К. 66

ПРИНЦИПЪ ТОЖДЕСТВА

ВЪ ГРАЖДАНСКОМЪ ПРОЦЕССѢ

XIII а 147

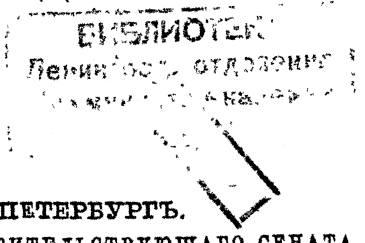
ИЗСЛѢДОВАНІЕ

А. Х. Гольмстена.

37305







С.-ПЕТЕРБУРГЪ.
ТИПОГРАФІЯ ПРАВИТЕЛЬСТВУЮЩАГО СЕНАТА.
1884.

„Пров 49“

KG
10

Печатано по распоряженію Предсѣдателя Юридическаго Общества
состоящаго при С.-Петербургскомъ Университетѣ

ФУНДАМЕНТАЛЬНАЯ
БИБЛИОТЕКА
Общества Наук
Академии Наук СССР
402
50

Посвящается

моему драгоцѣннѣйшему другу—

женѣ моей

Антонинѣ Николаевнѣ.

ПРЕДИСЛОВІЕ.

Не безъ раздумья и робости передаю я на судъ нашей юридической публики этотъ мой посильный трудъ. Причиною такого душевнаго состоянія два обстоятельства: новизна главнаго вопроса и многочисленность вводныхъ вопросовъ. Являясь плодомъ обобщенія ряда положеній, извѣстныхъ всѣмъ юристамъ, принципъ тождества, какъ общее начало, выведенъ мною впервые. Это привело къ необходимости взглянуть на многіе вопросы, которыхъ онъ касается, подъ новымъ угломъ зрѣнія — пришлось во многомъ разойтись съ господствующими, установившимися въ наукѣ мнѣніями, даже поступиться нѣкоторыми своими взглядами ранѣе высказанными; мало того, пришлось намѣтить и нѣсколько новыхъ научныхъ вопросовъ, носившихъ доселѣ характеръ болѣе казуальный. Что же касается вопросовъ вводныхъ, то — начиная съ общихъ вопросовъ науки права и кончая вопросами, образующими собою ту юридическую почву, изъ которой принципъ тождества индуктивно извлеченъ и къ которой онъ дедуктивно примѣненъ — число ихъ, по необходимости, до того возросло, что все сочиненіе обратилось какъ-бы въ profession de foi автора. какъ процесуалиста. При такихъ условіяхъ, въ какой мѣрѣ неумѣстны претензіи автора на полноту и безупречность его работы, въ такой же мѣрѣ и позволительна его надежда на снисходительность критики.

А. Г.

ОГЛАВЛЕНІЕ

Предисловіе . . . . . I.

Введеніе . . . . . 1 — 13.

Глава 1. Опредѣленіе принципа тождества и фактическая его основа

I Опредѣленіе принципа тождества . . 14 — 16.

II Группы интересовъ тяжущихся . . . 16 — 31.

Глава 2. Юридическій анализъ принципа тождества.

I Понятіе, виды и условія тождества спорнаго отношенія.

А. Понятіе и виды тождества спорнаго отношенія. 32 — 37.

Б. Условія тождества спорнаго отношенія . 37 — 41.

а. Тождество субъектовъ . . . 41 — 49.

б. Тождество объекта . . . . 49 — 56.

в. Тождество юридической связи субъектовъ съ объектомъ.

аа Тождество основанія возникновенія права. 56 — 62.

бб. Тождество вещественнаго субстрата права. 62 — 67.

II Случаи, когда можетъ возникнуть вопросъ о тождествѣ спорнаго отношенія.

А. Случаи, когда можетъ возникнуть вопросъ о *наличности внѣшняго* тождества . . 67 — 68.

а. На разрѣшеніе даннаго суда предложено спорное отношеніе, *подлежащее по соглашенію сторонъ разрѣшенію* другаго суда.

аа. На разрѣшеніе *государственнаго* суда предложено спорное отношеніе, подлежащее, по соглашенію сторонъ, разрѣшенію другаго *государственнаго* суда . . . . 68 — 84.

бб. На разрѣшеніе *государственнаго* суда предложено спорное отношеніе, подлежащее по соглашенію сторонъ, разрѣшенію *третейскаго* суда . . . . . 85 — 99.

вв. На разрѣшеніе *третейскаго* суда предложено спорное отношеніе, подлежащее по соглашенію сторонъ разрѣшенію *государственнаго* суда . 99 100
гг. На разрѣшеніе *третейскаго* суда предложено спорное отношеніе, подлежащее по соглашенію сторонъ разрѣшенію другаго *третейскаго* суда. 100 100.
б. На разрѣшеніе даннаго суда предложено спорное отношеніе уже *находящееся на разсмотрѣніи* другаго суда.
аа. На разрѣшеніе *государственнаго* суда предложено спорное отношеніе, находящееся на разсмотрѣніи другаго *государственнаго* суда . 100 116.
бб. На разрѣшеніе *государственнаго* суда предложено спорное отношеніе, находящееся на разсмотрѣніи *третейскаго* суда . . . 116—117
вв. На разрѣшеніе *третейскаго* суда предложено спорное отношеніе, находящееся на разсмотрѣніи *государственнаго* суда . . . . 117—118
гг. На разрѣшеніе *третейскаго* суда предложено спорное отношеніе, находящееся на разсмотрѣніи другаго *третейскаго* суда . . . 118 -118
в. На разрѣшеніе даннаго суда предложено спорное отношеніе, *прекратившееся рѣшеніемъ* другаго суда 118- 118
аа. На разрѣшеніе *государственнаго* суда предложено спорное отношеніе, прекратившееся рѣшеніемъ *государственнаго* суда . . . 118 127.
бб На разрѣшеніе *государственнаго* суда предложено спорное отношеніе, прекратившееся рѣшеніемъ *третейскаго* суда. . . . 127 —127.
вв. На разрѣшеніе *третейскаго* суда предложено спорное отношеніе, прекратившееся рѣшеніемъ *государственнаго* суда . . . 127 —127.
гг. На разрѣшеніе *третейскаго* суда предложено спорное отношеніе, прекратившееся рѣшеніемъ другаго *третейскаго* суда . . . . 127 -128.
Б. Случаи, когда можетъ возникнуть вопросъ объ *отсутствіи внутренняго* тождества.
а. Истецъ измѣняетъ свой искъ . . . . 128—131.

б На мѣсто выбывшей изъ процеса стороны вступаетъ нелегитимированное лицо . . . 131 134.
аа. На мѣсто первоначальнаго истца или отвѣтчика вступаетъ стороннее лицо подъ видомъ юридическаго преемника . . . 134—139.
бб. На мѣсто ненадлежащаго истца или отвѣтчика вступаетъ стороннее лицо подъ видомъ надлежащаго . . . . . 139—147.
вв. На мѣсто выбывшаго истца или отвѣтчика вступаетъ стороннее лицо подъ видомъ лица, имѣющаго съ нимъ нераздѣльное право или нераздѣльную обязанность . . . . 147—155.
гг. На мѣсто выбывшаго истца вступаетъ стороннее лицо подъ видомъ лица, имѣющаго право на спорное имущество . . . . 155—159.
дд. На мѣсто выбывшаго истца или отвѣтчика вступаетъ стороннее лицо подъ видомъ лица, къ которому сторона имѣетъ обратное требованіе . 159 163.
III Процесуальная сторона вопроса о тождествѣ спорнаго отношенія.
А. Возбужденіе вопроса о тождествѣ спорнаго отношенія . . . . . 163—176.
а. Возбужденіе вопроса о тождествѣ сторонами .
аа. Возраженіе о неподсудности, въ виду тождества даннаго спорнаго отношенія съ другимъ, подлежащимъ разрѣшенію другаго государственнаго суда . . . . . 177—183.
бб. Возраженіе о неподсудности, въ виду тождества даннаго спорнаго отношенія съ другимъ, подлежащимъ разрѣшенію третейскаго суда . . 184—186.
вв. Возраженіе о тождествѣ даннаго дѣла съ другимъ, производящимся въ другомъ судѣ. . 186—189.
гг. Возраженіе о рѣшенномъ дѣлѣ . . . 189—195.
дд. Возраженіе объ измѣненномъ искѣ . . 195—198.
ее Возраженіе о вступленіи въ процесъ, намѣсто выбывшаго противника, нелегитимированнаго лица 198—198.
б. Возбужденіе вопроса о тождествѣ судомъ ex officio. 198—203
Б. Разрѣшеніе вопроса о тождествѣ спорнаго отношенія
а. Какъ судъ разрѣшаетъ вопросъ о тождествѣ? . 203—210.

б Кто доказываетъ наличность внѣшняго и отсутствіе внутренняго тождества? . . 210—211.
в. Что необходимо суду сравнить для разрѣшенія вопроса о тождествѣ? . . . 211.
аа. Постоянная величина—спорное отношеніе предложенное на разрѣшеніе суда 212—215.
бб. Перемѣнныя величины: . . . 215
1. Спорное отношеніе по поводу котораго заключенъ пророгаціонный договоръ . . 215—217.
2. Спорное отношеніе по поводу котораго заключенъ третейскій договоръ . . . 217—219.
3. Спорное отношеніе находящееся на разсмотрѣніи другаго суда. . . . . 219—220.
4. Спорное отношеніе разрѣшенное другимъ судомъ 220—223.
5. Спорное отношеніе образовавшееся вслѣдствіе измѣненія первоначальнаго . . . 223—226.
г При какихъ условіяхъ судъ признаетъ тождество? . . . . . 226—239.
В. Послѣдствія признанія судомъ наличности внѣшняго и отсутствія внутренняго тождества спорнаго отношенія.
а. Послѣдствія наличности внѣшняго тождества. 239—242.
б. Послѣдствія отсутствія внутренняго тождества. 242—246.
Глава 3. Принципъ тождества, какъ юридическій законъ и мѣсто его въ системѣ теоріи гражданскаго процеса.
I. Юридическіе законы вообще и законъ тождества въ частности . . . . 247—272.
II. Мѣсто принципа тождества въ системѣ современной теоріи гражданскаго процеса . . 273—274.

ВВЕДЕНІЕ

Нерѣдко великая мысль, брошенная тѣмъ или другимъ ученымъ какъ-бы мимоходомъ, безъ сознанія особенно важнаго ея значенія, остается — именно благодаря этой мимолетности—долгое время незамѣченною; ее могутъ даже замѣтить, могутъ повторить, не сознавая ея особенную научную цѣну. Спустя многіе годы мысль эта становится предметомъ научнаго анализа, ученые принимаются за дальнѣйшее развитіе ея, дѣлаютъ изъ нея рядъ выводовъ и оказывается, что это величайшая научная истина, свѣтильникъ, озаряющій яркимъ свѣтомъ до того незамѣченные пути научнаго изслѣдованія. Это случилось съ тою мыслью, что „гражданскій процесъ есть юридическое отношеніе, отличное отъ того юридическаго, матеріально - правоваго отношенія, которое подлежитъ разрѣшенію суда". Вопросъ о томъ, кто первый высказалъ эту мысль является спорнымъ. Такъ, Менгеръ полагаетъ, что Ветцель первый ее высказалъ [1]). Это невѣрно. Ветцель хотя и различаетъ „actio", спорное правоотношеніе, отъ judicium'а, правоваго спора, происходящаго передъ судомъ, но послѣднее вовсе не является у него самостоятельнымъ, независимымъ отъ перваго, юридическимъ отношеніемъ; это уже видно изъ того, что, по его словамъ, actio, предложенная на разсмотрѣніе суда, обращается въ judicium [2]); то-есть выходитъ такъ: таже

---

[1]) Menger—System des osterr. Civilprocessrechts. Wien. 1876. B. 1. S. 296.

[2]) Wetzell—System des ord. Civilproc. Leipzig. 1871. (3 Auft) S. 114.

actio принимаетъ съ момента обращенія къ суду другой видъ. видъ judicium'a Дѣло вовсе не въ томъ. Actio порождаетъ нѣчто совсѣмъ другое; сама она остается actio, но вызываетъ правоотношеніе совсѣмъ иного рода, иного характера—отношеніе процесуальное, отношеніе между судомъ и сторонами. Другіе, напр. Бюловъ, указываютъ на Бетмана-Гольвега, „отъ глубокаго взгляда котораго не ускользнула эта мысль; но онъ бросилъ эту мысль, не развивъ ее далѣе“ [1]). Но это обстоятельство, т. е что онъ лишь высказалъ эту мысль и не развилъ ея далѣе, не сдѣлалъ изъ нея никакого примѣненія, и не даетъ намъ права выдѣлять его изъ ряда другихъ. До него, и задолго до него, мысль эта была высказана, но не развита въ деталяхъ, весьма многими учеными. Мы кажется не ошибемся, если скажемъ, что мысль эта впервые была высказана Іоанномъ Андреемъ въ 1346 г. въ приложеніяхъ къ изданному имъ сочиненію [2]) В. Дурантиса. Высказалъ онъ ее въ такой формѣ: judicium est actus trium personarum sc. judicis, rei et actoris»; развитіе, ходъ, движеніе, processus этого actus'a и составляетъ предметъ науки судопроизводства. Прошло нѣсколько столѣтій, въ теченіе которыхъ мысль эта высказывалась всегда мимоходомъ. Изъ новѣйшихъ юристовъ Бетманъ-Гольвегъ [3]), Кохъ [4]) и другіе [5]) тоже высказывали ее. Нѣкоторые ученые напр. Канштейнъ [6]) Малышевъ [7]) даже говорятъ, что въ основу своихъ курсовъ они кладутъ эту мысль, но на дѣлѣ это не оправдывается—лишь изрѣдка мысль эта у нихъ всплываетъ, а затѣмъ опять исчезаетъ. Первый, обратившій на нее вни-

---

[1]) Bulow—Die Lehre von den Processeinreden und Processvoraussetzungen. Giessen. 1868. S. 1.

[2]) W. Durantis—Speculum judiciale cum add. Io. Andreae 1346.

[3]) Bethman-Hollweg — Civilprocess des gem. Rechts in gesch. Entwikelung Bonn. 1864. B. I s. 22. 03.

[4]) Koch-Preuss. Civilprocess Berlin. 185 . § 8.

[5]) Дегенкольбъ Einlassungszwang und Urtheisnorm Leipzig. 1871. § 2, находитъ эту мысль и у Гегеля (Rechtsphilosophie § 222).

[6]) Canstein—Lehrbuch der Geschichte und Theorie des oster. Civilprocessrechts 3 B. Berlin. 1880—82.

[7]) Малышевъ—Курсъ гражд. судопр. Спб. 3 тома 1875—1879.

маніе ученаго міра, указавшій громадное ея значеніе въ дѣлѣ научной разработки, былъ професоръ, тогда гиссенскаго, нынѣ тюбингенскаго университета Оскаръ Бюловъ. Потому-то по всей справедливости новѣйшее направленіе въ наукѣ гражданскаго процеса, направленіе, берущее за отправную точку научнаго изслѣдованія то положеніе, что процесъ есть юридическое отношеніе, называется бюловскимъ [1]). Бюловъ тоже не развилъ свою мысль во всѣхъ подробностяхъ, не остановился на разностороннемъ анализѣ ея, не вывелъ всѣхъ послѣдствій изъ нея вытекающихъ, но онъ первый указалъ на громадное ея значеніе и примѣнилъ ее къ одному частному, весьма важному вопросу, а именно къ вопросу о процесуальныхъ возраженіяхъ. Взглянувъ на процесъ, какъ на юридическое отношеніе, онъ прежде всего обращается къ разсмотрѣнію тѣхъ условій, предположеній, при наличности которыхъ процесуальное отношеніе можетъ возникнуть; указавъ на эти условія, онъ приходитъ къ тому, что процесуальныя возраженія суть ничто иное, какъ заявленія тяжущихся, въ которыхъ (заявленіяхъ), въ отрицательной формѣ, выражены эти условія; при отсутствіи этихъ условій тяжущіеся могутъ указать на то, что условія эти отсутствуютъ—указанія эти и суть такъ называемыя процесуальныя возраженія. Заслуга Бюлова въ ученіи о возраженіяхъ и заключается въ томъ, что онъ доказалъ, что такъ назыв. процесуальныя возраженія вовсе не суть возраженія, а развѣ формы напоминанія суду объ его обязанности возбудить вопросъ объ отсутствіи въ процесѣ того или другаго необходимаго условія. Возраженія же суть заявленія матеріально-правовыя, ничего общаго неимѣющія съ т. наз. процесуальными возраженіями [2]). Объ этомъ мы ниже скажемъ нѣсколько подробнѣе. По примѣру Бюлова и другіе ученые положили въ основаніе своихъ работъ ту же мысль,

---

[1]) Направленіе это начинаетъ сказываться и въ разработкѣ уголовнаго процеса см. Binding, Grundriss des gem. deutsch. Straf rocessrechts. Leipzig. 1881. Самъ Бюловъ, въ предисловіи къ упомянутому сочиненію, говоритъ, что мысль его должна имѣть значеніе и для уголовнаго процеса стр. VI.

[2]) Bülow—н. с. стр. 1—20, 303—314.

причемъ съ особенною силою выдвигалось рѣзкое, характерное разграниченіе процесуальнаго отношенія отъ матеріальноправоваго.

Когда въ 1876 и особенно въ 1877 году, въ Германіи и Австріи началась оживленная научная разработка гражданскаго процеса, мысль, что процесъ есть юридическое отношеніе стала подвергаться тщательному анализу. Плесцъ положилъ ее въ основаніе своего сочиненія объ исковомъ правѣ или о правѣ иска. Разграничивая рѣзкою чертою матеріально-правовое отношеніе отъ процесуальнаго, отношенія, онъ полагаетъ, что между ними имѣется то соотношеніе, что послѣднее, будучи вполнѣ самостоятельнымъ, имѣетъ лишь своею цѣлью разрѣшеніе перваго; для того, чтобы цѣль эта могла быть достигнута, необходимо, чтобы процесуальное отношеніе возникло и затѣмъ приблизилось къ своей цѣли. Для перваго, т. е. для возникновенія его, необходимы извѣстныя дѣйствія тѣхъ лицъ, которыя являются субъектами отношенія, т. е. истца, отвѣтчика и судьи; лица эти совершаютъ извѣстныя дѣйствія, благодаря которымъ слагается процесуальное отношеніе. Дѣйствіе истца Плесцъ называетъ исковымъ дѣйствіемъ, Klagehandlung. Дѣйствію этому соотвѣтствуетъ сопровождающее его право; путемъ совершенія этого дѣйствія осуществляется это право. Право это онъ и называетъ исковымъ или правомъ иска, опредѣляя его съ субъективной стороны, какъ право установленія, основанія процеса (Processbegründungsrecht). Все сочиненіе Плесца посвящено анализу этого права, причемъ онъ старается доказать, что право иска есть самостоятельное, публичное право; право, которое ошибочно отождествляется съ матеріальнымъ правомъ, подлежащимъ обсужденію суда—это послѣднее есть лишь основаніе, титулъ права иска. Заслуга Плесца заключается именно въ томъ, что онъ, исходя изъ понятія процесуальнаго отношенія, блистательно, лучше всѣхъ своихъ предшественниковъ, разрѣшилъ спорный и важный вопросъ о существѣ права иска [1]).

[1]) Plosz—Beitrage zur Theorie des Klagerechts. Leipzig. 1880. S. 5—19.

Затѣмъ, Менгеръ, который однако не вполнѣ раздѣляетъ мысль Бюлова, воспользовался ею для разрѣшенія труднаго вопроса о дѣйствіи процесуальныхъ законовъ во времени. Въ наукѣ какъ-бы вкоренилось заблужденіе, повторяемое и нашими учеными [1]), что правило „законъ обратной силы не имѣетъ," не касается процесуальныхъ законовъ, что послѣдніе имѣютъ-де обратную силу. Разсуждаютъ обыкновенно такимъ образомъ: процесуальныя нормы примѣняются и къ тѣмъ спорамъ о правѣ, которые возникли до ихъ изданія; положимъ, споръ возникъ въ 1865 г., въ 1866 г. издается новый процесуальный законъ,—онъ примѣняется ко всѣмъ дѣламъ, возбужденнымъ въ судѣ съ 1866 г., хотя-бы споръ о правѣ возникъ и ранѣе,—слѣдовательно процесуальный законъ имѣетъ обратную силу. На полную несостоятельность этого положенія указалъ Менгеръ, принявъ за отправную точку мысль, что процесуальное отношеніе есть нѣчто отличное отъ матеріальнаго правоотношенія. Дѣло въ томъ, что въ каждомъ процесѣ примѣняются нормы двоякаго рода: процесуальныя и матеріально-правовыя; первыя нормируютъ процесуальное отношеніе, вторыя—спорное матеріальное отношеніе. Сила процесуальныхъ нормъ никогда не можетъ простираться на матеріальное правоотношеніе, сила матеріально-правовыхъ нормъ не можетъ простираться на процесуальное отношеніе. И къ тѣмъ и другимъ нормамъ примѣняется въ равной мѣрѣ правило, что законъ обратной силы не имѣетъ. Новый процесуальный законъ примѣняется только къ процесуальному отношенію, возникшему послѣ его изданія, новый матеріально-правовой законъ—къ матеріальному правоотношенію, возникшему послѣ его изданія. Тотъ

---

[1] Такъ, проф А Д Градовскій полагаетъ, что законъ, видоизмѣняющій условія, при которыхъ тяжущійся можетъ воспользоваться правомъ обжалованія, не имѣетъ обратной силы, а остальные процесуальные законы имѣютъ таковую ... «О дѣйствіи законовъ во времени» въ Журн. гр и уг. права 1873 г кн. 4 стр. 25 его-же «Начала русскаго госуд. пр.» СПБ. 1875 т 1 стр 110—111. См. также Анненковъ—Опытъ комментарія къ уст. гр. суд. СПБ. 1878 т. 2 стр. 7. «Судопроизводственные законы имѣютъ ретроактивное дѣйствіе».

случай, которымъ ученые иллюстрируютъ положеніе, что процесуальныя нормы имѣютъ обратную силу, показываетъ лишь до какой степени смѣшиваются понятія матеріальноправоваго и процесуальнаго отношеній. Положимъ споръ возникъ въ 1865 году, а въ 1866 издается новый процесуальный законъ; истецъ предъявляетъ искъ въ 1867 году— съ этого момента возникло процесуальное отношеніе. Къ спорному матеріальному правоотношенію примѣняется матеріально-правовой законъ, дѣйствовавшій въ 1865 году, къ процесуальному отношенію примѣняется процесуальный законъ, дѣйствовавшій въ 1867 году. И тотъ и другой законъ примѣняется къ соотвѣтствующимъ правоотношеніямъ, возникшимъ до его изданія. Такъ что, благодаря примѣненію той мысли, что процесъ есть юридическое отношеніе, отличное отъ матеріально-правоваго отношенія, Менгеръ устранилъ одно изъ величайшихъ заблужденій въ наукѣ [1]).

Результатами изслѣдованій Бюлова, Плесца и Менгера не исчерпываются богатства, уже внесенныя въ науку новымъ направленіемъ. Оно выдвинуло такіе вопросы, которые процесуалистамъ стараго направленія и въ голову не приходили напр. вопросъ о процесуальныхъ правахъ и обязанностяхъ. Что вопросъ этотъ напрашивается самъ собою именно при изслѣдованіи гражданскаго процеса, какъ юридическаго отношенія sui generis, понятно. Всякое юридическое отношеніе есть комплексъ правъ и обязанностей; если процесъ есть юридическое отношеніе, то вопросъ о процесуальныхъ правахъ и обязанностяхъ, изъ которыхъ оно слагается, становится вопросомъ первостепенной важности. Образовалась цѣлая литература, въ которой видное мѣсто заняли имена: того же Бюлова [2]), Ваха [3]),

---

[1]) Menger—н. с. стр. 195, 196.

[2]) Bülow.—Processualische Fictionen und Wahrheiten въ Arch. fur die civil. Praxis 1879. B. 62 S 1—96

[3]) Wach—Defensionspflicht und Klagerecht въ Zeitschr. fur priv und off. Recht. 1879. B. 6. S. 515—557, 593—596 Его-же Praclusion und Contumaz, тамъ же 1880. B 7, S 130—171.

Дегенкольба [1]), Бпркмайера [2]),—литература, посвященная вопросу о процесуальныхъ обязанностяхъ вообще и въ частности объ обязанности отвѣтчика вступить въ процесъ (Einlassungspflicht). То или другое разрѣшеніе вопроса рѣшительно вліяетъ на постановку цѣлаго ряда институтовъ гражданскаго процеса. Напримѣръ, Бюловъ [3]) пришелъ къ тому заключенію, что процессуальныхъ обязанностей сторонъ вовсе не существуетъ, но что процесуальное отношеніе отъ начала до конца проникнуто принципомъ преклюзивности; принципъ этотъ заключается въ томъ, что своевременное неосуществленіе стороною своего процесуальнаго права влечетъ за собою продолженіе процеса безъ участія управомоченнаго; то, что многіе, напр. Рено [4]), Дегенгольбъ [5]), Вахъ [6]), считаютъ обязанностью, есть, по Бюлову, ничто иное, какъ право, но право преклюзивное. Благодаря такому взгляду совершенно измѣняются и уясняются многія темныя ученія процеса, напр. ученіе о litis contestatio оно теряетъ то значеніе, какое имѣло въ римскомъ правѣ; молчаніе, неявка отвѣтчика, влечетъ за собою продолженіе процеса, не въ силу фиктивной litis contestatio, а въ силу неосуществленія преклюзивнаго права отвѣтчика вступать въ процесъ; затѣмъ, въ ученіи о подсудности, рядомъ съ пророгаціоннымъ договоромъ, отмѣняющимъ правила субъективной или относительной компетенціи, вносится, благодаря такому взгляду, въ науку важный вопросъ о молчаніи отвѣтчика въ случаѣ предъявленія иска въ субъективно или относительно некомпетентный судъ, или вопросъ о преклюзивномъ правѣ отвѣтчика требовать соблюденія правилъ субъективной или относительной компетенціи; далѣе, въ ученіи объ измѣненіи иска вносится анализъ преклюзивнаго права про-

---

[1]) Вышеук. соч.

[2]) Birkmayer—Der Begriff der Streiteinlassung des Beklagten въ Arch für die civil Praxis 188? B. 67 S. I—III.

[3]) Bulow, Fictionen стр. 60—68

[4]) Renaud, Lehrbuch des gemeinen deutsch Civilproc S. 486—487.

[5]) Degenk lb. н. с, особ. стр 15—40.

[6]) Wach н. с. 520.

тивиться измѣненію, въ ученіи о доказательствахъ—анализъ преклюзивнаго права оспаривать факты, приводимые противникомъ и т. д.

Кромѣ намѣченныхъ нами, въ самыхъ общихъ чертахъ, результатовъ работъ въ духѣ новаго направленія, нельзя не указать еще на два весьма важныхъ обстоятельства, являющихся залогомъ будущаго широкаго, плодотворнаго развитія науки процеса; а именно, благодаря возможности или, вѣрнѣе, необходимости анализа гражданскаго процеса, какъ юридическаго отношенія, во 1-хъ, (со стороны метода) онъ становится предметомъ изслѣдованія юридической теоріи права [1]) и во 2-хъ, къ наукѣ процеса становится возможнымъ примѣненіе чисто юридической системы изложенія.

Величайшая научная заслуга глубоко уважаемаго учителя моего, професора С. В. Пахмана, заключается въ томъ, что онъ первый ясно формулировалъ то, что давно, какъ бы инстинктивно, чувствовалось учеными изслѣдователями; онъ первый показалъ, что та юридическая догматика, съ ея неумолимою логикою, которую приверженцы ея безотчетно считаютъ наукою, а противники низводятъ до степени искуства, и есть настоящая, чистая юриспруденція, или, какъ онъ выражается, „юридическая теорія права“; онъ первый указалъ, что эта теорія есть такая-же наука, какъ и другія, что и она изслѣдуетъ и установляетъ неизмѣнные законы. Юриспруденія, говоритъ С. В. Пахманъ, изучаетъ право съ внутренней его стороны, по содержанію, какъ мѣру, грань, величину; она разсматриваетъ право субъективно, по отношенію къ опредѣленному субъекту, какъ если бы оно осуществилось въ данномъ отдѣльномъ случаѣ (конкретно), какъ отдѣльное *юридическое отношеніе* [2]). Если такъ, то процесъ, какъ юридическое отношеніе, является, скажу болѣе, долженъ являться предметомъ анализа, юридической теоріи права. Выгоды

---

[1]) Пахманъ—О современномъ движеніи въ наукѣ права СПБ 1882 г стр. 43 и слѣд

[2]) Пахманъ, н. с. стр. 44.

отъ такого чисто юридическаго изслѣдованія гражданскаго процеса неисчислимы: изложеніе зиждется въ прочной основѣ, отправная точка и элементы науки точно опредѣлены, анализъ долженъ вестись съ математическою точностью, связь между отдѣльными частями науки дѣлается столь тѣсна, одно понятіе столь неизбѣжно вытекаетъ изъ другаго, что малѣйшая логическая ошибка разрушаетъ все зданіе науки, всплываютъ доселѣ неизвѣстные неизмѣнные законы, по которымъ процесъ развивается, какъ явленіе міра юридическаго.

Что касается системы науки процеса, то она опредѣляется существомъ юридической теоріи права. Послѣдняя разсматриваетъ право въ конкретномъ его бытіи, какъ конкретное юридическое отношеніе; каждое же юридическое отношеніе есть *связь* (Beziehung) *субъекта правъ съ объектомъ*. Являются, такимъ образомъ, три члена системы, соотвѣтственно тремъ элементамъ каждаго юридическаго отношенія: субъекты, объектъ и отношеніе ихъ. Эта трехчленность хорошо извѣстна и старымъ процесуалистамъ, нашедшимъ ее въ римскомъ правѣ (persona, res, actio) Это послѣднее обстоятельство, конечно, можетъ только радовать приверженцевъ новаго направленія—оно лишь подтверждаетъ вѣрность ихъ взгляда.--Въ третьей части системы т. е. самомъ юридическомъ отношеніи, лежитъ центръ тяжести всей науки процеса: съ точки зрѣнія юридической теоріи оно только и можетъ быть разсматриваема въ своемъ внутреннемъ развитіи. Здѣсь, говоря словами проф. Пахмана, „право разсматривается въ движеніи, съ жизненной его стороны, здѣсь раскрывается развитіе или движеніе конкретцаго права; въ этомъ смыслѣ каждое юридическое отношеніе имѣетъ, такъ сказать, свою исторію: оно возникаетъ, измѣняется, охраняется и прекращается“ [1]). — Это послѣднее положеніе кажется намъ недостаточно полнымъ. Позволяемъ себѣ сдѣлать маленькую поправку: здѣсь пропущенъ одинъ весьма важный моментъ развитія, именно, бытіе юридическаго отношенія; указанные четыре момента непремѣнно предполагаютъ бытіе отношенія. Первый и четвертый моменты опредѣляютъ на-

[1]) Пахманъ н. с. стр. 45.

чальный и конечный предѣлы его, третій—принудительный характеръ его, а второй—возможность уклоненія его отъ нормальнаго типа; недостаетъ лишь момента бытія. Это сразу бросается въ глаза при изложеніи той или другой юридической науки. Намъ кажется, что каждое юридическое отношеніе развивается по пяти моментомъ: оно возникаетъ, существуетъ въ извѣстномъ видѣ, измѣняется, охраняется и прекращается. Этими пятью частями и исчертывается система юриспруденціи вообще, и каждой отдѣльной науки, входящей въ ея составъ, а слѣдовательно и гражданскаго процеса. Что касается момента „бытія“ процесса, то онъ является статическимъ моментомъ лишь по отношенію къ другимъ моментамъ, измѣненію, охраненію и т. д., но въ немъ самомъ происходитъ внутреннее движеніе. „Процессъ, говоритъ Бюловъ [1]), есть по ступенямъ движущееся, шагъ за шагомъ развивающееся юридическое отношеніе“. Это движеніе мы и замѣчаемъ въ моментѣ бытія. Моментъ этотъ есть статическій, въ сравненіи съ другими моментами, а внутри - динамическій.

Сдѣланная нами общая характеристика новаго направленія въ научной разработкѣ гражданскаго процесса уже показываетъ чего можно ожидать отъ него въ будущемъ. Знакомясь ближе съ работами стараго направленія, мы замѣчаемъ множество ошибокъ, происходящихъ отъ смѣшенія двухъ понятій: процесуальнаго отношенія и матеріально-правоваго, спорнаго отношенія. Разграниченіе этихъ двухъ понятій является отчасти и теперь, и будетъ несомнѣнно въ будущемъ, величайшею заслугою новаго направленія: новые взгляды, новыя построенія, новые принципы, благодаря этому разграниченію, несомнѣнно, будутъ внесены въ нашу науку.

При разработкѣ и изложеніи гражданскаго процесса въ духѣ новаго, чисто юридическаго направленія, чуждаго всякихъ соціологическихъ, историческихъ и другихъ постороннихъ примѣсей, и мы старались прежде всего рѣзко разграничить оба указанныя понятія, а затѣмъ анализировать лишь одно изъ нихъ, именно про-

---

[1]) Bülow—Einreden стр. 2

цесуальное отношеніе, какъ юридическое отношеніе sui generis. При этой работѣ мы невольно задались вопросомъ: какое же отношеніе существуетъ между обоими упомянутыми понятіями, чѣмъ собственно является спорное матеріальное правоотношеніе, по отношенію къ процесуальному отношенію? Вопросъ этотъ можетъ быть рѣшенъ шаблонно и чрезвычайно просто. Отвѣтъ имѣется готовой въ литературѣ стараго направленія. Стоитъ раскрыть любой учебникъ гражданскаго процесса и увиднмъ, что между *процессомъ* и *спорнымъ правоотношеніемъ* или искомъ существуетъ то отношеніе, что послѣднее является предметомъ перваго [1]). Если „процессъ“ = „процесуальиому отношенію“, то спорное правоотношеніе будетъ по отношенію къ процесуальному отношенію тѣмъ же, чѣмъ оно является по отношенію къ процессу т. е. предметомъ его; слѣдовательно, спорное матеріальное отношеніе есть предметъ процесуальнаго отношенія. Отвѣтъ простъ, но получился онъ путемъ умозаключенія въ которомъ кроется глубокая логическая ошибка, и именно въ томъ равенствѣ, которое лежитъ въ его основаніи т. е. „процессъ“ = „процесуальному отношенію“; „процесъ“ здѣсь означаетъ то, что старая школа понимала подъ этимъ словомъ т. е. сумма дѣйствій, а „процесуальное отношеніе“ есть сумма правъ и обязанностей. Понятно, что сумма дѣйствій не можетъ равняться суммѣ правъ и обязанностей. Очень можетъ быть, что спорное правоотношеніе есть предметъ процесуальныхъ дѣйствій; но оно не можетъ быть предметомъ правъ и обязанностей. Предметамъ правъ и обязанностей всегда является дѣйствіе, совершеніе коего или предоставляется управомоченному или обязательно для лица обязаннаго. Такъ что, предметомъ процесуальнаго отношенія, какъ комплекса правъ и обязанностей, являются дѣйствія субъектовъ этого отношенія, а не спор-

---

[1]) Osterloh—Lehrbuch des gemein. deutsh. Civilproc. B. 1 S. 32. Endemann Das deutsche Civilprocessrecht S. 6 Bayer—Vorträge über den gem. ordentl. Civilprocesss S. 45 и др.

ное правоотношеніе.—Нужно замѣтить, что даже ученые, заявившіе, что они положили въ основаніе системы своихъ работъ взглядъ на процесъ, какъ на юридическое отношеніе, напр. Канштейнъ [1]), Малышевъ [2]), признаютъ предметомъ процеса спорное матеріальное правоотношеніе (иски, Ansprüche) Такая очевидная логическая ошибка объясняется тѣмъ, что ученые эти далеко не послѣдовательно приводятъ указанный взглядъ на процесъ; въ нѣкоторыхъ ученіяхъ они не рѣшаются провести этотъ взглядъ отъ начала до конца; такъ, они не могутъ разстаться со старымъ опредѣленіемъ процеса: они опредѣляютъ его какъ систему *дѣйствій*. Одно изъ двухъ: или процессъ есть движущееся юридическое отношеніе, или система дѣйствій. . . . Давая такое опредѣленіе, они и не могли не считать предметомъ процеса, какъ суммы процесуальныхъ дѣйствій—спорное матеріально—правовое отношеніе. При послѣдовательномъ проведеніи указаннаго взгляда, они не могли бы считать спорное отношеніе предметомъ процесуальныхъ правъ и обязанностей. Какое же, однако, отношеніе между спорнымъ матеріальнымъ и процесуальнымъ отношеніями?

По крайнему нашему разумѣнію, спорное матеріальное правоотношеніе есть *поводъ* возникновенія и дальнѣйшаго существованія процесуальнаго отношенія. По поводу него послѣднее возникаетъ, существуетъ, т. е. движется; измѣненія, въ немъ происходящія, отражаются на послѣднемъ; съ прекращеніемъ его послѣднее прекращается. Конечно, кромѣ отношенія повода къ тому, поводомъ чего оно служитъ, матеріальное правоотношеніе находится съ процесуальнымъ отношеніемъ еще въ другомъ, такъ сказать, косвенномъ, посредственномъ отношеніи: оно является предметомъ тѣхъ дѣйствій, которыя въ свою очередь суть предметы правъ и обязанностей, входящихъ въ составъ процесуальнаго отношенія. Но это соотношеніе не имѣетъ значенія ни для внутренняго анализа

---

[1]) Canstein н. с. т. 1 стр. 2, 499 и слѣд

[2]) Малышевъ н. с. 1 стр. 246 и слѣд

процеса, ни для системы его. Иное дѣло, первое соотношеніе: установивъ его, мы вызываемъ на свѣтъ божій множество вопросовъ, имѣющихъ капитальное значеніе въ наукѣ. Первымъ, несомнѣнно, является вопросъ о томъ, чему, какимъ условіямъ должно удовлетворять спорное матеріальное правоотношеніе для того, чтобы быть поводомъ возникновенія и дальнѣйшаго существованія процесуальнаго отношенія? Этотъ вопросъ и мы себѣ задали. Задавшись имъ, передъ нами развернулась широкая картина новыхъ идей, новыхъ принциповъ, новыхъ обобщеній. Работа наша надъ разрѣшеніемъ вопроса, конечно, далеко еще не кончена. Пока намъ удалось разобрать одно изъ указанныхъ условій, а именно: 1) что поводомъ къ возникновенію процесуальнаго отношенія можетъ быть лишь такое спорное матеріальное правоотношеніе, которое свободно отъ внѣшняго тождества т. е. не тождественно съ другимъ спорнымъ отношеніемъ и 2) поводомъ дальнѣйшаго существованія, т. е. движенія, процесуальнаго отношенія спорное матеріальное правоотношеніе можетъ быть лишь подъ тѣмъ условіемъ чтобы пока оно не потеряло своего внутренняго тождества. Въ виду того, что положенія эти явились результатомъ обобщенія цѣлаго ряда юридическихъ явленій и опредѣляютъ собою условія волникновенія и бытія вообще процеса, мы вправѣ возвести ихъ на степень закона, принципа, назвавъ его *принципомъ тождества.*

Если принципъ этотъ имѣетъ научную цѣну, если наука будетъ въ выигрышѣ отъ принятія его, то этимъ лишь подтвердится вѣрность нашего взгляда на значеніе новаго направленія въ теоріи процеса, направленія, благодаря которому, и, кажется, только благодаря которому, стало возможнымъ появленіе на свѣтъ этого принципа.

ГЛАВА ПЕРВАЯ

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ПРИНЦИПА ТОЖДЕСТВА И ФАКТИЧЕСКАЯ ЕГО ОСНОВА.

I. Опредѣленіе принципа тождества.

Принципъ тождества есть принципъ, въ силу котораго процесуальное отношеніе можетъ возникнуть лишь въ такомъ случаѣ, когда спорное матеріальноправовое отношеніе, являющееся поводомъ его, свободно отъ всякаго внѣшняго тождества, а затѣмъ, разъ возникнувъ, можетъ продолжать свое существованіе лишь подъ условіемъ сохраненія спорнымъ правоотношеніемъ своего внутренняго тождества.

Укажемъ въ общихъ чертахъ на отдѣльные признаки этого опредѣленія; подробное изложеніе ихъ войдетъ въ составъ слѣдующей главы. 1) Первый, самый общій признакъ есть *тождество спорныхъ матеріально правовыхъ отношеній, внутреннее и внѣшнее.* Подъ тождествомъ спорныхъ отношеній понимается полное совпаденіе ихъ во всѣхъ элементахъ. Элементы же спорнаго отношенія, т. е. отношенія между обладателемъ извѣстнаго гражданскаго права и нарушителемъ послѣдняго, суть: *субъекты* ихъ, т. е. лица, участвующія въ отношеніи, *объекты* т. е. совокупность, комплексъ дѣйствій, требовать совершенія или совершеніе коихъ предоставляется правообладателю и *юридическая связь субъектовъ съ объектомъ*, т. е. право и обязанность, характеризующіяся *основаніемъ возникновенія права и вещественнымъ субстратомъ права.*

Спорныя отношенія тождественны, когда тождественны ихъ субъекты, объекты и юридическая связь послѣднихъ. Далѣе,

внѣшнее тождество есть тождество двухъ или нѣсколькихъ спорныхъ отношеній между собою, внутреннее—тождество однаго и того же спорнаго отношенія, взятаго въ разные моменты, стадіи процеса.

2) *Свобода отъ всякаго внѣшняго тождества и сохраненіе внутренняго тождества.* Подъ свободою отъ всякаго внѣшняго тождества надлежитъ разумѣть отсутствіе тождества даннаго спорнаго отношенія, предложеннаго на разрѣшеніе извѣстнаго суда, со спорнымъ отношеніемъ, подлежащимъ, по соглашенію сторонъ, разрѣшенію другаго суда или же находящимся на разсмотрѣніи другаго суда или же прекратившимся рѣшеніемъ другаго суда. Такъ что, если стороны заключили пророгаціонный или третейскій договоръ или истецъ предъявилъ уже искъ въ другой судъ или дѣло уже окончено судебнымъ рѣшеніемъ, вступившимъ въ законную силу и затѣмъ истецъ снова предъявляетъ свой искъ, снова предлагаетъ суду разрѣшить спорное отношеніе, то это послѣднее отношеніе нельзя считать свободнымъ отъ внѣшняго тождества. Подъ сохраненіемъ внутренняго тождества разумѣется наличность тождества даннаго спорнаго отношенія, взятаго въ моментъ возникновенія процеса съ тѣмъ же спорнымъ отношеніемъ, взятымъ въ любой изъ послѣдующихъ стадій процеса. Такъ что, если истецъ измѣняетъ свое первоначальное требованіе или на мѣсто выбывшей стороны, вступаетъ нелегетимированное лицо, то первоначальное спорное отношеніе считается потерявшимъ свое внутреннее тождество.

3) *Процесуальное отношеніе не можетъ возникнуть или не можетъ продолжать свое существованіе.* Къ числу условій возникновенія процесуальныхъ отношеній должно быть отнесено отсутствіе внѣшняго тождества; споръ, тождественный съ другомъ, не можетъ быть разрѣшенъ судомъ. Но условія возникновенія процеса могутъ быть абсолютныя и относительныя: вопросъ о наличности первыхъ возбуждается судомъ ex officio, а вторыхъ—только заинтересованными сторонами. Въ отсутствіи внѣшняго тож-

дества заинтересованъ только отвѣтчикъ—такъ что вопросъ о тождествѣ возбуждается имъ путемъ возраженія; слѣдовательно, выраженіе „не можетъ“ должно быть понимаемо въ относительномъ смыслѣ, т, е, если отвѣтчикъ этого не желаетъ. Что касается внутренняго тождества, то оно относится къ условіямъ движенія (бытія) процесуальнаго отношенія; оно должно быть въ наличности въ теченіе всего процеса; въ этомъ заинтересованы обѣ стороны; въ нѣкоторыхъ же случаяхъ заинтересованы въ этомъ лица отсутствующія и само государство—тогда судъ ex officio возбуждаетъ этотъ вопросъ. Возбужденный, тѣмъ или другимъ путемъ, вопросъ о наличности или отсутствіи тождества подлежитъ разрѣшенію суда. Судъ разлагаетъ оба спорныя отношенія на ихъ элементы и сравниваетъ ихъ между собою. Придя къ тому, что спорное отношеніе тождественно съ другимъ, онъ прекращаетъ у себя производство, постановляетъ опредѣленіе объ absolutio ab instantia; придя къ тому, что спорное отношеніе потеряло свое тождество, судъ не разрѣшаетъ новаго спора, а игнорируетъ то обстоятельство, благодаря которому тождество было нарушено, и дѣйствуетъ такъ, какъ будто бы это обстоятельство вовсе не совершилось. Понятно, если наличность внѣшняго тождества и потеря внутренняго задѣваютъ лишь частный интересъ, то упомянутыхъ послѣдствій не наступаютъ въ томъ случаѣ, когда стороны согласны не придавать этимъ обстоятельствамъ никакого значенія.

II. Группы интересовъ тяжущихся.

Въ своемъ мѣстѣ (главѣ III) мы выяснимъ ту мысль, что принципъ тождества есть юридическій законъ, законъ опредѣляющій внутреннее развитіе юридическаго отношенія. Какъ законъ внутренняго, логическаго развитія правоотношенія, онъ, самъ по себѣ, непосредственно, фактической основы имѣть не можетъ—можно, развѣ, говорить о фактической, жизненной основѣ тѣхъ положеній, результатомъ обобщенія коихъ онъ является. Въ каждомъ изъ этихъ положеній мы видимъ, что оно основано на стремленіи охранить интересъ

тяжущихся въ процесѣ. Мы, конечно, не скажемъ ничего новаго для лицъ, знакомыхъ съ гражданскимъ процесомъ, если выставимъ такое положеніе: отвѣтчикъ заинтересованъ въ томъ, чтобы судъ не разрѣшилъ спорное отношеніе, тождественное съ другимъ спорнымъ отношеніемъ, подлежащимъ, по предварительному соглашенію сторонъ, третейскому разбирательству или особой подсудности, либо находящимся уже на разсмотрѣніи того же или другаго суда, либо прекратившимся силою рѣшенія государственнаго или третейскаго суда. Также не ново и то, что та или другая изъ сторонъ, истецъ или отвѣтчикъ, а иногда и ихъ преемники заинтересованы въ томъ, чтобы судъ не разсмотрѣлъ спорное отношеніе, измѣнившееся или обратившееся въ иное, благодаря, либо измѣненію истцомъ своего требованія, либо замѣнѣ лицъ, участвовавшихъ въ процесѣ въ началѣ, другими лицами, неимѣющими на то права; въ этомъ случаѣ судъ долженъ разсматрѣть первоначальное, а не измѣнившееся, новое отношеніе. Обобщая эти положенія мы можемъ сказать, что тяжущіеся заинтересованы въ томъ, чтобы судъ не разрѣшилъ спорное отношеніе несвободное отъ впѣшняго тождества или потерявшее свое внутреннее тождество. Въ чемъ же заключаются интересы тяжущихся въ томъ или другомъ изъ случаевъ, подлежащихъ обобщенію?

А. Интересъ отвѣтчика въ неразрѣшеніи судомъ даннаго спорнаго отношенія, тождественнаго съ другимъ спорнымъ отношеніемъ.

а) Интересъ отвѣтчика въ неразрѣшеніи государственнымъ судомъ спорнаго отношенія, тождественнаго со спорнымъ отношеніемъ, подлежащимъ, по соглашенію сторонъ, разрѣшенію другаго государственнаго-же суда.

Нѣкоторыя нормы, опредѣляющія компетенцію судебныхъ органовъ, принадлежатъ къ категоріи нормъ условно обязательныхъ. Они могутъ быть отмѣнены соглашеніемъ сторонъ, такъ называемымъ пророгаціоннымъ договоромъ. Условная обязательность эта объясняется тѣмъ, что нормы эти установлены только въ интересѣ частныхъ лицъ, ради ихъ

удобства. Интересы правосудія нисколько не страдаютъ отъ того, что данное дѣло будетъ разбираться напр. въ луцкомъ, а не эриванскомъ окружномъ судѣ. Заключенный между сторонами пророгаціонный договоръ обязателенъ для нихъ, какъ и всякій договоръ закону не противный; въ силу его истецъ не можетъ предъявить свой искъ въ другой судъ. Побужденія, заставляющія сторонъ заключить пророгаціонный договоръ могутъ быть весьма разнообразны, хотя, конечно, всѣ они имѣютъ въ своемъ основаніи соображенія удобства: они считаютъ для себя болѣе удобнымъ разбираться въ данномъ судѣ, а не въ другомъ, хотя и однородномъ съ нимъ. По заключеніи договора, интересъ сторонъ сводится къ исполненію противникомъ своей обязанности. Отвѣтчикъ вправѣ разсчитывать, что противъ него будетъ предъявленъ искъ въ данномъ судѣ и въ этомъ разсчетѣ устраиваетъ свои дѣла. Понятно, что въ случаѣ предъявленія къ нему иска въ другой судъ, ему должно быть дано право отклонить искъ указаніемъ на пророгаціонный договоръ [1]).

Интересъ отвѣтчика остается тѣмъ-же самымъ и въ томъ случаѣ, когда государственный судъ, въ который искъ предъявленъ, тоже пророгированъ; и тутъ его интересъ тотъ, чтобы дѣло его разбиралось въ томъ судѣ, о которомъ идетъ рѣчь въ договорѣ, по его мнѣнію, сохранившимъ свою силу; иначе говоря, онъ заинтересованъ въ исполненіи истцомъ обязанности, лежащей на немъ въ силу договора, оставшагося дѣйствительнымъ. Случаи, когда дѣло можетъ оказаться подсуднымъ двумъ судамъ, въ силу двухъ пророгаціонныхъ договоровъ, могутъ быть весьма разнообразны и во всѣхъ ихъ отвѣтчикъ стоитъ за сохраненіе силы одного изъ договоровъ, и притомъ, какъ увидимъ ниже, позднѣйшаго.

б) Интересъ отвѣтчика въ неразрѣшеніи государственнымъ судомъ спорнаго отношенія, тождественнаго со спорнымъ отношеніемъ, подлежащимъ третейскому разбирательству.

---

[1]) Code de pr. c. art. 168, C. Pr. Ord. § 247 Ost Ger. Ord. § 40, уст. гр. суд. ст. 571.

Насколько частнымъ лицамъ предоставляется вступленіе въ договоры, съ цѣлью установленія, измѣненія или прекращенія правъ, настолько-же имъ должно быть предоставлено заключать договоры о передачи спорнаго вопроса гражданскаго права на разрѣшеніе не государственнаго суда, въ компетенцію котораго входитъ этотъ спорный вопросъ, а частнаго лица. Характеръ гражданскаго права, какъ права произвольнаго, не только не препятствуетъ, но, напротивъ, указываетъ на возможность и правомѣрность подобныхъ договоровъ. Изъ третейскаго договора, какъ и изъ всякаго другаго, вытекаютъ для сторонъ права и обязанности, между коими главная—обязанность истца не предъявлять иска въ государственный судъ. Понятно, что эта обязанность установлена въ интересѣ отвѣтчика; да и всякая обязанность установляется не въ интересѣ обязавшагося, а въ интересѣ управомоченнаго, которому право его предоставляетъ извѣстную выгоду насчетъ лица обязаннаго. Не менѣе понятно и то, что нарушеніе истцомъ своей обязанности будетъ противно интересамъ отвѣтчика. Стороны, вступая въ третейскій договоръ, имѣютъ, конечно, въ виду, что сбудутся всѣ тѣ послѣдствія, которыя вытекаютъ изъ договора. При заключеніи договора онѣ могли имѣть въ виду разные интересы напр. болѣе правильное разрѣшеніе дѣла третейскимъ судомъ, чѣмъ государственнымъ, болѣе дешевое производство и т. п., но по заключеніи у нихъ интересъ одинъ: исполненіе противною стороною своей обязанности. Всѣ законодательства придаютъ юридическую силу третейскому договору, всѣ даютъ отвѣтчику право противиться нарушенію истцомъ своей обязанности; если послѣдній, не взирая на договоръ, всетаки обратится въ подлежащій государственный судъ, то отвѣтчикъ можетъ заявить суду о существованіи третейскаго договора и государственный судъ уклоняется отъ разрѣшенія дѣла [1]).

---

[1]) Хотя спеціальнаго правила на этотъ счетъ въ кодексахъ не имѣется, но, по общему правилу, судъ уклоняется отъ разрѣшенія дѣла по неподсудности см. Canstein н. с. т. 1 стр. 35.

Можетъ случиться, что тотъ государственный судъ, въ который предъявленъ искъ, подлежащій разрѣшенію третейскаго суда, компетентенъ къ разрѣшенію дѣла въ силу соглашенія, состоявшагося между обѣими сторонами. Такая коллизія двухъ договоровъ, какъ указано будетъ ниже, легко возможна и, очевидно, интересъ отвѣтчика заключается въ томъ, чтобы только одинъ судъ разрѣшилъ его дѣло, но который изъ нихъ—объ этомъ рѣчи впереди. Пока для насъ достаточно, что тотъ-же интересъ, который заставляетъ отвѣтчика уклониться отъ отвѣта передъ судомъ, коему дѣло подсудно по закону, заставляетъ его и при коллизіи пророгаціоннаго и третейскаго договоровъ—предпочесть одинъ изъ нихъ. Отвѣтчикъ можетъ уклониться отъ отвѣта передъ судомъ государственнымъ, когда сначала былъ заключенъ договоръ пророгаціонный.

Тѣже соображенія заставляютъ признать вполнѣ законнымъ

в) Интересъ отвѣтчика въ неразрѣшеніи третейскимъ судомъ спорнаго отношенія тождественнаго со спорнымъ отношеніемъ, подлежащимъ, по соглашенію сторонъ, разрѣшенію государственнаго суда,

если, какъ показано будетъ ниже, пророгаціонный договоръ заключенъ послѣ заключенія третейскаго.

Наконецъ, по тѣмъ-же соображеніямъ, по которымъ отвѣтчикъ заинтересованъ въ неразрѣшеніи даннымъ государственнымъ судомъ спора, подлежащаго, по соглашенію сторонъ, разрѣшенію другаго государственнаго суда, вполнѣ законенъ

г) Интересъ отвѣтчика въ неразрѣшеніи третейскимъ судомъ спорнаго отношенія, тождественнаго со спорнымъ отношеніемъ, подлежащимъ разрѣшенію другаго третейскаго-же суда.

д) Интересъ отвѣтчика въ неразрѣшеніи государственнымъ судомъ спорнаго отношенія, тождественнаго со спорнымъ отношеніемъ, уже находящимся на разсмотрѣніи другаго государственнаго суда.

Случаи предъявленія въ одинъ и тотъ-же или въ разные суды тождественныхъ исковъ, весьма возможны. Дѣлается это

или злоумышленно или по ошибкѣ. Злоумышленіе можетъ заключаться въ томъ, что истецъ разсчитываетъ дважды взыскать съ отвѣтчика одну и ту-же сумму денегъ; одинъ искъ онъ предъявляетъ въ одинъ судъ, причемъ заявляетъ, что ему мѣсто жительства отвѣтчика неизвѣстно, а другой—въ другой судъ по дѣйствительному мѣсту жительства; въ первомъ можетъ быть постановлено заочное рѣшеніе, и по вступленіи его въ законную силу, безъ вѣдома отвѣтчика, будетъ приведено въ исполненіе путемъ взысканія съ имущества, принадлежащаго отвѣтчику и находящагося въ округѣ этого суда; во второмъ судѣ можетъ быть постановлено состязательное рѣшеніе и тавже приведено въ исполненіе. Конечно, отвѣтчикъ, узнавъ объ этомъ, можетъ взыскать съ истца излишне имъ полученное, но быть можетъ, у истца не окажется вовсе имущества и отвѣтчикъ останется неудовлетвореннымъ. — Затѣмъ, по ошибкѣ тождественные иски могутъ быть предъявлены въ одинъ и тотъ же судъ или въ разные суда преемниками истца по первому изъ предъявленныхъ исковъ. Они могутъ и не знать, что умершій ихъ правопредшественникъ уже предъявилъ искъ; и въ этомъ случаѣ результатъ можетъ быть также невыгоденъ для отвѣтчика, какъ и въ первомъ [1]). Понятно, что отвѣтчикъ, если ему извѣстно, что противъ него предъявлены два тождественныхъ иска, можетъ заявить объ этомъ суду, въ который вторичный искъ предъявленъ, и проситъ о неразсмотрѣніи его. Всѣ законодательства признаютъ за нимъ это право [2]).

---

[1]) Французскіе процесуалисты Mourlon-Repetitions ecrites sur le C. de pr. c. Paris 1867. p 174 Boitard-Leçons de procedure civile (ed. 12; Paris 1876. t. 1 p 331 видятъ въ этихъ случаяхъ нарушеніе интересовъ правосудія, а не частныхъ лицъ. Они видятъ опасность для правосудія въ случаѣ постановленія двухъ, противурѣчащихъ одно другому, рѣшеній Если это вѣрно, то почему интересъ этотъ охраняется, и по французскому праву, не судомъ ex officio, а отвѣтчикомъ посредствомъ возраженія?

[2]) Code de pr. c. art. 171, C. Pr. Ord §§ 235, 274, Ost. Ger. Ord. § 40 уст. гр. суд ст. 371.

е) Интересъ отвѣтчика въ неразрѣшеніи государственнымъ судомъ спорнаго отношенія, тождественнаго со спорнымъ отношеніемъ, находящимся уже на разсмотрѣніи третейскаго суда.

Можетъ случиться, что истецъ предъявитъ въ государственный судъ искъ, который уже находится на разсмотрѣніи третейскаго суда; отвѣтчикъ можетъ этому противиться. Вышеупомянутая, вытекающая изъ третейскаго договора, обязанность истца не предъявлять искъ въ государственный судъ до извѣстнаго срока, сохраняетъ до истеченія этого срока полную свою юридическую силу, причемъ безразлично начато ли разбирательство или же еще не начато. Интересъ отвѣтчика въ непредъявленіи истцомъ иска въ государственный судъ въ теченіе всего срока совершенно одинаковъ, будетъ-ли разбирательство уже начато или нѣтъ. (см. стр. 19—20). Независимо отъ того, отвѣтчикъ и въ этомъ случаѣ имѣетъ основаніе бояться двойнаго взысканія; интересъ его и тутъ тотъ же, какъ и при предъявленіи того же иска въ два государственныхъ суда (см. стр. 20—21). Но если государственный судъ, въ который искъ предъявленъ, компетентенъ въ силу пророгаціоннаго договора, то, какъ увидимъ ниже, отвѣтчикъ лишь въ такомъ случаѣ можетъ настаивать на разрѣшеніи дѣла третейскимъ судомъ, когда третейскій договоръ заключенъ послѣ заключенія пророгаціоннаго.

ж) Интересъ отвѣтчика въ неразрѣшеніи третейскимъ судомъ спорнаго отношенія, тождественнаго со спорнымъ отношеніемъ, находящимся на разрѣшеніи государственнаго суда.

Этотъ интересъ принимается въ соображеніе, въ силу основаній, о которыхъ рѣчь впереди, лишь въ томъ случаѣ, когда государственный судъ, на разрѣшеніи коего искъ уже находится, компетентенъ въ силу пророгаціоннаго договора, заключеннаго послѣ заключенія третейскаго. Во всѣхъ же другихъ случаяхъ интересъ отвѣтчика въ уклоненіи отъ третейскаго разбирательства не можетъ быть признанъ законнымъ.

з) Интересъ отвѣтчика въ неразрѣшеніи третейскимъ судомъ спорнаго отношенія, тождественнаго со спорнымъ отно-

шеніемъ, находящимся на разсмотрѣніи другаго третейскаго суда.

Интересъ этотъ охраняется лишь въ томъ случаѣ, когда онъ выражается въ желаніи отвѣтчика, чтобы споръ былъ разрѣшенъ тѣмъ третейскимъ судомъ, который возникъ въ силу позднѣйшаго по времени третейскаго договора.

и) Интересъ отвѣтчика въ неразрѣшеніи государственнымъ судомъ спорнаго отношенія, тождественнаго со спорнымъ отношеніемъ, прекратившимся рѣшеніемъ государственнаго суда.

Что разъ признано судебнымъ рѣшеніемъ, на то, со всѣми его послѣдствіями, можно положиться и располагать, сообразно съ тѣмъ, свои дѣловыя отношенія. Истецъ и отвѣтчикъ даннаго процеса, при извѣстныхъ условіяхъ, могутъ стать вновь въ роли отвѣтчиковъ въ новомъ процесѣ по тому же самому спору; интересъ ихъ въ томъ и состоитъ, чтобы этого не случилось, а если это случится,—чтобы можно было отклонить отъ себя новый искъ, основываясь на твердости, прочности, абсолютной истинности перваго рѣшенія. Чтобы нагляднѣе видѣть въ чемъ именно заключается этотъ интересъ, чего именно стороны опасаются, какъ послѣдствія новаго возбужденія уже оконченнаго процеса, надо имѣть въ виду, съ одной стороны, различіе между обвинительнымъ (постановленнымъ противъ отвѣтчика) и оправдательнымъ (постановленнымъ въ пользу отвѣтчика) рѣшеніями, а съ другой стороны, различіе между рѣшеніями по искамъ о признаніи правъ (Feststellungsklagen) и рѣшеніями по искамъ объ осужденіи отвѣтчика къ совершенію извѣстнаго дѣйствія (Verurtheilungsklagen) [1]. Когда къ отвѣтчику предъявленъ истцомъ, обладающимъ данною вещью, искъ о признаніи вещнаго права, напр. права собственности и рѣшеніе постановлено въ пользу истца, то объ интересѣ отвѣтчика въ непредъявленіи къ нему новаго иска нечего говорить, ибо истцу

[1]) Мы принимаемъ, на нашъ взглядъ, единственно вѣрную характеристику этихъ категорій, предложенную Ленингомъ Löning Uber Inhalt und Gegenstand der Feststellungsklagen въ приложеніи къ его сочиненію Die Widerklage. Berlin 1881. S. 182—190.

нѣтъ надобности въ предъявленіи таковаго: право его признано. Что же касается исковъ объ осужденіи отвѣтчика къ совершенію извѣстнаго дѣйствія [1]) и исковъ о признаніи права на вещь, находящуюся въ обладаніи отвѣтчика, то интересъ отвѣтчика весьма и весьма существенъ. Противъ него постановлено рѣшеніе, которое, по вступленіи въ силу, приводится въ исполненіе передачею вещи натурою или взысканіемъ изъ имущества. Онъ долженъ быть спокоснъ и увѣренъ въ томъ, что его снова не привлекутъ къ суду; въ немъ не должно быть боязни за то, что съ него взыщутъ то, что уже разъ взыскано. Интересъ его, слѣдовательно, заключается въ томъ, чтобы не быть осужденнымъ ко вторичному удовлетворенію уже разъ удовлетвореннаго истца. Далѣе, если постановлено оправдательное, въ пользу отвѣтчика, рѣшеніе, то интересъ его въ невозбужденіи новаго дѣла заключается въ ненарушеніи покоя, разъ водвореннаго судебнымъ рѣшеніемъ, въ ненарушеніи того правосостоянія, которое явилось результатомъ оправданія. Истцу, право котораго не признано судомъ, можетъ быть и желательно снова начать дѣло въ разсчетѣ, что судъ признаетъ за нимъ право, первымъ рѣшеніемъ не признанное. Какъ разъ въ обратномъ заключается интересъ отвѣтчика [2]). Въ искахъ о признаніи права второе рѣшеніе, обвинительное, противъ отвѣтчика, можетъ для него влечь за собою рядъ весьма разнообразныхъ невыгодъ, являющихся послѣдствіемъ признанія за истцомъ даннаго права, послѣдствій, въ ненаступленіи коихъ отвѣтчикъ былъ увѣренъ, полагаясь на первое рѣшеніе; въ искахъ объ осужденіи, обвинительное рѣшеніе можетъ влечь за собою принужденіе къ совершенію тѣхъ дѣйствій, отъ коихъ отвѣтчикъ первымъ рѣ-

---

[1]) Различіе этихъ исковъ упущено изъ виду г-мъ Малышевымъ, потому-то высказанная имъ мысль, что изъ рѣшенія, обвиняющаго отвѣтчика, вытекаетъ право требовать принудительнаго исполненія въ столь общей формѣ, невѣрна. принудительное исполненіе вытекаетъ не изъ каждаго обвинительнаго рѣшенія. Малышевъ и с т. I стр. 436.

[2]) Киловидовъ—Законная сила судебныхъ рѣшеній по дѣл. гражд. Ярославль 1875 стр. 11.

шеніемъ былъ освобожденъ. Упомянутый интересъ отвѣтчика охраняется всѣми законодательствами [1]).

к) Интересъ отвѣтчика въ неразрѣшеніи государственнымъ судомъ спорнаго отношенія, тождественнаго со спорнымъ отношеніемъ, прекратившимся рѣшеніемъ третейскаго суда.

Интересъ его тотъ же, какъ и въ предыдущемъ случаѣ и изложенныя соображенія относятся и къ этому случаю,—рѣшеніе суда третейскаго имѣетъ силу равную рѣшенію суда государственнаго [2]).

л) Интересъ отвѣтчика въ неразрѣшеніи третейскимъ судомъ спорнаго отношенія, тождественнаго со спорнымъ отношеніемъ, прекратившимся рѣшеніемъ государственнаго суда.

м) Интересъ отвѣтчика въ неразрѣшеніи третейскимъ судомъ спорнаго отношенія тождественнаго со спорнымъ отношеніемъ, прекратившимся рѣшеніемъ другаго третейскаго же суда.

Въ обоихъ этихъ случаяхъ, конечно, предполагается, что отвѣтчикъ до заключенія третейскаго договора не зналъ о существованіи рѣшенія государственнаго или другаго третейскаго суда. Узнавъ объ этомъ онъ можетъ противиться вторичному разсмотрѣнію дѣла. Интересъ его тотъ же какъ и въ предъидущихъ случаяхъ.

Б. Интересъ сторонъ въ неразрѣшеніи судомъ спорнаго отношенія, потерявшаго свое внутреннее тождество.

а) Интересъ отвѣтчика въ неразрѣшеніи судомъ спорнаго отношенія, измѣнившагося вслѣдствіе измѣненія истцомъ своего иска.

Истецъ, предъявляя свои исковыя требованія, конечно, долженъ въ точности ихъ опредѣлить, дабы дать отвѣтчику возможность подготовиться къ возраженію, къ опровержению или ослабленію этихъ требованій; на это отвѣтчику

---

[1]) Code civil art. 1351 Hofdecr. v. 15 Jan 1787 № 621 lit an Gавстр Sächs. B. Gesb. § 166, 167 Bad. Landr § 1351 уст гр. суд. ст. 589, 895).

[2]) Code de pr. c. art. 1024, C.Pr. Ord. § 226, Ost. Ger. Ord. § 270, 273 уст. гр. суд. ст. 1294.

дается извѣстный срокъ. Внезапное, въ теченіе процеса, измѣненіе истцомъ своихъ требованій, очевидно, крайне невыгодно для отвѣтчика. Ознакомившись съ новымъ требованіемъ лишь въ теченіе процеса, застигнутый, такъ сказать, врасплохъ, онъ не имѣетъ ни времени, ни возможности подготовиться къ защитѣ [1]); онъ можетъ оставить безъ опроверженія самыя неосновательныя требованія истца — судъ можетъ признать за послѣднимъ эти требованія. Нельзя, конечно, ставить право отвѣтчика въ зависимость отъ произвола, каприза истца: сначала онъ требуетъ одно и отвѣтчикъ готовится къ защитѣ. затѣмъ требуетъ совсѣмъ другое и отвѣтчикъ не имѣетъ возможности защищаться и проигрываетъ процесъ. Слѣдовательно, интересъ отвѣтчика состоитъ въ томъ, чтобы по капризу истца не проиграть процесъ. Но кромѣ этого интереса, тутъ можетъ имѣть мѣсто и другой,—нравственный—если становиться на точку зрѣнія тѣхъ ученыхъ [2]), которые говорятъ слѣдующее: на отвѣтчикѣ лежитъ обязанность вступить въ процесъ по поводу даннаго, точно опредѣленнаго иска; въ предѣлахъ этого иска отвѣтчикъ связанъ; но въ силу начала равенства сторонъ такая же связанность требуется и со стороны истца— онъ не долженъ измѣнять свои исковыя требованія. Если это вѣрно, въ чемъ мы сильно сомнѣваемся, то въ вопросѣ объ измѣненіи требованій замѣшивается нравственный интересъ отвѣтчика -- за нимъ не признается то, что признается за отвѣтчикомъ. Но какъ бы то ни было всѣ законодательства охраняютъ интересъ отвѣтчика, связанный съ неизмѣнностью исковыхъ требованій [3]).

б) *Интересъ отвѣтчика и преемниковъ истца въ неразрѣшеніе судомъ такого спорнаго отношенія, въ которомъ произошла замѣна первоначальнаго истца другимъ нелегитимированнымъ лицомъ.*

---

[1]) Boitard н. с. т. 1 стр. 75.

[2]) Kleinschrod—Über die Klagänderung. Erlangen. 1879.

[3]) Code de pr. c. art. 48, 54, 61. C. Pr. Ord. §§ 240—242. Ost. Ger Ord. § 49. уст. гр. суд. ст. 332, 333.

Въ теченіе процеса можетъ произойти замѣна первоначальнаго истца, выбывшаго изъ процеса, другимъ лицомъ. Вопросъ о провомѣрности вступленія послѣдняго далеко не безразличенъ *во-первыхъ для отвѣтчика.* Если лицо это, небудучи легитимировано, вступило въ процесъ взамѣнъ истца и судъ, во 1-хъ, постановилъ рѣшеніе противъ отвѣтчика, которое, по вступленіи его въ силу, будетъ проведено въ исполненіе, то отвѣтчикъ рискуетъ, что настоящій истецъ къ нему снова предъявитъ искъ и придется произвести вторичное удовлетвореніе, или, во 2-хъ, если судъ постановилъ это рѣшеніе въ пользу отвѣтчика, и настоящій истецъ снова предъявляетъ къ нему искъ, то отвѣтчику придется произвести удовлетвореніе, несмотря на то, что первымъ рѣшеніемъ онъ былъ отъ этого освобожденъ.

Могутъ быть разныя обстоятельства, благодаря которымъ истецъ выбываетъ или считается выбывшимъ изъ процеса: смерть, передача правъ, добровольный выходъ, неосуществленіе преклюзивнаго процесуальнаго права, большее или одинаковое право на искъ у другаго лица и т. п. Въ этихъ случаяхъ можетъ совершенно законно совершиться замѣна выбывшаго другимъ лицомъ.

Но возможно также и злоумышленное вступленіе посторонняго лица, не имѣющаго никакого права становится на мѣсто выбывшаго. Можетъ найтись охотникъ фигурировать въ роли истца, выиграть процесъ и воспользоваться результатомъ его— получить удовлетвореніе. Если-бы простое заявленіе лица, что оно напр. наслѣдникъ, или вообще преемникъ истца, признавалось достаточнымъ для вступленія въ роль выбывшаго, то на это нашлось бы много желающихъ. Лицомъ страдающимъ являлся-бы отвѣтчикъ: черезъ нѣкоторое время могло-бы оказаться, что истецъ живъ или что онъ и умеръ, но наслѣдниками его являются другія лица или что истецъ никому не передавалъ своихъ правъ. Настоящій истецъ или его легитимированный преемникъ могутъ предъявить новый искъ къ отвѣтчику. Наконецъ, легко возможно: что между лицомъ, именующимъ себя истцомъ, и отвѣтчикомъ заключенъ уго-

воръ: вступить первому въ процесъ и проиграть его. Интересъ отвѣтчика именно въ томъ и состоитъ, чтобы нелегитимированный преемникъ не вступилъ въ процесъ—въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ ему дается право просить судъ потребовать доказательствъ правомѣрности вступленія. Таковое, установившееся въ теоріи мнѣніе, какъ показано будетъ ниже, совершенно согласно со смысломъ постановленій современныхъ законодательствъ. Тотъ же самый интересъ, требующій охраны закона, мы видимъ и въ тѣхъ, напримѣръ, случаяхъ, когда на мѣсто истца, считающагося выбывшимъ изъ процеса, вступаетъ лицо, заявляющее, что оно имѣетъ съ нимъ истцомъ нераздѣльное право, напр. если одинъ изъ нераздѣльно управомоченныхъ вѣрителей предъявляетъ къ должнику искъ, затѣмъ не является въ засѣданіе, назначенное для слушанія дѣла, но вмѣсто него, для продолженія начатаго процеса, является другое лицо, именующее себя его совѣрителемъ. Противиться этому, если заявленіе вновь вступившаго основательно, отвѣтчикъ не можетъ—интересъ его заключается лишь въ томъ, чтобы вновь вступившій истецъ дѣйствительно имѣлъ нераздѣльное право въ выбывшимъ истцомъ; не то въ случаѣ обвиненія и по дѣлу съ мнимымъ и по дѣлу съ настоящимъ или оправданія по первому и обвиненія по второму, именно наступаютъ тѣ же неудобства, невыгоды, какъ и при вступленіи нелегитимированнаго преемника. Тоже самое и въ томъ случаѣ, когда на мѣсто выбывшаго истца желаетъ вступить лицо, заявляющее, что не истцу, а ему принадлежитъ данное спорное право или что къ нему истецъ имѣетъ право обратнаго требованія и т. п. *Во-вторыхъ*, что касается *преемниковъ истца*, то и они имѣютъ интересъ въ томъ, чтобы судъ не разрѣшилъ спора, въ которомъ намѣсто выбывшаго вступило нелетитимированное лицо. Можетъ сложиться такой случай: истецъ во время процеса умретъ. Повѣренный его объ этомъ заявляетъ суду. Производство дѣла пріостанавливается. Является наслѣдникъ. Понятно, что онъ, заявляя о своемъ наслѣдничьемъ званіи долженъ доказать это, ибо будучи принятъ за дѣйствительнаго истца, онъ можетъ (въ искахъ объ осужденіи)

получать удовлетвореніе и настоящій наслѣдникъ останется не причемъ. Необходимо ему предоставить право предъявить новый искъ. Но этого мало: необходимо чтобы самъ судъ потребовалъ отъ него доказательствъ наслѣдничьяго званія, чтобы тѣмъ избавить наслѣдника отъ лишнихъ хлопотъ и отъ риска не получить удовлетворенія. Въ виду интереса и отвѣтчика въ легитимаціи лица, именующаго себя преемникомъ истца, конечно, количесиво случаевъ необходимости возбужденія судомъ ex officio этого вопроса значительно уменьшается. Тѣмъ не менѣе, ихъ надо имѣть въ виду и охранять интересы отсутствующихъ наслѣдниковъ.

б) *Интересъ истца и преемниковъ отвѣтчика въ неразрѣшеніи судомъ такого спорнаго отношенія, въ которомъ произошла замѣна отвѣтчика другимъ нелегитимированнымъ лицомъ.*

1) Весьма существенный интересъ истца связанъ съ тѣмъ, чтобы въ процесѣ отъ начала до конца его былъ одинъ и тотъ же отвѣтчикъ, или если это невозможно, то во всякомъ случаѣ лицо легитимированное. Вопросъ о степени состоятельности отвѣтчика весьма важный вопросъ для истца—съ нимъ связана самая возможность полученія удовлетворенія. Лицо, вновь вступившее, можетъ быть гораздо бѣднѣе лица выбывшаго изъ процеса, лицо нелегитимированное можетъ быть гораздо бѣднѣе легитимированнаго или имѣющаго право на легитимацію. Конечно, возможны и обратные случаи; тогда и интересъ истца обратный. Законъ долженъ имѣть въ виду всегда и во всемъ худшій конецъ.—Отвѣтчикъ можетъ умереть во время процеса; является лицо, заявляющее, что оно преемникъ отвѣтчика—оказывается, что у лица этого вовсе нѣтъ средствъ и истецъ, выигравъ процесъ, можетъ остаться безъ удовлетворенія. Это тѣмъ обидѣе, когда истцу извѣстно, что дѣйствительный наслѣдникъ — лицо состоятельное. Конечно, рѣшеніе, постановленное противъ самозванца наслѣдника можетъ быть кассаировано, а затѣмъ начато дѣло противъ настоящаго наслѣдника — но эта проволочка должна быть предупреждаема. Истцу должно

быть предоставлено право просить судъ въ самомъ началѣ процеса объ истребованіи доказательствъ отъ лица, именующаго себя наслѣдникомъ отвѣтчика [1]). Тоже самое мы видимъ въ томъ случаѣ, когда на мѣсто выбывшаго отвѣтчика вступаетъ лицо, къ которому, по его заявленіи, въ силу акта inter vivos перешла обязанность выбывшаго. Но тутъ во многихъ случаяхъ легитимація обусловливаетси согласіемъ истца на переходъ самой обязанности. И это понятно, опять-таки потому, что истцу далеко не безразлично, кто его отвѣтчикъ—должникъ. Вступая напр. въ договоръ, кредиторъ имѣетъ въ виду степень состоятельности должника, его кредито-способность; понятно, произвольная замѣна лица съ коимъ истецъ считалъ возможнымъ вступить въ договоръ другимъ, не извѣстнымъ ему лицомъ, противна интересамъ, ожиданіямъ, разсчетамъ истца. Тотъ же интересъ, туже боязнь истца за невыгодную для него замѣну отвѣтчика мы видимъ и въ другихъ случаяхъ, напр. когда на мѣсто выбывшаго отвѣтчика вступаетъ лицо обязанное съ нимъ нераздѣльно. Тотъ же интересъ истца нарушается, когда на мѣсто отвѣтчика вступаетъ лицо, къ которому, по его голословному заявленію, отвѣтчикъ имѣетъ обратное требованіе, или которое называетъ себя надлежащимъ отвѣтчикомъ; напр. по истеченіи срока обязательства, кредиторъ предъявляетъ искъ къ поручителю; должникъ заявляетъ, что онъ желаетъ вступить въ процессъ вмѣсто выбывшаго поручителя; истецъ, разсчитавъ, что съ поручителя получить долгъ болѣе шансовъ, чѣмъ съ должника, можетъ противиться вступленію; или напр. отвѣтчикъ заявляетъ, что другое лицо является надлежащимъ отвѣтчикомъ; истецъ можетъ противиться. Во всѣхъ указанныхъ случаяхъ истцу предоставляется или требовать доказательствъ легитимаціи ко вступленію въ процессъ вмѣсто выбывшаго отвѣтчика или самому отказать въ легитимаціи, въ тѣхъ случаяхъ, когда она отъ него зависитъ.

---

[1]) Малышевъ, и. с. т. 1 стр. 192.

2) Неменѣе важенъ интересъ законнаго преемника отвѣтчика въ томъ, чтобы на мѣсто выбывшаго отвѣтчика, не вступило лицо нелегитимированное. Лицо это, назвавъ себя законнымъ замѣстителемъ отвѣтчика, по уговору съ истцемъ можетъ проиграть процесъ. Напр. лицо, вступающее въ процесъ, называетъ себя наслѣдникомъ въ имѣніи умершаго отвѣтчика, ведетъ процесъ небрежно, проигрываетъ его, судъ отбираетъ имѣніе и передаетъ его истцу. Являются настоящіе наслѣдники съ ясными доказательствами и приходится начинать новый процессъ, а имѣніе, быть можетъ, давно продано, а у мнимаго наслѣдника нѣтъ никакого имущества.

Въ виду указанныхъ интересовъ, мы и можемъ сдѣлать такое обобщеніи: законный интересъ той или другой строны заключаетст въ томъ чтобы судъ не разрѣшилъ такое спорное отношеніе, которое тождественно съ другимъ или которое потеряло въ теченіе процесса свое внутренне тождество.

ГЛАВА ВТОРАЯ

ЮРИДИЧЕСКІЙ АНАЛИЗЪ ПРИНЦИПА ТОЖДЕСТВА.

I. Понятіе, виды и условія тождества спорнаго отношенія.

А. Понятіе и виды тождества спорнаго отношенія.

Понятіе тождества спорнаго отношенія далеко не ново; оно весьма тщательно разработано преимущественно нѣмецкими учеными, но лишь по поводу одного частнаго случая его примѣненія. Оно изслѣдуется обыкновенно въ ученіи о силѣ судебнаго рѣшенія, по поводу exceptio rei judicatae—этого центра всего ученія [1]). Благодаря тому, что области гражданскаго права и гражданскаго процесса фактически не размежованы и отдѣльныя части ученія объ исковомъ правѣ изслѣдуются и въ правѣ и процессѣ, [2]) ученіе о силѣ судебнаго рѣшенія, а слѣдовательно и понятіе тождества, разработано и цивилистами, и процесуалистами. Но разработка эта направлена не къ уясненію понятія, имѣющаго весьма обширную область примѣненія, а лишь къ уясненію его на столько и при такомъ освѣщеніи, насколько и при какомъ освѣщеніи оно необходимо для вопроса объ exceptio rei judicatae. Но это, такъ сказать, обыкновенно такъ дѣлается; есть, однако, ученые, которые разсматриваютъ понятіе тождества въ связи съ другими вопросами, напр. Клейншродъ [3])—въ связи съ во-

---

[1]) Savigny—System des heutigen rom. Rechts B. VI S. 413,

[2]) См. мою вступ. лекц. Объ отношеніи гражд. судопр. къ гражданскому праву. Журн. гр. и уг. права 1879 кн. 4 стр. 80.

[3]) Kleinschrod н. с. стр. 26 43.

просомъ объ измѣненіи иска. Нѣкоторые ученые напр. Канштейнъ [1]), Остерло [2])выставляютъ даже общее понятіе тождества спорнаго отношенія, имѣющее примѣненіе къ различнымъ процесуальнымъ явленіямъ; но они не вдаются въ подробности. Что область примѣненія этого понятія нельзя ограничить однимъ процесуальнымъ явленіемъ—это извѣстно всѣмъ процесуалистамъ, почему мы и замѣчаемъ, что они изслѣдуютъ это понятіе въ одномъ ученіи, а затѣмъ въ другихъ ученіяхъ, въ которыхъ оно имѣетъ значеніе, или ссылаются на то, что сказано въ первомъ или заявляютъ, что и тутъ де тождество имѣетъ значеніе. Такъ, у многихъ ученыхъ можно найти заявленіе, что положеніе eadem res inter easdem personas, играющее столь видную роль въ ученіи о силѣ рѣшенія, является рѣшающимъ въ вопросѣ объ измѣненіи иска [3]) или что exceptio rei judicatae, предполагаетъ тождество споровъ, а измѣненіе иска признается, когда искъ въ новой формулировкѣ (Fassung) и въ первоначальной не тождественны [4]) или что искъ считается измѣненнымъ, когда можно сказать: если-бы искъ въ первоначальномъ его видѣ былъ разрѣшенъ, а затѣмъ въ измѣненномъ вновь предъявленъ, то отвѣтчикъ не могъ бы предъявить exceptio rei judicatae [5]). Далѣе, нѣкоторые ученые, говоря объ exceptio litis pendentis заявляютъ, что она возможна при тѣхъ же условіяхъ, какъ и exceptio rei judicatae т. е. при тождествѣ [6]) или что exceptio litis pendentis, какъ и exceptio rei udicatae основана на тождествѣ спорныхъ отношеній [7]). Но

---

[1]) Canstein н. с.—т. I стр. 513.

[2]) Osterloh н. с. стр. 16, 212. Къ сожалѣнію, съ соч. Brakenhoft'a Die materielle Identitat und Connexitat der Rechtsstreitigkeiten мы ознакомились изъ третьихъ рукъ.

[3]) Schelling--Lehrb des deutsch C. Pr. Erlangen 1880 S. 174 Wetzell—н. с. стр. 957 Osterloh н. с. стр. 116.

[4]) Renaud—н. с. стр. 173.

[5]) Kleinschrod—н. с. стр. 26 Bayer-Uber die Anderung des Klaglibells S 66. Изъ законодательствъ, только въ нынѣ отмѣненномъ баденск. уст., § 254, находимъ эту мысль.

[6]) Boiturd—н. с. т. 1 стр. 333. Анненковъ—н. с: т. 3 стр. 54 Schelling—н. с. стр. 217.

[7]) Strithorst-Arch. für Rechtsfalle des Ob Trib. Berlin B. IX S. 131. Ветцель указываетъ на аналогію по послѣдствіямъ Wetzell н. с. стр. 573. Bonnier-Elements de proc. civ. p. 157, 161 Bülow—Processvorauss. стр. 156.

этими тремя случаями не ограничивается область, въ которой тождество спорныхъ отношеній имѣетъ и должно имѣть значеніе. Если случаи эти дѣйствительно имѣются, то выяснить общее понятіе тождества спорнаго отношенія безусловно необходимо.

Обратимся сначала къ понятію тождества въ общемъ смыслѣ, а затѣмъ въ примѣненіи къ спорнымъ отношеніямъ. Подъ тождествомъ, въ общемъ смыслѣ этого слова, понимается, прежде всего, соотношеніе двухъ или нѣсколькихъ предметовъ или соотношеніе предмета, находящагося въ одномъ положеніи, состояніи, съ этимъ же предметомъ, но находящимся въ иномъ положеніи, состояніи; соотношеніе это характеризунтся тѣмъ, что сравниваемые предметы совершенно одинаковы по своимъ признакамъ, что между ними нѣтъ никакого различія, что они во всѣхъ составныхъ частяхъ, элементахъ своихъ совершенно совпадаютъ, что это, собственно, одинъ и тотъ же предметъ. Подобное соотношеніе нѣсколькихъ предметовъ, можно назвать *внѣшнимъ тождествомъ*,—одного и того же предмета, въ разныхъ его положеніяхъ, состояніяхъ — *внутреннимъ тождествомъ*, внутреннимъ потому, что изслѣдуя или установляя это соотношеніе, нѣтъ необходимости выходить за предѣлы одного, даннаго предмета,—внѣшнимъ потому, что нельзя ограничиться однимъ предметомъ, приходится имѣть дѣло съ другимъ предметомъ, лежащимъ внѣ предѣловъ даннаго предмета. Но, какъ въ томъ, такъ и въ другомъ случаѣ мы, въ результатѣ, придя къ тому, что сравниваемые предметы тождественны, признаемъ лишь существованіе одного предмета. Покуда въ точности не извѣстно были ли тождественны эти предметами, мы имѣемъ въ виду двѣ величины—а въ результатѣ приходимъ къ тому, что это одна величина.

Переходя къ вопросу о тождествѣ спорныхъ отношеній, остановимся сначала на понятіи спорнаго отношенія. Подъ спорнымъ отношеніемъ мы разумѣемъ отношеніе между обладателемъ извѣстнаго гражданскаго права и нарушателемъ этого права, отношеніе, установившееся именно благодаря наруше-

нію; это и есть то самое матеріально-правовое отношеніе, которое существовало и до нарушенія, но лишь нѣсколько инаго характера „Абстрактно-способное къ осуществленію, покоющееся, мирное права, сказали мы въ другомъ мѣстѣ, принимаетъ, благодаря конкретной возможности къ осуществленію, при нарушеніи его, видъ право борющагося, становится Kampfrecht'омъ, обращается изъ права in toga въ право in sago, съ опредѣленнымъ противникамъ". [1]) Различіе между правоотношеніемъ до нарушенія и правоотношеніемъ послѣ него, т. е. спорнымъ отношеніемъ именно и заключается въ болѣе опредѣленномъ характерѣ послѣдняго, напр. при нарушеніи вещныхъ правъ, всегда впервые опредѣляется противникъ; тоже самое въ нѣкоторыхъ обязательствахъ, напр. если нѣсколько лицъ обязались чего либо недѣлать, причемъ каждый, нарушившій свою обязанность, обязался, скажемъ, уплатить штрафъ, то противникъ въ точности опредѣляется лишь послѣ нарушенія.—Но къ этой характеристикѣ спорныхъ отношеній нужно прибавить:

1) Не всякое нарушенное матеріально-правовое отношеніе будетъ спорнымъ отношеніемъ; таковымъ можно считать лишь то, въ которомъ нарушитель противится дѣйствительно исполнить свою обязанность, обязанность, на которую противникъ имѣлъ право и до нарушенія, такъ сказать, in abstracto Иначе говоря, спорное отношеніе должно быть совершенно готовымъ, зрѣлымъ къ предложенію его на разсмотрѣніе суда. Можетъ случиться, что данное правоотношеніе нарушено, но нарушитель вслѣдъ за нарушеніемъ исполняетъ свою обязанность; въ этомъ случаѣ данное нарушенное правоотношеніе и не успѣваетъ обратиться въ спорное отношеніе.

2) Говоря о тождествѣ спорнаго отношенія, мы будемъ имѣть въ виду спорное отношеніе не только предложенное уже на разсмотрѣніе суда т. е. не только когда actio in judicium deducta est, но и когда оно еще имѣетъ быть предложено

[1]) См. мою вступ. лекцію стр. 69.

на разсмотрѣніе суда, лишь бы оно представлялось готовымъ къ тому; напр. когда оно въ силу договора должно подлежать разсмотрѣнію того или другаго суда; такъ, мы можемъ имѣть въ виду и будущее спорное отношеніе, хотя бы его въ дѣйствительности не было, лишь бы оно представлялось спорнымъ отношеніемъ, лишь бы оно подлежало обсужденію, какъ таковое. Съ другой стороны, мы будемъ говорить и о спорномъ отношеніи уже прекратившемся, лишь бы оно нормально, правомѣрно прекратилось, въ томъ смыслѣ, что до прекращенія оно соотвѣтствовало требованіямъ, предъявляемымъ къ спорнымъ отношеніямъ вообще. Наконецъ, мы будемъ говорить о спорныхъ отношеніяхъ безотносительно къ тому въ какой стадіи процесса отношеніе это находится.

Переходимъ къ тождеству спорнаго отношенія. Прилагая сказанное о понятіи тождества въ общемъ смыслѣ къ тождеству спорнаго отношенія, получаемъ: тождество спорнаго отношенія есть отношеніе его къ другому спорному отношенію или къ самому себѣ, взятому въ разныхъ положеніяхъ, т. е. въ разныхъ моментахъ процесса, характеризуемое тѣмъ, что сравниваемыя отношенія совершенно одинаковы во всѣхъ составныхъ частяхъ своихъ, элементахъ. Это совпаденіе, замѣчаемое между двумя и болѣе спорными отношеніями, можно назвать внѣшнимъ тождествомъ; что же касается внутренняго тождества, [1]) то о немъ можно говорить, когда данное спорное отношеніе, взятое въ первый моментъ процесса, совершенно совпадаетъ съ самимъ собою, взятымъ въ любой изъ дальнѣйшихъ моментовъ; внутреннее тождество спорнаго отношенія имѣется, слѣдовательно, тогда, когда нѣтъ никакого различія между спорнымъ отношеніемъ, каковымъ оно является въ первый моментъ процесса и какимъ оно является въ любой изъ послѣдующихъ моментовъ процесса,—словомъ, когда оно не измѣнено въ теченіе процесса. Понятіе тождества, замѣтимъ, совершенно одинаково,

---

[1]) Клейншродъ называетъ это тождество „собственнымъ“—„eigene Identität“ н. с. стр. 50.

будемъ ли имѣть дѣло съ двумя или болѣе спорными отношеніями, или съ однимъ отношеніемъ, взятымъ въ два и болѣе разные момента процесса.

Б. Условія тождества спорнаго отношенія.

Когда же, при какихъ условіяхъ нѣсколько спорныхъ отношеній или одно, въ разныхъ стадіяхъ процесса, можно считать тождественными? Наука должна указать, съ возможною точностью, на отдѣльные элементы спорнаго отношенія, тождество коихъ даетъ основаніе признать тождество сравниваемыхъ отношеній. Придя путемъ сравненія къ тому заключенію, что спорныя отношенія тождественны, мы должны быть вправѣ сказать, въ виду внѣшняго тождества: это не два или нѣсколько, а одно и тоже отношеніе, а въ виду внутренняго тождества—это отношеніе осталось тѣмъ-же. Тоже самое относительно каждаго изъ элементовъ спорнаго отношенія. Но къ этому слѣдуетъ сдѣлать еще слѣдующую оговорку. Говоря о томъ или другомъ элементѣ спорнаго юридическаго отношенія, мы, конечно, имѣемъ въ виду явленія юридическія, почему и тождество ихъ есть тождество юридическое, иначе: тождество въ юридическомъ смыслѣ. Въ дѣйствительности, на самомъ дѣлѣ, фактически два явленія могутъ быть совершенно различны, но юридическій порядокъ признаетъ ихъ тождественными въ силу тѣхъ или другихъ вѣскихъ соображеній, соображеній, основанныхъ на наилучшей охранѣ интереса гражданъ; напр. преемникъ правъ и его юридическій предшественникъ суть субъекты тождественные; договоръ, въ силу котораго можно требовать вещь и законъ, въ силу котораго можно требовать вознагражденіе за недоставленіе вещи суть юридически тождественныя основанія возникновенія правъ, двѣ альтернативно—должныя, различныя вещи суть юридически тождественные вещественные субстраты права и т. д.

Есть, однако, ученые, которые полагаютъ, что поставленный нами вопросъ не долженъ быть разрѣшаемъ ни наукою, ни

законодательствомъ. Такъ, Эндеманъ говоритъ, что сравненіе двухъ спорныхъ отношеній, съ одной стороны, „даетъ просторъ логическимъ консеквенціямъ“ и что, съ другой стороны, при такомъ сравненіи надлежитъ брать въ соображеніе характеръ даннаго процесса. Въ виду этого, по его словамъ, наука только и можетъ предложить практикѣ такое положеніе: „судьѣ надлежитъ изслѣдовать и сравнить оба отношенія, съ цѣлью разрѣшенія вопроса о тождествѣ, по правиламъ логики, согласованнымъ съ духомъ даннаго процесса“ [1]). Въ другомъ мѣстѣ онъ говоритъ, что слѣдуетъ воздержаться отъ „схоластическихъ разграниченій“ и что при разрѣшеніи вопроса о тождествѣ все зависитъ отъ настроенія и практическаго такта судьи [3]). Если стоять на почвѣ Эндемана, то, чтобы быть послѣдовательнымъ, надо признать, что всѣ процессуальные и матеріальные законы излишни, да и сама юриспруденція подлежитъ упраздненію. Est modus in rebus. Нельзя въ дѣлахъ гражданскихъ все предоставить усмотрѣнію судьи—неговоря уже о томъ, что такое беззаконіе гибельно отразится на отправленіи правосудія,—судьи будутъ поставлены въ крайне затруднительное положеніе. Законъ долженъ дать общія руководящія начала, наука должна раскрывать ихъ смыслъ, подвергать ихъ анализу. Что касается процессуальныхъ законовъ и, въ частности, законовъ, опредѣляющихъ права и обязанности суда, то они не могутъ и не должны регламентировать ту дѣятельность суда, которая касается совѣсти, внутренняго убѣжденія, оцѣнки степени вѣроятности существованія факта, но въ вопросахъ, въ которыхъ извѣстную роль играетъ логика и этотъ часто неуловимый, дающій безграничный просторъ произволу, *духъ* закона—законъ и наука должны придти на помощь судьѣ, первый не переходя предѣловъ необходимаго, вторая . . . . . вторая не имѣетъ предѣловъ. Въ законѣ должны быть сдѣланы общія указанія на условія тождества спорнаго отношенія, указанія которыя ему даетъ наука; судья долженъ примѣнять положе-

---

[1]) Endemann н. с. стр. 552—554.

[2]) Ibid. стр. 628.

нія закона къ конкретному случаю, пользуясь данными той-же науки.

И такъ, прежде всего, наука должна указать на элементы спорнаго отношенія, тождество коихъ даетъ основаніе заключить о тождествѣ послѣдняго. Нельзя сказать, чтобы передъ этимъ вопросамъ наука стояла съ пустыми руками. Нужно только съ большою осмотрительностью пользоваться уже добытыми результатами. Дѣло въ томъ, что ученые, говорящіе объ элементахъ спорнаго отношенія, тождественность коихъ требуется для признанія тождества самаго отношенія, имѣютъ въ виду тотъ или другой случай, когда возникаетъ вопросъ объ этомъ тождествѣ, чаще всего exceptio rei judicatae и измѣненіе иска. Приходится слѣдовательно быть всегда на сторожѣ не вытекаетъ-ли та или другая черта вопроса изъ особенности того случая, по поводу котораго вопросъ разрѣшается. Затрудненіе еще увеличивается благодаря и другимъ обстоятельствамъ, напр. неразработанности и спорности вопросовъ о юридическомъ отношеніи вообще, объ элементахъ права, о существѣ иска и его основаніи, множеству спорныхъ пунктовъ въ ученіяхъ о силѣ судебнаго рѣшенія, объ измѣненіи иска и другихъ.

Изслѣдуя вопросъ о тождествѣ спорнаго отношенія, ученые употребляютъ различныя выраженія для обозначенія сравниваемыхъ величинъ. Такъ, одни говорятъ о тождествѣ спора о правѣ (Rechtsstreit [1]), другіе—о тождествѣ иска [2]), третьи — о тождествѣ гражданскаго дѣла [3]), четвертые— о тождествѣ притязаній [4]) и др.

Однако, это различіе выраженій, само по себѣ, не указываетъ на разногласіе по существу: какое бы выраженіе ученые не

---

[1]) Savigny н. с. т. VI стр: 417 и слѣд. Förster-Theorie und Praxis des preussisch P. Rechts. B. 1 S. 285 и сл. Unger-System des österr. Privatr B 2 S. 651 и сл. Renaud н. с. стр. 431 Kleinschrod н. с. стр. 43.

[2]) Wetzell н. с. стр. 576 Bonnier н. с. стр. 167 Boitard н. с. т. 1 стр: 331 Малышевъ н. с. т. 1 стр. 438 и сл. Bayer-Vortrage стр. 750.

[3]) Osterloh н. с. стр. 17 Анненковъ н. с, т. 3 стр. 53 и сл.

[4]) Canstein н. с. т. 1 стр. 549 и слѣд.

употребляли, они имѣютъ въ виду, или непосредственно или посредственно, матеріально - правовое спорное отношеніе. Такъ, тѣ, которые говорятъ о тождествѣ *спора о правѣ* или о правовыхъ спорахъ, хотятъ именно сказать, что это тѣ отношенія, которыя устанавливаются, благодаря оспариванію одною стороною права другой стороны; тоже самое слѣдуетъ сказать и о говорящихъ о гражданскомъ *дѣлѣ*. Ихъ, особенно послѣднихъ, можно развѣ упрекнуть въ неточности выраженій. Что касается тѣхъ, которые говорятъ о тождествѣ *иска*, то они такою терминологіею лишь затемняютъ то, что хотятъ высказать; вмѣсто того, чтобы напр. сказать тождество объекта спорнаго *права*, они говорятъ тождество объекта *иска*; разумѣется это не одно и тоже; объектомъ иска они считаютъ спорное право, а у нихъ рѣчь идетъ о вещахъ т. е. съ ихъ-же точки зрѣнія, объектахъ права. Сознавая это неудобство, нѣкоторые изъ нихъ [1]) признаютъ объектомъ иска и вещи и права, что уже совсѣмъ неправильно: вещи и права не суть отдѣльные категоріи объектовъ иска; что будетъ, съ этой точки зрѣнія, объектомъ иска о правѣ на вещь?—вещь или право? или то и другое? Затѣмъ, вмѣсто того, чтобы сказать тождество основанія возникновенія права, что собственно они и имѣетъ въ виду, они говорятъ: тождество активнаго основанія иска, т. е. факта правопроизводящаго. Наименѣе удовлетворительна терминологія Канштейна, говорящаго о тождествѣ *притязаній*. Онъ во всемъ этомъ вопросѣ повторяетъ то, что было сказано Унгеромъ, замѣняя лишь слово Rechtsstreit словомъ Anspruch. Исправленіе невозможное. Притязаніе, во первыхъ, характеризуетъ лишь одну сторону спорнаго отношенія — право; во вторыхъ, изъ него не видно ни того, что правоотношеніе, какъ предметъ сравненія, въ каждомъ данномъ случаѣ, предполагаетъ правонарушеніе [2]), ни, тѣмъ менѣе, того, что правоотношеніе спорно. Но какъ бы то ни было, это различіе выраженій, само по себѣ, не отзывается на существѣ дѣла.

[1]) Напр. Малышевъ, l. c.

[2]) Виндшейдъ, н. с. т. 1 въ пер. проф. Пахмана стр. 92 пр. 2 а).

Но въ одномъ всѣ ученые согласны, что при изслѣдованіи тождества спорнаго отношенія надо различать объективное тождество отъ субъективнаго. Нѣтъ сомнѣнія, что въ каждомъ спорномъ отношеніи мы видимъ двѣ стороны: субъективную и объективную. Если бы мы захотѣли опредѣлить эту объективную сторону, конечно на основаніи того, что подъ нее подводятъ, то, признаться, были бы въ крайнемъ затрудненіи. Къ объективной сторонѣ относится весь составъ, вся характеристика спорнаго отношенія, за выдѣленіемъ субъектовъ; такъ, одни относятъ къ ней вопросъ о правѣ (Rechtsfrage) [1]), другіе—спорное право [2]), и т. д. Очевидно, что право не можетъ быть объектомъ спорнаго отношенія т. е. комплекса правъ и обязанностей, или одного права и одной обязанности, ставшихъ спорными. Право и обязанность есть содержаніе, составъ правоотношенія т. е. само оно. Нѣтъ сомнѣнія, что для характеристики спорнаго отношенія важны и субъекты и права. Но суть ли они только *элементы* спорнаго отношенія?—это то для насъ и важно въ вопросѣ о тождествѣ. Нѣтъ, какъ выше уже было замѣчено, элементовъ спорнаго отношенія, какъ и всякаго другаго, три: субъектъ, объектъ и связь субъекта съ объектомъ т. е. права и соотвѣтствующія имъ обязанности субъектовъ относительно объекта. Если таковы элементы спорнаго отношенія, то послѣднія тождественны при тождествѣ субъектовъ, объектовъ и связи субъектовъ съ объектами. Разсмотримъ тождество каждаго изъ этихъ элементовъ въ отдѣльности.

1. *Тождество субъектовъ спорнаго отношенія.*

Для тождества спорнаго отношенія необходимо прежде всего тождество субъектовъ его: обладателя права и нарушителя его, истца и отвѣтчика, если споръ уже обращенъ къ судебному разсмотрѣнію. Спорныя отношенія, тождественныя по объекту и юридической связи, но въ которыхъ фигури-

[1]) Savigny н. с. т. VI стр. 418. Bayer н. с. стр. 450 и др.
[2]) Unger н. с. т. II. стр. 651. Малышевъ, н. с. т. I стр. 437.

руютъ разные субъекты, не могутъ быть тождественными. Это тождество субъектовъ спорнаго отношенія однако не слѣдуетъ понимать такъ, что въ сравниваемыхъ отношеніяхъ должны быть непремѣнно одни и тѣ же индивиды, А и Б. Когда А и Б являются субъектами этихъ отношеній, то тождество несомнѣнно, но юридическое тождество возможно и тогда, когда въ одномъ изъ сравниваемыхъ отношеній субъектами являются А и Б, въ другомъ Б и В или А и Г, лишь бы юридически А и В, Б и Г являлись тѣми же лицами, лишь бы лица эти, какъ говоритъ Дункеръ, являлись юридически однимъ лицомъ [1]) напр. юридическій преемникъ и предшественникъ, вообще лицо, могущее въ силу того или другаго основанія, замѣнить въ спорѣ другое.

Упомянутое общее положеніе о необходимости тождества субъектовъ, со времени перваго указанія на него римскими юристами, стоитъ въ наукѣ незыблимо. Но она не признаетъ, что положеніе это вытекаетъ изъ требованій юридической логики и что, слѣдовательно, изъ него не допускается никакихъ исключеній. По господствующему въ наукѣ мнѣнію положеніе это далеко не безусловно—допускается большее или меньшее число *исключеній*. Всѣ эти исключенія кажутся намъ мнимыми, если смотрѣть на нихъ съ той точки зрѣнія, что для тождества спорныхъ отношеній необходимо *юридическое* тождество субъектовъ ихъ, а не непремѣнно тождествъ лицъ. Мы далеки отъ мысли считать, какъ это дѣлаютъ нѣкоторые писатели [2]), эти исключенія „произвольнымъ уклоненіемъ отъ принципа“, и видѣть въ нихъ отсутствіе внутренней необходимости и т. п. Сама жизнь вызываетъ ихъ: это вполнѣ реальныя явленія—наше дѣло брать то, что жизнь даетъ. . . .

На случаи этихъ исключеній указали намъ римскіе юристы. Случаи эти самые рельефные и тѣ новые, какіе къ нимъ прибавляются, суть лишь болѣе или менѣе существенныя модифи-

---

[1]) Duncker-Betrachtungen uber die Wirkung der Rechtskraft въ Arch. für pract. RW. B. 5 S. 71.

[2]) Напр. Милюковъ н. с. стр. 121 и слѣд.

каціи. Мы будемъ имѣть въ виду лишь главнѣйшіе, указанные римскими юристами, отбросивъ тѣ, которые, по общепризнанному мнѣнію, нынѣ потеряли значеніе.

Общепризнаннымъ исключеніемъ изъ выставленнаго правила признается тотъ случай, когда въ спорныхъ отношеніяхъ одинъ изъ субъектовъ его вступилъ въ права другаго или принялъ на себя обязанности другаго т. е. случай преемства [1]).

Преемство это можетъ выразиться въ разныхъ формахъ: универсальное и сингулярное, inter vivos и mortis causa [2]). Въ процесуальномъ отношеніи большее значеніе имѣетъ послѣднее дѣленіе: по основанію преемства. Какимъ-бы путемъ и въ какой мѣрѣ преемство не совершилось, если оно правомѣрно, то преемникъ вступаетъ въ то право или въ тѣ права, которыя принадлежали предшественнику, принимаетъ на себя ту обязанность или тѣ обязанности, которыя лежали на предшественникѣ. Между этими лицами юридическаго различія нѣтъ—въ процесуальномъ отношеніи эти лица, напр. наслѣдникъ и наслѣдодатель, цедентъ и цесіонарій, и т. д. тождественны. Когда преемство совершилось правомѣрно, то процесъ продолжается, какъ будто-бы никакой замѣны лицъ не произошло, юридическія акты обязательныя для предшественника распространяютъ свою силу и на преемника, какъ будто-бы они и безъ замѣны лицъ на него распространяетъ.

Что касается другихъ такъ называемыхъ исключеній,—исключеній позитивныхъ, какъ ихъ называетъ Савиньи въ противуположность естественнымъ, преемству,—то только за послѣднее время стали сомнѣвается: являются ли эти исключенія дѣйствительно таковыми. Такъ, Фрейденштейнъ высказываетъ, хотя и въ иной формѣ, ту мысль, что во всѣхъ случаяхъ этихъ исключеній имѣется два юридическихъ отно-

---

[1]) Ulpianus въ L 9 § 2 L. 11 §§ 3, 8, 9, 10 D. de rei jud. 44, 2 Papinianus въ L. 28 cit. Paulus въ L. 25, § 8. D. de fam. ercisc. 10. 1.

[2]) Canstein н. с. т. 1 стр. 454.

шенія: одно между спорящими сторонами, другое между ними и третьими лицами, [1]) такъ что судъ, разрѣшая напр. извѣстное отношеніе между А и Б, рѣшаетъ и относительно В, Г, Д, и т. д., потому что Б находится въ извѣстныхъ отношеніяхъ съ В, Г, Д и т. д.; слѣдовательно, съ разрѣшеніемъ перваго отношенія, разрѣшается и второе. Такъ что въ спорѣ по поводу даннаго отношенія, связаннаго съ другимъ, стоятъ не только субъекты перваго, А и Б, но и субъекты втораго В, Г, Д, и т. д. Если мы сравнимъ два спорныхъ отношенія: одно между А и Б, другое между А и В, Г, Д, и т. д., то субъекты ихъ, на соотвѣтствующей сторонѣ, будутъ тождественными; напр. въ искѣ о законности рожденія, предъявленномъ А къ Б; въ первомъ спорномъ отношеніи истцомъ являются, скажемъ, А, а отвѣтчикомъ Б, но такъ какъ у Б есть братъ В и сестра Г, то собственно отвѣтчиками считаются Б, В и Г; во второмъ—истецъ А и отвѣтчикъ В, но такъ какъ у В есть братъ Б и сестра Г, то они считаются отвѣтчиками, такъ что въ обоихъ спорныхъ отношеніяхъ на каждой сторонѣ субъекты юридически торжественны. Мысль эта совершенно вѣрна, и приводитъ именно къ тому выводу, что во всѣхъ этихъ случаяхъ нельзя видѣть исключенія изъ общаго правила. Могутъ замѣтить, что взглядъ Фрейденштейна исключаетъ необходимость говорить о юридическомъ, всетаки фиктивномъ, тождествѣ; по его мнѣнію это тождество есть дѣйствительное, реальное; тѣже субъекты стоятъ и въ одномъ спорномъ отношеніи, тѣже и въ другомъ. Въ этомъ и мы видимъ одинъ изъ недостатковъ теоріи Фрейденштейна; это дѣйствительность, реальность тождества не представляется намъ таковою; вѣдъ на самомъ дѣлѣ въ обоихъ спорныхъ отношеніяхъ стоятъ не тѣже лица—въ первомъ стоятъ А и Б, во второмъ А и В; состояніе въ первомъ спорѣ В и Г, во второмъ Б и Г—всетаки фиктивное. Тѣмъ не менѣе, юридическая конструкція,

[1]) Freudenstein—Die Rechtskraft nach der R. C Pr. Ord, und ihre Wirkung auf die subject. Rechte Hannover 1881. S. 220.

предложенная Фрейденштейномъ дѣйствительно указываетъ на необходимость принять тождество субъектовъ при реальномъ, дѣйствительномъ отсутствіи его. Необходимость эта вытекаетъ изъ характера той связи, которая въ каждомъ изъ сравнительныхъ спорныхъ отношеній существуетъ между отношеніемъ сторонъ и между отношеніемъ ихъ или одной изъ нихъ съ третьимъ лицомъ. Имѣя въ виду всѣ приводимыя учеными т. наз. изъятія, и обобщая ихъ, мы приходимъ къ слѣдующему соображенію. Если одни изъ лицъ, а иногда и оба лица, находящіяся между собой въ извѣстномъ спорномъ отношеніи,находятся съ третьимъ лицъ въ такомъ юридическомъ отношеніи, въ силу котораго имѣется основаніе признавать, что это лицо или эти лица, являются предполагаемыми, *презумтивными представителями* третьихъ лицъ, въ спорѣ неучаствующихъ, то всѣ эти лица считаются юридически тождественными. Фрейденштейнъ, выставивъ, хотя и не столь широкое, общее положеніе, замѣчаетъ, что оно не можетъ быть руководящимъ принципомъ. [1]) Не видимъ основаній почему это такъ. Что касается случаевъ, которыхъ имѣлъ въ виду Фрейденштейнъ и римскіе юристы, то о примѣнимости къ нимъ этого положенія не можетъ быть не малѣйшаго сомнѣнія. Сомнѣніе можетъ лишь зародиться относительно другихъ случаевъ, на которыхъ ученые еще не обратили вниманія. Во всѣхъ случаяхъ перваго рода мы видимъ, что имѣется извѣстное правоотношеніе между участникомъ спора и третьимъ лицомъ, дающее основаніе признать перваго презумтивнымъ представителемъ втораго, напр. отношеніе по родству, общей собственности, корреалитету. Иное дѣло случаи втораго рода; но ихъ Фрейденштейнъ не имѣлъ въ виду. Если-же принять ихъ въ соображеніе, то, конечно, формула его будетъ нѣсколько тѣсна. Случаи эти таковы, что между спорящею стороною и третьимъ лицомъ отдѣльнаго отъ представительства правоотношенія не имѣется, но въ теченіе процеса, въ силу закона и позднѣйшаго согласія третьяго, спо-

[1]) Freudenstein u. c. стр. 222.

рящая сторона признается представителемъ третьяго, напр. когда надлежащій истецъ или отвѣтчикъ замѣняетъ собою ненадлежащаго, когда лицо, къ которому сторона имѣетъ обратное требованіе, замѣняетъ эту сторону, когда лицо, имѣющее право на спорное имущество замѣняетъ собою истца. Въ этихъ случаяхъ, при извѣстныхъ условіяхъ, лицо выбывшее разсматривается, какъ представитель лица его замѣнившаго, въ дѣйствіяхъ, совершенныхъ до замѣны. И тутъ лица выбывшее и вновь вступившее разсматриваются какъ субъеты тождественное. Возвращаемся къ презумтивному представительству. Это поняніе въ области процеса примѣняется лишь къ случаю соучастія въ собственнымъ смыслѣ [1]) Подъ презумтивнымъ разумѣется такое, установленное закономъ, судебное представительство, которое имѣетъ своимъ основаніемъ особое юридическое отношеніе между представителемъ и представляемымъ; вступая въ это отношеніе, или находясь въ немъ, одинъ изъ участниковъ его признается въ процесѣ представителемъ другаго. Слѣдовательно, отъ такъ называемаго законнаго представительства презумтивное отличается слѣдующими признаками: 1) первое всегда установляется въ силу особаго состоянія лица представляемаго, напр. его недѣеспособности, въ презумтивномъ этого нѣтъ, 2) въ первомъ—лицо вступаетъ въ отношеніе представительства именно съ тою цѣлью, чтобы оно могло совершать дѣйствія за и отъ имени другаго, во второмъ—отношеніе представительства вытекаетъ изъ другаго юридическаго же отношенія, 3) первое неограничено, второе ограничено, однимъ лишь процесомъ и 4) при первомъ всѣ судебныя дѣйствія совершаются представителемъ, во второмъ, только тѣ, отъ совершенія коихъ представляемый уклонялся.

Это понятіе презумтивнаго представительства прини-

---

[1]) Обширная литература представительства еще такъ бѣдна результатами, что въ установленіи новыхъ или обновленныхъ формъ его ученые не стѣсняются, да и нечего стѣсняться. Образцомъ можетъ служить взглядъ Шульце на интервеніента, какъ на «представителя стороны въ силу собственнаго права» Schultze Die sog Neben-Intervention. Berlin. 1881.

мается нами именно въ силу необходимости; это не средство объяснить себѣ нѣчто, иначе не объяснимое; оно дается самимъ свойствомъ тѣхъ явленій, въ которыхъ раскрывается. И дѣйствительно, мы видимъ, что дѣятельнымъ участникомъ на судѣ, разрѣшающемъ данное спорное отношеніе, является данное лица; дѣйствія, имъ совершаемыя, оказываютъ вліяніе и на другихъ лицъ, на судѣ не фигурировавшихъ. Въ силу тѣхъ или другихъ жизненныхъ или юридическихъ соображеній, въ томъ или другомъ случаѣ, необходимо распространить силу дѣйствій одного изъ участниковъ процеса на другихъ лицъ, въ процесѣ не участвовавшихъ. Какъ формулировать юридически эти случаи? Не иначе, какъ сказавъ, что въ нихъ лицо участвующее дѣйствуетъ въ качествѣ представителя лицъ, неучаствующихъ въ процесѣ. Этимъ, слѣдовательно, не объясняется данное явленіе, а ему дается лишь юридическая характеристика. Но какъ бы то ни было, изъ факта представительства мы выводимъ тождество лицъ. Такъ какъ въ области правомѣрныхъ дѣйствій представитель отождествляется юридически съ представляемымъ, то въ данныхъ случаяхъ, какъ сказано было выше, мы видимъ тождество субъектовъ не реальное, а фиктивное, юридическое. Такъ что т. наз. исключенія изъ того общаго правила, когда, несмотря на различіе субъектовъ, всетаки признается тождество ихъ, и по нашему мнѣнію, вовсе не являются таковыми—въ нихъ имѣется хотя лишь юридическое, но всетаки тождество субъектовъ.

Что касается приводимыхъ римскими юристами случаевъ „изъятій“ изъ того правила [1]), что для тождества спорныхъ отношеній необходимо и (реальное) тождество субъектовъ, то они суть:

1) *Споры о правахъ состоянія, въ частности, о дѣйствительности брака и законности рожденія, между лицами ближе всѣхъ заинтересованными въ опредѣленіи своихъ правъ* [2]).

---

[1]) Savigny н. с. т. VI стр. 471. Freudenstein н. с. стр 227.
[2]) Ulpianus въ L. 1 § 16, L. 3 D. de agnosc. 25. 3 Julianus въ L. 2 eod.

Каждая изъ сторонъ, какъ это высказывается многими учеными признается презумтивнымъ представителемъ всѣхъ своихъ родственниковъ, такъ что юридическое тождество между первыми и послѣдними должно быть признаваемо. Слѣдовательно, съ субъектами спорнаго отношенія по поводу правъ состоянія, законности рожденія или дѣйствительности брака, всѣ лица, находящіяся съ ними въ родственныхъ отношеніяхъ будутъ юридически тождественны. Этотъ случай, въ виду того, что онъ не относится къ области гражданскаго процеса въ собственномъ смыслѣ, нашему разсмотрѣнію подлежать не будетъ.

2) *Споры о правѣ нераздѣльно принадлежащемъ нѣсколькимъ лицамъ или одному лицу противъ нѣсколькихъ лицъ.* Сторона участвующая признается презумтивнымъ представителемъ лица не участвующаго, такъ что, слѣдовательно, съ первою юридически тождественными будутъ всѣ лица съ нею соуправомоченныя или сообязанныя. Въ частности римскіе юристы сюда относятъ слѣдующіе случаи:

а) *Споры о сервитутномъ правѣ между собственникомъ господствующаго и собственникомъ служебнаго имѣній, изъ коихъ то или другое, принадлежитъ нѣсколькимъ лицамъ.* [1]) (actio confessoria et negatoria). Право на сервитутъ и соотвѣтствующая ему обязанность терпѣть сервитутъ—недѣлимы [2]). По поводу этихъ правъ и обязанностей можетъ возникнуть споръ одного изъ сособственниковъ господствующаго имѣнія съ собственникомъ служебнаго или собственника господствующаго имѣнія съ однимъ изъ сособственниковъ служебнаго имѣнія. Соуправомоченные или сообязанные невступающіе въ процессѣ признаются представляемыми участниками процеса, — между ними признается юридическое тождество.

---

[1]) Ulpianus въ L. 1 § 5 D. de arb. 43. 27 L 4 § 3 D. de servit 8, 6. L. 4 § 4, L. 6 § 4 cod. Marcianus въ L. 19 cod.

[2]) Ryck—Die Lehre von den Schuldverhaltnissen nach gem. d. Recht. Berlin 1883. I S. 104.

б) *Споры между вѣрителемъ и должникомъ о правѣ по корреальному обязательству* [1]). Неучаствующій въ процесѣ содолжникъ или совѣритель имѣютъ въ лицѣ участвующаго своего презумтивнаго, фиктивнаго представителя—оба они юридически тождественныя лица. Къ этимъ то случаямъ и примѣняется конструкція Фрейденштейна въ той формѣ и въ томъ смыслѣ, какъ мы ее понимаемъ, т. е. съ ея фиктивнымъ тождествомъ и презумтивнымъ представительствомъ. Кромѣ указанныхъ случаевъ есть, какъ мы сказали, не мало другихъ, въ которыхъ это юридическое тождество признается въ силу не презумтивнаго, а дѣйствительнаго представительства, получающаго юридическое значеніе post factum. Но этимъ не исчерпываются случаи юридическаго тождества субъектовъ, при реальномъ различіи ихъ.

Всѣ эти случаи подробнѣе будутъ разсмотрѣны ниже.

2. Тождество объекта спорнаго отношенія.

Каждое юридическое отношеніе, сказали мы выше, есть комплексъ правъ и обязанностей; объектомъ этого отношенія является, слѣдовательно, то, что является объектомъ правъ и обязанностей т. е. дѣйствіе. Каждое право есть возможность требовать совершенія другимъ какого-либо дѣйствія или возможность самому совершать извѣстныя дѣйствія; каждая юридическая обязанность есть необходимость совершить извѣстное (положительное или отрицательное) дѣйствіе. Если предметъ права есть то, что намъ можно требовать отъ другаго или что намъ можно совершить, то предметомъ этимъ только и можетъ быть дѣйствіе или другаго лица или наше собственное. Это положеніе, однако, нельзя считать общепризнаннымъ, безспорнымъ. Вопросъ о томъ, что является предметомъ права, издавна возбуждаетъ разногласіе въ наукѣ. Такъ Вехтеръ [2]) Гешенъ [3]) и др. признаютъ объектомъ права—res, въ обшир-

[1]) Pamponius въ L. 42 § 3 D. d jurejur 12. 2. см. Fitting Die Natur der Correalobligationen. Leipzig 1859. S. 70, 71.

[2]) Wächter—Handbuch des in Würtemb. gelt. P. Rechts Stuttgard. 1851 B. 2 J. 204.

[3]) Göschen—Vorlesungen über das gem. C. Recht ed. Erxleben. Göttingen 1838 B. 1 J. 103.

номъ смыслѣ, т. е. объектомъ обязательственныхъ правъ—дѣйствіе, объектомъ вещныхъ правъ—вещь [1]). Но вѣдь вещь и дѣйствіе не суть двѣ отдѣльныя категоріи объектовъ, ибо и право на *вещь* есть возможность совершенія надъ нею извѣстнаго *дѣйствія*; и дѣйствіе иногда касается вещи; такая разнообъектность логически не возможна: пришлось-бы признать нѣкоторыя права съ двумя объектами. Вещь есть реальный субстратъ права, по отношенію къ которому совершаются извѣстныя дѣйствія, по праву или по обязанности. Другіе, напр. Унгеръ [2]) Нейнеръ [3]) считаютъ объектомъ права—подчиненную волю третьихъ лицъ. Воля никогда не можетъ быть тѣмъ, на что можно имѣть право; но отношеніе ея къ объекту права, дѣйствительно близкое: совершеніе дѣйствія имѣетъ подъ собою одну почву, касается одной области человѣческаго организма—*воли*; имѣя право, мы можемъ или требовать дѣйствія и тѣмъ подчиняемъ себѣ чужую волю или мы можемъ дѣйствовать и тѣмъ проявляемъ свою волю. Едва ли основательно смѣшивать почву съ тѣмъ, что на ней стоитъ. Третьи, напр. Арндтсъ [4]), Брунсъ [5]) считаютъ объектомъ правъ только вещи (объ этомъ см. ниже) и т. д. Признавая единственно вѣрнымъ взглядъ на объектъ права, какъ на дѣйствіе обязаннаго или управомоченнаго, мы полагаемъ, что для тождества спорныхъ отношеній необходимо и тождество дѣйствій, какъ объектовъ правоотношенія. Въ сущности, мы, говоря это, передаемъ въ иной формѣ мысль, которую можно считать нынѣ общепризнанною въ наукѣ. Различіе между правоотношеніями, вызываемое различіемъ дѣйствій, какъ объекта ихъ, а также тождество первыхъ, вызываемое тождествомъ послѣднихъ, именуется учеными раз-

---

[1]) Таже мысль проскользаетъ у Савиньи и Унгера, говорящихъ о „юридическомъ“ и „внѣшнемъ“ объектахъ.

[2]) Unger н. с. т. 1 стр. 449.

[3]) Neuner—Wesen und Arten der Privatrechtsverhältn. Kiel 1866 S 9 и сл.

[4]) Arndts—Lehrbuch der Pandecten Muncheu 1868. S. 52.

[5]) Bruhus—Das heutige rom. Recht въ Encyclop. Holtzendorff Leipzig 1873 S. 399: объекты правъ суть лица и вещи, но лицо есть субъектъ правъ, слѣд. остаются вещи.

личіемъ или тождествомъ спорныхъ отношеній по *содержанію правъ*. Такъ, Унгеръ [1]) Канштейнъ [2]) Миловидовъ [3]) и др. признаютъ, что права тождественны при тождествѣ содержанія. Недостаточно ясное представленіе о томъ, что является содержаніемъ права, видно, во первыхъ, изъ того, что слово „содержаніе", по мнѣнію самихъ этихъ ученыхъ, недостаточно полно выражаетъ то, что они себѣ представляютъ; они прибавляютъ къ слову „содержаніе" и „природа, существо права"; во 2-хъ самое понятіе содержаніе они смѣшиваютъ съ предметамъ. Такъ, Унгеръ говоритъ, что подъ содержаніемъ права понимается „совокупность содержащихся въ немъ правомочій т. е. то, что мы можемъ дѣлать" [4]). Между этими двумя положеніями мы не видимъ связи; первое совершенно вѣрно характеризуетъ содержаніе права: въ понятіе права конечно входитъ совокупность правомочій; но правомочіе есть лишь возможность; это не есть то, что мы требуемъ отъ другихъ и сами дѣлаемъ, а возможность требованія и дѣянія; то, что мы можемъ требовать отъ другихъ и сами можемъ дѣлать — есть дѣйствіе, какъ предметъ правъ. Очевидно Унгеръ и другіе смѣшали понятія содержаніе и предметъ права. И дѣйствительно, изъ дальнѣйшаго изложенія, въ которомъ приводятся примѣры, видно, что права, различныя, какъ говоритъ Унгеръ, по содержанію, различны, въ сущности, по предмету, по характеру дѣйствій. Такъ онъ говоритъ, что искъ о правѣ собственности по содержанію различенъ отъ личнаго иска о той же вещи, иначе говоря, право собственности отличается напр. отъ права пользованія въ силу найма; въ первомъ случаѣ лицо можетъ совершать всякаго рода безвредныя дѣйствія надъ вещью, во второмъ—только дѣйствія, связанныя съ необходимостью и возможностью извлеченія экономической выгоды. Далѣе, онъ говоритъ, что отдѣль-

---

[1]) Unger н. с. т. II. стр. 652. 653.

[2]) Canstein н. с. т. II стр. 549.

[3]) Миловидовъ н. с. стр. 31 и т. д.

[4]) Unger н. с. т. I. стр. 503.

ныя вещныя права различаются между собою по содержанію напр. сервитуты iter и via; и дѣйствительно, въ одномъ случаѣ обладатель сервитута можетъ только ходить по чужой землѣ, въ другомъ—и ѣздить и т. д.—Мало того, выраженія „содержаніе и существо“ права, благодаря своей неопредѣленности, имѣютъ столь широкое значеніе, что играютъ рѣшающую роль, а не роль одного изъ условій тождества. Въ вопросѣ о тождествѣ спорнаго отношенія, тождество того или другаго изъ элементовъ его, еще ничего не значитъ: для признанія тождества спорнаго отношенія требуется тождество всѣхъ его элементовъ, а не любаго, одного изъ нихъ. Между тѣмъ, „содержаніе и существо“ характеризуютъ право вполнѣ съ той стороны, которая остается за выдѣленіемъ субъектовъ. Если бы можно было точно опредѣлить понятіе „содержаніе и существо“, а не понимать подъ этимъ выраженіемъ „объектъ права“, то однаго тождества по „содержанію и существу“ было бы достаточно для тождества права; если въ двухъ правахъ тождественно то, что входитъ въ ихъ составъ (содержаніе) и что составляетъ ихъ существо, то конечно права, уже въ силу этого одного, тождественны. Недаромъ нѣкоторые ученые напр. Савиньи [1]), Ферстеръ [2]) называютъ это тождествв по „содержанію и существу“ тождествомъ вопроса о правѣ, Rechtsfrage. Но, какъ сказано уже выше, изъ примѣровъ приводимыхъ ими видно, что они разумѣютъ подъ тождествомъ или различіемъ вопроса о правѣ именно тождество и различіе по объекту права. Далѣе, нѣкоторые ученые напр. Ветцель [3]), Байеръ [4]) повидимому не признаютъ необходимымъ для тождества спорныхъ отношеній тождество ихъ объектовъ или, какъ говорятъ, тождество содержанія права. Такъ, Ветцель говоритъ, что требуется лишь тождество объекта, т. е. вещественнаго субстрата права и

---

[1]) Savigny. н. с т. VI, стр. 418 и сл.
[2]) Förster. н. с. т I, стр. 2[illegible]7.
[3]) Wetzell. н. с. стр. 4[illegible]6, 580—589.
[4]) Bayer. н. с. стр. 450—457.

основанія иска. Но вникая глубже въ его аргументацію, мы видимъ, что онъ приходитъ къ тому, что различныя права нарушаются однимъ и тѣмъ же дѣйствіемъ, т. е. что послѣднимъ дается основаніе различнымъ искомъ и въ видѣ примѣра приводитъ тѣже иски resp. права, на которые указываетъ Унгеръ и другіе въ подтвержденіе того, что права эти различны, благодаря различію содержанія, тожественны, благодаря тождеству послѣдняго. Что касается Байера, то онъ называетъ характеристику спорныхъ отношеній по объекту характеристикой „по цѣли иска“. Различіе не существенное: цѣль иска и есть признаніе права т. е. возможность требовать дѣйствія или дѣйствовать.

Права различныя или тождественныя, по господствующему мнѣнію, по „существу и природѣ“, по нашему мнѣнію, различны или тождественны по совокупности тѣхъ дѣйствій, на совершеніе коихъ, или на требованіе совершенія коихъ, лицо управомочено. Если мы говоримъ, что такія-то права тождественны по объекту, то значитъ дѣйствія, на которыя лицо управомочено, тождественны. Если данное право предоставляетъ возможность извлеченія извѣстной экономической выгоды въ извѣстномъ направленіи, напр. рубку лѣса на свои надобности (рубить, свозить, топить и т. п.), то право, управомочивающее на дѣйствія хотя въ малѣйшемъ нетождественныя напр. на рубку лѣса для продажи (рубить, свозить, продавать) уже не можетъ быть признано тождественнымъ съ первымъ.

Но, какъ сказано было выше, требованіе тождества каждаго изъ элементовъ. комулятивно. Потому то тождество одного объекта еще недостаточно для признанія тождества спорнаго отношенія. Но есть ученые, напр. Вернцъ, [1]) которые, хотя и въ иной формѣ, высказываются въ противуположенномъ смыслѣ. Вернцъ говоритъ, что для тождества спор-

[1]) Wernz-Commentar zur Pr. Ordn. in bürgerlichen Rechtstreitigkeiten für Bayern. München 1871. S. 190 и сл.

ныхъ отношеній достаточно тождества фактической стороны этихъ отношеній, т. е. дѣйствій (Thatsachen). Не надо быть и юристомъ, чтобы понять, что право А. на 100 по займу не тождественно съ правомъ его на 100 по даренію; въ обоихъ случаяхъ дѣйствіе одно и тоже, доставленіе 100, но весь остальной юридическій составъ этихъ правъ различенъ. Савиньи [1]) впалъ въ привуположную крайность. Онъ различаетъ юридическій объектъ иска отъ физическаго; подъ первымъ онъ понимаетъ дѣйствіе, требуемое истцамъ т. е. объектъ права и полагаетъ, что это дѣйствіе не имѣетъ значеніе для индивидуализаціи исковъ. Савиньи приводитъ въ видѣ примѣра два иска: condictio furtiva и actio furti; юридическіе объекты этихъ исковъ, говоритъ онъ, совершенно различны, а между тѣмъ римское право считало эти иски тождественными, въ виду тождества юридическаго вопроса, что видно изъ того, что допускалось exceptio rei judicatae [1]). Противъ этого мнѣнія можно привести слѣдующія соображенія: во 1-хъ, ни одинъ изъ римскихъ юристовъ и словомъ не обмолвился, что exc. rei jud. въ этомъ случаѣ допускается—имѣются лишь указанія на допустимость exceptio jurisjurandi [2]), во 2-хъ, едвали основательно думать, что эти иски должны быть признаваемы тождественными, не смотря на различіе объектовъ, потому что, будто-бы, въ обоихъ ихъ имѣется одинъ и тотъ-же юридическій вопросъ—уплата извѣстной суммы (Ersatz и Strafe). То, что Савиньи здѣсь называетъ юридическимъ вопросомъ, какъ уже сказано было выше, есть ничто иное, какъ такъ—называемый имъ въ другомъ мѣстѣ юридическій объектъ спорнаго отношенія (что видно изъ примѣровъ имъ приводимыхъ) т. е. извѣстныя дѣйствія. Такъ что остается необъяснимымъ: какимъ образомъ въ проводимыхъ имъ искахъ объекты различны, а юридическіе вопросы тождественны. Если не тождественны объекты, то не могутъ быть

---

[1]) Savigny u. c. t. VI стр. 452—453. Keller-Litiscontestatiou und Urtheil S 281.

[2]) Ulpianus въ L. 13, 52 D. de jurejur 12. 2.

тождественны юридическіе вопросы, если тождественны первые, то и не могутъ не быть тождественны послѣдніе. Римскіе юристы понимали, что actio furti и condictio furtiva два совершенно различныхъ иска, и притомъ, не по объекту или юридическому вопросу, а по субъекту. Римляне различали гражданина отъ частнаго лица; одни иски, напр. actiones populares предъявлялись гражданиномъ, какъ представителемъ государства, другіе—частнымъ лицомъ. Точно также въ примѣрахъ приводимыхъ Савиньи: actio furti предъявлялась гражданиномъ, какъ уголовный искъ, condictio furtiva—частнымъ лицомъ, какъ гражданскій искъ. Такъ что, въ тѣхъ случаяхъ, когда судъ, отказывалъ въ уголовномъ искѣ, actio furtiva, въ виду не признанія факта кражи, condictio furtiva, какъ гражданскій искъ, не могла быть предъявлена; первое рѣшеніе преюдицировало второе и въ случаѣ предъявленія condictio furtiva отклонялась не въ виду тождества съ actio furti, а именно въ виду преюдиціи. Тоже самое и наоборотъ: когда отказано въ condictio furti по непризнанію факта кражи, то не могла быть предъявлена actio furtiva.

Считая необходимымъ для тождества спорныхъ отношеній тождество объекта, мы, по существу дѣла, вовсе не расходимся съ господствующимъ въ наукѣ воззрѣніемъ. Думаемъ лишь, что наше внѣніе болѣе удовлетворительно въ томъ отношеніи, что мы устраняемъ необходимость употребленія такихъ неопредѣленныхъ выраженій, какъ „содержаніе и природа“ „содержаніе и существо“, „объективное тождество“ „вопросъ о правѣ„ и т. д. Не менѣе важно и то, что, признавая необходимость тождества объекта, мы признаемъ необходимость тождества одного изъ *элементовъ* спорнаго отношенія. Слѣдовательно, только съ нашей точки зрѣнія можно сказать, что тождество отношеній имѣется при тождествѣ *элементовъ* ихъ—объектъ одинъ изъ элементовъ. Съ другой стороны, для тождества спорныхъ отношеній безусловно необходимо и тождество объектовъ. Если во всѣхъ элементахъ своихъ спорныя отношенія совпадаютъ, но объекты ихъ различны — о

тождествѣ не можетъ быть и рѣчи; напр. споръ о правѣ. А на сервитутъ iter въ имѣніи Б и споръ о правѣ А на сервитута actus въ томъ же имѣніи не тождественны: въ первомъ рѣчь идетъ о возможности проходить по имѣнію, во второмъ — о возможности гнать скотъ; или споръ о правѣ А на пожизненное, въ силу завѣщанія Б, владѣніе имѣніемъ и споръ о правѣ собственности А на имѣніе въ силу завѣщанія Б; въ первомъ рѣчь идетъ о возможности владѣть и пользоваться, во второмъ — владѣть, пользоваться и распоряжаться и т. д.

3. Тождество юридической связи между субъектомъ и объектомъ спорнаго отношенія.

Субъектъ и объектъ еще далеко не полно характеруютъ спорное отношеніе. Эти элементы суть болѣе фактическіе, чѣмъ юридическіе; вполнѣ юридическое значеніе они получаютъ благодаря звену, связующему ихъ; полная картина юридическаго отношенія получается тогда, когда субъектъ связанъ съ объектомъ, т. е. дѣйствіемъ, при посредствѣ права или обязанности, когда *лицо* имѣетъ *право* на дѣйствіе или *обязано* дѣйствовать; слѣдовательно, связь эта, звено это есть право и соотвѣтствующая ему обязанность. Въ виду этого и для тождества спорныхъ отношеній необходимо не только тождество субъекта и объекта, но и тождество права и соотвѣтствующей ему обязанности.

Спрашивается, благодаря индивидуализаціи какихъ признаковъ индивидуализируются права и соотвѣтствующія имъ обязанности? Такихъ признаковъ можетъ быть только два: основаніе возникновенія права и вещественный субстратъ права. Только при тождествѣ этихъ двухъ признаковъ права можно считать тождественными.

а) *Тождество основанія возникновенія права.* Подъ основаніемъ возникновенія права понимается тотъ фактъ, которому юридическій порядокъ придаетъ правопроизводящее значеніе напр., договоръ, завѣщаніе, веденіе чужихъ дѣлъ

безъ полномочія, порча чужой вещи и т. д. Эти основанія возникновенія въ области обязательственныхъ отношеній имѣютъ особенное значеніе. Тамъ они видоизмѣняютъ объектъ отношенія, а тѣмъ самымъ и самое отношеніе: различныя основанія возникновенія вызываютъ, благодаря измѣненію объекта, различныя по существу своему правоотношенія; вещное же право остается по объекту своему тѣмъ же, въ чемъ бы не заключалось основаніе ихъ возникновенія; основаніе возникновенія не вліяетъ на объектъ. Въ обязательственныхъ правахъ этого быть не можетъ—тамъ: сколько основаній возникновенія, столько, отдѣльныхъ объектовъ; каждое новое основаніе порождаетъ новый объектъ. Ферстеръ въ этомъ смыслѣ совершенно вѣрно говоритъ, что существо (Wesen)—по нашему просто объектъ—обязательства зависитъ отъ основанія его возникновенія: сколько основаній возникновенія, различныхъ по объекту, а слѣдовательно и вообще, столько и обязательствъ [1]). Для тождества обязательственныхъ отношеній, необходимо тождество основаній возникновенія ихъ уже въ силу того, что объектъ этихъ отношеній—этотъ несомнѣнный и необходимый элементъ — всегда будетъ различенъ при различіи основаній возникновенія, и слѣдовательно, различіе двухъ элементовъ воспрепятствуетъ признать отношенія тождественными. Если, какъ сказано было выше, для тождества спорныхъ отношеній необходимо тождество объекта, а въ обязательственныхъ отношеніяхъ объектъ находится въ зависимости отъ основанія возникновенія, то для тождества обязательствъ необходимо и тождество основаній возникновенія. Не то въ вещныхъ правахъ. При различіи основаній возникновенія вещныхъ правъ, объекты правъ могутъ быть тождественны напр. въ спорѣ о правѣ собственности, основанномъ на куплѣ-продажѣ и въ спорѣ о правѣ собственности, основанномъ на дареніи, объекты тождественны, а основанія различны. Но нельзя смѣшивать два слѣдующихъ вопроса: вопросъ о значеніи основанія возникновенія права для объекта его и

[1]) Forster н. с. т. I стр 287.

вопросъ объ индивидуализаціи права, независимо отъ объекта, въ силу индивидуализаціи основанія возникновенія права. Одни отношенія могутъ индивидуализироваться благодаря тому, что основанія возникновенія сами непосредственно индивидуализируютъ права, другія — индивидуализируются черезъ посредство ихъ объекта т. е. различіе въ основаніи возникновенія вызываетъ различіе въ объектѣ, а это послѣднее вызываетъ различіе въ самомъ правѣ. Но это не мѣшаетъ сказать, что всегда, и въ томъ и другомъ случаѣ, когда основанія возникновенія права различны и права различны, и это одинаково во всѣхъ правахъ, какъ обязательственныхъ, такъ и вещныхъ. Право собственности А. на вещь Х. въ силу завѣщанія и право собственности въ силу договора купли, хотя по объекту совершенно одинаковыя права: А. можетъ и въ томъ и другомъ случаѣ дѣлать съ вещью все, что предоставляется собственнику (съ этой объективной стороны можно сказать, что право собственности остается одно и тоже, какъ бы различны ни были его основанія), но тѣмъ не менѣе это не тождественныя права, не тѣ-же, такъ сказать, индивиды. напр. споръ о правѣ собственности, основанномъ на завѣщаніи и споръ о правѣ собственности, основанномъ на куплѣ различные споры. Точно также право (или споръ о немъ) на полученіе 100 по завѣщанію и право (или споръ о немъ) на полученіе 100 по договору не тождественны.

Все различіе между обязательственными и вещными правами въ этомъ случаѣ заключается въ томъ, что всегда при различіи основаній возникновенія обязательственныхъ правъ и объекты ихъ различны, а при различіи основаній возникновенія вещныхъ правъ, это раличіе объектовъ вовсе не необходимо—они могутъ быть тождественны. Иначе говоря, обязательственныя права индивидуализируются посредственно, вещныя—непосредственно; въ первыхъ чрезъ измѣненіе основанія измѣняется объектъ, а затѣмъ самое право, во вторыхъ—самое право, помимо объекта.

Указанные выше два вопроса, однако, смѣшиваются тѣми учеными, которые полагаютъ, что основаніе возникновенія

индивидуализируетъ только обязательственное право, что въ вещныхъ правахъ оно никакого значенія не имѣетъ, и слѣдовательно, споры объ одномъ и томъ же вещномъ правѣ, вытекающемъ изъ разныхъ основаній будутъ тождественны [1]). Главный аргументъ ихъ заключается въ томъ, что вещное право, напр. право собственности, будетъ все тѣмъ же правомъ изъ какого бы основанія оно ни возникло. Но изъ этого аргумента можно вывести только одно заключеніе, что для *объекта* вещнаго права, т. е. тѣхъ дѣйствій, на которыя оно управомочиваетъ, основаніе возникновенія совершенно безразлично,—оно по объекту остается тѣмъ же. Но для *индивидуализаціи* вещнаго права основаніе его возникновенія далеко не безразлично. Хотя два права собственности, какъ предметы двухъ споровъ, вытекаютъ изъ различныхъ основаній и даютъ собственнику право на одинаковыя дѣйствія, но тѣмъ не менѣе это два индивида, два различныхъ права, какъ предметы спора. Можно выставить одно общее положеніе: сколько основаній возникновенія столько и правъ. Выставляя это положеніе мы, стопмъ на почвѣ современныхъ законодательствъ и господствующаго мнѣнія, требующихъ, что бы при передачѣ спора на разсмотрѣніе суда основаніе возникновенія всякаго, а слѣдовательно и вещнаго, права было въ точности обозначено, [2]) чтобы causa была expressa seu adjecta Ученые, полагающіе, что вещныя права не индивидуалилируются по основаніямъ возникновенія, стоятъ на почвѣ римскаго права, признающаго это положеніе какъ общее правило [3]), но допускающаго изъ него исключеніе въ томъ случаѣ, когда causa иска является expressa seu adjecta. По ихъ мнѣнію, напримѣръ, искъ о правѣ собственности можетъ быть предъявленъ безъ указанія causa и тогда исключалась exceptio rei judicatae въ случаѣ повторенія иска; но истецъ при предъявленіи иска могъ

---

[1]) Savigny н. с. т. VI стр. 454, Unger н. с. т. II стр. 659—661 Wetzel (н. с. стр. 585. Миловидовъ н. с. стр. 36—42. Малышевъ н с т. III стр. 439 и др

[2]) Forster н. с. т. II стр. 288 (Пруссія), Unger н. с т II стр. 661 (Австрія), Wachter н. с. т. II стр. 129 (Вюртембергъ) Duncker н. с. стр. 70 (Гессенъ) и др

[3]) Paulus въ 2, 14 § 2 D. de excepl, rei jud. 44 2.

указать основаніе возникновенія своего права, тогда иску объ этомъ же правѣ, вытекающемъ изъ того-же основанія, могла быть противупоставляема exc. rei judicatae. Но и это мнѣніе, талантливо защищаемое Савиньи, [1]) нельзя признать единственнымъ. Такъ напр. Пухта [2]) полагаетъ, что по римскому праву признавалось упомянутое общее правило безо всякихъ исключеній; но мнѣніе это построено на чрезвычайно скудныхъ и отрывочныхъ данныхъ римскаго права. [3]) Взглядъ Савиньи вѣрное, но тѣмъ не менѣе для современнаго права не пригоденъ, ибо нынѣ causa всегда должна быть expressa. Несомнѣнно, что благодаря именно этому взгляду или вѣрнѣе, взгляду римскихъ юристовъ, сложилось мнѣніе, что causa для индивидуализаціи вещныхъ правъ значенія не имѣетъ.

Еще одинъ вопросъ этого ученія не можетъ быть нами обойденъ. Выше мы имѣли случай сказать, что нѣкоторые ученые, напр. Ветцель, [4]) Малышевъ [5]), говорятъ не о тождествѣ спорныхъ отношеній, а о тождествѣ иска и однимъ изъ условій его выставляютъ тождество основанія его, т. е. основанія возникновенія права [6]). Но перенося вопросъ на почву *иска*, ученые эти останавливаются не только на активномъ, но и пасивномъ основаніи. Возрѣнія ихъ на активное основаніе иска мы уже знаемъ, а потому остановимся только на вопросѣ: какое значеніе они придаютъ пасивному основанію. Подъ пасивнымъ основаніемъ ученые разумѣютъ правонарушительные факты. По мнѣнію Ветцеля вещные иски индивидуализируются благодаря каждому

---

[1]) Savigny-Causa adjecta s. expressa въ прилож. къ VI т. н. с. стр. 514—535. За и еще до него. Wachter н. с. т. 2 стр. 745

[2]) Puchta въ Rhein. Museum 1828. B. 3. L. 483 и сл.

[3]) Клейншродъ полагаетъ, что и въ современномъ правѣ основаніе возникновенія не индивидуализируетъ вещныхъ правъ. Положеніе это онъ выводитъ изъ принципа эвентуальности Kleinschrod-Proceßualische Consumption und Rechtskraft Leipzig 1875 S. 204 и сл.

[4]) Wetzell н. с. 582

[5]) Малышевъ н. с. т. I стр. 439 и сл.

[6]) Нельзя не указать на противурѣчіе, въ которое впалъ Ветцель: то онъ считаетъ активнымъ основаніемъ иска правопроизводящіе факты, то самое право или обязанность (н. с. стр. 150 и 585).

новому нарушенію вещнаго права. Каждое новое нарушеніе вызываетъ новый вещный искъ; эти иски различны; различіе же это, какъ видно, Ветцель понимаетъ въ томъ смыслѣ, что, несмотря на тождество во всѣхъ элементахъ двухъ исковъ, вызванныхъ двумя, одинъ за другимъ послѣдовавшими, нарушеніями, иски эти все-таки не тождественны. Съ этимъ согласиться нельзя. Если бы каждое нарушеніе и вызывало новый искъ, то вопросъ о нетожественности его съ первымъ далеко не предрѣшается. Всякому иску предшествуетъ нарушеніе права, но не всякое нарушеніе вызываетъ новый искъ—иска можетъ и не быть: встрѣчаются такіе случаи, когда два тождественныхъ иска разсматриваются, какъ будто бы это два различныхъ иска и изъ этого различія ихъ выводятъ и извѣстныя послѣдствія напр. что второй искъ подлежитъ новому разсмотрѣнію, хотя бы первый уже былъ разсмотрѣнъ. Но всматриваясь въ эти случаи, мы видимъ, что послѣдствія эти выводятся не изъ того, что сравниваемые иски не тождественны, а изъ того, оказывается, что одинъ изъ исковъ вовсе не былъ еще искомъ, потому что у него недоставало повода, пасивнаго его основанія, не было нарушенія, изъ котораго возникъ бы искъ. Возьмемъ напр. искъ по поводу нарушенія сервитута; искъ, положимъ, признанъ судомъ основательнымъ; отвѣтчикъ дня два-три не мѣшаетъ истцу пользоваться сервитутомъ, а затѣмъ опять препятствуетъ. Истецъ, слѣдовательно, можетъ вновь обратиться къ суду, несмотря на то, что иски тожественны. Однако это не такъ. Съ нарушителя, въ этомъ случаѣ, или взыскивается пеня договорная т. е. къ нему предъявляется личный искъ, или налагается судомъ пеня въ силу закона. Такое вторичное нарушеніе является слѣдовательно поводомъ не новаго иска о сервитутѣ, а или иска о наложеніи пени за нарушеніе, или принятія судомъ извѣстной понудительной мѣры. Возьмемъ другой случай, который проведенъ Ветцелемъ. Случай этотъ разсмотрѣнъ Гаемъ. Гай говоритъ: Si rem meam a te petiero, tu autem ideo fueris absolutus, quod probaveris, sine dolo malote desiisse possidere, deinde postea coeperis possidere, et ego a te petam

non nocebit mihi exceptio rei judicatae [1]). Ветцель, изъ того, что отвѣтчикъ postea coeperit possidere т. е. совершаетъ вторичное нарушеніе, выводитъ что вторая rei vindicatio (такъ какъ истцу non nocebit exc. rei jud.) не тождественна съ первою. Такъ ли это? Намъ кажется, что exc. rei judicatae не дается отвѣтчику (т. е. нѣтъ тождества), потому что перваго иска вовсе не было, не было потому, что не было нарушенія, годнаго стать основаніемъ иска. Въ римскомъ правѣ поводомъ rei vindicatio было удержаніе владѣнія; предъявлялась она только къ владѣльцу вещи ея собственникомъ; цѣль ея прежде всего заключалась въ выдачѣ вещи [2]). Въ случаѣ, приведенномъ Гаемъ, отвѣтчикъ fuerit absolutus, какъ невладѣлецъ; иначе: судъ призналъ, что перваго иска юридически вовсе не существовало, что не было повода, нарушенія.—Вотъ почему мы думаемъ, что пасивное основаніе иска не можетъ индивидуализировать его. Г. Малышевъ [3]), который въ вопросѣ о тождествѣ примыкаетъ къ Ветцелю, тоже говоритъ о пасивномъ основаніи иска; но Ветцелю нужно было говорить объ этомъ основаніи; разсмотрѣвъ вопросъ, въ какой мѣрѣ для тождества спорныхъ отношеній необходимо тождество активныхъ основаніи, онъ переходитъ къ вопросу о пасивномъ основаніи. Г. Малышеву вовсе не было и надобности говорить о послѣднемъ. Онъ не требуетъ тождества пасивнаго основанія, а высказываетъ лишь ту вѣрную мысль, что нельзя говорить о тождествѣ двухъ исковъ, изъ коихъ, одного юридически вовсе не существуетъ по причинѣ отсутствія повода, нарушенія, напр. иска по обязательству до наступленія срока и иска по тому же обязательству по просрочкѣ.

б. *Тождество вещественнаго субстрата права.* Выше мы уже сказали, что нѣкоторые ученые признаютъ объектомъ права вещи т. е. части внѣшней природы, подлежащія мѣновому обо-

---

[1]) Gajus, въ L. 17 D. de excpt. rei jud. 44. 2.
[2]) Arndts, н. с. стр. 253—254.
[3]) Малышевъ, н. с. т. I стр. 440.

роту. Ошибочность этого воззрѣнія очевидна. Строго юридически, логически говоря, нельзя имѣть право на вещь—можно имѣть только право на извѣстные дѣйствія, свои или чужія, по поводу вещи, по отношенію къ вещному праву, на дѣйствіе, связанное съ вещью и существующее только въ виду и при наличности вещи; иначе говоря: вещь можетъ быть только видимымъ, реальнымъ субстратомъ права. Многіе ученые сознаютъ неудобство признанія вещи объектомъ права и потому различаютъ, какъ было показано выше, юридическій объектъ отъ внѣшняго объекта. Противъ этого можно возразить тоже, что мы сказали относительно мнѣнія, по которому объектомъ права признается и вещь и дѣйствія. Вещи и дѣйствія не суть двѣ логическія категоріи одного понятія, ибо можетъ быть право на дѣйствіе и на вещь въ одно время, т. е. два объекта. Вещь, какъ и проговариваются иногда защитники упомянутаго взгляда есть реальный субстратъ нѣкоторыхъ правъ. Какъ субстратъ права, вещь тѣснѣйшимъ образомъ связана съправомъ и индивидуализируетъ его. Права и правоотношенія, тождественныя по субъекту, объекту и основанію возникновенія, но имѣющія разныя вещественныя субстраты не могутъ быть правами или отношеніями тождественными. Право собственности на имѣніе X, основанное на давности и тоже право, основанное на давности же, на имѣніе Y суть разныя права. Это правило, утверждаемъ мы вопреки господствующему мнѣнію, имѣетъ безусловное значеніе и никакихъ исключеній тутъ нѣтъ и быть не можетъ. Не таково господствующее мнѣніе [1]). По этому мнѣнію исключеніями являются всѣ тѣ случаи, когда права, или спорныя по поводу ихъ отношенія, тождественны, несмотря на то, что вещи различны; сюда, въ частности, относятся всѣ тѣ случаи, когда одна вещь есть часть другой. Указываютъ на такіе случаи, когда права, тождественныя по всѣмъ признакамъ, кромѣ объекта, т. е. субстрата, считаются тождественными напр.

---

[1]) Unger—н. с. т. II стр. 684. Savigny н. с. т. VI стр. 441 см. у нихъ литератур. вопроса.

истецъ предъявляетъ искъ на цѣлое: ему отказываютъ и онъ не можетъ вновь предъявить иска о части, въ виду тождества перваго иска со вторымъ; или напр. истцу отказываютъ въ части, немыслимой безъ цѣлаго; онъ не можетъ предъявить иска о цѣломъ и т. п. Точно ли въ этихъ и подобныхъ искахъ нѣтъ тождества вещественнаго субстрата? Мы сомнѣваемся въ этомъ потому-же, почему сомнѣвались въ отсутствіи тождества между различными лицами, индивидны. И тутъ, какъ и тамъ, мы должны имѣть въ виду *не* реальное, фактическое, а юридическое тождество. Унгеръ совершенно вѣрно замѣчаетъ, что различіе субстратовъ здѣсь лишь кажущееся (lost sich in blossen Schein auf)[1]). Дѣло въ томъ, что можно имѣть одно и тоже право на различныя вещи, но между вещами этими можетъ быть различное соотношеніе, и между прочимъ, такое, что судъ, рѣшая споръ о правѣ на одну вещь, рѣшаетъ—примѣняясь къ упомянутой мысли Фрейденштейна—о правѣ на другую. И къ юридической формулировкѣ этого случая можно примѣнить ту мысль, что и здѣсь, какъ и въ вопросѣ о субъектахъ, одна вещь, о которой судъ рѣшаетъ, *представляетъ* другую, стоящую внѣ процесса. Словомъ, и здѣсь примѣнимо понятіе представительства, хотя примѣненіе это нельзя считать строго научнымъ, а болѣе фигуральнымъ. Стремленіе къ олицетвореніямъ, какъ говоритъ Виндшейдъ, присуще человѣку. Это представительство и выражается въ томъ, что данная вещь, стоящая внѣ даннаго процеса, почитается стоящею въ томъ процессѣ; рѣчь идетъ не о ней, а о другой вещи, а предполагается, что рѣчь идетъ именно о ней. Подобно тому, какъ представитель и представляемый юридически тождественныя лица, такъ и вещь представляемая и представляющая тождественны: процессуальные акты, вліяющіе на вещь представляющую, оказываютъ то-же вліяніе на вещь представляемую. Предполагается, что послѣдняя подлежитъ этому вліянію непосредственно. Видимое, реальное различіе этихъ вещей оказывается тождествомъ, но не реальнымъ, а юридическимъ; напр. судъ рѣшилъ объ одной вещи

[1]) Unger н. с. т. II стр. 655.

рѣшеніе его вліяетъ на другую вещь, какъ будто бы онъ рѣшалъ о ней: судъ принялъ къ разсмотрѣнію искъ о данной вещи, предполагается, что онъ принялъ искъ и о другой вещи; истецъ обязанъ не предъявлять иска объ одной вещи, предполагается, что онъ обязанъ не предъявлять иска и о другой и т. д. Это-то представительство вещей мы и видимъ въ случаяхъ, когда рѣчь идетъ о цѣлой вещи и о части. иначе говоря, соотношеніе цѣлой вещи и ея части даетъ основаніе этому представительству или тождеству. И цѣлая вещь, какъ субстратъ спорнаго права, представляетъ часть, стоющую внѣ спора. Такое представительство или тождество субстратовъ имѣетъ мѣсто тогда, когда право на цѣлую вещь и право на часть находятся въ причинной связи (Causalnexus) когда право на цѣлое обусловливаетъ право на часть. Право на цѣлое предполагаетъ и право на всѣ части и на каждую часть его, если только эти части дѣйствительно являются таковыми; такъ, право на 100 обусловливаетъ право на пять, право на вещь обусловливаетъ право на всѣ принадлежности и приращенія, естественныя и юридическія, право на рядъ періодическихъ платежей обусловливаетъ право на отдѣльный платежъ. Тутъ 100, вещь, рядъ платежей, находящіяся въ спорѣ *представляютъ* 5, принадлежности и приращенія и единичный періодическій платежъ, стоящіе пока внѣ спорѣ, и разсматриваются, какъ субстраты тождественные [1]). —По мнѣнію всѣхъ ученыхъ писавшихъ объ этомъ вопросѣ, и право на часть иногда обусловливаетъ право на цѣлое. Это имѣетъ мѣсто тогда, когда право на большее невозможно, не мыслимо безъ права на меньшее. Приводится довольно избитый примѣръ, указанный римскимъ юристомъ Африканомъ [2]) о 10-футовой стѣнѣ—отсутствіе права воздвигнуть стѣну въ 10 футовъ указываетъ на отсутствіе права воздвигнуть стѣну въ 15 ф. [3]). Примѣръ совершенно вѣрный. Но если имѣть

---

[1]) Всѣ эти примѣры приводятся учеными примѣнительно къ вопросу о силѣ судебнаго рѣшенія.

[2]) L. 26 D. de rei jud 44. 2.

[3]) Unger т. II стр. 656. Анненковъ и. с, т. IV стр. 278.

въ виду мысль Виндшейда, что не слѣдуетъ смѣшивать цѣлое и часть съ большимъ и меньшимъ [1]) и что понятія большаго и меньшаго не должны быть понимаемы чисто физически, реально, а логически, то придется сказать: когда рѣчь идетъ объ *отсутствіи* права воздвигнуть стѣну, то 10 футовъ высоты есть максимумъ, а не минимумъ, есть большее, а не меньшее. Далѣе, указываютъ на случаи т. наз. преюдиціи, когда при рѣшеніи вопроса о правѣ на часть, какъ преюдиціальный рѣшается вопросъ о цѣломъ, такъ напр. право на отдѣльную вещь, входящую въ составъ наслѣдства, можетъ и обусловливать право на все наслѣдство, ибо и первое право обусловливаетъ второе. Выходитъ, слѣдовательно, что если судъ призналъ право на отдѣльную часть наслѣдство, то онъ тѣмъ призналъ право на все наслѣдство. Говоря это ученые слѣдовательно полагаютъ, что напр. рѣшеніе суда, постановленное по праву на отдѣльную вещь, распространяетъ свою силу и на все наслѣдство: вопросъ о правѣ на наслѣдство предполагается навсегда разрѣшеннымъ. Это противно совершенно вѣрному господствующему мнѣнію, что данное рѣшеніе не распространяетъ свою силу на факты, обосновывающіе искъ [2]); такимъ фактомъ и является наслѣдованіе всего имущества; судъ рѣшаетъ вопросъ о немъ только по отношенію къ данному праву на отдѣльную часть; рѣшеніемъ этимъ еще не признается наслѣдственное право разъ на всегда. Если-бы это было такъ, то конечно можно-бы было сказать, что право на часть наслѣдства обусловливаетъ право но все наслѣдства.— Такъ что, только право къ цѣлое обусловливаетъ собою право на часть, и слѣд. субстратъ спорнаго права представляетъ субстратъ части, находящейся внѣ спора, и слѣд. юридически тождественъ съ нею.

Ветцель указываетъ еще на одинъ случай, когда выставленное нами общее положеніе претерпѣваетъ исключеніе, т. е. случай, когда спорныя отношенія тождественны, несмотря на то, что субстраты спорныхъ правъ различны, а именно на

[1]) Виндшейдъ п. с т. I стр. 336.
[2]) Миловидовъ п. с. стр. 20.

альтернативное обязательство съ правомъ выбора вѣрителя [1]). Но это едва-ли основательно. Вещественнымъ субстратомъ альтернативнаго права, съ выборомъ вѣрителя, являются всѣ вещи на альтернативное доставленіе коихъ вѣритель имѣетъ право—лишь соотношеніе ихъ между собою своеобразно; ихъ хотя и можетъ быть много, но юридически это одна вещь. Своеобразность эта и придаетъ альтернативнымъ обязательствамъ особенный характеръ, а именно: еще до возникновенія спорнаго отношенія субстраты альтернативнаго права признаются, по соглашенію сторонъ, тождественными. То, чего нѣтъ въ дѣйствительности, создается фиктивно, существуетъ юридически. Это юридическое тождество субстрата сохраняется и послѣ того, какъ альтернативное обязательственное право стало спорнымъ.

И такъ, для тождества спорнаго отношенія необходимо: тождество субъектовъ, тождество объектовъ и тождество юридической связи субъекта съ объектомъ; послѣднее имѣется при тождествѣ основанія возникновенія права и его вещественнаго субстрата.

II. Случаи, когда можетъ возникнуть вопросъ о тождествѣ спорнаго отношенія.

Мы уже знаемъ различіе между внѣшнимъ и внутреннимъ тождествомъ спорныхъ отношеній. Отсутствіе внѣшняго тождества необходимо для возникновенія процесуальнаго отношенія, а сохраненіе внутренняго тождества—для дальнѣйшаго существованія этого отношенія. Сообразно съ этимъ и случаи, когда возникаетъ вопросъ о тождествѣ спорныхъ отношеній раздѣляются на двѣ категоріи.

А. *Случаи, когда можетъ возникнуть вопросъ о наличности внѣшняго тождества спорнаго отношенія.*

Эти случаи въ свою очередь распадаются на 3 категоріи, а именно: а) когда на разрѣшеніе даннаго суда предложено

---

[1]) Wetzell—н. с. стр. 581.

спорное отношеніе, *подлежащее* по соглашенію сторонъ *разсмотрѣнію* другаго суда; б) когда на разрѣшеніе даннаго суда предложено спорное отношеніе, уже *находящееся на разрѣшеніи* другаго суда, в) когда на разрѣшеніе даннаго суда предложено спорное отношеніе уже *разрѣшенное* судомъ.

Въ виду того, что всѣ современныя законодательства признаютъ гражданскій судъ двухъ родовъ: государственный и третейскій, то каждый изъ этихъ случаевъ нѣсколько видоизмѣняется въ частностяхъ, смотря потому, на разрѣшеніе котораго изъ этихъ судовъ спорное отношеніе предложено, на разрѣшеніе котораго уже находится и которымъ изъ нихъ разрѣшено. И мы, при разсмотрѣніи каждаго изъ этихъ случаевъ, будемъ имѣть въ виду четыре возможныя комбинаціи каждаго изъ нихъ.

а) На разрѣшеніе даннаго суда предложено спорное отношеніе, подлежащее по соглашенію сторонъ разрѣшенію другаго суда.

Сюда относятся слѣдующіе случаи:

аа) На разрѣшеніе государственнаго суда предложено спорное отношеніе, подлежащее по соглашенію сторонъ разрѣшенію другаго государственнаго же суда.

Насколько вообще произвольность, автономія частнаго лица въ сферѣ гражданскаго права ограничивается соображеніями juris publici. настолько и возможность заключенія пророгаціоннаго договора обусловливается взглядомъ на тѣ и другія правила подсудности или компетенціи судебныхъ учрежденій. Въ этихъ взглядахъ, обусловливающихъ собою степень допустимости соглашеній, отмѣняющихъ правила подсудности, замѣчается не малое разнообразіе, какъ въ наукѣ, такъ и въ законодательствахъ.

Что касается мнѣній, высказываемыхъ въ литературѣ противъ допустимости соглашеній относительно подсудности, то ученые, высказывающіе ихъ, сначала излагаютъ тѣ соображенія, въ силу которыхъ пророгація не должна быть допускаема, но въ концѣ концовъ приходятъ къ допустимости ея.

Такъ Фиттингъ [1]) полагаетъ, что въ виду того, что суды являются органами государства, только само государство можетъ опредѣлить область ихъ дѣятельности и разграничивать ихъ права и обязанности: немыслимо, по его мнѣнію, чтобы компетенція, не признанная за судомъ со стороны государства, могла быть ему предоставлена тяжущимися. это значило бы ставить въ области публичнаго права власть частнаго лица выше власти государства. Но какъ оказывается, Фиттингъ далекъ отъ того, чтобы не допускать pactum de prorogando: онъ полагаетъ лишь, что договоръ этотъ имѣетъ цѣлью не установленіе подсудности, что это для частнаго лица невозможно; по его мнѣнію, каждый судъ компетентенъ разрѣшать каждый искъ, но въ нѣкоторыхъ случаяхъ допускается исключеніе, а именно, отвѣтчику предоставляется уклониться отъ вступленія въ процесъ въ судѣ, который самъ по себѣ компетентенъ въ разрѣшеніи даннаго спора. Выходитъ, что пророгаціонный договоръ есть договоръ въ силу котораго отвѣтчикъ заранѣе уклоняется отъ вступленія въ процесъ въ судѣ, самомъ по себѣ компетентномъ. Изъ этого видно что Фиттингъ далекъ отъ того, чтобы отрицать пророгаціи. Другой процесуалистъ, Эндеманъ [2]), полагаетъ, что съ современной точки зрѣнія на судебную власть, какъ на власть государственную, опредѣленіе компетенціи судебныхъ органовъ есть дѣло самаго государства; нормы, опредѣляющія компетенцію судовъ—нормы безусловно обязательныя. Чѣмъ прочнѣе судебная власть организована тѣмъ болѣе съужается власть частной воли. Когда то эта воля была равноправна съ опредѣленіями закона, нынѣ же область ея доведена до возможнаго минимума. Она признается (beseht), ибо лишить ея всякаго значенія *невозможно* (da sie niemals ganzunmöglich ausgeschlossen ist): разграниченіе области дѣятельности судебныхъ учрежденій и компетенціи ихъ существуетъ не ради самаго государства, а ради „публики“ (Publicum). Пророгація возможна,

[1]) Fitting въ Archiv f. die civil. Praxis 1839. B. II S. 397.

[2]) Endemann и с стр. 232.

она есть исключеніе изъ общаго правила. Какъ положительная, такъ и отрицательная часть обоихъ мнѣній едва-ли выдерживаетъ критику. Если опредѣленіе компетенціи судебныхъ учрежденій есть исключительно дѣло государства, если нормы, опредляющія ее, суть нормы публичнаго права, въ смыслѣ безусловно обязательныхъ для гражданъ, то никакихъ исключеній тутъ быть не можетъ: aut—aut.... Никогда частное лицо не можетъ имѣть права, которое принадлежитъ государству; въ этомъ случаѣ оно перестаетъ быть частнымъ лицомъ, а становится или представителемъ государства или временнымъ осуществителемъ его права (напр. откупщикъ податей); частное лицо не можетъ облечь частное-же лицо тѣмъ, чѣмъ государство его не облекаетъ; государство можетъ облечь этою властью лицо или въ видѣ передачи государственной судейской должности или ad hoc, на отдѣльный случай: оно можетъ облечь лицо этою властью, или, ex officio, или по иниціативѣ другаго частнаго лица. И въ послѣднемъ случаѣ власть эту судья, назначенный ad hoc по иниціативѣ частнаго лица, черпаетъ не отъ частнаго лица, а отъ государства. Тоже самое и въ томъ случаѣ, когда власть даннаго органа суда расширяется по иниціативѣ частнаго лица; тутъ придатокъ къ власти ему присвоенный, судъ черпаетъ не отъ частнаго лица, а отъ государства: государство опредѣляетъ при какихъ условіяхъ это расширеніе возможно. О произволѣ частнаго лица въ дѣлѣ расширенія компетенціи не можетъ быть и рѣчи— располагать можно тѣмъ что имѣешъ, а судебной власти частное лицо не имѣетъ. Въ опредѣленіи же этихъ условій государство совершенно свободно и руководится единственно тѣмъ, что согласно съ публичнымъ интересомъ; этому интересу нисколько не противурѣчитъ предоставленіе волѣ двухъ лицъ, частные интересы коихъ совершенно противуположны, быть иниціаторами расширенія ad hoc компетенціи того или другаго изъ органовъ судебной власти; [1]) такъ что, въ сущности,

[1]) Renaud-Zur Lehre von der gerichtl. Zuständigkeit въ Zeitchr. fur d. Civilprocess 1882. H. 1 S. 3.

само государство расширяетъ компетенцію судебныхъ учрежденій и указываетъ, когда частное лицо можетъ быть инициаторомъ этого разширенія; но условія, при наличности которыхъ государство, допуская инициативу частнаго лица, расширяетъ компетенцію суда, различны, смотря потому въ чемъ государство видитъ и въ чемъ не видитъ нарушенія [illegible] rei publicae. Государство можетъ признать такое расширеніе, безъ ограниченія ея тѣмъ или другимъ родомъ дѣлъ, или можетъ указать, что дѣла такого-то рода не могутъ относиться къ компетенціи другихъ судовъ кромѣ указанныхъ—рѣшающимъ тутъ является публичный интересъ. Единственно вѣрнымъ воззрѣніемъ на эти условія представляется намъ то, котораго придерживаются многіе изъ современныхъ процесуалистовъ (хотя французскіе и наши подъ вліяніемъ своихъ кодексовъ [1]); они имѣютъ въ виду дѣленіе компетенціи на субъективную и объективную, компетенцію ratione personae и ratone materiae, т. е. обязанность суда принимать къ своему разсмотрѣнію дѣла, входящія въ предѣлы его вѣдомства, въ отличіе отъ дѣлъ, входящихъ въ предѣлы вѣдомства другаго, однороднаго съ нимъ суда, и таковая же обязанность относительно дѣлъ, входящихъ въ предѣлы его вѣдомства, въ отличіе отъ дѣлъ, входящихъ въ предѣлы вѣдомства другаго, разнороднаго, по отношеніи къ нему, суда. По волѣ частнаго лица допускается лишь расширеніе первой обязанности, но не второй. Компетенція ratione materiae расширена быть не можетъ, ибо она есть juris publici И дѣйствительно, разграниченіе предѣловъ вѣдомства разнородныхъ судовъ связано съ интересомъ государственнымъ: наилучшимъ отправленіемъ правосудія, наилучшимъ достиженіемъ справедливости. Отъ рода дѣлъ, входящихъ въ компетенцію судебныхъ учрежденій зависитъ самая организація ихъ. Государство, признавая извѣстный типъ судовъ пригоднымъ для дѣлъ даннаго рода, и приспособляя тотъ или другой типъ къ извѣстнымъ дѣламъ, тѣмъ самымъ прямо заявляетъ, что для

---

[1]) Boitard. н. с. т. I стр. 327 Bonnier н. с. стр. 24 Maurlon н. с. стр. 172 Малышевъ н. с. т. I стр. 132, 140 Анненковъ п. с. т. III стр. 88.

дѣлъ инаго рода этотъ типъ не пригоденъ, и не пригоденъ абсолютно. Въ виду мелкихъ дѣлъ, подсудныхъ судамъ даннаго типа отъ судей напр. не требуется юридическаго образованія: разборъ именно такихъ мелкихъ дѣлъ государство и считаетъ возможнымъ поручить этимъ судамъ—крупныя дѣла требуютъ судовъ, состоящихъ изъ судей юристовъ и т. п. Понятное дѣло, что передача крупнаго дѣла на разсмотрѣніе суда изъ судей не юристовъ, повредитъ дѣлу правосудія. Совсѣмъ иное дѣло компетенція ratione personae— при разграниченіи области дѣятельности однородныхъ судовъ законъ имѣетъ дѣло съ судами одного типа. Дѣла совершенно одинаковыя подсудны всѣмъ судамъ этого типа. Организація каждаго изъ судовъ даннаго типа другъ отъ друга не отличается; потому-то по волѣ частнаго лица, возможно расширеніе субъективной компетенціи суда, т. е. въ условія расширенія, пророгаціи вносится принадлежность даннаго дѣла къ субъективной компетенціи и надлежащаго (позакону) и пророгированнаго (по договору) суда. Для частныхъ же лицъ можетъ быть и удобнѣе въ томъ или другомъ случаѣ судиться не въ томъ судѣ, въ которомъ слѣдуетъ по закону. Съ этой точки зрѣнія ни о какихъ исключеніяхъ изъ правила не можетъ быть и рѣчи. Но могутъ сдѣлать одно, по видимому непреодолимое, возраженіе. Если это условіе необходимо, то какъ объяснить себѣ существованіе и признаніе закономъ третейскаго суда, которому могутъ быть подсудны всякія дѣла? но объ этомъ рѣчь впереди. Что, затѣмъ, касается положительной части воззрѣній Фиттинга и Эндемана, то мысль о допустимости пророгаціи, какъ договора, *отмѣняющаго выставленное ими общее правило*, невѣрна уже потому, что такого общаго правила вовсе выставить нельзя. Если бы, какъ говоритъ Фиттингъ, каждому суду были подсудны всякаго рода иски, то это 1) обратило бы пророгаціонный договоръ въ общее правило—требовалось-бы при начатіи каждаго дѣла заключить такой договоръ; что было бы крайне затруднительно; 2) это мнимое общее правило есть именно то, чего совершенно основательно законодатель желаетъ избѣжать—онъ

опредѣляетъ предѣлы дѣятельности судовъ именно ради того, чтобы не всѣмъ судамъ были подсудны всѣ иски.—Относительно мнѣнія Эндемана надо замѣтить, что въ немъ кроется еще внутреннее противурѣчіе, независимо отъ ошибочности того мнѣнія, что всѣ правила компетенціи устанавливаются ради публики (какъ носителя частнаго интереса); это можно сказать лишь о субъективной компетенціи. Независимо отъ этого, внутреннее противурѣчіе заключается въ слѣдующемъ: если всѣ правила компетенціи установлены для публики, а не для государства, то какъ примирить съ этимъ мысль о государственномъ значеніи этихъ правилъ, заключающемся въ томъ, что самъ законъ ихъ установилъ какъ безусловно обязательныя правила; если бы они существовали для публики, то конечно публика и должна бы быть вправѣ ихъ отмѣнять.

Что касается законодательствъ, то всѣ они, по примѣру римскаго права, признаютъ въ той или другой степени законность пророгаціоннаго договора. По римскому праву возможны были соглашенія ut alius praetor, quam cuius jurisdictio esset, jus diceret [1]) По мнѣнію многихъ ученыхъ, напр. Реатца, [2]) Рено, [3]) подобное соглашеніе само по себѣ не имѣло юридической силы—необходимо было согласіе пророгированнаго претора. Это едва-ли вѣрно. Ульпіанъ, на вопросъ о томъ convenire utrum autem inter privatos sufficet, an vero etiam ipsius praetoris consensus necessarius est? отвѣтилъ, ссылаясь на слѣд. слова Lex Iulia judiciorum: quominus inter privatos conveniat; sufficit ergo privatorum consensus [4]). Изъ этого видно, что мнѣніе другихъ ученыхъ напр. Франке, [5]) Остерло, [6]) что согласія претора не требовалось, вѣрнѣе. Первое мнѣніе, однако, принято многими уче-

---

[1]) L. 18 D. de jurisdict. 2. 1.

[2]) Reatz—Die Gerichtsbarkeit der freiwilligen Unterwerfung Giessen 1859 S. 188.

[3]) Renaud u. c. стр. 98.

[4]) L. 2 § 1 D. de judic. 5. 1.

[5]) Francke-Der gewillkürte Gerichtsstand въ Zeitschr. f. Civilr und. Procez N. F. B. 2. S. 133.

[6]) Osterloh u. c. стр. 143.

ными, причемъ, не только изслѣдователями общегерманскаго процеса, основаннаго на римскомъ правѣ, но и истолкователями современныхъ кодексовъ. Особеннаго практическаго вреда отъ принятія этого мнѣнія произойти не можетъ, если понимать „согласіе“ суда такъ, какъ его понимаетъ напр. Эндеманъ [1]) т. е. какъ утвержденіе соглашенія сторонъ въ случаѣ законности его; а законнымъ оно будетъ тогда, когда дѣло, по поводу котораго оно состоялось, входитъ въ объективную компетенцію суда. Но совершенно не согласно съ понятіемъ государственной власти, органы которой дѣйствуютъ не по произволу и усмотрѣнію, а по обязанности и по закону — а, слѣдовательно, практически вредно, мнѣніе, высказанное Байеромъ [2]) Вахомъ [3]) и др., что изъявленіе судомъ своего согласія на пророгацію зависитъ вполнѣ отъ его усмотрѣнія, отъ его желанія: хочетъ принять дѣло, принимаетъ, не хочетъ—не принимаетъ. Байеръ это право признаетъ и за современнымъ судомъ, и мотивируетъ свое мнѣніе тѣмъ, что нѣтъ основанія налагать на судъ судейскія обязанности внѣ отведеннаго ему круга. Очевидно, ни римское, ни большинство современныхъ государствъ, проводящихъ, во имя общаго блага и прогресса разграниченіе между jus publicum и jus privatum, не предоставляли и не предоставляютъ органамъ судебной власти дѣйствовать при отправленіи своихъ функцій по капризу. Между тѣмъ, напр. баденское законодательство, недавно потерявшее силу, давало, а австрійское и понынѣ даетъ въ этомъ случаѣ просторъ судейскому усмотрѣнію [4]): судья можетъ принять, но можетъ и не принимать къ разсмотрѣнію дѣло, переданное ему сторонами по взаимному ихъ согласію.

Могутъ замѣтить, что наша аргументація неосновательна: вѣдь допускается третейскій судъ, является же онъ судомъ, а

---

[1]) Endemann н. с. стр. 235.

[2]) Bayer. н с. стр: 235.

[3]) Wach—Das Princip des gewillkurten Gerichtsstands въ Arch. f. civ. Prax. 1879. B. 62 S. 380.

[4]) Bad. Ger Ord. § 47 Ö. Iurisd. Nonn. § 48.

между тѣмъ, отъ лица избраннаго зависитъ принять или не принять званіе судьи? Совершенно вѣрно; но развѣ пророгированный судья то же, что третейскій судья? Пророгированный судья принимаетъ дѣло къ разсмотрѣнію, потому что онъ органъ государства, третейскій же судья становится судьею потому, что принялъ данное дѣло къ разсмотрѣнію. Въ моментъ обращенія къ судьѣ, пророгированный судья уже органъ государства и потому не можетъ отказаться отъ разсмотрѣнія дѣла, а третейскій судья въ этотъ моментъ частное лицо, а потому и можетъ отказаться отъ разсмотрѣнія дѣла.

Современныя законодательства, какъ было выше сказано, въ той или другой степени, допускаютъ пророгаціонный договоръ. Австрійскій императорскій патентъ 20 ноября 1852 допускаетъ только пророгацію субъективной компетенціи [1]) причемъ, однако, требуетъ согласія суда именно въ смыслѣ Байера [2]). Объясняется это тѣмъ, конечно, что законодатель находился подъ сильнымъ вліяніемъ современныхъ ему нѣмецкихъ процесуалистовъ, между которыми было весьма распространено это мнѣніе, яко-бы прямо вытекающіе изъ источниковъ римскаго права. Что касается Code de pr. c., то по общепринятому, установившемуся мнѣнію, (относительно общихъ судебныхъ установленій) стороны могутъ предлагать, въ силу прорагаціоннаго договора, разрѣшеніе ихъ дѣла любому изъ однородныхъ судовъ первой степени, но судья можетъ отказаться отъ разрѣшенія дѣла—il peut, mais il n'est pas obligé de juger, какъ говоритъ Мурлонъ [3]). Прямаго указанія, однако, въ самомъ кодексѣ на допустимость пророгаціи въ общихъ судахъ и на это частное право суда не имѣется; ученые выводятъ первое изъ умолчанія закона и затѣмъ изъ того, что государственный интересъ отъ пророгаціи субъективной компетенціи не страдаетъ; что же касается второго т. е.

---

[1]) Kais. Patent v. 20 Nov, 1852 § 48.
[2]) Canstein н. с т. 1 стр. 382—385.
[3]) Mourlon н. с. стр. 173. См. также Boitard н. с. т. 1 стр. 329.

права пророгированнаго суда принимать или не принимать дѣло, то оно выводится a contrario. изъ art. 7 C. de pr. c. Эта статья не только предоставляетъ сторонамъ право заключать пророгаціонный договоръ, но и обязываетъ пророгированнаго мироваго судью разрѣшить дѣло, но не на правахъ примирителя или третейскаго судьи, а на общемъ основаніи Въ статьѣ этой говорится, что les parties pourront toujours se presenter volontairement devant un juge de paix,—auquel cas il jugera leur differend... Примѣняя къ толкованію этой статьи правила герменевтики, дѣлая изъ нея выводъ a contrario, кажется, слѣдовало бы брать за основаніе первое изъ двухъ выписанныхъ положеній и отъ него исходить къ противному, а не отъ втораго изъ нихъ. Если въ спеціальномъ, законѣ, каковъ 7 art, говорится, что les parties pourront se presenter devant un juge de paix, то a contrario можно придти лишь къ тому выводу, что les parties ne pourront pas se presenter devant un tribunal d'arrondissement. Кажется, при строгологическомъ толкованіи приходишь къ тому выводу, что по Code de pr. c. пророгація въ общихъ судахъ невозможна. Между тѣмъ, французскіе ученые сами говорятъ, что статья эта есть спеціальный законъ и потому не можетъ быть распространяема на общіе суды [1]), однако всетаки распространяютъ ее на послѣднихъ, хотя и съ ограниченіями; вторая часть статьи гласитъ: „мировой судья *обязанъ* подчиниться соглашенію сторонъ“ и они отъ нея постулируютъ a contrario, и выводятъ: стороны могутъ обратиться въ общій судъ, но общій судъ *не обязанъ*, но *можетъ* подчиниться соглашенію. Думается, что и эту ошибку французскихъ ученыхъ слѣдуетъ приписать вліянію ошибочнаго мнѣнія истолкователей римскаго права.—Новѣйшіе уставы судопроизводства, германскій и нашъ, совершенно свободны отъ упомянутаго предразсудка. Такъ германскій уставъ 1877 г. кромѣ дѣленія компетенціи на объективную и субъективную, знаетъ еще дѣленіе ея на общую и исключительную, понимая подъ послѣднею компетенцію, исключающую всякую возможность пророгаціи [2]) (случаи, числомъ 13, перечислены въ

[1]) Boitard и. с. т. 1 стр. 329.

[2]) Wilmowsky und Lewy—Civilprocessordnung mit Kommentar Berlin. 1883 (3 изд.) S. 31.

законѣ. Это-то послѣднее дѣленіе и имѣетъ значеніе для пророгаціоннаго договора: пророгація допускается только относительно дѣлъ, подлежащихъ общей подсудности, хотя бы въ этихъ случаяхъ была расширена объективная компетенція судовъ [1]) Послѣднее положеніе,по вышеизложеннымъ соображеніямъ, очевидно не основательно, ибо допускается отмѣна частною волею постановленій juris publici. Такъ напр. подсудность исковъ о недвижимомъ имуществѣ тому или другому изъ однородныхъ судовъ опредѣляется мѣстомъ нахожденія имущества, а тому или другому изъ разнородныхъ (амтсгерихту или ландгерихту) стоимостью имущества; только первая подсудность исключительная, такъ что возможенъ пророгаціонный договоръ только относительно второй т. е. чтобы искъ о недвижимомъ имуществѣ, цѣною свыше 300 м. былъ предъявленъ въ амтсгерихтъ, конечно по мѣсту нахожденія имущества [2]). Что касается согласія суда на пророгацію, то редакторы прямо въ мотивахъ заявляютъ, что его не требуется [3]). Нашъ уставъ относительно условій допустимости пророгаціи стоитъ на болѣе вѣрной точкѣ зрѣнія, не говоря уже о томъ, что ни о какомъ согласіи суда у насъ не можетъ быть и рѣчи. По уставу пророгаціонный договоръ возможенъ лишь въ отмѣну правилъ субъективной компетенціи т. е. тяжущіеся могутъ договориться. чтобы судиться не въ томъ судѣ, въ коемъ слѣдуетъ по закону, а въ другомъ, однородномъ съ нимъ. Ст. 37, 227 и 228 говорятъ о правѣ избрать тотъ или другой „судъ первой степени“, „окружный судъ“. того или другаго „почетнаго или участковаго мироваго судью“ Но изъ этого правила допускаются два исключенія; первое: иски о недвижимомъ имуществѣ—всегда, безусловно, подсудны судамъ мѣста нахожденія имущества; второе—споры между сельскими обывателями—они подсудны или волостному суду или въ случаѣ желанія тяжущихся—мировому [4]). Такова та процесуальная

---

[1]) Fitting.—Der Reichs-Civilprocess. Berlin und Leibzig 1880 (5 изд.) S. 45.
[2]) C. Pr. Ord. § 25 Ger. Verf. § 23.
[3]) Motive къ ст. 38 (по изд. Höinghaus'a
[4]) Ст. 31 и 3, 228 уст. гр. с. Ст. 30 сюда отнесена быть не можетъ, ибо

почва, на которой законодательства признаютъ возможнымъ заключеніе пророгаціоннаго договора. Не стану входить въ разсмотрѣніе другихъ условій, общихъ всѣмъ договорамъ [1]). Относительно субъектовъ этого договора слѣдуетъ развѣ замѣтить, что, кромѣ договорной способности, они должны обладать и процесуальной право- и дѣеспособностью; это понятно само собою—обязанность предъявлять искъ только въ данный судъ предполагаетъ право предъявленія иска вообще Нѣкоторыя особенности представляетъ вопросъ о формѣ. Лишь во французскомъ кодексѣ мы находимъ требованіе письменной формы [2]). Умолчаніе объ этомъ остальныхъ законодательствъ даетъ право заключить, что договоръ этотъ можетъ быть заключенъ и словесно, даже посредствомъ конклюдентныхъ дѣйствій; самая употребительная и для насъ важная форма—письменная. Болѣе важное значеніе имѣетъ другое формальное различіе. Соглашеніе о пророгаціи можетъ быть или внесено въ тотъ или другой договоръ, какъ побочное условіе, clause, Klausel, или же можетъ быть заключенъ отдѣльный пророгаціонный договоръ. Это различіе весьма существенно—оно уже касается не столько формы, сколько содержанія пророгаціоннаго договора, а именно: 1) если условіе о пророгаціи можно вносить въ самый договоръ, то возможна пророгація относительно будущаго спора изъ этого договора;—отдѣльный договоръ можетъ быть заключенъ какъ на случай будущаго, такъ и по случаю настоящаго спора; 2) если условіе о пророгаціи внесено въ договоръ, то весь юридическій составъ этого договора о пророгаціи (субъектъ, объектъ и связь ихъ) дается ему тѣмъ договоромъ, въ который онъ включенъ. Но объ этомъ послѣднемъ выводѣ рѣчь впереди. Что касается вопроса

по этой статьѣ мировой судья фигурируетъ extra ordinem, не какъ мировой судья, а какъ судья третейскій.

[1]) Какъ и всякій другой, пророгаціонный договоръ долженъ быть основанъ на непринужденномъ согласіи сторонъ. Потому-то совершенно вѣрно замѣчаетъ г. Гонялевъ (Гражданскій процесъ въ мировомъ судѣ Елизаветградъ. 1881 стр. 101), что заранѣе отлитографированное въ квитанціи желѣзн. дор. условіе о пророгаціи, недѣйствительно.

[2]) Code de pr. c. art. 7.

о томъ, допускается-ли пророгаціонный договоръ только въ формѣ договора самостоятельнаго или же и въ видѣ условія другаго договора, то его непосредственно разрѣшаютъ германскій и нашъ уставы. Дозволяется тяжущимся или включать въ договоръ указаніе на тотъ судъ, въ которомъ должны быть разбираемы ихъ споры по поводу этого договора [1]) или же заключать самостоятельный договоръ;—это послѣднее положеніе есть выводъ изъ того, что уставы эти дозволяютъ тяжущимся по взаимному соглашенію разбираться и въ некомпетентномъ судѣ, непредрѣшая вопросъ, въ какой формѣ должно быть выражено это соглашеніе: молчаливо или явно, въ видѣ письменнаго договора. Кромѣ того, по германскому уставу это подтверждается тѣмъ, что въ уставѣ этомъ выставляется необходимымъ условіемъ, чтобы соглашеніе относилось (sich bezieht) къ опредѣленному юридическому отношенію и проистекающему изъ него спору (подробнѣе объ этомъ см. ниже). Изъ этого видно, что уставъ этотъ допускаетъ возможность отдѣльнаго акта пророгаціоннаго договора. Если бы онъ допускалъ только т. наз. Klausel, то незачѣмъ было бы указывать на необходимость обозначенія юридическаго отношенія, ибо объ этомъ отношеніи идетъ рѣчь въ самомъ договорѣ, условіемъ коего является пророгація.—Мы сказали, что это различіе имѣетъ и то значеніе, что изъ допустимости пророгаціоннаго договора въ видѣ условія другаго договора, можно вывести, что допускается и пророгація относительно будущаго спора. Дѣйствительно, если законодатель считаетъ возможнымъ существованіе условія о пророгаціи въ другомъ договорѣ, то возможность пророгаціи о будущемъ спорѣ понятна сама собою. Стороны всегда заключаютъ договоръ въ предположеніи миролюбиваго его исполненія; въ моментъ заключенія его еще нѣтъ спора, и если сторона говоритъ о послѣднемъ, то именно какъ о фактѣ, возможномъ въ будущемъ.

Пророгаціонный договоръ есть источникъ правъ и обязанностей; въ силу его истецъ обязанъ не предъявлять иска

---

[1]) C. Pr. Ord. § 32 уст. гр. с. ст. 228.

въ другой не пророгированный судъ, отвѣтчикъ имѣетъ право отклонить отъ себя искъ, если тотъ будетъ предъявленъ въ другой судъ. Въ этомъ, если такъ можно выразиться, заключается законная сила пророгаціоннаго договора—исключается возможность разрѣшенія того-же спора другимъ не пророгированнымъ судомъ. Такое значеніе имѣютъ права и обязанности изъ него вытекающія.

Пророгаціонный договоръ, есть въ сущности договоръ объ извѣстномъ способѣ осуществленія права иска. Если такъ, то онъ находится въ тѣсной зависимости отъ того матеріальнаго правоотношенія, котораго онъ касается. Право иска есть право установленія процеса (Processbegrundungsrecht),—а основаніемъ этого права является нарушенное матеріальное право [1]). Такъ что можно сказать: право и обязанность по прорагаціонному договору касаются права иска, основаніемъ котораго является нарушенное матеріальное право. Характеръ матеріальнаго права неизбѣжно отражается и на характерѣ права иска, характеръ послѣдняго зависитъ отъ характера даннаго матеріальнаго права. И дѣйствительно, если напр. данное матеріальное право преемственно или непреемственно, дѣлимо или недѣлимо, то таковымъ же свойствомъ должно отличаться и право иска, и право и обязанность по пророгаціонному договору. Если напр. имѣется право на личную услугу то, вслѣдствіе смерти той или другой стороны, оно по наслѣдству не переходитъ, не переходитъ и право иска, теряетъ и силу пророгаціонный договоръ. Нѣтъ права—нѣтъ и иска, нѣтъ иска—нѣтъ права требовать осуществленія его извѣстнымъ способомъ. Съ другой стороны, если матеріальное право переходитъ по наслѣдству напр. право товарища, то переходитъ и право иска. Это несомнѣнно, но переходитъ-ли и право и обязанность по пророгаціонному договору? Съ логической стороны это неизбѣжно,—но оно неизбѣжно и со всякой другой стороны. Если истецъ, при заключеніи договора съ предшественникомъ отвѣтчика считалъ пророгацію

[1]) Plosz. н. с. стр. 13.

необходимою, одностороннее его нежеланіе исполнить свою обязанность передъ преемникомъ отвѣтчика является лишь капризомъ, который юридически не долженъ быть охраняемъ. Да къ тому же договоръ о пророгаціи не порождаетъ права на услугу или на нѣчто такое, что предполагаетъ особое довѣріе контрагентовъ другъ къ другу. Законная замѣна одного лица другимъ не имѣетъ значенія для противника [1]). Такъ что истецъ долженъ исполнять свою обязанность; иное дѣло, если самъ отвѣтчикъ его отъ нея освободитъ. Отвѣтчикъ имѣетъ право требовать исполненія: за него пророгаціонный договоръ и преемственность права иска—и то и другое противъ упрямаго истца. Тѣже соображенія примѣняются и къ преемству между живыми. Но спрашивается, сохраняется ли тѣсная связь между правомъ иска и пророгаціоннымъ договоромъ при нераздѣльности правъ т. е. вѣрно ли то, что при нераздѣльности матеріальнаго права и права иска, право и обязанность по пророгаціонному договору нераздѣльны? Иначе говоря, обязателенъ ли пророгаціонный договоръ для лицъ или обладающихъ нераздѣльнымъ правомъ или имѣющихъ нераздѣльную обязанность съ контрагентами этого договора? При разрѣшеніи этого вопроса. кажется, слѣдуетъ исходить изъ того, что пророгаціонный договоръ есть договоръ процесуальный. Если такъ, то и отношеніе между контрагентами его и ихъ соуправомоченными и сообязанными суть отношеніе процесуальнаго характера. Если одинъ изъ соуправомоченныхъ или сообязанныхъ ранѣе другихъ заключилъ пророгаціонный договоръ, то они разсматриваются какъ фиктивные соучастники его, а онъ, какъ ихъ процесуальный представитель [2]). Вступая напр. съ отвѣтчикомъ въ пророгаціонный договоръ, истецъ обязываетъ всѣхъ своихъ соучастниковъ. Что это положеніе вѣрно и неизбѣжно, видно изъ слѣдующаго. Представимъ себѣ, что договоръ за-

---

[1]) Förster, н. с. т. I, стр. 622.

[2]) Это то, что Шульце называетъ квалифицированнымъ соучастіемъ. Schultze, Das deutsche Koncursrecht. Berlin. 1880. S. 16.

ключенъ и истецъ предъявляетъ искъ въ пророгированный судъ; но соучастникъ на это не согласенъ и предъявляетъ искъ въ судъ по мѣсту жительства отвѣтчика. Никто не станетъ отрицать, что пророгаціонный договоръ одного изъ нераздѣльныхъ соучастниковъ не можетъ терять своей силы только благодаря тому, что потомъ другой соучастникъ предъявляетъ искъ въ не пророгированный судъ. Если бы пророгаціонный договоръ не былъ обязателенъ для всѣхъ нераздѣльныхъ соучастниковъ, то пришлось бы разрѣшить одно и тоже дѣло въ двухъ государственныхъ судахъ,—могли бы получиться два противуположныхъ рѣшенія. Соучастнику, непризнающему договора, открыты другіе пути для охраны своего интереса—присоединеніе въ качествѣ послѣдующаго соучастика и пр. Въ виду этого, сила пророгаціоннаго договора въ этомъ случаѣ должна быть распространена и на другихъ соучастниковъ. Лицо, заключившее договоръ должно быть разсматриваемо какъ презумтивный представитель остальныхъ [1]).

Разсмотрѣвъ вопросъ о пророгаціонномъ договорѣ насколько онъ имѣетъ значеніе для дальнѣйшаго изложенія, мы можемъ сказать, пророгаціонный договоръ можетъ дать поводъ къ возбужденію вопроса о тождествѣ двухъ спорныхъ отношеній, а именно: когда истецъ предъявляетъ искъ въ непророгированный судъ, и отвѣтчикъ ссылается на свое право не вступать въ процесъ въ этомъ судѣ, то возникаетъ вопросъ о тождествѣ иска, предъявленнаго въ судъ или иначе спорнаго отношенія, предложеннаго на разсмотрѣніе суда и спорнаго отношенія, о которомъ идетъ рѣчь въ пророгаціонномъ договорѣ. Понятно, что этотъ вопросъ о тождествѣ можетъ возникнуть всегда, когда истецъ предъявляетъ искъ въ непророгированный судъ, хотя бы этотъ послѣдніи когда-то тѣми же сторонами и по поводу того же дѣла былъ пророгированъ. Въ этомъ случаѣ возникаетъ коллизія двухъ пророгаціонныхъ договоровъ или столкновеніе двухъ силъ,—силы ранѣе заключеннаго и силы позже заключеннаго пророга-

[1]) См. выше стр. 41—49

ціоннаго договора. Когда сторона сначала заключила пророгаціонный договоръ, а потомъ, взамѣнъ его, другой, то коллизія разрѣшается весьма легко: обѣ стороны имѣли animus novandi, эту характерную черту новаціи [1]), слѣдовательно ранѣе заключенный договоръ прекратился, въ силѣ остался послѣдній. Такъ что, если истецъ предъявилъ искъ въ государственный, бывшій пророгированный, судъ, то онъ этимъ нарушаетъ свою обязанность, вытекающую изъ втораго договора. Но болѣе затрудненій представляетъ тотъ случай, когда юридическій предшественникъ отвѣтчика заключилъ съ истцомъ пророгаціонный договоръ, а затѣмъ истецъ заключаетъ съ его преемникомъ, незнающимъ о первомъ договорѣ, новый пророгаціонный же договоръ. Тутъ animus novandi на сторонѣ преемника отвѣтчика не было. Отвѣтчикъ имѣетъ право въ случаѣ предъявленія истцомъ иска въ пророгированный первымъ договоромъ судъ, настаивать на силѣ втораго договора, исключающаго право истца вообще предъявлять искъ въ какой либо государственный судъ, будетъ-ли это судъ, которому дѣло подсудно по закону или это будетъ судъ, компетентный въ силу предыдущаго пророгаціоннаго договора. Такъ какъ истецъ самъ заключилъ этотъ договоръ съ самимъ юридическимъ предшественникомъ отвѣтчика, то онъ конечно не можетъ ссылаться, ради сохраненія силы перваго пророгаціоннаго договора, на наслѣдственность, преемственность его. При заключеніи втораго договора онъ зналъ о существованіи перваго и вступивъ во второй, онъ тѣмъ самымъ отрицалъ преемственность его или не желалъ воспользоваться ею, слѣдовательно и впослѣдствіи ссылаться на нее не можетъ. Нѣтъ основаній ставить вопросъ о силѣ того или другаго договора въ зависимость отъ произвола, каприза одной изъ сторонъ и тѣмъ болѣе стороны обязанной. Сегодня истецъ не признаетъ преемственности договора, и

[1]) Salpius—Novation und Delegation. 1864 S. 112 и сл. Salkovsky—Zur Lehre von der Novation 1862 S. 58. Sintenis.—Das practische gemeine Civilrecht Leipzig. 1869. (3-е изд.) B. 2, S. 449.

вступаетъ въ другой договоръ, а завтра захотѣлось ему признать и нарушить договоръ... Pacta sunt servanda. Наконецъ, не менѣе затруднителенъ случай, когда два лица заключили пророгаціонный договоръ, затѣмъ, оба умерли, а ихъ преемники, незная о существованіи этого говора, заключаютъ другой пророгаціонный же договоръ. Если преемникъ истца, узнавъ объ этомъ, предъявляетъ искъ въ пророгированный первымъ договоромъ судъ, то преемникъ отвѣтчика можетъ ссылаться на второй договоръ. Повидимому, здѣсь слѣдовало бы примѣнить правило prior tempore—potior jure; такъ какъ обязанность не предъявлять иска въ другой, непророгированный первымъ договоромъ судъ, обязанность, перешедшая потомъ къ преемнику истца, возникла ранѣе обязанности не предъявлять иска въ другой судъ непророгированный вторымъ договоромъ, то и силу сохраняетъ первый пророгаціонный договоръ. Но примѣнить это правило не допускаютъ слѣдующія соображенія: преемникъ истца разъ выразилъ дѣйствительную свою волю, вступивъ съ преемникомъ отвѣтчике въ пророгаціонный договоръ, договоръ этотъ вполнѣ дѣйствителенъ,—односторонняго со стороны истца отступленія отъ договора, мотивируемаго тѣмъ, что для него не обязателенъ пророгаціонный договоръ, заключенный его предшественникомъ,—нельзя допустить. Вступая въ договоръ, онъ долженъ былъ знать, насколько онъ свободенъ, насколько онъ связанъ. Самимъ фактомъ вступленія во (второй) пророгаціонный договоръ онъ заявилъ себя свободнымъ отъ всякихъ обязательствъ, стѣсняющихъ его въ заключеніи даннаго договора;—онъ желалъ данной пророгаціи, закрѣпилъ это желаніе юридически,—за преемникомъ отвѣтчика нѣтъ основанія отрицать право сохранить силу этого договора. Во всѣхъ этихъ трехъ случаяхъ на судѣ можетъ возникнуть вопросъ о тождествѣ спорныхъ отношеній, упомянутыхъ въ двухъ пророгаціонныхъ договорахъ. Такъ истецъ можетъ предъявить искъ въ не пророгированный первымъ договоромъ судъ,—отвѣтчикъ, отклоняя отъ себя искъ, указываетъ, что по поводу того же самаго правоотношенія заключенъ друвой пророгаціонный договоръ.

бб) На разрѣшеніе государственнаго суда предложено спорное отношеніе, подлежащее разрѣшенію суда третейскаго.

Автономія частнаго лица въ области гражданскихъ правоотношеній заставляетъ также признать возможность заключенія третейскаго договора Договоръ этотъ признается всѣми законодательствами; но съ другой стороны законодательство и здѣсь кладетъ извѣстный предѣлъ частной автономіи, хотя и предѣлъ инаго характера, чѣмъ тотъ, который выставляется относительно пророгаціоннаго договора. Да и основанія договоровъ совершенно различны.—Общее между ними то, что въ силу обоихъ данное дѣло изъемлится изъ компетенціи подлежащаго суда; но въ дальнѣйшемъ глубокое различіе. Въ силу пророгаціи государственный судъ только расширяетъ свою компетенцію, оставаясь тѣмъ же самымъ судомъ, онъ функціонируетъ въ роли того же государственнаго суда, какимъ онъ является при обыкновенномъ порядкѣ вещей и безъ пророгаціи. Пророгаціею только расширяется компетенція,— всѣ права и обязанности остаются за даннымъ судомъ, какъ будто-бы пророгаціи вовсе не было [1]). Такъ, нашъ мировой судья, въ дѣлахъ сельскихъ обывателей только представляется съ болѣе широкою компетенціею, но въ остальномъ это тотъ же мировой, дѣйствующій такъ, какъ будто бы онъ вовсе не былъ пророгированъ—рѣшаетъ онъ на основаніи закона, рѣшеніе его неокончательное и т. д. [2]). Иное дѣло третейскій судья—частное лицо или судебный органъ; онъ облекается судебною властью (разрѣшительною), онъ дѣйствуетъ какъ судья sui generis; о расширеніи компетенціи нѣтъ рѣчи,—рождается новая компетенція, въ виду которой и функція становится новою; создается ad hoc, по иниціативѣ частнаго лица, новый судъ, дѣйствующій хотя и какъ судебное учрежденіе, но не по тѣмъ правиламъ, нормамъ, которыя предписаны для судовъ въ общемъ порядкѣ. Такъ напр. нашъ мировой судья, призванный въ судьи

[1]) Osterloh н. с. т. I стр. 143.
[2]) Малышевъ н. с. т. I. стр. 155.

на основаніи 30 ст. является не какъ мировой а какъ третейскій судья — законы для него необязательны, рѣшеніе его окончательно.—Надо принять въ разсчетъ еще и то, что государство принимаетъ на себя отвѣтственность за организацію и функціи судебныхъ учрежденій, а за третейскій судъ, созданный по волѣ частныхъ лицъ, оно отвѣтственности не принимаетъ, никакихъ гарантій правильности рѣшеній не установляетъ; слѣдовательно, какъ разъ наоборотъ, чѣмъ относительно собственно-государственныхъ судовъ. Этимъ, какъ мы видѣли, въ свою очередь выясняется почему государство не допускаетъ пророгаціи безъ ограниченій; оно не разрѣшаетъ напр. пророгацію объективной компетенціи, потому что пророгированный судъ, извѣстнымъ образомъ организованный, остается судомъ государственнымъ въ полномъ смыслѣ, тѣмъ же судомъ, за котораго государство отвѣчаетъ; дозволяя пророгацію безъ ограниченій, оно приняло бы на себя невозможную отвѣтственность, оно, по иниціативѣ частнаго лица, признало бы, безъ измѣненія нормъ, которымъ судъ подчиненъ, что судъ, организованный для извѣстныхъ, опредѣленныхъ дѣлъ, можетъ быть компетентенъ и въ разрѣшеніи дѣлъ, предполагающихъ суды совершенно иной организаціи.

Здѣсь не мѣсто входить въ подробное разсмотрѣніе условій допустимости третейскаго договора;—укажемъ лишь на главнѣйшія ограниченія въ допустимости третейскаго договора. Они касаются, прежде всего, характера того спорнаго права, по поводу котораго заключенъ третейскій договоръ. Такъ, французскій уставъ даетъ общее на этотъ счетъ указаніе, говоря что третейскій договоръ можетъ быть заключенъ по спорамъ о правахъ, находящихся въ полномъ распоряженіи лица; кромѣ того въ интересахъ публичныхъ нельзя заключать этотъ договоръ по дѣламъ о правахъ состоянія и вообще, требующихъ при разсмотреніи на судѣ заключенія прокурора. До сихъ поръ ограниченія понятны, но далѣе имѣется ограниченіе едва-ли основательное, а именно, изъяты дѣла объ алиментахъ [1]). Нашъ уставъ

[1]) Code de. pr. c. § 1003, 1004.

(ст. 1368 п I) прямо запрещаетъ заключеніе третейскаго договора о спорахъ о правахъ состояніяхъ, о дѣлахъ, сопряженныхъ съ пользами недѣеспособныхъ лицъ и съ интересами казны, земскихъ, городскихъ и сельскихъ обществъ и въ дѣлахъ, связанныхъ съ преступленіями. По кромѣ того, предоставлять разрѣшеніе спора третейскому суду могутъ лишь лица, имѣющія право свободно распоряжаться своимъ имуществомъ, а слѣдовательно, споры объ имуществѣ, право распоряженія коимъ ограничено въ пользу третьяго лица не могутъ быть разрѣшаемы третейскимъ судомъ, и наконецъ не могутъ быть разрѣшаемы дѣла о недвижимомъ имуществѣ, ибо путемъ третейскаго договора можетъ состояться переходъ имущества отъ одного лица къ другому (договоръ условнаго отчужденія), а третейская запись есть лишь договоръ явочный [1]). Германскій уставъ предоставляетъ разрѣшеніе вопроса о допустимости третейскаго договора партикулярнымъ законодательствамъ; по этому уставу третейскій договоръ можетъ быть заключенъ въ тѣхъ же случаяхъ, когда по гражданскому кодексу того или другого государства возможна мировая сдѣлка. Обращаясь же къ этимъ законодательствамъ, находимъ, что напр. по саксонскому [2]), баденскому [3]), прусскому [4]) мировая сдѣлка возможна лишь относительно такихъ правъ, которыя находятся въ полномъ распоряженіи лица [5]).

Что касается вопроса о томъ. можетъ-ли быть заключенъ третейскій договоръ на случай будущаго спора, то онъ разрѣшается законодательствами далеко не одинаково. Этотъ вопросъ, какъ и относительно договора о пророгаціи, находится въ зависимости отъ вопроса о допустимости такъ называемой clause compromissoire, Schiedsrichterliche Klausel, то есть

---

[1]) См. мою реценз. на н. соч. Гоняева въ журн. гр. и уг. пр. 1883. на. 9 стр. 167—169

[2]) Sachs. burg. Gesetzb. § 1409—1410.

[3]) Bad. Landr. § 2045.

[4]) Preuss. Landr. I. 16. § 405—449.

[5]) Förster н. с. т. I стр. 695.

условія о третейскомъ разбирательствѣ на случай спора, условія, включеннаго въ другой договоръ. Если допускается clause. Klausel, то, въ виду того, что она всегда предполагаетъ не наличный, а только будущій споръ, можно вывести, что и вообще долженъ быть допущенъ третейскій договоръ, какъ отдѣльный актъ, на случай будущаго спора. Что касается обратнаго случая, то изъ запрещенія включать въ договоръ подобное условіе нельзя выводить, а contrario, что можно совершать отдѣльный договоръ на случай будущаго спора; запрещеніе, основанное на такомъ формальномъ соображеиіи, не имѣетъ смысла. Основанія этого запрещенія таковы, что приводятъ къ необходимости вывести изъ него запрещеніе вообще третейскихъ договоровъ на случай будущаго спора. Запрещеніе это основано именно на томъ, что споръ не долженъ быть будущимъ, а долженъ быть настоящимъ, уже существующимъ въ моментъ заключенія третейскаго договора. Если - бы законодательство имѣло въ виду именно одну формальную сторону т. е. запретило-бы лишь одну clause, Klausel о будущемъ спорѣ, но дозволяло-бы заключать отдѣльный третейскій договоръ о будущемъ спорѣ, то оно объ этомъ упомянуло-бы спеціально. Далѣе, тѣ законодательства: которыя требуютъ, чтобы въ третейскомъ договорѣ были означены имена избранныхъ судей и указанъ срокъ, въ теченіе котораго судья долженъ разрѣшить споръ (онъ же и срокъ договора), конечно не допускаютъ clause, Klausel, а слѣдовательно не допускаютъ и вообще заключенія третейскаго договора на случай будущаго спора. И дѣйствительно, какъ вѣрно заключили редакторы германскаго устава,—пока спора еще нѣтъ, пока еще неизвѣстно, каковъ характеръ тѣхъ обстоятельствъ, которыхъ придется обсуждать суду, до тѣхъ поръ трудно избрать подходящихъ судей [1]). Положимъ, въ договорѣ сказано, что всѣ споры изъ него вытекающіе должны быть разрѣшаемы, путемъ третейскаго разбирательства, юристомъ А. Возникаетъ споръ, который всего лучше можетъ быть разрѣшенъ агрономомъ Б; конечно А можетъ пригла-

[1]) Motive къ § 854 н. изд

сить Б въ качествѣ эксперта: но зачѣмъ это дѣлать, когда Б будетъ, по мнѣнію сторонъ, лучшимъ судьею, чѣмъ А: какъ экспертъ онъ лишь косвенно можетъ повліять на рѣшеніе (но можетъ и не повліять), какъ судья онъ самъ постановитъ рѣшеніе. Что касается срока, то установленіе его договоромъ или закономъ не имѣетъ смысла по отношенію къ будущему спору. Срочность третейскаго договора мотивируется тѣмъ, что въ отсутствіе ея отвѣтчику дается безграничное право отклонять иски, предъявляемые истцомъ въ государственный судъ. Эта же мысль проглядываетъ и въ мотивахъ нашего устава [1]). Но срокъ вовсе не такъ необходимъ. Если истецъ, въ тѣхъ случаяхъ, когда срокъ не установленъ, желаетъ обратиться въ государственный судъ, то онъ дѣлаетъ это въ виду того, что производство идетъ слишкомъ медленно; но на случай медленности производства законодательства, неупоминающія о срокѣ, предоставляютъ сторонѣ просить объ уничтоженіи производства, и тогда истецъ можетъ предъявить искъ въ государственный судъ. Конечно, можно спорить о томъ, что лучше: установлять или неустановлять срока (думаемъ даже, что послѣднее лучше), но если разъ законодательство признаетъ необходимость срочности договора, то тѣмъ исключаетъ законность третейскаго договора на случай будущаго спора. Дѣйствительно, продолжительность каждаго срока опредѣляется характеромъ тѣхъ дѣйствій, которыя должны быть въ теченіе его совершены. А для того, чтобы составить себѣ представленіе объ этомъ характерѣ, самыя дѣйствія должны быть извѣстны. Этой-то извѣстности и нѣтъ въ томъ случаѣ, когда третейскій договоръ заключенъ на случай будущаго спора. Одно и тоже юридическое отношеніе можетъ вызвать множество спорныхъ отношеній самаго разнообразнаго свойства, напр. юридическое отношеніе, вытекающее изъ аренднаго договора; каждое отдѣльное правоотношеніе, входящее въ его составъ, можетъ подать поводъ къ спору. Заранѣе предвидить эти споры рѣшительно невозможно. Потому-то требова-

[1]) Уст гр. суд. изд. гос. канц. стр. 661.

ніе срочности исключаетъ собою возможность третейскаго договора на случай будущаго спора.

Всѣ эти соображенія намъ необходимы въ виду постановленій французскаго и нашего законодательствъ. Ни въ томъ, ни въ другомъ не имѣется прямыхъ указаній на допустимость третейскихъ договоравъ на случай будущаго спора. Но изъ имѣющихся постановленій можно вывести недопустимость ихъ. По мнѣнію французскихъ ученыхъ, Кольме-Дажъ [1]) Бонье [2]) clause compromissoire противна смыслу закона. Кольме - Дажъ полагаетъ, что допускать clause compromissoire значитъ явно нарушать ст. 1006 статья эта требуетъ обозначенія въ третейскомъ договорѣ предмета спора (les objets en litige) и именъ лицъ, избранныхъ третейскими судьями. По его мнѣнію, clause compromissoire не удовлетворяетъ этому условію, ибо въ ней l'objet en litige неопредѣленъ, потому что и спора еще нѣтъ, и имена судей обыкновенно не обозначены. Совершенно вѣрно что неудобно назначить заранѣе третейскихъ судей, незная въ чемъ будетъ состоять споръ и что въ clause compromissoire не можетъ быть опредѣленъ предметъ спора, ибо спора нѣтъ —потому-то третейскихъ судей неудобно заранѣе избирать, что спорные факты еще не извѣстны. Кольме-Дажъ совершенно правъ, указывая на эти два обстоятельства, оба они находятся въ тѣсной логической связи. Менѣе его послѣдовательны были редакторы германскаго устава. Мы видѣли совершенно вѣрное ихъ разсужденіе, что имена третейскихъ судей въ Kransc не могутъ быть опредѣлены. Кольме-Дажъ изъ этого выводитъ недопустимость третейскаго договора на случай будущаго спора, а редакторы германскаго устава, принявъ то положеніе, что третейскій договоръ можетъ быть заключенъ на случай будущаго спора, высказались за то, что вообще въ третейскомъ договорѣ, а слѣдовательно и въ Kransel не надо обозначать именъ избранныхъ судей. Но не въ этомъ они непослѣдовательны, а вотъ въ чемъ:—признавая невозможность,

---

[1]) Colmet-Daage въ примѣч. къ Boitard н. с. т. II стр. 612.

[2]) Bonnier н. с. стр. 339.

или по крайней мѣрѣ затруднительность, избранія судей на случай будущаго спора, они признали возможнымъ потребовать, чтобы въ третейскомъ договорѣ на случай будущаго спора было означено не только опредѣленное правоотношеніе, но и вытекающее изъ него спорное отношеніе. Если они полагаютъ, что на случай будущаго спора нельзя избрать надлежащихъ судей, въ виду неизвѣстности характера будущаго спора, т. е. именно предполагаютъ неизвѣстность спора, то возможно ли требовать точнаго указанія этого неизвѣстнаго спора. Такъ что характеръ спора въ одномъ случаѣ признается неизвѣстнымъ (коль скоро рѣчь идетъ объ избраніи судей), а въ другомъ предполагается извѣстнымъ (ибо требуется указаніе на спорное отношеніе). Это противурѣчіе, кажется, можетъ быть примирено такимъ образомъ: уставъ относительно третейскаго договора на случай будущаго спора (конечно въ тѣхъ случаяхъ, когда договоръ этотъ не является въ видѣ Kaufsel) требуетъ, не точнаго до мелочей обозначенія будущаго спора, а болѣе или менѣе точнаго,—точнаго настолько, чтобы судъ, если ему представится необходимость рѣшить вопросъ, къ какому правоотношенію относится договоръ, имѣлъ-бы нѣкоторую точку опоры въ соглашеніи сторонъ. Въ такомъ смыслѣ требованіе обозначенія спора выполнимо. Иное дѣло избраніе судей на случай будущаго спора: тутъ нужно напередъ знать всѣ мелочи будущаго спора. — что невозможно, а слѣдовательно невозможно и требовать указанія именъ судей. Какъ бы то нибыло, германскій уставъ допускаетъ и Kaufsel и вообще третейскій договоръ на случай будущаго спора.—Что касается нашего устава, то онъ является въ этомъ вопросѣ вѣрною копіею устава французскаго. Всѣ соображенія, изложенныя нами по поводу послѣдняго, примѣняются и къ нему.—Невольно рождается вопросъ: въ силу какихъ соображеній законодательство французское, [1]) въ противуположность германскому [2]) и австрій-

[1]) Boitard и. с т. II стр. 61.
[2]) C. Pr. Ord. § 852.

скому [1]) не допускаетъ третейскаго договора на случай будущаго спора. Бонье оправдываетъ свое отечественное законодательство. Онъ говоритъ, что прежде вопросъ этотъ рѣшался въ утвердительномъ смыслѣ, но теперь, послѣ болѣе глубокаго и основательнаго изученія его пришли къ тому заключенію, что clause compromissoire есть нѣчто весьма вредное; дозволяя ее, дается возможность отвѣтчику по легкомыслію отказаться отъ гарантій правосудія, предоставляемыхъ государственными судами.) Не говоря уже о томъ, что въ наукѣ давно, и съ особенною силою въ настоящее время, указываютъ на совершенную законность третейскихъ договоровъ на случай будущаго спора, что со времени римскихъ юристовъ стало общепризнаннымъ то положеніе, что наличность спора не есть условіе третейскаго договора [3])—не говоря объ этомъ, мнѣніе Бонье едва-ли основательно. Если законодатель вздумаетъ оберегать гражданъ отъ легкомысленнаго вступленія въ договоры, то ему придется или запретить почти всякій договоръ или избрать такую процедуру совершенія, которая давала-бы контрагентамъ по возможности больше времени хорошенько подумать о томъ, что они дѣлаютъ, что ихъ ожидаетъ и т. д. Не видимъ, почему именно третейскій договоръ о будущемъ спорѣ можетъ быть, а о настоящемъ спорѣ не можетъ быть заключенъ по легкомыслію? Если контрагенты имѣютъ въ виду при заключеніи договора будущій споръ, то это уже указываетъ на ихъ предусмотрительность, а не легкомысліе.

Третейскій договоръ, между спорящами сторонами, съ одной стороны, и между ними и лицомъ, взявшимся быть судьею, порождаетъ рядъ правъ и обязанностей для лицъ, въ немъ участвующихъ.—Главнѣйшее изъ юридическихъ послѣдствій имъ порождаемыхъ заключается въ обязанности истца не передавать свой споръ на разрѣшеніе другаго суда,

---

[1]) Canstein н. с. т. 1 стр. 35.

[2]) Bonnier н. с. стр. 339—340.

[3]) Andre-Gemeinrechtliche Grundzüge der Schiedsgerichte Leipzig. S. 26—38.

и въ правѣ отвѣтчика не отвѣчать передъ другимъ, не третейскимъ судомъ. Въ этомъ заключается *законная сила* третейскаго договора.—онъ исключаетъ возможность разрѣшенія того-же спора другимъ не третейскимъ судомъ. Такое значеніе имѣютъ права изъ него вытекающія.—Находится-ли и тутъ права и обязанности по третейскому договору въ извѣстной зависимости отъ свойства спорнаго права?—Кажется, да, находятся. Остановимся сначала на преемственности. Что касается вытекающихъ изъ третейскаго договора, правъ и обязанностей, взятыхъ сами по себѣ, независимо отъ спорнаго матеріальнаго права, то по мнѣнію напр. Боатара [1]) надо различать права и обязанности, вытекающія изъ договора между спорящими сторонами и вытекающія изъ договора между этими сторонами и лицомъ, избраннымъ въ судьи. Договоръ между сторонами и судьею есть договоръ объ оказаніи личной услуги (mandat) и слѣд. смерть того или другаго изъ участниковъ прекращаетъ обязательство; изъ договора же между сторонами не вытекаетъ никакихъ чисто личныхъ обязательствъ, а потому смерть стороны не можетъ влечь за собою право наслѣдниковъ, освободиться отъ обязанностей, вытекающихъ изъ третейскаго договора. Повидимому, эти соображенія совершенно вѣрны. Но это только повидимому. Слѣдуя Боатару, надо признать, что въ томъ случаѣ, когда заключенъ третейскій договоръ между сторонами и между ними и судьею (единственный случай допущенный Code d. pr. c.) вслѣдствіе смерти одной изъ сторонъ прекращается лишь договоръ между судьею и сторонами, а договоръ между сторанами сохраняетъ свою силу. Фактъ юридически едва-ли допустимый. Но во взглядѣ Боатара есть доля истины. Вообще, кажется, нужно имѣть въ виду слѣдующія положенія. Прежде всего, сторонамъ предоставляется указать въ договорѣ какія послѣдствія должна влечь за собою смерть одной изъ нихъ т. е. переходятъ ли права и обязанности, изъ третейскаго договора вытекающія, къ наслѣдникамъ или нѣтъ. За отсутствіемъ же таковаго указанія,

[1]) Boitard н. с. т. II стр. 619

при разрѣшеніи вопроса о преемственности или непреемственности этихъ правъ и обязанностей, надо имѣть въ виду два различныхъ случая:—заключенъ-ли полный третейскій договоръ т. е. въ одномъ и томъ же актѣ имѣется соглашеніе между спорящими сторонами и соглашеніе между ними и третьимъ лицомъ, избраннымъ въ судьи, или же имѣется два отдѣльныхъ договора - одинъ между сторонами, другой—между ними и судьею. Что касается перваго случая, то смертью той или другой договорившейся стороны всегда долженъ прекратиться весь договоръ,—о преемствѣ не можетъ быть и рѣчи. Если умираетъ судья, то съ прекращеніемъ договора съ судьею, (о чемъ рѣчь впереди) прекращается и договоръ между сторонами, потому что стороны заключили между собою договоръ именно въ томъ предположеніи, что въ случаѣ спора *данное лицо* будетъ ихъ судьею;—лицо это умираетъ, предположеніе не сбывается,—нѣтъ основанія сохранять силу договора; желаніе судиться у даннаго лица равносильно желанію судиться вообще третейскимъ судомъ; первое желаніе не сбывается—второе лишается почвы. Потому то въ случаѣ желанія одной стороны сохранить силу договора и нежеланія другой, весь договоръ долженъ потерять силу.—Если умираетъ та или другая изъ спорящихъ сторонъ [1]) то весь договоръ прекращается, въ силу того, что смерть стороны освобождаетъ судью отъ необходимости оказать личную услугу, а преемника умершаго—принять услугу, а съ прекращеніемъ этого договора, прекращается и договоръ между сторонами; конечно желаніе преемника судьи исполнить договоръ возстановляетъ его силу но стороны могутъ этого не желать, ссылаясь на то, что судья не внушаетъ имъ довѣрія; выборъ новаго судьи

---

[1]) Мы говоримъ «изъ сторонъ», а не «изъ лицъ являющихся стороною» ибо стороною могутъ быть нѣсколько лицъ Если бы мы сказали «то или другое изъ лицъ, являющихся стороною», то упустили бы изъ виду тотъ случай, когда на той или другой сторонѣ находятся нѣсколько нераздѣльно управомоченныхъ и обязанныхъ лицъ. Тутъ въ виду презумтивнаго представительства каждаго за всѣхъ остальныхъ, смерть одного изъ нихъ не прекращаетъ договора

былъ бы противенъ первоначальному желанію сторонъ. Соображенія, въ виду которыхъ договоръ между сторонами прекращается вслѣдствіе смерти судьи примѣняются и къ тѣмъ случаямъ, когда судья или самъ уклоняется или когда преемникъ его устраняетъ Нѣсколько иначе разрѣшается вопросъ, когда заключены два договора. Договоръ между сторонами и судьею прекращается вслѣдствіе смерти кого либо изъ участниковъ. Когда умираетъ та или другая изъ спорящихъ сторонъ, то, съ одной стороны, судья имѣетъ полное основаніе уклониться отъ своей обязанности, его отношенія къ сторонамъ суть отношенія по поводу личныхъ услугъ, mandat. какъ говоритъ Боатаръ, съ другой стороны, наслѣдникъ умершаго имѣетъ полное право не подчиняться судьѣ, избранному его наслѣдодателемъ: избраніе судьи есть дѣло личнаго довѣрія: никому нельзя навязать третейскаго судью, къ которому не имѣешъ довѣрія. Что же касается договора между сторонами, или условія, включеннаго въ другой договоръ о разрѣшеніи ихъ дѣла третейскимъ судомъ вообще, то тутъ надо имѣть въ виду характеръ тѣхъ правъ, которыя являются спорными, если права эти не преемственны, то третейскій договоръ вслѣдствіи смерти той или другой стороны теряетъ всякую почву—не стало того права, по поводу котораго онъ заключенъ. Если же спорныя права преемственны, то преемственны и права и обязанности по третейскому договору [1]). Юридическіе преемники сторонъ въ спорномъ правоотношеніи не имѣютъ никакого основанія уклоняться отъ исполненія третейскаго договора, заключеннаго ихъ предшественниками.—Что касается преемства inter vivos, то обязанность третейскаго судьи, какъ личная услуга, не можетъ быть, безъ согласія сторонъ, передана другому лицу; но права и обязанности спорящихъ сторонъ по третейскому договору, въ случаѣ правомѣрности преемства въ спорномъ правѣ или спорной обязанности, переходятъ къ законному преемнику.

---

[1]) Schelling н. с. стр. 448. Boitard н. с. т. II стр. 619.

Римское право рѣшало вопросъ о преемствѣ третейскаго договора въ безусловно отрицательномъ смыслѣ [1]); но изъ современныхъ законодательствъ лишь нѣкоторыя напр. наше послѣдовали его примѣру. На основаніи пп. 2 и 4 ст. 1384 уст. гражд. судопр. въ случаѣ смерти истца или отвѣтчика или посредника третейскій судъ прекращается. Осуждать за это нашъ уставъ неосновательно, онъ знаетъ лишь одну форму третейской записи, именно полный третейскій договоръ съ его двойнымъ содержаніемъ. Германскій уставъ оставляетъ неразрѣшеннымъ вопросъ о послѣдствіяхъ смерти той или другой изъ спорящихъ сторонъ; что же касается смерти судьи, то изъ § 857, a contrario, и изъ мотивовъ, Шеллингъ основательно заключаетъ, что смерть посредника, означеннаго въ договорѣ влечетъ за собою прекращеніе всего третейскаго договора [2]). Французскій же кодексъ рѣзко различаетъ и тотъ и другой вопросъ, разрѣшая одинъ отрицательно, другой— утвердительно. Смерть той или другой стороны не прекращаетъ третейскаго договора,—права и обязанности изъ него вытекающія переходятъ къ наслѣдникамъ, когда они совершеннолѣтни. Но смерть судьи всегда прекращаетъ договоръ [3]).

Далѣе, что касается значенія нераздѣльности права, принадлежащаго нѣсколькимъ лицамъ, для силы третейскаго договора, то, спрашивается: обязателенъ ли для всѣхъ лицъ, нераздѣльно соуправомоченныхъ или нераздѣльно сообязанныхъ, третейскій договоръ, заключенный однимъ изъ нихъ? Вопросъ этотъ долженъ быть разрѣшенъ утвердительно. По установившемуся въ наукѣ мнѣнію третейскому договору должно быть, какъ справедливо думаетъ и Виндшейдъ, придано по отношенію къ иску консумирующее значеніе [4]), онъ поглощаетъ искъ въ томъ смыслѣ, что дѣлаетъ невозможнымъ предъявленіе новаго иска въ тотъ же или другой судъ. Распростра-

---

[1]) L. 27 § 1, 45, 49 § 2 D. de recept. qui arbitr. recip. 4. 8.
[2]) Schelling н. с. стр. 446.
[3]) Code de pr. c. §§ 1012, 1013.
[4]) Windscheid н. с. т. II стр 135.

неніе силы третейскаго договора на соуправомоченныхъ и сообязанныхъ можетъ быть доказана такимъ образомъ: рѣшеніе третейскаго суда распространяетъ свою силу и на нераздѣльно соуправомоченныхъ и сообязанныхъ: этого не могло бы быть, если бы самый договоръ не имѣлъ силы по отношенію къ нимъ. Рѣшеніе это находитъ свое основаніе въ договорѣ. На соуправомоченныхъ и сообязанныхъ рѣшеніе распространяетъ свою силу потому, что тотъ изъ нихъ, противъ котораго оно постановлено, разсматривается, какъ мы видѣли выше, какъ презумтивный процесуальный представитель остальныхъ. Понятно, что это представительство начинается не съ момента постановленія рѣшенія, а съ момента заключенія третейскаго договора. Уже въ этотъ моментъ право, какъ единое, принадлежащее всѣмъ соуправомоченнымъ. обязанность, какъ единая, лежащая на всѣхъ сообязанныхъ, заставляетъ разсматривать всѣхъ соуправомоченныхъ и всѣхъ сообязанныхъ, какъ лицъ юридически тождественныхъ. Законодательства оставляютъ этотъ вопросъ совершенно не тронутымъ. Очевидно, однако, что признаніе силы третейскаго договора для соуправомоченныхъ и сообязанныхъ вполнѣ согласно съ духомъ тѣхъ законодательствъ, которыя придаютъ рѣшенію третейскаго суда силу, равную рѣшенію суда государственнаго.—Могутъ сдѣлать противъ этого такое возраженіе: разсматривая каждаго изъ соуправомоченныхъ и сообязанныхъ, какъ представителя остальныхъ и предоставляя каждому изъ участниковъ нераздѣльнаго правоотношенія право заключать третейскій договоръ, мы открываемъ просторъ злоупотребленіямъ— одинъ изъ соучастниковъ, заключая съ противникомъ третейскій договоръ, входитъ въ стачку противъ остальныхъ участниковъ; рѣшеніе постановляется противъ послѣднихъ и они быть можетъ лишаются несомнѣннаго права. На это можно возразить, что каждый изъ нихъ имѣетъ право, не только вступить въ третейскій процесъ до постановленія рѣшенія, но и обжаловать рѣшеніе въ качествѣ третьяго лица, неучаствовавшаго въ дѣлѣ (устава гражд. судопр. ст. 795), предъявить tierce-opposition (Code de. pr c. art. 474).

Мы уже сказали выше что изъ договора третейскаго вытекаетъ рядъ правъ и обязанностей сторонъ. Одна изъ главныхъ есть обязанность истца не предъявлять иска въ государственный судъ [1]); онъ отказывается отъ права своего, по крайней мѣрѣ на время, прибѣгать къ защитѣ суда [2]). При нарушеніи этой-то обязанности отвѣтчикъ вправѣ возразить противъ предъявленнаго къ нему въ государственномъ судѣ иска, что судъ не долженъ разсматривать данный споръ, ибо онъ подлежитъ разрѣшенію третейскаго суда. Но чтобы судъ дѣйствительно уклонился отъ разрѣшенія, необходимо убѣдиться,—дѣйствительно-ли спорное отношеніе, предложенное на разрѣшеніе государственнаго суда и спорное отношеніе, о которомъ идетъ рѣчь въ третейскомъ договорѣ т. е. спорное отношеніе, подлежащее третейскому разбирательству, тождественны. Вотъ, слѣдовательно, когда возникаетъ вопросъ о тождествѣ двухъ спорныхъ отношеній. Но вопросъ этотъ конечно можетъ возникнуть не только тогда, когда спорное отношеніе, подлежащее разрѣшенію суда третейскаго, будетъ предложено на разрѣшеніе государственнаго суда, коему оно подсудно въ силу закона,—но также и въ томъ случаѣ, когда оно ему подсудно въ силу пророгаціоннаго договора. Возможенъ конечно такой случай, когда на разрѣшеніе даннаго пророгированнаго суда предлагается спорное отношеніе, подлежащее третейскому разбирательству. Говоря это, мы имѣемъ въ виду двѣ комбинація, причемъ въ обѣихъ предполагается, что сначала заключены пророгаціонный и третейскій договоры, а затѣмъ предъявляется искъ въ пророгированный судъ. Это, такъ сказать, неизмѣнная величина, измѣняется лишь отношеніе между моментомъ заключенія пророгаціоннаго и моментомъ заключенія третейскаго договора. Такъ пророгаціонный договоръ можетъ быть заключенъ ранѣе третейскаго, или-же сначала можетъ быть заключенъ третейскій договоръ, а послѣ того пророгаціонный и затѣмъ

---

[1]) Windscheid и с. т. 2 стр. 512.
[2]) Мотивы къ ст. 1373 уст. гр. суд. изд. гос. канц. стр. 661.

предъявленъ искъ въ государственный судъ: въ обоихъ случаяхъ при предъявленіи иска въ пророгированный судъ, можно сказать, что на разрѣшеніе суда предложено спорное отношеніе, подлежащее третейскому разбирательству. Укажемъ сначала на первую комбинацію. Тутъ возникаетъ коллизія двухъ договоровъ,—пророгаціоннаго, ранѣе заключеннаго и третейскаго, заключеннаго позже,—или иначе, столкновеніе двухъ силъ,—силы пророгаціоннаго и силы третейскаго договоровъ. Какъ въ томъ случаѣ, когда истецъ и отвѣтчикъ заключили третейскій договоръ, такъ и въ томъ случаѣ, когда пророгаціонный договоръ былъ заключенъ между истцомъ и юридическимъ предшественникомъ отвѣтчика а третейскій между истцомъ и отвѣтчикомъ, а равно, когда пророгаціонный былъ заключенъ между предшественниками истца и отвѣтчика, а третейскій между ними самими,—коллизія разрѣшается по тѣмъ-же правиламъ, по которымъ разрѣшается и коллизія двухъ пророгаціонныхъ договоровъ. Если истецъ предъявитъ искъ въ государственный судъ, компетентный по пророгаціонному договору, то отвѣтчикъ можетъ уклониться отъ отвѣта, ссылаясь на позднѣйшій третейскій договоръ и указывая на тождество спорныхъ отношеній, о которыхъ идетъ рѣчь въ обоихъ договорахъ.

вв) На разрѣшеніе третейскаго суда предложено спорное отношеніе, подлежащее, по соглашенію сторонъ, разрѣшенію государственнаго суда.

Этотъ случай есть вторая комбинація, о которой сказано выше. Онъ разрѣшается такимъ образомъ, что пророгаціонный договоръ сохраняетъ свою силу и слѣд. если истецъ предъявляетъ искъ въ государственный судъ, отвѣтчикъ не можетъ настаивать на третейскомъ разбирательствѣ. Сначала былъ заключенъ третейскій договоръ, а затѣмъ пророгаціонный; возникаетъ коллизія этихъ двухъ договоровъ или столкновеніе двухъ силъ: третейскаго ранѣе заключеннаго и пророгаціоннаго позже заключеннаго. Если истецъ будетъ настаивать на разрѣшеніе дѣла судомъ третейскимъ, то отвѣт-

чикъ можетъ ссылаться на пророгаціонный договоръ, такъ какъ первый лишился силы; при этомъ онъ можетъ указать на тождественность споровъ, о коихъ идетъ рѣчь въ обоихъ договорахъ. Коллизія разрѣшается и здѣсь по тѣмъ же правиламъ. какъ и коллизія двухъ пророгаціонныхъ договоровъ,— послѣдній изъ договоровъ, т. е. пророгаціонный, сохраняетъ свою силу; слѣдов. компетентнымъ остается судъ государственный.

гг) На разрѣшеніе третейскаго суда предложено спорное отношеніе, подлежащее разрѣшенію другаго третейскаго-же суда.

Этотъ случай коллизіи двухъ третейскихъ договоровъ или столкновенія двухъ силъ совершенно аналогиченъ съ предидущимъ.

б) На разрѣшеніе даннаго суда предложено спорное отношеніе, уже находящееся на разсмотрѣніи другаго суда.

Сюда относятся слѣдующіе случаи:

аа) На разрѣшеніе государственнаго суда предложено спорное отношеніе, уже находящееся на разсмотрѣніи другаго государственнаго суда.

Въ этомъ случаѣ рождается вопросъ о тождествѣ двухъ спорныхъ отношеній: спорнаго отношенія, предложеннаго на разрѣшеніе суда и спорнаго отношенія, находящагося уже на разрѣшеніи суда. Спрашивается, когда-же, съ какого момента спорное отношеніе считается уже находящимся на разсмотрѣніи суда. Повидимому, вопросъ простой, да и отвѣтъ тоже:— съ того момента, когда судъ принялъ споръ къ своему разсмотрѣнію. Но обращаясь къ теоріи процеса, мы находимъ, что вопросъ этотъ съ давнихъ временъ является однимъ изъ самыхъ трудныхъ, въ виду трудности точнаго опредѣленія указаннаго момента и вопросомъ въ новѣйшее время спорнымъ. Господствующее мнѣніе признаетъ, что споръ считается уже находящимся на разсмотрѣніи суда т. е. процесъ считается возникшимъ съ момента установленія,

засвидѣтельствованія спорнаго состоянія, съ момента litis contestatio. Но что такое litis contestatio, имѣетъ-ли она въ настоящее время какое-либо значеніе?—Это вопросъ спорный. Іерингъ совершенно вѣрно объясняетъ происхождніе litis contestatio. Въ Римѣ, какъ и вездѣ, былъ періодъ (древнѣйшій) самоуправнаго осуществленія права. Вездѣ рано или поздно сказывается потребность въ улаженіи спорныхъ отношеній менѣе суровымъ путемъ чѣмъ самоуправство; но потребность эта удовлетворяется различными средствими: обыкновенно наступаетъ періодъ вмѣшательства авторитета установившейся, пришедшей къ сознанію своихъ задачъ, государственной власти. Древній Римъ однако выработалъ еще промежуточную стадію, а именно миролюбивое окончаніе спора путемъ особаго договора, litis contestatio; въ силу этого, говоря языкомъ позднѣйшихъ временъ, третейскаго договора стороны поручали разрѣшеніе ихъ спора третьему лицу. Этотъ судья не былъ облеченъ властью, онъ только говорилъ, кто правъ, кто не правъ. Слѣдовательно, этотъ судья не былъ еще судьею въ новѣйшемъ смыслѣ; въ наше время процесъ есть враждебное отношеніе, тутъ онъ результатъ миролюбиваго соглашенія. Не будь этого договора, истецъ имѣлъ-бы полное право дѣйствовать собственною силою,—договоръ его удерживаетъ; въ силу договора онъ отказывается отъ права дѣйствовать силою, но если отвѣтчикъ не исполнитъ своей обязанности, не предстанетъ на судъ, то истецъ вправѣ нарушить договоръ и дѣйствовать силою. Договоръ этотъ заключался торжественно, въ присутствіи свидѣтелей и лица, избраннаго судьею. Стороны могли обращаться не только къ частному, но и къ должностному лицу, обладающему знаніемъ права; сначала лицо это въ принятіи роли судьи видѣло дѣло чести, а затѣмъ уже обязано было ее принять. Могло случиться, что избранное судьею должностное лицо, обремененное дѣлами, предлагало за себя въ роли судьи другое лицо [1]); такимъ путемъ образовались исторически двѣ стадіи процесса,—in jure и in judicio. Изъ из-

[1]) Ihering-Geist des röm. Rechts (8 изд.) B. 1. § 12.

ложеннаго можно-бы вывести заключеніе, что по исчезновеніи въ Римѣ самоуправнаго осуществленія права и litis contestatio потеряло значеніе: процесъ in jure всегда происходилъ передъ должностнымъ лицомъ, — государство взяло, въ значительной мѣрѣ, дѣло отправленія правосудія въ свои руки; рѣшеніе уже не могло быть одною sententia, а обладало принудительною силою. Почвы, слѣдовательно, для договора litis contestatio не было. На самомъ дѣлѣ мы видимъ не то. Litis contestatio сохранилось, хотя и не въ смыслѣ договора; конечно, не было надобности, какъ прежде, призывать свидѣтелей, объ нихъ даже не упоминалось). Во время процеса per formulas сохранились двѣ стадіи процесса—in jure и in judicio; первое происходило всегда передъ преторомъ, второе—передъ судьею. Litis contestatio въ общемъ порядкѣ, при ordinarium judicium было удостовѣряемо передъ преторомъ; слѣдовательно, in jure удостовѣрялось, что спорное отношеніе таково, что судья можетъ приступить къ разбирательству [2]). Обѣ стороны обязательно являлись къ претору [3]). О договорномъ отношеніи передъ преторомъ уже не могло быть рѣчи—несомнѣнно, что стороны передъ нимъ уже состязались, но споренъ вопросъ: какое это было состязаніе? По господствующему мнѣнія это было состязаніе по существу дѣла, съ цѣлью только установленія спорныхъ пунктовъ т. е. формулированія иска. Новѣйшее изслѣдованіе Бюлова однако опровергаетъ это мнѣніе. Бюловъ доказываетъ, что преторъ лишь провѣрялъ наличность условій возникновенія процесуальнаго отношенія, т. е. констатировалъ свою компетентность, правоспособность судьи, сторонъ и представителей, принадлежность иска къ числу спорныхъ гражданскихъ отношеній и такъ далѣе. Господствующее мнѣніе взглянуло на стадію in jure, какъ на предварительное состязаніе по существу потому, что въ формулѣ уже формулировался искъ. Бюловъ справедливо указываетъ на оши-

---

[1]) Savigny н. с. т. VI стр. 11.
[2]) Ibid стр. 9.
[3]) Wach-Praclusion стр. 149.

бочность этого вывода: изъ того что изъ всѣхъ условій возникновенія процесуальнаго отношенія только принадлежность иска къ числу гражданскихъ могло быть упомянуто въ формулѣ, нельзя выводить, что преторъ только и дѣлалъ, что формулировалъ споръ; на остальныя условія не указывалось въ формулѣ потому, что они не поддавались формулировкѣ. Litis contestatio, говоритъ Быловъ, было результатомъ разносторонняго, исчерпывающаго состязанія и рѣшенія по такимъ вопросамъ, которые вновь не могли подлежать обсужденію; это былъ моментъ, въ который органъ государственной власти, по надлежащемъ контролированіи, признавалъ, что споръ или долженъ быть разрѣшенъ судьею или подлежитъ устраненію [1]). Таковымъ несомнѣнно было litis contestatio при разсмотрѣніи дѣла обыкновеннымъ порядкомъ, при ordinarium judicium. Но какое значеніе оно имѣло при производствѣ дѣла extra ordinem, при extraordinarium judicium? Вопросъ очень важный, ибо скоро наступило время, когда этотъ исключительный порядокъ сталъ общимъ. Если смотрѣть на дѣло непредубѣжденнымъ взглядомъ Бюлова, то litiscontestatio при extraord. iudicium, въ смыслѣ начальнаго акта процесса, не можетъ быть и рѣчи. Самые ярые приверженцы взгляда на litis contestatio какъ на вѣчный институтъ, напр. Савиньи, сами сознаются, что, такъ какъ въ виду важныхъ юридическихъ послѣдствій, связанныхъ съ litis contestatio и здѣсь (т. е. при extra ord. iudicium) его нельзя было избѣжать, то нужно было отыскать моментъ наиболѣе аналогичный моменту формальной litis contestatio [2]). Императоры Северъ и Антонинъ въ конституціи 202 г. и указали на такой моментъ, а именно:... lis enim tunc contestata videtur qumijudex per narrationem negotu causam audire coeperit. Выходитъ, что litis contestatio, по аналогіи, искуственно создается (въ виду связанныхъ съ ней послѣдствій), причемъ берется тотъ моментъ, когда стороны вполнѣ высказали передъ преторомъ свои притязанія и возраженія. Созданіе очевидно

[1]) Bülow—Fictionen стр. 285—296.
[2]) Savigny н. с. т. VI стр. 16.

искуственное, оправдываемое только практическимъ мотивомъ, ради котораго оно создано. Искать въ немъ другихъ, внутреннихъ основаній, видить въ немъ нѣчто логически неизбѣжное, вѣчное, едва-ли основательно.—Тѣмъ не менѣе въ наукѣ мы находимъ именно это воззрѣніе. Такъ Ветцель [1]), Рено [2]), Альбрехтъ [3]) и другіе придаютъ litis contestatio неизмѣнно логическое значеніе въ смыслѣ акта, благодаря которому стороны своими заявленіями,—одна о своемъ правѣ, другая объ отрицаніи этого права—дѣлаютъ для суда внѣ сомнѣнія наличность спора. Выходитъ такъ, что судъ не можетъ разрѣшить спора, не будучи убѣжденнымъ въ томъ, прежде всего, что споръ имѣетъ мѣсто,—до фактовъ, обосновывающихъ или парализующихъ искъ ему, до поры до времени, еще дѣла нѣтъ,—эти факты предъявляются впослѣдствіи—для начала процеса важны лишь голыя заявленія сторонъ. Противъ этой крайней, неимѣющей реальной почвы обстракціи можно лишь возразить то, что сказалъ про нее Савиньи [4]) что отъ такого момента процеса никакихъ выгодъ ожидать нельзя, онъ только затягивалъ-бы процесъ; связать съ нимъ какія либо практическія послѣдствія не возможно. И дѣйствительно, какое значеніе можетъ имѣть актъ, состоящій въ томъ, что истецъ заявляетъ, что право его нарушено, а отвѣтчикъ—что онъ отрицаетъ право истца—голыя заявленія безъ указанія фактовъ правопроизводящихъ и правоотрицающихъ даже не мыслимы. Съ другой стороны, весьма распространено упомянутое выше мнѣніе, высказываемое Савиньи, [5]) Келлеромъ [6]) и другими, что litis contestatio есть первоначальное состязаніе сторонъ, въ которомъ выясняются факты, приводимые сторонами,

---

[1]) Wetzell н. с. стр. 117.

[2]) Renaud н. с. стр. 165.

[3]) Albrecht—Die Exceptionen des gemeinen Civilrechts 1859. Berlin. S. 136.

[4]) Saviguy н с. т. VI стр. 42.

[5]) Ibid. т. VI стр. 9.

[6]) Keller н. с. стр. 68.

опредѣляется спорный пунктъ. Согласно этому мнѣнію въ процесѣ до рѣшенія мы видимъ двѣ стадіи *состязанія* (Verhandlung): первая заканчивается опредѣленіемъ спорныхъ пунктовъ—это litis contestatio, вторая — разрѣшеніемъ спорнаго пункта; судъ въ этой стадіи, какъ говоритъ Биркмайеръ, занятъ тѣмъ, *какъ* разрѣшить опредѣлившійся спорный пунктъ. Это воззрѣніе есть воспроизведеніе упомянутаго нами взгляда римлянъ на litis contestatio при extraord. judic. О негодности его для современнаго процеса не можетъ быть и сомнѣнія. Рѣзко формальное разграниченіе отдѣльныхъ стадій процеса противно духу современныхъ законодательствъ; состязанія по опредѣленію спорнаго пункта и по разрѣшенію спора сливаются нынѣ воедино. Странно было бы сказать, что устный процесъ напр. въ нашемъ мировомъ судѣ не считается еще начавшимся въ самый разгаръ состязанія, когда судья опредѣляетъ спорный пунктъ; иногда этотъ спорный пунктъ выясняется въ самомъ концѣ состязанія и тогда слѣдовательно моментъ прекращенія спора совпадаетъ съ моментомъ возникновенія его. Но нѣкоторые ученые, напр. Биркмайеръ [1]), Тардифъ [2]), Боатаръ [3]) и др., придерживаются средняго мнѣнія. Главное значеніе въ смыслѣ начальнаго момента процеса они придаютъ установленію судьею наличности спора и находятъ этотъ моментъ въ началѣ состязанія, когда состязаніе, plaidoirie, Verhandlung, *началось*. Спрашивается: а какъ быть когда состязаніе вовсе не началось, т. е. его не было за отсутствіемъ отвѣтчика? Ставя этотъ вопросъ, переходимъ, дабы отвѣтить на него, къ разсмотрѣнію того положенія, которымъ Бюловъ [4]) опровергаетъ значеніе litis contestatio для современнаго процеса. О litis contestatio можно говорить лишь тогда, когда вступленіе въ процесъ для отвѣтчика безусловно обязательно. При этомъ условіи, т. е. при

---

[1]) Birkmayer, н. с стр. 72.
[2]) Tardif—Etudes sur la Litis contestatio en droit Romain. Paris. 1881 p. 319.
[3]) Boitard, н. с. т. I стр. 370.
[4]) Bülow, Fictionen стр. 11—27.

явкѣ обѣихъ сторонъ, дѣйствительно для суда внѣ сомнѣнія, что споръ имѣетъ мѣсто, да и состязаніе возможно. Но какъ быть, когда отвѣтчикъ не является? Тутъ,съ одной стороны, неизвѣстно оспариваетъ ли онъ требованіе истца, съ другой— состязанія вовсе не происходитъ. Чтобы быть послѣдовательными, ученые, придающіе значеніе litis contestatio, въ этомъ смыслѣ, должны были сказать, что въ отсутствіе отвѣтчика процесъ возникнуть не можетъ. Но сказать это они не рѣшились, ибо это равносильно упраздненію суда и водворенію полнаго безправія. Они изобрѣли фикцію, фиктивное вступленіе отвѣтчика въ процесъ. Ложь была выдана за истину, то, чего нѣтъ, было завѣдомо признано существующимъ: данное явленіе (неявка), какъ говоритъ Бюловъ, должно было оказывать дѣйствіе явленія противуположнаго (явки). Несмотря на неявку отвѣтчика, явка его фингируется, процесъ возникаетъ и влечетъ за собою извѣстныя юридическія послѣдствія. Но всякая фикція должна имѣть какое-либо вѣское оправданіе. Чѣмъ же оправдать эту фикцію явки отвѣтчика? Мы понимаемъ римлянъ съ ихъ крайнимъ консерватизмомъ, римлянъ, создавшихъ дѣйствительную litis contestatio и желавшихъ сохранить такъ или иначе свой родной, національный институтъ; они вправѣ были назвать извѣстную стадію процеса старымъ именемъ и связать съ нею извѣстныя юридическія послѣдствія. Но для насъ-то въ настоящее время какую цѣну имѣетъ litis contestatio съ ея неизбѣжною фикціею? Мы полагаемъ, что никакой. Изъ приводимыхъ оправданій ея заслуживаютъ вниманія два: 1) litis contestatio есть необходимое средство устраненія невыгодныхъ для истца послѣдствій, проистекающихъ отъ неизбѣжной продолжительности процеса [1]) и 2) litis contestatio необходима, какъ моментъ, съ котораго обѣ стороны, истецъ и отвѣтчикъ, связаны [2]). Что касается перваго оправданія, то и безъ litis contestatio надлежащимъ обра-

---

[1]) Savigny, н. с. т VI, стр. 48.

[2]) Rauter—Cours de proced. civile Paris 1880. p. 59, См. также Boitard,н с т. I, стр. 370—371 »l. c. est un quasi contrat.»

зомъ гарантируется интересъ истца въ виду продолжительности процеса; эти гарантирующія средства совершенно не зависятъ отъ litis contestatio; это видно изъ того, что то или другое изъ этихъ средствъ связывается съ различными моментами процеса, напр. исчисленіе процесуальныхъ процентовъ по римскому праву начиналось съ litis contestatio, а напр. по нашему праву начинается съ предъявленія иска, по австрійскому—съ извѣщенія объ искѣ. Словомъ, дѣло тутъ вовсе не въ litis contestatio, а въ самихъ гарантирующихъ средствахъ, съ какимъ бы моментомъ процеса они не были связаны. Относительно же второго оправданія надо замѣтить, что, прежде всего, еще вопросъ. насколько раціонально со стороны законодателя запрещать взятіе иска обратно. Доводы, обыкновенно въ пользу его приводимые, весьма сомнительнаго свойства. Такъ Клейншродъ [1]) говоритъ, что интересъ отвѣтчика заключается въ томъ, чтобы разъ предъявленный искъ былъ разрѣшенъ, напр. если истецъ потребовалъ менѣе, чѣмъ слѣдуетъ, то отвѣтчикъ заинтересованъ въ томъ, чтобы судъ присудилъ это меньшее; если же позволить истцу взять искъ обратно, то онъ, взявъ его, предъявитъ искъ въ надлежащемъ размѣрѣ, что противно интересу отвѣтчика. Положимъ интересъ отвѣтчика тутъ внѣ сомнѣнія, но можетъ ли онъ быть признанъ законнымъ. Едва ли, ибо процесъ не азартная игра, не средство поживиться на счетъ оплошности или промаховъ противника. Точно также неосновательнъ и другой доводъ этого ученаго будто позволеніе брать искъ обратно противно началу равенства сторонъ: отвѣтчикъ обязанъ отвѣчать по иску, и истецъ долженъ продолжать процесъ. На это можно возразить, что никакое равенство тутъ не можетъ быть проведено съ полною обсолютностью, ибо интересы истца и отвѣтчика различны, истецъ имѣетъ право вступить въ процесъ, а отвѣтчикъ обязанъ [2]). Наконецъ, Байеромъ приводится третій доводъ, заключающій въ томъ, что предоставленіе истцу права брать искъ обратно отра-

[1]) Kleinschrod, Klagänderung стр. 68.
[2]) Ibid. стр. 69.

зилось-бы невыгодно на положеніе отвѣтчика въ томъ смыслѣ, что лишило бы его возможности воспользоваться извѣстными выгодами начавшагося процеса напр. признаніемъ истца [1]). На это можно возразить, что отвѣтчикъ вовсе не лишается этихъ выгодъ; признаніемъ истца онъ можетъ воспользоваться и въ будущемъ процесѣ, хотя и въ видѣ внѣ судебнаго. Намъ кажется, что истцу должно быть предоставлено право взять искъ обратно во всякое время; но если отвѣтчикъ терпитъ убытки отъ этого, то ему должно быть предоставлено широкое право на вознагражденіе. Наконецъ, обязанность истца вносить впередъ судебныя пошлины удержитъ его отъ злоупотребленія своимъ правомъ. Но въ виду того, что современныя законодательства напр. французское [2]), германское [3]) и др. запрещаютъ взятіе иска обратно, послѣ Verhandlung zur Hauptsache, plaidoirie, спрашивается, можно ли изъ этого выводить признаніе этими законодательствами litis contestatio. Конечно если называть эти Verhandlung, plaidoirie, litis contestatio, то это вѣрно, но мы не видимъ основанія выводить изъ того, что съ Verhandlung, plaidoirie нельзя брать искъ обратно то что именно этотъ моментъ есть начало процеса; процесъ можетъ давно уже быть начатъ до этого момента, послѣдній только является моментомъ, до котораго можно взять искъ обратно.

Вообще видѣть начало процеса въ томъ или другомъ моментѣ, слѣдующемъ за предъявленіемъ иска, думается, большая ошибка, бросающаяся въ глаза въ разсужденіяхъ каждаго изъ приверженцовъ этого мнѣнія. Казалось бы, если litis contestatio есть начало процеса, то всѣ предшествующія ей акты, моменты не могутъ имѣть юридическаго значенія. Согласитесь, что до начала процеса еще нѣтъ процеса; все, что предшествуетъ ему, еще не есть процесъ. Между тѣмъ, мы видимъ то поразительное явленіе, что моменты, предшествующіе началу процеса имѣютъ въ высшей степени важное значеніе,

---

[1]) Bayer. н. с. стр. 552.
[2]) C. de pr. c. art. 343.
[3]) C. Pr. Ord. § 243.

какъ начальные акты процеса. Выходитъ такъ, что процесъ съ одной стороны есть, а съ другой, что его нѣтъ. Возьмемъ напр. Канштейна. Онъ перечисляетъ всѣ матеріально-правовыя и процесуальныя послѣдствія 1) предъявленія иска, 2) извѣщенія отвѣтчика и 3) litis contestatio [1]). Такъ что по его мнѣнію напримѣръ до начала процеса давность прерывается, искъ не можетъ быть измѣненъ, искъ не можетъ быть предъявленъ въ другой судъ и т. п. Или возьмемъ Ветцеля: онъ считаетъ litis contestatio двустороннимъ актомъ и связываетъ юридическія послѣдствія не только съ этимъ актомъ, но и съ отдѣльными актами, изъ коихъ онъ слагается [2]).

Въ виду изложенныхъ соображеній, намъ кажется, что мнѣніе Бюлова, что litis contestatio нынѣ не имѣетъ никакого значенія, совершенно вѣрно. Спрашивается, съ какого же момента процесъ считается начавшимся, возникшимъ? Бюловъ [3]), а изъ нашихъ юристовъ гг. Побѣдоносцевъ [4]), Муллов [5]) и Анненковъ [6]), совершенно вѣрно признаютъ началомъ процеса моментъ предъявленія иска. Каждый изъ послѣдующихъ моментовъ: извѣщеніе объ искѣ, состязаніе по дѣлу и т. д. имѣютъ свои опредѣленныя, весьма важныя юридическія послѣдствія, но ни одинъ изъ нихъ не есть начало процеса. Слѣд. если мы сказали, что вопросъ о тождествѣ двухъ спорныхъ отношеній рождается въ томъ случаѣ, когда на разрѣшеніе суда предложено спорное отношеніе, уже находящееся на разсмотрѣніи другаго суда, то это слѣдуетъ понимать въ томъ смыслѣ, что вопросъ о тождествѣ возникаетъ при предложеніи на разрѣшеніе государственнаго суда спорнаго отношенія, съ просьбою о разсмотрѣніи котораго истецъ уже обратился къ другому государственному суду. Это состояніе послѣдняго спорнаго отношенія называется Rechtshangigkeit, Litispendenz, lis, какъ говорятъ

[1]) Canstein, н. с. т. II, стр. 27—35.
[2]) Wetzell, н. с. стр. 117, 123 и сл.
[3]) Bulow, н. с. стр. 22.
[4]) Побѣдоносцевъ. Курсъ гражд. права, т. I стр. 178.
[5]) Муллов въ рец. въ журн. гражд. и угол. права 1874. кн. 5 стр. 252.
[6]) Анненковъ, н. с. т. I, стр. 299.

римляне, pendet. Эта Litispendenz имѣетъ то значеніе, что ею исключается новый тождественный споръ. Истецъ, начавъ разъ процессъ, уже лишается права предъявить искъ вновь въ другой судъ; въ виду же различія воззрѣній ученыхъ на моментъ, съ котораго процессъ считается начавшимся, одни считаютъ одно предъявленіе перваго иска достаточнымъ, чтобы другой искъ былъ исключенъ, другіе требуютъ еще litis contestatio. Иначе говоря, одни напр. Бюловъ [1]), Швальбахъ [2]), придаютъ силу акту предъявленія иска, другіе напр. Рено [3]) Канштейнъ [4])—litis contestatio. Эта *законная сила* и заключается въ томъ, что исключается возможность разрѣшенія того же спора другимъ судомъ. Съ этимъ актомъ слѣд. связаны извѣстные права и обязанности сторонъ: обязанность истца не предъявлять иска въ другой судъ, право отвѣтчика уклоняться отъ отвѣта въ другомъ судѣ. Эту зконную силу можно назвать консумирующею, — но никакъ не въ томъ смыслѣ, что разъ начатый процессъ абсолютно исключаетъ возможность предъявленія иска, даже если искъ не будетъ разрѣшенъ, а только устраненъ. Справедливо замѣчаетъ Эндеманъ [5]), что консумирующее значеніе litis contestatio заключается исключительно въ томъ, что искъ вновь предъявленъ быть не можетъ, пока дѣло находится на разрѣшеніи другаго суда.

Обратимся къ современнымъ законодательствамъ. Германское право нынѣ стало на вѣрную почву. Прежнее общегерманское требовало, чтобы первый искъ не только былъ предъявленъ, но и чтобы уже наступила litis contestatio [6]), т. е. чтобы отвѣтчикъ уже заявилъ отрицаніе правъ истца, или пропустилъ срокъ этого заявленія т. е. чтобы

---

[1]) Bulow н. с. стр 22.

[2]) Schwalbach—Uber Rechtshangigkeit und formelle Rechtskraft въ Arch f civil. Praxis 1881. B. 64 S 269.

[3]) Canstein н с т. II стр. 27.

[4]) Renaud н. с. стр. 164.

[5]) Endemann н. с. стр 404 пр. 47.

[6]) Franck—Uber den Begriff der Litispendenz im Civilprocess въ Arch. für die civil. Praxis B. 16 S. 434 и слѣд.

наступило litis contestatio, дѣйствительная или фиктивная; лишь при этомъ условіи отвѣтчикъ могъ устранить искъ. Уставъ 1877 г., признавъ это условіе излишнимъ, установилъ то правило, что lis pendet съ момента предъявленія иска. [1]) Нашъ уставъ даетъ весьма широкое правило, а именно онъ не говоритъ, что lis pendet съ момента предъявленія иска, а требуетъ лишь для Litispendenz, чтобы дѣло производилось т. е. находилось въ производствѣ; а дѣло считается находящимся въ производствѣ со времени предъявленія иска [2]). Иного взгляда держатся австрійское и французское право. Австрійскій кодексъ постановляетъ, что Litispendenz установляется съ момента извѣщенія отвѣтчика [3]), тоже самое выставляетъ и французская теорія и практика. Code de pr. civile не даетъ на этотъ счетъ прямыхъ указаній и тѣмъ самымъ открываетъ поле толкованію. Исходя изъ того, что Code de pr. civile признаетъ началомъ процеса litis contestatio, а именно признаетъ, что „l'affaire sera en état, lorsque la plaidoirie sera commencée . . . или, quand l'instruction (par écrit) sera complete“ [4]) можно бы было заключить, что litispendence начинается съ этого момента. Между тѣмъ, ни слова закона, ни мнѣнія ученыхъ, ни практика этого не подтверждаютъ. Такъ, art. 171 требуетъ лишь отъ иска, находящагося en litispendence, чтобы онъ былъ formé en un autre tribunal. Боатаръ поясняетъ это такимъ образомъ, чтобы другой судъ былъ deja saisi de la meme demande, что Кольме-Дожъ дополняетъ замѣчаніемъ, что требуется explois d'ajournement [5]), а по мнѣнію Бонье „forme, c'est a dire introduite par assignation au par requete [6]). Съ этимъ согласна и практика, признающая рѣшающее въ этомъ смыслѣ значеніе за assignation [7]) Такъ что, можно сказать, по фран-

---

[1]) C. Pr. Ord. § 235.
[2]) Уст. гр суд. ст. 571.
[3]) Öst. Ger. Ord. § 40. см. Canstein н. с. т. II стр. 32.
[4]) Code de pr. c. art 343.
[5]) Boitard н. с. т. 1 стр 331 332 пр. 1.
[6]) Bonnier н. с. стр. 161—162.
[7]) Dalloz—Repert. de legislation. Ed. 1863 t. 2 p. 107.

цузскому праву искъ считается pendent съ момента извѣщенія отвѣтчика. Словомъ, и по австрійскому и по французскому праву вопросъ о тождествѣ спорныхъ отношеній еще не можетъ возникнуть, когда два иска предъявлены въ разные суды; для этого необходимо, чтобы одинъ искъ былъ предъявленъ, а о другомъ, кромѣ того, былъ еще извѣщенъ отвѣтчикъ.

Но спрашивается: до какого момента продолжается эта Litispendenz, это нахожденіе дѣла на разсмотрѣніи суда? Вопросъ этотъ имѣетъ весьма важное значеніе въ томъ случаѣ, когда exceptio rei judicatae влечетъ за собою отказъ въ искѣ, absolutio ab actione, а exceptio litis pendentis—прекращеніе производства, absolutio ab instantia. Въ этомъ случаѣ очень важно знать, до какого момента можно предъявить exceptio litis pendentis, и съ какого момента нужно предъявить, не ее, а exceptio rei judicatae. Но если послѣдствія обоихъ возраженій одинаковы, то и важность точнаго разграниченія значительно умаляется. Въ виду принимаемаго нами безразличія послѣдствій этихъ возраженій, скажемъ лишь пару словъ по поводу поставленнаго вопроса: моментъ до котораго можетъ быть предъявлена exc. l. pend. есть моментъ вступленія рѣшенія въ законную силу, такъ что если рѣшеніе и постановлено, но срокъ обжалованія еще не истекъ, дѣло находится во второй инстанціи — новый тождественный искъ исключается путемъ предъявленія не exceptio rei judicatae, а exceptio letis pendentis.

Права и обязанности, вытекающія изъ факта предъявленія иска или извѣщенія отвѣтчика тѣснѣйшимъ образомъ связаны съ правомъ иска, а это въ свою очередь—съ тѣмъ матеріальнымъ правомъ, которое является поводомъ иска. Кому принадлежитъ данное матеріальное право, тому принадлежитъ и право иска, тотъ и связанъ тою обязанностью, которая вытекаетъ изъ факта предъявленія иска или извѣщенія отвѣтчика. Если такъ, то характеръ матеріальнаго права долженъ отразиться на этой обязанности (и на соотвѣтствующемъ правѣ), а именно, преемственность или непреемственность,

раздѣльность или нераздѣльность права. Если преемственно данное спорное право, а слѣдоват. и обязанность, то преемственны и обязанность непредъявлять иска въ другой судъ и право уклониться отъ отвѣта въ другомъ судѣ; съ переходомъ этого же права и этой же обязанности mortis causa или актомъ inter vivos переходитъ и искъ и отвѣтъ по иску; если истецъ былъ обязанъ непредъявлять иска въ другой судъ, то и на юридическомъ преемникѣ его лежитъ эта обязанность; если отвѣтчикъ имѣетъ право противиться предъявленію истцемъ иска въ другой судъ, то это право принадлежитъ и его юридическому преемнику. Это прямой выводъ изъ того общепризнаннаго положенія, что право иска можетъ переходить *во время процесса* отъ лица къ лицу т. е. иначе говоря, во время процесса могутъ переходить къ другому лицу процессуальные права и обязанности.—Затѣмъ, что касается случаевъ нераздѣльности правъ и обязанностей нѣсколькихъ лицъ, то право иска и отвѣтъ по иску и обязанность непредъявлять искъ уже разъ предъявленный и право уклоняться отъ отвѣта по этому иску—принадлежитъ всѣмъ сообязаннымъ и соуправомоченнымъ. Если одинъ изъ соуправомоченныхъ предъявилъ искъ, то тѣмъ конечно исключается возможность предъявленія иска о томъ же правѣ другимъ соуправомоченнымъ противъ того-же отвѣтчика; соуправомоченный можетъ присоединиться какъ соучастникъ къ первоначальному истцу. Точно также привлеченіе къ отвѣту одного изъ сообязанныхъ исключаетъ необходимость привлекать къ отвѣту другаго сообязаннаго. Каждый истецъ привлекаетъ отвѣтчика за всѣхъ остальныхъ; каждый отвѣтчикъ отвѣчаетъ за всѣхъ остальныхъ. Словомъ, и права и обязанности, вытекающія изъ факта предъявленія иска или извѣщенія отвѣтчика также нераздѣльны.—Какъ-бы яснымъ не представлялось намъ подобное рѣшеніе вопроса, однако въ теоріи съ нимъ соединенъ одинъ изъ самыхъ спорныхъ, затруднительныхъ вопросовъ. Это-то и есть собственно вопросъ о консумирующемъ значеніи litis contestatio при корреалитетѣ. Такъ Са-

виньи [1]) и Келлеръ [2]) признаютъ консумирующее, прекращающее значеніе litis contestatio по отношенію къ корреалитету только въ древнемъ до-юстиніановомъ правѣ. Тогда, говоритъ Савиньи, искъ, предъявленный однимъ совѣрителемъ дѣлалъ уже невозможнымъ предъявленіе иска другимъ; предъявленіе иска противъ одного изъ содолжниковъ исключало возможность предъявленія иска противъ остальныхъ. Но въ новѣйшемъ правѣ эта консумція уже не признается. Съ конституціи Императора Юстиніана 531 г. начинается ея вытѣсненіе; то мѣсто источниковъ, которое даетъ поводъ думать, что консумирующая сила litis contestatio еще сохранилась въ позднѣйшемъ правѣ является ничѣмъ инымъ, какъ опискою комментаторовъ. Другіе ученые напр. Арндтсъ [3]), Пухта [4]), Виндшейдъ [5]) стоятъ за то, что консумирующая сила litis contestatio сохранилась и въ новѣйшемъ правѣ. Ихъ доводы совершенно основательны, но по отношенію къ римскому праву. Такъ Арндтсъ говоритъ, что Савиньи напрасно ссылается на описки комментаторовъ; многія мѣста источниковъ до очевидности ясно и рѣшительно высказываются въ пользу консумціи. И дѣйствительно, масса этихъ мѣстъ не даетъ никакого права признавать ихъ искаженіями, описками. Но оба только что названные ученые согласны лишь въ томъ, что въ новѣйшемъ римскомъ правѣ уже не признавалась консумирующая сила litis contestatio по отношенію къ пассивному корреалитету. Они правы. Уже одна вышеназванная конституція Юстиніана не даетъ основанія признать консумирующую силу litis contestatio въ абсолютномъ смыслѣ. Арндтсъ, возражая Савиньи, совершенно вѣрно замѣчаетъ, что взглядъ послѣдняго на непризнаніе консумціи въ новѣйшемъ правѣ и относительно активнаго корреалитета противенъ существу корреалитета. Намъ кажется, что тоже самое

---

[1]) Savigny—Das Obligationen recht B. I S. 180—181

[2]) Keller—и. с S 49.

[3]) Arndts—и. с. § 171 пр. 4.

[4]) Puchta. Institutionen § 235.

[5]) Windscheid. и. с. т. II § 296 пр. 1.

можно сказать Арндтсу относительно того пункта, въ которомъ онъ соглашается съ Савиньи т. е. относительно пассивнаго корреалитета. Конечно, онъ стоитъ на почвѣ римскаго, но какъ видно отрицаетъ консумирующее значеніе litis contestatio относительно пассивнаго корреалитета и для современнаго права. Есть ли логическое основаніе признавать это значеніе относительно активнаго и не признавать относительно пассивнаго корреалитета? Не видимъ никакого. Новѣйшій изслѣдователь корреалитета Рикъ [1]) послѣдовательнѣе Арндтса—онъ признаетъ безусловное консумирующее значеніе litis contestis для корреалитета и конституціи 531 с. придаетъ чисто позитивное значеніе, значеніе закона, коимъ въ Римѣ была отмѣнена консумирующая сила litis contestatio только для пассивнаго корреалитета.

Современныя законодательства умалчиваетъ о консумирующемъ значеніи litis contestio или вѣрнѣе о таковомъ значеніи предъявленія иска или извѣщенія о немъ отвѣтчика при нераздѣльныхъ правоотношеніяхъ. Истолкователи ихъ, нерѣдко стоя на точкѣ зрѣнія Савиньи, отрицаютъ консумирующее значеніе этихъ актовъ; напр. Ферстеръ [2]) отрицаетъ его по отношенію къ прусскому праву, но тутъ-же этотъ ученый указываетъ на случай изъ практики, (какъ видно, соглашаясь съ его разрѣшеніемъ) въ которомъ судъ высказалъ, что кредиторъ не можетъ одновременно искать съ нѣсколькихъ содолжниковъ весь предметъ; ошибка Ферстера и другихъ кажется заключается въ томъ, что они понимаютъ консумирующую силу litis contestatio какъ силу навсегда, безусловно погашающую право. Съ этой точки зрѣнія они правы: современному праву чуждъ взглядъ на предъявленія иска или извѣщеніе отвѣтчика, какъ на актъ окончательно рѣшающій судьбу даннаго права. Но ученые эти не правы, если понимать консумцію въ смыслѣ Эндемана. Вообще относительно

---

[1]) Ryck - н. с. стр. 69—72.
[2]) Förster—н. с. т I стр. 346

современныхъ законодательствъ надо замѣтить, что отсутствіе прямыхъ указаній даетъ лишь основаніе признать консумирующую въ упомянутомъ смыслѣ, силу актовъ, коими открывается процесъ.

Въ виду изложеннаго можно сказать, что права и обязанности сторонъ, вытекающія изъ факта предъявленія иска или извѣщенія отвѣтчика распространяютъ свою силу и на юридическихъ преемниковъ тяжущихся или на лицъ, имѣющихъ съ ними нераздѣльное право или нераздѣльную обязанность.

Что касается, наконецъ, того случая, когда судъ, въ которомъ процесъ начался, компетентенъ въ силу пророгаціи, то нужно замѣтить, что совершенно безразлично, будетъ ли судъ этотъ компетентенъ въ силу закона или договора. Въ послѣднемъ случаѣ при новомъ предъявленія иска истецъ нарушаетъ обязанность, лежащую на немъ въ силу не только того факта, что процесъ уже начатъ въ другомъ судѣ, но и въ силу пророгаціоннаго договора, хотя конечно ближайшимъ образомъ обязанность истца основана на *законѣ*.

бб) На разрѣшеніе государственнаго суда предложено спорное отношеніе, уже находящееся на разсмотрѣніи третейскаго суда.

Въ этомъ случаѣ вовсе не важно установленіе того момента, съ котораго споръ считается находящимся на разсмотрѣніи третейскаго суда. Онъ считается таковымъ съ момента вступленія въ силу третейскаго договора. На этотъ случай считаемъ нужнымъ лишь указать, ибо можетъ случиться, что во время третейскаго разбирательства истцомъ будетъ предъявленъ искъ въ государственный судъ—тутъ также, какъ и въ томъ случаѣ, когда къ третейскому разбирательству еще не приступлено, а лишь должно быть приступлено, можетъ возникнуть вопросъ о тождествѣ спорнаго отношенія, предложеннаго на разрѣшеніе суда и спорнаго отношенія, находящагося уже на разсмотрѣніи третейскаго суда. Этотъ случай совершенно аналогиченъ съ тѣмъ, когда на разрѣшеніе

государственнаго суда предложено спорное отношеніе, подлежащее третейскому разбирательству. И тутъ надо различать, предъявленъ ли искъ, подлежащій третейскому разрѣшенію, въ государственный судъ, компетентный по закону или въ силу пророгаціи, и въ послѣднемъ случаѣ опять двѣ комбинаціи: заключенъ-ли пророгаціонный договоръ ранѣе третейскаго, или третейскій—ранѣе пророгаціоннаго. И тутъ коллизія двухъ договоровъ разрѣшается въ пользу позднѣйшаго договора; слѣдовательно, если на разрѣшеніи пророгированнаго, ранѣе заключенія третейскаго договора, суда предложено спорное отношеніе, уже находящееся на разрѣшеніе третейскаго суда, то споръ подлежитъ разрѣшенію суда третейскаго, а если на разрѣшеніе пророгированнаго, послѣ заключенія третейскаго договора, суда предложено спорное отношеніе уже находящееся на разрѣшеніе третейскаго суда, то споръ подлежитъ разрѣшенію суда пророгированнаго.

вв) На разрѣшеніе третейскаго суда предложено спорное отношеніе, уже находящееся на разсмотрѣніи государственнаго суда.

Тутъ рождается вопросъ такого рода: имѣетъ-ли силу третейскій договоръ по дѣлу, находящемуся на разсмотрѣніи государственнаго суда? Когда споръ находится на разсмотрѣніи государственнаго суда въ силу пророгаціоннаго договора, то возникаетъ коллизія третейскаго и пророгаціоннаго договоровъ или столкновеніе силъ этихъ договоровъ, столкновеніе, разрѣшающееся уже извѣстнымъ намъ способомъ: всегда позднѣйшій договоръ остается въ силѣ—ранѣе заключенный теряетъ силу (см. случай *а, вв*). Но какъ быть, если судъ, на разсмотрѣніи коего споръ находится, компетентенъ въ силу закона? Когда обѣ стороны знали, что искъ предъявленъ въ государственный судъ, то третейскій договоръ является соглашеніемъ, коимъ отмѣняется сила акта предъявленія иска въ государственный судъ и третейскій договоръ сохраняетъ полную силу. Истецъ вступилъ въ третейскій договоръ съ очевиднымъ намѣреніемъ не продол-

жать дѣла въ государственномъ судѣ; если бы онъ, однако, всетаки продолжалъ его, то отвѣтчикъ можетъ этому противится, указавъ на тождество обоихъ спорныхъ отношеній. Далѣе, одна сторона, именно отвѣтчикъ, можетъ не знать, что истецъ предъявилъ искъ въ государственный судъ и заключаетъ съ нимъ третейскій договоръ или обѣ стороны могутъ не знать, что между ихъ юридическимъ предшественниками уже существуетъ споръ и заключаютъ третейскій договоръ— третейскій договоръ сохраняетъ свою силу по тѣмъ же основаніямъ, по которымъ при коллизіи пророгаціоннаго и третейскаго силу сохраняетъ послѣдній изъ заключенныхъ сторонами договоровъ. Потому то, если истецъ пожелаетъ продолжать въ государственномъ судѣ уже начатый процессъ, то отвѣтчикъ, указавъ на тождество споровъ, можетъ стоять за силу третейскаго договора.

г) На разрѣшеніе третейскаго суда предложено спорное отношеніе уже находящееся на разсмотрѣніи другаго третейскаго суда.

Въ этомъ случаѣ стороны во время третейскаго разбирательства заключаютъ новый третейскій договоръ, — коимъ обезсиливается прежній. Коллизія двухъ третейскихъ договоровъ. какъ уже было сказано выше, разрѣшается въ пользу позднѣйшаго и вопросъ о тождествѣ возникаетъ, когда истецъ будетъ настаивать на продолженіе начавшагося третейскаго разбирательства; отвѣтчикъ, указавъ на тождество споровъ, можетъ уклониться отъ отвѣта.

д) На разрѣшеніе даннаго суда предложено спорное отношеніе, прекратившееся рѣшеніемъ другаго суда.

Сюда относятся слѣдующіе случаи:

а) На разрѣшеніе государственнаго суда предложено спорное отношеніе, прекратившееся рѣшеніемъ государственнаго-же суда

Вопросъ о тождествѣ двухъ спорныхъ отношеній можетъ возникнуть, когда истецъ, послѣ того какъ судъ постановилъ рѣшеніе, снова предъявляетъ тотъ же искъ. Рѣшеніе суда

прекратило споръ и это означаетъ, что этого спора болѣе нѣтъ и онъ, слѣдовательно, не можетъ быть предметомъ новаго разбирательства. Въ этомъ смыслѣ говорятъ о законной силѣ судебнаго рѣшенія т. е. о способности его исключать новое рѣшеніе уже рѣшеннаго спора. Съ постановленія рѣшенія и вступленія его въ законную силу связаны извѣстныя права и обязанности для тяжущихся сторонъ—истецъ обязанъ не предъявлять тотъ же искъ на разсмотрѣніи другаго (или того же) суда, отвѣтчикъ—вправѣ уклониться отъ отвѣта. Но мы выше видѣли, что уже съ моментомъ предъявленія иска (litis contestatio) соединены эта обязанность и это право. Слѣдовательно, нельзя сказать, что съ момента постановленія рѣшенія возникаетъ новая обязанность, новое право. Дѣйствительно, они не новы, но по постановленіи рѣшенія получаютъ лишь болѣе прочное основаніе. Отвѣтчикъ, будучи вновь привлеченъ къ отвѣту послѣ постановленія рѣшенія, конечно, можетъ уклониться отъ отвѣта указаніемъ на то, что искъ противъ него предъявленъ; но зачѣмъ ему ссылаться только на предъявленіе, когда искъ не только предъявленъ, но уже разрѣшенъ? Если онъ указываетъ, какъ на основаніе своего уклоненія, на фактъ предъявленія иска, то ему предоставляется уклониться именно въ виду того предположенія, что дѣло еще будетъ разбираться; но по прекращеніи спора рѣшеніемъ—это предположеніе отпадаетъ, дѣло уже разрѣшено, слѣдовательно указывать ему на одинъ лишь фактъ предъявленія иска послѣ рѣшенія дѣла уже нѣтъ основанія; онъ ссылается на то, что дѣло уже рѣшено. [1]) Такъ что въ моментъ окончанія спора имѣется тоже самое право отвѣтчика, какое имѣется въ моментъ предъявленія иска (по нашему и по германскому праву) или извѣщенія отвѣтчика (по австрійскому и французскому праву)—лишь основаніе его другое. Дѣйствительно, при litis contestatio (скажемъ для краткости) искъ консумируется, доколѣ онъ находится на раз-

[1]) Швальбахъ въ этомъ смыслѣ весьма удачно выразился: die exc litis pendentis ist der Vorläufer der exc rei judicatae-Schwalbach н. с. стр. 284.

мотрѣніи суда; стоитъ истцу взять его обратно и искъ снова, такъ сказать, оживаетъ; при окончательномъ же рѣшеніи спора уже не можетъ быть рѣчи объ оживленіи—искъ прекращается, консумируется безповоротно Эта рѣшительная консумція и есть законная сила рѣшенія.

Но говоря это, мы далеки отъ мысли понимать консумцію въ томъ смыслѣ, какъ она обыкновенно понимается т. е. какъ погашеніе матеріальнаго права. Consumere значитъ поглащать; примѣняя это выраженіе къ данному случаю, можемъ сказать, что рѣшеніе поглотило искъ, или иначе, благодаря рѣшенію уже не возможно никогда предъявить тотъ же искъ. Разница между консумціею иска фактомъ предъявленія его и консумціею его рѣшеніемъ, прежде всего, та, что устраняется возможность новаго спора, въ первомъ случаѣ, до тѣхъ поръ пока искъ не будетъ судомъ устраненъ пли истцомъ взятъ обратно, во второмъ—на всегда. Различіе это, въ виду признанія нами, какъ показано будетъ ниже, возраженія о рѣшенномъ дѣлѣ возраженіемъ процессуальнымъ (какъ и возраженіе litis pendentis)—не существенно. И въ томъ и другомъ случаѣ искъ устраняется (abolutio ab instantia), въ первомъ случаѣ съ сохраненіемъ возможности предъявленія новаго иска, во второмъ—безъ того. Эта законная, консумирующая сила рѣшенія въ значительной мѣрѣ ограничиваетъ, иногда основательно, иногда неосновательно. Заслуга Келлера [1]) въ этомъ вопросѣ общеизвѣстна; но ни онъ, ни другіе, какъ кажется, не воспользовались ею надлежащимъ образомъ. Онъ совершенно правъ, что не видитъ консумціи въ томъ случаѣ, когда извѣстное право признано за истцомъ и отвѣтчикъ предъявляетъ искъ къ прежнему истцу; тутъ консумціи не можетъ быть потому, что совсѣмъ не тотъ искъ предъявленъ, который былъ консумированъ рѣшеніемъ. Но изъ этого еще не слѣдуетъ, что вся теорія консумціи несостоятельна. Намъ думается, что такъ называемая Келлеромъ отрицательнаи функція exc. rei jud. вовсе не то, что называется законною силою рѣшенія. Законная сила рѣшенія ограничивается тѣми же

[1]) Keller н. с. § 28, 29.

субъектами, причемъ предполагается, какъ говоритъ французскій кодексъ la meme qualite, [1]) а также предполагается тотъ же искъ. Въ томъ случаѣ, который имѣетъ въ виду Келлеръ, мы видимъ, что привлеченный истецъ, въ пользу котораго состоялось рѣшеніе ссылается не на законную силу, а на доказательную силу рѣшенія; истецъ указываетъ на рѣшеніе, какъ на доказательство своего права, имѣющее силу не только между сторонами по первому процесу. но и во всякомъ другомъ дѣлѣ. Могутъ возразить, что и въ тѣхъ случаяхъ, когда сторона ссылается на силу судебнаго рѣшенія, она въ сущности ссылается на доказательную его силу. Нѣтъ, въ этомъ случаѣ сторона доказываетъ, что рѣшеніе состоялось между опредѣленными, тѣми-же лицами что истецъ не могъ предъявить иска и въ доказательство этого ссылается нарѣшеніе, а тутъ сторона заявляетъ о своемъ правѣ, подтверждая его рѣшеніемъ. Какъ доказательство признаннаго права, судебное рѣшеніе имѣетъ гораздо большую силу въ томъ случаѣ, когда оно предъявляется истецъ прежняго процеса противу истца настоящаго процеса, чѣмъ въ томъ случаѣ, когда на него ссылаются другія лица, не тѣ между которыми оно остоялось; въ первомъ случаѣ оно исключаетъ всякія другія доказательства: это письменный актъ, коимъ утверждается данное право. Намъ кажется, что такъ называемая законная сила рѣшенія должна быть ограничиваема силою консумирующею: bis de eadem re ne sit actio. Говоря это, мы однако далеки отъ мысли этими замѣчаніями опровергнуть противное мнѣніе. Цѣль нашего изслѣдованія вовсе не требуетъ ниспроверженія этого мнѣнія. Сохраняя его въ неприкосновенности, мы можемъ сказать, что законная сила рѣшенія заключается въ абсолютной истинности его; въ однихъ случаяхъ истинность эта выражается въ томъ, что признанное право вновь отрицаемо быть не можетъ, а въ другихъ—въ консумціи иска т. е. въ исключеніи права предъявить тождественный искъ; этотъ-то случай и имѣетъ значеніе для занимающаго насъ вопроса.—Затѣмъ, мы

[1]) Poncet-Traite de jugemens Bruxelles 1835 p. 287.

сказали, что законная сила рѣшенія неосновательно съуживается. Такъ, Унгеръ [1]) полагаетъ, что въ томъ случаѣ, когда истцу въ искѣ отказано и онъ снова предъявляетъ искъ, искъ его устраняется не въ силу судебнаго рѣшенія, а въ виду конкуренціи исковъ и сохраненія силы за искомъ уже разрѣшеннымъ. Но съ этимъ нельзя согласиться по тому простому соображенію, что при всякой конкуренціи предполагается два различныхъ права, причемъ сильнѣйшему праву уступаетъ мѣсто слабѣйшее. Въ данномъ же случаѣ мы видимъ не два различныхъ права, а два тождественныхъ права, а въ сущности—одно право: разъ, о немъ идетъ рѣчь, какъ о правѣ не признанномъ, въ другой разъ, какъ о правѣ, о признаніи котораго истецъ проситъ. Ни о какой конкуренціи не можетъ быть и рѣчи.

Разсмотрѣниая консумирующая, законная сила рѣшенія однако присвоивается послѣднему не съ момента его постановленія. Съ какого же момента, уже не lis считается pendens, а res признается finita, judicata? И теорія [1]), и законодательства [2]) совершенно согласны относительно того съ какого момента рѣшеніе вступаетъ въ силу, а именно, когда оно уже не можетъ быть обжаловано по существу—по роду ли дѣла, по которому оно постановлено, по роду ли суда, его постановившаго или по истеченію срока обжалованія. [3])

Если права и обязанности, связанныя для истца и отвѣтчика съ фактомъ постановленія рѣшенія и вступленія его въ силу тѣ же самыя, что и права и обязанности, связанныя съ фактомъ предъявленія иска, то и вліяніе на первыхъ характера матеріальныхъ правъ и обязанностей то-же самое, что и вліяніе характера этихъ правъ на вторыхъ; логически разсуждая, эти права и обязанности также преемственны при преемственности матеріальныхъ правъ и обязанностей. Потому наслѣдникъ истца, цесіонарій и другія лица, къ коимъ перешло данное ма-

---

[1]) Unger н. с. т. II стр. 649 пр. 52.
[2]) Renaud. н. с. стр, 423—425 Малышевъ н. с. 1 стр. 435 и слѣд и мн. др.
[3]) C.Pr Ord §§ 258—267 уст. гр. суд. ст. 892 и др.

теріальное право тоже обязаны не предъявлять иска въ другой судъ. Но тутъ рождается вопросъ такого рода: оправдательнымъ въ пользу отвѣтчика рѣшеніемъ вѣдь данное спорное право не признается т. е. объявляется не существующимъ, какимъ же образомъ можно говорить о преемственности права и соотвѣтствующей ему обязанности непредъявленія иска, когда этого права нѣтъ? Очень просто. Нужно стать на субъективную почву, исходить отъ точки зрѣнія лица, коему принадлежитъ данное матеріальное право. Лицо это, преемникъ истца, предъявляетъ новый искъ и тѣмъ признаетъ право свое существующимъ; eventualiter оно существуетъ; объ этомъ то, по его мнѣнію, существующемъ правѣ и можно говорить преемственно ли оно или непреемственно.

Что касается, затѣмъ, нераздѣльности матеріальныхъ правъ и обязанностей нѣсколькихъ лицъ, то и она дѣлаетъ самую обязанность не предъявлять въ судъ, послѣ разрѣшенія спора, новый искъ и право уклониться отъ отвѣта въ другомъ судѣ нераздѣльными. И тутъ мы наталкиваемся на спорный въ наукѣ вопросъ относительно корреалитета, вопросъ, имѣющій и нынѣ значеніе въ виду сліянія корреалитета съ солидарностью [1]). По мнѣнію однихъ напр. Савиньи [2]) Виндшейда [3]) послѣ разрѣшенія спора между однимъ изъ корреальнымъ вѣрителей и должникомъ или вѣрителемъ и однимъ изъ корреальныхъ должниковъ въ пользу должника, остальные корреальные вѣрители обязываются не предъявлять къ должнику иска, остальные корреальные должники имѣютъ право уклониться отъ отвѣта, а если споръ рѣшенъ противъ должника, то, наоборотъ, вѣрители вправѣ предъ-

---

[1]) Siebenhaar-Correalobligationen nach röm., gem. und sächs Recht Leipzig. 1867. I. S. 380. Его же—Lehrb. des sachs. Pr R. Leipzig 1872 S. 571—572. Ср. также Дювернуа—Основная форма корреальн. обяз. Ярославль 1874 г. стр. 263 и сл.

[2]) Savigny-Oblig. стр. 189—191.

[3]) Windscheid н. с. т. II стр. 135.

явить искъ и отвѣтчики не вправѣ уклониться отъ отвѣта. Аргументація Савиньи, повидимому, весьма солидная. Онъ беретъ тотъ случай, когда обвинительное рѣшеніе постановлено противъ должника въ пользу одного изъ корреальныхъ вѣрителей или противъ однаго изъ корреальныхъ должниковъ въ пользу вѣрителя и когда рѣшеніе это почему либо не можетъ быть исполнено. Въ этомъ случаѣ ни одинъ изъ неучаствовавшихъ въ дѣлѣ корреальныхъ вѣрителей не можетъ требовать (когда это станетъ фактически возможнымъ) исполненія рѣшенія отъ должника, ни самъ вѣритель не можетъ этого требовать отъ неучаствовавшихъ должниковъ; словомъ, тутъ actio rei judicatae невозможна, а кто не можетъ предъявлять actio rei judicatae, тотъ можетъ предъявлять искъ тождественный съ тѣмъ, по поводу котораго рѣшеніе состоялось; слѣдовательно, если неучаствовавшій въ дѣлѣ корреальный вѣритель не можетъ воспользоваться actio rei judicatae по отношенію къ должнику, или вѣритель не можетъ ею воспользоваться по отношенію къ неучаствовавшимъ въ дѣлѣ корреальнымъ должникамъ, то любой изъ вѣрителей можетъ предъявить тотъ же искъ къ должнику или вѣритель—къ любому изъ должниковъ. Разсужденіе съ логической стороны совершенно основательное. Вопросъ о возможности предъявленія иска находится всегда въ обратномъ отношеніи къ вопросу объ actio rei judicatae. Но дѣйствительно-ли корреальный вѣритель или корреальные вѣрители въ разсматриваемомъ случаѣ не имѣютъ actio rei judicatae? Савиньи отвѣчаетъ на это утвердительно, хотя и заявляетъ, что въ источникахъ римскаго права на это нѣтъ указаній. Въ виду послѣдняго обстоятельства кажется слѣдовало бы болѣе обмотивировать это положеніе; этого то мы у Савиньи и не находимъ. Намъ кажется, что вѣрителямъ, въ разсматриваемомъ случаѣ, должна быть предоставлена actio rei judicatae; упомянутая конституція 531 ст. даже указываетъ на возможность этого въ юстиніановомъ правѣ. И дѣйствительно, отчего не предоставить вѣрителю взыскать долгъ съ неучаствовавшаго корреальнаго содолжника, въ виду невозможности взысканія долга съ участвовавшаго? Корреали-

тетъ (имѣемъ въ виду не древнѣйшую форму его) прекращается лишь послѣ удовлетворенія вѣрителя, до того, въ моментъ исполненія рѣшенія, не прекращается право вѣрителя *получить удовлетвореніе* отъ любаго должника и право того или другаго вѣрителя *получать удовлетвореніе* отъ должника; до момента исполненія рѣшенія это удовлетвореніе вѣдь не получено. И по юридическимъ соображеніямъ это необходимо допустить: о томъ же самомъ правѣ уже состоялось рѣшеніе въ пользу презумтивнаго представителя другаго лица; понятно, что это лицо можетъ требовать исполненіе, ему нѣтъ надобности предъявлять новый искъ.—Другіе напр. Рикъ [1]), абсолютно отрицаютъ какое либо вліяніе окончательнаго рѣшенія на право предъявленія иска не участвовавшимъ въ дѣлѣ совѣрителемъ и на обязанность неучаствовавшихъ въ дѣлѣ содолжниковъ вступать въ отвѣтъ. Вообще, нужно замѣтить, во всемъ этомъ вопросѣ пандектисты должны себя чувствовать свободно, ибо въ источникахъ о немъ ни слово не упоминается. Это отсутствіе упоминанія въ источникахъ совершенно вѣрно объясняетъ Рикъ тѣмъ, что litis contestatio уже консумировало искъ, такъ что, прибавимъ отъ себя, (ибо Рикъ, какъ увидимъ, дѣлаетъ совершенно ложный выводъ изъ этого), къ моменту вступленія рѣшенія въ силу обязанность не предъявлять иска и право уклоняться отъ отвѣта уже давно были на лицо. Несмотря на отсутствіе указаній въ источникахъ, Савиньи рѣшаетъ этотъ вопросъ сообразно съ тѣми указаніями, которыя имѣются въ источникахъ по отношенію къ присягѣ. Очевидное отсутствіе внутреннихъ основаній его мнѣнія, заставило его прибѣгнуть къ римскимъ юристамъ, и къ неудачной аналогіи. Рикъ пытается обмотивировать свое мнѣніе, но едва ли основательно. Онъ разсуждаетъ такъ: litis contestatio консумируетъ искъ; благодаря этому всѣ остальные совѣрители или содолжники eo ipso выбываютъ; они становятся лицами совершенно чуждыми процесу—они

---

[1]) Ruck u. c. стр. 71—72.

вовсе не нуждаются въ excepl. rei judicatae. Этотъ доводъ логически не совсѣмъ вѣренъ. Если lit. cont. консумируетъ искъ въ смыслѣ самаго Рика т. е. въ смыслѣ погашенія права, то хотя корреальные должники и выбываютъ изъ обязательственнаго отношенія, но въ защиту ихъ интересовъ имъ дается exc. rei jud. Скажу болѣе: именно потому, что lit. cont. консумируетъ искъ должникамъ и дается эта exceptio. Словомъ, изъ взгляда самаго Рикъ на litis contestatio можно сдѣлать не тотъ выводъ, къ которому онъ пришелъ, а обратный.—Въ силу того, что одинъ изъ содолжниковъ былъ привлеченъ къ отвѣту или одинъ изъ совѣрителей предъявилъ искъ, не порывается та матеріально-правовая связь, какая существуетъ между нимъ и остальными совѣрителями и содолжниками. Представимъ себѣ, что хотя litis contestatio и состоялось, но судъ почему либо не разрѣшаетъ дѣла, не постановляетъ рѣшенія. Неужели-же остальные вѣрители не могутъ предъявить иска, остальные должники свободны? Litis contestatio сама по себѣ еще не консумируетъ права—она консумируетъ искъ въ смыслѣ Эндемана.

Что касается современныхъ законодательствъ, то они этого вопроса незатрогиваютъ, за исключеніемъ лишь саксонскаго кодекса, который вообще не придаетъ консумирующей силы судебному рѣшенію противъ нераздѣльно обязанныхъ и управомоченныхъ [1]). Истолкователи другихъ современныхъ кодексовъ придерживаются мнѣнія Савиньи, за исключеніемъ французскихъ ученыхъ и практики. Такъ, Демоломбъ [2]), Тулье [3]) высказываются въ пользу консумирующей силы рѣшенія, видя въ каждомъ соучастникѣ нераздѣльнаго правоотношенія, участвующемъ въ процесѣ, представителя остальныхъ неучаствующихъ; они стоятъ при этомъ на твердой почвѣ судебной практики, понявшей всю цѣлесообразность, необходимость признавать за рѣшеніемъ эту консумирующую силу.

---

[1]) Sächs. b. G. §§ 332, 1032.
[2]) Demelombe—Traite de contrats. t. III n. 372—373.
[3]) Toullier—Le droit civil franç. t. VI n. 206—207.

Въ виду изложеннаго мы можемъ сказать, что преемственность и нераздѣльность матеріальнаго права или обязанности дѣлаютъ преемственными и нераздѣльными права и обязанности, вытекающія изъ факта вступленія судебнаго рѣшенія въ законную силу; она распространяется не только на первоначальныя стороны, но и на ихъ преемниковъ и на лицъ, имѣющихъ съ ними нераздѣльныя права и нераздѣльныя обязанности.

Наконецъ, замѣтимъ, что совершенно безразлично постановлено ли рѣшеніе государственнымъ судомъ, компетентнымъ въ силу закона или въ силу пророгаціоннаго договора. Въ послѣднемъ случаѣ при вторичномъ предъявленіи иска, истецъ нарушаетъ обязанность, лежащую на немъ въ силу трехъ основаній: факта заключенія пророгаціоннаго договора, факта начатія процеса въ судѣ, факта постановленія рѣшенія, причемъ конечно ближайшимъ основаніемъ будетъ послѣдній, остальные имъ поглощаются.

Тѣже соображенія примѣняются и къ тому случаю, когда

бб) На разрѣшеніе государственнаго суда предложено спорное отношеніе, прекратившееся рѣшеніемъ суда третейскаго,—ибо рѣшенію суда третейскаго придается такое же значеніе, какъ и рѣшенію суда государственнаго.

Что же касается того случая, когда

вв) На разрѣшеніе третейскаго суда предложено спорное отношеніе, прекратившееся рѣшеніемъ государственнаго суда,—а также совершенно аналогичнаго случая, когда

гг) На разрѣшеніе третейскаго суда предложено спорное отношеніе, прекратившееся рѣшеніемъ третейскаго-же суда,—то въ этихъ случаяхъ собственно вопросъ о тождествѣ спорнаго отношенія возникаетъ тогда, когда послѣ вступленія въ силу рѣшенія государственнаго или третейскаго суда, стороны заключаютъ третейскій договоръ, на основаніи котораго должно произойти разбирательство. Если этотъ договоръ заключенъ сторонами, не знавшими, что данный споръ уже разрѣшенъ, то отвѣтчикъ, узнавшій объ этомъ, можетъ противиться третейскому разбирательству по тѣмъ же сооб-

раженіямъ, по которымъ ему предоставляется уклониться отъ отвѣта по иску, уже находящемуся на разрѣшеніи государственнаго или третейскаго суда.

Б. Случаи, когда можетъ возникнуть вопросъ объ отсутствіи внутренняго тождества спорнаго отношенія.

Случаи, когда возникаетъ вопросъ объ отсутствіи внутренняго тождества, могутъ быть двухъ категорій:

а) *Истецъ измѣняетъ свой искъ.*

Вопросъ о томъ, что данное спорное отношеніе потеряло свое тождество, т. е. стало инымъ, возникаетъ тогда, когда истецъ измѣняетъ свое исковое требованіе. Обратимся къ вопросу допустимо ли вообще измѣненіе иска.

Мы выше уже указали на тотъ интересъ, въ охрану котораго истцу запрещается измѣнять свой искъ. Запрещеніе это имѣетъ свое разумное основаніе. Римское право, во время процесса per formulas, измѣненія иска не допускало, [1]) ибо преторы всегда давали формулу на опредѣленный искъ— измѣненіе иска требовало и измѣненія формулы т. е. начатія процеса съизнова. Въ новѣйшемъ правѣ допускалось измѣненіе иска до вступленія рѣшенія въ законную силу [2]) Потому Клейншродъ правъ, говоря, что включать въ ученое изслѣдованіе вопроса объ измѣненіи иска римское право значитъ ввозить контрабанду, подлежащую конфискаціи. [3]) Наука [4]) и всѣ современныя законодательства недопускаютъ произвольнаго измѣненія иска. Такъ, въ германскомъ уставѣ имѣется категорическое на этотъ счетъ опредѣленіе, и, какъ мы укажемъ ниже, всетаки, хотя и въ видѣ исключенія, истецъ, въ указанныхъ закономъ предѣлахъ, можетъ изиѣнить искъ. [5])

---

[1]) L. 4 § 3 D. de noxal. act 9, 4, L. 4 § 5 D. quod cum eo. 14. 5 и др.

[2]) §§ 34, 35 J. de action 4. 6.

[3]) Kleinschrod—Klagand. стр 8,

[4]) Kühne, какъ приверженецъ свободы измѣненія иска, остался на 12-мъ съѣздѣ герм. юристовъ одинокимъ: противъ него высказались всѣ присутствовавшіе члены

[5]) C. Proc. Ord. §§ 235 p. 3,340.

Что касается австрійскаго права, то и оно не дозволяетъ истцу измѣнять свое требованіе [1]) Во французскомъ кодексѣ прямыхъ указаній на это не имѣется, но ученые совершенно вѣрно выводятъ это запрещеніе изъ массы другихъ постановленій кодекса. [2]) Такъ, Клейншродъ доказываетъ это запрещеніе тѣмъ, что французскій кодексъ требуетъ, съ одной стороны, чтобы въ exploit d'ajournement требованіе было точно обозначено, съ другой—чтобы рѣшеніе не выходило за предѣлы требованія (art 61, 480); далѣе, кодексъ предписываетъ, чтобы ни одно дѣло не поступало въ судъ первой степени, не будучи предварительно направлено къ мировому судьѣ для склоненія тяжущихся къ миру (art 48); слѣдовательно, если дѣло перешло въ судъ первой степени, то истецъ уже не можетъ измѣнять свой искъ—измѣненіе иски есть ничто иное, какъ передача на разрѣшеніе суда первой степени дѣла, не бывшаго у мироваго судьи. Конечно, доводы эти убѣдительны, особенно послѣдній, но касаются они исключительно производства дѣла въ судѣ первой степени, а не въ примирительной стадіи. Спрашивается: возможно ли измѣненіе искового требованія въ этой стадіи? Есть въ кодексѣ статья, 54-я, какъ будто бы допускающая это измѣненіе, по крайней мѣрѣ въ видѣ увеличенія требованія. Lors de la comparution, говорится въ ней, le demandeur pourra expliquer, meme augmenter sa demande..... Изъ этого видно, что истецъ можетъ измѣнить свое требованіе, но Боатаръ, расъясняя эту статью, совершенно основательно предлагаетъ придавать слову augmenter значеніе не безграничнаго увеличенія требованія, а увеличенія его такими дополнительными требованіями, которыя находятся съ первоначальнымъ въ связи (connexite, liaison [3]).

Нашъ уставъ подобно германскому и австрійскому, въ ст. 332 прямо запрещаетъ измѣненіе иска; но есть въ немъ статья, 334, повидимому противурѣчащая первой,

---

[1]) Ö. A. G. Ord §§ 21, 49.

[2]) Tardif и с. стр. 417 Kleinschrod и с. стр. 80—92 Boitard и. с, т. I стр. 75 и др.

[3]) Boitard l. c.

говорящая, что истецъ въ случаѣ *измѣненія* своего требованія долженъ заявить о томъ суду письменно въ тоже засѣданіе. Выходитъ, повидимому, что истецъ и можетъ и не можетъ измѣнить свое требованіе. Г. Анненковъ пытается примирить это кажущееся противурѣчіе такимъ образомъ: ст. 333 между прочимъ даетъ истцу право въ случаѣ утраты или поврежденія имущества, составляющаго предметъ дѣла, „требовать возмѣщенія цѣнности имущества;“ эта замѣна есть по существу измѣненіе требованія; ст. 334 и относится къ этому случаю. Выходитъ такъ: если истецъ пожелаетъ потребовать вмѣсто утраченнаго или поврежденнаго имущества возмѣщенія цѣнности его, то онъ долженъ заявить о томъ письменно [1]). Съ такимъ толкованіемъ не можемъ согласиться уже потому, что въ ст. 333 прямо говорится, что всѣ три перечисленные въ ней случаи „*не считаются измѣненіями*“ требованія по существу. Мы предлагаемъ такое толкованіе, хотя и не вытекающее изъ буквальнаго смысла закона: ст, 332, запрещающая измѣнять исковое требованіе, имѣетъ конечно тотъ смыслъ, что истецъ не можетъ настаивать на томъ, чтобы судъ разсмотрѣлъ его измѣненное требованіе; но этимъ отнюдь не запрещается истцу заявлять измѣненное требованіе— онъ можетъ сдѣлать это съ тою цѣлью, чтобы прежнее его требованіе не было разрѣшено. Мы увидимъ ниже, что судъ долженъ игнорировать измѣненное требованіе истца; онъ долженъ разрѣшить первоначальный искъ по существу. Но это можетъ быть во многихъ случаяхъ не выгодно для истца. Для него гораздо выгоднѣе просить о прекращеніи производства: за нимъ сохраняется право снова предъявить искъ, еслибъ ему было отказано въ измѣненномъ искѣ. Но нашъ уставъ не знаетъ особыхъ просьбъ истца о прекращеніи производства. Мнѣ кажется, что 334 ст. требуетъ отъ истца чтобы онъ заявилъ объ измѣненіи иска въ засѣданіи по дѣлу, именно для того, чтобы судъ прекратилъ у себя производство. Дѣйствительно, законъ глатитъ: измѣнять требованіе

[1]) Анненковъ н. с. т. I стр. 473—474.

нельзя, но заявить объ этомъ можно; чего же ради дѣлать это заявленіе? Еслибъ это заявленіе не могло имѣть никакого значенія и несмотря на то, что оно сдѣлано, судъ рѣшилъ-бы дѣло по существу, т. е. отказалъ-бы въ искѣ, то самое требованіе закона было-бы безсмыслено. Заявленіе это только и можетъ влечь за собою одно послѣдствіе—прекращеніе производства.

б. На мѣсто выбывшей изъ процеса стороны вступаетъ нелегитимированное лицо.

Вопросъ о томъ, что спорное отношеніе потеряло свое внутреннее тождество, можетъ возникнуть и тогда, когда на мѣсто стороны вступаетъ нелегитимированное лицо и противникъ, а иногда само лицо, имѣющее право на легитимацію, указываетъ на это обстоятельство или судъ ex officio подвергаетъ это обстоятельство изслѣдованію. Тутъ собственно возбуждается вопросъ о томъ, не потеряло-ли спорное отношеніе свое внутреннее тождество, тѣ ли же самыя лица являются субъектами его—вопросъ о legitimatio ad causam. Ученые обыкновенно,—какъ мы уже сказали выше, говоря объ измѣненіи иска,—указываютъ на то, что тождество спорнаго отношенія сохраняется при eadem res inter easdem personas, но останавливаются собственно на вопросѣ о сохраненіи eadem res, умалчивая о easdem personas Только нѣкоторые, напр. Канштейнъ, Клейншродъ, нѣсколько подробнѣе говорятъ объ easdem personas, какъ условіи неизмѣняемости иска. Канштейнъ указавъ на это условіе на ряду съ другими, и между прочимъ, независимо отъ тождества основаній иска, требуетъ тождества субъектовъ; онъ допускаетъ и юридическое тождество ихъ при отсутствіи фактическаго, а именно при процесуальномъ преемствѣ; но нужно знать, что Канштейнъ допускаетъ процесуальное преемство не только въ силу преемства матеріально-правоваго, но и путемъ nominatio auctoris [1]) Мы увидимъ, что этими случаями, преемство не ограничивается: могутъ быть еще другіе. Что касается Клейншрода, то онъ, хотя и видитъ въ сохраненіи тѣхъ-же субъектовъ усло-

[1]) Canstein н. с. т. I стр. 452—454 т. II стр. 135—435.

віе тождества иска, но не самостоятельное; по его мнѣнію, это не отдѣльный элементъ, сохраненіе тождества котораго необходимо въ виду неизмѣняемости иска: онъ относитъ legitimatio ad causam къ основанію иска и требуя неизмѣняемости основанія, требуетъ того же самаго отъ legitimatio ad causam при тождествѣ лицъ. [2]). Мы ниже покажемъ, что эта легитимація есть процесуальное, а не матеріально-правовое условіе. Смѣна лицъ, какъ субъектовъ спорнаго отношенія, возможна въ теченіи процеса. Она можетъ влечь за собою потерю спорнымъ отношеніемъ своего внутренняго тождества. Это послѣдствіе наступаетъ лишь тогда, когда смѣна эта не правомѣрна, когда лицо вступающіе не легитимировано, когда оно не имѣетъ за себя для замѣны legitimatio ad causam.— Понятіе legitimatio ad causam за послѣднее время стало подвергаться осужденію. Такъ, Бетманъ-Гольвегъ [1]) Ветцель [2]) и друг. предлагаютъ совсѣмъ изгнать его изъ науки. Главное возраженіе заключается въ томъ, что вопросъ о легитимаціи есть вопросъ объ основаніяхъ иска т. е. о фактахъ, лежащихъ въ основаніи иска. При такомъ взглядѣ на легитамацію совершенно понятны нападки ученыхъ на то мнѣніе будто такъ называемый Legitimationspunkt долженъ быть выдѣленъ, какъ отдѣльный вопросъ и долженъ быть разрѣшенъ отдѣльно отъ разрѣшенія дѣла по существу. Это, говорятъ названные ученые, невозможно – отдѣлить вопросъ о легитимаціи отъ вопроса о другихъ фактахъ, лежащихъ въ основаніи иска, нельзя. Право тѣснѣйшимъ образомъ связано съ субъектомъ, нѣтъ правъ, существующихъ объективно, безъ субъекта; обязательство даже не мыслимо безъ наличности двухъ лицъ. Вся эта теорія совершенно вѣрна, если понимать подъ legitimatio ad causam вообще принадлежность лицу даннаго спорнаго права или данной спорной обязанности. Но есть одна замѣчательная черта этого ученія, бросающаяся въ глаза и въ разсужденіяхъ ученыхъ, отрицающихъ самостоятельное зна-

[1]) Kleinschrod, Klagând. стр. 22—32.
[2]) Bethmann-Hollweg н. с. стр. 120.
[3]) Wetzell, н. с. стр. 155.

ченіе legitimatio ad causam. При изложеніи этого ученія, они, напр. Байеръ [1]), Канштейнъ [2]), все-таки указываютъ на случаи, когда эта legitimatio какъ-будто имѣетъ самостоятельное значеніе, какъ вопросъ отдѣльно разрѣшаемый; а именно, они указываютъ на тѣ случаи, когда въ процесѣ на мѣсто выбывшей стороны вступаетъ другое лицо и рождается вопросъ о существованіи въ этомъ лицѣ права на такое вступленіе или вѣрнѣе вопросъ о правѣ его на искъ и обязанности отвѣчать по иску. Этотъ вопросъ, по ихъ мнѣнію, все-таки вопросъ не совсѣмъ сливающійся съ основаніемъ иска. Изъ этого видно, что недостаетъ въ наукѣ о процесѣ понятія, которое хотя не имѣло-бы столь широкое значеніе какъ legitimatio ad causam т. е. относилось-бы не ко всѣмъ тяжущимся въ смыслѣ права на искъ и обязанности отвѣта, но опредѣляло-бы собою принадлежащую лицу законную возможность фигурировать въ процесѣ вмѣсто лица выбывшаго изъ него, право заступать мѣсто истца или отвѣтчика. И дѣйствительно, такое понятіе необходимо. Часто происходитъ замѣна субъектовъ и прежде всего надобно, до разсмотрѣнія основаній иска или возраженія, удостовѣряться въ томъ, дѣйствительно-ли лицо, желающее вступить въ процесъ или принужденное вступить въ него вмѣсто первоначальнаго участника даннаго спорнаго отношенія, вмѣсто истца или отвѣтчика, имѣетъ право на это вступленіе. Это требуется и противниками legitimatio ad causam [3]). Съ другой стороны, сохраненіе термина legitimatio ad causam въ широкомъ смыслѣ невозможно. Мы предлагаемъ терминъ legitimatio ad causam successionis. Causa successionis т. е. основаніе замѣны тяжущихся, должна быть удостовѣрена отдѣльно отъ фактовъ, лежащихъ въ основаніи иска и возраженія.

Въ самостоятельности значенія legitimatio ad causam successionis не можетъ быть сомнѣнія. Въ необходимости, со стороны суда, прежде всего, удостовѣриться въ legitimatio ad causum successionis

---

[1]) Bayer, и, с. стр. 66.

[2]) Canstein, н. с. т. II стр. 443 и сл.

[3]) Canstein l. c, Endemann н. с. стр. 254. В.

убѣдиться не трудно: можно ли допустить цесіонарія къ замѣнѣ цедента, пока еще не удостовѣренъ фактъ цессіи? можно ли допустить наслѣдника отвѣтчика къ замѣнѣ наслѣдодателя пока не удостовѣрено его наслѣдничье званіе?—Признавая необходимость отдѣльнаго удостовѣренія въ законности основаній процесуальной замѣны, мы далеки отъ мысли видѣть, согласно господствующему мнѣнію [1]), въ этихъ основаніяхъ, всегда и основанія иска или возраженія. Не отрицая во многихъ случаяхъ тѣсной связи этихъ основаній съ другими фактами, обосновывающими искъ и возраженіе, мы однако не можемъ согласиться, что связь между ними *всегда* тѣсна и неразрывна. Конечно, если понимать legitimatio ad causam въ общемъ смыслѣ, то въ тѣхъ случаяхъ, когда произошла замѣна лицъ до процеса, выдѣлить вопросъ о legitimatio отъ другихъ основаній иска часто невозможно, да и нѣтъ надобности. Но это выдѣленіе необходимо, когда замѣна произошла во время процеса и, если можно такъ выразиться, legitimatio ad causam является въ видѣ legitimatio ad causam successionis.

Въ нижеслѣдующихъ случаяхъ мы увидимъ, что постороннее, до того не участвовавшее въ процесѣ, лицо можетъ подъ тѣмъ или другимъ видомъ вступить въ процесъ съ цѣлью замѣнить собою выбывшаго тяжущагося. Замѣна эта правомѣрна во многихъ случаяхъ,—часто допускается это такъ называемое процесуальное преемство. Всѣ случаи процесуальнаго преемства могутъ быть сведены къ двумъ категоріямъ: процесуальному преемству въ силу перехода матеріальныхъ правъ и обязанностей и преемству безъ таковаго перехода [2]). Въ виду первой категоріи случаевъ, возможно, что

аа) На мѣсто первоначальнаго истца или отвѣтчика въ процесъ вступаетъ стороннее лицо подъ видомъ юридическаго преемника.

Правомѣрное преемство не нарушаетъ тождества, на-

[1]) Kleinschrod, Klagänder, стр. 22.
[2]) Canstein, н. с. т. I стр. 452.

оборотъ неправомѣрное — нарушаетъ его и процесъ не можетъ продолжать свое правомѣрное существованіе Лица заинтересованныя могутъ указать суду на отсутствіе въ данномъ случаѣ законнаго преемника, или судъ самъ можетъ возбудить этотъ вопросъ и такимъ образомъ представляется необходимость удостовѣриться въ legitimatio ad causam successionis вновь вступившаго лица.—Преемство процесуальное въ силу преемства матеріальнаго права или обязанности можетъ совершиться различными способами. Самое общепринятое дѣленіе этихъ способовъ на универсальное и сингулярное [1]) хотя и имѣетъ весьма важное значеніе въ матеріальномъ гражданскомъ правѣ, но въ процесѣ важно не то, универсальный или сингулярный преемникъ данное лицо, а то, въ силу какого обстоятельства къ нему перешли права или обязанности. Сингулярное преемство возможно и по духовному завѣщанію (напр. порученіе наслѣднику передать долговое обязательство извѣстному лицу) и въ процесѣ это преемство имѣетъ одинаковое значеніе съ универсальнымъ, но рѣзко отличается отъ сингулярнаго преемства въ силу договора и др. актовъ inter vivos. Прежде, по обще-германскому праву, существовало между этими способами лишь то различіе, что при универсальномъ преемствѣ преемникъ обязанъ былъ уплатить издержки процеса, причитающіяся какъ съ него, такъ и съ его предшественника, сингулярный же преемникъ платилъ только за себя [2]). Нынѣ это различіе не признается. Но нѣкоторые ученые предлагаютъ и другое дѣленіе; такъ Байеръ [3]) предлагаетъ дѣленіе весьма близкое къ дѣленію преемства на преемство inter vivos и mortis causa. Онъ дѣлитъ эти способы на два рода: процесуальное преемство, говоритъ онъ, наступаетъ или 1) въ случаѣ смерти стороны или 2) въ случаѣ перехода спорнаго предмета (res litigiosa) путемъ сингулярнаго преемства во владѣніе другаго лица. Противъ

---

[1]) Renaud, н. с. стр. 109 Wetzell, н. с. стр. 41 Малышевъ, н. с. т. I, стр. 243 и др.

[2]) Osterloh, н. с. т. I стр. 264.

[3]) Bayer, н. с. стр. 154.

этого дѣленія можно сдѣлать то возраженіе, что оно не вмѣщаетъ всѣхъ случаевъ преемства; въ виду этого дѣленія, можно подумать, что за выдѣленіемъ изъ массы случаевъ, когда наступаетъ преемство, тѣхъ случаевъ, когда оно наступаетъ въ силу смерти стороны, остается только одинъ случай, а именно когда res litigiosa перешла во владѣніе другаго. Куда же дѣвать множество другихъ случаевъ напр. цессію во время процеса и др.? Въ процесѣ важно дѣленіе преемства на преемство mortis causa и inter vivos. Процесуальное различіе между указанными видами преемства весьма существенно, ибо 1) только при преемствѣ по случаю смерти, по всѣмъ современнымъ законодательствамъ, производство пріостанавливается [1]) и 2) только при преемствѣ, въ силу юридическаго акта между живыми возможно при извѣстныхъ условіяхъ привлеченіе предшественника въ качествѣ третьяго лица. Что касается преемства по случаю смерти лица, то оно открывается въ силу права наслѣдованія, общаго или частнаго, преемство же inter vivos имѣетъ своимъ основаніемъ тотъ или другой способъ передачи спорнаго права или обязанности. Всѣ законодательства допускаютъ эту послѣднюю передачу, хотя нѣкоторыя съ извѣстными ограниченіями, напр. германскій уставъ требуетъ согласіе противной стороны для передачи извѣстнаго права во время процеса [2]). Другія, не давая на этотъ счетъ никакихъ опредѣленій, лишь допускаютъ преемство, открывая тѣмъ возможность примѣненія научныхъ выводовъ. Скудость законодательныхъ опредѣленій повліяла и на постановку вопроса о процесуальномъ преемствѣ въ наукѣ процеса; стоило лишь умѣло воспользоваться тѣмъ, что даетъ наука гражданскаго права. Несомнѣнно, что по общему правилу преемство путемъ перехода права возможно — но въ однихъ случаяхъ необходимо согласіе противной стороны, въ другихъ—въ этомъ нѣтъ надобности.

---

[1]) Code de pr. c art 344, 345, C. Pr Ord. §§ 217, 236 уст. гр. суд. ст. 681 и др.

[2]) C. Pr. Ord § 236.

Нужно различать а) *преемство въ лицѣ истца*, которое можетъ быть аа) *добровольное* т. е. когда въ силу договора право переходитъ во время процеса къ другому лицу. Тутъ нужно имѣть въ виду: 1) принадлежитъ ли право къ числу преемственныхъ; какъ общее правило можетъ быть выставлено, что всѣ гражданскія права преемственны, за исключеніемъ лишь небольшаго числа ихъ, напр. право по довѣренности, личному найму, право пожизненнаго владѣнія и др. [1]) 2) перешло-ли къ другому преемственное вещное право или обязательственное; первое переходитъ путемъ продажи спорнаго имущества, вещественнаго субстрата права; понятно, когда на имуществѣ лежитъ запрещеніе или арестъ, то о продажѣ его не можетъ быть рѣчи, если же оно свободно, свободенъ и переходъ его, напр. лицо, владѣющее домомъ, какъ законный наслѣдникъ, можетъ его продать, хотя-бы имъ и былъ предъявленъ споръ противъ завѣщанія, утвержденнаго къ исполненію, по которому домъ этотъ долженъ перейти къ другому лицу. Въ нѣкоторыхъ законодательствахъ напр. нашемъ, указываются мѣры предосторожности, принимаемыя при переходѣ спорнаго недвижимаго имущества [2]). Что касается обязательственныхъ (преемственныхъ) правъ, то они переходятъ путемъ цессіи. Возможность перехода ихъ во время процеса однако ограничиваетъ нѣкоторыми учеными; напр. г. Побѣдоносцевъ для правомѣрности преемства обязательственнаго права въ лицѣ истца требуетъ согласія отвѣтчика во всѣхъ случаяхъ; онъ говоритъ, что отвѣтчикъ можетъ сдѣлать противу взысканія такія возраженія, которыя зависятъ отъ личнаго отношенія къ первоначальному взыскателю и въ семъ только личномъ отношеніи могутъ быть разъяснены [3]). На это можно возразить, что для достиженія этой цѣли нѣтъ вовсе надобности ограничивать преемства, ничто не мѣшаетъ

---

[1]) Förster н. с. т. I стр. 641.

[2]) Св. т. X ч. 1 ст. 1392 Римское право не дозволяетъ продажи спорнаго имущества.

[3]) Побѣдоносцевъ н. с. стр. 522.

отвѣтчику привлечь цедента въ качествѣ свидѣтеля [1]).— бб) *Принудительное преемство.* Тутъ противъ воли истца право его переходитъ къ другому лицу, напр. когда путемъ публичной продажи къ пріобрѣтателю переходитъ имѣніе, по поводу котораго ведется процесъ и въ процесѣ этомъ должникъ является истцомъ; или напр. когда при исполненіи рѣшенія взыскателю передается по надписи долговое обязательство, принадлежащее должнику—если по поводу этого обязательства ведется процесъ, въ которомъ должникъ является истцомъ; [2]) по нашему праву такая передача возможна лишь по отношенію къ государственнымъ процентнымъ бумагамъ, акціямъ и облигаціямъ, а не къ простымъ долговымъ обязательствамъ [3]) и т. д. б) *Преемство въ лицѣ отвѣтчика.* И тутъ надо различать: аа) *преемство добровольное*; особенность этого случая сравнительно съ преемствомъ въ лицѣ истца та, что преемство въ лицѣ должника невозможно безъ согласія кредитора-истца; послѣдній, вступая въ соглашеніе съ должникомъ, имѣетъ въ виду его личныя качества и имущественную состоятельность—навязывать ему въ должники другое лицо невозможно. Это признано, какъ общее правило, германскимъ уставомъ [4]), а также французскимъ, не допускающимъ при такъ наз. garantie simple замѣну гарантомъ первоначальнаго отвѣтчика [5]). Что же касается преемства въ вещныхъ правахъ, то отвѣтчикъ, если на вещь не наложено запрещенія, можетъ ее продать; это возможно и относительно правъ, связанныхъ съ вещью; съ такою продажею вещи переходятъ и процесуальныя права и обязанности по спору о правѣ, связанномъ съ этою вещью [6]); но германскій уставъ

---

[1]) Малышевъ н. с т. I стр. 244

[2]) C. Pr. Ord. §§ 736, 737. Уст. гр. суд. ст. 1075, 1077, 1084.

[3]) Иначе мнѣнія г. Шимановскій, О нѣкоторыхъ недостаткахъ, встрѣчающихся на практикѣ при приведеніи рѣшеній въ исполненіе Казань 1880 стр. 35 и сл. См. мои возраженія въ Журн. гр. и уг. пр. 1881 г. кн. 5 стр. 142—144.

[4]) C. Pr. Ordn. § 236.

[5]) Code de pr. c. art. 182.

[6]) Св. т. X ч. 1 ст. 1342.

въ первомъ случаѣ требуетъ согласія противной стороны, во второмъ—не требуетъ [1]) бб) *Преемство принудительное.* Оно возможно также въ случаѣ принудительнаго отчужденія вещи, по поводу которой ведется процесъ, — если обладатель ея является отвѣтчикомъ.

При наличности указанныхъ условій преемство считается правомѣрнымъ и замѣна выбывшаго тяжущагося возможна. Стороннее лицо, желающее замѣнить выбывшаго, должно конечно легитимироваться т. е. убѣдить судъ въ томъ, что оно удовлетворяетъ этимъ условіямъ, что causa successionis имѣется. Въ противномъ случаѣ вступленіе его въ процесъ незаконно и если бы таковое было допущено, то внутреннее тождество спорнаго отношенія было бы нарушено.

Въ виду второй категоріи преемства возможны слѣдующіе случаи:

бб) *На мѣсто выбывшаго ненадлежащаго истца или отвѣтчика вступаетъ въ процесъ стороннее лицо подъ видомъ надлежащаго.*—Здѣсь надо различать два случая:

1) *На мѣсто выбывшаго ненадлежащаго истца вступаетъ въ процесъ стороннее лицо подъ видомъ надлежащаго истца.*

Та истина, что лицо, фигурирующее въ процесѣ въ роли истца, должно быть истцомъ надлежащимъ т. е. обладателемъ даннаго нарушеннаго права—считается истиной азбучной. Если въ данномъ случаѣ истцомъ является не то лицо, которое имъ должно быть, то, вопросъ объ этомъ естественно, рождается на судѣ. Допустимъ, судъ рѣшилъ этотъ вопросъ въ томъ смыслѣ, что не это лицо есть надлежащій истецъ, а другое, то естественный результатъ этого тотъ, что искъ устраняется. Но можетъ случиться, что надлежащій истецъ, или иначе, лицо, которое въ данномъ спорѣ должно бы быть истцомъ, заявляетъ о своемъ желаніи продолжать начатый процесъ. Если это возможно, то прежній

[1]) CPr. Ord. § 237.

ненадлежащій истецъ выбываетъ и мѣсто его, говоримъ мы, заступаетъ надлежащій. Съ общей, теоретической точки зрѣнія препятствій къ тому неимѣется. Противное тому т. е. недопущеніе замѣны, отказъ въ искѣ или прекращеніе производства и предоставленіе надлежащему истцу предъявить новый искъ—научно не можетъ быть оправдано. То фискальное соображеніе, что для фиска выгоднѣе взять пошлины съ двухъ йсковъ, несостоятельно, ибо интересы тяжущихся въ данномъ случаѣ: а именно возможно быстрое разрѣшеніе спора, безъ напрасныхъ проволочекъ и возможно менѣе издержекъ—гораздо важнѣе интереса казны. Къ чему спрашивается совершать снова тѣ судебныя дѣйствія, которыя уже разъ были совершены хотя и не надлежащимъ истцомъ; къ чему послѣднему терять ту сумму, которую онъ уплатилъ въ видѣ судебныхъ пошлинъ (и которую можетъ ему уплатить ненадлежащій истецъ)?

Понятно, далѣе, что надлежащій истецъ непремѣнно долженъ себя, какъ говорятъ, легитимировать—онъ долженъ при условіяхъ, о которыхъ рѣчь впереди, удостовѣрить свою causa successionis т. е. то, что онъ можетъ принять процесъ отъ выбывшаго истца. Ему не трудно сдѣлать это—онъ можетъ быть допущенъ къ процесу, если удостовѣритъ то, что данное право, если оно дѣйствительно существуетъ, принадлежитъ ему. Возьмемъ примѣръ. Арендаторъ предъявляетъ искъ о признаніи сервитута къ сосѣду; сосѣдъ указываетъ на то что истцомъ не можетъ быть арендаторъ, а долженъ быть самъ собственникъ; если судъ признаетъ это указаніе основательнымъ, то устраняетъ искъ арендатора; если собственникъ желаетъ продолжать процесъ, то онъ вступаетъ въ него вмѣсто арендатора, удостовѣривъ свое право собственности. Causa successionis процесуальныхъ правъ и обязанностей является то, что собственникъ въ силу своего права можетъ быть (надлежащимъ) истцомъ. Эта causa successionis можетъ стать предметомъ обсужденія суда. Иначе говоря, можетъ возникнуть вопросъ о томъ, что данное спорное отношеніе потеряло свое внутреннее тождество—субъектъ первоначальнаго и послѣдующаго отно-

шенія измѣнился; если надлежащій истецъ легитимируетъ себя, то онъ этимъ докажетъ, что юридически перемѣны никакой не произошло,—что тождество не нарушено. Если онъ, вступая въ процессъ, признаетъ силу дѣйствій до того совершенныхъ не надлежащимъ истцомъ, то онъ тѣмъ самымъ признаетъ послѣдняго дѣйствовавшимъ въ качествѣ своего представителя. Въ указанномъ примѣрѣ, собственникъ, вступая въ процесъ на мѣсто арендатора, доказавъ свое право собственности на имѣніе, тѣмъ самымъ признаетъ арендатора своимъ представителемъ по отношенію къ тѣмъ дѣйствіямъ, которыя арендаторомъ совершены до вступленія собственника; эта ратихабиція имѣетъ то послѣдствіе, что арендаторъ и собственникъ разсматриваются какъ юридически одно лицо, какъ лица юридически тождественныя.

Рождается вопросъ: допустима ли вообще въ законодательствахъ замѣна ненадлежащаго истца надлежащимъ? Чтобы рѣшить этотъ вопросъ, разсмотримъ его въ связи съ другимъ: по чьей иниціативѣ возбуждается вопросъ о томъ, что истецъ не надлежащій? Онъ можетъ быть возбужденъ отвѣтчикомъ въ видѣ возраженія. Это возраженіе, въ томъ случаѣ, когда законодательство его допускаетъ и когда, судомъ оно будетъ признано основательнымъ—расчищаетъ почву для замѣны не надлежащаго истца надлежащимъ. Но одной допустимости еще недостаточно; послѣдствія ея могутъ быть таковы, что замѣна становится невозможною. Изъ законодательствъ только наше прямо указываетъ на это возраженіе, признавая его матеріально правовымъ возраженіемъ. [1]) Другія—умалчиваютъ о немъ; изъ этого можно сдѣлать тотъ выводъ, что и они признаютъ его таковымъ возраженіемъ, ибо 1) обыкновенно о матеріально-правовыхъ возраженіяхъ въ кадексахъ не упоминается и 2) между процесуальными возраженіями, перечисленными въ кодексахъ, этого возраженія нѣтъ; такъ какъ возраженіе, не являющееся процесуальнымъ, является непремѣнно матеріально-правовымъ, то и возраженіе о томъ, что истецъ

[1]) Уст. гр. суд. ст. 589.

не есть надлежащій, конечно, всѣми допускается, какъ возраженіе матеріально-правовое; въ виду этого о возможности замѣны выбывшаго ненадлежащаго истца надлежащимъ не можетъ быть и рѣчи. Такое возраженіе должно влечь за собою отказъ въ искѣ т. е. ненадлежащему истцу отказываютъ въ искѣ, а надлежащій можетъ предъявить новый искъ.

Въ нашемъ уставѣ возраженіе это прямо упомянуто въ перечнѣ матеріально-правовыхъ возраженій. Какъ извѣстно упомянаніе о немъ въ уставѣ явленіе чисто случайное.— Сначала предполагалось „возраженіе о томъ, что самое право на искъ вовсе не принадлежитъ тому лицу, которое ищетъ“ отнести къ возраженіямъ процесуальнымъ, а потомъ рѣшено было, по совершенно неосновательнымъ соображеніямъ, что это есть возраженіе матеріально-правовое. Совсѣмъ не упоминать объ этомъ возраженіи редакторы не пожелали вѣроятно изъ боязни, что бы вопросъ о немъ не былъ разрѣшенъ практикою такъ, какъ онъ сначала былъ разрѣшенъ ими самими. Основанія, по которымъ редакторы устава не признали это возраженіе процесуальнымъ не выдерживаютъ критики и противурѣчатъ ихъ собственнымъ же воззрѣніямъ. Главная ошибка, въ которую они впали заключается въ томъ, что по ихъ мнѣнію 1) при разсмотрѣніи этого возраженія суду придется обратиться къ существу дѣла и 2) возраженіе это есть возраженіе о прекращеніи иска и какъ таковое тождественно съ другими, очевидно матеріально-правовыми возраженіеми, о прекращеніи иска [1]). Дѣло въ томъ, что тѣсная связь этого возраженія съ существомъ дѣла т. е. съ матеріально-правовымъ отношеніемъ, не можетъ быть характернымъ признакомъ матеріально-правоваго возраженія. Вѣдь не можетъ подлежать сомнѣнію (какъ это признали и редакторы устава), что возраженіе о связи или тождествѣ даннаго дѣла съ дѣломъ, производящимся въ другомъ судѣ, есть процесуальное возраженіе, а между тѣмъ оно тѣснѣйшимъ образомъ связано съ матеріальнымъ спорнымъ отношеніемъ? Какимъ образомъ суду

[1]) Мотивы стр. 285—286.

рѣшить вопросъ о связи и тождествѣ двухъ спорныхъ отношеній, не входя въ разсмотрѣніе этихъ отношеній, т. е. существа дѣла [1]). Затѣмъ, напрасно редакторы полагаютъ, что возраженіе о томъ, что искъ предъявленъ ненадлежащимъ истцомъ есть возраженіе о прекращеніи иска. Мы думаемъ, что нисколько не противно существу этого возраженія устраненіе ненадлежащаго истца и допущеніе продолженія дѣла надлежащимъ истцомъ, безъ прекращенія иска. Наконецъ, нельзя, вмѣстѣ съ г. Анненковымъ [2]) въ противность мнѣнію г. Малышева [3]), не указать на непослѣдовательность редакторовъ устава, признавшихъ возраженіе отвѣтчика, что искъ во всей цѣлости относится къ другому *отвѣтчику*—процесуальнымъ возраженіемъ, а возраженіе, что данное лицо не имѣетъ права иска—матеріально-правовымъ. Одно изъ двухъ—или оба суть процесуальныя, или оба матеріально-правовыя возраженія. Понятно, что по уставу замѣна ненадлежащаго истца надлежащимъ невозможна: судъ отказываетъ первому въ искѣ. Что касается другихъ законодательствъ—французскаго, австрійскаго и др.—умалчивающихъ объ этихъ возраженіяхъ, то они даютъ намъ основаніе, по изложеннымъ выше соображеніямъ, признать, что по смыслу ихъ упомянутая замѣна невозможна.

Мы сказали выше, что возраженіе о томъ, что истецъ ненадлежащій расчищаетъ почву для замѣны послѣдняго надлежащимъ. Кромѣ этого возраженія замѣна можетъ произойти и по иниціативѣ самаго надлежащаго истца, онъ самъ можетъ расчистить себѣ почву, самъ онъ можетъ заявить суду, что желаетъ заступить мѣсто ненадлежащаго истца. Но, однако, не по всѣмъ законодательствамъ это аозможно—требуется наличность извѣстныхъ условій.—Выше мы сказали, что надлежащій истецъ, желая продолжать процесъ, начатый ненадлежащимъ истцомъ, долженъ вмѣстѣ съ тѣмъ ратихабировать, выразить позднѣйшее свое согласіе на дѣйствія, совершенныя

---

[1]) Мнѣніе редакторовъ устава принято г-мъ Анненковымъ и. с. т. 3 стр. 63.
[2]) Анненковъ н. с. т. 3 стр. 65.
[3]) Малышевъ и. с. т. 1 стр. 192.

ненадлежащимъ истцомъ. Эта ратихабиція имѣетъ особенное значеніе, когда надлежащій истецъ замѣняетъ ненадлежащаго *по собственной инициативѣ*. Въ этомъ случаѣ она возможна только тогда, когда данное законодательство допускаетъ 1) судебное представительство безъ полномочія и 2) утвержденіе послѣдняго позднѣйшимъ согласіемъ довѣрителя. Изъ современныхъ законодательствъ только германское допускаетъ это представительство и эту ратихабицію. Хотя, конечно, прямаго указанія на это неимѣется, тѣмъ не менѣе, мы можемъ его вывести изъ отдѣльныхъ постановленій. Дѣло въ томъ, что и по этому уставу, какъ и по всѣмъ другимъ, судъ ex officio наблюдаетъ за наличностью полномочія у представителя стороны, но *суду разрѣшается допускать къ представительству и лицъ, неимѣющихъ полномочія*, если онъ признаетъ это необходимымъ, причемъ можетъ потребовать отъ нихъ обезпеченія будущихъ требованій представляемаго. Затѣмъ, такое лицо допускается къ представительству, но оно должно озаботиться о томъ, чтобы представляемый изъявилъ свое согласіе на его дѣйствія и если онъ это сдѣлаетъ то *согласіе это или ратихабиція, имѣетъ обратную силу* [1]). Въ виду этого, не будетъ противно смыслу германскаго устава, если надлежащій истецъ по собственной иниціативѣ заявляетъ суду, что онъ самъ желаетъ продолжать веденіе процеса вмѣсто ненадлежащаго истца и придаетъ своимъ согласіемъ силу всѣмъ дѣйствіямъ, совершеннымъ до его вступленія ненадлежащемъ истцомъ. Вступая, онъ признаетъ, что выбывшій былъ его представитель—что достаточно для признанія тождества этихъ лицъ. По другимъ законодательствамъ это не возможно; тамъ, съ констатированіемъ того, что истецъ не есть надлежащій, хотя бы и надлежащій самъ заявилъ желаніе продолжать процесъ, ему отказываютъ въ искѣ и надлежащій истецъ долженъ начать новое дѣло.

---

[1]) CPr-Ord § 84 Schelling н. с. стр. 91.

2) *На мѣсто выбывшаго ненадлежащаго отвѣтчика вступаетъ въ процесъ стороннее лицо подъ видомъ надлежащаго отвѣтчика.*

Когда къ отвѣту привлечено не то лицо, которое въ данномъ дѣлѣ должно быть отвѣтчикомъ, то лицо это можетъ указать на надлежащаго отвѣтчика и затѣмъ оно устраняется отъ процеса,—мѣсто его заступаетъ надлежащій отвѣтчикъ. Онъ то и долженъ легитимироваться—ему необходимо принять процесъ въ томъ видѣ, въ какомъ онъ его засталъ, если будетъ констатировано, что онъ, а не привлеченный къ отвѣту, является лицомъ отвѣтственнымъ, т. е. что онъ имѣетъ за себя causa successionis. Если дѣйствительно онъ ее имѣетъ и вступитъ на мѣсто выбывшаго, то, юридически говоря, тождество субъектовъ не нарушено. Судебныя дѣйствія, предшедствовавшія его вступленію, совершенныя истцамъ и судомъ, а именно, предъявленіе иска и принятіе его, вызовъ, остаются въ силѣ Предполагается будто бы искъ былъ предъявленъ къ представителю вступившаго отвѣтчика. Эта фикція необходима въ виду необходимости продолженія процеса, не взирая на происшедшую замѣну лицъ. Непрерывность процеса и тутъ, какъ и въ случаѣ вступленія надлежащаго истца, оправдывается тѣми же соображеніями. Для юридическаго ихъ оправданія необходима указанная фикція. Но далѣе этого доводить фикцію нѣтъ надобности—другія дѣйствія, совершенныя ненадлежащимъ отвѣтчикомъ до вступленія надлежащаго, не обязательны для него—вѣдь его вступленіе не добровольное и если упомянутыя дѣйствія истца и суда сохранили силу противъ его воли, то это, и именно въ указанныхъ предѣлахъ, оправдывается соображеніями жизненными.

Всѣ законодательства, по примѣру римскаго права, признаютъ за отвѣтчикомъ право указывать на надлежащаго отвѣтчика и обязанность послѣдняго вступить въ процесъ; это т. наз. nominatio auctoris. Императоръ Константинъ въ конституціи 331 года [1]) впервые указалъ на институтъ, по-

[1]) C. 2. Ubi in rem actio exerc. deb. 3. 19.

лучившій впослѣдствіи болѣе широкое значеніе. Въ силу этого замѣчательнаго законодательнаго акта, въ случаѣ предъявленія actio in rem къ детентору чужаго недвижимаго имущества, этотъ послѣдній можетъ назвать своего auctor'а, которому судъ даетъ извѣстный срокъ для вступленія въ процесъ; если въ теченіи этого срока онъ не вступитъ въ процесъ, то судъ его формально приглашаетъ по вторичному требованію детентора; если онъ затѣмъ, неявится, то истецъ вводится во владѣніе имѣніемъ. Если же auctor вступитъ въ процесъ, то детенторъ совершенно устраняется и процесъ происходитъ между auctor'омъ и истцомъ. Институтъ nominatio auctoris въ той же формѣ былъ воспринятъ каноническимъ правомъ, съ тѣми же ограниченіями [1]). Судебная практика съ теченіемъ времени нѣсколько расширило этотъ институтъ; а именно, nominatio auctoris была возможна въ случаѣ предъявленія иска къ детентору движимаго имущества. Но далѣе этого ни одно законодательство, да и теоретики, не приводя основаній [2]), nominatio auctoris не распространяли. Австрійское право [3]) ограничиваетъ nominatio auctoris тѣми случаями, когда искъ предъявленъ къ детентору двйжимаго или недвижимаго имущества, причемъ кодексъ только указываетъ на допустимость nominatio auctoris. Германскій же уставъ судопроизводства даетъ подробныя о nominatio auctoris по поводу детенціи правила, отличающіяся отъ постановленій конституціи Императора Константина лишь большею простотою; а именно, по указанію владѣльца, auctor приглашается; въ случаи отрицанія послѣднимъ своей обязанности отвѣчать или молчанія, владѣлецъ продолжаетъ процесъ, а въ случаѣ вступленія auctor'а въ процесъ, владѣлецъ освобождается и auctor становится на его мѣсто. Но кромѣ этого, уставъ допускаетъ замѣну и въ спорахъ по обязательствамъ, а именно должникъ — отвѣтчикъ можетъ указать на надлежащаго долж-

---

[1]) Cap. 5 § 7 X. ut lite non cont. 2. 6.

[2]) Osterloh н. с. т. 1 стр. 541. Renaud н. с. стр. 112—113. Wetzell н. с. стр. 57. Bayer н. с. стр. 150 и др.

[3]) Allg. bür. Gesetzb. § 375.

ника, затѣмъ первый выбываетъ и его мѣсто занимаетъ послѣдній. Но уставъ выставляетъ одно весьма важное ограниченіе: выбывающій долженъ представить обезпеченіе равное суммѣ требованія+проценты [1]). Постановленія нашего устава являются исключительными; это мы понимаемъ такъ, что nominatio auctoris, въ томъ смыслѣ, какъ она понимается иностранными законодательствами, совершенно незнакома нашему уставу; изъ тѣхъ указаній на нее, какія въ немъ имѣются, можно вывести лишь, что уставъ безъ ограниченій предоставляетъ отвѣтчику право указать на то, что искъ во всей цѣлости относится къ другому отвѣтчику [2]), но заявленіе это дѣлается въ формѣ отвода, который, какъ совершенно справедливо замѣчаетъ г. Анненковъ [3]), по нашему уставу, всегда влечетъ за собою прекращеніе производства и истецъ поставленъ въ необходимость предъявить новый искъ къ другому, надлежащему отвѣтчику. Самой характерной черты, присущей nominatio auctoris, а именно *указаніе* на надлежащаго отвѣтчика *съ цѣлью замѣны ненадлежащаго*, нашъ уставъ не знаетъ; у насъ не надлежащій отвѣтчикъ только отклоняетъ отъ себя отвѣтъ и заявленіе его не поставлено въ связь—какъ на Западѣ—со вступленіемъ надлежащаго отвѣтчика. Потому-то у насъ и не можетъ быть замѣны ненадлежащаго отвѣтчика надлежащимъ безъ прекращенія процеса.

вв) *На мѣсто выбывшаго тяжущагося вступаетъ стороннее лицо, подъ видомъ лица, имѣющаго съ нимъ нераздѣльное право или нераздѣльную обязанность.*

Тутъ собственно нужно различать два случая: или лицо, подъ видомъ соуправомоченнаго или сообязаннаго съ первоначальнымъ участникомъ процеса, сначала присоединяется къ нему и затѣмъ, по выбытіи послѣдняго изъ процеса, занимаетъ его мѣсто, или же сначала выбываетъ первоначальный участникъ и мѣсто его затѣмъ занимаетъ соуправомо-

---

[1]) C. Pr. Ord. § 72, 73.
[2]) Уст. гр. суд. ст. 571 п. 3.
[3]) Анненковъ и. с. т. 3 стр. 69.

ченный или сообязанный. Разсмотримъ сначала первый случай. Возможно ли, спросимъ сначала, что одинъ изъ со управомоченныхъ или сообязанныхъ, первоначально не участвовавшій въ процесѣ, присоединяется къ другому, съ самаго начала участвовавшему? Отвѣтъ только и можетъ быть утвердительный нѣтъ такого юридическаго начала, нѣтъ такого интереса, которому противурѣчило-бы такое присоединеніе. Относительно-же юридическаго характера этого присоединенія высказываются различныя мнѣнія. Такъ одни, напр. Шульце [1]) Анненковъ [2]) разсматриваютъ присоединившагося, какъ пособника. Шульце полагаетъ, что пособникъ и въ этомъ случаѣ вступаетъ въ процесъ въ силу своего непосредственнаго интереса; рѣшеніе суда распространяетъ во всякомъ случаѣ свою силу и на него, а потому ему есть интересъ вступить въ процесъ. Г. Анненковъ полагаетъ, что вообще третье лицо можетъ вступить въ процесъ *въ качествѣ пособника* (акцесорнаго участника) не только въ силу интереса, но и „съ цѣлью защиты своихъ правъ, принадлежащихъ ему совокупно съ тяжущимся“. Оба юриста не совсѣмъ вѣрно поняли существо пособничества. Если, скажемъ противъ Шульце, пособникъ вступаетъ въ силу интереса, то значитъ у него нѣтъ права, въ силу котораго онъ можетъ вступить; если же онъ имѣетъ право, въ силу котораго вступаетъ, скажемъ противъ Анненкова, то онъ уже никакъ не пособникъ. Если признавать, что третье лицо вступаетъ въ процесъ въ силу своего права, то въ высшей степени несправедливо отводить ему менѣе выгодное процесуальное положеніе, чѣмъ то, на какое онъ имѣетъ право. Положеніе пособника невыгодное, зависимое, онъ вполнѣ зависитъ отъ лица, къ которому присоединяется,—выйди это лицо изъ процеса, выходитъ и пособникъ. Невыгода этого положенія совершенно понятна и справедлива, въ виду того, что пособникъ охраняетъ лишь свой интересъ, а не право; но

---

[1]) Schultze н. с. стр. 23.

[2]) Анненковъ н. с. т. 3 стр. 288.

если лицо присоединяется къ процесу въ силу права, то низводить это право на степень простаго интереса неудобно: вступающее лицо имѣетъ право на вполнѣ самостоятельное положеніе. Потому то мнѣніе другихъ ученыхъ напр. Канштейна [1]) Брандта [2]) совершенно справедливо: пособникъ вступаетъ въ процесъ только въ силу интереса. Если онъ имѣетъ право, въ силу котораго можетъ вступить въ процесъ, то вступаетъ въ него какъ самостоятельная сторона, какъ соучастникъ въ собственномъ смыслѣ, какъ говоритъ Канштейнъ. Заслуга Канштейна въ вопросѣ объ интервенціи дѣйствительно велика. Отбросивъ никуда негодное дѣленіе участія третьихъ лицъ на главное и акцесорное, онъ говоритъ, что въ процесѣ нужно различать интервенцію соучастника и интервенцію пособника. Каждая интервенція есть лишь случай вступленія въ процесъ въ теченіе его, какъ главной стороны, такъ и пособника. Если въ теченіе процеса вступаетъ лицо въ качествѣ стороны, то мы имѣемъ случай соучастія (послѣдующаго), а если въ качествѣ пособника—пособничество. Послѣдующимъ соучастникомъ можетъ быть лицо, на которое рѣшеніе суда по данному дѣлу распространяетъ свою силу и которое управомочено или обязано по тому же юридическому основанію, какъ и первоначальный участникъ [3]). Такимъ то соучастникомъ и является лицо нераздѣльно управомоченное или обязанное. Характерная черта его процесуальнаго положенія, въ отличіе отъ пособника, та, что онъ не зависитъ отъ первоначальнаго участника; онъ, вступая во имя своего права, есть сторона и рѣшеніе постановляется и относительно его [4]). Если мы будемъ имѣть въ виду этотъ характеръ послѣдующаго соучастія, то для насъ станетъ

---

[1]) Canstein н. с. т. I стр. 451.

[2]) Брандтъ—Объ участіи третьихъ лицъ въ гражд. проц. въ Журн. гражд. и угол. права 1874 г. кн. 4 стр. 127.

[3]) Такъ что, это не принципальный участникъ, осуществляющій свое «особенное» право.

[4]) Canstein н. с т. I стр. 450—460.

яснымъ и вопросъ о замѣнѣ первоначальнаго участника послѣдующимъ. Онъ сторона *независимая* отъ первоначальнаго участника, слѣд. и выходъ послѣдняго для него нѣчто совершенно безразличное: онъ остается въ процесѣ и ведетъ его отъ своего имени. Въ виду того, что оба соучастника производятъ свое право или свою обязанность отъ одного основанія, то, по общему правилу, первоначальный участникъ, до вступленія послѣдующаго, считается его презумтивнымъ представителемъ и, какъ показано было выше, оба они, въ виду этого, лица юридически тождественныя.—Нѣкоторыя особенности представляетъ только корреалитетъ. Во всѣхъ другихъ нераздѣльныхъ совокупныхъ отношеніяхъ мы видимъ, что послѣдующій соучастникъ вступаетъ въ процесъ во имя такого своего права, которое не исключаетъ совмѣстнаго осуществленія съ правомъ первоначальнаго участника. При корреалитетѣ же, хотя послѣдующій соучастникъ и можетъ вступить во имя своего права, но право это онъ не можетъ осуществить рядомъ съ осуществленіемъ его первоначальнымъ участникамъ. Характерная черта корреалитета въ этомъ-то и состоитъ [1]). Послѣдующій соучастникъ, корреальный совѣритель, и вступаетъ въ процесъ съ цѣлью не только помочь своему совѣрителю, но и стать на его мѣсто, если бы тотъ выбылъ изъ процеса. Съ выбытіемъ онъ тотчасъ заступаетъ его мѣсто и тогда его юридическое положеніе ничѣмъ не отличается отъ положенія всякаго другаго нераздѣльно соуправомоченнаго. Наконецъ, какъ относительно корреалитета, такъ и всякаго другаго обязательственнаго нераздѣльнаго отношенія, не надо упускать изъ виду слѣдующее: интересъ истца иногда можетъ страдать отъ произвольной замѣны отвѣтчика; если истецъ имѣетъ право по отношенію къ нѣсколькимъ должникамъ и ему предоставляется выборъ между ними, то остановившись на одномъ, онъ тѣмъ показываетъ, что по той или другой причинѣ не желаетъ привлекать остальныхъ; желаніе это вполнѣ законное,

---

[1]) Fitting. Correalobl. стр. 132 и сл.

а потому для замѣны однаго должника другимъ требуется непремѣнно согласіе вѣрителя [1]).

Спрашивается, допускаютъ ли законодательства подобную замѣну? Для разрѣшенія этого вопроса обратимся сначала къ другому: допускается ли послѣдующее, въ вышеуказанномъ смыслѣ, соучастіе въ процесѣ лица, имѣющаго нераздѣльныя права и обязанности съ первоначальнымъ участникомъ? Прямое указаніе на это имѣется только въ германскомъ уставѣ, а именно, тамъ посвановлено, что пособникъ, на котораго распространяется сила даннаго рѣшенія, разсматривается какъ соучастникъ) т. е. если лицо нераздѣльно обязанное или управомоченное пожелаетъ вступить въ процесъ, то оно признается самостоятельною стороною, соучастникомъ, а не пособникомъ. По австрійскому праву, какъ думаетъ Канштейнъ, такое послѣдующее соучастіе допускается [3]). Что касается нашего устава, то онъ не можетъ похвалиться категорическимъ и вѣрнымъ разрѣшеніемъ вопроса; тѣмъ не менѣе, по смыслу его, послѣдующее вступленіе соучастника возможно, хотя и *съ немалыми ограниченіями.* Нельзя, какъ уже было показано выше, допустить это лицо, какъ это дѣлаетъ г. Анненковъ, къ участію, въ качествѣ пособника [4]). Прямое указаніе закона, ст. 663, этому препятствуетъ; въ силу этой статьи пособникъ можетъ вступить лишь во имя своего юридическаго „интереса“, а не права. Точно также не возможно вступленіе его путемъ т. наз. „привлеченія третьяго“, ибо въ силу ст. 659 привлечь лишь можно лицо, къ которому сторона привлекающая имѣетъ обратное требованіе. Не смотря на вышеизложенное, намъ кажется, что лицо нераздѣльно обязанное или управомоченное можетъ вступить въ процесъ въ качествѣ стороны, но какимъ способомъ, объ этомъ сейчасъ ска-

---

[1]) Canstein н. с. т. I стр. 465 466.
[2]) CPr. Ord. § 66.
[3]) Canstein н. с. т. I стр. 750.
[4]) Анненковъ н. с. т. 3 стр. 281.

жу. Наши процесуалисты, Малышевъ [1]) и Анненковъ [2]), однако, допускаютъ привлеченіе сообязаннаго и соуправомоченнаго для участія въ процесѣ въ качествѣ третьяго лица. Это привлеченіе, какъ намъ кажется, не только противно смыслу 659 ст., но недопустимо и по слѣдующимъ соображеніямъ. Исходя изъ того, что лицо, имѣющее право по данному иску есть истецъ, а лицо обязанное отвѣчать по иску есть отвѣтчикъ, выводимъ, что лица эти только и могутъ фигурировать въ процесѣ благодаря или предъявленію иска или привлеченія къ отвѣту. Ни истецъ, ни отвѣтчикъ, помимо этихъ средствъ, не могутъ привлечь другихъ истцевъ или отвѣтчиковъ. Истецъ не можетъ привлечь другаго истца, послѣдній долженъ самъ предъявить искъ—nemo invitus agere cogatur; если истецъ желаетъ привлечь другаго отвѣтчика, онъ долженъ дѣйствовать по всѣмъ правиламъ о привлеченіи—на что же и существуютъ всѣ гарантіи въ пользу отвѣтчика (напр. сроки явки, сроки подачи отвѣта, опроверженія и т. п.), если возможно привлеченіе его въ качествѣ третьяго; отвѣтчикъ не можетъ привлечь другаго истца или другаго отвѣтчика, по упомянутой уже причинѣ. Привлеченіе очевидно не возможно. Мы полагаемъ, что постановленія германскаго устава могутъ быть приняты и нами. Тамъ лицо нераздѣльно управомоченное или обязанное вступаетъ какъ пособникъ, но занимаетъ юридическое положеніе не пособника, а стороны. Такъ приблизительно и у насъ: правила устава о возможности вступленія пособника даютъ намъ основаніе утверждать, что и нераздѣльно обязанное или управомоченное лицо можетъ вступать въ процесъ по правиламъ вступленія пособника, но оно разсматривается не какъ пособникъ, а какъ сторона. Могутъ сказать, что мы присоединяемся къ мнѣнію Шульце, Анненкова и другихъ, мнѣнію, только-что опровергнутому нами. Нѣтъ, по мнѣнію этихъ ученыхъ, лицо сообязанное или соуправомоченное не только вступаетъ въ процесъ по правиламъ пособничества,

---

[1]) Малышевъ, н. с. т. 1 стр. 205—206.

[2]) Анненковъ, н. с. т. 3 стр. 277 и слѣд.

но и является именно пособникомъ, оно остается „третьимъ лицомъ“,—противъ чего мы и возражаемъ. Мы беремъ статью о вступленіи пособника, которая по аналогіи можетъ быть примѣнена къ данному случаю и говоримъ: „если лицо, имѣющее только „интересъ“, можетъ вступить въ процесъ, хотя бы и въ качествѣ пособника, то за лицомъ, имѣющимъ „право“, отрицать права вступать въ качествѣ соучастника—нельзя. Въ процесѣ лицо это не пособникъ, не третье лицо, а соучастникъ; ничего общаго между нимъ и послѣднимъ нѣтъ [1]). Препятствій къ признанію этого положенія въ нашемъ уставѣ не имѣется; онъ знаетъ соучастіе и не предрѣшаетъ вопроса, должно ли оно состояться съ самаго начала процеса или же впослѣдствіи.

Но можно ли изъ допустимости послѣдующаго соучастія вывести и допустимость замѣны одного соучастника другимъ? Конечно, изъ указаннаго постановленія германскаго устава — можно, ибо, если данное, скажемъ, третье лицо вступаетъ въ процесъ, то оно,—эта новая сторона,—можетъ въ немъ участвовать какъ сторона; первоначальный участникъ можетъ выбыть и въ виду § 59, въ силу котораго въ случаѣ неявки первоначальнаго участника, вновь вступившій считается его представителемъ, этотъ вновь вступившій можетъ занять мѣсто первоначальнаго. Точно также, если первоначальный соучастникъ выбываетъ изъ процеса до засѣданія, назначеннаго для слушанія дѣла, то вновь вступившій очевидно можетъ продолжать процесъ, ибо онъ не пособникъ, зависящій отъ тяжущагося, а сторона. Что касается нашего права, то относительно возможности замѣны первоначальнаго соучастника—истца вновь вступившимъ, не можетъ быть и сомнѣнія. Если послѣдній разъ признанъ истцемъ, то выходъ перваго для него явленіе совершенно безразличное; онъ продолжаетъ процесъ и, въ виду нераздѣльности его права съ правомъ выбывшаго, онъ конечно разсматривается, какъ его представитель, и слѣд. оба—какъ лица юридически тождествен-

[1]) Если-бы лицо это было и въ процесѣ третьимъ, пособникомъ, то о замѣнѣ имъ выбывшаго тяжущагося не могло-бы быть и рѣчи.

ны. Презумтивное представительство соучастниковъ признается и нашимъ уставомъ [1]).

Обращаясь ко второму случаю, замѣтимъ, что тутъ вопросъ заключается лишь въ томъ, можно ли допустить лицо, не раздѣльно управомоченное или обязанное съ первоначальнымъ участникомъ, *вступить* въ процесъ въ теченіе его, послѣ выбытія участника. Положимъ, напримѣръ, участникъ не подаетъ въ срокъ состязательной бумаги—можетъ ли она быть подана другимъ сообязаннымъ или соуправомоченнымъ; или напр. первоначальный участникъ не является въ засѣданіе суда, можетъ ли на мѣсто его явиться и участвовать въ состязаніи другой его сообязанный или соуправомоченный? Не допускать такой замѣны нѣтъ основаній—всѣ выгоды на сторонѣ допустимости. Чего ради тому соуправомоченному или сообязанному, который желаетъ воспользоваться всѣми процесуальными правами, предоставленными тяжущемуся, затруднять исполненіе этого желанія; зачѣмъ требовать отъ него предъявленія новаго иска, что сопряжено съ напрасною тратою времени и лишними издержками. Теоретически разсуждая, такое лицо должно быть допущено къ замѣнѣ уже въ виду того, что оно, какъ мы видѣли выше, можетъ вступать въ процесъ въ качествѣ соучастника. То обстоятельство, что первоначальный участникъ выбылъ, не измѣняетъ, или вѣрнѣе, не должно измѣнять, положенія лица, которое можетъ вступить въ качествѣ соучастника. Но обращаясь къ законодательствамъ, мы тщетно стали бы искать въ нихъ указанія на формы, способы вступленія. Допустить и въ этомъ случаѣ возможность примѣненія тѣхъ постановленій, которыя указываютъ на возможность „присоединенія“ одного сообязаннаго или соуправомоченнаго къ другому, нельзя—это было бы слишкомъ свободнымъ толкованіемъ закона. Нужно отыскать косвенные способы. Таковымъ является представительство—сообязанный или соуправомоченный вступаетъ въ качествѣ представителя выбывшаго. Мы уже знаемъ, что по герман-

[1]) Уст. гражд. суд ст. 483, 724, 766.

скому праву возможно представительство тяжущихся и безъ полномочія, по крайней мѣрѣ до представленія акта послѣдняго; такъ что тутъ вступленіе ничѣмъ не затрудняется: при отсутствіи препятствій ко вступленію судъ вправѣ и не требовать довѣренности. По нашему же уставу возможно лишь вступленіе этихъ лицъ посредствомъ представленія довѣренности. Благодаря этой совершенно лишней формальности, вновь вступившій конечно дѣйствуетъ въ качествѣ представителя выбывшаго; но. . . такова сила юридической логики—тѣмъ не менѣе, въ виду нераздѣльности его права или обязанности и права или обязанности выбывшаго, онъ конечно дѣйствуетъ не только за него, но и за себя, не только отъ его имени, но и отъ своего имени. Такъ что слѣд. какъ-бы то нибыло и по нашему праву возможна такая замѣна.

Нечего и говорить, что вновь вступившій долженъ себя легитимировать. Въ томъ случаѣ, когда онъ сначала присоединяется къ лицу участвующему и затѣмъ по выбытіи послѣдняго заступаетъ его мѣсто, онъ легитимируетъ себя еще до замѣны, при самомъ присоединеніи: causa successionis тутъ какъ бы сливается, если можно такъ выразиться, съ causa intervention is (въ смыслѣ Канштейна), Въ томъ же случаѣ, когда соуправомоченный или сообязанный вступаетъ уже послѣ выбытія первоначальнаго участника, онъ легитимируется при замѣнѣ. Понятно, что въ первомъ случаѣ causa successionis заключается въ наличности нераздѣльнаго права или нераздѣльной обязанности съ первоначальнымъ истцомъ или отвѣтчикомъ; во второмъ—по германскому праву causa successionis таже, по нашему—полномочіе на веденіе процеса.

гг) На мѣсто выбывшаго истца вступаетъ въ процесъ стороннее лицо, подъ видомъ лица, имѣющаго право на спорное имущество.

Каждое лицо, полагающее, что оно имѣетъ право на извѣстное имущество, можетъ конечно предъявить искъ противъ всякаго нарушителя этого права. То обстоятельство,

что по поводу этого имущества уже ведется споръ между другими двумя лицами, естественно, нисколько не лишаетъ лица, полагающаго, что оно имѣетъ исключительное право на это имущество, права отыскивать послѣднее. По соображеніямъ удобства, упомянутому лицу дается право предъявить свой искъ къ той или другой тяжущейся сторонѣ. Благодаря этому, можетъ случиться, что одна изъ первоначальныхъ сторонъ, убѣжденная ли въ основательности требованія сторонняго лица или по другимъ причинамъ, выбываетъ изъ процеса; тогда, конечно, если этотъ первоначальный участникъ истецъ перваго процеса, — мѣсто его можетъ занять этотъ вновь вступившій истецъ. Понятно, если выбываетъ изъ процеса первоначальный отвѣтчикъ, то уже вновь вступившій, какъ истецъ, не можетъ занять его, отвѣтчиково мѣсто. Causa successionis новаго истца, занявшаго мѣсто первоначальнаго, заключается въ томъ, что онъ признаетъ за собою, однородное съ правомъ истца, право на спорное имущество. Указаніемъ на это право онъ легитимируетъ себя къ процесу; путемъ этой легитимаціи и благодаря выходу изъ процеса одной изъ сторонъ, вновь вступившее лицо принимаетъ процесъ въ томъ видѣ, въ какомъ тотъ находится въ моментъ его вступленія т. е. всѣ дѣйствія, совершенныя выбывшимъ сохраняютъ свою силу для вновь вступившаго — оба разсматриваются какъ одно лицо, какъ лица тождественныя.

Но возможность упомянутой замѣны лицъ, однако, не всѣми признается, а тѣми, которыми признается—выражается въ слишкомъ общей формѣ. Такъ Плянкъ [1]) Рено [2]) и др. полагаютъ, что съ выбытіемъ стороны, въ этомъ случаѣ, процесъ прекращается и затѣмъ начинается новый между оставшейся стороной и третьимъ лицомъ. Болѣе вѣрнымъ кажется мнѣніе Эндемана [3]), что третье лицо продолжаетъ процесъ

---

[1]) Planck н. с. стр. 463.
[2]) Renaud н. с. стр. 40.
[3]) Endemann н. с. стр. 268.

вмѣсто выбывшей стороны съ оставшейся стороною.—но лишь съ тою оговоркою, если 1) выбывшая сторона есть истецъ, а не отвѣтчикъ и 2) первоначальный и новый истецъ ищутъ признанія однороднаго права.

Едва ли будетъ основательнымъ то возраженіе, что новый истецъ, предъявляя искъ и къ первоначальному истцу, дѣлается его отвѣтчикомъ, а сдѣлавшись его отвѣтчикомъ, уже не можетъ, какъ истецъ, стать на его отвѣтчика мѣсто. Дѣло въ томъ, что новый истецъ, хотя и дѣлаетъ первоначальнаго истца отвѣтчикомъ въ возбужденномъ процесѣ, но съ выбытіемъ первоначальнаго истца, новаго процеса не возбуждается слѣд. и отвѣтчика въ немъ быть не можетъ; такъ что новый истецъ становится не на мѣсто отвѣтчика, а на мѣсто первоначальнаго истца.

Такъ называемая intervention principalis извѣстна многимъ законодательствамъ, но сначала она была выработана судебною практикою. На уясненіе существа этого института оказалъ крайне дурное вліяніе взглядъ на него, какъ на видъ интервенціи.—Единственный родовой, общій признакъ двухъ видовъ послѣдней тотъ, что лицо, сначала не участовавшее въ процесѣ, потомъ участвуетъ въ немъ; во всемъ остальномъ институты intervention principalis и accessoria, какъ впервые доказалъ Плянкъ, ничего общаго между собою не имѣютъ [1]). Достаточно сказать, что при первой лицо вступаетъ всегда съ самостоятельнымъ искомъ, при второй—во имя своего интереса.

Мало того, интервенція, по существу, есть присоединеніе къ наличнымъ тяжущимся, хотя-бы съ возможностью предъявленія иска (послѣдующее соучастіе); но не всякое предъявленіе иска третьимъ лицомъ къ наличнымъ тяжущимся будетъ интервенціею; такою можетъ лишь считаться такое предъявленіе иска, которое влечетъ за собою соучастіе. Этого-то послѣдствія за собою предъявленіе иска третьимъ лицовъ не влечетъ т. е. интервенціи тутъ вовсе нѣтъ,

---

[1]) Planck н. с. стр. 460 и сл.

а лицо, предъявляющее искъ или идетъ противъ обоихъ тяжущихся или вытѣсняетъ собою одного тяжущагося и ведетъ процесъ только съ другимъ или же требуетъ предварительнаго разсмотрѣнія своего иска отдѣльно отъ начатаго процеса. Понятно, что ни въ томъ, ни въ другомъ случаѣ нельзя говорить объ интервенціи.—Очень можетъ быть, что благодаря тому взгляду, что и этотъ случай есть форма интервенціи, ученіе о такъ называемой intervention principalis принадлежитъ къ наименѣе разработаннымъ, выясненнымъ.

Для насъ важное значеніе имѣетъ случай замѣны первоначальнаго истца вновь вступившимъ и потому мы, обращаясь къ постановленіямъ современныхъ законодательствъ, будемъ говорить не объ интервенціи главной, а о предъявленіи иска къ обѣимъ сторонамъ. Не можетъ быть и сомнѣнія, что всѣ законодательства допускаютъ подобныя иски къ одному или обоимъ тяжущимся; только тѣ, которыя о нихъ умалчиваютъ, даютъ основаніе предположить, что съ этимъ предъявленіемъ иска не связано никакихъ особенныхъ послѣдствій: искъ, предъявленный одной стороной къ другой и искъ, предъявленный къ нимъ третьимъ лицомъ разсматриваются отдѣльно, внѣ всякой связи между собою. Такъ разрѣшается этотъ вопросъ напр. по австрійскому праву [1]). Французскій кодексъ тоже умалчиваетъ объ этомъ случаѣ, но ученые, по необходимости, расширяютъ понятіе интервенціи и подводятъ подъ него случаи предъявленія иска къ наличнымъ тяжущимся. Такъ Боатаръ [2]) Боннье и др. говорятъ, что интервеніентами могутъ быть лица, которымъ предоставлено право заявлять tierce opposition и между прочимъ, приводя примѣры участія этихъ лицъ, указываютъ и на лицъ, предъявляющихъ къ тяжущимся искъ о правѣ на спорный предметъ. Прямыхъ препятствій въ законѣ къ допустимости замѣны истца третьимъ лицомъ не имѣется. Что касается

---

[1]) Canstein н. с. т. 1 стр.
[2]) Boitard н. с. т. 1 стр. 501. т. 2 стр. 87.
[3]) Bonnier н. с. стр. 288.

германскаго устава, то онъ смотритъ на третье лицо, какъ на самостоятельную сторону, которая можетъ требовать или совмѣстнаго [1]) или отдѣльнаго разсмотрѣнія иска, предъявленнаго къ обѣимъ тяжущимся сторонамъ [2]). Намъ кажется, что нѣтъ препятствій допустить примѣненіи и къ германскому процесу, того положенія. что съ выбытіемъ стороны на ея мѣсто вступаетъ третье лицо и продолжаетъ процесъ съ оставшимся тяжущимся. То обстоятельство, что уставъ германскій требуетъ, · тобы новый истецъ предъявилъ свой искъ къ обѣимъ тяжущимся сторонамъ, не можетъ служить препятствіемъ.

Что касается нашего устава, то онъ признаетъ возможнымъ предъявленіе иска къ одному или обоимъ тяжущимся о правѣ на спорное имущество; искъ этотъ вполнѣ самостоятельный (ст. 665, 666), онъ подлежитъ расмотрѣнію вмѣстѣ съ первоначальнымъ — это ясно изъ самаго заглавія отдѣла, гдѣ помѣщены 665 и 666 ст., а именно „вступленіе третьяго лица“. Благодаря принципіальному признанію этого института и краткости постановленій, уставъ даетъ возможность принять всѣ положенія, выставляемыя теоріею относительно замѣны первоначальнаго истца новымъ.

дд) На мѣсто выбывшаго тяжущагося вступаетъ лицо подъ видомъ лица, къ которому выбывшій имѣетъ обратное требованіе.

Общепризнаннымъ въ наукѣ слѣдуетъ считать то положеніе, что сторона, имѣющая право обратнаго требованія къ третьему лицу, можетъ его привлечь къ дѣлу или въ качествѣ отвѣтчика (условнаго) или въ качествѣ пособника. Своимъ вступленіемъ лицо можетъ совершенно освободить сторону ее привлекшую и стать на ея мѣсто только въ первомъ случаѣ, во второмъ же съ выбытіемъ стороны, выбываетъ пособникъ. Вотъ въ первомъ-то случаѣ и происходитъ замѣна лица, имѣющаго къ другому обратное

---

[1]) Schelling н. с. стр. 82.
[2]) C. Pr. Ordn. §§ 61, 62.

требованіе, лицомъ, обязаннымъ удовлетворить это требованіе въ случаѣ проигрыша процеса. Causa successionis здѣсь заключается въ обязанности удовлетворить обратное требованіе, хотя къ этому, какъ увидимъ, нѣкоторыя законодательства и ученыя присоединяютъ особое соглашеніе между выбывающимъ и вступившимъ на его мѣсто; эта-то causa successionis должна быть удостовѣрена ради того, чтобы лицо, вступающее въ процесъ, считалось легитимированнымъ. Легитимировавъ себя, лицо это принимаетъ процесъ въ данномъ видѣ и продолжаетъ его. Такъ, если процесъ ведется между цесіонаріемъ и должникомъ, то цесіонарій можетъ выйти а цедентъ, удостовѣривъ фактъ цесіи, заступаетъ его мѣсто.

Еще римскому праву была извѣстна такъ называемая litis denunciatio, въ смыслѣ обязательнаго для покупщика, въ процесѣ съ постороннимъ вступщикомъ, извѣщенія продавца, на которомъ лежитъ обязательство очистки [1]); въ случаѣ не извѣщенія, покупщикъ хотя не терялъ права на эвикцію, но осуществленіе послѣдняго чрезвычайно затруднялось опроверженіемъ exceptio doli mali, предъявляемый продавцемъ [2]). Самою обыкновенною, въ римскомъ судѣ, по предположенію Ветцеля [3]) формою участія продавца въ процесѣ было обращеніе его въ procurator in rem suam [4]) т. е. покупщикъ, по соглашенію съ продавцемъ, выбывалъ изъ процеса, а продавецъ продолжалъ процесъ въ качествѣ такого представителя покупщика, который самъ пользуется выгодами процеса [5]). Но онъ могъ дѣйствовать и рядомъ со стороною въ качествѣ интервеніента. Съ теченіемъ времени litis denunciatio было распространено учеными и практикою на всѣ случаи, когда одна изъ сторонъ имѣетъ право обратнаго требованія къ третьему лицу, причемъ предоставлялось третьему лицу вести про-

---

[1]) L. 53 D. de evict. 21. 2.
[2]) L. 29 § 2 D. de leg. III. 32. 1.
[3]) Wetzell н. с. стр. 54.
[4]) L. 66 § 2 D. de evict. 21. 2.
[5]) Arndts н. с. стр. 160.

цесъ или вмѣстѣ со стороною, или одному, отъ имени первоначальнаго истца, то-есть въ силу даннаго ему полномочія. Это послѣднее положеніе, принимаемое всѣми учеными, относится къ числу тѣхъ, которыя обязаны своимъ происхожденіемъ дурно понятымъ взглядамъ римскихъ юристовъ. Дѣло въ томъ, что procuratura in rem suam т. е. представительство въ собственномъ дѣлѣ, есть логическое самопротивурѣчіе—въ своемъ дѣлѣ можно быть лишь стороною, а представителемъ можно быть лишь въ чужомъ дѣлѣ. Но мы понимаемъ римскихъ юристовъ, избравшихъ этотъ институтъ для юридической формулировки упомянутой замѣны субъектовъ; procuratura in rem suam была создана какъ нѣчто такое, что какъ бы примиряетъ старое, національное воззрѣніе съ новыми воззрѣніями, вызванными осложнившимися жизненными потребностями. Цесія безъ согласія должника была невозможна; римляне видѣли въ этомъ измѣненіе самого цедированнаго обязательства, но жизнь указывала на необходимость ея безъ этого согласія; былъ созданъ институтъ, которымъ достигались цѣль цесіи — удовлетвореніе цесіонарія безъ цесіи, а путемъ представительства цедента. Однако, съ теченіемъ времени и римляне устранили этотъ искуственно созданный институтъ и признали возможною цесію безъ согласія должника [1]). Ученые, кажется, должны были имѣть въ виду значеніе procuratura in rem suam и тотъ результатъ, къ которому привелъ римлянъ ихъ здравый юридическій смыслъ Они должны были понять, что предоставленіе третьему лицу, къ которому сторона имѣетъ обратное требованіе, замѣны выбывшей стороны въ качествѣ procurator in rem suam должно было привести не къ тому, чтобы лицо это стало разсматриваться какъ procurator in rem suam, а какъ pars in rem suam. Это, такъ сказать, естественный результатъ, къ которому нужно было придти. А между тѣмъ, третье лицо учеными было допущено къ участію въ процесѣ или какъ интервеніентъ или

---

[1]) Windscheid н. с. т. 2 стр. 229 — 231

какъ procurator, представитель стороны, дѣйствующій по ея полномочію [1]).

Обращаясь къ современнымъ кодексамъ, мы видимъ, что путемъ litis denunciatio третье лицо приглашается принять участіе въ процесѣ въ качествѣ пособника, и въ тоже время, по смыслу нѣкоторыхъ изъ нихъ, въ качествѣ, по нѣкоторымъ признакамъ, какъ-бы отвѣтчика или же прямо въ качествѣ настоящаго отвѣтчика. Такъ, по германскому уставу — онъ привлекается въ качествѣ пособника [2]), по французскому кодексу третье лицо, къ которому сторона имѣетъ обратное требованіе можетъ быть привлечено прямо въ качествѣ отвѣтчика [3]). Нашъ уставъ признаетъ и то и другое. Третье лицо привлекается въ качествѣ пособника, но затѣмъ, по нѣкоторымъ признакамъ, лицо это является какъ-бы отвѣтчикомъ: вступленіе въ процесъ для него обязательно, противъ него принимаются мѣры обезпеченія иска и рѣшеніе постановляется и относительно его [4]). Но возможно-ли занятіе третьимъ лицомъ въ процесѣ мѣста выбывшей стороны? Относительно германскаго права надо замѣтить, что взглядъ его на привлеченнаго третьяго, какъ на пособника, служитъ препятствіемъ признать допустимость этой замѣны. Французскій Code de pr. c. прямо допускаетъ эту замѣну, но только относительно отвѣтчика-гаранта, привлеченнаго къ дѣлу. Но относительно вещныхъ исковъ, — при такъ называемой garantie formelle — эта замѣна происходитъ безъ согласія истца, а въ личныхъ искахъ — при такъ называемой garantie simple, требуется согласіе истца [5]). Что касается нашего устава, то въ виду взгляда его на третье лицо, къ которому сторона, привлекшая его къ дѣлу, имѣетъ обратное требованіе, не только какъ на пособника, но и какъ на условнаго

---

[1]) Endemann н. с. стр. 271 Renaud н с. стр. 104 Wetzell н. с. стр. 50.

[2]) C. Pr. Ord. § 69, 72.

[3]) При garantie formelle см. Code de pr. c. art 182.

[4]) Уст. гр. суд. ст. 659 и др. см. мою зам. „Нѣсколько возраженій г. Гонлеву“ Жур. гр. и уг. пр. 1883 кн. 3 стр. 23—24.

[5]) Code de pr. c. art. 182, 183.

отвѣтчика, замѣна выбывшей стороны этимъ лицомъ должна быть допущена и притомъ безъ всякаго полномочія со стороны выбывшаго. Относительно допустимости ея по нашему уставу имѣются точныя указанія въ мотивахъ редакторовъ. „Привлеченіе третьяго лица, говорятъ они, имѣетъ особенную практическую важность тамъ, гдѣ дѣло идетъ о вотчинной очистки. Здѣсь уже важно мнѣ привлечь своего передатчика къ дѣлу не для того только, чтобы онъ помогалъ защищаться. *Онъ можетъ вмѣсто меня стать къ отвѣту*, и снявъ съ меня всѣ хлопоты и издержки по дѣлу, очистить искъ вполнѣ.. Это и для него можетъ быть выгодно: ибо онъ долженъ будетъ, въ случаѣ отчужденія имѣнія. удовлетворить меня за издержки процеса, такъ лучше ему самому вести процесъ въ свою экономію“ [1]). Эти же соображенія, конечно, примѣняются и къ другимъ случаямъ обратныхъ требованій.

III. Процесуальная сторона вопроса о тождествѣ спорнаго отношенія.

Процесуальная сторона вопроса о тождествѣ спорнаго отношенія исчерпывается тремя вопросами: кѣмъ возбуждается вопросъ о тождествѣ, какъ онъ разрѣшается и какія послѣдствія влечетъ за собою признаніе или непризнаніе тождества. [2])

А) Возбужденіе вопроса о тождествѣ спорнаго отношенія.

Изъ указанія на случаи, когда въ процесѣ можетъ возникнуть вопросъ о тождествѣ спорнаго отношенія, еще не видно кѣмъ возбуждается этотъ вопросъ т. е. по чьей иниціативѣ, по иниціативѣ-ли стороны или суда, онъ разрѣшается. При разрѣшеніи этого вопроса надо имѣть въ виду,

---

[1]) Уст. гр. суд. изд. госуд канц. стр. 312

[2]) Въ дальнѣйшемъ изложеніи мы уже не будемъ говорить о колизіяхъ пророгаціонныхъ и третейскихъ договоровъ, ибо все что будетъ ниже нами изложено примѣняется и къ случаямъ, въ которыхъ упомянутая колизія возникаетъ и притомъ уже тогда, когда колизія разрѣшена.

что, какъ было сказано выше, отсутствіе внѣшняго тождества и сохраненіе внутренняго тождества суть условія, первое— возникновенія, второе—бытія процесуальнаго отношенія. Отъ характера этихъ условій зависитъ и то, кѣмъ можетъ быть возбужденъ вопросъ объ отсутствіи того или другаго изъ нихъ.

Бюловъ въ класическомъ сочиненіи своемъ о процесуальныхъ возраженіяхъ, первый далъ толчекъ къ удовлетворительному разрѣшенію вопроса объ условіяхъ процесса. Идя по вновь открытому имъ пути, онъ, естественно увлекся богатствомъ добытыхъ результатовъ. Видя передъ собою ужасный хоосъ, господствовавшій въ наукѣ въ вопросѣ о процесуальныхъ возраженіяхъ, онъ для водворенія порядка прибѣгнулъ къ рѣшительному средству: къ отрицанію самостоятельнаго значенія этихъ возраженій. Указавъ на условія возникновенія процесуальнаго отношенія, онъ пришелъ къ тому, что вопросъ объ отсутствіи въ данномъ процесѣ того или другого изъ этихъ условій всегда возбуждается судомъ ex officio и если сторонѣ и предоставляется указывать суду на это, то эти указанія не суть возраженія, а лишъ напоминанія суду о его обязанности [1]). Возраженія суть заявленія матеріально-правовыя [2]); къ такъ наз. процесуальнымъ возраженіямъ не примѣняется ни одно изъ положеній установленныхъ по отношенію къ возраженіямъ; даже защитники первыхъ допускаютъ, что могутъ быть такія возраженія, которыя не предъявляются отвѣтчикомъ, а возбуждаются судомъ т. е. возраженія, которыя не могутъ быть возраженіями. Это привело Бюлова къ тому, что процессуальное возраженіе и въ основаніи своемъ „ложное и больное понятіе“ (ein von Grund aus falscher und kranker Begriff [3]). Измѣняя самое выраженіе „процесуальное возраженіе“, Бюловъ замѣняетъ его выраженіемъ процесуальное условіе, предположеніе, на отсутствіе котораго стороны

---

[1]) Bülow. Einred стр. 303 и См выше стр. 3.
[2]) Ibid стр. 258.
[3]) Ibid стр. 14—16.

могутъ указать суду. [1]) Бюловъ, однако, скоро (чрезъ 11 лѣтъ) принесъ покаяніе въ крайности своихъ выводовъ [2]), и главнымъ образомъ того вывода, что понятіе процесуальнаго возраженія ложно „въ самомъ основаніи“. Онъ соглашается съ Ветцелемъ, что и стороны могутъ возбуждать процессуальныя возраженія, причемъ говоритъ, что и прежде не безусловно отрицалъ право сторонъ предъявлять эти возраженія. Право „напоминанія суду о его обязанности“ тоже-де возраженіе. Такой изворотъ кажется намъ неудачнымъ. Бюловъ совершенно напрасно прибѣгаетъ къ нему т. е. въ сущности отрекается отъ своихъ прежнихъ взглядовъ. Въ этомъ, въ виду замѣчаній критики, не представлялось ни малѣйшей надобности. Дѣло въ томъ, что въ своемъ капитальномъ сочиненіи о возраженіяхъ онъ хотя и предоставляетъ отвѣтчику право указывать суду на отсутствіе того или другаго условія процесса, но этимъ указаніямъ онъ придаетъ далеко не важное значеніе; это видно уже изъ того, что, допуская ихъ, онъ однако далекъ отъ того, чтобы предоставить сторонѣ право *дѣлать или не дѣлать* эти указанія. А въ этомъ то произволѣ и заключается суть процесуальнаго возраженія— если сторона не желаетъ его предъявить, судъ самъ не можетъ его возбудить. Очевидно, онъ прежде, говоря о правѣ стороны указывать суду на отсутствіе того или другаго условія процеса и не думалъ допускать процесуальныхъ возраженій какъ вполнѣ самостоятельныхъ заявленій сторонъ. И онъ былъ совершенно правъ. Тѣ процессуальныя условія, предположенія, о которыхъ онъ тогда говорилъ, принадлежатъ именно къ категоріи условій, за наличностью которыхъ въ каждомъ процесѣ наблюдаетъ самъ судъ ex officio и стороны могутъ лишь ему указать, на нихъ, но, разъ указавъ, онѣ уже не вправѣ просить судъ объ игнорированіи ихъ. Оставляя въ сторонѣ эти недоразумѣнія, слѣдуетъ сказать, что, благодаря Бюлову, наука пришла къ богатымъ результатамъ, свя-

---

[1]) Ibid стр. 304.

[2]) Bülow Fictionen стр. 58 пр 78.

завъ вопросъ о процесуальныхъ возраженіяхъ съ вопросомъ объ условіяхъ возникновенія процесуальнаго отношенія. Процесуальнымъ возраженіемъ является уже не всякое заявленіе стороны, что какое либо изъ условій отсутствуетъ, а заявленіе объ отсутствіи условія извѣстнаго рода. Ошибка Бюлова заключалась въ томъ, что, не указавъ на всѣ условія, предположенія возникновенія процеса, онъ имѣлъ въ виду лишь одну категорію ихъ, и притомъ именно ту, которая никакого отношенія къ процессуальнымъ возраженіямъ не имѣетъ; поэтому то онъ и былъ правъ, говоря, что процесуальныхъ возраженій быть не можетъ. Ошибка его была исправлена Канштейномъ [1]). Канштейнъ дѣлитъ всѣ условія возникновенія процесуальнаго отношенія на двѣ категоріи: абсолютныя и относительныя. Наличность тѣхъ и другихъ, условно или безусловно, необходима для возникновенія процеса; если обнаружится, что ихъ нѣтъ въ наличности, процесъ считается вовсе не возникшимъ. *Абсолютныя* условія суть условія, безъ которыхъ процесъ никоимъ образомъ, ни въ какомъ случаѣ возникнуть не можетъ; они признаются столь важными, что при ихъ отсутствіи желаніе стороны, чтобы процесъ возникъ, въ соображеніе не принимается. Судъ самъ заботится о томъ, чтобы процесъ отвѣчалъ этимъ условіяхъ; самъ онъ ex officio возбуждаетъ вопросъ о томъ, имѣются-ли въ данномъ процесѣ въ наличности всѣ эти условія. Конечно въ состязательномъ процесѣ, онъ не производитъ слѣдствія, не возбуждаетъ безъ всякихъ основаній вопроса объ этихъ условіяхъ, [2]) а исходятъ изъ тѣхъ данныхъ, которыя имѣются въ дѣлѣ. Стороны могутъ ему конечно указать на отсутствіе того или другаго условія, но это указаніе, какъ сказано выше, есть ничто иное, какъ напоминаніе объ обязанностяхъ. Къ категоріи этихъ условій напр. относится:

---

[1]) Canstein и. с. т. стр. 13—14.

[2]) См. мое изслѣдованіе „Состязательное начало гражд. проц. въ теоріи и русск. законод. преимущ. новѣйшемъ". СПБ. 1880 г. стр. 232—242.

объективная компетенція суда, судейскія способности, дѣеспособность стороны и ея представителя и др. Это именно тѣ условія возникновенія процесуальнаго отношенія, которыхъ Бюловъ считаетъ единственными условіями. Всѣмъ имъ присуща одна черта: наличность ихъ требуется по соображеніямъ не частнаго, а публичнаго характера; потому судъ, какъ блюститель публичнаго, государственнаго интереса наблюдаетъ за наличностью ихъ. Совсѣмъ инаго характера суть условія, предположенія о [illegible] и. Наличность ихъ признается необходимою для возникновенія процесуальнаго отношенія лишь въ томъ случаѣ, когда стороны этого желаютъ. Процесъ можетъ возникнуть и при отсутствіи того или другого изъ этихъ условій, если сторона на него не укажетъ. Судъ самъ не возбуждаетъ вопросъ объ этихъ условіяхъ, хотя бы и видѣлъ изъ дѣла, что даннаго условія не имѣется въ наличности—все дѣло суда сводится къ тому, чтобы послѣ сдѣланнаго стороною заявленія, провѣрить дѣйствительно ли указаннаго условія нѣтъ въ наличности. Эти заявленія стороны и суть *процесуальныя возраженія*. Къ категоріи этихъ относительныхъ условій относится напр. субъективная компетенція суда, отсутствіе связи между данными дѣлами и другія. Общая всѣмъ имъ черта та, что наличность ихъ требуется по соображеніямъ частнаго характера, въ виду одного частнаго интереса стороны, единственнымъ рѣшителемъ котораго является одно частное лицо. Изъ этого видно, какую пользу принесла наукѣ мысль Бюлова о связи процесуальныхъ возраженій съ условіями возникновенія процеса, и какъ эту связь слѣдуетъ понимать. Могутъ возразить, что почему не назвать процесуальными возраженія, какъ это сдѣлалъ впослѣдствіи и самъ Бюловъ, заявленія сторонъ объ отсутствіи абсолютнаго условія процеса. Конечно, условно ихъ можно назвать тоже возраженіями; можно и ихъ и процесуальныхъ возраженій въ собственномъ смыслѣ, назвать возраженіями въ общемъ смыслѣ, но они не будутъ процесуальными возраженіями въ собственномъ смыслѣ, потому, что возраженіе есть нѣчто вполнѣ самостоятельное, основанное

исключительно на процесуальномъ правѣ сторонъ; они подлежитъ особымъ юридическимъ опредѣленіямъ; относительно ихъ установлены извѣстныя спеціальныя правила, напр. относительно времени ихъ предъявленія; законодатель можетъ установить срокъ, по истеченіи котораго данныя возраженія не могутъ быть предъявлены; хотя мы полагаемъ, что эта срочность не есть необходимое требованіе отъ процесуальнаго возраженія въ собственномъ смыслѣ; ученые, едва ли основательно, придаютъ этому требованію слишкомъ большое значеніе; все зависитъ отъ характера даннаго возраженія; litis ordinandi gratia установленіе этого срока желательно, если тому не препятствуетъ какое либо болѣе вѣское соображеніе касательно интересовъ тяжущихся. Потому мы и говоримъ, что законодатель можетъ, а не долженъ установить этотъ срокъ.—Ничего подобнаго мы не видимъ въ заявленіяхъ сторонъ объ отсутствіи абсолютныхъ условій; они лишены самостоятельности, какъ возраженія, ибо, съ одной стороны, возбужденіе ихъ лежитъ на обязанности одного суда, съ другой, не только стороны, но и постороннія лица могутъ указать суду на это; это слѣд. не исключительное право стороны; нормъ никакихъ относительно предъявленія этихъ указаній, какъ возраженій, не требуется: ни о формѣ ихъ, ни о срокѣ и т. п.—они могутъ быть дѣлаемы въ любой формѣ, во всякое время и т. д.

На добытыхъ такимъ образомъ результатахъ ученіе о процесуальныхъ возраженіяхъ однако остановиться не можетъ. Намъ кажется, что нельзя ограничить понятіе процесуальнаго возраженія одними заявленіями сторонъ объ отсутствіи того или другаго относительнаго условія *возникновенія* процесуальнаго отношенія. Кромѣ возникновенія, какъ было показано выше, въ исторіи процесуальныхъ отношеній мы находимъ и другіе моменты—бытіе или движеніе, измѣненіе, прекращеніе, охраненіе. Каждый изъ этихъ моментовъ имѣетъ свои условія, безъ которыхъ обойтись нельзя. Какъ возникнуть процесъ не можетъ при отсутствіи того или другаго условія, также точно онъ не можетъ при отсутствіи извѣстныхъ

условій двигаться, измѣняться, прекращаться, охраняться. Если же въ данномъ случаѣ этихъ условій въ наличности нѣтъ, то, смотря по характеру того или другаго изъ нихъ, сторона или судъ, возбуждаютъ объ этомъ вопросъ, и въ случаѣ утвердительнаго его разрѣшенія, даннаго нормальнаго эфекта произойти не можетъ [1]). Въ виду изложеннаго и понятіе процесуальнаго возраженія значительно расширяется, требуется точное указаніе, заявленіе о какихъ именно обстоятельствахъ должно считать процесуальнымъ возраженіемъ и заявленіе о какихъ обстоятельствахъ есть лишь напоминаніе суду объ его обязанности. Обстоятельства эти суть условія, при наличности которыхъ процесуальное отношеніе только и можетъ возникнуть, двигаться, измѣняться, прекращаться и подлежать охраненію. Общій признакъ, характеризующій эти условія тотъ, что это суть условія, требуемыя по соображеніямъ государственнаго или частнаго интереса въ сферѣ гражданскаго правосудія. Если процесуальное отношеніе все-таки будетъ считаться возникшимъ, существующимъ, измѣнившимся, прекратившимся и подлежащимъ охраненію, несмотря на отсутствіе того или другаго условія, то этимъ будетъ нарушенъ тотъ или другой интересъ государственный или частный. Это самая общая характеристика процесуальныхъ условій и вмѣстѣ съ тѣмъ процесуальныхъ возраженій въ самомъ широкомъ смыслѣ этого слова т. е. какъ напоминаній суду объ его обязанности, такъ и самостоятельныхъ заявленій сторонъ. Характеристика обыкновенно даваемая этимъ возраженіямъ едва-ли вѣрна. До Бюлова считалась неопровержимою и непреложно вѣрною мысль (имѣющая, какъ думали, корни въ римскомъ правѣ), что процесуальныя возраженія являются видомъ матеріально-правовыхъ возраженій; всѣ возраженія или средства защиты дѣлились на перемпторныя и диляторныя, разрушительныя т. е. парализующія самое право и задерживающія лишь на

[1]) И Менгеръ (н. с. стр 292—292) дѣлаетъ Бюлову то возраженіе, что указанными имъ предположеніями процеса, а слѣд. и процесуальными возраженіями, не исчерпывается все ихъ количество.

время осуществленіе права; диляторныя возраженія раздѣлялись на двѣ категоріи, смотря потому, касаются ли они самаго спорнаго отношенія или процесуальной его стороны или, какъ говорятъ, *основаны* ли они на матеріальномъ или на процесуальномъ правѣ; первыя именуются диляторными матеріальными, вторыя - процесуальными возраженіями [1]).

Безпощадная критика Бюлова заставила лучшихъ представителей нашей науки призадуматься. Разстаться съ установившимся мнѣніемъ было тяжело; пришлось вступать въ компромисъ. Такъ, Ветцель [2]) внесъ въ характеристику установившагося дѣленія возраженій на матеріальныя и процесуальныя ту поправку (по Бюлову), что, въ отличіе отъ матеріально-правовыхъ процесуальными называются возраженія по ихъ отношенію къ условіямъ, предположеніямъ процеса. Онъ уже вовсе не говоритъ о томъ, что возраженія эти *основаны* на процесуальномъ правѣ, въ отличіе отъ матеріально-правовыхъ, основанныхъ на матеріальномъ правѣ. Хотя онъ еще не имѣлъ въ виду относительныхъ процесуальныхъ условій, изъ коихъ многія основаны на матеріальномъ правѣ, но предвидѣлъ, что съ этимъ различеніемъ „по основаніямъ“ далеко не уйдешъ. Какъ видно, Бюловъ со своими доказательствами вызвалъ эту сдержанность Ветцеля. И дѣйствительно, можно-ли говорить о различіи этихъ видовъ возраженій „по основаніямъ“? Развѣ такое безспорно процесуальное возраженіе, какъ exceptio litis pendentis не основано на матеріальномъ спорномъ отношеніи, а именно на тождествѣ двухъ этихъ отношеній или exceptio connexitatis causarum не основано на связи двухъ спорныхъ отношеній? [3]). Ветцель видитъ различіе между этими возраженіями болѣе въ послѣдствіяхъ ихъ предъявленія. Другой изъ современныхъ процесуалистовъ, Менгеръ [4]), уже рѣшительно отрицаетъ различіе

---

[1]) Renaud, н. с. стр. 213—215 Jocoton—Des exceptions de proc civ стр. 1—7, Unger н с. т. 2 стр. 472 пр. 3 и другіе.

[2]) Wetzell н. с. стр. 136 пр. 95.

[3]) Strithorst, н. с стр. 130.

[4]) Menger, н. с. стр 363—365 пр 10.

этихъ возраженій по основанію. Хотя прямо онъ этого не говоритъ, но это очевидно уже изъ того, что онъ одно и тоже возраженіе, exceptio rei judicatae, признаетъ и процесуальнымъ и матеріальнымъ возраженіями не смотря на то, что „основаніе“ ихъ совершенно одно и тоже. По его мнѣнію, одно и тоже возраженіе, exceptio rei judicatae можетъ имѣть двѣ различныя цѣли, и по различію цѣлей будетъ или матеріально-правовымъ или процесуальнымъ возраженіемъ. Если оно предъявлено съ тою цѣлью, чтобы въ искѣ было отказано, въ виду того, что спорное отношеніе уже формализировано, то это матеріальное возраженіе: если же съ тою цѣлью, чтобы не былъ начатъ новый процесъ, въ виду того, что по поводу даннаго отношенія споръ уже былъ покончень, то это процесуальное возраженіе Весь смыслъ этого разграниченія раскроется передъ нами, если придать ему общее значеніе относительно всѣхъ возраженій. Въ сущности, какъ это подтвердится дальнѣйшимъ изложеніемъ, Менгеровское различіе сводится къ тому, что, если exceptio rei judicatae предъявлено до разсмотрѣнія дѣла по существу, то оно процесуальное возраженіе; отвѣтчикъ желаетъ, чтобы дѣло не было и начато. Если же exceptio эта предъявлена во время разсмотрѣнія дѣла, то это возраженіе матеріально-правовое. Не трудно убѣдиться въ ошибочности этого мнѣнія. Неужели же все различіе между процесуальными и матеріальными возраженіями можно выводить изъ времени ихъ предъявленія? Неужели цѣль дѣлаетъ данное возраженіе матеріальнымъ или процесуальнымъ? Но Менгера смутило такое соображеніе: если предоставить отвѣтчику право предъявить это возраженіе только до разсмотрѣнія дѣла по существу, а затѣмъ отнять у него это право, то это явно несправедливо; онъ прямо порицаетъ законодательства, принявшія такой взглядъ. Если же допустить предъявленіе этого возраженія только во время разсмотрѣнія дѣла по существу, то это лишь напрасно осложнитъ процесъ; зачѣмъ доводить дѣло до разсмотрѣнія, когда гораздо удобнѣе вовсе его не разсматривать, а лишь разсмотрѣть одно возраженіе? Это совершенно основательное

соображеніе; но мы не видимъ почему же данное возраженіе, предъявленное при разсмотрѣніи дѣла по существу, вдругъ обращается изъ процесуальнаго въ матеріально-правовое? Положимъ, что цѣль даннаго возраженія, которая можетъ быть достигнута вначалѣ (неначатія процеса), не можетъ быть достигнута впослѣдствіи. Но этого еще мало для признанія возраженія матеріально-правовымъ. Не всѣ возраженія, которыя могутъ быть предъявлены уже при разсмотрѣніи дѣла по существу, непремѣнно являются возраженіями матеріально-правовыми. Вотъ мы и подошли къ самому корню недоразумѣнія. Изъ того обстоятельства, что нѣкоторыя возраженія предъявляются лишь во время разсмотрѣнія дѣла по существу, обыкновенно выводятъ, что возраженія эти касаются существа дѣла и слѣд. суть возраженіе матеріально-правовое. Ошибка тутъ заключается въ томъ, что на процесуальныя возраженія смотрятъ лишь какъ на заявленія, которыя непремѣнно должны быть предъявлены до истеченія опредѣленнаго срока, по истеченіи-же его уже предъявленіе ихъ невозможно. Положеніе это совершенно неосновательно и не справедливо во многихъ случаяхъ и между прочимъ въ случаѣ предъявленія exceptio rei judicatae. Exceptio rei judicatae, будучи предъявлена до или во время разсмотрѣнія дѣла по существу, остается тѣмъ же процесуальнымъ возраженіемъ, влекущимъ за собою непремѣнно одно отрицательное послѣдствіе, а именно, признаніе процесуальнаго отношенія не возникшимъ; если оно предъявляется до разсмотрѣнія дѣла по существу, то это признаніе процесуальнаго отношенія не возникшимъ выражается въ томъ, что дѣло и не доводится до разсмотрѣнія по существу, а если оно предъявлено во время этого разсмотрѣнія, то уже *не доводитъ* дѣла до разсмотрѣнія невозможно, а остается лишь *прекратить* его разсмотрѣніе. И то, и другое чисто процесуальныя послѣдствія. Для предотвращенія указываемыхъ Менгеромъ неудобствъ, вызываемыхъ возможностью предъявленія этого возраженія либо только до, либо только во время разсмотрѣнія дѣла по существу, нѣтъ вовсе надобности смотрѣть на возраженія, предъ-

являемыя во время разсмотрѣнія дѣла, какъ на матеріально-правовыя. Въ этомъ нѣтъ надобности съ точки зрѣнія самаго же Менгера. Вѣдь онъ, какъ мы сказали, придаетъ большое значеніе цѣли предъявленія возраженія; если такъ, то, слѣдовательно, цѣль стороны, предъявляющей exceptio rei judicatae во время разсмотрѣнія дѣла не та, ради которой сторона предъявляетъ это возраженіе до разсмотрѣнія дѣла? Сомнѣваемся. Отвѣтчикъ имѣетъ и въ томъ и другомъ случаѣ, одну цѣль—не отвѣчать по иску; для него совершенно безразлично, будетъ ли онъ освобожденъ отъ отвѣта въ силу отказа въ искѣ или въ силу прекращенія производства.

Изъ изложеннаго видно, насколько неустойчивы воззрѣнія на возраженія вообще, и на процесуальныя въ частности. Разобраться въ этомъ вопросѣ необходимо. Мы полагаемъ, что между матеріально-правовыми и процесуальными возраженіями есть различіе въ самомъ содержаніи,—первыя заключаются въ отрицаніи того или другаго условія возникновенія, бытія, измѣненія, прекращенія, охраненія даннаго матеріальнаго правоотношенія. Такъ, отвѣтчикъ можетъ возразить или 1) что данное право вовсе не возникло, напр. что истецъ не былъ дѣеспособенъ при заключеніи договора, или 2) что право существовало, но прекратилось напр. исполненіемъ обязательства, или 3) что право измѣнилось, напр. уплачена часть долга, или 4) истецъ можетъ возразить, что право не прекратилось, что нѣтъ въ наличности, какъ это утверждаетъ отвѣтчикъ, условій прекращенія права напр. что срокъ давности не истекъ, или 5) отвѣтчикъ можетъ возразить, что данное право не подлежитъ охраненію, осуществленію судебнымъ путемъ напр. что долгъ произошелъ по игрѣ или для игры. Что-же касается процесуальныхъ возраженій, то всѣ они заключаются въ отрицаніи условій возникновенія, бытія или движенія, измѣненія, прекращенія и охраненія процесуальнаго отношенія. Такъ, во 1-хъ истецъ или отвѣтчикъ могутъ возразить, что процесуальное отношеніе вовсе не можетъ возникнуть потому напр., что повѣренный противной стороны не легитимированъ, или во 2-хъ,

отвѣтчикъ можетъ возразить, что процесъ не можетъ продолжаться, ибо напр. послѣ констатированія размѣра убытковъ дѣла вышло изъ подсудности даннаго суда, или въ 3-хъ сторона можетъ возразить, что процесуальное отношеніе измѣнилось. но что измѣненіе не соотвѣтствуетъ законнымъ условіямъ напр. истецъ можетъ возразить, что къ первоначальному процесуальному отношенію присоединилось другое въ формѣ встрѣчнаго иска, который не можетъ быть погашенъ съ искомъ первоначальнымъ, въ 4-хъ истецъ можетъ противъ возраженія отвѣтчика возразить, что процесуальное отношеніе не прекратилось, напр. что дѣло лишь пріостановилось, и въ 5-хъ сторона можетъ возразить, что данное процесуальное отношеніе не подлежитъ извѣстной охранѣ, напр., что рѣшеніе не подлежитъ апеляціи.

Выставляемый нами критерій, кажется, достаточно проченъ для точнаго, рѣзкаго разграниченія двухъ основныхъ категорій возраженій, если только конечно установить точнымъ образомъ всѣ условія возникновенія, бытія, измѣненія, прекращенія и охраненія матеріально-правовыхъ и процесуальныхъ отношеній. Въ этомъ вопросѣ, конечно, гражданское право сдѣлало гораздо больше, чѣмъ наука процеса, которая точно также постепенно обращается въ чисто юридическую науку. Установленный критерій дѣлаетъ совершенно яснымъ запутанный вопросъ о возможности отдѣльнаго разсмотрѣнія судомъ процесуальныхъ возраженій и о послѣдствіяхъ, вызываемыхъ этими возраженіями. Если данное возраженіе возбуждаетъ вопросъ объ извѣстномъ процесуальномъ условіи, то въ возможности отдѣльнаго его разсмотрѣнія не можетъ быть сомнѣнія. Что-же касается послѣдствій,—вопросъ о нихъ рѣшается очень просто: если недостаетъ въ процесѣ условія возникновенія, онъ считается не возникшимъ, если недостаетъ условія существованія, онъ не можетъ продолжаться, условія прекращенія, онъ не считается прекратившимся, условія измѣненія—не измѣнившимся, условія охраненія—не подлежащимъ охранѣ. Все сказанное о возраженіяхъ примѣняется и къ случаямъ возбужденія даннаго вопроса судомъ ex officio. Если наличность

извѣстнаго условія необходима въ видахъ публичнаго и государственнаго интереса, то вопросъ объ отсутствіи этого условія возбуждается судомъ ex officio.

Обрящаясь къ вопросу о тождествѣ спорнаго отношенія, мы должны сказать, что онъ въ громадномъ большинствѣ случаевъ возбуждается тяжущимися сторонами; съ отсутствіемъ внѣшняго тождества, и сохраненіемъ внутренняго тождества, какъ уже мы видѣли выше, связаны весьма серьезные частные интересы и лишь въ рѣдкихъ случаяхъ, какъ показано будетъ ниже, еще и общій интересъ въ сферѣ гражданскаго правосудія. Говоря это, мы какъ будто отступаемъ отъ того, что нами сказано было въ опредѣленіи принципа тождества. Мы сказали, что принципъ тождества есть принципъ, въ силу котораго процессуальное отношеніе *можетъ возникнуть лишь въ томъ случаѣ*, когда спорное отношеніе, являющееся поводомъ его, свободно отъ внѣшняго тождества, а затѣмъ возникнувъ, *можетъ продолжать свое существованіе* лишь при сохраненіи спорнымъ отношеніемъ своего внутренняго тождества. Въ опредѣленіи мы имѣли въ виду не юридическую, а фактическую возможность. Изъ того, что при наличности внѣшняго тождества процесуальное отношеніе *неможетъ* возникнуть, и потерявъ внутреннее тождество, *не можетъ* продолжать свое существованіе, какъ будто можно вывести, что при отсутствіи этихъ условій процесуальное отношеніе фактически *обсолютно* возникнуть или существовать не можетъ. Это надо оговорить. Если мы говоримъ *не можетъ*, то этимъ не предрѣшаемъ вопроса обсолютно-ли или только въ отсутствіи заявленія стороны процесуальное отношеніе фактически возникнуть или продолжать свое существованіе не можетъ. Не внесли мы болѣе точное указаніе на это въ самое опредѣленіе потому, что не хотѣли его удлинять, тѣмъ болѣе, что слова „не можетъ“ указываютъ одинаково и на обсолютную и на относительную фактическую невозможность и на невозможность юридическую. Мы увидимъ ниже, что процесуальное отношеніе во многихъ случаяхъ фактически можетъ возникнуть и существовать, несмотря

на наличность внѣшняго и потерю внутренняго тождества, еслитолько стороны заинтересованныя своевременно не заявятъ, не пожелаютъ заявить объ этомъ; но когда заявленіе сдѣлано и оно основательно, то процесуальное отношеніи и фактически не можетъ, ни возникнуть, ни существовать. Но упомянутая фактическая возможность не есть еще возможность юридическая; юридически, логически, процесуальное отношеніе тутъ возникнуть или существовать не можетъ; если процесуальное отношеніе фактически возникло при тождествѣ споровъ, то предполагается отсутствіе тождества или если фактически оно продолжаетъ свое существованіе при потери тождества, то предполагается, что тождесто не потеряно; принципъ тождества есть юридическій законъ. Но объ этомъ рѣчь впереди.—Выводомъ изъ положительныхъ законодательствъ является то положеніе, что отсутствіе внѣшняго тождества и сохраненіе внутренняго тождества спорнаго отношенія весьма часто относятся къ категоріи относительныхъ условій: первое—къ условіямъ возникновенія, второе—къ условіямъ движенія процесуальнаго отношенія т. е. условіямъ, вопросъ объ отсутствіи которыхъ возбуждается на судѣ сторонами; но въ нѣкоторыхъ случаяхъ судъ ex officio можетъ возбудить вопросъ о внутреннемъ тождествѣ, такъ что въ этихъ случаяхъ сохраненіе внутренняго тождества спорнаго отношенія является уже абсолютнымъ условіемъ движенія процесуальнаго отношенія.

Обратимся сначала къ отдѣльнымъ случаямъ возбужденія вопроса о тождествѣ сторонами, а затѣмъ къ вопросу о возбужденіи его судомъ ex officio.

а) Возбужденіе вопроса о тождествѣ спорнаго отношенія сторонами.

Стороны могутъ возбудить вопросы о наличности внѣшняго или объ отсутствіи внутренняго тождества т. е. могутъ предъявить соотвѣтствующія возраженія. Что касается возраженія о наличности внѣшняго тождества спорнаго отношенія,

то, замѣтимъ, это родовое понятіе включаетъ въ себѣ рядъ отдѣльныхъ возраженій или самостоятельнаго характера или смѣшаннаго въ томъ смыслѣ, что, являясь возраженіями о тождествѣ, въ тоже время входятъ, какъ видовое понятіе, въ составъ также и другаго возраженія, какъ понятія родоваго. На таковой характеръ этихъ возраженій мы въ своемъ мѣстѣ укажемъ, а теперь обратимся къ разсмотрѣнію отдѣльныхъ возраженій; мы изложимъ ихъ въ томъ порядкѣ, въ какомъ изложены нами случаи, когда возникаетъ вопросъ о тождествѣ.

аа) Возраженіе о неподсудности въ виду тожества даннаго спорнаго отношенія съ другимъ, подлежащимъ въ силу пророгаціоннаго договора разрѣшенію другаго государственнаго суда.

Мы видѣли выше, что правила о компетенціи судебныхъ учрежденій, при извѣстныхъ условіяхъ, могутъ быть измѣняемы пророгаціоннымъ договоромъ. Самая возможность измѣненія этихъ правилъ указываетъ на относительный ихъ характеръ; слѣдовательно, если истецъ предъявляетъ искъ въ данный судъ, а не въ пророгированный, то судья, хотя бы онъ зналъ, что по поводу иска, тождественнаго съ предъявленнымъ, былъ заключенъ пророгаціонный договоръ, не вправѣ возбуждать этого вопроса—возбуждаетъ его отвѣтчикъ. Это возраженіе, въ основаніи котораго лежитъ пророгаціонный договоръ, есть одинъ изъ видовъ возраженій о неподсудности [1]). Заключеніемъ пророгаціоннаго договора всѣ суды, кромѣ пророгированнаго, какъ-бы объявляются некомпетентными—компетентенъ лишь одинъ. Слѣдовательно, если въ этотъ судъ предъявляется данный искъ, то можно сказать, онъ предъявленъ въ некомпетентный судъ и отвѣтчикъ можетъ предъявить возраженіе о неподсудности. Вообще подсудность, которая можетъ быть измѣнена соглашеніемъ сторонъ, принадлежитъ къ категоріи относительныхъ условій возникнове-

[1]) Bayer н. с. стр. 247

ній процеса и слѣдовательно вопросъ о нарушеніи ея можетъ быть возбужденъ только отвѣтчикомъ. Если законодательство, какъ напримѣръ германское, признаетъ, что лишь правила относительной компетенціи, объективной или субъективной, могутъ быть измѣнены соглашеніемъ, то относительная компетенція есть одно изъ относительныхъ условій возникновенія процеса; если-же оно, какъ нашъ уставъ, французскій и австрійскій, признаютъ лишь правила субъективной компетенціи подлежащими отмѣнѣ, то можно сказать, субъективная компетенція суда есть таковое условіе. Кромѣ того, насколько ограничена возможность соглашенія между сторонами, на столько и ограниченными являются эти условія. Такъ, мы видѣли, что по ошибочному мнѣнію нѣкоторыхъ ученыхъ римское право для дѣйствительности таковаго соглашенія требовало согласія суда; это же принято по мнѣнію ученыхъ французскимъ кодексомъ относительно общихъ судовъ и австрійскимъ. Если это требованіе признается необходимымъ, то оно можетъ быть внесено въ составъ условій процеса, и потому по этимъ кодексамъ субъективная компетенція является относительнымъ условіемъ возникновенія процеса лишь въ томъ смыслѣ. что при наличности его процесуальное отношеніе возникаетъ *лишь съ согласія суда*. Конечно, благодаря этому субъективная компетенція суда не обращается въ абсолютное условіе: судъ *не обязанъ* возбуждать вопроса объ отсутствіи ея ex officio, но онъ можетъ это сдѣлать; въ этомъ и еще разъ сказывается вся несообразность требованія согласія суда: или судъ долженъ возбудить извѣстный вопросъ или не долженъ Благодаря этому требованію субъективная компетенція суда по этимъ кодексамъ обращается въ какое то смѣшанное условіе,—съ одной стороны судъ не обязанъ возбуждать вопроса объ отсутствіи ея, отвѣтчикъ можетъ его возбудить, съ другой—и судъ можетъ возбудить этотъ вопросъ по той простой причинѣ, что ему можетъ быть нежелательно разбирать дѣла, подсудныя другому, хотя и однородному суду. Законодательства, наше и германское, не требующія согласія суда для пророгаціи, конечно, признаютъ, первое—

субъективную, второе — относительную компетенцію суда относительнымъ условіемъ безъ всякихъ ограниченій—почему вопросъ объ отсутствіи ихъ можетъ быть возбужденъ только отвѣтчикомъ. Но какъ бы то нибыло, относительная или субъективная компетенція суда есть относительное условіе процеса, причемъ совершенно безразлично является-ли данный судъ относительно или субъективно компетентнымъ въ силу закона или въ силу пророгаціоннаго договора. Будутъ-ли нарушены, подлежащія по соглашенію сторонъ отмѣнѣ, правила компетенціи, указанныя въ законѣ или правила, установленныя въ пророгаціонномъ договорѣ—это все равно.

Такъ какъ возраженіе о неподсудности въ силу пророгаціоннаго договора есть видъ возраженій о неподсудности вообіце, то понятно, что законодательства о немъ не упоминаютъ. И процесуальныя правила касающіяся послѣднихъ примѣняются, или вѣрнѣе, должны быть примѣняемы къ первому Различіе только въ разрѣшеніи возбужденнаго вопроса: въ данномъ случаѣ, какъ увидимъ ниже, судъ разрѣшаетъ вопросъ о тождествѣ двухъ спорныхъ отношеній: отношенія, предложеннаго на разсмотрѣніе суда и отношенія, о которомъ идетъ рѣчь въ пророгаціонномъ договорѣ; въ остальномъ т. е. въ условіяхъ предъявленія и въ послѣдствіяхъ, различія нѣтъ.

Возраженіе о неподсудности всѣми современными законодательствами признается за процесуальное возраженіе. Римское право и общегерманскій процесъ хотя и допускали это возраженіе, но не въ смыслѣ самостоятельнаго, не какъ возраженіе въ собственномъ смыслѣ. Они держались того правила, что praetoris est enim aestimare an sua est jurisdictio. Компетенція суда *вообще* была абсолютнымъ условіемъ возникновенія процеса, такъ что возраженіе отвѣтчика было скорѣе напоминаніемъ объ обязанности самого суда [1]). Предъявлять его можно было лишь въ стадіи in jure, т. е. до разсмотрѣнія дѣла по существу. [2]) Не такъ взглянули на это новыя законодатель-

[1]) L 5. D. de jurisd. 5. 1.
[2]) Bülow—Einred стр. 92.

ства. Такъ, германскій уставъ уже не даетъ суду права ex officio возбуждать вопросъ объ относительной подсудности, а предоставляетъ это отвѣтчику, и притомъ какъ процесуальное возраженіе [1]). Точно также и нашъ уставъ предъявленіе возраженія о неподсудности т. е. указаніе на субъективную некомпетентность суда, предоставляетъ только отвѣтчику;—между условіями процеса, возбужденія вопроса объ отсутствіи коихъ предоставляется суду, о субъективной компетенціи не упоминается [2]). Вопросъ объ отсутствіи субъективной компетенціи нѣсколько иначе разрѣшается во французскомъ и австрійскомъ законодательствахъ. Если по нашему и германскому уставамъ постановленія, касающіяся возбужденія вопроса о субъективной компетенціи рѣзко отличаются отъ постановленій объ объективной компетенціи то по австрійскому и французскому относительно общихъ судовъ, — если принять указанное уже выше мнѣніе ученыхъ — постановленія о субъектнвной компетенціи нѣсколько приближаются къ постановленіемъ объ объективной компетенціи. Общее правило таково, что вопросъ о субъективной компетенціи не возбуждается судомъ ex officio. Но если принять въ соображеніе, что судья можетъ уклониться отъ разрѣшенія дѣла, по которому онъ пророгированъ, то ему дается тѣмъ право въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ возбуждать вопросъ о своей субъективной компетенціи—въ свое оправданіе онъ можетъ сослаться на совершенно законное свое опасеніе, что онъ пророгированъ. Слѣдовательно, по этимъ законодательствамъ вопросъ онеподсудности можетъ быть возбужденъ, 1) судомъ, но, какъ сказано было выше, онъ необязанъ этого дѣлать и 2) отвѣтчикомъ, какъ самостоятельное возраженіе. Далѣе, возраженіе объ отсутствіи субъективной компетенціисуда, въ виду пророгаціоннаго договора, подчиняется тѣмъ же правиламъ относительно времени ихъ возбужденія, какъ и всѣ возраженія объ отсутстіи субъективной компетенціи.

---

[1]) CPr. Ord. § 247 p. 1.
[2]) Уст. гр. суд. ст. 571, 584, 585.

Право возбуждать эти возраженія есть, говоря словами Бюлова, преклюзивное право [1]). Такъ какъ субъективная или относительная компетенція есть относительное условіе возникновенія процеса, слѣдовательно вопросъ объ отсутствіи ея возбуждается отвѣтчикомъ въ силу его частнаго интереса, то нѣтъ препятствія, въ видахъ ускоренія процеса, поставить извѣстный срокъ, позже котораго возраженія эти предъявлены быть не могутъ. Такъ, дѣйствительно, взглянули на дѣло и современныя законодательства. По германскому праву срокъ предъявленія возраженія о неподсудности — разсмотрѣніе дѣла по существу въ засѣданіи суда, причемъ, это ограниченіе касается возраженій, не объ отсутствіи компетенціи общей, а объ отсутствіи относительной компетенціи. Если, однако, отвѣтчикъ своевременно не предъявилъ это возраженіе, не имѣвъ, не по своей винѣ, возможности сдѣлать это, то ему предоставляется предъявить это возраженіе и во время засѣданія; въ остальныхъ случаяхъ онъ безусловно теряетъ право воспользоваться этимъ возраженіемъ [2]). Австрійское право предъявленіе возраженія объ отсутствіи субъективной компетенціи ограничиваетъ моментомъ litis contestatio т. е. первымъ отвѣтомъ отвѣтчика на искъ или срокомъ для предъявленія этого отвѣта [3]). Французскій Code указываетъ лишь на то, что возраженіе о неподсудности предъявляется ранѣе другихъ; уже наукѣ предоставляется различать, и она различаетъ, подсудность ratione materiae и personae и требуетъ предъявленія возраженія объ отсутствіи послѣдней т. е. объ отсутствіи субъективной компетенціи, in limine litis [4]); это выводъ a contrario изъ смысла ст. 170, говорящей, что вопросъ объ отсутствіи объективной компетенціи возбуждается судомъ ex officio и можетъ быть возбужденъ стороною во всякое время; если такъ, то вопросъ объ

---

[1]) Bülow-Fiction. стр. 42.

[2]) Schelling н. с. стр 172—179.

[3]) Canstein н. с. т. 2 стр. 34.

[4]) Boitard н. с. т. 1 стр. 242. Bonnier н. с. стр. 162. Mourlon н. с, стр. 713 п. 7.

отсутствіи субъективной компетенціи не можетъ быть возбужденъ во всякое время; всего лучше, конечно, возбуждать его in limine litis. Непредъявленіе этого возраженія своевременно влечетъ за собою не принятіе его судомъ въ соображеніе. Нашъ уставъ полагаетъ срокомъ предъявленія этого возраженія — подачу первой отвѣтной бумаги, а если она не была подана, то первое засѣданіе суда. Имѣетъ онъ въ виду возраженіе объ отсутствіи субъективной компетенціи суда, исключая компетенцію по мѣсту нахожденія недвижимаго имущества. Вопросъ объ отсутствіи объективной компетенціи и о субъективной—по мѣсту нахожденія недвижимаго имущества, по нашему уставу возбуждается судомъ ex officio, причемъ, какъ уже было сказано выше, всѣ, кому угодно, а слѣдовательно и стороны, могутъ ему указать на это и обязать его возбудить вопросъ [1]). Талантливой комментаторъ нашего устава, г. Анненковъ, жалѣетъ о томъ, что редакторы нашего устава не внесли въ него art. 170, въ силу котораго сторонѣ дается право предъявить возраженіе о неподсудности á raison de la matiere en tout etat de cause; по его мнѣнію этимъ былъ-бы восполненъ пробѣлъ устава относительно времени предъявленія возраженія о подсудности по роду дѣлъ [2]). Намъ кажется, что пробѣла тутъ нѣтъ, или если есть, то жалѣть о томъ не приходится, ибо уставъ говоритъ, что самъ судъ возбуждаетъ вопросъ о подсудности по роду дѣлъ т. е. объ объективной компетенціи; вопросъ этотъ есть вопросъ публичнаго права, а потому и можетъ быть возбужденъ судомъ во всякомъ положеніи дѣла [3]). Отсюда уже вполнѣ ясно, если судъ во всякое время можетъ т. е. долженъ возбудить этотъ вопросъ, то и тяжущіеся во всякое время могутъ ему указать на необходимость исполненія имъ этой обязанности. Такъ, если и есть пробѣлъ въ уставѣ, то все-таки не важный. Значеніе указаннаго въ ст. 757 срока рѣшительное т. е.

---

[1]) Уст гр. суд. ст. 587.
[2]) Анненковъ н. с. т. 3 стр. 97, 98.
[3]) Уст. гр. суд. ст. 584.

безплодное истеченіе его влечетъ за собою полное прекращеніе права предъявить упомянутое возраженіе.

Но кромѣ этого срока, общаго всѣмъ процесуальнымъ возраженіямъ, французскій и нашъ кодексы [1]) выставили еще особое требованіе относительно возраженія о неподсудности— оно должно быть предъявлено ранѣе другихъ. Мотивъ этого закона тотъ, что благодара этому ограниченію, не замедляется производство предъявленіемъ возраженій, неимѣющихъ столь рѣшительное вліяніе на процесъ, какъ возраженіе о неподсудности. Мнѣ кажется, что законъ этотъ есть скорѣе совѣтъ, даваемый отвѣтчику, чѣмъ юридическое правило. Если возводить его въ юридическое правило, то пришлось-бы придать ему смыслъ, какъ это дѣлаютъ Жокотонъ [2]), Анненковъ [3]) и друг., правила въ высшей степени несправедливаго. Если, говорятъ они, предъявлено до истеченія срока другое возраженіе, то тѣмъ самымъ отвѣтчикъ лишается права на предъявленія возраженія о неподсудности — предполагается его согласіе на данную подсудность. Слѣдовательно. выходитъ такъ, что если отвѣтчикъ еще имѣетъ право предъявить возраженіе о неподсудности, даже до наступленія срока подачи первой отвѣтной бумаги, то онъ, благодаря тому, что предъявилъ напр. возраженіе объ отсутствіи легитимаціи у повѣреннаго, лишается права предъявить возраженіе о подсудности. Намъ кажется, что нашъ и французскій уставы неудачно выразили совершенно вѣрную мысль; слѣдовало бы сказать, что *судъ разрѣшаетъ сначала возраженіе о неподсудности,* если оно своевременно предъявлено: установленіе срока предъявленія этого возраженія и то требованіе, чтобы всѣ процесуальныя возраженія были предъявлены одновременно, достаточно гарантируетъ отъ непомѣрнаго замедленія процеса.

---

[1]) Code de p c. art. 169. Уст. гр. суд. ст. 574.

[2]) Jocoton н. с. стр. 15.

[3]) Анненковъ н с. т. 2 стр 104.

бб) Возраженіе о неподсудности въ виду тождества даннаго спорнаго отношенія съ другимъ, подлежащимъ разрѣшенію третейскаго суда.

Третейскимъ договоромъ создается особый судъ, дѣйствующій по особымъ правиламъ; вмѣстѣ съ тѣмъ установляется особая подсудность даннаго спора. И тутъ, благодаря третейскому договору, всѣ остальные суды, кромѣ третейскаго, являются некомпетентными. Если отвѣтчикъ, въ случаѣ предъявленія истцомъ иска въ государственный судъ, ссылается на третейскій договоръ, то онъ въ сущности предъявляетъ возраженіе о неподсудности дѣла первому суду; такъ что возраженіе, основанное на третейскомъ договорѣ есть возраженіе въ техническомъ смыслѣ слова; въ немъ въ отрицательной формѣ выражено не абсолютное, а относительное условіе возникновенія процеса.—Объективная компетенція суда есть одно изъ абсолютныхъ услевій процеса, но въ виду признанія законности третейскихъ договоровъ, условіе это не можетъ быть формулировано столь общимъ образомъ, а непремѣнно съ указаніемъ на исключеніе; формулируется оно такъ: объективная компетенція, за исключеніемъ дѣлъ подлежащихъ третейскому разбирательству. Если сторона, несмотря на то, что договоръ заключенъ, не желаетъ ему подчиниться,— государственный судъ, которому дѣло подсудно по закону, не можетъ, въ виду этого договора, ex officio уклониться отъ разрѣшенія дѣла, еслибъ оно было ему предложено. Если государство, въ извѣстныхъ случаяхъ, допускаетъ отмѣну третейскимъ договоромъ правилъ объективной компетенціи, то оно именно тѣмъ самымъ указываетъ на исключительность этихъ случаевъ. Указанная оговорка, конечно, не нарушаетъ абсолютнаго характера правилъ объективной компетенціи вообще. Третейскимъ договоромъ они могутъ быть отмѣнены лишь въ видѣ исключенія. Но, какъ уже было пояснено выше, государство слагаетъ съ себя отвѣтственность за рѣшеніе третейскаго суда.— Государство, будучи заинтересовано въ сохраненіи правилъ объективной компетенціи, на этотъ разъ отказывается отъ охраны своего интереса, и объявляетъ себя не заинтересован-

нымъ въ возбужденіи вопроса о существованіи третейскаго договора т. е. въ нарушеніи правилъ объективной компетенціи [1]).

Такъ смотрятъ на это и современныя законодательства. Какъ мы видѣли выше. французское и наше установляютъ законный срокъ третейскаго договора, если стороны объ этомъ не позаботятся: по истеченіи срока договоръ считается ipso jure прекратившимся; а другія, напр., германское, не требуя установленія срока, предоставляютъ сторонѣ право требовать, въ случаѣ медленности, уничтоженія договора судебнымъ порядкомъ. Мотивъ этихъ постановленій—предупрежденіе замедленія производства—уже указываетъ на то, что возбужденіе этого возраженія дѣло отвѣтчика: мотивъ этотъ можетъ быть выраженъ и въ такой формѣ: не желательно. чтобы отвѣтчикъ могъ *впчно пользоваться возраженіемъ* о подсудности дѣла третейскому, а не государственному суду. И дѣйствительно, замедлять производство дѣла въ интересѣ отвѣтчика; интересъ этотъ получаетъ практическое выраженіе въ безграничномъ предоставленіи отвѣтчику права уклоняться отъ отвѣта, ссылаясь на третейскій договоръ. Если-бы законодательства признали необходимымъ возбужденіе вопроса о третейскомъ договорѣ самимъ судомъ, они не предоставляли-бы сторонамъ права опредѣлять срокъ договора и требовать уничтоженія его. Все что установлено третейскимъ договоромъ есть, какъ говоритъ Боатаръ, la loi de parties [2]). О процесуальной сторонѣ этого возраженія законодательства умалчиваютъ, что, какъ и въ предъидущемъ случаѣ, объясняется тѣмъ, что возраженіе это есть въ сущности возраженіе о неподсудности, только основанное не на законѣ непосредственно, а на третейскомъ договорѣ [3]). Законодательства, говоря о возраженіяхъ о неподсудности, какъ

---

[1]) Потому-то Канштейнъ (н. с. т. II стр. 20) не безъ основаній причисляетъ компетенцію суда по дѣлу, подлежащему третейскому разбирательству, къ относительнымъ условіямъ возникновенія процеса.

[2]) Boitard н. с. т. I стр. 613.

[3]) Förster н. с. т. I стр. 234.

видно изъ употребляемыхъ ими выраженій, не предрѣшаютъ того, въ силу какихъ основаній данное дѣло неподсудно тому суду, на разрѣшеніе котораго оно предложено. Они говорятъ лишь, что отвѣтчикъ можетъ возразить, что онъ aura été appeller devant un tribunal autre que celui qui doit connaitre [1]), что онъ можетъ предъявить возраженіе „der Unzuständigkeit des Gerichts“ [2]), можетъ предъявить „отводъ... когда дѣло подсудно другому суду“ [3]). Эти выраженія столь широки, что не мѣшаютъ видѣть въ возраженіи о тождествѣ даннаго дѣла съ дѣломъ, о которомъ идетъ рѣчь въ третейскомъ договорѣ, возраженіе о неподсудности.

Возраженія эти возбуждаются отвѣтчикомъ, а не судомъ и тогда, когда искъ предъявленъ въ государственный судъ, коему дѣло подсудно не по закону, а въ силу пророгаціоннаго договора, въ отмѣну котораго стороны заключили третейскій договоръ. Истецъ предъявляетъ искъ въ пророгированный судъ, отвѣтчикъ заявляетъ, что не этому, а третейскому суду подсуденъ споръ.

Такъ какъ разсматриваемое возраженіе есть въ сущности возраженіе о неподсудности, то и къ нему примѣняются вышеизложенныя правила касательно срока его предъявленія.

Что касается возбужденія вопроса о тождествѣ въ видѣ возраженія о неподсудности его третейскому суду, то, конечно, можно посовѣтовать третейскимъ судьямъ, чтобы они не возбуждали этого вопроса; но ставить имъ это въ непремѣнную обязанность нельзя—весь процесъ третейскій вполнѣ арбитрарный, стоящій внѣ нормъ закона.

вв) Возраженіе о тождествѣ даннаго дѣла съ другимъ, производящимся въ другомъ судѣ (exceptio litis pendentis).

Къ относительнымъ условіямъ возникновенія процесуальнаго отношенія Канштейнъ относитъ и отсутствіе тождества спорнаго отношенія съ отношеніемъ, уже находящимся на разрѣ-

---

[1]) Code de pr. c. art. 168.
[2]) C. Pr. Ord. § 217.
[3]) Уст. гр. суд. ст. 571.

шеніи другаго суда [1]). И дѣйствительно, всѣ законодательства приняли то положеніе, что въ случаѣ обнаруженія этого тождества, процесъ прекращается,—считается никогда не возникшимъ. Всѣ они предоставляютъ отвѣтчику, а не суду право возбуждать вопросъ о наличности этого тождества въ данномъ процесѣ. Но не слѣдуетъ думать, что законодатель предоставилъ это право исключительно отвѣтчику въ виду того, что это возраженіе есть тоже возраженіе о неподсудности. Различіе между ними существенное: въ одномъ случаѣ отвѣтчикъ уклоняется отъ отвѣта, въ виду того, что данный судъ не обладаетъ законною компетенціею. въ другомъ вопросъ о компетенціи оставляется совершенно въ сторонѣ, ибо весьма легко можетъ случиться, что оба суда компетентны; напр. А предъявилъ искъ по мѣсту жительства Б, и затѣмъ преемникъ А предъявляетъ тотъ-же искъ къ В наслѣдницу Б по мѣсту его жительства. При предъявленіи возраженія о тождествѣ даннаго дѣла съ дѣломъ производящимся, отвѣтчикъ лишь говоритъ, что дѣло уже производится и что безполезно и опасно предлагать двумъ судамъ рѣшеніе одного и того-же дѣла [2]). Затѣмъ, по предъявленіи основательнаго возраженія litis pendentis, дѣло въ одномъ судѣ прекращается, а въ другомъ идетъ своимъ теченіемъ, при exceptio fori incompetentis въ другомъ судѣ дѣло еще только можетъ быть начато; при exceptio litis pend. ntis предполагается консумція иска, при exceptio fori incompetentis этого нѣтъ. Римляне взглянули на вопросъ практически. Марцеллъ выставилъ правило: ubi acceptum est semel judicium, ibi et finem accipere debet [3]). Это положеніе, говоря, что вторичный тождественный искъ предъявленъ быть не можетъ, далеко отъ смѣшенія exceptio litis pendentis съ exc. fori incompetentis; въ немъ прямо говорится что judicium acceptum est, чего нѣтъ при exc. fori incompetentis. Точно также нельзя выводить исключитель-

---

[1]) Canstein н. с. т II стр. 22 (хотя онъ выражаетъ свою мысль нѣсколько иначе).

[2]) Boitard н. с. т. I стр. 332.

[3]) Marcellus въ L. 30 D. de judic. 5. 1.

ное право отвѣтчика на предъявленіе exceptio litis pendentis изъ того, что оно матеріально-правовое возраженіе. Взглядъ на такой характеръ этого возраженія высказался нерѣдко [1]). Обыкновенно исходятъ изъ того, что основаніе этого возраженія матеріально-правовое: въ основаніи его лежитъ Anspruch, судъ тутъ рѣшаетъ вопросъ о тождествѣ двухъ спорныхъ отношеній. Мы выше видѣли, что по *основаніямъ* возраженія не могутъ быть дѣлимы на категоріи. Что касается того, что это возраженіе матеріально - правовое, ибо тутъ судъ рѣшаетъ вопросъ о тождествѣ двухъ спорныхъ отношеній, то это опровергается слѣдующимъ соображеніемъ. Вѣдь внѣ спора, что возраженіе о неподсудности есть чисто процесуальное возраженіе, а между тѣмъ, и тутъ суду приходится рѣшить вопросъ о тождествѣ, напр. при неподсудности дѣла въ виду пророгаціоннаго договора. Наконецъ, содержаніе этого возраженія указываетъ на то, что оно есть возраженіе процесуальное: отвѣтчикъ здѣсь, а не при exceptio rei judicatae, какъ думаетъ Менгеръ, желаетъ не рѣшенія дѣла по существу, а прекращенія дѣла въ данномъ судѣ. Возбуждается это возраженіе отвѣтчикомъ по той простой причинѣ, что государству нѣтъ интереса возбуждать его ex officio. Выше мы уже указали на соображеніе французскихъ процесуалистовъ [2]), что интересъ государства, интересъ правосудія страдаетъ отъ постановленія по одному и тому же дѣлу двумя судами противурѣчивыхъ рѣшеній. Ученые эти, однако, отрицаютъ за судомъ право возбуждать вопросъ о томъ, что въ другомъ судѣ производится тождественное дѣло, и тѣмъ, ~~съ ихъ~~ ставятъ этотъ интересъ въ опасность. Общія соображенія, заставляющія законодателя строить процесъ на состязательномъ началѣ, заставляютъ и въ данномъ случаѣ освободить автономное частное лицо изъ подъ опеки государства. То зло, которое причинило слѣдственное начало въ области гражданскаго процеса, та опека суда, которая и у насъ до судебной реформы

---

[1]) Strithorst и. с. стр. 131.
[2]) Boitard и. с. т. I стр. 33 Mourlon. и. с. стр. 174.

дискредитировала судъ, гораздо опаснѣе тѣхъ исключительныхъ случаевъ, когда тяжущійся не зная. что противъ него уже состоялось одно рѣшеніе, подчиняется вторичному. Сохраняя въ цѣлости такое благодѣтельное начало законодательной политики. какъ состязательное, можно обставить отправленіе правосудіе такими гарантіями, чтобы въ этихъ исключительныхъ случаяхъ оно не страдало [1]).

Всѣ законодательства предоставляютъ отвѣтчику право предъявлять это возраженіе [1]); однако нѣкоторыя ограничиваютъ это право извѣстнымъ срокомъ—смотрятъ на него, какъ на право преклюзивное. Французскій кодексъ не ограничиваетъ предъявленіе его никакимъ срокомъ и новѣйшія теорія и практика, въ противность прежней, воздерживаются отъ всякой аналогіи, изъ которой могла бы быть выведена срочность этого права отвѣтчика [2]) Германскій и нашъ уставы хотя и ограничиваютъ это возраженіе, какъ и возраженіе о неподсудности, срокомъ, но допускаютъ и предъявленіе его во всякомъ положеніи дѣла, а именно, когда отвѣтчикъ во время вступленія въ отвѣтъ [3]), vor der Verhandlung zur Hauptsache [4]) не зналъ о томъ, что тождественный искъ уже предъявленъ [5]). Понятно само собою, что при предъявленіи этого возраженія совершенно безразлично, находится ли тождественный споръ на разрѣшеніи государственнаго или третейскаго суда.

г) Возраженіе о рѣшенномъ дѣлѣ (exceptio rei judicatae). Господствующее въ наукѣ мнѣніе видитъ въ этомъ возраженіи возраженіе матеріально-правовое. [6]) Мы выше уже

---

[1]) См. мое изсл. Состязательное начало стр. 16, 17, 337 и сл.

[2]) Code d. pr. 171 C. Pr. Ord. § 247 p. 3 Ö. G. Ord § 7[0] уст. гр. суд ст. 271 и contrario 584.

[3]) Bonnier н. с. стр. 163.

[4]) Вполнѣ согласенъ съ г-мъ Анненковымъ въ необходимости замѣны въ ст. 576 слова «при» словами „во время“ и. с. т. III стр. 99.

[5]) Уст. гр. суд ст 576 C. Pr. Ord. § 247.

[6]) Въ ст моей «Возраженіе о рѣшенномъ дѣлѣ» журн гр. и уг. пр 1882 г. кн 6 стр 104—114, я разрѣшая вопросъ по русскому праву, проводилъ господствующее въ наукѣ мнѣніе.

довольно подробно остановились на этомъ вопросѣ и видѣли, что время и цѣль предъявленія этого возраженія, какъ думаетъ Менгеръ, не могутъ имѣть рѣшающаго значенія въ вопросѣ о томъ, какое это возраженіе. Не можетъ имѣть таковое значеніе и то, какое рѣшеніе лежитъ въ основаніи exceptio rei judicatae, обвинительное или оправдательное. По мнѣнію Шрутки-Рехтенштама, если въ основаніи этого возраженія лежитъ обвинительное рѣшеніе, то возраженія есть процесуальное, если оправдательное-матеріально правовое. Аргументація Шрутки сводится къ тому, что въ процесѣ вновь возбужденномъ отвѣтчикъ, въ первомъ случаѣ, ссылается только на то, что судъ уже разъ призналъ право истца, а во второмъ, онъ ссылается на то матеріально-правовое обстоятельство, что данное право истца уничтожено судебнымъ рѣшеніемъ [1]). Такой критерій кажется намъ мнимымъ, обманчивымъ; основанъ онъ болѣе на словахъ, на способѣ выраженія. Въ обоихъ случаяхъ отвѣтчикъ заявляетъ, что судъ высказался о существованіи права, въ обоихъ,—что судъ уже разсмотрѣлъ данное дѣла; въ обоихъ случаяхъ въ характерѣ возраженія отвѣтчика никакой разницы нѣтъ, въ виду чего юридическій эфектъ ихъ не можетъ быть различный. Такъ что, признакъ указанный Шруткою не можетъ имѣть рѣшающаго значенія. Такое значеніе можетъ имѣть лишь то, является ли отсутствіе судебнаго рѣшенія по данному праву, условіямъ возникновенія процесуальнаго отношенія или условіемъ существованія самаго права. Если оно является условіемъ существованія права, то основательное заявленіе отвѣтчяка, что данное правое уже признано или не признано судебнымъ рѣшеніемъ есть матеріально-правовое возраженіе и влечетъ за собою признаніе судомъ несуществованія даннаго права въ лицѣ истца. Намъ кажется, что отсутствіе судебнаго рѣшенія не можетъ быть условіемъ существованія права потому, что судъ не соз-

[1]) Schrutka Rechtenstamm въ рец. на н. соч Канштейна въ Zeitschr fur d Pr. und Offent Becht 1882 B. V. S. 181—182.

даетъ правъ. а лишь констатируетъ и утверждаетъ или неутверждаетъ то матеріально-правовое основаніе, на которомъ зиждется данное право: судебное рѣшеніе лишь устраняетъ всякое сомнѣніе насчетъ правильности даннаго юридическаго основанія; слѣдовательно, если отсутствуетъ судебное рѣшеніе, то есть лишь нѣкоторое вѣроятіе, что данное право существуетъ въ лицѣ истца; если оно имѣется въ наличноети, то въ существованіи или несуществованіи этого основанія не можетъ быть сомнѣнія. Что же касается послѣдствій основательнаго заявленія отвѣтчика, что данное право признано или не признано судебнымъ рѣшеніемъ, то оно не можетъ заключаться въ томъ, что за истцемъ вновь признается или не признается данное право; этого не можетъ быть потому, что судъ уже разъ призналъ или не призналъ данное право. Было бы профанаціею суда заставлять его безчисленное множество разъ признавать или не признавать наличность даннаго юридическаго основанія права. Могутъ возразить, что во второмъ рѣшеніи судъ уже не входитъ въ новое разсмотрѣніе юрическаго основанія перваго, а, въ силу состоявшагося рѣшенія, отказываетъ въ искѣ. На это можно отвѣтить, что хотя фактически судъ и не входитъ въ разсмотрѣніе основанія, но юридически, въ виду того, что онъ постановляетъ рѣшеніе о правѣ, а не создаетъ права, предполагается, что онъ лишь призналъ это основаніе. И въ самомъ дѣлѣ, въ дѣйствительности получается довольно странной результатъ—судъ не признаетъ даннаго права въ виду существующаго судебнаго рѣшенія, какъ будто бы это послѣднее есть юридическое основаніе права. Не малую долю недоразумѣній внесла въ этотъ вопросъ мысль, высказанная даже въ одномъ кодексѣ, а именно въ саксонскомъ [1]), что изъ судебнаго рѣшенія возникаетъ самостоятельное право. Если только возникаетъ таковое право, то конечно возраженіе о рѣшеніи дѣла будетъ возраженіемъ матеріально-правовымъ. Но можно ли съ этимъ согласится? Если бы судебное рѣшеніе создавало само-

[1]) Sächs bürg Gesetzb. § 176.

стоятельное право, то это кореннымъ образомъ противурѣчило-бы тому незыблемому положенію, что res judicata jus facit inter partes Если судебнымъ рѣшеніемъ признается извѣстное право, то оно признается именно по отношенію къ данному лицу, субъективно, а не по отношенію ко всякому, не объективно. А между тѣмъ, говоря, что изъ рѣшенія возникаетъ право, въ сущности, говорятъ, что извѣстное право признается объективно. Могутъ возразить, что изъ рѣшенія возникаетъ самостоятельное право по отношенію къ данному лицу. Если такъ, то это не самостоятельное право, опять таки потому, что юридическое основаніе разъ признано и вновь признанію не подлежитъ и подлежать не можетъ и не должно. Въ виду этихъ соображеній мы не можемъ признать правильнымъ господствующее мнѣніе. Возраженіе о рѣшенномъ дѣлѣ есть процесуальное возраженіе. Въ этомъ насъ убѣждаетъ еще содержаніе этого возраженія—состоитъ оно не въ отрицаніи условія существованія права, а въ отрицаніи одного изъ условій возникновенія процеса. [1]) Мало того, не можетъ не поразить всякаго знакомаго съ литературою процеса то странное явленіе, что многіе ученые напр. Ветцель, [2]) Шеллингъ [3]) и другіе, признающіе exceptio litis pendentis процесуальнымъ возраженіемъ считаютъ exceptio rei judicatae возраженіемъ матеріально-правовымъ, не смотря даже на признаваемое многими изъ нихъ сходство между этими возраженіями. [4])

Признавая exc. rei judicatae процесуальнымъ возраженіемъ, мы высказываемъ мысль вовсе не новую. Уже глосаторы полагали, что предъявленіемъ этого зозраженія отвѣтчикъ освобождается отъ обязанности вступать въ процесъ [5]) Изъ современныхъ ученыхъ и Рено того-же мнѣнія. [6]) Менгеръ и Шрутка - Рехтенштамъ, какъ мы видѣли, тоже при

[1]) Canstein н. с. т. II стр. 23
[2]) Wetzell н. с. стр. 162, 573.
[3]) Schelling. н с стр. 172. 204.
[4]) Ibid стр 172.
[5]) Ulpianus въ L. 23 § 3 D. de cond. indeb. 12. 6 и др.
[6]) Renaud. н. с стр 610—614.

извѣстныхъ вышеуказанныхъ условіяхъ признаютъ его таковымъ Эндеманъ высказываетъ мысль, изъ которой слѣдовало-бы сдѣлать тотъ выводъ, что по его мнѣнію это возраженіе процесуальное: онъ полагаетъ, что вопросъ о томъ, что дѣло уже рѣшено слѣдовало бы возбуждать судомъ ex officio[1]). Съ этимъ мнѣніемъ нельзя согласиться по тѣмъ-же соображеніямъ, по которымъ мы не считали возможнымъ принять мнѣніе французскихъ процесуалистовъ объ exceptio litis pendentis.

Что касается процесуальныхъ кодексовъ, то они, за исключеніемъ австрійскаго и нашего, совершенно умалчиваютъ объ exceptio rei judicatae. Признаютъ это возраженіе матеріально—правовымъ сотвѣтствующіе гражданскіе кодексы [2]) Относительно австрійскаго права достаточно сказать, что отъ него, въ этомъ вопросѣ, Менгеръ приходитъ въ восторгъ; если отвѣтчикъ по извѣщаніи объ искѣ заявляетъ, что дѣло уже разъ было рѣшено, то это процесуальное возраженіе, а если онъ это заявляетъ во время процеса, то это матеріально правовое возраженіе. [3]) Нашъ уставъ относитъ возраженіе о рѣшенномъ дѣлѣ къ возраженіямъ матеріально-правовымъ. [4]) Сначала, какъ мы уже имѣли случай упомянуть, предполагалось это возраженіе отнести къ отводамъ т. е. процесуальнымъ возраженіямъ, а затѣмъ, въ виду того, что при разрѣшеніи вопроса объ основательности этихъ возраженій приходится обратится къ существу дѣла, его отнесли къ матеріально правовымъ возраженіямъ. На ошибочность этого мнѣнія нами уже указано выше.—Какъ будто бы при причисленіи того или другаго возраженія къ категоріи процесуальныхъ критеріемъ можетъ служить отсутствіе надобности при рѣшеніи вопроса объ основательности возраженія обратиться къ существу дѣла? Въ немалую ошибку впало большинство редакторовъ нашего устава, отождествивъ возраженіе о рѣшенномъ дѣлѣ напр. съ возраженіемъ объ ис-

[1]) Endemann н. с. стр. 597.
[2]) Codecivil art. 1351 Sachs. b. Gsb. § 176 и др.
[3]) Menger н. с. стр. 274 пр. 10
[4]) Уст. гр. суд. ст. 389 см. мою ст. Возраженіе о рѣш. дѣлѣ стр. 111—114.

полненіи обязательства и тому подобными возраженіями о прекращеніи права иска. Сопоставляя эти возраженія, сразу бросается въ глаза особенное положеніе, занимаемое судебнымъ рѣшеніемъ въ ряду другихъ обстоятельствъ, въ силу коихъ самое право прекратило свое существованіе, каковы исполненіе обязательства, давность, новація, заключающаяся въ мировой сдѣлкѣ. Остается только отъ души пожалѣть, что мнѣніе меньшинства не восторжествовало.

Все сказанное нами о возраженіи о рѣшенномъ дѣлѣ одинаково примѣняется, какъ къ тѣмъ случаямъ, когда рѣшеніе постановлено государственнымъ судомъ, такъ и тогда, когда оно постановлено судомъ третейскимъ.

Разсмотрѣвъ возраженія о наличности внѣшняго тождества, переходимъ къ ученію о возбужденіи вопроса о потерѣ спорнымъ отношеніемъ своего внутренняго тождества.—Къ разряду условій бытія или существованія процесуальнаго отношенія должно быть причислено сохраненіе спорнымъ правоотношеніемъ, являющимся поводомъ возникновенія и существованія процесуальнаго отношенія, своего внутренняго тождества. Если спорное отношеніе потеряло свое тождество т. е. стало инымъ, то оно способно лишь вызвать новое процесуальное отношеніе, но уже для продолженіе прежняго процесуальнаго отношенія оно негодно. Иначе говоря, если истецъ предъявитъ во время процеса новое требованіе или въ процесъ вступитъ вмѣсто выбывшей стороны нелегитимированное лицо, то продолженіе процеса противно интересамъ отвѣтчика или другихъ лицъ или государства—судъ не можетъ разрѣшить этотъ измѣнившійся споръ; онъ можетъ или прекратить разсмотрѣніе дѣла или игнорировать измѣненіе т. е. признать, что измѣненія вовсе не произошло; но разрѣшить новое спорное отношеніе онъ не можетъ. Если, какъ мы сказали, при потери внутренняго тождества процесуальное отношеніе не можетъ продолжать своего существованія, то это не значитъ, что должно прекратиться то процесуальное отношеніе, которое прежде возникло и затѣмъ, такъ сказать, переродилось; продолжать свое суще-

ствованіе не можетъ лишь это новое, переродившееся отношеніе. При измѣненіи спорнаго отношенія мы, собственно говоря, имѣемъ передъ собою два отношенія, прежнее и новое, поглотившее первое; это-то послѣднее, новое не способно продолжать процесъ, вызванный первымъ, прежнимъ

Но мы сказали, что сохраненіе тождества есть условіе существованія процесуальнаго отношенія. Мы видѣли какія важны интересы частныхъ лицъ связаны съ охраненіемъ внутренняго тождества. Признавать, что при потерѣ спорнымъ отношеніемъ своего тождества процесъ, въ измѣненномъ видѣ, всетаки можетъ продолжаться значитъ совершенно игнорировать эти интересы. Но признавая эти интересы, законодатель иногда возводитъ ихъ въ общій, государственный, интересъ правосудія. Въ однихъ случаяхъ сторонамъ предоставляется признать отсутствіе измѣненія, хотя-бы въ дѣйствительности измѣненіе это произошло; въ другихъ судъ дѣйствуетъ ex officio, какъ органъ власти. Возбужденіе вопроса объ этомъ измѣненіи т. е. о томъ, что оно произошло, предоставляется и сторонѣ, и суду.

Укажемъ сначала на случаи перваго рода. Возраженіе о потерѣ внутренняго тождества заключаетъ въ себѣ два вида—возраженіе объ измѣненномъ искѣ и возраженіе о вступленіи въ процесъ, на мѣсто выбывшей стороны, нелегитимированнаго лица.

dd) Возраженіе объ измѣненномъ искѣ (exceptio mutationis libelli

Этимъ возраженіемъ наука весьма мало занималась, не выработавъ и техническаго термина для него. Въ ученіи объ измѣненіи иска главное вниманіе было обращено на вопросъ о моментѣ, съ котораго искъ не могъ быть измѣненъ и о томъ, когда искъ считается измѣненнымъ. Вопросъ о томъ, что не судъ ex officio, а отвѣтчикъ долженъ возбудить вопросъ объ измѣненіи иска, не подвергался и сомнѣнію, причемъ ученые выражались такимъ образомъ, что отвѣтчикъ можетъ

подчиниться или неподчиниться измѣненію [1]). Это то послѣднее неподчиненіе и выражается въ видѣ предъявленія возраженія. Что возраженіе это процесуально-правовое тоже внѣ сомнѣнія; оно является въ видѣ отрицательнаго выраженія однаго изъ условій существованія процесуальнаго отношенія; условіе это — неизмѣненіе истцомъ своего первоначально-заявленнаго требованія.—Если онъ его измѣняетъ, то уже это переродившееся, какъ мы сказали, отношеніе, какъ поводъ даннаго процеса, существовать не можетъ—судъ не можетъ его разрѣшить. Хотя судъ тутъ и входитъ въ разрѣшеніе вопроса о тождествѣ двухъ матеріально-правовыхъ отношеній и слѣд. касается существа дѣла, тѣмъ не менѣе это возраженіе не касается ни однаго изъ условій матеріальнаго права истца. Нѣтъ основаній относить его къ категоріи матеріально-правовыхъ возраженій. Но спрашивается, можно ли относить неизмѣнность иска къ относительнымъ условіямъ процеса и слѣд. не дозволять суду возбуждать вопросъ объ измѣненіи иска? Мы сильно въ этомъ сомнѣваемся. Мнѣніе, установившееся въ наукѣ и въ законодательствахъ, говорящихъ о возраженіи объ измѣненномъ искѣ—противъ насъ. Тѣмъ не менѣе мы не признаемъ его вѣрнымъ. Частный интересъ, связанный съ неизмѣнностью иска, какъ мы показали въ первой главѣ, конечно достаточно серьезенъ для того, чтобы запрещать измѣненіе, даже если бы никакого другаго интереса съ неизмѣнностью не было связано. Но къ этому частному интересу *присоединяется* и другой—интересъ правосудія: благодаря этому, интересъ отвѣтчика подлежитъ, такъ сказать, усиленной охранѣ. Запрещеніе измѣнять искъ должно быть установлено litis ordinandi gratia, ради сохраненія наивозможнаго порядка въ дѣлѣ отправленія правосудія. Вопросъ о „порядкѣ“ въ производствѣ дѣлъ есть вопросъ публичнаго права, на рѣшеніе котораго не можетъ вліять воля, усмотрѣніе частнаго лица.

---

[1]) Renaud и с. стр. 173, 174 Bülow.-Fictionen стр. 47 Endemann и. с. стр. 628.

Что касается процесуальныхъ кодексовъ, то опредѣленія ихъ касательно этого возраженія весьма скудны. Во французскомъ они и вовсе отсутствуютъ, но изъ этого еще нельзя выводить, что отвѣтчикъ лишается возможности противиться измѣненію иска. Мы выше указали, въ силу какихъ соображеній, основанныхъ на отдѣльныхъ постановленіяхъ Code de proc. надо признать, что и этотъ кодексъ запрещаетъ измѣнять исковое требованіе. Запрещеніе это имѣетъ и должно имѣть практическую санкцію. Боатаръ, съ увѣренностью, недопускающею и тѣни сомнѣнія, восклицаетъ устами истца, измѣнившаго свой искъ: vous pourriez me *repoudre*, avec grand raison, que je n'ai pas la droit de soumettre ... une demande imprurvu pour vous [1]). Германскій уставъ хотя не употребляетъ выраженія „возраженіе объ измѣненномъ искѣ", но говоритъ, что, если отвѣтчикъ не возражаетъ, то предполагается его согласіе на измѣненіе и т. д. [2]) Шеллингъ [3]) уже прямо говоритъ объ „Einrede der unstatthaften Aenderung der Klage", которая дается истцу. Австрійскій кодексъ прямо дозволяетъ отвѣтчику заявлять это возраженіе въ отвѣтной бумагѣ [4]). Что касается нашего устава, то вопросъ о допустимости возраженія (въ собственномъ смыслѣ) объ измѣненіи иска рѣшить трудно, ибо прямыя указанія на взглядъ законодателя отсутствуютъ. Противъ исключительнаго права отвѣтчика возбуждать вопросъ объ измѣненіи иска, кромѣ общаго вышеуказаннаго соображенія, говоритъ категорическое выраженіе ст. 332: „истецъ не вправѣ измѣнять" и т. д.; объ отвѣтчикѣ ни слова; ни слова о томъ, что отвѣтчикъ можетъ согласиться на измѣненіе требованія или можетъ возражать. 332 ст. производитъ впечатлѣніе велѣнія, обращеннаго законодателемъ къ судьѣ: истецъ не вправѣ! Въ пользу противнаго мнѣнія, по которому исключительно отвѣтчику, а не суду, должно быть предоставлено право возбуж-

[1]) Boitard н. с. т. 2 стр. 75.
[2]) CPr. Ord. 9240.
[3]) Schelling н. с. стр. 174.
[4]) Ost. Ger. Ord. § 20, 49.

дать этотъ вопросъ, говорятъ лишь общія соображенія, которыя въ уставѣ не находятъ себѣ почвы. Г. Малышевъ [1]) требуетъ согласія отвѣтчика на измѣненіе иска, изъ чего видно, что онъ предоставляетъ и по нашему процесу лишь отвѣтчику право возбуждать вопросъ объ измѣненномъ иска. Иначе мнѣнія г. Анненковъ [2]). Не безъ пріятнаго чувства мы прочли въ IV томѣ его сочиненія, вышедшемъ въ свѣтъ уже во время печатанія этого труда, что онъ присоединяется къ нашему мнѣнію [3]), считая его совершенно вѣрнымъ.

Изъ всѣхъ законодательствъ одно германское указываетъ на срокъ, до истеченія коего возраженіе объ измѣненномъ требованіи можетъ быть отвѣтчикомъ возбуждено, именно: до перваго засѣданія по дѣлу [4]). По остальнымъ законодательствамъ возраженіе это можетъ быть возбуждено во всякое время до постановленія рѣшенія.

ее) Возраженіе о вступленіи въ процесъ, на мѣсто выбывшаго противника, нелегитимированнаго лица (exceptio deficientis legitimationis ad causam successionis).

Этому возраженію нельзя придавать значенія процесуальнаго возраженія въ собственномъ смыслѣ, ибо возбужденіе вопроса о правѣ вновь вступившаго лица принадлежитъ исключительно суду,—онъ ex officio возбуждаетъ этотъ вопросъ. Это—возраженіе въ смыслѣ Бюлова (1868 г.) т. е. напоминаніе суду объ его обязанности.

б) *Возбужденіе вопроса о тождествѣ спорнаго отношенія судомъ* ex officio.

Эта офиціальная дѣятельность суда допускается въ томъ случаѣ, когда въ теченіе процеса вступаетъ на мѣсто той или другой стороны лицо или само заявляющее или о которомъ сторона заявила, что оно имѣетъ право или обязано замѣнить выбывшую или выбывающую сторону. При вступле-

[1]) Малышевъ и с. т. I стр. 377.

[2]) Анненковъ и с т. IV стр. 377.

[3]) См также мою статью «Принципъ тождества» въ журн гр. и уг. права 1882. кн. 3 стр. 113.

[4]) C. Pr. Ord. § 241.

ніи такого сторонняго лица спорное отношеніе теряетъ свое внутреннее тождество: спорное отношеніе становится инымъ вслѣдствіи происшедшей перемѣны въ субъектахъ. Если судъ возбуждаетъ вопросъ о правомѣрности замѣны, то, въ сущности, онъ возбуждаетъ вопросъ о потерѣ внутренняго тождества.

Но вправѣ ли судъ возбуждать этотъ вопросъ? Обратимся сначала къ вопросу о legitimatio ad causam, затѣмъ о legitimatio ad causam successionis при переходѣ права до процеса и, наконецъ, объ этой легитимаціи при замѣнѣ лицъ во время процеса. Что касается legitimatio ad causam въ общемъ смыслѣ, то, какъ было сказало выше, мы вполнѣ присоединяемся къ новѣйшему взгляду, что вопросъ объ этой legitimatio есть вопросъ матеріальнаго права и какъ таковой, въ силу состязательнаго начала, судомъ возбужденъ быть не можетъ [1]).— Тоже самое слѣдуетъ сказать и о legitimatio ad causam successionis въ тѣхъ случаяхъ, когда successio произошла до процеса; въ этомъ случаѣ на разрѣшеніе суда будетъ находится вопросъ не о процесуальномъ преемствѣ, а о преемствѣ исключительно матеріально-правовомъ. Тутъ legitimatio ad causam successionis есть ничто иное, какъ legitimatio ad causam. Иное дѣло,—вопросъ о legitimatio ad causam successionis при замѣнѣ лицъ во время процесса. Необходимость возбуженія его самимъ судомъ ex officio основана на слѣдующихъ соображеніяхъ.—Вопросъ о legitimatio ad causam successionis при замѣнѣ субъектовъ во время процеса есть вопросъ о возможности вступленія въ роль истца или отвѣтчика, слѣдовательно вопросъ процесуальный. Скажутъ, что вопросъ этотъ не можетъ быть рѣшенъ безъ разсмотрѣнія существа дѣла т. е. того матеріальнаго отношенія, которое обусловливаетъ возможность вступленія въ ту или другую процесуальную роль [1]) Такъ возможность вступленія лица въ качествѣ наслѣдника, обусловливается наличностью права на наслѣдство, цедента и надлежащаго истца—правомъ на искъ, надлежащаго отвѣт-

[1]) См. мое изслѣд. Состават. начало стр. 194 и слѣд.

чика—обязанностью отвѣчать, лица нераздѣльно-обязаннаго и управомоченнаго—нераздѣльностью правъ и обязанностей, лица, имѣющаго права но спорное имущество—правомъ на искъ, лица, къ коему сторона имѣетъ обратное требованіе—обязанностью по этому требованію. Но уже выше было показано, что великое множество процесуальныхъ возраженій, въ процесуальномъ характерѣ коихъ никто не сомнѣвается, тоже не можетъ быть разрѣшено безъ разсмотрѣнія матеріально-правоваго отношенія. Все различіе лишь въ томъ, что въ этихъ вопросахъ спорное отношеніе не подлежитъ разрѣшенію, а обсуждается лишь съ тою цѣлью, чтобы разрѣшить вопросъ процесуальный. Слѣдовательно, какъ вопросъ не матеріальнаго, а процесуальнаго права, онъ *можетъ* быть разрѣшенъ судомъ ex officio. Но *долженъ ли* онъ быть имъ разрѣшенъ. И это несомнѣнно: наличность legitimatio ad causam successionis у лица вступающаго въ процесъ на мѣсто выбывшей стороны есть абсолютное условіе существованія процесуальнаго отношенія. Если лицо это не имѣетъ права замѣнить собою истца или отвѣтчика, то судъ не можетъ рѣшить даннаго спорнаго отношенія. Это было бы противно самымъ элементарнымъ понятіямъ о гражданскомъ, да и о всякомъ правосудіи.—Процесъ происходитъ между *А* и *Б*, *Б* умираетъ или просто не является въ судъ, за него является *В*, вступаетъ въ его роль со злонамѣренною цѣлью проиграть процесъ и судъ позволяетъ это? Онъ допускаетъ это даже въ случаѣ протеста противной стороны? Это было бы профанаціею суда: онъ вѣдь видитъ, что просто прихожій является въ судъ и заступаетъ мѣсто стороны. Мнѣ кажется, если ex officio возбуждается вопросъ о legitimatio ad processum и ad praxim повѣреннаго, то невозбуждать вопроса о legitimatio ad causam successionis невозможно, просто не позволительно. Мы видѣли выше, что противная сторона имѣетъ несомнѣнный интересъ въ устраненіи нелегитированнаго замѣстителя, но кромѣ этого, въ томъ же заинтересованы и лица отсутствующія, третьи лица, да и государство заинтересовано въ томъ, что бы не было случаетъ злоумышленаго извлеченія выгодъ

на чужой счетъ.—Замѣна одного лица другимъ должна быть правомѣрною и это, мы видѣли, бываетъ тогда, когда преемникъ замѣняетъ выбывшаго предшественника, когда, на мѣсто ненадлежащаго истца или отвѣтчика вступаетъ надлежащій, когда на мѣсто одного изъ нераздѣльно сауправомоченныхъ или сообязанныхъ вступаетъ другой, когда на мѣсто истца становится лицо, имѣющее право на спорное имущество и когда на мѣсто стороны вступаетъ лицо, къ которому она имѣетъ право обратнаго требованія. Въ этихъ случаяхъ лицо, вступающее на мѣсто выбывшей стороны, не можетъ быть устранено,—замѣна правомѣрна, вновь вступающій легитимированъ.

Возбуждая ex officio вопросъ о легитимаціи, или иначе вопросъ о томъ, нарушено ли внутреннее тождество спорнаго отношенія, судъ рѣшаетъ его на основаніи тѣхъ данныхъ, которыя указываютъ на правомѣрность происшедшей замѣны лицъ. Если эта замѣна правомѣрна, тождество не нарушается.

Что касается современныхъ законодательствъ, то если-бы они даже совершенно умалчивали о необходимости возбужденія этого вопроса судомъ ex offici , то она могла бы быть выведена изъ того всѣмъ имъ общаго принципа, что судъ jus facit *inter partes*, что онъ рѣшаетъ споръ между опредѣленными лицами; поэтому законъ и требуетъ напр. подписи, обозначенія имени, фамиліи, званія сторонъ на тѣхъ бумагахъ, которыя подаются въ судъ; требуется это ради того, чтобы для суда было очевидно, что тѣже лица стоятъ въ процесѣ отъ начала его и до конца. Но есть въ законодательствахъ и частныя указанія на это. Не говоря уже о само собой понятной необходимости для суда возбудить при вступленіи наслѣдника или цесіонарія, вопросъ о томъ, имѣютъ ли они это право, судъ долженъ сдѣлать это и въ другихъ случаяхъ; о тѣхъ случаяхъ, когда отвѣтчикъ указываетъ на надлежащаго истца и этотъ послѣдній желаетъ вступить въ процесъ на мѣсто ненадлежащаго, нечего говорить: возраженіе отвѣтчика влечетъ за собой отказъ въ искѣ и замѣна невозможна. Что

же касается того случая, когда надлежащій истецъ вступаетъ по своей иниціативѣ, то судъ ex officio долженъ, по смыслу законодательствъ, какъ мы видѣли, рѣшить вопросъ о возможности его вступленія подъ видомъ вопроса о правѣ его быть представителемъ выбывшаго. Далѣе, по прямому указанію современныхъ кодексовъ nominatio auctoris подлежитъ обсужденію суда—auctor ранѣе не допускается, пока не удостовѣритъ своего права (о нашемъ уставѣ, не допускающемъ замѣны, нечего говорить). Что касается, затѣмъ, лицъ нераздѣльно сообязанныхъ и соуправомоченныхъ, то замѣна одного другимъ совершается, какъ мы видѣли, путемъ вступленія перваго по правиламъ вступленія пособниковъ. Заявленіе лица, желающаго вступить, подлежитъ по нашему и французскому законодательствамъ предварительному обсужденію суда и въ этомъ смыслѣ можно сказать, судъ возбуждаетъ вопросъ о правомѣрности замѣны [1]); по германскому и австрійсвому этого не требуется. Не смотря на очевидную разумность предварительнаго обсужденія судомъ вопроса о возможности вступленія третьяго въ качествѣ пособнаго, нѣкоторые ученые, напр. Менгеръ, считая это обсужденіе излишнимъ, высказываются въ пользу германскаго и австрійскаго законодательствъ, допускающихъ вступленіе пособника безъ всякаго контроля. Менгеръ исходитъ изъ той мысли, что отношеніе суда къ процесуальнымъ требованіямъ участниковъ процеса можетъ быть двоякое: или онъ ex officio провѣряетъ ихъ, или удовлетворяетъ безъ провѣрки, каковая наступаетъ лишь въ случаѣ оспариванія требованія противною стороною. Послѣднее онъ называетъ anticipatives Contumacialsystem и находитъ цѣлесообразнымъ примѣненіе ея къ заявленіямъ третьяго лица о желаніи вступить въ процесъ въ качествѣ пособника [2]). Едва ли это цѣлесообразно, ибо практическаго значенія никакого имѣть не можетъ. Можно заранѣе и безошибочно сказать, что противная сторона, интересъ которой заключается

[1]) Code de pr c. art. 339, 340, уст. гр. суд. 663, 664.
[2]) Menger н. с. стр. 287 пр. 38.

въ недопущеніи пособника къ участію, всегда будетъ оспаривать право этого лица вступить въ процесъ. —Наконецъ что касается вопроса о вступленіи лица, имѣющаго право на спорное имущества и лица, къ которому сторона имѣетъ обратное требованіе, то и онъ рѣшается также, какъ и предыдущіе: лица эти вступаютъ и привлекаются по правиламъ о вступленіи и привлеченіи пособниковъ, только въ германскомъ уставѣ относительно вступленія лица, имѣющаго право на спорное имущество эта аналогія не примѣняется: судъ, рѣшая вопросъ о возможности соединенія процесовъ, входитъ въ разсмотрѣніе иска третьяго, конечно, съ цѣлью рѣшенія вопроса о степени удобства этого соединенія [1]).

Б.) *Разрѣшеніе вопроса о тождествѣ спорнаго отношенія.*

Обращаясь къ вопросу: какъ разрѣшается вопросъ о тождествѣ спорнаго отношенія, мы остановимся на томъ— аа) разрѣщается ли вопросъ этотъ вмѣстѣ или отдѣльно отъ существа дѣла, бб) на комъ лежитъ обязанность представить доказательства наличности внѣшняго и отсутствія внутренняго тождества, вв) что необходимо суду сравнить для рѣшенія вопроса о тождествѣ и гг) при какихъ условіяхъ судъ признаетъ или не признаетъ тождества.

а) Какъ разрѣшаетъ судъ вопросъ о тождествѣ?

Вопросъ о тождествѣ спорнаго отношенія всегда подлежитъ рѣшенію суда, будетъ ли онъ возбужденъ самимъ судомъ или стороною; въ послѣднемъ случаѣ судъ разрѣшаетъ предъявленное стороною возраженіе. Вообще нужно замѣтить, что ученые придаютъ весьма важное значеніе вопросу о томъ,— можетъ или не можетъ быть данный вопросъ разрѣшенъ отдѣльно отъ разрѣшенія самого спора. Они придаютъ этому столь важное значеніе, что даже не подвергаютъ анализу тотъ или другой вопросъ только потому, что онъ не подлежитъ обсужденію отдѣльно отъ существа дѣла.

[1]) C. Pr. Ord. § 61, 62.

Мы выше уже сказали, что, какъ относительно возраженій о тождествѣ, такъ и относительно вопросовъ, возбуждаемыхъ судомъ ex officio возможность отдѣльнаго разрѣшенія внѣ сомнѣнія, лишь бы разрѣшеніемъ его не разрѣшался самый споръ,—а этого то никогда не бываетъ. Всегда вопросъ о тождествѣ есть вопросъ побочный, будетъ ли онъ рѣшенъ по иниціативѣ суда или по иниціативѣ стороны.

Относительно тѣхъ возраженій о тождествѣ, которыя по общему признанію являются процесуальными возраженіями, а именно *возраженій о неподсудности и о тождествѣ дѣла съ другимъ, производящимся* въ другомъ судѣ, ни теорія, ни законодательства не допускаютъ сомнѣнія, что они подлежатъ разрѣшенію отдѣльно отъ существа дѣла [1]). По римскому праву этотъ вопросъ разрѣшался въ стадіи in jure, при extraord. judic., а въ позднѣйшее время—до litis cantestatio т. е. всегда отдѣльно отъ существа дѣла [2]). На этой безусловной точкѣ зрѣнія изъ современныхъ законодательствъ стоятъ австрійское и французское: и то и другое требуетъ, чтобы эти возраженія были разрѣшены отдѣльно [3]) Германскій и нашъ уставы не выставляютъ этого безусловнаго требованія, а предоставляютъ сторонѣ предъявлять эти возраженія или отдѣльно или вмѣстѣ съ объясненіями по существу; если они предъявлены отдѣльно, то отдѣльно и разрѣшаются, но если они предъявлены вмѣстѣ съ объясненіями по существу, то отъ суда зависитъ, разрѣшить ихъ отдѣльно или вмѣстѣ съ разрѣшеніемъ дѣла по существу [4]). Нельзя не высказаться въ пользу этихъ послѣднихъ постановленій въ виду того, что не только эти возраженія, но и другія, такъ или иначе, связаны съ матеріальнымъ правоотношеніемъ и суду представляется необходимость разсмотрѣть (а не разрѣшать) эти отношенія,—коснуться ихъ, на сколько безъ того невозможно обойтись. Поста-

---

[1]) Renaud н. с. стр. 607 Endemann стр. 670 и др.

[2]) Bülow-Einred стр. 96.

[3]) Ost. Ger. Ord. I 40 Code de pr. c. art 172.

[4]) CP. Ord. § 278 уст. гр. суд. ст. 585.

новленія эти являются живымъ протестомъ противъ того уже выше упомянутаго узкаго воззрѣнія ученыхъ, что, коль скоро данное возраженіе связано съ матеріальнымъ спорнымъ отношеніемъ, то оно уже не признается процесуальнымъ. Понятно само собою, что именно эта связь (тождество споровъ), какъ мы это видимъ въ разсматриваемыхъ возраженіяхъ, даетъ суду основаніе разсматривать эти возраженія вмѣстѣ съ существомъ дѣла; но это обстоятельство всетаки не дѣлаетъ еще этихъ возраженій матеріально-правовыми.—Судъ хотя и разсматриваетъ ихъ въ связи съ матеріальными правоотношеніями, но всегда постановляетъ отдѣльное опредѣленіе. *Возраженія о неподсудности и о тождествѣ съ другимъ дѣломъ* отнюдь не могутъ влечь за собою отказъ истцу въ искѣ, хотябы они и были разсмотрѣны вмѣстѣ съ существомъ дѣла. Въ этихъ случаяхъ судъ входитъ въ разсмотрѣніе существа лишь настолько, насколько онъ, не разрѣшая самаго спора, разсматриваетъ его лишь съ цѣлью разрѣшенія процесуальнаго возраженія. Если послѣднее основательно, то онъ постановляетъ о немъ опредѣленіе и уже въ дальнѣйшее обсужденіе существа дѣла не входитъ; если же оно не основательно, то онъ продолжаетъ обсужденіе существа и постановляетъ рѣшеніе.

Далѣе, что касается *возраженія о рѣшенномъ дѣлѣ*, то, какъ мы видѣли, одни ученые напр. Рено [1]) Канштейнъ [2]) и др. считаютъ его процесуальнымъ возраженіемъ потому, что оно должно быть разрѣшено отдѣльно отъ существа; другіе, и это господствующее мнѣніе, считая его матеріальнымъ возраженіемъ, не допускаютъ отдѣльнаго разрѣшенія и признаютъ, что въ случаѣ основательности его судъ отказываетъ въ искѣ. Такъ Эндеманъ [3]) забывъ что, по его мнѣнію слѣдовало бы самому суду предоставить возбужденіе ex officio вопроса о томъ, что дѣло рѣшено—иронизируя надъ противниками, указываетъ на невозможность выдѣленія этого возраженія въ

---

[1]) Renaud н. с стр. 610.
[2]) Canstein н с. т. 2 стр 23.
[3]) Endemann н. с. стр 606.

особый, отдѣльный вопросъ. По его мнѣнію это противно логикѣ, основано на формализмѣ, которому нѣтъ дѣла до логики; здравая теорія, которая, говоритъ онъ, не разрываетъ процеса на клочки, этого не допускаетъ. Конечно, съ своей точки зрѣнія онъ совершенно правъ; если возраженіе о рѣшенномъ дѣлѣ есть перемпторное возраженіе, то выдѣлять вопросъ о немъ въ отдѣльный и подвергать его отдѣльному разрѣшенію нѣтъ надобности; это было бы противно логикѣ, и основано на формализмѣ и явилось бы, конечно, разрываніемъ процеса на части. Но дѣло въ томъ, что ученые, стоящіе за отдѣльное его разрѣшеніе, смотрятъ на него, какъ на процесуальное возраженіе; взглянувъ на него такимъ образомъ, напротивъ, было бы не логично признавать необходимость разрѣшенія его вмѣстѣ съ разрѣшеніемъ дѣла по существу. Такое разрываніе процеса необходимо, ибо вопросъ о данномъ относительномъ условіи процеса, являющемся основаніемъ возраженія, и вопросъ о существѣ дѣла, суть два совершенно различныхъ вопроса, которые, если могутъ *разсматриваться* вмѣстѣ, то не могутъ быть *разрѣшены* вмѣстѣ: одно рѣшеніе заключается въ непризнаніи процеса возникшимъ, другое —въ непризнаніи за истцемъ даннаго права. —Современные кодексы, почти всѣ, смотрятъ на возраженіе о рѣшенномъ дѣлѣ, какъ на матеріально-правовое, но, какъ мы видѣли, нѣкоторые признаютъ его процесуальнымъ возраженіемъ, если оно предъявлено in limine litis и въ этомъ случаѣ оно разсматривается судомъ отдѣльно. Постановленія нашего устава, несомнѣнно, признающаго это возраженіе матеріально-правовымъ, тѣмъ не менѣе не препятствуютъ суду разсматривать его отдѣльно; настаивать на этомъ отдѣльномъ разсмотрѣніи стороны не могутъ [1]); отвѣтчикъ, какъ говорится въ ст. 589, не имѣетъ права требовать отдѣльнаго разсмотренія этого возраженія. Изъ этого, конечно, нельзя еще дѣлать того вывода, что судъ не можетъ разсматривать этого возраженія отдѣльно; вѣрнѣе будетъ выводъ, что судъ можетъ его отдѣльно

[1]) Анненковъ и. с. III стр. 140.

разсмотрѣть, но сторона не имѣетъ права настаивать на этомъ. Изъ этого, далѣе, еще нельзя выводить, что судъ, разрѣшая это возраженіе отдѣльно отъ существа, можетъ, по нашему уставу, постановить опредѣленіе въ смыслѣ bsolutio ab instantia [1])—онъ постановляетъ рѣшеніе по существу, absolutio ab actione.

Что касается далѣе, *возраженія объ измѣненномъ искѣ*, то во всѣхъ законодательствахъ, отдѣльное разсмотрѣніе его необходимо; поводъ къ предъявленію его въ большинствѣ случаевъ дается во время разсмотрѣнія дѣла по существу и, по предъявленіи этого возраженія, судъ разрѣшаетъ вопросъ отдѣльно; хотя въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ нѣтъ надобности въ особомъ опредѣленіи суда.—Если возраженіе это предъявлено во время состязанія, то незачѣмъ разрѣшать, какъ частный, въ техническомъ смыслѣ, вопросъ о томъ, измѣнено ли требованіе или нѣтъ. По германскому уставу, изъ § 242 можно вывести, что судъ постановляетъ отдѣльное опредѣленіе, въ которомъ разрѣшается вопросъ о томъ, измѣнилъ ли истецъ требованіе или нѣтъ; въ § этомъ предполагается необходимость этого опредѣленія: въ немъ говорится, что обжаловано не можетъ быть *опредѣленіе*, коимъ возраженіе объ измѣненномъ искѣ не признано основательнымъ. По мнѣнію Вильмовскаго, отдѣльное разсмотрѣніе вопроса объ измѣненіи искъ, возможна конечно только въ тѣхъ случаяхъ, когда возраженіе предъявлено до разсмотрѣнія дѣла по существу [2]).

Спрашивается, наконецъ, вопросъ *o legitimatio ad causam successionis*, возбуждаемый судомъ ex officio, разрѣшается ли отдѣльно отъ существа дѣла или вмѣстѣ съ нимъ? Что касается процесуальнаго преемства въ силу перехода матеріальнаго права, то при преемствѣ mortis causa, какъ уже было сказано выше, производство дѣла пріостанавливается. По всѣмъ законодательствамъ, пріостановленное производство продолжается или по просьбѣ противника лица умер-

---

[1]) См. мою ст. Возраженіе о рѣш. д. стр. 113.

[2]) Wilmowsky und Levy н. с. стр. 34.

шаго или по просьбѣ вступающаго въ процесъ наслѣдника [1]). Но для того, чтобы вступленіе его было признано судомъ законнымъ необходимо, чтобы онъ удостовѣрилъ свое наслѣдничье званіе; при этомъ, конечно, можетъ возникнуть пререканіе между сторонами и въ такомъ случаѣ судъ сначала разрѣшаетъ это пререканіе, а затѣмъ уже продолжаетъ прерванное производство. Вопросъ о правѣ лица, какъ наслѣдника, рѣшается или до разсмотрѣнія дѣла тѣмъ же или другимъ судомъ, рѣшеніе котораго является преюдиціальнымъ. И въ томъ и въ другомъ случаѣ, конечно, вопросъ о легитимаціи наслѣдника разсматривается отдѣльно: данный судъ, гдѣ споръ разрѣшается, входитъ въ разсмотрѣніе или акта, удостовѣряющаго право на наслѣдство или же преюдиціальнаго рѣшенія. Преемство въ силу акта inter vivos, по духу современныхъ законодательствъ, подчиняется тѣмъ же правиламъ, хотя производство дѣла въ силу одного преемства не пріостанавливается, но оно можетъ пріостановиться, когда вопросъ о правомѣрности преемства станетъ спорнымъ и обратится въ вопросъ преюдиціальный (и въ такомъ случаѣ, какъ преюдиціальный, рѣшается отдѣльно). Понятно само собой, что возможность выдѣленія этого вопроса зависитъ отъ того, требуется ли согласіе противника на преемство [2]); если оно требуется, то спора и возникнуть не можетъ; противникъ заявляетъ, что онъ не желаетъ вступленія преемника, тогда и вопроса вовсе не возникаетъ: судъ устраняетъ преемника и дѣло ведется между прежними сторонами. Положимъ, лицо заявляетъ, что къ нему перешло право истца по цессіи, судъ конечно долженъ удостовѣриться въ правильности этого заявленія, но противная сторона можетъ противиться вступленію. Такъ разрѣшенъ этотъ вопросъ напр. германскимъ уставомъ относительно цессіи и продажи спорнаго имущества: тутъ согласіе противной стороны необходимо [3]). Но, какъ мы видѣли, въ спорѣ о пра-

---

[1]) C. Pr Ord. § 227 Code de pr. c art. 347 Ost Ger. Ord § 416 уст. гр. суд. ст. 687.

[2]) Анненковъ в. с. т. III стр. 388.

[3]) C. Pr. Ord. § 236

вѣ, связанномъ съ данной вещью, при отчужденіи послѣдней, наступаетъ преемство и безъ согласія противной стороны: въ этомъ случаѣ можетъ возникнуть споръ, подлежащій отдѣльному разрѣшенію [1]). Далѣе, какъ мы видѣли, стороннее лицо можетъ вступить въ процесъ и по другимъ основаніямъ. независимо отъ перехода къ нему права стороны, и притомъ по собственному побужденію или по заявленію той или другой изъ сторонъ, затѣмъ, вступившій можетъ вытѣснить собою ту или другую изъ сторонъ. Такъ, мы видѣли, что лицо нераздѣльно управомоченное или обязанное можетъ вступить вмѣсто другаго съ нимъ соуправомоченнаго или сообязаннаго по правиламъ о вступленіи пособника. Судъ удостовѣряется въ правѣ лица на вступленіе или ex officio или когда противная сторона противиться этому вступленію (ante Contumacialsystem) Этотъ вопросъ всегда подлежитъ, конечно, отдѣльному разрѣшенію; оставить его безъ разрѣшенія судъ не можетъ, а разрѣшить его вмѣстѣ съ разрѣшеніемъ существа дѣла нельзя, потому что вопросъ о признаніи или не признаніи того или другаго права и есть вопросъ о замѣнѣ того и другаго изъ тяжущихся. Что касается вступленія надлежащаго истца на мѣсто ненадлежащаго, то, въ виду того,что первый можетъ вступить и въ качествѣ представителя, судъ, по общему правилу, хотя и возбуждаетъ вопросъ о правѣ на вступленіе, но въ случаѣ оспариванія противникомъ этого права, вопросъ о правѣ быть представителемъ разрѣшается какъ частный вопросъ [1]). Далѣе, nominatio auctoris, не какъ возраженіе о прекращеніи производства, а какъ указаніе на надлежащаго отвѣтчика, ради замѣны имъ ненадлежащаго, напр. по германскому уставу, разрѣшается какъ инцидентъ [2]). Наконецъ, относительно вступленія лица, имѣющаго право на спорный предметъ и лица, къ которому сторона имѣетъ обратное требованіе, мы знаемъ, что и они вступаютъ въ процесъ по правамъ о привлеченіи „третьяго лица“, такъ что

---

[1]) C Pr. Ord. § 73.
[2]) C. Pr. Ord. § 84.

вопросъ о ихъ привлеченіи есть вопросъ инцидентный. Только относительно вступленія лица, имѣющаго право на спорный предметъ, по германскому уставу, — проводящему подъ вліяніемъ современной доктрины рѣзкое различіе между inter ventio principalis и accessoria имѣется одна особенность. Вопросъ о вступленіи третьяго въ качествѣ истца не составляетъ частнаго вопроса, требующаго особаго опредѣленія суда: судъ рѣшаетъ лишь о возможномъ соединеніи двухъ процесовъ и когда этотъ вопросъ рѣшенъ, то уже послѣ того, и безъ особаго разрѣшенія суда, происходитъ замѣна субъектовъ.

Изъ изложеннаго видно, что по современнымъ законодательствамъ вопросъ о тождествѣ спорнаго отношенія хотя и подлежитъ отдѣльному разрѣшенію, но не всегда является такимъ процесуальнымъ вопросомъ, который подлежитъ, какъ таковой, разрѣшенію въ особенномъ, частномъ порядкѣ, какъ инцидентъ. Въ виду уже извѣстныхъ соображеній можно сказать, что онъ есть вопросъ чисто процесуальный и какъ таковой, какое бы основаніе его ни было, связанъ съ матеріальнымъ спорнымъ отношеніемъ, и долженъ быть разрѣшенъ совершенно самостоятельно и отдѣльно.

б) Кто доказываетъ наличность внѣшняго и отсутствіе внутренняго тождества спорнаго отношенія?

Въ вопросѣ о распредѣленіи oneris probandi, тяжести доказыванія при возбужденіи вопроса о наличности внѣшняго и отсутствіи внутренняго тождества, мы ограничимся парою словъ; замѣтимъ лишь, что различіе между разрѣшеніемъ вопроса о наличности или отсутствіи тождества по иниціативѣ суда и разрѣшеніемъ его по иниціативѣ сторонъ, заключается въ томъ, что тяжесть доказыванія въ первомъ случаѣ, а именно въ случаѣ замѣны въ процесѣ одного лица другимъ, лежитъ на иниціаторѣ вступленія даннаго лица въ процесъ: онъ доказываетъ causa successionis т. е. наличность внутренняго тождества; во второмъ-же случаѣ она лежитъ на отвѣтчикѣ, онъ доказываетъ наличность внѣшняго и потерю внутренняго тождества. Будемъ ли мы возраженіе о наличности внѣшняго тожде-

ства и объ измѣненіи иска разсматривать какъ процесуальное или какъ матеріально-правовое возраженіе, — все равно, доказываніе основательности его лежитъ на отвѣтчикѣ; это основано на общепризнанномъ въ наукѣ [1]) и законодательствахъ [2]) правилѣ, что отвѣтчикъ долженъ доказать свое возраженіе. Что касается legitimatio ad causam successionis, то лицо, вступающее въ процесъ по собственной инициативѣ должно представить доказательства своего вступленія—наслѣдникъ долженъ доказать наслѣдничье званіе, цесіонарій—фактъ цесіи; нераздѣльно соуправомоченный и сообязанный—нераздѣльность права или, въ виду постановленій нѣкоторыхъ законодательствъ, право вступить въ качествѣ пособника или, наличность полномочія; лицо, имѣющее право на спорное имущество—свое право на это имущество. Если-же лицо вступаетъ въ процесъ по заявленію тяжущихся, а именно, когда надлежащій истецъ или отвѣтчикъ или лицо, къ которому сторона имѣетъ обратное требованіе, вступаютъ на мѣсто выбывшихъ, то onus probandi лежитъ на тяжущемся, а именно, въ первомъ случаѣ на отвѣтчикѣ, указывающемъ на надлежащаго истца или отвѣтчика: онъ представляетъ доказательства принадлежности права или обязанности другому лицу, а во второмъ случаѣ—на тяжущемся, имѣющемъ право обратнаго требованія—онъ долженъ представить доказательства этого права.

в) Что необходимо суду сравнить для рѣшенія вопроса о тождествѣ?

Теперь обратимся къ разсмотрѣнію тѣхъ величинъ, которыя подлежатъ сравненію со стороны суда съ цѣлью рѣшенія имъ вопроса о тождественности или не тождественности спорныхъ отношеній. Величинъ этихъ всегда двѣ: одна—постоянная, другая—перемѣнная. Постоянной величиной является то спорное правоотношеніе, которое предложено на разрѣшеніе суда;

---

[1]) Малининъ—Комментарій къ 366 ст уст гр судопр. Одесса 1878. (здѣсь указана литература вопроса объ onus probandi)

[2]) Code civile art. 1215. CPr· Ord. § 255 Ost-Ger. Ord, § 104 уст. гр суд. ст. 367, 573.

перемѣнной величиной является спорное отношеніе, подлежащее разрѣшенію другаго суда, находящееся на разрѣшеніи другаго суда, разрѣшенное другимъ судомъ и измѣнившееся во время процеса. Для признанія этихъ величинъ тождественными или нетождественными необходимо, какъ мы уже видѣли выше, сравнить отдѣльные элементы ихъ, а для того необходима опредѣленность каждаго изъ этихъ элементовъ въ каждой изъ сравниваемыхъ величинъ. Обратимся сначала къ разсмотрѣнію, съ этой стороны, постоянной величины, а, затѣмъ, — перемѣнныхъ величинъ.

аа) Постоянная величина—спорное отношеніе, предложенное на разрѣшеніе суда. — Эта постоянная величина есть спорное отношеніе, взятое въ моментъ обращенія истца къ судебной помощи или, иначе говоря, въ виду вышеизложеннаго,- въ моментъ, съ котораго споръ считается находящимся на разсмотрѣніи суда. Мы выше уже видѣли, что litis contestatio такого значенія не имѣетъ, а юридическія послѣдствія, съ нею связанныя, пріурочены къ предъявленію иска или къ извѣщанію отвѣтчика. Для признанія процеса начавшимся рѣшающее значеніе имѣетъ моментъ, съ котораго измѣненіе иска невозможно—эта неизмѣняемость иска должна быть пріурочена къ моменту предъявленія иска. Изъ законодательствъ, какъ мы видѣли, только германское и наше приняли этотъ моментъ, между тѣмъ какъ французское и австрійское предоставляютъ истцу полную свободу измѣнять искъ до извѣщенія отвѣтчика т. е. иначе говоря, считаютъ не возможнымъ измѣненіе иска лишь съмомента извѣщенія отвѣтчика; такъ что можно сказать, по современнымъ законодательствамъ, для сравненія берется спорное отношеніе, какъ постоянная величина. въ моментъ предъявленія иска или извѣщенія отвѣтчика; слѣдовательно, по законодательствамъ, принявшимъ послѣднее мнѣніе, возможенъ такой случай: истецъ предъявилъ искъ и до извѣщенія отвѣтчика измѣняетъ его т. е. предъявляетъ другой искъ; затѣмъ, слѣдуетъ извѣщеніе—тутъ за постоянную величину берется не первый, а второй искъ.

Взятое для сравненія, въ моментъ начатія процеса, спорное

отношеніе должно быть опредѣленно. настолько, чтобы въ искѣ можно было различить всѣ отдѣльные его элементы. Безъ этого невозможно сравненіе. И дѣйствительно, мы видимъ, что всѣ законодательства требуютъ обозначенія въ исковомъ прошеніи или вообще въ актѣ, коимъ открывается процесъ, всѣхъ элементовъ спорнаго отношенія. Такъ въ немъ должны быть обозначены тѣ лица, между которыми ведется споръ —*субъекты спорнаго отношенія* [1]). Затѣмъ и *объектъ спорнаго отношенія* т. е. совокупность тѣхъ дѣйствій, на которыхъ истецъ имѣетъ право и совершеніе коихъ обязательно для отвѣтчика, долженъ явствовать изъ акта обращенія истца къ суду, Но законодательства не выставляютъ это въ видѣ спеціальнаго требованія. „Содержаніе и существо“ даннаго спорнаго права (извѣстное намъ выраженіе господствующей доктрины) явствуетъ изъ другихъ данныхъ. имѣющихся въ исковомъ прошеніи, а именно изъ обозначенныхъ въ немъ предмета спора, обстоятельствъ дѣла и т. д. Изъ этихъ составныхъ частей иска, въ формальномъ смыслѣ, виденъ индивидуальный характеръ даннаго спорнаго отношенія—вещное-ли оно или обязательственное, какого оно вида—собственность, сервитутъ, купля, заемъ и т. д. Такъ изъ требованія французскаго устава, чтобы въ exploit d'ajournement былъ обозначенъ l'objet de la demande видно, что въ каждой такой бумагѣ выступаетъ весьма рельефно объектъ спорнаго отношенія. Въ exploit d'ajournement воспроизводится l'objet de la demande т. е. не только предметъ иска, а всего искового прошенія; при описаніи же всего того о чемъ идетъ рѣчь въ demande нельзя обойти того, на какія дѣйствія отвѣтчика истецъ имѣетъ право [2]) Въ германскомъ уставѣ говорится, что въ исковомъ прошеніи обозначается Gegenstand des Anspruchs: это выраженіе кодекса можно назвать весьма удачнымъ: предметомъ притязанія и является совокупность дѣйствій. Но, далѣе, изъ

---

[1]) Code d pr. c. art. 61 p. 1 и 2 C. Pr. Ord § 230, Ost Ger Ord. § 3 уст. гр. суд. ст. 257 п. 2.

[2]) Cod d. pr. c art. 61 p. 3.

той-же 230 ст. явствуетъ, что редакторы употребили это выраженіе въ весьма широкомъ смыслѣ, понимая подъ нимъ и вещественный субстрактъ, который хотя пониже и называется Streitgegenstand, но по ходу изложенія видно, что они не проводятъ между этими выраженіями строгаго различія. [1]) Въ виду спорности вопроса о предметѣ права, редакторы поступили весьма благоразумно, что не придерживались единства въ терминологіи, а употребили такія выраженія, которыя нисколько не стѣсняютъ истолкователя. Независимо отъ этого и изъ того, что требуется указаніе на „то, о чемъ истецъ проситъ“ т. е. на т. наз. просительный пунктъ, видно, что въ прошеніи воспроизводятся тѣ дѣйтсвія, которыя лежитъ на обязанности отвѣтчика и на которыя истецъ имѣетъ право. Послѣднее замѣчаніе относится и къ нашему уставу, требующему изложенія въ исковомъ прошеніи того, о чемъ истецъ проситъ [2]).

Что касается *юридической связи между субъектомъ и объектомъ спорнаго отношенія* т. е. спорнаго права, которое, какъ было сказано выше, индивидуализируется основаніемъ возникновенія и вещественнымъ субстратомъ права, то и это должно явствовать изъ исковаго прошенія Относительно *основанія возникновенія* право нужно сказать, что хотя мы въ современныхъ законодательствахъ и не находимъ требованія, чтобы именно оно было означено, однако всѣ законодательства, кромѣ французскаго, требуютъ, чтобы истецъ указалъ основанія иска [3]). Но выше мы уже говорили, разсматривая воззрѣніе Ветцеля, о томъ, что для индивидуализаціи спорнаго отношенія важны не оба вида основаній иска, активное и пасивное, а лишь одно активное основаніе, а это послѣднее и есть ничто иное какъ основаніе возникованія права; такъ что, можно сказать, законодаттльства требуютъ именно обозначенія этихъ основаній. Относительно же *вещественнаго*

---

[1]) C Pr. Ord § 230.
[2]) Уст. гр. суд. ст. 257 п. 6.
[3]) C. Pr. Ord. § 230, Ost. Get Ord. § 3 уст. гр. суд. ст. 257 п. 4.

субстрата нѣкоторыя законодательства напр. германское, какъ мы видѣли, выставляютъ требованіе, чтобы о немъ было сказано въ исковомъ прошеніи (Gegenstand des Anspruchs, Streitgegenstand), другія же умалчиваютъ объ этомъ: но изъ того что всѣ они требуютъ, одни прямо, напр. наше [1]) другія косвенно (опредѣляя объективную компетенцію по цѣнѣ иска [2]) обозначеніе цѣны иска, видно, что безъ обозначенія вещественнаго субстрата права обойтись нельзя. Въ виду изложеннаго, можно сказать, что одна изъ сравниваемыхъ величинъ—постоянная—а именно, спорное отношеніе, предложенное на разрѣшеніе суда, должно быть явственно выражено въ актѣ, коимъ открывается процесъ т. е. должны быть описаны всѣ элементы этого отношенія. Этимъ, слѣдовательно, дается возможность суду сравнить этотъ актъ съ другими, о которыхъ рѣчь впереди, и разрѣшить вопросъ о тождествѣ.

бб) Перемѣнныя величины—спорное отношеніе, подлежащее разсмотрѣнію другаго суда или находящееся на разсмотрѣніи другаго суда или разрѣшенное другимъ судомъ или образовавшееся вслѣдствіе измѣненія первоначальнаго. Къ этой категоріи величинъ относится прежде всего:

1) *Спорное отношеніе, по поводу котораго заключенъ пророгаціонный договоръ.*

Для возможности сравненія, съ цѣлью рѣшенія вопроса о тождествѣ спорнаго отношенія, предложеннаго на разрѣшеніе суда, со спорнымъ отношеніемъ, о которомъ идетъ рѣчь въ пророгаціонномъ договорѣ, оба они должны быть въ элементахъ своихъ точно опредѣлены. О первомъ уже было сказано. Что касается второго, то это требованіе можно считать общепризнаннымъ въ наукѣ—требуется надлежащая объективная опредѣленность [3]) ясное обозначеніе предмета спора [4]). Конечно это требованіе выставляется на тотъ случай, когда стороны заключаютъ отдѣльный, самостоятельный договоръ;

---

[1]) Уст. гр. суд ст. 257 п. 3.

[2]) Code de pr c. art. 3 Ost. Ges v. 1 Marz 1876.

[3]) Endemann. н. с. стр. 254 пр. 23 см. также Schelling н. с. стр. 68.

[4]) Bennier н с стр 34 Reatz н. с. стр 127.

если-же онѣ лишь внесли свое соглашеніе въ формѣ условія въ другой договоръ, споръ по поводу котораго долженъ быть разрѣшенъ пророгированнымъ судомъ, то этой опредѣленности не требуется, ибо въ этомъ договорѣ имѣются точныя указанія на то спорное отношеніе, по поводу котораго состоялось соглашеніе о пророгаціи; словамъ сказать, тутъ субъективный и объективный составъ спорнаго отношенія, по поводу котораго состоялась пророгація, опредѣляется тѣмъ договорамъ, въ который послѣдняя внесена въ видѣ условія. Если мы говоримъ, что пророгація внесена въ договоръ въ видѣ условія его, то, конечно, предполагаемъ, что она относится къ тому матеріально-правовому отношенію, о которомъ идетъ рѣчь въ договорѣ: субъекты тѣже самые, объектъ тоже, спорное право-тоже, его основаніе возникновенія лежитъ въ самомъ договорѣ, вещественный субстратъ дается имъ же. Что же касается пророгаціоннаго договора отдѣльно заключеннаго, то именно относительно его и требуется, чтобы спорное правоотношеніе было точно опредѣлено. Это требованіе теоріи нашло себѣ примѣненіе только въ новѣйшее время, именно въ германскомъ уставѣ; въ остальныхъ кодексахъ объ этомъ не говорится, но требованіе это такъ естественно и необходимо, что въ дѣйствительности оно соблюдается. Германскій уставъ требуетъ, чтобы въ пророгаціонномъ договорѣ было указано на то, что договоръ относится къ опредѣленному юридическому отношенію и къ могущимъ изъ него возникнуть правовымъ спорамъ (*bezieht sich auf ein bestimmtes Rechtsverhältniss und aus denselben entspringenden Rechtsstreitigkeiten* [1]); иначе говоря недостаточно указанія на матеріальное правоотношеніе, а слѣдуетъ еще указать на *спорное* правоотношеніе. Дѣйствительно, каждое юридическое отношеніе есть комплексъ правъ и обязанностей, иначе: каждое юридическое отношеніе слагается изъ цѣлаго ряда отношеній; обыкновенно оно является сложнымъ. Каждое отдѣльное отношеніе, входящее въ составъ даннаго отношенія можетъ стать спорнымъ. Конечно, благодаря

[1] C. Pr. Ord. § 40.

тому, что отдѣльное отношеніе дѣлается спорнымъ и все отношеніе дѣлается таковымъ, но не во всѣхъ своихъ частяхъ, а лишь относительно одного изъ отдѣльныхъ отношеній. Повидимому, можно было ограничиться однимъ лишь указаніемъ на необходимость опредѣленія въ пророгаціонномъ договорѣ даннаго отношенія; но иногда сторонамъ и нежелательно, что бы всѣ споры по данному отношенію разбирались въ пророгированномъ судѣ; для большей опредѣленности редакторы и требуютъ указанія на тѣ отдѣльныя правоотношенія, которыя стали спорными. Возьмемъ отношенія по арендѣ; стороны могутъ заключить пророгаціонный договоръ, соглашаясь предоставить разрѣшеніе всѣхъ споровъ по поводу этого договора данному государственному суду или же онѣ могутъ согласиться, что лишь споры по обратной сдачѣ имѣнія собственнику, по прекращеніи договора, подлежатъ разбирательству даннаго суда. Въ предупрежденіе споровъ по поводу самого пророгаціоннаго договора, конечно, лучше обозначить въ немъ и матеріальное правоотношеніе и споръ, возникшій или могущій возникнуть изъ него.

Понятно, что требованіе опредѣленности спорнаго отношенія не становится невыполнимымъ благодаря тому, что въ моментъ заключенія пророгаціоннаго договора еще нѣтъ спора, что онъ лишь предвидится. Но спрашивается: что такое *опредѣленное обозначеніе* спорнаго отношенія въ пророгаціонномъ договорѣ. Обозначеніе это можно назвать опредѣленнымъ, если указаны всѣ индивидуализирующіе данное спорное отношеніе признаки, элементы, а именно, субъектъ, объектъ и юридическая связь субъекта съ объектомъ, характеризующаяся основаніемъ возникновенія и вещественнымъ субстратомъ права. Для сравненія спорныхъ отношеній съ цѣлью рѣшенія вопроса о ихъ тождествѣ и важна точная ихъ характеристика.

2. *Спорное отношеніе, по поводу котораго заключенъ третейскій договоръ.*

Такая же опредѣленность, какъ и въ предшествующемъ

случаѣ, необходима и относительно спорнаго отношенія, по поводу котораго заключенъ третейскій договоръ—необходима также точная характеристика его и отдѣльныхъ его элементовъ. Не всѣ законодательства, однако, о каждомъ изъ этихъ элементовъ спеціально упоминаютъ. Наиболѣе подробнымъ является въ этомъ случаѣ наше законодательство,—оно требуетъ обозначенія въ договорѣ имени, отчества и т. д. тяжущихся и предмета спора, предоставленнаго разбору третейскаго суда [1]). Подъ предметомъ спора тутъ и понимается данное спорное отношеніе. Французскій кодексъ о тяжущихся не упоминаетъ, (требуется лишь, какъ мы видѣли, обозначеніе лицъ, избранныхъ въ судьи) но обозначеніе ихъ въ договорѣ необходимо, во 1-хъ, въ виду общаго требованія, чтобы договаривающіяся стороны были обозначены въ договорѣ и во 2-хъ—того, что кодексъ требуетъ обозначенія спорнаго отношенія, однимъ изъ элементовъ котораго являются субъекты его; онъ требуетъ, чтобы l'objet en litige былъ непремѣнно, подъ опасеніемъ ничтожности, указанъ въ договорѣ [2]) т. е. иначе: чтобы спорное отношеніе было точно опредѣлено въ договорѣ. Что касается германскаго устава, то въ немъ есть статья, которая по argumentum a contrario могла бы быть истолкована въ томъ смыслѣ, что, если матеріальное отношеніе еще не спорно, то въ третейскомъ договорѣ, по поводу его заключенномъ, нѣтъ надобности обозначать это отношеніе. Статья эта гласитъ: ein Schiedsvertrag uber kunftige Rechtsstreitigkeiten hat keine rechtliche Wirkung, wenn er nicht auf ein bestimmtes Rechtsverhaltniss und die aus demselben entspringenden Rechtsstreitigkeiten sich bezieht [3]). Слѣдовательно, можно было бы подумать, что третейскій договоръ о настоящемъ спорѣ имѣетъ силу и безъ обозначенія спорнаго отношенія. Но дѣло въ томъ, что смыслъ статьи вовсе не таковъ. Редакторы устава хотѣли высказать лишь ту мысль, что третейскій договоръ о будущемъ спорѣ, о спорѣ вообще неопре-

[1]) Уст. гр. суд ст. 1371.
[2]) Code. d. pr. c. art. 1006.
[3]) C. Pr. Ord. § 825.

дѣленномъ, не имѣетъ силы. Въ мотивахъ говорится, что необходимо предоставить сторонамъ право заключать третейскій договоръ о будущихъ ихъ спорахъ, лишь бы договоръ былъ достаточно опредѣленъ. Изъ статьи этой можетъ быть сдѣланъ лишь тотъ выводъ, какой мы выше и сдѣлали, что уставъ допускаетъ третейскій договоръ на случай будущаго спора, но лишь съ ограниченіями относительно опредѣленности спорнаго отношенія. О спорахъ настоящихъ въ уставѣ ничего не говорится, и вопросъ о степени необходимости обозначенія въ договорѣ самаго спорнаго отношенія, имъ не предрѣшается. Намъ кажется, что вопросъ этотъ долженъ быть рѣшенъ по аналогіи съ пророгаціоннымъ договоромъ въ томъ смыслѣ, что въ немъ должно быть обозначено матеріальное правоотношеніе и возникшій изъ него споръ. Можно возразить, что между пророгаціоннымъ и третейскимъ договорами, какъ нами указано выше, весьма существенное различіе и аналогія не возможна. На это возразимъ: положимъ такъ, но вѣдь оба они процесуальные договоры и какъ таковые могутъ подчиняться одинаковымъ условіямъ относительно своего состава.

Требуемая, такимъ образомъ, законодательствами опредѣленность третейскаго договора, въ которомъ, конечно, должны рѣзко выступать всѣ индивидуализирующіе спорное отношеніе признаки, именно и даетъ суду возможность сравнить эту перемѣнную величину съ постоянною.

3) *Спорное отношеніе, находящееся на разсмотрѣніи другаго суда.*

Выше мы указали, когда спорное отношеніе считается уже находящимся на разсмотрѣніи другаго суда. Мы видѣли разнообразіе воззрѣній теоріи и законодательствъ. Послѣднія признаютъ этимъ моментомъ или предъявленіе иска или извѣщеніе отвѣтчика. Потому то данное спорное правоотношеніе получаетъ свое внѣшнее выраженіе въ различныхъ актахъ, или въ исковомъ прошеніи, или въ актѣ, коимъ извѣщается отвѣтчикъ (erstes Decret, exploit d'ajournement); изъ этихъ

актовъ распознается спорное отношеніе и можетъ стать величиною, необходимою для сравненія съ постоянною величиною т. е. со спорнымъ отношеніемъ предложеннымъ на разрѣшеніе суда. Насколько въ этихъ актахъ необходимо точное обозначеніе спорнаго отношенія въ его элементахъ уже было указано выше.

4) *Спорное отношеніе разрѣшенное другимъ судомъ.*

Выше мы видѣли, что спорное отношеніе признается разрѣшеннымъ со времени вступленія рѣшенія суда въ законную силу. Изъ этого-то рѣшенія и виденъ весь составъ, виднывсѣ характерные признаки спорнаго отношенія,—признаки, необходимые для рѣшенія вопроса о тождествѣ этого отношенія съ отношеніемъ, предложеннымъ на разрѣшеніе суда. И дѣйствительно, каждое судебное рѣшеніе есть заключеніе силогизма, большая посылка котораго есть юридическая норма, а меньшая посылка—факты, приведенные истцомъ. [1]) Въ рѣшеніи, въ смыслѣ письменнаго акта суда, этотъ силогизмъ и облеченъ въ видимую форму, хотя, въ виду разныхъ вѣскихъ соображеній, законодательства не предписываютъ раздѣленія рѣшенія на указанныя три части силогизма, но тѣмъ не менѣе въ каждомъ рѣшеніи, какъ его предписывается формулировать, эти части всѣ имѣются на лицо. Въ которой же изъ частей силогизма содержатся признаки спорнаго отношенія? Очевидно въ меньшей посылкѣ и въ заключеніи; большая посылка въ этомъ отношеніи ничего не даетъ, она даетъ только основаніе суду придти къ заключенію, насколько факты приведенные истцомъ, имѣютъ для лица, желающаго признанія своего права, юридическое значеніе; въ заключеніи выраженъ логическій результатъ субсумціи фактовъ подъ норму, т. е. юридическое его освѣщеніе. Въ меньшей посылкѣ указывается и на субъектъ спорнаго отношенія, его объектъ и юридическую связь между субъектомъ и объектомъ; заключеніе придаетъ этимъ элемен-

[1]) Wetzell н.с. стр. 527 Canstein н. с. т. II стр. 492 Degenkolb н. с. стр. 80 и сл.

тамъ юридическое значеніе, санкціонируетъ ихъ. Возьмемъ примѣръ. Истецъ А. требуетъ съ Б. 10 руб. въ видѣ вознагражденія за убытки, причиненные потравою; судъ строитъ такой силлогизмъ: большая посылка: всякіе убытки, происшедшіе по винѣ лица, должны быть возмещены; малая посылка: корова Б. потравила такого-то числа, какъ доказали свидѣтели, такое-то количество земли, находящейся тамъ-то и тѣмъ причинила А. убытку 10 руб., вознагражденіе за которые онъ проситъ; заключеніе: Б. обязанъ уплатить А. 10 р. Здѣсь субъекты точно обозначены, объекты т. е. дѣйствія, на которыя А. имѣетъ право—вознагражденіе за убытки—тоже; затѣмъ юридическая связь А. съ вознагражденіемъ, т. е. право его на послѣднее, видна изъ большей посылки только какъ нѣчто такое, признаніе чего А. хочетъ; но изъ заключенія очевидно, что эта связь есть чисто юридическая, признанная судомъ въ виду большей посылки. При рѣшеніи вопроса о тождествѣ, безъ малой посылки обойтись нельзя—нельзя говорить и о юридической связи—надо знать юридически признано или не признано право; наконецъ изъ малой же посылки видно основаніе возникновенія права (oblig. quasi ex delicto) и вещественный его субстратъ (10 руб.).

Обращаясь къ современнымъ законодательствамъ, видимъ, что и они не предписываютъ указанія въ рѣшеніи отдѣльно каждаго изъ элементовъ спорнаго отношенія, но изъ тѣхъ частей, изъ которыхъ оно должно состоять, видно, что изъ рѣшенія можно извлечь полную картину даннаго спорнаго отношенія. Эта картина воспроизведена въ судебномъ рѣшеніи, изложенномъ въ окончательной формѣ. Всѣ законодательства допускаютъ рядъ предварительныхъ формъ судебнаго рѣшенія, въ которыхъ вкратцѣ излагается заключеніе суда; у насъ эта форма называется резолюціею [1]), въ Германіи—Urtheilsformel [2]) въ Австріи—Decisive [3]) во Франціи—minute [4]),

[1]) Уст. гражд. судопр. ст. 701.
[2]) S. Pr. Ord. § 282.
[3]) Ost Ger. Ord. § 242, 251.
[4]) Code d. pr. c. art. 132.

хотя minute содержитъ въ себѣ не только заключеніе суда, но и мотивы, безъ подробнаго указанія обстоятельствъ дѣла, что уже дѣлается адвокатами въ qualites [1]). Но всѣ эти предварительныя формы не даютъ точнаго представленія объ отдѣльныхъ элементахъ спорнаго отношенія,—его даетъ рѣшеніе, изложенное въ окончательной формѣ. Тутъ, прежде всего, можно видѣть, кто является *субъектомъ* даннаго разрѣшеннаго спорнаго отношенія [2]). Что касается *объекта*, то онъ распознается изъ обстоятельствъ дѣла т. е. фактической стороны дѣла (Thatbestand, points de fait) и резолюціи (Urtheilsformel, disposition de jugement), входящей какъ необходимая составная часть заключенія въ судебное рѣшеніе [3]). Въ изложеніе фактической стороны входитъ неизбѣжно и характеристика спорнаго права со стороны основанія его возникновенія и вещественнаго субстрата.—Указанныя составныя части рѣшенія и даютъ возможность сравнить данное разрѣшенное спорное отношеніе съ отношеніемъ вновь предложеннымъ на разсмотрѣніе суда. Тоже самое слѣдуетъ сказать и о рѣшеніи третейскаго суда т. е. и въ немъ должны быть опредѣлительно изложены тѣ же составныя части; хотя изъ законодательствъ только наше считаетъ нужнымъ объ этомъ упомянуть, а именно, оно требуетъ, что-бы въ рѣшеніи третейскаго суда были обозначены имена, отчества и фамиліи тяжущихся... требованія... и основанія, принятые судомъ при разрѣшеніи дѣла [4]). Пробѣлъ этотъ въ другихъ законодательствахъ весьма ощутителенъ. Конечно, тяжущіеся, имѣющіе свой интересъ т. е. не желающіе, чтобы было вновь возбуждено уже рѣшенное дѣло, заботятся о точномъ формулированіи рѣшенія; безъ этого, въ случаѣ надобности, понятно, невозможно разрѣшить возраженіе о рѣшенномъ дѣлѣ; но разсчитывать на юридическія знанія тяжущихся законода-

---

[1]) Ibid art. 142 см. Mourlon и с. стр. 137.

[2]) Code. d. pr. c. art. 141 p. 2. Ost. Ger Ord § 242. C. Pr. Ord. § 284 p. 1 уст. гражд. судопр. ст. 701 п. 3, 711.

[3]) Code. l. c Ost G. O. l. c. C. Pr. Ord. § 284 p. 3 и 5 уст. гр. суд. ст. 711 и п. 1.

[4]) Уст. гражд судопр. ст. 1389.

тельство не должно. Хотя нашъ уставъ и требуетъ довольно точное изложеніе рѣшенія третейскаго суда, но всетаки приходится сожалѣть о томъ, что въ немъ нѣтъ требованія, чтобы были изложены обстоятельства дѣла и приходится отыскивать элементы спорнаго отношенія въ изложеніи требованій истца и соображеній суда.

5. *Спорное отношеніе, образовавшееся въ теченіе процеса вслѣдствіе измѣненія первоначальнаго отношенія.*

Мы сказали, что при рѣшеніи путемъ сравненія вопроса о тождествѣ спорныхъ отношеній постоянною величиною является отношеніе, предложенное на разрѣшеніе суда. Положеніе это конечно должно сохраниться въ силѣ и въ данномъ случаѣ; такъ что постоянною величиною будетъ спорное отношеніе, предложенное на разрѣшеніе суда, а перемѣнною—спорное отношеніе, образовавшееся въ теченіе процеса, вслѣдствіе ли измѣненія истцомъ своего иска или вслѣдствіе происшедшей замѣны лицъ. Разсмотримъ послѣднія два отношенія отдѣльно.

а) Спорное отношеніе, образовавшееся вслѣдствіе измѣненія истцомъ своего иска.

Когда истецъ измѣняетъ свой искъ, то, можно сказать, онъ предлагаетъ суду разрѣшить не тотъ споръ, который былъ имъ первоначально предложенъ, а другой. Первое изъ этихъ спорныхъ отношеній распознается изъ акта, которымъ открывается судебный процесъ; что же касается второго, то оно явствуетъ изъ заявленія, дѣлаемаго истцомъ на судѣ. Когда истецъ, какъ говорятъ, измѣняетъ искъ, то онъ измѣняетъ его невполнѣ, не во всѣхъ элементахъ; во всякомъ случаѣ съ субъективной стороны спорное отношеніе остается тѣмъ-же;—онъ измѣняетъ или объектъ или то или другое изъ обстоятельствъ, характеризующихъ юридическую связь между субъектомъ и объектомъ—основаніе возникновенія права или вещественный субстратъ. Конечно, для рѣшенія вопроса о томъ, нарушено ли тождество, измѣненъ ли искъ, надо имѣть въ виду съ одной стороны заявленіе, которое дѣлаетъ истецъ ради

измѣненія иска, съ другой—первоначальный искъ; новое, измѣненное спорное отношеніе, если не измѣнены всѣ, за исключеніемъ конечно субъективнаго, элементы, слагается изъ сохранившихся въ неизмѣненномъ видѣ элементовъ первоначальнаго спора и изъ элементовъ измѣненныхъ.—Заявленіе истца можетъ быть письменное или устное. Изъ современныхъ законодательствъ только наше, какъ мы видѣли, предоставляетъ истцу, измѣнившему свой искъ, право изложить свое новое требованіе *письменно*,—въ этомъ письменномъ актѣ и воспроизведено новое спорное отношеніе; въ этомъ актѣ имѣющемъ цѣлью прекращеніе производства въ предотвращеніе отказа въ искѣ и указывается, что въ этомъ отношеніи сохранилось отъ первоначальнаго отношенія и что является собственно новымъ. Понятно, что можетъ быть сдѣлано и словесное заявленіе объ измѣненіи иска, хотя оно и не влечетъ за собою послѣдствій, связанныхъ съ письменнымъ. Отсутствіе на этотъ счетъ спеціальныхъ постановленій въ другихъ законодательствахъ указываетъ лишь на то, что заявленіе истца объ измѣненіи имъ иска дѣлается или устно, или-же подается письменное заявленіе [1]). Понятно, что въ этомъ заявленіи объ измѣненіи иска, въ какой бы формѣ оно ни было сдѣлано, должны быть указаны всѣ элементы спорнаго отношенія,—суду должна быть дана возможность сравненія и рѣшенія вопроса о тождествѣ. Путемъ сравненія этихъ заявленій и разрѣшается вопросъ о тождествѣ спорныхъ отношеній. Но нельзя сказать, что бы въ наукѣ не было разногласія на счетъ того, берется ли для сравненія, какъ постоянная величина, спорное отношеніе въ моментъ обращенія къ суду или въ моментъ litis contestatio. Господствующее мнѣніе за послѣднее разрѣшеніе вопроса [2]). Неосновательность его опровергается тѣми доводами, которые мы привели противъ litis contestatio вообще.

---

[1]) Canstein н. с. т. I стр. 249, Schellin н. с стр. 121.

[2]) Kleinschrod Klagand стр. 5 и 11. Bayer Anderung стр. 70.

в) Спорное отношеніе образовавшееся вслѣдствіе замѣны субъектовъ во время процеса.

Мы только что сказали, что истецъ не можетъ измѣнить ни объекта спорнаго отношенія, ни юридической связи объекта съ субъектомъ—онъ не можетъ и измѣнить субъектовъ. Тѣмъ не менѣе, какъ мы выше уже видѣли, лица могутъ измѣняться—на мѣсто одного лица становится другое. Если это вступленіе правомѣрно, то благодаря участію новаго лица въ спорномъ отношеніи получается новое отношеніе, новое сравнительно съ тѣмъ, какое было въ моментъ начатія процеса. И тутъ, постоянная величина есть спорное отношеніе, которое предложено на разрѣшеніе суда, а перемѣнная,—спорное отношеніе тоже самое по объекту и по юридической связи его съ субъектомъ, но другое по участвующимъ въ немъ субъектамъ. Первое распознается при помощи акта, коимъ открывается процесъ, второе—изъ тѣхъ актовъ, изъ которыхъ явствуетъ legitimatio ad causam successionis. Такъ, наслѣдникъ вступаетъ въ процесъ, ссылаясь на актъ, коимъ онъ признанъ наслѣдникомъ, цесіонарій — на актъ цессіи, лицо, имѣющее нераздѣльное право — на актъ, подтверждающій эту нераздѣльность и т. д.. Если же замѣна происходитъ путемъ вступленія лица въ процесъ по указанію стороны, то сторона ссылается на право этого лица вступить и тѣмъ замѣнить выбывшаго; изъ этого же заявленія явствуетъ наличность или отсутствіе legitimatio, напр. изъ указанія ненадлежащаго отвѣтчика на надлежащаго. (см. выше). Понятно, акты эти могутъ дать указанія только на одинъ элементъ спорнаго отношенія—субъектовъ его; изъ нихъ видно, имѣетъ ли лицо право замѣнить собою выбывшаго; изъ нихъ же, слѣдовательно, видно произошло-ли вслѣдствіе замѣны лицъ измѣненіе въ спорномъ отношеніи. Наконецъ, одно отсутствіе этихъ актовъ указываетъ именно на то, что благодаря замѣнѣ измѣнилось спорное отношеніе: *одинъ фактъ* произвольнаго вступленія въ процесъ на мѣсто выбывшей стороны, самъ по себѣ, указываетъ на то, что образовалось

новое спорное отношеніе, причемъ, конечно, это спорное отношеніе сохранило въ себѣ объектъ и юридическую связь съ субъектомъ первоначальнаго, только субъектъ его другой.

г) При какихъ условіяхъ судъ признаетъ тождество спорнаго отношенія.

На вопросъ, когда спорныя отношенія тождественны мы выше уже дали посильный отвѣтъ. Суду, разрѣшающему вопросъ о тождествѣ предложеннаго на его разрѣшеніе спорнаго отношенія съ другимъ, надлежитъ руководствоваться сдѣланными нами указаніями—надо примѣнить ихъ къ конкретнымъ случаямъ. Если при сравненіи двухъ спорныхъ отношеній окажется, что они тождественны по субъевтамъ, объекту и юридической связи послѣднихъ, индивидуализующейся по основаніямъ возникновенія и вещественнымъ субстратамъ права, то и отношенія тождественны. Приложимъ добытые результаты къ отдѣльнымъ категоріямъ случаевъ.

1. Спорное отношеніе, предложенное на разрѣшеніе суда будетъ тождественно со спорнымъ отношеніемъ, подлежащимъ разрѣшенію пророгированнаго или третейскаго суда, когда въ нихъ имѣется тождество:

а) субъектовъ—не фактическое, а юридическое; потому-то оно не нарушается, если субъектами обоихъ спорныхъ отношеній являются лица юридически тождественныя, а именно: въ одномъ—преемникъ, въ другомъ—предшественныхъ или въ одномъ одно изъ лицъ нераздѣльно обязанныхъ или управомоченныхъ, въ другомъ—другое;

б) объекта т. е. совокупности дѣйствій, которыхъ истецъ можетъ требовать отъ отвѣтчика; такъ что если суду предложенъ споръ о собственности, а пророгаціонный или третейскій договоръ заключенъ по поводу спора о вознагражденіи за убытки, то о тождествѣ объекта не можетъ быть рѣчи;

и в) юридической связи субъектовъ съ объектомъ т. е. права, характеризующагося

аа) основаніемъ возникновенія — такъ что если суду предложенъ споръ о сервитутѣ, основанномъ на договорѣ, а въ пророгаціонномъ или третейскомъ договорѣ идетъ рѣчь о сервитутѣ, основанномъ на завѣщаніи, то тождество не можетъ бнть признано;—

бб) вещественнымъ субстратомъ—Если, споръ предложенный на разрѣшеніе суда, касается права собственности на имѣніе *x*, а въ пророгаціонномъ или третейскомъ договорѣ идетъ рѣчь о спорѣ о правѣ собственности на имѣніе *y*, то тождества нѣтъ. И тождество субстратовъ, подобно тождеству субъектовъ понимается, какъ мы сказали выше, въ смыслѣ юридическомъ; такъ что, если споръ, предложенный на разрѣшеніе суда касается части имѣнія, а споръ, о которомъ заключенъ третейскій или пророгаціонный договоръ, касается цѣлаго имѣнія, то субстраты признаются тождественными; точно также юридическое тождество имѣется тогда, когда на разрѣшеніе суда предложено спорное отношеніе о 50 р., а пророгаціонный или третейскій договоръ заключенъ по поводу спора о 100 р., или въ первомъ случаѣ идетъ рѣчь о процентахъ, и другихъ приращеніяхъ, а во вторыхъ—о капиталѣ или имѣніи.

Но эти условія тождества не имѣютъ абсолютной силы; отвѣтчикъ можетъ не признать тождества тамъ, гдѣ оно имѣется. Если сравниваемые элементы вполнѣ тождественны, а отвѣтчикъ, хотя бы молчаливо, признаетъ, что нѣтъ тождества, то таковое и не признается судомъ. Это выводится изъ того, что вопросъ о наличности тождества въ этомъ случаѣ, какъ мы видѣли, возбуждается отвѣтчикомъ путемъ возраженія о неподсудности, и если онъ возраженія этого не возбуж-

даетъ, то тѣмъ показываетъ, что по его мнѣнію нѣтъ тождества спорныхъ отношеній.

2. *Спорное отношеніе, предложенное на разрѣшеніе суда будетъ тождественно со спорнымъ отношеніемъ уже находящимся на разрѣшеніи другаго суда или имъ уже разрѣшеннымъ, когда въ обоихъ имѣется тождество:*

а) субъектовъ; если въ двухъ судахъ разсматривается или въ одномъ разсматривается, а въ другомъ рѣшенъ споръ между разными лицами, то тождества споровъ не имѣется; но тождество не нарушено если въ спорѣ, предложенномъ на разсмотрѣніе суда, участвуетъ юридическій предшественникъ, а въ спорѣ находящемся, на разрѣшеніи или разрѣшенномъ, его преемникъ, или же въ одномъ—одно, въ другомъ—другое изъ лицъ нераздѣльно сообязанныхъ или соуправомоченныхъ;

б) объекта, если спорное отношеніе, предложенное на разрѣшеніе суда, касается займа, а спорное отношеніе, находящееся на разрѣшеніи другаго суда или имъ уже разрѣшенное касается найма, то и тождества нѣтъ;

в) юридической связи субъектовъ съ объектомъ т. е. права индивидуализирующагося

аа) основаніемъ возникновенія права—если споръ предложенный на разсмотрѣніе суда касается права пользованія по договору, а споръ, находящійся на разсмотрѣніи другаго суда или имъ разрѣшенный—права пользованія въ силу завѣщанія, то и тождества нѣтъ;

бб) вещественнымъ субстратомъ. Не можетъ быть тождественъ предложенный на разрѣшеніе суда споръ о правѣ собственности на извѣстное количество однѣхъ вещей, съ находящимся на разрѣшеніи другаго суда или имъ разрѣшеннымъ споромъ о правѣ собственности на извѣстное

количество другихъ вещей; но юридически тождественны будутъ: предложенный на разрѣшеніе суда споръ о 50 руб. и находящійся на разрѣшеніи суда или разрѣшенный споръ о 100 руб. Что касается послѣдняго случая, то рѣшеніе суда о капиталѣ исключаетъ возможность особаго иска о %-хъ, какъ плодахъ юридическихъ; логически иначе быть не можетъ, ибо судъ, рѣшая о капиталѣ, рѣшаетъ и о процентахъ; если онъ признаетъ право истца на капиталъ, то онъ признаетъ таковое и на %-ы. Изъ такого послѣдовательнаго проведенія общаго положенія нами принятаго не слѣдуетъ выводить, что истецъ, незаявившій требованія о %-хъ, теряетъ это свое право. Нѣтъ, за нимъ признается это право (въ силу представительства или тождества субстратовъ) и безъ требованія съ его стороны. Если судъ, слѣдовательно, рѣшилъ, что истецъ имѣетъ право на капиталъ, то онъ долженъ постановить рѣшеніе о %-хъ, развѣ-бы истецъ отъ %-въ отказался. Это требуется нетолько ради полнаго, послѣдовательнаго проведенія логическаго начала, но и въ интересахъ отвѣтчика. Не выставляя этого требованія, законодатель даетъ истцу орудіе вымещенія злобы: онъ предъявитъ сначала искъ о капиталѣ, а затѣмъ искъ о %-хъ и тѣмъ заставитъ отвѣтчика уплатить издержки связанныя съ двумя процесами. Точно также юридически тождественны первый споръ о домѣ и второй—о находящейся подъ домомъ землѣ.

И здѣсь слѣдуетъ сказать, что отвѣтчикъ, не предъявляя возраженія о тождествѣ, тѣмъ не признаетъ тождества между спорными отношеніями, хотя бы на самомъ дѣлѣ таковое между спорами и было.

3. Спорное отношеніе сохраняетъ свое тождество, если останутся тождественными въ теченіе процеса:

а) субъекты его; если вмѣсто одного изъ тяжущихся становится нелегитимированное лицо, то и тождество не можетъ быть признано сохранившихся; но если лицо это легитимировано, а именно, когда въ теченіе процеса мѣсто ненадлежащаго истца или отвѣтчика займетъ надлежащій, мѣсто юридическаго предшественника — преемникъ, мѣсто одного изъ нераздѣльно управомоченныхъ или обязанныхъ—другое, мѣсто истца—лицо, имѣющее право на спорное имущество, мѣсто истцаили отвѣтчика—лицо, къ которому они имѣютъ право обратнаго требованія, — тождество сохраняется. Это условіе имѣетъ абсолютный характеръ; противная сторона не имѣетъ права признать лицъ въ обоихъ сравниваемыхъ отношеніяхъ тождественными,—судъ, какъ мы видѣли, ex officio возбуждаетъ этотъ вопросъ.—

б) объектъ;—такъ что споръ о собственности, обратившійся вслѣдствіе измѣненія истцомъ своего иска въ споръ о сервитутѣ, признается потерявшимъ свое тождество,—

и в) юридическая связь объекта съ субъектомъ, индивидуализирующаяся

аа) основаніемъ возникновенія права;—если истецъ сначала требуетъ 100 руб. по договору займа, а потомъ по даренію, то этимъ поставленіемъ послѣдняго спора на мѣсто первоначальнаго спорное отношеніе теряетъ свое внутреннее тождество.—

и бб) вещественнымъ субстратамъ. Если споръ объ одной вещи обратится вслѣдствіе измѣненія истцъ своего иска въ споръ о другой вещи, то можно сказать: спорное отношеніе потерял свое тождество. Но если въ спорѣ находится цѣ-

лая вещь, а внѣ его часть вещи, напр. если первоначальный споръ касается права на 100 руб., а споръ, поставленный вмѣсто первоначальнаго спора касается права на 50 руб. (вслѣдствіе уменьшенія истцомъ своего требованія), то 100 и 50 руб. юридически тождественны и тождество не нарушено; точно также если субстратъ спорнаго права былъ капиталъ, а субстратъ права, стоящаго внѣ спора—%-ы, то, въ силу представительства первымъ послѣднихъ, оба они тождественны; иначе: если первоначальный споръ касается права на капиталъ, а подставленный — права на капиталъ съ процентами, то тождество субстратовъ сохраняется.

Что касается послѣднихъ двухъ условій, (б и в) то они имѣютъ относительный характеръ. Отвѣтчикъ, не предъявляя возраженія объ измѣненномъ искѣ, тѣмъ признаетъ, что измѣненный объектъ или основаніе возникновенія или вещественный субстратъ права въ первоначальномъ и новомъ спорномъ отношеніи тождественны; такъ что воля отвѣтчика дѣлаетъ эти элементы спорнаго отношенія тождественными, хотя-бы на самомъ дѣлѣ они были различны

Вотъ къ какому, кажется, послѣдовательному и полному примѣненію выясненныхъ выше положеній объ условіяхъ тождества намъ удалось придти. Дѣлая это, мы далеки отъ мысли переворачивать вверхъ дномъ то, что сдѣлано въ наукѣ, что воспринято въ законодательствахъ и коренится въ условіяхъ и цѣляхъ каждаго гражданскаго процеса. Мы только собрали разбросанное и обобщили.

Что касается современныхъ законодательствъ, то они въ вопросѣ о тождествѣ въ весьма рѣдкихъ случаяхъ стѣсняютъ примѣненіе началъ теоріи; они въ большинствѣ случаевъ умалчиваютъ объ условіи тождества. Исключеніе составляютъ вопросы объ условіяхъ тождества даннаго спорнаго отноше-

нія съ отношеніемъ разрѣшеннымъ и объ условіяхъ внутренняго тождества — тутъ въ различной формѣ, съ большей или меньшей полнотой, указывается на примѣненіе начала eadem res inter easdem personas. Обратимся къ первому вопросу. Французское гражданское уложеніе [1]) для тождества спорныхъ отношеній, предложеннаго на разрѣшеніе суда и превратившагося рѣшеніемъ суда, требуетъ: 1) mêmes parties, причемъ въ кодексѣ не упоминается ни объ одномъ случаѣ, когда при отсутствіи фактическаго тождества принимается тождество юридическое [2]). Только законъ 5 іюля 1844 г. въ интересахъ промышленности постановляетъ, что рѣшеніе, коимъ признается привилегія на изобрѣтеніе, имѣетъ абсолютную силу т. е. не возможенъ новый споръ о ней, хотя бы и между другими лицами; это слѣдуетъ понимать такъ, что въ этихъ спорахъ всѣ граждане французской республики признаются лицами юридически тождественными. Покойный Миловидовъ, изъ желанія провести во что-бы то ни стало состязательное начало въ вопросѣ о силѣ судебныхъ рѣшеній, порицаетъ законъ 1844 г. [3]). Намъ кажется, что юристъ не вправѣ относиться отрицательно къ требованіямъ законодательной политики — законодатель руководвтся не логикою, а потребностями народной жизни, а юристъ изъ-за нарушенія логики не можетъ закрывать законодателю глаза, дабы тотъ не видѣлъ этихъ потребностей. Дѣло юриста разсмотрѣть насколько ограничено закономъ сфера свободы лица и какое его вліяніе на строй данной группы юридическихъ отношеній; 2) *même cause de la demande* это и есть основаніе возникновенія права, активное основаніе иска, о которомъ рѣчь уже была выше [4]); 3) *même chose demande* — это вещественный субстратъ права. Бросается въ глаза отсутствіе указаній на тождество объекта спорныхъ отношеній; этотъ существенный

---

[1]) Code civil art. 1351.
[2]) Griolet н. с. стр. 67.
[3]) Миловидовъ, н. с. стр.
[4]) Griolet н с стр. 133

пробѣлъ восполняется теоріею и практикою [1]). По нашему уставу для тождества требуется: 1) тѣ же лица, 2) тотъ же спорный предметъ и 3) тоже основаніе [2]). Это копія съ французскаго кодекса и наша практика поступила весьма благоразумно, что поняла „спорный предметъ“ въ обширномъ смыслѣ — это и вещественный субстратъ права и объектъ спорнаго отношенія, какъ комплексъ дѣйствій. Г. Побѣдоносцевъ указываетъ, какъ на единое условіе тождества, на „тоже законное отношеніе, составляющее предметъ спора“ [3]). При столь широкомъ взглядѣ на этотъ повидимому, недостающій въ законѣ элементъ, нѣтъ основанія опасаться, что неудачная редакція 295 ст. вызоветъ дурныя практическія послѣдствія, въ родѣ признанія тождества между спорами о собственности и объ узуфруктѣ, о владѣніи и о собственности и т. п. Въ германскомъ процесуальномъ кодексѣ о тождествѣ не упоминается, а потому укажемъ на нѣкоторыя изъ партикулярныхъ законодательствъ. Прусское земское уложеніе не содержитъ никакихъ объ этомъ постановленій, а потому практикѣ приходится рѣшать вопросъ о тождествѣ по даннымъ теоріи [4]). Въ Баденѣ приняты постановленія французскаго кодекса (§ 1351). Саксонское уложеніе для тождества требуетъ, чтобы были 1) тѣже лица, причемъ признаетъ юридически тождественными преемника и предшественника, а въ дѣлахъ брачныхъ и о законности рожденія—первовчальныхъ тяжущихся и ихъ родственниковъ, а въ дѣлахъ объ участіи въ содержаніи незаконнорожденнаго — послѣдняго и мать; 2) тоже право по содержанію т. е. по объекту спорнаго отношенія и 3) тоже основаніе возникновенія права [5]). И тутъ пробѣлъ — не требуется тождества вещественнаго субстракта. Старикъ

---

[1]) Dalloz н. с. т. XX № 91.

[2]) Уст. гр. суд. ст. 895.

[3]) Побѣдоносцевъ, н. с. тез. 1131. Другіе наши процесуалисты. считаютъ внѣ всякаго сомнѣнія, что и у насъ существо права, его природа (по нашему объектъ) имѣетъ рѣшающее значеніе. см. Малышевъ н. с. т. 1 стр. 432. Анненковъ н. с. т. IV стр. 280 и др.

[4]) Forster н. с. т. стр. 281.

[5]) Sachs b Gesetzb § 177, 1857, 1365, 1866.

Зибенхаръ, оставаясь вѣрнымъ своему правилу „das Wort „veraltet“... steht nicht in meinem Wörterbuche“, безъ оговорки, при объясненіи 177 ст. уложенія [1]), излагаетъ со временъ римскихъ юристовъ установившіяся условія тождества: eadem persona, eadem res, eadem causa [2]). Наконецъ, надо указать на общую въ этомъ вопросѣ всѣмъ законодательствамъ черту, препятствующую провести съ полною послѣдовательностью общее положеніе нами защищаемое. Дѣло въ томъ, что въ силу состязательнаго начала, судъ не можетъ безъ требованія истца постановить рѣшеніе о процентахъ, даже когда капиталъ присужденъ. Но мы уже выше указали, что это необходимо. Всѣ современныя законодательства выставляютъ общее положеніе, что судъ въ рѣшеніи своемъ не можетъ присуждать требованія незаявленныя [3]). Положеніе прекрасное во всѣхъ отношеніяхъ, но таковое его качество нисколько не умалилось-бы, если-бы изъ него были допущены тѣ или другія изъятія, и именно изъятіе относительно процентовъ. То, что положеніе это требуется состязательнымъ началомъ еще ничего не доказываетъ. Состязательное начало не есть юридическій принципъ, а начало законодательной политики и изъ него можно допустить сколько угодно исключеній. Таковое именно и могло-бы быть допущено относительно %-въ. Старый прусскій уставъ судопроизводства, который вообще не стѣснялся съ состязательнымъ началомъ [4]) допускалъ таковое исключеніе [5]). Но какъ-бы то ни было, современные уставы этого не допускаютъ и стало-быть капиталъ и %-ы не суть субстраты тождественные въ томъ случаѣ, когда капиталъ присужденъ

---

[1]) Siebenhaar Lehrbuch des sachs. Privatrechts Leipzig. 1275 I. 156.

[2]) Paulus въ L. 12. 14. D. de exc. rei jud. 44. 2. L. 16. D. qui potior. in pign. 20. 4. Macer въ L 63. D. de re judic. 42, 1.

[3]) Code de pr. art 480 CPr. Ord. § 279. Ost. Ger. Ord. § 240. Уст. гражд. суд. ст. 706.

[4]) Gans-Über die Untersuchungsmaxime des preus. CPr. въ Beiträge zur Revis der pr. Gesetzg Berlin. 1830—1832. S. 450 и слѣд. см. мое изслѣд. „Состяз. начало“ стр. 5 и сл.

[5]) Pr. Allg. Ger. Ord. Theil 1, Tit. 23, § 58, 63.

истцу, но они являются таковыми, когда истцу отказано въ капиталѣ.

Кромѣ изложеннаго случая, какъ мы сказали, законодательства указываютъ на условія сохраненія внутренняго тождества спорнаго отношенія, и именно со стороны объекта и юридической связи между субъектомъ и объектомъ; иначе говоря, законодательства указываютъ, когда искъ почитается измѣненнымъ, но при указаніи условій неизмѣняемости иска умалчиваютъ о неизмѣняемости субъектовъ. Французское законодательство запрещаетъ измѣненіе иска, какъ въ стадіи conciliation, такъ и въ стадіи, слѣдующей за доставленіемъ exploit d'ajournement. Но мы видѣли, что нѣкоторые ученые, напр. Боатаръ, полагаютъ, что въ стадіи conciliation истецъ можетъ измѣнить искъ лишь въ томъ смыслѣ, что можетъ предъявить требованіе, находящееся въ связи съ первоначальнымъ, напр. о приращеніяхъ, принадлежностяхъ. Говоря это, Боаторъ, этотъ славный, но, къ сожалѣнію, не знакомый съ нѣмецкою литературою, ученый выразилъ въ неудачной формѣ мысль давно придуманную и лучше выраженную нѣмецкими учеными. Connexite, liaison, термины весьма неопредѣленные, эластичные. Боаторъ, очевидно, хотѣлъ сказать, что не будетъ измѣненіемъ иска требованіе цѣлаго (капиталъ+приращенія, %-ты, принадлежности) вмѣсто первоначальнаго требованія части (капитала). Что касается стадіи собственно разрѣшительной, слѣдующей за conciliation, то, хотя измѣненія иска, какъ мы видѣли, не можетъ быть, но какъ признаетъ и практика [1]), возможно предъявленіе требованія о приращеніяхъ, принадлежностяхъ и т. д. Одни лишь французскіе ученые смотрятъ на это требованіе какъ на дозволенное измѣненіе иска, осуществляемое посредствъ demande incident [2]) Нѣмецкая наука давно уже перестала смотрѣть на эти случаи, какъ на *изъятія*. Германскій уставъ запрещаетъ измѣненіе иска и признаетъ таковое лишь при измѣненіи: *основанія иска* т. е., по на-

[1]) Dolloz н. с. т. XX № 95.

[2]) Bonnier н. с. 151, Berriot-de-Sainte Prix-Cours de droit c. t. 1. p. 291.

шему, активнаго основанія иска или фактовъ правопроизводящихъ. Разногласіе между Клейншродомъ [1]) и Плесцомъ [2]) относительно того, понимаетъ ли уставъ подъ Klagegrund фактическое правооснованіе иска т. е. факты правопроизводящіе или утвержденія, заявленія истца, что ему принадлежитъ право (Rechtsbehauptung), должно быть, кажется, разрѣшено въ пользу перваго мнѣнія, принадлежащаго Клейншроду. Дѣло въ томъ, что германскій уставъ говоритъ, что не считается измѣненіемъ иска, когда истецъ, не измѣняя основанія иска дополняетъ и исправляетъ (ergänzen oder berichtigen) фактическія и юридическія свои заявленія (Anführungen) Плесцъ и полагаетъ, что если понимать подъ основаніями иска фактическія основанія, то дополненіе и исправленіе ихъ не возможно безъ измѣненія основаній иска. Едва ли это такъ. Всякое дополненіе и исправленіе предполагаетъ нѣчто неизмѣнное, постоянное, что лишь дополняется и исправляется; это неизмѣнное есть основаніе иска; отъ дополненія или исправленія оно не становится инымъ. Столъ, къ которому придѣлывается украшеніе (дополненіе) и приклеивается новая ножка (исправленіе) остается тѣмъ же столомъ. Если истецъ напр. требуетъ отъ отвѣтчика возвращенія саней, какъ свою собственность, а потомъ заявляетъ, что сани находились у отвѣтчика потому, что были отданы ему въ починку, то это дополненіе не измѣняетъ основанія иска; или напр. если истецъ исчислилъ сумму иска сначала однимъ, затѣмъ другимъ способомъ,—положимъ сначала считалъ за складъ дровъ посаженно, а потомъ по размѣру мѣста ими занимаемаго, то это исправленіе, конечно, не измѣняетъ основанія иска. [3])—Кромѣ основанія иска германскимъ уставомъ признается измѣненіемъ иска измѣненіе [4]) *вещественнаго субстрата права*; это выводъ a contrario изъ того, что замѣна одного предмета другимъ не почитается измѣненіемъ

[1]) Kleinschrod-Klagänd. стр. 20.
[2]) Plosz н. с. стр 124.
[3]) C.Pr. Ord. § 240 p. 1.
[4]) Побѣдоносцевъ н. с. стр. 168, 169 (примѣры).

лишь при указанныхъ закономъ условіяхъ—значитъ, внѣ этихъ условій замѣна эта есть измѣненіе иска. Признавая для тождества спорнаго отношенія необходимость тождества вещественнаго субстрата, германскій уставъ, однако, указываетъ на рядъ случаевъ, когда при отсутствіи фактическаго тождества субстратовъ признается тѣмъ не менѣе юридическое ихъ тождество. Кромѣ извѣстныхъ, общепринятыхъ въ наукѣ случаевъ, а именно, когда въ первоначальномъ спорномъ отношеніи субстратомъ является цѣлое, а въ измѣненномъ отношеніи субстратомъ является часть, входящая въ составъ цѣлаго, какъ доля субстрата первоначальнаго спора, кромѣ этихъ случаевъ, говорю я, юридическое тождество признается, [1]) когда въ измѣненномъ спорномъ отношеніи, наоборотъ, субстратомъ является цѣлое, а въ первоначальномъ—часть того же самого предмета; иначе говоря, истецъ можетъ требовать болѣе чѣмъ сначала требовалъ, но онъ не можетъ потребовать другаго предмета. Конечно, тутъ логическое противурѣчіе: требовать болѣе того, чѣмъ было потребовано, значитъ предъявлять требованіе о новомъ т. е. другомъ предметѣ. Затѣмъ, другой случай: если въ первоначальномъ спорномъ отношеніи субстратомъ является одна вещь, то юридически съ нею тождественною можетъ явиться и другая вещь, а именно, когда вещь въ началѣ потребованная, въ силу измѣнившихся обстоятельствъ, не можетъ быть доставлена; въ этомъ случаѣ можетъ быть доставлена или другая вещь или вознагражденіе за лишеніе вещи. [2])—О необходимости тождества объекта уставъ не говоритъ; восполненіе этого пробѣла дѣло теоріи и практики.—Австрійскій уставъ признаетъ лишь одно условіе внутренняго тождества: тождества, или иначе, неизмѣняемости юридическаго основанія иска [2]) т. е. основанія возникновенія права. Сколь скудное постановленіе восполняется наукой. Такъ, Канштейнъ требуетъ сохранія тождества объекта и вещественнаго субстрата правъ. Общеприз-

[1]) C.Pr. Ord. § 240 p. 2, 3.
[2]) Öst. Ger. Ord. 21. 49.

нашими случаями можно было бы и ограничится. Однако онъ не довольствуется ими. Говоря, что необходимо сохраненіе тождества субстрата, онъ указываетъ на рядъ исключеній т. е. по нашему рядъ случаевъ юридическаго тождества при отсутствіи тождества фактическаго. Случаи эти двухъ категорій: 1) вмѣсто вещи можно требовать вознагражденія, цѣнности ея (quanti ea res est). Въ доказательство онъ ссылается на рядъ постановленій гражданскаго уложенія, въ силу коихъ можно требовать вмѣсто данной вещи стоимость ея; напримѣръ на постановленія о возвратѣ добросовѣстнымъ владѣльцемъ доходовъ, объ уплатѣ стоимости вещи при гибели ея и т. п. (ст. 332, 378, 1413, 1442). Доказательства эти слабы—изъ нихъ еще не видно, что *во время процеса* истецъ можетъ требовать сначала вещь, а потомъ эквивалентъ ея. 2) По мнѣнію Канштейна можно требовать и большаго. Этотъ случай надо замѣтить, столь не нормаленъ, что при отсутствіи прямаго указанія въ законѣ онъ не можетъ быть навязанъ тому или другому законодательству[1]). Было бы лучше въ этомъ вопросѣ придерживаться communis doctorum opinio. Нашъ уставъ открываетъ полную возможность приложенію данныхъ теорій; что онъ къ условіямъ внутренняго тождества относитъ тождество объекта и тождество основанія возникновенія права, это видно изъ того, что онъ требуетъ сохраненія тождества или неизмѣняемости требованія по существу; требованіе-же измѣняется по существу именно благодаря измѣненію объекта и основанія возникновенія права. Затѣмъ, онъ запрещаетъ и предъявленіе новаго требованія. Но болѣе подробныя правила имѣются въ немъ касательно вещественнаго субстрата. Изъ запрещенія увеличивать первоначальное требованіе и предъявлять новое, съ одной стороны, и съ другой— изъ того, что замѣнить одну вещь другою, напримѣръ вещь ея цѣнностью, можно лишь при указанныхъ въ законѣ условіяхъ,— видно, что измѣненіе субстрата невозможно. Но уставъ признаетъ и юридическое тождество субстратовъ въ тѣхъ случаяхъ, когда фактически его нѣтъ, а именно, когда въ первоначальномъ

[1]) Canstein и. с. т. стр.

отношеніи субстратомъ является цѣлое, а въ измѣненномъ часть (уменьшеніе требованія), когда въ первоначальномъ искѣ требуется капиталъ, а въ измѣненномъ—%-ты, приращенія, принадлежности и когда въ первоначальномъ субстратомъ является одна вещь, а въ измѣненномъ—цѣнность ея; но послѣднее возможно лишь въ томъ случаѣ, когда вещь (субстратъ первоначальнаго иска) отчуждена или утрачена.—Такъ, въ общемъ согласно съ теоріею, рѣшается въ современныхъ законодательствахъ вопросъ объ условіяхъ тождества.

в). Послѣдствія признанія судомъ наличности внѣшняго и отсутствія внутренняго тождества спорнаго отношенія.

Мы выше уже имѣли случай показать, что отсутствіе внѣшняго тождества спорнаго отношенія есть одно изъ условій возникновенія процесуальнаго отношенія, а сохраненіе внутренняго тождества одно изъ условій существованія уже возникшаго процесуальнаго отношенія Мы сказали также, что отсутствіе того или другаго условія процеса влечетъ за собою различныя послѣдствія, смотря по тому отсутствуетъ-ли условіе возникновенія или существованія или измѣненія или прекращенія или охраненія процесуальнаго отношенія. Такъ, отсутствіе условія возникновенія влечетъ за собою признаніе даннаго процесуальнаго отношенія никогда не возникшимъ, а отсутствіе условія существованія, движенія—признаніе невозможности дальнѣйшаго движенія правомѣрно возникшаго процесуальнаго отношенія. Слѣдовательно, соотвѣтствующія этому послѣдствія наступаютъ и при наличности внѣшняго и отсутствіи внутренняго тождества. Обратимся къ каждому изъ этихъ послѣдствій въ отдѣльности.

1. Послѣдствія наличности внѣшняго тождества.

Признаніе наличности внѣшняго тождества даннаго спорнаго отношенія влечетъ за собою то послѣдствіе, что отношеніе, сказали мы, считается никогда не возникшимъ. Переводя это на судебный языкъ, можно сказать, что судъ, найдя, что данное спорное отношеніе тождественно съ другимъ, прекращаетъ производство дѣла т. е. постановляетъ рѣшеніе

объ устраненіи иска, Abweisung der Klage. Этимъ устраненіемъ иска не рѣшается вопросъ о спорномъ правоотношеніи, хотя для рѣшенія вопроса о возможности и необходимости устраненія иска и приходится обратится къ спорному правоотношенію. Прекращеніе производства, понятно, не исключаетъ возможности предъявленія иска, если, по особенностямъ даннаго случая, новое предъявленіе иска возможно, напр. если предъявлено основательное возраженіе о неподсудности, то искъ можетъ быть предъявленъ въ судъ, коему онъ подсуденъ и судъ этотъ постановляетъ рѣшеніе; тоже самое слѣдуетъ сказать и о возраженіи о тождествѣ даннаго дѣла съ дѣломъ производящимся въ другомъ судѣ; но если предъявлено основательное возраженіе о рѣшенномъ дѣлѣ, то уже новаго иска предъявлено быть не можетъ При прекращеніи производства важно вовсе не то, закрывается-ли или нѣтъ возможность разрѣшенія спора когда либо, а то, что при прекращеніи производства судъ не разрѣшаетъ спора по существу, а лишь устраняетъ искъ, какъ не подлежащій разрѣшенію. Господствующее мнѣніе однако клонится къ тому, что absolutio ab instantia предполагаетъ возможность разрѣшенія дѣла другимъ судомъ; предполагается, что только судъ устраняющій искъ не можетъ его разрѣшить, а другой судъ, или тотъ же, по устраненіи извѣстнаго недостатка, можетъ. Такъ, Рено [1]) Ветцель [2]) и др. ограничиваютъ основанія absolutio ab instantia случаями, когда тотъ-же искъ находится на разрѣшеніи суда, когда имѣется упущеніе при подачѣ иска (не представлено обезпеченія, не соблюдена форма и т. д.), когда не въ тотъ судъ предъявленъ искъ и когда онъ предъявленъ преждевременно. Канштейнъ [3]) въ этомъ ученіи находится какъ бы между двухъ огней: съ одной стороны, господствующее мнѣніе, съ другой-современное австрійское законодательство; первое при absolutio ab instantia предполагаетъ возможность новаго разрѣшенія

[1]) Renaud. н. с. стр. 178—189.
[2]) Wetzell н. с. стр. 542—545.
[3]) Canstein т. II стр. 479.

дѣла, второе этого не требуетъ; оно относитъ къ процесуальнымъ возраженіямъ exceptio rei judicatae и допускаетъ absol. abinstatia какъ послѣдствіе этой exceptio. Нельзя сказать, чтобы Канштейнъ удачно вышелъ изъ затрудненія: онъ примкнулъ къ господствующему мнѣнію, а при перечисленіи случаевъ. по поводу которыхъ судъ постановляетъ объ absolutio ab instantia упоминаетъ exceptio rei judicatae. И вышло такъ, что при основательности этой exceptio судъ постановляетъ объ absolutio ab instantia и тѣмъ даетъ возможность разрѣшенія того-же дѣла въ будущемъ. Господствующая въ наукѣ характеристика дѣленія невыгодныхъ для истца исходовъ процеса на absolutis ab instantia и absolutio ab actione страдаетъ тѣмъ существеннымъ недостаткомъ, что слишкомъ узко понимаетъ первое изъ этихъ послѣдствій. Прекращеніе производства само по себѣ настолько характерно, что связывать съ нимъ мысль о возможности разрѣшенія дѣла въ будущетъ, нѣтъ никакой надобности. Узость эта обнаруживается, прежде всего, на одномъ изъ возраженій о тождествѣ, а именно на злосчастной exceptio rei judicatae. Логически такое дѣленіе необходимо: два только невыгодныхъ для истца исхода процеса и могутъ наступить: или absolutio ab instantia или ab solutio ab actione;[1]) что не есть absolutio ab actione, то есть absolutio ab instantia. Самый характерный признакъ различія этихъ двухъ видовъ absolutio тотъ, что въ одномъ случаѣ судъ не признаетъ права, въ другомъ—не признаетъ возможности возникновенія процеса. При такой характеристикѣ и exceptio rei judicatae подходитъ подъ процесуальныя возраженія. Относительно другихъ возраженій о наличности внѣшняго тождества и законодательства и наука признаютъ, что послѣдствіе ихъ есть absolutio ab instantia. Всѣ они подходятъ подъ господствующій въ наукѣ взглядъ на absolutio ab instantis, всѣ они: оба возраженія о подсудности, и о тождествѣ съ дѣломъ производящимся въ другомъ судѣ,—будучи признаны основательными, влекутъ за собою прекращеніе процеса.

[1] Endemann н. с. стр. 523.

Тоже самое слѣдуетъ сказать и о возраженіи о рѣшенномъ дѣлѣ. [1])

2. Послѣдствія отсутствія внутренняго тождества.

Когда въ теченіе процеса спорное отношеніе теряетъ свое тождество т. е. когда, либо истецъ измѣняетъ свой искъ, либо въ процесъ вступаетъ лицо, не успѣвшее доказать свою legitimatio ad causam successionis, это новое спорное отношеніе не можетъ уже быть поводомъ дальнѣйшаго существованія процесуальнаго отношенія, поводомъ котораго было прежнее спорное отношеніе; иначе говоря, судъ въ томъ же производствѣ процеса уже не можетъ разрѣшить спорное отношеніе, появившееся вслѣдствіе происшедшаго измѣненія прежняго. Въ этомъ смыслѣ и должно быть понимаемо то выше упомянутое положеніе, что сохраненіе внутренняго тождества есть условіе дальнѣйшаго существованія спорнаго отношенія, т. е. при отсутствіи этого условія процесуальное отношеніе не можетъ продолжать своего существованія.

Когда спорное отношеніе потеряло, повидимому, свое внутреннее тождество, истецъ измѣнилъ свой искъ, на мѣсто одного лица вступило другое, то, въ первомъ случаѣ по иниціативѣ отвѣтчика, во второмъ по иниціативѣ суда, изслѣдуется вопросъ,—дѣйствительно ли произошло измѣненіе иска, дѣйствительно ли вновь вступившій обладаетъ legitimatio ad causam successionis. Если окажется, что искъ не измѣненъ т. е. въ первоначальномъ и новомъ спорныхъ отношеніяхъ объекты и юридическая связь объекта съ субъектомъ, т. е. право, по основанію возникновенія и вещественному субстрату, тождественны фактически или только юридически, точно также если окажется, что вступившее въ процесъ лицо обладаетъ legitimatio ad causam successionis, то, конечно, данное процесуальное отношеніе продолжаетъ свое теченіе, свое дальнѣйшее движеніе — спорное отношеніе казавшееся

[1]) Code de pr. c. art. 171 C. Pr. Ord. § 247 p. 1; 3 Öst. Ger. Ord. § 70 уст. гр. суд. ст. 571.

измѣнившимся, оказалось тождественнымъ съ прежнимъ и процесъ продолжается. Но если этого тождества не окажется, то измѣнившееся спорное отношеніе, конечно, не подлежитъ уже разрѣшенію суда. Но какъ быть въ этомъ случаѣ съ первоначальнымъ отношеніемъ, что съ нимъ, точнѣе говоря, дѣлается? Для разрѣшенія этого вопроса обратимся сначала къ тому случаю, когда судъ признаетъ, что нарушено тождество объекта спора и юридической связи субъекта съ объектомъ т. е. что произошло дѣйствительное измѣненіе иска, затѣмъ— къ тому случаю, когда судъ признаетъ, что нарушено тождество субъекта т. е. вступившее лицо нелегитимировано.

а) *Послѣдствія измѣненія иска касательно первоначальнаго отношенія.*

Независимо отъ того, что судъ не разсматриваетъ измѣнившееся спорное отношеніе, измѣненіе иска можетъ оказать то или другое вліяніе на первоначальное спорное отношеніе. Конечно, если истецъ, послѣ того, какъ судъ призналъ, что измѣненіе имѣетъ мѣсто, положимъ, остается при первоначальномъ искѣ, отказываясь отъ измѣненія,—тогда производство дѣла продолжается. Но можетъ быть и иначе. Многіе ученые напр. Ветцель, [1]) Рено, [2]) Эндеманъ [3]) Байеръ [4]) говорятъ, что въ томъ случаѣ, когда истецъ всетаки настаиваетъ на разрѣшеніи измѣненнаго иска, то отвѣтчику позволяется не вступать въ споръ по измѣненному иску (braucht sich nicht einzulassen). Говоря это, освобождая его отъ вступленія въ споръ, они хотятъ сказать, что и судъ не вправѣ разсматривать этотъ измѣненный искъ, а долженъ разрѣшить первоначальный. Байеръ даже предоставляетъ отвѣтчику предъявить exceptio litis pendentis, что, конечно, невѣрно и противурѣчитъ собственнымъ же воззрѣніямъ автора, признающаго, что эта exceptio дается въ томъ случаѣ, когда *dieselbe* Klage находит-

---

[1]) Wetzell н. с. стр. 957.
[2]) Renaud н. с. стр. 173.
[3]) Endemann н. с. стр. 628.
[4]) Bayer—Vortr. стр. 352.

ся на разрѣшеніи суда [1]). Но какъ бы то ни было, судъ, по мнѣнію этихъ ученыхъ, игнорируетъ происшедшее измѣненіе иска; но, далѣе, по мнѣнію Рено это измѣненіе первоначальнаго иска не должно оказывать никакого вліянія на него; оно не можетъ влечь за собою ни absolutio ab instantia, ни absolutio ab actione, тогда какъ Ветцель полагаетъ, что это quaestio facti въ тѣхъ случаяхъ, когда новымъ искомъ требуется не то, что требовалось первоначальнымъ; въ измѣненіи онъ видитъ отреченіе (Verzicht) отъ послѣдняго; это отреченіе и можетъ явиться или въ видѣ отказа отъ иска или въ видѣ заявленія объ устраненіи иска. Но если истецъ требуетъ въ новомъ искѣ того-же, но въ большемъ размѣрѣ, то уже отреченія предположить нельзя. Ни мнѣнія Ветцеля, ни Рено, намъ кажется, принять нельзя; ибо, скажемъ противъ Ветцеля, всякое отреченіе, а тѣмъ болѣе отреченіе отъ иска, весьма серьезная вещь, которая не можетъ быть выведена изъ того, что истецъ желаетъ, чтобы измѣненный искъ былъ разрѣшенъ; отрицать же, скажемъ противъ Рено, возможность absolutio ab instantia или ab actione, вслѣдствіе измѣненіе иска, слишкомъ смѣло. Намъ кажется, надо различать два случая: 1. Истецъ ничего не заявляетъ о судьбѣ первоначальнаго искѣ. Если въ этомъ случаи, благодаря измѣненію иска, дѣйствительно тождество нарушено, то остается лишь разрѣшить первоначальный искъ, постановить рѣшеніе по существу. 2) Истецъ заявляетъ суду о судьбѣ первоначальнаго искъ. Если онъ отказывается отъ иска, — судъ постановляетъ рѣшеніе по существу о первоначальномъ искѣ и истецъ можетъ предъявить новый искъ. Наконецъ истцу можетъ быть предоставленъ еще одинъ выходъ—взять искъ обратно, конечно съ обязательствомъ вознаградить за всѣ причиненые убытки.—Что касается современныхъ законодательствъ, то они не разрѣшаютъ занимающаго насъ вопроса и даютъ лишь кое-какія данныя для разрѣшенія его. Такъ относительно германскаго устава Вильмовскій [1]) того мнѣнія, что во время словеснаго состязанія взять обратно свой первоначальный искъ истецъ не вправѣ и въ случаѣ измѣненія иска отвѣт-

чикъ можетъ просить о разрѣшеніи первоначальнаго иска по существу. Онъ говоритъ, что для отвѣтчика выгоднѣе просить о постановленіи рѣшенія, чѣмъ не дѣлать этого, ибо для полученія вознагражденія за издержки въ первомъ случаѣ достаточно приказа суда объ исполненіи, а во второмъ—надо ему предъявить о томъ особый искъ [1]). Взять искъ обратно истецъ не можетъ [2]). Что касается французскаго устава, то въ виду отсутствія въ немъ правилъ по данному вопросу и несомнѣннаго запрещенія истцу измѣнять свой искъ—это законодательство открываетъ возможность примѣненію того положенія, что судъ, какъ мы показали выше, разсматриваетъ первоначальный искъ. Взять искъ обратно, однако по французскому праву истецъ не вправѣ [3]). Нашъ уставъ совершенно умалчиваетъ объ этомъ вопросѣ, у насъ судъ, кажется долженъ игнорировать измѣненный искъ и постановить рѣшеніе по существу; но въ виду выше изложенныхъ соображеній, въ случаѣ письменнаго заявленія истца объ измѣненіи иска, судъ лишь прекращаетъ производство. Г. Анненковъ [4]) приводитъ весьма остроумно въ подтвержденіе права суда игнорировать новый измѣненный искъ 706 статью. Дѣйствительно, въ силу этой статьи судъ не имѣетъ права ни постановлять рѣшенія о тѣхъ предметахъ, о коихъ не предъявлено требованія, ни присуждать болѣе того, что требовалось тяжущимися. Слѣд. требованія истца, неуказанныя въ исковомъ прошеніи, судомъ игнорируются.

а) *Послѣдствія вступленія нелегитимированнаго лица на мѣсто выбывшаго тяжущагося.*

Объ этомъ случаѣ нечего говорить—онъ понятенъ. Очевидно, если судъ придетъ къ тому заключенію, что лицо, желающее вступить на мѣсто выбывшей стороны, не имѣетъ legiti-

---

[1]) Wilmowsky und Levy u. c. стр. 34.
[2]) C.Pr. Ord 9. 245.
[3]) Code de pr. c. art 213.
[4]) Анненковъ и с. т. I стр. 473.

matio ad causam successionis, то процесъ при участіи такого лица продолжаться не можетъ; лицо это устраняется и процесъ продолжается, какъ будто-бы и небыло ни съ чьей стороны заявлено о желаніи замѣтить выбывшую сторону. На этомъ вопросѣ ни теорія, ни законодательства не останавливаются.

ГЛАВА ТРЕТЬЯ.

ПРИНЦИПЪ ТОЖДЕСТВА, КАКЪ ЮРИДИЧЕСКІЙ ЗАКОНЪ И МѢСТО ЕГО ВЪ СИСТЕМѢ ТЕОРІИ ГРАЖДАНСКАГО ПРОЦЕСА.

I. Юридическіе законы вообще и законъ тождества въ частности.

Въ виду важности и новизны вопроса о законахъ юридической науки мы позволимъ себѣ нѣсколько подробнѣе на немъ остановиться [1]).

Не смотря на то, что зачатки науки лежатъ въ глубокой древности, до настоящаго времени далеко не безспорно, что, собственно, можно и должно считать наукою, что—не наукою, а искуствомъ. Было время, и оно не особенно далеко отъ насъ, когда наукою называлось изученіе сущностей и силъ, когда задачи ея сводились къ раскрытію первопричинъ физическихъ и соціальныхъ явленій. Нерѣдко великіе умы,—гордость человѣческой рассы,—искали этихъ первопричинъ, углублялись въ сущности и строили, какъ говоритъ Льюисъ, гипотезу на гипотезѣ и въ концѣ концовъ окончательно сбивались съ толку [2]). Поднятіе воды въ насосѣ, говоритъ Д. С. Миль приписывалось тому, что природа боится пустоты; паденіе тяжелаго тѣла и восхожденіе пламени объяснялись стремленіемъ каждаго тѣла занять свое естественное мѣсто. [3]) Великія откры-

---

[1]) См. мою ст. „Этюды о совр. состояніи науки права“ въ Журн. гр. и уг. пр. 1884 г. кн. 3 стр. 91—126.

[2]) Льюисъ и Миль—Огюстъ Контъ и положит. философія пер. Неклюдова и Тиблена. Льюисъ—Философія наукъ О. Конта С. П. Б. 1867 стр. 42.

[3]) Ibid, Миль—Огюстъ Контъ и позитивизмъ стр. 13.

тія въ области естественныхъ наукъ показали, какъ мизерны эти гипотезы „боязни пустоты“, „естественнаго мѣста“ и т. п.. Стало очевиднымъ, что умъ человѣческій пошелъ по ложному пути, что благодаря именно этому направленію онъ въ сущности ничего не далъ, что познаніе окружающихъ явленій не достигается построеніемъ гипотезъ, объясняющихъ сущность этихъ явленій. Пришли, наконецъ, къ тому, что для познанія этихъ явленій, въ виду тѣсной связи, между ними существующей, достаточно знаніе ихъ соотношенія. Великій мыслитель Огюстъ Контъ поставилъ науку въ должные предѣлы, показалъ въ чемъ ея истинныя задачи. „Нашему знанію, говоритъ онъ, доступны только явленія; это знаніе явленій—относительно, не безусловно. Мы не знаемъ сущностей, ни даже реальнаго способа возникновенія извѣстнаго факта, для насъ доступны только его отношенія къ другимъ фактамъ, путемъ преемственности и сходства. Эти отношенія постоянны, т. е. при однихъ и тѣхъ же обстоятельствахъ они бываютъ тѣже самыя. Постоянныя сходства, связывающія явленія, или та или другая постоянная послѣдовательность, ставящая ихъ въ опредѣленный порядокъ или какъ предъидущія или какъ послѣдующія въ отношеніи другъ къ другу—называются ихъ законами. Законы явленій—вотъ все, что мы знаемъ касательно явленій. Сущность ихъ природы, ихъ первичная, дѣятельная или конечная причина неизвѣстна и недоступна для насъ. [1]) Опредѣливъ такимъ образомъ задачу науки, великій основатель позитивизма показалъ по какому пути слѣдуетъ идти научнымъ изслѣдователямъ. Но формулируя такъ эту задачу, Контъ идетъ какъ бы противъ природы человѣческаго ума, противъ сродной человѣку пытливости, онъ какъ будто говоритъ: не спрашивайте „почему“ происходятъ явленія—не дознаться вамъ этой причины; наука можетъ только отвѣтить на вопросъ „какъ“ совершаются явленія. Это обвиненіе не совсѣмъ основательно. Контъ не отвергаетъ изуче-

[1]) Ibid. стр. 8.

ніе причинъ. Онъ отвергаетъ только вопросы о первоначальномъ происхожденіи и о дѣятеляхъ, отличныхъ отъ того, что называютъ причиною естественною. Онъ считаетъ недоступными для насъ только причины, которыя сами не суть явленія. [1]) Слѣдовательно, вопросъ, почему происходитъ извѣстное явленіе, есть именно вопросъ, на который должна дать отвѣтъ наука, но она отвѣчаетъ фактомъ и предѣлы отвѣта ограничиваются лишь тѣмъ, насколько причиною можетъ быть выставленъ фактъ; если нѣтъ факта, такъ сказать причиннаго, то и наука никакого отвѣта дать не можетъ.

И такъ, задача науки—отысканіе законовъ. Когда найденъ законъ, говоритъ Кэри, гармонія и порядокъ заступаютъ мѣсто хаоса и мы, въ каждомъ явленіи, къ какой бы области знанія оно не принадлежало, должны видѣть естественное слѣдствіе извѣстныхъ и опредѣленныхъ причинъ и предвидѣть возобновленіе того-же явленія въ случаѣ стеченія тѣхъ же самыхъ причинъ. [2])

Но что такое законъ? Какъ не ясенъ, повидимому, хотя-бы изъ словъ Кэри, отвѣтъ на этотъ вопросъ, какъ не безспорно самое опредѣленіе закона, въ смыслѣ правила, по которому неизмѣнно комбинируются извѣстныя явленія въ порядкѣ причинности—какъ не ясно это, тѣмъ не менѣе, подробный анализъ понятія закона порождаетъ рядъ недоумѣній. Такъ одни, напр. проф. Пахманъ [3]) говорятъ, что законы и суть то, что называютъ обыкновенно принципомъ, т. е., начала, выводимыя изъ сопоставленія явленій. Другіе, напр. проф. Муромцевъ [4]) и Коркуновъ [5]) говорятъ, что эти понятія нельзя отождествлять, что принципъ есть тоже явленіе, т. е. нѣчто

---

[1]) Ibid. стр. 33.

[2]) Кэри—Руководство къ соціальной наукѣ, пер. кн Шаховскаго С. П. Б. 1869. стр. 30.

[3]) Пахманъ—н. с. стр. 35.

[4]) Муромцевъ—Опредѣленіе и основное раздѣленіе права. Москва. 1879 стр. 15—18.

[5]) Коркуновъ—Наука права и естествознаніе Журн. гр. и уг. пр. 1879 кн. 3. стр. 162—163.

измѣняющееся, тогда какъ законъ неизмѣненъ. Оба эти мнѣнія и вѣрны и невѣрны, смотря потому, что понимать подъ принципомъ. Намъ кажется, что принципъ есть вообще общая мысль, проходящая сквозь цѣлый рядъ явленій. Съ этой точки зрѣнія и законъ подходитъ подъ общее понятіе принципа; законъ съ этой стороны есть тоже принципъ, но не всякій принципъ есть законъ. Принципъ въ указанномъ общемъ смыслѣ есть понятіе родовое; виды его суть: во 1-хъ, принципъ въ собственномъ смыслѣ, какъ начало руководящее, такъ сказать извнѣ приходящее, превходящее, начало скорѣе искуства, дѣятельности, нравственности и т. п., чѣмъ науки. Принципъ въ этомъ смыслѣ есть нѣчто весьма измѣнчивое; онъ касается явленій, насколько они поддаются внѣшнему вліянію, измѣненію, явленія передѣлываются на извѣстный ладъ, даже создаются ради принципа; мы часто говоримъ принципъ *проводится* т. е. явленіе приводится въ соотвѣтствіе съ извѣстною общею мыслью. Потому-то напр. въ естественныхъ и математическихъ наукахъ, въ логикѣ, въ соціологіи нѣтъ принциповъ, а есть законы, тогда какъ въ политикѣ, нравственности и т. п. нѣтъ законовъ, а есть лишь принципы. Очень часто принципы называются и законами; такъ напр. проф. Андреевскій [1]) полагаетъ, что извѣстный принципъ государственной политики: „въ тѣхъ случаяхъ, когда отдѣльное лицо собственными силами не можетъ создать благопріятныхъ условій безопасности и благосостоянія, на помощь должно явиться государство“—есть законъ. Это не законъ, а совѣтъ, даваемый политикою представителямъ государственной власти; это принципъ дѣятельности, правило искуства, сплошь и рядомъ нарушаемое, но никакъ не законъ. Въ 2-хъ, видомъ принципа является законъ; это—тоже общая мысль, проходящая сквозь группу явленій; но она не извнѣ прикладывается къ явленіямъ, а заключается въ постоянномъ ихъ соотношеніи; провести законъ нельзя, онъ самъ себѣ пролагаетъ путь; можно проявленіе его задержать; можно создать рядъ не

[1]) Андреевскій—Полицейское право СПВ. 1874 кн. I стр. 17.

благопріятныхъ условій для его примѣненія. Возьмемъ законъ физики: „тѣло, приведенное въ движеніе должно двигаться до тѣхъ поръ, пока не будетъ остановлено". Тутъ во всѣхъ случаяхъ, коль скоро задано движеніе, тѣло движется. Нарушить этотъ законъ нельзя—можно лишь положить извѣстныя препятствія къ обнаруженію его напр. задать движеніе тяжелому тѣлу, по неполированной поверхности и т. д.

Дальнѣйшія недоумѣнія относительно понятія закона порождаетъ основный характеръ его—неизмѣнность. Этотъ характеръ отнюдь не можетъ быть выведенъ изъ логической конструкціи закона. Каждый законъ выражается въ формѣ, говоря языкомъ логики, гипотетическаго сужденія [1]), всегда законъ формулируется такимъ образомъ: „*если* или *когда* имѣетъ мѣсто то-то, *то* наступаетъ то-то". Если станемъ на исключительно логическую точку зрѣнія, то каждое гипотитическое сужденіе—будетъ неизмѣнный законъ. Нѣтъ, неизмѣнный характеръ закона науки имѣетъ свое основаніе не въ формальной логикѣ. Хотя каждый законъ есть гипотетическое сужденіе, но не всякое гипотетическое сужденіе есть законъ. Неизмѣнность научнаго закона лучше назвать неизбѣжностью, или, по крайней мѣрѣ, подъ нейзмѣнностью понимать неизбѣжность. При данныхъ условіяхъ—въ силу закона науки—только и можетъ наступить данное послѣдствіе, уже другаго, противуположнаго, наступить не можетъ. Въ области науки возможны такія явленія, которыя находятся въ причинной связи, но причинная связь эта не неизбѣжна—ее можетъ и не быть. Понятно, положеніе, выражающее эту связь, не будетъ закономъ. Обыкновенно, и Контъ и др., неизбѣжность научнаго закона называютъ постоянствомъ, но постояинство указываетъ болѣе на моментъ времени дѣйствія закона (законъ дѣйствуетъ *всегда*, когда имѣются извѣстныя условія), чѣмъ на необходимость его дѣйствія (законъ дѣйствуетъ *непремѣнно*, когда имѣются извѣстныя условія.—

[1]) Дитесъ—Практич лотика пер. Запольскаго С. П. Б. 1873 стр. 62 Beck Grundriss der empir Psychologie und Logik. Stuttgart 1869. S. 109.

Понятно само собою, что неизмѣнность или неизбѣжность закона, выражающаго собою постоянство отношенія явленій, отнюдь не предполагаетъ тѣхъ же свойствъ и относительно самыхъ явленій. Неизмѣнныхъ явленій — нѣтъ; никто не можетъ поручиться, что завтра земля перестанетъ вращаться вокругъ оси; но пока она вращается, день будетъ смѣняться ночью.

Позитивисты, говоря о наукѣ, не забыли и соціологіи. Наука эта, „имѣющая своимъ предметомъ интересы людей", „занимающаяся отношеніями человѣка къ человѣку, т. е. изучающая соціальныя явленія" [1]), есть наука въ полномъ смыслѣ слова, ибо она изслѣдуетъ законы соціальныхъ явленій. Явленіе вообще, есть всякій отдѣльный предметъ, воспринимаемый нашими чувствами—соціальное явленіе есть фактъ, наблюдаемый нами въ области совмѣстной жизни людей. Потому то и соціологія должна быть понимаема въ весьма широкомъ смыслѣ, въ смыслѣ науки о законахъ, управляющихъ совмѣстною жизнью людей или тѣмъ, что называется соціальнымъ строемъ. Опредѣленія, обыкновенно даваемыя этой наукѣ, кажутся намъ слишкомъ частными, такъ сказать предрѣшительными. То говорятъ, что она занимается изученіемъ законовъ „продолжительности соціальнаго строя", то—законовъ „прогреса" [2]), то—законовъ „дѣятельности человѣка" [3]). Вводя въ опредѣленіе науки идею продолжительности соціальнаго строя, мы предрѣшаемъ вопросъ объ исчезновеніи государствъ (Августинъ); вводя идею прогреса — предрѣшаемъ тотъ вопросъ, который именно подлежитъ разрѣшенію путемъ индуктивнымъ; говоря же о дѣятельности человѣка, какъ о предметѣ науки, мы становимся скорѣе на почву искуства, чѣмъ науки.

Изслѣдуя законы явленій совмѣстной жизни людей, соціологія идетъ, и должна идти, тѣмъ путемъ, какимъ идутъ и всѣ другія науки; ея законы должны отличаться тѣмъ же неизмѣннымъ характеромъ, каковой присущъ и законамъ яв-

---

[1]) Кэри и с. стр. 33.
[2]) Миль н. с. стр. 81.
[3]) Кэри н. с. стр. 61.

леній міра физическаго. Всматриваясь въ эти соціальныя явленія, мы видимъ постоянное комбинированіе ихъ въ порядкѣ причинности (или какъ, не совсѣмъ точно, говорятъ: измѣненіе ихъ). Постоянство ихъ комбинированія замѣчается и тутъ и выражается въ формѣ гипотетическаго сужденія, въ формѣ закона, закона неизбѣжнаго. Понятно, однако, что неизбѣжность закона и тутъ не требуетъ неизбѣжности самого явленія,—факты совмѣстной жизни людей чрезвычайно разнообразны и измѣнчивы; но покуда факты это существуютъ, законъ остается въ своей силѣ. Въ этомъ то и заключается достоинство позитивной соціологіи:—ея истина не абсолютна, въ смыслѣ вѣчности, а абсолютна въ смыслѣ постоянства. Исчезло явленіе, переродилось человѣчество, народились новыя явленія,—ея законы потеряли значеніе, ибо они имѣютъ силу лишь въ предположеніи данныхъ явленій. Когда осуществится piun desiderium соціализма и міръ будетъ устланъ асоціаціями, то и экономическій законъ установленія цѣнъ, вѣроятно, потеряетъ свою силу....

Соціологи-позитивисты совершенно основательно не упускаютъ изъ виду двухъ точекъ зрѣнія на соотношеніе соціальныхъ явленій—статическую и динамическую. Съ первой точки зрѣнія, соотношеніе соціальныхъ явленій изслѣдуется безотносительно, безразлично ко времени; со второй—во времени; иначе: соціальныя явленія изслѣдуются или въ сосуществованіи ихъ или въ преемственности. Наука, изслѣдующая условія сосуществованія соціальныхъ явленій, есть соціальная статика; преемственность — соціальная динамика. Конечно, между законами той и другой, по содержанію, ничего общаго быть не можетъ. Соціальная статика изслѣдуетъ—при какихъ условіяхъ совмѣстная жизнь людей существуетъ, какъ комбинируются соціальныя явленія въ порядкѣ причинности, но причинность здѣсь, есть причинность внутренняя, касающаяся самаго содержанія явленій. Напримѣръ законъ Кэри: чѣмъ разнообразнѣе занятія людей, составляющихъ данное общество, тѣмъ болѣе проявляется въ нихъ индивидуализмъ [1]); или законъ

[1]) Кэри и. с. стр. 50.

Конта: умственныя и нравственныя силы все болѣе и болѣе стремятся къ управленію обществомъ,—суть законы статики. [1]) Соціальная динамика болѣе формальна; она изслѣдуетъ законы преемственности формъ соціальныхъ явленій:—при какихъ условіяхъ одна форма переходитъ въ другую во времени, какъ комбинируются явленія въ порядкѣ причинности, но причинность тутъ, есть преемственность *формъ*. Напримѣръ законъ: начальное умственное состояніе человѣка, являющееся въ видѣ чистаго фстишизма, т. е. тенденціи воображать всѣ окружающія тѣла одушевленными жизнью, сходной съ нашей—смѣняется простымъ политеизмомъ, т. е. тенденціею, что извѣстные боги завѣдываютъ извѣстнымъ родомъ явленій [2]) и др.

Теперь перейдемъ къ той отрасли человѣческихъ знаній, которую величайшіе соціологи нашего вѣка, Контъ, Милль, Льюисъ, Спенсеръ и др. не удостоили своимъ вниманіемъ. Я говорю о наукѣ права. Оставляя въ сторонѣ авторовъ разныхъ „брошюръ“ о позитивизмѣ въ правѣ, можно сказать, что изъ соціологовъ—позитивистовъ, давшихъ цѣльныя соціальныя системы, одинъ Кэри упомянулъ и о наукѣ права. Начертивъ „древо наукъ“, онъ удѣлилъ вторую снизу вѣтвь *соціальнымъ наукамъ*, подраздѣляющимся *на науку права* и *политическую экономію* [3]). Упомянувъ о нашей юриспруденціи, Кэри уже болѣе къ ней не возвращается, а излагаетъ въ сущности одну политическую экономію.

Если соціологія изучаетъ законы совмѣстной жизни людей или, какъ говорятъ, отношенія человѣка къ человѣку, то въ область ея вѣдѣнія непремѣнно должны входить тѣ отношенія людей, которыя имѣютъ свои специфическіе признаки и именуются отношеніями юридическими.

Эти юридическія отношенія представляются или въ простой формѣ, или въ формѣ сложной. Простая форма ихъ есть право, какъ предоставленная лицу возможность совершать

---

[1]) Льюисъ н. с. стр, 299, 362.
[2]) Льюисъ н. с. стр. 293.
[3]) Кэри н. с. стр 16.

извѣстныя, опредѣленныя дѣйствія, или требовать извѣстнаго, опредѣленнаго дѣйствія отъ другихъ; напр. право распоряженія, пользованія, право на доставленіе вещи, оказаніе услуги и т. п.; сложная же форма есть соединеніе простыхъ формъ, въ одномъ комплексѣ, въ то, что называется въ наукѣ институтомъ, напр. купля-продажа, собственность, дареніе и т. п. Жизнь вырабатываетъ эти комплексы, наука изслѣдуетъ, какъ увидимъ ниже, не только ихъ, но и простѣйшую форму права или отношенія.

Наука права или юриспруденція, изучая юридическія явленія, т. е. отношенія, является, конечно, какъ и думаетъ Кэри, отраслью соціологіи. Но чтобы удостоиться чести называться наукою, какъ ее понимаютъ позитивисты, надо показать, что и ея задача есть отысканіе неизмѣнныхъ, неизбѣжныхъ законовъ, въ коихъ выражаются соотношенія юридическихъ явленій въ порядкѣ причинности. Иначе и быть не можетъ: самый объектъ науки какъ-бы указываетъ на то, что юриспруденція имѣетъ полное основаніе считаться наукою. Пользуется-ли она этимъ правомъ?

Юридическія явленія или отношенія, какъ и всѣ соціальныя явленія, могутъ быть разсматриваемы съ двухъ точекъ зрѣнія—динамической и статической. Соотвѣтственно этому, юридическая наука распадается на юридическую динамику, изслѣдующую законы преемственности юридическихъ явленій и юридическую статику, изучающую законы сосуществованія этихъ явленій. Какія же это двѣ, какъ будто новыя отрасли старой юриспруденціи?—Если мы назовемъ имена двухъ русскихъ юристовъ, представителей этихъ двухъ отраслей права, то будетъ понятно въ чемъ суть каждой изъ этихъ отраслей. Я говорю о профессорахъ Пахманѣ и Муромцевѣ. Сопоставленіемъ этимъ я не хочу отождествлять значенія этихъ ученыхъ: первый сдѣлалъ замѣчательное открытіе, привелъ, въ ясное сознаніе то цѣнное, что дѣлается въ наукѣ въ теченіе столѣтій и тѣмъ показалъ по какому пути должна идти научная работа въ будущемъ, второй—внесъ лишь долю самостоятельности во взглядъ на то, что должно быть дѣлаемо, признавая ничтожность всего доселѣ сдѣланнаго.

Различіе юридической статики и динамики не нужно упускать изъ виду. Это необходимо уже потому, что законы той и другой, какъ и законы соціальной статики и динамики, ничего общаго, кромѣ объекта изслѣдованія (юридическія явленія), не имѣютъ. Различіе между ними тоже, что между законами политической экономіи и законами экономическаго роста общества [1]).

Начнемъ съ юридической динамики. Въ этой отрасли юридической науки имена Іеринга и Штейна занимаютъ несомнѣнно видное мѣсто; но за ними идетъ рядъ диллетантовъ въ наукѣ (въ родѣ Поста, Лейста, Шлосмана, Гамбарова, Слонимскаго и др.), желавшихъ тоже сказать свое слово въ пользу науки, но неудачно. Процесъ образованія, развитія права— вотъ вопросъ, который задали себѣ Іерингъ и Штейнъ. Это направленіе въ наукѣ права нашло себѣ талантливаго представителя и у насъ. Являясь выразителемъ мнѣній историко-философской школы, проф. Муромцевъ, по пріемамъ и даже способу выраженія, болѣе остальныхъ приближаегся къ соціологамъ—позитивистамъ. Онъ такъ опредѣляетъ задачу науки права: ей надлежитъ изучать законы развитія той области соціальныхъ явленій, которыя извѣстны подъ именемъ права. При отсутствіи однаго идеальнаго правоваго состоянія и при частой смѣнѣ *формъ* общественной и юридической жизни, наука должна открыть законы, по которымъ происходитъ означенная смѣна [2]); она изучаетъ тотъ порядокъ, въ которомъ происходитъ комбинація различныхъ элементовъ юридической жизни, производящихъ въ исторіи (юридическіе) институты [3]), ибо каждое отдѣльное правоопредѣленіе образуется, какъ историческое явленіе, закономѣрнымъ взаимодѣйствіемъ условій образованія права—свойствъ человѣка (его потребностей и способностей), общественнаго организма и внѣшней обстановки

---

[1]) Различіе это рѣзко проведено К. Менгеромъ въ его замѣчательномъ соч. Unters. über die Methode der Socialwissenschaft. Wien. 1882.

[2]) Муромцевъ—Опредѣленіе и осн. разд. права стр. 14.

[3]) Муромцевъ—Очерки общей теоріи гражд. права ч. 1 Москва. 1877 стр. 196.

ихъ дѣятельности [1]). Законы юридической динамики, т. е. того, что проф. Муромцевъ, слишкомъ обще, называетъ наукою права, выражаютъ собою постоянное соотношеніе юридическихъ явленій, какъ историческихъ фактовъ, или между собою или между ними и ихъ условіями и послѣдствіями. Съ этой точки зрѣнія, закономъ юридической динамики будетъ напр.: „въ жизни каждаго народа, періоду свободнаго развитія правовыхъ идей предшествуетъ періодъ формализма", или „извѣстныя измѣненія въ гражданскомъ оборотѣ сопровождаются признаніемъ преступности обмана", или „юриспруденція образованнаго общества склонна предполагать въ каждомъ лицѣ добросовѣстность" и т. п. Эти законы юридической динамики означаютъ, или, что извѣстный родъ явленій всегда предшествуетъ другому ихъ роду, или, что извѣстныя явленія сопровождаются всегда другими извѣстными явленіями. Законы эти неизмѣнны, такъ же какъ и всѣ законы науки; они указываютъ на то, что есть въ силу природы человѣка, общества и міра, они стоятъ надъ человѣческою дѣятельностью, нарушеніе ихъ свыше человѣческихъ силъ—критика ихъ не имѣетъ смысла; при данныхъ условіяхъ, причинахъ, данное послѣдствіе должно наступить; самое большее, что мы можемъ, это— устранить или задержать наступленіе послѣдствія путемъ нѣкотораго воздѣйствія на эти условія; располагая иначе причины, можно достигнуть иныхъ результатовъ, но нельзя уничтожить самое дѣйствіе причинъ [2]). Изъ этой характеристики юридической динамики, дѣлаемой проф. Муромцевымъ, видно, что любой изъ позитивистовъ признаетъ эту отрасль юридической науки—вѣтвью соціологіи, наукою въ полномъ смыслѣ слова.—Какъ въ соціологіи, въ тѣсномъ смыслѣ, т. е. за выдѣленіемъ юриспруденціи, по словамъ Кэри [3]), еще ни одного закона не открыто, такъ и въ юридической динамикѣ ихъ еще надо открыть, если не считать тѣхъ законовъ, весьма бѣдныхъ содержаніемъ, которые нами приведены со

---

[1]) Ibid стр. 315—3 5.

[2]) Муромцевъ—Опредѣленіе стр. 17—18.

[3]) Кэри и. с. стр. 31

словъ проф. Муромцева. Самъ проф. Муромцевъ, поставивъ вопросъ, открыты-ли юридическіе законы, не отвѣчаетъ прямо: да или нѣтъ, но говоритъ лишь, что наука подготовила нѣкоторый запасъ свѣдѣній о законахъ явленій, что она обладаетъ нѣкоторымъ запасомъ знаній о законахъ развитія явленій [1]), т. е. выходитъ, что самихъ-то законовъ еще нѣтъ, но несомнѣнно когда-нибудь да будутъ же открыты.—Но нѣкоторыя положенія представителей динамическаго воззрѣнія на науку право могутъ быть истолкованы въ томъ смыслѣ, что они не отрицаютъ и статической точки зрѣнія. Такъ г. Муромцевъ говоритъ, что наука должна опредѣлять отношенія, въ которыхъ *состоятъ правовыя явленія между собою*, къ явленіямъ другихъ группъ и къ прочимъ условіямъ и факторамъ общественной жизни. Эти-то законы отношеній правовыхъ явленій *между собою* и могли-бы быть понимаемы какъ законы юридической статики. Это не вѣрно. Намъ кажется, что постоянное упоминаніе г. Муромцевымъ того, что законы юридическіе суть законы историческаго развитія права и его институтовъ, даетъ основаніе думать, что онъ стоитъ только за законы юридической динамики. Если же онъ говоритъ о законахъ соотношенія правовыхъ явленій между собою, то и тогда не имѣетъ въ виду законовъ статики. Юридическая динамика изучаетъ институты въ порядкѣ ихъ преемственности; преемственность эта совершается благодаря вліянію различныхъ общественныхъ факторовъ на правовыя явленія, причемъ 1) результатомъ этого вліянія можетъ быть перерожденіе одного правоваго явленія въ другое или 2) одно правовое явленіе можетъ вліять на другое, ибо и оно есть общественный факторъ. Въ этихъ двухъ случаяхъ и сказывается двоякое отношеніе юридическихъ явленій, какъ историческихъ фактовъ, между собою: одно переходитъ въ другое, одно вліяетъ на другое. Но развѣ можно сказать, что законы этого перехода и вліянія, суть законы статики? Развѣ, указывая на эти законы, мы отрѣшаемся отъ мѣста и времени? Вѣдь тутъ

[1]) Муромцевъ—Опредѣленіе стр. 20.

собственно отношеніе между явленіями только и имѣетъ значеніе въ смыслѣ ихъ преемственности. Статика совершенно игнорируетъ эту преемственность и потому уже, что она имѣетъ дѣло съ простѣйшими формами права, какъ отдѣльнаго правоотношенія, совершенно безотносительно къ тѣмъ бытовымъ институтамъ, которые слагаются изъ этихъ правъ и изучаются въ динамикѣ во времени, въ порядкѣ преемственности. Статика, изслѣдуя законы сосуществованія явленій, только и можетъ оперировать надъ этими простѣйшими формами, беря ихъ изъ жизни всѣхъ народовъ, всѣхъ временъ. Если захотимъ вывести хоть какой-нибудь законъ сосуществованія *институтовъ*, то абсолютно не можемъ не обращаться къ тѣмъ соціальнымъ факторамъ, которыми вызваны эти институты.

Словомъ, мнѣніе, будто бы проф. Муромцевъ не отрицаетъ и статической точки зрѣнія, совершенно несновательно. Онъ хотя часто и смѣшиваетъ эту точку зрѣнія со своею, но дѣлается это невольно; сознательно-же онъ не признаетъ юридическую статику наукою, погрѣшая тѣмъ, конечно, противъ позитивизма. И таковы почти всѣ приверженцы юридической динамики.

Перейдемъ къ юридической статикѣ. Уже выше было показано, что законы сосуществованія юридическихъ *институтовъ* не могутъ быть установлены внѣ мысли о развитіи ихъ во времени. Наука—читай: юридическая динамика,—говоритъ г. Муромцевъ, изслѣдуетъ, главнымъ образомъ, правовые институты, но не отношенія. Мысль безусловно вѣрная. Отысканіе же и изслѣдованіе законовъ сосуществованія юридическихъ явленій или законовъ статики, возможны лишь по отношенію къ отдѣльнымъ субъективнымъ правамъ. Только они, а никакъ не институты, могутъ быть отрѣшены отъ времени, только о ихъ постоянномъ, однообразномъ соотношеніи можно говорить независимо отъ тѣхъ соціальныхъ факторовъ, которые на нихъ воздѣйствуютъ. Только институты имѣютъ свои опредѣленные соціальные факторы, которые на нихъ воздѣйствуютъ, напр. вызываютъ ихъ, содѣйствуютъ ихъ

развитію, гибели и т. п. Напрасно стали-бы мы искать такихъ факторовъ относительно простѣйшихъ формъ права, правъ субъективныхъ, ибо часто одно и тоже право входитъ въ составъ совершенно различныхъ институтовъ, находящихся подъ воздѣйствіемъ совершенно различныхъ соціальныхъ факторовъ.

Юридическая статика или юридическая теорія права, или юриспруденція въ собственномъ смыслѣ слова, имѣетъ своею задачею отысканіе и изслѣдованіе законовъ сосуществованія юридическихъ явленій, гдѣ бы, когда бы они не существовали, въ смыслѣ отдѣльныхъ субъективныхъ правъ. Мы уже дали общую характеристику юридическихъ явленій,—это суть отношенія лицъ, въ которыхъ (отношеніяхъ) мы видимъ господство одного и подчиненіе другаго лица. Всматриваясь въ быть народовъ, мы, изъ всей совокупности отношеній, вызванныхъ совмѣстною жизнью людей, можемъ выдѣлить эти юридическія отношенія (познаваемыя нами изъ законовъ и обычаевъ, сохранившихъ тотъ или другой видимый слѣдъ), которыя, конечно, какъ продукты жизни и ея потребностей, являются въ формѣ отдѣльныхъ институтовъ, напр. сервитуты, собственность, купля, заемъ, наслѣдство и т. д. Разлагая ихъ на отдѣльныя субъективныя права (это дѣло научной лабораторіи) и выдѣляя эти права изъ состава отдѣльныхъ институтовъ, мы находимъ между ними всюду и вездѣ постоянныя, одинаковыя соотношенія—мы обобщаемъ эти отношенія и выражаемъ ихъ въ формѣ общаго положенія, закона. Чѣмъ удачнѣе мы примѣнимъ индукцію, чѣмъ болѣе общими являются эти отношенія правъ, тѣмъ отвлеченнѣе становится законъ, какъ правило даннаго соотношенія, и весьма часто правило это до того отвлеченно, что является въ формѣ закона общаго всѣмъ наукамъ, въ формѣ общаго логическаго правила. Понятно, что наука должна гордиться этими своими результатами. Такими положеніями являются напр. „въ большемъ содержится меньшее“; „неразрывная часть цѣлаго испытываетъ на себѣ всѣ измѣненія, происходящія въ послѣднемъ“; „если данное средство можетъ быть достигнуто лишь однимъ путемъ, то другимъ путемъ достиг-

нуто быть не можетъ“ и т. п.—Нечего и говорить, что эти общіе законы юридической статики суть неизмѣнные ея законы. Но этими общими законами не исчерпываютъ всѣ законы юридической статики. Она имѣетъ и свои, напр. „кто осуществляетъ свое право, тотъ никому не вредитъ“; „что изначала недѣйствительно, то не можетъ стать дѣйствительнымъ съ теченіемъ времени“; „никто не можетъ нарушить свое право“ и т. п. (ниже мы укажемъ на двѣ группы этихъ законовъ). Справедливо замѣчаетъ проф. Пахманъ, что всѣ эти чисто юридическіе законы, суть законы соотношенія величинъ [1]). Вопросъ времени этими законами конечно вовсе не имѣется въ виду. Тоже самое надо сказать о соціальныхъ факторахъ, вліяющихъ на право. Все это такіе вопросы, до которыхъ юридической статикѣ дѣла нѣтъ.

Юридическая статика, особенно гражданское право, благодаря римскимъ юристамъ, располагаетъ богатымъ запасомъ законовъ. Если въ юридической динамикѣ еще нѣтъ законовъ, или они составляютъ pia desideria ученыхъ, то въ статикѣ они имѣются въ изобиліи. Что эти законы являются неизмѣнными законами науки, это внѣ сомнѣнія. Какъ нарушить любой хотя-бы изъ выше перечисленныхъ нами законовъ? Это не мыслимо. Не говоря уже объ общенаучныхъ, общелогическихъ законахъ, но даже спеціальные юридическіе не могутъ быть нарушены. Но какъ въ юридической динамикѣ, да и въ естественныхъ наукахъ, можно говорить о бездѣйствіи даннаго закона,— такъ и тутъ. Но бездѣйствіе это въ области явленій юридическихъ проявляется въ формѣ факта, противурѣчащаго закону. Законодатель, въ виду тѣхъ или другихъ соображеній, можетъ признать фактъ, изъ котораго видно, что данный законъ какъ бы кажется нарушеннымъ—на самомъ же дѣлѣ этого нарушенія нѣтъ. Сама жизнь создаетъ эти факты, но измѣнять закона она не можетъ. Проф. Пахманъ уже привелъ подобный фактъ относительно закона, что „законъ обратной силы не имѣетъ“ [2]). Можно привести сотни

[1]) Пахманъ н. с. стр. 39.
[2]) Ibid. стр. 40.

подобныхъ примѣровъ. Признавая фактъ, законодатель часто самъ указываетъ, при какихъ условіяхъ разсѣевается всякое сомнѣніе, будто бы законъ нарушенъ, несмотря на то, что повидимому онъ кажется нарушеннымъ. Законодатель не можетъ объявить, что возможно передать другому болѣе правъ, чѣмъ самъ имѣешь, но онъ можетъ указать при какихъ условіяхъ такая передача чужого можетъ стать дѣйствительною; ex post напр. при позднѣйшемъ согласіи обладателя. Понятно, что тутъ въ дѣйствительности все таки до согласія передано было болѣе, чѣмъ передавшій имѣлъ, ибо переданное не перестало быть чужимъ: благодаря лишь согласію собственника чужое стало собственнымъ передающаго; на передачу чужого и до согласія, благодаря послѣднему и надо смотрѣть, какъ будто и до согласія было передано свое, а не чужое. Точно также законодатель не можетъ объявить, что то, что изначала было недѣйствительно, съ теченіемъ времени становится дѣйствительнымъ; но онъ можетъ указать на средства, съ помощью которыхъ недѣйствительное обращается въ дѣйствительное; напр. можетъ объявить, что согласіе совершеннолѣтняго на сдѣлки, совершенныя до вступленія въ совершенный возрастъ, дѣлаетъ сдѣлку дѣйствительною; и тутъ, благодаря согласію, предполагается, что оно имѣло силу и въ моментъ заключенія сдѣлки. Законъ, очевидно, ненарушенъ.

Эти неизмѣнные законы юридической статики, по одной уже логической конструкціи своей, какъ законы, являются конечно въ формѣ гипотетическаго сужденія; гипотеза есть условіе, причина, тезисъ—послѣдствіе. Если пока, несмотря на обиліе статическихъ законовъ, трудно сказать, какъ лучше группируются отдѣльные законы, по общимъ ли условіямъ (гипотезамъ) или общимъ послѣдствіямъ (тезисамъ), но несомнѣнно, что возможна группировка по послѣдствіямъ; а именно: послѣдствія эти суть—возникновеніе права, его бытіе, измѣненіе, охраненіе и прекращеніе. Полагаемъ, что такая группировка вытекаетъ изъ характера юридической статики, а также изъ того, что въ ней идетъ рѣчь о субъективныхъ правахъ, которыя имѣютъ свое внутреннее развитіе по пяти

указаннымъ ступенямъ. Проф. Пахманъ совершенно основательно говоритъ, что каждое юридическое отношеніе, разсматриваемое субъективно, имѣетъ свою исторію [1]). Эта мысль стоитъ, однако, въ его сочиненіи внѣ связи съ юридическими законами. Если связать ее съ ними, то получимъ, что всѣ законы юридической статики суть или законы возникновенія, или законы бытія, или измѣненія, или охраненія, или прекращенія правоотношенія или права.

Но извлекши законы и даже сгруппировавъ ихъ, юридическая статика тѣмъ еще не отыгриваетъ своей роли. Въ ней эти законы опять провѣряются, примѣняются къ тѣмъ институтамъ, надъ которыми дѣлалось наблюденіе. Къ тому, изъ чего путемъ индуктивнымъ законъ выведенъ, онъ дедуктивно примѣняется и тѣмъ самымъ провѣряется. Каждый институтъ есть ничто иное, какъ случай, къ которому примѣняются законы статики. Какъ простѣйшія формы правъ, такъ и комплексы этихъ правъ, институты, возникаютъ, существуютъ, измѣняются, охраняются и прекращаются; къ каждому изъ этихъ моментовъ внутренней исторіи института примѣняются соотвѣтствующіе каждому изъ нихъ законы, ибо въ каждомъ изъ моментовъ института мы находимъ все тѣ же права. Такое примѣненіе статическихъ законовъ къ институтамъ права, служитъ провѣркою закона, насколько онъ вѣрно выведенъ. Возьмемъ примѣръ: заемное правоотношеніе. Въ каждомъ юридическомъ быту мы видимъ, что лица вступаютъ между собою въ соглашеніе, въ силу коего извѣстная вещь переходитъ отъ однаго къ другому въ собственность; въ нѣкоторыхъ изъ нихъ переходятъ въ собственность замѣнимыя вещи; между послѣдними отношеніями находимъ и такія, когда вещи эти отданы съ тѣмъ, чтобы взявшій возвратилъ, черезъ нѣкоторое время, одинаковое количество этихъ вещей и того же качества. Это то правоотношеніе и именуется институтомъ займа. Юридическій характеръ займа очерчивается, въ основныхъ своихъ чертахъ, слѣдующимъ образомъ: 1) для возникновенія займа необходимы—а) дѣйствительность

[1]) Пахманъ н. с. стр. 45.

соглашенія, б) правоспособность субъектовъ, в) право собственности въ лицѣ заимодавца, г) передача вещи. Юридическое отношеніе сторонъ заключается въ правѣ заимодавца требовать возвращенія вещи въ срокъ. Прекращается заемъ исполненіемъ. Какіе же законы статики примѣняются къ займу, иначе, провѣряются на немъ? Они суть слѣдующіе: 1) Дѣйствіемъ двухъ волей можетъ быть произведено данное право, когда каждая изъ нихъ истинна и лична, и когда обѣ онѣ совпадаютъ. 2) Кто имѣетъ право на цѣлое, имѣетъ право на часть, въ него входящую. 3) Нельзя передать другому такое право, котораго самъ не имѣешь. 4) Возвратить можно лишь то, что получилъ. 5) Дабы данное право считалось правомѣрно существующимъ, оно должно соотвѣтствовать своему содержанію. 6) Если надлежащимъ образомъ совершается дѣйствіе, являющееся объектомъ права, то право прекращается. Какъ же эти законы примѣнить къ займу? 1) Что касается перваго закона, то характеръ его, какъ закона, не можетъ подлежать сомнѣнію. Онъ состоитъ изъ двухъ законовъ; первый гласитъ: воля можетъ вызвать право лишь тогда, когда она истинна и лична. Не истинная и не личная воля никогда никакого права вызвать не могутъ. Если она не истинна, т. е. направлена на нѣчто иное, чѣмъ то, что дѣйствительно желаетъ лицо ее выражающее, то это не его воля (заблужденіе, обманъ), это нѣчто безразличное, въ данномъ случаѣ, и даннаго права вызвать не могло. Точно также, если она не личная воля лица, коему она приписывается, а чужая воля (насиліе), то она для даннаго права тоже значенія не имѣетъ. Второй законъ гласитъ: дѣйствіе двухъ волей можетъ вызвать данное право лишь въ томъ случаѣ, когда воли эти совпадаютъ. Если онѣ не совпадаютъ, то данное право, въ которомъ сливаются желанія двухъ лицъ, вызвано быть не можетъ. Если одна воля будетъ имѣть въ виду одно право, другая—другое, то совокупнымъ ихъ дѣйствіемъ, даннаго, т. е. третьяго права, вызвано быть не можетъ. Примѣняя эти законы къ займу, получимъ первое условіе возникновенія займа—дѣйствительность соглашенія. 2) Что правило, противное тому, „кто

имѣетъ право на цѣлое, имѣетъ правона входящую въ него часть" не мыслимо, не требуетъ доказательствъ. Но законъ этотъ въ примѣненіи къ отдѣльнымъ институтамъ имѣетъ весьма обширное значеніе. Для насъ, въ данномъ случаѣ, значеніе это слѣдующее. Цѣлое, о которомъ идетъ рѣчь въ этомъ законѣ, въ данномъ случаѣ, есть извѣстное количество юридическихъ отношеній, въ которыя лицо можетъ вступить; имѣя право вступленія въ наличное количество этихъ отношеній, напр. во всѣ или въ извѣстные договоры, лицо, конечно, должно имѣть право вступать въ каждое изъ нихъ. Такъ что, если данное отношеніе не входитъ въ это количество (правоспособность), то вступать въ него нельзя. Вотъ примѣненіе общаго закона ко второму условію возникновенія займа (правоспособность субъектовъ). 3) Передавать другому можно только столько правъ, сколько самъ имѣешь; все, что болѣе этого, то не можетъ находиться во власти передающаго и если фактически это возможно, то юридически не мыслимо. Все, что сверхъ этого передано, не считается переданнымъ, т. е. передача не влечетъ за собою юридическихъ послѣдствій таковой. Если заемъ есть случай предоставленія права собственности, то передатчикъ долженъ самъ имѣть это право; если онъ самъ его не имѣетъ, то и о передачѣ не можетъ быть и рѣчи. Вотъ третье условіе возникновенія займа,—право собственности заимодавца. 4) Возвратить, значитъ дать обратно то, что получилъ; если не получилъ, то возвратить не возможно. Въ силу займа, занимающій обязуется возвратить вещь; понятно, что возвратить ее онъ можетъ лишь тогда, когда самъ ее получилъ. Вотъ четвертое условіе. 5) Данное право во все время своего бытія правомѣрно, если фактическое состояніе соотвѣтствуетъ его содержанію. Нарушеніе этого состоянія есть нарушеніе права. Это не требуетъ поясненія. Это—законъ (опредѣленіе) самый элементарный. Въ примѣненіи къ займу онъ выражается въ такой формѣ: содержаніе права заимодавца заключается въ томъ, что онъ можетъ въ срокъ требовать возврата; до срока бытіе права должно быть понимаемо абстрактно, какъ воз-

можность, обусловленная временемъ; въ конкретное право оно обращается по истеченіи срока; до срока требовать заимодавецъ ничего не можетъ—но право его существуетъ; если онъ требуетъ, то нарушаетъ право заемщика. Таково приложеніе закона къ вопросу о юридическомъ отношеніи по займу. 6) Когда дѣйствіе, составляющее объектъ права, надлежащимъ образомъ совершено, то право прекращается; не прекратиться оно не можетъ; съ отпаденіемъ объекта, т. е. благодаря отсутствію дѣйствія, въ составѣ юридическаго отношенія остаются только субъекты, а юридическая ихъ связь порвана, ибо никто *ничего* не можетъ требовать, никто *ничего* не обязанъ совершить. Въ примѣненіи къ займу получается положеніе: когда заемщикъ уплатилъ долгъ, заемъ прекращается. — На этомъ то примѣрѣ и видно, что законы юридической статики, извлеченные изъ юридическаго быта, къ нему-же и прилагаются, путемъ ихъ и уясняется юридическій строй общества со статической точки зрѣнія.

Провѣренный, такимъ образомъ, на институтѣ, законъ статики, оказавшійся вѣрнымъ качественно, конечно, долженъ быть равенъ тому положенію, въ которомъ выражается постоянство явленій въ данномъ случаѣ и на которомъ онъ провѣренъ и слѣдовательно изъ котораго выведенъ. Но количественно, по объему, эти положенія разумѣется не покрываютъ другъ друга; напр. законъ; „если совершено дѣйствіе, являющееся объектомъ права, то и право прекращается“, и положеніе: „если вещь, отданная взаймы, возвращена, то право на полученіе ея прекратилось“; качественно между этими положеніями различія нѣтъ, но есть разница количественная: въ первомъ имѣется въ виду право вообще, во второмъ— право по займу. Въ виду того, что и второе положеніе есть продуктъ обобщенія ряда юридическихъ явленій, хотя и даннаго рода, и представляется положеніемъ неизмѣннымъ, конечно и оно можетъ быть названо закономъ. Но количественное отличіе его отъ общаго закона заставляетъ признать его закономъ прикладнымъ, выводнымъ. Несамостоятельное, зависимое значеніе этихъ законовъ очевидно: они всегда могутъ

быть редуцированы къ болѣе общему закону.—Подобныхъ законовъ мы находимъ въ изобиліи въ области естественныхъ наукъ напр. положеніе: „всѣ тѣла притягиваются къ землѣ“, будетъ общимъ закономъ, а положеніе: „тѣло ничѣмъ не поддерживаемое падаетъ на землю“ или „тѣло поддерживаемое давитъ на тѣло его поддерживающее“, будутъ законами прикладными, выводными.

Признавая законы юридической статики неизмѣнными, мы, однако, далеки отъ мысли отождествлять эти законы съ законами, исходящими отъ государственной власти, обычаями и другими юридическими нормами, какъ это дѣлаетъ напр. Цительманъ [1]) Измѣняемость послѣднихъ необходима; въ этомъ и прогрессъ соціальный; но, насколько показалъ опытъ, отношенія между правами не измѣняются; нарождаются новые институты, къ которымъ одинаково примѣнимы всѣ до того извѣстные законы статики. Рождается вопросъ объ отношеніи положительнаго права къ законамъ юридической статики. Какъ уже было сказано выше, положительное право есть часть матеріала, изъ наблюденія котораго, путемъ индуктивнымъ, извлекаются правила постояннаго соотношенія правъ —законы статики. Но независимо отъ того, законы статики могутъ быть цѣликомъ приняты даннымъ законодательствомъ; напр. въ саксонское уложеніе 1863 г. внесены даже общіе логическіе законы въ отдѣлъ „о правахъ.“ Главнѣйшее же значеніе эти законы получаютъ, если они вѣрно выведены, при изслѣдованіи самого положительнаго права вообще или права даннаго народа. Тутъ законы провѣряются на жизненныхъ явленіяхъ, на отдѣльныхъ институтахъ даннаго права; къ нимъ примѣняется, какъ говоритъ проф. Пахманъ, общая теорія права, т. е. система законовъ юридической статики служитъ „методологическимъ фундаментомъ изслѣдованія даннаго права“. И тутъ, въ частности, можно сказать, откуда законы статики извлечены индуктивно, туда они дедуктивно прилагаются. Законодательство данной страны разсматривается

---

[1]) Zitelmann—Gewohnheitsr. und Irrthum въ Archiv f. die civ. Pr. 1883 B. 66 450 и слѣд.

въ юридической статикѣ какъ *примѣръ*, на которомъ провѣряются и подтверждаются ея законы. Понятно, что каждый примѣръ можетъ имѣть свои индивидуальныя черты, быть своеобразнымъ выразителемъ закона—это національная черта законодательства, на которое юридическая статика не посягаетъ. Понятно, хотя законы эти извлекаются изъ наблюденія надъ юридическими явленіями, гдѣ бы и когда бы они ни существовали, но примѣняемы они могутъ быть къ тому или другому національному праву, въ тотъ или другой моментъ его историческаго развитія; они могутъ быть на немъ провѣряемы.

Переходимъ теперь къ принципу тождества гражданскаго процеса. Спрашивается: примѣнимы ли къ нему вышеизложенныя соображенія о юридическихъ законахъ вообще? Конечно, примѣнимы, и вполнѣ. Принципъ или законъ тождества есть законъ юридической статики, ибо имъ опредѣляется не отношеніе институтовъ, а отношеніе субъективныхъ правъ: права иска и осуществленія этого права въ процесуальномъ правоотношеніи.

Гражданскій процесъ есть юридическое отношеніе публичнаго характера — отношеніе между частными лицами и органами судебной власти т. е. институтъ, какъ комплексъ субъективныхъ правъ и обязанностей, выработанный жизнью путемъ воздѣйствія различныхъ соціальныхъ факторовъ. Свѣдѣнія наши о динамическихъ законахъ гражданскаго процеса весьма скудны, законы эти еще не открыты, если не считать „основной законъ“, открытой проф. Малининымъ, а именно „законъ, по которому совершаются явленія, образующія гражданскій процесъ“, т. е. съ одной стороны, законъ, вытекающій изъ природы человѣка, неизбѣжно требующей удовлетворенія своихъ потребностей, въ дальнѣйшемъ неизбѣжно порождающій между людьми столкновеніе въ области частноправныхъ отношеній, съ другой стороны, законъ сомосохраненія государства, неизбѣжно требующій водворенія спокойствія въ правоотношеніяхъ гражданъ [1]). Что-же касается законовъ юридической статики, то, насколько можно судить

[1]) Малининъ—Теорія гражд. процеса. Одесса. 1881. В. I. стр. 8.

по имѣющимся даннымъ, всѣ эти законы примѣняются къ гражданскому процесу; напр. законъ „нельзя передовать другому болѣе правъ, чѣмъ самъ имѣешъ“ примѣняется къ процесуальному преемству, къ судебной реквизиціи и т. д; законъ „что недѣйствительно изначала не становится дѣйствительнымъ только вслѣдствіе истеченія времени“ примѣняется ко всѣмъ правамъ и обязанностямъ, осуществляемымъ въ процесѣ; обширное примѣненіе закона о цѣломъ и части уже показано выше и т. д.

Принципъ тождества гражданскаго процеса есть сложный статическій законъ; слагается онъ изъ двухъ законовъ: принципа внутренняго и принципа внѣшняго тождества; соединилъ я ихъ въ одинъ потому, что въ обоихъ имѣется одинъ общій членъ— тождество, играющій въ одномъ положительную, въ другомъ отрицательную роль; въ силу одного, процессуальное отношеніе не можетъ возникнуть при наличности тождества спорнаго отношенія, въ силу другаго, оно не можетъ продолжать своего существованія при отсутствіи этого тождества.—Онъ, далѣе, есть законъ выводной, прикладной т. е. какъ сказано выше, его можно редуцировать къ общему юридическому закону, примѣнимому не только къ гражданскому процесу, но и къ другимъ юридическимъ отношеніямъ. Этотъ общій законъ имѣетъ силу вездѣ тамъ, гдѣ мы видимъ право, подвергшееся нарушенію и осущественіе его въ процесѣ; это законъ, управляющій четвертымъ моментомъ внутренней исторіи юридическихъ отношеній—законъ охраненія этихъ отношеній. Законъ этотъ можетъ быть формулированъ такъ: каждому индивидуально опредѣленному праву иска соотвѣтствуетъ индивидуально опредѣленная форма его осуществленія въ процесуальномъ правоотношеніи. Этотъ законъ собственно состоитъ изъ двухъ законовъ: 1) одному и тому-же праву иска не могутъ соотвѣтствовать нѣсколько конкретныхъ формъ его осуществленія въ процесуальномъ правоотношеніи и 2) нѣсколькимъ правамъ иска не можетъ соотвѣтствовать одна конкретная форма осуществленія ихъ въ процесуальномъ правоотношеніи Эти законы равномѣрно

относятся ко всѣмъ правамъ и процесамъ, а слѣдовательно и къ праву гражданскаго иска, осуществляющагося въ *гражданскомъ процесѣ*; въ этомъ смыслѣ можно сказать, принципъ тождества гражданскаго процеса редуцируется къ вышеуказаннымъ общимъ законамъ. Но можно ли законъ тождества гражданскаго процесса признать неизмѣннымъ юридическимъ закономъ? Тѣсная связь права иска съ процесомъ внѣ сомнѣнія; гдѣ второе, тамъ и первое. Если мы имѣемъ дѣло съ даннымъ правомъ иска, то непремѣнно предполагается, что это право защищено, что обладателю его можно обратиться къ суду и стать съ нимъ въ конкретное юридическое отношеніе (процесъ) Но если таково качественное отношеніе права иска и процеса, какъ формы его осуществленія, каково-же ихъ каличественное отношеніе? Сколько правъ иска, столько процесуальныхъ отношеній. Если мы говоримъ объ извѣстной конкретной формѣ осуществленія права иска, о конкретномъ процесѣ, то представляемъ себѣ ихъ нераздѣльно съ правомъ иска, какъ опредѣленную единицу, величину; юридически не мыслимы два, три и т, д. процеса, какъ формы осуществленія правъ, по отношенію къ данному конкретному праву иска; не мыслимъ также юридически, какъ конкретная, индивидуальная форма осуществленія права иска, одинъ процесъ по отношенію къ двумъ, тремъ и т. д. правамъ иска (возможно лишь внѣшнее соединеніе двухъ, трехъ и т. д. процесовъ въ одинъ при т наз. стеченіи исковъ). Количественное отношеніе между правомъ иска и процесомъ, какъ отношеніе между конкретными явленіями, величинами только и можетъ выразиться въ равенствѣ: 1=1, 2=2, 3=3 и т. д.

Что касается закона внѣшняго прецесуальнаго тождедества, формулированнаго выше соотвѣтственно общему закону, къ которому онъ редуцируется — то неизмѣнный характеръ его, какъ юридическаго закона очевиденъ. Одному и тому же праву гражданскаго иска не можетъ соотвѣтствовать нѣсколько формъ судебнаго осуществленія или процесовъ. Не говоря уже о фактической почвѣ, о тѣхъ интересахъ, которые могутъ быть нарушены противуположнымъ

правиломъ, юридически законъ этотъ нарушенъ быть не можетъ. Если право иска есть право установленія процеса, то это право не можетъ быть правомъ установленія двухъ, трехъ и т. д. процесовъ; каждый процесъ въ конецъ изнашиваетъ данное право иска и уже на долю другаго процеса ничего не остается. Тѣсная качественная связь иска и процеса вліяетъ и на ихъ количественное отношеніе; связь даннаго права иска именно тѣсна съ даннымъ процесомъ, но ни съ какимъ другимъ. Если одно и тоже право можетъ вызвать два процеса, то оно является уже не однимъ правомъ, а двумя правами. Фактически одно и тоже право иска можетъ вызвать безчисленное множество процесовъ, но юридически это невозможно. То что невозможно фактически, невозможно и юридически, логически, но что невозможно юридически, то часто возможно фактически, и эта фактическая возможность всетаки не обращается въ юридическую возможность; юридическая квалификація случаевъ этой фактической возможности такова, что, юридически говоря, эти случаи совершенно иного рода, чѣмъ кажутся, чѣмъ являются фактически. Иначе: въ примѣненіи къ данному случаю, фактически данное право иска можетъ вызвать два, три и болѣе процесовъ, но этимъ не нарушается юридическій законъ, законъ юридической невозможности подобнаго явленія. Законодатель можетъ признать, что фактически это возможно; допуская это онъ не нарушаетъ закона, а приказываетъ лишь судьѣ разсматривать фактически тождественныя иски, какъ иски различные. Мы видѣли, что вопросъ о внѣшнемъ тождествѣ возбуждается отвѣтчикомъ и слѣдовательно если отвѣтчикъ не возбуждаетъ его, то нарождается случай, когда одинъ и тотъ же искъ вызываетъ два процеса. Но законодатель допускаетъ, предоставляетъ отвѣтчику рѣшить вопросъ тождественны или нетождественны иски; и если отвѣтчикъ не возражаетъ, то предполагается, что онъ не признаетъ тождества; но суду, какъ сказано было выше, предписывается разсматривать иски, какъ различные, не тождественные. Словомъ, тутъ мы видимъ случай возможный по отношенію ко всякому закону юридичес-

кой статики напр. закону объ обратной силѣ закона, о первоначальной недѣйствительности и друг. Самое большее, что можетъ законодатель, это — признать возможность факта, повидимому, противурѣчащаго юридическому закону; юридическая-же квалификація этихъ фактовъ такова, что они юридически вовсе не представляются исключеніями, а напротивъ являются подтвержденіемъ правила закона.

Обращаясь къ закону внутренняго тождества, замѣтимъ, что и онъ неизмѣнный юридическій законъ. Въ силу его, нѣсколько исковъ не могутъ соотвѣтствовать одному процесу т. е. если данный искъ вызвалъ процесъ, со измѣнившись, какъ другой искъ, долженъ вызвать и другой процесъ. Тѣсная качественная связь, въ неизбѣжности которой не можетъ быть сомнѣнія, указываетъ на совершенную невозможность разрыва даннаго иска съ даннымъ процесомъ и на продолженіе послѣдняго въ новой связи его съ другимъ искомъ. Если данный процесъ, или иначе, данная конкретная форма осуществленія правъ иска въ процесѣ, вызваны даннымъ искомъ, то уже другой искъ требуетъ и другой конкретной формы осуществленія. Допустимъ обратное. Результатъ тотъ, что приходится допустить, что порвана связь между искомъ и процесомъ;; а это въ дѣйствительности невозможно.—И законъ внутренняго тождества, повидимому, можетъ быть нарушенъ—можно себѣ представить факты противурѣчащіе ему. Можетъ быть, что двумъ искамъ соотвѣтствуетъ одна конкретная форма ихъ осуществленія, одинъ процесъ. Но юридически всѣ эти случаѣ суть ничто иное, какъ подтвержденіе закона—юридически они представляются случаями, когда два, повидимому, различныхъ но на самомъ дѣлѣ юридически тождественныхъ иска осуществляются въ одномъ процесѣ. Разсматривая эти случаи юридически, мы видимъ лишь, какъ сказано было и выше, что фактическое различіе признается юридическимъ тождествомъ. Словомъ, о нарушеніи закона тождества не можетъ быть рѣчи—онъ законъ юридической статики.

II. Мѣсто принципа тождества въ системѣ современной теоріи гражданскаго процеса.

Что касается мѣста, которое должно быть отведено принципу тождества въ системѣ гражданскаго процеса, то вопросъ объ этомъ можетъ интересовать лишь того, кто примкнулъ къ новому бюловскому направленію. Указать ему мѣсто въ въ старой системѣ мы отказываемся. Но и относительно новой надо замѣтить, что она еще такъ молода, такъ далека отъ совершенства, что вопросъ о наиудобнѣйшемъ въ ней мѣстѣ принципа тождества едва-ли теперь можетъ быть рѣшенъ удовлетворительно. Въ моемъ курсѣ, который я читаю въ училищѣ правовѣдѣнія и военно-юридической академіи я слѣдую такой системѣ. Послѣ введенія, въ которомъ особое мѣсто отведено вопросу о процесуальномъ правѣ въ субъективномъ и объективномъ смыслахъ и во смыслѣ науки, я излагаю сначала ученіе о *субъектахъ процесуальнаго отношенія* (судъ, второстепенные дѣятели, стороны и лица, къ нимъ примыкающія), затѣмъ, объ *объектѣ процесуальнаго отношенія* т. е. о процесуальныхъ дѣйствіяхъ (иниціатива, форма, время и мѣсто совершенія) и наконецъ *о процесуальномъ отношеніи*. Это послѣднее ученіе я дѣлю на двѣ части: матеріальную и формальную. Въ первой излагаю ученіе о *возникновеніи* процесуальнаго отношенія, о его *движеніи* (приведеніе фактовъ и нормъ, констатированіе) *измѣненіи* (экстенсивное и интенсивное), *прекращеніи* и *охраненіи* (предупредительное и возстановительное). Въ формальной части я излагаю внѣшнюю, обрядовую часть процеса, примѣняясь къ системѣ устава. Наконецъ, излагаются двѣ особенныя формы процеса: конкурсный и охранительный. Внести, и при этой системѣ, принципъ тождества въ одинъ изъ отдѣловъ было не возможно, въ виду уже того одного, что онъ есть сложный принципъ, касается двухъ моментовъ процеса— возникновенія и движенія. Сначала я о немъ говорю въ ученіи о возникновеніи процесуальнаго отношенія. Все это ученіе распадается на три главы: поводъ возникновенія, процесуальныя условія возникновенія и дѣйствія, необходимыя для

возникновенія. Въ главѣ о поводѣ возникновенія я изслѣдую понятіе спорнаго отношенія и указываю на его отношеніе къ процесуальному отношенію и тутъ опредѣляю принципъ тождества и выясняю понятіе тождества спорнаго отношенія. Затѣмъ къ категоріи относительныхъ условій возникновенія процесуальнаго отношенія я отношу отсутствіе внѣшняго тождества. Наконецъ, ученіе о движеніи процесуальнаго отношенія я начинаю съ указанія на условія движенія и между ними (не дѣля ихъ на относительныя и абсолютныя) указываю и на сохраненіе внутренняго тождества.

Несомнѣнно, что новое направленіе создасть, рано или поздно, болѣе совершенную систему науки процеса, систему, въ которой принципу тождества, конечно, будетъ отведено болѣе удобное мѣсто и притомъ вѣроятно въ „общей части“, которая, судя по нѣкоторымъ указаніямъ Бюлова и Ваха, уже зарождается.

ФУНДАМЕНТАЛЬНАЯ
БИБЛИОТЕКА
Общественных Наук
Академии Наук СССР

ЗАМѢЧЕННЫЯ ОПЕЧАТКИ.

Страница	*строка*	*напечатано*	*должно читать.*
7	13 сверху	Дегенгольбъ	Дегенкольбъ
9	19 сверху	канечно	конечно
10	8 сверху	исчертывается	исчерпывается
11	7 сверху	готовой	готовый
—	9 —	увиднмъ	увидимъ
—	12 —	процессуальиому	процессуальному
—	5 снизу	предметамъ	предметомъ
13	12 —	чтобы пока оно	чтобы оно
15	12 —	нелегетимированное	нелегитимированное
16	11 —	придивить	придавать
—	13 —	упомянутыхъ послѣдствій	упомянутыя послѣдствія
17	17 сверху	разсматрѣть	разсмотрѣть
—	11 снизу	отнотеніемъ	отношеніемъ
—	4 —	Они	Онѣ
18	9 сверху	они	онѣ
20	8 —	рѣчи	рѣчь
21	12 —	тавже	также
23	1 —	разсмотрѣиіе	разсмотрѣніе
—	1 —	государстоеннымъ	государственнымъ
25	14 —	предъидущихъ	предыдущихъ
—	7 —	опредѣлитъ	опредѣлить
29	6 снизу	обидѣе	обиднѣе
29	3 —	кассаировано	кассировано
31	5 —	обобщеніи	обобщеніе

—	4	—	заключаетст заключается
—	2	—	внутренне внутреннее
34	4	сверху	отнощенія отношенія
—	13	—	характеризуется характеризуется
—	15	снизу	выходитъ выходить
—	8	—	предметами предметы
—	2	—	нарушателемъ нарушителемъ
37	3	сверху	разные разныхъ
38	8	сверху	согласованнымъ согласованными
42	16	—	незыблимо незыблемо
44	11	снизу	распространяетъ распространялись
—	7	—	сомнѣвается сомнѣваться
49	7	—	процессѣ процессъ
52	4	—	тождествв тождество
53	4	сверху	искомъ искамъ
53	3	снизу	противуположенномъ противуположномъ
54	12	сверху	condictio condictio
—	16	—	допускалось допускалась
55	12	—	furtiva furti
—	18	—	furti furtiva
—	18	—	furtiva furti
56	13	—	характируютъ характеризуютъ
—	18	—	посредствамъ посредствѣ
60	9	—	вѣрное вѣрнѣе
61	11	снизу	тожественны тождественны
63	12	сверху	признается признаются
—	—	—	вещь вещи
64	8	—	индивидны индивидами
65	10	—	Causaluexus Causalnexum
—	15	снизу	находящіяся находящіеся
69	16	—	пророгаціи пророгацію
—	7	—	berteht besteht
—	8	—	ссыляться ссылаться
86	5	—	требующихъ требующимъ
88	2	сверху	clanse clause
—	11	снизу	Klanse Klausel
103	3	сверху	могло могла
—	4	—	упомянуто упомянута
—	7	снизу	qumijudex quum judex

104	3 сверху	видить	видѣть
112	11 снизу	letis	litis
118	9 —	д)	в)
—	6 —	а)	аа)
120	17 —	abolutio	absolutio
—	14 —	ограничиваетъ	ограничиваютъ
121	17 —	остоялось	состоялось
122	8 сверху	слабѣйшеее	слабѣйшее
—	14 —	Разсмотрѣниая	Разсмотрѣнная
124	13 снизу	jadicatae	judicatae
127	6 сверху	первоначальныя стороны	первоначальныхъ сторонъ
131	5 сверху	безсмыслено	безсмысленно
—	8 —	выбывтей	выбывшей
132	17 снизу	легитамаціи	легитимаціи
135	6 —	спормаго	спорнаго
136	11 —	примѣненія	примѣненію
138	1 сверху	свидѣтеля	третьяго лица
142	13 —	рѣжено	рѣшено
145	15 —	истцамъ	истцомъ
147	17 —	указаніе	указанія
160	14 —	itis	litis
163	10 —	искъ	меня
167	1 —	судейскія	судейская
—	— —	способности	правоспособность
—	10 —	необходимое	необходимою
—	19 —	возражснія	возраженія
180	7 —	возбужденія	возбужденіе
188	3 —	высказался	высказывался
—	9 снизу	ихъ ставятъ	ихъ же точки зрѣнія ставятъ
190	8 —	отвѣтчяка	отвѣтчика
193	13 —	обратится	обратиться
194	5 —	потери	потерѣ
196	14 сверху	относитъ	относить
197	11 —	*repoudre*	*repondre*
—	— —	pourriez	pourrier
—	12 —	impourvu	imprevue
209	12 снизу	противнникомъ	противникомъ

—	3	—	правамъ	правиламъ
213	8	сверху	объктъ	объектъ
—	9	—	которыхъ	которыя
213	14	снизу	право	права
226	12	сверху	субъевтомъ	субъектомъ
—	11	снизу	предшественныхъ	предшественникъ
230	2	—	потерял	потеряло
231	17	—	измѣненный	измѣненные
—	15	—	отношеніи	отношеніяхъ
—	2	—	условіи	условіяхъ
244	19	сверху	измѣненіе	измѣненія
—	21	—	искѣ	иска
245	15	—	кажетса	кажется