

Татьяна Владимировна САХНОВА\*

## ИСКОВОСТЬ: В ПОИСКАХ УТРАЧЕННОГО?

### (Summary)

[Actionability – In Search of the Lost?]

Since the 19<sup>th</sup> c. Actionability is traditional category that serves to explain the origin of the action from the one side and to explain the concept of the procedural protection in general from the another one. Modern science of procedural law in Russia as well as the Russian legislator virtually do not recognise it. In the opinion of the author such conduct is improper. Actionability and its understanding are the key prerequisites that enable the creation of the fully efficient legal solutions. The methodology of the actionability is simultaneously the methodology of mutual cooperation of the substantive and procedural laws, the methodology of understanding the essence of the court procedure. For that reason the actionability is necessary condition of the legislative moves and their systematisation. This assumption was analysed in the article both in a historical aspect and from the perspective of the contemporary Russian law and the projects of its amendment.

**Keywords:** actionability; procedural law; Russian law

Цивилистический процесс XXI века претерпевает качественные изменения. И наиболее, на наш взгляд, знаковые из них связаны с трансформацией ценностных ориентиров права в конкретную методологию правовых отношений. Наглядным примером могут служить поиски практических путей «обратного» воплощения общепризнанных ценностей, онтологически присущих правосудию, в национальных юрисдикциях, выработки горизонтальных способов взаимодействия международных судебных органов и национальных юрисдикций, осознание доктриной неэффективности

---

\* Doktor nauk prawnych, profesor, Kierownik Katedry Postępowania Cywilnego Sybirskiego Uniwersytetu Federalnego w Krasnojarsku; доктор юридических наук, профессор, заведующая кафедрой гражданского процесса Сибирского федерального университета; e-mail: civil.law.process@gmail.com

методологии «иерархии» и «размежевания», стремление к горизонтальной гармонизации – не только как цели, но как новой методологии современного процесса, цель которой – «овеществить» справедливость в повседневной жизни права.

Однако юриспруденция (как и законодательная практика) больше озабочены решением конкретных вопросов и не часто обращаются к онтологии процесса, исторической парадигме процесса и ее эволюции. На наш взгляд, в отсутствие такого подхода трудно выработать эффективную и профессионально непротиворечивую методологию решения конкретных задач.

Взаимодействие и взаимовлияние процессуального и материального права (и в объективном, и в субъективном понимании) – важнейшая составляющая в развитии права. Однако зачастую доктрина оперирует в этом вопросе методологией, построенной на причинно-следственных связях, что, полагаем, критики не выдерживает – особенно в новых реалиях пореформенного и реформируемого права. В этой связи хотелось бы обратиться к некоторым базовым категориям цивилистического процесса, связующим между собой процесс и право. Категория исковости (*Klagbarkeit*) играет в этом, на наш взгляд, одну из первых ролей.

Ее понимание – как и в целом иска, взаимоотношений между процессуальным и материальным – было и остается различным, отыскиваемым либо во власти субъективного гражданского права как основании иска (Ю. Барон<sup>1</sup>), либо в природе притязания о защите как публично-правового явления, когда исковое принуждение рождает право (Х. Дегенкольб<sup>2</sup>). Исковость соотносили с притязанием и/или иском, правом на иск (потенциальным правом на иск) – как некоем «посреднике» между объектом и предметом защиты и возможностью возбуждения судебного процесса. В этом думаем, можно увидеть корни так называемой теории «формального процессуального права на иск» и «материального права на иск» (А. Плоч<sup>3</sup>) и последующего дуализма доктрины в объяснении природы иска, права на иск, исковой защиты.

Кажется вполне традиционным для немецкой доктрины понимание исковости в материально-правовом контексте, тесно связанным с притязанием и обеспечивающим его действенность, осуществляемость перед лицом суда. Не случайно исковость обнаруживается обычно в материально-правовых

<sup>1</sup> Ю. Барон, *Система римского гражданского права*, СПб., 1909, С. 184.

<sup>2</sup> Н. Degenkolb, *Einlassungszwang und Urteilsnorm. Beiträge zur Materiellen Theorie der Klagen insbesondere der Anerkennungsklagen*, Leipzig 1877.

<sup>3</sup> См.: А. Plosz, *Beiträge zur Theorie des Klagerechts*, Leipzig 1880.

исследованиях, посвященных договорным отношениям. Так рассуждали в XIX в.<sup>4</sup>; похожим же образом истолковываются некоторые римские источники (со ссылками на Ульпиана, Лабейона) и в XXI в. Исковость определяют как предтечу *datio*, как образующую почву обязательства перед его фактическим осуществлением, и как предвосхищение *causa*. Рожденная в Средние века для объяснения *pacta* и свободы его осуществления, исковость, по мнению исследователей, знаменовала возврат к римской систематике права<sup>5</sup>. Почву исковости видели в договоре как выражение свободы отношений, и в то же время рождение формы договора характеризовали как переход от безисковости (натурального обязательства) к исковости, связывая последнее с проявлением юридически подтвержденной<sup>6</sup> воли заинтересованного лица, которая и придает возможную защищаемость возможному притязанию<sup>7</sup>. – Иными словами, исковость отыскивалась не в собственно материально-правовых явлениях, а в методологии взаимоотношений сторон и в частности – *bona fidei*. Исковость связывали, таким образом, не с будущим предметом процесса, а с личностью, ее правоосознанием (в субъективном понимании) и желанием (волей, волеизъявлением) продемонстрировать это правоосознание вовне, как бы потенциально рассчитывая на возможность правовой защиты своего интереса – как части всеобщего, общественного интереса. – Именно по этой причине П. Эртманн критиковал материально-правовую теорию иска, права на иск, исковости – ибо то, наличие чего проявляется (или нет) лишь вследствие процесса, не может служить его основанием<sup>8</sup>.

<sup>4</sup> Напр.: **К.-А. Unterholzner**, **F.-Е. Huschke**, *Quellenmässige Zusammenstellung der Lehre des römischen Rechts von den Schuldverhältnissen, mit Berücksichtigung der heutigen Anwendung*, Bd. 1., Leipzig 1840; **G. Carus**, *Die selbständige Klagbarkeit der gesetzlichen Zinsen nach römischem, gemeinem deutschem Recht und der neueren Gesetzgebung*, Halle 1876; **C. Gareis**, *Die Klagbarkeit der Differenzgeschäfte*, Berlin 1882.

<sup>5</sup> См., напр.: **N. El-Beherli**, *Die Bedeutung der Laudationes Edicti av Beispiel des Kommentars Ulpians zur Rubrik des präoirische Edicts "De Pactis"*, *Iustum Aequum Salutare* III. 2007/3, S. 18–22, 24–26.

<sup>6</sup> Силой судебных полномочий претора, благодаря которым впоследствии и родились цивилизные иски *ex fide bona*. С точки зрения римского права появлению сделок, основанных на доверии (*bona fides*), предшествовали иски *ex fide bona*, рожденные преторской деятельностью. – См.: **М.Х. Гарсия Гарридо**, *Римское частное право: казусы, иски, институты*, М. Статут, 2005, С. 154–156.

<sup>7</sup> См.: **P. Oertmann**, *Die Fiducia im Römischen Privatrecht: Eine Rechtsgeschichtliche Untersuchung*, Berlin 1890, S. 102–105 ff.

<sup>8</sup> См.: **P. Oertmann**, *op. cit.*

К исковости в современной немецкой доктрине часто обращаются как к неписаной материально-правовой предпосылке, делающей возможным судебное притязание. В этой связи говорят об исковости утверждаемого (частноправового) притязания<sup>9</sup>, а нормативные основы догматики исковости извлекают из частного права и предусмотренной законом возможности судебного притязания – не только с точки зрения собственно структуры договорных интересов, но и правовой безопасности, предвидимости правовых решений<sup>10</sup>. Исковость рассматривают и в качестве процессуальной предпосылки, относящейся к предмету спора; ее отыскивают обычно в нормах материального права, но некоторое выражение находят и в нормах ГПК (*ZPO*) (регулирующих как общие условия подачи искового заявления предъявляемые к форме заявления, – § 253, так и частные условия предъявления отдельных видов исков: иск о платеже или освобождении земельного участка до наступления срока исполнения – § 257; иск о периодических платежах – § 258; иск из опасения несвоевременного исполнения – § 259). По-прежнему актуальна для материально-правовых поисков исковости теория преддоговора (*Heinrich Thöl*, 1854<sup>11</sup>); распространено понимание исковости в контексте возможного волеизъявления сторон к процессу<sup>12</sup>.

Таким образом, единого представления об истоках и сущности исковости до настоящего времени не выработано; наибольшее признание получили два подхода: (1) материально-правовой, рожденный *доброй волей* и характеризующий будущую возможную – через притязание – защищаемость права в судебном порядке и связанный, соответственно, с конкретными материально-правовыми условиями осуществимости субъективного гражданского права; (2) процедурно-процессуальный, связывающий исковость с закрепленными в законе (материальном и процессуальном) предпосылками предъявления иска, как урегулированное процессуальным правом правомочие сделать притязание судебным-действующим<sup>13</sup>. Общее можно увидеть во

<sup>9</sup> См., напр.: **H.-A. Neumann**, *Der vertragliche Ausschluss der Klagbarkeit eines privatrechtlichen Anspruchs im deutschen und im deutschen internationalen Recht*, Diss. München 1967.

<sup>10</sup> См., напр.: **M.-F. Weller**, *Die Vertragstreue*, Mohr Siebeck-Verlag, Tübingen 2009, S. 232 ff.

<sup>11</sup> См об этом: *Die Verschiedene Bedeutungsstufen des Vorvertrages*, Berner Festgabe zum Schweizerischen Justizgang 1979, Hrsg. von **E. Bucher** und **P. Sakadin**, Bern/Stuttgart 1979/21, S. 169 ff.

<sup>12</sup> См., напр.: **M. Kummer**, *Die Klage auf Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung*, Zeitschr. f. Schweiz. Recht. 1954/73, S. 172 ff.

<sup>13</sup> См., напр.: **G. Wagner**, *Prozeßverträge. Privatautonomie im Verfahrensrecht*, Tübingen 1998, S. 262 ff., 393–395 ff., 412 ff.

взаимной обусловленности искового отношения и исковости – это служит методологической основой исследования видов исков и их особенностей.

Тем не менее, обычным сегодня является представление об исковости как некоем правомочии-возможности, как элементе (атрибуте) материально-правового притязания (*Anspruch*), которое ведет к осуществлению притязания через возбуждение (подачу) иска, а отсутствие исковости влечет отказ в удовлетворении иска через судебное решение<sup>14</sup>.

Поставленные немецкой доктриной в XIX в. вопросы и выработанные ею подходы методологических изменений в XX и XXI вв. не претерпели и новых решений не породили. В отечественной доктрине к исковости вообще мало внимания – изредка обращаются к ней при анализе договорных отношений, ссылаясь на труды ученых XIX в.<sup>15</sup>

Не претендуя на исчерпывающие ответы, выскажем некоторые соображения по этому поводу.

По нашему мнению (уже высказываемому ранее), цивилистический процесс XXI века «возвращается» – но на ином историческом витке развития – к методологии исковости, сформировавшейся благодаря римскому пониманию иска как выражении отношения между спорящими сторонами, имеющему собственную «предметность» и самостоятельность («исконность», – по выражению Б. Виндшайда<sup>16</sup>), не производную от иного (субъективного) права и не обусловленную последним. Исковость корреспондирует иску как функция, находящаяся «внутри» действия (*actio* в римском процессе суть действие) и задающая направленность действию<sup>17</sup>. Для римлян первичность иска по отношению к искомому благу была не только очевидной,

<sup>14</sup> См.: **G. Schulze**, *Subjektives Recht und Klage – Axiome im deutschen und französischen Zivilrechtssystem*, *Europäisches Privatrecht in Vielfalt geeint – Droit privé européen: l'unité dans la diversité: Der modernisierte Zivilprozess in Europa – Le procès civil modernisé en Europe*, Walter de Gruyter, 2013, S. 7–10, 12–14.

<sup>15</sup> См., напр.: **В.М. Нечаев**, *Теория договора*, Лекция. М., 1888, С. 245 и след. – ссылку на его понимание исковости (защищаемость договора в силе воли; свободное движение воли должно быть исковым) находим у, например, В.А. Белова. – См.: **В.А. Белов**, *Учение о сделке в российской доктрине гражданского права (литературный обзор)*, Часть 1, § 4. Сделки: проблемы теории и практики: Сборник статей. Рук. авт. кол. и отв. ред. М.А. Рожкова. М.: Статут, 2008.

<sup>16</sup> См.: **B. Windscheid**, *Die Actio des römischen Civilrechts vom Standpunkt des heutigen Rechts*, Düsseldorf 1856, S. 2–7 ff.; **B. Windscheid**, *Die Actio. Abwehr gegen dr. Theodor Muther*, Düsseldorf 1857, S. 3–11.

<sup>17</sup> Имеем в виду понимание функции и ее отношения к действию в психологической теории деятельности. См., напр.: **Ф.Н. Леонтьев**, *Дискуссия о проблемах деятельности*, Деятельностный подход в психологии: проблемы и перспективы. М., 1990.

но и вполне конкретной, определенной правовой константой: на иске зижделось право – и в известной мере им рождалось. Затруднений с этим, как показывают Дигесты, не возникало. Система исков, сложившаяся в Риме, стала отправным пунктом будущей системности частного права вообще.

Соответственно, исковостью (если бы такое понятие существовало у римлян) можно было бы назвать возможность искового отношения между сторонами, которая кроется внутри этого отношения и движет его – как функция движет деятельность, сама являясь ее составной. Исковость – не вне иска, но внутри него; рождена не внешними по отношению к иску обстоятельствами, но самим иском; ее значение – движущее начало иска, искового отношения.

«Ускользание» исковости начинается, когда в новых реалиях сложившейся системы частного права юриспруденция по-новому стремилась осмыслить Дигесты и римские представления о праве (изменение парадигмы *actio-ius* на *ius-actio*; к середине XIX в. это стало очевидным).

Исковость становится дополнительным аргументом при рассуждениях в системе «иск-притязание-право на иск» (при самом различном соотношении названных элементов и различной их последовательности – в зависимости от взглядов на иск, методологии соотношения материального и процессуального права и защиты права). Причем используется – в зависимости от взглядов исследователя – как в частноправовых (исковость выводят из подлежащего защите наличного права и его власти), так и в публично-правовых целях (исковость производна от силы власти государства, к которому адресована просьба о защите). И в том, и в другом случае истоки исковости видят во внепроцессуальных феноменах, какой-то дополнительной объективной реальности, которая как бы «подталкивает» рождение иска (а далее – и всего процесса) через исковость.

Мы полагаем, что никакой «внешней» силы для рождения и объяснения процесса не требуется. Он вполне самодостаточен в своей сущности и исторических истоках развития. Исковость скрывает в себе потенциальную потребность в процессе и его гипотетическую возможность, проистекающую из искового отношения между сторонами, единственным – и достаточным – внешним выражением которых является иск, понимаемый как действие в уже начавшемся процессе. *Actio* суть действие и действия по защите при помощи процессуальных средств – тех прав и иных благ, которые *утверждающая о том сторона считает существующими и существующими – по отношению к другой стороне*. Это возможно не при всяком, но при исковом отношении, связующим стороны. Иными словами: внешнее

выражение исковость получает благодаря интересу обеих сторон, который объективируется в волеизъявлении, направленном на процесс. – Это отвечает общей римской парадигме *actio-ius*, которая означает юридическое «проявление» права, делание его очевидным – через судебную квалификацию обстоятельств как юридически значимых; иными словами, реальность обретает юридическую квалификацию – в виде, пользуясь современной терминологией, – субъективного права. *Actio* порождает *ius* как юридическую – но не объективную – реальность.

В легисакционном процессе проявление исковости, ее юридическое бытие выражалось в процедуре *litis contestatio*, требовавшей волеизъявления обеих сторон, равно значимого для будущего течения процесса – не только в предметном, но и процедурном смыслах, поскольку в ней окончательно выработывалась (и принималась сторонами) формула процесса, в последующем равно обязательная как для сторон, так и для суда. Более того, вполне традиционным в новейшей истории толкования римского права считается, что собственно процесс начинался в Риме именно процедурой *litis contestatio*<sup>18</sup>. – Не случайно профессор М.А. Гурвич полагал, что процесс возбуждается односторонним волеизъявлением<sup>19</sup>. Правда, ученый имел ввиду односторонность волеизъявления заинтересованного лица по отношению к суду<sup>20</sup>. Однако такое суждение можно наполнить и иным смыслом: определение о возбуждении гражданского дела судья выносит на основании искового заявления (заявления), не убеждаясь в наличии *искового отношения между* сторонами на основании волеизъявления обеих сторон. В современном цивилистическом процессе *litis contestatio* трансформировалась в процессуальные процедуры подготовки дела к судебному разбирательству, которые, соответственно, следуют после возбуждения дела – и, в принципе, тоже могут пройти, не «овеществив» в процессуальных отношениях волеизъявление ответчика (оно может отсутствовать). В своем крайнем выражении это может привести к вынесению в стадии судебного разбирательства решения об отказе в удовлетворении иска, однако отсутствие ответного волеизъявления (неважно, по какой причине и какого по содержанию) не влияет на возбуждение процесса и, по общему правилу, – его течение.

<sup>18</sup> См., напр.: Ю. Барон, Указ.соч. С. 217–218 и след.

<sup>19</sup> См.: М.А. Гурвич, *Право на иск*. М.–Л., 1949. С. 63–79.

<sup>20</sup> Полагая, что в стадии возбуждения гражданского дела процессуальных отношений между судом и заявителем не складывается. С таким постулатом мы не соглашаемся – см., подробнее об этом, напр.: Т.В. Сахнова, *Курс гражданского процесса*. М.: Статут, 2014. С. 365.

Толкуемая с римских позиций «искowego отношения» исковость подобное вряд ли могла допустить.

Современный законодатель робко и, думаем, не вполне осознанно делает некоторые шаги навстречу «двусторонности» и субъективного осознания *обеими* сторонами своего интереса (в защите, в урегулировании спорного отношения) – как одного из условий возбуждения цивилистического процесса (включение в ГПК РФ и АПК РФ 2002 г. в число условий реализации права на обращение в суд защитой соблюдение установленного не только федеральным законом, но и договором досудебного порядка урегулирования спора – ст. 135 ГПК, ст. 125 АПК). Правда, это требование адресовано истцу, а его реализация не всегда подтверждает исковость и исковое отношение между сторонами. Будущее развитие примирительных процедур, в том числе и досудебных, способно изменить ситуацию и, возможно, вернуть юридичность двусторонности<sup>21</sup>. Действующее законодательство не видит, впрочем, больших проблем, поскольку, по нашей оценке, в понимании методологии исковых институтов сказалось влияние немецкой материально-правовой теории и выработанной немецкой доктриной парадигмы *ius-actio*, – несмотря на принципиально иной взгляд русской юриспруденции (и законодательства, начиная с Устава гражданского судопроизводства 1864 г.) на возникновение процесса. Именно: в отличие от немецкого взгляда, русская процессуальная мысль отстаивала *осознание интереса в судебной защите* заинтересованным лицом как достаточное условие возбуждения процесса (Е.А.Нефедьев<sup>22</sup>). Впрочем, заинтересованность сторон в процессе могла иметь и один вектор; противоположность интересов не является неперенным атрибутом искомвого отношения. Например, в римском процессе в исках о разделе, о размежевании земельного участка все заинтересованные лица были одновременно и истцами, и ответчиками<sup>23</sup>. В современном процессе оба супруга могут быть согласны на расторжение брака, но при наличии иного спора, вытекающего из брачно-семейных отношений, притязание

<sup>21</sup> См. Концепцию единого ГПК РФ 2014 г. и проект единого ГПК РФ 2016 г.: Концепция единого Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации. *Одобрена решением Комитета по гражданскому, уголовному, арбитражному и процессуальному законодательству ГД ФС РФ от 8 декабря 2014/124 (1)*. Авторскую оценку см., напр.: Т.В. Сахнова, О концепте единого Гражданского процессуального кодекса России (замечки по поводу), *Вестник гражданского процесса*, 2015/1.

<sup>22</sup> См.: Е.А. Нефедьев, *Учение об иске*, Казань 1885. Нефедьев Е.А. Избранные труды. Краснодар 2005.

<sup>23</sup> *INST.* 4.86; *D.* 2. 11. 10. 2; 11. 1. 1.

о расторжении брака будет также судебным (правда, функции истца и ответчика совместными быть не могут).

Другой пример – введение приказного производства (в России с 2016 г. уже как общего цивилистического процессуального института<sup>24</sup>): если материально-правовая бесспорность притязания очевидна и имеет тому доказательства, отсутствуют условия для искового отношения, а следовательно, – и для процесса. Поэтому и достаточен судебный приказ и приказное производство как процедурный (но не процессуальный) способ обеспечения бесспорного права. И по этой же причине достаточно безмотивного возражения должника против приказа для его отмены – ибо даже таким (юридически безмотивным) волеизъявлением уже подтверждается спорность материального отношения и наличие искового отношения между сторонами; демонстрируется обоюдный интерес в защите. Законодатель и *de lege ferenda* (в Концепции и проекте единого ГПК РФ) желает усилить роль и значение примирительных процедур до возбуждения судебного процесса – и в этом тоже можно было бы увидеть устремление «по направлению к Свану» – к римской исковости, – хотя ничего подобного, конечно же, на самом деле не имелось в виду.

Остается недооцененной у нас (дискуссии относительно Концепции единого ГПК РФ это показали), но вызывающей пристальное внимание последнее десятилетие у европейских процессуалистов проблема предварительного судебного заседания, усиление его значимости для процесса, выработка четких критериев разграничения с судебным разбирательством дела в судебном заседании, – в этом неслучайно видят один из важных элементов повышения эффективности судебной защиты и гармонизации цивилистического процесса. Одновременно очевидно общее устремление к усилению роли процессуальных и иных примирительных процедур, могущих быть использованными в стадии подготовки дела к судебному разбирательству, включая предварительное судебное заседание, – прирзрак *litis contestatio* обретает совершенно зримые черты.

Итак, исковость не составляет самостоятельного основания иску или праву на иск, тем более – праву на судебную защиту, но ею «питается» притязание, приобретая свою сущностную особость. Исковость выражает частноправовую методологию – и в процедурно-процессуальном смысле (только исковое отношение дает возможность иску, что и придает отноше-

<sup>24</sup> См.: *О внесении изменений в Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации*: ФЗ РФ от 2 марта 2016/47–ФЗ. *СЗ РФ*, 2016/10, ст. 1321.

нию исковой характер, а взаимное волеизъявление, направленное на предмет к процессу и влияющее на формулу процесса, возможно в *litis contestatio* только при исковом отношении), и в материально-правовом, предметном для процесса, значении (отсутствие искowości, обнаруженное судом в ходе рассмотрения дела, влечет вынесение решения об отказе в удовлетворении иска). Исковость – категория, юридически видимая только в действии, в движении; она имеет двуединую направленность, функционально соединяя материальное и процессуальное – через процессуальные методы. Исковостью объяснимо и творящее воздействие методов цивилистического процесса на его предмет и объект.

Объективного существования (и даже доказанности) фактических обстоятельств, на которые ссылается сторона в обоснование своего требования, недостаточно, чтобы вынести решение об удовлетворении иска – последнее возможно только при исковом отношении между сторонами. Например, земельный участок передан в аренду или пользование (без права наследования); арендатор или пользователь умирает; его дочь обращается в суд с иском о признании права собственности на земельный участок. Очевидно, что ни при каких обстоятельствах здесь не будет искового отношения. Однако предположение о нем, основанное на утверждении стороны, в момент возбуждения дела может существовать. Процесс возбуждается, но решение выносится об отказе в удовлетворении иска. Это не мешает заинтересованному лицу обратиться, например, в инстанционном порядке (к органу местного самоуправления) с просьбой о выделении данного земельного участка (в аренду или пользование – согласно условиям действующего земельного законодательства). Возможно иное: между заинтересованными лицами правовая связь существует – но иного, не искового, характера. Например, подается (ошибочно) иск о признании решения третейского суда недействительным ввиду нарушения третейского соглашения; иск с требованием о защите избирательного права; иск с требованием о признании незаконным отказа ОВИР в выдаче загранпаспорта. – До недавнего времени действующее законодательство решало эту проблему через призму условий реализации права на судебную защиту (через ст. 131, 136 ГПК РФ), что не преграждало пути процессу, но требовало соблюдения определенности процедуры. – Никакого противоречия с историческим пониманием искowości и ее значением для процесса здесь нет. Как известно, цивилистическая процессуальная форма родилась как форма исковая, сделав своими базовыми принципами и признаками то, что было выработано именно исковым процессом. В последующем историческом развитии процесса в разных странах внутри процессуальной

формы зародились иные (исковые и неисковые) судебные процедуры. Но поскольку исковость в ее процедурно-процессуальном выражении (через методы процесса) вошла в плоть процессуальной формы, то и в случае, когда законный интерес защищаем судом – но в иной, неисковой, процедуре, – достаточным средством, обеспечивающим процессуальную самостоятельность процедуры, становится оставление без движения – до уточнения формы заявления, защищаемого интереса и, соответственно, процедуры. По этой причине отказ в принятии заявления или (если оно принято) прекращение производства по делу или отказ в удовлетворении иска (по причине отсутствия искового отношения) – был бы, полагаем онтологически ошибочным (но именно так поступил законодатель в Кодексе административного судопроизводства РФ 2015 г.<sup>25</sup>). Более того, если неисковой интерес «сопровождает» исковое отношение – он будет процессуально подчинен такому отношению и подлежит установлению в ходе искового производства как факт основания иска (например, требование о восстановлении на работе сопряжено с требованием признать приказ директора предприятия об увольнении незаконным). Цивилистическая процессуальная форма выступает главным «знаменателем» унификации процессуальных процедур, но в этом же заложены и возможности их дифференциации, и критерии классификации. И по этой причине неэффективно законодательно «отрывать» часть судебных процессуальных процедур, сложившихся под «крылом» процессуальной формы и базирующихся на ее принципах.

Исковость, имманентно, но незримо связующая цивилистическую процессуальную форму, предмет и объект судебной защиты, в историческом смысле системно связующая судебные процессуальные процедуры, выступает той «пра-материей», которая позволяет, по нашему мнению, понять многие закономерности цивилистического процесса, его взаимодействие с правом материальным – через категорию функции.

На наш взгляд, обращение к гносеологическим и онтологическим истокам цивилистического процесса сегодня как никогда актуально и составляет необходимое условие, которое должно предшествовать законотворческой деятельности.

К сожалению, законодательная реальность демонстрирует иные примеры и наиболее из них очевидный – Кодекс административного судопроизводства. С одной стороны, им воспринята цивилистическая процессуальная

<sup>25</sup> См.: *Кодекс административного судопроизводства*: ФЗ РФ от 2 марта 2015/21–ФЗ. СЗ РФ. 2015/10, ст. 1391.

форма (из ГПК РФ), с другой – восприятие зачастую оказалось формальным, а существо и закономерности этой формы – непонятыми. В любом своем понимании исковость означает не абстрактную возможность защиты вообще – но потенциальную возможность *исковой судебной* преследуемости (выражаясь словами Б. Виндшайда), которая корреспондирует не всякому спорному отношению, – но отношению *исковому*. Исковость живет внутри иска – как функция внутри деятельности, как определенный метод возможной судебной защищаемости. Особость этого метода можно увидеть в частноправовом процедурном начале, в равноюримическом относительно друг друга возможном притязании обеих сторон и его возможном овеществлении через методы процесса, в судебных процессуальных (исковых) процедурах. – В требованиях, вытекающих из публично-правовых отношений, исковость отсутствует – ибо отсутствует исковое отношение. Даже потенциально в таких отношениях невозможны равноюримические притязания, отсутствует свобода волеизъявления и как основание возникновения отношения, и как основание «возникновения» осуществимости права или законного интереса и его потенциальной защищаемости. Поэтому и об иске («административном искомом заявлении» по терминологии КАС) здесь говорить не приходится.

Впрочем, определяя права и свободы человека и гражданина высшей правовой ценностью, которые обеспечиваются правосудием, Конституция РФ, закрепляя равноправные (не патерналистские) отношения человека и государства, дает простор потенции исковости и во взаимоотношениях с государством. Именно таким подходом вдохновлялся ГПК РФ 2002 г., создавая по существу универсальный (не специальный) – хотя и опосредованный – механизм судебной защиты конституционных прав, свобод и законных интересов (через институт производства по делам, возникающим из публичных правоотношений). Однако опосредованность судебной защиты места иску в этой конструкции не оставила – ибо объектом конкретного процесса и судебной защиты оставался по-прежнему законный интерес (не конституционное право) и в правоотношении не с государством в целом, но с его органом или лицом, обладающим в силу закона публичными полномочиями. Если бы законодателем была воспринята идея непосредственной защиты конституционных прав и свобод, – об исковости и иске было бы уместно говорить (но никакой потребности в *административном* иске при этом не возникает<sup>26</sup>).

<sup>26</sup> Авторский анализ давался в ряде публикаций. См., напр.: Т.В. Сахнова, *Курс гражданского процесса*, С. 339–340, 560–561 и др.

Сегодня отечественный законодатель демонстрирует противоречивый взгляд на перспективу развития исковой и судебной защиты в целом, а цивилистический процесс переживает не простые времена. Но убеждены: силы к дальнейшему прогрессивному движению вперед можно и нужно черпать из того богатейшего исторического багажа, которым славен цивилистический процесс, всегда бывший открытым различным правовым преломлениям и взаимосвязям, не теряя при этом собственной ипостаси; вобравший в себя в «снятом виде» практически весь исторический правовой опыт. И богатство это открыто для любого, кто желал бы им воспользоваться. Нужны только *bona fides et fiducia*.

## Литература

- Концепция единого Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации. *Одобрена решением Комитета по гражданскому, уголовному, арбитражному и процессуальному законодательству: ГД ФС РФ от 8 декабря 2014/124 (1).*
- О внесении изменений в Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации: ФЗ РФ от 2 марта 2016/47–ФЗ. СЗ РФ, 2016/10, ст. 1321.*
- Кодекс административного судопроизводства: ФЗ РФ от 2 марта 2015/21–ФЗ. СЗ РФ, 2015/10, ст. 1391.*
- Барон Юлиус**, *Система римского гражданского права*, СПб., 1909.
- Белов Вадим Анатольевич**, *Учение о сделке в российской доктрине гражданского права (литературный обзор)*, Часть 1, § 4. Сделки: проблемы теории и практики: Сборник статей. Рук. авт. кол. и отв. ред. М.А. Рожкова. М.: Статут, 2008.
- Гарсиа Гарридо Мануэль Хесус**, *Римское частное право: казусы, иски, институты*, М. Статут, 2005.
- Гурвич Марк Аркадьевич**, *Право на иск*, М.–Л., 1949.
- Леонтьев Фёдор Иванович**, *Дискуссия о проблемах деятельности*, Деятельностный подход в психологии: проблемы и перспективы. М., 1990.
- Нефедьев Евгений Алексеевич**, *Учение об иске*, Казань 1885. Нефедьев Е.А. Избранные труды. Краснодар 2005.
- Нечаев Василий Михайлович**, *Теория договора*, Лекция. М., 1888.
- Сахнова Татьяна Владимировна**, *Курс гражданского процесса*, М. Статут, 2014.
- Сахнова Татьяна Владимировна**, О концепте единого Гражданского процессуального кодекса России (заметки по поводу), *Вестник гражданского процесса*, 2015/1, s. 5–11.
- Carus Georg**, *Die selbständige Klagbarkeit der gesetzlichen Zinsen nach römischem, gemeinem deutschem Recht und der neueren Gesetzgebung*, Halle 1876.
- Degenkolb Heinrich**, *Einlassungszwang und Urteilsnorm. Beiträge zur Materiellen Theorie der Klagen insbesondere der Anerkennungsklagen*, Leipzig 1877.
- El-Beheiri Nadia**, *Die Bedeutung der Laudationes Edicti av Beispiel des Kommentars Ulpian zur Rubrik des präoirische Edicts “De Pactis”*, *Iustum Aequum Salutare* III. 2007/3, s. 5–29.
- Gareis Carl**, *Die Klagbarkeit der Differenzgeschäfte*, Berlin 1882.

- Kummer Max**, *Die Klage auf Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung*, Zeitschr. f. Schweiz. Recht. 1954/73, s. 163–205.
- Neumann Hans-Adolf**, *Der vertragliche Ausschluss der Klagbarkeit eines privatrechtlichen Anspruchs im deutschen und im deutschen internationalen Recht*, Diss. München 1967.
- Oertmann Paul**, *Die Fiducia im Römischen Privatrecht: Eine Rechtsgeschichtliche Untersuchung*, Berlin 1890.
- Plosz Alexander**, *Beiträge zur Theorie des Klagerechts*, Leipzig 1880.
- Schulze Götz**, *Subjektives Recht und Klage – Axiome im deutschen und französischen Zivilrechtssystem*, Europäisches Privatrecht in Vielfalt geeint – Droit privé européen: l'unité dans la diversité: Der modernisierte Zivilprozess in Europa – Le procès civil modernisé en Europe, Walter de Gruyter, 2013.
- Unterholzner Karl August Dominikus, Huschke Philipp Eduard**, *Quellenmässige Zusammenstellung der Lehre des römischen Rechts von den Schuldverhältnissen, mit Berücksichtigung der heutigen Anwendung*, Bd. 1., Leipzig 1840.
- Die Verschiedene Bedeutungsstufen des Vorvertrages*, Berner Festgabe zum Schweizerischen Justizgang 1979. Hrsg. von Bucher Eugen und Sakadin Peter. Bern/Stuttgart, 1979/21.
- Wagner Gerhard**, *Prozeßverträge. Privatautonomie im Verfahrensrecht*, Tübingen 1998.
- Weller Marc-Philippe**, *Die Vertragstreue*, Mohr Siebeck-Verlag, Tübingen 2009.
- Windscheid Bernhard**, *Die Actio des römischen Civilrechts vom Standpunkt des heutigen Rechts*, Düsseldorf 1856.
- Windscheid Bernhard**, *Die Actio. Abwehr gegen dr. Theodor Muther*, Düsseldorf 1857.

Tatyana SACHNOVA

## ZASKARŻALNOŚĆ – W POSZUKIWANIU UTRACONEGO?

(Streszczenie)

Zaskarżalność jest od XIX wieku tradycyjną kategorią, która służy wyjaśnieniu z jednej strony powstania *actio*, a z drugiej, ochrony procesowej w ogóle. W Rosji współczesna doktryna prawa procesowego oraz ustawodawca prawie jej nie uwzględniają. Taka postawa jest zdaniem autorki niewłaściwa. Zaskarżalność i jej rozumienie są jednymi z przesłanek stworzenia w pełni efektywnych rozwiązań prawnych. Metodologia zaskarżalności jest metodologią wzajemnego współdziałania prawa materialnego i procesowego, rozumienia istoty procedury sądowej. Z tego powodu uwzględnienie kwestii zaskarżalności jest koniecznym warunkiem działań ustawodawczych, a także ich systematyzacji. To założenie zostało w artykule zanalizowane zarówno w aspekcie historycznym, jak i z uwzględnieniem współczesnych rosyjskich rozwiązań prawnych oraz projektów ich nowelizacji.

**Słowa kluczowe:** zaskarżalność; prawo procesowe; prawo rosyjskie