

Судебное рѣшеніе и спорное право.

(По поводу Касс. Рѣш. 1915 г. № № 33 и 38).

Какъ это ни странно, но такой, казалось-бы, простой и элементарный вопросъ:—каковы задачи и цѣли гражданскаго процесса?—до сихъ поръ не получилъ окончательнаго разрѣшенія въ наукѣ гражданскаго процесса. А юристы-практики обычно даже не задаются этимъ вопросомъ, а, слѣдовательно, и не имѣютъ по оному вообще никакого мнѣнія. Между тѣмъ, всѣ мельчайшія детали судопроизводства тѣснѣйшимъ образомъ связаны и обусловлены общей концепціей сущности гражданскаго процесса. Иначе и быть не можетъ! Что бы мы сказали, напримѣръ, про доктора или духовнаго пастыря, не отдающихъ себѣ отчета о цѣляхъ ихъ профессиональной дѣятельности? Одни юристы пользуются донынѣ какой то монополіей дѣйствовать въ потемкахъ! Не мудрено, что стоитъ при этихъ условіяхъ возникнуть на практикѣ такому—казалось бы—элементарнѣйшему вопросу, какъ, напр.,—о правѣ суда учитывать факты, возникшіе послѣ подачи иска (напр., уплата долга)—и по этому вопросу, разрѣшенному еще римскими юристами около 2000 лѣтъ тому назадъ,—вопросу, съ которымъ каждому судѣ приходится сталкиваться ежедневно,—возникаютъ сомнѣнія, нарождается цѣлая литература, и русскіе сенаторы и профессора обсуждаютъ его такъ, какъ будто имѣли дѣло съ труднѣйшимъ и рѣдчайшимъ казусомъ судебной практики...

Намъ думается, что при такомъ состояніи отечественной

юриспруденціи весьма необходимо оживить у насъ интересъ къ обще-философскимъ проблемамъ процессуальнаго права, и, въ частности, къ основному вопросу—о задачахъ и цѣляхъ гражданского процесса. Попытку въ этомъ направленіи,—въ ряду другихъ нашихъ работъ,—дѣлаемъ мы и въ настоящемъ очеркѣ.

I.

Господствовавшая до послѣдняго времени доктрина учила, что цѣль судьи—изслѣдовать, существуетъ ли утверждаемое истцомъ матеріальное (субъективное) право. Благопріятное истцу рѣшеніе „признать какъ существующее искомое матеріальное право“ ¹⁾. Но тѣ же юристы тотчасъ же оговариваются:.. „конечно,—на основѣ лишь тѣхъ фактовъ, которые должны быть почитаемы, какъ установленныя, согласно принципу состязательности“ ²⁾. Сейчасъ же слѣдуетъ и другое ограниченіе: *res judicata* не имѣетъ матеріальной законной силы по отношенію къ третьимъ лицамъ, въ процессѣ не участвовавшимъ. Предметомъ установленія (*Feststellung*) является абсолютное право просителя, но лишь... въ отношеніи къ противнику! ³⁾.

Иначе говоря, рѣшеніе есть „аутентическая декларация права, дѣйствующая лишь *inter partes*“.

Такого рода построеніе, повидимому, кроетъ въ себѣ рядъ явныхъ противорѣчій. „Право“ существуетъ или не существуетъ. Но если оно существуетъ, оно проявляетъ свою силу ко всѣмъ третьимъ лицамъ. Если А выигрываетъ виндикаціонный процессъ съ В и объявляется собственникомъ вещи, тогда какъ право собственности на самомъ дѣлѣ принадлежитъ Х, то это рѣшеніе должно, логично разсуждая, имѣть силу ко всѣмъ, т. е. и къ г. Х!

¹⁾ К. Hellwig. Lehrbuch. I, 147. Его-же: Anspruch und Klagrecht, 145 сл.; Его-же: «Wesen und subjective Grenzen der Rechtskraft. Leipzig. 1901, стр. 113.

²⁾ Hellwig. Anspruch, 150:., „natürlich auf Grund der nach der Verhandlungsmaxime als feststehend anzusehenden Tatsachen“.—Его-же: Lehrbuch, I, 147.

³⁾ А. Wach. Zur Lehre von der Rechtskraft. Leipzig. 1899, стр. 1 сл.

Иначе рѣшеніе не будетъ „аутентической деклараціей утверждаемаго права“! ¹⁾).

Наивной представляется и оговорка: судья выясняетъ, матеріальную истину (возстановливаетъ право), но лишь... „на основѣ того ограниченнаго процессуальнаго матеріала, который ему данъ сторонами“ Упускаютъ при этомъ изъ виду,—говоритъ Pagenstecher ²⁾),—что вопросъ—существуетъ ли или нѣтъ утверждаемое право, не можетъ быть разрѣшенъ, если даже одно правововажное обстоятельство „должно быть почитаемо, какъ установленное“. Право есть нѣчто абсолютное, самодовлѣющее, а не нѣчто условное, относительное и зависимое! Если рѣшеніе есть „декларация права“, судья долженъ быть поставленъ въ положеніе, при которомъ онъ могъ бы судить—правдиво ли то, что онъ объявляетъ за правду.

Тотъ, кто при исканіи правды связанъ хотя бы одной (недоказанной) предпосылкой (напр., судебнымъ признаніемъ, присягой, силой публичнаго акта, упущеніемъ использованія стороною ея процессуальныхъ правъ и пр.), тотъ можетъ найти лишь гипотетическую правду, т. е., онъ можетъ лишь сказать, что было бы правдой, если бы предпосылки оправдались. Но тѣмъ самымъ онъ не изслѣдуетъ даже и количественной части правды: онъ не „устанавливаетъ права“ ³⁾ ⁴⁾.

¹⁾ Еще примѣръ: Въ процессѣ въ 1903 г. А и В добились (напр. путемъ признанія иска) рѣшенія о существованіи права залога г. А на имѣніе г. В, въ силу договора отъ 1900 года. Если въ промежутокъ времени 1900—1903 г.г. возникло залоговое право на ту же вещь г. Х, право послѣдняго имѣетъ старшинство передъ правомъ г. А.

²⁾ Max Pagenstecher. Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft. Berlin. 1905, стр. 203 сл. — Отъ себя замѣтимъ, что указанная формула напоминаетъ намъ Салтыковскую иронию: „Истина есть результатъ судоговоренія“.

³⁾ A. Wach. Vorträge, 210: „Die materielle Wahrheit nicht das Ziel des Civilprozesses sein kann, da die in ihm herrschende Parteidisposition die Vollständigkeit nicht verbürgt“. Гольмстенъ Юридическія изслѣдованія, т. I, стр. 245: „Если стремленіе къ этой неполной, формальной истинѣ есть задача суда, то, значить, гражданскій судъ не есть судъ правды“.

⁴⁾ Посему противорѣчива конструкція Heilwig'a. Истецъ, имѣющій извѣстное матеріальное право, можетъ требовать отъ государ-

Получается по истинѣ квадратура круга. Судъ долженъ и „правовую опредѣленность“ обезпечить, и „матеріальную истину“ выяснить и нарушенное право возстановить и интересы третьихъ лицъ не нарушить... И все это—съ закрытыми глазами, со связанными руками.

II.

Оригинальную попытку вывести науку процессуальнаго права изъ этого тупика сдѣлалъ Dr. juris Max Pagenstecher ¹⁾.

1). Въ современномъ государственномъ быту—говорить онъ —рѣшеніе не можетъ быть „аутентической деклараціей субъективнаго гражданскаго права“ ²⁾. Своей силой судебное рѣшеніе (создающее правовую опредѣленность) обязано не установленію (*Feststellung*) права, а чему то другому, что имѣетъ созидающее значеніе. И это—не случайный, не желанный, а—напротивъ—нормальный, преслѣдуемый результатъ процесса! Всякое рѣшеніе (по иску о присужденіи и по иску о признаніи) должно быть новымъ образованіемъ (*muss eine Konstitution sein*). Нельзя поэтому сказать, что рѣшеніе есть „аутентическая декларація, дѣйствующая лишь *inter partes*“! Это есть не совсѣмъ удачное выраженіе для той мысли, что

ства рѣшенія опредѣленнаго содержанія. Это его — *Klagrecht* (Ср. Wach: „*Rechtsschutzanspruch*“). Это „*Klagrecht*“ зависитъ отъ извѣстныхъ предположеній и существуетъ еще до начала процесса. Но судья провѣряетъ это *Klagrecht*... „auf Grund der nach der Verhandlungsmaxime als feststehend anzusehenden Tatsachen“ (!!!).

¹⁾ Не желая загромождать наше изложеніе литературными ссылками, мы излагаемъ теорію и цитируемъ главнымъ образомъ Pagenstecher'a, который первый далъ интересующей насъ теоріи законченное построеніе. См. его: „*Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft*“. Berlin. 1905.

²⁾ Pagenstecher, ук. с. 33. Въ искахъ о признаніи, если А побѣдитъ В, онъ не станетъ собственникомъ вещи, ели таковымъ является Г. Х.—Если въ процессѣ между А и В установлено, что А имѣетъ на имѣніе В залоговое право, по договору отъ 1 января 1900 г.,—это залоговое право не возникаетъ *ex tunc*, если оно тогда фактически не было установлено.

„рѣшеніе,—не будучи аутентической деклараціей,—имѣетъ то правовое дѣйствіе, что стороны теперь должны вести себя другъ къ другу такъ, какъ они должны были бы вести себя въ результатъ судебного рѣшенія, если бы оно было аутентической деклараціей“. Рѣшеніе, по своей функціи и по своей идеѣ, есть нѣчто не констатирующее (установительное), а—конститутивное. Дѣйствіе *rei judicatae* можно сравнить съ дѣйствіемъ, вызываемымъ „установительными договорами“ (мировая сдѣлка, договоръ о признаніи долга). Въ практической жизни возникаетъ часто потребность замѣнить сомнительныя правовыя отношенія несомнительными. Старое правовое положеніе должно быть сохранено, оно должно быть декларировано. То, что „декларировано“, то должно впредь стать закономъ между сторонами, даже если бы декларировано было ложно. Въ послѣднемъ случаѣ, по своей идеѣ остающийся декларативнымъ, договоръ (*Anerkenntnisvertrag*) фактически дѣйствуетъ конститутивно, ибо онъ складываетъ правовыя отношенія на новыхъ началахъ. Ради правовой опредѣленности (*Rechtsgewissheit*) стороны и заключаютъ договоръ, который по своей идеѣ всегда, а по своимъ послѣдствіямъ,—часто будетъ декларативной природы. Во всѣхъ этихъ „установительныхъ договорахъ“ (*Feststellungsverträge*) стороны (субъективно) поступаются частью своихъ притязаній, ради (—не обогащенія противника, а—) опредѣленности правъ. Эти договоры рождаютъ матеріально правовыя отношенія исключительно между сторонами. Стороны не могутъ въ 1903 году создать требованіе, которое могло бы возникнуть изъ договора въ 1900 году, но тогда не возникло. Но онѣ могутъ опредѣлить впредь свои отношенія такъ, какъ будто устанавливаемое право существовало. Т. о. эти договоры суть аутентическая декларація правовыхъ отношеній между сторонами, касательно извѣстнаго права. Но все же само право, какъ таковое, не возникаетъ!

И вотъ, между этими „установительными договорами“ (*Feststellungsverträge*) и судебнымъ рѣшеніемъ есть бросающаяся въ глаза аналогія. Предметомъ „установленія“ здѣсь и тамъ является не искомое право, а—правовое отношеніе, касательно

этого права ¹⁾ Здѣсь и тамъ цѣль одна и та же—создать правовую опредѣленность между сторонами. Здѣсь и тамъ эти отношенія могутъ измѣняться и безъ того, чтобы тѣмъ самымъ были нарушены праволічные интересы простыхъ лицъ ²⁾.

Посему, содержаніе „декларациі“ рѣшенія таково: существуетъ правовое дѣйствіе (Rechtswirkung), но отъюдь не:—существуетъ утверждаемое право! Или, говоря конкретно: судъ не объявляетъ:—„существуетъ возникшее 1 января 1900 года требованіе изъ займа“; онъ лишь декларируетъ: между сторонами нынѣ существуютъ тѣ правовыя отношенія, которыя существовали бы если бы отвѣтчикъ 1 января 1900 года сталъ должникомъ истца по займу и до сихъ поръ оставался бы таковымъ“.

2. Итакъ, согласно изложенному ученію, судебное рѣшеніе не есть установленіе-(Feststellung) права (въ прошломъ), а есть созданіе правоотношенія (въ настоящемъ). Въ основѣ этой концепціи сущности судейской дѣятельности лежитъ воззрѣніе, что каждое утвержденіе (сторонъ) въ процессѣ есть (эвентуальный) диспозитивный актъ.

Въ выставленіи утвержденія лежитъ непременно заявленіе своего согласія съ тѣмъ, что—въ случаѣ, если утвержденіе неправдиво,—правовыя отношенія будутъ такими, каковыми они должны были быть, если бы утвержденіе было истиннымъ. „Въ каждомъ утвержденіи лежитъ диспозитивный элементъ, выраженіе долженствованія (Sollens), что (эвентуально) должно наступить правовое измѣненіе“ ³⁾.

¹⁾ Pagenstecher, ук. с. § 11, доказываетъ, что матеріально неправосудное рѣшеніе рождаетъ право требованія. Но судебное рѣшеніе отличается отъ абстрактнаго „Anerkenntnisvertrag“ своею каузальностью. Causa = процессъ.

²⁾ Pagenstecher, ук. с. 140, 143, 465. Посему судъ не можетъ путемъ рѣшенія создать въ 1903 году правовой эффектъ, который стороны могли бы вызвать путемъ договора въ 1900 году.

³⁾ Pagenstecher, ук. с. 448 сл. Der Kläger wünscht die Feststellung aber auch, wenn seine Behauptungen unwahr sind. Frttein—Z. P. O., zu § 331, Anm. III: „Die von einer Partei behaupteten Tatsachen gegen diese Partei selbst gelten“.

И это—прежде всего—оправдывается касательно просительнаго пункта (Urteilsantrag) ¹⁾. Но, чтобы наступило (желаемое) правовое измѣненіе,—необходимо еще второе процессуальное событіе (зависимое отъ поведенія противника), напр., заявленіе признанія. „Утвержденіе“ и заявленіе „признанія“ суть два заявленія долженствованія (Sollenserklärungen) ²⁾. Т. о., признаніе не есть распоряженіе „процессуальной правдой“, а есть диспозитивный актъ (съ матеріально-правовымъ эффектомъ), касательно *res in iudicium deducta* ³⁾.

Но зачѣмъ же и поскольку дана сторонамъ власть (Macht) измѣнять свои правоотношенія въ теченіи процесса? Важно то, что этимъ („rechtsändernde Kraft der Behauptungen“) способствуется цѣли процесса: создать правовую опредѣленность (Rechtsgewissheit) между сторонами ⁴⁾. Процессуальныя дѣйствія преслѣдуютъ, по идеѣ закона, чисто процессуальную цѣль: цѣль процесса лучше всего достигается тѣмъ, что стороны въ процессѣ измѣняютъ свои частныя права ⁵⁾. „Лишь при предположеніи, что дѣйствія сторонъ послужатъ процессуальной цѣли, законодатель придалъ имъ эту правоизмѣняющую силу. Поэтому, это измѣненіе права наступаетъ лишь тогда и впервые тогда, если тѣмъ самымъ преслѣдуемая цѣль реально достигнута, т. е. если на основаніи этихъ процессуальныхъ дѣйствій черезъ судебное рѣшеніе въ самомъ

¹⁾ Pagenstecher, ук. с. 445. Это логично вытекаетъ изъ аналогіи рѣшенія съ „Feststellungsvertrag“.

²⁾ Pagenstecher, ук. с. 216. Нельзя конструировать судебное признаніе, какъ согласіе сторонъ, касательно правдивости извѣстнаго утвержденія. Вѣдь, возможно, что одна или даже обѣ стороны знаютъ (и согласны въ томъ!) о лживости признанія. „Согласіе сторонъ“ имѣетъ тотъ смыслъ, что спорное дѣло должно быть рѣшено такимъ масштабмъ: предположено, что этотъ фактъ правдивъ, хотя, быть можетъ, онъ ложенъ.

³⁾ Pagenstecher, ук. с. 167.

⁴⁾ Pagenstecher, ук. с. 195, 221, 225, 278, 284, 305.

⁵⁾ Pagenstecher, ук. с. 225. Если стороны и хотятъ измѣнить свои частныя отношенія посредствомъ суда, — процессуальный характеръ ихъ дѣйствій сказывается тотчасъ же въ томъ, что стороны безсильны повліять на ихъ матеріально-правовую сферу, не служа тотчасъ же процессуальнымъ цѣлямъ.

дѣлѣ установлена правовая опредѣленность" (Ragenstecher, 284) ¹⁾.

З. Т. о., путемъ совершенія процессуальныхъ дѣйствій (утвержденія, признанія, оспариванія и пр.) и упущенія таковыхъ (неявка на судъ, недача отвѣта, пропускъ срока и пр.) сторонамъ дѣлается доступнымъ измѣненіе (своимъ процессуальнымъ поведеніемъ) ихъ матеріально-правовыхъ отношеній еще въ теченіи процесса, такъ же какъ и посредствомъ „установительныхъ договоровъ“ (Feststellungsverträge). А суду тѣмъ самымъ облегчается задача—„декларировать истину“.

Съ т. з. этой концепціи, предметомъ изслѣдованія судьи (Wahrheitsfindung) является не—изслѣдованіе до-процессуальнаго положенія дѣла, а опредѣленіе тѣхъ правоотношеній, которыя кристаллизовались къ моменту заключенія судебного состязанія,—все равно: 1) существовали ли они уже до процесса или 2) возникли впервые (черезъ процессуальныя дѣйствія) въ процессѣ.

Т. о., процессуальныя дѣйствія (утвержденія, признанія, упущенія всякаго рода) сторонъ имѣютъ дѣйствіе какъ бы непрерывно длящейся „litis contestatio“, но не въ процес-

¹⁾ На почвѣ того же воззрѣнія въ общемъ (не касаясь частныхъ): A. W a s h. Handbuch. I, 571, 577: признаніе есть матеріальная сдѣлка. Его же: „Das Geständniss. Archiv — Praxis 64 (1881), стр. 238, 254: признаніе есть самостоятельное основаніе обязательства. W e i s m a n n. Die Feststellungsklage, 156; H e l m a n n. Lehrbuch des Civilpr., 389: „Фундаментъ присужденія впервые создается здѣсь процессуальнымъ признаніемъ“; I. K o h l e r Prozesshandlungen mit Civilrechtswirkung. Zeit. f. Zpr. XXIX (1901), стр. 34 сл. Das Anerkenntnis wirkt, indem es die materielle Grundlage vorschreibt und dem entscheidenden Richter ein ganz anderes Entscheidungsmaterial vorlegt, als bisher“. E n d e m a n n. Beweislehre, 122 рассматриваетъ признаніе, какъ квази-контрактъ, Ср. Германскую суд. практику: Seuffert. D. C. P. O., zu § 278, 3. b.: «greifen in das materielle Recht ein». Seuffert-Archiv. Bd. 47, стр. 234; Stein-Gaupp. Kommentar, zu § 306, II, стр. 322. — Весь процессъ разлагаетъ на рядъ (процессуальныхъ и матеріальныхъ) сдѣлокъ A. Shultze. Privatrecht und Prozess, I (1883), стр. 48 сл. 287 сл. („die rechtsgeschäftliche Natur“). Его идеи получили болѣе углубленную разработку въ сочиненіяхъ I. T r u t t e r. Ueber prozessualische Rechtsgeschäfte, München, 1890, стр. 123, 291, и „Bona fides im Civilprozess“. München, 1892, стр. 204 сл.

суальномъ смыслѣ (опредѣленія объема спора), а въ матеріально-правовомъ смыслѣ:—опредѣленія содержанія устанавливаемого матеріальнаго правоотношенія.

Посему, невѣрное утвержденіе сторонъ не дѣлаетъ рѣшенія неправильнымъ. Въдѣ, вслѣдствіе 1) признанія или 2) неоспариванія, матеріально-правовыя отношенія сторонъ стали таковыми, каковыми они были бы, если бы „положенный въ основу“ фактъ былъ истиннымъ. „Res judicata“, при такомъ построеніи, никогда не является „матеріально-неправосуднымъ“ рѣшеніемъ ¹⁾. Судебное рѣшеніе всегда будетъ истиннымъ, но принципъ „матеріальной правды“ надо понимать такъ:—

или правовыя отношенія сложились уже до процесса такъ, какъ ихъ декларируетъ судебное рѣшеніе, или они стали таковыми въ теченіи процесса.

Какова же роль судьи? Онъ является „классическимъ свидѣтелемъ“ того, что правовыя отношенія теперь таковы, каковыми они были бы, если бы существовало реально искомое право. А постановляемое имъ рѣшеніе есть сужденіе о правовыхъ послѣдствіяхъ, вызванныхъ процессуальнымъ поведеніемъ тяжущихся ²⁾. Судебное рѣшеніе, по своей идеѣ, не есть „декларация до процессуальнаго правового отношенія“ ³⁾. Оно создается лишь въ связи съ процессуальными событіями, а потому заключаетъ въ себѣ отвѣтъ и на эти послѣднія.

¹⁾ Pagenstecher, ук. с. 148, 161, 266, 303, 444. Рѣшеніе не есть просто декларация, а есть аутентическая декларация, т. е. „wenn es etwas Unwahres deklarirte, solle werden, was es als existierend erkläre“.

²⁾ Pagenstecher, стр. 18—21, 24—30, 47—55, 70—83. Цѣль процесса—изслѣдованіе матеріальной истины, т. е. тѣхъ матеріальныхъ отношеній сторонъ, которыя „ihren Entstehungsgrund zwar in dem behaupteten Rechte haben können, aber keineswegs haben müssen“.

³⁾ Соотвѣтственно сказанному въ текстѣ, господствующая теорія учитъ, что судебное рѣшеніе, слѣдующее за признаніемъ иска, имѣетъ особую юридическую природу, ибо имѣетъ своимъ основаніемъ не исковое домогательство (Klaganspruch), а само судебное признаніе. Такое рѣшеніе имѣетъ чисто формальное значеніе: оно

III.

Перейдемъ теперь къ критикѣ изложеннаго нами выше (II) ученія и выяснимъ нашу точку зрѣнія по предмету нашего изслѣдованія.

1. Прежде всего надлежитъ опровергнуть то распространенное ученіе (ср. Pagenstecher), что ближайшая и исключительная задача суда—установить правовую опредѣленность (*Rechtsgewissheit*) между сторонами. Иными словами та же идея выражается, когда говорится, что „правовый порядокъ (*Rechtsordnung*) есть порядокъ мира (*Friedensordnung*). А задача суда — „возстановленіе мира“ (*Rechtsfriedens*)¹⁾.

Какіе только выводы не дѣлались на почвѣ этого воззрѣнія! Но вѣрность исходнаго положенія никѣмъ не подвергалась сомнѣнію²⁾. Однако, замѣтимъ, что ни одно законодательство не ограничиваетъ функцій суда „охраной мира“ (это — дѣло полиціи). Судъ возстановливаетъ нарушенныя права. Это—его первая и ближайшая задача! Рѣшеніе слѣдуетъ не для того, чтобы использовать первый удобный моментъ, чтобы окончить процессуальное отношеніе, а постановляется для того, чтобы осуществить процессуальную цѣль: авторитетное примѣненіе права къ дѣйствительному составу фактовъ. Процессуальное отношеніе умираетъ, какъ цѣлевое отношеніе. Задача суда—не окончить какъ можно скорѣе споръ, а—разрѣшить споръ³⁾.

есть судебное свидѣтельство о происшедшемъ: „Ausspruch des in allen Prämissen bereits vorliegenden Urteils“. A. Wach. Vorträge 160. За декларативное значеніе такого рѣшенія еще: Weismann. Die Feststellungsklage, 156. I. Trutterm. Prozess. Rechtsg. 471: Das Anerkenntnisurteil ist nicht dezisiv; A. Plósz. Beiträge zur Theorie des Klaggrundes, 130, 146.—Изъ болѣе старыхъ юристовъ: Brackenhöft, Wetzell, Langenbeck, Renaud.

¹⁾ O. Bülow. Das Geständnisrecht, 1894, стр. 231, 241.

²⁾ См. нашу статью: «Къ ученію объ основныхъ началахъ гражданскаго процесса». [Сборникъ памяти проф. Г. Ф. Шершеневича], гдѣ отведено много мѣста изложенію и критикѣ этой теоріи. Здѣсь же приведена литература вопроса.*

³⁾ Доказательству этого положенія посвящена цѣл. въ предыдущемъ примѣчаніи наша статья.

Итакъ, цѣль процесса—не потушить такъ или иначе ссору (споръ) сторонъ, такъ, чтобы судья считалъ свои задачу исполненной, если онъ отпустилъ стороны „съ Богомъ“, обезпечивъ имъ (любого содержанія) „опредѣленность отношеній“! Его задача—установить эту опредѣленность путемъ правильнаго разрѣшенія спора сторонъ. Иная концепція процесса не согласуется съ исторической идеей суда: возстановливать нарушенные права.

Вмѣшательство органа государственной власти исторически устраняетъ необходимость и допустимость самоуправства. Вмѣсто кулачной расправы съ обидчикомъ, наступаетъ необходимость явки на судъ и заявленія: „hanc rem meam esse aйо“. Нарушеніе права, а вовсе не „правовая неопредѣленность“ есть исходная историческая идея необходимости созданія суда и никѣмъ не доказано, что эта идея въ теченіи исторіи измѣнилась ¹⁾. Нынѣ государство не препятствуетъ сторонамъ самимъ безъ суда устранять „правовую неопредѣленность“ (напр. путемъ мировыхъ сдѣлокъ, установительныхъ договоровъ и пр.). Но государство запрещаетъ самоуправство (ст. 142 Уст. о Нак.; ст. 531, 690, 691 т. X ч. 1) и замѣняетъ его обращеніемъ къ судебной власти (ст. 1 Уст. Гражд. Суд.). Т. о., судебное рѣшеніе есть замѣна акта самоуправства. И если самоуправство отнюдь не есть актъ устраненія „правовой неопредѣленности“, то и судебное рѣшеніе (его замѣняющее) не можетъ быть таковымъ! ²⁾

¹⁾ И нынѣ напр. въ виндикаціонномъ процессѣ отъ истца требуется представленія доказательствъ (*probatio diabolica*) не своего лучшаго права, а—своего абсолютнаго права собственности (доказательства титула пріобрѣтенія права).

²⁾ Такого рода явленія, какъ иски о признаніи, не противорѣчатъ нашей мысли, ибо они были извѣстны и въ римскомъ правѣ, и все же римскіе юристы говорили: „*actio nihil aliud est quam ius persequendi iudicio quod sibi debeatur*“. См. опредѣленія исковъ у *Gaj. Inst. IV, § 2*: („*intendimus dare facere praestare oportere*“), § 3. („*aut ius aliquod nobis competere*“). Конечно, на почвѣ (реальнаго или воображаемаго) нарушенія права, рождается споръ о правѣ гражданскомъ [*§ 1. J. 4. 6: Movet tamen alicui de aliqua re controversiam*]. Но этотъ „споръ“ относится лишь къ области нашихъ сужденій о существѣ (юридической природѣ) взаимныхъ отношеній

Т. о., устраненіе „правовой неопредѣленности“ есть лишь средство возстановленія нарушеннаго права, а отнюдь не—ближайшая цѣль процесса.

Не спасаетъ стройности опровергаемой теоріи и своеобразное пониманіе ею сущности матеріальной истины! Pagenstecher учитъ, что не задача процесса—устанавливать новыя права ¹⁾, и все же... сторонамъ дается „Dispositions-macht“: „ради облегченія достиженія процессуальной цѣли—правовой опредѣленности“. Но, замѣтимъ,—матеріальная правда и правовая опредѣленность—вещи не тождественныя! Вспомнимъ, что подъ „матеріальной правдой“ авторъ понимаетъ не до и внѣ процессуальное положеніе дѣла, а то, которое сложилось къ моменту постановленія рѣшенія, въ результатъ опять той же... „Dispositions-macht“ стороны! Мы замыкаемся такимъ разсужденіемъ въ самомъ безнадежномъ „circulus vitiosus“!

Соблазнительно простымъ кажется на первый взглядъ основное положеніе Pagenstecher'a: цѣль процесса лучше всего достигается тѣмъ, что стороны въ процессѣ измѣняютъ свои частныя права! Итакъ, судья признается законодателемъ неспособнымъ выяснить матеріальную истину на судѣ! Эта истина вообще не установима. Судъ можетъ только установить правовую опредѣленность между сторонами, и то—лишь благодаря содѣйствію сторонъ: ради правовой опредѣленности, стороны дѣлаютъ уступки другъ другу. Но это—въ сущности—идея мировой сдѣлки, а не просто „процессуальнаго дѣйствія“! Суду оказывается сторонами своеобразная помощь: судъ выясняетъ ихъ матеріально-правовыя стороны, какъ предмета судебного разбирательства. И въ искахъ о признаніи мы имѣемъ дѣло съ потенциальнымъ (возможнымъ въ будущемъ) правонарушеніемъ, но не ради (академическаго) спора или неопредѣленности отношенія, а ради (угрожаемаго) правонарушения созданы эти иски! И хотя здѣсь нѣтъ притязанія (Anspruch), ибо нѣтъ еще правонарушения, и задача суда ограничивается установленіемъ опредѣленности правовыхъ отношеній сторонъ, но и здѣсь это достигается не любой цѣной, а путемъ разрѣшенія спора, т. е. примѣненія нормы закона къ дѣйствительному фактическому составу!

¹⁾ Pagenstecher, 219: „Der Prozess bezweckt nicht den Parteien Gelegenheit zu geben, ihre Rechtslage zu ändern. Nur insoweit ist es ihnen gestattet, wie der Prozesszweck es erfordert“.

отношенія, а онѣ помогаютъ ему въ этомъ тѣмъ, что... измѣняютъ ихъ! Завидное положеніе суда, гоняющагося за „составомъ фактовъ“, какъ за миражемъ! Хорошо еще, если такого рода „содѣйствіемъ“ отесываются нѣкоторыя мелочи, шероховатости, препятствующія сгладить ихъ противоположные интересы. Но, вѣдь, границы такому „отесыванію“ теорія Pagenstecher'a не ставитъ, и можетъ случиться, что судебное рѣшеніе, ради „правовой опредѣленности“, не будетъ ни въ малѣйшей степени соотвѣтствовать настоящему положенію вещей. И это можетъ дойти такъ далеко, что рѣшеніе будетъ—само по себѣ, а (спорное) внѣпроцессуальное отношеніе—само по себѣ, и это послѣднее (не отвѣчающее первому) будетъ служить источникомъ новыхъ споровъ между сторонами, тѣмъ болѣе безнадежныхъ, что они уже „разрѣшены“ состоявшейся *res judicata*!

2. Въ основѣ всего критикуемаго нами ученія лежитъ такое положеніе: каждое утвержденіе есть выраженіе воли (*Entschlusses*) какого либо (эвентуальнаго) долженствованія. Намъ уже неоднократно приходилось опровергать такого рода ученіе ¹⁾. Мы лично понимаемъ всякое „утвержденіе“, какъ сообщеніе о фактахъ, т. е. какъ заявленіе о своихъ представленіяхъ ²⁾. Каждое утвержденіе содержитъ въ себѣ приглашеніе судьи убѣдиться, —если это нужно, —въ правдивости сообщеннаго. Произвольно и фактически невѣрно утверждать, будто лишь „требованіе“ (*Antrag*) вызываетъ судейскія обязанности по выясненію дѣла: мы полагаемъ, что каждое утвержденіе даетъ толчекъ судѣ къ новой дѣятельности. Ужъ самъ фактъ вступленія стороны

¹⁾ См. наши статьи: „Формы спора и неоспариванія“, *Юридическій Вѣстникъ*, 1914 № 3—4; „Къ ученію объ основныхъ принципахъ гражданскаго процесса“, въ „Сборникъ“ памяти проф. Шершеневича; „Недостаточное обоснованіе требованія (иска или возраженія)“, *Вѣстникъ Гражданскаго Права* 1915, окт.; „Къ ученію о принципахъ диспозитивности въ гражданскомъ процессѣ“, въ „Сборникъ“ памяти А. В. Завадекаго (1916 г.).

²⁾ F. Klein, *Die schuldhaftige Parteihandlung*. Wien. 1885, стр. 21, 107. Его-же: *Pro futuro*, 1891, стр. 30, 215: „Die Behauptung ist eine reine Vorstellungsmitteltheilung“. Но и онъ для признаній дѣлаетъ исключеніе, считая ихъ за „prozessualische Dispositionserklärungen“, образующія „den Uebergang von den Anträgen zu den Behauptungen“.

въ процессъ хранить въ себѣ это „требованіе“, которое не нуждается въ повтореніи: дальше судья дѣйствуетъ уже *ex officio*. Всякаго рода утвержденія (признанія, оспариванія), съ виѣшной стороны, являются заявленіями правды, Они таковы и по внутренней своей природѣ, ибо они подлежатъ доказательству (ст. 315 У. Г. С.). А подлежать доказательству лишь заявленія о существующемъ, а не о желанномъ ¹⁾).

Вотъ почему мы не можемъ согласиться съ ученіемъ, что „процессуальное поведение сторонъ влияетъ на рѣшеніе такъ же, какъ и виѣпроцессуальный установительный договоръ (*Feststellungsvertrag*):—оно измѣняетъ материально-правовое положеніе сторонъ“. Въ самомъ дѣлѣ, если бы мы вносили въ понятіе „утвержденія“ (и любого другого процессуальнаго дѣйствія) моментъ долженствованія (*Sollen*), то необходимо было бы требовать наличность соотвѣтствующей сознательной воли у дѣйствующей (напр., учиняющей признаніе) стороны. Однако, общезвѣстно, что въ области процесса важно само заявленіе (*loqui*), а не—одухотворяющая его воля (*velle*)! ²⁾ Ни въ одномъ утвержденіи нѣтъ указанія на преслѣдуемый результатъ, не содержится изъявленія долженствованія. Далѣе въ признаніи мы находимъ лишь заявленіе того, что что-либо опредѣленнымъ образомъ произошло или находится въ извѣстномъ состояніи ³⁾).

¹⁾ R. Pollak. Das gerichtliche Geständniss, 57: „Willens-erklärungen bedürfen keines Beweises, Wissenserklärungen wohl“. Hegler. Beiträge, 192: Die Behauptung ist eine Aufstellung über das Sein von Etwas.

²⁾ Самъ Pagenstecher, 223, говоритъ: „Entscheidend ist hier meist nicht, was die Parteien gewollt, sondern was sie dem Gericht gegenüber erklärt haben“. Замѣтимъ, что содержаніемъ процесс. сдѣлокъ не можетъ быть любой интересъ. Это содержаніе терпѣть свое ограниченіе въ цѣли процесса, и эта цѣль опредѣляетъ объемъ и предѣлы дозволенной дѣятельности. Съ этой т. з., нельзя безъ оговорки и категорически говорить о „волѣ“, „власти“ сторонъ въ процессѣ! Самъ знаменитый авторъ теоріи процессуальныхъ сдѣлокъ I. Trutten, Proz. Rechtsg. II, признаетъ, что „процессуальное отношеніе есть цѣлевое отношеніе *κατ'εξουχίην*. Процессуальныя дѣйствія никогда не могутъ быть самоцѣльными“.

³⁾ O. Bülow. Das Gestr. 108. Конечно, признающійся можетъ думать объ извѣстномъ результатѣ и желать его вызвать. Но это—

На чемъ же основано это предположеніе „долженствованія“? Если сторона 1) утверждаетъ нѣчто себѣ неблагопріятное, такого рода предположеніе „желанія установленія“ („независимо отъ правдивости“) было бы неправдоподобной и лживой фикціей. Если же она 2) утверждаетъ нѣчто себѣ благопріятное, то, конечно, указанная гипотеза о желаніи стороны вполне жизненна,—но приемлема ли она въ качествѣ юридической конструкціи?

Мы это оспариваемъ и вотъ почему. Истецъ имѣетъ притязаніе (къ государству) не на благопріятное для себя рѣшеніе, а на объективно-правильное. Конечно, иной истецъ, требующій завѣдомо несуществующій долгъ въ 100 р., питаетъ тайное желаніе выигрышемъ процесса получить ему не причитающіеся сто рублей. Но развѣ право должно воспринимать въ свои конструкціи такія мечтанія и тѣмъ самымъ какъ бы санкціонировать недобросовѣстность стороны? Добросовѣстный истецъ требуетъ отъ суда рѣшенія—существуетъ ли долгъ. Тотъ, кто ищетъ 100 рублей изъ займа, тотъ отнюдь не готовъ эвентуально получить 100 рублей въ видѣ дара. А, вѣдь, къ этому, въ сущности, приводитъ теорія: „въ исковомъ требованіи лежитъ выраженіе желанія, чтобы отвѣтчикъ—если онъ еще и не должникъ—сталъ бы таковымъ“!

Представитель этой теоріи Pagenstecher, ук. с. 445, какъ бы считаясь съ такимъ возраженіемъ, парируетъ ударъ критики такого рода „аргументомъ“:

„По дѣйствующему праву, истецъ не можетъ требовать, чтобы судья рѣшилъ—долженъ ли ему отвѣтчикъ 100 марокъ къ моменту начала или конца процесса,—независимо отъ событій въ процессѣ (von den Vorgängen im Prozess abgesehen). Если отвѣтчикъ сдѣлаетъ признаніе, истецъ не можетъ сказать:—„я требую, чтобы было изслѣдовано,—оправдывается ли матеріально это признаніе. Я не хочу получать подарки. Лишь если мой противникъ (независимо отъ признанія) дѣйствительно долженъ, онъ долженъ быть присужденъ“.

лишь мотивъ, вызывающій рѣшеніе сдѣлать признаніе или цѣлевое представленіе, и не только является не имманентнымъ самому признанію, но остается ему совершенно чуждымъ.—Развитіе этой мысли см. въ нашей статьѣ: „Формы спора“, Юридическій Вѣстникъ. 1914. № 3—4.

Этотъ „аргументъ“ представляетъ изъ себя цѣлый клубокъ логическихъ несообразностей.

Во 1-хъ), въ приведенномъ разсужденіи кроется логическая ошибка. Если мы имѣемъ признаніе отвѣтчика,—возникновеніе долга въ 100 рублей вовсе не обязано этому „процессуальному событію“. Это надо еще самостоятельно доказать ¹⁾! Истецъ судомъ добивается того же, что онъ добивался и внѣ суда: признанія долга, оспариваемаго должникомъ ²⁾.

Объясненіе тому явленію, что истецъ не можетъ требовать (не смотря на признаніе) повѣрки доказательствъ, гораздо проще. Вѣдь, тѣмъ самымъ истецъ подвергалъ бы сомнѣнію (т. е. оспаривалъ бы) утвержденіе отвѣтчика, т. е. самъ уничтожалъ бы свое утвержденіе о долгѣ отвѣтчика! Конечно, это—абсурдъ. Въ каждомъ заявленіи въ процессѣ мы должны видѣть вовсе не „волю“, чтобы это было такъ, хотя этого нѣтъ, а—(скрытое) выраженіе завѣренія, что утверждаемое субъективно правдиво (т. е. соотвѣтствуетъ представленіямъ лица) ³⁾. Поэтому, истецъ не можетъ одновременно завѣрять: это—правда, ...но „все же проверьте то, что я утверждаю; быть можетъ, это—ложь“!

¹⁾ Ср. K. Helwig. Anspruch und Klagerecht, 157: «Anerkennung und Verzicht sind... nicht Entstehungs — und Erlöschungsgründe der Privatrechte. Das Anerkenntnis wie der Verzicht haben eine Wirkung lediglich insofern, als sie das deklaratorische richterliche Urteil über das bestehend oder nicht bestehend anerkannte Rechtsverhältnis herbeiführen“.

²⁾ Ср. I. Trutten. Ueber proz. Rechtsg., 10: Юридическій интересъ, необходимое предположеніе всякаго субъективнаго права,—совсѣмъ другой при субъективномъ гражданскомъ правѣ, чѣмъ при субъективномъ процессуальномъ правѣ. Процессуальный интересъ отличается своей несамостоятельностью. „Отдѣльнымъ процессуальнымъ дѣйствіемъ не осуществляется никакого частно - правового самостоятельнаго интереса; оно не имѣетъ самостоятельной цѣнности, а есть лишь средство къ цѣли: охраненію права“.

³⁾ Скрытымъ постулатомъ каждаго процесса является требованіе, выраженное въ § 178 австр. С. Р. О.: „Каждой сторонѣ надлежитъ въ заявленіяхъ полно и опредѣленно показывать по правдѣ (der Wahrheit gemäss) всѣ необходимыя въ отдѣльномъ случаѣ для обоснованія ея требованій фактическія утвержденія“.

Во-2-хъ, несостоятеленъ и выводъ критикуемой теоріи: въ случаѣ лживыхъ признаній мы не имѣемъ „патологическаго случая“ ¹⁾. Ибо „*der Klagantrag ist ein Ausdruck des Sollens*“: это есть выраженіе желанія, чтобы требуемое установленіе послѣдовало бы и на тотъ случай, если правоотношеніе (къ моменту заявленія требованія) и не было таково, какъ оно должно быть установлено.

Но неужели этому желанію (*Wunsch*) мы должны придавать значеніе? Да еще такое, которое надлежало бы воспринимать при построеніи понятія гражданского процесса? ²⁾ Мы еще можемъ допустить, что истецъ *post hoc*—въ виду факта признанія—можетъ имѣть эту волю „долженствованія“, но какъ мы можемъ предполагать ее у истца до процесса? Вѣдь онъ вступаетъ въ (процессуальный) споръ съ отвѣтчикомъ; онъ, быть можетъ, самъ знаетъ свою неправоту! Какимъ же образомъ онъ можетъ предвидѣть и воспринять въ свою волю признаніе отвѣтника, какъ „процессуальное событіе“? Въ критикуемомъ нами разсужденіи истецъ выставляется въ роли какой то „казанской сироты“: онъ—невинная жертва... благопріятныхъ ему „процессуальныхъ событій“ (напр. признанія отвѣтника). Онъ-де и самъ не радъ, но не можетъ же онъ воспрепятствовать отвѣтчику принять тѣ или иные процессуальныя дѣйствія! И кто же можетъ ему—истцу—запретить предвидѣть и учитывать эти „процессуальныя событія“!..

Что есть серьезнаго, научнаго въ такого рода разсужденіи?!

Критикуемое ученіе кроетъ въ себѣ рядъ и дальнѣйшихъ несообразностей. Въ самомъ дѣлѣ, какъ примирить такія положенія:

¹⁾ Ср. Pagenstecher, 446: „По идеѣ закона такой *Anerkenntnisurteil* не противорѣчитъ процессуальной цѣли. Наоборотъ, это—безусловно желанный, закономъ положительно предусмотрѣнный выходъ,—желанный даже тогда, когда признаніе матеріально необосновано.

²⁾ Fr. Klein, *Pro futuro*, 13: „Нельзя исходить изъ неправдоподобнаго предположенія: „*rechtsgeschäftliche Absicht*“ у лицъ, начинающихъ и ведущихъ процессъ“.

1) Цѣль процесса—декларировать правоотношеніе сторонъ, учитывая и внѣ—и внутри—процессуальныя событія. 2) Принципъ матеріальной истины этимъ не колеблется, ибо процессуальныя событія имѣютъ силу измѣнять матеріальное правоотношеніе. Но... 3) послѣднее положеніе терпитъ ограниченіе:... „поскольку это содѣйствуетъ цѣли процесса: установить правовую опредѣленность“. Посему, Ragenstecher не признаетъ *rechtsändernde Kraft* за волеизъявительными утвержденіями (напр. признаніями) для другихъ процессовъ. Матеріальной силы они не имѣютъ. „Признаніе дается въ виду разрѣшенія даннаго процесса (im Hinblick auf die Entscheidung). Если не состоялось рѣшенія, оно теряетъ всякое значеніе“ (стр. 219).

Съ этой точки зрѣнія, признаніе заразъ есть и 1) процессуальное дѣйствіе съ чисто процессуальной функцией, сила коего ограничивается рамками даннаго процесса (что сказывается впервые при постановленіи рѣшенія) и 2) матеріальная сдѣлка, измѣняющая матеріальное правоотношеніе сторонъ.

Помимо явной нелогичности такого „совмѣстительства“¹⁾, надо возразить, *ad* 1): сила признанія наступаетъ не въ моментъ постановленія рѣшенія, а немедленно по его учиненіи (отсюда правила объ его опроверженіи), и *ad* 2): хотя бы ограниченная рамками даннаго процесса, матеріальная сдѣлка сторонъ неумѣстна въ процессѣ, ибо всё же вѣрно, что „процессъ не имѣетъ задачей давать сторонамъ случай измѣнять свое правовое положеніе“!

3. Наперекоръ критикуемой теоріи, мы продолжаемъ, отстаивать ту точку зрѣнія, что цѣль процесса—защита, установленіе и осуществленіе гражданскихъ правъ, но отнюдь не созданіе гражданскихъ правъ²⁾.

¹⁾ Болѣе логичны тѣ представители того же направленія, которые признанію иска придаютъ матеріальную силу и для другихъ процессовъ и даже независимо отъ дѣйствительности того процесса, въ которомъ оно было дано. J. Kohler ук. с. 37.

²⁾ Это положеніе нами развито въ цит. статьѣ нашей въ „Сборникъ“ памяти проф. Шершеневича, III, 1. Здѣсь же приведена и литература вопроса.

Такъ какъ путемъ процессуальныхъ дѣйствій стороны не могутъ распоряжаться матеріальными правами ¹⁾, и каждая изъ сторонъ ждетъ не рѣшенія, какое ей угодно, а объективно-правильнаго рѣшенія, то суд. рѣшеніе и не можетъ имѣть цѣлю и обладать силой измѣнять существующее правовое состояніе.

Какова же функція суд. рѣшенія? Pagenstecher (стр. 36) утверждаетъ, что правовая опредѣленность непосредственно не обеспечивается „установительнымъ дѣйствіемъ“, „аутентической декларацией“ субъективнаго права. Для этого-де необходимо еще привлеченіе идеи „rechtsändernde Macht“ сторонъ. Мы лично держимся иной концепціи сущности суд. рѣшенія. Процессъ преслѣдуетъ цѣль не создавать, а—охранять права. Конечно, отдѣльныя судебныя рѣшенія могутъ быть неправильными, и тогда они имѣютъ силу какъ бы обновляющей юридической сдѣлки. Правда, судебное рѣшеніе, подтверждающее право, ради своей формальной связующей силы, является самостоятельнымъ обязывающимъ, „конституирующимъ“ (rechtskonstituierend) фактомъ. Это—въ томъ смыслѣ, что уполномоченному незачѣмъ возвращаться къ старому спорному *titulus*’у своего права! Но это не измѣняетъ юридической природы судебного рѣшенія, какъ аутентической деклараціи существующихъ между сторонами юридическихъ отношеній, т. е. наличности утверждаемаго субъективнаго права. Авторитетное установленіе (*Feststellung*), если оно и ложно въ отдѣльных случаяхъ, не перестаетъ отъ этого быть, по своей юридической природѣ, установленіемъ ²⁾. Если встрѣчаются суд. рѣшенія неправильныя, то они не отвѣчаютъ цѣли процесса, какъ это должно было бы быть при настоящихъ конститутивныхъ рѣшеніяхъ. Они суть случайный, нежеланный и даже весьма неодобряемый результатъ *rei judicatae*. Лишь, чтобы положить ко-

¹⁾ O. Bülow. Das Geständnisrecht, 89: Das Gericht macht im Prozess nie Geschäfte“. Истинную роль суд. рѣшенія, какъ „Stempel staatlicher Rechtsgewähr“ выясняетъ тотъ же авторъ въ „Absolute Rechtskraft des Urteils“. Archiv—Praxis, 83 (1894), стр. 1 сл. Cp. Laurent. Principes, XX (1876), 205.

²⁾ Cp. Kisch. Beiträge zur Urteilslehre, Leipzig. 1903, стр. 29, 58.

нецъ спору, суд. рѣшеніе снабжается силой, хотя оно—быть можетъ—лживо ¹⁾. Вотъ почему, суд. рѣшеніе дѣйствуетъ лишь *ex tunc*. Если, напр., установлено, что бракъ не существуетъ, то этотъ бракъ не разсматривается, какъ прекратившій свое дѣйствіе, вслѣдствіе рѣшенія, подобно разводу,—онъ будетъ обсуждаться, какъ никогда не существовавшій. То же надо сказать про любое судебное рѣшеніе.

Т. о. суд. рѣшеніе есть факторъ, который, правда, можетъ имѣть правопроизводящій эффектъ и является тогда самостоятельнымъ основаніемъ (возникновенію) правоотношенія, но, по своей идеѣ, оно производитъ извѣстное субъективное право лишь потому, что оно признаетъ его, какъ существующее ²⁾. И для того, чтобы придать авторитетную силу рѣшенію, не надо прибѣгать къ идеѣ творческой силы воли сторонъ. Судебное рѣшеніе есть „*staatlicher Befehl*“, приказъ суда, какъ органа власти. Сила его, поэтому, не ограничивается авторитетомъ простого мнѣнія (*Rechtsgutachten*) или консультации. Воля суда такова, чтобы въ будущихъ спорахъ и суды и стороны исходили отъ того предположенія, что рѣшеніе правильно ³⁾.

Тѣмъ самымъ опредѣляется наше отношеніе къ спору о томъ, что устанавливаетъ судъ: право просителя или правоотношеніе между сторонами? Въ сущности, „право“ лица есть ничто иное, какъ правоотношеніе, разсматриваемое съ точки зрѣнія уполномоченнаго. Судъ и устанавливаетъ это право. Намъ не должно смущать то обстоятельство, что рѣшеніе дѣйствуетъ лишь „*inter partes*“. Если бы даже процессъ былъ построенъ на самомъ строгомъ слѣдственномъ началѣ, мы никогда не смѣли бы утверждать, что правомочные интересы третьихъ

¹⁾ Kisch, ук. с. 58: И лживое рѣшеніе, какъ показываетъ его внѣшняя форма, является все же декларативнымъ рѣшеніемъ, и не измѣняетъ этой природы только потому, что содержитъ лживую декларацию“.

²⁾ Cp. A. Wach. Handbuch. I, 8: „Seiner Idee nach wirkt das Urteil aber rechtskonstituierend nur, weil es vorhandenes Recht anerkennt“. Но съ этимъ не совѣмъ согласуется стр. 9: „Das Urteil im Prozesse bindet nicht kraft seiner Wahrheit“.

³⁾ Laband. Staatsrecht, III, 352; Plank. Lehrbuch, I, 442.

лицъ были бы надлежаще обезпечены и охранены. Права и интересы третьихъ лицъ образуютъ особый міръ отношеній, и разъ они не были предметомъ „состязанія“, они не могутъ быть защищены, но потому они не могутъ быть и нарушены. Процессуальный законъ устанавливаетъ, однако, рядъ правилъ, предназначенныхъ для обезпеченія, какъ уваженія, такъ и ненарушенія правъ лицъ, въ процессѣ не участвовавшихъ: это есть институтъ „третьихъ лицъ“, преслѣдующій процессуальную цѣль—распространить матеріальную силу *rei judicatae* и на этихъ лицъ.

Остается разъясниться съ послѣднимъ недоумѣніемъ. Разъ мы понимаемъ цѣль процесса, какъ возстановленіе нарушеннаго права и въ этомъ (а не иномъ!) смыслѣ представляемъ себѣ принципъ матеріальной истины въ процессѣ, то какую же роль надлежитъ отвести такимъ противоположеніямъ (о суд. признаніи, послѣдствія упущенія процессуальныхъ правъ и пр.), въ коихъ усматривается высшее торжество принципа состязательности, на коемъ покоится гражданскій процессъ? Наши противники настойчиво указываютъ на принципъ состязательности, съ коимъ несовмѣстимо достиженіе матеріальной истины. Откуда одни юристы заключали, что матеріальная истина и не есть преслѣдуемый результатъ процесса (Canstein, Wach и др.), а другіе юристы строили новое понятіе „матеріальной истины“, въ смыслѣ согласія съ процессуальными событіями, создаваемыми сторонами (Pagenstecher).

Конечно, надо согласиться съ тѣмъ, что принципъ состязательности, въ его крайнихъ проявленіяхъ, препятствуетъ выясненію матеріальной истины на судѣ, а слѣдовательно,—и установленію субъективнаго права истца. Но что же изъ этого слѣдуетъ? Если бы принципъ состязательности былъ самодовлѣющимъ принципомъ, присущимъ гражд. процессу, какъ понятію,—то тогда, конечно, надо было бы дѣлать и соотвѣтствующіе выводы. Въ нашей цит. статьѣ въ „Сборникѣ памяти проф. Шершеневича мы доказали, что гражд. процессъ, направленный на разрѣшеніе правовыхъ конфликтовъ, не покоится ни на какихъ самостоятельныхъ, извнѣ взятыхъ постулатахъ. Онъ покоится на рядѣ правилъ цѣлесообразности, имѣющихъ одинъ критерій ихъ

правильности—ихъ приспособленность къ возможному достиженію цѣли процесса: установленія матеріальной правды,—подъ коей мы понимаемъ соотвѣтствіе рѣшенія закону и дѣйствительнымъ обстоятельствомъ дѣла. Въ частности, принципъ состязательности былъ формулированъ, какъ реакція противъ принципа officialности, и—не ради торжества отвлеченныхъ теорій, а ради гарантіи успешнаго судопроизводства.

Нынѣ господствующая теорія даетъ, однако, принципу состязательности иное значеніе. Ученіе о „самодѣятельности сторонъ“ было поставлено въ связь (Gönnér) съ идеей диспозитивности, т. е. распоряжаемости частныхъ правъ, и въ такомъ видѣ стало догматомъ процессуалистовъ во второй 1/2 XIX вѣка. Подобно наразмѣнной кредиткѣ, это ученіе отъ долгаго обращенія приняло нынѣ такой видъ авторитетности, что теперь юристы уже забыли (цѣлевое) происхожденіе принципа состязательности (лучшее достиженіе матеріальной истины) и возвели его на пьедесталь, какъ самостоятельный постулатъ процесса и „изъ нужды стали дѣлать добродѣтель“. А затѣмъ стали поступать и обратно—изъ добродѣтели стали дѣлать нужду: изъ того наблюденія, что крайности состязательнаго начала (стороны—полные хозяева процесса) препятствуютъ установить матеріальную истину, стали дѣлать выводъ, что это—и не цѣль процесса! Насколько это логично, показываетъ такое сравненіе: врачи по ошибкѣ или—за неимѣвіемъ лучшаго—прописываютъ негодное лекарство, и изъ отрицательныхъ послѣдствій приѣма этого лекарства всѣ стали бы дѣлать заключеніе, что цѣль медицины—вовсе и не есть излеченіе больныхъ!

4. Все вышеизложенное даетъ намъ право, съ другой стороны, утверждать, что и суд. рѣшенія, постановленныя „согласно признанію“ (Anerkenntnisurteil), не болѣе „декларативны“, чѣмъ всякія другія, постановленныя въ результатъ спорнаго состязанія (Sachurteile).

Тѣ и другія рѣшенія имѣютъ одинаковую юридическую природу, и съ точки зрѣнія содержанія,—вполнѣ тождественны. Суд. рѣшенія, соотвѣтственно цѣли процесса—установленію права,—устанавливаютъ притязанія, но

ихъ они не образуютъ, они не конститутивны¹⁾. „Волеизъявительныя утверждения“ не сдвигаютъ матеріальное основаніе иска. Поэтому, и „Anerkenntnisurteil“ есть рѣшеніе по первоначальному исковому притязанію въ его неизмѣняемой индивидуальности. Въ самомъ дѣлѣ, суд. рѣшеніе всегда приходитъ къ присужденію „на основаніи“ склада „процессуальнаго матеріала“, напр., на основаніи приведенныхъ доказательствъ. Но развѣ этотъ матеріаль „сдвигаетъ“ матеріальное основаніе иска? ²⁾ Конечно, нѣтъ! Въ своей внутренней сущности, суд. рѣшеніе всегда есть отвѣтъ на исковое требованіе, но отнюдь не на тотъ или иной процессуальный матеріаль, служащій лишь для обоснованія этого требованія! ³⁾

5. Всѣмъ вышесказаннымъ опредѣляется наше отношеніе къ основному вопросу нашей темы:—отвѣтомъ на что является судебное рѣшеніе? Критикуемая нами теорія утверждаетъ, что суд. рѣшеніе есть учетъ всѣхъ внѣ—и внутри процессуальныхъ событій. Какъ тѣ, такъ и другія измѣняютъ матеріальныя отношенія сторонъ. Но мы доказали, что „процессуальное дѣйствіе“ не можетъ вліять на матеріальное правоотношеніе сторонъ ⁴⁾. То, что судья изслѣдуетъ не до-процессуальное положеніе, но—въ извѣстныхъ границахъ—и положеніе, окончательно сложившееся

¹⁾ Hellwig. Anspruch und Klagrecht, 211; Degenkolb, Beiträge zum Zivilprozess. Leipzig, 1915, стр. 120 сл.; A. Hegler, Beiträge zur Lehre von prozessualen Anerkenntnis und Verzicht, Leipzig, 1903, стр. 115.—Эти авторы, исходя отъ разныхъ точекъ зрѣнія, доказали, что простое „констатированіе“, „декларированіе“ признанія не можетъ ему придать какую либо силу. Если признаніе не имѣетъ само по себѣ законной силы и исполнимости, то и „декларация“ ничего не можетъ измѣнить въ томъ отношеніи. Съ другой стороны, признаніе иска не придаетъ рѣшенію какую либо большую силу сравнительно съ другими рѣшеніями. И „Anerkenntnisurteil“ можетъ быть отмѣнено, въ порядкѣ кассации, если оно наталкивается на уже состоявшуюся *res judicata*.

²⁾ Degenkolb, ук. ст. 122, называетъ критикуемую нами теорію теоріей сдвига, *Verschiebungstheorie*.

³⁾ Въ томъ же смыслѣ: J. Kohler, ук. с. 37; Fr. Klingmüller, Das Schuldversprechen und Schuldanerkentnis. Fischers Abhandl. z. Privatrecht und Civilpr.—Bd. XI (1903), Н. 4 стр. 96 сл.

⁴⁾ См. въ особенности нашу статью: „Къ ученію о принципѣ диспозитивности“, въ „Сборникѣ“ памяти А. В. Завадскаго.

къ моменту постановленія рѣшенія (ср. ст. 332 У. Г. С.),—это вѣрно. Но то, чтобы „процессуальное дѣйствіе“ способно было измѣнить вѣн процессуальное отношеніе сторонъ,—это никому не удалось доказать и доказано быть не можетъ! Судья оперируетъ фактами, а не—голыми утвержденіями! 1) Если факты вводятся въ процессъ путемъ „утвержденій“, то отсюда нельзя дѣлать вывода въ томъ смыслѣ, что факты и утвержденія на глазахъ судьи суть равнозначущія величины. Къ какимъ неприемлемымъ выводамъ ведетъ иная точка зрѣнія—мы увидимъ ниже (V).

Изъ предшествующаго изложенія вытекаетъ также и то, что судебное рѣшеніе, являясь въ идеѣ не конституціей правовыхъ отношеній сторонъ на новыхъ началахъ, а лишь деклараціей существующихъ въ дѣйствительности правоотношеній,—не можетъ быть разсматриваемо, какъ самостоятельное основаніе обязательства. Практическое значеніе этой конструкции, см. ниже (IV).

IV.

Развитія нами выше (II, III) общія теоретическія соображенія даютъ руководящую идею при разрѣшеніи самыхъ разнообразныхъ вопросовъ матеріальнаго и процессуальнаго права. Ниже мы сосредоточимся на разборѣ двухъ рѣшеній Сената: 1915 г. № 33 и 38. Замѣтимъ, что оба эти рѣшенія представляютъ исключительно отрадное явленіе въ нашей бѣдной научными основоположеніями юриспруденціи.

Въ д. Сосинныхъ (1915 г. № 33) возникъ вопросъ: если истецъ, требуя присужденія капитальной суммы, не просилъ о присужденіи процентовъ на оную со времени постановленія рѣшенія по день удовлетворенія, то въ правѣ ли онъ предъявить особый искъ о процентахъ за указанное время?

1) См. развитіе этой мысли и обоснованіе ея, съ точки зрѣнія русскаго положительнаго права, въ нашей статьѣ: „Время утвержденія“ („opus proferendi“) въ гражданскомъ процессѣ“, въ „Вѣстн. Гражд. Права“ 1915 г. №№ 4 и 5.

Разрѣшеніе этого вопроса зависитъ отъ общей концепціи сущности судебного рѣшенія: есть ли рѣшеніе самостоятельное основаніе обязательства, какъ оно было въ римскомъ правѣ (придававшемъ и *litis contestatio* и *res judicata* новирующую силу),—или же оно лишь устанавливаетъ (хотя бы авторитетнымъ приказомъ) существующія правоотношенія? Если рѣшеніе кроетъ въ себѣ конститутивное начало, то указанное требованіе 0/0 0/0 вполне допустимо, ибо имѣетъ свое самостоятельное основаніе. Если же рѣшеніе есть декларация (въ указанномъ выше смыслѣ) существующихъ правоотношеній, то особое требованіе о 0/0 0/0 не допустимо, ибо оно должно было быть включеннымъ въ первоначальное требованіе о капитальной суммѣ.

Теперь обратимся къ разсужденіямъ Сената. Въ К. Р. 1874 № 308 и 1879 № 135 Сенатъ разъяснилъ: „обязанность уплаты этихъ процентовъ поκειται не на прежнихъ правовыхъ отношеніяхъ должника и вѣрителя, а на отношеніяхъ новыхъ, основанныхъ на судебномъ рѣшеніи. Поэтому и искъ о процентахъ со времени постановленія рѣшенія по день удовлетворенія, какъ вызванный событіемъ, совершившимся послѣ постановленія рѣшенія, а, именно, умедленіемъ со стороны должника уплаты присужденной съ него суммы,—истекаетъ изъ новаго основанія, не является повтореніемъ прежнихъ исковыхъ требованій и можетъ быть предъвленъ, хотя бы при производствѣ перваго дѣла истецъ не ходатайствовалъ о присужденіи процентовъ за указанное время“.

Въ Кас. Рѣш. 1913 № 89 и 1915 № 35 Сенатъ высказываетъ діаметрально противоположный взглядъ; обязанность платежа процентовъ на неуплаченную сумму всегда вытекаетъ изъ тѣхъ же правовыхъ отношеній, какъ и главный искъ. „Рѣшеніе, послѣдовавшее о капиталѣ, не измѣняетъ существовавшихъ ранѣе между сторонами правовыхъ отношеній“... „Эта обязанность поκειται не на томъ основаніи, что должникъ промедлилъ съ исполненіемъ постановленнаго противъ него рѣшеніе а—на томъ обстоятельстве, что и послѣ рѣшенія продолжается просрочка должника въ исполненіи того, существующаго въ его лицѣ, долгового

обязательства, по поводу котораго состоялось суд. рѣшеніе. Поэтому, требованіе уплаты процентовъ и за время, слѣдующее за судебнымъ рѣшеніемъ, должно быть разсматриваемо, какъ придаточное требованіе къ основному требованію вѣрителя, и въ процессѣ можетъ быть осуществлено лишь совместно съ нимъ, но не посредствомъ самостоятельнаго иска“.

Эти послѣднія рѣшенія мы считаемъ правильными, ибо они вытекаютъ изъ развитыхъ нами выше обще-теоретическихъ положеній, касательно функцій суд. рѣшенія. Рѣшеніе лишь „устанавливаетъ“ и объявляетъ („декларируетъ“) то, что установлено. Оно, по своей идее, есть отраженіе тѣхъ фактовъ, использовать которые было во власти заинтересованной стороны еще въ теченіи перваго процесса. Поэтому, суд. рѣшеніе само не можетъ быть фактомъ, обосновывающимъ (или рождающимъ) право.

Все это находится въ полной гармоніи со сказаннымъ выше, касательно волеизъявительнаго характера процессуальныхъ утвержденій. Разъ мы отрицаемъ правообразующую силу утвержденій, мы должны логически отрицать таковую и за *res judicata* ¹⁾.

Но имѣетъ ли право Сенатъ отвергать новирующую силу за *res judicata*? Вспомнимъ, что, по ученію Сената, утвержденіямъ сторонъ въ процессѣ присуща творческая сила создавать права. Такъ, сила признанія покоится на томъ, что „всякое частное лицо можетъ свободно распоряжаться своими имущественными правами“ (1886 № 51), „признаніе влечетъ за собою отсужденіе части имущества въ пользу 3-ихъ лицъ (1911 № 51; ср. 1912 № 112), а посему рѣшеніе, основанное на призна-

¹⁾ Во избѣжаніе недоразумѣнія, оговариваемся, что то, что нами развивается касательно утвержденій, не относится до фактическихъ обстоятельствъ, возникшихъ въ теченіи процесса. Введеніе этихъ послѣднихъ въ процессъ, конечно, развѣ они имѣютъ рѣшающее значеніе на развитіе и судьбу *rei in iudicium deductae*. Въ этихъ границахъ и новыя фактическія обстоятельства не сдвигаютъ основанія спорнаго правоотношенія. Объ этомъ, см. ниже (V).

ніи, не обязательно для постороннихъ лицъ (1891 № 22, 1912 № 84).

При такой характеристикѣ процессуальнаго матеріала, кладущагося въ основу суд. рѣшенія, и само суд. рѣшеніе не можетъ оставаться простой „декларацией“ *ex tunc*, а необходимо ставится „конституціей“ или „декларацией“ *ex nunc*, т. е. декларацией не реальныхъ событий, а тѣхъ правоотношеній, которыя сложились процессуальной дѣятельностью сторонъ!

Противорѣчіе явное и неустранимое! Въ этомъ отношеніи, логичнѣе теорія того же Pagenstecher'a, который: 1) придаетъ процессуальнымъ утвержденіямъ матеріально-правовую силу, 2) рѣшеніе понимаетъ, какъ конституцію (декларацию *ex nunc*). И—декларацию не права, а—правоотношенія *inter partes*! Сенатъ изъ этого логичнаго построенія беретъ лишь первую половину и надштыкуетъ ее матеріаломъ, взятымъ изъ другого научнаго міровоззрѣнія.

Т. о., Сенатъ ко всѣмъ ударамъ критики, направленнымъ противъ Pagenstecher'a, долженъ брать на себя упрекъ еще въ поразительной непоследовательности. Теорія Сената сидитъ на двухъ стульяхъ разной величины и высоты. Если процессуальныя утвержденія „влекутъ за собою отсужденіе части имущества“, то и суд. рѣшенія также должны имѣть тотъ же эффектъ. Съ точки зрѣнія этой концепціи, суд. рѣшеніе есть отвѣтъ не на исковое притязаніе, а на—„процессуальныя событія“. Иначе говоря, оно есть самостоятельное основаніе отвѣтственности, оторванное отъ первоначальнаго (спорнаго) правоотношенія. А съ этой точки зрѣнія, ясно, что рѣшеніе можетъ служить особой базой для уплаты процентовъ (т. е. не быть основой для *exсеріо геі in iudicium deductae*), ибо, вѣдь, и самого долга до рѣшенія могло и не быть: этотъ долгъ возникъ лишь въ результатъ рѣшенія!

V.

Обратимся теперь къ рѣшенію 1915 г. № 38. Оно насъ интересуетъ не по непосредственному своему содержанію, а по тому болѣе общему вопросу процессуальнаго права, ко-

торый возбужденъ литературой (С. В. Завадскій, профессоръ В. М. Гордонъ), въ связи съ комментированіемъ этого рѣшенія. Въ этомъ рѣшеніи подлежалъ разрѣшенію вопросъ: въ правѣ ли должникъ, уплатившій послѣ предъявленія иска свой долгъ и допустившій судъ постановить искъ въ пользу истца (не представивъ суду доказательства уплаты и не обжаловавъ рѣшеніе суда),—отыскивать уплаченную имъ сумму обратно, на томъ основаніи, что приведеніе рѣшенія въ исполненіе составляетъ вторичное ея полученіе?

Сенатъ разъяснилъ: „судебнымъ рѣшеніемъ право, бывшее предметомъ спора, погашено; оно замѣнено правомъ, установленнымъ судебнымъ рѣшеніемъ. Таковъ внутренній смыслъ формулы, что рѣшеніе имѣетъ „силу закона“, какъ для тяжущихся, такъ и для суда. Судебное рѣшеніе не создаетъ, однако, новаго права, оно даетъ авторитетный отвѣтъ на то, кто изъ спорящихъ доказалъ принадлежность ему спорнаго права, а посему содержаніе доказаннаго права и соотвѣтствіе его дѣйствительнымъ правоотношеніямъ сторонъ, возникшимъ на почвѣ матеріальнаго права, зависятъ отъ того, были ли представлены и надлежаще освѣщены сторонами всѣ тѣ доказательства, которымъ законы придаютъ значеніе правопроизводящихъ или правоуничтожающихъ фактовъ, на которыхъ покоятся спорныя субъективныя права. При такомъ построеніи неизбежна нѣкоторая случайность, присущая рѣшеніямъ, вступившимъ въ законную силу. Она не желательна, но необходима“...

Въ этихъ прекрасно написанныхъ строкахъ сжато, но вполне научно изложено то ученіе о сущности процесса, которое и мы защищаемъ въ настоящей статьѣ 1). Но здѣсь мы должны свернуть въ сторону и остановиться на томъ болѣе общемъ вопросѣ, который поднятъ комментаторами къ этому рѣшенію: въ правѣ ли судья считаться съ

1) Также мы согласны и съ обоснованіемъ отвѣта на поставленный вопросъ: „погасительной силой рѣшенія уничтожаются только тѣ изъ доказательствъ, которыя существовали до предъявленія иска“. Но изъ этого положенія нельзя дѣлать какихъ либо выводовъ по вопросу о правѣ суда учитывать новыя доказательства, возникшія впервые въ теченіе процесса.

такими фактическими обстоятельствами, которыя возникли впервые послѣ предъявленія иска? Замѣтимъ, что такіе факты могутъ быть благопріятны для исковой претензіи (напримѣръ, учинены правонарушительныя дѣйствія), но они могутъ быть ему и неблагопріятны (напримѣръ, долгъ уплаченъ).

С. В. Завадскій („Вѣстникъ Гражданскаго Права“ 1916, № 3, Гражданская Хроника, стр. 94 сл.), привѣтствуя рѣшеніе 1915 г. № 38, пишетъ: „И дѣйствительно, несовпаденіе времени предъявленія иска со временемъ постановленія по иску рѣшенія является не болѣе, какъ фактомъ: юридически оба момента мыслятся совпадающими; рѣшая дѣло, судья, пока онъ не задался вопросомъ объ исполненіи рѣшенія, считается только съ тѣмъ, что произошло между сторонами до того дня, когда искъ былъ вчиненъ: если срокъ по обязательству истекъ 1 марта, а искъ предъявленъ 24 февраля, то есть наканунѣ, то судья, хотя бы и постановилъ рѣшеніе 1 марта слѣдующаго года, то-есть ровно черезъ годъ по наступленіи срока; долженъ признать искъ преждевременнымъ. Отсюда вытекаетъ, что факты, возникающіе послѣ вчиненія иска, надлежитъ разсматривать, какъ такіе, которые возникаютъ уже послѣ рѣшенія по иску“. Далѣе авторъ ставитъ практикѣ въ упрекъ, что она, „никогда не посягавшая на то, чтобы удовлетворять иски по обстоятельствамъ, не подлежащимъ отнесенію ко времени до обращенія истцовъ въ судъ“, дозволяетъ себѣ, однако, отказывать въ искахъ на основаніи обстоятельствъ, слѣдующихъ за моментомъ вчиненія иска.

Итакъ, авторъ настаиваетъ на томъ, что разъ отвѣтчикъ представитъ суду росписку истца въ полномъ удовлетвореніи уже въ теченіи процесса, все же искъ истца подлежитъ удовлетворенію. Авторъ разлагаетъ рѣшеніе на два элемента: 1) сужденіе о правѣ и 2) приказъ. „Сужденіе должно быть отнесено ко времени предъявленія иска; а „приказъ объ исполненіи“ „живетъ по необходимости лишь въ будущемъ“, и онъ можетъ быть парализованъ фактами, привзошедшими въ теченіи процесса. „Искъ о возвратѣ такой добровольно уплачен-

ной суммы направлень не на перевершеніе основного сужденія въ рѣшеніи по первому между сторонами дѣлу, а всего на парализованіе вредныхъ послѣдствій ошибочно допущеннаго по тому рѣшенію исполненія“.

Таково ученіе С. В. Завадскаго, одобренное и профессоромъ Влад. Гордономъ (см. его комментарий къ К. Р. 1915 № 38, „Архивъ суд. практики“, изд. „Вѣст. Пр.“). „Факты,—говоритъ онъ,—которые возникли послѣ предъявленія иска объ уплатѣ долга по закладной, являются совершенно иными, чѣмъ тѣ, что составляли основаніе иска о платежѣ по закладной. Эти факты,—какъ ярко показали недавно С. В. Завадскій,—надлежитъ разсматривать какъ такіе, которые возникаютъ уже послѣ рѣшенія по иску“.

Итакъ, изложенная доктрина учить, что гражданскій процессъ пмѣетъ дѣло съ законченнымъ цикломъ фактовъ—ходъ которыхъ, такъ сказать, завершился къ моменту предъявленія иска. Это ученіе, весьма распространенное и на Западѣ ¹⁾, вызываетъ у насъ сомнѣнія.

Страннымъ намъ кажется утвержденіе, что „несовпаденіе времени предъявленія иска со временемъ постановленія по иску рѣшенія является не болѣе, какъ фактомъ: юридически оба момента мыслятся совпадающими“. На самомъ дѣлѣ, рѣшеніе никогда и никѣмъ не мыслится, какъ въ идеѣ немедленный отвѣтъ на допроцессуальный составъ фактовъ. Между возбужденіемъ иска и постановленіемъ рѣшенія всегда протекаетъ болѣе или менѣе продолжительный промежутокъ времени, въ теченіи коего совершаются судомъ тѣ дѣйствія, которыя необходимы для созданія умозаключенія суда. Оспариваемая нами концепція просто приводитъ къ уничтоженію самого понятія процесса! Разъ несовпаденіе времени предъявленія иска со

¹⁾ Fr. Klein. Pro futuro, 12: „Handelt es sich im Prozesse nicht darum das Recht als gegenwärtig bewegliches, sozusagen im flüssigen Zustande, d. h. die Qualität der Veränderlichkeit zu konstatieren; das Urteil hat es vielmehr auch hier in den weitaus meisten Fällen mit einer bestimmten vollendeten Entwicklung, mit dem durch gewisse Thatssachen so oder so modificirten Rechte, also wieder etwas mindestens derzeit Festem zu tun“.

временемъ постановленія по иску рѣшенія является не болѣе, какъ „фактъ“, то куда же мы помѣстимъ самъ процессъ, какъ правовое явленіе? Ему мѣста нѣтъ! Онъ, какъ правовое явленіе, оказывается, не существуетъ! Мы лично думаемъ, что всякій „процессъ“ есть процессъ, а не—моментальная фотографія. Въ западно-европейской литературѣ со временъ О. Bülow (1868 г.) народилась богатая литература по вопросу о юридической природѣ этого процессуальнаго отношенія, „развивающагося шагъ за шагомъ“. Самъ проф. Вл. Гордонъ не разъ высказывалъ сочувствіе этому ученію, а теперь вдругъ объявляетъ этотъ процессъ „фактомъ“, т. е. чѣмъ-то патологическимъ, случайнымъ! Съ этой точки зрѣнія, судъ, съ момента предъявленія иска, подобенъ гилльотинированной головѣ, которая еще видитъ и слышитъ, „но говорить уже не можетъ“. Пускай факты внѣшняго міра будутъ ключемъ и ломаются въ двери суда,—судъ ихъ знаетъ, но высказаться по нимъ онъ не смѣетъ!...

Получается странное положеніе. Что-бы мы сказали про законодателя, если бы онъ вздумалъ учитывать лишь ту регулируемую обстановку, которая существовала (быть можетъ, много десятилѣтій назадъ) въ моментъ зарожденія законопроекта? Что бы мы сказали про администратора, который вздумалъ бы подавлять мятежъ, котораго уже нѣту? Что бы мы сказали про доктора, который лечилъ бы болѣзнь, исходя отъ той стадіи, которую онъ засталъ, когда его пригласилъ пациентъ и не считался бы съ послѣдующими измѣненіями?.. Почему одинъ судья не подчиненъ тому же закону: „ *πάντα ρέι* “—„все течетъ“, и лишь этотъ дѣятель долженъ давать рѣшеніе на уже завѣдомо несуществующій составъ фактовъ?

С. В. Завадскій отвѣчаетъ: рѣшеніе-сужденіе, въ отличие отъ рѣшенія-приказа, относится лишь къ процессуальному составу фактовъ. На это надо возразить, что судья всегда выясняетъ не право въ прошломъ, а право въ настоящемъ. Это въ проблемѣ объ *onus probandi* мы выдѣляемъ особо факты возникновенія права (лежащіе на бремени доказыванія истца) и говоримъ, что наличное существованіе (*Existenz*) права истцомъ „не показуется“. Но это не касается содержанія дѣятельности

судьи, ибо судья выясняетъ, именно, наличное существованіе права.

Сюда присоединяется еще слѣдующее недоумѣніе. Какъ извѣстно, господствующая доктрина (у насъ: Анненковъ, Исаченко, Васьковскій, Гольмстенъ, Энгельманъ и др.) вымышленнымъ фактамъ въ процессѣ (ученіе о безусловной силѣ признаній, т. е. словесныхъ заявленій сторонъ,—независимо отъ ихъ истинности) придаетъ значеніе чего то непоколебимаго, связывающаго и судью и стороны,—во имя „права распоряженія“ сторонъ своими правовыми интересами. Если стороны согласятся о томъ, что истецъ перепрыгнулъ Альпы, судья связанъ такимъ „процессуальнымъ событіемъ“: судебнымъ признаніемъ. Но вотъ, если рѣчь идетъ о реальныхъ фактахъ, событіяхъ внѣшняго міра, на судѣ установленныхъ, но имѣвшихъ мѣсто въ теченіи процесса (напр. уплата долга), юристы дѣлаютъ себѣ здѣсь „проблему“ и не желаютъ слышать о томъ, что можно было бы учесть ихъ при постановленіи рѣшенія! Этотъ фактъ возникъ, онъ произвелъ соотвѣтствующія правовыя послѣдствія (погашеніе долга), но для суда онъ не существуетъ, какъ не существуетъ для наслѣдованія немного запоздавшій родиться наслѣдникъ.

Т. о., гипотетическія событія (голословныя заявленія сторонъ, за коими можетъ крыться самая беззастѣнчивая ложь) должны имѣть на глазахъ суда большій авторитетъ, чѣмъ реальныя событія! И никто не замѣчаетъ того противорѣчія, въ которомъ замыкается эта теорія! По ученію юристовъ, суд. рѣшеніе есть отвѣтъ лишь на такіе факты, которые имѣли мѣсто до процесса; запоздай своимъ рожденіемъ фактъ на нѣсколько дней и даже часовъ, и онъ обреченъ на правовую гибель. Но тѣ же юристы нисколько не смущаются расширить заданіе суда и объемъ суд. рѣшенія, какъ только рѣчь идетъ о такихъ утвержденіяхъ сторонъ, которыя имѣли мѣсто въ процессѣ. Если эти утвержденія и лживы,—въ нихъ судья долженъ видѣть „выраженіе долженствованія“. Судья рѣшаетъ во 1) о фактахъ бывшихъ до процесса и 2) о процессуальныхъ событіяхъ, послѣдовавшихъ въ теченіи процесса. Но почему же судья не можетъ рѣшать и о реальныхъ фактахъ, послѣдовавшихъ послѣ на-

чатія процесса? Неужели потому, что ими нельзя „распоряжаться“?..

Неправильная теорія не можетъ дать, конечно, и разумныхъ выводовъ. Въ статьѣ нашей: „Судъ милостивый, правый“ (Юридическій Вѣстникъ, 1914 г. №№ 3 - 4), мы по поводу Касс. Рѣш. 1914 № 84 указали на ту опасность, которой подвергаетъ себя истецъ, принимающій уплату долга по суд. рѣшенію, пока еще открыты для отвѣтчика двери апелляціоннаго суда. Теперь оказывается, что и отвѣтчику опасно платить долгъ „lite pendente“! Судья не смѣетъ учесть этотъ „новый фактъ“. А новый искъ объ истребованіи обратно дважды уплаченнаго рискуетъ натолкнуться на *exsertio rei judicatae*! 1) 2). Выходить такъ, что судъ долженъ довести начатый процессъ до конца, хотя бы былъ убѣжденъ въ его матеріальной несправедливости! Но куда же дѣвался принципъ „процессуальной экономіи“ 3)? Постановивъ одно „рѣшеніе-сужденіе“, явно и завѣдомо неправосудное, судъ на другой день будетъ заниматься исправленіемъ въ другомъ процессѣ своего „рѣшенія—приказа“ (взысканіе обратно уплаченнаго). Отвѣтчику предоставляется право „искать вѣтра въ полѣ“. Сегодня онъ заплатилъ 100 рублей, а завтра—изволь выпрашивать ихъ изъ рукъ своего недобросовѣстнаго истца!

Х 1) Вѣдь, не всякій судья настолько свѣдушъ въ теоріи права чтобы разобратся въ такихъ конструкціяхъ „рѣшенія—сужденія“ и „рѣшенія—приказа“ или *„condictio causa data causa non secuta“*. Къ тому же проигрышъ втораго процесса зависитъ отъ случайной редакціи требованія. Если должникъ будетъ требовать обратно „присужденную сумму“, онъ непременно натолкнется на *„exsertio rei judicatae“*!

Х 2) Считаемо долгомъ оговориться, что мы сосредоточиваемся исключительно на вопросѣ о правѣ суда учитывать факты, возникшіе послѣ возникновенія процесса. Вопросы объ истребованіи обратно уплаченнаго мы не касаемся, разрѣшая его въ утвердительномъ смыслѣ. Напрасно комментаторы рѣшенія Сената взаимно негативно обусловливаютъ эти два вопроса. Сенатъ вѣрно призналъ возможность утвердительнаго отвѣта на оба вопроса.

3) Вспомнимъ, что во имя этого принципа („экономіи труда судебныхъ устанавленій“) Сенатъ (Кас. Рѣш. 1913 № 89) не допускаетъ иста о % % отдѣльно отъ капитала.

* * *

При разрѣшеніи вопроса—насколько судья можетъ учитывать „новые факты“,—возникшіе въ теченіи процесса, надо,—думается намъ,—различать: 1) факты благоприятные и 2) факты неблагоприятные исковой претензіи. Разсмотримъ каждую категорію фактовъ въ отдѣльности.

✓ I. Факты, исковой претензіи благоприятные.

Въ римскомъ правѣ дѣйствовалъ такой принципъ: основаніе иска, т. е. право, на которомъ истецъ зиждетъ свой искъ, должно уже быть на лицо во время *litis contestatio*. Если же это право возникаетъ лишь во время процесса (т. н. *causa superveniens*), то истецъ получаетъ отказъ въ искѣ, но можетъ преслѣдовать свое право въ новомъ процессѣ ¹⁾.

✓ L. 23 D. 5. 1. *Non potest videri in iudicium venisse id quod post iudicium acceptum accidisset: ideoque alia interpellatione opus est.*

То же защищается для современнаго процесса С. В. Завадскимъ. Мы съ этимъ ученіемъ не можемъ согласиться безъ оговорокъ. Конечно, если я ишу 1 марта 1900 года по ст. 683 т. X. ч. 1, ссылаясь на несуществующую жел. дор. катастрофу, яко бы бывшую до того, то мнѣ должно быть отказано въ искѣ, если даже катастрофа дѣйствительно случится послѣ предъявленія иска, напр. 1 мая 1900 года. Это—однородный составъ фактовъ, но, по своей внутренней сущности, факты индивидуально различны. Поэтому, здѣсь „*alia interpellatione opus est*“.

Но если ищется изъ долга, срокъ котораго наступаетъ 1 мая 1900 года, а искъ предъявленъ 1 марта 1900 года, то судья долженъ принять во вниманіе существующій долгъ къ моменту постановленія рѣшенія. Въдѣ, наступленіе срока по долгу не есть новое основаніе иска. При срочномъ долгѣ—*statim debetur*, отложена лишь требимость долга. А судья рѣшаетъ именно о наличномъ существованіи (*Existenz*) права.

То же мы должны сказать, если истецъ ссылается, и свидѣтели установятъ, правонарушительныя дѣй-

¹⁾ Баронъ. Система римскаго гражданского права. I (1898), стр. 214. Ср. L. 11 §§ 4—5 D. 44. 2.

ствія отвѣтчика, служащія доказательствомъ инкриминируемаго отвѣтчику поведенія, напр., нарушеніе владѣнія истца. Здѣсь истцу важно доказать нарушеніе владѣнія, а дѣйствія отвѣтчика—когда бы они ни возникли—составляютъ доказательство правонарушенія.

Наконецъ, такое положеніе: отвѣтчикъ своими новыми дѣйствіями въ теченіи процесса увеличиваетъ или измѣняетъ содержаніе своего правонарушенія. Не будетъ считаться за *mutatio libelli*, если истецъ, соотвѣтственно этому, въ теченіи процесса, измѣнить свое требованіе. Такъ на это смотритъ и судебная практика. Такъ, В. Л. Исаченко (Практ. Комм. т. I, стр. 783) въ комментаріи къ ст. 331 Уст. Гражд. Суд. пишетъ: допускается увеличивать или измѣнять первоначальныя требованія истца, если это вызывается неправильными дѣйствіями отвѣтчика. Иначе мы пришли бы „къ совершенно безнужному и обременительному и для суда и для сторонъ вторичному разсмотрѣнію того же самого спора, а иногда и къ предосудительному, быть можетъ, противорѣчію въ разрѣшеніи одного и того же вопроса“. И Сенатъ (1880/54, 127; 1881/84) разъяснилъ, что если во время производства дѣла отвѣтчикъ усугубляетъ правонарушеніе или измѣняетъ его, онъ тѣмъ самымъ даетъ истцу право на измѣненіе содержанія исковой претензіи. Напр., вмѣсто возврата вещи *in natura*—возмѣщеніе ея цѣнности и пр. (ср. Исаченко, I, 790).

II. Факты исковой претензіи неблагопріятные.

По римскому праву, „*omnia iudicia sunt absolutoria*“ ¹⁾. Это означаетъ, что основаніе иска должно

1) Это положеніе не примѣнялось, повидимому, въ древнее время при *stricti juris actiones*. Въ этихъ искахъ, по ученію прокулеанцевъ, отвѣтчикъ присуждался даже въ томъ случаѣ, если онъ, до постановленія рѣшенія, добровольно удовлетворялъ истца. Другого мнѣнія были сабуиницы. *Gaj. Inst. IV, 114, L. 84, D. 45. 1. Et hoc est quod vulgo dicitur Sabino et Cassio placere omnia iudicia absolutoria esse*. Это положеніе въ послѣдствіи получило значеніе общаго правила, а мнѣніе прокулеанцевъ было отвергнуто. *L. 5 D. 39. 4: Sed tamen absolvendus est etiam qui post acceptum iudicium restituere paratus est. § 2 J. 4, 12: Si ante rem iudicatam is, cum quo actum est satisfaciatur actori, officio iudicis convenit eum ab-*

существовать и во время постановленія рѣшенія. Если же оно уничтожается (напр., уплатой долга) между *litis contestatio* и рѣшеніемъ, то истцу въ искѣ отказывается ¹⁾.

Тѣ же самыя начала должны быть примѣнены и въ современномъ правѣ ²⁾. Если для современныхъ юристовъ противоположное кажется: „такъ ясно, какъ простая гамма“, то это означаетъ, по нашему мнѣнію, что римскіе юристы съ ихъ практическимъ чутьемъ куда ближе стояли къ запросамъ жизни, чѣмъ юристы XX вѣка, желающіе вернуть насъ къ традиціямъ исковъ „*stricti juris*“.

Конечно, то право, которое является, обсуждается по правопроизводящимъ фактамъ, имѣвшимъ мѣсто до процесса. Это право—„пріобрѣтенное“, ненарушимое, неотъемлемое. Возьмемъ, напр., искъ по ст. 683 т. X ч. 1 (увѣчное дѣло). Истица—учительница, зарабатывающая себѣ кусокъ хлѣба уроками, терпитъ на жел. дорогѣ увѣчье. Но послѣ этого событія (до или даже во время процесса) она выходитъ замужъ за богатаго человѣка ³⁾. Это новое событіе не можетъ уничтожить то пріобрѣтенное право, которое создалось фактомъ увѣчія, ибо правовыя и фактическія послѣдствія этого факта не погашены дѣятельностью должника.

Но если истецъ ищетъ 100 рублей по займу, а этотъ долгъ, послѣ его возникновенія, погашенъ уплатой,—все равно до или послѣ процесса—долгъ погашенъ и не можетъ быть присужденъ. Иначе произволомъ истца (моментомъ предъявленія иска) опредѣлялась бы совокупность обстоятельствъ, рождающихъ искъ! И было бы странно и *solvere. licet iudicii accipiendi tempore in ea causa fuisset, ut dampnari debeat; et hoc est quod ante vulgo dicebatur omnia iudicia absolutoria esse*“.

¹⁾ Баронъ. Система, I. 214.

²⁾ Юридическую природу и анализъ послѣдствій „заявленій о ликвидаціи претензій“ (*Erledigungserklärungen*) см. у Lazarus, *Die Erledigung der Hauptsache im Zivilprozesse*, Gruchots Beiträge, Bd. 52, стр. 593 сл. Такого рода заявленія допустимы въ тѣхъ случаяхъ, когда искомое притязаніе отпадаетъ, въ слѣдствіе изв. событій, наступившихъ въ теченіи процесса, напр. исполненіе, невозможность исполненія, отказъ отъ права и т. п.

³⁾ Такой казусъ доложенъ П. Тулубомъ. Изъ оудейской практики, 1915 г. Кіевъ.

необъяснимо такое положеніе: сегодня поданъ искъ и съ этого уплата долга уже бесполезна—процессъ долженъ все равно докатиться до судебного рѣшенія, на основѣ уже устарѣвшихъ фактовъ! А уплати должникъ свой долгъ вчера,—судья долженъ былъ бы принять этотъ фактъ въ уваженіе!

Есть явная разница между первымъ и вторымъ казусомъ. Выходъ въ замужество бѣдной учительницы не можетъ стереть (т. е. сдѣлать несуществующимъ) фактъ причиненія увѣчья, поэтому не можетъ разрушить приобрѣтенное право на вознагражденіе. Но уплата долга именно стираетъ правовое значеніе факта возникновенія обязательства по займу, и присуждать долгъ, болѣе не существующій, не имѣетъ ни цѣли, ни смысла. Къ моменту постановленія суд. рѣшенія судъ имѣетъ такіе факты: 1) возникъ (въ прошломъ) долгъ въ 100 рублей, и 2) долгъ этотъ погашенъ уплатой (когда?—не все ли равно!) По какимъ же процессуальнымъ законамъ (процессуальной экономіи? права распоряженія? матеріальной истины?) мы должны игнорировать этотъ послѣдній фактъ? Прекрасно говорить Сенатъ въ Кас. Рѣш. 1915 № 38: „послѣ того, какъ возникло между сторонами процессуальное отношеніе, всякое обстоятельство, измѣняющее содержаніе искового требованія, дѣлается обстоятельствомъ общимъ для обѣихъ сторонъ и само собою входитъ въ процессъ въ видѣ акта, измѣняющаго спорное матеріальное право и вліяющаго на процессъ“.

Конечно, фактъ выхода истицы въ замужество не дѣлается (ни въ какомъ смыслѣ!) „общимъ для обѣихъ сторонъ“. Но измѣненіе отношеній по контракту дѣлаетъ это событіе общимъ для обоихъ контрагентовъ. Каждый простолюдинъ пойметъ насъ. Но никто, кто имѣетъ здоровое правовое чутье и считаетъ для себя обязательнымъ запросы жизни, не пойметъ иную точку зрѣнія. И онъ будетъ правъ: вѣдь истецъ, добиваясь рѣшенія по погашенной претензіи, совершаетъ уголовное преступленіе (вторичное истребованіе долга) и теорія С. В. Завадскаго и проф. Вл. Гордона дѣлаетъ судъ сознательнымъ участникомъ этого преступленія!

Т. М. Яблочковъ.