсутствія правоотношенія, то какъ-же на истца наложить обязанность доказывать отрицательное обстоятельство? Reichsgericht разъяснилъ, что процессуальное положеніе сторонъ не предрѣшаетъ вопроса о распредѣленіи доказательствъ. Если истецъ отрицаетъ существованіе правоотношенія, то доказать его наличность обязанъ отвѣтчикъ; если же истецъ проситъ установить, что существовавшее правоотношеніе прекратилось, то онъ и обязанъ доказать обстоятельства, обуславливающія прекращеніе. Больше сложнымъ представляется вопросъ о матеріальной силѣ рѣшенія по отрицательному иску объ установленіи. Можно ли признать, что рѣшеніе объ отказѣ въ отрицательномъ искѣ тѣмъ самымъ устанавливаетъ наличность спорнаго правоотношенія? Прежде Reichsgericht высказывался въ отрицательномъ смыслѣ, т. е., что отказъ въ искѣ объ установленіи юридическаго отношенія не можетъ имѣть своимъ послѣдствіемъ признаніе наличности его. Но въ послѣднее время начинаетъ пробиваться противоположный взглядъ. Такъ, въ одномъ изъ рѣшеній за 1892 года мы читаемъ: „искъ объ установленіи, какъ положительный, такъ и отрицательный, имѣетъ въ виду одну и ту же цѣль установить наличность или отсутствіе правоотношенія. Законъ желаетъ, чтобы рѣшеніями по такимъ искамъ вопросъ о существованіи или несуществованіи былъ установленъ неизмѣнно. Поэтому, дѣйствіе рѣшенія по отрицательному иску объ установленіи, равно и по положительному, не находится ни въ какой зависимости отъ того, было ли въ искѣ отказано, или онъ удовлетворенъ. Въ томъ и другомъ случаѣ, по точному смыслу 231 ст., правоотношеніе установлено неизмѣнно и, слѣдовательно, новый споръ о существованіи

или несуществованіи правоотношенія не можетъ имѣть мѣста. Отрицательный искъ объ установленіи былъ бы лишенъ всякаго значенія, если бы истецъ, которому отказано было въ его искѣ, вновь могъ возбуждать въ другомъ процессѣ споръ о существованіи того же правоотношенія... Нельзя согласиться съ тѣмъ мнѣніемъ, которое считаетъ необходимымъ противопоставленіе отрицательному иску встрѣчнаго положительнаго иска. Weissmann и Dernburg правильно признаютъ, что права отвѣтника вполне устанавливаются, если въ искѣ объ установленіи отказано именно потому, что правоотношеніе существуетъ. Рѣшеніе объ отказѣ въ отрицательномъ искѣ, основанное не на отсутствіи юридическаго интереса, а на соображеніяхъ матеріальнаго права, содержитъ всегда установленіе наличности правоотношенія“.

Таковы въ общихъ чертахъ главныя особенности германскаго иска объ установленіи. Уже тѣ немногіе конкретные примѣры, которые приведены въ настоящемъ обзорѣ, наглядно показываютъ огромное значеніе этого новаго для насъ средства судебной защиты гражданскихъ правъ и несомнѣнную пользу его для прочности юридическихъ отношеній. Нельзя не выразить поэтому горячаго пожеланія, чтобы при пересмотрѣ нашего Устава было обращено должное вниманіе на этотъ институтъ процесса, для освѣщенія и уясненія котораго, помимо безчисленныхъ рѣшеній Reichsgericht'a, имѣется богатѣйшая научная литература.

И. Гессенъ.