

ЦИВИЛИСТИЧЕСКАЯ МЫСЛЬ ПРОШЛОГО

ИСКИ О ПРИЗНАНИИ (часть четвертая)¹



В.М. ГОРДОН

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

Ключевые слова: иски о признании; иски о присуждении; основание (цель) иска.

DECLARATORY ACTIONS (fourth part)



V.M. GORDON

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

Keywords: action for declaration of civil-law rights; action for coercive adjudgement; ground (purpose) for action.

¹ Начало см. в № 6 ВГП за 2013 г. – Примеч. ред.

ГЛАВА ПЯТАЯ.

ВЗАИМНОЕ ОТНОШЕНИЕ СТОРОН ПО ИСКУ О ПРИЗНАНИИ

§ 1. Кто является противоположной стороной?

Для того чтобы иск о признании, иск о подтверждении правоотношения, мог представлять юридический интерес и, следовательно, согласно установленному выше, могло существовать право на иск, необходимо, чтобы решение по такому иску своею законною силою могло воздействовать именно на то лицо, со стороны которого грозит опасность для правовой позиции истца. Ввиду этого, когда истец ищет подтверждения правоотношения, он добивается этого подтверждения не вообще, но по отношению к определенному противнику¹. Если бы на данное лицо не распространялось действие законной силы решения по данному иску, такое лицо не могло бы явиться и противоположной стороной по той причине, что у истца отсутствовал бы юридический интерес к такому иску, а следовательно, не было бы вовсе и права на иск. Если бы, несмотря на то, такое лицо было указано в качестве противоположной стороны, иск должен был бы быть оставлен вовсе без рассмотрения; по иску, так предъявленному, процесс гражданский не мог бы возникнуть за отсутствием абсолютных условий для его возникновения.

Лишь отсутствием точного разграничения случаев, когда в иске должно быть по существу отказано, можно объяснить то явление, что на практике ответчиком называется всякое лицо, к которому предъявляется иск, независимо от того, может ли оно быть действительно ответчиком, ответчиком «истинным», по терминологии *Hellwig*. Ответчик есть истинный, говорит он, если есть наличие право иска к нему. Вообще же ответчиком называет он такое лицо, по отношению к которому надлежит оказать судебную защиту². Но судебная защита может быть оказана лишь по отношению к такому лицу, которое есть истинный ответчик; в противном случае суд не должен входить и в рассмотрение требований истца. Термин «истинный ответчик» пригоден для того, чтобы таким путем подчеркнуть различие между тем, что именуется ответчиком лишь по внешнему признаку предъявления к нему иска, и тем, что в действительности характерно для ответчика. Таковым является лишь *тот, по отношению к кому есть у истца право на иск ввиду именно наличности юридического интереса как необходимости добиться против такого лица эффектов законной силы судебного решения*.

Таким образом, для установления того, кто именно является противоположной стороной по данному иску, необходимо прежде всего обратить внимание на наличность у истца юридического интереса в объясненном смысле: если против данного

¹ Ott, Die Feststellungsklage в: Allgemeine österr. Gerichtszeitung, 1899, № 6, с. 41; см. также [сн. 2 на с. 229 № 1 ВГП за 2014 г.].

² *Hellwig*, Anspruch und Klagrecht, S. 131 (сн. 15).

лица необходимо истцу достичь законной силы решения, имеется и тот юридический интерес, наличием которого обуславливается право на иск¹. Определение противной стороны сводится, таким путем, к тому, кто является тем лицом, по отношению к которому необходима для истца законная сила решения о данном правоотношении².

В этом пункте надлежит обратить внимание на подготовительное значение иска о правоотношении для возможного в будущем процесса по иску о присуждении. Цель выяснения в данный момент правового положения истца и правовых перспектив его по отношению к противной стороне достигается путем предварительного в настоящую пору установления основ будущего процесса. С этой точки зрения является целесообразным привлечение к делу по иску о признании лишь того лица, которое может выступить в роли истца или ответчика в процессе по возможному в будущем иску о присуждении. По позитивному иску о признании противною стороною, согласно этому, может быть лишь то лицо, которое могло бы явиться противною стороною в том случае, если бы возник в будущем процесс о праве одного требовать исполнения от другого. По негативному иску противною стороною может быть лишь тот, от кого именно можно было бы ожидать в будущем предъявления иска. Словом, процесс по иску о признании допустим *лишь между теми же лицами, между которыми мог бы иметь место спор об исполнении*³, или, по иному выражению, между теми лицами, между которыми мог бы иметь место процесс о праве на исполнение, обуславливаемом наличием данного правоотношения⁴. Но спор об исполнении может возникнуть и присуждение может состояться только между теми лицами, которые являются субъектами известного юридического отношения. Поэтому противною стороною по позитивному иску о признании может быть лишь *то лицо, которое состоит с истцом в одном*

¹ На такое соотношение между правом на иск и положением ответчика обращает внимание и *Hellwig*. Право на иск о признании, определяет он, имеет место лишь против того, по отношению к кому для истца интересно добиться эффектов законной силы решения (*Hellwig*, Anspruch und Klagrecht, S. 432 (сн. b)).

² Соответственным образом и у ответчика должен быть такой интерес, чтобы его можно было представлять интересом, противным интересу истца, т.е. непосредственно направленным на отказ истцу в требуемом им действии по защите права (*Langheineken*, Urteilsanspruch, S. 23). Об этом специально: *Pagenstecher*, Rechtsschutzanspruch d. Beklagten в: Arch. f. d. civ. Praxis, 1905, т. 9, с. 17 сл.

³ Такое положение *Rocholl* считает единственно возможным. Иначе, говорит он, и быть не может, так как спор о подтверждении (*Feststellungsstreit*) лишь антиципирует в каком-либо отношении будущий спор об исполнении, обеспечивает либо подготавливает результат его, быть может, даже делает его излишним, но возбуждается всегда лишь в ожидании его (*Busch's Zeitschrift*, т. 8, с. 345; ср. также с. 369).

⁴ Если присуждение (*eine rechtswirksame Verurteilung*), говорит *Weismann*, не представляется возможным, лишено значения и решение, подтверждающее существование правоотношения (*Weismann*, Feststellungsklage, S. 155; см. также: *Seuffert's Archiv*, 1878, т. 33, No. 186).

и том же правоотношении; по иску негативному ответчиком является лишь то лицо, юридическую связь с которым отвергает истец, прося о подтверждении отсутствия правоотношения.

В пользу этого говорит и соображение о материальной законной силе решения. Если бы правоотношение, подлежащее судебному подтверждению, не существовало именно между сторонами процесса, то решение – указывалось уже¹ – не могло бы приобрести материальной законной силы. По негативному иску не могло бы быть отвергнуто отсутствие правоотношения истца не с ответчиком, а с третьим лицом, ибо материальная законная сила решения по такому решению не могла бы касаться этого третьего лица. По отношению к этому лицу решение не имело бы силы, потому что *res judicata juxta facit inter partes*; по отношению к ответчику потому нет, что решение состоялось о том, что юридически безразлично для его отношения к истцу; следовательно, ни в пользу него, ни против него не могла бы служить *exceptio rei judicatae*. Если же решение по иску о признании имеет законную силу между истцом и ответчиком, то решение должно касаться чего-либо такого, что юридически небезразлично для отношения между сторонами. Это «что-либо» может быть только юридическим отношением между истцом и ответчиком. Только тот поэтому может быть ответчиком по иску о признании, чье участие в данном юридическом отношении с истцом надо подтвердить или отвергнуть².

Противники такого взгляда не отвергают правильности исходного пункта приведенных соображений. Что не может быть подтверждено с законною силою между сторонами процесса, согласны и они, не может быть предметом подтверждения по иску. Но вывод из этого делают иной. Коль скоро, говорят, между данными лицами может иметь место решение, обладающее законною силою, и может возникнуть интерес к подтверждению правоотношения, субъектами которого являются не те лица, которые выступают сторонами в данном процессе, нет и препятствий для того, чтобы противною стороною по иску о признании могло явиться такое лицо, которое не стоит с истцом в одном и том же правоотношении, о подтверждении которого идет речь³.

Лишь наиболее обыкновенным признают тот случай, когда подтверждению подлежит правоотношение именно между теми же лицами, которые являются сторонами процесса. Но считают вполне возможным, чтобы иск направлен был на то, существует ли правоотношение между истцом и таким лицом, которое представляется «третьим» по отношению к сторонам данного процесса. Допустимость иска о подтверждении правоотношения между истцом и «третьим»

¹ Hellmann в: Jherings Jahrbücher f. d. Dogmatik d. heutigen römisch. und deutsch. Privatrechts, т. 31, с. 124–125.

² Ibidem.

³ См.: Klein, Vorlesungen über die Praxis d. Civilprozesses, с. 195–196.

лицом обуславливают тем, чтобы такое правоотношение оказывало влияние на отношение между сторонами процесса¹.

Но может ли быть налицо в случаях подобного рода тот юридический интерес к подтверждению правоотношения, который есть необходимое условие допустимости иска о правоотношении?

Интерес этот, как установлено, заключается в том, чтобы решение, по такому иску состоявшееся, могло, обладая законною силою, сделать не подлежащим сомнению на будущее время существование данного правоотношения и таким путем предупредить возможность нарушения прав истца со стороны того, на ком лежит соответственная обязанность. Но если бы противною стороною по позитивному иску явилось лицо, которое не могло бы оказаться обязанным, коль скоро не состоит в юридическом отношении с истцом, не могло бы быть и интереса распространять на такое лицо законную силу судебного решения. Точно так же и по негативному иску не было бы интереса привлекать к участию в деле не то лицо, со стороны которого можно было бы ожидать впоследствии предъявления притязаний, существованием данного правоотношения обуславливаемых. По отношению к такому лицу решение, сколько бы ни придавать ему законной силы, не могло бы дать необходимого выяснения правовой позиции истца за невозможностью выяснить позицию того, кто по отношению к истцу может оказаться обязанным (при иске позитивном) или управомоченным (при иске негативном). Третье лицо, привлеченное в качестве противной стороны, не могло бы содействовать выяснению вопроса о наличии правоотношения. Для того чтобы иск о признании мог привести к цели – к обладающему законною силою судебному решению, выясняющему сомнение в наличии правоотношения, необходимо, чтобы противною стороною было то лицо, которое является участником данного правоотношения либо по заявлению истца (позитивный иск), либо по похвальбе самого противника (негативный иск).

Такое положение, говорят, не может быть принято, так как в таком случае пришлось бы признать, что все абсолютные права не могут быть предметом подтверждения по иску о признании².

Едва ли так. Когда идет речь об абсолютном праве, предметом подтверждения является правоотношение, возникающее вследствие того, что кто-либо вошел в конфликт с другим по поводу абсолютного права³. Это лицо, вошедшее в кон-

¹ *Plank*, Lehrbuch d. deutsch. Civilprozessrechts, Bd. II, S. 16 (сн. 52). Не считают необходимым, чтобы подлежащее подтверждению правоотношение было именно правоотношением между сторонами, также: *J. Kohler*, Prozessrechtl. Forschungen, с. 69; *Hellwig*, Anspruch und Klagerecht, с. 432 (сн. 19); *Wach*, Feststellungsanspruch, с. 49; *Gaupp, Stein*, Die Civilprozessordnung, Bd. I, с. 536 (сн. 28).

² *Hellwig*, Anspruch und Klagerecht, с. 433.

³ Нет надобности, чтобы этот конфликт заключался непременно в нарушении права. Может быть достаточно и иных фактов. На этом вопросе останавливается *Rocholl* в: *Busch's Zeitschrift*, т. 8, с. 388.

фликт, и есть то, которое, являясь участником правоотношения, будет, как таковой участник, и противною стороною по иску о признании¹.

Больше всего сомнений в правильности нашего положения о личности противной стороны вызывает случай *спора между претендентами* (Forderungspretendentstreit).

Если два лица претендуют на получение от третьего некоторой суммы денег, в таком случае, говорят, один из претендентов может предъявить к другому иск о признании, и этот другой претендент будет противною стороною, хотя предметом подтверждения и является правоотношение не между истцом и ответчиком, а между кем-либо из них и третьим лицом. Между истцом же и ответчиком в случаях подобного рода не может быть и речи о правоотношении. Отсюда выводят заключение, что предметом судебного подтверждения по иску могут быть правоотношения всякого рода, т.е. вне зависимости от того, есть ли это правоотношение между истцом и тем ответчиком, который им указан².

Раньше, чем говорить о природе иска между претендентами, должен быть решен другой вопрос: может ли иметь практический смысл по иску одного из претендентов о признании за ним права на данное требование привлекать к делу в качестве противной стороны другого претендента?

Практическая необходимость, бесспорно, может сделать весьма целесообразным предъявление иска о судебном подтверждении наличности у истца указываемого им права требования с привлечением в качестве противной стороны не того лица, на котором лежит соответственная обязанность, но того, кто, как и истец, приписывает себе то же самое право требования.

Сомнение в существовании данного права требования может возникнуть не только в том отношении, что данное лицо имеет право требовать чего-либо от другого лица, обязанного к исполнению. Может быть и такое положение дела, что должник не оспаривает своей обязанности, а между тем оказывается, что и третье лицо утверждает, что тот же должник является обязанным перед ним, а не перед другим. Например, если лицо А требует чего-либо от Б по обязатель-

Достаточно ли, задает он вопрос, уже turbatio verbativa? Под этим, объясняет он, разумеется словесная или конклюдентными действиями выраженная угроза реальным нарушением, оспаривание абсолютного права или его исключительности, похвальба собственным, непосредственным, с другим несогласным правом и т.п. Достаточно ли этого, повторяет он свой вопрос, для того, чтобы будущего противника по иску о присуждении обозначить с такой полной точностью, чтобы против него – при наличности юридического интереса – могло быть потребовано anticipando подтверждение правоотношения? На это, говорит он, можно ответить в принципе утвердительно, хотя и надо предоставить на разумное усмотрение суда обсуждать, таковы ли обстоятельства данного случая – по изложению истца, – чтобы можно было с основанием ожидать в будущем реального нарушения со стороны того, от кого идет turbatio verbativa.

¹ В таком смысле понимает правоотношение в случаях подобного рода и Рейхсгерихт, допустив иск о подтверждении права охоты, предъявленный к другому лицу, претендовавшему на то же право (Entscheidungen, 1898, т. 41, с. 347).

² См.: Kayser, Beiträge zur Feststellungsklage в: Archiv f. d. civil. Praxis, т. 70, с. 460.

ству из договора, заключенного между ними; лицо же В утверждает, что А переступил свое право требования платежа от Б.

Едва ли можно было бы добиться правильного решения данного вопроса по иску лица А к лицу Б. Вопрос о том, принадлежит ли право требования чего-либо от Б лицу А, а не лицу В, может быть решен правильно только в процессе между этими последними, т.е. между сопредендентами, а не между одним из них и должником. Признавая свою обязанность платежа и не имея в виду бесспорно легитимированного кредитора, должник мог бы внести сумму долга в депозит суда. Для претендентов оставалось бы выяснить, кто из них имеет право на эту сумму. В таком процессе должник мог бы принять участие лишь в качестве третьего лица, мог бы быть привлечен одной из сторон в качестве пособника. Иное дело, если бы и должник оспаривал свою обязанность платежа. В таком случае необходимо было бы привлечь должника в качестве противной стороны. Коль скоро же нет спора со стороны должника, единственно правильным путем судебной защиты будет предъявление иска со стороны одного претендента к другому¹.

Сомнение вызывается соображением о том, каково будет значение исхода процесса между сопредендентами на осуществление тем из них, кто выиграет дело, своего права требования. Если решение, вступив в законную силу, *jus facit inter partes*, то для должника такое решение не будет иметь значения. Процесс по иску между претендентами дает решение лишь спора между ними. Если же спор будет заявлен и со стороны должника, необходим новый процесс. Необходимость в таком процессе нисколько не устраняется решением по иску между претендентами. Но, разумеется, этот последний иск будет целесообразен лишь в том случае, когда не подлежит спору обязанность должника к исполнению и есть лишь сомнение в том, кто именно имеет право требовать этого исполнения.

Если же спора со стороны должника не существует, то для осуществления права требования по отношению к нему вполне достаточно того результата, к которому приводит процесс между претендентами. Должник может уплатить свой долг тому из претендентов, в пользу которого состоялось решение, вступившее в законную силу. Но связующего значения для должника такое решение не имеет. Несмотря на это решение, кредитор может и отказать в удовлетворении тому, кто выиграл процесс со своим сопредендентом².

¹ В таком смысле также: *Bähr, Urteile des Reichsgerichts*, с. 151. Что претенденту должен быть дан иск к сопреденденту, это не подлежит сомнению; это отмечает, например, *Windscheid (Lehrbuch d. Pandektenrechts, 1900, Bd. II, с. 356 (сн. 7);* здесь и литература). Вопрос лишь в том, что это за иск.

² В таком смысле категорически высказывается проф. *Hellwig (Wesen und subjektive Begrenzung, 1901, с. 265–266)*. *Contra: Wach, Zur Lehre v. d. Rechtskraft, 1899.* «Die bindende Feststellung der Aktivlegitimation, also des Subjektes dieses Rechtes, – говорит он, – *nur unter den Prätedenten erfolgen kann*» (с. 95 (сн. 1)). Тем не менее несколько ниже он находит возможным такое заключение. Если речь идет о том, имеет ли право требования лицо А или же лицо Б, а должник, не оспаривая долга, лишь не знает, управомочен ли первый или же второй, то обладающее

Практический смысл предъявления иска со стороны одного претендента к другому заключается, таким образом, в том, чтобы выяснить, кто из спорящих имеет право требовать исполнения обязанности¹. Отношение же должника к претендентам не подлежит обсуждению. Поэтому не правы те, кто полагает, что предметом подтверждения в процессе между претендентами является существование или несуществование правоотношения не между сторонами процесса, но между одним из них и третьим лицом, должником.

Такой взгляд высказывается теми, кто считает, что предметом подтверждения по иску о признании может быть не только правоотношение между сторонами процесса, но и правоотношение одной из них с третьим лицом².

Поскольку недопустимо такое воззрение, не может быть принят и приведенный взгляд на природу иска одного претендента к другому. Если идет речь здесь о наличии правоотношения, это может быть только правоотношение между сторонами. Только при таком условии иск одного претендента к другому и может быть назван иском о «признании», т.е. иском о подтверждении правоотношения. Таким образом, для квалификации данного иска как иска о признании необходимо, чтобы противною стороною являлось именно то лицо, о наличии или отсутствии правоотношения которого с истцом должна быть речь в данном процессе.

законною силою судебное решение спора между претендентами в пользу того или другого должно связывать должника (ibid.). Но одно из двух: или законная сила решения по иску одного претендента к другому связывает только их, или же она связывает и должника, т.е. не только претендентов. Коль скоро же остается непровергнутым «*res judicata jus facit inter partes*», должник не может быть признан связанным тем решением, которое состоялось в процессе между лицами, оспаривающими одно у другого право требования от должника. Спора же о существовании этого права по отношению к должнику и не возбуждается: было бы абсурдом покрывать законною силою то, что в данном процессе не подвергалось и обсуждению; между тем это и было бы так, если признавать, что решение, подтверждающее существование права требования у лица А, а не у лица Б, связывает и должника, т.е. подтверждает и его обязанность по отношению к тому из претендентов, который окажется победителем в процессе со своим сопредендентом. Против такого расширения субъективных пределов законной силы решения в делах между сопредендентами высказывается и *Degenkolb* (*Einlassungszwang und Urteilsnorm*, с. 229).

¹ Неправильно было бы говорить, что речь идет здесь о признании *преимущественного* права истца («*seines besseren Rechts*») (см.: *Windscheid*, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 1900, Bd. II, с. 356 (сн. 7)). Не о преимуществе одного претендента перед другим идет здесь дело, но о том, что право принадлежит одному и вовсе не принадлежит другому.

² Не требуется, говорят, чтобы правоотношение было между сторонами, и потому нет надобности, чтобы противною стороною явилось лицо, обязанное перед ответчиком; иск может быть направлен против всякого, кто окажет или пожелает оказать нарушающее влияние на правоотношение, подлежащее подтверждению, хотя бы это лицо было чужим для правоотношения. *Иск одного претендента к другому есть иск о признании* (*Kayser* в: *Arch.f. d. civil. Praxis*, т. 70, S. 457–458 (сн. 15)). Не считая необходимым, чтобы иск о признании касался правоотношения непременно между тяжущимися, в иске одного претендента к другому видят иск о признании еще, например, *Plank* (*Lehrbuch d. deutsch. Civilprozessrechtes*, Bd. II, S. 16 (сн. 52), *Mandry-Geib* (*Der civilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze*, 1898, с. 314 и сн. 11), *Petersen* и *Anger* (*Die Civilprozessordnung*, 1900, S. 518 (сн. 5)), *Neumann* (*Commentar z. d. Civilprozessgesetze*, S. 537 (сн. 3)).

Взгляды по этому вопросу разделяются. *Одни* полагают, что о таком правоотношении и идет речь, когда один из претендентов предъявляет к другому иск о признании данного права принадлежащим ему, а не другому претенденту. *Другие* отрицают, чтобы в данном случае шла речь о правоотношении между истцом и ответчиком.

Сторонники первой теории – теории правоотношения – обращались к аналогии права требования с правом на вещь. Когда одно лицо оспаривает у другого право требования по бумаге на предъявителя, это равносильно спору о том, что право на такую бумагу как на вещь принадлежит одному, а не другому. В таком примере сопоставление ясно в силу того, что по самой природе бумаг на предъявителя вещное право на них дает и право требования. Точно так же, говорят, и во всех остальных случаях спора между претендентами идет речь о праве требования как о праве собственности, и, таким образом, правоотношение между спорящими здесь таково же, как и в том случае, когда идет речь о признании права собственности на вещь.

Такую точку зрения по данному вопросу не раз высказывал *Otto Bähr*. Что касается природы иска одного претендента к другому, то, говорит он, иск этот основывается на *праве требования*, мыслимом как *предмет оборота*. Такая же постановка вопроса делает необходимым, по его мнению, конструировать право требования *по аналогии с правом на вещь*. Уже римляне, объясняет он, говорили о «закладе» требования, о «пользовании» требованием. В таком смысле и мы без затруднений говорим о «праве собственности» на требование. У нас нет другого названия для того, чтобы обозначить исключительное право одного на требование в противоположность праву другого. Исходя из такого воззрения, Бэр представляет иск одного претендента к другому как *quasi*-вещный иск, аналогичный конфессорному или негаторному иску вещного права¹. Иски этого рода, отмечает он особо в другом месте², должны быть причислены к тем, которые имеют своим предметом подтверждение правоотношения.

Эта точка зрения, давно выдвинутая Бэром, нашла поддержку и со стороны новейших исследователей.

Когда возникает спор между претендентами, судебная защита, говорит *Friedrich Stein*, требуется для права требования *по аналогии с правом собственности*³.

Сторонником этой теории выступает также *Pagenstecher*⁴. Он находит, что иск кредитора к сопреденденту надо поставить *в параллель с иском о подтверждении права собственности*. Вопрос о том, кто есть собственник вещи, говорит он, решается в процессе по иску о подтверждении права собственности. Равным

¹ *Bähr*, Urteile des Reichsgerichts, S. 151–152.

² *Bähr*, Zur Cessionslehre в: *Jherings Jahrbücher*, 1857, Bd. I, с. 487 (сн. 201).

³ *Gaupp, Stein*, Die Civilprozessordnung, с. 536 (сн. 29–30).

⁴ *Pagenstecher*, Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft, 1905, с. 477.

образом и вопрос о том, кто есть предъявитель требования, решается в процессе о подтверждении требования. Совершенно так же, как решение в процессе о собственности (*inter partes*) дает окончательное подтверждение, что победитель есть собственник, так и решение между претендентами окончательно подтверждает между ними, что требование принадлежит победителю.

Такой же взгляд на характер правоотношения между претендентами приводит и проф. *Hellwig*. По иску одного претендента к другому, по его мнению, решение постановляется не о существовании обязанности должника, но лишь о том, принадлежит ли право требования истцу или же другому претенденту, коль скоро оно существует¹. Подтверждение того, что истец есть кредитор, приравнивает он к подтверждению того, что истец есть собственник вещи, наследник имущественной массы. Такое сопоставление объясняет он тем, что, по современному правовоззрению, требование есть право имущественное, которое может путем всякого рода правопреемства менять своего субъекта. Если может быть предметом судебного рассмотрения вопрос о том, кому принадлежит вещное или иное право, то нельзя объяснить, почему тот же вопрос не может разрешаться и при праве требования².

Подтверждение принадлежности права требования истцу, а не его сопреденденту, объясняет он в другом месте³, представляется необходимым, разумеется, при том условии, что третье лицо может нарушить *право требования* другого, как *и его вещное право*. Эта возможность нарушения обязательственного права третьим лицом, говорит он, вытекает из того, что существует возможность с полным успехом распорядиться чужим требованием. С современной точки зрения, указывает он, право требования представляет часть имущества; неприкосновенность этой части может быть *задеваема* третьим лицом; равным образом может быть и защищаема она от происшедшего или грозящего нападения третьего лица по аналогии с *правом собственности* на вещь.

С этой точки зрения право требования, объясняет *Hellwig*, может быть нарушено не должником, но третьим лицом, если оно распоряжается данным правом требования, как себе принадлежащим⁴. В случаях подобного рода управомоченный имеет притязание на недопущение нарушения своего права (*Anspruch auf Unterlassung der Rechtsverletzung*), а потому имеет и право предъявить к сопреденденту иск о *воспрещении* распоряжения (*Klage auf Verbot der Verfügung*)⁵.

Таким образом, не отвергая того обстоятельства, чтобы при споре между претендентами шла речь о правоотношении между ними, *Hellwig* не мог, однако,

¹ *Hellwig*, Anspruch und Klagrecht, с. 418.

² *Ibid.*, с. 419.

³ *Ibid.*, с. 43.

⁴ *Ibid.*, с. 418.

⁵ *Ibid.*, с. 393 (сн. 30); см. также с. 418 (сн. 63).

не отметить некоторой черты в иске одного *претендента к другому*, отличающей такой иск от иска о подтверждении правоотношения. *Различие* между ними, по его объяснению, аналогично тому, которое существует между иском о притязании на право собственности и *иском о подтверждении права собственности*¹.

Излишне было бы говорить о неправильности такого сопоставления иска одного сопредендента к другому и иска о признании. Погрешность сравнения не в том, что эти иски отличает один от другого, но именно в том, какую черту сходства усмотрел *Hellwig*. По его учению, и по иску одного претендента к другому идет речь о правоотношении. С этой точки зрения и в этом иске надо было бы видеть иск о признании, представляющий не что иное, как иск о правоотношении². Едва ли это возможно. Если иск о признании направлен на установление наличия правоотношения, здесь имеется в виду та юридическая связь, которая характеризуется активной позицией одной стороны и соответствующую позицию другой стороны. Между тем по иску одного претендента к другому вовсе не подвергается обсуждению наличие чьей-либо обязанности, но, как сам же *Hellwig* отметил, лишь то обстоятельство, принадлежит ли право одному лицу или же другому. Ни истец при этом не утверждает, что между ним и ответчиком существовало правоотношение, не похваляется и ответчик такую юридическую связь своею с истцом. О правоотношении, понимаемом в том смысле, какой имеется в виду при исках о признании, здесь нет и речи. Следовательно, нельзя и говорить, чтобы иск одного претендента к другому представлял собою иск о признании как иск о подтверждении наличия правоотношения. С этой точки зрения здесь нельзя видеть иска о признании.

Есть, однако, мнение, не усматривающее между сопредендентами никакого правоотношения, о наличии или отсутствии которого шла бы речь, но тем не менее иск одного претендента к другому рассматривающее как иск о признании.

Сторонником такого взгляда является прежде всего проф. *Wach*. Если один из претендентов предъявляет иск к другому о своем исключительном праве, здесь, говорит он, нет конкретного правоотношения, хотя и есть иск о признании. Это последнее заключение выводит он из того, что здесь нет материально-правового притязания, нет нуждающегося в удовлетворении права по отношению к противной стороне; иск такой имеет целью не что иное, как то, чтобы истец-претендент путем процесса довел до окончательного признания право, притязание к третьему лицу. И если, говорит *Wach*, можно предъявить иск при наличии юридического интереса к немедленному подтверждению, то здесь имеется *чистый* иск о признании³.

¹ *Ibid.*, с. 418 (сн. 64).

² Такой взгляд высказывает, например, автор объяснительной записки к проекту новой редакции Устава гражд. судопр. (т. I, с. 17).

³ *Wach, Feststellungsanspruch*, с. 50, 51 (сн. 85); см. также с. 39 (сн. 61).

Несмотря на такие соображения о «чистоте» иска о признании, в другой своей работе *Wach* счел необходимым отметить особенность, иску о признании не свойственную. Один претендент, говорит он, не только предъявляет к *другому* иск о подтверждении наличности его исключительного права требования, но вместе с тем желает удовлетворения *от должника*. Таким образом, по учению *Wach*, оказывается здесь «*двойной иск*», «интервенционный иск в виде простого требования», и получается «*formell abgewandelte Processfigur Hauptintervention*»¹.

Такое искусственное, вычурное построение явилось результатом неправильно-го суждения о возможности видеть иск о признании и там, где не идет вовсе речи о существовании правоотношения. Проф. *Wach* своим объяснением природы такого своеобразного «иска о признании», как иск одного претендента к другому, показал с очевидностью неправильность своего исходного положения. Если нет здесь речи о правоотношении, такой иск является бесцельным: он не мог бы привести к судебному подтверждению, которое могло бы связывать ответчика, ибо он не является участником юридического отношения истца с должником. Для того же, чтобы сделать иск целесообразным, *Wach* и понадобилось отметить отношение истца к должнику. Если, однако, этот последний и по *Wach* не представляется участником, то и решение, которое было бы постановлено по иску одного претендента к другому, не могло бы связующим образом действовать на должника. К нему иск не относится, а тот, к кому иск направляется, ни в каком отношении с истцом не стоит. Это признает и *Wach*. Если же так, то и иск такой не должен быть причисляем к искам о признании, являющимся по самому существу своему исками о подтверждении наличности или отсутствия правоотношения между тяжущимися².

Такая квалификация иска одного претендента к другому имеет уже сторонников. Не раз уже высказывалось воззрение, что иски этого рода не относятся к числу исков о признании³. Но и те, кто сходится в этой отрицательной характеристи-

¹ *Wach*, Vorträge über d. Reichs-Civilprozessordnung, 1896, с. 109 (сн.).

² Неправ поэтому и *Langheineken*, который, несмотря на признаваемое им отсутствие между претендентами материального правоотношения, полагает, что истец-претендент предъявляет к другому позитивный иск о *признании* (*Langheineken*, Urteilsanspruch, S. 148). Нельзя на том же основании согласиться и с *Plösz*, не отличающим иска одного претендента к другому от иска о признании. Претендент, объясняет *Plösz* (*Beiträge zur Theorie des Klagerechts*, 1880, с. 171–172 (сн. 10)), добивается от противника *воздержания* (*Unterlassung*) от заявления своего требования, каковое заявление препятствовало полному удовлетворению претендента. Но и истец по иску о признании равным образом требует от противника *воздержания* от оспаривания или заявления, которое препятствовало или грозило пользованию благами его правовой позиции. Эти соображения *Plösz* важны, однако, при определении наличности юридического интереса к иску. Но они еще не говорят, чтобы по иску одного претендента к другому шла речь, как и по иску о признании, именно о наличности правоотношения между тяжущимися, что как раз и важно для определения существа данного иска.

³ Таков взгляд, например, германского Рейхсгерихта, высказавшего, что иски между претендентами не относятся к искам о признании, предметом подтверждения по которым может быть только правоотношение между самими сторонами (*Seuffert's Archiv*, 1887, т. 42, № 187; *Reichsgerichts Entscheidungen in Civilsachen*, 1882, т. 7, № 126, с. 418).

ке, расходятся засим в вопросе о положительной квалификации: одни склонны видеть здесь иск о присуждении; другие считают невозможным говорить об этом последнем так же, как и об иске о признании: они видят здесь иск *sui generis*.

Иск о присуждении видит в иске одного претендента к другому *Weismann*. То, чего добивается своим иском один претендент от другого, не есть, говорит он, подтверждение его права требования как таковое, но при посредстве этого подтверждение удержания противника. Заявление притязания на право требования со стороны последнего было тем обстоятельством, которое препятствовало полному удовлетворению требования. *Устранить* это препятствие и было истинною целью иска. На будущее время противнику надо будет в интересе истца, в его пользу, *воздержаться* (*unterlassen*) *от предъявления требования* должнику. Поскольку решение заключает в себе это *присуждение*, постольку оно непременно действует *в пользу и против должника*. Действие такого решения по отношению к должнику есть *рефлекторное действие* (*Reflexwirkung*) заключающегося в нем присуждения¹.

Воззрение *Weismann* в положительной своей части не встретило сочувствия. С отрицательной же стороны – поскольку иск претендента исключается из числа исков о признании – его точка зрения может быть только одобрена, что уже было и сделано².

С этой точки зрения необходимо отметить и воззрения, высказанные *Oetker* и *Rochol*. Иски между претендентами *Oetker* относит к особой категории – к искам, направляющимся только на нормирование фактов (*Thatbestandnormirung*); к числу таковых причисляет он также иски о восполнении недостатка в согласии, об уничтожении правоотношения³. В случае спора между претендентами решение, говорит *Rocholl*⁴, не есть решение о присуждении, ибо проигравшая свое дело сторона ничего не должна исполнить и ни к какому исполнению не может быть обязана. Но это не есть и решение о «признании», ибо между сторонами нет материального правоотношения, но лишь отношение по спору. Каждая сторона предъявляет притязание на данную сумму по совершенно различным правоотношениям, и решение должно устранить коллизию. Эти иски *Rochol* причисляет к созданной им третьей группе исков – так называемых исков конфликтных⁵.

¹ *Weismann*, Feststellungsklage, с. 148. К этому же взгляду близко подходит и воззрение *Hellmann*: в процессе между претендентами один из них, говорит он, *присуждается* к изъвлению признания (*Jerings Jahrbücher*, т. 31, с. 121).

² См. *Leonhard* в рецензии на *Weismann's Feststellungsklage* в: *Goldschmidts Zeitschrift für Handelsrecht*, 1880, т. 25, с. 443.

³ *Oetker*, Konkursrechtliche Grundbegriffe, S. 579.

⁴ *Rocholl* в: *Busch's Zeitschrift*, т. 8, с. 414.

⁵ Под этими исками он понимает такие, которые имеют предметом не подтверждение правоотношения или материальные последствия правоотношения, но имеют целью разрешить коллизию двух рядом стоящих правоотношений (*Busch's Zeitschrift*, т. 8, с. 414). Особенность их

С точки зрения темы настоящей работы в воззрениях *Oetker* и *Rochol* важно отметить лишь поддержку с их стороны того взгляда, что иск одного претендента к другому *не относится* к числу исков о признании.

Таким образом, и случай спора между претендентами не колеблет общего положения, что ответчиком по иску о признании может быть лишь то лицо, которое либо по заявлению истца, либо по похвальбе самого ответчика является участником правоотношения, наличие или отсутствие которого подлежит подтверждению. Только при таком условии ответчиком по иску о признании может быть то именно лицо, которое позднее могло бы явиться ответчиком либо истцом по возможному в будущем иску о присуждении. Такое соотношение необходимо для возникновения юридического интереса к иску о признании. Для этого, однако, не требуется, чтобы лицо, являющееся противною стороною по такому иску, было непременно тем, от которого исходит внешнее событие, представляющееся поводом к этому иску. Это лишь один, более обыкновенный случай, если повод к иску о подтверждении правоотношения дается тем же самым лицом, которое надо в ограждение юридического интереса истца привлечь к делу в качестве противной стороны. Когда лицо это совершит акт, из которого можно заключить, что оно не признает существования между ним и истцом того правоотношения, на подтверждение которого направляется иск; когда будущий ответчик даст повод, прямо оспаривая существование правоотношения, – все это случаи, когда повод к иску дается тем же лицом, которое засим привлекается к ответственности в качестве противной стороны¹.

Если признаком для определения противной стороны считать только повод к иску, то пришлось бы допускать к делу в качестве ответчика всякое лицо, от которого исходит событие, являющееся поводом к иску. Но в таком случае могло бы оказаться, что иск предъявлен к лицу, на которое нет надобности в интересах истца распространять законную силу решения. Оказывалось бы, таким образом, что у истца нет вовсе юридического интереса к иску, что есть, однако, необходимое условие на иск.

Но, с другой стороны, было бы едва ли правильно считать, чтобы ответчиком по иску о признании могло быть лишь то лицо, *в чем действии* заключает-

видит *Rochol* в том, что спорящие стороны не стоят ни в каком правоотношении друг с другом и предмет иска не составляет ни *Leistung aus einem Rechtsverhältniss*, ни подтверждение правоотношения, что предмет спора не есть правоотношение *inter partes*, но несколько правоотношений, вступивших по какому-либо основанию в коллизию, и что стороны в этих правоотношениях являются *управомоченными субъектами* (*ibid.*, с. 406). Теория «конфликтных» исков не встретила сочувствия (*Langheineken, Urteilsanspruch, S. 91*).

¹ *Отношение между сторонами* по иску о признании *Flechtheim* представляет в таком виде. Если кто-либо заявляет (*prätendirt*), что существует, существовало либо будет существовать какое-либо субъективное право, – *утверждает прямо или молчаливо, судебным порядком или вне суда*, – и другой *восстает* (*macht Front*) против этого заявления (*Prätention*), то тот из них, кто имеет юридический интерес к немедленному выяснению конфликта, может требовать, чтобы постановлено было судебное решение об этом утверждении (*Busch's Zeitschrift, т. 25, с. 434*).

ся угроза будущего нарушения прав истца на исполнение. Такой взгляд является, однако, распространенным. Ответчик, высказывает, например, *I. Kohler*, должен вести себя таким образом, чтобы расшатать мое правовое состояние, т.е. сделать мое положение в правовой жизни по отношению к данному пункту необеспеченным и стеснить в моих распоряжениях¹. Таким образом, участие в процессе в качестве противной стороны обуславливают наличием причинной связи между правовым положением истца и действиями предполагаемого ответчика. Сторонники такого взгляда не требуют, однако, чтобы это были непременно действия, вменяемые в вину ответчику. В качестве такового допускают того, чьим действием причиняется опасность праву истца, независимо от того, причинил ли ее ответчик по своей вине или без вины².

Но и этой последней оговорки, вполне правильной, недостаточно, однако, для обозначения круга лиц, которые могут выступить в качестве противной стороны по иску о признании. Не представляется принципиально невозможным участие в процессе по иску о признании в качестве противной стороны и такого лица, которое не делает никаких заявлений, не совершает и конклюдентных действий. Повод к иску о признании может быть дан и такими действиями либо заявлениями, которые исходят от совершенно сторонних лиц. Достаточно, признает, например, *Hellwig*, если со стороны третьего лица приписываются тому, кто подлежит привлечению к ответу, такие права, существование которых исключает или ограничивает права истца³.

Если, таким образом, во многих случаях внешнее событие, дающее повод к иску о признании, представляет и признак для определения лица, подлежащего привлечению к делу в качестве противной стороны, то *остаются* еще случаи другого рода, *когда повод к иску не исходит от того лица, которое должно явиться ответчиком по делу*⁴.

¹ *Kohler, Prozessrechtliche Forschungen*, S. 65–66; см. также: *Gaupp, Stein, Die Civilprozessordnung*, Bd. I, S. 538 (сн. 45); *Langheineken, Urteilsanspruch*, S. 23, 136.

² *Langheineken, Urteilsanspruch*, S. 23, 136; см. также: *Kohler, Prozessrechtliche Forschungen*, S. 65–66 (юридический интерес, по определению *Kohler*, есть «ein vom Beklagten provocirtes Interesse», но это, объясняет он, не должен быть непременно «ein schuldhafte provocirtes Interesse»).

³ *Hellwig, Anspruch und Klagrecht*, с. 431. В качестве ответчика является не то лицо, от которого исходит повод к иску, например, в таком случае. До лица, живущего у неких супругов, называющих себя его родителями, доходит слух, что оно не есть их законное дитя. Такое лицо может свой иск о признании его законным ребенком означенных супругов предъявить к ним в качестве ответчиков, хотя бы они и не отвергали законности его рождения (*ibid.*, S. 432). Предусматривает случаи такого рода и *Langheineken*. Общим правилом считает он положение, что повод к иску исходит от ответчика. Но засим говорит, что позитивное право может в отдельном случае предоставить роль ответчика по иску о признании и такому лицу, которое своими действиями вовсе не дало повода для возникновения у истца интереса к подтверждению, а может быть, и не в состоянии содействовать устранению такого интереса (*Langheineken, Urteilsanspruch*, с. 136–137).

⁴ Возможность предъявления иска о признании и к такому лицу, которое не дало прямого повода к предъявлению иска, прямо предусматривается составителями австрийского Устава 1905 г.

Это обстоятельство не должно быть упускаемо из виду, когда речь идет о распределении между сторонами *судебных издержек*.

Если не считаться с тем, дан ли повод к иску со стороны того, кто привлечен к делу в качестве ответчика, существование у истца права на иск о признании могло бы отразиться несправедливым образом на ответчике. Помимо того, что в собственных интересах ему пришлось бы являться на суд, не дав никакого повода к предъявлению иска, да в довершение всего еще и расплачиваться за причиненное ему же беспокойство.

Но, быть может, судебные издержки представляют собою не что иное, как плату за правосудие, тяжесть которой должна ложиться на тяжущихся независимо от того, дан повод к иску ответчиком или же нет?

По общему правилу, усвоенному всеми действующими законодательствами, тяжущийся, против которого постановлено решение, обязан по требованию противной стороны возратить ей все понесенные ею по сему делу судебные издержки¹.

Возвращение судебных издержек – правильно объяснили составители наших судебных уставов – противною стороною той, в пользу коей решено дело, составляет *справедливое* вознаграждение за понесенные по производству дела расходы и вместе с тем может служить – по крайней мере в большей части случаев – средством к предотвращению неосновательных и неправых исков².

Если применить такое положение и к искам о подтверждении правоотношения, то в случае удовлетворения искового требования судебные издержки могут быть возложены на ответчика, хотя он нисколько не повинен в предъявлении истцом иска. Нельзя было бы возражать с той стороны, что следовало бы возложить судебные издержки на истца, чтобы таким путем предотвратить неосновательные и неправые иски, так как исковое требование было удовлетворено, значит, не было неосновательным.

Тем не менее едва ли было бы справедливо допустить действие приведенного общего правила и в тех случаях, когда в качестве ответчика привлечено к делу не то лицо, от которого исходит повод к иску.

По германскому и австрийскому уставам для случаев этого рода существует такое положение. Если ответчик своим образом действий не дал повода для предъ-

(Schauer, Die Civilprocessordnung... mit Erläuterungen aus den Materialien, к ст. 45, с. 334 in f.). Эта возможность отмечалась и литературою (см.: *Regelsberger*, Pandekten, с. 680 (угроза нарушения права не должна, говорит он, идти непременно от должника)).

¹ Так по ст. 868 нашего Устава гражд. судопроизводства. В таком же смысле ст. 91 германского Устава, ст. 40 Устава австрийского.

² Судебные уставы с рассуждениями, на коих они основаны, Устав гражд. судопроизводства, ст. 868.

явления иска, то судебные издержки падают на истца, коль скоро ответчик признал немедленно притязание¹.

Подобного рода положение вызывается прямо требованием справедливости, коль скоро, как отмечают, например, составители австрийского Устава, иски о признании дают возможность впутать в процесс каждого, хотя бы он и не дал повода к предъявлению иска².

Сюда должно присоединить и то соображение, что усиленная ответственность истца за судебные издержки может иметь *сдерживающее* действие на того, кто желал бы воспользоваться правом на иск о подтверждении правоотношения. Такое правило могло бы препятствовать злоупотреблениям этого рода³.

В нашем действующем законодательстве подобное положение не выражено в виде общего правила; основная мысль такого рода видна лишь в отдельных, специальных законоположениях⁴. Правительствующий Сенат имел уже случай провести это положение в нашу практику как общий принцип справедливости⁵.

Совершенно правильно, однако, поступает Комиссия для пересмотра законоположений по судебной части, вводя означенное положение в виде особой статьи. Если ответчик не подал повода к предъявлению иска, говорится в ст. 845 проекта новой редакции Устава гражданского судопроизводства, то он освобождается от уплаты судебных издержек⁶.

§ 2. Притязание истца к противной стороне

I. Право на иск вообще, как выше установлено, не представляет собою права одного частного лица к другому – своему противнику. То же самое надо сказать, в частности, и о праве на иск о признании.

Взгляд, однако, по которому право на иск представляется как право истца к противной стороне, отразился и на конструировании права на иск о признании. Не желая быть непоследовательными, сторонники этого взгляда вынуждены

¹ Статья 93 германск. У. г. с.; см. также ст. 45 австрийского Устава.

² *Schauer, Civilprozessordnung*, к ст. 45, с. 334 in f.

³ На это указано было и составителями австрийского Устава (см.: *Schauer*, I. с., с. 333). Категорически в этом же смысле высказалось *Петербургское юридическое общество*, настаивавшее на необходимости такого положения: «Ответчик, не оспаривавший правильного иска, освобождается от возмещения судебных издержек» (*Журнал Санкт-Петербургского юридич. общества*, 1897, кн. 5, с. 2–3).

⁴ Примеч. к ст. 872 У. г. с. и ст. 124 общ. Уст. рос. жел. дорог.

⁵ Решение Гражд. касс. департамента 1879 г. № 116. Если иск признан вполне или частью правильным, то, разъяснил Сенат в названном Решении, судебные издержки обращаются всецело на истца лишь в том случае, когда ответчик не подал никакого повода к предъявлению иска.

⁶ Как видно из объяснительной записки (т. II, с. 241), при внесении этой статьи в проект и имелись в виду прежде всего те иски о существовании или несуществовании юридического отношения, где ответчик не дал повода к иску.

были признать, что и в данном случае имеется в виду притязание истца к ответчику. Ход мыслей можно представить в таком виде. В праве на иск о присуждении заключается притязание истца на исполнение чего-либо ответчиком (*Leistungsanspruch*) или, с другой точки зрения, на претерпевание действий суда по защите истца. Иск о признании есть также иск. Следовательно, и здесь должно быть налицо притязание истца к ответчику. В чем оно заключается, это, конечно, требует выяснения. Но, полагали, нет ни малейшего сомнения, что истец по иску о признании имеет некоторое определенное притязание к своему противнику.

Такого воззрения были составители германского Устава гражданского судопроизводства. Если наряду с иском о соответствующем правоотношении исполнении (*Leistung*), говорится в Мотивах к германскому Уставу гражданского судопроизводства, закон допускает иск о признании (*Feststellung*), то тем самым он выражает, что из правоотношения наряду с *притязанием на исполнение* вытекает в дальнейшем самостоятельно *осуществимое притязание на подтверждение*¹.

В чем, однако, заключается притязание на подтверждение? К кому оно обращается – к тому ли, от кого требуется «исполнение», или же к кому-либо другому? Относится ли оно к «противной стороне» и содержит ли указание на отношение истца к этой стороне? На все эти вопросы прямого указания Мотивы не дают.

Для правильного понимания приведенной цитаты воспользуемся советом *Rocholl* и обратимся за разъяснением к Оттону Бэру, теории которого последовали составители проекта германского Устава в вопросе об исках о признании (*Feststellungsklagen*²).

Bähr ставит себе такую задачу³. Кредитор имеет право на то, чтобы с платежом было вместе с тем *признано* его требование. Спрашивается, имеет ли кредитор при известных условиях также право на одно это признание, т.е. еще раньше, чем ему можно требовать действительного исполнения? И имеет ли должник аналогичное право на признание, что его долг погашен?

Такое право на признание в случае отказа в нем, объясняет *Bähr*, служило бы условием для иска. Но присуждение, делаемое по такому иску, если бы он направлен был на признание правоотношения ответчиком, заключало бы в себе нечто излишнее, поскольку само решение – по современному значению законной силы – представляло бы суррогат этого признания. Поэтому праву на признание (*Anerkennung*) отвечал бы иск о подтверждении (*Feststellung*) правоотношения. И вопрос, выше поставленный, можно поэтому также представить

¹ *Hahn*, Die gesammten Materialien zur Civilprozessordnung, 2. Ausgabe, 1881, p. 257.

² На это указывает и прямое заявление, сделанное *Struckmann* в Рейхстаге (*Hahn*, Materialien, Bd. I, p. 585), и ссылка на Бэра в том месте объяснительной записки к проекту германского Устава гражданского судопроизводства, где идет речь о «настоятельной и неопровержимой необходимости» в «*Klagen auf Anerkennung, auf Feststellung von Rechtsverhältnissen*» (*ibid.*, p. 255).

³ *Bähr*, Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund, 2. Aufl., 1867, c. 314 сл.

в таком виде: дает ли отклоненное признание (*Anerkennung*) правоотношения основание предъявить иск о подтверждении (*Feststellung*) его?

Эту мысль подробнее развил Бэр значительно позднее, в своем докладе на 20-м съезде германских юристов. Предметом иска о признании, сказал он здесь, является не существование либо несуществование правоотношения *in abstracto*, но лишь такого правоотношения, которое *in concreto* дает основание для притязания между истцом и ответчиком. Иск о признании, однако, не направляется, поясняет он, на самое осуществление этого притязания, но на процессуальное обеспечение его. Но и это притязание на обеспечение, по объяснению Бэра, есть притязание, предъявляемое истцом к ответчику. Этот последний может доставить такое обеспечение и *добровольно*. Происходит это таким образом, что обязанный *признает* право противника. Если же он *откажет в признании*, то при наличности интереса к обеспечению есть иск о признании. Следовательно, выводит Бэр, посредством иска о признании осуществляется *притязание*, направляющееся на *признание права*. Не ответчик, однако, присуждается к доставлению признания, но *вместо этого судебным решением подтверждается правоотношение*. Это, объясняет Бэр, лишь сокращение дела: судебное решение *дополняет признание стороны*¹.

Таким образом, по теории Бэра, у истца по иску о признании есть по отношению к противнику право *на признание с его* стороны наличности или отсутствия правоотношения; когда это право на признание будет отвергнуто, возникнет право на иск о подтверждении этого правоотношения. Бэр не говорит, с чьей стороны идет такое подтверждение. Нет и основания думать, чтобы Бэр имел в виду подтверждение со стороны противника, нарушившего, по его теории, право истца на признание, т.е. не сделавшего требуемого от него признания. Но не подлежит сомнению, что он строго различает притязание на признание и иск о признании. Первое направляется к противной стороне; притязание это будет удовлетворено, если сделает признание противная сторона. Нет, однако, и речи о том, чтобы в ее же признании заключалось удовлетворение и иска.

При сравнении теории Бэра с цитированным местом Мотивов нельзя не прийти к такому заключению. Притязание на «подтверждение» по Мотивам, видимо, представляет не что иное, как бэрвское притязание на «признание». Соответственно этому, в притязании на подтверждение надо видеть притязание истца на *признание* правоотношения со стороны *ответчика*. И засим отношение между истцом и ответчиком представляется по Мотивам в таком виде: по иску о присуждении истец имеет по отношению к ответчику притязание на исполнение; по иску же о признании – притязание на подтверждение (по Бэру, «признание») правоотношения.

¹ *Bähr, Ist der Begriff der Anspruchsverjährung im Sinne des Entwurfs des B. G. B. beizubehalten? v: Verhandlungen des zwanzigsten deutschen Juristentages, Bd. I, Gutachten, 1889, с. 287–288.*

Против приведенной теории, принятой Мотивами, прежде всего указывают, что такого взгляда не видно в других проектах, предшествовавших тому, который стал засим германским Уставом гражданского судопроизводства. Выяснению этого придают, видимо, важное значение. Не подлежит, однако, сомнению, что мотивы к закону не имеют силы авторитета, догматическая конструкция их необязательна, если даже вошла и в закон. Так говорит проф. *Wach*, и в то же время останавливается тут же на сличении текста различных мотивов. С общенаучной точки зрения гораздо большее значение имеет указание *Wach* на то, что иск о признании не есть иск о присуждении к волеизъявлению; в противном случае это был бы именно иск об исполнении (*Leistungsklage*). Довод в пользу этого усматривает он и в тексте статьи, трактующей об исках этого рода; что слово «*Anerkennung*» употребляется в смысле признания, подтверждения со стороны суда, на это указывает сопоставление употребляемых в этой же статье выражений «признание документа» и «подтверждение неподлинности». Наконец, говорит *Wach*, германский Устав не провел бы идеи реализуемого в процессе о признании гражданского обязательства, *obligatio ad agnoscendum*, не дав вместе с тем нормативных указаний о существе признания, форме его и последствиях¹.

Приведенные соображения, однако, направлены к выяснению того смысла, который надо придавать статьям германского Устава гражданского судопроизводства, трактующим об исках о подтверждении правоотношения. Независимо от этого, нельзя признать вообще приемлемую теорию Бэра и составителей германского Устава 1879 г. Притязание истца по иску о подтверждении правоотношения – если бы только существовало такое притязание – нельзя ни в коем случае квалифицировать как «*Anerkennungsanspruch*».

Для того чтобы можно было принять подобную теорию, необходимо было бы прежде всего установить, что на противной стороне лежит общая обязанность заявлять о своем признании права истца. Но подобного рода обязанности, как это доказал проф. *Leonhard*, не существует. Кто по отношению ко мне, говорит он², имеет право существующее или будущее, тот на этом основании еще никоим образом не имеет по отношению ко мне общего гражданского права запроса. Хозяину дома, например, нет надобности в том, чтобы, подобно правительственному органу, отвечающему на политические запросы народного представителя, давать своим квартирантам сведения о том, как он думает об установленных законом сроках предварения об отказе от квартиры в данной местности, считает ли он себя обязанным починять за свой счет всякую печку, которая неисправно топится, и т.п. К такой услужливой словоохотливости государство никого не обязывает. Кто не протестует против чужого права и даже не заявляет без

¹ *Wach*, Feststellungsanspruch, S. 6–7.

² *Leonhard*, Der Anspruchsbegriff des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich v: Zeitschrift für deutschen Civilprozess, 1890, т. 15, с. 348.

основания своих прав, но по всем этим пунктам хранит молчание, тот не может быть путем запроса о подтверждении подвергнем тягостному исследованию его мнений о подобных вещах. Только там, где молчание является «красноречивым», ибо хранящий его мог бы говорить и должен был бы (например, при упорном воздержании от ответа на напоминательное письмо и т.п.), оно приравнивается к речи и может быть допустимо как повод к иску о признании. Если теория, высказанная в Мотивах к германскому Уставу гражданского судопроизводства, встречала сочувствие в свое время, то нельзя сказать того же о последующем времени. Позднейшим исследователям приходится, однако, принимать все меры для того, чтобы разрушить связь между буквою закона и объяснениями его составителей, как это показывает, например, приведенная попытка Ваха, и показать возможность и необходимость иной теории для правильного разумения и применения исков о подтверждении правоотношения.

В настоящую пору теория Мотивов не встречает поддержки. Считают, наоборот, общепризнанным, что путем исков о подтверждении правоотношения не создано нового материального права на подтверждение со стороны противника, ибо подтверждение производится не им, но судом¹. Осуждается вообще и самая идея различия притязаний, смотря по тому, осуществляется ли оно путем иска о присуждении или же иском о подтверждении правоотношения².

То обстоятельство, однако, что отвергаемая ныне теория разделялась под влиянием Бэра составителями проекта германского Устава гражданского судопроизводства, не прошло бесследно. Видимым отражением такого взгляда явилась редакция ст. 322 (прежде ст. 293) германского Устава гражданского судопроизводства. Решения, сказано здесь, лишь постольку могут вступать в законную силу, поскольку разрешают вопрос о притязании, предъявленном путем иска. Опасаясь либо впасть в противоречие с законом, либо прийти к нежелательному заключению об изъятии от действия законной силы решений по иску о правоотношении, некоторые склонялись к теории «двоедушия» – находили, что и в иске о правоотношении, как и в иске о присуждении, *надо* видеть притязание, предъявляемое посредством иска³.

¹ *Gaupp, Stein, Civilprozessordnung, Bd. I, S. 534.*

² Над таким делением иронизируют, называя его теорию «двоедушия» (*Zweiseelentheorie*) (см.: *Westerburg* в: *Gruchot's Beiträge*, т. 26, с. 453; см. также: *Kroll, Klage und Einrede*, с. 56 (сн. 9)). Тем не менее и недавно еще проф. *Canstein* высказал, что в негативных исках о признании выражается «*Anerkennungsanspruch gegen den Gegner*», т.е. «*Anerkennung des Nichtbestehens eines Rechtes des Gegners*», «*negativer Anerkennungsanspruch*» (*Canstein, Das Zivilprozessrecht, 1905*, с. 130 (сн. 3), с. 134).

³ *Rocholl* в: *Zeitschrift für deutschen Civilprozess*, т. VIII, с. 355–356. Это влияние теории Мотивов на учение об исках о признании отмечает и *Kayser*: «*Dieser irrigen Anschauung ist durch die Motive zu dem jetzigen § 231 (256) C. P. O., welche von einem «selbständig verfolgbar» Ansprüche auf Feststellung» reden, ein nicht geringer Vorschub geleistet worden*» (*Arch. f. civ. Praxis*, т. 70, с. 458).

К такому выводу еще недавно пришел *Kleinfeller*. Законную силу, говорит он, приобретает лишь решение о притязании, заявленном посредством иска. Иски о подтверждении правоотношения введены в целях достижения решений, обладающих законною силою. Если же так, то и путем иска о подтверждении правоотношения заявляется притязание. Не существует ни публично-правового притязания на подтверждение в смысле притязания на защиту права (*Rechtsschutzanspruch*), ни частноправового притязания на подтверждение как результата материального правоотношения. Наоборот, допуская иск о подтверждении правоотношения, процессуальное право дает правовое средство (*einen Rechtsbehelf*), предполагающее, что истец, утверждающий несуществование правоотношения, может требовать от ответчика *премепевать спор* (*Duldung des Bestreitens*) и что истец, утверждающий существование правоотношения, может требовать от ответчика воздерживаться от спора (*Unterlassung des Bestreitens*). Следовательно, истец по иску о подтверждении правоотношения выставляет (*behauptet*) притязание к ответчику, направленное на то, чтобы он что-либо претерпел или от чего-либо воздерживался¹.

Пассивное отношение ответчика к истцу вложил в содержание притязания последнего к первому и *Leonhard*². Условием допустимости исков о признании, говорит он, является не общая обязанность признания, но *общая обязанность не делать* неосторожно или нарочно известного рода *заявлений*. Для меня, объясняет он, совершенно безразличная вещь – признание моих прав или моей свободы от обязанностей. Пусть другие об этом думают и говорят еще столько же – *habeant sibi*, – если это только не правда. С точки зрения гражданского права слово ближнего лишь тогда становится неудобным, когда оно мешает нам в осуществлении права. Это имеет место лишь при процессуальных заявлениях. По принципу «*audiatur et altera pars*» каждый недобросовестный может причинить крупнейшие неправомерные затруднения. Это есть опасность, от которой предостерегает особое притязание. *Leonhard* дает ему название «*Präjudicialanspruch*». Это притязание направляется к тому, чтобы путем присуждения *заставить ответчика не повторять на суде своих внесудебных заявлений*. *Притязание*, следовательно, идет не на признание, но на *воздержание от* заявлений на суде³.

При такой, однако, конструкции, как у *Leonhard* и *Kleinfeller*, притязание, которое они видят у истца к ответчику по иску о подтверждении правоотношения, есть не что иное, как притязание на определенное исполнение со стороны

¹ *Kleinfeller*, Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts, 1905, с. 264.

² *Leonhard*, cit. в: Busch's Zeitschrift, 1890, т. 15, с. 349.

³ Иски о признании, говорит *Leonhard* в другом месте (*Der allgemeine Theil des bürgerlichen Rechts*, 1900, S. 197), направляются к тому, чтобы вынудить у ответчика *ein Unterlassen*, а именно неучинение всякого дальнейшего протеста (*Widerspruch*) против содержания иска.

ответчика. Это они и признают, прямо говоря, что *Feststellungsanspruch* есть *ein Leistungsanspruch*, а решение по иску о подтверждении правоотношения заключает *присуждение к исполнению*¹.

Но таким образом *Leonhard* и *Kleinfeller* сами же делают очевидным, что их теория извращает то явление, для объяснения которого она создана. Сущность решения по иску о признании, или, иначе, о подтверждении правоотношения, как выше установлено, в том и заключается, что в таком решении вовсе нет подтверждения существования обязанности ответчика к исполнению. Те же поступки ответчика, которые *Leonhard* и *Kleinfeller* изображают как *Leistung* со стороны ответчика, – несовершение чего-либо вопреки судебному подтверждению – не представляют чего-либо, к чему ответчик присуждается; это не больше, чем результат логических соображений ответчика, признающего бесполезным продолжать прежний свой образ действий, коль скоро подтверждено существование правоотношения и можно ожидать, что благоприятным для истца будет исход и процесса по иску о присуждении.

Если бы, несмотря на последовавшее подтверждение правоотношения, вопреки ясной перспективе благоприятного для истца будущего решения по иску о присуждении, ответчик своим поведением снова, как и до предъявления исцом иска о признании, допустил что-либо не согласующееся с правовым положением истца, это было бы правонарушение. Следовательно, если бы решение по такому иску можно было рассматривать как решение о присуждении к исполнению, это присуждение относилось бы к воздержанию от совершения правонарушения. Но такого рода воздержание, как это отметил уже *Hellmann*², возражая против приведенной теории *Leonhard*, не может быть предметом обязательства по той простой причине, что обязанность к несовершению правонарушений лежит на всяком без существования особого обязательства и присуждения к исполнению его. Не красть или не причинять вреда нельзя рассматривать как исполнение по обязательству. Нельзя равным образом смотреть так и на неучинение ответчиком посягательств на правовую позицию истца либо невступле-

¹ *Kleinfeller* в: *Zeitschrift für deutschen Civilprozess*, 1905, т. 34, с. 375. *Leonhard* (l. c.), квалифицируя притязание истца к ответчику по иску о подтверждении правоотношения как притязание на исполнение, предлагает засим не различать вовсе притязаний на подтверждение и притязаний на исполнение. Вместо этого, по его мнению, надо установить такое деление: 1) притязания с целью немедленно достижимого исполнения и 2) притязания без такой цели. Эти последние и будут представлять те притязания, которые есть у истца к ответчику по иску о подтверждении правоотношения. Эти притязания засим делит *Leonhard* на две категории: притязания, направляемые на будущее исполнение, например на присуждение к платежам, срок для которых наступит в будущем, и притязания с совершенно неопределенными целями исполнения (l. c., S. 352). Резюмируя же свои разграничения, *Leonhard* определяет притязание истца по иску о подтверждении правоотношения как такое притязание, которое направляется на предварительное отклонение позднейшего процессуального заявления, которого с полным основанием можно опасаться (l. c., S. 356–357).

² *Hellmann* в: *Jherings Jahrbücher*, т. 31, с. 127.

ние в лишенный основания спор о праве. Нельзя, следовательно, считать, чтобы в решении по иску о подтверждении правоотношения могло заключаться признание к исполнению и, соответственно этому, чтобы у истца по такому иску было по отношению к ответчику притязание на исполнение.

Но допустим, что притязание истца к ответчику по иску о подтверждении правоотношения можно представить как притязание на исполнение в смысле притязания на недопущение оспаривания гражданских прав истца. В таком случае, правильно говорят¹, неисполнение должно было бы иметь своим последствием обязанность к возмещению вреда. Но следствием наличия притязания такая обязанность не является. Результатом существования подобного рода притязания может быть только судебное решение о том, что правоотношение существует или нет. Поэтому решение по иску о подтверждении правоотношения и не может заключать в себе присуждения к исполнению.

Отвергая совершенно основательно существование такого рода притязания, *Hellmann* все-таки заявляет, что путем исков такого рода *притязание осуществляется*, ибо иначе бы решения по таким искам в силу ст. 293 (ныне ст. 322) германского Устава гражданского судопроизводства не могли бы вступать в законную силу, тогда как именно в этом их единственное значение².

Разобрав значения, которые придает понятию «Anspruch» германский Устав по объяснению *Wach*³, *Hellmann* приходит к выводу, что Устав этот знает понятие лишь в одном-единственном смысле. Но в каком же? Это есть «eine privatrechtlich verliehene Macht zur Herbeiführung einer der Privatrechtsordnung entsprechenden Entscheidung des Gerichts im Sinne des Antrags einer Partei». В таком именно смысле, говорит *Hellmann*, и истец по иску о подтверждении правоотношения предъявляет «einen Anspruch auf Feststellung eines Rechtsverhältnisses»⁴.

Но если прав *Hellmann*, что германский Устав гражданского судопроизводства знает понятие «Anspruch» только в том смысле, как разумеет его *Hellmann*, то в таком случае надо сказать, что германское право вовсе не признает за истцом по иску о подтверждении правоотношения какого-либо притязания к ответчику. Если, как говорит *Hellmann*, притязание есть власть добиться судебного решения, то это притязание может относиться только к суду или к государству в лице его, но отнюдь не к ответчику, ибо не от этого же последнего ждет истец того решения, которого он добивается. Если бы ответчик и мог оказаться для истца полезным в деле получения судебного разрешения вопроса, представив суду, например, необходимые для правильного освещения дела объяснения,

¹ Ibid., с. 128.

² Ibid., с. 129.

³ *Wach*, Handbuch d. deutsch. Civilprozessrechts, с. 293.

⁴ *Hellmann*, I. c., S. 135.

то притязания на это у истца нет, ибо не может лежать на ответчике соответствующей обязанности.

Все попытки объяснить, в чем заключается притязание истца к ответчику по иску о подтверждении правоотношения приходится признать совершенно неудавшимися. Причина этого одна: *такого притязания и быть не может, его нет – нет и надобности в нем.*

Нет здесь у истца притязания к ответчику в смысле *публично*-правовом, ибо если бы ответчик мог представляться обязанным участвовать в процессе, претерпевать действия суда по защите прав истца, это, как и при исках о присуждении¹, могло бы представляться лишь обязанностью перед государством, но не перед истцом. Поэтому у истца по иску о признании, как и по иску о присуждении, есть право только по отношению к государству.

Но по иску о признании нет у истца к ответчику притязания и в смысле *частно*-правовом. Частноправовое притязание истца к ответчику по иску о присуждении составляет как раз предмет судебного рассмотрения. Истец добивается, чтобы суд подтвердил существование этого притязания. В этом именно смысле только и можно разуметь выражение: истец по иску о присуждении осуществляет частноправовое притязание к ответчику. Имея по отношению к нему право требовать исполнения чего-либо, истец добивается, чтобы и суд подтвердил, что такое право существует.

Точно так же, как и по иску о присуждении, предметом судебного рассмотрения является частноправовое притязание истца к ответчику, предметом рассмотрения по иску о признании является правоотношение. При исках последнего рода не может быть и речи об осуществлении истцом частноправового притязания к ответчику, ибо таковое вовсе не подлежит здесь и обсуждению. Если же говорят о притязании истца к ответчику по иску о признании, то забывают, что самое существо исков данного рода в том именно, что предметом рассмотрения по ним является только правоотношение, но отнюдь не частноправовое притязание истца к ответчику. *Нельзя* здесь поэтому и *говорить, чтобы истец осуществлял своим иском такое притязание.*

В притязании подобного рода *нет и надобности.* Для того чтобы добиться судебного подтверждения одного лишь правоотношения, достаточно иметь право на иск в смысле права обращения к государству в лице суда за помощью в виде подтверждения существования или несуществования данного правоотношения. Рельефно обрисовывается правильность такого взгляда в применении к негативным искам о признании. Истец здесь не только не настаивает на каком-либо частноправовом притязании к ответчику, не только не утверждает, чтобы существовало правоотношение, в котором он был участником. Напротив, он заявляет, что данного правоотношения вовсе не существует.

¹ См. об этом выше, [с. 203 сл. № 1 ВГП за 2014 г.].

Цивильное притязание истца, говорит по этому поводу проф. *Wach*, есть предмет позитивного иска о присуждении. Но этого нет при негативных исках о признании. Кто заявляет о посягательстве на его право, а потому требует обладающего законною силою судебного отрицания права, явившегося предметом похвалы, не заявляет отнюдь собственного притязания к противнику – ни притязания на исполнение (обеспечение), ни на действие (признание несуществования права), ни на несовершение (похвальба), ни, наконец, на претерпевание (например, претерпевание решения и его эффектов)¹.

Взгляд, отвергающий существование частноправового притязания истца к ответчику по иску о признании, имеет уже немало сторонников².

II. В праве на иск о признании нет притязания со стороны истца к ответчику.

Практическое значение этого положения обнаруживается в вопросах о давности. Таков прежде всего вопрос о том, теряется ли право на иск о признании, если не будет осуществлено в течение давностного срока. Для решения этого вопроса должно быть установлено, предъявляет ли истец по иску о признании материально-правовое притязание к противной стороне. Если да, то может быть речь и о давностном погашении права на иск о признании, ибо действию давности может подлежать не что иное, как именно материально-правовое притязание³. При отрицании же такого притязания в праве на иск о признании нельзя не отвергнуть и действия давности в таком случае.

¹ *Wach*, Handbuch des deutschen Civilprozessrechts, Bd. I, S. 16. Притязание понимает он здесь в смысле субъективного права, нуждающегося в удовлетворении, в смысле правового домогательства исполнения действия, претерпения, несовершения (*ibid.*, S. 15).

² См.: *Carl Crome*, System des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. I, 1900, S. 551 (сн. 9), 587 (сн. 2–3); *Fitting*, Der Reichs-Civilprozess, 9. Aufl., 1898, S. 202 (сн. 1) (посредством *Feststellungsklage* предъявляется всегда только *Anrecht an das Gericht*, а не *privatrechtlicher Anspruch an den Beklagten*); *Förster-Eccius*, Theorie und Praxis d. heutigen gemeinen preussischen Privatrechts, Bd. I, 1880, S. 259 («zwischen den Parteien besteht in der That kein durch eigene Thätigkeit zu erledigender Anspruch; was man also prozessualisch als Anspruch bezeichnen kann, verlangt lediglich richterliche Feststellung»); *Kauser*, Beiträge zur Feststellungsklage v: Arch. f. d. civ. Praxis, 1886, т. 70, с. 458, 460, 461; *Kroll*, Klage und Einrede, 1884, S. 56 (ср. выше, [сн. 1 на с. 178 № 1 ВГП за 2014 г.]); *Petersen*, Die Civilprozessordnung für das deutsche Reich, 1899, Bd. I, S. 512 (Fn. 4); *Scherling*, Objektiver Umfang der Rechtskraft v: Zeitschrift f. deutsch. Civilprozess, 1903, т. 32, с. 189; *Windscheid, Kipp*, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. I, 1900, с. 167 (сн. 7) (рассматривает иск о признании как «processualisches Gebilde, Anrufung des Richters, oder Recht zur Anrufung des Richters», «ohne das dabei irgend ein Anspruch gegen den Gegner zu Grunde läge»).

³ *Wach*, Feststellungsanspruch, S. 33 («es giebt nur eine Verjährung des *schutzbedürftigen Anspruchs*»); *Windscheid*, Lehrbuch d. Pandektenrechts, Bd. I, 1900, с. 472 и сн.; *Unger*, System des österr. allem. Privatrechts, Bd. II, 1892, с. 436 (сн. 2). *Contra*: *Fr. Eisele*, Wirkung der Klageverjährung bei Obligationen; Anspruchsverjährung oder Klageverjährung? v: Jherings Jahrbücher, 1891, т. 31, с. 379 сл. «Richtet sich die Klageverjährung, – говорит он (*cit.*, S. 412), – gegen den Anspruch», настаивая при этом, что право на иск не есть право процессуальное, но «ein Privatrecht» (*ibid.*, S. 395 сл.); впрочем, он не видит препятствий и к тому, чтобы применять давность к праву на иск даже при понимании его как права процессуального (*ibid.*, S. 409). Не притязание, говорит также *Hermann von Lutzan* (Die Lehre von der Klageverjährung nach Liv-, Est- und Kurländischem Privatrecht, Bd. I, 1904, с. 311 (сн.)), но иск в смысле цивильно-правовом, т.е. *право на иск*, есть

Поэтому, с точки зрения тех, кто в праве на иск о признании видит притязание истца к ответчику, представляется последовательным, если они находят возможным говорить о погашении за давностью права на иск о признании. Отвергая же правильность их основного воззрения, должны мы отвергнуть и вывод. Где нет материально-правового притязания, там не может действовать и погасительная давность. Действию ее поэтому не подлежит и право на иск о признании¹.

Если подлежит действию давности право на иск о присуждении, так и должно быть: иначе и быть не может там, где предметом судебного подтверждения является притязание на исполнение. Коль скоро в течение определенного давностного срока это притязание не было сделано предметом судебного рассмотрения, по истечении этого срока оно не может быть уже подтверждено: иск об этом притязании был бы беспредметным. В таком именно смысле право на иск о присуждении подлежит действию давности. В применении же к искам о признании давность не может оказать такого действия; она не может сделать их беспредметными, коль скоро то, на что давность может влиять, не является предметом подтверждения; давностью погашаются частноправовые притязания – на подтверждение же наличности либо отсутствия их иски о признании не направляются. Давностное погашение права на такой иск представляется поэтому невозможным; противное логически противоречило бы положению: право на иск о признании не включает в себе притязания истца к ответчику².

то, что подлежит давности (см. также: *cit.*, с. 1, 7, 312 (сн.) и др.). Судя по указаниям автора (с. 7 и 255 (сн. 3)), можно ожидать во втором томе дальнейшего развития этой мысли и применения ее к вопросу об исках о признании, которые, по праву, действующему в Прибалтийских губерниях, полагает он, подлежат действию давности (с. 255). Чрезвычайно богатое содержание и научный интерес первого тома заставляют желать скорейшего выхода в свет и обещанной автором части, равно как и появления его почтенного труда на русском языке.

- ¹ Иной взгляд на применение давности к искам этого рода стоял бы в противоречии с природою давности. Нельзя поэтому согласиться с тем мнением, что при последовательном проведении теории притязания пришлось бы оказаться в затруднительном положении в вопросе о давности исков о признании (*H. v. Lutzan, cit.*, с. 310 (сн.)). Разумеется, понятие притязания к ним неприменимо. Если же так, то вывод лишь один: нет места здесь и для действия давности.
- ² Таким доводом не раз уже подкреплялось положение «Feststellungsklage verjährt nicht» (см.: *Wach, Feststellungsanspruch*, S. 33; *Kauser, Beiträge z. Feststellungsklage* в: *Arch. f. d. civ. Praxis*, т. 70, с. 460–461; *Kipp* в: *Windscheid's Lehrbuch d. Pandektenrechts*, Bd. I, S. 474 (сн. 4) (неприменимость давности в данном случае, особо подчеркнута здесь, не есть исключение: иски эти не подлежат давности по той причине, что не являются вообще притязаниями в том смысле, в каком разумеется это в учении о давности); см. также: *Gaupp, Stein, Die Civilprozessordnung*, Bd. I, S. 544 (п. VI); *Flechtheim* в: *Busch's Zeitschrift*, т. 25, с. 437). Неприменимость давности к искам о признании отмечена и в Мотивах к Германскому гражд. уложению (*Motive z. d. Entwürfe d. bürgerl. Gesetzbuchs f. d. deutsche Reich*, т. I, 1888, с. 295). Это считается господствующим мнением (см.: *Leonhard, Der Allgemeiner Theil d. bürgerl. Gesetzbuchs*, 1900, с. 229). Указанное соображение привело к тому же выводу и Баварский верховный суд (*Seuffert's Archiv*, 1899, т. 54, № 208). В противоположном смысле высказывается *Hanausek*, но, очевидно, потому, что иски о признании представляет как иски, направляющиеся на подтверждение наличности или отсутствия именно притязаний (*Dr. Hanausek, Ist der Begriff der Anspruchsverjährung im Sinne des Entwurfs beizubehalten?* в: *Verhandlungen des XX. deutschen Juristentages*, Bd. I, 1889, с. 327); давностному же погашению, и по его мнению, подлежит материально-правовое притязание (*ibid.*, S. 328).

Принципиальная недопустимость применения давности к искам о признании встречает поддержку и в иных соображениях.

Против допущения действия давности в данном направлении говорят *условия возникновения* права на иск о признании.

Коль скоро есть налицо юридический интерес к немедленному подтверждению, есть и право на такой иск. С прекращением этого интереса прекращает свое существование и право на иск. Уже на этом основании, говорят, и не может быть речи о погашении права на такой иск за давностью. Если бы в данный момент существовал интерес к *немедленному* подтверждению, а иск *долгое время* оставался непредъявленным, тем самым было бы доказано, что интерес к *немедленному* подтверждению погашен, хотя бы давностный срок не истек и наполовину¹.

С такой точки зрения не было бы и *надобности* в применении давности к праву на иск о признании, так как право это прекращалось бы раньше истечения давностного срока. Если интерес к иску надо было бы понимать в буквальном смысле интереса к «*немедленному*» подтверждению, то «немедленность» не могла бы представляться необходимою в течение давностного срока; если же интерес прекратился бы раньше истечения срока, то к тому времени не надо было бы и возбуждать вопроса о давности, так как и без того не могло бы быть предъявлено иска о признании за отсутствием интереса, обуславливающего существование права на такой иск.

Но и в том случае, если интерес, обуславливающий право на иск о признании, не относить к «*немедленному*» подтверждению, применение давности к иску, направленному на подтверждение наличности или отсутствия *только правоотношения*, представляется все-таки ненужным. Если нет больше интереса к этому подтверждению, прекращается и существование права на иск за отсутствием требуемого условия, хотя бы срок давности далеко не истек. Если же юридический интерес к подтверждению правоотношения продолжает существовать, существует и право на иск, им обуславливаемое. Только с прекращением интереса к иску могло бы прекратить свое существование право на иск. Применение давности в данном случае могло бы иметь место не иначе как через применение ее к интересу. Если бы за давностью мог прекратиться интерес, могло бы прекратить существование и право на иск, так как не было бы налицо условия, требуемого для его существования. Но говорят о давностном погашении не интереса, а права, им обуславливаемого. Интерес же не погашается – он лишь утрачивается, хотя бы и не прошло давностного срока. Пока же этого нет, продолжает существовать и право на иск, им обуславливаемое. За давностью оно могло бы быть погашено лишь в том случае, когда бы направлено было на подтверждение

¹ *Hellmann*, Können Feststellungsklagen verjähren? в: Arch. f. d. civil. Praxis, 1895, т. 84, с. 146 сл.; см. также: Klagrecht, Feststellungsklage und Anspruch в: Jherings Jahrbücher, 1891, т. 31, с. 117; в этом же смысле: *Regelsberger*, Pandekten, S. 658 (сн. 3).

гражданского права, погашенного давностью. Иск о признании не касается такого права. Неуместно и применение к праву на такой иск давности.

Не подлежа давностному погашению само по себе, право на иск о признании может прекратить, однако, свое существование в силу *рефлекторного действия давности*, повышающей притязание, обусловливаемое наличием данного правоотношения. Если такое притязание не будет осуществлено в течение давностного срока, оно в силу этого погашается. И если подтверждение правоотношения могло бы представлять юридический интерес лишь потому, что обеспечивало бы осуществление в будущем такого притязания, то, само собою разумеется, с погашением этого притязания не может существовать и юридического интереса к подтверждению данного правоотношения. Подтверждение его не могло бы обеспечить осуществления притязания, погашенного давностью. Если бы поэтому и был юридический интерес к иску о признании и, следовательно, существовало право на такой иск, это право перестало бы существовать, ибо не было бы наличие обусловливающего его юридического интереса. Но такой результат получился бы не в силу того, что право на иск о признании подлежало бы непосредственно действию давности, но лишь в силу того влияния, которое может быть оказано на наличие юридического интереса к подтверждению правоотношения давностным погашением притязания, обусловливаемого этим правоотношением.

Рефлекторное действие давности на иск о признании может иметь место несмотря на отсутствие у истца какого бы то ни было частноправового притязания к ответчику. Неправильным представляется то объяснение действия давности в данном случае, которое дает Оттон Бэр. По его взгляду, истец по иску о признании имеет притязание к ответчику; это есть притязание на обеспечение¹. Но оказывается, что притязание это есть лишь добавление (*Anpexum*) к главному притязанию на исполнение, а потому оно хотя и подлежит давности, но *давности несамостоятельной*².

Из дальнейших объяснений его обнаруживается, что под «несамостоятельной давностью» он понимает не что иное, как именно рефлекторное действие на иск о признании давности, погашающей притязание, которое могло бы быть предметом подтверждения по иску о присуждении. Позитивный иск, говорит Бэр³, несомненно, не может быть больше предъявлен, если погашено давностью притязание, которое надо было бы подтвердить. Разве можно было бы, спрашивает он, допустить в 1912 г. иск о признании, если сумма, данная займы в 1880 г., осталась в течение 30 лет не потребованною назад? Я не могу представить, отве-

¹ Об этом см., выше с. 183–184.

² *Bähr*, Gutachten über die Frage: Ist der Begriff der Anspruchsverjährung im Sinne des Entwurfs des BGB beizubehalten? в: Verhandlungen d. XX. deutsch. Juristentages, Bd. I, 1889, S. 288.

³ *Ibid.*, S. 288–289.

чает он, чтобы такой иск был допустим. Позитивный иск, выводит он отсюда, *погашается давностью с погашением притязания*, на подтверждение которого он направлен.

Но для того чтобы объяснить влияние давности частноправового притязания на иск о признании, нет никакой надобности признавать за истцом притязание к ответчику, ставя это притязание в зависимость от другого, заявляемого по иску о присуждении. О таком притязании истца к ответчику, как выше показано, не может быть речи. Если же нет здесь такого притязания, было бы немыслимо и применение давности: не было бы предмета, на который она могла бы оказывать свое действие. Если, однако, право на иск о признании может иметь субсидиарное значение для иска о присуждении, то и, наоборот, невозможность этого последнего иска за давностным погашением предмета подтверждения оказывает свое рефлекторное действие на возможность иска о признании: после давностного погашения притязания не может быть речи о *юридическом* интересе¹. Непосредственно же давность не может оказывать своего действия в применении к праву на иск о признании, ибо предметом подтверждения здесь не является притязание, но правоотношение. О таком действии поэтому можно было бы говорить лишь при том условии, если бы давностное погашение могло относиться не к притязанию, но к правоотношению.

Но распространить действие давности на правоотношение, подлежащее подтверждению, невозможно. За истечением давностного срока, погашающего существование правоотношения, нельзя было бы предъявить иска о подтверждении наличности этого же правоотношения. Но засим, когда бы у истца возникло право на иск о присуждении, вопрос о существовании правоотношения должен был бы все-таки подлежать судебному рассмотрению: в противном случае суд был бы лишен даже логической возможности дать ответ на иск о присуждении². Но в таком случае, значит, непредъявление в течение определенного давностного срока иска о подтверждении правоотношения имело бы результатом невозможность удовлетворения и иска о присуждении. Такая перспектива могла бы оказывать давление на истца и побуждать его к предъявлению иска о правоотношении, что едва ли было бы согласно с интересом правосудия, ибо вело бы только к размножению процессов. Самое же допущение исков о подтверждении правоотношения могло бы приобрести значение ловушки для того, кто не воспользовался правом преждевременного (с точки зрения возможности получения от ответчика исполнения) обращения к суду. Между тем основное назначение исков этого рода как раз противоположно: дать истцу возможность обеспечить для

¹ Так и *Regelsberger* (Pandekten, Bd. I, S. 658 (сн. 3).

² Допущение давности в применении к праву на иск о признании, правильно отмечает *Hellmann* (cit. в: Arch. f. d. civil. Praxis, т. 84, с. 148–149), привело бы к абсурдному выводу, что вследствие давности было бы невозможно подтверждение наличности правоотношения, а иск о присуждении на основе того же самого правоотношения был бы уместен.

себя будущее исполнение и приобрести уверенность в силу этого в настоящем своем правовом положении.

Допустимость здесь действия давности стояла бы в противоречии и с основным значением исков о признании. Если допустить здесь действие давности, это привело бы к невыносимым последствиям. За давностью могло бы прекратиться право на иск о признании, а между тем не возникло бы еще права на иск о присуждении. Таким образом, мог бы наступить такой период времени, когда бы лицо, которое могло бы впоследствии предъявить иск о присуждении, было лишено возможности воспользоваться тем средством предварительного обеспечения, которое представляет иск о подтверждении правоотношения. А между тем – правильно указывалось не раз – значение иска о признании в том и заключается, чтобы вести к устранению сомнений *во всякое время*, когда бы только оказался налицо юридический интерес¹. Таким образом, не говоря уже о соображениях принципиального свойства, препятствующих возможности применения давности к праву на иск о признании, против допущения ее здесь говорит и практическая необходимость².

III. Иск о признании, не направляясь на подтверждение наличности притязания, не может ввиду этого оказывать влияние и на погашение давностью права на иск о присуждении. *Течение давности*, погашающей право на этот последний, не может быть прервано иском о подтверждении наличности или отсутствия правоотношения, с существованием которого была бы связана наличность права на исполнение, представляющего предмет подтверждения по иску о присуждении. Различие в предмете подтверждения в обоих случаях приводит необходимым образом и к решению настоящего вопроса. Иск о признании имеет предметом подтверждения только правоотношение. Он не касается ни одного из прав на исполнение, составляющих предмет подтверждения по иску о присуждении. Поэтому предъявление иска о признании не заключает в себе заявления того притязания, относительно которого началось течение давностного срока, и, таким образом, не прерывает давности.

Различие в предмете подтверждения обуславливает собою различие и в целях предъявления исков, и в основаниях обращения к судебной защите. Но не эти, так сказать, производные черты отличия одного иска от другого влияют на решение вопроса о влиянии одного на давность по другому. Предъявление иска о признании не прерывает течения давности, погашающей право на иск о призна-

¹ Motive z. d. Entwürfe d. bürgerl. Gesetzbuchs, Bd. I, S. 295; Wach, Feststellungsanspruch, S. 32; Langheineken, Urteilsanspruch, S. 137; Kayser, cit. в: Arch. f. d. civil. Praxis, т. 70, с. 461–462; проект нашего Гражд. уложения, кн. 1, пол. общ., объяснения, 1903, с. 413.

² Недостаточно поэтому энергично выражается Leonhard (Der Allgemeine Theil d. bürgerl. Gesetzbuchs, с. 229), говоря, что нет практической необходимости допускать действие давности по отношению к искам о признании. Такой необходимости нет, как нет и возможности. Если же возбуждать вопрос о практической необходимости, то она – должно быть отмечено – требует как раз того, чтобы ни в коем случае не допускать здесь применения давности.

нии лишь потому, что является различным в обоих случаях предметом судебного подтверждения¹.

К отрицательному решению вопроса о перерыве давности в данном случае пришла и Комиссия по составлению нашего Гражданского уложения. Она высказала положение, что о погашении давностью можно говорить лишь относительно того *требования*, которое возникает из подлежащего установлению правоотношения. А так как в иске о признании видела Комиссия не форму действительного осуществления права, но обращенное к суду ходатайство, имеющее целью облегчить подобное осуществление лишь на будущее время, то и полагала, что предъявление иска о признании остается без влияния на течение давности, не прерывает ее².

Не стоит в противоречии с таким воззрением и отношение к этому вопросу со стороны Германского гражданского уложения. По ст. 209 его давность прерывается, если управомоченный предъявит иск об удовлетворении или о признании притязания (*auf Feststellung des Anspruchs*). Германское уложение, следовательно, видит в иске о признании один из способов перерыва давности. Но при этом имеет в виду иск о признании *именно притязания*. Об исках же, направленных на подтверждение наличности *правоотношения*, оно не упоминает; такой иск, очевидно, считает оно недостаточным для перерыва давности³. Различие это, однако, надо иметь в виду, ибо для того, чтобы говорить о перерыве давности посредством иска о признании, необходимо разуметь под этим иск о признании притязания, но никак не правоотношения. Насколько правильно вообще говорить об исках о признании *притязаний*, об этом была уже речь раньше⁴. Но влияние на течение давности могли бы оказывать лишь такие иски. Иски же о признании, понимаемые как иски о подтверждении *правоотношений*, не могут представляться способом перерыва давности⁵.

¹ Неточною поэтому представляется мотивировка г. И. Гессена (Журнал Министерства юстиции, 1898, июнь, с. 255). Предъявление иска об установлении, правильно говорит он, не прерывает течения давности признания. Но выводит он это из того, «что и по цели, и по основаниям обращения к судебной защите иски о присуждении и об установлении представляются различными». Правильнее было бы отметить различие лишь в предмете.

² Гражданское уложение, кн. 1, положения общие, объяснит. записка, 1903, с. 412 сл.

³ См.: *Petersen-Anger*, D. Civilprozessordnung, Bd. I, 1899, с. 525 (п. 26).

⁴ См. [с. 221 сл. № 6 ВГП за 2013 г.].

⁵ Неправильностью конструкции исков о признании объясняется и взгляд по данному вопросу, высказанный в германской литературе. Имея в виду, как и Германское гражданское уложение, иски о признании *притязаний*, видят в этом способ перерыва давности по искам о присуждении (см.: *Cosak*, Lehrbuch. d. deutsch. bürgerl. Rechts, Bd. I, 1900, с. 263; *Crome*, System d. deutschen bürgerl. Rechts, Bd. I, с. 516 (сн. 17); *Kroll*, Klage und Einrede, с. 208 (сн. 15); *Struckmann, Koch*, Die Civilprozessordnung f. d. deutsche Reich, 1900, с. 292 (п. 9); *Windscheid, Kipp*, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. I, 1900, с. 486 (п. 2). Неправильно поступает *Leonhard*, говоря, что по Германскому гражд. уложению перерыв давности происходит «auch durch blosse Feststellungsklage», упуская при этом указать на то, что для такового действия необходим иск о признании притязания, а не правоотношения (*Leonhard*, Der allgemeine Theil des bürgerl. Gesetzbuchs, с. 241 (сн. 1)).

Такой взгляд не представляется, однако, общепринятым. В противоречии с ним стоит уже тот взгляд, по которому иск о признании касается особого притязания истца к ответчику. Но и среди тех, кто не видит здесь такого притязания, есть разногласие по вопросу о влиянии иска о признании на давность права на иск о присуждении. Посредством иска о подтверждении правоотношения – признают – не заявляется притязания, из права вытекающего. Тем не менее – настаивают – с предъявлением такого иска прерывается давность, погашающая это право в той мере, в какой прерывалась бы она путем признания правоотношения между сторонами¹.

Но и по такому взгляду, в сущности, не придается иску о правоотношении прерывающего значения для давности права на иск о присуждении. Предусматривается лишь такое положение дела, когда иск о правоотношении приводит к выяснению того, что одна из сторон делает по отношению к другой признание, и это признание, а не предъявление иска о правоотношении парализует течение давности. Следовательно, по такому взгляду, не иск о правоотношении производит перерыв давности, но обстоятельство, случайно обнаруживающееся благодаря такому иску. Между тем, когда идет речь о том, что предъявление иска производит такой перерыв, имеется в виду самый факт предъявления. Факт же предъявления иска о подтверждении правоотношения – не отвергают и *Förster* с *Eccius* – такого действия не производит.

Не может ввиду этого представляться правильной и та точка зрения, на которую встал автор объяснительной записки к проекту новой редакции нашего Устава гражданского судопроизводства. Предъявление иска об установлении, по его взгляду, должно по отношению к тому же ответчику прервать течение давности и относительно требования об удовлетворении. Высказываясь, таким образом, за безусловность перерыва, он счел невозможным не присоединиться к этому взгляду, так как, рассуждал он, опасение пропуска давности составляет законный интерес для предъявления иска об установлении².

Едва ли, однако, основателен такой довод. Для того чтобы опасение пропуска давности могло дать основание для юридического интереса к иску о признании, необходимо было бы установить, что решение по такому иску может устранить опасность такого пропуска. Но для этого надо было бы предварительно выяснить, влияет ли подтверждение наличности правоотношения на течение давности по иску о притязаниях, с этим правоотношением связанных. И только при утвердительном ответе можно было бы сказать, что опасение пропуска давности может создать юридический интерес к иску о признании. Но никак не наоборот. То, что принято Комиссией как довод, само еще требует решения как раз того вопроса, для которого оно выдвинуто в числе соображений.

¹ *Förster-Eccius*, *Theorie und Praxis des heut. gemein. preuss. Privatrechts*, Bd. I, 1880, с. 350.

² Высочайше учрежденная Комиссия для пересмотра законоположений по судебной части, объяснит. записка к проекту новой редакции Устава гражд. судопр., т. I, с. 9 и сл. 1.

Если же так, то и решение вопроса, высказанное в объяснительной записке, не имеет достаточного основания. Но как суждение, бывшее в виду законодательной Комиссии, оно могло бы впоследствии оказать влияние на судебную практику. В лучшем случае практика просто не придавала бы значения такому решению, как соображению, помещенному в проекте законодательного акта по процессуальному, а не материальному праву. Указание на то, как относиться к вопросу о влиянии иска о признании на течение давности, погашающей право на иск о присуждении, должно было бы быть дано в Гражданском уложении. Проект же последнего стоит по данному вопросу на правильной точке зрения. Нет надобности воспроизводить ее и в проекте процессуального Устава¹. Останавливаться на ней в объяснительной записке могло бы иметь значение для того, чтобы в случае приобретения силы закона проектом новой редакции Устава гражданского судопроизводства раньше проекта Гражданского уложения обнаружить вперед отношение этого последнего к данному вопросу. Но для этого должно было бы быть устранено разногласие между проектом Гражданского уложения и объяснительною запискою к проекту процессуального Устава. Без этого согласования указание объяснительной записки могло бы создать для судебной практики крупные затруднения. Оставаясь же на почве ныне действующего у нас материально-гражданского права и не становясь на точку зрения объяснительной записки, наша практика должна была бы разрешать данный вопрос не иначе как в смысле отрицательном, т.е. не придавать иску о признании прерывающего значения для течения давности. Преюдициальные, или установительные, производства, имеющие подготовительное значение для разрешения предстоящего спора, правильно уже отмечалось в нашей печати², по действующему нашему закону, никакого влияния на течение давности не имеют.

§ 3. Распределение доказывания между сторонами по негативному иску

Взаимное отношение сторон в процессе по негативному иску о подтверждении правоотношения представляет собою именно ту черту, которая отличает иск негативный от позитивного. По иску последнего рода истец утверждает о существовании правоотношения, и ответчик отвергает. По иску же негативному, наоборот, позицию истца занимает именно тот, кто отвергает существование

¹ Нельзя поэтому согласиться с г. В. Ф. (Обновление гражданского процесса по проекту новой редакции Устава гражд. судопроизводства, Вестник права, 1900, № 4–5, с. 142), выразившим сожаление, что вопрос о том, прерывает ли предъявление иска об установлении правоотношения течение давности на предъявление иска о восстановлении нарушенного права или иска об исполнении, не разрешен в самом проекте. Как вопрос материального права, здесь он и не должен быть решаем. Но, разумеется, прав г. В. Ф. в своих опасениях насчет тех колебаний практики, повод к которым может дать то обстоятельство, что объяснительная записка останавливается на нем и притом решает в смысле утвердительном.

² Кациельсон, Перерыв давности в: Право, 1905, № 7, с. 483.

правоотношения, и ответчиком является тот, кто утверждает, что такое правоотношение существует. К той же цели, что и по позитивному иску, т.е. к цели авторитетного установления наличия правоотношения, по негативному иску стороны подходят *обратным* движением: кто был бы в первом случае ответчиком, выступает истцом, истец по позитивному иску – ответчиком по негативному¹.

Процессуальная роль сторон по иску о признании, говорит *Wendt*, имеет *решающее значение и для распределения бремени доказывания*; безразличным для данного вопроса, находит он, является то, какую из сторон предъявляется иск о признании; негативный иск возлагает это бремя на истца².

Поддержки в своем мнении ищет *Wendt* в римском праве. Ему, говорит он, были вполне известны как вообще иски о признании, так и двойное их применение: позитивное и негативное. Существо римских исков о признании не отступает от природы современных. Коль скоро же в современном процессуальном праве не выставлено новых правил о распределении бремени доказывания, то и в настоящую пору надлежит следовать римским положениям о бремени доказывания по негативным искам о признании³.

В римском праве, говорит *Wendt*, существовал *принцип*, что процессуальная роль сторон имеет определяющее значение также и в вопросе о тяжести доказывания и лежит она постоянно на истце, независимо от того, имеет *intentio* позитивное направление или же негативное. Кто путем иска добивается подтверждения, должен и представить судье необходимый для решения материал. Кто, следовательно, желает вперед выступить против притязаний противника и с этой целью предъявляет негативный иск о признании, должен сам быть готов к доказыванию и быть в состоянии отстаивать путем доказывания свою *intentio*. А кто располагает необходимыми средствами для доказывания, вынужден поэтому отказаться от собственного предъявления иска и должен ожидать, пока не сделает этого противник, ибо тогда на последнего падает и тяжесть доказывания⁵.

Последователей этого воззрения немного. В недавнее время в пользу него высказались в германской литературе проф. *Franz Leonhard* и в итальянской проф. *Chiovenda*⁶.

¹ «Die negativen Feststellungsklagen, – выражает эту черту негативных исков проф. *Dernburg*, – bewirken eine *Umkehr der Parteistellung*» (Pandekten, Bd. I, 1894, S. 314 (сн. 4)).

² *Otto Wendt*, Die Beweislast bei der negativen Feststellungsklage в: Arch. f. d. civil. Praxis, 1886, т. 70, с. 5.

³ Cit., с. 5–6; см. также с. 2.

⁴ Cit., с. 7.

⁵ С таким положением согласуется и тот вывод, к которому пришел *Oskar Bülow* по вопросу о распределении доказывания по преюдициальным искам. «Ei igitur, – говорит он (*O. Bülow*, De praejudicialibus formulis, 1859, с. 35), – onus probandi incumbit, secundum cujus intentionem formula concepta est; concipitur autem secundum eum, qui causam litis movendae intulit».

⁶ *Leonhard*, Die Beweislast, 1904, с. 438; *Chiovenda*, Saggi di diritto processuale civile, 1904, с. 94–95.

Это же воззрение проводилось проф. *Gaupp* в его комментарии германского Устава гражданского судопроизводства. Но в последние издания продолжатель *Gaupp*, проф. *Fr. Stein* счел необходимым внести существенные изменения по этому вопросу.

Главный довод сторонников этого взгляда – отношение к данному вопросу со стороны римских юристов. Проф. *Wendt* посвятил выяснению этого отношения значительную часть цитированной статьи, специально посвященной проблеме распределения бремени доказывания при негативных исках о признании¹. Но едва ли возможно полное отождествление современных исков о подтверждении правоотношения с римскими *actiones praejudiciales*. Если и не может подлежать сомнению, как установлено выше, что идея исков о признании есть вместе с тем и идея преюдициальных исков, то нет еще оснований думать, что римское право допускало такие иски и для подтверждения отсутствия правоотношений. При таких же условиях нельзя признать довод *Wendt* и его последователей правильным. Для этого должно было бы быть установлено, что способ распределения доказывания, усмотренный им в римских фрагментах, применялся именно к тем данным, которые должны быть в виду при распределении доказывания по негативным искам о признании.

В пользу своего взгляда *Leonhard* приводит как довод требование справедливости, чтобы вред невыяснимой неопределенности падал на истца. Иначе, говорит он, и при взаимных договорах каждый кредитор мог бы отделаться от тяжести доказывания, требуя не позитивного подтверждения своего притязания, но подтверждения отсутствия притязания у противной стороны².

Но и ссылка на справедливость неправильна. Здесь нет такой невыяснимой неопределенности, о которой говорит *Leonhard*, ибо представляется вполне определенным, что такое воззрение идет вразрез с основным назначением исков о признании, а потому и неприменимо.

Для истца иск о признании может представлять значение вполне самостоятельное; такой иск может оказывать свое влияние на материально-правовую сферу истца. Но это влияние достигается благодаря тому, что решение по иску о признании может обладать законною силою и, обладая ею, делает существование или несуществование бесспорным в случае возникновения засим процесса по иску о присуждении. В этой силе решения одного из вопросов возможного в будущем процесса весь смысл исков о признании – как позитивных, так и негативных.

Если бы по негативному иску истец должен был доказывать и наличность у себя юридического интереса к иску, и несуществование правоотношения,

¹ Archiv für die civil. Praxis, т. 70, с. 7–23. Критику толкования фрагментов, предложенного *Wendt*, дает *Harri Hamburger* (Die Beweislast bei der negativen Feststellungsklage, 1894, с. 12 сл.).

² *Leonhard*, cit., с. 438–439.

в таком случае не представление доказательств влекло бы за собою отказ в иске, т.е. решение вопроса в смысле признания правоотношения существующим. Предъяви засим нынешний ответчик по негативному иску иск о присуждении, т.е. иск о праве на исполнение, обусловленном наличием правоотношения, бывшего предметом обсуждения по негативному иску, суд не имел бы права подвергнуть рассмотрению вопрос о существовании правоотношения; не подвергая существование его новому исследованию и не требуя от истца доказательств этого существования, суд должен бы был уважить иск о присуждении. Истец по иску о присуждении чужим трудом одержал бы победу и, быть может, совсем не по праву. Негативный иск о признании оказался бы, таким образом, способом легкого достижения целей для кредитора, который своим провокаторством сумел побудить должника обратиться к негативному иску. Вместо того чтобы по иску о присуждении самому нести бремя доказывания, кредитор воспользовался бы нетерпением своего должника и, вызвав его на негативный иск к себе, перенес бы это бремя на него.

Конечно, если бы желательно было ограничить круг применения негативных исков о признании, то система распределения доказывания, отстаиваемая *Wendt*, была бы верным способом к этому. Только о справедливости надо было бы забыть, коль скоро вводить систему «чужими руками жар загребать». Надо было бы забыть и о том, что иски о признании должны быть средством вперед обнаруживать данные правосудия, средством предварительного и окончательного установления основы для возможного в будущем процесса. Было бы несправедливостью облекать бесспорно-доказательную силою для будущего процесса такое решение, правда которого зависит лишь от того, кто из спорящих первым поднял вопрос об этом перед судом. Если по негативному иску о признании бремя доказывания возлагается на одно лицо, ибо оно является истцом, то по иску о присуждении, подготовленному негативным иском, доказывать должен был бы как раз тот, кто был ответчиком по первому иску. При таких обстоятельствах решения одного и того же вопроса могли бы оказаться как раз противоположными. За недоказанностью в негативном иске было бы отказано и, значит, существование правоотношения *признано*. За недоказанностью же могло быть отказано и в последующем иске о присуждении, значит, существование правоотношения было бы *отвергнуто*¹.

Практические последствия такого рода могли бы обнаружиться и в том случае, если бы, например, против негативного иска о признании ответчик предъявил *встречный иск*. На применение системы Вендта к такому случаю обращает вни-

¹ Как довод против оспариваемой нами доктрины правильно отмечает такую процессуальную возможность *Б.В. Попов* (Распределение доказательств, 1905, с. IV). В негативном иске, представляет он, было отказано по недоказанности должнику, а в последующем позитивном – тоже по недоказанности кредитору.

мание германский Рейхсгерихт¹. Если бы истец по негативному иску, говорит он, должен был доказывать несуществование правоотношения, а встречный истец – существование, то могло бы оказаться, что при неудаче доказывания в обоих случаях в обоих исках было бы отказано. Но таким путем, как отмечено, получалось бы противоречие в суждениях, в данном случае – одного и того же суда, о существовании правоотношения, и, говорит Рейхсгерихт, даже соединение негативного иска со встречным не могло бы привести к выяснению, есть ли данное правоотношение или его не существует.

Такое же противоречие по вопросу о существовании правоотношения получилось бы, как отмечает Рейхсгерихт в цитированном Решении, и в том случае, если бы ходатайство о признании несуществования правоотношения было предъявлено в виде *инцидентного* иска в течение процесса по иску о присуждении, связанному с существованием данного правоотношения. Инцидентный иск, объясняет он, может быть направлен лишь на подтверждение правоотношения, от существования которого зависит решение главного дела. Следовательно, направляется он на постановление решения, которого и без инцидентного иска требует разбор главного дела, но которое без этого иска не могло бы обладать законною силою. Отсюда, выводит Рейхсгерихт, следует, что ожидаемое решение о существовании или несуществовании правоотношения как по главному, так и по инцидентному иску должно быть *тождественным* и потому может последовать лишь на основании одного и того же фактического материала². Коль скоро же по негативному иску бремя доказывания лежит на истце, фактический материал для решения по этому иску будет иной, чем для решения вопроса о существовании того же правоотношения по главному иску. Следовательно, может оказаться два противоречивых решения одного и того же вопроса.

Если же так, было бы насилием над здравым смыслом придавать решению по иску о признании предрешающее значение для исхода дела по иску о присуждении. Следовало бы тогда установить, что такого значения решение по негативному иску о признании иметь не может. Но это противоречило бы тому, для чего именно иски такого рода и необходимы. Если по негативному иску бремя доказывания лежит на данном лице по той лишь причине, что он истец, лишь ввиду его процессуальной роли, смысл свой иск о признании утрачивает.

Господствующее мнение по данному вопросу правильно поэтому исходит из положения, как раз *отрицающего решительное значение процессуальной роли* сторон для распределения между ними бремени доказывания. Такое положение важно для вопроса о доказывании по негативным искам, где процессуальная роль стороны не совпадает с ее материально-правовым положением. По негативному иску лицо, выступающее в качестве ответчика, является таковым лишь

¹ Reichsgerichts Entscheidungen in Civilsachen, 1883, т. 9, с. 343.

² Ibidem.

в смысле процессуальном – в области же материального гражданского права ему принадлежит по отношению к истцу агрессивная роль. И наоборот, истец, занимая положение стороны нападающей, в сущности, лишь обороняет свою свободу в области материально-правовых отношений.

Следующим образом обрисовывает это распределение ролей по негативному иску проф. *Wach*. Истец, говорит он, либо отстаивает право – как собственное, либо опровергает – как чужое. Формально иск есть всегда нападение – материально же он может быть защитой. Это вопрос инициативы, выступает ли управомоченный или же обязанный в качестве истца для заверения в своем праве или для защиты против права, с позитивным либо негативным иском¹.

Обращая внимание на такое разграничение позиций процессуальной и материально-правовой, решающее значение придают именно последней, считая несущественным, каково положение данной стороны с точки зрения процессуальной. Тяжесть доказывания возлагают на сторону нападающую, хотя и выступающую в процессе в роли ответчика. А так как и при исках позитивных доказывание возлагается на обязанность истца не потому, что таково его процессуальное положение, но потому, что он является нападающей стороной с точки зрения материальной, то говорят, что и по негативным искам тяжесть доказывания распределяется так же, как и по позитивным².

Таким образом, распределение доказывания сводят к принципу, который был бы общим для всех исков. По негативному иску о признании тяжесть доказывания не распределяется иначе, как и по иску об осуществлении одно из прав на исполнение, связанных с существованием данного правоотношения. При распределении доказывания по негативному иску не видят надобности в отступлениях от общего правила; уместным считают лишь применение этого последнего³. Иначе и быть не может, ибо и по негативным искам, как и по всяким иным, распределение тяжести доказывания должно зависеть не от распределения ролей сторон в процессе, но прежде всего от того значения, какое представляет для требования стороны подлежащий доказыванию факт⁴. С этой точки зрения нельзя выстав-

¹ *Wach*, Handbuch des deutschen Civilprozessrechts, т. I, с. 13–14. Характерной особенностью подобного процесса, объясняет это изворот в положении сторон *В.В. Попов* (cit., стр. I–III), является то, что здесь атакующим выступает будущий ответчик, атакованным – эвентуальный истец.

² Это положение высказано было составителями германского Устава гражданского судопроизводства (*Hahn*, Materialien, Bd. I, S. 257).

³ В таком смысле категорически высказывается *Kleinfeller* (Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, 1905, с. 318).

⁴ Это правильно отмечают *Gaupp* и *Stein* (Die Civilprozessordnung, Bd. I, S. 543 (п. 5). К этому же подходит и *Betzinger*, указывающий как общий для всех случаев принцип, что каждая сторона должна доказывать выгодные для себя фактические признаки (*Betzinger*, Beweislast, 1894, S. 297, 366). См. также: *Mandry-Geib*, Der civilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze, с. 319 (сн. 29) (в процессе по иску о признании, говорит он, бремя доказывания лежит на той стороне, на которой оно лежало бы, если бы был предъявлен иск об осуществлении).

лять положения, чтобы бремя доказывания по негативным искам всегда лежало на ответчике, как нельзя говорить, чтобы это бремя нес и всецело истец.

Указывая на ответчика как на лицо, на которое падает при негативных исках тяжесть доказывания, большинство исследователей правильно отмечают, что в силу этого истец еще вовсе не освобождается от представления доказательств¹.

Если негативный иск основывается, говорят одни, на *отрицании возникновения* правоотношения, то это должен доказать ответчик; коль скоро же иск основывается на фактах *возражения*, доказывает истец. Если истец опирается на простое отрицание события, заявляемого ответчиком до процесса, говорит просто «этого не было», тогда *ответчик* должен доказывать, что это было. Если же истец заявляет, что данный факт, указанный ответчиком до процесса, был, но не имеет юридического значения, в таком случае не надо и доказывания: в заявлении истца есть уже признание факта. Если же истец заявляет, что указанный ответчиком факт действительно был, но засим последовали события, право уничтожающие, бремя доказывания лежит на *истце*².

При распределении доказывания этих фактов принимается во внимание не процессуальное, но материально-правовое положение стороны. Если доказывание данного факта по негативному иску возлагается на ответчика, то именно потому, что он является здесь стороною нападающею, так сказать, истцом в смысле материально-правовом; для него важно существование правоотношения, ибо с этим связано и право на исполнение. Если истец освобождается от бремени доказывания, то потому, что он лишь обороняется от материально-правового нападения со стороны противника.

Есть, однако, область фактов, распределение доказывания которых стоит в зависимости именно от процессуального положения данной стороны. Это те факты, которые обуславливают наличность права на иск. А так как право на иск обуславливается наличностью юридического интереса, то это факты, обосновы-

¹ Без этого добавления говорят о тяжести доказывания, лежащей при негативных исках на ответчике, немногие (см.: *Willenbücher*, Grundriss des Prozess- und Zwangsvollstreckungsverfahrens, 1900, с. 14 (сн. 2); *Kisch* в: *Zeitschrift für deutschen Civilprozess*, 1900, т. 28, с. 222; *Schlichter*, *ibid.*, 1900, т. 27, с. 193).

² В этом смысле высказываются: *Crome*, System d. deutsch, bürgerl. Rechts, Bd. I, с. 590 (сн. 17); *Fitting*, Der Reichs-Civilprocess, 9. Aufl., с. 205 (сн. 11); *Gaupp, Stein*, Die Civilprozessordnung, Bd. I, с. 543 (п. 5); *Hellwig*, Lehrbuch d. deutsch. Civilprozessrechts, с. 380 (сн. 6); *Kroll*, Klage und Einrede, с. 293 (ср. с. 60); *Neumann*, Commentar z. d. Civilprozessgesetzen, Bd. I, с. 539; *Ott*, Die Feststellungsklage в: *Allg. österr. Gerichtszeitung*, 1899, № 6, с. 42; *Plank*, Lehrbuch d. deutsch. Civilprozessrechts, Bd. II, S. 20; *Struckmann, Koch*, Die Civilprozessordnung, 1900, с. 292 (п. 8); *Weismann*, Lehrbuch des deutsch. Civilprozessrechts, Bd. I, 1903, с. 126; *Die Feststellungsklage*, 1879, с. 164; *Juristische Wochenschrift*, 1881, с. 67–68. Такой же способ распределения доказывания по негативным искам принят и германским Рейхсгерихтом (см.: *Reichsgerichts Entscheidungen in Civilsachen*, т. 14, № 23, с. 91; *Gruchot's Beiträge zur Erläuterung d. deutsch. Rechts*, 1882, т. 26, с. 839–840 (это же решение см. в: *Seuffert's Archiv*, т. 37, № 2).

вающие такой интерес. Бремя доказывания их лежит *всегда* на том, кто процессуально является истцом.

Для решения вопроса о распределении тяжести доказывания при негативных исках, правильно указывает *Flechtheim*¹, необходимо различать две стадии: предварительное производство (*Vorverfahren*), т.е. предварительное исследование процессуальных условий наличия права на разбор и решение дела по существу в данном конкретном процессе, и засим производство по существу дела (*Sachverfahren*).

Наличность процессуальных условий должна быть доказана истцом; в этой стадии предварительного производства решающее значение в вопросе о распределении тяжести доказывания имеет формальное положение данного лица как истца. При производстве же дела по существу руководящее значение имеет материальная роль лица как стороны нападающей (*Angreifer*)². Что касается этого производства, то неправильно, полагает *Flechtheim*³, выставять принципом, что истец как таковой обязан представлять доказательства. К этому обязан он лишь в том случае, когда он есть сторона *нападающая*, *actor* в смысле материальном, и только в той мере, в какой он является в такой роли, т.е. тогда, когда он заявляет субъективное право, будь то материально-правовое притязание либо процессуальное право, или же приводит другие факты, которые представляли бы его правовое положение по отношению к положению ответчика более благоприятным, как, например, возражение, причем и здесь безразлично, является ли оно по природе своей материальным либо процессуальным.

Но, поясняет *Flechtheim*, в тех же точно пределах падает тяжесть доказывания и на *ответчика*. Для распределения тяжести доказывания руководящим является материальное право, а это последнее принимает во внимание не формальное положение стороны, но материальную роль нападающего. Поэтому в том случае, когда истец путем своего иска протестует против права, приписываемого себе ответчиком, то ответчик, а не истец должен доказать факты возникновения в случае действительного оспаривания. В этих случаях по существу дела истец есть тот, на кого нападают (*der Angegriffene*), а ответчик есть *actor*⁴. Согласно этому, по теории *Flechtheim*, при негативном иске, как заключающем в себе протест, на ответчике, который настаивает на существовании, например, требования по займу, лежит обязанность доказать факты возникновения, а на истце – обязанность доказать факты, праву препятствующие и право уничтожающие⁵.

¹ *Flechtheim*, Die Struktur der negativen Feststellungsklage в: Busch's Zeitschrift, т. 25, с. 420 сл.

² Cit., с. 425.

³ Cit., с. 423.

⁴ Cit., с. 424.

⁵ Cit., с. 442.

Мысль о необходимости отделения фактов предварительного производства от фактов, подлежащих доказыванию в производстве главным или по существу, и засим о применении к этим двум категориям фактов различных приемов распределения тяжести доказывания высказал и *Рейхсгерихт*.

Процесс по иску о признании, говорит Рейхсгерихт¹, можно представлять себе разделенным на *предварительное* производство, имеющее своим предметом допустимость иска, и сейчас же следующее за ним производство *главное*, охватывающее разбирательство о существовании или несуществовании правоотношения. Поскольку речь идет о *предварительном* производстве, единственным предметом доказывания со стороны *истца* является наличие у него юридического интереса к подтверждению. Как распределяется бремя доказывания в *главном* производстве, это, согласно вышеизложенному, не зависит от роли сторон, но лишь от *материального* положения дела.

Отсюда Рейхсгерихт выводит такое заключение. Если иск направлен на подтверждение *несуществования* правоотношения, на существовании которого настаивает ответчик, *ответчик* же, коль скоро он вообще желает упорствовать, должен представить доказательство установления правоотношения. Это бремя доказывания ответчика может, однако, благодаря содержанию искового требования оказаться уже *фактически устраненным*. Если из того, что приведено истцом, обнаруживается, что истец не отвергает возникновения правоотношения, но желает оправдать оспаривание существования его лишь ссылкой на обстоятельства, благодаря которым оно уничтожено, то остается только произвести разбор и постановить решение об указанном со стороны *истца* и им доказанном уничтожении правоотношения².

При распределении доказывания, таким образом, необходимо иметь в виду прежде всего факты, которые должны быть во всяком случае доказываемы всегда истцом: это факты, обосновывающие юридический интерес, а следовательно, и право на иск. По отношению же к разбирательству дела по существу вывод может быть сделан только в отрицательной форме: при негативном иске тяжесть доказывания не лежит непременно на истце, равно как не лежит она всегда и на ответчике. Нельзя, однако, сказать, чтобы это бремя по негативному иску лежало всегда на ответчике. Это в такой же мере было бы неправильно, как и по иску о присуждении возлагать бремя доказывания всегда на истца. Факты, обосновывающие право на иск, обязан, конечно, всегда и везде доказывать истец. Факты же, относящиеся к существу вопроса, подлежащего обсуждению, – иначе говоря, факты, входящие в состав основания иска, – не могут быть возложены по позитивному иску непременно на истца, равно как по негативному иску – непременно на ответчика³.

¹ Reichsgerichts Entscheidungen, 1883, Bd. IX, S. 339–341.

² Cit., с. 341.

³ Правильно поэтому поступает Б.В. Попов (cit., с. IV), отмечая, что истцу в негативном иске надлежит доказывать предварительно юридический интерес. Дальнейшее, однако, его положение

Распределение бремени доказывания должно производиться в зависимости от предмета доказывания. Факты, обосновывающие возникновение правоотношения и в силу этого представляющиеся по своему юридическому значению правопроектирующими, доказывает тот, кто заинтересован в существовании правоотношения. По негативному иску таким лицом является *ответчик* – на нем и лежит доказывание фактов этого рода. Если же доказыванию подлежат факты, препятствующие существованию правоотношения и представляющие собою основание для возражения против этого существования, доказывает их тот, кто защищает себя от материально-правовых притязаний другого. По негативному иску таким лицом является *истец* – он и должен доказывать факты данного рода.

Поэтому по негативному иску порядок доказывания должен быть таков. Прежде всего истцу надлежит доказать факты, обосновывающие наличие у него юридического интереса к иску, как обуславливающего право на иск. Только при доказанности этих фактов может быть речь о распределении доказывания по существу дела. Если истец отвергает существование правоотношения, как невозникшего, на ответчике лежит тяжесть доказывания фактов возникновения его. Если же истец, не отвергая, что правоотношение некогда возникло, утверждает, что его больше не существует, бремя доказывания должно лежать на нем точно так же, как в первом случае оно переходит на него во второй очереди.

Таким образом, предъявление иска в негативной форме не изменяет распределение доказывания. Как по позитивному иску о признании, так и по негативному бремя доказывания распределяется в зависимости от юридического значения факта, подлежащего доказыванию, и от материально-правового соотношения между сторонами, а не от процессуальной их роли. Ввиду этого по негативному иску не на истце непременно лежит бремя доказывания, но в зависимости от указанного оно может лежать и на ответчике.

Когда негативный иск направлен на подтверждение отсутствия правоотношения, *как вовсе не возникшего*, доказыванию подлежит факт возникновения. Доказывание его должно лежать на той стороне, которая его указывает. В противном случае получилось бы несоответствие с тем значением, которое имеет решение, отказывающее истцу в его негативном иске.

Окончательный отказ в негативном иске, как установлено¹, равен утвердительному ответу на соответствующий позитивный иск о признании; иначе говоря, окончательный отказ в негативном иске подтверждает существование правоотношения с такою же силою, как и решение по позитивному иску. Если бы иск негативный направлен был на подтверждение несуществования правоотношения, как никогда не возникшего, а бремя доказывания возложено было бы на истца, то отказом ему в иске за непредставлением с его стороны доказательств

«последующая судьба процесса стоит в связи с доказываниями уже ответчика» (*ibid.*) может быть признано правильным лишь в том смысле, что бремя доказывания в этом случае может лежать на ответчике, но не лежит непременно.

¹ См. [с. 230–231 № 1 ВГП за 2014 г.].

суд подтверждал бы существование правоотношения. Между тем таковое существование никем не доказано. При возложении же бремени доказывания в таком случае на ответчика отказ в негативном иске явился бы, действительно, результатом доказанного ответчиком существования правоотношения, и, таким образом, не получилось бы того ни на чем не основанного подтверждения, которое возможно при ином распределении доказывания.

В том случае, когда негативный иск направлен на подтверждение того, что данного правоотношения *больше не существует*, отказ в подтверждении этого означал бы, что такое правоотношение существует. Если на *истца* возлагать здесь тяжесть доказывания факта, прекратившего существование правоотношения, то за недоказанностью этого суд откажет в иске и тем подтвердит, что правоотношение возникло и не удостоверено последнее его прекращение. Таким образом, значение отказа в негативном иске не будет противоречить действительности.

При таком распределении доказывания в случаях подобного рода не получилось бы противоречия между решениями по негативному иску и соответствующему ему иску о присуждении. В самом деле, если бы был предъявлен последний иск, т.е. иск о праве на исполнение, зависящем от существования правоотношения, которое, как утверждает ответчик, некогда возникло, но в настоящее время не существует больше, в этом случае бремя доказывания лежало бы на ответчике: он должен был бы установить факт прекращения, и истцу было бы отказано в иске о присуждении только в том случае, если бы ответчик представил свои доказательства.

Тот же результат получился бы и в том случае, если бы первоначально о том же правоотношении был предъявлен негативный иск о признании и предстояло установить, что правоотношения больше не существует. Возложив бремя доказывания на то же лицо, которое доказывало бы по иску о присуждении, т.е. в данном случае по иску негативному, на истца, суд уважил бы его ходатайство, если бы он представил тот же доказательный материал, что и в первом случае. Получилось бы в результате подтверждение несуществования правоотношения. Если бы после этого ответчик по негативному иску предъявил со своей стороны иск о присуждении, ему было бы отказано в иске ввиду законной силы решения по первому иску.

Таким образом, не было бы никакого противоречия между результатами, получающимися в случае предъявления только иска о присуждении, и теми результатами, к которым привело бы предъявление предшествующего ему негативного иска о признании правоотношения больше не существующим.

Между тем, если бы по негативному иску о признании правоотношения больше не существующим бремя доказывания должно было возлагаться на *ответчика*, сравнение только что указанных случаев обнаружило бы как раз противоречие.

Если бы ответчик по такому негативному иску не доказал, что правоотношение не прекратилось, суд должен был бы признать его больше не существующим, уважив таким путем негативный иск. Предъяви ответчик, несмотря на неблагоприятный для него исход первого дела, иск о присуждении, т.е. о праве на исполнение, связанном с существованием данного правоотношения, ему было бы *отказано* в присуждении ввиду раньше установленной наличности правоотношения.

Иной результат получился бы в том случае, если бы этому же иску о присуждении не предшествовало названного негативного иска. Истцу, т.е. тому, кто был бы ответчиком по иску негативному, не пришлось бы вовсе нести бремя доказывания: факта возникновения ему не надо доказывать, ибо ответчик его и не отрицает; факт же прекращения правоотношения должен был бы доказывать ответчик по иску о присуждении, возражающий против дальнейшего существования правоотношения. Если бы ему не удалось доказать этого, то правоотношение должно было бы быть признано существующим, и иск о присуждении был бы *уважен*.

Помимо противоречия результатов, которые получаются, если бремя доказывания по негативному иску возлагать здесь на ответчика, против этого говорит и то обстоятельство, что – как показывает только что изложенное – по такому иску доказательный материал будет совершенно иным, чем по иску о присуждении, а между тем решение по первому иску должно иметь *преюдициальное* значение для второго¹.

Наконец, удовлетворение в негативном иске о признании правоотношения больше не существующим подтверждало бы несуществование правоотношения в том смысле, что оно хотя и существовало некогда, ныне *прекратило* свое существование. Если бремя доказывания возлагать на ответчика, то такое решение было бы постановлено в том случае, когда бы ответчику не удалось доказать, что правоотношение, некогда возникшее, *продолжает* существовать. Но, таким образом, решение по негативному иску подтверждало бы прекращение правоотношения, тогда как такое прекращение не доказано – установлено лишь возникновение его и не установлено наступление обстоятельств, которые положили конец дальнейшему существованию правоотношения, не доказано факта прекращения; а это по самому существу факта должно быть сделано не кем другим, как тем, кто указывает на прекращение, т.е. в данном случае именно истцом, утверждающим, что правоотношения больше не существует.

Таким образом, единственно возможным решением вопроса о распределении доказывания между сторонами по негативному иску о признании может быть такое.

Доказывание должно распределяться и в данном случае тем же способом, который применяется к доказыванию по искам позитивным. При этом решающее значение имеет юридическое значение факта, подлежащего доказыванию: если это факт, обосновывающий право на иск, сторона, его доказывающая, определяется процессуальным ее положением; доказывание же фактов основания иска распределяется в зависимости от материально-правового соотношения между тяжущимися.

Иной порядок распределения доказывания по негативным искам о признании и немыслим. Практическое применение его стояло бы в полном противоречии с той силой, которой обладают решения по негативным искам, и с тем отношением, в котором стоят иски о признании к искам о присуждении. Неправильное распределение доказывания обнаружило бы таким путем свою непри-

¹ Об этом см. выше, [с. 233 № 1 ВГП за 2014 г.].

годность, представляясь несогласимым с тем, что стоит в зависимости от самого существования исков о признании.

Выводы

Процессуальной целью иска о присуждении является такое судебное решение, которое бесповоротным образом подтверждает существование у истца права на удовлетворение со стороны ответчика.

По своей процессуальной цели иск о присуждении представляет собою иск о судебном подтверждении, равно как и иск о признании. Иск о признании и иск о присуждении – два вида одного и того же родового понятия. Основное различие между ними заключается в предмете судебного подтверждения.

Иск о признании есть иск о судебном подтверждении наличности или отсутствия правоотношения, которое могло бы служить основанием для частноправового притязания.

Право на иск вообще есть публичное право, обращаемое к государству и удовлетворяемое им через посредство суда путем объективно-правильного решения, обладающего установленною законом силою. К ответчику право на иск не относится; указание же ответчика необходимо для определения того направления, в котором истец добивается ограждения со стороны государства.

Право на иск о признании – один из видов общего понятия «право на иск». Ввиду того практического смысла, который представляет судебное решение по иску о признании, право на такой иск есть право на обеспечение гражданско-правового положения истца. Право на иск о признании может быть правом как на иск подготовительный для возможного в будущем иска о присуждении, так и на иск самостоятельный.

Юридический интерес к иску о признании имеет тот, для кого законная сила судебного решения по этому иску представляет выгоду определения и упрочения материально-правового положения через предупреждение нарушения права и обеспечение возможности беспрепятственного осуществления материально-правовых притязаний.

Юридический интерес к судебному подтверждению есть условие общее как для исков о признании, так и для исков о присуждении. Основанием для возникновения такого интереса может быть не только нарушение права, но и всякое иное обстоятельство, обнаруживающее опасность нарушения права, устраняемую путем судебного подтверждения, и ввиду этого необходимость в таком подтверждении для обеспечения частноправовой позиции истца.

Для наличности юридического интереса нет надобности, чтобы факт, дающий основание для интереса, уже причинил истцу экономический вред либо обнаруживал необходимость предупреждения убытков.

Юридический интерес к тому, чтобы правоотношение было «немедленно» подтверждено, означает интерес к подтверждению правоотношения отдель-

но от связанных с ним прав на исполнение. При таком значении интереса слово «немедленно» является излишним и не препятствует допустимости иска о признании и в ту пору, когда возможно уже предъявление иска о присуждении.

Для возникновения права на негативный иск о признании необходим юридический интерес к подтверждению отсутствия правоотношения, обнаруживаемый фактом похвалбы; для констатирования же интереса достаточно установить лишь факт похвалбы.

Юридический интерес к судебному подтверждению наличия или отсутствия правоотношения есть условие существования права на иск о признании. Соглашением сторон не восполняется отсутствие интереса. За наличием этого условия следит суд *ex officio*.

Условием существования права на иск и по русскому праву является юридический интерес, для наличия которого не требуется непременно ни нарушения права, ни спора о праве. Для допущения исков о признании нет препятствий с точки зрения нашего законодательства; необходимо, однако, специальное указание закона на допустимость их ввиду отсутствия точного определения условий возникновения права на иск.

Противною стороною по иску о признании может быть лишь то лицо, которое либо по заявлению истца, либо по похвалбе самого ответчика является участником правоотношения, наличие или отсутствие которого подлежит подтверждению. Не требуется, однако, чтобы это было непременно то лицо, от которого исходит повод к иску; это обстоятельство практически важно: ответчик, не давший повода к иску, не несет судебных издержек.

Истец по иску о признании не имеет к ответчику притязания ни в смысле публично-правовом, ни в смысле частноправовом. Практическое значение этого обнаруживается в вопросах о давности. Право на иск о признании *не подлежит* действию давности. Предъявление иска о подтверждении наличия или отсутствия правоотношения *не прерывает* течения давности, погашающей право на иск о присуждении, связанном с существованием этого правоотношения.

Взаимное отношение сторон по негативному иску о признании не изменяет того порядка распределения доказывания между сторонами, который применим и по позитивным искам. Решающее значение при этом имеет юридическое значение факта, подлежащего доказыванию. Факты, обосновывающие право на иск, доказывает всегда истец в смысле процессуальном. Относительно фактов, составляющих основание иска, имеет значение материально-правовое соотношение между тяжущимися: факты возникновения правоотношения доказывает тот, кто с точки зрения материального права является нападающим, т.е. по негативному иску ответчик; факты возражения – обороняющийся, по негативному иску – истец.