

УЧЕНІЕ ОБЪ ИСКЪ.

ИЗДАВАНІЕ

Е. А. НЕФЕДЬЕВА.

Ординарнаго профессора Императорскаго Казанскаго Университета



КАЗАНЬ.

Типо-литографія Императорскаго Университета.

1895.

Печатано по опредѣленію юридическаго факультета Императорскаго Казанскаго Университета.

Деканъ *Осиповъ*.

УЧЕНІЕ ОБЪ ИСКЪ.

ВВЕДЕНІЕ.

Ученіе объ искѣ интересуется какъ процессуалиста, такъ и цивилиста въ собственномъ смыслѣ. Со временъ Савиньи ихъ интересы въ этомъ отношеніи разграничиваются такъ: къ процессу относится формальная сторона иска (т. е. предъявленіе его), а къ гражданскому праву—матеріальная сторона его, подъ которой обыкновенно понимается право на искъ. Соотвѣтственно этому, послѣдняя сторона иска, такъ сказать, всецѣло принята въ завѣдываніе наукою гражданского права, которая и стремится къ тому, чтобы выяснить сущность права на искъ съ своей цивилистической точки зрѣнія. Такое направленіе въ цивилистической наукѣ можно считать господствующимъ и въ настоящее время. Тѣмъ не менѣе, въ правильности его высказывались неоднократно сомнѣнія, такъ какъ многіе цивилисты пришли къ заключенію, что выяснить сущность иска съ точки зрѣнія гражданского права невозможно. Вслѣдствіе этого явилось стремленіе искать объясненія права на искъ въ правѣ публичномъ и перенести ученіе объ искѣ изъ науки гражданского права въ науку процессуальнаго права. Въ этихъ сомнѣніяхъ относительно мѣста въ системѣ науки, которое должно быть отведено ученію объ искѣ, сказывается, конечно, невыясненность самаго предмета изученія, неопредѣленность представленія о немъ.

Но выясненіе сущности иска важно не только для того, чтобы найти мѣсто для ученія о немъ въ системѣ науки права:

это важно и во многих других отношеніяхъ, при томъ — не только для науки, но и для практики. Можно сказать, что этого вопроса не можетъ обойти ни одинъ цивилистъ: ни теоретикъ, ни практикъ. Такъ, вопросъ о сущности иска тѣсно связанъ съ вопросомъ о сущности субъективнаго гражданского права, и конечно, этого одного обстоятельства уже достаточно для того, чтобы признать, что онъ долженъ быть однимъ изъ коренныхъ вопросовъ для цивилиста въ собственномъ смыслѣ. Не можетъ обойти его и процессуалистъ, такъ какъ весьма многіе институты процессуальнаго права строятся законодателемъ и выясняются юристами съ точки зрѣнія того или иного пониманія сущности иска. Наконецъ, юристъ практикъ не можетъ даже, такъ сказать, приступить къ дѣлу безъ того, чтобы не встрѣтиться съ тѣмъ же вопросомъ: каждое дѣло, которое ведется и разсматривается имъ, начинается съ подачи прошенія; но прежде чѣмъ подать его или приступить къ его разсмотрѣнію, практику необходимо остановиться на вопросѣ о томъ, какой характеръ носить требованіе, изложенное въ прошеніи, исковой или частный, и, соотвѣтственно этому, — что должно получиться въ результатѣ дѣятельности суда: рѣшеніе или частное опредѣленіе? Этихъ вопросовъ практикъ не можетъ обойти: съ разрѣшенія ихъ должно начинаться веденіе каждаго дѣла, а разрѣшеніе ихъ, въ свою очередь, зависитъ, конечно, отъ разрѣшенія вопроса о сущности иска.

Такимъ образомъ, съ вопросомъ о сущности иска встрѣчаются всѣ юристы, какъ теоретики, такъ и практики. Разрѣшеніе его весьма важно для нихъ. Казалось бы поэтому, что онъ долженъ быть уже давно разрѣшенъ. Къ сожалѣнію, этого нѣтъ: мы имѣемъ лишь массу теорій, направленныхъ на его разрѣшеніе; въ нихъ намѣчены нѣкоторыя черты этого явленія, выяснены второстепенныя подробности, но вопросъ о сущности его остается, можно сказать, открытымъ.

Въ виду этого намъ казалось, что попытка выяснить сущность иска не можетъ быть лишнею.

Предполагая сдѣлать такую попытку, мы считали необходимымъ изложить и разсмотрѣть теоріи другихъ юристовъ, трудившихся надъ разрѣшеніемъ того же вопроса. Мы считали это полезнымъ не только въ цѣляхъ методологическихъ, но и потому, что научная важность этого вопроса привлекала къ нему вниманіе выдающихся представителей западно-европей-

ской науки, которымъ, вслѣдствіе свойствъ изучаемаго предмета, пришлось коснуться и другихъ весьма важныхъ, связанныхъ съ нимъ вопросовъ. Намъ казалось поэтому, что и съ этой стороны изложеніе ихъ ученій будетъ не лишнимъ для нашей литературы.

Наибольшее развитіе ученіе объ искѣ получило въ нѣмецкой литературѣ (собственно нѣмецкой и австрійской). Вслѣдствіе этого мы и займемся, главнымъ образомъ, изложеніемъ содержащихся въ ней по этому поводу теорій. Для насъ это важно еще и потому, что наши юристы въ вопросѣ о сущности иска, такъ сказать, слѣпо слѣдуютъ теоріямъ того или другаго нѣмецкаго юриста, незамѣчая того, что представленіе объ искѣ нѣмецкихъ юристовъ не вполне соответствуетъ тому, что, по нашимъ юридическимъ воззрѣніямъ, мы понимаемъ, или покрайней мѣрѣ, должны понимать подъ искомъ. У нашихъ юристовъ получается, такимъ образомъ, несоответствіе между опредѣляемымъ предметомъ и опредѣленіемъ его. Къ этому нужно добавить, что въ глазахъ русскихъ юристовъ наибольшимъ авторитетомъ пользуется теорія, которая, правда, до сихъ поръ въ Германіи считается господствующей, но правильность которой подвергается тамъ въ послѣднее время сомнѣнію. Такимъ образомъ, опредѣленіе нѣмецкихъ юристовъ, неясное для ихъ права, будучи перенесено къ намъ, примѣненное, слѣдовательно, къ предмету, неподходящему подъ него, становится еще болѣе неяснымъ.

Въ виду всего этого, намъ необходимо подробно разсмотрѣть именно теоріи нѣмецкихъ юристовъ, посвященныя выясненію сущности иска. Но здѣсь нужно сдѣлать еще слѣдующее замѣчаніе. Кромѣ литературы намъ необходимо ознакомиться и съ опредѣленіями положительнаго права. Такъ какъ нѣмецкіе юристы, въ особенности пандектисты, какъ представители матеріально-правовой теоріи иска, основываютъ положенія своихъ теорій на опредѣленіяхъ римскаго права, то это обстоятельство какъ бы указываетъ на необходимость и для насъ искать основаній для теоретическихъ построеній въ римскомъ правѣ; но мы не сдѣлаемъ однакоже этого и будемъ имѣть въ виду лишь современныя законодательства, слѣдуя, въ этомъ случаѣ, примѣру Дегенкольба и нѣкоторыхъ другихъ нѣмецкихъ юристовъ, которые отказываются отъ попытки построить теорію иска, основываясь на римскомъ правѣ, въ

виду особенностей его опредѣленій объ искѣ, доселѣ еще не вполне выясненныхъ. Тѣмъ не менѣе, мы не будемъ смотрѣть на изслѣдованія юристовъ (въ особенности пандектистовъ), исходящихъ въ своихъ положеніяхъ изъ опредѣленій римскаго права, какъ на изслѣдованія спеціально посвященные послѣднему, такъ какъ эти юристы сами придаютъ имъ болѣе общее значеніе. Обращеніе къ римскому праву, какъ это подмѣтилъ Виндшейдъ, служить для нихъ лишь средствомъ подтвержденія теоретическихъ соображеній, примѣнимыхъ не къ одному этому праву. Римскому праву, говоритъ этотъ юристъ, никогда не придавалось наукою абсолютнаго значенія, но это всегда забывалось при научномъ его изложеніи. Вслѣдствіе этого римское право строится апріорнымъ путемъ: прежде всего, говоритъ Виндшейдъ, юристъ задается вопросомъ о томъ, что должно слѣдовать изъ природы вещей и затѣмъ онъ убѣжденъ, что то же рѣшеніе вопроса онъ встрѣтитъ и въ римскомъ правѣ¹⁾. Дѣйствительно, при разсмотрѣніи ученій нѣмецкихъ юристовъ объ искѣ, мы увидимъ, что даже тѣ изъ нихъ, изслѣдованія которыхъ посвящены изученію современнаго права, все таки ищутъ подтвержденія своихъ теорій въ римскомъ правѣ. Обратно, юристы, изучающіе искъ римскаго права, имѣютъ въ виду, что ихъ теоріи должны имѣть значеніе для современныхъ законодательствъ. Это тѣмъ болѣе примѣнимо къ пандектистамъ, такъ какъ пандектное право есть также нынѣ—дѣйствующее (субсидіарное).

Для того чтобы уяснить себѣ теоріи нѣмецкихъ юристовъ, намъ нужно имѣть въ виду особенности иска по нѣмецкому праву сравнительно съ русскимъ. Это необходимо потому, что иначе мы невольно будемъ относить разсужденія нѣмецкихъ юристовъ къ типу нашего иска, что несомнѣнно должно затруднить пониманіе ихъ теорій. Такое сравненіе полезно еще и въ томъ отношеніи, что безъ него мы можемъ придать представленію объ искѣ, какъ оно выработано нѣмецкими юристами, универсальное значеніе, и тогда отъ нашего вниманія ускользнетъ одна черта въ развитіи ихъ ученія объ искѣ, именно: мы не замѣтимъ тогда того, что они невольно, такъ сказать, приближаются къ тому же пониманію иска, которое должно слѣдовать и изъ опредѣленій нашего права.

¹⁾ Windscheid. Die Actio des römischen Rechts. S. 1.

Подъ терминомъ искъ (Klage, Actio) разумѣется нѣмецкими юристами правовое средство защиты субъективнаго гражданскаго права. Въ немъ они видятъ двѣ стороны: процессуальную и матеріальную. Въ первомъ смыслѣ, говорятъ они, это есть процессуальное дѣйствіе, въ которомъ истецъ требуетъ защиты суда противъ опредѣленнаго отвѣтчика, или подробнѣе: это есть дѣйствіе, въ которомъ лице, преслѣдующее свое право (истецъ), излагаетъ всѣ фактическія и юридическія основанія его и выводитъ изъ нихъ требованія къ противнику, формулируя ихъ въ видѣ просьбы къ суду¹⁾. Матеріальная сторона иска есть для нихъ правомочіе субъекта права требовать судебной защиты для осуществленія своего гражданскаго права, т. е. правомочіе на искъ въ процессуальномъ смыслѣ²⁾. Такимъ образомъ, по воззрѣніямъ нѣмецкихъ юристовъ, искъ есть, съ одной стороны, первое, такъ сказать, дѣйствіе по защитѣ истцемъ своего права, другими словами, приступъ³⁾ къ его защитѣ, выразившійся въ принесеніи жалобы (заключающей въ себѣ требованіе къ отвѣтчику); съ другой стороны, это есть управомочіе на это дѣйствіе.

Если мы обратимся къ русскому праву, то можемъ прослѣдить по источникамъ, что подъ искомъ въ немъ понимаются два тѣсно связанные между собою явленія: 1) требованіе къ отвѣтчику, заявляемое суду въ жалобѣ и провѣряемое послѣднимъ (въ болѣе тѣсномъ смыслѣ терминомъ искъ обозначается также требуемый предметъ), и 2) не только первое дѣйствіе истца, которымъ возбуждается процессъ, но вся вообще его дѣятельность, включая сюда и подачу жалобы, слѣдовательно,—не только принесеніе жалобы, но и подтвержденіе ея правильности передъ судомъ.

Доказательство правильности втораго изъ этихъ положеній мы находимъ еще въ Псковской судной грамотѣ. Въ 31-й ст. ея говорится; „іно кто ищетъ, тому челоуѣку тѣмъ закладомъ владѣти.“ Очевидно, что подъ выраженіемъ—„ищетъ“—не могло

¹⁾ См. Баронъ, С. Р. гражд. права (русс. пер. т. 1. стран. 123). Пухта, Курсъ. Р. пер. стр. 223.

²⁾ Баронъ *ibid.*

³⁾ Это пониманіе иска несогласно съ римскимъ правомъ и явилось послѣдствіемъ германскихъ правовыхъ воззрѣній: Кирульфъ, Виндшейдъ, Дегенкольтъ и др. подмѣтили, что въ римскомъ правѣ *actio* обнимала всю дѣятельность отъ возбужденія процесса до рѣшенія.

подразумѣваться единичное дѣйствіе предъявленія иска, приступъ, такъ сказать, къ исковой дѣятельности: оно должно было обнимать всю дѣятельность истца въ теченіе процесса. Это выраженіе — „искать“ — постоянно встрѣчается въ памятникахъ русскаго права. Оно сохранено и въ уст. гр. с. Такъ, въ 15-й ст. его говорится: „нѣсколько истцевъ или отвѣтчиковъ, участвующихъ въ производствѣ одного дѣла, могутъ искать и отвѣчать отдѣльно или же предоставить это право одному общему повѣренному“. Такъ какъ участвовать въ производствѣ дѣла значитъ совершать дѣйствія уже послѣ возбужденія процесса, то выраженіе „искать“ также должно означать не только совершеніе дѣйствія по возбужденію процесса, но и совершеніе дальнѣйшихъ дѣйствій въ теченіе всего производства. Въ этомъ, конечно, и должно выразиться участіе со стороны истца въ производствѣ дѣла. На то же указываетъ выраженіе: „истецъ можетъ (право искать) предоставить общему (съ другими соучастниками) повѣренному“, т. к. „право искать“ здѣсь употреблено, очевидно, въ смыслѣ права совершать вмѣсто истца (т. е. въ качествѣ повѣреннаго) процессуальныя дѣйствія въ теченіе всего процесса. То же видно изъ 18 ¹⁾ и 19-й ²⁾ ст. у. гр. с.

Выраженія: „искать и отвѣчать на судѣ“, „ищутъ и отвѣчаютъ на судѣ“ ясно указываютъ на дѣятельность во время всего разсмотрѣнія дѣла, такъ какъ слово „судѣ“ соотвѣтствуетъ здѣсь термину „процессъ“, которымъ обозначается дѣятельность суда по разсмотрѣнію дѣла ³⁾.

Употребляемое въ уставѣ гражданскаго судопроизводства выраженіе „искать“, въ смыслѣ — дѣйствовать въ теченіе всего процесса, не есть нововведеніе со стороны редакторовъ его: въ этомъ же смыслѣ это выраженіе употреблялось во 2 и 1-й ч. X т. св. зак. гражд. (и употребляется доселѣ въ 1 ч. X т. и во 2 ч. XVI т. Св. Зак.).

Въ 202 ст. 2 ч. X т. (изд. 1857 г., 54 ст. 2 ч. XVI т. изд. 1892 г.) говорится: „тяжбы и иски должны быть начи-

¹⁾ «Лишенные всѣхъ правъ состоянія не могутъ искать и защищать на судѣ тѣ права, которыхъ они лишены».

²⁾ «За всѣхъ, состоящихъ подъ опекою ищутъ и отвѣчаютъ на судѣ ихъ родители и опекуны».

³⁾ См. также 20, 21 и др. ст. у. гр. с.

наемы въ томъ судѣ, коему подвѣдомъ отвѣтчикъ“¹⁾. Въ гл. 5-й 2 ч. X т. (изд. 1857 г.) говорится „о земской давности для начатія тяжбъ и исковъ“. 213 ст. этой главы гласитъ: „срокъ законный, опредѣленный для начатія (вмѣсто „начатія“ наши законы употребляютъ также выраженіе „вчинаніе иска“) тяжбы и иска о недвижимомъ и движимомъ имѣніи, какъ между частными людьми, такъ и между ними и казною, есть десятилѣтній“. Очевидно, что о начатіи иска можетъ быть рѣчь лишь при томъ условіи, если подъ искомъ будетъ понимаема дѣятельность, начинающаяся вмѣстѣ съ возбужденіемъ процесса и продолжающаяся далѣе: къ единичному дѣйствию выраженіе „начатіе“, очевидно, не можетъ быть приложимо.

Если мы сопоставимъ съ только что приведенными статьями 2-й ч. X и XVI т. статьи 691 и 692-ую 1-ой ч. X т., то еще болѣе убѣдимся въ томъ, что искъ, по выработавшемуся въ нашемъ правѣ взгляду, есть дѣятельность лица, отыскивающего, по выраженію закона, свое право, слѣдовательно, не единичное дѣйствіе по возбужденію процесса, а дѣятельность въ теченіе всего процесса.

691 ст. 1 ч. X т. (изд. 1887 г.) гласитъ: „Каждый имѣетъ право отыскивать свое имущество изъ чужаго неправильнаго владѣнія или дѣйствіемъ полиціи, или судомъ“. Выраженіе „отыскивать судомъ“ очевидно означаетъ дѣятельность въ теченіе всего процесса. Изъ сопоставленія этой статьи съ приведенными выше видно, что —отыскивать— значитъ то же, что —искать“. Въ 692 ст. 1 ч. X т. то же выраженіе употреблено въ формѣ существительнаго „отыскиваніе“: „Право отыскиванія тѣмъ или другимъ образомъ (т. е. полиціей или судомъ) пресѣкается общею земскою десятилѣтнею давностью“. Отсюда ясно, что выраженія: „искъ“ и „отыскиваніе судомъ“ употребляются въ нашихъ законахъ одно вмѣсто другаго, какъ выраженія имѣющія одно и то же значеніе, а выраженіе „отыскиваніе“, въ особенности — „отыскиваніе судомъ“ еще яснѣе указываетъ

¹⁾ Во 2 ч. X т. различались два порядка производства: тяжбный и исковой. Соотвѣтственно этому дѣятельность истца обозначалась терминами: «тяжба» и «искъ». Оба эти термина обозначали, по существу, одну и ту же дѣятельность истца, различіе было лишь въ отыскиваемомъ предметѣ и въ порядкѣ дальнѣйшаго производства. Уставъ гражд. судопр., въ который не вошло подобное различіе производствъ, знаетъ лишь одинъ терминъ «искъ».