Основаніе иска

въ составѣ

измѣненія

исковыхъ требованій.

В. М. ГОРДОНЪ

ОСНОВАНІЕ ИСКА

ВЪ СОСТАВѢ

ИЗМѢНЕНІЯ ИСКОВЫХЪ ТРЕБОВАНІЙ.

Ne aliud pro alio.

ЯРОСЛАВЛЬ
Типографія Губернскаго Правленія.
1902.

К

Печатано по опредѣленію Совѣта Демидовскаго Юридическаго Лицея. Директоръ Лицея *С. Шпилевскій.*

4

ПРЕДИСЛОВІЕ.

Нашъ уставъ гражданскаго судопроизводства содержитъ въ себѣ категорическое положеніе: истецъ не имѣетъ права измѣнять по существу свои требованія, заявленныя въ исковомъ прошеніи (ст. 332 и 747 уст. гражд. суд.).

Воспрещается истцу измѣнять искъ также и по иностраннымъ кодексамъ гражданскаго судопроизводства. Такъ и по австрійскому уставу (Civilprozessordnung vom 1 August 1895, ст. 235 и 483). Такое же постановленіе заключается въ ст. 264 и 527 германскаго устава. Не допускается измѣненіе иска и по французскому законодательству; такое правило, спеціально для апелляціонной инстанціи, выражено въ ст. 264 code de procédure civile; несмотря на отсутствіе особаго постановленія, измѣненіе иска не возможно и въ первой инстанціи, такъ какъ въ противномъ случаѣ были бы нарушены, во 1-хъ, основныя требованія французскаго закона о предшествующемъ разсмотрѣнію каждаго иска производствѣ у мирового судьи по вопросу о склоненіи сторонъ къ миру (ст. 48 ibid), и, во 2-хъ, правила о предъявленіи исковаго прошенія (ст. 61 ibid).

Такимъ образомъ, воспрещая измѣненіе исковыхъ требованій, современное законодательство ограничиваетъ истца существеннымъ образомъ въ защитѣ его права. Предъявивъ данное исковое требованіе, истецъ не имѣетъ уже права въ теченіи открывшагося процесса по этому иску отступить отъ него, введя на его мѣсто другой искъ. По новому иску долженъ быть и новый процессъ.

IV.

Какъ въ интересахъ истца, такъ и въ виду тѣхъ встрѣчныхъ интересовъ, ради которыхъ законодательная политика налагаетъ свое veto на права истца, представляется необходимымъ, чтобы такого рода ограниченіе являлось точно опредѣленнымъ. Существенно важно, чтобы истецъ, ограниченный въ правѣ измѣнять искъ, не былъ лишенъ возможности исправить его, коль скоро законодатель этого не воспрещаетъ. Было бы противно закону, если бы установленный имъ запретъ измѣнять искъ распространялся практикою и на измѣненіе такихъ обстоятельствъ, которыя не относятся къ существу иска.

Для предупрежденія случаевъ подобнаго примѣненія правилъ объ измѣненіи иска должно быть извѣстно, въ чемъ именно состоитъ измѣненіе иска.

Было бы неправильно ожидать отъ законодателя отвѣта на такой вопросъ. Leges non decet esse disputantes, sed jubentes. Дать же на поставленный вопросъ отвѣтъ въ видѣ категорическаго велѣнія было бы и не возможно, и не благоразумно. Законодателю пришлось бы предусмотрѣть всю массу особенностей отдѣльнаго случая,—что̀ не возможно. Указать же отвѣтъ для случаевъ, уже возникшихъ на практикѣ, было бы не благоразумно, ибо значило бы предрѣшать отвѣтъ и для случаевъ, быть можетъ, не подходящихъ ни къ одному изъ тѣхъ, въ виду которыхъ было бы внесено въ законъ данное положеніе.

Хотя въ нѣкоторыхъ изъ законодательствъ и имѣются постановленія, опредѣляющія, въ чемъ не заключается измѣненія иска, но эти положенія могутъ быть только казуистичными, а потому и не имѣютъ необходимой полноты.

Отвѣтъ на вопросъ, въ чемъ заключается составъ измѣненія исковыхъ требованій, можетъ быть данъ только судомъ въ примѣненіи къ каждому отдѣльному случаю.

Научныя же изслѣдованія по отношенію къ этому вопросу должны, однако, выяснить, каковы тѣ условія, при наличности которыхъ судъ можетъ и долженъ сказать, что въ случаѣ, подлежащемъ его разрѣшенію, имѣется именно измѣненіе иска.

Составъ измѣненія иска, установлено во введеніи къ настоящей книгѣ, имѣется при условіяхъ наличности опредѣленнаго объема измѣненія, направленнаго или на основаніе иска, или на содержаніе исковаго требованія.

Для того, однако, чтобы судъ могъ констатировать наличность этихъ условій, должны быть установлены тѣ основныя понятія, которыя являются исходными моментами для вывода отвѣта на поставленный вопросъ.

Въ вопросѣ о составѣ измѣненія иска однимъ изъ такихъ понятій представляется основаніе иска,—понятіе, составляющее предметъ постоянныхъ несогласій и въ теоріи, и на практикѣ. Между тѣмъ, правильное разумѣніе этого понятія является непремѣннымъ условіемъ рѣшенія вопроса о составѣ измѣненія исковыхъ требованій. Обойти это понятіе молчаніемъ было бы немыслимо, и если, говоря объ измѣненіи иска, не упоминать объ основаніи иска, это не избавляетъ все-таки отъ необходимости съ нимъ считаться. Между тѣмъ, такъ именно поступаетъ, напримѣръ, наше законодательство. Въ немъ говорится только объ измѣненіи исковыхъ требованій по существу, и не отмѣчается одинъ изъ видовъ измѣненія ихъ—измѣненіе иска черезъ измѣненія его основанія.

Конечно, отсутствіе дефиницій не пробѣлъ въ законѣ. Но изъ умолчанія закона нельзя вовсе заключать, чтобы русская судебная практика могла обходиться безъ понятія основанія иска въ вопросѣ о составѣ измѣненія исковыхъ требованій. Разъ воспрещено измѣнять искъ, введено понятіе

измѣненія иска. Коль скоро же идетъ рѣчь объ измѣненіи такого рода, не обойтись безъ понятія основанія иска.

Коль скоро же понятіе это такъ необходимо для вопроса о составѣ измѣненія исковыхъ требованій, то и представляется заслуживающимъ труда и вниманія произвести пересмотръ ученія объ основаніи иска именно въ примѣненіи къ вопросу о составѣ измѣненія исковыхъ требованій. Попытку выполненія такой задачи и представляетъ предлагаемый трудъ.

Въ первой главѣ настоящей книги изслѣдуется вопросъ о понятіи и значеніи основанія иска. Всѣ высказанныя по этому предмету ученія сводятся къ двумъ направленіямъ. Въ зависимости отъ того значенія, какое придается въ этихъ ученіяхъ юридическому и фактическому элементамъ иска, одно изъ направленій именуется теоріею юридической индивидуализаціи основанія иска, другое—теоріею фактической индивидуализаціи. Отвергнувъ индивидуализирующее значеніе за юридическимъ элементомъ, авторъ присоединяется къ теоріи фактической индивидуализаціи, признавая основаніемъ иска только фактъ или совокупность фактовъ.

Вторая глава посвящена вопросу о томъ объемѣ измѣненія, который отличаетъ именно измѣненіе иска отъ всякихъ иныхъ модификацій его, и, въ частности, вопросу о тѣхъ признакахъ, которые означаютъ наличность объема модификацій, необходимаго для состава измѣненія основанія иска. Разобравъ попытки установить критерій объема измѣненія, авторъ приходитъ къ выводу, что основаніе иска является измѣненнымъ лишь тогда, когда вслѣдствіе модификацій, на искъ направленныхъ, произойдетъ перемѣна въ предметѣ доказыванія.

Послѣдняя глава направлена на опредѣленіе состава измѣненія основанія иска. Изъ этого состава исключается

измѣненіе тѣхъ фактовъ, означаемыхъ въ исковомъ прошеніи, которые являются либо фактами активной или пассивной легитимаціи ad causam, либо фактами повода къ иску. Вслѣдствіе такого значенія фактовъ послѣдняго рода не составляетъ измѣненія основанія иска переходъ отъ иска о признаніи къ иску о присужденіи.

Для положительнаго же отвѣта на вопросъ, въ чемъ состоитъ измѣненіе основанія иска, изслѣдуется составъ фактовъ основанія иска и въ предметѣ доказыванія усматривается критерій для вопроса о наличности измѣненія иска черезъ измѣненіе его основанія. Выведенная формула состава измѣненія основанія иска прилагается къ двумъ группамъ случаевъ. Разбирается, во первыхъ, вопросъ,—составляющій предметъ давнишнихъ споровъ,—о составѣ измѣненія основанія исковъ вещныхъ и исковъ личныхъ, и устанавливается, что какъ въ одномъ, такъ и въ другомъ случаѣ, составъ измѣненія основанія иска не представляетъ различія. Во вторыхъ, подвергается разбору не менѣе спорный вопросъ о составѣ измѣненія основанія въ искахъ объ аннуляціи юридическихъ актовъ. Во всѣхъ этихъ случаяхъ основаніемъ иска, индивидуализирующимъ исковое требованіе, является только фактъ. Такое понятіе должно быть исходнымъ пунктомъ и при выводѣ заключенія о наличности измѣненія основанія иска. Это заключеніе можетъ быть правильнымъ лишь въ томъ случаѣ, если не считать основаніемъ иска то, что не является таковымъ, и, такимъ образомъ, не принимать aliud pro alio.

Выборъ предмета для изслѣдованія опредѣлился, главнымъ образомъ, благодаря тому направленію, которое дано было моимъ занятіямъ руководительствомъ профессора А. Х. Гольмстена, а также непосредственнымъ вліяніемъ профессоровъ Оскара Бюлова (Heidelberg) и Адольфа Ваха (Leipzig),—за что̀ приношу имъ глубокую благодарность.

Выпуская въ свѣтъ результатъ своихъ научныхъ занятій, считаю себя въ высокой степени обязаннымъ выразить глу-

бокую признательность также моей alma mater—юридическому факультету Императорскаго С.-Петербургскаго Университета и, въ особенности, моимъ уважаемымъ наставникамъ—заслуженному ординарному профессору Н. Л. Дювернуа и ординарному профессору В. В. Ефимову.

Владиміръ Гордонъ.

ОГЛАВЛЕНІЕ.

Введеніе.

Составъ измѣненія иска.

Глава первая.

Понятіе и значеніе основанія иска.

ОТДѢЛЕНІЕ ПЕРВОЕ.

Юридическая квалификація основанія иска.

ОТДѢЛЕНІЕ ВТОРОЕ.

Фактическая индивидуализація основанія иска.

Глава вторая.

Объемъ измѣненія.

Глава третья.

Измѣненіе основанія иска.

ОТДѢЛЕНІЕ ПЕРВОЕ.

Отрицательное опредѣленіе состава измѣненія.

ОТДѢЛЕНІЕ ВТОРОЕ.

Составъ измѣненія основанія иска.

ВВЕДЕНІЕ.

Составъ измѣненія иска.

Основное назначеніе гражданскаго суда—быть глашатаемъ права гражданскаго въ примѣненіи къ каждому отдѣльному случаю. Способомъ для изслѣдованія и рѣшенія вопроса о правѣ является гражданскій процессъ.

Поскольку осуществленіе права гражданскаго дѣло частной инициативы, необходима она и для возбужденія вопроса о существованіи этого права въ данномъ случаѣ. Въ примѣненіи къ процессу гражданскому въ первой инстанціи, этотъ актъ инициативы именуется искомъ.

Такимъ образомъ, подъ искомъ разумѣется требованіе разрѣшенія вопроса о правѣ въ примѣненіи къ данному случаю *).

---

*) Въ наше время понятіе иска составляетъ неотъемлемую часть болѣе широкаго понятія искового прошенія. Въ этомъ послѣднемъ не только означается возникшій въ данномъ случаѣ вопросъ о правѣ, но выражается также непосредственное обращеніе къ суду за разрѣшеніемъ этого вопроса и, косвеннымъ образомъ, приглашеніе противника къ личнымъ объясненіямъ передъ судомъ. Такое соединеніе разнородныхъ элементовъ не вытекаетъ, однако, изъ существа искового прошенія. Въ своемъ историческомъ прошломъ оно заключало лишь обращеніе къ суду и приглашеніе отвѣтчика къ явкѣ на судъ; указаніе же предлагаемаго къ разрѣшенію вопроса о правѣ, т. е., въ собственномъ смыслѣ предъявленіе иска было отдѣльнымъ моментомъ. Только послѣ соединенія этихъ моментовъ стало возможнымъ говорить о прошеніи исковомъ; прежде же могла быть рѣчь лишь о прошеніи вызывномъ.

Это явленіе имѣло мѣсто, напримѣръ, во французскомъ процессѣ.

Искъ есть необходимый актъ для возникновенія процесса. Безъ иска нѣтъ и процесса.

Если зависитъ отъ иска возникновеніе процесса, то искъ отражается и на индивидуальности процесса. Изъ одного и того же иска не можетъ возникнуть двухъ различныхъ процессовъ. И наоборотъ. Два различныхъ иска ведутъ и къ различнымъ процессамъ. Каждый искъ есть корень всего процесса: libellus est truncus arboris iudiciariae; sicut enim truncus regit totam arborem, ita libellus regulat totum processum **).

Поэтому, если уже возникъ процессъ по данному иску и въ теченіи процесса этотъ искъ измѣнитъ свою индивидуальность, станетъ инымъ, тоже самое произойдетъ и съ процессомъ. Съ измѣненіемъ иска, съ переходомъ отъ первоначальнаго къ новому, новируется и процессъ.

Если таково значеніе иска для всего процесса, то практически важнымъ является вопросъ о сохраненіи искомъ своей индивидуальности.

Когда въ теченіи процессуальнаго производства введены будутъ такія добавленія къ первоначальному иску, которыя выдвинутъ въ процессъ иной вопросъ о правѣ, чѣмъ тотъ, который составлялъ содержаніе иска, имѣетъ мѣсто измѣненіе иска.

Ajournement,—соотвѣтственно нашему исковому прошенію,—есть теперь ajournement libellé. Но такова лишь позднѣйшая его формація.

Такимъ образомъ, понятіе иска въ собственномъ смыслѣ, то, что римляне именовали словомъ „libellus“, входитъ лишь въ составъ „исковаго прошенія,“ но не совпадаетъ съ нимъ. Искъ въ собственномъ смыслѣ есть та часть исковаго прошенія, гдѣ выражено волеизъявленіе, ставящее и отграничивающее конкретную задачу процесса, т. е., ближайшимъ образомъ, тему для сужденія—thema cognoscendi et judicandi. Такъ высказывается профессоръ Oskar Bulow въ статьѣ „Die neue Prozessrechtswissenschaft und das System des Civilprozessrechts“, помѣщенной въ Zeitschrift für deutschen Civilprozess, т. XXVII [1900 г.], стр. 257.

**) Bened Carpzov, Libri VI Responsorum Juris Elector, Lipsiae, 1670, l. 3 tit. X, resp. XCVII, № 16.

Для наличности этого измѣненія необходимо, такимъ образомъ, два условія.

Послѣдующія добавленія должны быть такого свойства, чтобы искъ въ первоначальномъ составѣ и искъ съ позднѣйшими добавленіями представлялись индивидуально различными. Поскольку сравниваются здѣсь не два явленія, но одно и тоже явленіе — искъ въ различные лишь моменты, для измѣненія иска необходимы такія добавленія, которыя нарушали бы внутреннее тождество иска. Нарушеніе же внутренняго тождества иска означаетъ такой характеръ превращенія, который сообщаетъ первоначальному иску новую индивидуальность, производитъ новацію въ искѣ, привноситъ въ искъ aliquid novi.

Первымъ условіемъ для состава измѣненія иска является, такимъ образомъ, *новирующій характеръ* измѣненія.

Когда произойдетъ такого рода измѣненіе, въ результатѣ получится измѣненіе иска, если при этомъ окажется новымъ вопросъ для судебнаго разрѣшенія. Безъ этой перемѣны вопроса, нѣтъ и измѣненія иска.

Такимъ образомъ, вторымъ необходимымъ условіемъ для состава измѣненія иска является *объектъ*, на который направляется новирующее измѣненіе, т. е. подлежащій разрѣшенію суда вопросъ о правѣ въ примѣненіи къ данному случаю.

Для наличности измѣненія иска необходимы, слѣдовательно, два условія: объектъ измѣненія и характеръ или объемъ или размѣръ измѣненія.

При отсутствіи перваго условія не будетъ измѣненія *иска*, но измѣненіе какихъ-либо иныхъ элементовъ процесса, не вліяющихъ на *вопросъ о правѣ*, подлежащій разрѣшенію суда въ данномъ случаѣ.

При отсутствіи второго условія не будетъ *измѣненія* иска, но какая либо иная модификація его; эта послѣдняя модификація, въ противуположность измѣненію, есть *исправленіе*.

Какъ увидимъ ниже, по общему правилу измѣненіе иска не допустимо. На этомъ основаніи вмѣсто терминологіи «измѣненіе» и «исправленіе» говорятъ о «допустимомъ измѣненіи» и «недопустимомъ измѣненіи» иска.

Но такимъ образомъ, во первыхъ, для характеристики и разграниченія понятій обращаются къ признаку, не составляющему существа понятія, а являющемуся лишь послѣдствіемъ, вытекающимъ изъ существа. Не то опредѣляетъ характеръ измѣненія иска, что оно допустимо или не допустимо. Но потому именно данная модификація иска и допускается или не допускается, что она либо представляетъ измѣненіе иска, либо не является измѣненіемъ, но лишь исправленіемъ иска.

Во вторыхъ, такая терминологія, какъ «допустимое или недопустимое измѣненіе» представляетъ соединеніе двухъ вопросовъ: о допустимости и о наличности измѣненія иска. Только тогда можетъ быть рѣчь о допустимости, когда въ положительномъ смыслѣ рѣшенъ вопросъ о наличности измѣненія иска. Поэтому, когда въ нѣкоторыхъ случаяхъ допускается измѣненіе иска, это вовсе не значитъ, чтобы въ этихъ случахъ законодатель полагалъ возможнымъ не считать измѣненіемъ исковыхъ требованій «нѣкоторыя, все-таки (!) измѣненія» *).

Соединеніе вопросовъ о допустимости и наличности измѣненія иска ведетъ къ заключенію о разладѣ между логикой и закономъ. Между тѣмъ законодатель не можетъ не признавать измѣненія иска тамъ, гдѣ оно есть. Онъ можетъ лишь допустить его въ случаяхъ опредѣленнаго рода. Но и въ этихъ послѣднихъ будетъ налицо измѣненіе иска

Съ другой стороны, терминъ «допустимое измѣненіе иска» можетъ повести къ неправильной квалификаціи даннаго случая модификаціи какъ измѣненія иска: измѣненіемъ иска на-

---

*) *Исаченко*, Гражданскій процессъ, томъ I, 1891, стр. 752.

зовутъ тогда и то, что отнюдь не является таковымъ, а потому, конечно, и не подвергается запрету. Говоря о «допустимомъ измѣненіи иска», тѣмъ самымъ указываютъ, что въ данномъ случаѣ есть все-таки *измѣненіе* иска, тогда какъ его въ дѣйствительности нѣтъ.—

При наличности условій характера и объекта, необходимыхъ для состава измѣненія иска, съ этимъ измѣненіемъ связана и новація процесса. Если нѣтъ послѣдней,—измѣненіе иска будетъ лишь кажущимся.

Но новація процесса, необходимо вытекающая изъ измѣненія иска, можетъ имѣть и иной источникъ. Она можетъ вытекать изъ измѣненія и въ такихъ элементахъ процесса, которые не входятъ въ составъ иска и измѣненіе которыхъ не является измѣненіемъ иска.

При такомъ значеніи объекта измѣненія для наличности измѣненія иска, существенно важно остановиться на вопросѣ о томъ, въ чемъ заключаются признаки, индивидуализирующіе искъ.

Въ римскомъ правѣ индивидуализація предъявленнаго иска производилась по *признакамъ внѣшняго* свойства.

Для индивидуализаціи служили actiones, образцы которыхъ заключались въ преторскомъ Album; эти actiones и индивидуализировали формулу, указывавшую суду вопросъ для разрѣшенія въ данномъ случаѣ.

Для индивидуализаціи римскаго иска достаточно было указать избранный для даннаго дѣла видъ actionis.

Разумѣется, раньше предъявленія иска римскому истцу приходилось уяснять себѣ, какое именно *право* желалъ онъ осуществить и, соотвѣтственно уясненію, группировать обстоятельства дѣла, для того, чтобы представить случай какъ типичное явленіе, предусмотрѣнное преторомъ.

Передъ судомъ же искъ оказывался уже точно индивидуализированнымъ; признакомъ индивидуализаціи являлось

названіе иска. Поэтому, по вопросу объ измѣненіи иска приходилось рѣшить, не произошелъ-ли переходъ отъ одного genus actionis къ другому; при этомъ не было надобности вдаваться въ вопросъ объ измѣненіи составныхъ элементовъ иска.

Такъ, напримѣръ, измѣненіемъ иска по римскому праву являлся переходъ отъ actio mandati къ condictio indebiti, хотя бы дѣло шло о томъ же самомъ предметѣ.

Усматривая въ такомъ переходѣ отъ одного genus actionis къ другому измѣненіе иска, Ульпіанъ и поясняетъ, что, несмотря на такое измѣненіе, въ двухъ различныхъ искахъ предметъ требованія можетъ и сохранить свое тождество:

Quum quis actionem mutat et experitur, dummodo de eadem re experiatur, etsi diverso genere actionis, quam instituit, videtur de ea re agitur*).

Несомнѣнно, однако, что genus actionis былъ лишь внѣшнимъ признакомъ для индивидуализаціи и опредѣленія тождества иска, но подъ этимъ признакомъ въ сущности являлось другое обстоятельство—вопросъ для разрѣшенія со стороны суда.

Это и высказано прямо тѣмъ же Ульпіаномъ.

Ita definiri potest, toties eandem rem agi,—говоритъ онъ*),—quoties apud judicem posteriorem id quaeritur, quod apud priorem quaesitum est**).

Такимъ образомъ, сущность иска и по римскому праву сводилась къ требованію рѣшенія со стороны суда даннаго *вопроса о правѣ* и, засимъ, въ случаѣ измѣненія иска, объектомъ измѣненія являлся внѣшнимъ образомъ genus actionis, по внутреннему же существу—вопросъ о правѣ.

Въ Юстиніановомъ правѣ положеніе вопроса о порядкѣ предъявленія иска измѣняется. Открытіе процесса въ это вре-

---

*) L. 5 D 44, 2.

**) L. 7 § 1 D 44, 2.

мя совершается уже посредствомъ письменнаго прошенія, подаваемаго истцомъ судьѣ *).

Прошеніе это, именуемое libellus conventionis **) или, по гречески, τὸ τῆς αἰτιάσεως ' либо ὑπομνήσεως βιβλίον ***), представляетъ важную особенность сравнительно съ содержаніемъ прежней формулы.

Исковое прошеніе Юстиніанова времени не заключаетъ полнаго изложенія обстоятельствъ дѣла. Это производится лишь позднѣе словесно при litiscontestatio ****)

Въ самомъ же прошеніи лишь кратко обозначается actio.

Это обозначеніе производится не посредствомъ одной изъ формулъ, помѣщенныхъ въ эдиктѣ, и не посредствомъ техническаго наименованія иска. Въ исковомъ прошеніи Юстиніанова времени должны быть обозначены тѣ изъ фактовъ, которые характеризуютъ общую юридическую природу иска и конкретныя его особенности.

Юстиніанова поправка не оказала, однако, вліянія на составъ измѣненія иска.

Какъ и до Юстиніана, такъ и послѣ этого, истцу приходилось выбирать точно опредѣленный genus actionis. Разница лишь въ способѣ индивидуализаціи этого genus actionis примѣнительно къ данному случаю. Истецъ Юстиніанова времени оказывается лишь болѣе свободнымъ отъ стѣснительныхъ и опасныхъ формальностей. По существу же, его прошеніе есть не что иное, какъ тотъ же типъ иска, но разложенный на составныя его части примѣнительно къ конкретному дѣлу *****).

Такимъ образомъ, внутренній составъ иска не освобож-

---

*) Bethmann—Hollweg, Der römische Civilprocess, 1866, III, 241, 243.

**) § 24 J. IV, 6; l. 3 C. 7, 40.

***) Nov. 53, c. 3 pr.; Nov. 112 c. 2 pr., c. 3 § 1.

****) L. 2 pr. § 7 C. 2, 59; l. 14 § 1 C. 3, 1; l. un. C. 3.9.

*****) Bayer, Ueber die Aenderung des Klaglibells, 1819, стр. 1—2.

денъ отъ тѣсной зависимости отъ особенностей избраннаго genus actionis, хотя и не называемаго технически.

Соотвѣтственно этому, по существу не измѣняется и составъ измѣненія иска въ Юстиніановомъ правѣ: genus actionis по прежнему остается критеріемъ для вопроса о наличности измѣненія иска въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ.—

При дальнѣйшемъ развитіи основныхъ началъ процесса признакъ, индивидуализирующій искъ, все больше и больше теряетъ свой чисто внѣшній характеръ.

Это явленіе обнаруживается уже въ переходѣ отъ genus actionis какъ признака индивидуализаціи къ ***техническому обозначенію правоотношенія***, изъ котораго истецъ выводитъ свое требованіе.

Этотъ признакъ оказывается, однако, необходимымъ для индивидуализаціи иска лишь въ ту пору, когда въ предъявленіи иска отдѣляется обращеніе къ суду съ искомъ отъ изложенія обстоятельствъ дѣла.

Поскольку изложеніе обстоятельствъ дѣла относится къ особому моменту, при предъявленіи иска не оказывается иныхъ признаковъ для индивидуализаціи, кромѣ техническаго наименованія правоотношенія.

Измѣненіе иска въ этотъ періодъ можетъ означать не что иное, какъ переходъ отъ одного технически обозначаемаго правоотношенія къ другому.

Такое положеніе вещей носитъ на себѣ слишкомъ формальный, а потому и не безопасный характеръ. На тяжущагося возлагается разбираться въ особенностяхъ каждаго отдѣльнаго случая, производить его юридическую квалификацію, что̀, по основному значенію процесса, какъ средства рѣшенія вопроса о правѣ примѣнительно къ случаю, составляетъ дѣло суда, а не сторонъ.

Внѣшній признакъ индивидуализаціи былъ бы удобенъ, если бы чисто математическое обращеніе съ матеріаломъ сужденія гарантировало правильность заключеній.

Этого не дали оба разсмотрѣнныхъ признака индивидуализаціи—ни genus actionis, ни техническое наименованіе правоотношенія. Оба они лишены главнаго условія—приспособляемости къ особенностямъ каждаго отдѣльнаго случая.—

Съ этой точки зрѣнія болѣе цѣлесообразною представляется система единаго акта предъявленія иска. Обращеніе къ суду и черезъ него къ отвѣтчику соединяется непремѣнно съ изложеніемъ въ исковомъ прошеніи обстоятельствъ дѣла.

Возникаетъ, разумѣется, вопросъ, каковы же тѣ признаки, которые индивидуализируютъ искъ при такой системѣ?

Отвѣтъ на это явствуетъ изъ того значенія, какое имѣетъ искъ для процесса.

Искъ, какъ уже выше сказано, вводитъ въ процессъ вопросъ о правѣ, подлежащій, засимъ, разрѣшенію со стороны суда. Вводя данный вопросъ въ процессъ, истецъ долженъ поставить его такъ, чтобы онъ представлялъ логическую задачу для рѣшенія.

Такимъ образомъ,—предъявить искъ,—означаетъ ввести въ процессъ вопросъ о правѣ. Поставить же вопросъ о правѣ значитъ указать тѣ элементы, которые необходимы для рѣшенія всякой логической задачи.

Судебное рѣшеніе представляетъ собою заключеніе силлогизма. Для того, слѣдовательно, чтобы добиться судебнаго рѣшенія, надо указать тѣ логическія посылки, которые необходимы для заключенія. Посылками въ судебномъ силлогизмѣ являются обстоятельства даннаго дѣла и подходящая къ нимъ, по взгляду суда, норма объективнаго права.

Для того, чтобы представить на разсмотрѣніе суда вопросъ о правѣ, необходимъ, конечно, прежде всего матеріалъ для разсмотрѣнія. Этотъ матеріалъ и дается посредствомъ обозначенія тѣхъ фактовъ, которые могли бы послужить посылкою для судебнаго силлогизма.

Матеріалъ этотъ является основаніемъ для вывода от-

вѣта на просительный пунктъ и потому именуется основаніемъ иска.

Для того, однако, чтобы установить каждую изъ посылокъ судебнаго силлогизма, надо имѣть въ виду требованіе истца или «просительный пунктъ» его прошенія, т. е., точнѣе, внѣшнимъ образомъ отграничиваемую формулировку того, о чемъ добивается истецъ судебнаго опредѣленія *).

Необходимость этого вытекаетъ изъ существа гражданскаго процесса. Огражденіе и опредѣленіе гражданскихъ правъ тяжущихся, составляющее задачу гражданскаго суда, можетъ имѣть мѣсто лишь по стольку, по скольку высказана была частная инициатива.

Вводя вопросъ о правѣ въ процессъ, т. е. предъявляя искъ, истецъ и долженъ указать тѣ предѣлы, въ которыхъ желаетъ предоставить данный вопросъ на разсмотрѣніе суда.

Такимъ образомъ, «просительный пунктъ» или содержаніе искового требованія является такимъ же необходимымъ признакомъ индивидуализаціи иска, какъ и основаніе иска.

Какъ при измѣненіи ***основанія*** иска имѣется измѣненіе иска, такъ и при измѣненіи ***содержанія*** искового требованія

Этотъ послѣдній случай представляетъ возможность двухъ разновидностей.

Измѣненіе въ содержаніи требованія ***можетъ производить*** измѣненіе иска или же оно ***можетъ быть связано*** съ измѣненіемъ иска, происходящимъ отъ измѣненія основанія.

Въ первомъ случаѣ имѣется измѣненіе иска, несмотря на то, что основаніе иска сохраняетъ свое тождество, единственно вслѣдствіе измѣненія въ содержаніи требованія. Это есть самостоятельное измѣненіе иска черезъ измѣненіе въ содержаніи требованія.

---

*) Такъ: A. Förster, Die Civilprozessordnung für das deutsche Reich, I, 1886, стр. 386; Dernburg, Lehrbuch des preussischen Privatrechts, 1893, стр 273; Reincke, Die deutsche Civilprozessordnung, 1900, 250 и др.

Во второмъ случаѣ измѣненіе въ содержаніи исковаго требованія не есть причина измѣненія иска, но явленіе, ему сопутствующее,—такой же результатъ измѣненія основанія иска, какъ и самое измѣненіе иска.

Поскольку возможенъ первый случай, и можно говорить, что измѣненіе иска можетъ имѣть мѣсто какъ вслѣдствіе измѣненія основанія иска, такъ и вслѣдствіе измѣненія содержанія исковаго требованія.

Только при наличности обоихъ этихъ признаковъ получается полная индивидуализація иска. Только тогда, когда указано, о чемъ проситъ истецъ и на какомъ основаніи, искъ является предъявленнымъ: только тогда индивидуализируется подлежащій судебному разрѣшенію вопросъ о правѣ.

Когда впослѣдствіи были бы введены истцемъ какія-либо модификаціи въ искѣ, то для опредѣленія состава измѣненія иска надлежало бы подвергнуть сравненію названные признаки иска—основаніе и просительный пунктъ. Нарушеніе внутренняго тождества одного изъ нихъ означало бы наличность измѣненія иска.

Возможность измѣненія иска черезъ измѣненіе содержанія исковаго требованія при сохраненіи тождества основанія иска отмѣтилъ уже Bayer.

О такомъ видѣ измѣненія иска,—замѣчаетъ онъ, *)—говорится особо лишь по стольку, по скольку измѣненіе просительнаго пункта не есть уже слѣдствіе измѣненія основанія иска.

Но подъ очевиднымъ вліяніемъ воззрѣнія на измѣненіе иска исключительно какъ измѣненіе его основанія, Bayer, все-таки, дѣлаетъ оговорку о вліяніи измѣненія содержанія требованія на тождество основанія иска.

Само собою ясно,—объясняетъ онъ свою мысль,—измѣненіе предмета, на который in concreto направленъ искъ, относится къ существеннымъ измѣненіямъ.

---

*) Bayer, Aenderung des Klaglibells, 24.

Но тутъ же дѣлаетъ Bayer уступку. Если основаніе иска и останется само по себѣ совершенно безъ измѣненія, однако,—говоритъ онъ,—черезъ отношеніе къ другому объекту, и оно представляется по стольку новымъ, по скольку можетъ быть совершенно инымъ, чѣмъ прежде, объясненіе на него отвѣтчика.

Если,—приводитъ онъ примѣръ,—истецъ, который сначала заявлялъ претензію на имѣніе А, какъ на свою собственность, впослѣдствіи требуетъ имѣнія Б, то возможно, что отвѣтчикъ примѣнитъ тѣ фактическія обстоятельства, противъ коихъ прежде возражалъ,—или также, что въ этомъ отношеніи у него имѣются еще новыя возраженія, для которыхъ претензія на имѣніе А не давала бы основанія.

Конечно, вполнѣ возможно, что измѣненіе предмета требованія тѣсно связано съ основаніемъ иска. Къ такому случаю и примѣнима оговорка Байера. Но въ такомъ случаѣ измѣненіе иска проистекаетъ столько же отъ измѣненія содержанія требованія, сколько и отъ измѣненія въ основаніи иска.

Такая связь между признаками, индивидуализирующими искъ, не является, однако, явленіемъ необходимымъ. Измѣненіе иска можетъ произойти и черезъ измѣненіе только содержанія исковаго требованія, при сохраненіи основаніемъ иска его тождества

Измѣненіе иска черезъ измѣненіе только содержанія требованія имѣется, напримѣръ, въ такомъ случаѣ.

Первоначально истецъ требовалъ съ лица, причинившаго своею неосторожною ѣздою поврежденіе здоровью сына истца, вознагражденіе за лѣченіе, а засимъ въ теченіи процесса проситъ, вмѣсто этого, объ обезпеченіи содержанія пострадавшаго.

Въ этомъ случаѣ основаніе иска осталось безъ измѣненія, измѣнилось лишь содержаніе требованія, но вслѣдствіе уже одного этого измѣнился и искъ, ибо утратилъ свое внут-

реннее тождество въ одномъ изъ составныхъ своихъ элементовъ *).

Такимъ образомъ, по производящей причинѣ, измѣненіе иска представляетъ два вида. Оно можетъ заключаться либо въ измѣненіи основанія иска, либо въ измѣненіи содержанія требованія.

Возможность этихъ обоихъ видовъ измѣненія иска отмѣчена уже, напримѣръ, въ ученіи проф. Гольмстена.

Составъ измѣненія иска,—по этому ученію,—опредѣляется такимъ образомъ.

Измѣненіемъ иска называется измѣненіе объекта спорнаго отношенія и спорнаго права.

Объектъ спорнаго отношенія измѣняется, когда истецъ вмѣсто одного дѣйствія, напр., предоставленія пользованія вещью, требуетъ другое, напр., предоставленіе собственности на вещь.

Измѣняется право путемъ или 1, измѣненія основанія его, т. е. истецъ требуетъ сначала въ силу договора займа, а потомъ въ силу найма, или 2, путемъ измѣненія вещественнаго субстрата права, т. е. истецъ требуетъ сначала денегъ, а потомъ какую-либо вещь **).

Такимъ образомъ, по ученію проф. Гольмстена, въ составъ измѣненія иска входитъ, кромѣ измѣненія его основанія, еще *два явленія*: измѣненіе объекта спорнаго отношенія,—т. е. измѣненіе тѣхъ *дѣйствій*, на которыя лицо имѣетъ право или къ совершенію которыхъ оно обязано ***), —и измѣненіе *вещественнаго субстрата* права.

Но,—говоритъ проф. Гольмстенъ въ другомъ мѣстѣ****),

---

*) Измѣненіе иска признаетъ въ этомъ случаѣ и Побѣдоносцевъ, Судебное руководство, 1872 г., стр. 172.

**) Проф. Гольмстенъ, Учебникъ русскаго гражданскаго судопроизводства, 1899 г., 3-е изд. стр. 145.

***) Тамъ-же, стр. 127.

****) Принципъ тождества въ гражданскомъ процессѣ (Юридическія изслѣдованія и статьи, 1894 г., стр. 276).

—«вещь и дѣйствіе не суть двѣ отдѣльныя категоріи объектовъ, ибо и право на *вещь* есть возможность совершенія надъ нею извѣстнаго *дѣйствія*; и дѣйствіе иногда касается вещи; такая разнообъектность логически невозможна: пришлось бы признать нѣкоторыя права съ двумя объектами. Вещь есть реальный субстратъ права, по отношенію къ которому совершаются извѣстныя дѣйствія по праву или по обязанности».

Такимъ образомъ, измѣненіе объекта спорнаго отношенія, т. е. измѣненіе дѣйствія и измѣненіе вещественнаго субстрата, представляютъ собою лишь два составныхъ элемента одного и того же явленія—измѣненія просительнаго пункта.

Слѣдовательно, и по ученію проф. Гольмстена, составъ измѣненія иска сводится къ тому, который выше установленъ.—

Въ такомъ же видѣ представляется составъ измѣненія иска и по даннымъ положительнаго права.

Прямое указаніе состава измѣненія иска дано въ законодательствахъ германскомъ и австрійскомъ.

Не почитается измѣненіемъ иска,—опредѣляетъ ст. 268 германскаго устава гражданскаго судопроизводства,—если, безъ измѣненія основанія иска,

1) пополняются или исправляются фактическія данныя или данныя права (die thatsächlichen oder rechtlichen Anführungen);

2) увеличивается или уменьшается исковое требованіе (Klageantrag) въ главной своей части или въ отношеніи побочныхъ требованій;

3) вмѣсто первоначально требованнаго предмета, вслѣдствіе позднѣе наступившей перемѣны, требуется другой предметъ или его стоимость.

Такимъ образомъ, по приведенной статьѣ германскаго устава, измѣненіемъ иска не почитается, если безъ измѣненія *основанія* иска, увеличивается либо уменьшается исковое

требованіе или же, вмѣсто первоначальнаго предмета, требуется его стоимость.

Въ этомъ опредѣленіи данъ отвѣтъ на вопросъ: что *не* считается измѣненіемъ иска. Для отвѣта же на прямой вопросъ о составѣ измѣненія иска, необходимо заключить, что, за изъятіемъ случаевъ, когда по закону не усматривается измѣненія иска, всякое иное измѣненіе въ элементахъ иска производитъ измѣненіе его.

Для наличности измѣненія иска, видѣли мы, необходимы надлежащіе для этого признаки объекта и характера измѣненія

Согласно этому и въ германскомъ опредѣленіи содержится указаніе,—хотя и въ отрицательной формѣ,—признаковъ объекта и характера измѣненія.

Указаніе сдѣлано, однако, безъ точнаго разграниченія этихъ признаковъ. Поэтому, примѣненіе его на практикѣ вызвало контроверзу.

При опредѣленіи состава измѣненія иска по германскому законодательству, одни руководствуются исключительно буквальнымъ смысломъ статьи 268 германскаго устава. На основаніи вступительной части ея, приходятъ, посредствомъ argumentum a contrario, къ заключенію, что измѣненіе иска тождественно съ понятіемъ измѣненія ***основанія иска.***

Для того, чтобы установить,—говоритъ, напримѣръ, одинъ изъ сторонниковъ такого воззрѣнія Kleinschrod *),—что составляетъ mutatio libelli по ст. 240 [нынѣ 268] устава гражданскаго судопроизводства, лучше всего, при толкованіи ея идти снизу вверхъ. Тогда получается: требованіе иного предмета или его стоимости, увеличеніе или уменьшеніе требованія въ главной его части или побочныхъ, добавленіе данныхъ факта или права,—все это не будетъ измѣненіемъ ис-

---

*) Kleinschrod, Ueber die Klagänderung nach gemeinem Prozess, neuesten Prozessordnungen und dem Code de procédure civile, 1879 г., стр. 18.

ка, если только черезъ это не измѣняется основаніе иска.

Такимъ образомъ,—заключаетъ Kleinschrod,—это главный пунктъ: основаніе иска не можетъ быть измѣняемо. Послѣдующее же обозначеніе трехъ пунктовъ есть не что иное какъ казуистика, которая могла бы быть и еще больше распространена.

Такое же воззрѣніе на составъ измѣненія иска высказываетъ еще, напримѣръ, Fitting.

По германскому уставу гражданскаго судопроизводства, измѣненіе иска,—говоритъ Fitting,—есть измѣненіе основанія иска *).

Измѣненіе иска,—опредѣляетъ онъ точнѣе въ другомъ мѣстѣ,—имѣется, съ точки зрѣнія германскаго закона, лишь въ томъ случаѣ, когда отступленіе отъ содержанія иска,—т. е. первоначально предъявленной претензіи,—таково, что теперь предъявленная истцемъ претензія оказывается уже опирающеюся на другое основаніе иска, чѣмъ то, на которое опиралась она по содержанію иска **).

Съ точки зрѣнія Fitting'а надо было бы заключить объ отсутствіи измѣненія иска въ слѣдующемъ случаѣ, приводимомъ у Fitting'а.

На основаніи одинаковаго состава фактовъ, впослѣдствіи истецъ требуетъ *другой предметъ*, т. е., напримѣръ, на основаніи одного договора купли, заключеннаго сразу о двухъ вещахъ, требуетъ сначала одну, а засимъ другую вещь.

Fitting, однако, видитъ и здѣсь измѣненіе иска въ томъ смыслѣ, какъ онъ его разумѣетъ.

И въ приведенномъ примѣрѣ,—объясняетъ онъ,—при болѣе точномъ разсмотрѣніи имѣется измѣненіе *основанія* иска, ибо *иной моментъ изъ состава фактовъ* выстав-

---

*) Fitting, Zur Auslegung der Reichs—Civilprocessordnung въ Archiv für die civilistische Praxis, т. 61 1878 г., стр. 422.

**) Fitting, Der Reichs—Civilprocess, 1898 г, стр. 198.

ляетъ истецъ въ качествѣ руководящаго и, такимъ путемъ, вводитъ въ свой силлогизмъ другую нижнюю посылку. Только по видимости опирается истецъ и теперь, какъ и раньше, на куплю *обѣихъ* вещей. Въ дѣйствительности же первоначально основывалъ онъ искъ только на томъ, что онъ купилъ одну, первоначально требованную вещь, и, равнымъ образомъ, наоборотъ, впослѣдствіи опирается онъ, только на куплю другой вещи *).

Но такія сужденія явно обнаруживаютъ на себѣ вліяніе односторонняго воззрѣнія на составъ измѣненія иска, которое старательно поддерживается въ угоду предустановленной точкѣ зрѣнія, но за то вопреки фактической дѣйствительности.

Односторонним образомъ представляется составъ измѣненія иска также и въ одной изъ новѣйшихъ работъ по нашему вопросу, въ диссертаціи Malkmus'a.

И онъ отождествляетъ измѣненіе иска съ измѣненіемъ основанія иска, отнюдь не допуская, по крайней мѣрѣ на почвѣ германскаго закона, чтобы измѣненіе иска могло состоять лишь въ измѣненіи просительнаго пункта.

Посредствомъ argumentum a contrario выводитъ онъ изъ ст. 240 (268) германскаго устава гражданскаго судопроизводства, что въ измѣненіи основанія иска надо видѣть измѣненіе иска. Что же касается просительнаго пункта, то относительно этого допускаетъ Malkmus лишь такое заключеніе: имѣется измѣненіе иска, если, съ измѣненіемъ *основанія* иска, измѣняется и просительный пунктъ. Но такъ какъ уже само измѣненіе основанія иска есть измѣненіе иска, то,— правильно говоритъ онъ,—приведенный выводъ является безполезнымъ. Поэтому, полагаетъ Malkmus, по германскому

---

*) Fitting въ Archiv für die civilistische Praxis, l. c., стр. 431, прим. 1

уставу гражданскаго судопроизводства измѣненіе просительнаго пункта не подходитъ подъ понятіе измѣненія иска *).

Дѣйствительно, изъ вступительной части опредѣленія статьи 268 явствуетъ на первый взглядъ, что измѣненіе иска можетъ заключаться только въ измѣненіи его основанія.

Если бы, однако, законодатель имѣлъ въ виду лишь такое положеніе, достаточно было бы общаго указанія, что искъ будетъ измѣненнымъ съ измѣненіемъ лишь основанія иска.

Было бы излишнимъ тогда останавливаться на пунктѣ измѣненія въ содержаніи требованія. Коль скоро основаніе иска было бы измѣнено, имѣлось бы налицо и измѣненіе иска, несмотря на самыя крупныя перемѣны въ содержаніи требованія. Равнымъ образомъ, и наоборотъ. Какъ бы ни были значительны измѣненія въ просительномъ пунктѣ, не могло бы быть и рѣчи объ измѣненіи иска, коль скоро осталось безъ измѣненія основаніе иска.

Если законъ прямо изъемлетъ изъ состава измѣненія иска нѣкоторые, точно обозначаемые случаи, нельзя заключить, чтобы исключалась или не предусматривалась возможность иныхъ случаевъ: было бы безцѣльно тогда самое перечисленіе.

Въ приведенномъ положеніи германскаго устава гражданскаго судопроизводства изъятъ изъ общаго понятія измѣненія иска тотъ случай, когда происходятъ указанныя закономъ модификаціи въ содержаніи просительнаго пункта. Законъ говоритъ, что въ этихъ случаяхъ нѣтъ еще измѣненія иска, если, разумѣется, нѣтъ его по другой причинѣ—вслѣдствіе измѣненія основанія иска.

Такимъ образомъ, германскій законъ прямо предусматриваетъ и такіе случаи измѣненія въ содержаніи требованія,

---

*) Malkmus, Klagänderung und Parteirolle. Inaugural-Dissertation Erlangen, 1896 г., стр. 14—15.

когда будетъ налицо измѣненіе иска, хотя бы основаніе иска и осталось прежнимъ.

Такое воззрѣніе на составъ измѣненія иска по германскому праву имѣетъ уже сторонниковъ и въ области теоріи, и въ области судебной практики

Измѣненіе иска по ст. 268—270 германскаго устава гражданскаго судопроизводства,—полагаетъ, напримѣръ, проф. Friedrich Stein.—можетъ состоять въ измѣненіи основанія иска или въ измѣненіи содержанія требованія *). Измѣненіе этого послѣдняго рода,—подчеркиваетъ Stein въ другомъ мѣстѣ **),—производитъ измѣненіе иска даже въ томъ случаѣ, если основаніе иска остается безъ измѣненія.

Такое же воззрѣніе на составъ измѣненія иска по германскому праву высказываетъ проф. Гольмстенъ.

Кромѣ основанія иска,—говоритъ онъ,—германскимъ уставомъ признается измѣненіемъ иска измѣненіе вещественнаго субстрата права; это выводъ a contrario изъ того, что замѣна одного предмета другимъ не почитается измѣненіемъ лишь при указанныхъ закономъ условіяхъ,—значитъ, внѣ этихъ условій, замѣна эта есть измѣненіе иска ***).

Взглядъ, согласный съ нашимъ воззрѣніемъ, высказанъ былъ германскимъ верховнымъ судебнымъ установленіемъ, Рейхсгерихтомъ ****).

По ст. 253, отд. II, п. 2 германскаго устава гражданскаго судопроизводства, искъ долженъ заключить въ себѣ точное обозначеніе предмета и основанія предъявленной претензіи, равно какъ и опредѣленный просительный пунктъ.

---

*) Die Civilprozessordnung für das deutsche Reich, erläutert von Prof. Gaupp, neu bearbeitet von Prof. Friedrich Stein, 1901 г., стр. 578, къ ст. 268, I.

**) Ibid., стр. 581, I, B; также Birkmeyer's Encyklopädie der Rechtswissenschaft, 1901, стр. 1214, в.

***) Гольмстенъ, Принципъ тождества (Юридическія изслѣдованія и статьи, стр. 376).

****) Рѣшеніе 5 Апрѣля 1884 г.,—Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten, т. 39 [1884 г.], № 342.

Изъ того, что въ этомъ положеніи сказано о существенномъ содержаніи искового прошенія, вытекаетъ по воззрѣнію Рейхсгерихта, слѣдующее.

Измѣненіе иска состоитъ въ измѣненіи либо ***основанія*** претензіи, либо ***предмета*** ея или же,—что совпадаетъ съ послѣднимъ,—въ измѣненіи просительнаго пункта.

Соотвѣтственно этому, правило цитированной статьи 268-й истолковано было Рейхсгерихтомъ въ томъ смыслѣ, что въ этой статьѣ ***измѣненіе*** основанія иска противуполагается простому дополненію или исправленію отдѣльныхъ данныхъ, относящихся къ основанію иска (268 п. 1); засимъ, ***измѣненію*** просительнаго пункта противуполагается простое расширеніе или сокращеніе его (ст. 268 п. 2).

Случай, вызвавшій такое разъясненіе Рейхсгерихта, заключался въ слѣдующемъ.

При распредѣленіи конкурсной массы лица А, не было удовлетворено требованіе лица Б. Черезъ нѣкоторое время послѣ этого, Б потребовалъ отъ А ***платежа*** по тому требованію, указывая на улучшеніе дѣлъ своего должника.

Законъ, коимъ надлежало руководствоваться,—оказалось, прямо не даетъ права на позднѣйшее удовлетвореніе требованій; онъ даетъ лишь право требовать присужденія должника къ принесенію присяги въ томъ, что онъ не въ состояніи еще уплатить своего долга, не лишая, черезъ то, себя и свою семью необходимыхъ средствъ къ жизни.

Въ виду этого, при послѣдующемъ разбирательствѣ дѣла истецъ предъявилъ эвентуальное требованіе о присужденіи отвѣтчика къ принесенію названной ***присяги.***

Всѣ суды, разсматривавшіе это дѣло, усмотрѣли въ немъ измѣненіе иска.

Рейхсгерихтъ, однако, нашелъ неправильнымъ толкованіе примѣненнаго судами правила о составѣ измѣненія иска.

Если раздѣлять то воззрѣніе на смыслъ закона,—высказалъ Рейхсгерихтъ,—котораго придерживаются Клейншродъ и

Фиттингъ, то надо было бы заключить, что въ данномъ случаѣ нѣтъ вовсе измѣненія иска по той лишь причинѣ, что, и съ предъявленіемъ требованія присяги, основаніе иска сохранило свое тождество.

Такимъ образомъ, какъ показываетъ этотъ случай, измѣненіе иска состоитъ не только въ измѣненіи основанія иска, но и въ измѣненіи содержанія искового требованія.—

Пріемъ опредѣленія состава измѣненія иска, употребленный германскимъ законодательствомъ, принятъ и позднѣйшимъ законодательствомъ *австрійскимъ*.

И въ австрійскомъ уставѣ гражданскаго судопроизводства 1 Августа 1895 года данъ отвѣтъ не на вопросъ о томъ, что составляетъ измѣненіе иска, а, наоборотъ, опредѣлено, что не почитается таковымъ измѣненіемъ.

Измѣненіемъ иска не почитается,—по статьѣ 235 австрійскаго устава,—если, безъ измѣненія основанія иска, измѣняются, пополняются, поясняются или исправляются фактическія данныя иска или означенныя въ немъ доказательства, или же если, равнымъ образомъ, безъ измѣненія основанія иска, уменьшается исковое требованіе (Klagbegehren) въ главной своей части или въ отношеніи побочныхъ требованій.

Если нужно изъ этой статьи вывести, путемъ a contrario, отвѣтъ на прямой вопросъ, что составляетъ измѣненіе иска, возникаетъ, разумѣется, тоже сомнѣніе, что и при толкованіи статьи 268 германскаго устава.

Является вопросъ, только-ли измѣненіе *основанія* иска составляетъ измѣненіе иска, или же таковымъ является также и измѣненіе въ *содержаніи требованія*?

Комментаторъ австрійскаго устава Neumann такъ опредѣляетъ составъ измѣненія иска по австрійскому уставу.

Измѣненіе иска по ст. 235 австрійскаго устава,—говоритъ Neumann *),—имѣетъ мѣсто:

---

*) Dr. Georg Neumann, Commentar zu den Civilprocessgesetzen vom 1 August 1895, Wien, 1898, къ ст. 235, стр. 553 сл.

1, если указанныя въ исковомъ прошеніи обстоятельства и доказательства измѣняются, дополняются, разъясняются или исправляются ***такимъ образомъ***, что является ***новое основаніе иска***, измѣняется основаніе иска,—(безъ измѣненія основанія иска нѣтъ измѣненія иска),—и 2, если ***увеличиваются*** исковыя требованія.

Въ этомъ толкованіи выдвинутъ ***характеръ*** измѣненія, т. е. признакъ отграниченія ***измѣненія*** иска отъ всякихъ иныхъ модификацій, а равнымъ образомъ отмѣченъ и ***объектъ*** такого измѣненія.

Сопоставленіе этихъ обоихъ признаковъ и приводитъ къ правильному заключенію, что къ составу измѣненія иска относится какъ измѣненіе ***основанія*** иска, такъ и измѣненіе ***просительнаго пункта***, при томъ, однако, непремѣнномъ условіи, чтобы измѣненіе это имѣло опредѣленный ***характеръ.***

За короткое время дѣйствія австрійскаго устава уже успѣло, однако, обнаружиться разногласіе въ разумѣніи состава измѣненія иска по этому уставу.

Carl von Fürstl высказываетъ въ своемъ комментаріи воззрѣніе противоположное только что приведенному. По его толкованію, измѣненіе иска по австрійскому уставу имѣется лишь въ случаѣ измѣненія основанія иска; измѣненіе же предмета требованія не будетъ измѣненіемъ иска, коль скоро не измѣнено основаніе иска *).

Въ ***нашемъ*** законодательствѣ, равно какъ и въ законодательствѣ французскомъ, нѣтъ прямыхъ указаній на составъ измѣненія иска.

Въ нашемъ законодательствѣ лишь казуистическимъ путемъ обозначены случаи, когда допускаются или когда не допускаются отдѣльныя модификаціи иска. Не указано, однако, въ чемъ именно состоитъ измѣненіе иска.

---

*) Carl von Fürstl, Die oesterreichischen Civilprozessgesetze mit Erläuterungen, Wien, 1898, стр. 379 и 380.

По ст. 332 нашего устава гражданскаго судопроизводства,

истецъ можетъ уменьшить свои требованія, заявленныя въ исковомъ прошеніи,

но не въ правѣ увеличивать ихъ, измѣнять по существу или предъявлять новыя требованія, развѣ бы они истекали непосредственно изъ заявленныхъ въ исковомъ прошеніи.

Въ слѣдующей статьѣ сдѣлано ограниченіе общаго правила предыдущей статьи.

Не считается увеличеніемъ или измѣненіемъ требованій по существу,—гласитъ ст. 333 устава гражданскаго судопроизводства,—когда истецъ выражаетъ ихъ опредѣлительнѣе, когда онъ присовокупляетъ къ нимъ проценты и приращенія, или, въ случаѣ отчужденія или утраты имущества, составляющаго предметъ дѣла, требуетъ отъ отвѣтчика возмѣщенія цѣнности имущества.

Хотя въ этихъ статьяхъ нашъ законодатель и не провелъ точнаго различія, но далъ отраженіе всѣхъ тѣхъ признаковъ, которые необходимы для наличности измѣненія иска въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ.

Онъ отмѣтилъ тщательнымъ образомъ *характеръ* тѣхъ модификацій, которыя, при воздѣйствіи на надлежащій объектъ, составляютъ измѣненіе иска.

Отмѣченъ и *объектъ* такого измѣненія. При этомъ, главное вниманіе обращено на содержаніе требованія; примѣнительно къ нему отмѣченъ и характеръ измѣненія.

Но, несомнѣнно, не упущенъ и второй признакъ индивидуализаціи иска: и въ нашемъ законѣ измѣненіе иска можетъ состоять въ измѣненіи основанія иска.

Эта возможность прямо вытекаетъ изъ словъ ст. 332-й «истецъ не въ правѣ измѣнять свои требованія *по существу*».

Впрочемъ, редакція статьи даетъ возможность понимать эти слова въ двоякомъ смыслѣ.

Слова «по существу» могутъ относиться къ слову «требованія».

При такомъ сопоставленіи получается прямо указаніе на ***существо требованія*** какъ объектъ измѣненія. Поскольку же къ существу требованія принадлежитъ основаніе иска, нашему законодательству и извѣстно, какъ отдѣльный видъ измѣненія иска, измѣненіе ***основанія*** иска.

Выраженіе «измѣнять требованія по существу» истолковано въ такомъ смыслѣ г. Анненковымъ. Въ подтвержденіе правильности своего толкованія приводитъ онъ такой примѣръ измѣненія основанія иска.

Послѣ смерти лица А во владѣніе его имуществомъ вступили наслѣдники В. и С., противъ нихъ предъявляетъ искъ объ имуществѣ лицо Д. на основаніи духовнаго завѣщанія. Но когда въ теченіи производства оказывается, что завѣщаніе по какой-либо причинѣ должно быть признано недѣйствительнымъ, то Д., въ основаніе предъявленнаго имъ иска первоначально по духовному завѣщанію, выставляетъ свои наслѣдственныя права на имущество А, которыя онъ считаетъ преимущественными передъ правами отвѣтчиковъ.

Кажется,—заключаетъ г. Анненковъ,—изъ этого примѣра можно убѣдиться, что выраженіе 332 статьи «истецъ не въ правѣ измѣнять требованія ***по существу***» именно должно относиться къ основанію иска, къ causa petendi.

Въ самомъ дѣлѣ,—что же и означаетъ,—спрашиваетъ тотъ же Анненковъ, обращаясь къ своему примѣру—предъявленіе иска сперва на основаніи завѣщанія, а потомъ на основаніи наслѣдственныхъ правъ, какъ не измѣненіе иска по существу? *)

Выраженіе нашего закона «измѣнять требованія по существу», разумѣется, означаетъ измѣненіе основанія иска.

---

*) Анненковъ, Опытъ комментарія къ уставу гражданскаго судопроизводства, I, 1887 г., 408.

Но это не единственное значеніе приведеннаго выраженія.

Слова «по существу» могутъ быть отнесены и къ слову «измѣненіе», а не къ слову «требованія».

При такомъ соотношеніи получается запретъ ***существенныхъ измѣненій*** требованія, т. е. получается указаніе не на объектъ, а на ***характеръ*** измѣненія.

Такимъ образомъ, редакція нашего закона по вопросу объ измѣненіи иска допускаетъ различное опредѣленіе состава измѣненія. Но и по нашему закону этотъ составъ тотъ же, что и по другимъ законодательствамъ, такой же, какимъ онъ принципіально и долженъ быть: измѣненіе иска можетъ произойти какъ черезъ измѣненіе основанія иска, такъ и черезъ измѣненіе содержанія искового требованія. Это выводится изъ того же требованія нашего закона о неизмѣнности требованій «по существу». Требованіе же измѣняется по существу именно черезъ измѣненіе объекта и основанія его *).

Въ чемъ именно состоитъ измѣненіе иска въ каждомъ изъ этихъ двухъ случаевъ, и насколько допустимо измѣненіе иска въ одномъ и томъ же процессѣ, эти вопросы и составляютъ содержаніе ученія объ измѣненіи иска.—

Раньше, однако, дальнѣйшаго изслѣдованія надо отмѣтить отношеніе состава измѣненія иска къ измѣненію другихъ элементовъ процессуальнаго отношенія.

На ряду съ элементами иска,—основаніемъ его и просительнымъ пунктомъ, —въ исковомъ прошеніи обозначаются, согласно нынѣшнимъ законодательствамъ, и такія части, которыя не относятся къ иску въ указанномъ, тѣсномъ смыслѣ.

Исковое прошеніе,—гласитъ ст. 257 нашего устава гражданскаго судопроизводства, должно содержать въ себѣ:

1) означеніе ***суда***, въ который прошеніе подается;

---

*) Голдштейнъ, Принципъ тождества (Юридическія изслѣдованія и статьи, стр. 376).

2) имя, отчество, фамилія или прозвище, званіе и мѣстожительство какъ *истца*, такъ и *отвѣтчика*;

3) означеніе *цѣны иска*, за исключеніемъ дѣлъ, оцѣнкѣ не подлежащихъ, и случаевъ, положительно въ законѣ опредѣленныхъ;

4) изложеніе *обстоятельствъ дѣла*, изъ коихъ искъ проистекаетъ;

5) указаніе *доказательствъ* и *законовъ*, на коихъ искъ основанъ;

6) просительный пунктъ, заключающій въ себѣ требованія истца, т. е. то, о чемъ онъ проситъ судъ постановить рѣшеніе.

Аналогичны постановленія также законодательствъ французскаго (ст. 61 code de procédure civile), германскаго (ст. 253, II, Civilprozessordnung) и австрійскаго (ст. 226; ср. ст. 75 Civilprocessordnung vom 1 August 1895).

Такимъ образомъ, кромѣ обстоятельствъ дѣла и просительнаго пункта *), т. е элементовъ иска въ тѣсномъ смыслѣ или, по терминологіи нашего закона (ст. 332 у. г. с.), существа требованій, заявленныхъ въ исковомъ прошеніи, въ этомъ послѣднемъ заключаются еще и иныя обозначенія.

Поскольку, разумѣется, къ существу иска они не относятся, измѣненіе ихъ не составляютъ и измѣненія иска.

Поэтому, съ одной стороны, измѣненіе иска не можетъ быть отождествляемо съ измѣненіемъ искового прошенія: послѣднее шире понятія иска.

Съ другой стороны, подъ измѣненіе иска вовсе и не подходитъ измѣненіе въ иныхъ частяхъ искового прошенія, кромѣ основанія иска и просительнаго пункта.

Только эти части прошенія являются объектомъ тѣхъ измѣненій, которыя въ результатѣ даютъ измѣненіе иска.

---

*) Сюда же относится и означеніе *цѣны иска*.

Измѣненія же въ прочихъ частяхъ прошенія не затрогиваютъ иска, не измѣняютъ предложеннаго суду для разрѣшенія вопроса о правѣ.

Каково же, однако, значеніе измѣненія въ этихъ послѣднихъ частяхъ искового прошенія?

Что касается «указанія *доказательствъ* и *законовъ*, на коихъ искъ основанъ», то это указаніе не индивидуализируетъ не только иска, но и процесса.

Доказательства, по общему правилу всѣхъ законодательствъ, могутъ быть приводимы въ теченіи всего процесса даже и въ апелляціонной инстанціи.

Доказательства,—по германскому процессу, — могутъ быть приводимы до окончанія состязательнаго производства, за коимъ слѣдуетъ постановленіе рѣшенія (ст. 283 устава гражданскаго судопроизводства); тѣ доказательства, которыя не были представлены въ первой инстанціи, могутъ быть приводимы въ апелляціонномъ судѣ (ст. 529 того же устава).

Не возбраняется представленіе новыхъ доказательствъ и по австрійскому уставу гражданскаго судопроизводства 1 августа 1895 г. (ст. 179 и 482).

По французскому процессу требуется, чтобы въ исковомъ прошеніи было лишь l'exposé sommaire des moyens (ст. 61, п 3, code de procédure civile), т. е. требуется только суммарное обозначеніе доказательствъ. Отсюда заключаютъ, что истецъ можетъ впослѣдствіи пополнять свои доказательства *).

По нашему процессу, въ виду ст. 331 устава гражданскаго судопроизводства, тяжущіеся во все время производства дѣла какъ въ первой, такъ и во второй инстанціяхъ, имѣютъ право приводить новыя доказательства, не помѣщенныя въ

---

*) Bonfils, Traité élémentaire d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure, Paris, 1883, § 715.

поданныхъ ими въ судъ бумагахъ. Это неоднократно разъяснялось и Правительствующимъ Сенатомъ *).

При такомъ значеніи первоначальнаго указанія доказательства, измѣненіе въ этомъ указаніи не можетъ вліять ни на существо процесса, ни на индивидуальность иска.—

Не имѣетъ значеніе признака индивидуализаціи ни для иска, ни для процесса, также и *указаніе законовъ*.

Искъ, какъ просьба о разрѣшеніи вопроса о правѣ, индивидуализируется лишь тѣмъ, что необходимо суду имѣть въ виду для отвѣта на ходатайство истца.

Указанія же на законъ, исходящія отъ истца, не имѣютъ для суда обязательнаго значенія. Положеніе суда и въ отношеніи тяжущихся, и передъ закономъ, требуетъ, чтобы судъ руководился только тѣми законами, какіе, по его собственному разумѣнію, подходятъ къ данному случаю: jura novit curia.

Такое значеніе указанія истца на законъ вытекаетъ изъ того положенія, какое занимаетъ судъ въ отношеніи къ тяжущимся, съ одной стороны, и къ закону, съ другой.

Обращаясь въ судъ съ искомъ, истецъ ждетъ отъ суда отвѣта на свой вопросъ о правѣ, онъ ждетъ, чтобы компетентный органъ указалъ ему его право. По даннымъ сторонами фактамъ суду надлежитъ разрѣшить вопросъ о томъ, имѣетъ-ли истецъ при существующей системѣ объективнаго права оспариваемое у него отвѣтчикомъ право: da mihi factum,—говоритъ судья тяжущемуся,—dabo tibi jus.

Изъ такого отношенія между судомъ и тяжущимися вытекаетъ, что указаніе «приличнаго закона» для даннаго случая—долгъ судьи, но отнюдь не истца.

Иное положеніе противорѣчило бы и основному началу нормальнаго государственнаго порядка,—началу равенства

---

*) Рѣшенія гражданскаго кассаціоннаго департамента, напримѣръ, 1886 г. № 10, 1880 г. № 213.

всѣхъ передъ закономъ. Если бы для истца было обязательно указаніе тѣхъ законовъ, которыми долженъ былъ бы руководиться судъ, то болѣе свѣдущій въ области права могъ бы торжествовать надъ тѣмъ, кто дѣйствительно, быть можетъ, правъ, но не знаетъ, въ какихъ законахъ искать оправданія своимъ дѣйствіямъ и желаніямъ, болѣе богатый могъ бы пригласить опытнаго адвоката и одержать верхъ надъ тѣмъ, кто этого не въ состояніи сдѣлать.

При такомъ положеніи вещей судъ не былъ бы въ состояніи выполнить свой долгъ передъ тяжущимися—dare jus.

Съ другой стороны, отношеніе суда къ закону требуетъ, чтобы судъ,—какъ это и выражено въ статьѣ 9 нашего устава гражданскаго судопроизводства,—рѣшалъ дѣла по точному разуму дѣйствующихъ законовъ. Судъ, такимъ образомъ, является лишь органомъ дѣйствія самого закона: черезъ судъ гласитъ право самъ законодатель. Судъ обязанъ въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ выразить волю законодателя по своему разумѣнію. Его прямой долгъ—руководствоваться тѣми законами, которые, какъ онъ самъ полагаетъ, подходятъ къ данному случаю. Указанія тяжущихся на законъ и предложенное ими толкованіе его не имѣютъ для суда обязательнаго значенія.

Не являясь необходимою составною частью искового прошенія, указаніе на законы, сдѣланное истцемъ первоначально, не связываетъ его и въ теченіи всего процесса. На существо иска не вліяла первоначальная ссылка на законы, не вліяютъ и позднѣйшія измѣненія. Поэтому, перемѣна въ первоначальномъ указаніи законовъ не можетъ относиться къ составу измѣненія иска.—

Что касается до прочихъ пунктовъ, то они несомнѣнно имѣютъ значеніе для индивидуализаціи процесса, но отнюдь не для индивидуализаціи иска.

Поэтому измѣненіе въ означеніи *суда*, въ который прошеніе подано, измѣненіе относительно *истца* и *отвѣтчика*

есть лишь измѣненіе элементовъ процессуальнаго отношенія, т. е. измѣненіе процесса.

Въ каждомъ изъ этихъ измѣненій есть такое же, по своему процессуальному значенію, явленіе, какъ и въ измѣненіи иска.

Но въ первыхъ случаяхъ имѣется субъективное измѣненіе процесса; въ измѣненіи же иска,—въ противуположность предъидущему,—объективное измѣненіе процесса.

Перемѣна субъектовъ процессуальнаго отношенія составляетъ, такимъ образомъ, процессуальное явленіе, стоящее особо отъ измѣненія иска. Это не есть измѣненіе иска, хотя, подобно ему, и есть новація процесса.

Поэтому совершенно правильно умолчаніе по этому вопросу во всѣхъ законодательствахъ. Не составляетъ исключенія и наше.

Вслѣдствіе этого не заслуживаетъ наше законодательство того упрека, который дѣлаетъ ему г. Анненковъ *).

Существенный пробѣлъ въ нашихъ правилахъ объ измѣненіи иска видитъ онъ «въ томъ, что въ нихъ ничего не говорится о томъ, слѣдуетъ-ли считать ***допустимымъ такое измѣненіе иска***, когда бы истецъ просилъ свой искъ, въ цѣломъ или въ части, предъявленный имъ сперва къ однимъ лицамъ, какъ отвѣтчикамъ, обратить или на другихъ лицъ, или же освободить отъ иска однихъ отвѣтчиковъ съ обращеніемъ части иска, упадавшей на нихъ, на другихъ отвѣтчиковъ?»

Въ этомъ вопросѣ соединено два различныхъ вопроса. Одинъ вопросъ заключается въ томъ, ***допустима-ли*** та перемѣна субъектовъ, которая указана? И отдѣльнымъ вопросомъ должно быть ***отношеніе*** такой перемѣны ***къ составу измѣненія иска.***

Поскольку шла бы рѣчь о первомъ вопросѣ, упрекъ въ пробѣлѣ и былъ бы правиленъ.

Коль скоро, однако, идетъ рѣчь объ измѣненіи иска,

---

*) Анненковъ, Опытъ комментарія. I, 411.

нѣтъ никакого недостатка, если законъ не говоритъ о допустимости такого вида новаціи процесса, которая вовсе не составляетъ измѣненія иска.

Напротивъ, изъ молчанія закона можно лишь заключить, что перемѣна субъектовъ процессуальнаго отношенія не составляетъ измѣненія иска, а потому въ правилахъ, сюда относящихся, и не говорится о допустимости такой перемѣны.

Такимъ образомъ, оба явленія не совпадаютъ въ своемъ существѣ. Субъективное измѣненіе процесса не является отдѣльнымъ видомъ измѣненія иска, и не относится къ ученію объ измѣненіи иска.

Перемѣна субъектовъ процесса не входитъ въ составъ измѣненія иска также и по ученію проф. Гольмстена

Когда истецъ,—читаемъ въ Принципѣ тождества,—измѣняетъ искъ, то онъ измѣняетъ его не вполнѣ, не во всѣхъ элементахъ; во всякомъ случаѣ съ ***субъективной*** стороны спорное отношеніе остается тѣмъ же *).

Измѣненіе субъектовъ спорнаго отношенія не отнесено къ понятію измѣненія иска, хотя установлено **), что и черезъ измѣненіе субъектовъ спорное отношеніе теряетъ свое внутреннее тождество.

Такое воззрѣніе имѣетъ, однако, не мало противниковъ, связывающихъ личность субъектовъ спорнаго отношенія съ существомъ не только процесса, но и иска.

Одни изъ представителей этого ученія не говорятъ, впрочемъ, прямо объ измѣненіи иска черезъ перемѣну субъектовъ процесса. Но, видя въ нихъ составной элементъ общаго понятія основанія иска, признаютъ въ измѣненіи субъектовъ измѣненіе основанія иска, а слѣдовательно и измѣненіе иска.

---

*) Юридическія изслѣдованія и статьи, стр. 369. Такое же воззрѣніе высказано и въ Учебникѣ, стр. 145. Къ измѣненію иска отнесено здѣсь только измѣненіе объекта спорнаго отношенія и спорнаго права.

**) Учебникъ, l. c.

Такой взглядъ проводитъ, напримѣръ, проф. Stein *). Исходя съ такой точки зрѣнія, онъ и видитъ измѣненіе иска въ томъ случаѣ, когда измѣняется субъектъ правомочія, субстанціированнаго посредствомъ фактовъ, когда на мѣсто одного истца или отвѣтчика вступаетъ другой, такъ что въ процессъ должно войти другое лицо; обозначеніе сторонъ,— объясняетъ Stein,—есть часть иска **).

Такое же воззрѣніе распространено и въ германской судебной практикѣ. Вотъ, напримѣръ, одинъ изъ случаевъ.

Къ банкиру Ричарду Е. былъ предъявленъ искъ о возвратѣ ссудо-сберегательной книжки, которая у истца была была украдена и, засимъ, продана была Виктору Е., какъ представителю торговаго дома, находящагося въ управленіи Виктора и Ричарда Е. подъ фирмою «Ричардъ Е».

Отвѣтчикъ заявилъ, что у него нѣтъ книжки, но что владѣетъ его торговый домъ «Ричардъ Е».

Истецъ тогда направилъ свой искъ къ этому торговому дому.

Въ этомъ было признано измѣненіе иска. Іенскій Оберъ-Ландгерихтъ разсуждалъ при этомъ слѣдующимъ образомъ.

Первоначальное основаніе иска берется обратно и на его мѣсто ставится другое, одни предшествующіе правопроизводящіе факты замѣняются другими. Начальнымъ основаніемъ иска было собственное личное пріобрѣтеніе книжки и владѣніе ею со стороны отвѣтчика. Теперь же обязанность отвѣтчика обосновывается тѣмъ, что торговый домъ обязанъ къ выдачѣ книжки, состоящей въ его владѣніи и что отвѣтчикъ обязанъ исполнить эту обязанность торговаго дома какъ его участникъ. Такимъ путемъ дается иску другое обоснованіе, ибо въ искѣ отнюдь не упоминалось о томъ фактѣ чтобы отвѣтчикъ былъ участникомъ торговаго дома «Ричардъ Е» ***).

---

*) Gaupp-Stein's Commentar, I, стр. 578, 1.
**) Ibid., стр. 579,[1].
***) Рѣшеніе Іенскаго Оберъ-Ландгерихта отъ 1 іюня 1896 г. (Seuffert's Archiv, т. 52 [1897], 32).

Въ приведенномъ случаѣ перемѣна отвѣтчика въ процессѣ подведена подъ составъ измѣненія ***основанія*** иска и только такимъ косвеннымъ путемъ признана была наличность измѣненія иска.

Наряду съ такимъ обходнымъ путемъ рѣшенія вопроса, существуетъ другое воззрѣніе: перемѣну субъектовъ процесса разсматриваютъ какъ такой же самостоятельный видъ измѣненія иска, какъ и измѣненіе основанія иска.

Сторонниками такого воззрѣнія являются, напримѣръ, Richard Schmidt *), Karl Mayer **), Henry Bonfils ***), К П. Побѣдоносцевъ****) и Правительствующій Сенатъ *****).

Всякій искъ,—говоритъ, напримѣръ, Побѣдоносцевъ,—неразрывно связанъ съ лицемъ отвѣтчика, ибо искъ возникаетъ изъ опредѣленнаго законнаго отношенія между извѣстными лицами; перестановка лицъ въ искѣ и въ отвѣтѣ не возможна.

Единство и опредѣлительность въ лицѣ истца и отвѣтчика,—говорится нѣсколько ниже,—принадлежитъ ***къ сущности иска***, и невозможно, ***безъ измѣненія сей сущности***, переносить искъ съ одного лица на другое (не состоящее законнымъ его преемникомъ) ни по волѣ тяжущихся, ни по усмотрѣнію суда ******).

Что перемѣна личностей истца или отвѣтчика не возможна, объ этомъ никто не споритъ. Контроверза касается лишь причины этой невозможности.

Перемѣна личностей истца или отвѣтчика можетъ вовсе не затрогивать существа иска. Просьба о разрѣшеніи вопроса

---

*) R. Schmidt, Die Klagänderung, 1888, 209 сл.

**) K. Mayer, Anspruch und Kechtskraft, 1896, 17.

***) H. Bonfils, Traité de procédure, 1883, § 1422.

****) Побѣдоносцевъ, Судебное руководство, тезисы 519—523.

*****) Рѣшенія Гражданскаго Кассаціоннаго Департамента 1873 № 160, 1869 г. № 164.

******) Побѣдоносцевъ, Судебное руководство, тезисъ 519.

о правѣ по данному матеріалу, т. е. искъ, можетъ сохранить свое тождество даже и въ томъ случаѣ, когда бы легитимированнымъ отвѣтчикомъ оказалось впослѣдствіи другое лицо, которое не было бы «по закону отвѣтственнымъ преемникомъ первоначально отвѣтствовавшаго лица»

Конечно, «всякій искъ»;—какъ высказалъ Правительствующій Сенатъ *),—«проистекаетъ изъ особливаго отношенія къ извѣстному лицу». Иначе и быть не можетъ, такъ какъ въ противномъ случаѣ въ качествѣ отвѣтчика участвовало бы въ дѣлѣ лицо, не обладающее пассивною легитимаціею, лицо, которое не могло бы вовсе быть и отвѣтчикомъ.

Отсюда слѣдуетъ, что направленіе иска къ данному отвѣтчику имѣетъ свое основаніе, а не является результатомъ произвольнаго усмотрѣнія истца. Поэтому-то личность отвѣтчика и является однимъ изъ признаковъ, индивидуализирующихъ процессъ. Съ перемѣною отвѣтчика была бы рѣчь и о другомъ, новомъ процессѣ, который и долженъ былъ бы открыться въ порядкѣ новаго предъявленія иска, но не обращенія иска къ новому отвѣтчику. Вслѣдствіе этого и не подлежитъ сомнѣнію невозможность обращенія иска ***въ теченіи производства*** къ новому отвѣтчику.

Но съ перемѣною отвѣтчика вовсе не измѣняется составъ предъявленнаго первоначально иска: остается безъ измѣненія и содержаніе требованія, и основаніе его. Измѣняется лишь направленіе иска, составъ же его остается безъ измѣненія.

На существо иска не вліяетъ то обстоятельство, что искъ будетъ предъявленъ въ томъ или другомъ судѣ, тѣмъ или инымъ истцемъ, противъ одного или другого отвѣтчика.

Равнымъ образомъ и перемѣна въ этомъ отношеніи не производитъ измѣненія иска.

---

*) Подъ такимъ условіемъ допускается обращеніе иска къ новому отвѣтчику въ рѣшеніяхъ Гражданскаго Кассаціоннаго Департамента Правительствующаго Сената 1873 г. № 160 и 1869 г. № 164.

**) Ibid.

Поэтому, перемѣна субъектовъ процессуальнаго отношенія и не можетъ обсуждаться по правиламъ объ измѣненіи иска. Не потому она не допустима, чтобы заключала въ себѣ измѣненіе иска, но потому, что вліяетъ на индивидуальность процесса. Мѣняется процессъ, но не искъ. Происходитъ субъективная новація процесса, столь же недопустимая, какъ и новація процесса черезъ измѣненіе иска.—

Такимъ образомъ, по объекту измѣненія, составъ измѣненія иска можетъ быть лишь двоякимъ. Измѣненіе иска можетъ заключаться либо въ измѣненіи основанія иска, либо въ измѣненіи содержанія искового требованія.

ГЛАВА ПЕРВАЯ.

Понятіе и значеніе основанія иска.

Вопросъ о понятіи и составѣ основанія иска представляетъ до настоящаго времени предметъ оживленныхъ споровъ. Даже русская, менѣе богатая литература по вопросамъ гражданскаго права и судопроизводства заключаетъ въ себѣ немало попытокъ рѣшенія и нашего вопроса объ основаніи иска. Обильнѣе всего, конечно, и въ данномъ случаѣ германская литература. Къ сожалѣнію, въ ней слишкомъ силенъ экзегетическій характеръ. Не столько изслѣдуется самое понятіе основанія иска, сколько толкуется буква постановленій германскаго законодательства. Много спорятъ, напримѣръ, о томъ, совпадаютъ-ли въ своемъ значеніи выраженія «Klagegrund» и «Grund des erhobenen Anspruchs»; цѣлыя изслѣдованія производятъ въ подготовительныхъ трудахъ многочисленныхъ законодательныхъ комиссій для того только, чтобы установить тождество или различіе двухъ терминовъ.

Во всей массѣ работъ по вопросу объ основаніи иска замѣтно два направленія. Различіе между ними сводится къ вопросу о значеніи для понятія иска и его основанія элементовъ фактическаго и юридическаго и о взаимномъ ихъ отношеніи.

Это отмѣтилъ уже Bollinger. Споръ о понятіи основанія иска,—говоритъ онъ,—вращается вокругъ того, принадлежатъ-

ли къ составу этого понятія только факты, или также и правоположенія *).

Едва-ли кто-либо сомнѣвается въ томъ, что каждый изъ этихъ элементовъ составляетъ необходимое условіе для правильнаго искового требованія. Не будетъ элемента фактическаго, искъ не будетъ удовлетворенъ, ибо нѣтъ матеріала для сужденія о правильности требованій истца; мало, чтобы былъ законъ, по которому можно было бы вообще получить удовлетвореніе по требованію истца; надо еще *и фактическое основаніе* для этого.

Но мало и одного факта для обоснованія своего требованія. Ни одинъ судъ не признаетъ иска основательнымъ, если факты, положенные въ его основу, не находятъ въ системѣ дѣйствующаго права такой нормы, которая оправдывала-бы требованіе истца. Необходимо, кромѣ фактическаго основанія, также *и основаніе юридическое*.

Но въ то время, какъ одни строго разграничиваютъ эти два элемента въ понятіи основанія иска, другіе считаютъ ихъ нераздѣльными.

Съ точки зрѣнія послѣднихъ основаніемъ иска является соединеніе обоихъ элементовъ, дающее въ результатѣ юридическое отношеніе. Такое ученіе именуютъ теоріею *индивидуализаціи* (Individualisirungstheorie). Опредѣленіе это не точно. Въ немъ отмѣчена лишь цѣль представить искъ въ индивидуальномъ видѣ, обособить его отъ всякаго другого. Но существенно здѣсь не то. Не цѣль важна. Характерно средство *). Таковымъ же является юридическая квалификація

---

*) Bollinger, Zur Revision der Lehre von der Klagänderung, Zürich, 1886, 21.

*) Слово „индивидуализація“ (въ противоположность „субстанціированію“) не характеризуетъ дѣла, такъ какъ,—правильно замѣтили уже Wilmowsky und Levy, Civilprozessordnung und Gerichtsverfassungsgesetz für das deutsche Reich, 7-e Auflage [1895], стр. 377,—о томъ именно и спорятъ, какая необходима индивидуализація.

факта. Въ силу этого правильнѣе было бы именовать это ученіе—теоріею *юридической индивидуализаціи.*

Юридическая квалификація отличаетъ этого рода индивидуализацію отъ ученія, разграничивающаго фактическое и юридическое основанія. Индивидуальность, по этому ученію, сообщается иску лишь фактическимъ его основаніемъ, лишь тѣми фактами, которые, при существующей системѣ объективнаго права, въ процессуальномъ отношеніи оправдываютъ исковое требованіе, въ матеріальномъ отношеніи производятъ то юридическое отношеніе, изъ котораго вытекаетъ право на удовлетвореніе иска. Теорію эту называютъ теоріею *субстанціированія.* Болѣе характернымъ представлялось бы мнѣ говорить въ данномъ случаѣ о теоріи *индивидуализаціи* путемъ *субстанціированія* или, въ противуположность юридической индивидуализаціи, назвать ее теоріею *индивидуализаціи фактической.*

Принципіальное различіе между «индивидуализированіемъ» и «субстанціированіемъ» отрицаетъ Otto Fischer *). И при индивидуализированіи, говоритъ онъ, и при субстанціированіи дѣло идетъ лишь о фактическихъ обозначеніяхъ. Противуположеніе не касается существа дѣла; оно относится къ мѣрѣ обозначенія фактовъ, обосновывающихъ искъ: большая или меньшая детальность въ обозначеніи.

Фишеръ исходитъ изъ того соображенія, что хотя заявленія сторонъ должны обнимать спорное отношеніе и въ юридическомъ отношеніи (ст. 128 германскаго устава гражданскаго судопроизводства), но такія юридическія данныя не составляютъ необходимости для субстанціированія; тѣмъ менѣе нужно обозначеніе юридическаго основанія въ исковомъ прошеніи.

Подобное отношеніе между «индивидуализированіемъ» и

---

*) Otto Fischer, Dear Problem der Identität und der Neuheit, Breslau, 1892, стр. 40.

«субстанціированіемъ» означало полную нецѣлесообразность самаго различія. Это же послѣднее именно и основывается на ошибочномъ воззрѣніи сторонниковъ «индивидуализированія» на значеніе юридическаго элемента въ искѣ. Съ такой же точки зрѣнія, какую проводитъ Фишеръ, не было бы возможно и самое различіе.

ОТДѢЛЕНІЕ ПЕРВОЕ.

Юридическая квалификація основанія иска.

§ 1 Теорія юридической индивидуализаціи.

Главною опорою теоріи юридической индивидуализаціи и вождемъ въ борьбѣ *) противъ теоріи фактической индивидуализаціи является Лейпцигскій профессоръ Adolf Wach.

Подъ основаніемъ иска,—говоритъ Wach **),—не разумѣется непремѣнно исковыхъ фактовъ. Это есть индивидуализированное юридическое отношеніе, изъ котораго вытекаетъ притязаніе. Отношеніе это является идеальнымъ результатомъ реальныхъ, фактическихъ данныхъ, которыя можно назвать фактическимъ составомъ правоотношенія; это послѣднее есть юридическая квалификація фактическаго состава. Поэтому, индивидуализируя правоотношеніе, мы даемъ основаніе притязанія такъ же, какъ и въ томъ случаѣ, когда производимъ разложеніе состава фактовъ.

---

*) Führer in dem Kampfe—такъ называетъ Вахъ Petersen, Zum Streit über Klagegrund und Klageänderung, 1892, 2

**) Wach, Vorträge über die Reichscivilprocessordnung, 2-e Auflage, 1896, 23. Свою теорію профессоръ Вахъ высказалъ уже въ 1879 году въ первомъ изданіи своихъ „Vorträge„.

Теорія юридической индивидуализаціи нашла сильную поддержку въ лицѣ одного изъ учениковъ Ваха, въ профессорѣ Фрейбургскаго университета — Richard Schmidt'ѣ.

Искъ, говоритъ онъ *), долженъ дать суду и противной сторонѣ возможность подготовки *прежде всего* по вопросу о томъ, *должно-ли дойти дѣло до судебнаго изслѣдованія и по какой претензіи*, но для этого должно быть лишь столько указаній, чтобы претензія могла быть отличена отъ другихъ претензій тѣхъ же лицъ и, эвентуально, о подобномъ предметѣ, чтобы претензія могла быть распознана въ ея *индивидуальной* природѣ. Для этого не нужно указанія всѣхъ отдѣльныхъ фактическихъ элементовъ, ибо если претензія исторически изъ нихъ даже возникаетъ, то она можетъ быть обозначена какъ существующая независимо отъ нихъ. Такимъ образомъ, надо не субстанціированіе, но лишь *индивидуализированіе* претензій, и лишь съ этой точки зрѣнія необходимы основаніе и предметъ матеріально-правовой претензіи, какъ типическіе индивидуализирующіе моменты.

Schmidt выразилъ здѣсь опредѣленнымъ образомъ свою принадлежность къ числу сторонниковъ теоріи юридической индивидуализаціи. Въ своей же монографіи объ измѣненіи иска онъ показалъ себя не столько послѣдователемъ этой теоріи, сколько противникомъ вообще теоріи фактической индивидуализаціи и, въ частности, того взгляда на основаніе иска, какой высказанъ въ мотивахъ къ германскому уставу гражданскаго судопроизводства и принятъ германскимъ Рейхсгерихтомъ **).

Ревностнаго и неутомимаго защитника нашла теорія юридической индивидуализаціи и среди юристовъ-практиковъ. Таковымъ является Reichsgerichtsrath Julius Petersen. Цѣлый рядъ трудовъ посвятилъ онъ спеціально вопросу объ

---

*) Schmidt, Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts, 1898, 380.
**) Schmidt, Die Klagänderung, 1888, стр. 147 сл.

основаніи иска удѣливъ, помимо того, много вниманія этому вопросу и въ своемъ обширномъ комментаріи къ германскому уставу гражданскаго судопроизводства *).

Одновремено съ Вахомъ, за юридическую индивидуализацію высказался и Kleinschrod.

Каждая заявленная суду *претензія*,—говоритъ онъ,—есть и должна быть *юридически индивидуализирована* **). Тождество спора о правѣ существуетъ, пока не нарушена эта юридическая индивидуализація; другими словами, моментъ тождества составляетъ юридическая квалификація предъявленной истцемъ претензіи, а не одно тождество чисто фактическаго элемента,—какъ будто-бы могли возникнуть претензія или даже процессъ только изъ факта, и сюда не относилось бы еще то, что этотъ фактъ имѣется въ виду правомъ и на основаніи этого послѣдняго формулирована опредѣленная претензія.

Такъ, право считаетъ продолжительно длящееся добросовѣстное *владѣніе* дающимъ основаніе *собственности*, но въ тоже самое время субстанціирующимъ bonae fidei possessionem. Истецъ, поэтому, можетъ выбирать, какую изъ этихъ юридическихъ точекъ зрѣнія положить въ основу своей исковой претензіи, которая, однако, всегда является конкретною и ведетъ именно къ данному индивидуальному спору о правѣ.

Теорію юридической индивидуализаціи проводитъ и Otto Fischer.

Основаніе иска, по его опредѣленію ***), есть не что иное, какъ совокупность служащихъ къ оправданію искового требованія фактовъ и *правоположеній*. Придавъ,

---

*) Petersen, Die Civilprozessordnung für das deutsche Reich, 4-e Auflage [1899] 499 сл. и 556; Zum Streit über Klagegrund und Klageänderung, 1892; Der Klagegrund und die Vorschriften der deutschen Civilpozessordnung въ Zeitschrift für deutschen Civilprozess, III [1881]; Vas versteht die Civilpozessordnung unter „Klagegrund“ und „Grund des erhobenen Anspruchs“? въ Gruchot's Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, 28 [1884].

**) Kleinschrod, Klagänderung, 1879, 44.

***) Fischer, Identität, 1892, 38.

такимъ образомъ, равносильное значеніе юридическому элементу въ составѣ основанія иска, Фишеръ въ другомъ мѣстѣ *) прямо говоритъ уже объ индивидуализаціи *правоотношенія*, изъ коего проистекаетъ исковое требованіе. Полнымъ сторонникомъ теоріи Ваха заявляетъ себя Фишеръ и въ одной изъ своихъ журнальныхъ статей **); мотивовъ своего воззрѣнія Фишеръ не приводитъ.

Еще сильнѣе выдвинутъ юридическій элементъ Eccius'омъ и Plòsz'емъ, а за ними и Birkmeyer'омъ

Искъ индивидуализируется,—говоритъ первый ***)—правомъ, осуществляемымъ путемъ иска. Поскольку искъ образуется изъ права, изъ него вытекаетъ для того, чтобы его же осуществить, и самъ этотъ искъ долженъ получить характеръ этого праваа, его основаніе. Основаніе *права* (Rechtsgrund), то конкретное *правоотношеніе*, которое возникло между сторонами, и есть *основаніе иска* (Klagegrund).

Подъ основаніемъ иска, по мнѣнію Plòsz'a ****), можно разумѣть лишь *право*, изъ котораго вытекаетъ исковая претензія.

Къ взгляду Plòsz'a присоединяется безусловно и Birkmeyer *****).

Къ теоріи юридической индивидуализаціи примыкаетъ и воззрѣніе, высказанное г. Анненковымъ.

Основаніемъ каждому иску,—говоритъ онъ ******), — служитъ какое-либо опредѣленное *юридическое отношеніе*, въ силу котораго отвѣтчикъ является лицемъ, обязаннымъ чѣмъ-либо.

---

*) Стр. 41.

**) Fischer. Zur Literatur des Civilprozesses въ Archiv für die civilistische Praxis, томъ 70 (1886), стр. 340.

***) Förster (Eccius), Preussisches Privatrecht, 7-е изд. (1896), I, 251.

****) Plòsz, Beiträge zur Theorie des Klagerechts, Leipzig, 1880, 123.

*****) Birkmeyer, Der Begriff der Streiteinlassung des Beklagten въ Archiv für die civilistische Praxis, томъ 66 (1883), стр. 38.

******) Анненковъ, Опытъ комментарія, I, 275.

Юридической индивидуализаціи при опредѣленіи понятія основанія придерживается въ цѣломъ рядѣ рѣшеній и Правительствующій Сенатъ.

Впрочемъ, взглядъ Сената окончательно не установился, ибо въ рядѣ другихъ рѣшеній проводятся иныя воззрѣнія; на нихъ мы остановимся въ своемъ мѣстѣ.

Подъ основаніемъ иска,—разъясняетъ Сенатъ въ рѣшеніи 1888 г. № 1 по дѣлу общества взаимнаго поземельнаго кредита,—разумѣется то ***юридическое отношеніе***, изъ коего искъ вытекаетъ, но не фактъ, нарушившій право истца.

Давъ такое опредѣленіе, Сенатъ нѣсколько дальше въ томъ же рѣшеніи говоритъ, что по настоящему дѣлу «***основаніемъ иска*** служили неправильныя ***дѣйствія и упущенія отвѣтчиковъ***».

Если бы основаніемъ иска являлось, какъ полагаетъ Сенатъ, юридическое отношеніе, то неправильныя дѣйствія отвѣтчиковъ не подошли бы подъ понятіе основанія иска.

Дѣло, по которому высказаны были Сенатомъ эти разъясненія, заключалось въ слѣдующемъ.

Общество взаимнаго поземельнаго кредита предъявило къ лицамъ, принадлежащимъ къ составу правленія, искъ о вознагражденіи за убытки, причиненные Обществу растратою капиталовъ, произведенною кассиромъ Юханцевымъ. При этомъ было объяснено, что, по уставу, отвѣтчики обязаны наблюдать за исправностью всѣхъ служащихъ въ Обществѣ, и что, на основаніи ст. 574, 684 и 2181 т. X, ч. 1, свода законовъ, они обязаны вознаградить Общество за убытки, причиненные ихъ собственными дѣяніями и упущеніями, способствовавшими растратѣ капиталовъ.

При такихъ обстоятельствахъ совершенно правильно толкованіе Сената, что основаніемъ иска являются «неправильныя дѣйствія и упущенія отвѣтчиковъ, давшія возможность кассиру произвести означенную растрату».

Но для этого опредѣленія Сенату не было вовсе надобности толковать понятіе основанія иска какъ юридическое отношеніе. Давъ такое толкованіе, Сенатъ не обнаружилъ, въ чемъ именно заключается основаніе иска ***какъ юридическое отношеніе*** въ данномъ дѣлѣ.

Теоретическое положеніе Сената идетъ, такимъ образомъ, въ разрѣзъ съ его же собственною практикою, а потому при примѣненіи его къ данному дѣлу ***не оправдывается.*** Насколько же оно правильно принципіально,—объ этомъ ниже.

Въ такомъ же положеніи оказался Сенатъ и въ рѣшеніи 1884 г. по дѣлу Эстеръ-Полищукъ *).

И здѣсь Сенатъ высказалъ взглядъ, что «подъ основаніемъ иска слѣдуетъ разумѣть то юридическое отношеніе, изъ котораго возникаетъ искъ». Но при установленіи понятія на практикѣ оно оказалось въ иномъ видѣ.

И въ данномъ случаѣ основаніемъ иска явился правонарушающій фактъ.

Дѣло, вызвавшее сужденія Сената, возникло по иску о возстановленіи владѣнія землею, захваченною отвѣтчикомъ подъ постройки, о закрытіи оконъ и уничтоженіи ската крыши. Требованія эти были вызваны одною и тою же совокупностью дѣйствій отвѣтчика, т. е. постройкою зданій на землѣ истца и устройствомъ при этомъ оконъ и ската крыши во дворъ истца.

Такой искъ,—нашелъ Сенатъ,—вызванъ однимъ и тѣмъ же ***дѣйствіемъ отвѣтчика, нарушающимъ*** одновременно права истца какъ на владѣніе недвижимымъ имѣніемъ, такъ и правъ участія частнаго въ томъ имѣніи. Какъ относящійся къ одному и тому же предмету, а именно къ ***спокойному владѣнію имѣніемъ,*** искъ этотъ,—полагалъ Сенатъ,—не можетъ быть признанъ истекающимъ изъ разныхъ основаній.

---

*) Рѣшеніе гражданскаго кассаціоннаго департамента 1889 г., № 66.

Сущность соединеннаго требованія сводится въ этомъ случаѣ къ возстановленію спокойнаго владѣнія. Для того же, чтобы требованіе подобнаго рода могло быть удовлетворено, необходимо, чтобы налицо былъ фактъ вторженія отвѣтчика въ сферу истца, создающій для послѣдняго право требовать возстановленія владѣнія.

По закону (ст. 531 т. X ч. 1), всякое, даже и незаконное, владѣніе охраняется правительствомъ отъ «насилія и самоуправства». Эти факты насилія и самоуправства и создаютъ для пострадавшаго право на возстановленіе владѣнія, являются фактами правопроизводящими. Это и суть основанія исковъ о возстановленіи владѣнія.

Такое именно основаніе иска правильно и указано Сенатомъ въ приведенномъ дѣлѣ.

Предъявленіе въ одномъ исковомъ прошеніи,—высказалъ Сенатъ,—требованій о возстановленіи владѣнія и права участія частнаго, нарушенныхъ одновременно дѣйствіемъ отвѣтчика, послужившимъ фактическимъ основаніемъ иска, не составляетъ воспрещеннаго закономъ смѣшенія исковъ, истекающихъ изъ разныхъ основаній.

Сенатъ, такимъ образомъ, призналъ основаніемъ иска, соединившаго два требованія, правопроизводящій фактъ правонарушенія, несмотря на то, что исходной точкой зрѣнія Сената было понятіе объ основаніи иска какъ юридическомъ отношеніи.

Эти два случая показываютъ, что Сенатъ на дѣлѣ не оказывается сторонникомъ юридической индивидуализаціи основанія иска. Фактически воззрѣніе Сената на основаніе иска иное, чѣмъ могло бы казаться по тѣмъ теоретическимъ обобщеніямъ, которыя принимались Сенатомъ за исходный пунктъ его сужденій.—

Теорія юридической индивидуализаціи нашла массу послѣдователей. Кромѣ названныхъ, къ ней примыкаютъ еще,

напримѣръ: Bolgiano [1]), Fitting [2]), Hinschius [3]), Krainz-Pfaff-Ehrenzweig [4]), Nessel [5]), Oetker [6]), Reincke [7]), Schollmeyer [8]), Schuster von Bonnot [9]), Weismann [10]) и др.

Лишь немногіе изъ сторонниковъ юридической индивидуализаціи сдѣлали попытку представить раціональное обоснованіе своего взгляда. Многіе направили усилія лишь къ тому, чтобы выяснить дѣйствительную точку зрѣнія своего законодательства: таковъ именно пріемъ большинства германскихъ юристовъ, изслѣдовавшихъ не столько вопросъ объ основаніи иска, сколько согласіе по этому предмету буквы германскаго закона съ мотивами, имѣвшимися въ виду при его созданіи.

Наиболѣе подробную мотивировку теоріи юридической индивидуализаціи сдѣлалъ Петерсенъ. Справедливость требовала бы и ставить его имя на-ряду съ основателемъ этого направленія, профессоромъ Вахомъ.

Многіе изъ сторонниковъ этой Вахъ-Петерсеновской теоріи не столько приводятъ основанія въ пользу своего взгляда, сколько спорятъ противъ теоріи субстанціированія или фактической индивидуализаціи.

---

[1]) Bolgiano, Prozessrechtliche Erörterungen въ Zeitschrift für deutschen Civilprozess, XII [1888], 454 сл. и Zur Lehre von den Erfordernissen der Klageschrift und den Folgen ihrer Mängel въ Grunhut's Zeitschrift, XIV, [1887], 366.

[2]) Fitting, Zur Auslegung der Reichs-Civilprocessordnung въ Archiv für die civilistische Praxis, 61 [1878], 425; Was bedeutet „Grund des erhobenen Anspruchs" in § 230, № 2 C. P. O?—въ Zeitschrift für deutschen Civilprozess, IX [1886], 69 сл.; Der Reichs-Civilprocess, 1898, 192.

[3]) Hinschius, Klagegrund въ Holtzendorff's Encyklopädie.

[4]) Krainz-Pfaff-Ehrenzweig, System des oesterreichischen allgmeinen Privatrechts, I [1899], 419.

[5]) Nessel, Der Interventionsprozess въ Gruchot's Beiträge, 28 [1884] 134.

[6]) Oetker, Konkursrechtliche Grundbegriffe, 1891, 278.

[7]) Reincke, Die deutsche Civilprozessordnung, 1900, § 230, B, II, c.

[8]) Schollmeyer. Die Compensationseinrede im deutschen Reichs-Civilrocess, 1884, 126.

[9]) Schuster von Bonnot, Oesterreichisches Civilprozessrecht, 1897, 231.

[10]) Weismann, Hauptintervention und Streitgenossenschaft, 1884, 37.

Вслѣдствіе этого разнообразія въ способѣ мотивировки представляется болѣе удобнымъ представить основанія каждой изъ двухъ вышенамѣченныхъ теорій въ обобщенномъ видѣ.—

Теорія юридической индивидуализаціи является вполнѣ подходящею для установленія понятія «основанія иска» въ тѣсномъ смыслѣ въ ту пору, когда юридическій элементъ его имѣетъ такое же значеніе, какъ и элементъ фактическій.

Только тогда, когда юридическая квалификація фактовъ дѣла представляется столь же необходимою для предъявленія иска, основаніемъ иска является не совокупность фактовъ, но идеальный результатъ ихъ, проистекающій отъ дѣйствія на нихъ установленной уже въ искѣ нормы права. т. е. правоотношеніе.

Это возможно лишь при томъ условіи, чтобы юридическая квалификація, предложенная въ исковомъ актѣ суду, была для него обязательною. Только въ томъ случаѣ правоотношеніе можетъ почитаться основаніемъ иска, когда судъ обязанъ подчиниться предустановленной юридической точкѣ зрѣнія на факты, подлежащіе его разсмотрѣнію, когда, слѣдовательно, суду предоставляется лишь установить наличность фактовъ, не вдаваясь въ ихъ юридическое значеніе.

Съ такой точки зрѣнія, теорія юридической индивидуализаціи основанія иска вполнѣ примѣнима, напримѣръ, къ римскому праву той эпохи, когда производство in judicio отдѣлялось отъ производства in jure.

Римскій судья обязанъ былъ при производствѣ in judicio подчиниться той юридической квалификаціи иска, какая ему дана была преторомъ in jure. Такая обязаность юридической квалификаціи не означала, однако, подчиненія суда произволу сторонъ: не стороны квалифицировали совокупность обстоятельствъ дѣла, но самъ источникъ права—преторъ.

Такимъ образомъ, конкретное отношеніе сторонъ становилось предметомъ разсмотрѣнія со стороны судьи уже въ видѣ правоотношенія, опредѣленнаго преторомъ ad hoc или

по эдикту; судья былъ не вправѣ входить въ юридическую сторону дѣла: онъ обязанъ былъ рѣшить лишь вопросъ о существованіи или несуществованіи даннаго отношенія *).

Въ настоящее время вопросъ о правѣ составляетъ дѣло исключительно суда въ такой же мѣрѣ, какъ и сужденіе о фактахъ. Представляется излишнимъ всякое предварительное истолкованіе съ чьей-либо стороны примѣнимости данной нормы права къ данному случаю. Никакія указанія сторонъ,— какъ уже показано, – не могутъ имѣть обязательнаго значенія для суда: если они оказались бы правильными, то основывались-бы на томъ же законѣ, который судъ самъ обязанъ знать (jura novit curia), а потому были-бы излишни; тѣмъ болѣе были-бы они не нужны, если-бы были неправильны.

Разумѣется, лицо, обращающееся къ суду съ искомъ, зная законъ, можетъ знать съ большею или меньшею точностью, будетъ-ли уважено его требованіе. Законъ примѣняется судомъ, независимо отъ чьихъ-либо заявленій, самостоятельно, «по своему разумѣнію».

Съ тѣхъ поръ, какъ для суда не имѣетъ значенія всякая иная юридическая квалификація, кромѣ собственной, теорія юридической индивидуализаціи не имѣетъ почвы для своего существованія.

Юридическая квалификація фактовъ становится актомъ позднѣйшимъ, не совпадающимъ съ моментомъ предъявленія иска и, при томъ, составляетъ дѣло суда, а не сторонъ. Совокупность фактовъ квалифицируется лишь послѣ того, какъ фиксировано юридическое основаніе, установлена норма, подходящая къ данному случаю. Такъ какъ фиксированіе такое возможно лишь по окончательномъ выясненіи фактическаго состава и совершается самимъ судомъ, то фактическая совокупность, составляющая основаніе иска въ тѣсномъ смыслѣ, является

---

*) Dernburg, Lehrbuch des preussischen Privatrechts, I. 263; Pandekten, I (1894), 354; Kroll, Klage und Einrede, 66.

квалифицированною юридически, представляетъ фиксированное юридическое отношеніе лишь въ качествѣ основанія для судебнаго рѣшенія.

Основаніемъ иска, такимъ образомъ, является только правопроизводящая совокупность фактовъ, въ качествѣ основанія *для судебнаго рѣшенія* получающая квалификацію опредѣленнаго юридическаго отношенія.

Въ массѣ случаевъ не составляетъ, конечно, загадки та юридическая квалификація, которую судъ дастъ совокупности фактовъ, лежащей въ основаніи иска. Это случайное, хотя и частое, явленіе. Но оно-то именно и послужило причиною для возведенія случая въ общее правило, въ теорію юридической индивидуализаціи.

Если подъ основаніемъ иска принципіально и разумѣть правоотношеніе, то въ то же время,—справедливо уже отмѣчалось*),—для обозначенія основанія не достаточно обозначенія однихъ правовыхъ признаковъ. Необходимы данныя, касающіяся времени, мѣста, лицъ, дѣйствій и т. п., которыя могли-бы представить данную сдѣлку какъ конкретное явленіе.

Такимъ образомъ, даже и сторонники юридической индивидуализаціи требуютъ, чтобы искъ индивидуализировался фактическими данными, признаютъ ихъ необходимыми для отличія одного иска отъ другого.

Правоотношеніе,—говоритъ одинъ изъ сторонниковъ юридической индивидуализаціи, Lothar Seuffert **),—должно быть обозначаемо въ исковомъ прошеніи такъ, чтобы получилась возможность отличить его отъ другихъ правоотношеній. Для этого не надо обозначенія отдѣльныхъ фактовъ, изъ которыхъ возникло правоотношеніе, не надо субстанціированія, но достаточно указанія признаковъ, по которымъ можно отличить

---

*) Mayer, Anspruch und Klagerecht, § 3, стр. 20—21.

**) Seuffert, Kommentar zur Civilprozessordnung, I, 8-e Auflage [1901], стр. 256.

одно правоотношеніе отъ другихъ (такъ называемая индивидуализація). Конечно,—не могъ не отмѣтить Seuffert,—индивидуализація можетъ быть совершена путемъ указанія фактовъ; но указаніе ихъ не представляется необходимымъ для индивидуализаціи и поэтому не должно быть непремѣнно выражено *уже* въ исковомъ прошеніи.

Ту же мысль высказываетъ и Petersen.

Достаточно,—говоритъ онъ *),—если при искѣ личномъ точно обозначается der Verpflichtungsgrund отвѣтчика черезъ указаніе правоотношенія Но такъ какъ изъ одного и того же правоотношенія можетъ возникнуть нѣсколько требованій и, кромѣ того, также и данное абстрактное правоотношеніе in concreto,то и должно быть точно обозначено, о какомъ требованіи идетъ рѣчь.

Необходимость фактической индивидуализаціи признаетъ еще, напримѣръ, Willenbücher **), являющійся, однако, сторонникомъ теоріи юридической индивидуализаціи.

Нельзя индивидуализировать,—говоритъ онъ,—обязательственную претензію безъ обозначенія фактовъ, давшихъ основаніе для возникновенія претензіи. Разумѣется, не будетъ достаточнымъ обозначеніемъ основанія иска, если искъ о платежѣ нѣкоторой суммы предъявляется «aus einem Kaufvertrage»; къ основанію иска относится означеніе фактовъ о заключеніи договора и передачѣ проданнаго.

Willenbücher не выдерживаетъ, однако, позиціи юридической индивидуализаціи. Для индивидуализированія,—говоритъ онъ,—нѣтъ, однако, надобности непремѣнно обо-

---

*) Julius Petersen. Der Klagegrund und die Vorschriften der deutschen Civilprozessordnung въ Zeitschrift für deutschen Civilprozess, III [1881], 414. Ср. его же статью: Vas versteht die Civilprozessordnung unter "Klagegrund" und „Grund des erhobenen Anspruchs" въ Gruchot's Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts 28 [1884], 667.

**) Willenbücher, Grundriss des Prozess und Zwangsvollstreckungs-Verfahrens, Berlin, 1900, стр. 9.

значать правоотношеніе его юридическимъ именемъ,—достаточно обозначенія ***конкретнаго*** отношенія.

Уступка идетъ еще дальше. Индивидуализированіе,—говоритъ Willenbücher,—можетъ совершиться и черезъ указаніе исковыхъ ***фактовъ.***

Но, при такомъ положеніи, это не будетъ уже юридическою индивидуализаціею въ томъ видѣ, какъ ее понимаютъ ея сторонники. Чувствуя шаткость положенія, Willenbücher дѣлаетъ поправку. Въ этомъ случаѣ,—говоритъ онъ,—основаніе иска образуютъ не исковые факты сами по себѣ, но «das aus ihnen zu erkennende Rechtsverhältniss»

Такимъ образомъ, нѣтъ сомнѣнія, повторяемъ, даже и со стороны самихъ сторонниковъ юридической индивидуализаціи въ томъ, что факты въ чистомъ видѣ, безъ квалификаціи, необходимы для обоснованія иска. Нѣкоторые изъ сторонниковъ юридической индивидуализаціи прямо и высказываютъ это.

Такъ, Bolgiano вовсе на считаетъ необходимымъ, чтобы основаніе иска,—каковымъ онъ считаетъ правоотношеніе,—непремѣнно называлось въ исковомъ прошеніи. Достаточно,—высказываетъ онъ,—если правоотношеніе можетъ быть выведено изъ фактовъ и просительнаго пункта *).

Такимъ объясненіемъ Bolgiano собственноручно подрываетъ основу своей теоріи, ибо самъ же исключаетъ необходимость юридической квалификаціи фактовъ, лежащихъ въ основаніи иска. Противъ того же, что изъ такихъ фактовъ можетъ вытекать правоотношеніе, никто и не споритъ, коль скоро въ системѣ дѣйствующаго права есть вообще норма, которая, въ примѣненіи къ данной совокупности фактовъ, могла бы оправдать исковое требованіе.

Ошибка Wach-Petersen'овской теоріи заключается въ отождествленіи понятій основанія иска вообще и, спеціально,

---

*) Bolgiano, въ Zeitschrift für deutschen Civilprozess, XII, 458, и въ Grünhut's Zeitschrift. XIV, 375.

юридическаго его основанія Отождествленіе это вытекаетъ изъ выводовъ сторонниковъ этой теоріи, если не высказывается прямо.

Самъ же Petersen говоритъ, что исковая претензія, если она основательна, предполагаетъ, съ одной стороны, норму права (Rechtssatz) и, съ другой, опредѣленные факты, съ наличностью которыхъ связаны тѣ слѣдствія, объ осуществленіи коихъ идетъ рѣчь*).

Но засимъ Petersen такимъ образомъ представляетъ себѣ положеніе этихъ элементовъ. Въ основаніи каждаго иска лежитъ силлогизмъ: предъявленная истцемъ претензія, какъ заключеніе, вытекаетъ изъ дѣйствія извѣстнаго правоположенія, какъ верхней посылки, на указываемые истцемъ факты, составляющіе нижнюю посылку, т. е. на указываемое правоотношеніе; подъ правоотношеніемъ же разумѣется извѣстное отношеніе, въ которомъ данное лицо стоитъ къ опредѣленной вещи или къ опредѣленному лицу (отвѣтчику). Такимъ же образомъ и каждое правоотношеніе есть продуктъ подобной логической операціи.

Изъ сказаннаго слѣдуетъ, заключаетъ Petersen **), что основаніе иска,—т. е. тѣ условія, которыя должны быть налицо, если исковая претензія основательна, и изъ которыхъ вытекаетъ право на искъ,—составляютъ не только факты, а всегда фактическіе и юридическіе моменты. Но обязанность приведенія ихъ стороною (Anführungspflicht), какъ и Beweislast, относится лишь къ фактамъ; необходимыя же для обоснованія иска правоположенія долженъ пріискивать и примѣнять самъ судъ ex officio. Поэтому,—полагаетъ Petersen ***),—вошло просто въ привычку принимать во вниманіе лишь фактическіе моменты основанія иска и опредѣлять основаніе иска какъ совокупность фактовъ.

---

*) Въ Zeitschrift für deutschen Civilprozess, III, 387—388.

**) Ibid., 388.

***) Ibid., 389.

Но, дѣло не въ привычкѣ. Не теряютъ изъ виду юридическаго элемента и тѣ, кто видитъ въ основаніи иска только факты: не устраняя необходимости юридическаго элемента, ясно представляютъ себѣ значеніе его въ составѣ искового требованія какъ условія его основательности, но отнюдь не вводятъ его въ составъ того элемента, тождество коего равносильно тождеству иска.

Отождествленіе основанія иска съ юридическимъ элементомъ его, характеризующее теорію юридической индивидуализаціи, имѣетъ своею причиною ту тѣсную зависимость между правоотношеніемъ и его фактическимъ составомъ, какая существуетъ въ искахъ личныхъ.

Для того, чтобы данная совокупность фактовъ могла явиться основаніемъ иска, необходимо, конечно, чтобы въ системѣ объективнаго права была норма, которая обратила бы бытовое отношеніе, сложившееся изъ данныхъ фактовъ, въ правоотношеніе.

Съ другой стороны, для индивидуализаціи правоотношенія мало назвать его технически, надо указать фактическія данныя, составляющія corpus правоотношенія. Для того, чтобы обнаружить существованіе даннаго правоотношенія, надо указать именно факты, изъ коихъ оно образуется.

Какія нормы права подходятъ къ даннымъ фактамъ,—т. е. какое правоотношеніе образуется при данныхъ фактахъ,—это, разумѣется, можетъ быть до очевидности ясно. Не надо, напримѣръ, въ точности описывать всей обстановки данной сдѣлки для того, чтобы сказать, что состоялась именно сдѣлка купли-продажи, а не мѣны. Поэтому, когда истецъ требуетъ извѣстную сумму по данному договору купли, этимъ самымъ онъ не столько обозначаетъ юридическій элементъ основанія иска, сколько именно устанавливаетъ наличность фактическихъ признаковъ, необходимыхъ для того, чтобы могла быть рѣчь о куплѣ, а не о мѣнѣ.

Эта юридическая окраска, придаваемая фактамъ основа-

нія иска, не составляетъ, однако, существеннаго элемента, будучи явленіемъ чисто случайнаго свойства, результатомъ лишь того, что истецъ зналъ, какъ по закону квалицифируется данное его дѣйствіе и какія юридическія послѣдствія съ нимъ связываются.

Поэтому, напримѣръ, основаніемъ иска по куплѣ будетъ не правоотношеніе, возникающее изъ договора купли-продажи, но именно совокупность тѣхъ дѣйствій, которыя необходимы для того, чтобы съ точки зрѣнія права могла быть рѣчь именно о куплѣ, а не о какомъ-либо другомъ договорѣ. Вмѣсто того, однако, чтобы описательнымъ путемъ анализа представить основаніе такого иска, обращаются къ той юридической формѣ, въ которую должна вылиться данная совокупность фактовъ, и говорятъ, что основаніемъ иска служитъ сдѣлка купли-продажи.

Такой способъ обозначенія иска не долженъ, однако, приводить къ заключенію, что основаніемъ иска служитъ правоотношеніе, а не та совокупность фактовъ, которая необходима для возникновенія правоотношенія.

Между тѣмъ именно приведеный случай иска выбранъ у Ваха для объясненія его ученія объ основаніи иска какъ правоотношеніи. Вахъ говоритъ, что основаніемъ иска по куплѣ является купчая сдѣлка *). Но, очевидно, при этомъ онъ имѣетъ въ виду только случайное явленіе юридической квалификаціи фактическихъ признаковъ сдѣлки, охватываемыхъ выраженіемъ «купчая сдѣлка. Иначе его примѣръ не могъ-бы служить объясненіемъ его взгляда на основаніе иска какъ правоотношеніе.

Юридическая квалификація фактовъ основанія иска можетъ оказаться и вполнѣ правильною. Основаніемъ иска можетъ дѣйствительно быть сдѣлка купли. Но если бы судъ иначе квалифицировалъ данную совокупность фактовъ, въ этомъ не было-бы никакой перемѣны основанія иска, ибо иначе сторонѣ предоставлялась бы функція суда примѣнять

*) Wach, Vorträge, 1896, 23.

законъ къ конкретнымъ случаямъ. А между тѣмъ къ этому заключенію какъ разъ и пришлось бы прійти, если бы, слѣдуя теоріи юридической индивидуализаціи, въ основаніи иска видѣть правоотношеніе.

Именно съ этой точки зрѣнія совершенно основательно возражаетъ противъ теоріи юридической индивидуализаціи Brodmann.

Было бы въ высшей степени удивительно,—говоритъ онъ *),—если бы законъ требовалъ отъ сторонъ обозначать въ качествѣ основанія иска правоотношеніе, изъ котораго вытекаетъ претензія. Правоотношеніе не есть вещь, сама по себѣ существующая; оно существуетъ лишь въ идеѣ; къ установленію правоотношенія можемъ дойти лишь путемъ примѣненія нормъ существующаго права къ извѣстнымъ фактамъ. Примѣненіе же права въ процессѣ не дѣло сторонъ, но исключительно суда: jura novit curia. И все-таки законъ сталъ бы возлагать на стороны обязанность примѣненія права? Это было бы нѣчто неслыханное при принципахъ современнаго процесса. Даже больше! Сторонамъ, конечно, не возбраняется примѣненіе права, предъявленіе суду своего способа примѣненія и разумѣнія права въ формѣ дедукцій. Но нѣтъ сомнѣнія, что и судъ совершенно свободенъ, такъ что дедукція стороны никогда не можетъ имѣть предрѣшающаго значенія.

Претензія,—заключаетъ Brodmann,—обосновывается лишь заявленными фактами, такъ что ***ничего*** не зависитъ отъ того, правильно-ли или не правильно подведены факты подъ законъ. Иными словами: если бы была правильна теорія индивидуализированія, то оказывалось бы, что требуя указанія основанія иска, законъ предписалъ бы подведеніе фактовъ подъ нормы права, а въ то же самое время ни малѣйшаго значенія не придалъ тому, правильно-ли подведеніе или же совершенно ошибочно!

---

*) Erich Brodmann, Vom Stoffe des Rechts und seiner Struktur; Das Recht im Prozess. Berlin, 1897, 66.

Не существеннымъ представляется, такимъ образомъ, подведеніе сторонами фактовъ подъ законъ; не обязательна для суда юридическая квалификація фактовъ, дѣлаемая сторонами. Не можетъ и входить несущественный элементъ въ такую основную часть иска, которая сообщаетъ иску его индивидуальность. Искъ является индивидуальнымъ въ зависимости лишь отъ фактическаго своего содержанія; юридическій элементъ не имѣетъ рѣшающаго значенія для индивидуализаціи.

Такимъ образомъ, на поставленный выше вопросъ о томъ, только-ли одни факты индивидуализируютъ искъ, или же относятся сюда и правоположенія, надо отвѣтить: только факты.

§ 2 Измѣненіе юридической квалификаціи основанія иска.

Теорія юридической индивидуализаціи проистекаетъ изъ неправильнаго воззрѣнія на значеніе для состава основанія иска юридической квалификаціи фактовъ основанія.

Указаніе на нормы права въ исковомъ прошеніи, какъ уже отмѣчено выше*), не является признакомъ индивидуализаціи иска. Такое же значеніе имѣетъ и та юридическая квалификація фактовъ, входящихъ въ составъ основанія иска, которую предлагаетъ суду истецъ.

Это вытекаетъ изъ самаго смысла юридической квалификаціи. Она представляетъ собою не что иное, какъ логическій выводъ, имѣющій своими посылками, съ одной стороны, факты основанія иска, а съ другой—подходящія къ нимъ, по мнѣнію истца, нормы права.

Коль скоро, однако, опредѣленіе таковыхъ для каждаго отдѣльнаго случая составляетъ дѣло исключительно суда, но не сторонъ, не можетъ имѣть значенія и выводъ, сдѣланный изъ такой юридической посылки.

Если, поэтому, не вліяетъ на существо иска указывае-

---

*) Стр. 28—29.

мая истцемъ норма, не индивидуализируетъ иска и основанная на ней юридическая квалификація.

Соотвѣтственно надо рѣшить и вопросъ объ измѣненіи той юридической квалификаціи, которую придаютъ стороны фактамъ основанія иска.

Какъ общее правило можно сказать: какъ новыя указанія сторонъ на нормы права, такъ и новая квалификація прежде указанной нормы не составляютъ измѣненія основанія иска.

Въ самомъ дѣлѣ. Судъ не связанъ правоположеніями, указываемыми сторонами. Не связанъ своими заявленіями по этому предмету и истецъ. Нѣтъ поэтому измѣненія иска, если данный составъ фактовъ назоветъ истецъ одинъ разъ куплею, другой разъ мѣною.

Для опредѣленія тождества спора,—цитируетъ Kleinschrod мнѣніе Wernz'a *),—надо смотрѣть лишь на самые факты, а не на юридическую квалификацію ихъ, либо на посторонніе обстоятельства, изъ которыхъ явствуетъ какая-либо юридическая точка зрѣнія. Напримѣръ, если, на основаніи передачи извѣстной суммы денегъ предъявляется искъ о возвратѣ ея, то въ томъ обстоятельствѣ, что въ исковомъ прошеніи передача денегъ названа отдачею на сохраненіе, нѣтъ препятствія для того, чтобы засимъ въ теченіи процесса говорить о займѣ, даже и тогда, если только изъ вновь приведенныхъ фактовъ явствуетъ, что имѣлъ мѣсто заемъ

Но,—возражаетъ Kleinschrod,—фактовъ, должно быть, такимъ образомъ, достаточно для опредѣленія тождества спора! Какъ же, однако, быть, когда въ шести случаяхъ спора факты такъ же похожи другъ на друга, какъ одно яйцо на другое?

Представимъ фактъ передачи 10 марокъ и положимъ:

---

*) Kleinschrod, Klagänderung, 44.

1) 10 марокъ требуется по займу, 2) по недѣйствительности даренія, 3) ex causa data causa non secuta, 4) вслѣдствіе того, что indebite datum, 5) вслѣдствіе уплаты безъ согласія опекуна, 6) вслѣдствіе уплаты подъ вліяніемъ dolus со стороны получателя.

Какъ отъ голаго факта передачи 10 марокъ,—спрашиваетъ Kleinschrod,—дойти лишь до одного изъ приведенныхъ основаній, изъ коихъ каждое образуетъ особое дѣло, совершенно отличное отъ всякаго другого, построеннаго на другомъ изъ приведенныхъ основаній?

Засимъ, какъ можно опредѣлить тождество спора о 10 маркахъ по indebitum, напр., въ отношеніи къ спору о 10 маркахъ по недѣйствительности даренія, если нельзя имѣть въ виду ничего больше, кромѣ факта передачи 10 марокъ?

Kleinschrod думаетъ наоборотъ: ***одни факты*** сами по себѣ ***еще ничего не говорятъ*** ни о существованіи спора о правѣ, ни о такомъ тождествѣ. Лишь путемъ основательной юридической квалификаціи, факты получаютъ юридическое существованіе и тогда, въ примѣненіи ихъ къ конкретной претензіи, ведутъ къ данному спору о правѣ.

При оспоренномъ ученіи, признающемъ тождество спора о правѣ при одномъ лишь тождествѣ голыхъ фактовъ,—полагаетъ Kleinschrod,—было-бы иллюзіей все запрещеніе измѣнять искъ: процессъ былъ бы всегда тѣмъ-же, если бы истецъ,—независимо отъ инстанціи,—перешелъ отъ заявленія о займѣ къ какому-либодругому основанію.

Сюда присоединяетъ Kleinschrod такое практическое соображеніе. Значеніе юридической квалификаціи представляется ему существеннымъ уже въ виду того, что она можетъ имѣть важное вліяніе на интересъ защиты отвѣтчика.

Безразлично-ли для отвѣтчика и его защиты,—спрашиваетъ онъ риторически,—какую юридическую квалификацію придаетъ истецъ фактамъ, поддерживающимъ его претензію? Нельзя-ли развѣ вообразить, что при данной юридической

квалификаціи положеніе отвѣтчика будетъ для него болѣе благопріятнымъ, чѣмъ при другой квалификаціи? Не могъ-ли бы отвѣтчикъ, напримѣръ, если истецъ ищетъ какъ ***цессіонаръ***, предъявить exceptio ex persona цессіонара, между тѣмъ какъ онъ не могъ бы сдѣлать это, если бы истецъ выступилъ въ качествѣ мандатара?

Такимъ образомъ,—заключаетъ Kleinschrod,—отвѣтчикъ можетъ быть заинтересованъ юридически въ томъ, чтобы относиться къ истцу какъ къ цессіонару *).

Правильныя соображенія высказаны противъ Kleinschrod'а и въ защиту точки зрѣнія Wernz'а Hellmann'омъ.

Развѣ не относится къ фактамъ, – спрашиваетъ Hellmann **),—также и то ***намѣреніе***, которое имѣлось при передачѣ 10 марокъ? Не долженъ-ли ищущій по договору займа сказать: я требую 10 марокъ, такъ какъ при отдачѣ ихъ обусловилъ возвратъ ихъ in genere? Не долженъ-ли поклажеприниматель сказать, что онъ отдалъ 10 марокъ, обусловивъ возвратъ ихъ in specie? Это не юридическая квалификація, но предъявленіе фактическихъ данныхъ. Заявленіе же послѣднихъ связываетъ судъ, а потому правда на сторонѣ Wernz'а.

Hellmann, такимъ образомъ, выдвигаетъ ту точку зрѣнія, что юридическая квалификація можетъ находиться въ тѣсной связи съ составомъ фактовъ даннаго случая и въ измѣненіи юридической квалификаціи можетъ оказываться въ сущности измѣненіе данныхъ факта; поскольку имѣло бы мѣсто это послѣднее, и было бы налицо измѣненіе основанія иска.

Съ такой точки представляется правильнымъ тотъ способъ сужденія объ измѣненіи юридической квалификаціи, какой примѣнилъ Karl Mayer.

---

*) Kleinschrod, Klagänderung, 46.

**) Hellmann, въ Heymann's Literaturblatt, 1879 г., стр. 115.

Матеріальное право,—говоритъ Mayer *),—регулируетъ извѣстныя явленія жизни. Оно выставляетъ абстрактный фактическій составъ и связываетъ съ нимъ опредѣленныя правовыя послѣдствія. Если въ искѣ надо изобразить конкретное явленіе, соотвѣтствующее такому матеріально-правовому фактическому составу, то этимъ выставляется заявленіе опредѣленнаго правоотношенія. Такъ бываетъ въ большинствѣ случаевъ; предполагается, что искъ правильно описываетъ то явленіе, о коемъ идетъ рѣчь, и потому измѣненіе *правоотношенія*, обыкновенно, влечетъ за собою измѣненіе отношенія *бытового* и наоборотъ.

Но измѣненіе правоотношенія для измѣненія основанія иска не существенно и не необходимо. Явленіе, лежащее въ основаніи иска, остается тѣмъ же самымъ, будетъ-ли договоръ характеризированъ какъ аренда каменоломни или покупка камней, какъ заемъ или depositum irregulare.

Съ другой стороны, *основаніе иска* можетъ *измѣниться*, хотя-бы *правоотношеніе* осталось и *тѣмъ же самымъ*; такъ, если при actio negatoria заявляется другое нарушеніе (Eingriff), при actio redhibitoria—другой недостатокъ.

Такимъ образомъ, черезъ измѣненіе юридической квалификаціи основаніе иска еще не теряетъ своего тождества, измѣненія иска не происходитъ.—

Такая точка зрѣнія свойственна всѣмъ дѣйствующимъ законодательствамъ, хотя не вездѣ нашла спеціальное выраженіе въ законѣ.

Прямой отвѣтъ на вопросъ о значеніи измѣненія данныхъ права, указанныхъ въ исковомъ прошеніи, даетъ *германское* законодательство.

Объ измѣненіи правоположеній, означенныхъ въ искѣ, говорится въ ст. 268 п. 1 германскаго устава гражданскаго судопроизводства.

---

*) Mayer, Anspruch und Rechtskraft, 17.

Не считается измѣненіемъ иска, по этой статьѣ, если, безъ измѣненія основанія иска, производится дополненіе и исправленіе фактическихъ или ***юридическихъ заявленій*** (rechtlichen Anführungen).

Изъ такого положенія вытекаетъ, какъ слѣдствіе: юридическія заявленія вовсе не относятся къ основанію иска.

Не говоритъ противъ такого вывода параллельное обозначеніе «фактическихъ заявленій». Между этими послѣдними и первыми, видѣли мы, существенная разница въ значеніи ихъ для искового прошенія. Тогда какъ фактическія данныя составляютъ необходимую принадлежность послѣдняго, юридическія данныя имѣютъ лишь диспозитивное значеніе.

Поэтому, если говорится о дополненіи и исправленіи фактическихъ данныхъ, это имѣетъ болѣе узкое значеніе, чѣмъ тоже самое относительно заявленій юридическихъ.

Дополненіе и исправленіе первыхъ не можетъ идти до тѣхъ предѣловъ, чтобы измѣнять тѣ факты, которые составляютъ основаніе иска. Дополненіе же и исправленіе юридическихъ данныхъ не имѣютъ такого ограниченія; не нужно и спеціальнаго правила въ данномъ случаѣ, ибо ограниченіе не возможно въ силу самаго значенія юридическихъ заявленій въ искѣ.

Дополненіе и исправленіе юридическихъ данныхъ представляется, поэтому, по своему вліянію на составъ иска, равносильнымъ полному ихъ измѣненію: и въ этомъ послѣднемъ случаѣ, какъ и въ первыхъ, основаніе иска не учрачиваетъ своего тождества.

Основаніе этого вывода—отсутствіе связующаго значенія для суда какъ правоположеній, первоначально указанныхъ, такъ и впослѣдствіи заявляемыхъ.

Вслѣдствіе этого германскою судебною практикою и установлено положеніе: нѣтъ измѣненія иска, если дополняются и исправляются die rechtlichen Anführungen *).

*) Petersen, Kommentar, 561.

Въ частности установлено: если истецъ заявитъ, что искъ обосновывается другимъ правоположеніемъ, прежде не указаннымъ, въ этомъ нѣтъ измѣненія иска.

Такова практика и Рейхсгерихта, и Баварскаго кассаціоннаго трибунала, и низшихъ инстанцій *).

Установлено отсутствіе измѣненія иска и въ измѣненіи юридической квалификаціи. Не есть измѣненіе иска «eine neue rechtliche Beurtheilung auf Grundlage der unveränderten Sachlage» **).

Не составляетъ, напримѣръ, измѣненія иска, если въ теченіи процесса будетъ добавлено, что требованіе, предъявленное какъ требованіе по займу, въ дѣйствительности возникло не изъ займа. Такое положеніе высказано было по слѣдующему дѣлу.

Истецъ, предъявившій требованіе по заемной роспискѣ, объяснилъ позднѣе, что лишь часть требованія возникла по займу, а остальное по различнымъ основаніямъ, но было соглашеніе свести всю занятую сумму въ одинъ заемъ.

Ростокскій Оберъ-Ландгерихтъ призналъ, что означенное здѣсь соглашеніе о Schuldumwandlung производитъ тѣ же дѣйствія, какъ если бы должникъ получилъ съ самаго начала заемъ въ большемъ размѣрѣ; не имѣетъ значенія,—полагалъ онъ,—придавать-ли этому превращенію долга значеніе дѣйствительнаго заемнаго обязательства, созданнаго новаціей, или

---

*) Рѣшенія *Рейхсгерихта*: 9 и 16 января 1899 г. (въ Juristische Wochenschrift, 1899, стр. 91 № 13 и стр. 161 № 4), 17 февраля, 7 марта 5 апрѣля, 16 мая 1898 г. (Juristische Wochenschrift, 1898 г. стр. 155 № 9, 246 № 5, 280 —281, 389 № 13) и много другихъ. *Баварское* рѣшеніе 3 ноября 1892 г. (Seuffert's Archiv, т. 58, 240). Изъ низшихъ инстанцій, напримѣръ, рѣшеніе *Дрезденскаго* Оберъ-Ландгерихта (Sächsisches Archiv, т. 6, стр. 631)

**) Такое положеніе (формулировка Struckmann und Koch'a, Die Civilprozessordnung, 1900, 314) вытекаетъ изъ рѣшеній Рейхсгерихта, опубликованныхъ въ офиціальномъ сборникѣ, въ т. X, стр. 434; XI, 242; XXII, 391 и др.

лишь значеніе обязательства словеснаго, по коему должникъ такъ же обязанъ, какъ если бы получилъ всю сумму долга наличными.

При такомъ юридическомъ Gleichwerthigkeit der Schuldverbindlichkeit mit einer Darlehensobligation,—разсуждалъ Оберъ-Ландгерихъ,—нельзя разсматривать какъ измѣненіе иска, если въ теченіи процесса добавлено, что первоначальныя требованія въ дѣйствительности возникли не изъ займа. Какъ раньше, такъ и послѣ, исковая претензія остается основанною на новомъ договорѣ, выраженномъ въ ***долговой роспискѣ***; дѣло отвѣтчика было приводить основаніе для уничтоженія этого договора и на этомъ строить свои возраженія. Нѣтъ сомнѣнія, что истецъ хотѣлъ основать свою претензію на ***долговомъ*** документѣ *).

Вообще, въ вопросѣ объ измѣненіи иска, разъясняетъ Рейхсгерихтъ, идетъ рѣчь не о названіи или юридической квалификаціи, которую придаетъ иску самъ истецъ, но лишь о фактическомъ основаніи иска. Если факты, образующіе основаніе иска, ставятся подъ другую точку зрѣнія, чѣмъ въ исковомъ прошеніи, нѣтъ въ этомъ случаѣ измѣненія иска: въ теченіи процесса провопроизводящіе факты могутъ быть подводимы подъ иную юридическую точку зрѣнія *).

Австрійскій и ***французскій*** процессуальные кодексы не содержатъ въ себѣ указаній на измѣненіе правоположеній.

Изъ этого, однако, не слѣдуетъ, чтобы вопросъ этотъ иначе рѣшался по этимъ системамъ, чѣмъ по германской.

---

*) Рѣшеніе Ростокскаго Оберъ-Ландгерихта 6 марта 1882 г. (Seuffert's Archiv, т. 39, № 178).

*) Такъ высказался Рейхсгерихтъ въ рѣшеніи 4 января 1893 г., (Juristische Wochenschrift т. 22, 1893 г., стр. 94, № 5). Также: въ рѣшеніяхъ 1 іюля и 17 октября 1893 г., 20 марта 1894 г. Также имѣлъ случай высказался и Баварскій кассаціонный трибуналъ въ рѣшеніи 3 ноября 1892 г (Seuffert's Archiv, т. 58, 240) и Ландгерихтъ въ Карлсруе въ рѣшеніи 30 ноября 1887 г. Подробнѣе указано у Petersen'a Kommentar, 557.

Положеніе послѣдней является вовсе и излишнимъ, ибо рѣшеніе вопроса, видѣли мы, вытекаетъ прямо изъ существа иска вообще и изъ значенія юридическихъ данныхъ какъ части исковаго прошенія.

Нѣтъ особаго положенія *и у насъ*. Но измѣненіе юридическихъ обоснованія и квалификаціи не представляется и у насъ измѣненіемъ иска.

По ст. 257 п. 5 нашего устава гражданскаго, исковое прошеніе должно содержать въ себѣ указаніе *законовъ*, на коихъ искъ основанъ. Но, засимъ, въ законѣ не говорится, какое значеніе имѣло бы послѣдующее измѣненіе въ указаніи законовъ.

Въ пользу рѣшенія вопроса въ такомъ же смыслѣ, какъ выше сказано, говоритъ прежде всего отношеніе закона къ несоблюденію правила, содержащагося въ приведенной статьѣ.

Если обратиться къ правиламъ, предусматривающимъ возвращеніе исковыхъ прошеній (ст. 266 устава гражданскаго судопроизводства), то среди поводовъ къ возвращенію не оказывается несоблюденія указанія, сдѣланнаго въ пунктѣ 5 статьи 257. Не помянутъ случай этого рода упущенія и въ правилахъ нашего устава объ оставленіи исковыхъ прошеній безъ движенія (ст. 269). Отсюда правильно заключить, что необозначеніе законовъ въ исковомъ прошеніи не служитъ препятствіемъ для того, чтобы судъ долженъ былъ, не возвращая такого прошенія, дать ему движеніе, т. е. приступить къ тѣмъ судебнымъ дѣйствіямъ, которыхъ истецъ добивается *). Такимъ образомъ, когда въ прошеніи вовсе не указано законовъ, которые, по взгляду истца, подлежатъ примѣненію въ данномъ случаѣ, суду приходится, все-таки рѣшить дѣло, т. е. самому найти подходящіе законы.

---

*) См. Гольмстенъ, Состязательное начало въ Юридическихъ изслѣдованіяхъ, стр 455. Также: Сенатъ, по гражданскому кассаціонному департаменту, въ рѣшеніяхъ 1873 г № 118 и 1870 г. № 1872.

Не иначе, равнымъ образомъ, обязанъ поступать судъ и въ томъ случаѣ, когда «приличные» законы приведены. Нельзя разумѣть статью 257, пунктъ 5, устава гражданскаго судопроизводства въ томъ смыслѣ, чтобы законы, указанные истцемъ, имѣли обязательное значеніе для суда.

Иначе не мыслимо было бы выполнить суду названную уже обязанность—«рѣшать дѣла по ***точному смыслу*** дѣйствующихъ ***законовъ***» (ст. 9 устава гражданскаго судопроизводства). Если бы правоположеніе и юридическая квалификація, приводимыя тяжущимся, имѣли для суда связующее значеніе, ему приходилось бы рѣшать дѣла по тому «точному разуму закона», который является таковымъ по разумѣнію тяжущагося. Суду приходилось бы рѣшать дѣло по разумѣнію заинтересованной стороны, что̀ противорѣчило бы идеѣ суда, какъ нелицепріятнаго органа. Въ противномъ случаѣ, какъ уже было сказано раньше, нарушался бы принципъ всякаго суда—справедливость. Согласно съ этимъ, въ нашей судебной практикѣ твердо установлено: при постановленіи рѣшенія судъ долженъ руководствоваться тѣми законами, которые, по ***его*** разумѣнію, опредѣляютъ подвергшееся спору право, не стѣсняясь ни указаніями тяжущихся на законъ, ни пониманіемъ тяжущимися закона, ни юридическою квалификаціею сторонами ихъ взаимныхъ отношеній *).

Если судъ не стѣсненъ первоначальными указаніями сторонъ на юридическую сторону дѣла, не связываютъ его и позднѣйшія измѣненія въ этихъ указаніяхъ. Вслѣдствіе этого и надлежитъ признать, что и по нашему законодательству не составляетъ измѣненія иска ни ссылка на новые законы, ни измѣненіе стороною юридической квалификаціи фактовъ, на которыхъ искъ основанъ.

---

*) Такъ это было высказано въ массѣ рѣшеній гражданскаго кассаціоннаго департамента Правительствующаго Сената; таковы: 1886 г. № 33, 1880 г. № 248 и др. Указанія собраны въ моемъ Уставѣ гражданскаго судопроизводства, къ ст. 9, § 2.

Напримѣръ, Сенатъ не усмотрѣлъ измѣненія иска въ томъ случаѣ, когда истецъ первоначально просилъ присудить ему судебныя издержки и за веденіе дѣла въ силу 868 ст. уст. гр. суд.;—впослѣдствіи же, поддерживая свое первоначальное требованіе, просилъ, въ случаѣ признанія ст. 868 не примѣнимою, присудить то же исковое требованіе въ силу ст. 574 и 684 т. X, ч. 1 *).

Сенатъ нашелъ, что «какъ въ томъ, такъ и въ другомъ случаѣ, единственнымъ основаніемъ иска является требованіе о вознагражденіи за понесенные убытки; сдѣланное же въ апелляціонной жалобѣ указаніе на ст. 574 и 684 т. X, ч. 1, законовъ гражданскихъ, отнюдь не измѣняя въ существѣ первоначальнаго требованія, предъявленнаго на основаніи ст. 868 уст. гражд. суд., опредѣляющей вознагражденіе за судебныя издержки и за веденіе дѣла, т. е. за расходы или убытки, причиненные тяжущемуся веденіемъ дѣла, не могло быть признано измѣненіемъ иска, составляющимъ новое исковое требованіе».

Измѣненіе иска не усмотрѣно Сенатомъ и въ измѣненіи юридической квалификаціи того акта, на которомъ основано исковое требованіе.

Каргополовъ требовалъ взысканія съ Чернышевой 4000 рублей по договору 1879 г., какъ по задаточной роспискѣ. Окружный судъ призналъ договоръ не задаточною роспискою или запродажною записью, а домашнимъ условіемъ о продажѣ имущества. Затѣмъ въ апелляціонной инстанціи Каргополовъ просилъ уже о взысканіи съ Чернышевой, по упомянутому договору какъ по договору продажи, уплаченныхъ имъ отвѣтчицѣ денегъ.

Палата нашла, что хотя въ основаніе исковаго и апелляціоннаго требованій положенъ одинъ и тотъ же договоръ,

---

*) Рѣшеніе гражданскаго кассаціоннаго департамента 1882 г. № 55 по дѣлу Полежаева; ср. рѣшеніе 1881 г. № 158.

но по свойству самыхъ требованій, а вслѣдствіе сего и возраженій противъ нихъ, слѣдуетъ признать, что истецъ, въ нарушеніе 332 и 747 ст., существенно измѣнилъ свое исковое требованіе въ его основаніи, домогаясь обсужденія въ апелляціонной инстанціи такихъ юридическихъ отношеній его къ отвѣтчицѣ, которыя не были заявлены въ 1-й инстанціи и не составляли предмета ея обсужденія.

Сенатъ нашелъ, что просьба Каргополова въ апелляціи является не тѣмъ измѣненіемъ искового требованія или не тѣмъ новымъ требованіемъ, о коихъ говоритъ 332 ст., какъ о дѣйствіяхъ, исходящихъ отъ произвола истца, а ходатайствомъ, истекающимъ изъ сдѣланной судомъ, по принадлежащему ему праву, квалификаціи представленнаго Каргополовымъ при исковомъ прошеніи акта. Посему и принимая во вниманіе, что отвѣтчица защищалась въ 1-й инстанціи противъ иска о 4000 руб. тѣмъ же въ сущности возраженіемъ, которое приводилось ею, между прочимъ, и во 2-й инстанціи противъ требованія иска о взысканіи съ нея по условію 1879 г. какъ по договору продажи.

Сенатъ призналъ, что, вообще, ***одно измѣненіе стороною*** въ апелляціонной инстанціи ***квалификаціи акта***, на коемъ основано исковое требованіе, не можетъ еще, само по себѣ, быть признано дѣйствіемъ, воспрещаемымъ 332 статьею*).

Вотъ еще случай изъ практики бывшаго 3-го Департамента и Второго Общаго Собранія Правительствующаго Сената.

Половниковъ искалъ съ Калганюковой нѣкоторую сумму денегъ по документу, названному запродажною записью. Отвѣтчица возразила, что она не запродавала дома истцу, а ***заняла*** у него деньги съ выдачею документа, оказавшагося

---

*) Рѣшеніе гражданскаго кассаціоннаго департамента 1881 г № 112, дѣло Каргополова.

запродажною, что объясняла своею неграмотностью и полнымъ довѣріемъ къ истцу.

Сенатъ нашелъ, что сдѣлка Половникова съ Калганюковою имѣла предметомъ заемъ послѣднею у перваго, но вовсе не запродажу дома; что вслѣдствіе этого документъ, на который сослался истецъ, представляется, какъ не выражающій дѣйствительной воли сторонъ, недѣйствительнымъ въ смыслѣ запродажи. Если же данный договоръ подъ видомъ запродажи скрываетъ въ себѣ заемъ, то не представляется никакого законнаго основанія отвергать силу и значеніе его въ смыслѣ займа или заемнаго обязательства. Если судъ и отвѣтчица признали документъ, служащій основаніемъ иска, не запродажною, а долговымъ актомъ, то въ этомъ усматривается лишь измѣненіе квалификаціи договора, т. е. отнесеніе его къ тому роду актовъ, какимъ считалъ его первоначально истецъ; измѣненіе же квалификаціи акта не измѣняетъ основанія самаго иска.

Въ нашихъ гражданскихъ законахъ прямо предусмотрѣнъ случай аналогичный съ только что приведеннымъ.

Это именно случай, указанный въ ст. 2114 т. X ч. 1. Если при производствѣ дѣла о возвратѣ отданнаго на сохраненіе имущества обнаружится, что актъ о поклажѣ составленъ вмѣсто заемнаго обязательства, то въ силу ст. 2114, такой роспискѣ присваивается сила обязательства заемнаго.

Судъ,—установлено въ нашей судебной практикѣ,—руководствуясь этою статьею, имѣетъ право по иску, предъявленному на основаніи сохранной росписки, какъ по договору поклажи, постановить рѣшеніе о взысканіи по этой роспискѣ денегъ, какъ по заемному обязательству, если при производствѣ дѣла о возвратѣ отданнаго на сохраненіе имущества обнаружится, что росписка о поклажѣ составлена вмѣсто заемнаго обязательства *).

---

*) Въ рѣшеніи гражданскаго кассаціоннаго департамента Правительствующаго Сената 1878 года № 124. На положеніи, приведенномъ

Вотъ одинъ примѣръ изъ сенатской практики, когда правило статьи 2114 т. X ч. 1, зак. гражд., оказалось непосредственно примѣнимымъ къ вопросу объ измѣненіи юридической квалификаціи основанія иска.

Митлеръ предъявилъ искъ къ Одесскому архіерейскому дому о 1000 руб. по сохранной роспискѣ. На судѣ истецъ заявилъ, что деньги эти взяты у него заимообразно. Окружный судъ, признавъ сохранную росписку, какъ не соотвѣтствующую по формѣ требованіямъ 2111 ст. X т. ч. 1, недѣйствительною, въ искѣ отказалъ.

Судебная палата признала, что въ апелляціонной инстанціи требуется уже не возвращеніе поклажи, а взысканіе по роспискѣ какъ по заемному обязательству. Палата нашла, однако, что существо иска нисколько не измѣнено, ибо статья 332 запрещаетъ предъявленіе новыхъ требованій, не вытекающихъ изъ тѣхъ, кои заявлены въ исковомъ прошеніи; подобнаго же измѣненія существа иска въ требованіи Митлера не усматривается.

Кассаторъ указывалъ на измѣненіе иска, тогда какъ, по его мнѣнію, Митлеръ имѣлъ право предъявить лишь новый искъ по роспискѣ какъ по заемному обязательству.

Сенатъ нашелъ, что ходатайствомъ о взысканіи по роспискѣ какъ по заемному обязательству нисколько не измѣнялось исковое требованіе, существо коего оставалось то же самое, т. е. заключалось въ уплатѣ истцу 1000 р., взятыхъ у него по роспискѣ. Поэтому палата, въ виду измѣненія лишь квалификаціи акта, на которомъ основано было исковое требованіе, не имѣла законнаго повода предоставлять Митлеру начать по означенному документу новый искъ, тѣмъ

въ текстѣ, основано рѣшеніе Палаты, обжалованное засимъ Сенату. Сравн. также рѣшеніе гражданскаго кассаціоннаго департамента 1868 года № 89.

болѣе, что, по смыслу 2114 ст. т. X, ч. 1, зак. граждан., взысканіе по сохранной роспискѣ, и по заемному обязательству, можетъ быть присуждаемо именно при рѣшеніи того же самаго дѣла, во время время производства котораго обнаружится, что предъявленная при исковомъ требованіи сохранная росписка выдана взамѣнъ заемнаго обязательства *).

Въ приведенномъ примѣрѣ статья 2114 примѣнена по буквальному своему значенію, къ случаю, прямо въ ней предусмотрѣнному. Правило этой статьи представляется, однако, болѣе обширнымъ по своему логическому смыслу, чѣмъ показываетъ текстъ закона. Статья 2114 примѣнима и къ случаямъ, въ ней не предусмотрѣннымъ, но подходящимъ къ примѣру, въ ней указанному. Въ этой статьѣ наше законодательство выражаетъ,—хотя и казуистическимъ путемъ,—общее правило опредѣленія юридическихъ послѣдствій не по формѣ, а по существу дѣла, ею прикрываемому.

Наша судебная практика имѣетъ, такимъ образомъ, прочный опорный пунктъ для руководства не только въ одномъ, въ ст. 2114 предусмотрѣнномъ случаѣ, но во всѣхъ случаяхъ, когда въ договорѣ долговыя отношенія прикрываются какою-либо иною формою обязательства. Если, поэтому, въ теченіи дѣла самъ истецъ измѣнитъ первоначальную квалификацію, въ этомъ не можетъ быть усматриваемо перехода отъ одного основанія иска къ другому.

---

*) Рѣшеніе гражданскаго кассаціоннаго департамента 1878 г., № 124, дѣло Одесскаго архіерейскаго дома. Также въ рѣшеніи 1871 г № 1162 по дѣлу Дурасова; ср. рѣшеніе 1872 г. № 684, по дѣлу Гусева

ОТДѢЛЕНІЕ ВТОРОЕ.

Фактическая индивидуализація основанія иска.

§ 1. Теорія фактической индивидуализаціи основанія иска.

I. Правоположенія, помѣщаемыя въ исковомъ прошеніи, равно какъ и вытекающая изъ нихъ юридическая квалификація основанія иска, не представляютъ собою признаковъ, индивидуализирующихъ искъ и его основаніе, а потому и должны быть рѣзко ограничиваемы отъ фактическаго элемента искового прошенія.

Только въ области фактовъ, приводимыхъ истцемъ, усматривается основаніе иска по ученію сторонниковъ теоріи фактической индививидуализаціи основанія иска.

Въ искѣ выставляется,—излагаетъ свой взглядъ одинъ изъ сторонниковъ этой теоріи, Karl Mayer *),—не опредѣленное правоотношеніе, но опредѣленное историческое явленіе; существенное содержаніе основанія иска составляютъ лишь обстоятельства, необходимыя для отличія одного явленія отъ другого. Когда поднимается вопросъ объ измѣненіи основанія иска, *можетъ* быть принимаемъ во вниманіе *юридическій* элементъ, но не обязательно долженъ.

Такого рода воззрѣніе вошло и въ *Мотивы* къ дѣйствующему нынѣ въ Германіи уставу гражданскаго судопроизводства. Это обстоятельство оказало огромное вліяніе на послѣдующую литературу по вопросу объ основаніи иска, удержавъ многихъ отъ подробнаго изслѣдованія понятія и направивъ ихъ лишь на экзегетическое трактованіе статей закона въ сопоставленіи съ опредѣленіемъ Мотивовъ.

По опредѣленію этому, подъ основаніемъ иска разумѣются тѣ факты, которые, согласно матеріальному гражданскому праву, могутъ обнаружить, что предъявленная претен-

---

*) Mayer, Anspruch und Klagerecht, стр. 21.

зія возникла въ лицѣ истца, и въ то же время, что она нарушена отвѣтчикомъ, т. е. факты, дающіе основаніе праву *).

II. Основаніе для возраженія противъ фактической индивидуализаціи видятъ въ *содержаніи исковаго прошенія*, требуемомъ по германскому уставу гражданскаго судопроизводства, и въ той *цѣли*, которая лежитъ въ основѣ такого требованія.

Истецъ, выполняя требованіе закона объ обозначеніи въ исковомъ прошеніи основанія иска,—говоритъ Petersen **),—долженъ указать то правоотношеніе, изъ котораго выводитъ свою претензію и которое составляетъ юридическую основу претензіи. Такой выводъ надо сдѣлать, если войти ближе въ буквальный смыслъ статей 121 (нынѣ 130) и 230 (нынѣ 253) германскаго устава гражданскаго судопроизводства, опредѣляющихъ содержаніе искового прошенія.

По статьѣ 130, пунктъ 3, подготовительныя бумаги заключаютъ указаніе фактическихъ отношеній, служащихъ къ обоснованію требованій***). Подготовительною бумагою является и исковое прошеніе. Но это не только подготовительная бумага; исковое прошеніе имѣетъ «bestimmenden Charakter», такъ какъ въ немъ точно устанавливается предметъ и основа (Grundlage) процесса. Путемъ искового прошенія отвѣтчикъ поставляется въ извѣстность, какимъ образомъ желаетъ истецъ обосновать свои притязанія и какія примѣнить доказательства; такимъ образомъ, отвѣтчику дается

---

*) Въ Мотивахъ къ статьѣ 222 сѣверо-германскаго проекта (статья 253 нынѣ дѣйствующаго устава) сказано, что „Grund des erhobenen Anspruchs“ или „Klagegrund“ составляютъ „diejenigen Thatsachen, welche nach Massgabe des bürgerlichen Rechts an sich geeignet sind, den erhobenen Anspruch als in der Person des Klägers enstanden und Zugleich als durch den Beklagten verletzt erscheinen zu lassen—die rechtsbegründenden Thatsachen“.

**) Petersen въ Zeitschrift für deutschen Civilprozess, 410—412; также въ Gruchot's Beiträge, 665 сл.

***) Die vorbereitenden Schriftsätze sollen enthalten:.... 3, die Angabe der zur Begründung der Anträge dienenden thatsächlichen Verhältnisse (статья 130 Civilprozessordnug).

возможность приготовить надлежащимъ образомъ для словеснаго разбора свою защиту

Требуемое по статьѣ 130, пун. 3, «die Angabe der zur Begründung der Anträge dienenden thatsächlichen Verhältnisse» есть не что иное, какъ обозначеніе «фактическаго или *историческаго основанія иска*», какъ изложеніе обстоятельствъ дѣла (Geschichtserzählung) въ смыслѣ тѣхъ, кто отождествляетъ это съ «историческимъ основаніемъ иска». Ясно, что сюда относятся, прежде всего, основанія возникновенія и пріобрѣтенія правъ, къ которымъ относится претензія.

Указаніе «der zur Begründung der Anträge dienenden thatsächlichen Verhältnisse» не является существенною составною частью искового прошенія. Указаніе ихъ можетъ быть упущено безъ дурныхъ юридическихъ послѣдствій для самого дѣла. Не наступаетъ таковыхъ и въ томъ случаѣ, если въ теченіи разбирательства будутъ заявлены новыя Angriffs= и Vertheidigungsmittel. Если оказывается черезъ то необходимость затянуть разбирательство, то примѣняются ст. 90 устава гражданскаго судопроизводства [ст. 95 по закону 1898 года] и ст 48 закона о судебныхъ издержкахъ *)

Но истцу не можетъ быть возбранено предъявлять новыя Angriffs и Vertheidigungsmittel и, въ особенности, представить другое основаніе пріобрѣтенія въ подтвержденіе отыскиваемаго права. Какъ могъ бы отвѣтчикъ, не сдѣлавшій въ состязательной бумагѣ всѣхъ заявленій, предъявить при словесномъ разборѣ всѣ свои Vertheidigungsmittel, точно также и истецъ можетъ заявить свои Angriffsmittel. Для него, какъ и для отвѣтчика, можетъ быть лишь тотъ вредъ, что на него возлагаются издержки процесса.

Къ исковому же прошенію предъявляются иныя требованія, чѣмъ къ подготовительнымъ бумагамъ вообще. По

---

*) По этимъ статьямъ, сторона, по винѣ которой произошла задержка, обязана принять на себя издержки, съ нею сопряженныя.

статьѣ 253 требуется *меньше*, чѣмъ по статьѣ 130. Обозначеніе, которое *должно* (muss) имѣть мѣсто въ исковомъ прошеніи и упущеніе котораго можетъ имѣть юридическія вредныя послѣдствія для самаго дѣла, должно относиться къ *другому предмету* и имѣть *болѣе ограниченное содержаніе*, чѣмъ то указаніе, которое лишь soll erfolgen и regelmässig unterlassen werden kann. Редакція статьи 253 и цѣль заключающагося въ ней положенія указываютъ, что подъ основаніемъ иска надо понимать не что иное, какъ лежащее въ основаніи претензіи правоотношеніе.

Въ менѣе категорической формѣ высказываетъ Petersen свое заключеніе въ позднѣйшемъ трудѣ.

И въ подготовительныхъ бумагахъ, въ силу ст. 130, и въ исковомъ прошеніи на основаніи ст. 253, надлежитъ приводить «die zur Begründung der Anträge dienendeu Thatsächlichen Verhältnisse». Но не это есть основаніе иска. Послѣднее должно означать «etwas anderes», «als die rechtsbegründen Thatsachen», т. е. нѣчто иное, чѣмъ тѣ факты, которые истецъ долженъ указать и, въ случаѣ надобности, доказать, если желаетъ удовлетворенія своей претензіи. Слѣдуетъ указывать эти факты уже въ исковомъ прошеніи. Но если они и не будутъ указаны здѣсь, то и впослѣдствіи, въ теченіи процесса, до его окончанія, могутъ быть и приводимы, и пополняемы, и исправляемы *).

Заключеніе, подобное приведенному, сдѣлали и другіе изслѣдователи. Таковъ, напримѣръ, Seuffert.

Для обозначенія данныхъ, требуемыхъ въ исковомъ прошеніи, употребляется въ ст. 253 иное выраженіе, чѣмъ въ ст. 130 п. 3. Это,—говоритъ Seuffert **), позволяетъ заключить, что въ ст. 253 разумѣется нѣчто иное, чѣмъ обозначеніе фактовъ.

---

*) Petersen, Civilprozessordung, 500 сл.

**) Seuffert, Kommentar, 352.

Противуположеніе значеній приведенныхъ статей усматриваетъ также Reinecke *). Въ то время, полагаетъ онъ, какъ въ ст. 253 имѣется въ виду тождество и индивидуализація, въ ст. 130--обоснованіе исковыхъ требованій путемъ указанія фактическихъ данныхъ.—

Но какъ исходная точка зрѣнія, такъ и выводъ не правильны. При всемъ различіи въ выраженіяхъ статей 130 и 253, нѣтъ въ нихъ противуположенія.

Въ ст. 130 помѣщены правила составленія подготовительныхъ бумагъ (vorbereitende Scriftsätze); это ***инструкція*** для ихъ составленія; невыполненіе инструкціи влечетъ за собою лишь такія же послѣдствія, какъ полное непредставленіе подготовительной бумаги, т. е. отсрочку разбора дѣла съ возложеніемъ судебныхъ издержекъ на виновника просрочки; невыгодъ же по существу самаго дѣла нарушеніе инструкціи не влечетъ: лицо, подавшее подготовительную бумагу, составленную съ нарушеніемъ инструкціи, не теряетъ права исправить свой промахъ**).

Такимъ инструктивнымъ образомъ предлагается включать въ подготовительную бумагу, между прочимъ (п. 3), «die Angabe der zur Begründung der Anträge dienenden thatsächlichen Verhältnisse», т. е. обозначеніе тѣхъ фактовъ, которые служатъ къ обоснованію требованій. Для того, чтобы отмѣтить инструктивное значеніе такого требованія, германское звконодательство употребляетъ выраженіе «die vorbereitenden Schriftsätze sollen enthalten».

Въ тѣхъ, однако, случаяхъ, когда подготовительная бумага имѣетъ большее значеніе для процесса, чѣмъ одно подготовленіе сторонъ къ словеснымъ преніямъ, германскій законодатель выражается рѣшительнѣе. Вмѣсто инструкціи дѣлаетъ онъ обязательное предписаніе. Если инструкція имѣетъ

---

*) Reinecke, Civilprozessordnung, 249.

**) См. Gaupp-Stein's Civilprozessordnung, стр. 333, I и 332, II

значеніе legis imperfectae, то предписаніе есть вполнѣ lex perfecta. Невыполненіе предписанія влечетъ послѣдствія по существу дѣла, а не одну отсрочку, хотя бы и съ возложеніемъ убытковъ, отъ нея происходящихъ, на ея виновника. Для этого случая нѣмецкій языкъ даетъ болѣе сильное выраженіе «müssen». Въ такомъ именно значеніи и постановлено правило статьи 253.

Та подготовительная бумага, черезъ подачу которой предъявляется искъ, должна, по буквальному смыслу, заключать въ себѣ (muss enthalten), между прочимъ, точное обозначеніе предмета претензіи, ***основанія ея*** и опредѣленный просительный пунктъ *).

Petersen и другіе, видѣли мы, сопоставляютъ приведенное выраженіе статьи 130 «съ основаніемъ исковой претензіи», которое непремѣнно требуется, а не только инструктивно предлагается включать въ ту подготовительную бумагу, посредствомъ которой предъявляется искъ, т. е. въ исковое прошеніе. Изъ сопоставленія этихъ выраженій выводятъ, что за каждымъ изъ нихъ должно стоять существенно отличное одно отъ другого содержаніе.

Petersen въ своей статьѣ, помѣщенной въ Busch's Zeitschrift, пошелъ и дальше такого заключенія. Разъ содержаніе сравниваемыхъ законоположеній различно, разъ въ ст. 130 предлагается обозначать факты, служащіе къ обоснованію иска, то въ ст. 253, гдѣ требуется обозначать основаніе иска, надо разумѣть нѣчто иное, именно то правоотношеніе, изъ котораго претензія вытекаетъ.

Такой выводъ совершенно не послѣдователенъ. Если изъ сопоставленія статей 130 и 253 и можно заключить о раз-

---

*) Die Erhebung der Klage,—гласитъ статья 253 германскаго устава гражданскаго судопроизводства,—erfolgt durch Zustellung eines Schriftsatzes. Derselbe muss enthalten:... 2, die bestimmte Angabe des Gegenstandes und des Grundes des erhobenen Anspruchs, sowie einen bestimmten Antrag.

личіи въ содержаніи, то отсюда еще не видно, почему же «фактамъ» статьи 130-й надо противупоставить въ ст. 253 «правоотношеніе» какъ основаніе иска.

Между тѣмъ возможно соблюсти различіе выраженій, употребленныхъ въ этихъ статьяхъ, не дѣлая скачковъ отъ «фактовъ» къ «правоотношенію». Совершенно было бы согласно съ дѣйствительнымъ значеніемъ положеній закона, если бы подъ основаніемъ иска, въ ст. 253 указаннымъ, разумѣть такіе же факты, какъ и въ ст. 130, съ различіемъ лишь въ объемѣ приводимыхъ фактовъ. Было бы согласно съ закономъ разумѣть статью 253 въ смыслѣ безусловнаго требованія тѣхъ изъ фактовъ, приводимыхъ и въ каждой подготовительной бумагѣ, которые необходимы для того, чтобы было налицо основаніе иска; было бы согласно съ закономъ видѣть въ ст. 253 требованіе того минимальнаго круга фактовъ, который составляетъ основаніе иска.

Такое положеніе подтверждается и соображеніямч о *значеніи искового прошенія* для процесса, вообще, и, въ частности, о той цѣли, которая была въ виду у германскаго законодателя при употребленіи различной терминологіи въ статьяхъ 130 и 253 устава гражданскаго судопроизводства. При различіи этихъ цѣлей и можетъ быть понятно, почему въ статьѣ 130 предлагается, а въ статьѣ 253 предписывается обозначеніе фактовъ.

Въ статьѣ 130 идетъ рѣчь о содержаніи подготовительной бумаги. Поскольку не имѣется въ виду иного назначенія бумаги, кромѣ подготовленія противной стороны къ словесному состязанію, можно лишь впередъ указать, какихъ именно пунктовъ должна касаться подготовка. Будетъ-ли въ такой бумагѣ обозначено больше или меньше фактовъ,—это не существенно, если противная сторона, тѣмъ не менѣе, достигаетъ, благодаря бумагѣ, своей цѣли. Законодателю не приходится требовать больше того, что вызывается необходимостью. Не столько въ интересахъ противной стороны,

сколько въ интересахъ самаго подателя подготовительной бумаги обозначается то содержаніе ея, за предѣлы котораго не могутъ итди требованія противника. Нѣтъ въ виду соображеній, которыя побуждали бы законодателя въ данномъ случаѣ выходить изъ роли инструктора отношеній сторонъ.

Иное дѣло, когда подготовительная бумага является средствомъ предъявленія иска. Наряду съ подготовительнымъ значеніемъ она пріобрѣтаетъ значеніе большее. Такая бумага заключаетъ въ себѣ предѣлы процесса. Она имѣетъ опредѣляющее, а не подготовляющее значеніе. Въ такомъ случаѣ не безразлично для законодателя, приведетъ-ли проситель больше фактовъ или меньше. Тотъ minimum свѣдѣній, которыя опредѣляютъ процессъ, законодатель не только предлагаетъ обозначать, а прямо предписываетъ.

Но именно въ цѣли иска усматривается нѣкоторыми основаніе для возраженія противъ фактической индивидуализаціи.

Такая индивидуализація,—говоритъ, напримѣръ, Reinecke,—была бы умѣстна, если бы имѣлось въ виду «eine civilrechtliche Schlüssigkeit der Klage», какъ это именно было въ прежнемъ письменномъ процессѣ *). Надо полагать,—продолжаетъ Reinecke свою мысль въ другомъ мѣстѣ **),—что законъ не имѣетъ въ виду требовать отъ содержанія искового прошенія большаго, чѣмъ необходимо это въ цѣляхъ иска. По статьямъ 263—268, 322 и 527 германскаго устава гражданскаго судопроизводства, искомъ создается eine wesentlich feste Grundlage für die Verhandlung und Entscheidung. Для этой же цѣли лишено значенія то обстоятельство, основательна-ли въ матеріально-правовомъ отношеніи исковая претензія.

---

*) Reinecke, Civilprozessordnung, 248.

**) Ibid., стр. 249.

Точку зрѣнія Reinecke раздѣляетъ и Willenbücher.

Цѣль исковаго прошенія,—высказываетъ Willenbücher*), ограничивается установленіемъ прочнагоосновании для процесса въ отношеніи сторонъ, суда и предъявленной претензіи. Для достиженія же этой цѣли не представляется надобности, чтобы предъявленная претензія была юридически основательна.

Противъ приведенныхъ соображеній Reinecke и Willenbücher'а говоритъ прежде всего неправильность ихъ воззрѣнія на цѣль «субстанціированія». Субстанціированіе, говоритъ Willenbücher, тогда лишь надо принимать въ разсчетъ, когда дѣло идетъ объ испытаніи логической послѣдовательности иска (Schlüssigkeit der Klage *), т. е. при словесномъ разбирательствѣ.

Но надо различать логическую послѣдовательность иска отъ фактической его правильности. Послѣдняя выясняется всѣмъ судоговореніемъ: къ этому же и процессъ направленъ. Искъ будетъ фактически правильнымъ, когда въ теченіе процесса подтвердится логическая послѣдовательность искового требованія, а для этого необходимо, чтобы подтвердилась правильность тѣхъ посылокъ, по которымъ суду надо будетъ постановить свое рѣшеніе. Эти же посылки должны быть въ виду суда съ самаго начала процесса. Должна быть въ виду суда посылка фактическая, для того, чтобы впослѣдствіи испытать основательность требованія, если будутъ подтверждены факты. Эти факты должны быть указываемы истцемъ уже при предъявленіи иска. Посылка же юридическая, какъ мы видѣли, не составляетъ существеннаго элемента искового прошенія, поэтому не можетъ имѣть и значенія юридическая квалификація фактовъ. Основаніе иска, опредѣляющее существо иска, составляютъ лишь одни факты.

---

*) Willenbücher, Grundriss des Prozecsverfahrens, 8.

*) Ibid., 9.

На этомъ основаніи и германскій законодатель требуетъ въ ст. 253 непремѣннаго обозначенія той совокупности фактовъ, которую называютъ основаніемъ претензіи.—

Таково значеніе основанія иска и въ каждомъ изъ современныхъ законодательствъ. Такъ и въ процессѣ австрійскомъ. Согласно такое разумѣніе основанія иска и съ содержаніемъ искового прошенія по русскому законодательству.

Въ законодательствѣ ***австрійскомъ*** устраняется всякая возможность иного соотношенія между исковыми фактами и понятіемъ основанія иска, кромѣ здѣсь проводимаго. По статьѣ 226 австрійскаго устава гражданскаго судопроизводства, въ исковомъ прошеніи надлежитъ «die Thatsachen, auf welche sich der Anspruch des Klägers in Haupt- und Nebensachen gründet, im einzelnen kurz und vollständig anzugeben».

Такимъ образомъ, то, что въ германскомъ уставѣ называется «Grund des erhobenen Anspruchs», основаніемъ иска, въ австрійскомъ обозначается точнѣе, какъ факты, лежащіе въ основаніи претензіи истца, которые и должны быть обозначаемы раздѣльно, кратко, но сполна *).

Теорія фактической индивидуализаціи основанія иска соотвѣтствуетъ требованію и ***нашего*** законодательства.

По ст. 257 нашего устава гражданскаго судопроизводства, исковое прошеніе должно содержать въ себѣ, между прочимъ, изложеніе ***обстоятельствъ дѣла, изъ коихъ искъ проистекаетъ*** (п. 4).

Такое требованіе нашего закона не можетъ быть удовлетворено, если истецъ ограничиться названіемъ того правоотношенія, которое, по его разумѣнію объективнаго права,

---

*) Въ такой редакціи усматриваютъ невозможность на австрійской почвѣ контроверзы „индивидуализированія“ и „субстанціированія“. Такъ: Neumann, Kommentar, къ статьѣ 226, стр. 528, прим. 3, in f.

вытекаетъ изъ фактовъ даннаго дѣла. Безъ обозначенія этихъ фактовъ исковое прошеніе не будетъ удовлетворять основному условію—опредѣленности иска: не будетъ видно, почему истецъ проситъ, а потому можетъ оказаться индивидуально неопредѣленнымъ также и то, чего истецъ проситъ.

За отсутствіемъ обозначенія фактовъ, изъ которыхъ искъ проистекаетъ, представляется неопредѣленнымъ, напримѣръ, такое исковое прошеніе: «имѣю честь предъявить настоящій искъ, цѣну котораго объявляю въ 1000 рублей, и прошу взыскать съ вышепоименованнаго отвѣтчика означенную сумму съ процентами, судебными и за веденіе дѣла издержками, а рѣшеніе подвергнуть предварительному исполненію»*).

Въ этомъ случаѣ неопредѣленность иска заключается именно въ томъ, чего истецъ проситъ. Хотя истецъ и выразилъ прямо «прошу взыскать 1000 рублей», но, не обозначивъ фактовъ, изъ коихъ проистекаетъ его требованіе, онъ не сообщилъ иску его индивидуальности, не сдѣлалъ его отличимымъ отъ всякаго другого требованія въ 1000 рублей. Если бы такой искъ былъ предъявленъ и принятъ въ одномъ окружномъ судѣ, а засимъ тотъ же истецъ обратился въ другой судъ съ такимъ же требованіемъ 1000 рублей, то судъ будетъ не въ состояніи судить, напримѣръ, о правильности exceptio litis pendentis. Онъ не можетъ судить о тождествѣ исковъ въ одномъ и въ другомъ судѣ, ибо въ обоихъ случаяхъ является неопредѣленнымъ то, чего проситъ истецъ: при отсутствіи индивидуализирующаго основанія, является не извѣстнымъ, о какой именно тысячѣ рублей идетъ дѣло,— о той ли, которую долженъ истецъ по векселю, или о той, которую былъ обязанъ отдать въ вознагражденіе причиненныхъ вреда и убытковъ.

Такое требованіе, въ которомъ не обозначены обстоя-

---

*) Приведено въ комментаріи *Исаченко*, Гражданскій процессъ I, 456.

тельства дѣла, изъ коихъ искъ проистекаетъ, въ такой же мѣрѣ является неопредѣленнымъ, какъ и то, въ которомъ не сказано, о чемъ проситъ истецъ постановить рѣшеніе, т. е. нѣтъ просительнаго пункта, ибо и этотъ послѣдній, и основаніе иска составляютъ признаки, индивидуализирующіе искъ. При отсутствіи одного изъ нихъ, нѣтъ собственно и иска. Требованіе неопредѣленное,—разсуждали составители судебныхъ уставовъ,—не составляетъ иска и потому въ этихъ случаяхъ прошеніе не признается за искъ *). Въ такомъ прошеніи нѣтъ вовсе и иска; оно не можетъ имѣть значенія прошенія искового. Такое прошеніе не можетъ быть вовсе и принято судомъ, хотя бы и съ оставленіемъ его безъ движенія. Иначе истецъ могъ бы заранѣе предъявить такое требованіе, на которое еще не имѣетъ права, могъ-бы предъявить искъ въ ту пору, когда actio не есть еще nata.

Такое прошеніе, изъ котораго не видно, чего истецъ проситъ,—какъ и постановлено въ пунктѣ 3-мъ статьи 266 нашего устава гражданскаго судопроизводства,—подлежитъ совершенному возвращенію, такъ какъ принятіе его не могло бы имѣть никакихъ юридическихъ послѣдствій, не могло бы, напримѣръ, прервать теченіе давности въ виду индивидуальной неопредѣленности иска.

Подъ этотъ же пунктъ подходитъ также тотъ случай, когда въ исковомъ прошеніи не означено «обстоятельствъ дѣла, изъ коихъ искъ проистекаетъ» (ст. 257 п. 4 уст. гр. суд.). въ той, однако, минимальной мѣрѣ, какая необходима для индивидуализаціи иска, т. е. когда въ исковомъ прошеніи не обозначено тѣхъ обстоятельствъ, которыя составляютъ основаніе иска.

Законодатель нашъ поступилъ осторожно, не отмѣтивъ пробѣла въ обозначеніи обстоятельствъ дѣла, изъ коихъ искъ

---

*) Судебные Уставы, съ изложеніемъ разсужденій, на коихъ они основаны, I, 1867 г., къ ст. 266 устава гражданскаго судопроизводства.

проистекаетъ, ни среди условій оставленія исковаго прошенія безъ движенія (ст. 269 уст. гражд. суд.),—что было-бы совершенно неправильно,—ни среди условій возвращенія прошенія (ст. 266 того же устава). Иначе справедливымъ послѣдствіямъ своего упущенія истецъ могъ не подвергнуться, если бы изложилъ въ своемъ прошеніи такія «обстоятельства дѣла», которыя не нужны для индивидуализаціи иска, и вовсе не отмѣтилъ тѣхъ изъ нихъ, которыя необходимы. Установить же общій масштабъ необходимости въ законѣ не возможно.

Законодатель поступилъ благоразумно, ограничившись включеніемъ въ правила возвращенія прошенія пункта 3-й статьи 266 устава гражданскаго судопроизводства: «когда въ прошеніи не означено, чего истецъ проситъ». Въ этомъ условіи заключается уже, по самому существу дѣла индивидуализаціи иска, не только пробѣлъ въ отношеніи просительнаго пункта, но и пробѣлъ въ обозначеніи того минимума «обстоятельствъ дѣла, изъ коихъ искъ проистекаетъ», который необходимъ для индивидуализаціи всего иска, необходимъ для того, чтобы представить данный искъ индивидуально отличнымъ отъ другихъ *).

---

*) По вопросу о значеніи въ составѣ искового прошенія обозначенія „обстоятельствъ дѣла, изъ коихъ искъ проистекаетъ", см. Исаченко, Гражданскій процессъ, I [1890], 456—458. Нашъ почтенный процессуалистъ также считаетъ это обозначеніе существеннымъ элементомъ искового прошенія, но иначе представляетъ тѣ послѣдствія, которыя, по нашему уставу гражданскаго судопроизводства, долженъ имѣть пробѣлъ въ этомъ отношеніи. Не судъ ex officio, по его мнѣнію, возвращаетъ исковое прошеніе съ подобнымъ пробѣломъ, какъ это казалось бы намъ правильнымъ въ виду изложеннаго въ текстѣ. Но,—полагаетъ онъ,—„отвѣтчикъ въ правѣ требовать оставленія прошенія безъ разсмотрѣнія за неизложеніе въ немъ основаній иска". Конечно, еслибы судомъ было дано движеніе такому исковому прошенію, въ которомъ не указано основаніе иска, то отвѣтчикъ не могъ-бы быть лишенъ права потребовать отъ суда оставленія такого прошенія безъ разсмотрѣнія. Иначе пострадалъ бы интересъ отвѣтчика защищать свои права, для чего необходимо, конечно, знать еще до судебнаго разсмотрѣнія, про-

Если основаніемъ иска является совокупность фактовъ, которые необходимы для логическаго заключенія о правильности требованій истца, то именно такое понятіе основанія иска подходитъ и къ нашему законодательству. Обозначеніе такого именно основанія требуетъ нашъ уставъ гражданскаго судопроизводства, когда въ ст. 257 п. 4 предписываетъ «изложеніе обстоятельствъ дѣла, изъ коихъ искъ проистекаетъ» и, засимъ, въ ст. 266 п. 3 требуетъ возвращенія прошенія, «когда въ прошеніи не означено, чего истецъ проситъ».

Такимъ образомъ, и по нашему законодательству искъ долженъ быть опредѣленнымъ, а таковымъ является онъ, какъ и вездѣ, при условіи точной индивидуализаціи какъ просительнаго пункта, такъ и основанія иска въ смыслѣ фактовъ, изъ коихъ искъ проистекаетъ.

Теорія фактической индивидуализаціи основанія иска примѣнима и при такой системѣ права, какъ *французская*, гдѣ вовсе не говорится, чтобы исковое прошеніе должно было заключать что-либо иное, кромѣ l'objet de la demande (art. 61$\frac{3}{=}$ code de procédure civile).

Это требованіе опредѣленности въ обозначеніи того, чего истецъ добивается, — какъ уже объяснено въ примѣненіи къ нашему законодательству,—осталось бы неисполненнымъ, если бы содержаніе требованія не было индивидуализировано черезъ указаніе тѣхъ фактовъ, которые необходимы для построенія силлогизма сужденія о законности искового требованія.

III. Противъ теоріи фактической индивидуализаціи иска

тивъ чего именно придется защищаться. Въ такомъ случаѣ судъ, разумѣется, долженъ оставить исковое прошеніе безъ разсмотрѣнія и прекратить все производство, начатое неправильно, по неопредѣленному иску. Но, помимо этого, судъ располагаетъ и другимъ средствомъ воздѣйствія противъ отсутствія въ исковомъ прошеніи основанія иска. Онъ обязанъ, руководствуясь пунктомъ 3-мъ статьи 266 устава гражданскаго судопроизводства, возвратить такое прошеніе.

приводятъ несоотвѣтствіе ея правиламъ о *заочномъ производствѣ*.

Вопросъ ставится такъ. Теорія не состоятельна, если стоитъ въ противорѣчіи съ закономъ. Поэтому не правильно то ученіе объ основаніи иска, при которомъ оказывалось бы не возможнымъ заочное производство, не смотря на то, что законъ допускаетъ его.

Въ *германскомъ* процессѣ исходнымъ пунктомъ для сужденій въ данномъ случаѣ является статья 331 (прежде 296) устава гражданскаго судопроизводства.

Если отвѣтчикъ,—гласитъ эта статья,—не явится въ срокъ къ состязанію и истецъ потребуетъ заочнаго рѣшенія, то факты, указываемые истцемъ словесно, принимаются за признанные. Если факты эти оправдываютъ требованіе, оно и должно быть уважено; въ противномъ случаѣ въ искѣ должно быть отказано *).

Изъ этой статьи выводятъ, что обстоятельства дѣла, изъ которыхъ проистекаетъ искъ, не составляетъ вовсе такой необходимой части иска, какъ его основаніе.

Такое заключеніе выводитъ, напримѣръ, Plòsz.

Факты, оправдывающіе исковое требованіе,—говоритъ онъ **),—должны быть приводимы, согласно цитированной статьѣ, при словесномъ разбирательствѣ, in judicio, а не въ исковомъ прошеніи. Фактическія же данныя искового прошенія назначаются лишь къ тому, чтобы обозначить то право, о которомъ предъявляется искъ.

Подтвержденіе своего вывода усматриваетъ Plòsz и въ статьѣ, опредѣляющей послѣдствія неявки истца. Если ис-

---

*) Beantragt der Kläger gegen den im Termine zur mündlichen Verhandlung nicht erschienenen Beklagten das Versäumnissurtheil, so ist das thatsächliche mündliche Vorbringen des Klägers als zugestanden anzunehmen. Soweit dasselbe den Klagantrag rechtfertigt, ist nach dem Antrage zu erkennen; soweit dies nicht der Fall, ist die Klage abzuweisen.

**) Plòsz, Beiträge zur Theorie des Klagerechts, 1880, 124.

тецъ не явится въ срокъ къ состязанію, то, по ст. 330 (прежде 295) устава гражданскаго судопроизводства, въ случаѣ требованія постановляется заочное рѣшеніе, коимъ въ искѣ истцу отказывается.

Слѣдовательно,—говоритъ Plòsz,—отвѣтчику нѣтъ надобности давать объясненій по тѣмъ фактическимъ даннымъ, которыя въ искѣ все-таки приведены. Факты, оправдывающіе искъ, не считаются приведенными въ искѣ; для неявившагося же истца вовсе закрывается возможность приводить ихъ; такимъ путемъ, натурально, искъ какъ необоснованный просто-на-просто отклоняется по ходатайству противной стороны. Правильнѣе такъ объяснять послѣдствія неявки истца, чѣмъ предполагать здѣсь отказъ отъ претензіи *).

Такимъ образомъ, въ правилахъ германскаго устава о заочномъ производствѣ Plòsz не видитъ указанія собственно на то, что именно составляетъ основаніе иска. Онъ усматриваетъ въ этихъ правилахъ лишь указаніе на то, что обстоятельства дѣла не входятъ въ составъ основанія иска, ибо изложеніе ихъ относится къ позднѣйшему моменту процесса, ко времени словеснаго состязанія.

Въ правилахъ о заочномъ производствѣ видитъ основаніе для возраженія противъ теоріи фактической индивидуализаціи также и Petersen.

Фактическія отношенія, означенныя въ исковомъ прошеніи,—говоритъ онъ **),—во вниманіе не принимаются, коль скоро они не заявлены вторично при словесномъ разборѣ. Наоборотъ, словесныя заявленія надлежитъ считать признанными даже и въ той мѣрѣ, въ какой не заключается ихъ въ исковомъ прошеніи. Отсюда слѣдуетъ, что по закону, какъ это и въ порядкѣ вещей, словесное разбирательство имѣетъ мѣсто тамъ, гдѣ подлежатъ заявленію правопроизводящіе фак-

---

*) Plòsz, l. c., 124—125.

**) Petersen въ Gruchot's Beiträge, 28, стр. 671.

ты, доказываніе или признаніе коихъ требуется для того, чтобы оправдать исковое требованіе, и что приведеніе ихъ въ исковомъ прошеніи имѣетъ лишь значеніе подготовленія словеснаго разбора.

Это правило,—заключаетъ Petersen,— говоритъ рѣшительно въ пользу правильности предположенія, что указаніе правопроизводящихъ фактовъ предписано, инструктивнымъ образомъ, лишь въ статьѣ 121, пунктъ 3 германскаго устава гражданскаго судопроизводства (нынѣ ст. 130). Оно трудно согласуется съ воззрѣніемъ, по которому подъ основаніемъ иска разумѣется совокупность правопроизводящихъ фактовъ. Если бы эти факты по ст. 230 того же устава (нынѣ ст. 253) должны были быть всѣ приводимы въ исковомъ прошеніи и измѣненіе относящихся сюда заявленій по статьѣ 240 (нынѣ ст. 268) допускалось бы лишь съ согласія противной стороны, то было-бы натуральнѣе предписать для случая неявки отвѣтчика, что признанными слѣдуетъ считать фактическія заявленія, заключающіяся въ ***исковомъ прошеніи.***

Соображенія Plòsz'a и Petersen'a не представляются правильными.

Ошибка ихъ воззрѣнія кроется, какъ это усмотрѣно Struckmann'омъ, Koch'омъ *) и Hellmann'омъ **), въ томъ, что при своей аргументаціи Plòsz и Petersen упускаютъ изъ виду правило статьи 335, пунктъ 3 (прежде 300), устава гражданскаго судопроизводства.

По статьѣ 335, пунктъ 3, ходатайство о постановленіи заочнаго рѣшенія отклоняется, если словесно указанные факты не будутъ своевременно сообщены противной сторонѣ. Такимъ образомъ сокращается кругъ примѣненія раньше приведенной статьей 331.

---

*) Struckmann und Koch, Die Civilprozessordnung, стр. 278.

**) Hellmann, Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts, 1886, 388.

Изъ такого сокращенія видно, что фактъ, не указанный въ исковомъ прошеніи, и впервые указываемый при словесномъ состязаніи, можетъ быть принятъ судомъ во вниманіе не раньше, какъ послѣ сообщенія его противной сторонѣ письменнымъ путемъ.

Но не требуется же при этомъ,—защищается Petersen,—чтобы сообщеніе это производилось именно въ исковомъ прошеніи. Достаточно всякаго другого Schriftsatz'a. Нѣтъ препятствій и для того, чтобы истецъ, требованіе котораго о заочномъ рѣшеніи отклонено по 3-му пункту статьи 300, вслѣдъ за симъ сдѣлалъ упущенное сообщеніе, и требованіе его было принято. Это именно обстоятельство ясно показываетъ, что въ исковомъ прошеніи должны быть отмѣчаемы не всѣ правопроизводящіе факты, ибо иначе было бы недостаточно оповѣщенія въ простомъ Schriftsatz'ѣ для того, чтобы, несмотря на упущеніе въ обозначеніи правопроизводящихъ фактовъ, создать успѣхъ требованію заочнаго рѣшенія. Такое рѣшеніе могло бы быть постановляемо на основаніи фактическихъ заявленій, которыхъ не было въ исковомъ прошеніи и которыя сдѣланы были лишь позднѣе и засимъ представлены при словесномъ разбирательствѣ *).

Едва-ли, однако, убѣдительны такіе доводы.

Если при заочномъ рѣшеніи принимается во вниманіе «das thatsächliche mündliche Vorbringen», это не значитъ, чтобы въ исковомъ прошеніи не могло заключаться указанія тѣхъ фактовъ, которые составляютъ основаніе иска; словесно заявленныя данныя могутъ лишь служить дополненіемъ или поясненіемъ фактовъ, служащихъ основаніемъ иска.

Съ другой стороны, было бы не послѣдовательно со стороны законодателя придавать исключительное значеніе фактамъ, словесно заявляемымъ, и не придавать его фактамъ, означаемымъ въ исковомъ прошеніи.

---

*) Petersen, въ Gruchot's Beiträge, 28, 672.

Изъ статьи 335 п. 3, требующей письменнаго оповѣщенія противной стороны о словесно заявленныхъ фактахъ, видно, что законодатель лишь въ томъ случаѣ придаетъ значеніе словеснымъ заявленіямъ, когда они засимъ доводятся въ письменной формѣ до свѣдѣнія противной стороны; не требуется новаго исковаго прошенія: это и понятно, ибо процессъ остается тотъ же, хотя и дѣлаются новыя заявленія. Общій же смыслъ статей 335 п. 3 и ст. 331 лишь тотъ, что при заочномъ рѣшеніи принимаются во вниманіе лишь тѣ изъ фактовъ, которые, въ письменной формѣ, доведены до свѣдѣнія противной стороны. А такими могутъ быть какъ тѣ, факты, которые составляютъ «das thatsächliche mündliche Vorbringen» статьи 331, такъ и факты основанія иска. Нѣтъ основанія думать, чтобы, по отношенію къ словесно указываемымъ даннымъ, основаніе иска представлялось какою-то пустою рамкою для будущаго заполненія.

Нисколько не препятствуетъ примѣненію германскихъ правилъ о заочныхъ рѣшеніяхъ, если подъ основаніемъ иска разумѣются факты, по поводу которыхъ и можетъ состояться «das thatsächliche mündliche Vorbringen», пріобрѣтающее обязательное значеніе лишь въ томъ случаѣ, когда согласно п. 3 ст. 335, будетъ доведено до свѣдѣнія противной стороны.

Толькое такое основаніе иска представляется правильно конструированнымъ, которое можетъ явиться также и основаніемъ для заочнаго рѣшенія. Въ противномъ случаѣ не можетъ быть и рѣчи о заочномъ производствѣ, такъ какъ, при отсутствіи основанія иска, нѣтъ и иска, а значитъ, нѣтъ и процесса.

Эту мысль высказываетъ и проф. Wach, но въ своемъ сужденіи онъ не можетъ отрѣшиться отъ своей теоріи «индивидуализированія».

Если, — разсуждаетъ Wach, — искъ индивидуализированный, но не представленный въ фактической его сущности, не будетъ искомъ, то предъявленіе его не будетъ вести къ про-

цессу. На основаніи такого иска судъ не будетъ имѣть права принудить отвѣтчика ко вступленію въ процессъ, да и отвѣтчикъ не въ состояніи сдѣлать этого. Въ примѣненіи къ такому иску не можетъ быть ни признанія, ни отказа отъ удовлетворенія; не можетъ послѣдовать по такому иску также и рѣшенія, которое могло бы вступить въ законную силу.

Иное дѣло, если искъ, въ достаточной мѣрѣ индивидуализированный, будетъ почитаться искомъ: тогда есть и открытіе процесса, тогда есть и необходимость вступленія въ споръ. Въ случаѣ неявки истца къ разбору дѣла наступаютъ тогда послѣдствія, указанныя въ ст. 295 германскаго устава гражданскаго судопроизводства [нынѣ ст. 330], въ случаѣ неявки отвѣтчика—послѣдствія статьи 296 того-же устава [нынѣ ст. 331] *).

Такого рода сужденіе правильно представляетъ положеніе вопроса: раньше, чѣмъ говорить о примѣненіи правилъ о заочномъ рѣшеніи, поднимается вопросъ о наличности самаго процесса. Заочное рѣшеніе можетъ быть постановлено лишь въ томъ случаѣ, когда процессъ возникъ; процессъ же не возникаетъ безъ иска.

Если законъ допускаетъ заочное производство, онъ долженъ установить и для состава иска такія требованія, при которыхъ допустимость заочнаго производства не была бы пустымъ звукомъ. Такимъ образомъ, условія, при которыхъ возможно постановленіе заочнаго рѣшенія, могутъ имѣть руководящее значеніе при опредѣленіи того, какая теорія правильно представляетъ существо иска вообще и, въ частности, его основанія.

Эту именно зависимость между составомъ иска и основіемъ для заочнаго рѣшенія и отмѣчаетъ Wach, когда говоритъ: не можетъ быть, чтобы въ искѣ, удовлетворяющемъ требованіямъ закона о составѣ исковаго прошенія, при заоч-

---

*) Wach, Vorträge, 22.

номъ производствѣ могло быть отказано изъ-за того, что искъ недостаточно «субстанціированъ» *).

Если бы оказалось не возможнымъ по этой причинѣ постановить заочное рѣшеніе, это означало бы наличность органическаго дефекта въ самомъ искѣ. Основаніе иска и основаніе для заочнаго рѣшенія должны находиться во взаимномъ соотвѣтствіи; условія возможности заочнаго производства опредѣляютъ конструкцію основанія иска.

Для постановленія заочнаго рѣшенія необходимо, чтобы въ исковомъ прошеніи уже заключался фактическій матеріалъ, который могъ бы, безъ личныхъ объясненій сторонъ, явиться одною изъ логическихъ посылокъ, ведущихъ къ заключенію объ удовлетвореніи иска. Только при наличности этого матеріала судъ будетъ въ состояніи постановить заочное рѣшеніе.

При такихъ условіяхъ, допустимость по данному законодательству заочнаго производства согласуется только съ тою конструкціею основанія иска, какую предлагаетъ теорія фактической, но не юридической его индивидуализаціи.

Въ пользу такого воззрѣнія категорически высказывается, напримѣръ, проф. Stein.

Требованіе обозначенія въ исковомъ прошеніи фактовъ возникновенія,—говоритъ онъ,—положительнымъ образомъ подтверждается статьею 331 устава гражданскаго судопроизводства. По этой статьѣ, при неявкѣ отвѣтчика почитаются признанными только указанные истцемъ факты, но не правоотношеніе. Процессуальный уставъ, который довольствовался бы указаніемъ правоотношенія какъ основанія иска, долженъ былъ бы послѣдовательно ограничить послѣдствія заочнаго рѣшенія признаніемъ правоотношенія, а не только фактовъ. А если ст. 331 устанавливаетъ признаніе только фактовъ

---

*) Wach, Vorträge,—Das Versäumnissverfahren, стр. 176.

возникновенія, то и должно быть существеннымъ включеніе ихъ въ исковое прошеніе, такъ какъ только такое прошеніе можетъ быть дѣйствительнымъ, которое можетъ, въ случаѣ неявки отвѣтчика, служить основою для заочнаго рѣшенія*).

Не противорѣчитъ теорія фактической индивидуализаціи основанія иска и правиламъ другихъ законодательствъ о заочныхъ рѣшеніяхъ.

По статьѣ 396 *австрійскаго* устава гражданскаго судопроизводства 1 Августа 1895 года, въ случаѣ неявки одной изъ сторонъ къ суду, считается достовѣрными указанныя явившеюся стороною обстоятельства спора (das auf den Gegenstand des Rechtsstreites bezügliche thatsächliche Vorbringen), поскольку таковыя не стоятъ въ противорѣчіи съ доказательствами, имѣющимися въ виду суда.

Въ германскомъ уставѣ поводъ для разнорѣчій дало выраженіе «das m ü n d l i c h e Vorbringen». Австрійское законодательство основательно исключаетъ слово «mündliche». Всѣ вообще данныя, заявленныя какъ словесно, такъ и въ исковомъ прошеніи, принимаются во вниманіе при заочномъ рѣшеніи. Такимъ образомъ, не можетъ быть и сомнѣнія въ томъ, что факты, служащіе основаніемъ иска, не должны представлять чего-либо особаго отъ фактовъ, принимаемыхъ судомъ за достовѣрные при заочномъ рѣшеніи.

Добавлены въ австрійской статьѣ слова «auf den Gegenstand des Rechtsstreites bezügliche». Слова эти направлены несомнѣнно къ тому, чтобы факты, какъ въ исковомъ прошеніи указанные, такъ и словесно заявляемые, имѣли одно концентрирующее начало—предметъ процесса. Такимъ образомъ, если примѣнить фактическую индивидуализацію

---

*) G a u p p - S t e i n, Die Civilprozessordnung, I, 1901, 520. Въ правилахъ о заочныхъ рѣшеніяхъ не видятъ убѣдительнаго довода противъ фактической индивидуалузаціи даже и нѣкоторые изъ сторонниковъ индивудуализаціи юридической. Таковы, напримѣръ, Schmidt, Klagänderung, 150 и Seuffert, Kommentar, 353.

основанія иска къ австрійскому процессу, то и факты, называемые при словесномъ разбирательствѣ, коль скоро относятся къ предмету даннаго процесса, не стоятъ особо отъ основанія иска. Это послѣднее, напротивъ, составляютъ именно факты же, независимо отъ юридической квалификаціи ихъ.

Въ этомъ особенно убѣждаетъ дальнѣйшее условіе, требуемое австрійскимъ закономъ: отсутствіе противорѣчія фактовъ тѣмъ доказательствамъ, которыя имѣются въ виду суда. Австрійскій законъ ясно различаетъ доказываемые факты отъ доказательствъ; этимъ же послѣднимъ можетъ соотвѣтствовать въ качествѣ thema probandi лишь фактъ, а не то юридическое отношеніе, которое можетъ быть выведено судомъ изъ данныхъ фактовъ черезъ примѣненіе къ нимъ надлежащихъ нормъ закона.

Не противорѣчитъ теорія фактической индидуализаціи основанія иска и *нашимъ* правиламъ о заочныхъ рѣшеніяхъ; иная конструкція и не мыслима у насъ.

Неявка отвѣтчика къ суду не разсматривается у насъ въ смыслѣ признанія отвѣтчикомъ предъявленнаго къ нему иска. По статьѣ 722 нашего устава гражданскаго судопроизводства, въ заочномъ рѣшеніи судъ присуждаетъ истцу всѣ требованія, имъ доказанныя. Такимъ образомъ, послѣдствіемъ неявки отвѣтчика является лишь одно: разборъ доводовъ истца производится безъ участія отвѣтчика; но разборъ этотъ непремѣнно производится: истецъ не освобождается при этомъ отъ обязанности доказать свой искъ; судъ обязанъ на общемъ основаніи взвѣсить силу доказательствъ истца, но, въ отличіе отъ производства въ присутствіи отвѣтчика, свободенъ отъ принятія во вниманіе возраженій послѣдняго *).

Если, такимъ образомъ, суду приходится взвѣшивать доказательства, не имѣя въ виду возраженій, то необходимо

---

*) Въ такомъ смыслѣ не разъ высказывался уже Правительствующій Сенатъ. Таковы рѣшенія гражданскаго кассаціоннаго департамента: 1869 г., № 139; 1870 г., № 1282; 1877 г. № 96 и др.

имѣть опредѣленную заранѣе thema probandi, совокупность тѣхъ фактовъ, кои должны быть доказаны. Не имѣя передъ собою такихъ данныхъ, судъ былъ бы не въ состояніи правильно выполнить предписаніе статьи 722 у. г. с. Если же основаніе иска разумѣлось бы лишь въ видѣ юридическаго отношенія, независимо отъ фактическаго его субстрата, то судъ лишенъ былъ бы критерія для заключенія о достаточности доказательствъ истца.

Такимъ образомъ, система нашего заочнаго производства совершенно исключаетъ иную теорію основанія иска, кромѣ фактической индивидуализаціи.

IV. Весьма важнымъ пунктомъ возраженія противъ теоріи фактической индивидуализаціи представляется указаніе на отношеніе ея къ принципамъ ***устности*** и ***письменности*** гражданскаго судопроизводства.

Въ процессѣ, построенномъ на началѣ письменности, стороны объясняютъ суду обстоятельства своего спора посредствомъ состязательныхъ бумагъ; только то, что выражено въ письменной формѣ, и принимается судомъ какъ матеріалъ для рѣшенія дѣла: quod non est in actis, non est in mundo.

При такой системѣ процесса, само собою разумѣется, необходимо, что бы истецъ въ своемъ прошеніи не ограничивался обозначеніемъ правоотношенія въ качествѣ основанія иска, но привелъ фактическія данныя. Самъ судъ уже долженъ вывести изъ нихъ свое заключеніе о правильности требованій истца; противъ нихъ отвѣтчикъ долженъ представить свои объясненія.

Поэтому теорія фактической индивидуализаціи основанія иска является единственно возможною при системѣ письменнаго процесса.

Такое именно воззрѣніе на основаніе иска и не встрѣчаетъ спора, напримѣръ, въ системѣ, процесса, существовавшаго въ Германіи до 1879 г.; таковы опредѣленія юристовъ

того времени: Wetzell'я, Sintenis'a, и друг. *). Такое же воззрѣніе не встрѣчаетъ сомнѣній и въ примѣненіи къ дѣйствующему французскому процессу. Французскіе юристы опредѣляютъ основаніе иска (la cause de la demande) какъ un fait juridique. Таковы опредѣленія, напр., Laurent'a, Garsonnet **).

Сильное возраженіе встрѣчаетъ фактическая индивидуализація при той системѣ, которая существуетъ въ Германіи, Австріи и у насъ,—при системѣ, построенной на началѣ *устности* судопроизводства

Началу устности процесса не соотвѣтствуетъ, говорятъ, требованіе, чтобы въ составъ искового прошенія включалась, какъ основаніе иска, совокупность фактовъ, оправдывающихъ претензію истца.

Наиболѣе сильныя возраженія сдѣланы въ этомъ смыслѣ Petersen'омъ.

Для процесса,—говоритъ онъ *),—построеннаго на принципѣ устности, гдѣ Schriftsätze лишь подготовляютъ словесный разборъ, нѣтъ повода для правила, по которому уже въ исковомъ прошеніи должны были бы обозначаться факты, необходимые для обоснованія иска. Конечно, и при чисто устномъ процессѣ есть потребность въ прочной основѣ для процесса. Должно быть установлено, какая предъявляется претензія и чѣмъ ограничивается имѣющее состояться рѣшеніе. Поэтому предъявляемая претензія должна быть обозначена настолько точно, чтобы можно было съ достовѣрностью опредѣлить, какая изъ различныхъ претензій, которыя могутъ быть спорными между тѣми же сторонами, составляетъ предметъ процесса, какія, напротивъ, претензіи не затрогиваются рѣшеніями, имѣющими состояться въ этомъ процессѣ.

---

*) Wetzell, System des ordentlichen Civilprocesses, 1865, стр. 127; Sintenis, Erläuterungen über verschiedene Lehren des Civilprozesses nach Linde's Lehrbuch, Abhandlung V, über den Klagegrund, 1839, 211—293.

**) Цитируются ниже.

*) Petersen, Gruchot's Beiträge, 28, 673 сл.

Но для этого,—полагаетъ Petersen,—нѣтъ надобности въ «субстанціированіи» иска, выполненіе котораго лежало бы на обязанности истца до и при началѣ процесса, т. е. до словеснаго состязанія. Въ этомъ отношеніи достаточно, чтобы, кромѣ самой претензіи, было обозначено точно и ясно также и правоотношеніе, изъ котораго истецъ выводитъ свою претензію. Если центръ тяжести процесса заключается въ словесномъ состязаніи, то для этого послѣдняго и должно быть оставлено фактическое обоснованіе претензіи.

Требованіе «субстанціированія» въ исковомъ прошеніи,—по мнѣнію Petersen'а,—было естественно при чисто письменномъ процессѣ. Безъ этого отвѣтчикъ, который былъ обязанъ высказаться по всѣмъ фактамъ, заявленнымъ истцемъ, и представить съ своей стороны всѣ факты, относящіеся къ защитѣ, не могъ бы быть принужденъ къ этому и нельзя было бы препятствовать судебной волокитѣ.

Если стоять на точкѣ зрѣнія субстанціированія,—думаетъ Petersen,—то придется признать, что уставъ гражданскаго судопроизводства взялъ изъ письменнаго процесса и выразилъ въ рѣзкой формѣ одно положеніе, именно, безусловную обязанность фактическаго обоснованія претензіи въ исковомъ прошеніи—положеніе, которое было создано именно въ виду письменности процесса. Къ такому же положенію можно было бы прійти лишь въ силу настоятельныхъ основаній, черпаемыхъ изъ самаго закона, ибо «не въ природѣ вещей», чтобы уставъ гражданскаго судопроизводства, основывающійся на принципѣ устности процесса, заимствовалъ свои институты изъ письменнаго процесса, и, при томъ, въ такомъ пунктѣ, который стоитъ въ самой тѣсной связи съ этимъ принципомъ. Но въ уставѣ гражданскаго судопроизводства нѣтъ основанія для такого положенія.

Фактическая индивидуализація, говорятъ, является прямымъ результатомъ письменности и эвентуалитета граждан-

скаго процесса; но отнюдь не подходитъ къ процессу, строящемуся на началѣ устности при отсутствіи эвентуалитета *).

Подобное воззрѣніе основывается на неправильномъ представленіи о началѣ устности.

Это начало разумѣютъ въ томъ смыслѣ, что суду, при постановленіи рѣшенія, надлежитъ имѣть въ виду лишь то, о чемъ было заявлено при словесномъ разбирательствѣ.

Съ такимъ представленіемъ объ устности, разумѣется, несогласима теорія фактической индивидуализаціи основанія иска. Если значеніе для суда имѣютъ лишь заявленія словесныя и лишены значенія письменныя данныя, то было бы совершенно непослѣдовательно считать основаніемъ иска именно то, что для процесса не существенно. Это былъ бы формализмъ, лишенный раціональной основы. Между тѣмъ, какъ отмѣтилъ Wach, это не есть Principienfrage, но Frage der Zweckmässigkeit; это вопросъ не принципа, но цѣлесообразности **).

Но дѣло въ томъ, что въ подобномъ опредѣленіи сдѣлано одно существенное упущеніе. Конечно, въ виду суда должно быть лишь то, о чемъ сторонами словесно заявлено; но эти словесныя заявленія не могутъ идти дальше тѣхъ предѣловъ, которые намѣчаются въ исковомъ прошеніи. Безъ словесныхъ объясненій не допустимо разбирательство, построенное на началѣ непосредственнаго воспріятія судомъ требованій и доводовъ сторонъ; было бы недостаточно письменныхъ заявленій искового прошенія. Но, съ другой стороны, словесныя заявленія не должны идти дальше тѣхъ рамокъ даннаго процесса, а эти послѣднія фиксируются предварительнымъ письменнымъ актомъ. Это именно отношеніе сло-

---

*) Такъ: Seuffert, Kommentar, 353; Reinecke, Civilprozessordnung, 249; Willenbücher, Grundriss, 8; ср. также Petersen, Civilprozessordnung, 500.

**) Wach, Vorträge, 1—2

весныхъ объясненій къ письменной инструкціи и упущено въ томъ представленіи начала устности, о которомъ сказано выше.

Начало устности состоитъ именно въ томъ, что лишь тѣ данныя ложатся въ основу рѣшенія, которыя относятся къ данному процессу; это же ограниченіе совершается путемъ письменнымъ. Безъ этого ограниченія не было бы критерія того, о чемъ собственно желаетъ истецъ судебнаго рѣшенія, и отвѣтчикъ былъ бы не гарантированъ, что при судоговореніи не прійдется ему давать объясненій по такимъ предметамъ, которые никакъ не могутъ быть отнесены къ одному и тому же процессу.

Вводя начало устности процесса, законодатель не могъ не считаться, однако, съ тѣми интересами, которые не должны быть нарушаемы въ угоду принципіально-теоретическимъ соображеніямъ. Устность процесса не можетъ идти въ разрѣзъ, съ одной стороны, съ интересомъ общественнымъ,—интересомъ устраненія процессовъ, нескончаемыхъ и неопредѣленныхъ по своимъ цѣли и предмету,—съ другой, съ интересомъ отвѣтчика—быть гарантированнымъ отъ такихъ домогательствъ истца, которыя застигали-бы отвѣтчика врасплохъ и тѣмъ лишали его возможности защиты на равныхъ началахъ съ истцемъ. Истецъ, какъ иниціаторъ въ процессѣ, можетъ требовать и большаго, и меньшаго, по своему усмотрѣнію. Но усмотрѣніе это не должно идти въ ущербъ противнику; ему должны быть впередъ и въ точности извѣстны домогательства истца. Не должно это усмотрѣніе выходить и за предѣлы процесса; послѣдній долженъ сохранять свое внутреннее тождество. Эти два интереса и вызываютъ необходимость коррективa въ чистомъ понятіи устности.

Но коррективъ—не нарушеніе. Начало устности не нарушается, когда ограничиваютъ примѣненіе его лишь предѣлами одного даннаго процесса; послѣдній не теряетъ характера устности отъ того лишь, что полагаются предѣлы самому процессу. Устность процесса, не выходящая за предѣлы его,—

вотъ то положеніе, при которомъ начало, направленное къ охраненію однихъ интересовъ, не идетъ въ разрѣзъ съ другими.

Основаніе иска обозначаетъ предѣлы процесса. Такому назначенію своему основаніе иска не могло бы удовлетворять, если бы подъ нимъ разумѣть лишь юридическое отношеніе, какъ лишенную фактичности отвлеченно-юридическую квалификацію. Обозначеніе юридическаго отношенія не достигало-бы еще цѣли—подготовленія отвѣтчика къ защитѣ. Необходимо обозначеніе самыхъ фактовъ.

Если, засимъ, согласно принципу устности, прійдется воспроизвести тѣ же факты еще разъ, словесно передъ судомъ, это не говоритъ еще противъ включенія фактовъ въ составъ основанія иска. Это включеніе вызывается самостоятельною цѣлью: ввести матеріалъ для сужденія. Если же засимъ воспроизводятся факты словесно, это требованіе устности имѣетъ иную цѣль: путемъ непосредственнаго воспріятія заявленій сторонъ, суду дается возможность изслѣдовать дѣйствительныя намѣренія послѣднихъ, а сторонамъ—пополнить и уяснить то, что недостаточно полно и точно выражено въ исковомъ прошеніи.

Начало устности вовсе не разсчитано на то, чтобы дать просторъ истцу обращать къ отвѣтчику требованія то по одному, то по другому основанію. Это означало бы оставлять судъ и отвѣтчика въ вѣчной неизвѣстности и зависимости отъ произвола истца. Напротивъ, устность имѣетъ своимъ назначеніемъ—болѣе правильное и болѣе полное уясненіе судомъ основанія иска. Для того же, чтобы удовлетворять своему назначенію и содѣйствовать правильному примѣненію начала устности, основаніе иска должно быть представляемо во всей своей фактической полнотѣ; основаніе иска должно быть индивидуализировано фактами, а не путемъ юридической ихъ квалификаціи *).

*) Правильныя сужденія по вопросу о взаимномъ отношеніи между

V. Доводъ противъ теоріи фактической индивидуализаціи видятъ въ положеніи вопроса о jus или beneficium novorum, т. е. о правѣ «nondum deducta deducendi et nondum probata probandi».

Въ примѣненіи къ *германскому* процессу такое соображеніе усматривается въ положеніяхъ, выраженныхъ въ статьяхъ 527 и 529 устава гражданскаго судопроизводства.

По статьѣ 527 [прежде ст. 489], измѣненіе иска,— въ апелляціонной инстанціи допускается только съ согласія противной стороны.

Статья 529 [прежде ст. 491] дозволяетъ обѣимъ сторонамъ предъявлять въ апелляціонной инстанціи Angriffs- и Vertheidigungsmittel, не предъявленныя въ первой инстанціи, особенно—новые факты и доказательства.

Если конструировать понятіе основанія иска по теоріи фактической индивидуализаціи, то,—говоритъ Petersen *),— оказывается противорѣчіе между приведенными статьями. При такомъ воззрѣніи на основаніе иска истецъ можетъ предъявлять лишь такіе новые факты, которые не заключаютъ въ себѣ измѣненія заключающихся въ исковомъ прошеніи «правопроизводящихъ фактовъ», тождественныхъ, по этому взгляду, съ основаніемъ иска. Но при такомъ толкованіи, правомочія истца относительно фактическаго обоснованія своихъ претензій были бы чрезвычайно ограничены, а въ положеніи сторонъ существовало бы громадное различіе.

Истецъ, въ отношеніи обоснованія своихъ претензій, былъ бы связанъ указанными въ исковомъ прошеніи правопроизводящими фактами, между тѣмъ какъ отвѣтчику было-бы не возбранено, въ цѣляхъ защиты противъ этихъ претен-

---

составомъ основанія иска и началомъ устности въ гражданскомъ процессѣ высказываетъ Felix Maass, Der Klagegrund im Sinne der Civilprozessordnung, Inaugural-Dissertation, Göttingen, 1890, 47—50.

*) Petersen, въ Gruchot's Beitrage, 28, 668 сл.

зій, приводить неограниченно новые факты. Для отвѣтчика апелляція была бы дѣйствительно новымъ путемъ защиты права. Истецъ же оставался бы связанъ фактическимъ обоснованіемъ иска, заключающимся въ исковомъ прошеніи. По статьѣ 491 [нынѣ ст. 527], относительно фактическихъ заявленій предоставляется совершенная свобода. Для истца же, подалъ-ли апелляцію онъ самъ или отвѣтчикъ, положеніе статьи 491 приносило бы пользу въ незначительной мѣрѣ: онъ могъ бы предъявлять лишь такіе новые факты, которые ничего не измѣняютъ въ исковомъ прошеніи относительно фактическаго обоснованія.

Такимъ образомъ, по взгляду Petersen'a, теорія фактической индивидуализаціи извращаетъ основную цѣль закона, выраженную въ статьѣ 529,—предоставить обѣимъ сторонамъ въ равной степени право защиты противъ претензій противника. Оказывалось бы, что, допустивъ въ статьѣ 529 предъявленіе новыхъ фактовъ, законъ въ то же время въ статьѣ 527 не допустилъ предъявленія ихъ, такъ какъ въ каждомъ заявленіи новыхъ фактовъ было бы измѣненіе основанія иска.

Разумѣется, съ точки зрѣнія теоріи фактической индивидуализаціи, измѣненіе основанія иска всегда происходитъ черезъ заявленіе новыхъ фактовъ. Возраженіе Petersen'a было бы правильно, если бы оба явленія, — измѣненіе основанія иска и заявленіе новыхъ фактовъ,—находились въ той же зависимости одно отъ другого также и при обратномъ соотношеніи между ними. Но не всякое заявленіе новыхъ фактовъ означаетъ измѣненіе основанія иска. Когда заявляется въ теченіи процесса какой-либо фактъ, только поясняющій точнѣе содержаніе искового требованія, но отнюдь не выдвигающій чего-либо иного сравнительно съ первоначальнымъ искомъ, въ этомъ заявленіи не будетъ еще измѣненія основанія иска, ибо заявленіе такого факта не вліяетъ на индивидуальность иска.

Если законъ, воспрещая измѣненіе основанія иска, допускаетъ заявленіе новыхъ фактовъ, онъ тѣмъ самымъ указываетъ на необходимость различать заявленіе фактовъ, вліяющее на тождество иска, отъ такого заявленія фактовъ, при которомъ индивидуальность иска не нарушается.

Это же разграниченіе въ отношеніи къ характеру фактовъ и къ значенію заявленія ихъ надо имѣть въ виду также и для того, чтобы согласовать необходимость обозначенія основанія иска уже въ исковомъ прошеніи съ допустимостью новыхъ фактовъ въ апелляціонной инстанціи.

Petersen полагаетъ, что эти правила представляются противорѣчивыми съ точки зрѣнія теоріи фактической индивидуализаціи.

Если, высказываетъ онъ, опредѣленіе, данное въ мотивахъ къ германскому уставу гражданскаго судопроизводства, правильно, то въ исковомъ прошеніи должны быть приводимы всѣ правопроизводящіе факты; въ противномъ случаѣ прошеніе будетъ недѣйствительнымъ. Но тогда новые факты, существенные для обоснованія претензіи, заключаютъ почти всегда измѣненіе фактическаго обоснованія или, въ смыслѣ мотивовъ, основанія иска; поэтому въ апелляціонной инстанціи новые факты не могли бы быть допускаемы. Но съ этимъ трудно согласить общую редакцію статьи 491. Германскій уставъ гражданскаго судопроизводства, по которому подъ Angriffs= и Vertheidigungsmittel надо понимать вообще фактическія данныя, предоставляетъ полный просторъ для фактическаго обоснованія претензій, уже предъявленныхъ въ 1-й инстанціи, и не допускаетъ лишь предъявленія новыхъ претензій.

Полное согласіе между статьями 527-ой и 529-ой Petersen признаетъ только съ точки зрѣнія теоріи юридической индивидуализаціи. Только тогда представляется ему возможнымъ черезъ заявленіе новыхъ фактовъ не измѣнить иска, если подъ основаніемъ иска разумѣть правоотношеніе, изъ котораго претензія вытекаетъ; ибо если оно замѣняется другимъ, въ

дѣйствительности не идетъ больше рѣчи о той-же самой претензіи. Иначе, если считать измѣненіемъ основанія иска всякое измѣненіе относительно указанныхъ въ исковомъ прошеніи правопроизводящихъ фактовъ,—тогда будетъ недопустимо не только предъявленіе новыхъ претензій, но и измѣненное фактическое обоснованіе претензій, уже раньше предъявленныхъ.

По *французскому* процессу также воспрещается измѣненіе иска въ апелляціонной инстанціи. Il ne sera formé,—гласитъ ст. 464 code de procédure civile,—en cause d'appel, aucune nouvelle demande.

Но безспорно среди французскихъ юристовъ, что воспрещеніе новыхъ требованій выражаетъ вмѣстѣ съ тѣмъ и оборотную сторону: допустимость введенія въ процессъ такихъ данныхъ, которыя не дѣлаютъ требованія новымъ.

Воспрещеніе новыхъ требованій разумѣется въ томъ смыслѣ, что законъ выставляетъ въ качествѣ условія возникновенія апелляціоннаго процесса ***тождество*** иска *).

Коль скоро тождество иска не нарушается черезъ введеніе въ процессъ даннаго заявленія, это послѣднее и не подойдетъ подъ запретъ новыхъ требованій. Поэтому при комментированіи этого запрета постоянно подчеркивается различіе между demandes nouvelles и moyens nouveaux.

Moyens nouveax, опредѣляетъ Glasson, sont les éléments qui servent à justifier la prétention sans le modifier; это такія заявленія, которыя не вліяютъ на тождество иска, не дѣлаютъ его инымъ **).

Если вполнѣ раціональна недопустимость новыхъ требованій, то,—наоборотъ,—вполнѣ логична допустимость des

---

*) Bonfils, Traité élémentaire. § 1421, p. 973.

**) Glasson. Précis théorique et pratique de procédure civile, II, 1902, 39; Bonfils, ibid.

moyens nouveaux. Съ введеніемъ ихъ процессъ сохраняетъ свое тождество *).

Такимъ образомъ, и съ точки зрѣнія французскаго закона, на ряду съ недопустимостью измѣненія иска существуетъ допустимость такихъ заявленій въ апелляціонной инстанціи, которыя не вліяютъ на составъ иска, отражаясь лишь на исходѣ одного и того же процесса.

И по французскому процессу признается, что искъ становится новымъ, между прочимъ, въ томъ случаѣ, когда измѣняется основаніе иска**). Слѣдовательно, moyens nouveaux не должны вліять и на тождество основанія иска: иначе произойдетъ измѣненіе иска, la demande principale обратится въ la demande nouvelle.

При такомъ разграниченіи понятій измѣненія основанія иска и заявленія des moyeus nouveaux представляется вполнѣ согласимою и съ французскимъ закономъ о новыхъ требованіяхъ въ апелляціонной инстанціи теорія фактической индивидуализаціи основанія иска.

Основаніемъ иска съ такой точки зрѣнія будетъ юридическій фактъ, остающійся не измѣннымъ и не измѣняющій иска, на немъ построеннаго, вслѣдствіе предъявленія въ апеляціонной инстанціи des moyens nouveaux, т. е. такихъ данныхъ, которыя поясняютъ составъ фактовъ основанія иска и подтверждаютъ существованіе ихъ.

Это тонкое различіе между измѣненіемъ иска, не допустимымъ и въ апелляціонной инстанціи, и заявленіемъ при апелляціонномъ разбирательствѣ новыхъ данныхъ, допускаемыхъ и логикою, и позитивнымъ правомъ, выражено въ очень рѣзкой формѣ въ новомъ *австрійскомъ* уставѣ гражданскаго судопроизводства.

---

*) Bonfils, l. c., § 1421, p. 974.

**) Bonfils, l. c., § 1422, in f.

При производствѣ въ апелляціонной инстанціи,—постановлено въ ст. 482 этого устава,—не могутъ быть предъявляемы новыя претензіи и возраженія.

Но тутъ же слѣдуетъ постановленіе о допустимости новыхъ фактовъ. Факты и доказательства,—говорится во второй части той же статьи,—которыя, судя по содержанію актовъ первой инстанціи и изложенію обстоятельствъ дѣла въ судебномъ рѣшеніи, не были заявлены въ первой инстанціи, могутъ быть предъявляемы сторонами въ апелляціонномъ судѣ, но только для подтвержденія или опроверженія заявленныхъ основаній апелляціи.

Такимъ образомъ, заявленіе фактовъ въ апелляціонной инстанціи не означаетъ еще измѣненія тѣхъ фактовъ, которые составляютъ основаніе иска по теоріи фактической индивидуализаціи Иначе, въ виду индивидуализирующаго вліянія основанія иска на исковую претензію, былъ бы нарушенъ запретъ измѣненія ея въ апелляціонной инстанціи.

Однако, за короткое существованіе австрійскаго устава гражданскаго судопроизводства успѣлъ возникнуть оживленный споръ о допустимости beneficium novorum въ австрійскомъ процессѣ.

Beisser, напримѣръ, отвергаетъ допустимость appellatio ex capite novorum въ австрійскомъ процессѣ по слѣдующимъ основаніямъ.

Во первыхъ,—находитъ онъ,—не согласимо jus novorum съ требованіемъ со стороны австрійскаго устава поводовъ къ апелляціи (Berufungsgründe), какъ условія ея допустимости. Во вторыхъ, роль апелляціоннаго суда заключается въ переизслѣдованіи (Ueberprüfung) рѣшенія первой инстанціи, а переизслѣдованіе, по самому существу понятія, ограничивается тѣмъ матеріаломъ, который былъ уже разсмотрѣнъ низшею инстанціею. Въ третьихъ, законъ знаетъ лишь тѣ nova, которыя направляются къ тому, чтобы подтвердить или опровергнуть поводы для аппелляціи (ст. 482, п 2). Въ

четвертыхъ, доводъ въ пользу своего заключенія видитъ Beisser и въ сопоставленіи правилъ объ апелляціи съ правилами о пересмотрѣ рѣшенія по вновь открывшимся обстоятельствамъ (restitutio ob noviter reperta); тогда какъ при апелляціи возможны лишь тѣ nova, кои «zur Darthnung oder Widerlegung der Berufungsgründe», при пересмотрѣ по вновь открывшимся обстоятельствамъ имѣются въ виду тѣ новыя данныя, «deren Vorbringen und Benutzung im früheren Verfahren eine ihr günstigere Entscheidung der Hauptsache herbeigeführt haben würde» (ст. 530 п. 7). Новыя данныя, о которыхъ говорится въ ст. 482, должны быть, такимъ образомъ, совершенно иныя чѣмъ тѣ, наличностью которыхъ обусловливается restitutio ob noviter reperta *).

Въ томъ же смыслѣ высказалось и много другихъ изслѣдователей австрійскаго процесса; таковы: Ullmann, Neumann, Schauer, Hradetzky, Trutter, Duschenes. Не мало, однако, выступило и противниковъ, таковы: Schrutka von Rechtenstamm, Ofner, Klein и др. **).

Что касается *нашего* законодательства, то и у насъ не можетъ быть рѣчи о несоотвѣтствіи теоріи фактической индивидуализаціи положенію вопроса о jus novorum, ибо это послѣднее нашему процессу неизвѣстно.

Это вытекаетъ изъ статьи 747 устава гражданскаго судопроизводства, воспрещающей предъявленіе въ апелляціонной жалобѣ требованій, не предъявленныхъ въ окружномъ судѣ. Основаніемъ такого правила послужило для составителей су-

---

*) Beisser. Die Nova im Berufungsverfahren der Civilprozessordnung, Wien, 1899. стр. 28—45.

**) Обзоръ этихъ ученій сдѣланъ въ книгѣ Dr. Pappafava, Der Streit um das jus novorum im Berufungsverfahren nach der österreichischen Civilprozessordnung, Innsbruck, 1901. Самъ онъ склоняется въ пользу допустимости новыхъ требованій въ апелляціонной инстанціи. Практика, по его замѣчанію, придерживается противоположнаго воззрѣнія, т. е. не признаетъ, чтобы jus novorum существовало въ австрійскомъ процессѣ.

дебныхъ уставовъ то соображеніе, что «въ противномъ случаѣ недобросовѣстный тяжущійся имѣлъ бы полную возможность возбуждать иски въ судѣ второй, а не первой степени» *); такое же положеніе прямо противорѣчило бы правилу статьи 12 нашего устава, не допускающей разсмотрѣнія въ высшей инстанціи тѣхъ дѣлъ, которыя не были рѣшены въ низшей.

Противъ jus novorum приводятъ и общее соображеніе, подобное тому, съ которымъ встрѣчались мы въ австрійскомъ процессѣ. Предметомъ рѣшенія,—говоритъ Малышевъ **),—служитъ исковое правоотношеніе, на которомъ сосредоточиваются требованія и доводы истца и отвѣтчика. Апелляціонный судъ, ***повѣряя*** рѣшеніе по принесенной на него жалобѣ, разсматриваетъ естественно ***то же самое исковое отношеніе***, потомучто оно не можетъ быть измѣнено ни судомъ, ни сторонами.

Такимъ образомъ, по нашему законодательству не могутъ быть заявляемы въ апелляціонной инстанціи новые факты, измѣняющіе составъ основанія иска. Поскольку, однако, заявляемый фактъ не входитъ въ этотъ составъ, онъ можетъ быть и заявленъ. Но это должны быть,—замѣчаетъ профессоръ Гольмстенъ,—факты ***второстепеннаго***, вспомогательнаго характера ***).

Такое разграниченіе фактовъ и дѣлаетъ согласимымъ съ нашимъ законодательствомъ теорію фактической индивидуализаціи основанія иска. Не могутъ быть заявляемы тѣ изъ фактовъ, которые составляютъ въ совокупности основаніе иска; факты второстепенные сюда не относятся; нѣтъ осно-

---

*) Судебные уставы, съ изложеніемъ сужденій, на коихъ они основаны, томъ I, уставъ гражданскаго судопроизводства, мотивы къ ст. 747.

**) Малышевъ, Курсъ гражданскаго судопроизводства, II, 1875, 236.

***) Гольмстенъ, Учебникъ русск. гражд. судопроизводства, 266.

ванія не допускать и заявленія ихъ впервые въ апелляціонной инстанціи. Такое положеніе прямо подтверждается статьею 332, не допускающею лишь измѣненія исковыхъ требованій *по существу*, а это, видѣли мы, означаетъ невозможность введенія фактовъ, измѣняющихъ основаніе иска; статья же 332 примѣнима и въ апелляціонной инстанціи *).

§ 2 Составъ основанія иска.

I. Составъ основанія иска выясняется изъ существа иска и изъ того значенія, какое имѣетъ искъ для гражданскаго процесса.

Достиженіе истцемъ судебнаго рѣшенія, которое удовлетворяло бы его требованію, обусловливается логическою правильностью искового требованія какъ умозаключенія. Проситъ-ли истецъ о присужденіи ему данной вещи (искъ о присужденіи), проситъ-ли онъ о признаніи за нимъ права требованія къ отвѣтчику (позитивный искъ о признаніи) или же о признаніи отсутствія у отвѣтчика даннаго права къ истцу (негативный искъ о признаніи),—каждое такое требованіе можетъ вызвать желанное дѣйствіе лишь въ томъ случаѣ, если является правильно обоснованнымъ. Претендендовать на покровительство закона истецъ можетъ лишь при наличности обстоятельствъ, составляющихъ условіе для конкректнаго примѣненія абстрактной нормы права. Данная фактическая обстановка и примѣняемая къ ней общая система объективнаго права составляютъ меньшую и большую посылки силлогизма, выводомъ изъ котораго должно быть то, чего требуетъ истецъ.

Искъ, говоритъ Brodmann **), есть требованіе судебнаго рѣшенія. Кромѣ искового требованія, безъ котораго судъ не

---

*) Рѣшеніе гражданскаго кассаціоннаго департамента 1869 года № 703.

**) Erich Brodmann, Vom Stoffe des Rechts, 1897, стр. 64.

можетъ приступить къ разбору правъ и обязанностей, должны быть налицо передъ судомъ двѣ логическихъ посылки изъ которыхъ судъ могъ бы сдѣлать свой выводъ и сравнить съ нимъ требованіе просителя. Верхняя посылка—die allgemeine geltende Rechtsordnung. Нижняя—der Thatbestand, т е. частица конкретной дѣйствительности изъ области настоящаго или, большею частью, изъ области прошлаго, болѣе или менѣе сложный фактическій составъ, опредѣленный по времени и мѣсту.

Верхнюю посылку, propositio major, составляетъ юридическое основаніе le principe de droit qui confère l'action, какъ опредѣляетъ Bordeaux *). Тотъ же фактъ, который дѣлаетъ умѣстнымъ l'application de ce principe, есть propositio minor; въ противоложность верхней посылкѣ, это—основаніе фактическое.

Необходимымъ результатомъ взаимнаго дѣйствія обѣихъ посылокъ,—совокупности фактовъ и абстрактныхъ нормъ права,—является исковое требованіе, если, конечно, оно не является плодомъ фантазіи истца.

Поскольку, однако, исковое требованіе касается гражданскихъ правъ истца, оно, по объему своего примѣненія въ данномъ случаѣ, можетъ не совпадать съ логическимъ выводомъ въ полномъ объемѣ, заключаясь лишь въ предѣлахъ его, какъ меньшее въ большемъ; воля истца оказываетъ такимъ путемъ опредѣляющее дѣйствіе на составъ исковаго требованія.

Иначе конструированъ исковой силлогизмъ у Fuchs'a. Одни факты,—говоритъ онъ **),—никогда не производятъ основанія иска. Искъ, который требуетъ *права*, взываетъ къ *закону* и въ судебномъ рѣшеніи ищетъ Rechtshülfe,

---

*) Bordeaux, Philosophie de la procédure civile, 1857, p. 350.

**) Fuchs, Prozessgründung und Klagegrund, въ Gruchot's Beiträge, 29 [1885 г.], 639—642.

можетъ имѣть въ своемъ основаніи лишь юридическое отношеніе, признанное закономъ als Anspruch begründend. То обстоятельство, что я бѣденъ, а братъ мой богатъ, даетъ основаніе для претензіи о содержаніи лишь тогда, если законъ признаетъ за братомъ обязанность къ выдачѣ содержанія. То обстоятельство, что отвѣтчикъ подарилъ мнѣ 100 марокъ, даетъ основаніе для иска объ уплатѣ этихъ 100 марокъ лишь въ томъ случаѣ, если законъ принуждаетъ къ выполненію дарственнаго обѣщанія.

Принципіально, выводитъ Fitting, къ обозначенію основанія иска принадлежитъ: 1) обозначеніе правоположенія in abstracto и 2) обозначеніе правоотношенія in concreto *).

Но въ такой принципіальной чистотѣ,—не могъ не отмѣтить и онъ,—основанія иска обыкновенно не приводятся. Допустимъ, что въ указанномъ примѣрѣ истецъ не назвалъ expressis verbis собственность какъ основаніе иска, но привелъ лишь факты,—основаніемъ иска остается все-таки das Rechtsverhältniss des Eigenthums. Не по тому, что истецъ купилъ, но по тому, что онъ имѣетъ право собственности, можетъ онъ и требовать свою вещь; какъ онъ сдѣлался собственникомъ,—купилъ-ли, получилъ-ли по наслѣдству,—для понятія основанія иска безразлично; кто требуетъ, чтобы истецъ привелъ факты пріобрѣтенія и объяснилъ, почему онъ собственникъ, тотъ требуетъ не только обозначенія основанія, но еще обозначенія основанія для основанія. Пусть это цѣлесообразно для хода процесса, но уставъ гражданскаго судопроизводства не требуетъ, чтобы въ исковомъ прошеніи было обозначено основаніе для основанія; онъ требуетъ лишь о п р е д ѣ л е н н а г о обозначенія основанія иска.

Противникомъ теоріи Fuchs'а выступилъ S t a u b. Подъ

---

*) Также: В е р б л о в с к і й, Основаніе иска, въ Судебномъ Вѣстникѣ, 1868 г., № 100.

«Grund eines Dinges» вообще,—говоритъ онъ*),—разумѣются тѣ событія, кои его произвели. Соотвѣтственно этому, и подъ основаніемъ претензіи разумѣются «die Ereignisse, ohne deren Geschehen der Anspruch nicht entstanden wär», иными словами: «der Thatbestand, der den Anspruch erzeugt hat».

Но такъ какъ вещь, объ основаніи коей идетъ рѣчь' есть Anspruch, явленіе *юридическое*, то составъ фактовъ' имѣющій произвести исковую претензію, можетъ сдѣлать это лишь на столько, на сколько онъ способенъ къ тому «nach den Regeln des Rechts».

Поправка Штауба направлена противъ односторонняго воззрѣнія на основаніе иска, противъ воззрѣнія, выдвигающаго одинъ изъ составныхъ элементовъ основанія иска и упускающаго изъ виду другой.

Логическій выводъ изъ верхней посылки возможенъ лишь при наличности посылки нижней, равно какъ и наоборотъ: одна безъ другой не производитъ умозаключенія. Такимъ образомъ, на ряду съ элементомъ юридическимъ, въ составѣ основанія иска необходима совокупность фактовъ.

Имѣя одинаково важное значеніе для наличности права требованія по иску, оба названныхъ элемента не одинаковы, однако, въ качествѣ частей того акта, въ которомъ истецъ излагаетъ свои требованія,—акта, именуемаго у насъ исковымъ прошеніемъ.

Обѣ эти посылки принципіально одна отъ другой отличны. Въ отношеніи одной изъ нихъ судъ *исключительно* связанъ дѣйствіями сторонъ, въ отношеніи другой судъ *вовсе не* связанъ ими. Составъ нижней посылки, тѣхъ фактовъ, которые должны повести къ умозаключенію, зависитъ исклю-

---

*) Staub, Der Begriff des Klagegrundes, въ Gruchot's Beiträge, 32 [1888 г.], 556.

чительно отъ заявленій сторонъ: что ими не предъявлено,— нижней посылки не составляетъ.

Наоборотъ, составъ верхней посылки—дѣло собственнаго разумѣнія суда: послѣдній воленъ ввести въ ея составъ и тѣ нормы права, о которыхъ истецъ вовсе не думалъ и не упомянулъ въ своихъ объясненіяхъ, и вовсе не считаться съ тѣми нормами, на которыя истецъ согласился. Юридическая посылка не составляетъ той части исковаго прошенія, безъ которой оно теряло бы свое значеніе для процесса, подлежало бы оставленію безъ движенія или возвращенію.

Конечно, не можетъ быть умозаключенія, если нѣтъ *двухъ* предшествующихъ посылокъ; одна изъ нихъ—верхняя или бо̀льшая—выражаетъ правоположеніе; не быть этой посылки не можетъ: иначе въ исковомъ требованіи не будетъ умозаключенія, требованіе будетъ либо произволомъ фантазіи истца, либо выводомъ изъ неприводимаго положенія морали. Ни въ томъ, ни въ другомъ случаѣ требованіе не можетъ претендовать на значеніе исковаго. Произвольное требованіе истца не даетъ матеріала для судебнаго рѣшенія: это послѣднее въ свою очередь, должно быть умозаключеніемъ, вытекающимъ изъ двухъ посылокъ. Если нѣтъ правоположенія, которое могло бы служить верхнею посылкою для заключенія истца, не будетъ верхней посылки и для заключенія суда. Не будетъ ея и въ томъ случаѣ, когда истецъ въ своемъ заключеніи исходитъ изъ положенія, не предусмотрѣннаго объективнымъ правомъ. Положеніе общественной морали, не выраженное въ законѣ, не можетъ служить исходнымъ пунктомъ для заключенія суда; роль его—быть глашатаемъ права позитивнаго; нѣтъ закона, нѣтъ мѣста и для суда; нѣтъ закона, немыслимъ и искъ.

Наличность объективно-правовой нормы какъ исходнаго пункта для заключеній истца и суда есть, такимъ образомъ, conditio sine qua non для существованія права на удовлетвореніе по иску.

На такомъ значеніи юридическаго элемента для основанія иска построено мнѣніе Fitting'a.

Не правильно,—говоритъ онъ *),—считать основаніемъ исковой претензіи одни факты, ибо факты сами по себѣ никогда не въ состояніи вызвать (erzeugen) претензію, но всегда лишь въ связи съ правоположеніями, которыя придаютъ фактамъ такое значеніе. Всякая претензія есть ***выводъ изъ силлогизма***, въ которомъ верхнюю посылку составляетъ ***правоположеніе***, нижнюю образуютъ ***факты***. Но обѣ посылки суть одинаково существенные факторы заключенія: послѣднее не исходитъ ни изъ верхней посылки, самой по себѣ, ни изъ нижней, самой по себѣ, но изъ обѣихъ вмѣстѣ; посему и не дозволительно видѣть базисъ для заключенія въ одной нижней посылкѣ. Такимъ образомъ, натурально, и фундаментъ иска можетъ быть найденъ лишь въ логической связи такъ называемаго юридическаго основанія съ такъ называемымъ историческимъ фундаментомъ ея, т. е. правоположенія, изъ котораго вытекаетъ претензія, выраженная въ исковомъ прошеніи, съ конкретными фактами, при посредствѣ коихъ претензія слѣдуетъ изъ правоположенія.

Короче,—заключаетъ Fitting,—основаніе иска составляютъ какъ юридическая, такъ и фактическая посылки заключенія, получающаго свое выраженіе въ просительномъ пунктѣ искового прошенія. Признаніе существованія юридическаго и, отдѣльно, историческаго фундаментовъ иска основывается на совершенно правильной мысли но не вполнѣ точно по крайней мѣрѣ настолько, насколько въ дѣйствительности имѣется не двойное, но ординарное основаніе иска, состоящее въ ***логическомъ значеніи*** для предявленной претензіи ***одновременно обоихъ элементовъ***.

То обстоятельство,—полагаетъ Fitting,—что такая конструкція долгое время не была общепризнанною, это объясняется, главнымъ образомъ, тѣмъ, что понятіе «Klaggrund»

*) Fitting въ Archiv für die civilistische Praxis, 61, 425 сл.

казалось на практикѣ опредѣленнымъ по чисто внѣшнему соображенію того, что истецъ долженъ привести въ искѣ для достаточнаго его обоснованія.

Но не по этой причинѣ такое воззрѣніе не нашло общаго признанія. Причина глубже,—въ коренномъ недостаткѣ подобнаго воззрѣнія. Мнѣніе Fitting'а упускаетъ изъ виду дѣйствительное значеніе въ составѣ иска фактовъ наряду съ правоположеніями.

Разумѣется, лишь въ связи съ правоположеніями факты служатъ основаніемъ для исковой претензіи *). Но въ тоже время правоположенія,—не подлежитъ сомнѣнію,—не составляютъ необходимой части искового прошенія. Въ интересахъ большей основательности исковыхъ требованій можно бы желать, чтобы истецъ приводилъ въ исковомъ прошеніи тѣ положенія права, въ которыхъ видитъ основаніе для своего требованія. Въ этомъ отношеніи объяснимы такія инструктивныя, но не императивныя положенія закона, въ которыхъ къ составу искового прошенія относится указаніе правовыхъ нормъ какъ основанія ходатайства **).

Но положенія, приводимыя истцемъ, не имѣютъ связующаго значенія ни для него самого, ни для суда.

Не можетъ никто отговариваться невѣдѣніемъ положительнаго права. Не допуская подобныхъ отговорокъ, законъ не налагаетъ, однако, на всѣхъ и каждаго обязанности быть настолько освѣдомленнымъ въ юриспруденіи, чтобы знать, какой именно законъ примѣнимъ къ данной совокупности фактовъ и можетъ служить исходнымъ пунктомъ для даннаго умозаключенія. Въ своихъ требованіяхъ истецъ можетъ исходить лишь изъ смутнаго чувства правосознанія. Не опредѣленная статья закона, не хладнокровное сопоставленіе ея съ обстоятельствами даннаго случая направляютъ истца въ его об-

---

*) См. Hellmann, Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts, 392; Birkmeyer въ Archiv für die civilistische Praxis, томъ 66, 39.

**) См. стр. 28.

ращеніи къ суду. Чувство личной обиды, нарушеннаго интереса вопреки тому представленію о правѣ и справедливости, которое свойственно каждому, и не юристу, служатъ для истца исходнымъ пунктомъ въ томъ процессѣ мышленія, который приводитъ его къ умозаключенію, выражаемому въ исковомъ требованіи. Было-бы не выполнимо требованіе отъ истца точнаго обозначенія исходныхъ правовыхъ положеній. Было бы не справедливо стѣснять судебную защиту предѣлами юридической подготовки истца.

Было-бы, наконецъ, безполезнымъ требовать отъ истца указанія нормъ права какъ верхней посылки умозаключенія, ибо судъ, въ своемъ заключеніи объ основательности иска, не связанъ правоположеніями, приводимыми истцемъ въ его прошеніи *)

Если бы судъ былъ связанъ юридическими заявленіями истца, роль суда сводилась бы къ тому, чтобы провѣрять фактическую и логическую правильность сдѣланнаго истцемъ заключенія. Суду, такимъ образомъ, приходилось бы лишь опредѣлять, дѣйствительно-ли изъ выставленныхъ истцемъ правоположеній и доказанныхъ фактовъ слѣдуетъ то заключеніе, которое истецъ выразилъ въ своемъ требованіи

Такова именно и была роль суда въ Римѣ. Истецъ являлся къ судьѣ какъ съ опредѣленной совокупностью фактовъ, такъ и съ указанною преторомъ относящеюся къ ней нормою закона. Судьѣ оставалось лишь сдѣлать выводъ изъ двухъ посылокъ и, если выводъ его совпадалъ съ ходатайствомъ истца, послѣднее подлежало удовлетворенію; при несоотвѣтствіи требованія истца тому заключенію, которое, по мнѣнію суда, дѣйствительно правильно, ходатайство истца удовлетворенію не подлежало: si paret, absolvito, si non paret — condemnato **).

---

*) Стр. 28 и 65.
**) Ср. стр. 47.

Если же правовыя указанія истца не обязательны для суда, роль его иная. Принципъ состязательнаго процесса «ne eat judex ultra petita partium» связываетъ судью въ отношеніи требованій истца. Роль суда заключается въ томъ, чтобы по двумъ извѣстнымъ,—требованію исковому и данной совокупности фактовъ,—найти третье,—ту норму права, при которой эти три данныя образовали бы родъ математическаго уравненія. Суду приходится изслѣдовать, имѣется-ли въ сферѣ объективнаго права, подлежащаго примѣненію въ данномъ случаѣ, *какая-либо* норма, которая могла бы явиться юридическимъ основаніемъ для выставленныхъ истцемъ основанія фактическаго и умозаключенія. Засимъ, выводъ истца подлежитъ провѣркѣ какъ умозаключеніе изъ верхней посылки, установляемой судомъ, и нижней, фактическаго основанія, указанной сторонами.

Различіе въ положеніи суда заключается, такимъ образомъ, въ слѣдующемъ. Въ первомъ случаѣ судъ производитъ провѣрку умозаключенія по даннымъ, въ установленіи которыхъ самому ему не приходится принимать участія. Во второмъ случаѣ судъ не только провѣряетъ выводъ истца, но и фиксируетъ верхнюю посылку.

Понятно первое положеніе въ римскомъ правѣ. При недостаточномъ развитіи системы гражданскаго права и казуистическомъ способѣ его развитія при посредствѣ претора, вполнѣ натурально предоставленіе этому послѣднему и роли опредѣлителя юридической основательности исковаго требованія.

Въ современныхъ же намъ законодательствахъ юридическая основательность требованія опредѣляется лишь самимъ закономъ. При отсутствіи посредствующихъ инстанцій между закономъ и жизнью, каковъ былъ преторъ, для суда не оказывается и стѣсненій въ непосредственномъ сужденіи о юридической основательности исковаго требованія. О предоставленіи въ этомъ отношеніи посредствующей роли истцу не мо-

жетъ быть рѣчи и при нынѣшней системѣ процесса, какъ не было рѣчи и въ римскомъ правѣ.

Въ пользу обязательности правовыхъ указаній стороны говоритъ какъ будто принципъ состязательности процесса. Если сторона можетъ осуществлять свое право, можетъ и не осуществлять, преслѣдовать или не преслѣдовать нарушителя, то не слѣдуетъ-ли отсюда, что она можетъ и пользоваться тою нормою закона, какую сама для себя находитъ подходящею? Но состязательное начало распространяется лишь на осуществленіе права безспорнаго; по скольку же оно спорно, по скольку идетъ еще рѣчь, принадлежитъ-ли оно и въ какакой мѣрѣ истцу,—дѣло безпристрастнаго органа опредѣлять, кто правъ—кто виноватъ. Если каждый предполагается знающимъ законъ, то не надо было-бы и суда, если бы каждый могъ правильно судить и о правахъ, на законѣ основанныхъ. Сужденіе объ этомъ можетъ принадлежать лишь особому органу—суду. Сужденіе это не было-бы гарантировано въ своей правильности, если бы суду приходилось руководиться указаніями закона со стороны посторонняго лица, особенно, заинтересованнаго, — а не собственнымъ знаніемъ права, которое и вмѣняется суду въ обязанность.

Такимъ образомъ, объективное право, являющееся непремѣннымъ условіемъ возможности умозаключенія, выражаемаго въ исковомъ требованіи, не должно быть непремѣнно указано истцемъ. Суду извѣстно оно. Не стороны должны указывать суду нормы закона для заключенія о правильности ихъ выводовъ. Дѣло суда, наоборотъ, заключать, какая изъ нормъ объективнаго права должна быть юридическимъ основаніемъ искового требованія для того, чтобы подвести фактическія заявленія сторонъ подъ надлежащую, по мнѣнію суда, норму права. Какія бы указанія въ области права истцемъ ни дѣлались, какимъ бы послѣдующимъ измѣненіямъ ни подвергалъ истецъ свои первоначальныя указанія, юридическое основаніе предъявленнаго требованія остается одно и

то же: это внѣ состава искового прошенія заключающаяся норма объективнаго права, при наличности которой фактическое заявленіе истца влечетъ въ результатѣ наступленіе юридическихъ послѣдствій, которыхъ добивается истецъ въ просительномъ пунктѣ *).

При такомъ значеніи юридической посылки, исковое требованіе не теряетъ своего значенія какъ умозаключенія. Оно, какъ правильно указываетъ Maass **), должно быть лишь квалифицировано какъ спеціальный видъ умозаключенія, вытекающаго изъ силлогизма, гдѣ одинъ изъ членовъ молчаливо подразумѣвается какъ понятіе общеизвѣстное или предполагаемое таковымъ; умозаключеніе такое имѣетъ особое техническое названіе—«Enthymem».

Юридическое основаніе искового требованія, такимъ образомъ, имѣетъ то значеніе, что безъ него просительный пунктъ не могъ бы быть логическимъ слѣдствіемъ фактическихъ заявленій истца, ибо не было бы верхней посылки для умозаключенія.

Безъ юридическаго основанія можно было бы прійти къ заключенію о наличности лишь нравственной обязанности отвѣтчика передъ истцемъ (Gewissenpflicht), но исполненія ея нельзя было бы требовать судебнымъ порядкомъ. Если же, наоборотъ, положеніе, дѣлающее претензію истца осуществимою путемъ иска, существуетъ въ системѣ объективнаго права, не имѣетъ значенія, обозначено-ли это положеніе въ прошеніи, или же нѣтъ. Судъ долженъ восполнить ex officio то, что относится къ юридическому основанію, отнюдь не требуя «disputationes et allegationes juris» ***).

При такомъ же значеніи юридическаго основанія, не можетъ быть и рѣчи ни объ измѣненіи, ни о квалификаціи его

---

*) Ср. Carl Bolgiano въ Grünhut's Zeitschrift, 14, 365.

**) Maass, Der Klagegrund, 53.

***) Bayer, Vorträge über den gemeinen ordentlichen Civilprocess, 1856, 526.

со стороны тяжущихся; не въ ихъ власти вводить то или иное юридическое основаніе: если оно есть, то судъ и безъ указанія сторонъ обязанъ имѣть его въ виду, обязанъ, притомъ, имѣть въ виду надлежащее основаніе, хотя бы тяжущійся указывалъ иное. Юридическое основаніе иска будучи необходимымъ условіемъ для удовлетворенія искового требованія, отнюдь не является составною частью этого требованія. Отсюда, все, что происходитъ въ теченіи процесса съ юридическимъ основаніемъ иска, вліяя существенно на удовлетвореніе требованія, не зависитъ вовсе отъ дѣйствія тяжущихся: что̀ бы эти послѣдніе ни предпринимали въ отношеніи юридическаго основанія иска, это не имѣетъ никакого значенія.

Согласно такому значенію юридическаго элемента, Plank и отмѣчаетъ, что въ искѣ указываются кромѣ фактовъ, и правоположенія, составляющія Rechtsgrund; но это юридическое основаніе не является такою составною частью, которая индивидуализировала бы искъ. Индивидуализирующій характеръ имѣютъ лишь факты, входящіе въ составъ Klagegrund'a *).

Сами же сторонники теоріи юридической индивидуализаціи, основанной на ошибочномъ взглядѣ на значеніе правоположеній для искового прошенія, отмѣчаютъ факультативность обозначенія правоположеній въ исковомъ прошеніи.

Не представляется юридически необходимымъ,—говоритъ Fitting **),—точно обозначать Rechtsgrund, такъ какъ судъ ex officio обязанъ самостоятельно изслѣдовать и обсудить, представляется-ли исковое требованіе основательнымъ съ точки зрѣнія права при наличности сдѣланныхъ заявленій. Но, конечно, не возбраняется сторонѣ, путемъ указанія подходящихъ, по ея мнѣнію, правоположеній путемъ объясненія основаній для благопріятнаго для нея юридическаго сужденія, оказывать вліяніе на это сужденіе; такое обозначеніе юриди-

*) Plank, Lehrbuch des deutschen Civilprocessrechts, II, 27.
*) Fitting, Der Reichscivilprocess, 1900, 103.

ческаго основанія можетъ быть на практикѣ весьма важно. Но такъ какъ необходимости въ такомъ обозначеніи не представляется, то основаніемъ иска оказывается наружнымъ образомъ лишь обозначеніе фактовъ.

Но не наружнымъ лишь образомъ отличаются факты исковые отъ правоположеній въ искѣ обозначаемыхъ.

Фактическій матеріалъ, необходимый для дѣла, стороны обязаны приводить. Дѣло же исключительно суда конструировать правоотношеніе путемъ умозаключенія изъ фактовъ, доведенныхъ до его свѣдѣнія сторонами, и изъ «приличныхъ» правоположеній. Дѣло исключительно суда—подведеніе фактовъ подъ законъ и установленіе послѣдствій, т. е. установленіе спорнаго правоотношенія на основаніи фактовъ и относящихся сюда правоположеній *).

Рѣшеніе вопроса о значеніи юридическаго основанія иска какъ необходимаго условія для удовлетворенія иска, при отсутствіи всякаго значенія въ качествѣ составной части иска, важно для рѣшенія вопроса о томъ, что именно составляетъ то основаніе иска, которое является составною частью исковаго требованія и въ этомъ смыслѣ условіемъ удовлетворенія исковаго требованія. Разъ признано, что юридическое основаніе иска не входитъ въ составъ иска, то рѣшается опредѣлительно вопросъ о составѣ фактическаго основанія иска.

Фактическое основаніе иска оказывается существеннымъ элементомъ искового требованія, сообщающимъ этому послѣднему индивидуальную окраску. Юридическій же элементъ, не имѣя значенія для суда, имѣетъ характеръ случайный, къ существу иска не относящійся.

При такомъ положеніи элементовъ, индивидуализирующее значеніе для иска имѣютъ лишь тѣ факты, которые составляютъ собою нижнюю посылку для умозаключенія судьи. Такимъ образомъ, *только факты* составляютъ основаніе иска въ собственномъ смыслѣ.

---

*) См. Reinhold, Die Lehre v. d. Klagegrund, 1888, стр. 1, 12.

Не представляетъ существеннаго дополненія къ теоріи фактической индивидуализаціи основанія иска поясненіе, сдѣланное Liebermann'омъ.

Для точнаго обозначенія основанія иска,—говоритъ Liebermann*),—необходимо нѣчто большее, чѣмъ простое указаніе основного правоотношенія. Если не входить въ расчлененіе фактовъ, обозначеніе основанія иска достижимо не иначе, какъ посредствомъ ***техническаго поименованія основанія возникновенія*** даннаго отношенія (technische Bezeichnung des Entstehungsgrundes für das fragliche Verhältniss). Но для этого вовсе не надо разложенія основанія возникновенія на его отдѣльные, фактическіе моменты. Основаніе иска есть, —по его воззрѣнію,—«die für essentiel in jedem Fall erachtete, kurze, technische Angabe «der Wesenheit des Entstehungsgrundes» **).

Въ теоріи Либермана характерно лишь сведеніе понятія основанія иска къ Entstehungsgrund. Онъ считаетъ, повидимому, столь же, если не болѣе, существеннымъ свое добавленіе «*техническое* обозначеніе ***сущности*** основанія возникновенія». Но если бы истецъ затруднился обозначить технически сущность основанія иска, а привелъ рядъ составныхъ фактовъ, существо дѣла не измѣнилось бы: основаніемъ иска и здѣсь было бы основаніе возникновенія, хотя и не означенное технически.

Не правильна, въ виду ошибочности воззрѣнія на основаніе иска какъ на правоотношеніе, и двойственная конструкція основанія иска, предложенная г. Маминымъ, поскольку именно считаетъ онъ возможною и теорію юридической индивидуализаціи основанія иска.

Основаніе иска въ однихъ случаяхъ,—по его мнѣнію,—должно быть выражено однимъ терминомъ, въ другихъ—другимъ:

---

*) Liebermann, Der Einfluss der Existenz des klägerischen Rechts' Inaugural-Dissertation, Berlin, 1886, 90.

**) Ibid, стр. 91.

Смотря по особенностямъ каждаго конкретнаго иска, основаніемъ его будетъ или юридическій фактъ, или юридическое *отношеніе*, изъ котораго искъ возникаетъ. Въ личныхъ искахъ всегда основаніемъ служитъ какое-либо юридическое отношеніе между сторонами, въ искахъ вещныхъ—можетъ быть какъ опредѣленный юридическій фактъ, такъ и договорныя отношенія *).

II. Не всякій фактъ и не всякая совокупность фактовъ являются основаніемъ иска. Таковымъ могутъ быть лишь тѣ факты или совокупность только тѣхъ, которые, по своему назначенію, могутъ служить нижнею посылкою въ исковомъ силлогизмѣ.

Только тѣ факты удовлетворяютъ такому назначенію, которые, реагируя на область объективнаго права, способны повести къ умозаключенію истца. Вслѣдствіе этого и правильно будетъ назвать фактическимъ основаніемъ иска правопроизводящій фактъ или же правопроизводящую совокупность фактовъ.

Раегируя на данную систему объективнаго права, это основаніе иска производитъ для истца право на удовлетвореніе того требованія, въ которомъ выражается умозаключеніе.

Останавливаясь на характеристикѣ фактовъ, входящихъ въ составъ основанія иска, видятъ въ этомъ основаніи комплексъ фактовъ правопроизводящихъ (rechtsbegründenden Thatsachen). Такъ именно характеризуетъ Dernburg**).

Такое опредѣленіе представляется, однако, уже дѣйствительной возможности. Не только тѣ факты, которые производятъ право, но и тѣ, которые измѣняютъ его, могутъ, каждый въ отдѣльности и въ своей совокупности, служить основаніемъ иска.

---

*) Маминъ, Объ основаніи иска и о соединеніи исковъ въ гражданскомъ процессѣ, Екатеринбургъ, 1897 г., 18 сл.

**) Dernburg, Pandekten, I, 354.

Поэтому правильнѣе поступаютъ тѣ, кто не выставляетъ требованія, чтобы факты основанія иска были именно правопроизводящими.

Такъ именно поступаетъ A. Förster *), когда говоритъ, что подъ основаніемъ иска разумѣется совокупность тѣхъ фактовъ или дѣйствій, которые необходимы для того, чтобы представить возникновеніе даннаго права въ объективномъ или субъективномъ отношеніи,—совокупность тѣхъ фактовъ, продуктомъ которыхъ, отъ воздѣйствія на нихъ матеріальнаго гражданскаго права, представляется заявленная претензія.

Такое же опредѣленіе даетъ Kroll. Основаніе иска,—говоритъ онъ,—составляютъ такіе факты, которые, съ опредѣленной юридической точки зрѣнія, оправдываютъ выставленный просительный пунктъ **).

Но изъ дальнѣйшихъ сужденій Kroll'я видно, что онъ разумѣетъ подъ основаніемъ иска именно правосозидающіе факты.

Основаніе иска образуютъ,—говоритъ онъ,—лишь значительные факты, т. е. тѣ, которые обнаруживаютъ, о какомъ отношеніи и предметѣ идетъ дѣло; слѣдовательно, тѣ факты, которые выражаютъ возникновеніе права, такъ какъ дальнѣйшее его существованіе есть натуральное, хотя и неосязаемое слѣдствіе возникновенія его. Что разъ возникло, само собою,—продолжаетъ свое существованіе***).

Не настаиваетъ на правопроизводящемъ характерѣ фактовъ основанія иска Kleinschrod.

Къ основанію иска относитъ онъ «Erwähnung eines rechtlich bedeutsamen Vorgangs oder Zustands», т. е. факты основанія характеризуетъ лишь какъ юридически значительные. Таковыми же считаетъ онъ «ein

---

*) A. Förster, Die Civilprozessordnung. I 1886. 383
**) Kroll, Klage und Einrede, Berlin, 1884, стр. 66.
***) Kroll, ibid., стр. 69.

thatsächlicher Vorgang oder Zustand, welcher im Privatrechte vorgesehen» *).

Такого же пріема опредѣленія держится профессоръ Friedrich Stein. Основаніе иска опредѣляетъ онъ какъ совокупность тѣхъ фактовъ, которые nach materiellem Recht die vom Kläger als bestehend (bezw. nicht bestehend) behauptete Rechtsfolge ergeben, т. е. всѣ тѣ факты, которые den Antrag des Klägers begründen *).

Точнѣе опредѣляетъ факты основанія иска Plank. Подъ основаніемъ иска онъ разумѣетъ не совокупность всѣхъ фактовъ, хотя бы имѣющихъ посредствующее значеніе, но лишь «Inbegriff der vom Kläger behaupteten unmittelbar erheblichen Erwerbsthatsachen seines behaupteten Klagrechts ***).

Такой же признакъ «непосредственности» (Unmittelbarkeit) значенія выставляютъ также Wilmowski und Levy. Къ основанію иска относятъ они «die Thatsachen, welche den erhobenen Anspruch dieses bestimmten Klägers gegen diesen bestimmten Beklagten unmittelbar rechtfertigen sollen ****).

Такимъ образомъ, въ составъ основанія иска включаютъ тѣ факты, которые имѣютъ непосредственное юридическое значеніе, или тѣ факты, изъ которыхъ, безъ посредствующихъ сужденій, можетъ быть усмотрѣно возникновеніе права истца*****).

Попытку отграниченія фактовъ основанія иска находимъ и въ мотивахъ къ германскому уставу гражданскаго судопроизводства. Основаніе иска состоитъ, по моти-

---

*) Kleinschrod, Klagänderung, 20.

**) Gaupp-Stein, Die Civilprozessordnung, 1901, стр. 522.

***) Plank, Lehrbuch, II, 30, 37 пр.

****) Wilmovski und Levy, Civilprozessordnung, 1895, стр. 376. Сравн. Struckmann und Koch, Civilprozessordnung, 278.

*****) Kiefe, Zur Lehre von der Klageänderung, Inaugural-Dissertation, Stuttgart. 1899, 39.

вамъ *) изъ тѣхъ фактовъ, которые an sich способны представить предъявленную претензію возникшею въ лицѣ истца и нарушенною отвѣтчикомъ.

Но это «an sich» слишкомъ не точно. При такомъ признакѣ,—правильно задаютъ вопросъ **),—не пришлось-ли бы, основаніемъ иска по договору признавать способность къ заключенію договоровъ? Надо думать, слѣдуетъ отвѣтъ, что «an sich», т. е. «begriffsnothwendig», способность эта прежде всего необходима для возникновенія договорной обязанности. Но это не было-бы основаніемъ иска по данному договору, такъ какъ она относится въ качествѣ условія ко всѣмъ договорамъ вообще, не представляя собою спеціальнаго основанія (causa efficiens). Признакъ «an sich» имѣетъ значеніе для опредѣленія фактовъ основанія иска лишь по стольку, по скольку отграничиваетъ ихъ отъ другихъ, второстепеннаго свойства фактовъ, которые лишь посредствующимъ образомъ могли бы имѣть значеніе для возникновенія права. Но такимъ путемъ признакъ «an sich» не представляетъ больше гарантій практической опредѣленности, чѣмъ и предшествующія попытки опредѣленія.

Не представляетъ большей объективности признакъ, указанный Bethmann-Hollweg'омъ и Reinhold'омъ.

Подъ основаніемъ иска разумѣютъ они тѣ факты, которые, по своему «Begriff, also auch in der Regel», «nach dem regelmässigen Gang der Dinge», имѣютъ послѣдствіемъ *возникновеніе* права***).

Здѣсь, возражаетъ Betzinger ****), лишь одна неизвѣ-

---

*) Стр 72, прим. 1 этой книги.

*) Betzinger, Beweislast im Civilprozess, Karlsruhe, 1894, стр. 308

**) Bethmann-Hollweg, Versuche über einzelne Theile der Theorie des Civilprozesses, 1827, 351; Reinhold, Die Lehre von dem Klagegrunde, den Einreden und der Beweislast 1888. 37; также: Regelsberger, Pandekten, I, 683.

***) Betzinger, l. c., 309.

стная величина замѣняется другою, столь же неизвѣстною. Въ самомъ дѣлѣ, какіе фактическіе признаки необходимы «in der Regel» для того, чтобы представить основаніе иска по займу, напримѣръ? Если подъ «Regel» разумѣть «das begriffsnothwendige», тогда и здѣсь оказывается то же, что и въ признакѣ «an sich».—Считать руководящею волю закона? Но кто же скажетъ, что законъ считаетъ общимъ правиломъ и что исключеніемъ?

До сихъ поръ признаки опредѣленія относились къ внутреннему существу фактовъ основанія иска.

Но едва-ли болѣе удачною можно признать и попытку характеризовать эти факты по *внѣшнему* признаку ихъ распознаваемости.

Такую попытку сдѣлалъ Langenbeck*).

Фактами основанія иска, по его мнѣнію, являются «äusseren Thatsachen», т. е. тѣ факты, которые лишь обнаруживаютъ характеръ правоотношенія, факты, указывающіе, что извѣстный видъ права возникъ при данныхъ обстоятельствахъ, т е. тѣ факты, посредствомъ коихъ извѣстное право выступаетъ in cencreto in den Sinnenwelt.

Противуположность составляютъ факты, имѣющіе въ отношеніи возникновенія правоотношенія или права то же значеніе, какъ и первые, но ничего не приносящіе для внѣшняго проявленія ихъ. Такъ, напр., для переноса права собственности является существеннымъ требованіемъ, чтобы традентъ обладалъ способностью распоряженія; это такъ же существенно, какъ и воля перенести собственность и самый переносъ. Но внѣшнимъ признакомъ переноса собственности, кромѣ осязательнаго факта традиціи, являются лишь тѣ факты, изъ коихъ вытекаетъ идеальный фактъ, обнаруживающій нежеланіе совершить передачу. Такимъ же образомъ, способность къ волеизъявленію есть существенный реквизитъ воз-

*) Langenbeck, Beweisführung, 280; цитируется по Betzinger, l. c., 310.

никновенія правъ договорныхъ; но внѣшними признаками возникновенія договорной обязанности являются лишь внѣшнія дѣйствія сторонъ, изъ коихъ вытекаетъ согласіе воли, направленной на установленіе извѣстнаго обязательственнаго правоотношенія».

Противъ теоріи Лангенбека говорятъ такіе иски, какъ искъ о признаніи недѣйствительнымъ договора, заключеннаго по ошибкѣ; здѣсь къ основанію иска надо будетъ отнести фактъ внутренняго міра, допущеніе ошибки.

Правильнѣе поступаютъ тѣ, кто, не задаваясь вопросомъ о характерѣ фактовъ основанія иска, ищетъ признака, опредѣляющаго ихъ объемъ въ тѣхъ *послѣдствіяхъ*, которыя проистекаютъ изъ основанія иска.

На этотъ именно признакъ обращаетъ вниманіе Schultze.

При всѣхъ искахъ,—говоритъ онъ *),—основаніе иска есть тотъ конкретный фактъ, изъ котораго, руководствуясь матеріальнымъ гражданскимъ правомъ, заключаютъ объ обязанности исполненія, подлежащей подтвержденію, заключаютъ о правоотношеніи, которое надо подтвердить или, при искахъ о признаніи факта,—тотъ фактъ, который производитъ другой, подлежащій подтвержденію.

Юридическія послѣдствія, которыя должны быть связаны съ фактомъ основанія иска, заключаются въ томъ, чтобы наличность этого факта имѣла созидающее значеніе, чтобы это, какъ выражается Wetzell, была causa efficiens, но не просто conditio sine qua non**), какъ, напримѣръ, факты повода и легитимаціи.

Изъ существа иска вытекаетъ, что факты основанія иска являются одною изъ посылокъ силлогизма. Силлогизмъ, заключающійся въ исковомъ требованіи, направ-

---

*) A. S Schultze, Das deutsche Konkursrecht in seinen juristischen Grundlagen, 1880, 150.

**) Wetzell, System des ordentlichen Civilprocesses, 1865, 132.

ляется къ тому, чтобы за истцемъ было признано то право, котораго онъ добивается. Факты, являющіеся одною изъ посылокъ этого силлогизма, должны, такимъ образомъ, обладать способностью дать основаніе тому праву, наличность котораго у истца прійдется суду констатировать. Иначе судъ былъ бы лишенъ возможности объективнаго сужденія о правильности требованій истца.

Поэтому юридическое значеніе, которое должно быть связано съ даннымъ фактомъ для того, чтобы онъ могъ явиться основаніемъ иска, заключается въ томъ, что такой фактъ долженъ создавать для истца право на удовлетвореніе его требованія. Въ этомъ именно смыслѣ фактъ основанія иска и является правопроизводящимъ. По своему же абсолютному значенію, самъ по себѣ такой фактъ можетъ и не быть правопроизводящимъ. Напримѣръ, при искѣ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія въ составъ основанія иска входитъ фактъ нарушенія владѣнія, т. е. фактъ, нарушающимъ образомъ дѣйствующій на право истца въ смыслѣ препятствія къ осуществленію. Фактъ этотъ, однако, тогда становится основаніемъ иска, когда объективнымъ правомъ будетъ признано въ качествѣ «условія, для примѣненія нормы, производящей юридическія послѣдствія, которыхъ добивается истецъ».

Такимъ образомъ, правосозидающее значеніе могутъ имѣть не только факты правопроизводящіе, но также и факты, отрицательнымъ путемъ воздѣйствующіе на правоотношеніе сторонъ, т. е., какъ факты правоизмѣняющіе, такъ и правонарушительные и правупрепятствующіе.

Подъ фактами правопроизводящими разумѣются тѣ, появленіе которыхъ ведетъ къ возникновенію права и существованіе которыхъ означаетъ и существованіе права, обусловливаемаго этими фактами по закону.

На ряду съ фактами правопроизводящими, основаніемъ иска могутъ быть и такіе факты, отсутствіе которыхъ слу-

жить препятствіемъ для возникновенія правоотношеній, обусловливаемыхъ по закону наличностью этихъ фактовъ.

Если же факта, обусловливающаго возникновеніе юридическаго отношенія, въ дѣйствительности не окажется, то отсутствіе этого факта служитъ основаніемъ для иска объ уничтоженіи того юридическаго акта, возникновеніе котораго обусловливается по закону наличностью названнаго факта. Напримѣръ, тотъ фактъ, что одинъ изъ свидѣтелей, присутствовавшихъ при составленіи завѣщанія, оказался несовершеннолѣтнимъ, служитъ основаніемъ для иска объ аннулированіи завѣщанія.

Такого рода факты, юридическія послѣдствія которыхъ для иска обусловливаются не наличностью, но отсутствіемъ ихъ, являются фактами, препятствующими возникновенію дѣйствительнаго правоотношенія, или, позволимъ себѣ назвать, фактами правупрепятствующими (rechtshindernden Thatsachen).

Правупрепятствующее значеніе фактовъ является оборотною стороною по отношенію къ правопроизводящему ихъ значенію. Различное ихъ значеніе обусловливается признакомъ наличности или отсутствія ихъ; въ первомъ случаѣ фактъ имѣетъ правопроизводящее значеніе, во второмъ—правупрепятствующее.

Но квалификація послѣдствій можетъ и не быть въ зависимости отъ условій. Наличность одного и того же факта можетъ имѣть юридическія послѣдствія какъ одного, такъ и другого указаннаго свойства.

Напримѣръ, фактъ платежа по векселю является основаніемъ для иска о возвратѣ вексельнаго документа, имѣя правопроизводящее значеніе. Съ другой стороны, тотъ же фактъ платежа служитъ основаніемъ для иска, въ виду правупрепятствующаго его значенія, если искъ направленъ на признаніе векселя не имѣющимъ силы; въ послѣднемъ случаѣ, платежъ является препятствіемъ для права требовать

удовлетворенія по векселю; послѣдній не имѣетъ силы, коль скоро имѣется налицо такой правупрепятствующій фактъ.

Такимъ образомъ, способность каждаго даннаго факта служить основаніемъ иска не зависитъ отъ значенія его для того права, вопросъ о которомъ составляетъ предметъ даннаго процесса. Каково бы ни было это значеніе факта, онъ является основаніемъ иска, коль скоро съ нимъ связаны юридическія послѣдствія для даннаго иска. Въ качествѣ основанія иска, онъ будетъ правопроизводящимъ, хотя бы и не былъ таковымъ внѣ процесса.

На юридическія послѣдствія включенія даннаго факта въ составъ основанія иска обращаютъ вниманіе Rümelin и Kiefe, представляющіе рѣшеніе вопроса о составѣ фактовъ основанія даннаго иска усмотрѣнію суда и предлагающіе этому послѣднему руководиться соображеніемъ о делибераціонномъ интересѣ отвѣтчика. Только тѣ факты, по опредѣленію Rümelin'a и Kiefe, относятся къ основанію иска, которые должны быть указаны истцемъ отвѣтчику для того, чтобы дать ему возможность рѣшить о спорѣ или безспорности *).

На юридическія послѣдствія заявленія даннаго факта обращаетъ вниманіе и Krägwel. Основаніемъ иска,—говоритъ онъ**),—является не голый фактъ, но фактъ квалифицированный, «aus welchem man ein Recht herleitet, welches die Gesetze daran geknüpft haben».

Соединяя признаки «факта» и «юридическихъ послѣдствій», съ нимъ связанныхъ, возможно говорить объ основаніи иска какъ о юридическомъ фактѣ. Въ такомъ отношеніи представляется правильнымъ то опредѣленіе, которое дано, напримѣръ, г. Липинскимъ.

---

*) Rümelin, Klagänderung und Rechtskraft, въ Archiv für die civilistische Praxis, томъ 88, 147; Kiefe, Zur Lehre von der Klageänderung, 39—40; также: Ziebart. Preussisches Forstrecht, 1887—1889, 431.

**) Gruchot's Beiträge, 19, 514—516.

Основаніе иска,—по его опредѣленію *),—есть юридическій фактъ, создающій право, которое истецъ осуществляетъ посредствомъ иска. Основаніемъ вещнаго иска служитъ тотъ titulus, на которомъ истецъ думаетъ утвердить свое право на отыскиваемую вещь (давность, купля-продажа, завѣщаніе и т. п.). Основаніемъ иска личнаго служитъ юридическій фактъ, лежащій въ основаніи того юридическаго отношенія, изъ котораго истецъ выводитъ свое право требованія (заемъ, поклажа, обида и т. п.).

Во всѣхъ этихъ опредѣленіяхъ говорится лишь объ одномъ фактѣ какъ основаніи иска. Часто, однако, случается, что основаніемъ иска является совокупность фактовъ.

Этотъ признакъ совокупности фактовъ отмѣтилъ уже Bayer. Подъ «основаніемъ иска», – говоритъ онъ**),— разумѣется совокупность (Inbegriff) тѣхъ фактовъ, изъ коихъ истецъ производитъ свою претензію. Основаніе иска образуетъ существенное содержаніе историческаго изложенія отъ коего оно, слѣдовательно, не отдѣлимо и не можетъ быть названо особою составною частью иска, какъ это иногда происходитъ вслѣдствіе смѣшенія его съ Rechtsgrund иска.

Взглядъ на основаніе иска какъ на совокупность фактовъ нашелъ выраженіе и во французской литературѣ.

Въ основаніи иска, – говоритъ, напримѣръ, Bonnet ***), —надо видѣть «un ensemble complexe», совокупность фактовъ, которые должны быть установлены для того, чтобы присудить истцу то, чего онъ требуетъ. Когда одинъ изъ фактовъ основанія иска, по коему состоялось рѣшеніе и вошло въ законную силу, не представляется тождественнымъ въ основаніи иска, вновь предъявленнаго, не можетъ имѣть

---

*) М. Липинскій, Условія субъективнаго соединенія исковъ въ Журналѣ Гражданскаго и Уголовнаго Права, 1886, VII, 110—111.

**) Bayer, Aenderung des Klaglibells, 1819, 19 сл.

***) P. Bonnet, Des éléments constitutifs de la chose jugée, 1862, стр. 115.

мѣста возраженія о законной силѣ рѣшенія,—т. е. такое основаніе иска не тождественно съ первоначальнымъ.

Но и въ настоящее время большинство опредѣленій понятія основанія иска отмѣчаютъ лишь единичный фактъ.

Изъ новѣйшихъ изслѣдователей признакъ совокупности фактовъ основанія иска, отмѣчаетъ, напримѣръ, Betzinger.

Основаніе иска представляется ему какъ «Minimum an Thatumständen». Этотъ минимумъ фактическихъ данныхъ получается въ томъ случаѣ, когда устанавливаются условія примѣненія нормы права, производящей тѣ юридическія послѣдствія, которыхъ добивается истецъ *).

Такимъ образомъ, основаніе иска можетъ состоять не изъ одного факта, но заключаться въ общей ихъ совокупности.

Когда основаніемъ иска является не отдѣльный фактъ, но совокупность ихъ, то правопроизводящее значеніе должны имѣть не самые факты, но общая ихъ совокупность. Въ составъ же ея могутъ входить и факты правонарушительные.

Такимъ образомъ, для того, чтобы удовлетворять своему назначенію—индивидуализировать искъ, основаніе его должно заключать въ себѣ только факты. По своему внѣпроцессуальному значенію, это могутъ быть какъ правопроизводящіе, такъ и всякіе иные юридическіе факты. По отношенію же къ иску, каждый фактъ, составляющій въ отдѣльности основаніе иска, является правопроизводящимъ. Основаніемъ иска можетъ быть и не одинъ фактъ, но цѣлая ихъ совокупность; состоя изъ фактовъ разнаго, по характеру своему, юридическаго значенія, совокупность ихъ въ качествѣ основанія иска является всегда правопроизводящею.

---

*) Betzinger, l. c., 311.—О совокупности фактовъ говорятъ еще, напримѣръ: Brodman, l. c., 73; A. Förster, l. c., 419; Wilmovski und Levy, l. c, 376 (изд. 1895 г.).

ГЛАВА ВТОРАЯ.

Объемъ измѣненія.

§ 1. Измѣненіе и исправленіе.

I. Для наличности измѣненія иска необходимы два признака: извѣстный объектъ измѣненія и опредѣленный объемъ измѣненія.

Мало, чтобы модификаціи подвергся одинъ изъ составныхъ элементовъ иска. Для наличности измѣненія иска какъ черезъ измѣненіе основанія иска, такъ и черезъ измѣненіе содержанія требованія, необходимо, чтобы на одинъ изъ этихъ элементовъ была направлена такая модификація, которая повировала бы искъ.

Только въ такомъ случаѣ будетъ имѣть мѣсто измѣненіе, а не исправленіе иска. Если бы по признаку объекта и могъ бы образоваться составъ измѣненія иска, такого измѣненія не будетъ, однако, при отсутствіи другого признака—объема измѣненія.

Въ частности, когда имѣется случай измѣненія иска черезъ измѣненіе его основанія, модификація, направленная на основаніе иска, должна быть, по объему своему, измѣненіемъ, но не исправленіемъ. Если данная модификація, по объему своему, не будетъ измѣненіемъ, основаніе иска останется тѣмъ же самымъ, какимъ было и до модификаціи; оно не утратитъ своего внутренняго тождества. Наоборотъ, коль скоро данный элементъ иска, а черезъ то и самый искъ утра-

тятъ свое тождество, будетъ уже налицо не исправленіе, но полное измѣненіе иска.

Можно, поэтому, представить разграниченіе понятій измѣненія и исправленія въ такомъ ихъ взаимномъ соотношеніи. Измѣненіе иска имѣется въ томъ случаѣ, когда въ одномъ изъ составныхъ элементовъ иска, произведена модификація, по объему своему не представляющаяся простымъ исправленіемъ *).

Въ этомъ соотношеніи признакомъ разграниченія выставляется объемъ измѣненія, но не объектъ. Только объемъ модификаціи отличаетъ измѣненіе иска отъ исправленія его. Объектомъ же измѣненія всегда является одинъ изъ составныхъ элементовъ. Если бы измѣненіе,—какъ бы ни было значительно оно по своему объему,—было направлено на иной объектъ, не могло быть и рѣчи не только объ измѣненіи, но и объ исправленіи иска.

Поэтому представляется не правильнымъ тотъ способъ разграниченія понятій измѣненія и исправленія иска, какой примѣняетъ Brackenhöft, полагающій, что исправленіемъ иска будетъ такая модификація, которая не имѣетъ своимъ предметомъ иска **). Въ этомъ случаѣ, какъ мы видѣли выше, имѣются иныя процессуальныя явленія, но не измѣненія иска.

Въ виду важнаго значенія иска для процесса, представляется существеннымъ и точное опредѣленіе, сохраняетъ-ли искъ въ данномъ случаѣ свое тождество, т. е. не представляются-ли модификаціи, на искъ направленныя, измѣненіемъ, или же искъ утратилъ свое тождество, т. е. имѣло мѣсто новирующее измѣненіе.

Коль скоро безъ иска нѣтъ и процесса, въ случаѣ измѣ-

---

*) Fischer, Identität, 36.

**) Brackenhöft, Die Aenderung des Klagevortrages въ Archiv für die civilistische Praxis, 40 1857, 304.

пенія иска не будетъ уже и первоначальнаго процесса; если-бы измѣненіе иска было допущено, тогда имѣлъ бы мѣсто уже другой процессъ; черезъ измѣненіе иска произошла бы новація процесса. Въ томъ же случаѣ, когда искъ подвергся лишь исправленію, онъ, оставаясь тѣмъ-же самымъ, не вызывалъ бы и новаго процесса.

Въ виду такого различія въ юридическихъ эффектахъ измѣненія и исправленія представляется существенно важнымъ не допускать смѣшенія понятій: primum intelligi vim verborum oportet, ne aliud pro alio accipiatur *).

Разграниченіе этихъ понятій встрѣчаетъ, однако, препятствіе въ той зависимости отъ каждаго отдѣльнаго случая, которая необходима для рѣшенія вопроса объ объемѣ модификаціи. То, что при однихъ условіяхъ представлялось бы несомнѣннымъ случаемъ измѣненія иска, при другой обстановкѣ является лишь простымъ исправленіемъ.

Принципіальное различіе здѣсь, такимъ образомъ, не возможно. Невозможность обусловливается самымъ характеромъ сравниваемыхъ величинъ, обусловливаемыхъ въ своемъ содержаніи особенностями каждаго отдѣльнаго случая.

Основаніемъ иска, напримѣръ, объ отдачѣ нѣкоторой суммы денегъ является фактъ врученія этой суммы истцемъ отвѣтчику на сохраненіе (depositum); въ теченіе процесса истецъ заявляетъ, что требуемыя деньги вручены отвѣтчику во время пожара въ домѣ истца (depositum miserabile). Это позднѣйшее заявленіе будетъ лишь простымъ разъясненіемъ факта, служащаго основаніемъ иска, исправленіемъ основанія, когда заявленіе сдѣлано лишь съ цѣлью напомнить отвѣтчику обстоятельства, при которыхъ отдача на храненіе состоялась. Въ позднѣйшемъ заявленіи будетъ измѣненіе основанія иска, когда вновь указанный признакъ отличаетъ первона-

---

*) D'Argentré, Commentarii in patrias Britonum leges, Parisiis 1621, p. 1184[3].

чально выставленный фактъ отъ того факта, который составлялъ основаніе иска и имѣлъ мѣсто при иныхъ обстоятельствахъ; напримѣръ, первоначально требовалась съ отвѣтчика сумма, врученная ему еще до пожара; замѣтивъ же невозможность доказать этотъ фактъ, истецъ сдѣлалъ переходъ къ факту новому, аналогичному, но не тождественному съ первымъ.

При возможности такого вліянія случая на составъ основанія иска, а черезъ то и на составъ измѣненія, нельзя и прійти къ установленію неизмѣннаго начала для разграниченія случаевъ измѣненія основанія иска и исправленія его.

Эта невозможность принципіальнаго рѣшенія отмѣчалась всякій разъ, какъ только дѣлалась попытка перейти изъ области казуистики въ область теоретическихъ обобщеній.

Не надо и говорить,—полагаетъ, напримѣръ, Endemann*),—что нѣтъ возможности сдѣлать eine schematische Abgrenzung исправленія иска отъ измѣненія; все сводится къ усмотрѣнію и такту суда.

Не нашелъ ein klares Prinzip для названнаго различія и Plank**).

Такое положеніе вопроса привело къ тому, что не разъ раздавались голоса въ пользу совершеннаго устраненія понятія «основанія иска» изъ ученія объ измѣненіи иска.

Уже въ 1839 году сомнѣніе въ необходимости понятія «основанія иска» выразилъ Sintenis***). Но вполнѣ категорическій протестъ противъ «основанія иска» высказалъ юридическій факультетъ университета въ Halle въ 1865 году.

---

*) W. Endemann, Der deutsche Civilprozess, II [1879, § 166, стр. 628.

**) I W. Plank, Bemerkungen über den Entwurf einer Prozessordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für das Königreich Bayern въ Kritische Vierteljahrschrift fur Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, IV, [1862, 239—240

***) Sintenis, Erläuterungen über verschiedere Lehren des Civilprozesses, 269.

Въ представленномъ въ прусское министерство юстиціи заключеніи по проекту устава гражданскаго судопроизводства 1864 г. *), факультетъ высказался, что въ законѣ вовсе надо избѣгать выраженія «основаніе иска» (Klagegrund или Klagefundament). Значеніе этого выраженія настолько не ясно и спорно въ наукѣ и практикѣ, что съ нимъ нельзя сдѣлать ни шагу впередъ. Вслѣдствіе этого, полагалъ факультетъ, вездѣ, гдѣ въ проектѣ идетъ рѣчь объ основаніи иска, выраженіе это должно быть вычеркнуто и замѣнено другимъ.

Къ такому взгляду вполнѣ присоединился г. Kühne, представившій на 12-мъ и 13-мъ съѣздахъ германскихъ юристовъ докладъ по вопросу объ измѣненіи иска. Кому прійдется на практикѣ разсуждать объ exceptio mutati libelli, тотъ узнаетъ, говоритъ Kühne, что этой исторіи нѣтъ конца. Почти всегда раздѣляются голоса въ вопросѣ о томъ, измѣнено-ли въ данномъ конкретномъ случаѣ основаніе иска или нѣтъ; утвердительное или отрицательное рѣшеніе, дѣло чисто случая **).

Къ такому же результату привело состояніе вопроса и во французской литературѣ въ отношеніи къ вопросу о законной силѣ рѣшенія. Примѣненіе въ этой области понятія «cause», соотвѣтствующаго нашему «основанію иска» признали представляющимъ столь большія трудности, что предлагалось (Bonnier) вовсе уничтожить слово «cause», замѣтивъ его словомъ «titre» ***).

Подобный пріемъ рѣшенія вопроса, какъ рекомендованный Kühne и Bonnier, не можетъ привести къ желанному результату. Устраните слово «Klagegrund», замѣните слово

---

*) Заключеніе это не опубликовано; цитируется по докладу Kühne на 12 и 13 съѣзды германскихъ юристовъ: Verhandlungen des 12=ten deutschen Juristentages, 1875, 275.

**) Verhandlungen, l. c., 276.

***) Garsonnet, Traité théorique et pratique de procédure, III [1899], § 1130, прим. 1.

«cause» терминомъ «titre» и т. п.,—существо дѣла не измѣняется. Устраненіе одного термина и замѣна его другимъ не влекутъ еще за собою и устраненія самаго понятія въ его существѣ. То, что называется у насъ основаніемъ иска, есть необходимый элементъ и иска, и искового акта; наименованіе этого элемента не измѣняетъ значенія его для процесса; если есть процессъ, необходимъ искъ: keine Klage—kein Process; если же есть искъ, необходимо и основаніе его. Назовутъ-ли французы это понятіе словомъ «cause» или словомъ «titre», все равно рѣчь идетъ о «fondement de la demande» *). Говорить-ли здѣсь о Klagegrund, или о Klagefundament, рѣчь идетъ объ одномъ и томъ-же основаніи иска. Слово лишь форма для существа.

Въ данномъ случаѣ трудность исходитъ не отъ терминологіи, но отъ самаго существа понятія, съ которымъ приходится оперировать. Теоретическое отграниченіе основанія иска отъ смежныхъ понятій окружаетъ его лишь рамками, внѣ которыхъ оно не можетъ существовать. Но въ предѣлахъ этихъ рамокъ остается еще поле для примѣненія понятія. Въ этой области теорія оказывается безсильною по той простой причинѣ, что это вовсе и не область теоріи. Если, какъ мы видѣли, случай оказываетъ такое вліяніе на составъ основанія иска, опредѣленіе этого состава и объема его измѣненія не можетъ составлять ничего другого, чѣмъ quaestio facti.

Составъ измѣненія основанія иска споренъ въ теоріи, споренъ и на практикѣ. Совершенно не основательно было бы требовать отъ теоріи обобщенной формулы для принципіальнаго рѣшенія вопроса. Правильно было замѣчено однимъ изъ членовъ комиссіи, обсуждавшей Ганноверскій проектъ устава гражданскаго судопроизводства,—еслибы было это возможно и не представлялось бы затрудненія прямо въ примѣненіи формулы къ отдѣльному случаю, таковая была

---

*) Garsonnet, ibid.

бы давно уже найдена. Это доказываетъ лучше всего то обстоятельство, что «ein durchschlagendes Merkmal» *) вообще не существуетъ.

Роль теоріи и въ данномъ случаѣ не должна идти за предѣлы, гдѣ для нея не можетъ быть мѣста. Если составъ основанія иска различенъ въ зависимости отъ конкретнаго случая, не выходитъ изъ области «quaestio facti» и вопросъ о тождественности одного основанія съ другимъ, какъ это имѣетъ мѣсто въ вопросѣ объ измѣненіи основанія иска. Рѣчь идетъ уже не о формулѣ, которая опредѣляла бы разъ навсегда, гдѣ есть тождество, и гдѣ его нѣтъ. Это область, гдѣ обобщеніе безцѣльно и немыслимо. Здѣсь мѣсто изслѣдованіямъ со стороны суда. Только судъ, имѣя въ виду всю совокупность обстоятельствъ даннаго случая, можетъ правильно судить о составѣ измѣненія основанія иска, установивъ объемъ измѣненія.

Въ такомъ именно смыслѣ неоднократно высказывались и теоретики и практики.

Имѣется-ли измѣненіе основанія иска, т. е. замѣщеніе первоначальнаго фактическаго состава новымъ, или же только исправленіе,—объ этомъ,—говорятъ Struckmann и Koch **),—можно рѣшить лишь по обстоятельствамъ даннаго случая.

Опредѣленіе состава измѣненія основанія иска предоставляютъ на рѣшеніе суда также, напримѣръ, Plank, Mittermaier, Cosack ***).

Правильность такого воззрѣнія,—по крайней мѣрѣ, на германской почвѣ—усматриваютъ****) косвеннымъ образомъ и въ томъ обстоятельствѣ, что германское законодательство держится

---

*) Protokolle der Kommission zur Berathung einer allgemeinen Civilprozessordnung, Hannover. 1866, стр. 1574.

**) Struckmann und Koch, Civilprozessordnung, 280 и 314.

***) Plank, Lehrbuch, II, 31; Mittermaier, въ Archiv für die civilistische Praxis, т. 45, стр. 137; Cosack, Formzwang und Elastizität des Verfahrens.—Festgabe für Beseler, стр. 108. Im Grund ist solch eine Entscheidung von Fall zu Fall.—говоритъ Cosack,—auch die einzig zweckmässige.

****) Cosack, Formzwang, 108.

либеральнаго направленія въ вопросѣ объ измѣненіи иска: рѣшенія, допускающія измѣненіе иска, изъемлются отъ обжалованія*).

Принципъ опредѣленія состава измѣненія иска въ зависимости отъ quaestio facti, а не по заранѣе установленнымъ формуламъ, выдвигался усиленно и въ Ганноверской комиссіи 1863 г., обсуждавшей проектъ германскаго устава гражданскаго судопроизводства.

Нѣтъ надобности,—говорилось въ этой комиссіи,—давать въ законѣ опредѣленіе понятія «измѣненіе иска». Судъ, по принципамъ матеріальнаго права, долженъ заключать о наличности измѣненія иска. Другихъ исходныхъ пунктовъ не надо**). Когда высказываются противъ рѣшенія этого вопроса въ законѣ, дѣлаютъ это,—пояснено было въ той-же комиссіи***),—не для того, чтобы обойти трудности на пути, но въ силу того взгляда, что вопросъ этотъ вообще не можетъ быть регулированъ закономъ, составляя лишь дѣло науки и практическаго искуса.

Въ ганноверской комиссіи прямо высказывалось убѣжденіе въ нецѣлесообразности a priori рѣшенія вопроса, Если въ законѣ ничего не будетъ о понятіи измѣненіи иска. то суду,—полагали,—будетъ предоставлено обсуждать каждый отдѣльный случай по его обстоятельствамъ. Если же, напротивъ, будутъ даны точные и обязательные признаки, то судъ легко будетъ вынужденъ, вслѣдствіе опредѣленій, данныхъ въ законѣ, признать за измѣненіе иска что-либо такое, что, по своему существу, таковымъ вовсе не является ****).

Несомнѣнно, однако, что усмотрѣніе судьи должно имѣть нѣкоторыя общія руководящія начала. Если стоять на противоположной точкѣ зрѣнія, то,—отмѣтилъ уже, напримѣръ, профессоръ Гольмстенъ,—чтобы быть послѣдовательнымъ,

---

*) Ст. 270 германскаго устава гражданскаго судопроизводства.

**) Протоколы Ганноверской комиссіи, стр. 1572.

***) Ibid., стр. 1574.

****) Ibidem.

надо признать, что всѣ процессуальные и матеріальные законы излишни, да и сама юриспруденція подлежитъ упраздненію. Нельзя въ дѣлахъ гражданскихъ все предоставить усмотрѣнію судьи: не говоря уже о томъ, что такое беззаконіе гибельно отразится на отправленіи правосудія,—судьи будутъ поставлены въ крайне затруднительное положеніе *).

Въ виду колебанія въ опредѣленіи состава измѣненія основанія иска, на ряду съ воззрѣніями ганноверской коммиссіи, выражались неоднократно пожеланія, чтобы эти общія начала указывались уже въ самомъ законѣ.

Если опредѣленіе понятія въ законѣ не полагаетъ конца спорамъ, то,—говорятъ **),—во всякомъ случаѣ суду дается опорный пунктъ для правильныхъ выводовъ въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ. Пусть вопросъ будетъ сведенъ даже къ матеріальному праву,—въ этомъ уже есть существенная выгода: такимъ путемъ поддерживается связь между гражданскимъ правомъ и гражданскимъ процессомъ. Благодаря этой связи, сталъ великъ римскій процессъ. Отъ нарушенія ея пострадалъ бы сильно процессъ позднѣйшій. Ко всему этому, могутъ представиться также и случаи, когда надо опредѣлять наличность измѣненія иска сообразно велѣнію закона ***).

Нельзя спорить противъ желательности твердо опредѣленныхъ началъ для руководства суда въ его усмотрѣніи. Сомнительно, однако, чтобы нужно было желать выраженія этихъ началъ въ законѣ. Подчиняясь закону, судъ могъ бы «усмотрѣть» измѣненіе основанія иска и въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ, по матеріальной правдѣ, такого измѣненія и не оказывается.

Противъ «усмотрѣнія суда» указываютъ на невозможность рѣшенія вопроса раньше состязанія по измѣненному

---

*) Юридическія изслѣдованія и статьи, стр. 269.

**) Протоколы Ганноверской комиссіи, стр. 1572.

***) Ibid., стр. 1576.

иску, такъ какъ лишь тогда судъ будетъ въ состояніи заключить о томъ, правильна-ли жалоба противной стороны на затрудненіе, создаваемое измѣненіемъ иска для защиты *).

Если, однако, для опредѣленія состава измѣненія иска надо имѣть въ виду положеніе, создаваемое измѣненіемъ для противной стороны, то отсюда можно съ бо̀льшимъ еще основаніемъ заключить о необходимости рѣшенія вопроса примѣнительно къ обстоятельствамъ отдѣльнаго случая. Ни законъ, ни теорія не могутъ дать апріорнаго рѣшенія вопроса. Судъ, и только судъ, компетентенъ въ этомъ дѣлѣ. Теорія же должна выработать лишь исходные пункты для «усмотрѣнія» суда.

II. Понятіе «измѣненіе» исключаетъ возможность подведенія подъ него такихъ модификацій, которыя направляются лишь на устраненіе ошибки (исправленіе), на дополненіе или на поясненіе первоначальныхъ заявленій.

Устраненіе ошибки, а не измѣненіе, имѣетъ мѣсто въ томъ случаѣ, когда достовѣрно, что позднѣйшее заявленіе относится къ тому же самому факту, который имѣется въ виду и при заявленіи позднѣйшемъ, исправляющемъ лишь какую-либо неправильность первоначальнаго обозначенія. Заявленіе исправляемое и заявленіе въ исправленномъ видѣ представляются по существу своему тождественными. Въ этомъ признакѣ тождества заключается отличительная черта дѣйствительнаго измѣненія.

Объ измѣненіи иска можно говорить, такимъ образомъ, лишь въ томъ случаѣ, когда имѣется не простое исправленіе ошибки, но измѣненіе дѣйствительное, wirkliche Vertauschung**).

Нѣтъ измѣненія, когда измѣняется дата договора, служащаго основаніемъ иска, но нѣтъ сомнѣнія въ тождественности этого договора и въ первоначальномъ, и въ послѣдующихъ заявленіяхъ *).

---

*) Протоколы Ганноверской комиссіи, стр. 1589—1590.

**) Schmidt, Klagänderung, 240.

***) Struckmann und Koch, Civilprozessordnung, 279.

Измѣненіемъ не является, засимъ, дополненіе элементовъ иска. Если въ приведенномъ примѣрѣ обозначеніе даты первоначально вовсе отсутствуетъ, впослѣдствіи же обозначается и дата, но тождество не затрогивается, имѣетъ мѣсто лишь дополненіе основанія иска Или, напримѣръ, къ иску о возвратѣ поклажи добавляется обстоятельство, первоначально не отмѣченное, что поклажа произведена во время несчастнаго случая. Хотя добавленіе это и сообщаетъ случаю особую квалификацію какъ depositum miserabile, но коль скоро нѣтъ сомнѣнія въ фактическомъ тождествѣ, нѣтъ и измѣненія иска. Несмотря на новизну одного даннаго не можетъ быть рѣчи о новаціи, требующей, по своему существу, истинно новирующаго элемента. Поскольку нѣтъ этого «aliquid novi» въ дополненіи, нѣтъ, значитъ, надлежащаго объема измѣненія, нѣтъ и измѣненія основанія иска. Измѣненіе это должно быть подлиннымъ, а не кажущимся лишь по внѣшнимъ своимъ признакамъ.

За недостаткомъ въ объемѣ измѣненія, не является измѣненіемъ основанія иска и поясненіе его. Коль скоро всѣ позднѣйшія объясненія не дѣлаютъ основанія иска инымъ, не нарушаютъ внутренняго тождества первоначальнаго основанія, но лишь дѣлаютъ болѣе очевиднымъ то, что могло бы быть выведено изъ первоначальныхъ заявленій, не имѣется и его измѣненія *).

Измѣненіе же иска, для того, чтобы не быть ни исправленіемъ ошибки, ни дополненіемъ, должно имѣть своимъ результатомъ утрату искомъ его внутренняго тождества. Лишь въ такомъ случаѣ будетъ имѣть мѣсто измѣненіе существенное.

Этотъ признакъ выставленъ былъ уже Bayer'омъ **). Онъ, однако, усматриваетъ этотъ признакъ не въ самомъ со-

*) Попытку опредѣленія объема измѣненія сдѣлалъ Schmidt въ Klagänderung, стр. 239: die Vertauschung der Ansprüche лишь тогда составляетъ измѣненіе иска, когда модификація является „ernstlich gewollte, wahre und wirkliche".

**) Bayer, Ueber die Aenderung des Klaglibells, стр. 18.

ставѣ явленія, но въ явленіи, такъ сказать, производнаго свойства. Существеннымъ, по мнѣнію Bayer'a, является измѣненіе иска въ томъ случаѣ, когда вызываетъ необходимость новаго вступленія отвѣтчика въ дѣло или новой его защиты. Но это лишь слѣдствіе существенности измѣненія иска. Условіемъ же ея является лишь отмѣченный признакъ нарушенія внутренняго тождества,—что̀, засимъ, обусловливаетъ и признакъ, отмѣчаемый Bayer'омъ.

Такимъ образомъ, если факты, составляющіе основаніе иска, модифицируются лишь въ такомъ объемѣ, что не устанавливается основанія иного сравнительно съ первоначальнымъ, нѣтъ и измѣненія основанія иска.

Измѣненіе же основанія иска имѣется лишь тамъ, гдѣ отступленіе отъ содержанія иска таково, что требованіе истца оказывается опирающимся уже на другое основаніе иска, чѣмъ то, которое первоначально было приведено.

Если, напримѣръ, историческое событіе, указанное въ исковомъ прошеніи, замѣщаетъ истецъ другимъ,—напримѣръ. при искѣ о собственности, вмѣсто прежней ссылки на давность, ссылается на куплю и передачу ему вещи отъ собственника,—или приводитъ при словесномъ состязаніи фактическія данныя, вовсе упущенныя въ исковомъ прошеніи, онъ совершаетъ *измѣненіе* иска *).

При искѣ по займу не существенно исправленіе даты, когда между сторонами былъ лишь одинъ заемъ; напротивъ, при наличности нѣсколькихъ займовъ существенно для спеціализаціи и тождества основанія иска обозначеніе времени: измѣненіе его производитъ измѣненіе иска **).

Такое опредѣленіе представляется слишкомъ широкимъ съ точки зрѣнія противниковъ фактической индивидуализаціи основанія иска.

---

*) Struckmann und Koch, Civilprozessordnung, 279.

**) A. Förster, Civilprozessordnung, 420.

Съ точки зрѣнія фактической индивидуализаціи,—говоритъ съ укоромъ Petersen *),—измѣненіе основанія иска имѣется не только тамъ, гдѣ заявленная претензія замѣняется другою, т. е. подъ вопросомъ стоитъ тождество претензіи, но всякій разъ, когда претензія обосновывается другимъ образомъ. Если же, при фактической индивидуализаціи, утверждать, что въ вопросѣ объ измѣненіи иска рѣчь идетъ о тождествѣ претензіи, то надо будетъ сказать, что претензія, иначе субстанціированная, перестаетъ быть тою же самою, что она мѣняетъ свою природу, хотя предметъ требованія и правоотношеніе, изъ котораго претензія вытекаетъ, остаются безъ измѣненія.

Но это не такъ. Если фактическая индивидуализація основанія иска становится иною, если основаніе иска иначе субстанціируется, измѣняется и природа той претензіи, которая составляетъ содержаніе искового прошенія. Сохраненіе тождества предметомъ требованія не говоритъ еще ничего о существѣ претензіи; двѣ претензіи могутъ быть направлены на одинъ и тотъ же предметъ. Съ этой стороны претензія, иначе фактически обоснованная, хотя и на тотъ же предметъ направленная, есть претензія иная.

Что же касается правоотношенія, то иная фактическая индивидуализація влечетъ и иную юридическую квалификацію. Малѣйшее измѣненіе въ обстоятельствахъ спора, происходящаго между сторонами, влечетъ за собою громадную разницу въ примѣненіи закона. Modica enim facti defferentia magnam inducit juris diversitatem **). При такихъ обстоятельствахъ, правоооношеніе, какъ юридическая квалификація первоначальнаго фактическаго состава, не можетъ оставаться тѣмъ же самымъ при измѣнившемся составѣ Измѣненіе фактической индивидуализаціи всегда означаетъ измѣненіе осно-

---

*) Petersen въ Gruchot's Beiträge, 28, 661.

**) Boitard, Leçons de procédure civile, I [1868], p. 261, in f.

ванія иска, а измѣненіе основанія иска обусловливаетъ и измѣненіе претензіи.

Что касается возможнаго, при измѣненіи основанія иска, сохраненія тождества предметомъ требованія, то существуетъ мнѣніе, считающее такое сохраненіе необходимымъ условіемъ для состава измѣненія основанія иска. Если измѣненіе идетъ такъ далеко,—высказывается Fitting *),—что, вмѣсто первоначально предъявленной претензіи, предъявляется совершенно другая,—какъ, напримѣръ, если на мѣсто первоначально предъявленнаго иска по займу ставится искъ виндикаціонный о недвижимости, то это не просто измѣненіе предъявленнаго иска, но попытка введенія вмѣсто одного иска другого. Въ этомъ случаѣ не видитъ измѣненія иска и Plank. По его мнѣнію, здѣсь—соединеніе исковъ (Klaghäufung) **).

Мнѣніе Fitting'а и Plank'а представляется, однако, впадающимъ въ другую крайность. Введеніе на мѣсто одного иска другого, ничего общаго съ первымъ не имѣющаго, есть такое же измѣненіе иска, какъ и измѣненіе лишь одного основанія. По существу своему, оба случая одинаковы: и въ одномъ, и въ другомъ имѣется измѣненіе исковой претензіи. Различіе же не качественнаго, а количественнаго свойства: оно заключается лишь въ большей или меньшей общности тѣхъ элементовъ, которые случайно оказываются тождественными въ различныхъ претензіяхъ.

Введеніе новирующаго элемента въ искъ можетъ происходить двояко. Истецъ можетъ уничтожить первоначальное основаніе иска и *вмѣсто* него ввести новое. Или же можетъ истецъ удержать первоначальное основаніе иска и наряду, *вмѣстѣ* съ нимъ, ввести еще и новое.

Способъ измѣненія не имѣетъ существеннаго значенія. Важенъ лишь результатъ. Какъ *субституированіе* основанія

---

*) Fitting въ Zeitschrift für deutschen Civilprozess, IX [1886], 198.

**) Plank, Lehrbuch des deutschen Civilprocessrechts, II [1896], p. 415.

иска, такъ и ***кумуляція*** основаній могутъ одинаково составлять измѣненіе основанія иска, коль скоро оказывается нарушеннымъ внутреннее тождество первоначальнаго основанія *).

Такимъ образомъ, опредѣленіе объема измѣненія иска сводится къ вопросу о тождествѣ.

Когда же,—спрашивается,—основаніе иска не представляется тождественнымъ, и когда, несмотря на модификаціи, тождество иска не нарушается?

Если выдѣлить не возбуждающіе вопроса случаи абсолютнаго тождества и случаи абсолютной новизны, когда вовсе нѣтъ совпаденія въ частяхъ содержанія, – какъ въ приведенномъ примѣрѣ Fitting'a,—то,—замѣчаетъ Fischer**),--представляется совершенно произвольнымъ, что именно надо считать существеннымъ измѣненіемъ и что несущественнымъ. Можетъ оказаться, что фактъ, повидимому, весьма мало значительный, въ конкретномъ случаѣ будетъ имѣть значеніе для индивидуализаціи.

Нѣтъ ничего, напримѣръ, безразличнѣе, какъ указаніе того, что заемъ, о которомъ идетъ рѣчь въ искѣ, заключенъ 20 іюня 1892 г. въ 11 часовъ утра, или что стулъ, за починку котораго требуется вознагражденіе, былъ камышевый. Если истецъ сдѣлаетъ поправку, что заемъ совершенъ 21 іюня въ 8 часовъ утра или что дѣло идетъ о стулѣ деревянномъ, такую поправку сочтутъ излишнею, но во всякомъ случаѣ совершенно допустимою. Если же отмѣчается что между сторонами состоялось или должно было состояться два, одинъ за другимъ, займа, или было двѣ починки, одна—деревяннаго стула, другая—камышеваго, но что предметомъ спора должны быть одинъ заемъ или одна починка, то, очевидно, для ин-

---

*) См. объ этомъ Plank, Lehrbuch, II, 415; Petersen, Civilprozessordnung, 555; Reinecke, Civilprozessordnung, 271; Reichsgericht's Entscheidung 18 сентября 1897 г. въ Juristische Wochenschrift 1897 г., стр. 545 № 8.

**) Fischer, Identität, 42—43.

дивидуализаціи необходимо точное обозначеніе времени совершенія займа или рода стула: иначе нельзя судить, что составляетъ предметъ дѣла. А въ такомъ случаѣ и въ модификаціяхъ, въ этомъ отношеніи произведенныхъ, прійдется видѣть дѣйствительное измѣненіе иска.

Такимъ образомъ, значительность фактовъ, служащихъ основаніемъ иска, не можетъ служить масштабомъ для сужденія о тождествѣ основанія иска

Не гарантируетъ опредѣленности и тотъ методъ, къ которому обращается Германскій Рейхсгерихтъ.

Если съ фактами, составляющими основаніе иска, происходитъ такое измѣненіе, что они замѣняются другими, отъ нихъ существенно-отличными, въ такомъ случаѣ,— говоритъ Reichsgericht,—измѣняется основаніе иска, а слѣдовательно и искъ *).

Масштабъ для опредѣленія объема измѣненія предлагаютъ видѣть въ цѣли того института, наличность котораго обусловливается тождествомъ, т. е., въ данномъ случаѣ, въ цѣли той нормы права, которая воспрещаетъ измѣненіе иска.

Изъ соображенія случаевъ абсолютнаго измѣненія иска Fischer выводитъ, что цѣлью запрещенія измѣнять искъ является поддержаніе порядка въ процессѣ относительно спорнаго предмета. Если не послѣдовало измѣненія полнаго или абсолютнаго, надо изслѣдовать, ставится-ли въ конкретномъ случаѣ на карту достиженіе названной цѣли. Надо обратить вниманіе на то, нѣтъ-ли основанія опасаться, что путемъ измѣненія будетъ введена совершенно другая конкретная вещь. При утвердительномъ лишь отвѣтѣ надо признать наличность измѣненія основанія иска **).

---

*) Reichsgericht's Entscheidung 27 февраля 1890 года въ Gruchot's Beiträge, 34 (1890), стр. 724.

**) Fischer, Identität, 44.

Противъ подобнаго масштаба говоритъ, однако, неопредѣленность его. Если бы цѣлью недопущенія измѣненія иска и являлось исключительно поддержаніе порядка суда,—то не пришлось-ли бы развѣ снова обратиться къ вопросу о сохраненіи тождества? Лишь въ нарушеніи его могла-бы оказаться опасность для общественныхъ цѣлей процесса.

Впрочемъ, масштабъ для опредѣленія объема измѣненія едва-ли и нуженъ. Если точно опредѣлена величина, которая не должна утрачивать своего тождества, обнаруживается путемъ отъ противнаго и значеніе для нея того новаго даннаго, которое вносится въ составъ прежнихъ или ставится на ихъ мѣсто. Значеніе вновь вводимаго даннаго можетъ быть опредѣляемо не иначе, какъ въ зависимости отъ неизмѣнной величины основанія иска. Фактъ, заявляемый въ теченіи процесса, лишь тогда будетъ представлять собою «aliquid novi» и тогда только будетъ налицо необходимый для состава измѣненія объемъ его, когда, черезъ добавленіе или введеніе даннаго факта, основаніе иска утратитъ свое внутреннее тождество.

Признакъ «aliquid novi» отличаетъ измѣненіе основанія иска отъ простого исправленія. Если къ данной совокупности фактовъ, составляющей основаніе иска, присоединяется или на ея мѣсто ставится «aliquid novi», имѣется измѣненіе основанія иска Если же къ той же фактической совокупности присоединяется что-либо, не имѣющее значенія «aliquid novi», нѣтъ измѣненія, но лишь исправленіе. Измѣненія нѣтъ, такъ какъ первоначальный фактическій составъ, отъ позднѣйшихъ прибавленій, не пересталъ быть тѣмъ же самымъ, не утратилъ своего внутренняго тождества.

При такомъ различеніи не оказывается противорѣчія въ томъ обстоятельствѣ, что по германскому уставу гражданскаго судопроизводства воспрещается измѣненіе отнованія иска и, вмѣстѣ съ тѣмъ, въ п. 1 ст. 268 говорится: не считается

измѣненіемъ иска, если безъ измѣненія его основанія, дополняются фактическія и юридическія данныя.

Факты основанія иска противуполагаются на первый взглядъ тѣмъ другимъ фактамъ, измѣненіе которыхъ не будетъ измѣненіемъ иска.

Стремленіе къ согласованію этихъ правилъ было одною изъ главныхъ причинъ различія въ ученіяхъ о составѣ основанія иска.

Если факты могутъ быть измѣняемы, а основаніе иска всегда должно оставаться неизмѣннымъ, то,—заключили отсюда,—основаніе иска должно отличаться отъ фактическихъ данныхъ, стоять рядомъ съ фактами, не совпадая съ ними.

Таковъ, напримѣръ, взглядъ, проводимый Seuffert'омъ*).

Эту же мысль высказалъ и Plòsz. Если подъ основаніемъ иска,—полагаетъ Plòsz,—разумѣть фактическія данныя иска, то будетъ немыслимо пополненіе или исправленіе ихъ безъ измѣненія основанія иска**).

На противуположеніи основанію иска фактовъ, указываемыхъ въ исковомъ прошеніи, особенно настаиваетъ Petersen.

Положеніе пункта 1 статьи 268, которое ставитъ измѣненіе заключающихся въ исковомъ прошеніи фактическихъ данныхъ въ извѣстную противоположность основанію иска, во всякомъ случаѣ,—по мнѣнію Petersen'а ***),—исходитъ изъ предположенія, что исправленіе фактическихъ данныхъ не заключаетъ въ себѣ измѣненія основанія иска. Вполнѣ яснымъ представляется оно Petersen'у лишь при условіи, что подъ основаніемъ иска разумѣется правоотношеніе, изъ котораго вытекаетъ исковая претензія. При такомъ воззрѣніи, приведенное положеніе имѣетъ, по его мнѣнію, тотъ смыслъ,

---

*) Seuffert, Kommentar. 352.

**) Plòsz, Beiträge zur Theorie des Klagerechts, стр. 124.

***) Petersen, въ Gruchot's Beiträge, 28, 667; ср. стр. 676. Также: Petersen, Civilprozessordnung, 500.

что относительно указаннаго инструктивно въ ст. 121 (130) субстанціированія допустимы измѣненія даже и безъ согласія противной стороны, коль скоро черезъ то не измѣняется основаніе иска, т. е. упомянутое правоотношеніе.

Иначе,—полагаетъ Petersen,—представляется дѣло при взглядѣ, отождествляющемъ основаніе иска съ исковыми фактами. Положенія статьи 268 представляются тогда противорѣчивыми, если не допустить, что подъ фактическими данными, о коихъ говорится въ пунктѣ 1 статьи 268, понимаются лишь тѣ факты, кои не принадлежатъ къ правопроизводящимъ, что, слѣдовательно, не допустимо и измѣненіе заявленій, относящихся къ фактическимъ отношеніямъ, служащимъ для обоснованія исковыхъ требованій.

Но, видѣли мы выше, основаніе иска вовсе не противуположно фактамъ. Изъ нихъ именно и складывается основаніе иска Область же фактовъ, обозначаемыхъ въ исковомъ прошеніи, можетъ быть шире фактовъ основанія иска. На этотъ плюсъ фактовъ, не входящій въ составъ основаніе иска, и можетъ быть направлено, прежде всего, то измѣненіе, которое, касаясь измѣненія фактическихъ данныхъ, не будетъ, въ то же время, измѣненіемъ основанія иска.

Съ другой стороны, и въ отношеніи фактовъ основанія иска мыслимы модификаціи, составляющія въ широкомъ смыслѣ измѣненіе фактическихъ данныхъ, не заключая въ себѣ измѣненія основанія иска. Это не есть собственно измѣненіе, но лишь исправленіе основанія иска.

Всякое дополненіе и исправленіе, справедливо замѣчаетъ проф. Гольмстенъ, предполагаетъ нѣчто неизмѣнное, постоянное, что лишь дополняется и исправляется; это неизмѣнное есть основаніе иска; отъ дополненія или исправленія оно не становится инымъ.

Столъ,—поясняетъ свою мысль проф. Гольмстенъ,—къ которому придѣлывается украшеніе (дополненіе) и приклеивается новая ножка (исправленіе) остается тѣмъ же сто-

ломъ *). Если истецъ требуетъ отъ отвѣтчика возвращенія саней какъ свою собственность, а потомъ заявляетъ, что сани находились у отвѣтчика потому, что были отданы ему въ починку, то это дополненіе не измѣняетъ основанія иска **).

Или, напримѣръ,—приведено тамъ-же,—если истецъ исчислилъ сумму иска сначала однимъ, затѣмъ другимъ способомъ,—положимъ, сначала считалъ за складъ дровъ посаженно, а потомъ по размѣру мѣста, ими занимаемаго, то это исправленіе, конечно, не измѣняетъ основанія иска ***).

Такіе случая модификаціи въ области основанія иска и надлежитъ отличать отъ измѣненія основанія иска въ собственномъ смыслѣ.

Въ нихъ именно и заключаются тѣ модификаціи, предусмотрѣнныя въ ст. 268 германскаго устава,—гдѣ измѣняются факты безъ измѣненія основанія иска.

Не правильнымъ поэтому представляется положеніе, высказываемое Fischer'омъ****), будто всякое измѣненіе исковыхъ фактовъ есть въ то же время, съ логическою необходимостью, и измѣненіе основанія иска. Допуская измѣненіе фактовъ безъ измѣненія основанія иска, германскій законъ вовсе не имѣетъ въ виду той subtilitas juris, если не безсмыслицы, на которую указываетъ Fischer. Задача измѣнять исковые факты безъ измѣненія основанія иска,—говоритъ онъ*****),—такъ же малоразрѣшима, собственно говоря, какъ и извѣстное предложеніе «Wasch mir den Pelz, aber mach mich nicht nass».

Факты и основаніе иска не противуполагаются и въ германскомъ законодательствѣ.

---

*) Юридическія изслѣдованія и статьи, стр. 375.

**) Ibid., 375.

***) Ibid., 376.

****) Fischer, Identität, 38.

*****) Ibidem.

Такъ смотритъ на соотношеніе ихъ, напримѣръ, Dernburg. Въ пользу этого заключенія приводитъ онъ сопоставленіе устава гражданскаго судопроизводства съ дореформеннымъ законодательствомъ *). По allgemeine Gerichtsordnung (I, 10 § 5 a), дозволяемое сторонамъ позднѣйшее предъявленіе новыхъ фактовъ въ теченіи процесса ограничивается лишь тѣми фактами, которые относятся къ тѣмъ же Hauptfaktum или сдѣлкѣ, на коихъ основывается искъ и, такимъ образомъ, стоятъ съ ними въ связи; тѣ же факты, которые совершенно отличны отъ приведенныхъ въ искѣ и образуютъ другое, новое основаніе, не могутъ быть предъявляемы и впослѣдствіи.

Если основаніе иска и по новому германскому уставу гражданскаго судопроизводства остается совокупностью фактовъ, и не является таковымъ правоотношеніе, то нѣтъ препятствій для примѣненія и въ настоящее время того разграниченія, которое извѣстно было дореформенному процессу. Нѣтъ препятствій и для теоретическаго обобщенія правила allgemeiner Gerichtsordnung.

Послѣдующее предъявленіе фактовъ тогда составитъ измѣненіе основанія иска, когда вновь приведенные факты образуютъ новое основаніе иска, не тождественное съ первоначальнымъ. Поскольку же производятся модификаціи въ области фактовъ, къ основанію иска не относящихся, или же, хотя и въ области фактовъ основанія, но безъ нарушенія тождества его,—нѣтъ измѣненія основанія иска.

Нѣтъ измѣненія основанія въ первомъ случаѣ, ибо модификація не касается того элемента, который долженъ сохранять свое тождество. Германскій законъ, имѣвшій въ виду не допускать измѣненія основанія иска, могъ и игнорировать въ своихъ постановленіяхъ этотъ случай. Тѣмъ не менѣе, неупоминаніе о немъ при конструированіи состава основанія

---

*) Dernburg, Preussisches Privatrecht, стр. 271, прим. 11.

иска могло бы дать поводъ къ неправильному воззрѣнію, будто фактическія данныя и основаніе иска вполнѣ тождественны. Ихъ различіе обнаруживается именно въ вопросѣ объ измѣненіи основанія иска: лишь тѣ факты не подлежатъ измѣненію, которые входятъ въ составъ основанія иска; поскольку послѣднее не теряетъ своего тождества черезъ измѣненіе даннаго факта, нѣтъ и измѣненія основанія иска. Вопросъ сводится къ тождеству основанія иска.

Къ тому же тождеству сводится и констатированіе второго случая. Когда модификаціи подвергаются факты основанія иска, но въ такомъ лишь объемѣ, что основаніе иска не утрачиваетъ своего тождества, нѣтъ измѣненія основанія иска.

На возможность измѣненія фактовъ безъ измѣненія основанія иска обращено было уже вниманіе въ ганноверской комиссіи. Измѣненіемъ иска предлагалось считать измѣненіе лишь такихъ фактовъ, введеніе которыхъ производитъ измѣненіе «des thatsächlichen Klagegrundes» *).

Исходнымъ пунктомъ приведенныхъ сужденій является статья 268 германскаго устава гражданскаго судопроизводства. Статья эта не представляетъ, однако, какого-либо спеціальнаго велѣнія германскаго законодателя. Она является не болѣе, какъ логическимъ выводомъ изъ другого положенія—недопустимости измѣненія основанія иска. Какъ отмѣчено недавно C. Coith'омъ, статья 268 пун. 1 есть ein Satz von rein dozirender (nicht von dispositiver) Natur; это есть Belehrung für das Publicum,—разъясненіе, что измѣненіемъ иска надлежитъ считать лишь измѣненіе (Aenderung) обозначаемаго въ исковомъ прошеніи основанія иска, но отнюдь не послѣдующее введеніе (Nachbringung) деталей и поправокъ, оставляющихъ основаніе иска нетронутымъ **).

---

*) Протоколы, стр. 1570.

**) O. Coith, Das richtetriche Fragerecht, въ Zeitschrift für deutschen Civilprozess. т. 27 [1900], 497.

При такомъ значеніи статьи 268, положеніе, въ ней выраженное, умѣстно при каждой законодательной системѣ, исключающей возможность измѣненія основанія иска.

Такимъ образомъ, пріобрѣтаетъ общее значеніе сдѣланный выше выводъ. Измѣненіе фактовъ, согласно ему, тогда будетъ измѣненіемъ основанія иска, когда это послѣднее утрачиваетъ свое внутреннее тождество.

Вопросъ о составѣ измѣненія основанія иска сводится къ вопросу о тождествѣ основанія иска въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ.

Если, видѣли мы выше, опредѣленіе самаго состава основанія иска есть quaestio facti, то, натурально, лишь судомъ, въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, можетъ быть рѣшенъ вопросъ, остается-ли данное, судомъ же установленное основаніе иска тѣмъ-же самымъ, что и первоначально указанное основаніе, несмотря на послѣдующее введеніе новыхъ данныхъ?

§ 2. Признаки измѣненія.

Изслѣдователи вопроса объ измѣненіи иска сдѣлали рядъ попытокъ къ тому, чтобы установить общіе признаки, по которымъ можно было-бы въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ судить объ объемѣ направленныхъ на искъ модификацій и о наличности измѣненія иска.

I. Измѣненіе основанія иска имѣетъ мѣсто,—по опредѣленію Bayer'a *),—когда на мѣсто прежняго основанія ставится основаніе, по *роду* своему отличное отъ перваго, когда, напримѣръ, данный объектъ требуется сначала ex testamento, а засимъ—ex contractu.

Но самъ же Bayer сознаетъ сбивчивость своего признака, предостерегая отъ того, чтобы не принимать за измѣненіе рода основанія иска то, что въ сущности есть лишь

---

*) Bayer, Aenderung des Klaglibells, 19.

измѣненіе въ названіи иска. Названіе,—высказываетъ онъ,—не всегда происходитъ отъ фактическаго основанія; часто зависитъ оно и отъ цѣли,—напримѣръ, при actio furti и condictio furtiva,—или отъ другихъ побочныхъ обстоятельствъ,—напримѣръ, при actiones adjectitiae qualitatis, гдѣ названіе производится отъ побочнаго обстоятельства, вслѣдствіе котораго главный искъ можетъ быть направленъ и противъ 3-хъ лицъ.

Между тѣмъ, наличность измѣненія иска, признаетъ Bayer, зависитъ не отъ основанія иска, на которое указываетъ данный genus actionis, но отъ факта, который дѣйствительно in concreto приведенъ. Доколѣ этотъ фактъ остается неизмѣненнымъ, не можетъ быть рѣчи объ измѣненіи иска, хотя бы даже были налицо необходимые признаки для различныхъ правовыхъ понятій, и, слѣдовательно, хотя бы могло обозначаться и другимъ именемъ*).

Такимъ образомъ, выставляя признакомъ для сужденія родъ иска, Bayer въ то же время придаетъ рѣшающее значеніе тому факту, который in concreto приведенъ какъ основаніе иска. Если фактъ этотъ обусловливаетъ и родъ иска, то правильнѣе было бы говорить о тождествѣ самыхъ фактовъ, а не создаваемыхъ имъ родовъ иска. О родѣ же иска говорить не безопасно въ виду отмѣченной близости этого понятія съ названіемъ иска, не зависящимъ отъ различія основаній.

II. Вслѣдствіе неопредѣленности и недостатка объективности, для опредѣленія состава измѣненія основанія иска нельзя считать достаточнымъ и признакъ «существа» исковыхъ требованій. Для наличности измѣненія, по этому признаку, необходимо, чтобы въ теченіи процесса были приведены такіе факты, которые измѣнили бы существо первоначальнаго иска.

По признаку «существа» опредѣляется составъ измѣне-

---

*) Ibid., 20.

нія иска въ нашемъ уставѣ гражданскаго судопроизводства. По статьѣ 332 его, истцу воспрещается измѣнять по существу требованія, заявленныя въ исковомъ прошеніи.

Этотъ же признакъ отмѣченъ и у d'Argentré.

«Manere igitur,—читаемъ у него,—oportet rei substantiam ut emendari dicatur; si quid in ea alteratur, mutatio sit, non emendatio» *).

«Emendare libellum,—говорится въ другомъ мѣстѣ,—nil aliud est quam castigare, corrigere quod intentioni agentis non conveniat, manente tamen rei petitae substantia et causae identitate» **).

Признакъ «существа» не удовлетворителенъ, ибо для примѣненія его необходимъ новый масштабъ для установленія наличности этого «l'ensemble des qualités constitutives de la chose». Признакъ этотъ правиленъ лишь à priori; пригоденъ лишь какъ общая формула. Рѣзко поэтому поступаетъ Bollinger, высказывая: die Kategorie der «wesenlichen Identität» der Klage ist, weil logischer Bestimmtheit ermangelnd, zu verwerfen***). Признакъ «существа» не лишенъ, однако, логической правильности. Для практическаго же примѣненія необходимъ дальнѣйшій анализъ общей формулы.

Къ тому же признаку «существа» сводится и разграниченіе, предлагаемое Brodmann'омъ****), между конкретнымъ и абсолютнымъ въ составѣ иска.

Каждой дѣйствительно правильной претензіи,—говоритъ Brodmann,—соотвѣтствуетъ совокупность фактовъ, составляющая ея основу, та частица окружающаго (ein Stück der Wirklichkeit), къ которой примѣняемъ мы нормы права,

---

*) D'Argentré, l. c, 1184, E—F.

**) Ibid., 2450[26].

**) Bollinger, тезисъ 7-й къ диссертаціи „Zur Revision der Klagänderung".

***) Brodmann, Vom Stoffe des Rechts und seiner Struktur, 75—76.

чтобы дойти до того императива въ отношеніи къ лицу обязанному, котораго добивается управомоченный. Для этого намъ надо подвести явленіе дѣйствительности подъ общее понятіе (Allgemeinbegriffe von Thatbeständen). Лишь въ томъ случаѣ, когда явленіе дѣйствительности содержитъ въ себѣ моменты такого общаго понятія, возможно вообще обосновать претензію, ибо лишь тогда можно дойти до силлогизма, приводящаго къ данному императиву.

Каждое положительное право имѣетъ большое количество подобнаго рода общихъ понятій, подъ одно изъ которыхъ должно подойти данное явленіе. Это суть правовые институты: купля, наемъ, порученіе, negotiorum gestio, право наслѣдованія въ его различныхъ основаніяхъ (по завѣщанію и по закону), вообще деликты и т. п.

Если данная совокупность фактовъ не подходитъ ни подъ одно изъ этихъ понятій, то искъ представляется съ самаго начала неправильнымъ. Подъ одинъ изъ такихъ фактическихъ составовъ долженъ быть подведенъ каждый правильный искъ; часто можетъ онъ подойти подъ нѣсколько. Между тѣмъ явленіе дѣйствительности, фактическое (конкретное) основаніе иска можетъ быть всегда лишь однимъ и тѣмъ же и никакая сила въ свѣтѣ не можетъ въ немъ чего-либо измѣнить. Изъ существа des begrifflichen Klagegrundes, какъ eines Allgemeinbegriffes, вытекаетъ, что подъ него могутъ подходить различные комплексы фактовъ, дѣйствительные и воображаемые, какъ отдѣльныя явленія подъ свое родовое.

Свое разграниченіе Brodmann примѣняетъ слѣдующимъ образомъ къ объясненію положенія пункта 1 статьи 268 германскаго устава гражданскаго судопроизводства.

Если законъ дозволяетъ дополненіе и исправленіе фактическаго основанія иска, съ условіемъ неизмѣненія черезъ то основанія иска, то, полагаетъ Brodmann, подъ этимъ основаніемъ иска можетъ разумѣться лишь der begriffliche Klagegrund. Такимъ образомъ, статья 240^1 (268^1) устава

гражданскаго судопроизводства точно и совершенно правильно выражаетъ мысль, что фактическія заявленія могутъ быть измѣняемы, если только, вслѣдствіе модификацій, составъ фактовъ не подходитъ подъ другое основаніе иска, т. е. подъ другое изъ тѣхъ общихъ понятій (Allgemeinbegriffe), которыя есть у насъ въ числѣ правовыхъ институтовъ. Не можетъ обратиться искъ по куплѣ въ искъ по найму и т. п.

Препятствія для своего ученія не видитъ Brodmann въ фактѣ отсутствія особыхъ Allgemeinbegriffe для массы фактическихъ комплексовъ, считая это явленіе аналогичнымъ существованію римскихъ contractus innominati. Не является препятствіемъ, по его воззрѣнію, также и то, что сторонѣ не надо приводить этого абстрактнаго основанія иска (der begriffliche Klagegrund). Рѣчь идетъ, объясняетъ онъ, не о томъ основаніи иска, которое истецъ приводитъ въ своемъ прошеніи, но объ основаніи иска, которое въ дѣйствительности, по усмотрѣнію суда, надо взять изъ представленнаго фактическаго матеріала.

Но въ концѣ концовъ, когда возникаетъ рѣчь о разграниченіи измѣненія и исправленія, Brodmann обращается всетаки къ выдѣленію «существа» въ составѣ фактическаго основанія иска. Можно говорить,—высказываетъ онъ,—о дополненіи и исправленіи вещи лишь по стольку, по скольку черезъ измѣненіе не становится иною die Substanz des Dinges, въ противуположность его Qualitäten и Modalitäten. Только такія исправленіи допустимы, которыя не измѣняютъ указаннаго истцемъ цѣлаго, не замѣняютъ первоначальнаго состава фактовъ совершенно другимъ *).—

III. Лишены практической объективности и признаки, выставленные французской литературой.

Модификаціи иска,—говорятъ,—до тѣхъ поръ не составляютъ измѣненія иска въ тѣсномъ смыслѣ, пока сохраняетъ

---

*) Ibid., 78.

свое тождество «le principe de la demande»*) или, по другому выраженію, «le caractère de l'action originaire» **).

Отсутствіе, однако, ближайшаго опредѣленія такихъ понятій, какъ «le principe» или «le caractère», вызываетъ необходимость въ дальнѣйшемъ опредѣленіи объема измѣненія путемъ всякаго рода описательныхъ поясненій.

Модификаціи въ искѣ,—говорятъ, напримѣръ,—до тѣхъ поръ не составляетъ измѣненія, пока онѣ «laissent subsister la demande première avec ses éléments essentiels de constitution et d'existence», «et se rattachent aux premières conclusions par l'identité du fait sur lequel elles se fondent»***).

Оба эти выраженія указываютъ на такіе признаки, установленіе наличности которыхъ именно и составляетъ вопросъ, подлежащій разрѣшенію.

Принципіальное отличіе измѣненія отъ исправленія заключается въ томъ, что при исправленіи продолжаетъ существовать въ своихъ существенныхъ элементахъ тотъ же искъ, какой былъ первоначально предъявленъ. Но такого объясненія мало для того, чтобы въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ сказать, гдѣ имѣется измѣненіе иска и гдѣ нѣтъ измѣненія, но есть лишь простое исправленіе.

Таковъ же и второй признакъ. Всякая модификація не будетъ по своему объему измѣненіемъ, коль скоро искъ въ модифицированномъ видѣ и искъ первоначальный будутъ связаны тождествомъ факта, на которомъ иски основаны. Но

---

*) André Weiss, Pandectes Françaises, томъ 19. § 204; Carré et Chauveau, Les lois de la procédure civile, I [1890], p. 544, ad notam Rousseau et Laissney, Dictionnaire théorique et pratique de procédure civile, V, стр. 254—258, § 3.

**) Labori, Gazette du Palais, IV [1890], слово „Conclusions", § 34.

***) Ibid., § 32

для того, чтобы установить наличность такой связи, и надо отвѣтить на тотъ вопросъ, къ разрѣшенію котораго направлено установленіе этого признака. Отвѣтить на вопросъ о томъ, имѣется-ли въ данномъ случаѣ измѣненіе, а не исправленіе, было бы равносильно отвѣту и на вопросъ о наличности той связи, на которую указываетъ Labori.

Такимъ образомъ, приведенныя поясненія не выдвигаютъ новыхъ признаковъ для сужденія, но лишь даютъ иную постановку одному и тому же вопросу, едва-ли облегчая разрѣшеніе его.

Не болѣе полезнымъ для опредѣленія объема модификацій въ искѣ представляется и пріемъ, примѣненный въ нѣкоторыхъ французскихъ судебныхъ рѣшеніяхъ. Только такія модификаціи не признаются по объему своему за измѣненіе иска, которыя не затрогиваютъ «le dispositif de la demande». Истецъ, говорятъ, воленъ производить въ теченіи процесса лишь такую модификацію въ первоначальномъ искѣ, которая, respectant le dispositif de la demande, qui seul lie le juge, s'applique seulement aux moyens invoqués pour le faire triompher*).

Выставляя такой признакъ, выражаютъ въ сущности ту мысль, что модификація иска переходитъ предѣлъ исправленія и является измѣненіемъ тогда, когда теряетъ свое тождество существо иска. Но если и представлялось бы опредѣленнымъ, въ чемъ именно заключается существо каждаго даннаго иска, остается все-таки подъ вопросомъ, когда же именно нарушается тождество его. На это же не даетъ отвѣта и признакъ «le dispositif».

Не менѣе безрезультатною представляется и попытка ввести понятіе «connexité» для характеристики той связи

---

*) Dalloz, Recueil périodique, table alphabétique 1887 à 1897, „Conclusions", § 2, n° 19. Таковы, напримѣръ, рѣшенія судовъ въ Bordeaux 23 іюля 1891 года и въ Besançon 30 декабря того же года: Dalloz, Recueil périodique 1892 года, II, 114 и 1893 года, II, 193.

между искомъ до модификаціи и искомъ модифицированнымъ, при наличности которой модификація не утрачиваетъ характера исправленія и не переходитъ въ измѣненіе.

Если необходимо спеціальное поясненіе признаковъ наличности и смысла понятія коннекситета *), то черезъ это самое теряетъ уже свое значеніе введеніе этого понятія, назначаемаго именно въ качествѣ объективнаго признака для сужденія объ объемѣ измѣненія иска. Но и помимо этого, указать осязательные признаки наличности коннекситета не менѣе трудно, чѣмъ и отвѣтить прямо на вопросъ о разграниченіи измѣненія и исправленія

Едва-ли облегчается разрѣшеніе вопроса, напримѣръ, такимъ опредѣленіемъ: il y a connexité lorsque deux affaires ont entre elles un rapport direct, une liaison intime**).

Рѣшить вопросъ о наличности «rapport direct» или «liaison intime» можетъ быть не менѣе труднымъ, какъ и сказать прямо, имѣется-ли въ данномъ случаѣ измѣненіе иска или же простое исправленіе.

Не ограничиваясь, поэтому, указаніемъ на тѣсную связь между исками, именуемую коннекситетомъ, нѣкоторые изъ изслѣдователей вопроса обращаютъ вниманіе на тѣ послѣдствія, которыя вытекаютъ изъ этой связи.

Connexité,—читаемъ, напримѣръ, у Labori,—est «un lien si étroit que le jugement de l'une (affaire) devrait influer sur le jugement de l'autre» ***).

---

*) Объ этомъ подробнѣе см. Brackenhöft, Die Identitat und materielle Connexität, стр. 3 и прим. 3. Подъ коннекситетомъ разумѣетъ онъ,—въ примѣненіи къ правоотношеніямъ,—die Einheit von Rechtsverhältnissen in einzelnen Theilen, also nicht in ihrem Ganzen. Признакомъ частичности отличается коннекситетъ отъ тождества, представляющаго полное совпаденіе сравниваемыхъ величинъ.

**) Carpentier et Frérejouan du Saint, Répertoire général alhabétique du droit français, XIII [1895], Connexité, § 1

***) Labori, l. c., III [1890], „Connexité", § 1.

Тотъ же эффектъ коннекситета отмѣченъ и въ Pandectes Belges.

Между исками есть connexité,—приведено здѣсь *),—когда они имѣютъ между собою такую близость (des affinités), что рѣшеніе по одному изъ нихъ должно вліять на рѣшеніе по другому**).

При всѣхъ, однако, разнообразныхъ попыткахъ къ апріорному опредѣленію наличности измѣненія иска, французская практика твердо придерживается одного принципа,—что такіе вопросы, какъ о наличности коннекситета, представляютъ собою quaestiones facti и подлежатъ разрѣшенію суда по особенностямъ конкретныхъ случаевъ. La loi ne déterminant pas dans quelles circonstances il y a connexité, c'est a u x j u g e s qu'il appartient d'apprécier souverainement les circonstances de fait***).

IV. Всѣ приведенные признаки лишь въ большей или меньшей степени приближаютъ теоретическій признакъ тождества къ практическому его примѣненію. Дальше общей формулировки они не идутъ.

Но, конечно, трудность вопроса не можетъ быть еще основаніемъ для того, чтобы отказаться отъ разрѣшенія его****). Разъубѣдившись, однако, въ пригодности общихъ признаковъ, изслѣдователи ищутъ облегченія задачи въ переходѣ отъ даннаго вопроса къ другимъ, которые предполагаютъ менѣе трудными для рѣшенія.

Отвѣта на вопросъ о томъ, представляется-ли данная модификація иска по объему своему измѣненіемъ иска, ищутъ

---

*) Pandectes Belges, томъ 24 [1887], „Connexité", § 1.

**) Въ этихъ двухъ опредѣленіяхъ смутно проглядываетъ критерій,—ниже приводимый,—усматриваемый въ предѣлахъ законной силы судебнаго рѣшенія.

***) C a r p e n t i e r, l. c., § 31.

****) Ганноверскіе протоколы 1863 г., стр. 1574.

не въ предѣлахъ даннаго вопроса, но въ другихъ, съ нимъ соприкасающихся.

При отысканіи такого критерія останавливаются прежде всего на той величинѣ, которая, какъ уже выше показано, является результатомъ дѣйствія данной совокупности фактовъ какъ меньшей логической посылки на большую, объективное право данной среды. Такимъ результатомъ является то юридическое отношеніе, которое установляется судомъ какъ основаніе для его рѣшенія; основаніе рѣшенія отличается отъ основанія иска: первое есть произведеніе, однимъ изъ производителей для котораго является основаніе иска. Когда извѣстно произведеніе и одинъ изъ производителей, можно обнаружить и величину другого производителя. Когда судомъ установлено юридическое отношеніе и извѣстна та норма объективнаго права, которая послужила однимъ изъ производителей для вывода даннаго юридическаго отношенія, опредѣленнымъ является и составъ второго производителя—совокупность фактовъ, приложеніе коихъ къ данной нормѣ права дало въ результатѣ юридическое отношеніе.

На юридическую квалификацію фактической совокупности какъ критерій для установленія состава послѣдней въ роли основанія иска обратилъ вниманіе Kleinschrod.

Измѣненіе основанія иска состоитъ въ томъ, что совокупность фактовъ становится иною въ существенныхъ пунктахъ (in wesentlichen Stücken). Въ чемъ же,—спрашиваетъ Kleinschrod *),—заключаются эти «существенные пункты?». На этотъ вопросъ, говоритъ онъ, можно отвѣтить лишь изслѣдованіемъ юридической связи между фактами (Sachverhalt) и заявленнымъ со стороны истца конкретнымъ требованіемъ; эта именно связь сообщаетъ отдѣльному дѣлу опредѣленную юридическую физіономію (juristische Geeigenschaftung). Требованіе, напримѣръ, ста денежныхъ единицъ, такой-то вещи, само по

*) Kleinschrod, Klagänderung, 25.

себѣ вовсе не имѣетъ юридическаго значенія; свойство требованія правового (Rechtsanspruch) и способность судебнаго осуществленія пріобрѣтаются лишь черезъ обоснованіе требованія путемъ юридически значительныхъ фактовъ. Это суть всегда опредѣленные факты, признаваемые правомъ значительными въ опредѣленномъ отношеніи; поэтому каждое исковое требованіе представляется конкретно опредѣленнымъ, слѣдовательно, индивидуальнымъ правовымъ требованіемъ.

Поэтому существенными пунктами фактической совокупности, заключаетъ Kleinschrod, являются всѣ тѣ, которые обладаютъ свойствомъ сообщать предъявленному требованію опредѣленную юридическую физіономію (Geeigenschaftung); всякій, позднѣе указанный фактъ, придающій исковому требованію иной юридическій характеръ, нарушалъ бы внутреннее тождество основанія иска и производилъ бы недопустимое mutatio libelli.

Критерій, указанный Kleinschrod'омъ, не можетъ, однако, собственно говоря, и называться критеріемъ. Юридическая квалификація фактовъ тогда лишь является объективною величиною, когда исходитъ отъ органа, за рѣшеніемъ котораго признается значеніе непреложности. Такую силу имѣла квалификація фактовъ, выражавшаяся въ римскомъ искѣ; квалификація эта исходила отъ претора и не иначе, какъ въ указанномъ смыслѣ данная совокупность фактовъ выступала передъ судомъ. Тамъ было ясно раньше судебнаго разсмотрѣнія, какіе изъ фактовъ являются «юридически значительными»; «юридическая физіономія» фактической совокупности могла являться критеріемъ для сужденія о томъ, сохраняетъ-ли она при вновь указанномъ фактѣ свое внутреннее тождество.

Но когда «юридическая связь» фактовъ съ требованіемъ обозначается истцемъ, она не можетъ имѣть опредѣляющаго значенія для состава основанія иска; такой составъ могъ бы опредѣляться въ этомъ случаѣ лишь предположительно: если судъ согласится съ юридическою квалификаціею указанныхъ фактовъ,

то данный, вновь указанный фактъ будетъ нарушать внутреннее тождество раньше указаннаго основанія иска. Но гадательныя предположенія о заключеніи суда не имѣютъ, само собою разумѣется, того объективнаго значенія, какимъ долженъ обладать критерій. Юридическая связь факта съ требованіемъ не опредѣляетъ существенности фактовъ, поскольку указаніе исходитъ отъ истца. Съ этой стороны критерій, указанный Kleinschrod'омъ, не можетъ дать удовлетворительнаго отвѣта. Существенность фактовъ остается при такомъ критеріи вопросомъ открытымъ.

Предложеніе Kleinschrod'а оказывается правильнымъ лишь относительно. Юридическая квалификація тогда бы только могла быть объективною, когда бы исходила отъ надлежащаго органа. Таковымъ въ современныхъ процессахъ является лишь судъ. Установивъ подлинность указанныхъ истцемъ фактовъ, опредѣливъ «приличные законы», судъ можетъ дать и квалификацію той совокупности фактовъ, которая послужила для него исходнымъ пунктомъ въ его сужденіи.

Относительно правильнымъ является и теорія Staub'а, въ основѣ своей подходящая къ изложенной теоріи Клейншрода.

Критерій для опредѣленія того круга, изъ котораго не должна выходить составляющая основаніе иска совокупность фактовъ, не теряя своего внутренняго тождества, видитъ Staub въ томъ правоотношеніи, вопросъ о которомъ возникаетъ въ данномъ дѣлѣ («das in Frage kommende Rechtsverhältniss»). Безъ нарушенія внутренняго тождества, составъ фактовъ можетъ быть, по ученію Staub'а, на столько измѣненъ, на сколько составъ фактовъ въ измѣненномъ видѣ все-таки способенъ произвести претензію при тѣхъ правовыхъ нормахъ, которыя примѣнимы къ тому же самому правоотношенію *).

---

*) Staub, Der Begriff des Klagegrundes, въ Gruchot's Beiträge, томъ 32, стр. 557.

Но правоотношеніе, какъ юридическая квалификація данной совокупности фактовъ, тогда можетъ быть объективно опредѣленнымъ и, значитъ, обладать способностью быть критеріемъ, когда съ точностью установлены тѣ нормы объективнаго права, которыя къ данному случаю примѣнимы. Это же обстоятельство выясняется не раньше, какъ при постановленіи судомъ рѣшенія. Установивъ норму для примѣненія и приложивъ ее къ даннымъ фактамъ, судъ получаетъ въ результатѣ юридическое отношеніе, которое и кладется засимъ въ основаніе судебнаго рѣшенія.

Такимъ образомъ, юридическое отношеніе можетъ быть критеріемъ для состава основанія иска и для вопроса о внутреннемъ его тождествѣ лишь по стольку, по скольку оно служитъ основаніемъ для судебнаго рѣшенія. Таковымъ можетъ быть лишь то отношеніе, юридическая квалификація котораго фиксирована самимъ судомъ, но отнюдь не то, которое будетъ усмотрѣно въ данномъ случаѣ только истцемъ.

Различіе это не подрываетъ, такимъ образомъ, принципіальнаго значенія юридическаго отношенія для опредѣленія состава основанія иска и объема его измѣненія. Вліяніе сказывается лишь на сферѣ примѣненія самаго понятія «основанія иска». До тѣхъ поръ, пока не состоялось по данному иску судебнаго рѣшенія по существу, нѣтъ и критерія въ видѣ юридическаго отношенія. Поскольку идетъ рѣчь объ измѣненіи иска въ первой инстанціи, не можетъ быть и рѣчи о юридическомъ отношеніи какъ критеріи.

Такой критерій можетъ быть пригоденъ лишь въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ вопросъ о тождествѣ основанія иска возникаетъ лишь послѣ рѣшенія суда первой инстанціи по существу. Поэтому, когда возникаетъ вопросъ, не измѣнено ли основаніе иска въ апелляціонной жалобѣ, критеріемъ можетъ быть то юридическое отношеніе, которое послужило основаніемъ для обжалуемаго судебнаго рѣшенія. Но, такимъ образомъ, для случаевъ измѣненія основанія иска не въ первой

инстанціи критеріемъ является юридическое отношеніе какъ основаніе судебнаго рѣшенія, но не какъ основаніе иска.

V. Въ виду сказаннаго, относительное значеніе,—значеніе лишь для случаевъ нарушенія тождества основанія иска послѣ судебнаго рѣшенія,—можетъ имѣть и критерій, усматриваемый въ объективныхъ предѣлахъ законной силы рѣшенія.

По самому своему существу, содержаніе судебнаго рѣшенія можетъ имѣть исходное значеніе для сравненія съ нимъ лишь послѣ того, какъ оно постановлено. Только изъ состоявшагося рѣшенія можно видѣть, каково то юридическое отношеніе, которое явилось результатомъ примѣненія указанной истцемъ совокупности фактовъ какъ основанія иска къ нормѣ права, признанной судомъ подходящею къ данному случаю.

Судебное рѣшеніе, такимъ образомъ, получаетъ значеніе для вопроса о внутреннемъ тождествѣ основанія иска лишь по стольку, по скольку заключаетъ въ себѣ раньше указанный критерій—юридическое отношеніе, служащее основаніемъ судебнаго рѣшенія. Предѣлы законной силы рѣшенія по стольку служатъ критеріемъ для сравненія основанія иска въ различные моменты процесса, по скольку въ нихъ оказывается окончательно фиксированнымъ названное основаніе судебнаго рѣшенія какъ величина для сравненія съ вновь указаннымъ основаніемъ иска.

Коль скоро же рѣчь идетъ объ опредѣленіи объема измѣненія иска въ первой инстанціи, примѣненіе объективныхъ предѣловъ законной силы рѣшенія оказывается лишеннымъ элементарнаго качества, требуемаго отъ критерія,—опредѣленности.

Въ этомъ именно заключается слабая сторона того вида ученія о предѣлахъ законной силы рѣшенія какъ критерія для рѣшенія вопроса о наличности измѣненія иска, въ

какомъ представляется оно среди германскихъ практиковъ, а отчасти и въ теоріи, и въ законодательствѣ.

Сильно среди германскихъ юристовъ убѣжденіе въ пригодности такого критерія. Но едва-ли можно было-бы назвать его господствующимъ. Характеренъ въ этомъ отношеніи случай, который имѣлъ мѣсто, по сообщенію Rümelin'a, въ одномъ изъ засѣданій юридическаго общества въ Halle.

Одинъ изъ молодыхъ практиковъ, присутствовавшихъ въ засѣданіи, заявилъ очень убѣжденно: «Вопросъ объ измѣненіи иска не такъ труденъ, какъ думаютъ; надо лишь всегда ставить себѣ другой вопросъ, какъ обстояло бы дѣло при возраженіи о законной силѣ рѣшенія?».

Прочіе присутствовавшіе тутъ же согласились съ возраженіемъ Rümelin'a, что разъясненіе сомнительнаго вопроса совершается здѣсь черезъ посредство еще болѣе сомнительнаго *).

Если предѣлы законной силы уже состоявшаго рѣшенія вызываютъ нерѣдко сомнѣніе, то, натурально, еще болѣе труднымъ представляется вопросъ о тѣхъ предѣлахъ, какіе имѣла бы законная сила рѣшенія, если бы оно состоялось въ данномъ случаѣ. А между тѣмъ именно въ этомъ послѣднемъ видѣ представляются предѣлы законной силы рѣшенія какъ критерій наличности измѣненія иска.

При примѣненіи этого критерія, измѣненіе иска имѣется въ томъ случаѣ, когда законная сила судебнаго рѣшенія по вновь предъявленному требованію не захватывала бы требованія стараго, если бы оно было удовлетворено въ первоначальномъ видѣ. Иными словами, надо вообразить, что состоялось рѣшеніе по первоначальному иску; если бы тогда основанное на этомъ рѣшеніи возраженіе о законной его силѣ могло отклонить искъ въ модифицированномъ видѣ, эта моди-

---

*) Rümelin, Klagänderung und Rechtskraft, въ Archiv für die civilistische Praxis, томъ 88, стр. 88—89.

фикація не представлялась бы, по объему своему, измѣненіемъ, ибо искъ въ первоначальномъ видѣ и искъ модифицированный были-бы тождественны. Нѣтъ измѣненія иска, если, по окончательному отказу въ искѣ въ первоначальной его редакціи, можетъ быть выставлено противъ измѣненнаго иска exceptio rei judicatae *).

Въ томъ же случаѣ, когда возраженіе о законной силѣ рѣшенія по первоначальному иску не исключало бы умѣстности иска модифицированнаго, было-бы налицо измѣненіе иска: искъ модифицированный не былъ-бы тождественъ съ первоначальнымъ.

Описанный пріемъ опредѣленія объема измѣненія иска нашелъ горячаго защитника въ Richard Schmidt'ѣ.

Слѣдующимъ образомъ приходитъ онъ къ къ заключенію о примѣненіи ученія о законной силѣ къ опредѣленію состава измѣненія иска.

Не найдя опорныхъ пунктовъ для опредѣленія состава измѣненія иска въ положеніяхъ германскаго закона, Schmidt обращается къ косвенной мѣрѣ. Значеніе запрета измѣнять искъ, а соотвѣтственно этому и объемъ измѣненія, онъ старается разъяснить вспомогательнымъ образомъ, черезъ значеніе искового прошенія **). О значеніи иска, выражаемаго въ бумагѣ опредѣленнаго содержанія, ближе всего было бы судить по этому содержанію. Но это послѣднее опредѣляется закономъ, какъ «Grund und Gegenstand des erhobenen Anspruchs», т. е. безъ конкретной опредѣленности, и понятіе «основаніе иска» чрезвычайно спорно ***).

Не даетъ указанія и исторія закона, т. е. мотивы и подготовительныя работы, такъ какъ, установлено, въ комиссіяхъ по составленію проектовъ царила совершенная неясность при отграни-

---

*) Kroll, Klage und Einrede, 77.

**) Schmidt, Klagänderung, 146.

***) Ibid., 147

ченіи понятія основанія иска въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ; даже въ мотивахъ различныхъ законопроектовъ выставлялись совершенно различныя по размѣрамъ требованія для субстанціированія исковъ *). Ни на одну минуту ни сомнѣвались въ источникѣ, къ которому обращались за установленіемъ содержанія иска; этимъ источникомъ считали матеріальное гражданское право. Но въ этомъ есть ошибка, являющаяся причиною всѣхъ безплодныхъ споровъ.

Совершенно правильно отмѣчалось противниками теоріи мотивовъ къ германскому уставу гражданскаго судопроизводства, т. е. теоріи фактической индивидуализаціи, что для установленія понятія «основанія иска» законъ не можетъ отнюдь указывать на гражданское право: это вопросъ процессуальный, подлежащій рѣшенію по процессуальному праву**). Мотивы и Рейхсгерихтъ лишь неправильно формулировали свои положенія объ основаніи иска. Въ ихъ непосредственномъ указаніи на гражданское право заключается косвеннымъ образомъ указаніе на процессуальное право.

Взглядъ же мотивовъ и Рейсгерихта въ дѣйствительности таковъ. Значеніе искового прошенія для процесса состоитъ въ томъ, что содержаніемъ его должно быть основаніе иска въ смыслѣ гражданскаго права или, если угодно такъ выразиться, субстанціированіе претензіи.

Отсюда,—выводитъ Schmidt,—вытекаетъ, что дѣйствительный пунктъ спора въ нашей контроверзѣ состоитъ не въ томъ, каково требуемое закономъ содержаніе искового прошенія или каково согласное съ закономъ понятіе основанія иска, но въ томъ, каково то значеніе, какова та юридическая природа исковаго прошенія, на которыя законъ хотѣлъ указать, умолчавъ о содержаніи иска, т. е. такова-ли

---

*) Ibid., 150—151

*) Ibid., 151—152.

юридическая природа исковаго прошенія, какъ та, на которую косвенно указываютъ мотивы?

Юридическое значеніе иска, оговаривается Schmidt, занимаетъ насъ лишь въ отношеніи къ состязанію и къ разбору спорнаго матеріала, въ отношеніи къ содержанію процесса. Поэтому отстраняется вопросъ о томъ, имѣетъ-ли искъ, кромѣ того, значеніе и какое именно, для обоснованія процессуальныхъ правоотношеній между субъектами процесса. Поставивъ себѣ такую задачу, Schmidt приходитъ къ слѣдующимъ заключеніямъ *).

Исковое прошеніе не документируетъ процессуальнаго матеріала, но лишь подготовляетъ производство. Исковое прошеніе не есть подготовительная бумага въ техническомъ смыслѣ, не подготовляетъ отвѣтчика къ состязанію, къ защитѣ. Остается лишь заключить, что исковое прошеніе имѣетъ цѣлью подготовить отвѣтчика къ отвѣту на искъ въ цѣломъ. Онъ долженъ быть поставленъ въ извѣстность о процессуальныхъ разсчетахъ истца (prozessuale Ansinnen), для того, чтобы своевременно знать, какъ вести себя: ut deliberet secum, utrum potius velit cedere an contendere.

Если такова цѣль исковаго прошенія, то существеннымъ его содержаніемъ принципіально является не обозначеніе будущихъ матеріаловъ спора (Streitstoff),—что составляетъ содержаніе подготовительной бумаги,—но обозначеніе предмета спора (Streitgegenstand), если подъ нимъ разумѣть то, чего истецъ добивается путемъ процесса**).

Но что такое,—спрашиваетъ Schmidt, — составляетъ Streitgegenstand? Что такое есть то, чего добивается истецъ при искахъ о присужденіи и при искахъ о признаніи, позитивныхъ и негативныхъ?

Отвѣтъ на такой вопросъ, объясняетъ онъ, упрощается,

---

*) Ibid., 153.

*) Ibid, 162.

если сообразить, что въ одномъ пунктѣ цѣль всѣхъ процессовъ одинакова. Даже тамъ, гдѣ истецъ имѣетъ въ виду какъ конечный результатъ измѣненіе фактическаго состоянія, иными словами, исполненіе, онъ можетъ желать проведенія этого лишь черезъ посредство судебнаго рѣшенія. Но это послѣднее, кромѣ свойства исполнимости, имѣетъ всегда задачею дать разрѣшеніе, имѣющее матеріальную законную силу или же способное ее имѣть. Любое исполненіе совершается всегда въ границахъ, въ которыхъ между сторонами состоялось рѣшеніе, вступившее въ законную силу, или ожидается таковое (напримѣръ, въ случаѣ предварительнаго исполненія). Но такъ какъ, съ другой стороны, для иска о признаніи цѣль процесса исчерпывается рѣшеніемъ, вступившимъ въ законную силу, постановленіемъ судебнаго рѣшенія, то въ этомъ послѣднемъ находимъ масштабъ для процессуальныхъ стремленій истца. Streitgegenstand есть то, о чемъ постановляется рѣшеніе съ законною силою.

Такимъ образомъ, на вопросъ, что должно принципіально составлять содержаніе иска, Schmidt отвѣчаетъ ссылкою на другой вопросъ, что составляетъ принципіально предметъ рѣшенія, вступившаго въ законную силу?

Согласно сказанному, и подъ измѣненіемъ иска разумѣетъ онъ измѣненіе предмета спора (Streitgegenstand), т. е. предъявленіе,—во время словеснаго состязанія,—требованія, къ которому отвѣтчикъ не былъ приготовленъ посредствомъ искового прошенія и потому не могъ судить (deliberare) о правильности или неправильности его. А такъ какъ предметъ спора есть то, о чемъ постановляется окончательное судебное рѣшеніе, то искъ является измѣненнымъ, если бы законная сила рѣшенія по требованію, вновь предъявленному, не захватывала бы требованія первоначальнаго *).

*) Schmidt, ibid, 166.

Подтвержденіе правильности своего вывода Schmidt видитъ въ исторіи процессуальныхъ обязанностей истца.

Проекты германскаго устава гражданскаго судопроизводства (ст. 221 въ первомъ и во второмъ чтеніяхъ и ст. 229 третьяго чтенія) и самъ уставъ (ст. 243*) содержатъ въ себѣ положеніе, что, по вступленіи отвѣтчика въ дѣло истецъ не можетъ взять своего иска обратно. Это положеніе имѣетъ, однако, совершенно иное практическое значеніе, чѣмъ тождественное по способу выраженія положеніе ганноверскаго и прусскаго проектовъ, по которымъ отвѣтчикъ, при неявкѣ истца, могъ бы добиться лишь оставленія иска безъ разсмотрѣнія, но не рѣшенія по существу. Въ дѣйствующемъ же уставѣ гражданскаго судопроизводства допускается отказъ въ искѣ по существу при заочномъ производствѣ противъ истца (ст. 295 **).

Изъ этого обнаруживается, что законъ усматриваетъ во вступленіи отвѣтчика въ дѣло, заключающемъ въ себѣ litiscontestatio, ходатайство отвѣтчика о постановленіи рѣшенія по существу и объ отказѣ въ искѣ по матеріальнымъ основаніямъ. Законъ предоставляетъ отвѣтчику поддерживать это ходатайство самостоятельно, если бы исковое требованіе прямо или фактически было оставлено. Законъ признаетъ правомѣрнымъ интересъ отвѣтчика въ окончательномъ разрѣшеніи исковаго требованія по существу и защищаетъ этотъ интересъ съ того момента, когда отвѣтчикъ обнаружилъ его своимъ вступленіемъ въ отвѣтъ по существу дѣла.

Но этотъ интересъ удовлетворяется судебнымъ рѣшеніемъ лишь на столько, на сколько далеко идетъ его законная сила. Интересъ этотъ задѣвается, слѣдовательно, не только въ томъ случаѣ, если вмѣстѣ съ предъявленнымъ искомъ желаетъ истецъ уничтожить весь процессъ, желаетъ вообще

---

*) Civilprozessordnung in neuer Fassung, ст. 271.

**) Ibd., ст. 300.

не доводить до рѣшенія по существу, но и въ томъ случаѣ, когда истецъ желаетъ продолжать процессъ, измѣняя, однако, свое заявленіе, вводя новый матеріалъ, окончательное рѣшеніе по которому не захватываетъ собою прежняго *).

На основаніи такихъ сужденій Schmidt приходитъ къ слѣдующимъ положеніямъ.

Необходимое содержаніе исковаго прошенія есть Streitgegenstand, т. е. то, чего добивается истецъ въ процессѣ. Измѣненіе иска состоитъ въ измѣненіи des Streitgegenstandes. Streitgegenstand,—а посему и содержаніе искового прошенія, и предметъ измѣненія иска,—есть то, о чемъ истецъ желаетъ окончательнаго рѣшенія. Критеріемъ же для опредѣленія понятія «Streitgegenstand» является объемъ законной силы рѣшенія**).—

Принципіально съ ученіемъ Шмидта соглашается и Leonhard, подвергшій подробному разбору монографію Schmidt'a объ измѣненіи иска.

Для того,—говоритъ Leonhard,—чтобы узнать, есть-ли измѣненіе иска, надо поставить себѣ приблизительно такой вопросъ. Если-бы вторично была предъявлена исковая претензія въ первоначальномъ видѣ, то предъявленное противъ этого возраженіе о законной силѣ рѣшенія устранило-ли бы и ее такъ же, какъ должно было бы оно устранить и претензію въ новомъ видѣ?—Коль скоро послѣдовалъ бы отвѣтъ «да», то, значитъ, произошло допустимое измѣненіе иска, т. е., на нашъ взглядъ***), правильнѣе, нѣтъ измѣненія иска, а какая-либо иная модификація его. Если же получится отвѣтъ «нѣтъ», то происшедшее измѣненіе не допустимо, такъ какъ измѣнена исковая претензія ****).

*) Schmidt, Klagänderung, 166—168.
**) Ibid., 171—172.
***) Стр. 4—5.
****) Leonhard въ рецензіи на Schmidt's Klagänderung, въ Göttingische gelehrte Anzeigen, 1889 г., № 16, стр. 644.

Такимъ образомъ, Leonhard присоединяется къ воззрѣнію Шмидта по вопросу о связи между составомъ измѣненія иска и объемомъ возраженія о законной силѣ рѣшенія.

Заявляя въ другомъ мѣстѣ прямо о правильности этого ученія, Leonhard находитъ, однако, не убѣдительными доводы Шмидта *).

Связь между названными явленіями вытекаетъ по Leonhard'у изъ текста статьи 240 (нынѣ 268) германскаго устава гражданскаго судопроизводства. По статьѣ этой,—говоритъ онъ,—нѣкоторыя составныя части иска прямо не подлежатъ измѣненію, другія не подлежатъ ему, по крайней мѣрѣ, въ видѣ общаго правила, которое въ тоже время многократно нарушается исключеніями, тамъ указанными.

Все, что есть «основаніе иска»,—выводитъ Leonhard,—безусловно неизмѣнно; все другое въ нѣкоторыхъ случаяхъ можетъ быть измѣняемо безусловно, въ другихъ—лишь по усмотрѣнію суда. Основаніе же иска не можетъ въ этомъ мѣстѣ означать чего-либо иного, кромѣ «признаковъ тождества претензіи»: иначе бы исключенія, тамъ указанныя, трудно было бы понять. Здѣсь основаніе иска,—говорится нѣсколько ниже,—можетъ имѣть лишь то значеніе, которое соотвѣтствуетъ понятію «Streitgegenstand» въ смыслѣ Шмидта. Статья 240, по всей видимости, желаетъ сдѣлать неизмѣнными, въ качествѣ основанія иска, тѣ заявленія, которыя опредѣляли-бы содержаніе законной силы рѣшенія при удовлетвореніи истца **).

Критерій для констатированія измѣненія иска видитъ въ объемѣ законной силы предполагаемаго рѣшенія также Julius Petersen.

Вопросъ о томъ, сохраняетъ-ли предъявленная исковая претензія свое тождество несмотря на измѣненіе въ обосно-

---

*) Ibid., 649.

**) Ibid., 649—650.

ваніи ея, требуетъ,—говоритъ Petersen *),—соображенія тѣхъ же обстоятельствъ, которыя имѣютъ рѣшающее значеніе въ другомъ вопросѣ. Этотъ послѣдній заключается въ томъ, не препятствуетъ-ли предъявленію иска съ означеннымъ измѣненнымъ обоснованіемъ уже вошедшее въ законную силу рѣшеніе по извѣстной исковой претензіи?

Для возможности предъявленія exceptionis rei judicatae,—разсуждаетъ Petersen,—не только требуется тождество предмета спора и сторонъ, но необходимо, чтобы оба иска покоились на одномъ и томъ же основаніи: должна быть въ наличности eadem causa.

Поэтому, между возраженіемъ о законной силѣ рѣшенія и возраженіемъ объ измѣненіи иска существуетъ тѣсная связь. Заключается она въ томъ, что одно изъ нихъ будетъ не умѣстно въ томъ случаѣ, когда было бы основательно другое.

Рѣшающее, однако, значеніе,—полагаетъ Petersen,—имѣютъ всегда условія законной силы рѣшенія.

Если измѣненіе основанія иска таково, что въ случаѣ отказа въ первоначальномъ искѣ не могло бы быть предъявлено претензіи съ измѣненнымъ обоснованіемъ безъ того, чтобы не вызвать возраженія о законной силѣ рѣшенія,—нѣтъ измѣненія основанія иска. Въ такомъ случаѣ на мѣсто первоначальной претензіи не ставится другой, по своей природѣ отъ нея отличной, но имѣется лишь дополненіе или исправленіе фактическихъ или юридическихъ данныхъ.

Напротивъ, есть измѣненіе основанія иска, если въ случаѣ новаго иска не могло бы быть предъявлено возраженія о законной силѣ рѣшенія, ибо изъ этого съ очевидностью слѣдуетъ, что иску дается другая основа, что претензія опирается уже не на туже самую, но на другую causa petendi.

---

*) Petersen въ Zeitschrift für deutschen Civilprozess, III, стр. 397 сл

Въ пользу такого же критерія высказывается еще, напримѣръ, Kleinschrod.

Требованіе въ юридической своей индивидуальности, — говоритъ Kleinschrod—есть то именно, о чемъ спорятъ; установленіе этого пункта имѣетъ весьма важное значеніе и для ученія объ exceptio rei judicatae, а это ученіе имѣетъ столь же важное значеніе для ученія объ измѣненіи иска.

Когда въ отдѣльномъ случаѣ возникаетъ вопросъ, не собьетъ-ли дѣла съ позиціи, если принять во вниманіе позднѣйшее добавленіе къ иску, то весьма прочнымъ пунктомъ опоры является изслѣдованіе другого вопроса: касалось-ли бы иска, основаннаго на новомъ изложеніи фактовъ, возраженіе о законной силѣ рѣшенія по иску первоначальному? *).

Въ объемѣ законной силы рѣшенія видитъ опредѣляющее значеніе для понятія основанія иска и для состава измѣненія основанія иска также и Felix Maas.

Положеніе о законной силѣ рѣшенія,—говоритъ онъ,— стоитъ въ тѣсной связи съ положеніями объ измѣненіи иска. Тождество претензіи опредѣляетъ, основательно-ли возраженіе объ измѣненіи иска, а равно и возраженіе о законной силѣ рѣшенія. Если получится утвердительный отвѣтъ, то первое возраженіе будетъ не допустимо, а второе основательно; если отвѣтъ будетъ отрицательный, получается обратное отношеніе. Такимъ образомъ, приведенныя возраженія взаимно исключаются.

Поэтому,—заключаетъ Maas,—изъ положеній закона объ условіяхъ законной силы рѣшенія можетъ быть сдѣланъ обратный выводъ объ условіяхъ измѣненія иска **).

Критеріемъ для сужденія о томъ, есть-ли измѣненіе иска,—говоритъ одинъ изъ комментаторовъ австрійскаго уста-

---

*) Kleinschrod, Klagänderung 26.

**) Maas, Der Klagegrund, стр. 35.

ва гражданскаго судопроизводства, Dr. Carl v. Fürstl,— служитъ вопросъ, таково-ли новое основаніе иска, что черезъ введеніе его не измѣняется природа претензіи и противъ вторичнаго предъявленія первоначальной претензіи могло бы быть выставлено возраженіе, exceptio rei judicatae, на основаніи состоявшагося рѣшенія *).

Въ объемѣ exceptionis rei judicatae видѣлъ масштабъ измѣненія иска Баденскій уставъ гражданскаго судопроизводства.

Считается измѣненіемъ иска,—значилось въ ст. 254 этого устава,—когда вошедшее въ законную силу рѣшеніе по первоначальному иску не служило бы основаніемъ для возраженія о вступленіи рѣшенія въ законную силу противъ иска измѣненнаго.

Въ законодательныхъ комиссіяхъ по составленію общаго германскаго устава гражданскаго судопроизводства также возникалъ вопросъ объ опредѣленіи состава измѣненія иска по объему законной силы рѣшенія. Но дальше предварительныхъ проектовъ положеніе это не прошло.

Въ ганноверскій проектъ внесена была статья, опредѣлявшая измѣненіе иска такимъ образомъ.

Измѣненіе иска имѣется,—гласилъ пунктъ 2 статьи 235 этого проекта,—въ томъ случаѣ, когда рѣшеніе объ отказѣ въ первоначальномъ искѣ, вступивъ въ законную силу, не давало бы основанія для exceptio rei judicatae противъ измѣненнаго иска **).

Предлагая, однако, это положеніе, редакторы проекта ясно сознавали несовершенство подобнаго рѣшенія вопроса объ измѣненіи иска. Поставивъ опредѣленіе состава измѣненія иска въ связь съ принципами законной силы судебнаго рѣшенія, проектъ имѣлъ въ виду не устранить трудности вопроса,

---

*) Dr. Carl von Fürstl, Die oesterreichischen Civilprozessgesetze mit Erläuterungen, I, 379.

**) Ганноверскіе протоколы, стр. 1568.

но лишь уменьшить. Впрочемъ, и въ этомъ отношеніи сознавалась неудовлетворительность. Затруднительность разрѣшенія вопроса объ измѣненіи иска,—понимали редакторы проекта,—не вполнѣ устраняются проектированнымъ рѣшеніемъ его, такъ какъ много сомнѣній существуетъ и по вопросу о законной силѣ рѣшенія *).

При обсужденіи ганноверскаго проекта еще больше обнаружились слабыя стороны его. Положеніе статьи 235^2 проекта,—возразили члены ганноверской комиссіи въ засѣданіи 18 Мая 1863 года,—имѣетъ чрезвычайно теоретическую окраску и уже по тому не пригодно для закона**).

Вмѣсто того, чтобы дать точные и ясные опорные пункты для сужденія о наличности измѣненія иска, статья 235 п. 2,—говорилось въ комиссіи,—отвѣчаетъ проблемою, въ каждомъ своемъ пунктѣ еще подлежащею разрѣшенію; при такомъ положеніи судъ былъ бы вынужденъ всякій разъ, когда возникнетъ вопросъ объ измѣненіи иска, производить сложныя операціи***).

Вводя подобный критерій, пытаются устранить одну трудность, вводя на ея мѣсто другую. Судить о томъ, допустимъ-ли измѣненный искъ послѣ отказа въ первоначальномъ, судить о предѣлахъ возраженія о законной силѣ рѣшенія по первоначальному иску столь же трудно, какъ и о томъ, имѣется-ли въ данномъ случаѣ измѣненіе иска. Съ равнымъ основаніемъ, можно было-бы выставить и составъ измѣненія иска какъ критерій предѣловъ законной силы судебнаго рѣшенія. Было-бы столь же мало опредѣлительно, выставить положеніе: законная сила судебнаго рѣшенія не препятствуетъ предъявленію новаго иска, если бы этотъ послѣдній надо было бы разсматривать въ отношеніи къ первоначальному какъ

---

*) Ibid., стр. 5364.

**) Ibid., стр. 1569.

***) Ibid, стр. 1570.

искъ измѣненный. Трудность же критерія такъ велика, что надо было бы создать отдѣльный процессъ для сужденія о томъ, каково было бы дѣйствіе первоначально предъявленнаго иска и каковы предѣлы законной силы вызываемаго имъ судебнаго рѣшенія *).

Кромѣ того, приведенный критерій,—признано было ганноверскою комиссіею,—слишкомъ съуживаетъ понятіе измѣненія иска.

Если, напримѣръ,—пояснялось такое замѣчаніе,—истецъ заявляетъ въ искѣ, что онъ далъ отвѣтчику взаймы 500 талеровъ 1 мая 1860 года, отвѣтчикъ же возражаетъ, что 1 мая онъ ничего взаймы не получалъ, а получилъ 2 мая, но что этотъ заемъ возвращенъ, то, если обѣ стороны согласны, что между ними имѣлъ мѣсто лишь одинъ заемъ, и отвѣтчикъ впослѣдствіи признаетъ 2 мая днемъ полученія денегъ, по принципамъ gemeines Rechtes, это будетъ считаться исправленіемъ иска. А по проекту надо будетъ считать это измѣненіемъ иска, ибо окончательное рѣшеніе объ отказѣ въ первоначальномъ искѣ не давало бы основанія для exceptio rei judicatae противъ иска измѣненнаго, такъ какъ заемъ 1-го мая совершенно иной, чѣмъ заемъ 2-го мая.

Также было бы и въ томъ случаѣ, если бы истецъ сначала требовалъ 500 талеровъ, а потомъ—300 талеровъ. По gemeines Recht это было бы лишь исправленіемъ, по проекту—нѣтъ, такъ какъ послѣ отказа въ искѣ объ уплатѣ по займу 500 талеровъ не было бы препятствій для иска объ уплатѣ 300 талеровъ по займу **).

Не смотря на такое отрицательное отношеніе ганноверской комиссіи къ опредѣленію наличности измѣненія иска по объему законной силы рѣшенія, въ 1876 году, уже въ

---

*) Ibid., стр. 1576.
**) Ibid., стр. 1569.

Рейхстагѣ, при обсужденіи проекта германскаго устава гражданскаго судопроизводства, было заявлено слѣдующее.

Проектъ,—заявилъ v. Amsberg,—стоитъ на той же точкѣ зрѣнія, что и Баденскій уставъ, допускающій измѣненіе иска по стольку, по скольку оно допустимо по принципамъ rei judicatae *).

Въ текстѣ дѣйствующаго законодательства не введено разбираемаго критерія. Тѣмъ не менѣе, германская судебная практика, несомнѣнно, придерживается его.

По основнымъ началамъ германскаго устава гражданскаго судопроизводства,—призналъ, напримѣръ, Reichsgericht,—между возраженіемъ о законной силѣ рѣшенія и измѣненіемъ иска существуетъ такая связь: если въ данномъ случаѣ противъ новаго иска не могло бы быть выставлено возраженіе о законной силѣ рѣшенія, тогда надо признать наличность измѣненія иска **).

Такого же способа опредѣленія наличности измѣненія иска придерживается и Баварскій ревизіонный органъ.

Наличность измѣненія иска констатируется имъ во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда окончательное рѣшеніе по первому основанію иска не служило бы препятствіемъ для иска, построеннаго на другомъ основаніи ***).

Таковъ же пріемъ, употребляемый и низшими судами.

Данная модификація,—высказалъ, напримѣръ, Дармштадскій Оберъ-Ландгерихтъ,—представляетъ собою измѣненіе иска въ виду того, что противъ иска въ модифицированномъ видѣ было бы выставлено возраженіе о законной силѣ рѣшенія, еслибы, въ случаѣ отказа въ искѣ по первоначальному осно-

---

*) Protokolle der Justiz Kommission des deutschen Reichtags, Berlin, 1876, стр. 542.

**) Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen, XIV [1886], стр. 347.

***) Рѣшеніе Баварскаго высшаго Ландгерихта 12 октября 1883 года въ Seuffert's Archiv, т. 39, № 90.

ванію, была произведена данная модификація для обоснованія новаго иска *).

Тѣмъ не менѣе критически-отрицательное отношеніе къ объему законной силы рѣшенія какъ критерію измѣненія иска пріобрѣтаетъ все болѣе сторонниковъ.

Въ 1863 году, видѣли мы, рѣзко отозвались въ отрицательномъ смыслѣ члены Ганноверской комиссіи.

Скептически отнесся къ такому критерію и Kühne въ его докладѣ объ измѣненіи иска, представленномъ 12-му съѣзду германскихъ юристовъ.

Останавливаясь на цитированной уже статьѣ Баденскаго устава, Kühne говоритъ. Съ этимъ опредѣленіемъ не уйти дальше, чѣмъ и съ воспрещеніемъ измѣнять основаніе иска. Въ этомъ случаѣ имѣетъ мѣсто idem per idem **).

Соглашается съ этимъ сужденіемъ и Bollinger.

Правильно замѣчаетъ Kühne,—говоритъ онъ,—отъ указанія на exceptio rei judicatae ничего не выиграть: и въ этомъ случаѣ надо самостоятельно рѣшать вопросъ, тождественно-ли въ своемъ существѣ вновь указанное основаніе иска съ другимъ, раньше заявленнымъ; такимъ образомъ, опредѣленіе измѣненія иска, данное баденскимъ уставомъ, по своей квалификаціи есть idem per idem***).

Всякую связь между составомъ измѣненія иска и объемомъ законной силы рѣшенія отвергаетъ, наконецъ, и Rümelin въ спеціальной статьѣ, посвященной этому вопросу.

Полное согласіе съ нимъ выражаетъ также Kiefe, вовсе не подвергая разбору ни воззрѣніе Рюмелина, ни оспоренное имъ ученіе ****).

---

*) Рѣшеніе 11 ноября 1882 года въ Zeitschrift für französisches Civilrecht, 15 [1884], 497.

**) Verhandlungen des zwölften Juristentages, 1875, стр. 236.

***) Bollinger, l. c., стр. 29—30.

****) Kiefe, Zur Lehre von der Klagänderung, 1899, стр. 52.

Господствующая доктрина,—заявляетъ Rümelin *),—ошибочна.

Въ одномъ только отношеніи,—признаетъ, онъ, однако,—нельзя оспаривать связь между измѣненіемъ иска и возраженіемъ о законной силѣ рѣшенія.

Если для истца, который сдѣлалъ промахъ при предъявленіи иска, оказывается закрытымъ одинъ путь—по отказѣ въ искѣ, предъявить новый, то долженъ быть возможенъ другой путь—исправить искъ въ теченіи открывшагося процесса. И равнымъ образомъ, если онъ не можетъ исправить иска, у него должна быть возможность предъявить новый искъ.

Въ концѣ 19-го вѣка не мыслимо jus strictum, которое связывало бы измѣненіе основанія иска съ наказаніемъ черезъ утрату права навсегда. Поэтому, правильно говоритъ Рейхсгерихтъ: гдѣ противъ вторичнаго иска могло бы быть выставлено возраженіе о вступленіи рѣшенія въ законную силу, тамъ нѣтъ мѣста для недопустимаго измѣненія иска**).

Но можно-ли,—спрашиваетъ Rümelin,—перевернуть это положеніе и сказать, какъ это дѣлаетъ господствующее мнѣніе, наоборотъ: гдѣ исключается возможность возраженія о законной силѣ рѣшенія, тамъ имѣется недопустимое измѣненіе иска? Не возможны-ли эти оба пути рядомъ. Если дозволяется истцу исправить свой искъ, а онъ этимъ не пользуется по неловкости или изъ трусости, какъ бы не вызвать возраженія объ измѣненіи иска, долженъ-ли онъ тогда непремѣнно подлежать дѣйствію возраженія о законной силѣ рѣшенія? Или же, съ другой стороны, если ему дозволено еще разъ предъявить искъ, заключается-ли въ этомъ непремѣнное слѣдствіе того, что въ первоначальномъ искѣ отвергаютъ исправленіе?

---

*) Rümelin, Klagänderung und Rechtskraft, въ Archiv für die civilistische Praxis, томъ 88, стр. 89 сл

**) Reichsgericht's Entscheidungen. т. 22, стр. 221.

Не давая прямого отвѣта на эти вопросы, Rümelin выдвигаетъ слѣдующее соображеніе цѣлесообразности, которое, однако, нисколько не говоритъ о взаимномъ отношеніи состава измѣненія иска къ объему законной силы рѣшенія.

Надо думать,—высказываетъ Rümelin, есть вѣсскія соображенія, которыя говорятъ какъ въ пользу сокращенія круга дѣйствія возраженія о законной силѣ рѣшенія, такъ и въ пользу возможно большаго уменьшенія злоупотребленій, связанныхъ съ измѣненіемъ иска. Оба возраженія—и о законной силѣ рѣшенія, и объ измѣненіи иска,—ведутъ къ гибели матеріальнаго права, возраженіе объ измѣненіи иска—по крайней мѣрѣ, къ значительному затрудненію судебной защиты. На это можно было бы согласиться лишь въ тѣхъ случаяхъ, когда того требуютъ неоспоримыя основанія, хотя бы, напримѣръ, основаніе обезпеченія права. Къ счастью, въ судебной практикѣ согласны всѣ въ томъ, чтобы оставлять для возраженія объ измѣненіи иска по возможности меньше мѣста, чтобы возможно энергичнѣе противодѣйствовать махинаціямъ, учиняемымъ на этомъ пути.

Эта тенденція встрѣчаетъ, однако,—какъ свидѣтельствуетъ Rümelin,—преграду. Если судья даже имѣетъ и большое желаніе отвергнуть возраженіе объ измѣненіи иска, ему приходится часто отступать отъ своего замысла изъ-за вопроса о томъ, какъ обстояло-бы дѣло съ законной силой рѣшенія. Поэтому, замѣчаетъ Rümelin, съ большою радостью надо-бы привѣтствовать освобожденіе отъ господства этой доктрины*).

Въ этомъ соображеніи Rümelin'а не отдѣлены одинъ отъ другого два вопроса: о наличности измѣненія иска и о допустимости измѣненія его. Соединяя же ихъ, Rümelin задаетъ вопросъ о наличности допустимаго измѣненія иска и, вмѣсто того, чтобы отвѣтить на вопросъ о томъ, находится-ли составъ измѣненія иска въ связи съ объемомъ законной

---

*) Rümelin, l. c., 90 и 91.

силы рѣшенія, говоритъ о политикѣ права по вопросу о допустимости измѣненія иска.

Не можетъ быть и рѣчи о томъ, чтобы описанная тенденція практики относилась къ опредѣленію состава измѣненія иска, она относится лишь къ допустимости этого измѣненія. Для достиженія же этой цѣли, для сокращенія случаевъ допустимости измѣненія иска, надо прежде всего точно представлять самый составъ измѣненія.

Если соображеніе объ объемѣ законной силы рѣшенія въ отдѣльномъ случаѣ останавливаетъ судью при рѣшеніи вопроса о допустимости измѣненія иска, въ этомъ нѣтъ того печальнаго явленія, о которомъ скорбитъ Rümelin.

Въ самомъ дѣлѣ, какъ бы ни желалъ судья ограничить кругъ дѣйствія возраженій объ измѣненіи иска, онъ не можетъ распространить свою охранительную тенденцію и на тѣ случаи, гдѣ вовсе нѣтъ измѣненія иска. Для того, чтобы рѣшить вопросъ объ умѣстности этого возраженія, надо рѣшить другой вопросъ о томъ, есть-ли именно въ данномъ случаѣ такое измѣненіе иска, противъ котораго направлено возраженіе. Если у суда имѣется критерій или хотя бы просто способъ провѣрки своего сужденія, въ этомъ лишь путь къ справедливдсти и къ законности. Можно было-бы только радоваться, если бы связь между измѣненіемъ иска и объемомъ законной силы рѣшенія могла имѣть такое значеніе для вопроса о составѣ измѣненія иска.

Но въ томъ именно вопросъ и заключается, имѣется-ли эта связь между названными явленіями и можетъ-ли одно изъ нихъ быть критеріемъ для рѣшенія вопроса о другомъ?

Rümelin отвергаетъ самую связь между составомъ измѣненія иска и объемомъ законной силы рѣшенія. Это положеніе выводитъ онъ слѣдующимъ образомъ.

Задачу искового прошенія составляетъ фиксированіе предмета спора, rei in judicium deductae. Но можно-ли ска-

зать,—спрашиваетъ онъ,—что это есть фиксированіе предмета спора именно въ смыслѣ rei judicatae?

Въ утвердительномъ отвѣтѣ полагаетъ Rümelin заключается не что иное, какъ petitio principii.

Для подготовки отвѣтчика, можетъ быть достаточно указанія на фактическій комплексъ (Thatbestandkomplex), который дастъ ему возможность, съ помощью собственныхъ свѣдѣній объ обстоятельствахъ даннаго дѣла, сообразить, принимать-ли процессъ или нѣтъ. Если отвѣтчикъ составилъ себѣ взглядъ на этотъ счетъ, онъ долженъ быть гарантированъ, что въ процессъ не будутъ введены совершенно иныя обстоятельства дѣла.

Для того же, чтобы опредѣлить объемъ законной силы рѣшенія, далеко еще не надо достаточно фиксировать фактическій составъ. Законная сила можетъ простираться на то, что было заявлено въ теченіи разбирательства для ближайшаго объясненія искового прошенія. Запрещеніе же измѣнять искъ относится къ тому, что фиксировано въ исковомъ прошеніи.

Такимъ образомъ, несмотря на communis opinio doctorum, Rümelin находитъ, что не можетъ быть рѣчи о связи между составомъ измѣненія иска и объемомъ законной силы рѣшенія. Вопросъ о моментахъ, по которымъ опредѣляется измѣненіе иска, подлежитъ самостоятельному изслѣдованію *).

Воззрѣніе, которое высказалъ Rümelin и поддержалъ Kiefe, нарушаетъ явно господствующее въ германской литературѣ мнѣніе по вопросу о связи между объемомъ законной силы рѣшенія и составомъ измѣненія иска.

Большинство не только признаетъ эту связь, но въ объемѣ законной силы рѣшенія видитъ и критерій для вопроса о наличности измѣненія, а не исправленія иска. Rümelin же и Kiefe отвергаютъ это ученіе въ самомъ корнѣ, не призна-

---

*) Rümelin, l. c., 101—104.

вая той связи между названными явленіями, на которой оно основано.

Позволимъ себѣ, однако, не согласиться вполнѣ ни съ господствующей доктриной, ни съ меньшинствомъ.

Вопреки Rümelin'у, нельзя не признавать тѣсной связи между составомъ измѣненія иска и объемомъ законной силы рѣшенія. Но, вопреки ученію, господствующему, нельзя видѣть въ одномъ изъ нихъ критерія для другого.

Составъ измѣненія иска имѣется тамъ, гдѣ искъ въ первоначальной формулировкѣ и искъ въ томъ видѣ, какъ онъ представляется послѣ присоединенія къ нему aliquid novi, не являются тождественными между собою.

Объемъ законной силы рѣшенія по иску въ первоначальномъ видѣ и объемъ ея по иску въ модифицированномъ видѣ совпадаютъ въ томъ случаѣ если послѣдній искъ, несмотря на модификацію, представляется тождественнымъ съ искомъ первымъ.

Наличность тождества между названными исками, съ одной стороны,—когда объ этомъ идетъ рѣчь по окончаніи процесса по одному изъ нихъ,—дѣлаетъ умѣстнымъ возраженіе о законной силѣ рѣшенія противъ другого иска; съ другой стороны,—когда вопросъ о тождествѣ между тѣми же исками возбуждается въ теченіи процесса по одному изъ нихъ,—та же наличность тождества знаменуетъ отсутствіе измѣненія иска, несмотря на модификаціи его.

Таково же соотношеніе между объемомъ законной силы рѣшенія и составомъ измѣненіи иска и въ противуположномъ случаѣ.

Отсутствіе тождества между искомъ въ первоначальномъ видѣ и искомъ модифицированнымъ сравнительно съ первымъ констатируетъ наличность измѣненія иска,—коль скоро рѣчь идетъ о соотношеніи между ними въ теченіи процесса по первому,—и дѣлаетъ неумѣстнымъ возраженіе о законной

силѣ рѣшенія противъ второго, когда вопросъ о тождествѣ возникаетъ по окончаніи процесса.

Такимъ образомъ, когда идетъ рѣчь объ опредѣленіи наличности или отсутствія измѣненія иска, необходимо произвести сравненіе тѣхъ же величинъ, соотношеніе между которыми должно быть установлено для отвѣта и на вопросъ объ умѣстности возраженія о законной силѣ рѣшенія по первоначальному иску противъ иска модифицированнаго.

Въ смыслѣ конструктивномъ оба случая представляютъ различіе. Въ вопросѣ о наличности измѣненія иска рѣчь идетъ о тождествѣ внутреннемъ: сравнивается искъ съ самимъ же собою въ различные моменты одного и того же процесса. При опредѣленіи умѣстности возраженія о законной силѣ рѣшенія сравненію подлежатъ искъ по процессу, уже оконченному, и искъ, предъявляемый для возбужденія другого процесса; такимъ образомъ, въ этомъ послѣднемъ случаѣ рѣчь идетъ о тождествѣ внѣшнемъ.

Различіе это, однако, не измѣняетъ существа сравниваемыхъ величинъ. При сравненіи искъ въ модифицированномъ видѣ является равносильнымъ иску, вновь предъявленному; различіе здѣсь лишь въ формѣ заявленія.

Поэтому, идетъ-ли рѣчь о тождествѣ внутреннемъ или тождествѣ внѣшнемъ, отвѣтъ о наличности или отсутствіи его въ одномъ случаѣ будетъ таковымъ и для другого.

Такимъ образомъ, между составомъ измѣненія иска и объемомъ законной силы рѣшенія по тому же иску имѣется, несомнѣнно, тѣсная связь, выражающаяся во взаимномъ соотношеніи признаковъ для разрѣшенія вопросовъ какъ объ одномъ, такъ и о другомъ.

Если искъ не вызываетъ противъ себя возраженія о законной силѣ рѣшенія по другому иску, надо заключить о тождествѣ въ этихъ искахъ ихъ основанія. Если же основаніе исковъ тождественно, то переходъ отъ такого

иска къ другому въ теченіе одного и того же процесса не будетъ составлять измѣненія основанія иска.

Существованіе этой связи имѣетъ то значеніе для ученія объ измѣненіи иска, что результаты изслѣдованій и практическаго опыта по вопросу объ объемѣ законной силы рѣшенія и умѣстности возраженія о ней пріобрѣтаютъ практическое значеніе и для вопроса о констатированіи состава измѣненія иска.

Это значеніе, однако, преувеличиваютъ, когда говорятъ, что объемъ законной силы рѣшенія и, значитъ, допустимость или недопустимость exceptionis rei judicatae, служитъ критеріемъ для вопроса о наличности измѣненія иска.

Вопросъ объ умѣстности возраженія о законной силѣ рѣшенія разрѣшается по тѣмъ-же признакамъ, что и вопросъ о наличности измѣненія иска. Поэтому если трудно разрѣшеніе одного изъ нихъ, въ такой-же мѣрѣ затруднительно и рѣшеніе другого *).

Такимъ образомъ, какъ это неоднократно уже отмѣчалось, выставляя названный критерій, отъ одной трудности обращаются къ другой, попадаютъ изъ огня да въ полымя.

Если затруднительнымъ оказывается вопросъ объ измѣненіи иска, то также затруднительно рѣшеніе вопроса и объ умѣстности возраженія о законной силѣ рѣшенія. Такимъ образомъ, чѣмъ труднѣе вопросъ объ измѣненіи иска, чѣмъ больше необходимъ критерій, тѣмъ труднѣе и вопросъ объ умѣстности exceptio rei judicatae, тѣмъ меньше, значитъ, представляетъ онъ качествъ, требуемыхъ отъ критерія, тѣмъ меньше даетъ онъ гарантіи правильности рѣшенія.

Если выставлять объемъ законной силы рѣшенія какъ

---

*) О практической трудности разрѣшенія какъ одного, такъ и другого вопроса свидѣтельствуетъ, напримѣръ, на основаніи пятидесятилѣтняго судейскаго опыта, Mittermaier, Die Ergebnisse der neuesten Verhandlungen einer Civilprozessordnung für Deutschland, въ Archiv für die civilistische Praxis, 47 [1864], 72.

критерій для вопроса о наличности измѣненія иска, то столько же было бы основанія сдѣлать и обратное. Такъ именно и сдѣлалъ, напримѣръ, Brodmann. Въ составѣ неизмѣнимаго основанія иска видитъ онъ критерій для установленія объема законной силы рѣшенія *). Но, такимъ образомъ, получается не разъ уже отмѣченное «idem per idem».

Связь между вопросами объ измѣненіи иска и о законной силѣ рѣшенія не даетъ, такимъ образомъ, критерія, который облегчалъ бы трудность разрѣшенія вопроса и гарантировалъ бы правильность рѣшенія.

Въ этомъ отношеніи нельзя не согласиться съ профессоромъ Stein'омъ.

Вопросъ объ измѣненіи иска,—говоритъ онъ,—не можетъ быть разрѣшаемъ въ зависимости отъ того, не препятствовало-ли бы новому предъявленію иска возраженіе о законной силѣ рѣшенія по иску первоначальному **).

Stein возстаетъ лишь противъ того, чтобы видѣть въ объемѣ законной силы рѣшенія критерій для вопроса объ измѣненіи иска, не отрицая, однако, самой связи между вопросами. Это видно изъ того соображенія, которымъ онъ подтверждаетъ свое положеніе.

Объемъ законной силы рѣшенія не можетъ служить критеріемъ потому,—говоритъ Stein,—что объемъ этотъ въ законѣ не опредѣленъ ***).

Такимъ образомъ, и взглядъ Stein'а основывается лишь на практической непригодности критерія, выставляемаго господствующею доктриною.

Не давая основанія для критерія, связь между измѣненіемъ иска и законною силою рѣшенія даетъ, однако, возможность провѣрить, испробовать правильность заключенія о

---

*) Brodmann, l. c., стр. 79.

**) Gaupp und Stein, Civilprozessordnung, I, стр. 578—579.

***) Ibidem.

наличности или отсутствіи измѣненія иска путемъ примѣненія исходнаго пункта заключенія къ разрѣшенію вопроса объ умѣстности возраженія о законной силѣ рѣшенія.

Примѣнительно къ такому значенію законной силы рѣшенія для вопроса объ измѣненіи иска, представляется возможность намѣтить грань, отдѣляющую измѣненіе иска отъ его исправленія.

Исправленіе, но не измѣненіе иска имѣется лишь въ томъ случаѣ, когда модификаціи, направленныя на первоначальный искъ не превращаютъ его въ новый, противъ котораго даже послѣ отказа въ первомъ искѣ, не было бы допустимо возраженіе о законной силѣ рѣшенія *). За этими предѣлами будетъ уже измѣненіе иска, а не исправленіе.

Провѣрка заключенія о наличности опредѣленнаго объема измѣненія иска черезъ предположительное разрѣшеніе вопроса объ умѣстности, при тѣхъ же данныхъ, возраженія о законной силѣ рѣшенія представляется желательною въ интересахъ справедливости. Такимъ путемъ предупреждается случай, когда новое заявленіе истца въ теченіи процесса было бы признано измѣненіемъ и потому не разсмотрѣно, а засимъ, по окончаніи процесса по иску первоначальному былъ бы предъявленъ искъ, въ заявленіи котораго было усмотрѣно измѣненіе иска первоначальнаго, и судъ допустилъ возраженіе о законной силѣ рѣшенія, усматривая вторичное предъявленіе одного и того иска.

Такимъ образомъ, не являясь критеріемъ для вопроса объ измѣненіи иска, несомнѣнно существующая связь между этимъ измѣненіемъ и объемомъ законной силы рѣшенія служитъ лишь способомъ повѣрки, лишь пробою правильности заключенія о наличности измѣненія иска.

---

*) Въ такомъ видѣ представлено соотношеніе между измѣненіемъ иска и законной силой рѣшенія у Fitting'a въ Archiv für die civilistische Praxis, томъ 61, стр. 433.

Такое воззрѣніе недавно выразилось въ практикѣ Reichsgericht'a.

Апелляціонный судъ,—говоритъ Reichsgericht,—поступилъ вѣрно, произведя пробу правильности (die Probe auf die Richtigkeit) своего заключенія объ измѣненіи иска, поставивъ себѣ вопросъ: даетъ-ли отказъ въ настоящемъ искѣ основаніе для предъявленія противъ новаго иска возраженія о законной силѣ рѣшенія?*).

Слабая сторона этого способа повѣрки заключается въ томъ, что для примѣненія его приходится строить предположеніе, было-ли бы умѣстнымъ возраженіе о законной силѣ рѣшенія, если-бы по иску первоначальному состоялось уже окончательное рѣшеніе, а послѣ этого былъ предъявленъ искъ въ измѣненномъ видѣ?

Но, такимъ образомъ, приходится производить сравненіе между двумя величинами,—основаніемъ иска первоначальнаго и основаніемъ измѣненнаго иска,—въ опредѣленіи которыхъ для даннаго случая и заключается трудность какъ вопроса объ измѣненіи иска, такъ и вопроса о законной силѣ рѣшенія —

VI. Попытка внести коррективъ въ эту сторону нашего вопроса сдѣлана Rümelin'омъ**).

Присоединяясь къ теоріи фактической индивидуализаціи, онъ считаетъ необходимымъ, прежде всего, дать критерій для выдѣленія, изъ всей совокупности обстоятельствъ дѣла, фактовъ основанія иска, и только послѣ этого, по опредѣленіи этой величины для сравненія, Rümelin считаетъ возможнымъ

---

*) Reichsgerichts Entscheidungen in Civilsachen, т. 48 (1901 г.), стр. 374—рѣшеніе 8 февраля 1901 г.

**) Rümelin, Klagänderung und Rechtskraft, въ Archiv für die civilistische Praxis, томъ 88, стр. 87—152.

проводить грань между измѣненіемъ основанія иска и его исправленіемъ.

Онъ предлагаетъ судить о наличности измѣненія иска примѣнительно къ тому, не нарушается-ли, черезъ это измѣненіе, делибераціонный интересъ отвѣтчика.

Интересъ этотъ заключается въ томъ, чтобы имѣть возможность заключить изъ обстоятельствъ дѣла, спорить-ли противъ иска или нѣтъ,—ut deliberet secum utrum potius velit cedere vel contendere *).

Съ такой точки зрѣнія Rümelin приходитъ къ слѣдующимъ выводамъ **).

Имѣется измѣненіе иска, когда изъ первоначальнаго исковаго требованія вовсе не видно претензіи истца или обнаруживается она настолько сомнительно, что, при должной сообразительности, отвѣтчикъ могъ рѣшиться вступить въ процессъ,—тогда какъ изъ измѣненнаго требованія претензія обнаруживается прямо.

Напримѣръ, приведены факты, изъ которыхъ видно, что лицо X. въ качествѣ непрямого представителя истца пріобрѣло право требованія на 1000 марокъ; о фактѣ цессіи упоминается лишь впослѣдствіи, такъ что отвѣтчикъ долженъ былъ сначала думать, что онъ долженъ лицу A.

Если первоначальное исковое требованіе таково, что хотя претензія истца кажется юридически основательною, но отвѣтчикъ долженъ прійти къ убѣжденію, что дѣло не можетъ такъ обстоять, что, должно быть, тутъ кроется обманъ либо подвохъ, то, засимъ, переходъ къ другому изложенію обстоятельствъ дѣла, которое можетъ или должно представляться

---

*) Ibid., 120 сл.

**) Ibid., 143 сл.

отвѣтчику вѣроятнымъ, будетъ заключать въ себѣ измѣненіе иска.

Напримѣръ, сначала заявляется, что наслѣдодатель отвѣтчика обѣщалъ подарить истцу 100 марокъ. Отвѣтчикъ полагаетъ, что его наслѣдодатель никогда не подарилъ бы ничего истцу. При дальнѣйшихъ объясненіяхъ обнаруживается, что наслѣдодатель, публичнымъ обѣщаніемъ награды, обязался уплатить истцу сумму въ 100 марокъ за исполненныя въ отношеніи къ нему дѣйствія.

Если, конечно, былъ извѣстенъ отвѣтчику фактъ, на которомъ истецъ строитъ свой искъ, если отвѣтчикъ зналъ или долженъ былъ знать, что онъ обязанъ что-либо исполнить, его делибераціонный интересъ не затрогивается такимъ измѣненіемъ требованія. Возраженіе объ измѣненіи иска должно быть отклонено. Но истецъ, измѣняющій свое требованіе, обязанъ доказать это положеніе, онъ долженъ предъявить контръ-возраженіе о непричиненіи своимъ измѣненіемъ ущерба (Gegeneinwand der Unschädlichkeit*).

Считая свой способъ констатированія измѣненія иска прочнымъ масштабомъ, критеріемъ, Rümelin не могъ самъ не предусмотрѣть возраженій противъ своей теоріи.

Скажутъ,—предполагаетъ онъ,—что при такой теоріи все ставится въ зависимость отъ положенія отдѣльнаго случая, отъ извѣстности отвѣтчику исковыхъ фактовъ.

Но,—возражаетъ Rümelin своему предполагаемому противнику,—именно въ приспособляемости (Anpassungsfähigkeit) принципа къ обстоятельствамъ отдѣльнаго случая я бы и хотѣлъ видѣть большое преимущество**).

---

*) Rümelin, l. c., 141—144.

**) Rümelin, l. c.. 146—147.

Приспособляемость критерія къ обстоятельствамъ каждаго отдѣльнаго случая, разумѣется, столь важное качество критерія, что и спорить нельзя противъ него. Ни de lege, ни de lege ferenda нельзя говорить о недопустимости такихъ явленій, которыя могутъ помочь приложенію неподвижной рамки закона къ вѣчно измѣнчивымъ условіямъ жизни. Если бы «интересъ рѣшимости» могъ въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ отмежевать на полѣ жизни тотъ участокъ, который не смотря на разнообразіе составныхъ частей, представлялся абсолютно тождественнымъ со всякимъ другимъ, отмежеваннымъ по тому же масштабу, то цѣль была бы достигнута. Отыскивая критерій для состава основанія иска, мы и имѣемъ въ виду тотъ показатель, который обнаруживалъ-бы тождество данной совокупности фактовъ при различномъ составѣ ихъ въ случаяхъ сравненія.

Здѣсь то и нужна та приспособляемость, въ которой справедливо видитъ достоинство Rümelin и противъ которой de lege lata споритъ Kiefe *): германскій уставъ гражданскаго судопроизводства ни въ въ новой, ни въ прежней редакціи не втискиваетъ въ понятіе основанія иска всегда неизмѣннаго состава.

Иное дѣло, однако, достигается-ли при критеріи Rümelin'а желанная приспособляемость? На этотъ вопросъ прійдется отвѣтить отрицаніемъ, коль скоро особенность каждаго случая, въ которомъ надо констатировать измѣненіе иска, зависитъ отъ признаковъ, лишенныхъ объективности. А это именно и получается, если надо считаться съ делибераціоннымъ интересомъ отвѣтчика. Различіе между измѣненіемъ и исправленіемъ иска сводится, съ точки зрѣнія

---

*) Kiefe, Zur Lehre v. d. Klageänderung, 33—34.

Rümelin'a, къ тому, знаетъ-ли отвѣтчикъ то обстоятельство, на которое ссылается истецъ; делибераціонный интересъ будетъ соблюденъ, если отвѣтчикъ знаетъ, что именно долженъ истецъ доказать *).

При такихъ условіяхъ, если-бы опредѣленіе Rümelin'a было даже правильно, то,—какъ уже отмѣтилъ Kiefe **),—слишкомъ много предоставлялось бы въ вопросѣ объ измѣненіи иска на усмотрѣніе суда. При отсутствіи объективности, это усмотрѣніе граничило бы съ произволомъ, легко переходя въ него. Суду приходилось бы производить психологическія изслѣдованія тамъ, гдѣ рѣчь идетъ объ объективномъ матеріалѣ, констатированіи фактовъ основанія иска въ первоначальномъ видѣ и въ позднѣйшемъ. При конструкціи Rümelin'a надо было бы соображаться съ освѣдомленностью и памятью отвѣтчика. Тогда оказывалось бы вовсе немыслимымъ измѣненіе иска при заочномъ производствѣ по неявкѣ отвѣтчика. Въ этомъ случаѣ, сознаетъ и самъ Rümelin ***), нельзя было-бы считаться съ освѣдомленностью его. Нельзя было бы сказать, имѣется-ли измѣненіе иска, такъ какъ у отвѣтчика нѣтъ и возможности судить о степени посягательства на его делибераціонный интересъ.

Такимъ образомъ, способъ, предложенный Rümelin'омъ, не можетъ быть пригоденъ для вопроса объ измѣненіи иска въ силу субъективнаго своего характера.

Заслуга Rümelin'a заключается, однако, въ томъ, что онъ сосредоточилъ вниманіе на той сторонѣ вопроса, гдѣ коренится самое основаніе запрета измѣнять разъ предъявленный искъ. Несомнѣнно, что запретъ этотъ, ограничивая сво-

---

*) Rümelin, l. c., 145.

**) Kiefe, l. c., 34.

***) Rümelin, l. c., 146.

боду истца, проистекаетъ изъ соображенія объ интересѣ его противника, объ интересѣ отвѣтчика въ защитѣ.

Останавливаясь на интересѣ защиты отвѣтчика, Rümelin поставилъ этотъ интересъ въ рамки, слишкомъ узкія и не соотвѣтствующія дѣйствительности. Весь интересъ отвѣтчика свелъ онъ къ тому,—рѣшиться-ли вступить въ процессъ или нѣтъ. Но за этимъ вопросомъ и интересомъ слѣдуютъ другіе—какія мѣры принять противъ истца, какъ защищаться противъ него?

Такимъ образомъ, ошибка Rümelin'а заключается въ томъ, что онъ съузилъ интересъ отвѣтчика, представивъ его лишь какъ делибераціонный, но не какъ интересъ защиты вообще.

Интересъ защиты уже не разъ выдвигался въ качествѣ руководящаго критерія для опредѣленія состава измѣненія иска

Такъ, въ ганноверской комиссіи предлагалось «считать допустимымъ измѣненіемъ иска такое измѣненіе основанія иска, которое не вынуждаетъ отвѣтчика къ другой защитѣ» *).

Интересъ защиты выдвигаетъ еще, напримѣръ, A. Förster.

Чтобы фиксировать границу между измѣненіемъ и исправленіемъ иска, Förster рекомендуетъ принимать въ соображеніе интересъ отвѣтчика: нельзя требовать, чтобы онъ направлялъ свою защиту то въ одну, то въ другую сторону **).

Къ этому же признаку защиты приходитъ и проф. Stein.

---

*) Протоколы, 1583; ср. 1574 и 1584.

**) A. Förster, Die Civilprozessordnung, стр. 418.

Измѣненіе основанія иска, по его взгляду, происходитъ въ томъ случаѣ, когда факты, образующіе основаніе иска, въ такой мѣрѣ измѣняются, что юридическая природа обстоятельствъ дѣла, а слѣдовательно и защита по дѣлу становятся иными *).

Признакъ защиты отвѣтчика какъ критерій въ вопросѣ объ измѣненіи иска нашелъ одобреніе и со стороны германской судебной практики.

Объ этомъ свидѣтельствуетъ, напримѣръ, слѣдующій случай изъ практики одного изъ германскихъ ландгерихтовъ.

Общество вспомоществованія бѣднымъ оказывало женѣ отвѣтчика по настоящему дѣлу денежное пособіе съ апрѣля по іюнь 1885 года. Названное общество предъявило искъ о возвратѣ выданныхъ за это время денегъ. Отвѣтчикъ возразилъ, что деньги эти онъ отправилъ Обществу по почтѣ, въ удостовѣреніе чего и представилъ надлежащую почтовую росписку. Тогда истцевая сторона, поддерживая свое требованіе, объяснила, что выше обозначенные мѣсяцы указаны ошибочно, такъ какъ пособіе выдавалось женѣ отвѣтчика также и съ октября по декабрь 1885 года.

Отвѣтчикъ предъявилъ возраженіе объ измѣненіи иска. Двѣ судебныхъ инстанціи оставили исковое требованіе безъ удовлетворенія. При разрѣшеніи вопроса о томъ, имѣется-ли въ данномъ случаѣ измѣненіе или же исправленіе основанія иска, соображенія были таковы. Критеріемъ признано было то обстоятельство, вынуждаетъ-ли отвѣтчика послѣдующее заявленіе истца, къ иной судебной защитѣ, чѣмъ до сихъ поръ. При утвердительномъ отвѣтѣ имѣется измѣненіе, а не исправленіе иска. Въ дѣлѣ, подлежавшемъ разсмотрѣнію, признано было отсутствіе тождества въ мо-

---

*) Gaupp-Stein's Civiprozessordnung, стр. 578.

ментѣ возникновенія претензіи, а потому и отсутствіе тождества между претензіею, заявленною въ исковомъ прошеніи, и претензіею, заявленною въ теченіи процесса *).

Признакъ защиты въ качествѣ масштаба для констатированія измѣненія иска, такимъ образомъ, не новъ.

Объ этомъ признакѣ надо сказать то же, что и о делибераціонномъ интересѣ. Это не критерій, разъ о нарушеніи интереса въ защитѣ судятъ лишь по соображенію субъективныхъ условій положенія отвѣтчика.

Интересъ защиты отвѣтчика имѣетъ, однако, важное значеніе какъ правильный исходный пунктъ для сужденія объ измѣненіи иска. Таково теоретически-принципіальное значеніе этого признака.

Онъ пріобрѣтаетъ и практическій смыслъ, если установить объективный признакъ для сужденія о положеніи интереса защиты отвѣтчика въ каждый данный моментъ процесса.

Въ чемъ же,—возникаетъ въ такомъ случаѣ вопросъ,—заключается этотъ объективный признакъ?

Защита отвѣтчика заключается въ представленіи возраженій противъ требованій истца. Для успѣха защиты, отвѣтчику надо опровергнуть тѣ доказательства, которыя будутъ представлены истцемъ, и представить доказательства своихъ возраженій. Для этого необходимо отвѣтчику знать, противъ чего прійдется ему защищаться, что прійдется опровергать. Опровергать же отвѣтчику надо то, что утверждаетъ и доказываетъ истецъ, т. е. опроверженію подлежитъ thema probandi.

Для того, чтобы дать возможность отвѣтчику оградить

---

*) Marcus, Zur Lehre über die Klagänderung, въ Zeitschrift für deutschen Civilprozess, X, 521—523.

такой интересъ, установлено правило, требующее изложенія въ исковомъ прошеніи «обстоятельствъ дѣла, изъ коихъ искъ проистекаетъ». Для того же, чтобы не допустить нарушенія этого интереса, воспрещается вообще измѣненіе иска и, въ частности, переходъ отъ одного основанія къ другому.

Интересъ защиты отвѣтчика въ описанномъ его значеніи будетъ соблюденъ лишь при условіи, чтобы и въ теченіи процесса надо было отвѣтчику опровергать то же самое, что и въ тотъ моментъ процесса, когда предметъ для сужденія опредѣляется только исковымъ ходатайствомъ.

Такимъ образомъ, соблюденіе описаннаго интереса тѣсно связано съ тождествомъ предмета опроверженія, т. е.,—говоря съ точки зрѣнія истца,—предмета доказыванія, ибо отвѣтчикъ обязанъ опровергать лишь то, что будетъ предварительно доказано истцемъ.

Если бы предметъ доказыванія измѣнился, пришлось бы и отвѣтчику измѣнить тотъ способъ защиты, какого до тѣхъ поръ намѣренъ былъ онъ держаться.

Но разъ способъ защиты отвѣтчика зависитъ отъ предмета доказыванія, есть и объективный признакъ для сужденія о томъ, нарушенъ-ли, вслѣдствіе введенія новыхъ данныхъ, интересъ отвѣтчика въ защитѣ. Таковымъ признакомъ и будетъ предметъ доказыванія.

Если, несмотря на всѣ модификаціи, направленныя на первоначальныя данныя, предметъ доказыванія остается тотъ же, какимъ былъ и во всѣ предшествующіе моменты процесса,—это означаетъ, что введеніе новыхъ данныхъ не нарушило интересовъ отвѣтчика: онъ такъ же подготовленъ къ защитѣ, какъ и до введенія измѣненій.

Коль скоро же объемъ измѣненія не оказался настолько великъ, чтобы затронуть интересы отвѣтчика,—это значитъ, что и основаніе иска, на которое было направлено измѣне-

ніе даннаго объема, сохранило свое тождество, т. е., не произошло измѣненія основанія иска, но лишь простое исправленіе.

Тотъ же объемъ модификацій, который необходимъ для состава измѣненія основанія иска, будетъ налицо лишь въ томъ случаѣ, когда совокупность фактовъ, составляющая основаніе иска, будетъ до такой степени модифицирована, что произойдетъ черезъ то перемѣна въ предметѣ доказыванія.

ГЛАВА ТРЕТЬЯ.

Измѣненіе основанія иска.

ОТДѢЛЕНІЕ ПЕРВОЕ.

Отрицательное опредѣленіе состава измѣненія.

Для наличности измѣненія основанія иска необходимо, чтобы модификація даннаго объема была направлена именно на тѣ факты, которые входятъ въ составъ основанія иска.

Поэтому нѣтъ измѣненія основанія иска тамъ, гдѣ измѣненіе направляется на такіе факты, необходимые для иска, которые не составляютъ, однако, правопроизводящей совокупности фактовъ, образующей основаніе иска.

Факты, входящіе въ составъ основанія иска, раздѣляются нѣкоторыми изъ изслѣдователей на нѣсколько категорій.

Какъ основаніе иска,—говоритъ Ullmann *),—истецъ долженъ привести:

а) факты, изъ которыхъ, по мнѣнію его, т. е. истца, возникло его право,—ex quo jus sibi ortum esse actor putat; эту категорію фактовъ именуетъ Ullmann фактами специфически правопроизводящими (die specifisch rechtserzeugenden Thatsachen), т. е. такими, которые, въ силу закона, обыкновенно имѣютъ дѣйствіемъ произведеніе даннаго права;

---

*) Ullmann, Das oesterreichische Civilprozessrecht, 1892, § 66.

б) факты, представляющіе данное право возникшимъ въ лицѣ истца по отношенію къ отвѣтчику (legitimatio activa et passiva);

в) факты, вслѣдствіе которыхъ исковая претензія представляется осуществимою судебнымъ порядкомъ именно въ данное время.

При такомъ составѣ основанія иска подъ измѣненіе основанія иска подойдутъ измѣненіе не только фактовъ, входящихъ въ составъ правопроизводящей совокупности,—что̀ только и составляетъ основаніе иска,—но также измѣненіе и фактовъ легитимаціи къ дѣлу и фактовъ повода.

Различное значеніе первой категоріи фактовъ сравнительно съ двумя слѣдующими отмѣчаетъ уже и Ullmann, называя факты основанія иска—фактами специфически правопроизводящими. Но этимъ самымъ Ullmann признаетъ правопроизводящее значеніе и за фактами легитимаціи и повода къ иску, признаетъ лишь количественное отличіе ихъ отъ фактовъ, изъ которыхъ возникло право истца.

Между тѣмъ, именно качественное различіе не позволяетъ относить факты повода и легитимаціи къ основанію иска и въ измѣненіи ихъ видѣть измѣненіе основанія иска.

§ 1. Измѣненіе фактовъ легитимаціи къ дѣлу.

Изъ заявленій истца должно быть видно, что данная претензія существуетъ какъ-разъ у даннаго лица противъ даннаго отвѣтчика. Факты, отмѣчающіе связь правоотношенія съ личностью истца или отвѣтчика, составляютъ активную или пассивную ligitimatio ad causam *).

Эти факты легитимаціи относятся многими къ числу фактовъ основанія иска.

---

*) Dernburg, Preussisches Privatrecht, 273; также: Struckmann und Koch, l. c., 278; Plank, l. c., I, 215; Kroll, l. c. 70.

Сторонникомъ такого воззрѣнія выступилъ рѣшительнымъ образомъ, напримѣръ, Bethmann-Hollweg *).

Произвольна и ошибочна,—высказываетъ онъ,—та терминологія, которая разумѣетъ понятіе основанія иска настолько узко, что относитъ къ нему только тѣ факты, которые обосновываютъ право истца in abstracto. По своему естественному смыслу, понятіе основанія иска обнимаетъ всѣ фактическія условія права на искъ, а слѣдовательно и легитимаціонный пунктъ. Этотъ послѣдній есть часть основанія иска **).

Такова же и практика высшихъ германскихъ судебныхъ учрежденій.

Основаніемъ иска, опредѣляетъ Reichsgericht, является не одна объективная сдѣлка, напримѣръ, купля-продажа, но и субъективное управомочіе (Berechtigung), т. е. данныя для рѣшенія вопроса о томъ, почему является истцемъ именно то лицо, которое можетъ осуществлять права по куплѣ***).

Таковъ взглядъ и Баварскаго Obersten Landgericht'a.

Къ правопроизводящимъ фактамъ, составляющимъ основаніе иска, разъяснилъ Landgericht, относятся также тѣ, благодаря которымъ право на искъ принадлежитъ именно данному истцу противъ даннаго отвѣтчика. Эта легитимація ad causam есть часть основанія иска: объективный составъ спорнаго права не отдѣляется отъ его субъективныхъ отношеній ****).

Къ основанію иска относятъ, такимъ образомъ, и тѣ факты, изъ которыхъ обнаруживается активная и пассивная

---

*) Bethmann-Hollweg, Versuche über einzelne Theile der Theorie des Civilprozesses,—Ueber die Legitimation zur Sache,—1827.

**) Ibid., 88—89, 91. Также еще, напримѣръ, Wetzell, System des ordentlichen Civilprocesses, 1865, 134; въ новѣйшее время Gaupp und Stein, Die Civilprozessordnung für das deutsche Reich, 1901, 522, 580.

***) Zeitschrift für deutschen Civilprozess, III, [1881], 496.

****) Рѣшеніе 8 марта 1894 г., въ Seuffert's Archiv, томъ 50, № 281.

легитимація, т. е. право истца требовать для себя судебной защиты и именно противъ даннаго отвѣтчика.

Исходя изъ такого воззрѣнія, усматриваютъ измѣненіе основанія иска въ томъ, что одно лицо выступаетъ въ теченіи процесса на мѣсто другого, въ томъ, что данное лицо измѣняетъ свою квалификацію какъ субъектъ процесса, напримѣръ, если одно и тоже лицо первоначально выступаетъ отъ собственнаго имени, а позднѣе выражаетъ желаніе продолжать процессъ въ качествѣ законнаго представителя другого лица *).

Такой случай имѣлъ мѣсто недавно въ австрійской судебной практикѣ.

Господинъ А., въ качествѣ домовладѣльца, предъявилъ искъ къ лицу Б. о вознагражденіи за вредъ, причиненный неисполненіемъ договора найма. Въ теченіи процесса обнаружилось, что домъ принадлежитъ не лицу А., но его дѣтямъ, что договоръ найма заключилъ онъ какъ законный представитель своихъ дѣтей. Тогда А. представилъ разрѣшеніе опеки на предъявленіе иска и просилъ допустить измѣненіе иска въ томъ смыслѣ, что онъ выступаетъ въ процессѣ уже не отъ своего имени, но какъ представитель своихъ дѣтей.

Первая инстанція отказала въ такомъ ходатайствѣ, находя, что недостатокъ въ legitimatio ad causam не можетъ быть восполняемъ послѣдующимъ разрѣшеніемъ опеки.

Вторая же инстанція,—Пражскій Ландгерихтъ,—и, засимъ, Императорскій и Королевскій Верховный судъ (k. k. oberste Gerichtshof), рѣшеніемъ 14 мая 1899 года, признали въ данномъ случаѣ измѣненіе основанія иска, именно въ субъективномъ отношеніи, такъ какъ вмѣсто одной, въ

---

*) Такъ: Kleinschrod, Klagänderung, 27; также: Протоколы ганноверской комиссіи, стр. 1571.

исковомъ прошеніи названной стороны, выступаетъ другая, не являющаяся правопреемникомъ первой *).

Къ измѣненію основанія иска относятъ еще, напримѣръ, тотъ случай, когда истецъ въ теченіи процесса направляетъ свой искъ на иного отвѣтчика, чѣмъ первоначально,—вмѣсто жены, допустимъ, противъ ея мужа **).

Если на мѣсто первоначальнаго субъекта въ процессѣ,—разсуждаетъ и Reichsgericht,—выступаетъ другой, не являющійся правопреемникомъп ерваго, то имѣетъ мѣсто измѣненіе основанія иска, такъ какъ активная легитимація составляетъ составную часть основанія иска ***).

Такой-же взглядъ высказанъ былъ и Правительствующимъ Сенатомъ.

Въ теченіи процесса, во второй инстанціи искъ былъ обращенъ къ женѣ первоначальнаго отвѣтчика въ той части исковаго требованія, въ которой было отказано первою инстанціею.

Обращеніе иска въ теченіи производства,—высказалъ Сенатъ,—къ новому отвѣтчику, если онъ не оказывается по закону отвѣтственнымъ преемникомъ первоначально отвѣтствовавшаго лица, должно быть почитаемо существеннымъ измѣненіемъ иска. Въ своемъ заключеніи Сенатъ исходилъ изъ соображенія, что «всякій искъ проистекаетъ изъ особливаго отношенія къ извѣстному лицу, которое не можетъ быть, по произволу истца, переносимо на другое лицо, не причастное къ тому отношенію, изъ коего возникло требованіе»; что «съ нарушеніемъ сего существеннаго правила несовмѣстно правильное производство судебно-гражданскаго дѣла, ибо, съ перемѣ-

---

*) Allgemeine österreichische Gerichts-Zeitung, 1900, № 11, стр. 94.
**) Schmidt, Klagänderung, 209.
***) Juristische Wochenschrift, 1887 г., стр. 271, № 5.

ною ответчика, всякій разъ существенно измѣнилось-бы самое основаніе иска» *).

Конечно, исковое требованіе, если оно основательно, истекаетъ изъ опредѣленнаго отношенія между истцемъ и отвѣтчикомъ; фактическій элементъ этого отношенія даетъ матеріалъ для основанія иска. Изъ того же отношенія вытекаетъ, наряду съ основаніемъ иска, также и легитимація къ дѣлу. Общее между основаніемъ иска и легитимаціей заключается въ источникѣ; но, засимъ, по своему значенію для процесса, это два различныхъ явленія: одно есть фундаментъ всего процесса, другое условіе для его возникновенія.

Измѣненіе одного не связано необходимымъ образомъ съ измѣненіемъ другого. Когда измѣняется фактъ основанія его, личный составъ процесса не измѣняется; тогда имѣетъ мѣсто измѣненіе процесса лишь въ объективномъ отношеніи. Наоборотъ, когда измѣняется фактъ легитимаціи, происходитъ измѣненіе лишь въ личномъ составѣ процесса, имѣетъ мѣсто субъективное измѣненіе процесса; основаніе же иска можетъ остаться тѣмъ же, какое было и до измѣненія факта легитимаціи.

Такимъ образомъ, измѣненіе факта легитимаціи не равносильно измѣненію факта основанія иска. Поэтому, напримѣръ, въ разсмотрѣнномъ случаѣ обращеніе иска къ новому отвѣтчику не означаетъ измѣненія иска, не есть объективное измѣненіе процесса, но составляетъ субъективное его измѣненіе, являясь перемѣною лишь въ личномъ элементѣ процесса.

Несогласное съ этимъ воззрѣніе на значеніе фактовъ легитимаціи основывается на томъ, что субъекты процесса считаются необходимымъ элементомъ иска. Между тѣмъ

---

*) Рѣшеніе гражданскаго кассаціоннаго департамента 1869 г., № 164 по дѣлу Очаковскаго.—Ту же мысль высказалъ Правительствующій Сенатъ и въ рѣшеніи 1876 г., № 160, по дѣлу Евстратова.

субъекты процесса являются лишь элементами самаго процесса же, равно какъ и искъ. Въ измѣненіи сторонъ, поэтому, имѣется измѣненіе процесса, но отнюдь не измѣненіе иска, представляющееся лишь однимъ изъ случаевъ измѣненія процесса.

Различіе въ значеніи фактовъ легитимаціи и фактовъ основанія иска заключается въ томъ значеніи, какое имѣютъ факты легитимаціи для построенія искового силлогизма.

Факты, посредствомъ коихъ устанавливается право истца на искъ (активная легитимація) или отвѣтственность противной стороны (пассивная легитимація) не входятъ въ составъ той посылки, которая составляетъ основаніе иска. Факты легитимаціи не обосновываютъ искового требованія, но лишь обусловливаютъ судебный порядокъ разсмотрѣнія его и постановленіе судебнаго рѣшенія. Это не основаніе иска, но лишь условіе права на искъ. Поэтому, когда въ теченіи процесса измѣняется фактъ, легитимирующій положеніе сторонъ въ процессѣ, происходитъ измѣненіе лишь въ условіяхъ права на искъ.

Неправильно, поэтому, поступаютъ тѣ, кто усматриваетъ измѣненіе основанія иска въ томъ, что истецъ, во время предъявленія иска не легитимированный, засимъ заявляетъ, что онъ пріобрѣлъ данное право лишь въ теченіи процесса. Истецъ,—поясняетъ Kleinschrod это положеніе,—не можетъ извлекать выгодъ изъ позднѣйшихъ благопріятныхъ для него измѣненій въ обстоятельствахъ дѣла *).

Характеренъ въ этомъ отношеніи такой случай.

А. предъявляетъ искъ къ Б. объ исполненіи договора, заключеннаго именно между ними. Б. отвергаетъ заключеніе договора. Послѣ допроса по этому предмету свидѣтелей, повѣренный лица А. заявляетъ, что названный договоръ съ лицемъ Б. заключилъ не А., а В. Представляя довѣренность

---

*) Kleinschrod, Klagänderung, 22.

отъ послѣдняго, повѣренный измѣняетъ искъ, ходатайствуя, чтобы судъ уважилъ его въ пользу лица В. *).

Въ этомъ случаѣ измѣняется личность истца; первоначальный истецъ оказался не имѣющимъ права на искъ; слѣдовательно, первоначально отсутствовалъ необходимый элементъ для процесса—легитимированный истецъ. Истецъ, впослѣдствіи указанный, есть истецъ легитимированный; только со вступленіемъ его оказываются на лицо элементы для процесса. Коль скоро первоначально не было истца, не могло быть и иска. Нельзя, засимъ, говорить и объ измѣненіи иска, когда впослѣдствіи является надлежащій истецъ; только съ этихъ поръ можетъ быть рѣчь объ искѣ и первоначальномъ возникновеніи процесса, но отнюдь нѣтъ измѣненія иска, нѣтъ и измѣненія процесса.

Таково-же положеніе дѣла было въ слѣдующемъ случаѣ, обсуждавшемся въ ганноверской комиссіи.

Не можетъ подлежать сомнѣнію,—высказалъ одинъ изъ ораторовъ,—что измѣненіе иска имѣется налицо, если въ исковомъ прошеніи лицо А. названо истцемъ, а повѣренный при словесномъ состязаніи объясняетъ, что при предъявленіи иска, лица А. не было уже въ живыхъ, и проситъ въ качествѣ истца считать лицо В. **).

Въ этомъ случаѣ не можетъ быть рѣчи объ измѣненіи иска, такъ какъ измѣнился лишь субъективный элементъ процесса—личность истца. Здѣсь имѣется лишь измѣненіе процесса, а для наличности измѣненія иска необходимо, чтобы модификаціи имѣли мѣсто въ теченіи одного и того-же процесса, хотя бы и въ различныхъ его стадіяхъ.

Не можетъ быть рѣчи объ измѣненіи иска и въ томъ случаѣ, когда измѣняется личность отвѣтчика. Само собою разумѣется, если искъ былъ предъявленъ противъ даннаго

---

*) Malkmus, Klagänderung und Parteirolle, 3.

**) Протоколы, 5363—5364.

лица и оказывается, что это лицо не есть настоящій отвѣтчикъ, долженъ быть предъявленъ новый искъ. Объ измѣненіи же иска говорить нельзя, ибо нѣтъ процесса, въ теченіи котораго оно могло-бы произойти *).

Высказанный нами взглядъ не разъ проводился уже и въ литературѣ, и въ судебной практикѣ.

Въ пользу нашего воззрѣнія высказываются, напримѣръ, Struckmann и Koch.

Вступленіе новаго истца въ процессъ,—говорятъ они,—на мѣсто прежняго или наряду съ нимъ, или обращеніе иска къ новому отвѣтчику вмѣсто первоначальнаго или наряду съ нимъ, не подходитъ подъ понятіе измѣненія иска; напримѣръ, если лицо А выступаетъ сначала какъ опекунъ лица Б, а засимъ отъ собственнаго имени, или сначала выступаетъ торговое товарищество, а засимъ—члены его.

Измѣненіе иска,—объясняютъ свой взглядъ Struckmann и Koch,—по своей природѣ можетъ имѣть мѣсто только между тѣми же сторонами, что были съ самаго начала. Перемѣна сторонъ можетъ произойти лишь путемъ предъявленія новаго иска или черезъ взятіе иска назадъ **).

Такимъ образомъ, по мысли, здѣсь выраженной, перемѣна сторонъ въ процессѣ не подходитъ къ составу измѣненія иска въ силу самой природы этого явленія.

Это несоотвѣтствіе между природою измѣненія иска и перемѣною въ фактахъ легитимаціи вытекаетъ изъ того, что факты, легитимирующіе денное лицо какъ сторону въ процессѣ, не входятъ въ составъ измѣняемаго объекта, не относятся къ существу иска, являясь, наравнѣ съ искомъ, самостоятельнымъ элементомъ процесса.

---

*) Такъ признано было и въ ганноверской комиссіи; Protokolle 5363—5364.

**) Struckmann und Koch, Civilprozessordnung, I, 1900, стр. 277.

Съ перемѣною сторонъ процессъ становится новымъ, если, конечно, до тѣхъ поръ онъ существовалъ. Это, однако, не будетъ измѣненіе иска, но явленіе sui generis.

Неправильно поэтому видятъ измѣненіе основанія иска въ такомъ случаѣ.

Предъявленъ искъ отъ имени корпораціи о возвратѣ имущества, отданнаго на храненіе. Въ теченіи процесса можетъ быть измѣненъ искъ въ томъ отношеніи, что въ качествѣ истца, вмѣсто корпораціи, выступаетъ 10 физическихъ лицъ, ее составляющихъ *).

Въ этомъ случаѣ,—поясняетъ Hellmann **),—искъ надо считать предъявленнымъ лишь въ тотъ моментъ, когда произведена поправка, ибо истецъ есть существенное условіе предъявленія иска (ein wesentliches Erforderniss der Klageschrift).

Такимъ образомъ, самъ же Hellmann признаетъ необходимымъ условіемъ для предъявленія иска наличность истца

Таковымъ можетъ быть лишь лицо, имѣющее право на искъ. Если же такого права у даннаго просителя не оказывается, не можетъ быть и самаго иска. Но можно-ли говорить объ измѣненіи того, что юридически не существовало?

Нѣсколько иначе обстоитъ дѣло въ томъ случаѣ, когда между первоначальною стороною и вновь выступающею существуютъ отношенія юридическаго преемства. Исковое прошеніе первоначальнаго истца сохраняетъ свою силу и для новаго истца, связаннаго преемствомъ съ первымъ. Сохраняетъ силу исковое прошеніе и въ отношеніи новаго отвѣтчика, поскольку онъ является преемникомъ правъ и обязанностей отвѣтчика первоначальнаго.

Измѣненіе въ исковомъ прошеніи въ этомъ случаѣ несомнѣнно. Тѣмъ не менѣе, нѣтъ въ этомъ измѣненія иска. Исковая претензія, выраженная въ исковомъ актѣ, остается

---

*) Hellmann, Lehrbuch, 419.

**) Ibid., 420.

незатронутою въ своемъ существѣ. Что просилъ первоначальный истецъ, о томъ же самомъ проситъ и истецъ новый. Основаніе требованій перваго остается тѣмъ же самымъ и у второго. Стороны, между которыми имѣетъ мѣсто споръ по данному иску, не вліяютъ на его существо. Измѣненіе ихъ не производитъ измѣненія иска.

Юридическія послѣдствія измѣненія сторонъ въ процессѣ не могутъ быть, такимъ образомъ, опредѣляемы по правиламъ объ измѣненіи иска. Послѣдній остается безъ измѣненій, когда происходитъ лишь преемство между сторонами легитимированными. Объ измѣненіи иска и вовсе не можетъ быть рѣчи, когда первоначально указанная сторона въ процессѣ не имѣла надлежащей легитимаціи и не могла передать своихъ правъ тому лицу, которое выступаетъ въ качествѣ стороны въ теченіи процесса.

При такомъ положеніи дѣла искъ оказывается предъявленнымъ,—какъ правильно замѣтилъ Hellmann,—лишь въ моментъ вступленія въ процессъ лица, обладающаго надлежащею легитимаціею. Натуральное дѣло, это возможно лишь въ такомъ процессѣ, какъ у насъ мировой, гдѣ предъявленіе иска не связано спеціальными формальностями. Въ противномъ случаѣ необходимо было бы предъявленіе иска новое, не стоящее въ связи съ первоначальнымъ, оказавшимся юридически недѣйствительнымъ.

Такимъ образомъ, измѣненіе фактовъ лигитимаціи иска не составляетъ измѣненія основанія иска, но особое явленіе, отдѣльно стоящее отъ измѣненія иска, такъ какъ, видѣли мы выше, перемѣна сторонъ въ процессѣ не вліяетъ на тождество иска *).

Возьмемъ такой случай, имѣвшій мѣсто въ австрійской судебной практикѣ.

---

*) Стр. 29—35.

Нѣкто А. предъявилъ къ пяти наслѣдникамъ лица Б. искъ объ уплатѣ долга ихъ наслѣдодателя. Одинъ изъ наслѣдниковъ отказался отъ наслѣдства. Тогда истецъ направилъ свое требованіе на остальныхъ. Въ этомъ не было усмотрѣно измѣненія иска. Здѣсь идетъ дѣло,—правильно разсуждалъ der oberste Gerichtshof,—ни объ отдѣльныхъ личностяхъ, ни о количествѣ наслѣдниковъ, но о томъ долгѣ наслѣдодателя который обязаны уплатить его наслѣдники *).

Существо иска,—предметъ требованія и основаніе его,—осталось безъ всякаго измѣненія, несмотря на перемѣну въ составѣ отвѣтчиковъ. Поэтому, объ измѣненіи иска не можетъ быть рѣчи. Что же касается до модификаціи въ субъективномъ элементѣ процесса, то значеніе ея и допустимость должны обсуждаться по соображеніямъ, вовсе не стоящимъ въ связи съ измѣненіемъ иска.

Въ данномъ случаѣ перемѣна въ составѣ отвѣтчиковъ, конечно, не связана съ перемѣною въ фактѣ легитимаціи. Legitimatio passiva имѣла здѣсь своимъ основаніемъ фактъ наслѣдованія послѣ лица Б., независимо отъ личности и количества его наслѣдниковъ. Въ такомъ случаѣ не произошло вовсе перемѣны въ процессѣ.

Аналогичное явленіе имѣло мѣсто и въ слѣдующемъ случаѣ изъ практики Reichsgericht'а.

Искъ былъ обращенъ къ господамъ В. Л. и С. Л., какъ единственнымъ хозяевамъ фирмы В. и С. Л. Впослѣдствіи, въ теченіи процесса истецъ узнаетъ, что эта фирма записана въ поземельныя книги какъ собственница спорнаго участка. Онъ проситъ тогда обратить искъ къ этой фирмѣ, наряду съ первоначальными отвѣтчиками.

Апелляціонная инстанція усмотрѣла въ этомъ измѣненіе иска, признавъ, что первоначально и послѣ модификаціи от-

---

*) Glaser-Unger-Walther, Sammlung civilrechtlicher Entscheidungen des obersten Gerichtshofes, томъ IX, № 4308,—рѣшеніе 8 ноября 1871 года.

вѣтная сторона была не тождественною, такъ какъ земельный участокъ есть имущество фирмы и представляется юридически отличнымъ отъ частнаго имущества хозяевъ фирмы.

Reichsgericht съ этимъ не согласился, найдя, что нѣтъ никакого измѣненія иска, если въ качествѣ отвѣтчика названа была въ теченіи процесса и фирма, къ хозяевамъ которой былъ раньше предъявленъ искъ.

Reichsgericht пришелъ къ правильному выводу объ отсутствіи въ данномъ случаѣ измѣненія иска. Но онъ поступилъ неправильно, не разграничивъ понятіе измѣненія иска отъ понятія измѣненія процесса въ субъективномъ отношеніи.

Объ измѣненіи иска не могло быть здѣсь и рѣчи. Что же касается измѣненія процесса,—о чемъ только и можно было говорить,—то Reichsgericht правильно не усмотрѣлъ такого измѣненія, признавъ тождество отвѣтчика не нарушеннымъ черезъ позднѣйшее поименованіе фирмы. Фирма купца,—разсуждалъ Reichsgericht,—это имя, подъ которымъ онъ ведетъ свое дѣло въ торговлѣ; поэтому претензія къ обоимъ отвѣтчикамъ какъ единственнымъ хозяевамъ фирмы идетъ и противъ фирмы, равно какъ и претензія къ фирмѣ касалась бы и лицъ, торгующихъ подъ этимъ именемъ *).

Въ приведенномъ случаѣ не было измѣненія процесса,—но отнюдь не измѣненія иска,—лишь потому, что юридически личность стороны оказалась тождественною въ обоихъ случаяхъ, подлежавшихъ сравненію. При нарушеніи же тождества надо было бы говорить о новомъ процессѣ, но вовсе не объ измѣненіи иска.

Правильно, поэтому, высказался одинъ изъ германскихъ судовъ въ случаѣ, гдѣ вмѣсто лица, предъявившаго искъ, выступилъ засимъ другой истецъ.

---

*) Рѣшеніе Reichsgericht'а 1 октября 1884 года,—Seuffert's Archiv, т. 41, № 34.

Здѣсь идетъ рѣчь, -разсуждалъ Оберъ-Ландгерихтъ въ Целле,—не просто объ измѣненіи иска, но, вмѣстѣ съ тѣмъ, о томъ, что, вмѣсто истца, предъявившаго искъ, вступилъ въ процессъ другой истецъ, т. е. о новомъ искѣ, который не былъ, однако, предъявленъ согласно установленнымъ на этотъ случай правиламъ *).

Въ этомъ случаѣ было лишь измѣненіе процесса, но вовсе могло быть рѣчи также и объ измѣненіи иска,—какъ высказалъ Оберъ-Ландгерихтъ, очевидно, подъ вліяніемъ господствующей доктрины.

Поворотъ къ нашему воззрѣнію можно видѣть и въ нашей кассаціонной практикѣ.

Правительствующій Сенатъ высказалъ, что къ измѣненію исковыхъ требованій никакъ не можетъ быть приразниваемо привлеченіе истцемъ третьяго лица съ цѣлью обратить на него взысканіе, коль скоро отводъ отвѣтчика, вызвавшій это привлеченіе третьяго лица, будетъ признанъ уважительнымъ.

Исковыя требованія,—разсуждалъ Сенатъ,—при этомъ не измѣняются, а если третье лицо и ставится на мѣсто прежде указаннаго отвѣтчика, то это дѣлается не по произволу истца, а вслѣдствіе отвода первоначальнаго отвѣтчика, не считающаго себя обязаннымъ отвѣчать по заявленному иску по приводимымъ имъ основаніямъ, обсужденіе основательности которыхъ зависитъ отъ суда **).

§ 2. Измѣненіе фактовъ повода къ иску.

Ullmann относитъ къ основанію иска, видѣли мы, и тѣ факты, вслѣдствіе которыхъ исковая претензія представляется осуществимою судебнымъ порядкомъ именно въ данное время. Это—факты повода къ иску

---

*) Seuffert's Archiv, т. 53 [1898], стр. 131.

*) Рѣшеніе гражданскаго кассаціоннаго департамента 1876 года, № 140, по дѣлу Опочецкой уѣздной земской управы.

При такомъ значеніи этихъ фактовъ, надо было-бы признавать въ измѣненіи ихъ измѣненіе основанія иска.

Таковъ именно и есть взглядъ тѣхъ изслѣдователей, которые, какъ и Ullmann, не отграничиваютъ фактовъ повода къ иску отъ фактовъ основанія иска.

Такъ, напримѣръ, проф. Stein относитъ къ основанію иска также и факты, выставляемые какъ условія для опредѣленія судомъ тѣхъ юридическихъ послѣдствій, которыхъ добивается истецъ *). Кромѣ фактовъ, которые обосновываютъ внутреннее содержаніе требованій истца,—говоритъ Stein въ другомъ мѣстѣ **), — къ основанію иска относятся также и такъ называемые Rechtsschutzvoraussetzungen, т. е., какъ онъ самъ опредѣляетъ, тѣ факты, которые, въ силу процессуальныхъ правилъ должны быть приведены въ подтвержденіе того, что при данныхъ обстоятельствахъ умѣстна и необходима судебная защита. Это—тѣ факты, которые необходимы для наличности actio nata, т. е.,—поясняетъ Stein,—die Fälligkeit при искахъ о присужденіи, интересъ истца—при искахъ о признаніи и т. п.

Такое же воззрѣніе, высказываетъ, напримѣръ, и Reinhold. Останавливаясь только на искахъ о присужденіи, поводомъ для которыхъ является всегда нарушеніе права, онъ говоритъ слѣдующее.

Нарушеніе права,—говоритъ Reinhold,—принадлежитъ безусловно къ основанію иска; но только при этомъ нельзя имѣть въ виду такого правонарушенія, въ причиненіи котораго былъ бы виновенъ отвѣтчикъ (Rechtsverletzung, von dem Beklagten verschuldete); достаточно, если у истца нѣтъ того, что ему ipso iure причитается и чтобы отвѣтчикъ фактически оказывался im Unrecht: иначе у истца не было-бы повода требовать судебной защиты.

---

*) Gaupp und Stein, Civilprozessordnung, 522.

**) Ibid., 580.

При искѣ, напримѣръ, о собственности правонарушеніе состоитъ въ томъ, что не собственникъ, а отвѣтчикъ владѣетъ вещью или что собственность задѣта отвѣтчикомъ инымъ путемъ. Это должно быть истцемъ указано и, въ случаѣ спора, доказано.

Искъ по обязательству обусловливается тѣмъ, чтобы срокъ долга наступилъ, а долгъ не былъ выполненъ; правонарушеніе состоитъ здѣсь въ неисполненіи, которое не нуждается въ доказываніи, ибо оно тождественно съ дальнѣйшимъ существованіемъ долгового обязательства, а предметъ доказыванія составляетъ не дальнѣйшее существованіе, но прекращеніе правоотношенія *).

Не выдѣляетъ фактовъ повода изъ состава основанія иска и Малышевъ.

Въ исковыхъ фактахъ видитъ онъ или активное основаніе, или пассивное основаніе иска **).

Подъ активнымъ основаніемъ разумѣетъ онъ пріобрѣтательные факты, какъ основанія положительныхъ исковъ, недѣйствительность или порочность акта съ причинами ея, какъ основаніе отрицательныхъ исковъ ***).

Пассивное основаніе или поводъ къ иску, по его опредѣленію, можетъ состоять или въ положительномъ дѣйствіи или состояніи, или въ упущеніи. Такъ, напримѣръ, лицо владѣетъ чужою вещью, товарищъ употребляетъ деньги товарищества на свои личныя дѣла, наниматель портитъ вещь,—все это дѣйствія положительныя. Но, напримѣръ, должникъ не платитъ долга, поставщикъ не поставляетъ припасовъ,—въ этихъ случаяхъ поводомъ къ иску служитъ упущеніе, дѣйствіе отрицательное или отсутствіе положительнаго дѣйствія ****).

---

*) Reinhold въ Zeitschrift für deutschen Civilprozess, т. 25, стр. 500.

**) Малышевъ, Курсъ гражданскаго судопроизводства, I [1874], 269.

***) Ibid., 432.

****) Ibid, 269—270

Присоединяя, очевидно, къ основанію иска и факты повода, Малышевъ въ другомъ мѣстѣ говоритъ «подъ основаніемъ иска мы разумѣемъ прежде всего активное основаніе» *), а нѣсколько ниже объясняетъ, что подъ основаніемъ иска можно разумѣть еще поводъ къ иску (пассивное основаніе **).

Но не «прежде всего», а исключительно «активное основаніе» является дѣйствительнымъ основаніемъ иска. Изъ того обстоятельства, что факты повода встрѣчаются наряду и въ тѣсной связи съ фактами основанія иска не слѣдуетъ, чтобы надо было подводить ихъ подъ одну общую категорію. Факты повода представляются существенно отличными отъ основанія иска. Данный фактъ потому именно относится къ основанію иска, что служитъ посылкою въ исковомъ силлогизмѣ. Факты же повода не имѣютъ этого значенія; они лишь обусловливаютъ допустимость судебной защиты, не вліяя на результатъ ея, разъ она допущена.

«Въ обыкновенномъ представленіи»,—отмѣчаетъ г. Маминъ ***),—«считается постоянно, что предъявленіе иска обусловливается прежде всего и необходимо нарушеніемъ права». Но это положеніе,—правильно замѣчаетъ далѣе тотъ же авторъ,—не имѣетъ вовсе абсолютнаго характера. Истецъ, говоритъ онъ, обращается къ судебной власти не всегда съ указаніемъ на нарушеніе принадлежащихъ ему правъ и съ ходатайствомъ объ устраненіи нарушенія.

Уже въ дѣйствующемъ нашемъ процессѣ есть иски, въ которыхъ истецъ домогается не устраненія причиненнаго нарушенія правъ, но лишь признанія за нимъ какого либо права. Таковы, напримѣръ, допущенные нашею кассаціонною практикою иски о признаніи договора не дѣйствитель-

---

*) Ibid.. 432.

**) Ibid., 433.

***) Маминъ, Объ основаніи иска, стр. 4.

нымъ въ виду вымышленности сдѣлки, въ немъ заключающейся, хотя бы по договору ничего и не взыскивалось *).

На Западѣ, а отчасти и у насъ (для губерній Прибалтійскихъ), допускаются и по общему правилу «иски о признаніи существованія или несуществованія юридическаго отношенія» **).

Существованіе и самая возможность такого рода исковъ подтверждаетъ ту мысль, что указаніе на послѣдовавшее нарушеніе права представляетъ одно изъ наиболѣе часто встрѣчающихся условій предъявленія иска, но вовсе не составляетъ неизбѣжно необходимаго элемента во всѣхъ искахъ ***).

Появленіе исковъ о признаніи только подчеркнуло, каково должно быть значеніе фактовъ повода въ составѣ иска. Правонарушеніе и поводъ для иска, обнаружилось, понятія не тождественныя: поводъ можетъ и не заключаться въ правонарушеніи. Но какъ при существованіи исковъ о признаніи, такъ и до этого времени фактъ повода долженъ былъ имѣть всегда одно и то же значеніе для иска: фактъ повода къ иску, будетъ-ли то правонарушеніе или какое-либо иное обстоятельство, не можетъ быть относимъ къ составу основанія иска.

Задолго до введенія въ Германіи исковъ о признаніи было уже высказано именно такое воззрѣніе на взаимное отношеніе фактовъ повода и фактовъ основанія иска. Въ 1853 году, т. е. почти за три десятилѣтія до введенія въ Германіи судебной реформы, узаконившей иски о признаніи, съ такимъ взглядомъ выступилъ G. Krüger ****).

---

*) Рѣшеніе гражданскаго кассаціоннаго департамента 1893 года № 67.

**) Объ этомъ ниже.

***) Маминъ, l. c., 5, 11.

****) G. Krüger, Ueber die Begründung der Klage und die generalitas libelli, въ Archiv für die civilistische Praxis, томъ 36 [1853], 190—219.

Много разъ высказывалось,—отмѣчаетъ онъ,—что для обоснованія каждаго иска требуется правонарушеніе. Но такое воззрѣніе,—правильно возражаетъ Krüger,—основывается на смѣшеніи основанія иска съ поводомъ къ нему. Этотъ послѣдній имѣется лишь тогда, когда отвѣтчикъ добровольно не исполнитъ своей обязанности совершить требуемое отъ него дѣйствіе, т. е.,—поясняетъ Krüger, далекій отъ мысли о возможности исковъ на случай нарушенія,—когда нарушено право истца требовать даннаго дѣйствія. Отсутствіе такого повода, то обстоятельство, что истецъ не имѣлъ необходимости судебнымъ порядкомъ добиваться этого дѣйствія, можетъ имѣть своимъ слѣдствіемъ лишь возложеніе судебныхъ издержекъ на истца. Но изъ-за того, что не было надобности предъявлять искъ, этотъ послѣдній не становится неосновательнымъ. Коль скоро существуетъ право требованія, искъ будетъ основателенъ, независимо отъ того, нарушитъ-ли отвѣтчикъ это право и вынудитъ-ли истца обратиться къ судебной помощи, или нѣтъ *).

Но и въ настоящее время нельзя еще сказать, чтобы разграниченіе фактовъ повода къ иску и основанія его представлялось воззрѣніемъ установившимся. И до сихъ поръ это лишь «une theorie en voie de formation». На ряду съ оппозиціей это ученіе успѣло уже, однако, найти и сильную поддержку.

Факты, изъ которыхъ видно, что былъ данъ поводъ къ иску,—говоритъ Petersen **),—что имѣется «actio nata», въ особенности, что претензія истца нарушена отвѣтчикомъ,—не относятся къ основанію иска. Тоже самое и съ фактами, изъ которыхъ обнаруживается юридическій интересъ къ немедленному подтвержденію правоотношенія, ибо этотъ интересъ обосновываетъ лишь допустимость иска о признаніи, но не относится къ основанію иска.

---

*) Ibid., 191.

**) Petersen, Civilprozessordnung, I, стр. 557.

Юридическій же интересъ есть лишь публично-правовой предѣлъ, за который не можетъ переходить дѣятельность суда; предѣлъ этотъ заключается внѣ основанія иска*).

Рѣзкое различіе между поводомъ и основаніемъ иска проводитъ профессоръ Гольмстенъ. Подводя ихъ подъ общее понятіе основанія иска, онъ различаетъ засимъ два вида: активное основаніе и пассивное.

Активное основаніе составляютъ, по его ученію, факты, изъ которыхъ должно быть видно, что данное подлежащее охраненію право въ лицѣ истца существуетъ.

Факты же, изъ которыхъ должно быть видно, что право нарушено отвѣтчикомъ, относитъ профессоръ Гольмстенъ къ иной категоріи, именуемой имъ пассивнымъ основаніемъ иска **.

Такое разграниченіе проводитъ и профессоръ Энгельманъ. Къ основанію иска относитъ онъ «наличность правопроизводящихъ фактовъ, которые, соотвѣтственно содержанію предъявленнаго иска, по гражданскому праву необходимы для установленія отыскиваемаго права».

Не называя такое основаніе иска прямо активнымъ, Энгельманъ говоритъ лишь о пассивномъ основаніи иска. Сюда относитъ онъ факты, изъ которыхъ видно, что осуществленіе его [истца] права встрѣчаетъ препятствія, или что оно нарушено, а потому нуждается въ судебной защитѣ ***).

Различіе между основаніемъ иска и поводомъ проводитъ и проф. Wach.

Претензія истца къ государству на оказаніе судебной защиты (Rechtsschutzanspruch), говоритъ онъ, обосновывается изложеніемъ обстоятельствъ дѣла (res in judicium deducenda) и основанія для защиты (Schutzgrund). Это послѣднее есть

---

*) Schultze, Konkursrecht, 150. Выдѣляютъ правонарушительные факты изъ состава основанія иска также: Struckmann und Koch, 314; Bähr. Urteile des Reichsgerichts, 1883, 153.

**) Гольмстенъ, Учебникъ, 148.

***) Энгельманъ, Учебникъ, 216.

«das berechtigte Rechtsschutzinteresse», фактъ, изъ котораго вытекаетъ право требовать судебной защиты *).

Такимъ образомъ, факты повода къ иску ни въ какомъ случаѣ не могутъ быть относимы къ составу основанія иска.

Различіе, между поводомъ и основаніемъ, на первый взглядъ, сглаживается въ искахъ о вознагражденіи за убытки. Здѣсь и основаніемъ иска, и поводомъ для него,—является правонарушеніе. Но, при ближайшемъ разсмотрѣніи, составъ его,—какъ установилъ профессоръ Гольмстенъ **),—въ томъ и другомъ случаѣ оказывается не одинаковъ. Основаніемъ иска будетъ правонарушительное дѣйствіе, коимъ нанесенъ убытокъ; поводомъ—неуплата вознагражденія немедленно по нанесеніи убытка.

Это не значитъ, однако, чтобы не могъ быть основаніемъ фактъ правонарушенія.

Когда искъ направленъ, напримѣръ, къ возмѣщенію убытковъ, то основаніемъ иска можетъ быть не что иное, какъ правонарушительный фактъ. Таково основаніе вообще исковъ ex delicto.

Правонарушительный фактъ правильно признанъ Сенатомъ за основаніе иска въ рѣшеніи 1888 г. № 1 по дѣлу Общества взаимнаго поземельнаго кредита.

Основаніемъ иска по этому дѣлу,—было установлено Сенатомъ,—служили неправильныя дѣйствія и упущенія отвѣтчиковъ-членовъ Правленія Общества, давшія возможность кассиру Общества произвести растрату.

Не что иное могло служить въ этомъ случаѣ основаніемъ иска, ибо искъ былъ о вознагражденіи за убытки, причиненные Обществу растратою капиталовъ, произведенною кассиромъ.

---

*) Wach, Zur Lehre vom Klaggrund, въ Gruchot's Beiträge, т. 33. Выясненіе состава повода со стороны Wach'а не имѣетъ, однако, значенія для опредѣленія состава основанія иска, ибо подъ основаніемъ иска Wach разумѣетъ не фактъ, а правоотношеніе. См. стр. 39.

**) Гольмстенъ, Учебникъ, 152.

Правильно признано было нарушеніе права за основаніе иска и въ другомъ рѣшеніи Сената. Основаніе иска,— высказалъ Сенатъ,—заключается въ предполагаемомъ со стороны истца, правильно или нѣтъ, нарушеніи отвѣтчикомъ принадлежащаго ему, истцу, извѣстнаго гражданскаго права*).

Въ этомъ случаѣ нарушеніе права было дѣйствительно основаніемъ иска, но не поводомъ. Сенатъ вовсе не высказалъ здѣсь положенія, чтобы всякое нарушеніе права являлось всегда основаніемъ иска, хотя бы и было лишь поводомъ къ нему.

Дѣло, по которому состоялось приведенное рѣшеніе Сената, заключалось въ слѣдующемъ.

Рашевскій предъявилъ искъ къ банку, въ которомъ было заложено его имѣніе, о признаніи недѣйствительною публичную продажу этого имѣнія и объ уничтоженіи совершенной на него данной.

Основаніемъ этого иска,—правильно призналъ Сенатъ, исходя изъ приведеннаго опредѣленія,—было нарушеніе банкомъ права собственности Рашевскаго на имѣніе незаконною продажею его.

Такимъ образомъ, въ своемъ опредѣленіи понятія основанія иска Сенатъ имѣлъ въ виду именно тотъ случай, когда нарушеніе права служитъ основаніемъ иска, но не только поводомъ къ нему. Нарушеніе служило въ разсмотрѣнномъ случаѣ основаніемъ иска, но не потому, чтобы подъ понятіе основанія подходилъ и поводъ къ иску.

Обобщеніе случая, когда нарушеніе является основаніемъ иска, потому именно неправильно, что представляетъ собою смѣшеніе двухъ различныхъ понятій повода къ иску и основанія его.

Въ этомъ именно заключается неправильность, напримѣръ, такого опредѣленія, какое даетъ г. Исаченко.

---

*) Рѣшеніе гражданскаго кассаціоннаго департамента 1888 г. № 102.

Подъ основаніемъ иска,—говоритъ онъ,—подразумѣвается нарушеніе извѣстнаго между сторонами юридическаго отношенія *).

Это опредѣленіе правильно лишь для отдѣльныхъ случаевъ. Поскольку, однако, нарушеніе права является лишь поводомъ для исковъ о присужденіи, это опредѣленіе не удовлетворяетъ требованію: ne aliud pro alio accipiatur. Подъ опредѣленіе же г. Исаченко подойдетъ не только то, что можетъ быть основаніемъ въ отдѣльной категоріи исковъ, но и то, что отнюдь не есть основаніе, а только поводъ для иска.

Такимъ образомъ, нарушеніе права не можетъ почитаться вообще основаніемъ иска; но не вездѣ является оно и въ значеніи лишь повода къ иску; не всегда, поэтому, перемѣна въ фактахъ нарушенія составляетъ измѣненіе основанія иска, но лишь въ тѣхъ случаяхъ, когда нарушеніе есть основаніе, а не поводъ. Таковъ, напримѣръ, слѣдующій случай изъ практики Reichsgericht'a **).

По договору 12 іюля 1898 года, коммандитное товарищество пароходства продало другому обществу свои пассажирскіе пароходы, совершавшіе до тѣхъ поръ правильные рейсы отъ Берлина вверхъ по Шпрее. Въ купчемъ договорѣ продавцы обязались не строить больше пароходовъ за свой счетъ, а равно, подъ страхомъ неустойки въ 5000 марокъ, не дозволять другимъ обществамъ и судохозяевамъ регулярныхъ рейсовъ къ ихъ локалямъ. Передача пароходовъ состоялась 16 іюля 1898 года.

Въ томъ же году, 1 октября покупатели предъявили искъ къ отвѣтственному члену товарищества, совершившаго продажу пароходовъ. Истцы требовали уплаты 5000 марокъ неустойки. При этомъ они объяснили, что означенную обязан-

---

*) Исаченко, Русское гражданское судопроизводство, I [1901], 137.

**) Рѣшеніе Reichsgericht'a 8 февраля 1901 года,—Reichsgerichts Entscheidungen, Band 48 [1901], № 83.

ность отвѣтчикъ принялъ на себя лично, и, несмотря на то, съ конца іюля 1898 года устроилъ регулярные рейсы вверхъ по Шпрее къ своей усадьбѣ.

При разсмотрѣніи дѣла въ апелляціонной инстанціи истцы сдѣлали слѣдующее новое заявленіе. Въ февралѣ 1899 г., объяснили они, отвѣтчикъ выставилъ у своей усадьбы объявленіе, что съ мая 1899 г. онъ устраиваетъ ежедневные, черезъ каждый часъ, рейсы отъ Яновицкаго моста къ своему локалю. Въ теченіи всего лѣта 1899 г. онъ и устраивалъ регулярно свои рейсы.

Указавъ на то, что дѣло начато было 1 октября 1898 г., отвѣтчикъ предъявилъ отводъ противъ заявленія истцевъ, такъ какъ, объяснилъ онъ, въ этомъ заявленіи заключается измѣненіе иска и такъ какъ истцы не имѣютъ права въ обоснованіе своего иска приводить тѣ противорѣчащія договору дѣйствія отвѣтчика, которыя относятся къ 1899-му году, т. е. ко времени послѣ предъявленія иска.

Истцы возражали, что измѣненія иска вовсе нѣтъ, такъ какъ основаніе иска составляетъ нарушеніе отвѣтчикомъ договора, а для этого не имѣетъ значенія, имѣется-ли нарушеніе договора, относящееся къ 1898 году, или къ 1899-му.

Reichsgericht высказался по этому предмету такъ.

Совокупность фактовъ, положенная въ основаніе иска 1 октября 1898 года, была совершенно самостоятельною, сама по себѣ законченною. Она заключалась въ слѣдующемъ. Шесть воскресныхъ дней въ іюлѣ и августѣ 1898 года совершались пароходные рейсы къ локалю отвѣтчика и каждый разъ о каждомъ отдѣльномъ случаѣ помѣщалось объявленіе въ газетахъ. Только эти рейсы составляли въ первой инстанціи основаніе исковой претензіи, опиравшейся на фактъ нарушенія договора.

Но апелляціонный судъ призналъ, что совершеніе этихъ рейсовъ не составляло неустойки. Такимъ образомъ, эти обстоятельства совершенно отпадаютъ въ качествѣ основанія

иска. Тогда истцы желаютъ во второй инстанціи придать своей претензіи новое фактическое обоснованіе. Изъ группы фактовъ, совершенно отдѣленныхъ и по времени, и по существу, отъ прежней совокупности фактовъ, выводятъ новое нарушеніе отвѣтчика.

Прежнее нарушеніе договора со стороны отвѣтчика ограничивалось, по времени, іюлемъ и августомъ 1898 года. Черезъ восемь мѣсяцевъ, съ мая 1899 года, отвѣтчикъ устраиваетъ новые рейсы къ своему локалю, и на этотъ разъ не только по воскресеньямъ, но ежедневно, и, притомъ, не по предварительномъ каждый разъ объявленіи о каждомъ отдѣльномъ рейсѣ, но по общему, ко всѣмъ рейсамъ относящемуся объявленію.

Надлежитъ признать,—полагалъ Reichsgericht,—что въ приведеніи этой новой фактической подкладки надо видѣть измѣненіе иска.

Здѣсь не идетъ рѣчи,—мотивировалось такое заключеніе,—о дополненіи первоначальнаго заявленія. Это послѣднее оказалось совершенно непримѣнимымъ и негоднымъ для того, чтобы обосновать исковую претензію. Оно совершенно отошло въ сторону, вовсе не принимается въ разсчетъ при новомъ заявленіи, не продолжаетъ какъ-либо существовать или въ чемъ-либо содѣйствовать тому, чтобы вмѣстѣ съ новымъ заявленіемъ создать опору для исковой претензіи; въ качествѣ основанія иска оно устранено вполнѣ. Въ виду этого, истцы въ аппелляціонной инстанціи вводятъ новыя обстоятельства, которыя не только по времени отдѣляются отъ прежнихъ, но, какъ показано, представляются совершенно иными и по существу. Поэтому они, совершенно независимо отъ первоначальныхъ, самостоятельно и лишь сами по себѣ приводятъ къ возникновенію исковой претензіи, по крайней мѣрѣ, по заявленію истцевъ въ данномъ дѣлѣ.—

Итакъ, факты повода должны быть отличаемы отъ фактовъ основанія иска. Послѣдніе индивидуализируютъ существо иска

и въ измѣненіи ихъ заключается измѣненіе иска. Черезъ измѣненіе же фактовъ повода къ иску, основаніе иска не измѣняется, измѣняются лишь условія для предъявленія иска именно въ данное время.

Это различіе необходимо имѣть въ виду при разрѣшеніи вопроса о томъ, имѣется-ли измѣненіе иска въ переходѣ отъ иска о признаніи къ соотвѣтственному иску о присужденіи *).

Характерная черта различія между этими исками заключается въ поводѣ обращенія за судебной защитой; переходъ отъ одного изъ нихъ къ другому сводится къ измѣненію повода для иска.

Какъ для иска о присужденіи, такъ и для иска о признаніи необходимъ поводъ,—тотъ фактъ, который обусловливаетъ необходимость истца въ судебной защитѣ со стороны государства.

Въ теоретическія сужденія по вопросамъ права судъ, по самому своему назначенію, входить не можетъ. Нужна практическая необходимость въ разрѣшеніи судомъ даннаго вопроса. Каждый искъ обусловливается наличностью юридическаго интереса въ эффектѣ, имъ вызываемомъ: «pas d'intérêt—pas d'action», «l'interêt, c'est la mesure des actions».

Наличность же юридическаго интереса обусловливается поводомъ къ иску, тѣмъ обстоятельствомъ, устраненія коего добивается истецъ, обращаясь къ содѣйствію суда. Два такихъ соподчиненныхъ условія имѣются какъ въ искѣ о присужденіи, такъ и въ искѣ о признаніи.

При первомъ, однако, взглядѣ на законодательства, трактующія объ искахъ о признаніи, дѣло представляется иначе.

---

*) Часть ниже помѣщаемыхъ сужденій о поводѣ къ иску и взаимномъ отношеніи между исками о признаніи и исками о присужденіи была уже напечатана въ моей статьѣ „Къ ученію объ искахъ о признаніи“, въ Вѣстникѣ Права, 1900, IX, 42 сл.

Германское и австрійское законодательства допускаютъ иски о признаніи при наличности юридическаго интереса въ немедленномъ подтвержденіи судебнымъ рѣшеніемъ существованія или несуществованія права или правоотношенія и подлинности или неподлинности документа *).

---

*) „Допускается,—гласитъ статья 256 германскаго устава гражданскаго судопроизводства,—искъ о признаніи (Feststellung) существованія или несуществованія правоотношенія, о признаніи документа или установленіи его подложности, если у истца есть юридическій интересъ въ томъ, чтобы данное правоотношеніе, подлинность или подложность документа были немедленно установлены судебнымъ рѣшеніемъ".

Почти буквально повторена статья 256 германскаго устава въ уставѣ австрійскомъ 1 августа 1895 года. Es kann.—говорится въ статьѣ 228 австрійскаго устава,—auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses oder Rechtes, auf Anerkennung der Echtheit einer Urkunde oder Feststellung der Unechtheit derselben Klage erhoben werden, wenn der Kläger ein rechtliches Interesse daran hat, dass jenes Rechtsverhältniss oder Recht oder die Urkundenechtheit durch eine gerichtliche Entscheidung alsbald festgestellt werde.

Въ 1889 году иски о признаніи введены въ нашъ уставъ гражданскаго судопроизводства для губерній Прибалтійскихъ. По статьѣ 1801 нашего устава, къ спорамъ о правѣ гражданскомъ относятся и иски о признаніи существованія или несуществованія юридическаго отношенія, коль скоро истецъ, въ данное время, имѣетъ законный интересъ въ подтвержденіи сего отношенія судомъ.

Предположено санкціонировать иски о признаніи и въ нашемъ уставѣ для всей Россійской Имперіи. По статьѣ 2 проекта новой его редакціи, выработанной комиссіею по пересмотру законоположеній по судебной части, искать судебной защиты предоставляется и въ томъ случаѣ, когда истецъ, по уважительнымъ основаніямъ, домогается установленія въ судебномъ порядкѣ его гражданскихъ правоотношеній къ противной сторонѣ.

Такимъ образомъ, предоставляется обращаться къ суду съ ходатайствомъ о подтвержденіи существованія (позитивный искъ о признаніи) или несуществованія юридическаго отношенія (искъ негативный) раньше, чѣмъ наступитъ нарушеніе права и возникнетъ право требовать удовлетворенія. Условіемъ допустимости иска о признаніи,—дабы онъ не былъ въ рукахъ недобросовѣстнаго истца средствомъ вредить отвѣтчику,—ставится наличность у истца достаточнаго основанія, обозначаемаго какъ юридическій или законный интересъ, уважительное основаніе требовать, чтобы поставленный вопросъ былъ разсмотрѣнъ немедленно.

Но изъ этого нельзя отнюдь выводить, чтобы условіемъ для иска о признаніи не считался поводъ къ нему. «Юридическій интересъ» не что иное, какъ слѣдствіе повода къ иску. Требуя слѣдствія, требуютъ и его причину. Qui veut la fin, veut le moyen.

Умолчаніе о причинѣ имѣетъ, однако, здѣсь свое основаніе. Законодатель напоминаетъ, что и иски о признаніи, какъ и иски о присужденіи, допустимы не иначе, какъ при наличности юридическаго, правильнѣе было бы практическаго, интереса. Характеръ же обстоятельства, вызывающаго интересъ, не существенъ, хотя и имѣетъ серьезное доказательное значеніе для наличности интереса.

Законодатель лишь выставляетъ ограничительное условіе допустимости исковъ о признаніи. «Юридическій интересъ»— внѣшній признакъ, коимъ долженъ обладать поводъ къ иску. Безъ этого признака повода нѣтъ, но, еще больше, нѣтъ и юридическаго интереса безъ повода.

Въ искахъ о присужденіи поводъ дается нарушеніемъ права. Но достаточно и перспективы нарушенія, достаточно положенія, вызывающаго неопредѣленность правовой сферы, для того, чтобы былъ налицо поводъ для иска о признаніи *).

Не является условіемъ для иска о признаніи,—разъяснилъ Правительствующій Сенатъ *),—«чтобы отвѣтчикъ предпринялъ какія-либо дѣйствія, въ коихъ проявляется нарушеніе правъ истца; необходимо лишь, чтобы фактическое состояніе права, въ конкретномъ его видѣ, оказалось такимъ, что истецъ, если не прибѣгнетъ къ немедленному содѣйствію суда, можетъ опасаться ущерба или умаленія объема этого права».

---

*) См. Вѣстникъ Права, 1900, IX, 43.

*) Рѣшеніе гражданскаго кассаціоннаго департамента 1895 г., № 80.

Въ первой части приведеннаго рѣшенія говорится только о поводѣ для иска; но то, что составляетъ поводъ для иска о присужденіи, не является таковымъ для иска о признаніи. Въ чемъ же состоитъ поводъ для послѣдняго, Сенатъ не говоритъ.

Во второй части приведенной выдержки говорится уже о результатѣ повода, о томъ состояніи истца, въ которое поставленъ онъ какимъ-либо обстоятельствомъ, какъ поводомъ къ иску о признаніи. Поводъ для иска и интересъ къ нему не различаются.

Попытку разграниченія сдѣлалъ профессоръ Wach *). Слѣдующимъ образомъ характеризуетъ онъ поводъ для иска о признаніи.

Во-первыхъ, противникъ долженъ словомъ, дѣломъ или упущеніемъ выступить противъ правомѣрнаго положенія. Нормальный случай—споръ при позитивномъ искѣ; при искѣ негативномъ—всегда лишь Rechtsanmassung.

Во-вторыхъ, поведеніе отвѣтчика должно создать неясность въ правовой сферѣ. Это должна быть субъективная неопредѣленность существующаго положенія вещей въ глазахъ третьихъ лицъ.

При искахъ позитивныхъ поводъ заключается въ томъ, что дѣйствіемъ отвѣтчика существованіе права истца или его осуществленіе становится сомнительнымъ и гадательнымъ.

При искахъ негативныхъ поводъ состоитъ въ томъ, что отвѣтчикъ выражаетъ притязаніе на данное право и тѣмъ подвергаетъ истца опасности ущерба въ его имущественной сферѣ.

Въ-третьихъ, неясность юридическаго положенія должна причинять ущербъ истцу въ его гражданскомъ обиходѣ.

При такихъ условіяхъ законными поводами для иска о

---

*) Wach, Der Feststellungsanspruch, 1889, 51 сл.

признаніи,—правильно высказалъ Dr. Franz Klein *),—могутъ быть всѣ безчисленныя происшествія, кои фактически или юридически, непосредственно или посредственно, воздѣйствуютъ на нашу юридическую или имущественную сферу и измѣняютъ ее, либо могутъ измѣнить во вредномъ для насъ смыслѣ. Не надо, при этомъ, чтобы эти событія были вмѣнимы отвѣтчику. Важенъ ихъ результатъ: разъ они вызываютъ у истца интересъ въ выясненіи его цивильныхъ правоотношеній, они суть законные поводы для иска.

Такимъ образомъ, для того, чтобы служить условіемъ допущенія иска о признаніи, чтобы быть поводомъ для него, каждое данное событіе должно создавать то, что именуется юридическимъ или законнымъ интересомъ.

Не достаточно, чтобы у истца явились субъективныя опасенія потерь, желаніе слышать лишній разъ подтвержденіе своихъ правоотношеній. Судъ существуетъ не для малодушныхъ, а для обиженныхъ.

Субъективный интересъ достаточенъ для начатія производства охранительнаго, но отнюдь не искового, предполагающаго, по самому своему существу, необходимость разграниченія сталкивающихся интересовъ.

Ни въ какомъ разграниченіи, ни въ какомъ искѣ не нуждается лицо, опасающееся утраты доказательства, напримѣръ, вслѣдствіе ожидаемой смерти свидѣтеля; здѣсь и имѣетъ мѣсто не искъ о признаніи, но лишь охранительное производство объ обезпеченіи доказательствъ.

Искъ признаніи оказался бы вовсе и не достаточнымъ для лица, заинтересованнаго въ предупрежденіи растраты своимъ кредиторомъ источника для уплаты долговъ: здѣсь нужны такія реальныя мѣры, какъ арестъ, но отнюдь не идейная лишь мѣра иска о признаніи.

---

*) Klein, Vorlesungen über die Praxis des Civilpocesses, Wien, 1900, 194.

Для наличности юридическаго интереса необходима неопредѣленность въ правовой сферѣ. Сюда относится какъ область частно-правовыхъ отношеній и тѣсно связанныхъ съ ними отношеній экономическихъ, такъ и область отношеній уголовно-правовыхъ, процессуальныхъ и административныхъ *).

Юридическій интересъ состоитъ въ необходимости законной силы рѣшенія для установленія безспорности выражаемаго въ немъ признанія **). Въ частности:

Во-первыхъ, юридическій интересъ долженъ касаться самого судебнаго рѣшенія, а не внѣпроцессуальныхъ результатовъ его***); юридическій интересъ налицо, когда достиженіе цѣли подлежащаго подтвержденію правоотношенія стало бы затруднительнымъ безъ подтвержденія его судебнымъ рѣшеніемъ ****).

Во-вторыхъ, юридическій интересъ заключается въ постановленіи судебнаго рѣшенія о признаніи раньше, чѣмъ стали бы возможными искъ и рѣшеніе о присужденіи о томъ же предметѣ.

Въ-третьихъ, юридическій интересъ долженъ быть уже существующимъ, а не предположительнымъ, въ виду фактовъ, еще не наступившихъ *****). Интересъ долженъ быть налицо какъ въ моментъ предъявленія иска, такъ и въ моментъ рѣшенія. Но въ теченіе процесса интересы могутъ мѣняться безъ измѣненія при этомъ иска ******).

---

*) Klein, l. c., 195; Reichsgericht въ рядѣ рѣшеній: Seuffert's Archiv, томъ 54, № 114; томъ 51, № 222. Иначе: Ott, Die Feststellungsklage, въ Allgem. oesterr. Gerichts-Zeitung, 1899, V—VI.

**) Hellwig, Anspruch und Klagerecht, 1900, Jena стр 427.

***) Degenkolb, Einlassungszwang und Urteilsnorm, Leipzig, 1877, 185, 201; Rocholl, Die Feststellungsklage im heutigen Klagensysteme, въ Zeitschrift für deutschen Civilprozess, VIII [1885], 380; Bähr, Urteile, стр. 167.

****) Weismann, Die Festellungsklage, Bonn, 1879, стр. 159, пр. 10.

*****) Рѣшеніе австрійскаго высшаго суда 30 декабря 1898 года, въ Gerichts Halle, 1899 г., № 20.

*****) Weismann, Feststellungsklage, 162

Такимъ образомъ, иски о признаніи допустимы при наличности всякаго обстоятельства, создающаго интересъ въ немедленномъ судебномъ подтвержденіи даннаго правоотношенія, или права о подлинности документа. Правильно выдвигается поводъ къ иску о признаніи въ статьѣ 2 проекта измѣненій въ нашемъ уставѣ гражданскаго судопроизводства: искъ о признаніи допускается при наличности «уважительныхъ основаній». Необходимо, однако, поясненіе «уважительности», въ смыслѣ «основаній для юридическаго интереса въ судебной защитѣ» *). Но во всякомъ случаѣ правильнѣе выдвигать въ качествѣ условія для иска поводъ къ нему, чѣмъ, какъ это дѣлалось до сихъ поръ, только юридическій интересъ. Послѣдній является существеннымъ условіемъ предъявленія всякаго иска, но отнюдь не характернымъ для отдѣльнаго вида исковъ.

Юридическій интересъ не представляетъ особенностей и въ искѣ негативномъ. Здѣсь интересъ тотъ же, что и при позитивномъ искѣ: выясненіе спорнаго юридическаго положенія**). Вопросъ, опять-таки лишь о поводѣ. Поводомъ является то обстоятельство, что кто-либо категорически или конклюдентными дѣйствіями заявляетъ о существованіи или возникновеніи въ будущемъ субъективнаго права; такая похвальба (Berühmung) можетъ существенно задѣвать юридическое и экономическое положеніе того, противъ кого направляется. Такому лицу принадлежитъ собственно лишь право возраженія въ случаѣ предъявленія къ нему иска. Ждать этого предъявленія было бы сопряжено съ значительнымъ вредомъ для будущаго отвѣтчика. Для этихъ случаевъ уже средневѣковая юриспруденція создала институтъ провокаціоннаго процесса.

---

*) Ср. Вѣстникъ Права, 1900 г., кн. IV—V, стр. 141.

**) Flechtheim, Die Struktur der negativen Feststellungsklage въ Zeitschrift für deutschen Civilprozess, XXV [1899], 405 сл.

Процессъ возникаетъ либо по provocatio ex lege diffamari (l. 5 C. 7, 14), либо по provocatio ex lege si contendat (l. 28 D. 46, 1). Когда кто-либо похвалялся, что имѣетъ притязаніе къ другому, послѣдній, находя похвальбу неосновательною, могъ предъявить въ судъ provocatio ex lege diffamari, могъ просить судъ о вызовѣ похваляющагося къ предъявленію иска по своему притязанію подъ страхомъ присужденія, въ случаѣ непредъявленія иска, къ вѣчному молчанію (sub poena perpetui silentii). Когда противъ извѣстныхъ притязаній у лица, обязаннаго по нимъ, были возраженія, которыя, съ теченіемъ времени, могли утратить свою силу (напримѣръ, возраженіе о безденежности заемнаго обязательства), такому лицу предоставлялось обратиться въ судъ съ provocatio ex lege si contendat, дабы судъ предложилъ кредитору предъявить искъ съ предвареніемъ, что, въ противномъ случаѣ, за возраженіемъ сохранится сила и на будущее время.

Вмѣсто этого процесса (Provocations= или Aufforderungs=verfahren), слишкомъ сложнаго и продолжительнаго, Германія и Австрія ввели негативный искъ о признаніи. Но поводъ для предъявленія его остался тотъ же—похвальба.

Убѣтельно доказано это Stölzel'емъ. Основная мысль его заключается въ слѣдующемъ.

Не въ сокращеніи круга защищаемыхъ интересовъ, но въ ихъ расширеніи состоитъ эволюція права. Новѣйшее законодательство не можетъ устранять исковую защиту въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ она допускалась до реформы. Провокаціонный процессъ имѣлъ мѣсто при наличности похвальбы (Berühmung). Послѣдней должно быть достаточно и для предъявленія негативнаго иска о признаніи, замѣнившаго прежніе вызывные иски *).

---

*) Stölzel, Zur Anwendung der Feststellungsklage въ Zetschrift für deutschen Civilprozess, 26 [1899], 322 сл.

Исключительно въ этомъ признакѣ видитъ характерную черту Otto Bähr. По его взгляду, искъ о признаніи, это тотъ же искъ, что и искъ о присужденіи, но лишь предъявляемый въ другой стадіи нарушенія. Эти два иска, вмѣстѣ съ искомъ о возмѣщеніи вреда, суть иски объ одномъ и томъ же правѣ, но соотвѣтствуютъ стадіямъ грозящаго, наличнаго и уже невозстановимаго нарушенія *).

При переходѣ отъ иска о признаніи къ иску о присужденіи и обратно измѣняется лишь поводъ къ иску, но отнюдь не основаніе иска. Рѣшеніе вопроса, составляющаго предметъ иска о присужденіи, должно покоиться на томъ же основаніи, что и рѣшеніе вопроса, составляющаго предметъ иска о признаніи.

Чтобы судить о существованіи правоотношенія, надо имѣть въ виду, какъ основаніе для сужденія, факты, производящіе, при данной правовой системѣ, отношеніе, изъ коего вытекаютъ права и обязанности сторонъ.

Эти же правопроизводящіе факты необходимы и какъ основаніе для иска, имѣющаго предметомъ фиксацію послѣдствій правоотношенія. Чтобы опредѣлить, возникло-ли право требованія, надо знать тѣ условія, при наличности коихъ оно могло возникнуть, т. е. удостовѣриться въ существованіи фактовъ, создающихъ правоотношеніе, порождающее права.

Неправильно, поэтому, говорятъ **), что искъ о признаніи покоится на основаніи, по объему своему болѣе узкомъ, чѣмъ соотвѣтственный искъ о присужденіи, что въ составъ основанія иска о присужденіи входятъ еще такіе фактическіе моменты, изъ коихъ явствуетъ наступленіе условія для осуществленія притязанія на присужденіе. Впрочемъ, добавляютъ,

---

*) Bähr, Urteile, 154.

**) Kayser, Beiträge zur Feststellungsklage въ Archiv für die civilistische Praxis, томъ 70, 469—472.

качественно основаніе одного иска не отличается отъ основанія другого.

Ошибка здѣсь въ томъ, что не разграничиваютъ фактовъ правопроизводящихъ, составляющихъ основаніе иска, отъ фактовъ, составляющихъ основаніе для иска, поводъ къ нему. Поскольку факты повода не входятъ въ составъ основанія иска, не имѣется въ такомъ случаѣ и измѣненія основанія иска.

Когда искъ о фиксаціи правоотношенія переходитъ позднѣе въ искъ о фиксаціи послѣдствій, изъ него вытекающихъ, предметомъ обсужденія будетъ одно и то же правоотношеніе, а исходнымъ пунктомъ для вывода заключенія объ удовлетвореніи искового требованія одни и тѣ же правопроизводящіе факты, составляющіе основаніе иска. Измѣняется лишь основаніе для иска, поводъ.

Но поводъ, видѣли мы, имѣетъ значеніе лишь по стольку, по скольку онъ констатируетъ юридическій интересъ; это есть условіе для допущенія иска; условіе же есть обстоятельство, стоящее внѣ существа иска, каковое, слѣдовательно, и не утрачиваетъ своего внутренняго тождества, коль скоро измѣненію подвергается лишь поводъ къ иску.

Къ существу иска относится то, что подлежитъ разсмотрѣнію суда для отвѣта на вопросъ истца, т. е. содержаніе искового требованія и его основаніе. Таковые, значитъ, при переходѣ отъ иска о признаніи къ иску о присужденіи остаются не измѣненными,—нѣтъ тогда и измѣненія иска.

Въ иномъ видѣ представляется вопросъ у тѣхъ изслѣдователей, которые не отграничиваютъ фактовъ повода къ иску отъ фактовъ основанія его.

Не проводитъ различія между ними, напримѣръ, Rocholl. Его сужденія по интересующему насъ вопросу таковы *).

---

*) Rocholl, l. c., стр. 394 сл.

Несмотря на тождественность въ обоихъ искахъ основного правоотношенія, при каждомъ изъ нихъ необходимы нѣкоторыя, къ основанію иска относящіяся данныя, которыя и различаютъ иски о признаніи отъ исковъ о присужденіи. Такую различающую часть основанія иска о признаніи образуетъ констатированіе юридическаго интереса, характерный же элементъ основанія иска о присужденіи составляетъ констатированіе реальнаго нарушенія права.

Такимъ образомъ, Rocholl включаетъ въ самый составъ основанія иска тѣ факты, въ измѣненіи коихъ состоитъ переходъ отъ иска о признаніи къ иску о присужденіи и обратно,—т. е. факты повода къ иску.

Чтобъ быть послѣдовательнымъ, Rocholl'ю не оставалось ничего другого, какъ видѣть въ переходѣ отъ иска о признаніи къ иску о присужденіи измѣненіе основанія иска, коль скоро, по его воззрѣнію, при такомъ переходѣ измѣненію подвергаются именно факты основанія иска.

Ставъ на неправильную принципіальную точку зрѣнія, Rocholl не могъ, однако, не замѣтить той практической несообразности, къ какой она приводитъ.

Легко возможенъ,—представляетъ онъ,—такой случай, что искъ о признаніи долженъ быть отклоненъ за недостаточностью юридическаго интереса въ немъ, тогда какъ совершившійся въ теченіи процесса по иску о признаніи переходъ къ иску о присужденіи могъ бы повести къ удовлетворенію истца и къ кондемнаціи отвѣтчика.

Представляя себѣ такую коллизію своего принципа съ дѣйствительностью, Rocholl и полагаетъ, что переходъ отъ иска о признаніи къ иску о присужденіи долженъ быть допустимъ, но только по практическимъ соображеніямъ.

При наступленіи того момента,—разсуждаетъ Rocholl,—когда могъ бы быть предъявленъ искъ о присужденіи, лицо, имѣющее право на искъ, не можетъ быть стѣсняемо въ за-

явленіи его претензіи изъ-за того только, что уже раньше былъ предъявленъ искъ о признаніи того же самаго правоотношенія. Въ противномъ случаѣ отвѣтчикъ былъ бы въ состояніи путемъ предъявленія негативнаго иска о признаніи отодвинуть свою кондемнацію до вступленія въ законную силу рѣшенія по иску о признаніи, и, засимъ, предъявленіе позитивнаго иска о признаніи могло бы помѣшать истцу своевременно предъявить искъ о присужденіи. Такъ какъ, въ виду exceptio litis pendentis, не возможно предъявленіе иска о присужденіи въ другомъ процессѣ, то должно быть дозволено превращеніе иска о признаніи въ искъ о присужденіи, если, конечно, истецъ докажетъ, что измѣненіе предмета, т. е. обращеніе права на признаніе въ право на присужденіе, наступило лишь во время процесса по иску о признаніи.

Rocholl'ю не пришлось бы, однако, идти въ разрѣзъ съ принципомъ, если бы была правильна исходная его точка зрѣнія. Ошибка Rocholl'я въ томъ и заключается, что онъ относитъ факты повода къ основанію иска. Правильная же принципіальная точка зрѣнія на составъ основанія иска ведетъ прямымъ логическимъ путемъ къ тому рѣшенію вопроса о переходѣ отъ иска о признаніи къ иску о присужденіи, къ какому хотѣлъ прійти и Rocholl, но лишь по практическимъ соображеніямъ, путемъ компромисса, въ ущербъ принципу.

Такимъ путемъ, однако, Rocholl разрѣшилъ только вопросъ о допустимости перехода отъ иска о признаніи къ иску о присужденіи, прямо утверждая, что въ этомъ переходѣ заключается измѣненіе основанія иска.

Между тѣмъ, при правильной исходной точкѣ зрѣнія, такая модификація иска потому именно и представляется допустимою, что она отнюдь не заключаетъ въ себѣ измѣненія основанія иска.

Такое воззрѣніе раздѣляется массою изслѣдователей вопроса.

Когда переходятъ отъ иска о признаніи къ иску о присужденіи и обратно, въ этомъ случаѣ,—категорически высказывается проф. Wach,—не можетъ быть и рѣчи объ измѣніи иска.

Понятіе измѣненія иска,—поясняетъ Wach свое положеніе,—примѣнимо лишь къ матеріальному предмету спора («Anspruch»), но не къ основанію судебной защиты (Rechtsschutzgrund). Если къ концу словеснаго состязанія окажется необходимость въ судебной защитѣ, было бы не разумно отклонить искъ. Поэтому достаточно для личнаго иска о присужденіи, если lite pendente наступитъ срокъ требованія,—достаточно для иска виндикаціоннаго, если еще до рѣшенія владѣніе перейдетъ къ отвѣтчику. Несомнѣнно, можно требовать присужденія, если былъ искъ о признаніи условнаго или срочнаго права и, засимъ, въ теченіи процесса наступитъ потребность въ его удовлетвореніи.

Если-бы,—говоритъ Wach далѣе,—не оказалось надобности въ удовлетвореніи права, не произошло нарушенія права,—отсюда вытекало-бы лишь отклоненіе иска о присужденіи, но не признаніе права, не требующаго удовлетворенія; для этого необходимъ самостоятельный интересъ въ признаніи.

Съ другой стороны, искъ о присужденіи не заключаетъ въ себѣ иска о признаніи. Но во всякое время въ теченіи процесса по иску о присужденіи истецъ можетъ предъявить требованіе о признаніи, если у него возникнетъ интересъ къ этому *).

Переходъ отъ иска о признаніи къ иску о присужденіи не означаетъ введенія въ процессъ новаго иска. Искъ о признаніи такъ же не новъ сравнительно съ искомъ о присужденіи, какъ представлялся бы новымъ и искъ о присужденіи,

---

*) Wach, Der Feststellungsanspruch, 42 - 44.

когда бы къ нему перешли отъ иска о признаніи, конечно, при условіи тождества основанія и предмета исковаго требованія.

Необходимость тождества именно этихъ послѣднихъ элементовъ въ двухъ сравниваемыхъ искахъ отмѣчаютъ Struckmann und Koch *).

Рѣшая вопросъ о составѣ измѣненія иска при переходѣ отъ иска о признаніи къ иску о присужденіи, говорятъ они, надо обращать вниманіе на то, въ какомъ взаимномъ отношеніи находятся оба иска.

Въ переходѣ отъ одного изъ нихъ къ другому не будетъ измѣненія иска только въ томъ случаѣ, когда первый искъ лишь подготовляетъ второй; напримѣръ, когда первоначально истецъ требуетъ признанія за нимъ права на поставку ему дровъ со стороны отвѣтчика къ извѣстному сроку, а, засимъ, съ наступленіемъ этого срока предъявляетъ требованіе о присужденіи отвѣтчика къ исполненію договора. Въ этомъ случаѣ происходитъ лишь перемѣна въ поводѣ къ иску, предметъ же требованія и основаніе его остаются безъ измѣненія.

Иначе представляется дѣло, когда бы сначала былъ предъявленъ искъ о признаніи такого правоотношенія, изъ котораго вовсе не усматривалось бы претензіи, предъявляемой засимъ посредствомъ иска о присужденіи. Напримѣръ, отъ иска о признаніи въ правахъ члена даннаго общества переходятъ къ иску о присужденіи къ платежу дохода, причитающагося членамъ этого общества.

Въ случаяхъ послѣдняго рода,—совершенно правильно высказываетъ Struckmann und Koch,—будетъ налицо измѣненіе иска, ибо нѣтъ здѣсь не одного лишь тождества повода, но не тождественными являются также и элементы существа иска.

---

*) Struckmann und Koch, Civilprozessordnung, 293.

Только въ случаяхъ перваго рода между искомъ о признаніи и искомъ о присужденіи будетъ такое отношеніе, при которомъ оба они по существу своему представляются тождественными. Только къ искамъ, состоящимъ въ такомъ соотношеніи, могутъ быть примѣнимы слова Bähr'a: искъ о признаніи—это тотъ-же искъ, что и искъ о присужденіи, но лишь предъявленный въ иной стадіи нарушенія права.

Исходя изъ этого воззрѣнія, Bähr, вполнѣ понятно, и не видитъ измѣненія иска въ переходѣ отъ иска о признаніи къ иску о присужденіи и обратно.

Если въ теченіи процесса по иску о признаніи,—говоритъ онъ,—возникнетъ право требовать исполненія, ничто не препятствуетъ обратить просьбу о признаніи въ просьбу о присужденіи.

Если, съ другой стороны, противъ иска о присужденіи будетъ предъявлено, напримѣръ, возраженіе, что срокъ требованія исполненія еще не наступилъ, истцу должно быть дозволено просить только о признаніи права, при условіи, конечно, наличности юридическаго интереса къ предъявленію такого иска *).

Выдѣляя факты повода изъ состава основанія иска, приходитъ къ нашему воззрѣнію и Kayser**).

Если,—говоритъ онъ,—предъявленъ искъ о признаніи того, что истецъ, являясь цессіонаромъ третьяго лица, имѣетъ право требовать опредѣленную сумму денегъ съ отвѣтчика, то какъ основаніе иска должны быть приведены факты, изъ которыхъ вытекало-бы, что отвѣтчикъ черезъ принятіе займа или инымъ образомъ обязался передъ цедентомъ, и что истецъ надлежаще пріобрѣлъ требованіе. При искѣ же о платежѣ,

---

*) Bähr, Urteile, 154—155.

**) Kayser, l. c., 464.

кромѣ этихъ фактовъ, нужны еще тѣ обстоятельства, съ наступленіемъ которыхъ возникаетъ право на платежъ.

Kayser упускаетъ, однако, изъ виду, что и для иска о признаніи необходимы обстоятельства, удостовѣряющія наличность юридическаго интереса, а также не говоритъ о томъ, что обстоятельства, наступленіемъ коихъ обусловливается возникновеніе права на платежъ, не входятъ въ составъ основанія иска. Изъ дальнѣйшаго лишь сужденія видно, что Kayser считаетъ основаніе иска тождественнымъ въ обоихъ сравниваемыхъ имъ случаяхъ; значитъ, обстоятельство, обусловливающее возникновеніе права на платежъ, какъ неодинаковое въ обоихъ случаяхъ, выдѣляетъ онъ изъ состава основанія иска.

На этомъ лишь основаніи Kayser и могъ изъ приведеннаго сопоставленія вывести правильное заключеніе, что процессъ по иску о признаніи существованія правоотношенія можетъ перейти въ процессъ о присужденіи, если наступитъ срокъ требованія по претензіи, что въ этомъ не будетъ измѣненія иска.

Кромѣ названныхъ, не усматриваютъ измѣненія иска въ переходѣ отъ иска о признаніи къ иску о присужденіи также Schmidt, Weismann, Petersen, Oetker*).

Раздѣляютъ это воззрѣніе въ нашей литературѣ г. Гессенъ и авторъ проекта новой редакціи нашего устава гражданскаго судопроизводства.

Если въ теченіи процесса искъ о признаніи превращается въ искъ о присужденіи, здѣсь нѣтъ, говоритъ г. Гессенъ **), недозволеннаго измѣненія требованія по существу:

---

*) Schmidt, Klagänderung, 199;—Weismann, Feststellungsklage, 112;—Petersen, Kommentar, 501;—Oetker въ Jurist. Literaturblatt, 1894 г., 14—15.

**) I. Гессенъ, Германскій искъ объ установленіи наличности и отсутствія гражданскихъ правоотношеній, въ Журналѣ Министерства Юстиціи, 1898, іюнь, 255.

дѣло идетъ о томъ же гражданскомъ правѣ и о тѣхъ же фактическихъ обстоятельствахъ, кои противорѣчатъ праву, но въ болѣе раннiй моментъ эти обстоятельства создавали неопредѣленность права, угрозу ему, а впослѣдствiи они же вызываютъ состоянiе неудовлетворенности.

Такимъ образомъ, г. Гессенъ заключаетъ объ отсутствiи измѣненiя иска въ разсматриваемомъ случаѣ именно изъ того, что факты повода не относятся къ основанiю иска, которое сохраняетъ свое внутреннее тождество, не смотря на перемѣну въ фактахъ повода.

Съ аналогичнымъ сужденiемъ согласилась и комиссiя по пересмотру судебныхъ уставовъ.

Искъ объ установленiи юридическаго отношенiя,—говорится въ объяснительной запискѣ къ проекту новой редакцiи устава гражданскаго судопроизводства,—и искъ о возстановленiи нарушеннаго права имѣютъ одно и тоже основанiе.

Посему переходъ отъ требованiя объ установленiи права къ требованiю объ удовлетворенiи (если въ теченiе производства наступили обстоятельства, дѣлающiя такое требованiе возможнымъ) и обратно не можетъ почитаться измѣненiемъ исковыхъ требованiй, основанiя иска; напримѣръ, вмѣсто взысканiя доходовъ, требованiе о признанiи лишь права на доходы, и обратно, напримѣръ, вмѣсто признанiя отвѣтчика обязаннымъ произвести платежъ въ опредѣленный срокъ—требованiе о присужденiи его къ платежу въ точной суммѣ за наступившiй въ теченiе процесса срокъ *).

По такимъ соображенiямъ и проектировано не считать увеличенiемъ или измѣненiемъ требованiй по существу, когда истецъ, вслѣдствiе измѣнившихся во время производства дѣла обстоятельствъ, ходатайствуетъ о возстановленiи нарушеннаго

---

*) Объяснительная записка, I, стр. 8 и 165—166.

права, вмѣсто первоначально заявленнаго требованія объ установленіи гражданскихъ правоотношеній сторонъ, или обратно *).

Нельзя не замѣтить, что такое положеніе, правильное съ принципіальной точки зрѣнія, вытекаетъ логически какъ изъ понятія измѣненія иска, такъ и изъ существа иска о признаніи и взаимнаго отношенія между нимъ и искомъ о присужденіи. Поэтому едва-ли можетъ быть мѣсто въ законѣ для детальированія послѣдствій, вытекающихъ изъ основныхъ понятій, хотя бы и недостаточно еще выясненныхъ наукою. Если новизна исковъ о признаніи для общерусскаго процесса побудила комиссію остановиться на этомъ вопросѣ, цѣль была бы достигнута и путемъ лишь введенія соотвѣтственныхъ поясненій въ мотивахъ къ закону.

Для объединенія нашей будущей практики по вопросу объ искахъ о признаніи, конечно, необходимо поясненіе. Но именно въ примѣненіи къ данному вопросу, какъ показываетъ примѣръ германской судебной практики, нельзя предполагать контроверзы.

За незначительнымъ исключеніемъ, суды Германіи рѣшаютъ нашъ вопросъ согласно съ литературнымъ большинствомъ.

Такова, прежде всего, практика высшаго судилища Германіи, Reichsgericht'a.

Въ одномъ изъ случаевъ, дошедшихъ до Рейхсгерихта, этотъ послѣдній высказался такимъ образомъ.

То обстоятельство, что срокъ предъявленія заявленной путемъ иска претензіи наступаетъ лишь въ теченіи процесса или получаетъ полную силу инымъ путемъ, не можетъ препятствовать осужденію отвѣтчика. Такимъ образомъ, на-

---

*) Проэктъ новой редакціи устава гражданскаго судопроизводства, 1900, ст. 187.

ступленіе срока требовать исполненія не составляетъ необходимаго условія для иска; достаточно, если срокъ этотъ наступитъ ко времени постановленія рѣшенія для того, чтобы присудить отвѣтчика къ требуемому исполненію. Отсюда слѣдуетъ, что заявленіе о наступленіи срока исполненія не относится къ фактамъ, кои должны быть приведены уже въ искѣ для обоснованія предъявленной претензіи, и, засимъ, что измѣненіе и новое предъявленіе заявленій относительно этого срока допустимо въ каждой стадіи процесса, какъ не заключающее измѣненіе иска*).

Такова практика и низшихъ судовъ Германіи. Вотъ, напримѣръ, сужденія Гамбургскаго Оберъ-Ландгерихта.

Основаніе иска о признаніи совершенно то же, что и при искѣ о присужденіи. Если искъ о признаніи признается основательнымъ или отвергается какъ неосновательный по существу, такое рѣшеніе создаетъ и для послѣдующаго иска о присужденіи окончательную силу относительно существованія или несуществованія правоотношенія. Можно поэтому присоединиться къ Bähr'у, что иски о признаніи, объ исполненіи и присужденіи суть иски объ одномъ и томъ же правѣ, но при различныхъ проявленіяхъ его нарушенія— соотвѣтственно нарушенію грозящему, наличному и уже безповоротному; поэтому и процессъ, смотря по фактическому развитію правонарушенія въ теченіе процесса можетъ переходить изъ одной стадіи въ другую **).—

Итакъ, факты повода къ иску, какъ и факты легитимаціи, хотя и обозначаются въ исковомъ прошеніи, не входятъ,

---

*) Рѣшеніе Рейхсгерихта 11 Апрѣля 1894 г., въ Seuffert's Archiv, т. 50 [1895[, № 48.—Ср. еще Zeitschrift für französisches Civilrecht, томъ 20, стр. 63.

**) Рѣшеніе 1884 года, Seuffert's Archiv томъ 40, № 87. Такова же практика и другихъ судовъ Германіи; ср., напримѣръ, Seuffert's Archiv, томъ 20, № 7, томъ 38, № 35, томъ 45, № 47.

однако, въ составъ основанія иска. Какъ бы ни было значительно измѣненіе по своему объему, оно не будетъ измѣненіемъ иска, если объектомъ, на который оно направлено, является фактъ, не относящійся къ основанію иска. Поэтому, если въ теченіи процесса будутъ приведены новые факты повода или легитимаціи, черезъ это не произойдетъ еще измѣненія иска.

ОТДѢЛЕНІЕ ВТОРОЕ.

Составъ измѣненія основанія иска.

§ 1. Факты основанія иска и ихъ измѣненіе.

Какіе же факты, необходимые для предъявленія иска, входятъ въ составъ той правопроизводящей совокупности, въ измѣненіи которой заключается измѣненіе основанія иска?

Когда въ отвѣтъ на этотъ вопросъ указываютъ на усмотрѣніе судьи и предоставляютъ судьѣ опредѣлять составъ основанія иска и его измѣненія по особенностямъ дѣла, въ этомъ есть доля правильности. Никто иной, кромѣ суда, не можетъ установить и основанія даннаго иска, и объема его измѣненія. Но и для судьи же нужны способы оріентироваться въ фактической сторонѣ дѣла и индивидуализировать искъ.

Поэтому, лишь на полдорогѣ останавливаются, напримѣръ, Fischer, Mayer, Kiefe, предоставляющіе весь вопросъ цѣликомъ на усмотрѣніе суда, безъ всякихъ руководящихъ масштабовъ *).

---

*) Fischer, Identität, 39; Mayer, Anspruch und Rechtskraft, 21; Kiefe, Klagänderung, 39.

Къ тому же положенію вопроса приводитъ и опредѣленіе Dernburg'a.

Для обозначенія основанія иска,—говоритъ онъ *),—необходимы не всѣ тѣ факты, которые являлись бы обусловливающими существованіе права, если бы подвергнуть его теоретическому расчлененію. Судъ долженъ требовать лишь тѣ факты, которые, по сужденію свѣдущаго человѣка, ясно представляющаго себѣ жизненныя отношенія, должны создавать презумпцію существованія даннаго права.

Не болѣе опредѣлителенъ и другой пріемъ обозначенія фактовъ, предлагаемый Dernburg'омъ. Достаточно,—говоритъ онъ,—чтобы были приведены, какъ основаніе иска, такіе факты, изъ которыхъ, nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge, слѣдовало бы заключить о возникновеніи права **).

Если отнесеніе даннаго факта къ составу основанія иска зависитъ отъ усмотрѣнія суда, это не значитъ, чтобы составъ основанія иска зависѣлъ отъ произвола суда. Послѣдній долженъ имѣть въ виду тѣ общія рамки, которыя надлежитъ ему заполнять содержаніемъ каждаго отдѣльнаго случая. Такими рамками является положеніе фактовъ основанія иска какъ одной изъ посылокъ силлогизма и отношеніе этой посылки къ другой.

Факты, какъ выше уже было отмѣчено, являются основаніемъ иска лишь тогда, когда имѣется налицо и другая посылка—соотвѣтственная норма права, которую надлежитъ знать суду ex officio. Если стороны не обязаны обозначать эту норму права, тѣмъ не менѣе, факты основанія иска должны быть на столько подвергнуты расчлененію, чтобы оказывались налицо фактическія условія для примѣненія той или иной правовой нормы. Если въ изложеніи фактовъ не ока-

---

*) Dernburg, Preussisches Privatrecht, 273.

**) Dernburg, ibid.

жется того или иного условія для примѣненія какой-либо вообще нормы, исковое требованіе будетъ неосновательнымъ или незаконнымъ.

Такимъ образомъ, факты входятъ въ составъ основанія иска въ предѣлахъ, необходимыхъ для того, чтобы исковое требованіе не было неосновательнымъ. Такая лишь совокупность фактовъ будетъ основаніемъ иска, которая имѣетъ прямое отношеніе къ какому-либо юридическому основанію, auf einem Rechtsgrund *). Совокупность фактовъ должна представлять фактическій субстратъ того субъективнаго права, котораго добивается истецъ. Это тѣ фактическіе признаки, которые должны быть налицо для того, чтобы могли наступить извѣстныя юридическія послѣдствія **).

Къ основанію иска относится,—какъ опредѣляетъ Betzinger,—совокупность тѣхъ фактическихъ признаковъ или условій, которые должны быть установлены въ процессѣ для того, чтобы исковое требованіе могло быть подведено подъ какую-либо норму гражданскаго права и распознаваемо въ качествѣ индивидуальной претензіи ***).

Основаніе иска, по составу фактовъ, должно удовлетворять требованію распознаваемости того права, которое можетъ быть признано за истцемъ, если, конечно, требованіе его не только окажется основательнымъ, т. е. подходящимъ подъ одну изъ нормъ объективнаго права, но и будетъ обосновано путемъ убѣдительныхъ съ точки зрѣнія суда доказательствъ.

Соотвѣтственно этому, составъ фактовъ основанія иска долженъ быть опредѣляемъ судомъ съ точки зрѣнія основательности искового требованія, т. е. съ примѣненіемъ къ фак-

---

*) Struckmann und Koch, Civilprozessordnung, 280.

**) Betzinger, Beweislast, 296.

***) Betzinger, l. c., 306—307.

тамъ, истцемъ указаннымъ, подходящей къ нимъ, по взгляду суда, нормы права.

Пособіемъ же при такой логической операціи является принятіе въ соображеніе тѣхъ условій, при которыхъ исковое требованіе оказалось бы не только основательнымъ, но и обоснованнымъ. Установивъ подходящую правовую норму, судъ долженъ, засимъ, опредѣлить какія именно обстоятельства изъ указанныхъ истцемъ должны быть констатированы для того, чтобы могла имѣть примѣненіе та норма, которая, по заключенію суда, относится къ данному случаю. Обстоятельства, являющіяся предметомъ доказыванія, и будутъ тѣми фактами, изъ которыхъ состоитъ основаніе даннаго иска.

Правильно поэтому опредѣлено понятіе основанія иска у Felix Friedenthal'я *).

Основаніе иска,—высказываетъ онъ,—составляютъ тѣ заявленія истца, которыхъ было бы само по себѣ достаточно, если бы они подтвердились для того, чтобы обосновать его искъ, или,—иначе выражаясь,—заявленія, которыя не могутъ быть упущены истцемъ, коль скоро онъ желаетъ, чтобы исковое требованіе признано было правильнымъ.

Для того, чтобы въ каждомъ данномъ случаѣ,—поясняетъ Friedenthal далѣе,—найти основаніе иска, надо изслѣдовать предположенія содержанія требованія (die Voraussetzungen des Begehrensinhaltes). Обыкновенно сюда относятся тѣ факты, которые, по матеріальному гражданскому праву, ведутъ къ возникновенію правоотношенія, изъ котораго вытекаютъ субъективныя права,—но также, при извѣстныхъ обстоятельствахъ, и тѣ факты, которые препятствуютъ возникновенію права или ведутъ къ его погашенію (искъ о признаніи правоотношенія не существующимъ).

---

*) Friedenthal, Einwendung und Einrede, 1898, стр. 26.

Въ этой теоріи выдвигаются правильно тѣ рамки, въ которыхъ заключается основаніе иска,—тѣ заявленія, которыя могутъ обосновать искъ, если подтвердятся.

Основаніемъ иска является, такимъ образомъ, то, что въ данномъ случаѣ должно быть положительно подтверждено для того, чтобы истецъ могъ добиться требуемаго имъ въ просительномъ пунктѣ. Иначе сказать, основаніе иска есть thema probandum.

Это тѣ факты, которые истецъ долженъ доказать для того, чтобы, засимъ, обязанность доказыванія перешла на отвѣтчика,—иначе сказать, чтобы возникло предположеніе противъ отвѣтчика, такъ что, если бы затѣмъ ни съ чьей стороны не было представлено новыхъ доказательствъ, нужно было бы рѣшить дѣло въ пользу истца» *).

Эту мысль выразилъ уже, хотя въ иной формѣ Garsonnet.

Основанія исковъ тождественны,—говоритъ онъ **),—если второй искъ представляетъ тотъ же пунктъ для сужденія, что и первый искъ; въ противномъ случаѣ основанія различны. Тождество основаній иска есть, такимъ образомъ, условіе тождества вопросовъ: нѣтъ eadem quaestio, если два иска не имѣютъ одного и того же основанія.

Но не оказывается-ли при выставленномъ нами опредѣленіи, чтобы основаніе иска совпадало съ содержаніемъ исковаго требованія?

Такъ можно было бы думать подъ вліяніемъ терминологіи повседневной жизни. Говорятъ, вѣдь, о доказываніи своихъ

---

*) Малышевъ, Курсъ гражданскаго судопроизводства, I, [1874], 269.

**) Garsonnet, Traité théorique et pratique de procédure. III [1899], прим. 1 къ § 1130.

требованій; значитъ, могутъ и сказать, что самое требованіе и есть thema probandum. Но такой способъ выраженія не что иное, какъ брахилогія, сокращенный способъ обозначенія. Употребляя полное выраженіе, надо было бы говорить о доказываніи требованія въ его фактическомъ основаніи, т. е. о доказываніи именно основанія требованія, которое оказывалось бы въ такомъ случаѣ правильно обоснованнымъ *).

Есть случаи, однако, когда представляется спорнымъ, имѣется-ли въ данномъ случаѣ основаніе иска или же доказательство. Правильнѣе говоря,—отмѣчаетъ Laurent **),— дѣло не въ сходствѣ между основаніемъ иска и доказательствомъ; причина смѣшенія понятій кроется въ томъ, что нѣкоторые изслѣдователи разсматриваютъ основаніе иска какъ доказательство, руководясь, въ общественныхъ интересахъ, желаніемъ содѣйствовать уменьшенію новыхъ процессовъ.

Разительный примѣръ такого, особенно часто встрѣчающагося, смѣшенія понятій представляетъ случай оспариванія дѣйствительности завѣщанія.

Мнѣ отказано, допустимъ, въ искѣ объ уничтоженіи завѣщанія, оспореннаго мною въ виду несовершеннолѣтія одного изъ свидѣтелей, присутствовавшихъ при составленіи завѣщанія. Тогда предъявляю я искъ о томъ же, ссылаясь, однако, уже на то обстоятельство, что одинъ изъ свидѣтелей, присутствовавшій при составленіи завѣщанія, былъ иностранецъ ***).

Различны-ли спрашивается, въ обоихъ случаяхъ основанія иска, или различны лишь доказательства?

---

*) Ср. Betzinger, l. c., 298.

**) Laurent, Principes de droit civil français, XX, стр. 91 сл.

***) Примѣръ относится къ области дѣйствія французскаго права; по статьѣ же 980 code civil, свидѣтелями при завѣщаніи могутъ быть лишь французскіе граждане.

Въ положительномъ отвѣтѣ на первый вопросъ, противъ моего иска нельзя представить возраженія о законной силѣ рѣшенія, ибо основанія исковъ не тождественны.

Если же считать различными лишь доказательства, основаніе вновь предъявленнаго иска окажется тождественнымъ съ основаніемъ перваго иска. Тогда будетъ умѣстнымъ возраженіе о законной силѣ рѣшенія и новый искъ, а значитъ и новый процессъ будетъ невозможенъ.

Изъ-за послѣдняго вывода, ради недопустимости новаго процесса, но не по принципіальнымъ основаніямъ, принимаютъ основаніе иска за доказательство.

Если это такъ, если такъ значительны послѣдствія различія этихъ понятій, тѣмъ болѣе необходимо проводить его принципіально, а не рѣшать вопросы, связанныя съ этимъ различіемъ, по соображеніямъ цѣлесообразности.

Принципіально никто и не называетъ основаніе иска доказательствомъ или наоборотъ.

La cause,—опредѣляетъ напримѣръ, Bonfils *),—est le fait juridique qui fait le fondement direct et immédiat du droit... Les moyens sont les éléments qui concourent à constituer ce fait ou servent à en justifier l'existence.

Такимъ образомъ, доказательство имѣетъ, по опредѣленію Bonfils'a, значеніе средства подтвержденія факта, составляющаго основаніе иска **).

Несмотря на различіе доказательствъ, основаніе иска

---

*) Bonfils. Traité élémentaire, 1883, § 1428, стр. 977.

**) Также опредѣляютъ соотношеніе между основаніемъ иска и доказательствомъ: Aubry et Rau, Cours de droit français, т. VIII [1878], стр. 392; Demolombe, Traité des contrats, т. VII [1879]. § 327; Baudry-Lacantinerie, Précis de droit civil, II [1897], § 609; Demante et Colmet de Santerre, Cours analytique de Code Napoléon, т. V [1865], стр. 628; Laurent, Principes, XX, §§ 63 и 65.

можетъ оставаться безъ измѣненія. La diversité des moyens,— говоритъ Demolombe *),—des arguments ou des modes de preuves, ne saurait, en effet, engendrer une différence de cause. Nec jam interest, qua ratione quis eam causam actionis competere sibi existimasset **).

Доказательства,—говоритъ Baudry-Lacantinerie,— направляются къ установленію существованія юридическаго факта, служащаго основаніемъ иска. Въ подкрѣпленіе одной и той же претензіи можно представить нѣсколько доказательствъ. Законъ не считается съ различіемъ послѣднихъ. Если, поэтому, искъ имѣетъ одно и тоже основаніе, онъ долженъ быть отклоненъ [путемъ возраженія о законной силѣ рѣшенія], хотя бы и подкрѣпленъ былъ новыми доказательствами ***).

Не разъ отмѣчалось это различіе и въ нашей литературѣ.

Основанія исковъ,—говоритъ, напримѣръ, Малышевъ ****),—надо отличать отъ доводовъ и дальнѣйшихъ доказательствъ, какія могутъ оказаться нужными для удостовѣренія исковыхъ основаній.

Рѣзко отмѣчено это и проф. Энгельманомъ. Указываемыя сторонами «обстоятельства, имѣющія, по ихъ мнѣнію, существенное и рѣшающее значеніе» противуполагаетъ онъ тѣмъ доказательствамъ, «посредствомъ которыхъ должны быть опредѣляемы наличность или неналичность сихъ обстоятельствъ» *****).

Такимъ образомъ, принципіально разграниченіе понятій основанія иска и доказательствъ не встрѣчаетъ сомнѣнія. Если и именуютъ доказательства основаніемъ иска, то лишь при разграниченіи въ понятіи основанія иска двухъ элементовъ:

---

*) Demolombe. l. c.

**) L. 27 D. de exc. r. jud (44, 2).

***) Baudry-Lacantinerie, l. c., § 609.

****) Малышевъ, l. c., I, 433.

*****) Энгельманъ, Учебникъ, стр. 209.

основанія ближайшаго и основанія отдаленнаго. Доказательства именуются основаніемъ отдаленнымъ, доказываемые же факты—основаніемъ ближайшимъ.

Конечно, не въ ярлыкѣ дѣло. Но сходство въ немъ—опасно для дѣла. Оно можетъ вести къ смѣшенію понятій, отражаться практически на интересахъ и справедливости, и общественнаго порядка, когда, напримѣръ, неправильно съуживаются предѣлы законной силы рѣшенія

Средства констатированія наличности фактовъ, указываемыхъ сторонами въ процессѣ, могутъ быть двоякаго рода: средства внутреннія и средства внѣшнія *). Къ первымъ относятся судебное признаніе и присяга. Внѣшними же средствами констатированія являются не заявленія, отъ сторонъ исходящія, но событія внѣшняго міра; не возбуждая сомнѣнія въ своей наличности, событія эти служатъ доказательствомъ другихъ фактовъ, существованіе которыхъ находится въ причинной зависимости отъ первыхъ.

Между фактами основанія иска, подлежащими доказыванію, съ одной стороны, и фактами, служащими средствами доказыванія, иначе—доказательствами въ собственномъ смыслѣ, съ другой, существуетъ сходство: и тѣ, и другіе являются событіями внѣшняго міра. Различная, однако, степень очевидности ихъ бытія и причинная зависимость фактовъ основанія иска отъ доказательныхъ средствъ служатъ признаками для ихъ различенія.

Различіе въ очевидности не представляется, однако, самостоятельнымъ признакомъ для отличія, это лишь естественный результатъ логическаго соотношенія между фактами основанія иска и доказательства. Основнымъ же признакомъ является лишь причинная зависимость между ними; основаніе иска должно быть доказано; доказано же оно можетъ быть лишь

---

*) Гольмстенъ, Учебникъ, 157.

тѣми фактами, изъ которыхъ вытекаютъ, какъ слѣдствіе изъ причины, факты основанія иска.

Такое соотношеніе обоихъ фактовъ въ связи съ значеніемъ ихъ для искового требованія служитъ и причиною смѣшенія ихъ въ общей роли какъ основаній иска, и причиною возникновенія ученія, различающаго основаніе ближайшее (causa proxima), усматриваемое въ фактахъ основанія иска, и основаніе отдаленное (causa remota)—факты, служащіе доказательствами.

Начало такого различенія проглядываетъ уже у римскихъ юристовъ.

Cum de hoc,—говоритъ напримѣръ, Нераций,—an eadem res sit, quaeritur, haec spectanda sunt: personae, id ipsum de quo agitur, causa proxima actionis *).

Хотя въ этихъ словахъ и нѣтъ опредѣленія понятія основанія иска и говорится лишь о causa proxima, но позднѣйшіе юристы выставили противуположное понятіе «causa remota» и создали цѣлую систему ученія о двойственномъ понятіи основанія иска.

Этой двойственностью конструкціи воспользовались для объясненія соотношенія между фактомъ основанія иска и фактомъ доказательства какъ двухъ явленій одной и той-же категоріи.

Идея различенія въ общемъ понятіи основанія иска двухъ видовъ его: основанія ближайшаго и основанія отдаленнаго нашла выраженіе, напримѣръ, у Marcadé**).

Основаніе иска (la cause),—говоритъ онъ,—это непосредственное основаніе того права, осуществленія котораго

---

*) L. 27 D. de exc. r. jud. (44, 2).

**) Marcadé [et Pont], Explication théorique et pratique du Code Napoleon, V [1889], 184. Также: его-же, De l'autorité de la chose jugée, въ Revue de législation et de jurisprudence, XXX [1848], p. 324 сл.

добивается сторона. Это непосредственное основаніе иска. Не надо смѣшивать его съ различными обстоятельствами, составляющими посредствующія основанія или простыя средства доказыванія, изъ которыхъ вытекаетъ и которыми оправдывается непосредственное основаніе иска. Конечно, это будутъ des principes du droit demandé и, слѣдовательно, основанія иска, посредствомъ котораго требуютъ этого права; но это лишь основанія отдаленныя и посредствующія, des causes de la cause, основанія для основанія. Но лишь послѣднее основаніе является, собственно говоря, основаніемъ иска; оно представляетъ собою начало, непосредственно производящее (principe immédiatement générateur), что̀ Римляне чрезвычайно удачно обозначали терминомъ «causa proxima actionis».

Конечно,—полагаетъ Marcadé,—средства доказыванія (les moyens) суть также основанія (des causes), такъ какъ они служатъ къ обоснованію (fonder) претензіи. Такимъ же образомъ и, наоборотъ, основаніе иска (cause) есть средство доказыванія (moyen), такъ какъ оно есть одинъ изъ мотивовъ, представляемыхъ въ подтвержденіе претензіи и даже первый изъ нихъ.

Какъ въ физикѣ,—старается Marcadé пояснить нагляднѣе,—совершенно правильно называютъ облакомъ туманъ, въ которомъ, не находятся, и туманомъ—облако, въ которомъ находятся, такъ и здѣсь: основаніемъ иска называютъ средство доказыванія, непосредственно мотивирующее претензію, и средствами доказыванія—основанія (causes), оказывающіяся болѣе отдаленными. Но и здѣсь, какъ и повсюду, каждой вещи надо давать строго ея собственное наименованіе, и, во избѣжаніе столь частаго и столь опаснаго смѣшенія, слѣдить за тѣмъ, чтобы подъ основаніемъ иска (cause) разумѣть лишь основаніе непосредственное, за всѣми же остальными сохранять названіе доказательствъ (moyens *).

*) Marcadé, l. c., 185.

Раздѣленіе понятія основанія иска на causa proxima и causa remota является весьма распространеннымъ, особенно, во французской литературѣ. Такъ, къ этому ученію присоединяются Aubry et Rau *).

Представляя основаніе иска какъ юридическій фактъ, на которомъ основывается спорное право, Aubry et Rau раздѣляютъ понятіе основанія иска на два: causa proxima agendi и causae remotae. Отношеніе между этими двумя подраздѣленіями одного и того-же понятія Aubry et Rau представляютъ такъ. Causae remotae—это тѣ различные юридическіе факты, которые либо отдѣльно и независимо одинъ отъ другого, либо въ общей своей совокупности, могутъ, согласно закону, установить causam proximam actionis.

Въ смыслѣ такого дѣленія понятія основанія иска высказывается и Toullier**).

Causa proxima, по Toullier, есть юридическій фактъ, служащій непосредственнымъ основаніемъ для отыскиваемаго права. Causae remotae—это тѣ обстоятельства, которыя содѣйствуютъ подтвержденію или оправданію существованія causae proximae. Противъ второго иска не можетъ быть возраженія о законной силѣ рѣшенія, если causa proxima въ немъ иная, чѣмъ въ первомъ; искъ второй, напротивъ, не допустимъ, если causa proxima въ немъ та же, что и въ первомъ, хотя бы causae remotae и были совершенно различны.

Теорія раздѣленія основанія иска на causa proxima и causae remotae вызвала противъ себя не мало возраженій.

Указываютъ, прежде всего, на произвольное толкованіе словъ Нерація въ l. 27 D de exc. rei jud: «spectanda sunt personae, id ipsum de quo agitur, causa proxima actionis». Здѣсь,—говорятъ,—идетъ рѣчь лишь о causa proxima.

---

*) Aubry et Rau, Cours de droit civil français, d'après la méthode de Zachariae, т. VIII [1878], стр. 392.

**) Toullier, Droit civil français suivant l'ordre du Code, т. X, n⁰ 166.

Противупоставленное же этому понятію другое «causa remota» — изобрѣтеніе позднѣйшихъ юристовъ.

Для выясненія понятія основанія иска, конечно, не существенно, кѣмъ введено подраздѣленіе единаго понятія основанія иска. Важно лишь то, что дѣленіе это имѣетъ чисто метафизическій характеръ и не даетъ принципа для разграниченія понятій основанія иска отъ другого, не однороднаго съ нимъ, но для его подтвержденія направляемаго, понятія доказательствъ *).

Сами сторонники этого ученія не могли не замѣчать смѣшенія въ немъ понятій основанія иска и доказательствъ.

Marcadé,—видѣли мы,—чтобы выйти изъ области противорѣчій, прибѣгъ къ остроумному сравненію.

Но, разумѣется, comparaison n'est pas raison. Все, что доказывается этимъ сравненіемъ,—заключаетъ Laurent **)—это то, что ученіе, раздѣляющее основаніе иска на два вида—непосредственнаго основанія и косвенныхъ, истинный туманъ, покрывающій и смѣшивающій самыя простыя понятія до такой степени, что не узнать, гдѣ основаніе иска и гдѣ доказательство: одни принимаютъ основаніе за доказательство, другіе—доказательство за основаніе.

Еслибы понятіе двойственнаго основанія иска было принято, пришлось бы въ каждомъ дѣлѣ устанавливать два основанія иска, не имѣя, однако, точнаго признака для обозначенія того, гдѣ causa proxima и гдѣ causa remota.

---

*) Такъ возражаютъ, напримѣръ, Baudry-Lacantinerie, III, § 608; Laurent, Principes de droit civil, XX, § 63.—Возражаетъ противъ дѣленія основанія иска также и Garsonnet, Traité, III, прим. къ § 1130. Единственная мысль,—говоритъ онъ,—какую желалъ выразить юристъ Нерацій, это противупоставить право, осуществляемое судебнымъ порядкомъ, и доказательныя средства, направляемыя къ поддержанію претензіи. Но эти послѣднія отнюдь не могутъ „constituer la cause de cette prétention.

**) Laurent, Principes, XX, § 72.

Ошибка этой теоріи заключается въ томъ, что она противорѣчитъ логическому представленію объ основаніи иска какъ origo petitionis, каковое можетъ быть лишь единымъ. По теоріи же, различающей непосредственное основаніе иска и отдаленное получилось бы, что одно изъ основаній имѣло бы еще свое основаніе. Основаніемъ иска было бы тогда основаніе основанія. Но тогда только оно одно и было бы основаніемъ. Все прочее, служащее для его установленія, не будетъ основаніемъ иска.

Несмотря на неправильность исходной точки зрѣнія, разсматривающей какъ основаніе иска то, что отнюдь не имѣетъ такого значенія, несмотря, засимъ, на практическую неприложимость, ученіе о двухъ основаніяхъ иска оказало услугу въ дѣлѣ выясненія понятія основанія иска.

Заслуга эта заключается въ томъ, что ученіе это подчеркнуло принципіальную невозможность смѣшенія тѣхъ понятій, которыя именно и составляютъ суть этого ученія. Оно обнаружило невозможность подведенія подъ одно понятіе такихъ явленій, какъ основаніе иска и внѣ иска стоящія доказательства. Но, вмѣстѣ съ тѣмъ, оно подчеркнуло соотношеніе этихъ понятій, указало, что доказательства имѣютъ служебное значеніе для основанія иска, служатъ средствомъ для удостовѣренія основанія иска.

Практическое значеніе этого различія обнаруживается, когда возникаетъ вопросъ о томъ, составляетъ-ли данная перемѣна фактовъ измѣненіе иска или же это есть перемѣна доказательствъ?

Въ первомъ случаѣ перемѣна отражается на самомъ существѣ иска и составляетъ измѣненіе иска. Во второмъ— нѣтъ измѣненія иска.

Перемѣна фактовъ основанія иска составляетъ измѣненіе исковаго требованія, ибо умозаключеніе, въ немъ выражающееся не можетъ не измѣниться при измѣненіи нижней посылки силлогизма. Иное совершенно значеніе имѣетъ пе-

ремѣна въ фактахъ, служащихъ доказательствами. Всякія измѣненія и дополненія ихъ на существо иска не вліяютъ. Эта именно черта отмѣчена, напримѣръ, въ опредѣленіи Glasson'a. Les moyens,—говоритъ онъ,—sont les éléments qui servent à justitier la prétention sans la modifier *). Ихъ вліяніе обнаруживается лишь на удовлетвореніи иска: при первоначальныхъ доказательствахъ искъ могъ-бы быть отклоненъ, при вновь заявленныхъ—искъ оказывается подлежащимъ удовлетворенію; въ первомъ случаѣ—факты основанія иска оказывались бы не констатированными; въ послѣднемъ они констатированы, а потому и влекутъ удовлетвореніе по иску, оставшемуся въ существѣ своемъ безъ измѣненія. Une preuve nouvelle,—говоритъ Bonfils**),—ne vient que corroborer la prétention originaire: elle ne la modifie pas.

Вслѣдствіе такого значенія доказательствъ для существа иска, измѣненіе ихъ не составляетъ ни измѣненія основанія иска, ни какого-либо иного измѣненія.

На этомъ основаніи наряду съ недопущеніемъ измѣненія иска,—какъ уже выше было сказано***),—существуетъ всюду свобода предъявленія доказательствъ. А отсюда вытекаетъ, что измѣненіе доказательствъ не представляетъ еще измѣненія иска.

Такой взглядъ на измѣненіе доказательствъ принятъ и въ практикѣ Правительствующаго Сената.

Такъ, Сенатъ имѣлъ, напримѣръ, случай высказаться въ 1885 г. въ рѣшеніи по дѣлу Кавказскаго Интендантскаго управленія ****).

Андрониковъ и Магалова требовали отъ интендантскаго управленія возвращенія своихъ залоговъ и взысканія убыт-

---

*) Glasson, Précis de procédure civile, 1902, II, 39.

**) Bonfils, Traité elémentaire de procédure, 1883, § 1030.

***) Стр. 27.

****) Рѣшеніе гражданскаго кассаціоннаго департамента 1885 г., № 12.

ковъ за неправильное ихъ задержаніе, и выводили это требованіе изъ того основанія, что они ничего казнѣ не состоятъ должными, а, между тѣмъ, казна не возвращаетъ имъ внесенныхъ по подряду залоговъ.

Основаніе иска, высказалъ Правительствующій Сенатъ, составляетъ юридическое отношеніе, существующее между истцемъ и отвѣтчиками, возникающее въ силу опредѣленнаго закона. Въ данномъ случаѣ оно заключается въ томъ, что за истцами не существуетъ долга казнѣ и что, посему, залоги, которые представляются для обезпеченія долга подлежали возвращенію, но казна неправильно ихъ удерживаетъ.

Это свое положеніе истцы, въ исковомъ прошеніи, доказывали тѣмъ, что казна сама нарушила договоръ и этимъ потеряла право на какое-либо взысканіе съ нихъ; при послѣдующемъ же производствѣ, когда доводъ этотъ былъ признанъ Сенатомъ неудовлетворительнымъ, они стали доказывать, что если бы ихъ разсчитали по цѣнамъ возвышеннымъ, то оказалось бы, что они всѣ задатки заработали и ничего казнѣ должными не состоятъ, и что если бы даже считать за ними долгъ въ размѣрѣ всей начтенной на нихъ суммы задаточныхъ денегъ, то и тогда залоги обезпечиваютъ задатки рубль за рубль, а казна удерживаетъ всѣ залоги на сумму, далеко превышающую задаточныя деньги.

Всѣ эти объясненія, нашелъ Сенатъ, составляютъ различные доводы и доказательства, приводимые въ подтвержденіе одного и того же основного положенія, что, при несуществованіи долга за подрядчиками, казна неправильно задерживаетъ залоги. Новые же доводы и доказательства могутъ быть представлены во всякомъ положеніи дѣла. Одно то, что каждый изъ представленныхъ новыхъ доводовъ и доказательствъ можетъ вызвать съ противной стороны особыя возраженія и привести судъ къ необходимости обсудить такія стороны дѣла и такіе вопросы, которые при первоначальныхъ доказательствахъ могли и не имѣть

мѣста, не могутъ колебать существа требованій и основаній иска и не должно влечь за собою смѣшенія понятій объ основаніи иска и о доказательствахъ и доводахъ онаго.

Къ тому же заключенію привело Сенатъ и соображеніе даннаго вопроса съ 258 статьей устава гражданскаго судопроизводства, воспрещающею смѣшивать въ одномъ исковомъ прошеніи иска, истекающіе изъ разныхъ основаній; если бы истцы, въ первоначальномъ исковомъ прошеніи, привели и тѣ объясненія, которыя повѣреннымъ ихъ сдѣланы впослѣдствіи въ окружномъ судѣ, то несомнѣнно, что такое исковое прошеніе ни въ чемъ не противорѣчило бы указанію 258 статьи, такъ какъ въ ономъ сохранилось бы единство требованій и основаній.

Такимъ образомъ,—признано и въ нашемъ процессѣ,—основаніе иска остается не измѣненнымъ при различіи доводовъ и доказательствъ, хотя бы и вызывающемъ особыя возраженія противной стороны и вопросы, которые иначе могли бы и не имѣть мѣста.

При такомъ различіи въ процессуальномъ значеніи измѣненія фактовъ основанія иска и доказательствъ представляется весьма важнымъ, для правильнаго рѣшенія вопроса о наличности измѣненія иска, придерживаться критерія «thema probandum». Тотъ фактъ, который служитъ доказательствомъ, не входитъ въ составъ основанія иска; измѣненіе въ такомъ фактѣ будетъ лишь перемѣною доказательствъ, но не будетъ измѣненіемъ основанія иска. Основаніе же иска является измѣненнымъ только въ томъ случаѣ, если измѣнится предметъ доказыванія.

Сомнѣніе въ правильности нашего критерія для опредѣленія основанія иска могутъ возбудить тѣ случаи, когда основаніе иска составляютъ такъ называемые facta notoria. Факты эти не подлежатъ доказыванію. Значитъ, если бы factum notorium былъ положенъ въ основу требованія, въ

послѣднемъ не оказывалось бы основанія, такъ какъ не было обстоятельствъ для доказыванія?

Но это сомнѣніе лишь кажущееся. Процессъ доказыванія слагается изъ двухъ актовъ: обозначенія обстоятельствъ для доказыванія и составленія судомъ убѣжденія въ дѣйствительной наличности обстоятельствъ. Facta notoria представютъ ту особенность, что второй актъ облегчается до минимума: судъ, и безъ доводовъ стороны, убѣжденъ въ томъ, на что ссылается сторона. Такимъ образомъ, по предмету доказыванія, между facta notoria и прочими фактами получается различіе количественнаго свойства, но отнюдь не по существу. Facta notoria имѣютъ такое же значеніе обстоятельствъ для доказыванія, какъ и прочіе факты, приводимые сторонами; лишь процессъ доказыванія оказывается облегченнымъ.

Поэтому, основаніемъ иска являются обстоятельства для доказыванія, хотя бы ими и являлись facta notoria, относительно которыхъ убѣжденіе суда складывается помимо содѣйствія сторонъ.

Критерій «thema probandum» не исключаетъ, разумѣется, необходимости въ усмотрѣніи суда, но является лишь руководящимъ для образованія этого усмотрѣнія. Представлялось-бы логической невозможностью à priori опредѣлять предметъ доказыванія конкретнымъ образомъ независимо отъ соображенія особенностей случая. Соотвѣтственно этому и опредѣленіе основанія иска можетъ сводиться къ обозначенію лишь той формулы, которую долженъ примѣнять судъ при рѣшеніи вопроса о составѣ основанія иска.

Не связанный юридическою квалификаціею, предлагаемою сторонами, и обращаясь исключительно къ фактическимъ даннымъ, судъ долженъ отвергнуть факты активной и пассивной легитимаціи и факты повода къ иску, и установить тѣ обстоятельства, которыя должны составлять въ данномъ случаѣ предметъ доказыванія для того, чтобы исковое требо-

ваніе могло быть удовлетворено. Таковыми и будутъ тѣ факты, совокупность которыхъ является основаніемъ иска.

Соотвѣтственно этому, измѣненіе основанія иска состоитъ въ такой перемѣнѣ въ области фактовъ, необходимыхъ для вывода судомъ заключенія объ основательности искового требованія, которая ведетъ къ перемѣнѣ первоначальнаго предмета доказыванія на другой.

Такимъ образомъ, при констатированіи измѣненія основанія иска по такому критерію, у суда имѣется въ рукахъ масштабъ, приложеніе котораго къ обстоятельствамъ, указаннымъ въ исковомъ прошеніи, установитъ составъ основанія иска. Если же, засимъ, истецъ введетъ какія-либо модификаціи, тотъ же признакъ thema probandum покажетъ, осталось-ли основаніе иска безъ измѣненія или же введенная модификація не оказалась простымъ исправленіемъ, но является измѣненіемъ основанія иска.

При рѣшеніи этихъ вопросовъ суду прійдется имѣть дѣло не съ субъективными особенностями положенія отвѣтчика, какъ было бы при примѣненіи рекомендованнаго Rümelin'омъ делибераціоннаго интереса, но исключительно съ матеріаломъ, который данъ въ исковомъ прошеніи и вновь заявленъ въ теченіи процесса. Какъ признакъ объективный, thema probandum и можетъ, по справедливости, именоваться критеріемъ для вопроса о наличности измѣненія основанія иска.

Пользуясь способомъ повѣрки черезъ сопоставленіе состава измѣненія иска съ предполагаемымъ объемомъ законной силы рѣшенія, судъ долженъ былъ бы прибѣгать къ гипотетическому построенію, ставить вопросъ, разрѣшеніе котораго—дѣло будущаго процесса.

Примѣняя же критерій «thema probandum», судъ рѣшаетъ вопросъ, подлежащій разрѣшенію именно въ данномъ процессѣ, не прибѣгая ни къ какимъ гипотезамъ, функціонируя лишь въ области реальныхъ данныхъ.

На соотношеніи между составомъ основанія иска при ученіи объ измѣненіи иска и въ вопросѣ о доказываніи останавливался уже Petersen *).

Онъ нашелъ сравненіе неправильнымъ по той причинѣ, что основаніемъ иска при доказываніи служатъ правопроизводящіе факты. Вмѣсто того, однако, чтобы въ этомъ обстоятельствѣ усмотрѣть указаніе и для опредѣленія неизмѣннаго основанія иска, Petersen нашелъ возможнымъ допустить мысль о существованіи двухъ различныхъ основаній иска: фактовъ при доказываніи и правоотношенія при измѣненіи иска.

Противъ аналогіи между основаніемъ иска и thema probandum Petersen **) видитъ доводъ въ томъ, что къ числу фактовъ, составляющихъ основаніе иска при доказываніи, относится все то, что долженъ доказать истецъ въ случаѣ спора со стороны отвѣтчика, включая и тѣ факты, которые необходимы для активной или пассивной legitimatio ad causam. Истецъ долженъ доказать всѣ условія, которыя должны быть налицо, коль скоро надо установить, что ему принадлежитъ право требованія именно въ отношеніи къ данному отвѣтчику; слѣдовательно, доказыванію подлежитъ не только то, что право требованія вообще существуетъ, но, напримѣръ, и то, что истецъ есть собственникъ поврежденной вещи или наслѣдникъ лица, понесшаго ущербъ, или что отвѣтчикъ наслѣдникъ того, кто совершилъ дѣйствіе, обязующее къ возмѣщенію убытковъ.

Поэтому,—полагаетъ Petersen,—если бы аналогія была правильна, то основаніе иска представлялось бы измѣненнымъ не только тогда, когда впослѣдствіи было бы заявлено дру-

---

*) Petersen въ Zeitschrift für deutschen Civilprozess, III, 396: es liegt die Annahme nahe, dass unter Klagegrund im Sinne dasselbe zu verstehen ist, was bezüglich der Frage der Beweislast als Klaggrund gilt.

**) Ibid., 397.

гое основаніе пріобрѣтенія даннаго права, но также и тогда, когда бы истецъ, легитимировавшій себя ad causam заявленіемъ, что онъ собственникъ поврежденной вещи, указалъ иное основаніе возникновенія своего права собственности, напримѣръ, заявилъ, что онъ пріобрѣлъ право собственности, если не по договору или traditio, то, во всякомъ случаѣ, путемъ давности. Но природа претензіи, опредѣляющаяся правоотношеніемъ, лежащимъ въ основаніи иска, во всѣхъ этихъ случаяхъ не измѣняется.

О правильности возраженій Petersen'а могла бы быть рѣчь въ томъ лишь случаѣ, если бы подъ основаніемъ иска можно было разумѣть не одно и то же во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, гдѣ примѣняется это понятіе. Если бы было правильно воззрѣніе Petersen'а, что въ составѣ измѣненія иска основаніемъ его является правоотношеніе, а при доказываніи основаніе иска составляютъ факты, тогда и можно было бы отвергать аналогію между составомъ основанія иска и предметомъ доказыванія.

Коль скоро же подъ основаніемъ иска, входящимъ въ составъ измѣненія исковыхъ требованій, слѣдуетъ разумѣть только фактъ или совокупность фактовъ, представляется вполнѣ возможною и аналогія между такимъ основаніемъ иска и предметомъ доказыванія.

Противъ этого соотношенія не говорятъ и возраженія Petersen'а. Они лишь отмѣчаютъ, и совершенно правильно, тѣ предѣлы, въ которыхъ возможно примѣненіе аналогіи между thema probandum и основаніемъ иска.

Предметъ доказыванія составляютъ, конечно, всѣ тѣ факты, которые надлежитъ приводить истцу. Но не всѣ они относятся къ основанію иска. Сюда не относятся, видѣли мы, факты повода и легитимаціи ad causam. Поскольку предметомъ доказыванія являлись бы факты такого рода, и не могло бы быть рѣчи объ основаніи иска. По отношенію къ тѣмъ фактамъ, которые не только обусловливаютъ возможность су-

дебнаго разбирательства, но представляютъ матеріалъ для сужденія объ основательности искового требованія, вполнѣ возможна аналогія между основаніемъ иска и предметомъ доказыванія.

Поэтому, какъ и отмѣчено выше, для установленія наличности измѣненія основанія иска возможно примѣненіе критерія thema probandum не иначе, какъ при условіи изъятія изъ состава предмета доказыванія фактовъ повода и легитимаціи, какъ не относящихся по своему значенію для процесса, къ основанію иска. Тождество иска нарушается съ измѣненіемъ только фактовъ этой послѣдней категоріи. Въ тѣхъ же случаяхъ, какъ уже раньше было показано, когда измѣняются только факты повода и легитимаціи, не происходитъ еще измѣненія иска. Зависитъ это, однако, не отъ правоотношенія, лежащаго въ основаніи иска, какъ думаетъ Petersen, но отъ фактовъ основанія иска, которые остались безъ измѣненія, а потому не произошло перемѣны и въ предметѣ доказыванія.—

Такой критерій не безъизвѣстенъ уже и нашей кассаціонной практикѣ. Еще въ 1869 году Правительствующій Сенатъ по дѣлу Анненковыхъ разрѣшилъ вопросъ о наличности измѣненія иска, обратившись къ thema probandum въ двухъ подлежавшихъ сравненію моментахъ процесса. Дѣло это заключалось въ слѣдующемъ.

Видѣньевъ предъявилъ къ Анненковымъ искъ, требуя удовлетворенія по двумъ закладнымъ и, при томъ, не только изъ находящагося налицо заложеннаго имѣнія, но изъ всего имѣнія Анненковыхъ. Основаніемъ иска было приведено единственно то обстоятельство, что по одной закладной заложенное количество земли оказывается вымышленнымъ, а по другой отошедшимъ, послѣ залога, въ другія руки.—Въ искѣ этомъ окружный судъ отказалъ по недоказанности.

Въ апелляціонной жалобѣ на это рѣшеніе истецъ просилъ присудить обращеніе отыскиваемой имъ съ Анненко-

выхъ суммы на все имѣніе ихъ, не по правиламъ о закладныхъ, а по 684 ст. т. X ч. 1, т. е. по правиламъ объ удовлетвореніи за причиненные ему убытки неуплатою столько лѣтъ слѣдующихъ ему по закладнымъ денегъ, и размѣръ этихъ убытковъ онъ опредѣлилъ количествомъ накопившихся по закладнымъ процентовъ.—Палата уважила требованіе истца.

Въ кассаціонной жалобѣ было указано, что Палата поступила неправильно, войдя въ обсужденіе такого требованія истца, въ апелляціонной жалобѣ заявленнаго, которое составляло новое требованіе, ибо вытекало не изъ того основанія, которое приведено было въ исковомъ прошеніи, а совершенно изъ другого.

При разрѣшеніи вопроса о новизнѣ апелляціоннаго требованія, т. е вопроса о томъ, имѣло-ли мѣсто измѣненіе иска или же это было лишь исправленіе его, Сенатъ разсуждалъ слѣдующимъ образомъ.

Ясно, что при заявленіи иска объ обращеніи взысканія по закладнымъ и на незаложенное имѣніе на томъ лишь основаніи, что часть заложенныхъ земель отошла въ другія руки, предстояло истцу доказать только одно обстоятельство—отчужденіе земель послѣ залога; при предъявленіи же истцемъ требованія объ удовлетвореніи его искомою суммою на основаніи законовъ о вознагражденіи за вредъ и убытки, неминуемо возникалъ къ разрѣшенію другой вопросъ: дѣйствительно-ли указываемое истцемъ обстоятельство причинило ему убытки, въ какомъ размѣрѣ и на какомъ основаніи убытки сіи должны быть возмѣщены съ отвѣтчиковъ. Такимъ образомъ, по основанію иска, предъявленнаго Видѣньевымъ въ окружномъ судѣ, обстоятельства, которыя подлежали быть доказанными со стороны истца, и, слѣдовательно, могли быть предметомъ взаимнаго состязанія тяжущихся сторонъ, были совсѣмъ не тѣ, кои вытекали изъ требованія, въ апелляціи заявленнаго, и кои Палата приняла

къ своему разрѣшенію непосредственно, минуя судъ 1-й степени.

На этомъ основаніи Сенатъ нашелъ, что Палата нарушила 747 статью устава гражданскаго судопроизводства *).

Такимъ образомъ, Сенатъ установилъ, что въ данномъ дѣлѣ имѣло мѣсто измѣненіе, а не исправленіе иска, руководствуясь соображеніемъ о томъ, что послѣ модификацій, допущенныхъ истцемъ въ апелляціонной жалобѣ, «обстоятельства, которыя подлежали быть доказанными», стали «совсѣмъ не тѣ»; объ измѣненіи иска Сенатъ судилъ по thema probandum: измѣнился объектъ доказыванія — измѣнился и искъ.

Сопоставленіе состава основанія иска съ thema probandum сдѣлалъ Правительствующій Сенатъ и въ одномъ изъ рѣшеній послѣдняго времени.

Каждый изъ трехъ родовъ просьбъ объ отмѣнѣ рѣшенія, говоритъ Сенатъ, имѣетъ различныя отъ другихъ основанія и потому въ каждомъ изъ этихъ трехъ случаевъ подающій просьбу объ отмѣнѣ рѣшенія долженъ доказать совершенно различныя обстоятельства *).

Такимъ образомъ, наша судебная практика имѣетъ уже правильное руководящее указаніе Правительствующаго Сената для того, чтобы къ вопросу о наличности измѣненія основанія иска примѣнять въ надлежащихъ предѣлахъ критерій «thema probandum».

§ 2 Случаи измѣненія основанія иска.

По составу фактовъ основанія иска, случаи измѣненія могутъ быть сведены къ слѣдующимъ группамъ.

Если основаніе иска слагается изъ фактовъ правопро-

---

*) Рѣшеніе гражданскаго кассаціоннаго департамента Правительствующаго Сената 1869 г. № 693, по дѣлу Анненковыхъ.

*) Рѣшеніе гражданскаго кассаціоннаго департамента Правительствующаго Сената 1900 г., № 31, по дѣлу Сухоцкой.

изводящихъ, имѣетъ мѣсто искъ, направляющійся на огражденіе и защиту того права, подтвержденія котораго со стороны суда добивается истецъ. По основной своей цѣли, это иски такъ-сказать правоградительные.

Если право, къ огражденію котораго направленъ искъ, есть право по обязательству, имѣетъ мѣсто искъ личный.

Искъ правоградительный является искомъ вещнымъ, если направляется къ подтвержденію права вещнаго.

Вторую группу образуютъ тѣ иски, основаніемъ которыхъ является фактъ, вызвавшій конфликтъ между интересами истца и отвѣтчика. Это будутъ такъ называемые иски конфликтные *).

Сюда относятся такіе иски, въ основаніе которыхъ входитъ фактъ, препятствующій возникновенію права; таковы иски объ аннуляціи юридическихъ актовъ.

Къ этимъ группамъ сведемъ и случаи измѣненія основанія иска.

I. Измѣненіе основанія въ искахъ правоградительныхъ составляетъ съ давнихъ поръ предметъ контроверзы.

Одни считаютъ существенно различнымъ положеніе вопроса объ измѣненіи основанія въ искахъ личныхъ и въ искахъ вещныхъ.

Другіе, напротивъ, не различая этихъ случаевъ, видятъ какъ въ одномъ, такъ и въ другомъ тождественный составъ явленія.

Различіе воззрѣній обнаруживается въ вопросѣ объ измѣненіи основанія въ искахъ вещныхъ. Та модификація, которая представляется, по одному воззрѣнію, измѣненіемъ основанія иска,—по другому вовсе не касается основанія иска. Въ отношеніи же къ искамъ личнымъ оба воззрѣнія

---

*) Такой терминъ введенъ Rocholl'емъ; см. Langheineken, Der Unteilsanspruch, 1899, 90.

сходятся въ окончательномъ своемъ результатѣ, различаясь, однако, въ исходныхъ своихъ положеніяхъ.

Сторонникомъ перваго воззрѣнія является прежде всего Friedrich Carl von Savigny *).

Въ ученіи объ основаніи иска онъ проводитъ различіе между исками личными и исками вещными.

При искахъ личныхъ основаніе иска есть то, отъ чего обязательство получаетъ свою индивидуальную природу. При правѣ собственности и наслѣдованія, напротивъ, дѣло сводится лишь къ природѣ права и его предмету; изъ какого бы основанія ни возникло такое право, оно остается однимъ и тѣмъ же.

Примѣняя такое измѣненіе къ вопросу объ exceptio rei judicatae Savigny приходитъ къ такому заключенію.

Если будетъ отказано въ искѣ относительно дома по договору купли, а затѣмъ будетъ предъявленъ искъ о томъ же домѣ по завѣщанію, возраженіе о законной силѣ не можетъ имѣть мѣста, ибо въ основаніи обоихъ исковъ лежатъ различныя обязательства, слѣдовательно, и различные вопросы права **).

Въ примѣненіи къ вопросу объ измѣненіи основанія иска съ точки зрѣнія Savigny слѣдуетъ, что переходъ отъ первоначальнаго требованія о домѣ по куплѣ къ требованію о томъ же по завѣщанію составитъ переходъ отъ одного основанія къ другому, съ нимъ не тождественному, слѣдовательно, составитъ измѣненіе основанія иска.

Если, напримѣръ,—говоритъ Savigny,—искъ о собственности вытекаетъ изъ пріобрѣтенія по traditi'и и въ немъ будетъ отказано, то искъ такой не можетъ быть предъявленъ вновь съ обоснованіемъ собственности на давности. Въ обоихъ искахъ вопросъ права—наличность права соб-

---

*) Savigny, System des heutigen römischen Rechts, VI, 454 сл.
**) Ibid., 454.

ственности, возможныя же пріобрѣтательныя основанія—лишь средства, коими истецъ старается убѣдить судъ въ этой наличности; если измѣняетъ онъ свое мнѣніе объ этихъ средствахъ (mutata opinio), оба иска вслѣдствіе этого не могутъ быть разсматриваемы какъ различные.

Значитъ,—позволимъ себѣ продолжить мысль Savigny,—и переходъ въ теченіи одного и того же процесса отъ требованія о правѣ собственности на домъ, какъ пріобрѣтенный по traditi'и, къ требованію, основанному на давности, не составитъ и измѣненія основанія иска: traditio и давность не суть, по Savigny, различныя основанія иска, но лишь различныя доказательныя средства.

Такимъ же образомъ, по теоріи Savigny, было бы дѣло, т. е. нельзя было бы видѣть различныхъ исковъ, если бы наслѣдникъ, предъявивъ искъ о наслѣдствѣ на основаніи завѣщанія, получилъ въ немъ отказъ и затѣмъ предъявилъ искъ о томъ же наслѣдствѣ какъ наслѣдникъ по закону. Значитъ, не былъ бы измѣненіемъ иска и переходъ въ одномъ и томъ же процессѣ отъ требованія наслѣдственнаго имущества по завѣщанію къ требованію его ab intestato.

Взглядъ, высказанный Savigny, есть тотъ же, котораго придерживались и римскіе юристы.

Когда одно и то же имущество,—говоритъ юристъ Павелъ,—слѣдуетъ мнѣ съ одного и того же должника, каждому отдѣльному обязательству соотвѣтствуетъ отдѣльное основаніе (singulas obligationes singulae causae sequuntur); черезъ предъявленіе одного изъ нихъ другія не затрогиваются.

Когда же,—продолжаетъ тотъ же юристъ,—предъявляю я вещный искъ, не обозначивъ его основанія (non expressa causa), и настаиваю на принадлежности мнѣ имущества,—всѣ основанія захватываются однимъ требованіемъ: имущество не можетъ быть моимъ больше одного раза въ одно и тоже время, быть же въ долгу можно и чаще *).

*) Paulus въ l. 14 § 2 D 44, 2.

Въ отношеніи вещныхъ исковъ высказываетъ такое же воззрѣніе и Ульпіанъ.

Право собственности, пріобрѣтенное позднѣе,—т. е. послѣ предъявленія иска,—образуетъ ино еоснованіе иска; перемѣна же истцемъ мнѣнія о своемъ основаніи иска не дѣлаетъ этого основанія инымъ. Пусть истецъ думалъ бы, что онъ имѣетъ право собственности на основаніи наслѣдованія, а засимъ измѣнитъ свой взглядъ и будетъ думать, что онъ имѣетъ это право на основаніи даренія; это обстоятельство не дѣлаетъ иска новымъ, такъ какъ, какое бы ни имѣлъ онъ право собственности и на чемъ бы ни основывалъ его, уже путемъ перваго виндикаціоннаго иска онъ ввелъ свое право въ процессъ *).

Такимъ образомъ, по воззрѣнію римскихъ юристовъ, въ личныхъ искахъ основаніе заключается въ способѣ возникновенія обязательства; каждый способъ возникновенія индивидуализируетъ обязательство. Отсюда слѣдуетъ, что искъ, построенный на одномъ изъ способовъ возникновенія обязательства, не будетъ тождественъ съ искомъ, основаннымъ на другомъ изъ нихъ.

На этомъ основаніи, рѣшеніе по первому иску, вступивъ въ законную силу, не даетъ основанія для exceptio rei judicatae противъ этого. Если кто-либо имѣлъ право потребовать извѣстнаго раба на основаніи договора, а кромѣ того также и на основаніи завѣщанія, это,—поясняетъ Savigny примѣръ, приведенный Юліаномъ (l. 18 D 44, 7),—были два права, совершенно различныхъ, одно отъ другого не зависѣвшихъ. Если поэтому былъ предъявленъ искъ на одномъ основаніи и въ немъ было отказано, то, въ случаѣ предъявленія впослѣдствіи иска на другомъ изъ указанныхъ основаній, противъ этого иска не могло имѣть мѣста возраженіе о законной силѣ рѣшенія **).

---

*) Ulpianus въ l. 11, § 5 D 44, 2.

**) Savigny, System, VI, 456.

Если же примѣнить это положеніе къ вопросу объ измѣненіи иска, то, согласно приведенному воззрѣнію, въ переходѣ отъ одного изъ основаній къ другому въ теченіи процесса по первоначально заявленному надо видѣть измѣненіе основанія иска. Тамъ, гдѣ было нѣсколько основаній, было нѣсколько и обязательствъ и по каждому изъ нихъ былъ отдѣльный искъ, индивидуально отличный отъ другого. Отношеніе между ними было таково, что не исключало возможности предъявленія одного послѣ другого, quia ita constiterint obligationes, ut altera in judicium deducta, altera nihilo minus integra remaneret *). Это иски не тождественные между собою, а потому и переходъ отъ одного къ другому представляетъ собою случай измѣненія иска чрезъ измѣненіе его основанія.

Что же касается исковъ вещныхъ, то здѣсь римскіе юристы явно раздѣляли вопросъ объ индивидуализаціи вещнаго права и вопросъ о значеніи перехода отъ одного основанія возникновенія права къ другому.

По первому вопросу римскіе юристы полагали, что основаніе возникновенія вещнаго права не вліяетъ на самое право: neque enim amplius,—говоритъ Павелъ,—quam semel res mea esse potest **).

Но, засимъ, когда возникаетъ вопросъ о сравненіи двухъ вещныхъ исковъ, основаніе иска оказывается уже не безразличнымъ Здѣсь различается два случая: когда искъ былъ предъявленъ expressa causa и когда онъ предъявленъ non expressa causa.

Въ послѣднемъ случаѣ при сравненіи исковъ не принимается въ разсчетъ, какимъ способомъ возникло то вещное право, которое отстаиваетъ истецъ; всѣ основанія иска введены въ процессъ, когда ни указано ни одно: quum in rem

*) L. 18 D 44, 7.
**) L. 14 § 2 D 44, 2.

ago non expressa causa, ex qua rem meam esse dico, omnes causae una petitione apprehenduntur *).

На ряду съ предъявленіемъ вещнаго иска non expressa causa, римское право допускало предъявленіе иска также expressa seu adjecta causa.

Объ этомъ заключаютъ a contrario изъ только что приведеннаго фрагмента (l. 14 § 2 D 44, 2).

Прямое указаніе имѣется у Ульпіана. Si quis autem,— говоритъ онъ,—petat fundum suum esse eo, quod Titius eum sibi tradiderit, si postea alia ex causa petat, causa adjecta non debet summoveri exceptione **).

Такимъ образомъ, основаніе вещнаго иска принимается во вниманіе при опредѣленіи тождества одного иска съ другимъ только въ томъ случаѣ, когда основаніе было истцемъ прямо указано.

Это положеніе является коррективомъ къ первому случаю, когда искъ предъявляется non expressa causa.

Точное обозначеніе causa при предъявленіи иска представляетъ ту выгоду, по сравненію съ системой предъявленія иска non expressa causa, что отказъ въ искѣ не мѣшаетъ впослѣдствіи возобновить искъ, предъявивъ его на новомъ основаніи; въ этомъ случаѣ exceptio rei judicatae не будетъ имѣть значенія.

По отношенію же къ вопросу о переходѣ отъ одного основанія къ другому въ теченіи одного и того же процесса заявленіе causae expressae ограничиваетъ истца въ заявленіи другого основанія: въ теченіи этого процесса истецъ не мо-

---

*) L 14 § 2 D 44, 2.

**) L. 11 § 2 D 44, 2. Если кто-либо предъявилъ искъ о недвижимости на томъ основаніи, что таковая была ему передана (traditio), а впослѣдствіи предъявитъ искъ по другому основанію, то противъ него не можетъ имѣть мѣста возраженіе о законной силѣ рѣшенія, коль скоро было точно обозначено основаніе иска.

жетъ уже перейти къ доказыванію другого пріобрѣтательнаго основанія *).

Такимъ образомъ, по воззрѣнію римскихъ юристовъ, хотя въ вопросѣ объ измѣненіи иска черезъ измѣненіе его основанія и различаются иски личные и иски вещные, но въ обоихъ случаяхъ измѣненіе основанія иска составляетъ измѣненіе иска и, при томъ, измѣненіе основанія иска заключается въ измѣненіи одного и того же признака—способа возникновенія того права, котораго истецъ добивается.—

Различіе въ измѣненіи личныхъ и вещныхъ исковъ черезъ измѣненіе ихъ основанія представляется принципіальнымъ въ ученіи тѣхъ, кто въ основаніи иска видитъ не совокупность фактовъ, но правоотношеніе,—въ ученіи сторонниковъ юридической индивидуализаціи основанія иска.

Энергичнымъ сторонникомъ этого ученія является Petersen. Придерживаясь воззрѣнія на основаніе иска какъ на правоотношеніе, онъ долженъ былъ изъ-за одного этого выдѣлить группу личныхъ исковъ отъ исковъ вещныхъ.

Измѣненіе личныхъ исковъ,—признаетъ и Petersen,—заключается въ указаніи другого основанія пріобрѣтенія, напримѣръ, другой сдѣлки (заемъ вмѣсто купли и т. п.). Въ этомъ случаѣ имѣется измѣненіе иска, ибо на мѣсто первоначально указанной претензіи ставится другая **).

Измѣненіе же основанія въ искахъ вещныхъ,—полагаетъ Petersen,—имѣется лишь тогда, когда изъ фактовъ, впослѣдствіи заявленныхъ, вытекаетъ другое правоотношеніе, напримѣръ, вмѣсто права собственности—другое вещное право или право требованія, но вовсе нѣтъ измѣненія вещнаго иска, когда приводится лишь другое основаніе

---

*) Savigny, System, VI, 465—466.

**) Petersen, Die Civilprozessordnung, 557.

пріобрѣтенія *), напримѣръ, вмѣсто купли--договоръ мѣны, вмѣсто даренія—пріобрѣтеніе по наслѣдству и т. п. **).

Измѣненіе основанія иска,—объясняетъ Petersen въ другомъ мѣстѣ, очевидно, имѣя въ виду лишь иски вещные***),—имѣется лишь тогда, когда на мѣсто первоначально названнаго правоотношенія (собственность, напримѣръ) выставляется другое.

Не можетъ считаться, по мнѣнію Petersen'а****), измѣненіемъ основанія иска заявленіе другого основанія возникновенія, ибо если бы это было измѣненіе иска и нельзя было бы въ начавшемся процессѣ заявить основаніе пріобрѣтенія, у истца была бы возможность предъявить на этомъ основаніи новый искъ. Но, и помимо того, ясно, что вслѣдствіе заявленія новаго основанія пріобрѣтенія не измѣняется основа процесса (das streitige Rechtsverhältniss), первоначально предъявленная претензія не смѣшивается съ другою, истецъ предъявляетъ лишь новые Angriffs= или Vertheidigungsmittel. Еслибы видѣть основаніе иска въ основаніи возникновенія права, такой взглядъ, послѣдовательно проведенный, довелъ бы до невыносимаго формализма: измѣненіемъ иска пришлось бы считать всякое измѣненіе въ обозначеніи этого основанія возникновенія.

Къ воззрѣнію Petersen'а присоединяется Willenbücher.

Измѣненіе иска,—говоритъ онъ,—было бы тамъ, гдѣ истецъ пожелалъ бы искать по другому правоотношенію, напримѣръ, вмѣсто того, чтобы искать по праву собственности или сервитутному, сталъ искать по договору найма или аренды.

Напротивъ, нѣтъ измѣненія иска, если, вмѣсто перво-

---

*) Petersen, ibid.

**) Ibid., 501—502.

***) Petersen въ Zeitschrift für deutschen Civilprozess, т. III, 407.

****) Ibid., 408.

начально указаннаго основанія пріобрѣтенія, указывается другое, напримѣръ, если искъ о собственности первоначально основывается на куплѣ и traditi'и, позднѣе же будетъ обоснованъ ссылкою на давность *).

Различное значеніе придаетъ измѣненію основанія иска также и Миловидовъ.

Сужденіе свое высказываетъ онъ въ примѣненіи къ вопросу о законной силѣ рѣшенія. Всякій новый фактъ,—говоритъ Миловидовъ,—изъ коего тѣмъ же истцемъ выводится право на тотъ же физическій объектъ въ другомъ позднѣйшемъ процессѣ, исключаетъ возможность примѣненія exceptio rei judicatae, ибо самое право теперь есть уже иное, не бывшее предметомъ прежняго иска.

Такимъ образомъ, по взгляду Миловидова, измѣненіе факта, изъ коего выводится право на объектъ, т. е. измѣненіе основанія иска дѣлаетъ инымъ предметъ иска и на этомъ основаніи исключается допустимость возраженія о законной силѣ рѣшенія.

Слѣдовательно, самому основанію иска не придается самостоятельнаго индивидуализирующаго значенія; основаніе иска лишь тогда вліяетъ, по такому взгляду, на измѣненіе иска, когда съ измѣненіемъ основанія измѣняется предметъ иска, каковымъ считается право, признанія котораго добивается истецъ.

При томъ воззрѣніи, какого держится Миловидовъ, правильно и разграниченіе между исками личными и исками вещными.

Безспорно, что измѣненіе основанія иска вліяетъ на предметъ лишь личныхъ исковъ. Фактъ изъ коего возникаетъ

---

*) Willenbücher, Grundriss des Prozess= und Zwangsvollestreckungs= Verfahrens, 1900, 9.

**) Н. Миловидовъ, Законная сила судебныхъ рѣшеній по дѣламъ гражданскимъ, 1875, стр. 34.

обязательство, правильно говоритъ Миловидовъ, стоитъ съ нимъ въ неразрывной связи, индивидуализируя самое отношеніе, такъ что обязательство съ тѣмъ же самымъ физическимъ объектомъ, однако же совершенно иное, если оно инымъ образомъ возникло. Нельзя поэтому сказать, что данное обязательство возникло этимъ, но еще и другимъ путемъ, ибо въ дѣйствительности это уже два различныя обязательства, если они различнымъ образомъ возникли.

Совершенно вѣрно и разсужденіе о значеніи основанія для вещныхъ правоотношеній. Значеніе это діаметрально противуположно тому, какое имѣется въ искахъ личныхъ. Вещныя правоотношенія, въ противуположность обязательственнымъ, могутъ проистекать изъ разныхъ основаній, отнюдь не измѣняясь въ своемъ существѣ. Конечно, собственность не будетъ иною, по какому бы титулу она ни была пріобрѣтена (по завѣщанію, куплѣ и т. д.).

Сторонникомъ этой же теоріи является проф. Richard Schmidt.

Онъ исходитъ изъ такого положенія. Коль скоро право, по своему содержанію, въ отношеніи къ одному и тому же объекту можетъ существовать лишь одинъ разъ, это право индивидуализируется въ достаточной мѣрѣ этимъ объектомъ въ противуположность другимъ.

Подтвержденіе своего положенія видитъ онъ, прежде всего, въ правахъ вещныхъ. Право собственности, въ особенности, опредѣляется тою вещью, на которую оно направляется. Рѣшеніе постановляется безъ отношенія къ тѣмъ обстоятельствамъ, посредствомъ которыхъ сторона пытается установить въ процессѣ существованіе права. Это вина истца, если онъ не введетъ въ споръ всѣ обстоятельства послѣдовательно, хотя и можетъ; измѣненіе въ объясненіи пріобрѣтенія не составляетъ измѣненія иска: объясненіе пріобрѣтенія не есть необходимый ингредіентъ исковаго прошенія. Въ такомъ же соотношеніи, какъ основанія пріобрѣтенія собственности,

въ искахъ о наслѣдственномъ правѣ стоятъ различныя основанія открытія наслѣдства: наслѣдственное право индивидуализируется наслѣдствомъ какъ universitas и потому, косвеннымъ образомъ, личностью наслѣдодателя *).

Эта теорія основывается на отождествленіи вопросовъ объ индивидуализаціи иска и объ индивидуализаціи права. Первый вопросъ, по Schmidt'у, сводится ко второму.

Различнымъ представляется основаніе личныхъ и вещныхъ исковъ и, соотвѣтственно съ этимъ, составъ измѣненія иска также и по ученію проф. Wach'a.

Искъ о собственности,—говоритъ онъ,—обосновываю я указаніемъ своего права собственности на данную вещь и неправаго владѣнія. Исключительное право собственности на вещь въ данное время можетъ существовать лишь одинъ разъ,—безразлично при этомъ, изъ какого бы основанія оно не возникло **).

Соотвѣтственно съ такимъ воззрѣніемъ на основаніе вещнаго иска, не видитъ Wach измѣненія иска въ переходѣ отъ одного основанія пріобрѣтенія къ другому.

Когда въ исковомъ прошеніи,—объясняетъ онъ,—указывается эвентуально нѣсколько основаній пріобрѣтенія, въ этомъ нѣтъ соединенія исковъ, но лишь разнообразная мотивировка одного и того же иска. Равнымъ образомъ, не вводится alia res на мѣсто первоначальной, когда на мѣсто пріобрѣтательнаго основанія купли и traditi'и ставится ссылка на истекшую давность. Предъявленіе иска о собственности expressa causa,—говоритъ Wach нѣсколько ниже, ссылаясь при этомъ и на авторитетъ Савиньи,—не есть ограниченіе judicium'a даннымъ спеціальнымъ основаніемъ пріобрѣтенія. Ничто не мѣшаетъ истцу при словесномъ разбирательствѣ

---

*) Schmidt, Klagänderung, 216.

**) Wach, Vorträge, 23.

ссылаться на другія основанія пріобрѣтенія; нѣтъ къ этому препятствія, если бы истецъ даже самъ заявилъ, что въ данномъ процессѣ онъ желаетъ опираться только на данное основаніе *),

Что же касается до исковъ личныхъ, то здѣсь уже основаніемъ иска приходится и Wach'у признать юридическій фактъ.

Causa petendi въ искѣ по куплѣ,—говоритъ онъ,—есть сдѣлка купли. Я обосновываю притязаніе на уплату покупной цѣны, если привожу, что между мною и отвѣтчикомъ заключена была 5 іюля 1878 года сдѣлка купли, въ силу которой отвѣтчикъ долженъ мнѣ 1000 марокъ за доставленный ему шелкъ.

Конечно, для того, чтобы было ясно, о какомъ именно основаніи иска идетъ рѣчь, необходимо указать индивидуализирующія данный случай обстоятельства **). Эти обстоятельства и служатъ, конечно, основаніемъ иска.

Поэтому, основаніемъ личнаго иска служитъ и по Wach'у, каждое отдѣльное основаніе возникновенія права требованія по обязательству, но не самое право. Въ переходѣ отъ одного способа возникновенія обязательства заключается измѣненіе иска.

Такимъ образомъ, по ученію Wach'а, хотя черезъ измѣненіе основанія иска всегда происходитъ измѣненіе иска, но составъ этого измѣненія не одинаковъ въ искахъ личныхъ по сравненію съ исками вещными, ибо въ обоихъ случаяхъ различенъ составъ основанія иска.

На такую же точку зрѣнія сталъ и Правительствующій Сенатъ, высказавшись, что основаніемъ иска вещнаго является, напримѣръ, само право собственности, способы же пріобрѣтенія его лишь доказательства.

---

*) Wach, Vorträge, 27.

**) См. стр. 54.

Общество крестьянъ села Мысовъ предъявило къ удѣльному вѣдомству искъ о признаніи, на основаніи ст. 426, 428 и 429 т. X ч. 1, за обществомъ села Мысовъ права собственности на участокъ земли. При исковомъ прошеніи были представлены: а) уставная грамота и б) рѣшеніе межевой канцеляріи.

Въ засѣданіи суда повѣренный истцовъ объяснилъ, что право на участокъ земли пріобрѣтено его довѣрителями въ силу безспорнаго владѣнія болѣе 10 лѣтъ, что видно изъ рѣшенія межевой канцеляріи.

Палата нашла, что ссылка повѣреннаго общества крестьянъ на давность, составляющая существенное измѣненіе основанія иска, заключающагося въ пріобрѣтеніи спорной земли лишь по береговому праву, должна быть оставлена безъ обсужденія.

Сенатъ же разъяснилъ, что судебная палата нарушила статью 332 устава гражданскаго судопроизводства, признавъ ссылку на давность измѣненіемъ основанія иска, тогда какъ основаніемъ иска было право собственности на спорную землю, которое только доказывалось различно: въ исковомъ прошеніи—актами, а впослѣдствіи также давностью владѣнія до передачи отъ города земли удѣльному вѣдомству.

Такимъ образомъ, основаніемъ вещнаго иска Сенатъ призналъ вещное же право, а способы его возникновенія—лишь доказательствами и въ переходѣ отъ одного способа къ другому не усмотрѣлъ измѣненія основанія иска.

Что же касается исковъ личныхъ, то Сенатъ признаетъ основаніемъ ихъ каждый отдѣльный способъ возникновенія права требованія, и измѣненіе основанія усматриваетъ въ пе-

---

*) Рѣшеніе гражданскаго кассаціоннаго департамента Правительствующаго Сената 1900 г. № 76.

реходѣ отъ одного изъ нихъ къ другому. Такъ, напримѣръ, высказался Правительствующій Сенатъ по слѣдующему дѣлу.

Въ исковомъ прошеніи Ткачукова требовала 400 руб., отказанныхъ ей по духовному завѣщанію Бялецкимъ; въ апелляціонной же жалобѣ она просила присудить ей 400 рублей за 12-лѣтнюю службу ея у Бялецкаго. Мировой съѣздъ, признавъ за завѣщаніемъ, по отношенію къ истицѣ, значеніе долгового документа, уважилъ исковое требованіе.

Въ этомъ, разсуждалъ Сенатъ, нельзя не видѣть допущенія существеннаго измѣненія основанія иска, такъ какъ въ первомъ случаѣ Ткачукова основывала свое право на наслѣдственномъ переходѣ, а во второмъ на существовавшемъ будто-бы обязательствѣ Бялецкаго платить ей за личныя услуги ему извѣстную сумму *).—

Все это ученіе не можетъ быть, однако, правильнымъ, ибо ошибочно исходное положеніе его. Основаніе иска индивидуализируетъ искъ не только потому, что оно можетъ вліять на тождество предмета, какъ это имѣетъ мѣсто въ искахъ личныхъ. Оно индивидуализируетъ также и вещный искъ, хотя и не вліяетъ на предметъ иска. Основаніе иска имѣетъ самостоятельное значеніе для иска и для процесса— какъ thema probandum. Основаніемъ иска вещнаго является каждый titulus, ибо каждый представляетъ собою особый предметъ доказыванія.

Различіе между вещными исками и личными, по отношенію къ вопросу объ измѣненіи основанія иска, видятъ, во-первыхъ, въ различіи состава основаній иска, во-вторыхъ, въ различіи той связи, которая существуетъ между вещными правами и ихъ основаніями, съ одной стороны, и между правами обязательственными и ихъ основаніями—съ другой.

---

*) Рѣшеніе гражданскаго кассаціоннаго департамента Правительствующаго Сената 1873 г., № 1096.

Въ искахъ личныхъ основаніемъ считаютъ правопроизводящій фактъ, въ искахъ вещныхъ—правоотношеніе. Но, какъ уже выше было показано, правоотношеніе представляетъ соединеніе двухъ различныхъ по своему значенію для иска элементовъ—юридическаго и фактическаго, изъ которыхъ лишь послѣдній имѣетъ индивидуализирующее значеніе для иска. Именно въ искахъ вещныхъ рѣзко обнаруживается различіе между фактическимъ основаніемъ иска и правоотношеніемъ; послѣднее есть результатъ перваго; отношеніе между ними—отношеніе результата и causae efficientis. Когда предъявляется виндикаціонный искъ, право собственности является лишь результатомъ существованія правопроизводящаго факта. Право собственности есть то неизвѣстное, которое надо найти по двумъ даннымъ—факту и подходящему къ нему закону.

Иная конструкція, согласная съ повседневною, но не юридическою терминологіею, имѣетъ свой смыслъ. Положимъ,—говоритъ Малышевъ,—истецъ требуетъ возвращенія собственной вещи; если эту вещь считать предметомъ его иска, то содержаніе искового требованія, очевидно, будетъ основываться ближайшимъ образомъ на правѣ собственности; это право есть основаніе, по которому онъ требуетъ возврата вещи *).

Значитъ-ли это, однако, что основаніемъ иска является данное вещное право истца?

Разумѣется, чтобы отвѣтить на вопросъ истца о возвратѣ вещи, суду необходимо установить, какое право имѣетъ истецъ на данную вещь и можетъ-ли онъ, въ силу этого права, требовать ея возврата отъ даннаго отвѣтчика. Раньше, чѣмъ отвѣтить на вопросъ, подлежитъ-ли вещь возвращенію, суду приходится установить, каковы вообще правомочія истца на данную вещь въ отношеніи къ данному отвѣтчику для

---

*) Малышевъ, Курсъ гражданскаго судопроизводства, I, 1874, 431.

того, чтобы судить о томъ, входитъ-ли въ число ихъ право требовать возврата вещи.

Но сужденіе о правѣ—дѣло, въ теченіи процесса лежащее исключительно на обязанности суда. Какъ бы ни называлъ истецъ свое право, на которомъ онъ основывается въ своихъ исковыхъ требованіяхъ, для суда это не имѣетъ никакого значенія. Судъ обязанъ самолично удостовѣриться въ кругѣ правъ истца на данную вещь, обязанъ вывести по этому предмету свое заключеніе, имѣя логическими посылками систему объективнаго права, которое должно быть суду извѣстно безъ указанія сторонъ, и тѣ факты, какіе будутъ приведены тяжущимися.

Только эти факты являются основаніемъ и вещнаго иска, какъ и иска личнаго, но отнюдь не само вещное право, констатированіе и квалификація котораго составляетъ дѣло лишь суда. Вещное право такъ же мало можетъ быть основаніемъ иска, какъ и право требованія. То и другое представляютъ собою—medium concludens, чрезъ который долженъ пройти судъ для того, чтобы, исходя изъ основанія иска, дать отвѣтъ по содержанію исковаго требованія.

Такое воззрѣніе высказано уже у Schultze. Заявленіе права собственности,—говоритъ онъ,—или иныхъ вещныхъ не есть заявленіе факта, но выводъ изъ фактовъ. Заявленіе вещнаго права можетъ опять служить основаніемъ для другихъ выводовъ и образуетъ, такимъ образомъ, посредствующую ступень между основаніемъ иска и требованіемъ. Но никоимъ образомъ вещное право не является основаніемъ иска *).

Не представляетъ значенія для состава измѣненія осно-

---

*) Schultze, Privatrecht und Process, стр. 9—10; ср. также его-же, Konkursrecht, стр. 150. Основаніемъ иска по Schultze является во всѣхъ искахъ только фактъ. См. выше, стр. 127.

нія иска и въ однихъ, и въ другихъ искахъ, также и различіе связи между правомъ и основаніемъ его возникновенія.

Прежде всего подлежитъ сомнѣнію самое различіе связи, изъ котораго, засимъ, заключаютъ о различномъ значеніи для личныхъ и вещныхъ исковъ ихъ основаній.

Вещное право, — говорятъ, — не стоитъ въ такой тѣсной связи съ своимъ основаніемъ, какъ право обязательственное; право собственности, напримѣръ, будетъ одно и то же, имѣетъ-ли оно своимъ основаніемъ давность или же завѣщаніе *).

Разумѣется, съ точки зрѣнія своего содержанія право собственности нисколько не зависитъ отъ основанія. Собственникъ, ставшій таковымъ по давности, будетъ въ такой-же мѣрѣ собственникомъ и въ томъ случаѣ, когда право его возникнетъ изъ завѣщанія.

Но право собственности въ одномъ случаѣ и въ другомъ стоитъ въ такомъ же отношеніи одно къ другому, какъ и право требованія по обязательству, когда основаніемъ его является договоръ или же одностороннее обѣщаніе.

Различіе между обязательственными и вещными правами въ этомъ случаѣ, — какъ отмѣтилъ проф. Гольмстенъ, — сводится лишь къ вліянію на соотношеніе между основаніемъ возникновенія права и объектомъ его: «при различіи основаній возникновенія обязательственныхъ правъ, и объекты различны, а при различіи основаній возникновенія вещныхъ правъ это различіе объектовъ вовсе не необходимо — они могутъ быть тождественны» **).

Это различіе имѣетъ лишь то значеніе, что, — какъ объясняетъ профессоръ Гольмстенъ въ другомъ мѣстѣ***), — обя-

---

*) Азаревичъ, Судоустройство и Судопроизводство, томъ II, вып. 2, 1896, стр. 36.

**) Гольмстенъ, Учебникъ, 131.

***) Гольмстенъ, Юридическія изслѣдованія, 281.

зательственныя права индивидуализируются посредственно, вещныя—непосредственно; въ первыхъ—чрезъ измѣненіе основанія измѣняется объектъ, а затѣмъ самое право, въ вторыхъ—самое право, помимо объекта.

Такимъ образомъ, такъ или иначе, но основаніе иска индивидуализируетъ всякое право: всегда, когда основанія возникновенія права различны, и права различны; это одинаково во всѣхъ правахъ, какъ въ обязательственныхъ, такъ и вещныхъ *).

Въ отношеніи къ вещнымъ правамъ и искамъ это не представляется безспорнымъ. Такъ, напримѣръ, Struckmann и Koch высказываютъ, что основаніе пріобрѣтенія не даетъ вещному праву besonderes rechtliches Gepräge **).

Но, засимъ, съ процессуальной стороны различіе основанія возникновенія права представляетъ уже иное значеніе.

Когда возникаетъ споръ о правѣ собственности и основывается на договорѣ, онъ не будетъ уже тождественъ съ тѣмъ споромъ о правѣ собственности, который основывается на давности. Различіе основаній,—заключаетъ профессоръ Азаревичъ,—уничтожаетъ тождество процессуальнаго дѣла***).

Такимъ образомъ, основаніе возникновенія не оказываетъ индивидуализирующаго вліянія на вещное право, но оказываетъ это вліяніе на вещный искъ. Искъ о правѣ собственности, основанный на давности, и таковой же искъ по завѣщанію не будутъ тождественны, ибо различны ихъ основанія, хотя и тождественъ предметъ иска.

Поэтому, если лицо, требующее признанія за нимъ права собственности на имущество, сначала сошлется на завѣщаніе, а засимъ на давность, будетъ имѣть мѣсто измѣненіе иска. Это измѣненіе иска произойдетъ черезъ измѣненіе его

---

*) Гольмстенъ, Юридическія изслѣдованія, 280.

**) Struckmann und Koch, Civilprozessordnung, 280.

***) Азаревичъ, l. c., 36.

основанія. Примѣняя сюда критерій thema probandum мы скажемъ, что въ данномъ случаѣ имѣетъ мѣсто измѣненіе основанія иска, такъ какъ, допустивъ названную модификацію въ искѣ, истецъ долженъ, въ интересахъ удовлетворенія своего первоначальнаго требованія, перейти отъ одной thema probandum къ другой: до измѣненія ему надо было доказать существованіе завѣщанія, послѣ же измѣненія предметомъ доказыванія является давностное владѣніе.

Такимъ образомъ, въ вопросѣ объ измѣненіи основанія иска не представляется правильнымъ проводить различіе между исками личными и вещными. Какъ въ первомъ случаѣ, такъ и во второмъ измѣненіе основанія иска заключается въ измѣненіи основанія возникновенія права. Какъ въ томъ, такъ и въ другомъ случаѣ измѣненіе основанія иска имѣетъ одинаковое значеніе для тождества иска, одинаково составляя измѣненіе иска по существу.

Такое воззрѣніе находитъ серьезную поддержку со стороны литературы.

Такого воззрѣнія придерживается, напримѣръ, проф. Dernburg.

Онъ приводитъ такой случай. Въ исковомъ прошеніи истецъ указалъ на завѣщаніе какъ основаніе пріобрѣтенія права, а впослѣдствіи выставилъ основаніемъ куплю и traditio.

Въ этомъ случаѣ имѣется недопустимое измѣненіе основанія иска. Дѣйствительно, объясняетъ Dernburg, черезъ это сталъ совершенно инымъ матеріалъ разбирательства (der Stoff der Verhandlung) и черезъ измѣненіе нападенія и защиты совершенно сдвинута процессуальная позиція *).

Такому же воззрѣнію соотвѣтствуетъ и тотъ взглядъ, который проводятъ Struckmann и Koch.

Одно указаніе права собственности, сервитутнаго и т. п.,—говорятъ они,—представляется ничѣмъ больше, какъ

---

*) Dernburg, Pandekten, I [1894], стр. 364.

указаніемъ eines abstrakten Rechtsbegriffes, хотя и въ конкретной обстановкѣ, для обоснованія вещнаго иска необходимо указаніе основанія пріобрѣтенія *).

Слѣдовательно, основаніе пріобрѣтенія индивидуализируетъ вещный искъ и съ измѣненіемъ основанія пріобрѣтенія этотъ искъ утрачиваетъ свою индивидуальность, происходитъ измѣненіе иска **).

Взглядъ германской литературы нашелъ полное отраженіе и въ практикѣ судовъ Германіи

И при вещныхъ искахъ,—высказалъ Reichsgericht,—основаніе возникновенія спорнаго права составляетъ часть des Klaggrundes. Простого обозначенія вещнаго права не достаточно. Правоотношеніе, которое положено въ основаніе иска и изъ котораго вытекаетъ претензія, становится такимъ путемъ (т. е. посредствомъ простого обозначенія вещнаго права) распознаваемымъ по своему предмету и общему характеру; однако, не хватаетъ «die bestimmte Angabe des Grundes des erhobenen Anspruchs», именно изложенія тѣхъ фактовъ, которые могутъ вызвать претензію и представить ее возникшею въ лицѣ истца. Безъ названія основанія пріобрѣтенія не хватаетъ, такимъ образомъ, по общему правилу, фактическаго субстанціированія, котораго законъ требуетъ для судебнаго осуществленія какъ личныхъ, такъ и вещныхъ правъ ***).

Такова же практика и низшихъ судовъ. Такъ, напримѣръ, высказался Гамбургскій Оберъ-Ландгерихтъ въ рѣшеніи 9 октября 1883 года ****).

---

*) Struckmann und Koch, Civilprozessordnung, 280.

**) Такое же воззрѣніе на основаніе вещнаго иска и его измѣненіе высказываютъ еще: Kiefe, l. c., стр. 41 и 55; Bollinger, l. c., 69; также: Hellmann, l. c., 400; ср. Rümelin, l. c., 112.

***) Рѣшеніе Reichsgericht'а 4 января 1884 года,—Reichsgerichts Entscheidungen, томъ X [1884], № 142; также Seufferts Archiv, томъ 39, № 145. Свой взглядъ подтвердилъ Reichsgericht въ рѣшеніи 1885 года,—Reichsgerichts Entscheidungen, XI [1885], № 50, стр. 242.

****) Seuffert's Archiv, томъ 39 [1883], № 144.

Черезъ годъ послѣ этого возникъ тотъ-же вопросъ въ Іенскомъ Оберъ-Ландгерихтѣ. И онъ разрѣшилъ вопросъ въ томъ смыслѣ, что введеніе новаго основанія пріобрѣтенія при вещныхъ искахъ составляетъ недопустимое измѣненіе иска *).

Присоединился къ общему германскому воззрѣнію и Кильскій Оберъ-Ландгерихтъ въ одномъ изъ рѣшеній недавняго времени.

Онъ призналъ, что заявленіе иныхъ пріобрѣтательныхъ основаній во 2-й инстанціи составляетъ недопустимое измѣненіе иска. Дѣло заключалось въ слѣдующемъ.

Искъ о правѣ собственности на заложенныя три овцы съ ягнятами основанъ былъ на договорѣ истца съ его отцемъ о куплѣ имѣнія съ инвентаремъ, и мотивированъ тѣмъ, что овцы съ ягнятами принадлежали къ инвентарю. Въ апелляціонной инстанціи истецъ заявилъ, что онъ вымѣнялъ 9 ноября 1895 года у своего отца одну овцу на другую, что овца эта принесла въ мартѣ 1896 года ягненка, являющагося теперь второю овцою, и что третью заложенную овцу онъ купилъ отъ нѣкоего Р. въ сентябрѣ 1897 года.

Судъ, исходя изъ приведеннаго воззрѣнія, и нашелъ, что подобное обозначеніе новыхъ пріобрѣтательныхъ основаній для оспореннаго права собственности есть недопустимое измѣненіе иска **).

Наше воззрѣніе на основаніе возникновенія права какъ основаніе вещнаго иска, въ измѣненіи каковаго основанія заключается измѣненіе иска, имѣетъ массу представителей и въ литературѣ французской.

Таково, напримѣръ, прежде всего ученіе Laurent'a***).

Въ отождествленіи основанія иска съ правомъ, на которомъ основывается искъ, ведетъ,—говоритъ Laurent,—къ

---

*) Рѣшеніе 25 сентября 1884 г.—Seufferts Archiv, т. 41, № 65.

**) Seuffert's Archiv, томъ 54 [1899 г], № 184.

***) Laurent, Principes de droit civil, томъ XX, § 64.

смѣшенію основанія иска съ предметомъ требованія. Я виндицирую—приводитъ онъ примѣръ,—недвижимость какъ принадлежащую мнѣ по куплѣ-продажѣ; каково, спрашивается, то право, котораго я добиваюсь? Это—право собственности на участокъ земли, который, утверждаю я, мною купленъ; претензія на это право составляетъ также предметъ моего иска; въ этомъ смыслѣ и смѣшиваются право и предметъ спора.

Но что же, спрашиваетъ Laurent, составляетъ основаніе моего иска? Это, слѣдуетъ отвѣтъ, юридическій фактъ, составляющій основаніе права собственности, котораго я добиваюсь, т. е. купля-продажа.

Это основаніе иска представляется и по Laurent'у индивидуализирующимъ искъ, несмотря на то, что онъ не усматриваетъ зависимости между основаніемъ иска и оспариваемымъ правомъ.

Право собственности,—полагаетъ Laurent,—одно и то же, между тѣмъ какъ основанія, на коихъ оно зиждется, могутъ быть различны. Я могу быть собственникомъ какъ покупатель, я могу имъ быть какъ мѣновщикъ, или въ виду произведеннаго мною разсчета (datio in solutionem), или въ силу даренія либо отказа по завѣщанію, или какъ наслѣдникъ по завѣщанію либо по договору.

Но, несмотря на все это, искъ во всѣхъ этихъ случаяхъ не будетъ одинъ и тотъ же. На этомъ основаніи по предъявленіи одного изъ такихъ исковъ возможно предъявленіе другого, и, наоборотъ, въ силу того же отсутствія тождества между названными исками, невозможенъ переходъ отъ одного изъ нихъ къ другому,—въ этомъ переходѣ будетъ измѣненіе иска.

Laurent предусматриваетъ только первое послѣдствіе своего основного воззрѣнія,—т. е. вліяніе его на вопросъ объ exceptio rei judicatae.

Если получу я отказъ,—говоритъ онъ,—въ виндикаціонномъ искѣ, основанномъ на куплѣ, я могу предъявить

новый искъ, направленный также на виндикацію права собственности на тотъ же участокъ, но на другомъ основаніи.

Несмотря на то, что во всѣхъ инстанціяхъ,—заключаетъ Laurent,—требуемое право остается всегда однимъ и тѣмъ же, черезъ различіе основаній будетъ исключаться exceptio rei judicatae, и,—правильно будетъ сказать съ точки зрѣнія Laurent'a,—черезъ это же различіе основаній будетъ имѣть мѣсто измѣненіе иска.

По отношенію къ искамъ вещнымъ Laurent приходитъ къ такому же заключенію по вопросу объ основаніи ихъ, какъ и въ отношеніи исковъ личныхъ.

Я ищу,—представляетъ себѣ Laurent,—10000 франковъ по займу; основаніе моего иска—заемъ. Я ищу, засимъ, такую же сумму 10000 франковъ какъ покупную цѣну при куплѣ-продажѣ; основаніе моего иска—купля-продажа *).

Свое заключеніе объ отсутствіи тождества между исками Laurent мотивируетъ указаніемъ на различіе дебатируемаго на судѣ вопроса.

Когда мой искъ основанъ на займѣ, только этотъ вопросъ о займѣ и дебатируется, только онъ одинъ и разрѣшается судомъ **).

Такимъ образомъ, и по Laurent'y, основаніемъ всякаго иска является каждый отдѣльный способъ возникновенія права и, слѣдовательно, въ перемѣнѣ одного способа на другой заключается измѣненіе иска.

Этого же воззрѣнія придерживается въ французской литературѣ, еще, напримѣръ, Baudry-Lacantinerie, Colmet de Santerre, Aubry et Rau, Demolombe ***).

---

*) Laurent, ib., § 63.

**) Laurent, ib., § 63.

***) Baudry-Lacantinerie, l. c., § 608; Colmet de Santerre, Cours analytique, de Code Napoleon, V, стр. 628; Aubry et Rau, Cours de droit civil français, VIII, стр. 392; Demolombe, Traité des contrats, VII, § 327.

Всѣ они считаютъ основаніемъ какъ личныхъ, такъ и вещныхъ исковъ не право, но le principe générateur du droit prétendu.

Поэтому не признаются тождественными виндикаціонный искъ о недвижимости, основанный на продажѣ, и такой-же искъ о той-же недвижимости, основанной на дареніи. Въ этихъ случаяхъ имѣется различіе вещныхъ исковъ, проистекающее изъ различія ихъ основаній.

Вещные иски не составляютъ особенности сравнительно съ исками личными. Нѣтъ тождества между двумя вещными исками, основываемыми на различныхъ юридическихъ фактахъ, по той же причинѣ, по какой представляются различными два личныхъ иска, изъ коихъ въ основаніи одного лежитъ заемъ, въ основаніи другого —купля. Эта причина— различіе основаній иска, каковыми и въ вещныхъ, и въ личныхъ искахъ, представляется не право, но фактъ, qui a engendré le droit de propriété – въ виндикаціонномъ искѣ, или же фактъ, d'où ma créance est issue—въ искахъ личныхъ.

При такой конструкціи состава основанія обоихъ исковъ, не представляется различнымъ также и составъ измѣненія основанія иска, и юридическое значеніе измѣненія основанія иска: черезъ измѣненіе способа возникновенія права происходитъ измѣненіе не только личнаго иска, но и вещнаго.

II. Весьма спорнымъ является вопросъ объ основаніи иска и его измѣненіи въ примѣненіи къ искамъ объ аннуляціи юридическихъ актовъ.

Характеренъ въ этомъ отношеніи такой примѣръ.

Предъявленъ искъ объ уничтоженіи духовнаго завѣщанія какъ составленнаго съ нарушеніемъ одного изъ условій законности завѣщательныхъ распоряженій, а именно: одинъ изъ свидѣтелей оказался несовершеннолѣтнимъ; въ та-

комъ случаѣ по нашему гражданскому праву завѣщаніе не дѣйствительно въ виду совокупнаго смысла ст. 1019 п. 1, 1037, 1038 и 1054 п. 4 т. X ч. 1, разъясненныхъ Правительствующимъ Сенатомъ въ рѣшеніи 1891 г. № 70. Въ теченіи процесса истецъ заявляетъ, что недѣйствительность завѣщанія видна изъ того обстоятельства, что, вопреки 2 п. ст. 1054 т. X ч. 1, одинъ изъ свидѣтелей при завѣщаніи оказывается родственникомъ лица, въ пользу котораго составлено завѣщаніе.

Будетъ-ли въ этомъ послѣднемъ искѣ тоже самое основаніе, что и въ первомъ, при различныхъ лишь доказательствахъ тождественнаго основанія? Или же самое основаніе второго иска не тождественно здѣсь съ основаніемъ перваго?

Отвѣтъ на эти вопросы зависитъ отъ того, что признавать за основаніе иска. По этому же предмету, въ примѣненіи именно къ случаямъ названнаго рода, существуетъ два различныхъ направленія.

Одни полагаютъ, что при искахъ объ уничтоженіи юридическихъ актовъ есть столько отдѣльныхъ и различныхъ основаній, сколько можетъ быть пороковъ совершенія актовъ (теорія различія основаній).

Другіе, напротивъ, видятъ въ такихъ искахъ лишь одно основаніе, признавая таковымъ самую ничтожность акта; каждый изъ пороковъ, вызывающихъ ничтожность, считается лишь средствомъ для подтвержденія правильности иска, средствомъ констатированія наличности основанія иска, т. е. доказательствомъ, а не основаніемъ (теорія единства основанія).

Когда мнѣ отказано,—говоритъ Marcadé *),—въ искѣ объ уничтоженіи завѣщанія по формальной неправильности его въ виду несовершеннолѣтія одного изъ свидѣтелей, мнѣ

---

*) Marcadé, Explication théorique, V, 184; Revue de législation et de jurisprudence, XXX, 325—326.

нельзя будетъ уже требовать уничтоженія того же акта по формальной неправильности его, вытекающей изъ другого обстоятельства.

Въ самомъ дѣлѣ,—мотивируетъ Marcadé *),—непосредственнымъ основаніемъ моего перваго иска является не фактъ несовершеннолѣтія свидѣтеля, но формальная неправильность акта. Уничтоженіе акта, котораго я добиваюсь, есть объектъ моего требованія. Почему актъ долженъ быть уничтоженъ? Потому, что онъ неправиленъ по своей формѣ. Общая идея формальной неправильности есть «le motif prochain de mon action, sa base immediate, sa cause». Но почему, по моему мнѣнію, актъ формально не правиленъ? Потому, что одинъ изъ свидѣтелей не совершеннолѣтенъ. Этотъ спеціальный фактъ несовершеннолѣтія свидѣтеля, отвѣчающій лишь на второе «почему», есть лишь «une cause de la cause», другими словами, посредствующее основаніе иска, простое средство доказыванія (moyen).

Общая идея формальной неправильности является, по этому ученію, непосредственнымъ основаніемъ иска, въ обоихъ случаяхъ это основаніе тождественно, несмотря на различіе въ доказательствахъ.

Къ тому же направленію относится воззрѣніе, высказанное у Aubry et Rau **).

Два иска объ аннуляціи акта по формальнымъ недостаткамъ представляются, по ихъ ученію, тождественными по своему основанію, хотя бы второй изъ нихъ опирался на неправильность, которою не воспользовался истецъ для перваго иска ***).

---

*) Ibid., 185.

**) Aubry et Rau, Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae, VIII [1878].

***) Ibid., 393, b.

Каково, дѣйствительно,—спрашиваютъ Aubry et Rau,—ближайшее основаніе (causa proxima) иска объ аннуляціи акта? Это есть,—слѣдуетъ отвѣтъ,—недостатокъ въ формѣ, установленной закономъ. Хотя несоблюденіе каждой изъ формальностей, требуемыхъ для дѣйствительности акта, устанавливаетъ иное упущеніе, однако, всѣ отдѣльныя упущенія соединяются въ недостатокъ законной формы; этотъ послѣдній и составляетъ одно и тоже основаніе иска, каково бы ни было спеціальное обстоятельство (causa remota), въ виду котораго истецъ утверждалъ бы, что актъ не удовлетворяетъ законной формѣ *).

Тождественными по своему основанію иска,—высказываютъ они,—надо разсматривать два иска объ аннулляціи соглашенія или распоряженія по недостатку подлиннаго согласія со стороны одного изъ контрагентовъ, хотя бы во второмъ искѣ истецъ аргументировалъ указаніемъ на пробѣлъ, о которомъ не упоминалъ при первомъ искѣ.

Когда,—поясняютъ они,—имѣется искъ объ уничтоженіи договора по причинѣ принужденія, ошибки или обмана, то causa proxima actionis не состоитъ въ спеціально означенныхъ фактахъ принужденія, ошибки или обмана, но заключается именно въ отсутствіи подлиннаго согласія. Эти же факты представляютъ собою лишь causae remotae для иска объ уничтоженіи договора **).

Теоріи единства основанія придерживается также и Правительствующій Сенатъ. Въ такомъ именно смыслѣ высказался онъ, напримѣръ, по слѣдующему дѣлу.

Истецъ просилъ признать недѣйствительнымъ договоръ аренды, заключенный его отцемъ, Василіемъ Заозерскимъ, съ отвѣтчикомъ. Въ основаніи требованія лежало отсутствіе у Василія Заозерскаго права распоряжаться отданною имъ въ

---

*) Ibid., 393, прим. 89.

**) Ibid., 393 и прим. 90.

аренду землею, такъ какъ она принадлежитъ въ исключительную собственность истцу —Въ Палатѣ обнаружилось, что Василій Заозерскій есть совладѣлецъ истца, въ $^1/_7$ части. Тогда истецъ объяснилъ, что договоръ аренды долженъ быть все-таки недѣйствительнымъ, какъ заключенный Василіемъ Заозерскимъ безъ согласія совладѣльца.

Въ этомъ объясненіи, полагалъ Сенатъ, нельзя видѣть ни измѣненія основанія иска—отсутствія у Василія Заозерскаго права распоряжаться землею, ни измѣненія исковаго требованія—признанія договора недѣйствительнымъ. Въ этомъ объясненіи заключалось лишь опроверженіе сдѣланнаго отвѣтчикомъ противъ иска возраженія и представленнаго ею въ Палатѣ новаго доказательства, указаніе на то, что, несмотря на послѣдовавшее послѣ предъявленія иска утвержденіе Василія Заозерскаго въ $^1/_7$ части наслѣдникомъ къ землѣ, онъ одинъ, безъ согласія истца, не имѣлъ по закону права распоряжаться землею. Приводить же новые доводы и доказательства въ подтвержденіе своихъ требованій, равно какъ опровергать объясненія и доказательства, представленныя противною стороною, тяжущіеся не лишены права *).

Тотъ же взглядъ высказанъ былъ, еще, напримѣръ, по такому дѣлу.

Истецъ въ своемъ прошеніи ходатайствовалъ о признаніи недѣйствительнымъ духовнаго завѣщанія въ виду того, 1) что во время составленія его завѣщатель находился въ безсознательномъ состояніи и 2) что завѣщаніе было составлено въ больницѣ, при чемъ, однако, не былъ соблюденъ порядокъ, указанный въ ст. 1081 т. X ч. 1, зак. гражд. Въ судебномъ же засѣданіи истецъ заявилъ, что означенное завѣщаніе не дѣйствительно въ виду того, что составлено съ нарушеніемъ правила, указаннаго въ п. 2 ст-

---

*) Рѣшеніе гражданскаго кассаціоннаго департамента Правительствующаго Сената 1874 г. № 285, по дѣлу Заозерскаго.

1054 т. X ч. 1, т е. правила, воспрещающаго быть свидѣлями при завѣщаніи родственникамъ и свойственникамъ лицъ, въ пользу коихъ составлено завѣщаніе.

Сенатъ призналъ, что «судъ не имѣлъ повода не принимать этого указанія къ обсужденію по существу онаго, такъ какъ оно не заключало въ себѣ ни новаго требованія, ни такого новаго основанія, которое измѣняло бы въ существѣ исковое требованіе, а составляло лишь новое возраженіе противъ дѣйствительности спорнаго завѣщанія. Приводить же во время производства дѣла новыя возраженія и новые доводы къ подкрѣпленію своевременно предъявленныхъ требованій законъ не запрещаетъ *).

Эта теорія,—теорія единства основанія иска,—имѣетъ еще не мало послѣдователей; къ таковымъ, кромѣ уже названныхъ, принадлежатъ, напримѣръ, Toullier, Bonfils, у насъ Малышевъ и Маминъ **).

Соображеніе, которымъ руководятся сторонники этого воззрѣнія, заключается въ желаніи воспрепятствовать размноженію процессовъ.

Еслибы дозволить тяжущемуся,—говорятъ, напримѣръ, Aubry et Rau *),—требовать аннуляціи акта по формальному недостатку, предъявляя объ этомъ послѣдовательно столько различныхъ исковъ, сколько бы ни было отдѣльныхъ упущеній,—этимъ путемъ создалось бы противодѣйствіе тѣмъ соображеніямъ общественнаго порядка, на которыхъ основывается законная сила рѣшенія ***).

Ограждая, однако, общественный интересъ, тѣмъ самымъ вторгаются въ сферу интересовъ частнаго лица, отнимая у

---

*) Рѣшеніе гражданскаго кассаціоннаго департамента Правительствующаго Сената 1877 г., № 14, по дѣлу Ширшовыхъ.

**) Toullier. Droit civil français, X, n⁰ 166; Bonfils, Traité élémentaire, § 1030; Малышевъ, Курсъ гражданскаго судопроизводства, I, 431; Маминъ, Объ основаніи иска, 36.

***) Aubry et Rau, l. c., 393, прим. 89.

него возможность persequendi judicio quod sibi debetur; на защиту общественнаго интереса приносится въ жертву право каждаго требовать судебной защиты своихъ интересовъ.

Такое положеніе, не могъ не признать Marcadé, не согласуется съ принципомъ справедливости *).

Дѣйствительно,—говоритъ онъ,—представляется тягостнымъ, чтобы тотъ, кому отказано въ искѣ объ аннуляціи акта вслѣдствіе данной формальной неправильности, не могъ бы воспользоваться другою неправильною, совершенно отличною отъ первой.

Это, однако, не останавливаетъ Marcadé. Сознавая всю несправедливость своего воззрѣнія, онъ находитъ объясненіе для него въ томъ, что это есть всегда необходимая жертва, приносимая въ угоду интересу публичному, хотя и въ ущербъ интересу отдѣльной личности.

Если бы было позволено,—объясняетъ онъ,—считать основаніемъ иска что-либо иное, кромѣ основанія ближайшаго и непосредственнаго, надо было бы считаться не только съ тѣмъ основаніемъ, которое непосредственно предшествуетъ основанію данному, и которое оказывается по счету вторымъ, но и съ основаніемъ третьимъ, четвертымъ и такъ далѣе до основаній самыхъ отдаленныхъ. Открыть же состязаніе по всѣмъ новымъ основаніямъ означало бы затянуть процессы на цѣлую вѣчность и сдѣлать то, что судебныя рѣшенія никогда не перестали-бы быть лишь провизорными; а это значило бы подорвать законную силу рѣшенія и разрушить такимъ путемъ одинъ изъ устоевъ соціальнаго порядка.

Поэтому, заключаетъ Marcadé, какъ ни досадны для тяжущихся послѣдствія общаго положенія въ томъ или другомъ случаѣ, надо считаться лишь съ основаніемъ ближай-

---

*) Marcadé, De l'autorité de la chose jugée, въ Revue de législation et de jurisprudence, XXX, 327

шимъ, основаніемъ иска въ собственномъ смыслѣ, но отнюдь не съ основаніями отдаленными или простыми доказательствами *).

Если отъ допустимости послѣдующихъ исковъ, противъ которой направлена теорія единства основанія, проистекаетъ опасность или неудобство для правильнаго отправленія правосудія вслѣдствіе размноженія процессовъ, то, спрашивается, есть-ли еще основаніе для того, чтобы интересъ личности приносить въ жертву какому-либо интересу? Не сопряжено ли это будетъ съ явнымъ нарушеніемъ справедливости? Не возможна ли иная мѣра согласованія сталкивающихся интересовъ?

Для отвѣта на эти вопросы, надо обратиться къ принципіальному его положенію.

Основаніемъ иска является тотъ фактъ, который долженъ быть доказанъ истцемъ и принятъ судомъ въ качествѣ логической посылки для вывода заключенія въ отвѣтъ на вопросъ, уважить-ли требованіе истца или отказать въ искѣ.

Для того, чтобы отвѣтить на ходатайство истца объ аннуляціи акта, суду необходимо имѣть въ виду извѣстное обстоятельство, которое могло-бы явиться меньшею посылкою для заключенія о томъ, представляется ли данный актъ недѣйствительнымъ. Только это обстоятельство и должно быть истцемъ доказано. Таково, напримѣръ, то обстоятельство, что одинъ изъ свидѣтелей, присутствовавшихъ при составленіи завѣщанія, былъ несовершеннолѣтенъ. Только это обстоятельство и имѣется въ виду судомъ при судебномъ разбирательствѣ. Если бы въ теченіи процесса было указано истцемъ новое обстоятельство, въ силу котораго актъ подлежитъ аннуляціи, явилось бы не новое доказательство недѣйствительности акта, но новое основаніе, ибо это былъ бы новый предметъ для доказыванія и новый отправный пунктъ для вывода судомъ отвѣта на исковое требованіе.

---

*) Ibid., 327—328.

Поэтому, съ принципіальной точки зрѣнія, правильнымъ представляется лишь то воззрѣніе, по которому не представляются тождественными по своему основанію два такихъ иска объ аннуляціи акта, въ которыхъ различны упущенія, лишающія актъ его дѣйствительности.

Теорія же единства основанія не только представляется неправильною принципіально, но и не удовлетворяетъ требованію справедливости, что́ обнаруживается, напримѣръ, при примѣненіи ея къ вопросу о законной силѣ рѣшенія. Окончательное судебное рѣшеніе окажетъ, при такомъ воззрѣніи на основаніе иска, свое консумирующее значеніе не только на тѣ вопросы, которые судомъ рѣшены, но также и на тѣ, которые вовсе не были предметомъ ни судебнаго разсмотрѣнія, ни доказыванія со стороны истца. Но, въ такомъ случаѣ, дѣйствіе законной силы рѣшенія будетъ идти въ разрѣзъ съ основною цѣлью существованія этого института.

Законная сила рѣшенія распространяется на иски, тождественные, между прочимъ, по своему основанію съ искомъ, по которому состоялось рѣшеніе. Для чего же, спрашивается, устанавливается въ законѣ такое условіе? Выставляя такое требованіе, законодатель, разумѣется,— справедливо говоритъ Laurent, *)—имѣетъ въ виду помѣшать тому, чтобы при вторичномъ разрѣшеніи одного и того же иска не возникло разногласія между новымъ судомъ и первоначальнымъ. Если, поэтому, одинъ судъ рѣшитъ, что свидѣтель при оспариваемомъ завѣщаніи былъ несовершеннолѣтенъ, а второй судъ разрѣшитъ вопросъ о томъ, что другой свидѣтель былъ иностранецъ, развѣ этотъ второй судъ войдетъ въ разногласіе съ первымъ.

Такимъ образомъ, и сопоставленіе вопроса о томъ, каково основаніе въ искахъ объ аннуляціи акта, съ раціональ-

---

*) Laurent, Principes, XX, § 73, p. 95

нымъ объемомъ дѣйствія законной силы по каждому изъ нихъ, приводитъ къ заключенію о неправильности теоріи единства основанія.

Въ нашемъ примѣрѣ имѣется поэтому не одинъ искъ съ различными доказательствами, но два различныхъ иска, ибо различны въ нихъ основанія: въ одномъ—фактъ несовершеннолѣтія одного изъ свидѣтелей, въ другомъ—фактъ родства.

Когда состоялось бы рѣшеніе по первому иску, оно не могло бы имѣть законной силы въ отношеніи ко второму. Иначе бы,—какъ это и есть при теоріи единства основанія,—законная сила рѣшенія оказывала бы свое дѣйствіе на такіе вопросы, которые вовсе не были предметомъ судебнаго разсмотрѣнія.

Предупреждая подобнаго рода возраженіе противъ своей теоріи, Marcadé приводитъ такое объясненіе. *)

Совершенно вѣрно,—говоритъ онъ,—нельзя было-бы сказать въ приведенномъ примѣрѣ, что и второй вопросъ разрѣшенъ въ первомъ рѣшеніи, если формулировать вопросъ, включая обозначеніе отдаленнаго основанія. Надо было бы сказать, что сужденію подвергся вопросъ о томъ, ничтоженъ-ли актъ вслѣдствіе формальнаго недостатка, вытекающаго (résultant) изъ несовершеннолѣтія свидѣтеля, и что вовсе не обсуждался вопросъ о томъ, нѣтъ-ли недѣйствительности акта по формальному недостатку, вытекающему изъ присутствія при составленіи завѣщанія въ качествѣ свидѣтеля иностранца.

Но дѣло представляется иначе,—объясняетъ Marcadé,—если стать на ту точку зрѣнія, что въ приведенной постановкѣ вопроса есть лишній элеменъ, и формулировать вопросъ такъ: «представляется-ли актъ недѣйствительнымъ въ виду упущенія въ формѣ», т. е. не обозначать, въ чемъ упущеніе состоитъ.

При такой постановкѣ вопроса становится, по мнѣнію Marcadé, яснымъ, что въ обоихъ случаяхъ, подлежащихъ

---

*) Marcadé въ Revue de législation, XXX, 329.

сравненію, имѣется одинъ и тотъ же вопросъ и что вопросъ этотъ подвергся обсужденію.

Но, при такой постановкѣ вопроса, положеніе его вовсе не становится яснымъ. Лишь на первый взглядъ можетъ казаться, что будетъ тождественнымъ основаніе въ обоихъ сравниваемыхъ случаяхъ. Если же обратиться къ нашей формулѣ, то и становится яснымъ совершенно обратное.

Для того, чтобы судъ могъ разрѣшить вопросъ, выдвинутый исковымъ требованіемъ, необходимо, чтобы истецъ доказалъ фактъ, который могъ бы послужить логическою посылкою при сужденіи. Такой посылки не будетъ, однако, на лицо, если сказать, что искъ основывается на «упущеніи въ формѣ»; для того, чтобы можно было доказать наличность упущенія, необходимо раньше этого индивидуализировать упущеніе, необходимо указать, въ чемъ именно упущеніе заключается. Только тогда будетъ налицо и предметъ доказыванія, и логическая посылка для вывода судомъ отвѣта на требованіе истца; тогда только будетъ и основаніе иска.

Такимъ образомъ, та постановка вопроса, которую предлагаетъ Marcadé, если не представляется неправильною, то во всякомъ случаѣ не полна. Коль скоро же восполнить ее, то и получается такой вопросъ: «представляется-ли данный актъ недѣйствительнымъ въ виду упущенія въ формѣ, заключающагося въ томъ, что одинъ изъ свидѣтелей при завѣщаніи былъ несовершеннолѣтенъ?» При такой же постановкѣ вопроса,—а иная была бы не правильна,—становится яснымъ, что основаніемъ иска является не упущеніе въ формѣ вообще, но каждое изъ упущеній въ отдѣльности.

На этомъ основаніи представляется неправильнымъ и соображеніе, приводимое г. Маминымъ.

Несомнѣнно,—полагаетъ г. Маминъ *),— какъ въ первомъ случаѣ, такъ и во второмъ суду приходилось-бы обсуждать одинъ и тотъ же основной вопросъ,—а

*) Маминъ, l. c., 36.

именно о тѣхъ качествахъ, которыми должны обладать свидѣтели при духовныхъ завѣщаніяхъ.

Но такъ-ли это? Для того, чтобы установить, каковъ въ каждомъ данномъ случаѣ вопросъ, подлежащій разрѣшенію, надо прослѣдить тотъ путь, по которому долженъ идти судъ, чтобы дать отвѣтъ на требованіе истца. Въ сравниваемыхъ случаяхъ истецъ требуетъ уничтоженія духовнаго завѣщанія: суду, слѣдовательно, приходится отвѣтить на вопросъ, подлежитъ-ли данное завѣщаніе уничтоженію?

Истецъ въ одномъ случаѣ указываетъ на несовершеннолѣтіе свидѣтеля. Судъ долженъ тогда установить, имѣется-ли въ законѣ требованіе, чтобы свидѣтель, присутствующій при составленіи завѣщанія, былъ непремѣнно совершеннолѣтенъ. Засимъ, установивъ общее требованіе закона, судъ долженъ имѣть еще одну посылку для вывода заключенія: дѣйствительно-ли одинъ изъ свидѣтелей оказался несовершеннолѣтнимъ. Это обстоятельство будетъ и предметомъ доказыванія по данному дѣлу, а потому будетъ и тѣмъ «основнымъ вопросомъ», который индивидуализируетъ дѣло, можетъ представить его индивидуально отличнымъ отъ другого.

Въ данномъ случаѣ, это другое дѣло сводится къ совершенно иному «основному вопросу». Таковымъ является вопросъ о томъ, что одинъ изъ свидѣтелей оказался родственникомъ того, въ чью пользу составлено завѣщаніе.

Такимъ образомъ, въ обоихъ случаяхъ «основной вопросъ» совершенно не одинъ и тотъ же. Предметъ доказыванія по одному иску не является таковымъ же для другого. Исходнымъ пунктомъ, одною изъ посылокъ для вывода судомъ заключенія является въ одномъ искѣ совсѣмъ не то обстоятельство, что въ другомъ. Если отвѣтчикъ готовъ къ защитѣ по первому иску, онъ оказывается не подготовленнымъ къ защитѣ по второму, ибо въ обоихъ случаяхъ различны основанія исковыхъ требованій.

Сторонники теоріи единства основанія иска видятъ до-

водъ въ пользу своего воззрѣнія также въ томъ соображеніи, какъ обстояло бы дѣло, если бы понятіе основанія иска въ томъ смыслѣ, противъ котораго они спорятъ, примѣнить къ вопросу о соединеніи исковъ.

Такой именно доводъ приводитъ г. Маминъ *). Допустимъ,— объясняетъ онъ, —что истецъ, предъявивъ ходатайство объ уничтоженіи завѣщанія, сослался-бы какъ на тотъ фактъ, что одинъ свидѣтель былъ несовершеннолѣтнимъ, такъ и на тотъ, что другой былъ родственникомъ наслѣдника.

Если видѣть въ каждомъ изъ приведенныхъ фактовъ отдѣльное основаніе, то, разумѣется, получается въ примѣрѣ г. Мамина соединеніе исковъ, истекающихъ изъ различныхъ основаній. Наоборотъ, не можетъ быть рѣчи о соединеніи исковъ, если въ каждомъ изъ приведенныхъ фактовъ не видѣть отдѣльнаго основанія. Такимъ образомъ, о наличности соединенія исковъ можно судить лишь послѣ того, какъ будетъ рѣшенъ вопросъ объ основаніи иска.

Но не представляется возможнымъ сдѣлать обратный выводъ и сказать, что въ данномъ случаѣ имѣется не нѣсколько основаній, а только одно, по тому лишь соображенію, что «очевидно»,—какъ именно говоритъ г. Маминъ,—нѣтъ здѣсь смѣшенія разныхъ основаній въ одномъ искѣ. Нѣтъ очевидности, ибо матеріалъ для заключенія о ней именно и стоитъ подъ вопросомъ: только тогда, когда отвѣтимъ на вопросъ, что есть основаніе иска, будетъ видно, имѣется-ли смѣшеніе разныхъ основаній.

Наконецъ, является вопросъ, что же именно будетъ основаніемъ иска при оспариваемой теоріи? Мы видѣли, что основаніемъ иска, индивидуализирующимъ исковое требованіе, можетъ быть только фактъ или совокупность фактовъ. Разбираемая-же теорія отвергаетъ, чтобы фактъ былъ основаніемъ иска. Вполнѣ послѣдова-

---

*) Маминъ, l. c., 36.

тельно, поэтому, поступилъ г. Маминъ, расширивъ понятіе основанія иска до «опредѣленнаго юридическаго начала»*). Но этимъ самымъ г. Маминъ еще рельефнѣе выставилъ несостоятельность защищаемой имъ теоріи, которая только и умѣстна при условіи нарушенія такихъ основныхъ понятій, какъ основаніе иска.

Опредѣливъ основаніе иска какъ «юридическое начало», г. Маминъ говоритъ, что это начало «по особенностямъ даннаго конкретнаго случая выражается или какимъ-либо юридическимъ фактомъ, или какимъ-либо юридическимъ отношеніемъ».

Но спрашивается, чѣмъ же выражается «юридическое начало» какъ основаніе иска въ разбираемыхъ примѣрахъ?

Юридическимъ фактомъ основаніе иска здѣсь не является, ибо это именно и отвергаетъ такая теорія. Не можетъ быть, засимъ, основаніемъ иска, какъ выше показано, и юридическое отношеніе, да въ данномъ случаѣ и г. Маминъ не утверждаетъ, чтобы основаніе иска «выражалось какимъ-либо юридическимъ отношеніемъ».

Въ указанныхъ казусахъ,—говоритъ г. Маминъ, точно воспроизводя ученіе, къ которому присоединился,—основаніемъ иска будетъ общее предписаніе закона о формальной сторонѣ завѣщаній.

Совершенно вѣрно, въ обоихъ казусахъ суду прійдется имѣть въ виду это указаніе закона. Но это будетъ та юридическая посылка, безъ которой не мыслимо удовлетвореніе исковаго требованія, но которая еще вовсе не индивидуализируетъ его. Тотъ же элементъ, который вліяетъ на индивидуализацію иска, въ обоихъ случаяхъ не одинаковъ: въ одномъ случаѣ одинъ фактъ, въ другомъ—совершенно иной.

Если поправка г. Мамина сводится именно къ «указанію закона», это только показываетъ на недостаточное разграни-

---

*) Ibid., 36.

ченіе фактическаго и юридическаго элементовъ въ составѣ исковой претензіи, слѣдствіемъ чего и является то, что индивидуализирующее значеніе признается за такимъ основаніемъ, которое является только юридическимъ.

Такимъ образомъ, согласно сказанному, искъ объ аннуляціи акта, основанный, напримѣръ, на томъ обстоятельствѣ, что одинъ изъ свидѣтелей, присутствовавшихъ при составленіи завѣщанія, былъ несовершеннолѣтенъ, не будетъ тождественъ съ искомъ объ аннуляціи того же завѣщанія, основаннымъ на томъ обстоятельствѣ, что другой свидѣтель оказался родственникомъ лица, въ пользу котораго составлено завѣщаніе. Иски эти не будутъ тождественны между собою именно по той причинѣ, что различны основанія ихъ.

Неправильнымъ, поэтому, представляется и такое воззрѣніе, по которому не признается различія основаній въ приведенныхъ искахъ, но оба они все-таки не признаются тождественными.

Таково воззрѣніе, высказанное у Baudry-Lacantinerie*).

Я требую, - приводитъ онъ примѣръ, — уничтоженія завѣщанія по формальнымъ недостаткамъ, именно вслѣдствіе несовершеннолѣтія одного изъ свидѣтелей, присутствовавшихъ при составленіи завѣщанія.

Предметомъ моего иска, — объясняетъ онъ, — является, очевидно, la nullité de l'acte. А что же составляетъ основаніе? Прямо и непосредственно, — говритъ онъ, — упущеніе въ формѣ. Но это основаніе имѣетъ опять-таки свое основаніе, — именно, несовершеннолѣтіе свидѣтеля; это будетъ la cause seconde.

Если въ такомъ искѣ будетъ мнѣ отказано, могу-ли я, — задаетъ вопросъ Baudry-Lacantinerie, — требовать уничтоженія того же самаго завѣщанія вслѣдствіе другого упущенія въ

---

*) Baudry-Lacantinerie, l. c., § 608.

формѣ, напримѣръ, вслѣдствіе того, что одинъ изъ свидѣтелей оказался иностраннымъ подданнымъ?

Непосредственное основаніе здѣсь,—разсуждаетъ Baudry-Lacantinerie,—является тѣмъ же самымъ, что и въ первомъ искѣ,—всюду упущеніе въ формѣ. Но второе основаніе измѣнилось,—въ новомъ искѣ таковымъ является уже la qualité d'étranger одного изъ свидѣтелей. Мы полагаемъ,—заключаетъ Baudry,—что законная сила рѣшенія по первому иску не могла бы оказать дѣйствія противъ иска, вновь предъявленнаго.

Такимъ образомъ, въ окончательномъ результатѣ оказывается правильнымъ и воззрѣніе Baudry-Lacantinerie, хотя и не правильны исходныя его положенія. Если тождественно основаніе иска, то не можетъ не быть тождества и между исками, на этомъ основаніи построенными. Но то, что должно было бы считаться основаніемъ иска, представляется по Baudry какъ causa remota, каковая въ различныхъ искахъ не одинакова. Отсюда вытекаетъ, что воззрѣніе Baudry, будучи послѣдовательно проведеннымъ, не можетъ приводить къ тому правильному выводу, къ которому все-таки онъ пришелъ.

Между тѣмъ такой выводъ вовсе не обусловливается логическою непослѣдовательностью. Напротивъ, онъ является прямымъ слѣдствіемъ принципіально правильнаго воззрѣнія на составъ основанія въ каждомъ изъ исковъ, сравниваемыхъ въ нашемъ примѣрѣ.

Такое именно воззрѣніе имѣетъ уже много послѣдователей.

Среди нихъ стоитъ, прежде всего Laurent, который подвергъ подробному разбору вопросъ о взаимномъ отношеніи между основаніемъ иска и доказательствами, и, въ примѣненіи къ разбираемому случаю, пришелъ къ категорическому заключенію именно въ смыслѣ различія основаній иска.

Онъ сравниваетъ искъ объ аннуляціи завѣщанія вслѣд-

ствіе несовершеннолѣтія одного изъ свидѣтелей и второй искъ, основанный на томъ, что другой свидѣтель иностранецъ.

Каково,—спрашиваетъ онъ,—основаніе перваго иска? Это есть,—отвѣчаетъ онъ,—несовершеннолѣтіе свидѣтеля. Основаніе же второго иска есть то обстоятельство, что другой свидѣтель иностранецъ. Слѣдовательно, выводитъ онъ, во взятомъ примѣрѣ основанія иска представляются различными *).

Такого же воззрѣнія придерживается еще, напримѣръ, Garsonnet**).

Тотъ судъ,—разсуждаетъ онъ,—которому не было представлено доказательствъ обмана, не обсудилъ ни того, что должникъ обладалъ правоспособностью, ни того, что его согласіе было добровольнымъ; это еще можно оспаривать; эти вопросы новые и рѣшеніе, постановленное по вопросу объ обманѣ, не имѣетъ законной силы для другихъ вопросовъ. Autant on aura de nullités à faire valoir,—полагаетъ поэтому Garsonnet,—autant on pourra former de demandes.

Къ нашему воззрѣнію присоединяется и профессоръ Парижской école de droit, Marcel Planiol.***)

Единственно логическое рѣшеніе разбираемаго вопроса,—находитъ онъ, говоря о предѣлахъ законной силы рѣшенія,—предложено Лораномъ: надо придерживаться изслѣдованія того, что рѣшено было первоначальнымъ судомъ. Когда договоръ опорочивается въ виду ошибки, разбирательство сводится единственно и исключительно къ существованію и характеру ошибки. Обманъ не былъ изслѣдованъ; ни во время преній, ни въ рѣшеніи о немъ даже не упоминалось. И все-таки говорить, что законная сила рѣшенія распространяется на него!? Это равносильно было бы тому, если бы

---

*) Laurent, Principes, § 72, p. 91—92.

**) Garsonnet, Traité théorique et pratique de procédure, III, § 1131, p. 560. Того же взгляда: Demolombe, Traité des contrats, VII (1878), § 334, p. 312; Dalloz, Jurisprudence générale,—supplément au répertoire, II, [1888], „Chose jugée", n⁰ 198, p. 294.

***) M. Planiol, Traité élémentaire de droit civile, II [1900], § 171.

сказать, что искъ, относящійся къ спеціальному предмету, является общимъ по своимъ послѣдствіямъ.

Высказывая такое воззрѣніе, Planiol не упускаетъ, однако, изъ виду того практическаго неудобства, которое можетъ возникнуть при примѣненіи его къ вопросу о законной силѣ рѣшенія, когда идетъ рѣчь о недѣйствительности акта по формѣ.

Формальныя упущенія, - говоритъ онъ,—весьма многочисленны, и примѣненіе оспариваемаго воззрѣнія открыло бы просторъ для безконечныхъ злоупотребленій, если бы контрагенту, недовольному договоромъ, предоставлялось заявлять послѣдовательно всѣ формальныя упущенія, какія онъ откроетъ или даже будетъ только предполагать.

Сознавая возможность такого рода вредной перспективы для правосудія, Planiol не подчиняется, однако, давленію практической необходимости и въ угоду ей не отступаетъ отъ принципа. Но такъ какъ въ данномъ случаѣ есть совершенно спеціальная опасность, относящаяся къ опредѣленному разряду случаевъ, то,—правильно предлагаетъ Planiol,—почему бы не установить спеціальнаго правила для случаевъ подобнаго рода?

Защищаемое нами воззрѣніе отразилось и въ практикѣ французскихъ судовъ.

Основаніемъ въ искахъ объ аннуляціи признается каждая изъ причинъ недѣйствительности; слѣдовательно, и въ переходѣ отъ одной изъ нихъ къ другой будетъ, съ точки зрѣнія французской судебной практики, измѣненіе основанія иска. Вотъ нѣсколько случаевъ изъ французской практики.

Рѣшеніемъ, вступившимъ въ законную силу, былъ отклоненъ искъ объ уничтоженіи продажи имущества малолѣтней, вслѣдствіе laesio enormis.—Истецъ предъявилъ тогда искъ объ уничтоженіи этой-же продажи, въ виду несоблюденія при совершеніи ея требуемыхъ закономъ формальностей.

Кассаціонный судъ призналъ, что рѣшеніе по первому

иску не можетъ устанавливать законной силы въ отношеніи къ упущенію формальностей *).

Послѣ умершей въ 1871 г. дѣвицы Бобэфъ оказалось два завѣщанія, отъ 2 марта 1854 г. и отъ 3 ноября 1859 г.

Противъ этихъ завѣщаній былъ предъявленъ искъ объ уничтоженіи; основаніемъ были выставлены, между прочимъ, такія обстоятельства: 1) подложность текста завѣщанія и подписи завѣщательницы и 2) умственное состояніе завѣщательницы, которая съ 1854 г. по 1859 г. не была въ здоровомъ умѣ.

Когда въ этомъ искѣ было отказано, предъявленъ былъ другой искъ объ уничтоженіи тѣхъ же завѣщаній, основанный на томъ, что завѣщанія были написаны заднимъ числомъ а также на недѣеспособности завѣщательницы, которая написала ихъ послѣ того, какъ состоялось 18 августа 1869 г. опредѣленіе объ ограниченіи ея дѣеспособности.

Кассаціонный судъ не усмотрѣлъ въ этихъ искахъ тождества основанія. Признавая подлинность завѣщанія,—мотивировалъ кассаціонный судъ,—и отвергая отсутствіе у завѣщательницы здраваго ума въ указанный истцемъ періодъ времени, судъ, разсматривавшій первый искъ, не рѣшилъ вовсе вопросовъ,—которые, впрочемъ, ему и не ставились,—о томъ, были-ли завѣщанія составлены заднимъ числомъ и была-ли завѣщательница лишена дѣеспособности во время составленія завѣщанія **).

Раздѣляя теорію различія основаній, французская судебная практика не могла, однако, не отразить на себѣ сознанія практическихъ неудобствъ, связанныхъ съ такою теоріею.

---

*) Рѣшеніе 23 декабря 1851 г.,—Dalloz, Jurisprudence générale, recueil périodique, 1854 г., часть V, слово „Chose jugée, n⁰ 5, стр. 112.

**) Рѣшеніе 20 октября 1885 г.,—Dalloz, l. c., 1886 г., часть II, стр 253.

Нѣкто Сенакъ предъявилъ искъ объ уничтоженіи духовнаго завѣщанія въ виду отсутствія свидѣтелей при редактированіи и чтеніи его. Судъ отклонилъ этотъ искъ. Тогда Сенакъ предъявилъ новый искъ объ уничтоженіи того же завѣщанія, основываясь на томъ, что двое свидѣтелей не подписали и не оговорили примѣчаній на завѣщаніи, ограничившись лишь обозначеніемъ своихъ инициаловъ.

Апелляціонный судъ въ По призналъ недопустимымъ предъявленіе этого новаго иска. Рѣшеніемъ, вступившимъ въ законную силу,—мотивировалъ судъ,—признано, что у Сенака не было основанія опорочить завѣщаніе по тому формальному упущенію, которое отвергнуто. Искъ же, вновь предъявленный, имѣетъ своимъ предметомъ лишь новое упущеніе въ формѣ. Поэтому правильно не допускать, чтобы послѣдовательно, до безконечности, заявлялись такого рода обстоятельства *).

Не ожидая, однако, спеціальныхъ постановленій въ законѣ, французская практика, наряду съ принципіально правильнымъ воззрѣніемъ, обнаруживаетъ, замѣтно, тенденцію своими силами бороться съ неудобными послѣдствіями принципа.

Въ угоду этимъ соображеніямъ удобства, Парижскій апелляціонный судъ въ одномъ изъ своихъ рѣшеній и высказалъ:

Les diverses nullités ne sont pas des causes nouvelles, mais des moyens nouveaux à l'appui d' une même demande, qui, connus, ont dû être présentées en même temps que ceux sur lesquels il a été statué **).

Въ виду наличности во французской судебной практикѣ принципіально правильныхъ по нашему вопросу рѣшеній,

---

*) Рѣшеніе 21 апрѣля 1868 г., Dalloz, l. c., 1870 г., часть I стр. 125.

**) Рѣшеніе 10 мая 1850 года.—Dalloz, l. c., 1851 года, часть II, стр. 126.

нельзя не согласиться съ проф. Planiol'емъ, что приведенное рѣшеніе составляетъ лишь отступленіе отъ общаго правила, объясняемое стремленіемъ помѣшать возобновленію процессовъ, которые можно было бы размножать почти сколько угодно *)

Таково же направленіе и германской судебной практики.

Въ практикѣ Рейхсгерихта былъ такой случай. Въ судѣ 1-й инстанціи былъ предъявленъ искъ объ уничтоженіи договора купли-продажи вслѣдствіе оказавшихся недостатковъ въ проданной вещи. Въ апелляціонной же инстанціи истецъ требовалъ уничтоженія того-же договора въ виду упущенія въ формѣ его заключенія.

Рейхсгерихтъ призналъ въ такомъ переходѣ измѣненіе иска. Въ первомъ случаѣ, — мотивировалось это заключеніе, — предполагается договоръ дѣйствительнымъ и для разрушенія его выставляется тотъ пунктъ, который обыкновенно является основаніемъ для in integrum restitutio. Во второмъ же случаѣ указывается на то, что de jure вовсе и не было договора, что таковой существовалъ лишь de facto **).

Воззрѣніе, почитающее основаніемъ иска объ аннуляціи акта каждое обстоятельство, наличность котораго необходима для дѣйствительности, можетъ обнаружить важное практическое неудобство въ примѣненіи и къ вопросу объ измѣненіи иска.

Если въ теченіи процесса истецъ выставитъ новое упущеніе въ совершеніи акта, какъ основаніе для признанія его недѣйствительнымъ, то въ переходѣ отъ обстоятельства, прежде указаннаго, къ новому будетъ, конечно, измѣненіе основанія иска.

---

*) Planiol, l. c., § 172.

*) Reichsgericht's Entscheidung 9 октября 1891 г., въ Seuffert's Archiv, томъ 47, № 161.

Коль скоро законъ не допускаетъ измѣненія иска, то заявленіе дальнѣйшихъ, быть можетъ, дѣйствительно существующихъ основаній для уничтоженія акта, будетъ возможно лишь не иначе, какъ въ новомъ процессѣ, отдѣльно отъ прежняго. Съ этимъ, разумѣется, связана перспектива увеличенія количества процессовъ и оттягиваніе возможности достичь матеріальной правды.

Но, во первыхъ, какъ бы ни были велики неудобства, связанныя съ принципіально правильнымъ воззрѣніемъ на понятіе основанія иска, это не можетъ извратить существа дѣла, не можетъ заставить не называть измѣненіемъ основанія иска то, что въ дѣйствительности таковымъ является. Иначе пришлось бы не считать основаніе иска за основаніе, коль скоро это было-бы желательно въ примѣненіи къ данному случаю. Если же обстоятельство, указанное истцемъ, есть основаніе иска, то и переходъ отъ него къ другому основанію, будетъ измѣненіемъ основанія иска. Соображенія политики права не должны быть проводимы цѣною логики, путемъ смѣшенія понятій.

Другое дѣло—допустимость измѣненія основанія иска. Если данное, логически правильное, положеніе сопряжено съ возможностью ущерба для интересовъ правосудія или противной стороны, тогда и умѣстно законодательнымъ путемъ регулировать примѣненіе принципа на практикѣ. Новѣйшіе законодательные процессуальные акты Германіи и Австріи уже поставили вопросъ въ такое положеніе, при которомъ возможно устраненіе неудобствъ, связанныхъ съ принципіальнымъ понятіемъ основанія иска, безъ нарушенія принципа. По ст. 235 австрійскаго устава 1 августа 1895 г. и по ст. 264 устава германскаго въ редакціи 1898 года, измѣненіе иска допускается либо съ согласія на то со стороны отвѣтчика, либо по усмотрѣнію суда, если измѣненіе иска не сопряжено съ затрудненіемъ защиты отвѣтчика.

При такомъ положеніи вопроса о допустимости измѣненія иска, отвѣтчикъ и правосудіе могутъ оградить себя отъ даль-

нѣйшихъ процессовъ, напримѣръ, о недѣйствительности завѣщанія, если истецъ пожелаетъ въ теченіи процесса, уже начавшагося, перейти отъ одного основанія къ другому. Измѣненіе основанія иска въ такомъ случаѣ имѣется налицо, но у отвѣтчика и у правосудія есть и средство устранить отъ себя тѣ неудобства, которыя могутъ проистекать отъ заявленія истцемъ новаго основанія иска.

Коль скоро данная модификація представляетъ собою измѣненіе основанія иска и такое измѣненіе воспрещается закономъ, то истцу прійдется, конечно, начать новый процессъ, вмѣсто того, чтобы произвести новацію его, не обращаясь къ новой процедурѣ предъявленія иска. Коль скоро же, однако, отъ усмотрѣнія суда зависитъ допущеніе измѣненія иска, судъ можетъ предотвратить судебную волокиту, не обращаясь для этого къ такимъ средствамъ, какъ извращеніе понятій.

Такимъ образомъ, на вопросъ о томъ, составляетъ ли измѣненіе основанія иска переходъ отъ такого иска объ уничтоженіи завѣщанія, основаніемъ котораго является фактъ несовершеннолѣтія одного изъ свидѣтелей, къ другому иску, основанному на томъ обстоятельствѣ, что другой свидѣтель оказался родственникомъ лица, въ пользу котораго завѣщаніе составлено,—надо отвѣтить утвердительно.

Замѣченныя опечатки.

Страница.	Строка.	Напечатано.	Должно быть.
2	8 сверху.	lilellus	libellus
4	8 снизу.	Мжду	Между
15	8 снизу.	lilelli	libelli
26	10 снизу.	составляятъ	составляетъ
39	1 сверху.	означало	означало-бы
65	11 снизу.	перевоначальными	первоначальными
94	12 снизу.	что бы	чтобы
103	10 снизу.	demandes nouvelles	demandes nouvelles
109	11 сверху.	основаніе	основаніе,
110	10 сверху.	Fitting	Fuchs
121	3 снизу.	Kechts	Rechts
122	19 сверху.	Раегируя	Реагируя
133	2 сверху.	измѣненія	измѣненія
„	11 снизу.	бы образоваться	образоваться
134	15 сверху.	могло	могло-бы
„	22 „	не измѣненія	не будетъ измѣненія
171	14 снизу.	Рейсгерихта	Рейхсгерихта
196	3 сверху.	de lege,	de lege lata,
204	8 сверху.	подойдутъ	подойдетъ
210	20 сверху.	что при	что, при
235	12 снизу.	Убѣтельно	Убѣдительно
240	2 снизу.	новымъ	не новымъ
241	5 снизу.	высказываетъ	высказываютъ
255	6 сверху.	отражатъся	отражаться
261	4 снизу.	Bontils	Bonfils
300	9 сверху.	неправильною	неправильностью
301	14 сверху.	его положенію	ихъ положенію
303	6 снизу.	элеменъ	элементъ