

Максим Ненашев

Иск и его элементы

Максим Ненашев

Иск и его элементы

«Издательские решения»

Ненашев М.

Иск и его элементы / М. Ненашев — «Издательские решения»,

ISBN 978-5-44-904308-5

Автор книги — известный практикующий ученый-юрист, имеющий более пятидесяти научных публикаций в различных федеральных юридических журналах. В книге рассматриваются теоретические и практические вопросы, связанные с элементами иска. Помимо элементов иска, в книге уделяется внимание вопросам практического применения принципов гражданского процесса, института злоупотребления правом и процедуре доказывания. Книга будет полезна научным работникам, практикующим юристам, а также студентам.

ISBN 978-5-44-904308-5

© Ненашев М.
© Издательские решения

Содержание

Автор: кандидат юридических наук Ненашев Максим Михайлович	6
Оглавление	7
Введение	9
Глава 1. Понятие иска	14
§1.2. Иск и субъективное право	16
§1.3. Цель иска	19
§1.4. Иск как требование	26
§1.5. Состав и структура иска	33
§1.6. Выводы по первой главе	39
Глава 2. Элементы иска	40
Конец ознакомительного фрагмента.	44

Иск и его элементы

Максим Ненашев

© Максим Ненашев, 2018

ISBN 978-5-4490-4308-5

Создано в интеллектуальной издательской системе Ridero

Автор: кандидат юридических наук Ненашев Максим Михайлович

Рецензенты:

Исаенкова Оксана Владимировна – д.ю.н., профессор (Саратовская государственная юридическая академия).

Мохов Александр Анатольевич – д.ю.н., профессор (Московский государственный юридический университет).

Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ.

Монография посвящена исследованию вопросов, связанных с элементами иска. В книге проведен разносторонний анализ практических и теоретических проблем, возникающих в этой сфере. Значительная часть работы посвящена разработке и обоснованию предложений по борьбе с различными процессуальными злоупотреблениями, основанными на отсутствии четкого законодательного регулирования вопросов, связанных с элементами иска.

Монография может быть использована в качестве основного пособия при преподавании дисциплин гражданский процесс, арбитражный процесс. Кроме того, монография может быть использована в качестве дополнительного пособия при преподавании дисциплин: теория государства и права, гражданское право.

Сокращения:

АПК РФ – Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации

ГПК РФ – Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации

ВАС РФ – Высший Арбитражный Суд Российской Федерации

ВС РФ – Верховный Суд Российской Федерации

Вестник ВАС РФ – Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации

ФАС ПО – Федеральный арбитражный суд Поволжского округа

ФАС СЗО – Федеральный арбитражный суд Северо-Западного округа

ФАС МО – Федеральный арбитражный суд Московского округа

Оглавление

	Стр
Введение	5
Глава 1. Понятие иска	13
§ 1.1. Законодательное закрепление понятия иска.	13
§ 1.2. Иск и субъективное право.	16
§ 1.3. Цель иска.	20
§ 1.4. Иск как требование.	33
§ 1.5. Состав и структура иска.	45
§ 1.6. Выводы по первой главе.	55
Глава 2. Элементы иска	57
§ 2.1. Предмет иска.	57
§ 2.2. Основание иска.	66
§ 2.3. Содержание иска.	74
§ 2.4. Стороны иска.	80
§ 2.5. Материальный объект и цена иска.	85
§ 2.6. Способ защиты права.	91
§ 2.7. Выводы по второй главе.	94
Глава 3.	96
Тождество	
§ 3.1. Внутреннее тождество.	96
§ 3.2. Внешнее тождество.	107
§ 3.3. Выводы по третьей главе.	125
Глава 4. Нигилистический подход.	128
§ 4.1. Основания нигилистического подхода.	128
§ 4.2. Теоретические проблемы нигилистического подхода.	135
§ 4.3. Нигилистический подход и принципы цивилистического процесса.	140
§ 4.4. Нигилистический подход и смежные категории структуры иска.	154
§ 4.5. Выводы по четвертой главе.	158
Глава 5. Процессуальные злоупотребления, связанные со структурой иска.	160
§ 5.1. Общие вопросы процессуальных злоупотреблений.	160
§ 5.2. Злоупотребления путем субъективного соединения исков.	163
§ 5.3. Злоупотребления путем объективного соединения исков.	185
§ 5.4. Выводы по пятой главе.	188
Глава 6. Контроль за структурой иска.	190

§ 6.1. Уточнение иска и конкретизирующее определение.	190
§ 6.2. Промежуточное и частичное решения.	201
§ 6.3. Выводы по шестой главе.	212
Заключение	214

Введение

Теория иска является для отечественных процессуалистов, пожалуй, если и не самой, то одной из самых излюбленных тем. В рамках учения об иске, достаточно спорного самого по себе, можно с полным основанием выделить в самостоятельную главу учение об элементах иска, которое является не менее дискуссионным. Структура иска представляется многим теоретикам избитой темой. Действительно, трудно представить, что после трудов отечественных выдающихся мэтров-процессуалистов (М. А. Гурвича, А. А. Добровольского, Н. Б. Зейдера, И. М. Зайцева, Г. Л. Осокиной, О. В. Исаенковой, М. А. Рожковой и других) можно написать по этой теме что-либо по-настоящему новое и интересное.

Однако я не побоялся поставить перед собой такую задачу и решил систематизировать в этой книге весь тот материал, который был накоплен мною более чем за десять лет изучения интересующего меня вопроса. Юристы, знакомые с моими работами, знают, что за это время мною было опубликовано несколько десятков статей, так или иначе затрагивающих избранную тематику. Искушенный читатель также заметит, что некоторые положения книги противоречат сказанному в уже опубликованных статьях. Такое противоречие имеет место в силу того, что после окончательного оформления образа книги, я пришел к выводу, что отдельные части мозаики (в виде предыдущих статей) выпадают из общего образа картины книги или противоречат ее отдельным положениям. Увидеть такие несостыковки оказалось возможным только при работе над настоящей книгой.

Также во введении позволю себе кратко рассмотреть вопрос о том, что меня не устраивает в ранее опубликованной литературе, посвященной элементам иска.

Во-первых, следует обратить внимание на то, что в отечественной литературе, труды, посвященные собственно элементам иска, являются большой редкостью. Здесь можно выделить, пожалуй, только монографию и кандидатскую диссертацию О. В. Исаенковой, которые были воспроизведены в последующем сборнике с ее же участием. Остальные монографии и диссертации рассматривают элементы попутно с другими вопросами иска и права на иск.

Во-вторых, мне представляется ошибочной сама методология, используемая авторами, при изучении элементов иска. Практически все исследования структуры иска построены по примерно одинаковому алгоритму, который может быть описан следующими словами.

Автор исследует законодательство, практику его применения, концепции других авторов, обосновывает имеющиеся в них слабые и сильные стороны, присоединяется к какой-либо из высказанных точек зрения или формулирует свою. Казалось бы, что это вполне логичный алгоритм исследования, но, по моему мнению, в нем имеется один существенный изъян. Кроется он в следующем.

Отечественное законодательство, в сфере структуры иска во все времена славилось своей неясностью и пробельностью. Это понимали все авторы. На пробельность в той или иной степени указывалось если и не во всех, то в большинстве работ. Но из такого понимания, как мне кажется, не делалось никаких логических выводов. Наоборот следом за противоречивым законодательством, исследовалась противоречивая практика применения этого законодательства, а потом теория, пытавшаяся привести все это к единому знаменателю. В результате одни проблемы смешивались с другими, что запускало эффект снежного кома.

Быть может сложившаяся ситуация объясняется тем, что нормативное регулирование этой сферы достаточным образом обеспечивает современные потребности? Вряд ли. Практикующие юристы достаточно часто сталкиваются с вопросами относительно структуры иска, ответы на которые невозможно найти в текстах АПК РФ и ГПК РФ.

Теперь обратимся к процессуальному законодательству и зададим вопрос: «Как повлияли на него те многочисленные работы, посвященные структуре иска, которые проводились

со времен СССР»? Ответ на него будет очевиден: «Современное процессуальное законодательство применительно к структуре иска практически не учитывает ранее сделанные теоретические разработки».

Можно утверждать, что большой проблемой является несоответствие процессуального законодательства современным реалиям. Действующие процессуальные кодексы, применительно к структуре иска, в своей основе содержат нормы, пришедшие еще из ГПК РСФСР 1964 г., что не позволяет противостоять некоторым негативным вызовам современности.

Путем простого сравнения можно увидеть, что современный ГПК РФ в части, касающейся структуры иска, практически ничем не отличается от своего предшественника – ГПК РСФСР. С чем это связано? Почему законодатель не воспринял ни одной из высказанных точек зрения?

Для ответа на поставленные вопросы обратимся к истории.

Слабое развитие гражданского оборота в советский период, соответствующим образом сказывалось и на цивилистическом процессе. В силу относительно малого количества и простоты рассматриваемых судами дел, многие из современных проблем либо не осознавались, либо просто не существовали. Такая ситуация самым непосредственным образом отражалась и на научных работах того времени.

Практически все они носили скорее теоретический, чем практический характер. Теоретический характер заключался в том, что многие рассматриваемые вопросы не имели никакого значения для решения практических проблем. По существу положение процессуальной теории иска того времени напоминало сегодняшнее состояние математики.

«Особенности современной математики заключаются в том, что она изучает искусственно изобретенные объекты. Нет в природе многомерных пространств, нет групп, полей и колец, свойства которых усиленно изучают математики. И если в технике постоянно создаются новые аппараты, всевозможные устройства, то и в математике создаются их аналоги – логические приемы для аналитиков в любой области науки»¹.

Процессуалисты рассматривали вопросы иска «сами по себе», в отрыве от практических проблем. Но:

«... всякая математическая теория, если она строгая, рано или поздно находит применение»².

Переход к рыночной экономике привел к развитию гражданского оборота и, соответственно, к увеличению количества и сложности гражданских дел. Казалось бы, что изменение экономической ситуации должно было бы повлиять и на характер научных исследований. Но этого не случилось. Видимо переходу к новым стандартам помешала многолетняя традиция исследований, уже достаточно прочно сформировавшаяся к тому времени.

Еще одним фактором, который необходимо учитывать, вероятно, стала направленность ВУЗов и других научных институтов на привлечение в свои ряды специалистов, имеющих достаточно смутное представление о практике гражданского процесса (определенное влияние здесь оказала и позиция чиновников Министерства образования). Аспирантами у нас также зачастую становятся вчерашние студенты, не имеющие за спиной ни дня практической работы. Понятно, что человек, не знакомый с практикой, будет испытывать серьезные затруднения не только с разработкой мер по устранению практических проблем, но даже и с постановкой самих проблем.

Итак, главным недостатком предыдущих исследований структуры иска, на мой взгляд, является их недостаточная ориентированность на проблемы практики.

¹ <http://www.vz.ru/news/2011/4/28/487382.html> // Дата обращения – 03.11.2013.

² <http://www.vz.ru/news/2011/4/28/487382.html> // Дата обращения – 03.11.2013.

Пробельность действующего законодательства и противоречивость правоприменительной практики не позволяют построить на их основании логически непротиворечивую концепцию структуры иска. Однако законодательство и практика могут быть использованы для выявления имеющихся практических проблем с целью формулирования предложений по их законодательному урегулированию. Именно в таком ключе и будет написана настоящая книга.

Соответственно, основным тезисом настоящей работы является то, что изучать структуру иска необходимо не на основе действующего законодательства и практики его применения, а на основании практических проблем, которые возникают в связи с неоднозначным пониманием элементов иска. То есть, необходимо обозначить имеющиеся практические проблемы, выявить недостатки законодательства, благодаря которым они возникли и сделать предложения по исправлению таких недостатков.

Поэтому следующим тезисом монографии является то, что существующие практические проблемы могут быть решены лишь путем реформирования действующего процессуального законодательства. Соответственно настоящая книга ставит своей целью формулирование предложений по законодательному урегулированию практических проблем и пробелов, связанных со структурой иска. Теоретическая часть здесь будет затронута только постольку, поскольку это необходимо для решения практических проблем.

Сказанное может навести на мысли, что книга носит во многом теоретический характер, адресована, главным образом, законодателю, и мало пригодна для практикующих юристов. Однако это не так. По этому поводу отмечу следующее.

За время своей практической деятельности, я пришел к стойкому убеждению относительно того, что действующее законодательство и практика его применения не содержат каких-либо универсальных указаний, позволяющих решить хотя бы малую часть тех практических вопросов, связанных с элементами иска, которые возникают перед практикующим юристом. В этом плане можно рассчитывать только на конкретные примеры из практики вышестоящих инстанций.

В связи с этим, в случае обращения ко мне коллег с просьбой дать консультацию о возможности изменения элементов иска тем или иным образом, в случае отсутствия судебной практики по конкретному вопросу, я отвечаю в духе известной мудрости: «Делай, что должно и будь, что будет». Смысл такого ответа состоит в том, что вопрос о допустимости изменения элементов иска, в настоящее время целиком находится в сфере усмотрения суда, поэтому для ответа на поставленный вопрос нужно подать соответствующее заявление и ожидать его разрешения.

Поэтому если кто-то надеется найти в этой книге ответы на подобные вопросы, вынужден его разочаровать. Впрочем, сразу отмечу, что в силу приведенных выше обстоятельств, такие ответы Вы не сможете найти ни в одной из имеющихся на сегодняшний день книг или диссертаций. Любое высказанное мнение, от какого бы авторитетного автора оно не исходило, остается лишь теорией до тех пор, пока в действующее законодательство не будут внесены соответствующие изменения.

Практическая польза от моей книги состоит главным образом в том, что она может дать достаточно исчерпывающее представление об имеющихся на сегодняшний день пробелах и коллизиях и предложить практикам возможности для маневра в этом нестабильном море под названием структура иска.

В-третьих, мне категорически не нравится то, что в большинстве работ элементы иска рассматриваются как некая «вещь в себе» без связи с другими институтами гражданского процесса.

В большинстве случаев изучение элементов проводится в отрыве от других процессуальных категорий. В лучшем случае элементы рассматриваются во взаимосвязи с вопро-

сами доказывания или судебного решения, что, конечно, не исчерпывает всех существующих связей.

Для меня очевидно, что структура иска должна изучаться не сама по себе, а именно через взаимосвязь с другими процессуальными категориями. Только такое рассмотрение способно выявить недостатки, присущие тому или иному подходу, которые не могут быть выявлены при рассмотрении элементов иска как таковых.

В настоящей работе я постараюсь как можно более полно осветить характер таких взаимосвязей и показать влияние различных процессуальных категорий друг на друга. Такое желание потребовало уделить достаточно много места рассмотрению смежных процессуальных категорий. Поэтому читателю может показаться, что содержание книги зачастую уходит в сторону от ее названия. Это не так. Спешу заверить, что любое рассмотрение смежных категорий сделано не с целью придать книге объем, а потому что это необходимо для изучения элементов иска.

В-четвертых, меня совершенно не устраивает то обстоятельство, что при изучении структуры иска, авторы не утруждают себя описанием практических преимуществ своего подхода по сравнению с другими. Зачастую, обосновывая то или иное положение, авторы, в подтверждение своего мнения, приводят массивы норм, практики и теоретических положений. Но мало кто утруждает себя рассмотрением вопроса, какое практическое влияние окажет его предложение если будет принято законодателем или правоприменительной практикой, будет ли результат такого влияния лучше, чем имеющееся на сегодняшний день положение вещей, будет ли он лучше результата, который будет иметь место в случае победы конкурирующей теории. Отсутствие подобного рассмотрения представляется мне большим упущением.

По тексту книги можно встретить неоднократные ссылки на правила и принципы трансграничного гражданского процесса, разработанные ALI и UNIDROIT, которые не являются нормативными актами. Более того, в отличие от принципов (приняты в 2004 г.), правила трансграничного гражданского процесса не были приняты ни ALI, ни UNIDROIT. Профессор Л. Кадые (Университет Париж-1 «Сорбона», Франция) предлагает рассматривать принципы как часть «академического права (доктрины)»³. По сути, такие правила представляют собой, разработанные ведущими мировыми процессуалистами предложения по унификации процессуального законодательства различных стран как романо-германской, так и англо-саксонской систем права.

Ссылка на указанные правила и принципы показалась мне уместной, поскольку они, также как и настоящая книга, предлагают направления совершенствования действующего процессуального законодательства.

Подводя итог всему сказанному во введении, обозначу цель и задачи, которые я поставил перед собой при подготовке настоящей монографии.

Цель: *Разработка внутренне непротиворечивой структуры иска.*

Задачи:

1. Выявление практических проблем, связанных со структурой иска;
2. Поиск возможных вариантов решения практических проблем, связанных со структурой иска, исходя из действующего отечественного законодательства, практики его применения и современных теоретических разработок;
3. Поиск возможных вариантов решения практических проблем, связанных со структурой иска, исходя из современного зарубежного законодательства, практики его применения, а также исходя из законодательства утратившего силу;

³ См.: Принципы трансграничного гражданского процесса = ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure / пер. с англ. [Е. А. Виноградова, М. А. Филатова]. М., 2011. С. XXI.

4. Обоснование преимуществ одних вариантов решения практических проблем, связанных со структурой иска, перед другими.

Завершая введение, хочу выразить слова благодарности д. ю. н., профессору, Заслуженному юристу РФ Глазырину Феликсу Викторовичу ст., а также Президенту НОУ ВПО «Волгоградский юридический институт» Глазырину Феликсу Викторовичу мл., за помощь, оказанную при подготовке настоящей книги.

Отдельные слова благодарности хочу сказать в адрес и.о. ректора НОУ ВПО «Волгоградский юридический институт» к.ю. н. Шинкарука Владимира Марковича за осуществление контроля над изданием настоящей книги.

Глава 1. Понятие иска

§1.1. Законодательное закрепление понятия иска

В литературе отсутствует единство мнений по поводу необходимости легального закрепления дефиниций различных правовых явлений.

Известно, например, мнение д. ю. н. К.И. Скловского предлагающего не злоупотреблять законодательными дефинициями⁴. Другие авторы отмечают необходимость в широком использовании в законодательстве норм-дефиниций, содержащих формулировки основных правовых понятий. Объясняется это тем, что такого рода нормы являются средствами правового закрепления контуров (облика) целостного юридического явления, им присуща роль трафарета для удовлетворения, юридической характеристики определенного фактического обстоятельства, состояния, имеющего юридическое значение⁵.

В процессуальной литературе не редко можно встретить сожаления по поводу того, что в законодательстве отсутствует легальное определение понятия иска⁶. Говорится об этом либо прямо, либо косвенно при изучении смежных вопросов. При этом вопрос о том, для чего в законодательстве нужна подобная легальная дефиниция, никем не освещается.

В настоящей книге я попытаюсь обосновать необходимость легального закрепления понятий предмет и основание иска, а также связанных с ними категорий. Однако я не вижу никакой практической потребности в законодательном закреплении понятия иска. За годы своей практики я ни разу не столкнулся с какими-либо проблемами, вытекающими из отсутствия такой дефиниции. В практических обсуждениях с другими юристами, в том числе и на ведущих юридических форумах (zakon.ru; yurclub.ru; volgasud.ru) такая проблема также никогда не поднималась. Не поднималась она и ни в одном из доступных мне источников по процессуальному праву.

Складывается ощущение, что мысль о необходимости законодательного закрепления дефиниции иска когда-то поселилась в чьей-то голове (я так и не смог найти ее первоисточника) и с тех пор, без какого-либо особого анализа перелетает из одной работы в другую.

В настоящем параграфе я попытаюсь проанализировать имеющиеся аргументы за введение легальной дефиниции иска.

«Отсутствие юридически закрепленного понятия иска, его амфиболичность, проявляющаяся во множестве доктринальных дефиниций, привели к отсутствию определенности в количестве и наименованиях видов исков, а также к тому, что до настоящего времени так и не была создана единая классификация исков»⁷.

Анализируя приведенное утверждение, хочется сказать следующее.

Авторы, не удосужились объяснить, каким образом законодательное закрепление понятия иска помогло бы достичь определенности в отношении количества и наименования видов исков. Анализ современной научной литературы позволяет утверждать, что подходы различных авторов к понятию иска никак не отражаются на их отношении к видам исков. Как сторонники двуединого подхода, так и сторонники процессуального подхода, в боль-

⁴ См.: Скловский К. И. Собственность в гражданском праве. 5-е изд., перераб. М., 2010. С. 205—215.

⁵ См., напр.: Горшенев В. М. Нетипичные нормативные предписания в праве // Советское государство и право. 1978. №3. С.117; Балашов А. Н. Процессуальные права сторон в суде первой инстанции (проблемы теории и практики): учеб. пособ. Саратов, 2007. С.7.

⁶ См., напр.: Улетова Г. Д. Элементы иска: понятие и практическая значимость // Иск в гражданском и арбитражном процессах. М., 2006. С. 71; Демичев А. А. Проблемы генезиса исковой формы защиты нарушенных прав // Проблемы иска и исковой формы защиты нарушенных прав: Материалы Всерос. Науч.-практ. конференции. Краснодар, 2006. С. 55—56; Осокина Г. Л. Иск (теория и практика). М., 2000. С.10.

⁷ См.: Иск в гражданском судопроизводстве: [сборник] / под ред. О. В. Исаенковой. М., 2009. С. 79.

шинстве своем, выделяют три вида исков: о признании, о присуждении, о преобразовании⁸. Отрицание отдельными авторами преобразовательных исков, в современных условиях является скорее анахронизмом, чем позицией, имеющей под собой твердую научную и тем более практическую основу.

Относительно деления исков на виды, исходя из отраслевой принадлежности спорных отношений (иски из земельных правоотношений, иски из трудовых правоотношений и т.п.), можно сказать, что здесь вообще понятие иска не имеет какого-либо видимого влияния. По крайней мере, я даже не могу предположить, каким образом законодательное закрепление понятия иска может повлиять на такую квалификацию. То же самое можно сказать и о классификации исков по характеру защищаемых интересов (личные, групповые, производные и т.п.).

Никаких других аргументов в пользу законодательного закрепления рассматриваемого понятия, в доступной литературе мне найти не удалось.

⁸ Большой интерес в этом плане представляет подход Н. К. Мясниковой. См.: Мясникова Н. К. Виды исков в гражданском судопроизводстве. Саратов, 2002. Однако ему пока не уделяется заслуженного внимания на страницах научной и учебной литературы.

§1.2. Иск и субъективное право

Вопрос о соотношении иска и субъективного права представляется мне очевидным. Однако считаю необходимым рассмотреть его здесь, поскольку при чтении различных работ, то и дело приходится сталкиваться с различными спорными мнениями в этом вопросе.

На мой взгляд, является ошибочным рассмотрение иска во взаимосвязи с защитой субъективного материального права. Из этого положения, сама собой следует и недопустимость рассмотрения иска через субъективное право, подлежащее защите.

Интересными в этом плане мне представляются следующие рассуждения Е. А. Нефедьева.

Основное положение материально-правовой теории состоит в том, что судом защищается право, причем тот, кто обладает субъективным гражданским правом, – обладает и правом на его защиту судом. Но ведь за иском должна следовать деятельность суда, и защита права получается как результат этой деятельности; вследствие этого, естественно, должно было возникнуть мнение, что право на судебную защиту есть право возбуждать деятельность суда. С этой точки зрения право возбуждать деятельность суда должно принадлежать тому, кто обладает субъективным гражданским правом, и кто обладает, следовательно, тем правом защиты, которое осуществляется в возбуждении деятельности суда. Но для того, чтобы осуществлять право, необходимо, конечно, чтобы оно было несомненным для того, по отношению к кому оно осуществляется. Вследствие этого, для того чтобы деятельность суда была возбуждена, необходимо, чтобы для него было несомненным право истца на судебную защиту, причем такая несомненность должна существовать уже в самый момент возбуждения деятельности суда, т.е. в самый момент предъявления иска⁹.

Понятно, что исходя из этих посылок, объяснить возбуждение дела судом было весьма проблематичным. Очевидно, что, поскольку о существовании права на судебную защиту суд узнавал не в момент его предъявления, а после рассмотрения дела по существу, постольку материальная теория иска была не в состоянии доказать свою жизнеспособность.

Представляется, что истоки мнения о связи иска и субъективного права, применительно к процессу, лежат в некритичном переносе материальных конструкций на процессуальную почву. Для материального права связь между субъективным правом и иском является очевидной. Например, применительно к вещным искам отмечается, что они представляют собой материально-правовое требование, являющееся мерой защиты субъективного вещного права или интереса¹⁰.

На мой взгляд, имеется следующее несоответствие между объяснением сущности судебной защиты, с точки зрения материально-правовой теории, и действительностью:

Представители этой теории не отрицают, что деятельность суда возбуждается исключительно вследствие утверждения истца о существовании права, тогда как при последовательном проведении той же теории следовало бы допустить, что для этого нужно, чтобы для суда в момент предъявления иска было несомненным действительное существование субъективного гражданского права¹¹.

Критикуемая позиция в отечественной процессуальной теории имеет достаточно глубокие корни. Ее влияние на теорию иска гораздо больше, чем может показаться на первый взгляд.

⁹ См.: Нефедьев Е. А. Учение об иске // Нефедьев Е. А. Избранные труды по гражданскому процессу. Кубань, 2005. С.68.

¹⁰ См.: Новоселова А. А., Подшивалов Т. П. Вещные иски: проблемы теории и практики: Монография. М., 2012. С.17.

¹¹ См.: Нефедьев Е. А. Учение об иске... С.68—69.

Представляется, что именно она сыграла не последнюю роль в появлении материально-правовой и двуединой концепции иска. Вероятно, именно на ее основе появились утверждения подобные тому, что отказ от иска – это отказ от субъективного материального права или от материально-правового притязания (требования) истца к ответчику. Такой подход, в свою очередь, скорее всего, стал первоосновой и для достаточно распространенной сегодня точки зрения о том, что процессуальная диспозитивность означает свободу распоряжения материальными правами (само то выражение какое: «процессуальная означает материальное»), о чем будет сказано далее в соответствующем параграфе.

Влияние такого подхода можно проследить на примере определения сторон. По этому поводу можно отметить, что дореволюционные авторы, не смотря на существенное влияние в тот период концепции материального права на иск, рассматривали сторон именно исходя из процессуальных предпосылок.

Например, К. И. Малышев отмечал, что процесс открывается тем, что одно лицо предъявляет иск к другому, а последнее вступает в ответ по этому иску. Кто первый подавал исковое прошение, тот считался истцом, противник его – ответчиком¹².

А. Х. Гольмстен отмечал, что под сторонами имелись в виду лица, борющиеся в процессе; лица, из которых одно просило суд о признании за собой известного, отрицаемого противником права или непризнания за противником права, существование которого тот в своем лице утверждал¹³.

Е. В. Васьковский говорил, что истец – это активная, наступающая сторона, которая возбуждает процесс, действует, домогается судебной помощи, жалуется суду на ответчика. Ответчик – это пассивная сторона, обороняющаяся, обвиняемая, он не нападает, а только отражает нападения истца, не просит судебной помощи, а старается чтобы она не была оказана истцу. Первое ищет судебной помощи, второе должно держать ответ перед судом¹⁴.

Как видим, исходя из приведенных отрывков, определяя сторон, процессуалисты обращали внимание именно на процессуальную составляющую: предъявление иска, возражение против иска и т. п. Хотя, в дальнейшем, большинство авторов, применительно к сторонам, говорили об их связи с материальным правоотношением и т.п., но именно процессуальная составляющая выдвигалась на первый план.

Изменения произошли уже в советский период. Например,

Г. Рызюнский указал, что истцом должен считаться тот, чье именно право иском защищается, ответчик тот, кто своим действием или бездействием препятствует осуществлению права¹⁵.

Далее, в процессуальной науке появилась тенденция рассматривать сторон, прежде всего, как предполагаемых субъектов спорного материального правоотношения¹⁶. В противовес ей была выдвинута идея рассмотрения сторон именно через процессуальный аспект – через спор о праве¹⁷.

И, наконец, как компромисс между двумя указанными позициями, появилось мнение, что стороны – это институт материального и процессуального права. В связи с этим предлагалось учитывать в понятии сторон как материальный, так и процессуальный аспект¹⁸.

¹² См.: Малышев К. И. Курс гражданского судопроизводства. СПб., 1876. Т.1. С. 181.

¹³ См.: Гольмстен А. Х. Учебник русского гражданского судопроизводства / Под ред. и предисл. М. К. Треушниковой, Ю. А. Поповой. Краснодар, 2004. С. 94.

¹⁴ См.: Васьковский Е. В. Учебник гражданского процесса / Под ред. и с предисловием В. А. Томсинова. М., 2003. М., 2003. С. 158.

¹⁵ См.: Рызюнский Г. Техника гражданского процесса. М., 1924. С.11.

¹⁶ Подробнее об этом см.: Балашов А. Н. Указ. соч. С.11—13.

¹⁷ Подробнее об этом см.: Балашов А. Н. Указ. соч. С.13—15.

¹⁸ Подробнее об этом см.: Балашов А. Н. Указ. соч. С.15.

На рассмотренных примерах отчетливо видно противостояние между материальным и процессуальным подходом в определении сторон. Материальный подход связан с субъективным правом и его нарушением, а процессуальный рассматривает сторон безотносительно к нему.

Далее по ходу книги я еще неоднократно вернусь к этим моментам, которые, на первый взгляд, имеют достаточно отдаленное отношение к структуре иска, но, как я постараюсь показать, между ними есть очень сложная взаимосвязь. Пока лишь отмечу, что следует согласиться с авторами, считающими, что отказ от иска – это не отказ от материально-правового требования истца к ответчику. Это отказ именно от судебной защиты, поскольку во многих случаях причиной отказа от иска является добровольное выполнение ответчиком исковых требований¹⁹.

¹⁹ См.: Иск в гражданском судопроизводстве: [сборник] / Отв. ред. О. В. Исаенкова... С.78.

§1.3. Цель иска

Первым вопросом, имеющим непосредственное и очевидное отношение к структуре иска, является вопрос о цели иска. Для чего нужен иск? Только определив ту потребность, которая вынуждает лицо прибегнуть к иску, мы сможем приступить к остальным вопросам.

Традиционная теория связывает возникновение иска с правонарушением или с отказом ответчика от совершения желаемых действий. Большинство авторов считает, что иск необходим для защиты нарушенного или оспоренного права. Следовательно, целью иска необходимо считать именно защиту этого субъективного права²⁰.

Например, А. А. Добровольский по этому поводу писал, что вследствие отрицания предъявленных требований, сторона, желающая осуществить их в принудительном порядке, обращается к суду. Так рождается иск²¹.

Или другое выражение, имеющее аналогичный смысл, применительно к рассматриваемому вопросу: «Известно, что любой иск предъявляется для защиты нарушенного или оспоренного права»²²; «Требование истца к ответчику по существу является требованием о принудительном исполнении ответчиком обязанности»²³.

Однако такой подход представляется ошибочным.

Во-первых, он не позволяет разобраться в природе преобразовательных исков и исков о признании. Вопрос о процессуальной природе этих исков требует отдельного рассмотрения. Поэтому здесь я не буду подробно на нем останавливаться.

Во-вторых, что представляется более существенным, возникает вопрос: какая цель была у исков, признанных судом необоснованными?

По существу необоснованный иск, с точки зрения процессуального права, ничем не отличается от обоснованного иска. И тот и другой соответствуют требованиям, предъявляемым процессуальным законодательством к форме и содержанию искового заявления. Однако, в отличие от обоснованного иска, необоснованный иск не способен защитить право.

Причин у этой неспособности может быть несколько:

1. Отсутствие самого субъективного регулятивного права, нуждающегося в защите.
2. Отсутствие правонарушения и др.

Почему же из двух одинаковых исков один способен защитить субъективное регулятивное право, а другой нет?

Представляется, так происходит потому, что термины «иск» и «обоснованный иск» лежат в совершенно разных плоскостях права. Первый – в области процессуального, а второй – в области материального права.

Заслуживают поддержки слова О. В. Исаенковой, которая отмечает, что иск существует независимо от его обоснованности. В случае обоснованности, иск полностью реализует себя с точки зрения истца, получившего защиту, а если иск не обоснован – истец не получает защиты. И в первом, и во втором случае иск существует, но во втором – цель истцом не достигнута²⁴.

Для того чтобы рассматривать конкретное заявление как иск, суду достаточно сравнить его с требованиями, предъявляемыми процессуальным законом к форме и содержанию иска.

²⁰ См., напр.: Абова Т. Е. Иск – универсальное средство защиты права // Иск в гражданском и арбитражном процессах. М., 2006. С. 5.

²¹ См.: Добровольский А. А. Исковая форма защиты права. М., 1965. С. 138.

²² См.: Добровольский А. А., Иванова С. А. Основные проблемы исковой формы защиты права. М., 1979. С. 35.

²³ См.: Добровольский А. А., Иванова С. А. Указ. соч. С.49.

²⁴ См.: Исаенкова О. В. Иск в гражданском судопроизводстве: Учеб. пособ. Саратов, 1997. С. 35—36.

Если они совпадают – суд делает вывод, что перед ним иск. Только после этого можно переходить к следующей стадии и начать рассматривать иск с точки зрения его обоснованности.

Сделать вывод об обоснованности или необоснованности иска, можно только после его проверки судом на соответствие нормам материального, а не процессуального права. Это положение очевидно и высказывалось

О. Бюловым в процессуальной науке уже более 100 лет назад против теории конкретного права на иск²⁵.

Поскольку иск является иском независимо от своей обоснованности или необоснованности, постольку и цель иска необходимо искать не в материально-правовой плоскости (обоснованный иск), а в плоскости процессуальной, поскольку материальная плоскость безразлична для иска. Поэтому и «защита субъективного регулятивного права» не может рассматриваться в качестве цели иска.

Кроме всего перечисленного, рассматриваемый подход приводит к смешению понятий, которое может быть проиллюстрировано на следующем примере.

По мнению Т. В. Соловьевой, право на судебную защиту возникает не только в результате волеизъявления самого обладателя материального права или интереса, но и по волеизъявлению других лиц, и ведет к возбуждению судопроизводства. Например, при предъявлении истцом неосновательного иска, суд возбуждает производство по гражданскому делу, а у ответчика возникает право на судебную защиту²⁶. Аналогичное мнение было высказано и Е. А. Крашенинниковым²⁷.

О. В. Иванов отмечал, что в исковом производстве может оказаться, что право на судебную защиту имеет не истец, а ответчик, хотя он никакого требования не заявлял. Такое положение имеет место тогда, когда истец предъявил необоснованный иск. Решение суда об отказе в удовлетворении иска является актом защиты интересов ответчика либо принадлежащего ему конкретного субъективного права²⁸.

Н. М. Трашкова указывает, что право ответчика на защиту, наряду с правом истца на обращение в суд, являются равнозначными элементами единого понятия права на судебную защиту²⁹.

С моей точки зрения, защита по необоснованному иску для ответчика – это не то же самое, что для истца защита по обоснованному иску. Эти права различаются по основаниям возникновения:

1. Защита по обоснованному иску основывается на материально-правовых предпосылках.

Т. П. Подшивалов и А. А. Новоселова по этому поводу, применительно к вещно-правовым способам защиты права, отмечают, что правом на защиту обладает лицо, вещное право которого нарушено, оспаривается или создается угроза его нарушения³⁰.

В. В. Долинская говорит о том, что право на защиту включает в себя возможность применения управомоченным лицом мер правоохранительного характера, соответствующих характеру самого субъективного права³¹.

²⁵ См. об этом: Гурвич М. А. Право на иск // Гурвич М. А. Избранные труды. Т.1. Краснодар, 2006. С.38.

²⁶ См.: Соловьева Т. В. Возвращение искового заявления в гражданском судопроизводстве. Саратов, 2008. С.25.

²⁷ См.: Крашенинников Е. А. К теории права на иск. Ярославль, 1995. С.9.

²⁸ См.: Иванов О. В. Право на судебную защиту // Советское государство и право. 1970. №7. С. 42 // Цит. по: Иск в гражданском судопроизводстве: [сборник] / Под ред. О. В. Исаенковой... С. 99.

²⁹ См.: Трашкова Н. М. Защита ответчика в гражданском процессе: Автореф. дисс. ... к.ю. н. М., 2009. С.7.

³⁰ См.: Новоселова А. А., Подшивалов Т. П. Указ. соч. С. 7.

³¹ См.: Долинская В. В. Защита гражданских прав: состояние, тенденции и проблемы правового регулирования // Актуальные проблемы гражданского права, гражданского процесса и арбитражного процесса. В 2 ч. Воронеж, 2002. Ч.2. С. 146.

2. Защита по необоснованному иску возникает, главным образом, из заявления такого (необоснованного) иска. Если нет необоснованного иска, нет и необходимости в защите ответчика от него. Поэтому защита ответчика возникает из процессуального факта – факта предъявления иска.

Указанные отличия, на мой взгляд, являются существенными и не позволяют объединять указанные категории под одним наименованием.

Рассматриваемый вопрос тесно связан с вопросом о праве на иск. Признание, что целью иска является защита права, означает признание и того, что право на иск в процессуальном смысле возникает из этого самого права. Такой подход является ошибочным, поскольку уже давно было отмечено, что право на иск связано не с материальным правом, а с правоспособностью³².

На противоречивость связи процесса с правом на защиту обращалось внимание еще в дореволюционной литературе. Так Е. А. Нефедьев обоснованно утверждал, что при последовательном проведении такой точки зрения следовало бы допустить, что для возбуждения процесса нужно было бы, чтобы для суда в момент предъявления иска было несомненным действительное существование субъективного гражданского права³³.

Необходимо найти нечто общее – объединяющее все иски независимо от их обоснованности или необоснованности. Здесь следует обратить внимание на то, что в литературе неоднократно отмечалось, что иск является средством разрешения спора о праве³⁴, а исковое производство является спорным производством. Спор о праве рассматривается как достаточное условие существования иска³⁵. Сам иск рассматривается как средство передачи спора в суд³⁶. Вследствие предъявления иска возникает обязанность... суда разрешить спор по определенному, указанному истцом, правоотношению³⁷. Одной из характерных черт исковой формы является наличие спора о праве³⁸.

И. М. Зайцев отмечал, что одна из функций иска состоит в передаче спора о праве на рассмотрение суда³⁹. Позднее эту точку зрения поддержал П. П. Колесов: «Передать спор о праве в производство суда можно только через иск»⁴⁰.

Поэтому представляется, что таким общим началом, объединяющим обоснованные и необоснованные иски, является категория «спор о праве».

³² См.: Нефедьев Е. А. Указ. соч. С.73.

³³ См.: Нефедьев Е. А. Указ. соч. С.69.

³⁴ См.: Попова Ю. А. Административные иски: сущность и классификация // Российское правовое государство: Итоги формирования и перспективы развития. В 5 ч. Часть 2: Гражданское, гражданское процессуальное и арбитражное процессуальное право: Мат. Всерос. науч.-практ. конференции. Воронеж, 2004. С.168; Чечот Д. М. Проблема защиты субъективных прав и интересов в порядке неисковых производств советского гражданского процесса: Автореф. дис. ... докт. юрид. наук. Л., 1969. С.19; Осокина Г. Л. Указ. соч. С.52.

³⁵ См. также: Сахнова Т. О Концептуальных категориях исковой защиты (к дискуссии о современном понимании иска) // Арбитражный и гражданский процесс. 2006. №2. С.45; Учебник русского гражданского судопроизводства Е. А. Нефедьева. М., 1905. Вып.2. С.149.

³⁶ См.: Мясникова Н. К. Указ. соч. С.7, 12; Зайцев И. М. Сущность хозяйственных споров. Саратов, 1974. С.106, 114.

³⁷ См.: Гурвич М. А. Окончание гражданского дела без вынесения судебного решения в суде первой инстанции // Гурвич М. А. Избранные труды. Т.2. Краснодар, 2006. С.202; Гурвич М. А. Советский гражданский процесс // Гурвич М. А. Избранные труды. Т.2. Краснодар, 2006. С.432.

³⁸ См.: Добровольский А. А., Иванова С. А. Указ. соч. С.24; Елисеев Н. Понятие процессуального правового отношения в российском и зарубежном праве // Арбитражный и гражданский процесс. 2006. №1. С.18; Чечот Д. М. Неисковые производства. М., 1973. С.6; Балашов А. Н. Процессуальные права и обязанности сторон при рассмотрении гражданских дел в суде первой инстанции: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2005. С.8, 12; Исаенкова О. В. Указ. соч. С.41; Григорьева Т. А. Защита прав предпринимателей в арбитражном судопроизводстве. Саратов, 2004. С.82.

³⁹ См.: Зайцев И. М. Функции иска в судопроизводстве // Государство и право. 1996. №7. С. 88.

⁴⁰ См.: Колесов П. П. Процессуальные средства защиты права. Великий Новгород, 2004. С. 32.

Видный дореволюционный ученый К. П. Победоносцев по этому поводу писал, что целью судебного решения является установление между сторонами права, имеющего действительное для них значение, бесспорное установление спорного юридического отношения между сторонами⁴¹.

О том, что иск является средством разрешения спора о праве и, что исковое производство является спорным, говорят практически все авторы. Но говорится это, как бы, между прочим, без заострения внимания на значении этих слов.

Также следует, конечно, отметить и то, что в литературе термин «разрешение спора о праве», зачастую употребляется наряду с термином «защита права». Например: «Судебная деятельность в искомом процессе как раз и состоит в рассмотрении и разрешении спора о праве гражданском, установлении правомерности требований истца к ответчику, защите нарушенного права или охраняемого законом интереса»⁴². Складывается впечатление, что авторы рассматривают разрешение спора о праве и защиту права, как синонимы.

На мой взгляд, у этого явления несколько причин:

Во-первых, категория «спор о праве» стала объектом научного исследования относительно недавно.

Во-вторых, неверное отождествление учеными-процессуалистами спора о праве с правонарушением или охранительным правоотношением⁴³.

Например, А. А. Новоселова и Т. П. Подшивалов пишут, что одним из признаков исковой формы защиты права является наличие спора о субъективном праве или законном интересе, а, следовательно, и наличие спорящих сторон. При этом истец будет являться субъектом права, а ответчик – субъектом обязанности⁴⁴. С такой позиции не понятно каким образом авторы предлагают разграничивать понятия спора о праве и охранительного правоотношения. Единственным логичным следствием, исходя из такой позиции, на мой взгляд, было бы признание, что спор о праве возникает с момента обращения в суд.

По этому поводу следует отметить, что большинство процессуалистов⁴⁵ (к которым присоединяюсь и я) придерживаются мнения о том, что спор о праве возникает до обращения в суд⁴⁶.

Сам же спор о праве представляется наиболее правильным определять как объективно выраженное противоречие волеизъявлений двух сторон, состоящее из требования одной стороны (адресанта), которому противостоит правовое положение второй стороны (адресата), препятствующее фактическому удовлетворению этого требования. Два таких волеизъявления в своей совокупности образуют систему юридических фактов (юридический состав), который принято называть спором о праве.

Таким образом, невозможность адресанта удовлетворить свой правовой интерес посредством собственных действий и отказ в удовлетворении этого интереса адресатом, вынуждают первого заявить против второго соответствующий иск, поскольку удовлетворение возникшего интереса возможно только путем обращения к суду.

⁴¹ См.: Победоносцев К. П. Судебное руководство. М., 2004. С.62.

⁴² См.: Иск в гражданском судопроизводстве: [сборник] / Под ред. О. В. Исаенковой... С. 29.

⁴³ О критике подобного подхода см.: Ненашев М. К дискуссии о сущности спора о праве // Арбитражный и гражданский процесс. 2006. №3. С.14—15.

⁴⁴ См.: Новоселова А. А., Подшивалов Т. П. Указ. соч. С.46.

⁴⁵ См., напр.: Зайцев И. М. Сущность хозяйственных споров... С.53; Гукасян Р. Е. Проблема интереса в советском гражданском процессуальном праве. Саратов, 1970. С.182; Рожкова М. А. Понятие спора о праве гражданском // Журнал российского права 2005. №4. С.98. К этой же группе следует отнести и авторов, отождествляющих спор о праве с правонарушением.

⁴⁶ Критику противоположной точки зрения см.: Ненашев М. М. Спор о праве: социальное и правовое содержание // Социальное и пенсионное право 2006. №2.

Следовательно, необходимость в иске возникает в связи с желанием разрешить спор о праве.

Предложенное утверждение верно как для обоснованных, так и для необоснованных исков, поскольку как, отказывая в иске, так и удовлетворяя его, суд разрешает спор о праве.

Направленность иска на разрешение спора о праве проявляется на примере иска о выделе доли. В классическом римском праве истец в исках о разделе устанавливался жребием⁴⁷. То есть в данных случаях право исходило именно из отрицания правонарушения со стороны кого-либо из участников процесса.

Теперь рассмотрим соотношение высказываний:

1. Иск порождается правонарушением;
2. Иск порождается спором о праве.

Следует напомнить, что мною, как и рядом других авторов, уже отмечалась ошибочность определения спора о праве через правонарушение⁴⁸. Поэтому очевидно, что указанные высказывания противоречат друг другу.

Представляется, что верным является второе высказывание, поскольку и в случае удовлетворения иска, и в случае вынесения решения об отказе в его удовлетворении, суд тем самым разрешает спор о праве между истцом и ответчиком. В то время, как в последнем случае защита праву не оказывается (среди возможных причин можно назвать, например: его отсутствие; истечение срока исковой давности).

Таким образом, следует признать, что *целью иска является разрешение спора о праве*. По существу об этом же говорила и О. В. Абознова: «... применительно к исковому производству в отношении права на судебную защиту необходимо вести речь не о праве на удовлетворение иска, а о праве на рассмотрение и разрешение дела и вынесение законного и обоснованного решения»⁴⁹.

По своей сути, применительно к исковому производству, выражение «разрешение дела» равнозначно выражению «разрешение спора о праве». Только, исходя из такого тождества, можно сделать вывод, что «решение об отказе в удовлетворении иска отражает факт получения судебной защиты не только истцом (в смысле реализации им права на судебную защиту), но и ответчиком, поскольку он также использовал этот процессуальный механизм для защиты от притязаний истца»⁵⁰.

Против определения иска как требования рассмотреть и разрешить спор о праве высказывалась Г. Л. Осокина. По ее мнению, такое определение является неточным и целесообразнее определять иск как требование о защите права или законного интереса. Рассмотрение и разрешение дела (спора о праве гражданском) являются всего лишь условиями реализации такого требования⁵¹.

Однако, как было показано выше, соотношение между защитой и разрешением спора совершенно другое. Суд всегда разрешает спор, но при этом не всегда оказывает защиту (в частности, когда выносит решение об отказе в иске). Таким образом, именно защита права является следствием разрешения спора, а не наоборот.

Основной целью настоящего параграфа является оспаривание тезиса о том, что защита права является целью иска. Такая задача может показаться сугубо теоретической и не имею-

⁴⁷ См.: Хвостов В. М. Система римского права. М., 1996. С. 72. По мнению Е. В. Салогубовой, в таких исках каждая из сторон могла быть одновременно и истцом и ответчиком. Салогубова Е. В. Римский гражданский процесс. 2-е изд. М., 2002. С. 84.

⁴⁸ См. подробнее: Ненашев М. К дискуссии о сущности спора о праве...

⁴⁹ См.: Абознова О. В. Суд в механизме реализации права на судебную защиту в гражданском и арбитражном процессе: Автореф. дисс. ... к.ю. н. Екатеринбург, 2006. С. 6.

⁵⁰ См.: Абознова О. В. Указ. соч. С. 7.

⁵¹ См.: Осокина Г. Л. Указ. соч. С. 28.

щей особого практического значения. Однако, изучение процессуальной литературы показывает, что оспариваемое положение имеет далеко идущие последствия, которые оказывают влияние на многие другие категории цивилистического процесса.

Наиболее очевидное из следствий такого подхода можно увидеть на примере утверждения о том, что целью процесса является защита прав и охраняемых законом интересов. Это положение настолько прочно вошло в сознание отечественных процессуалистов, что преподносится как само собой разумеющееся на страницах статей, монографий, кандидатских и докторских диссертаций.

В подтверждение его приводятся многочисленные ссылки на законодательство (например, ч.1 ст.46 Конституции РФ) и судебную практику. О спорности такого подхода я говорил уже во введении к настоящей работе, поэтому не буду еще раз останавливаться на нем. Однако считаю необходимым уделить подробное внимание вопросу о коллизиях в действующем законодательстве и практике его применения.

Конституция РФ в ч.1 ст.46 говорит о гарантии судебной защиты прав и свобод. Смысл ее, конечно, состоит не в том, чтобы указать на то, что целью процесса является защита права, а в том, что бы конституционно закрепить возможность обращения в суд. Речь здесь идет о процессуальной защите, а не о праве на защиту в материально-правовом смысле.

Это конституционное положение следует рассматривать в рамках того исторического контекста, в котором принималась Конституция РФ. Следует напомнить, что в советский период судам был подведомственен ограниченный круг дел, и рассматриваемое положение, как раз и было направлено на расширение судебной компетенции, на доступ к суду.

Сказанное, однако, не должно трактоваться как умаление значения Конституции РФ в защите прав граждан в материально-правовом аспекте. Здесь я только предпринимаю попытку показать многозначность термина защита. С материальной точки зрения она имеет место при удовлетворении иска, а с процессуальной – при предоставлении доступа к судебной власти при возникновении спора о праве.

С материально-правовой точки зрения, защита имеет место только в случае удовлетворения требования. В общих чертах, защита подразумевает воздействие на нарушителей, устранение препятствий и восстановление возможности реализации соответствующих прав управомоченного⁵². То есть, защита необходима там, где есть правонарушение.

С точки зрения процессуальной, защита представляет собой получение необходимого процессуального результата⁵³. Для истца – это удовлетворение иска, для ответчика – отказ в удовлетворении. В этом смысле защита не связана с материальным правонарушением, она возникает из другого юридического факта.

Поэтому понятно, что нельзя отождествлять защиту в материальном, и защиту в процессуальном смысле. С целью разграничения этих понятий и недопущения их смешения, целесообразно говорить не о защите в процессуальном смысле, а о разрешении спора о праве.

Здесь следует отметить, что в последнее время все больше ученых-процессуалистов обращают внимание на категорию спор о праве и противопоставляют ее защите права. Например, Д. Я. Малешин пишет, что наряду с общей целью гражданской процессуальной деятельности (защитой нарушенного права), существуют две промежуточные цели: разрешение спора и реальное восстановление права⁵⁴. Е. Г. Лукьянова рассматривает разрешение

⁵² См., напр.: Быков А. С. Современные тенденции динамики развития содержания и защиты права собственности: Автореф. дисс. ... к.ю. н. Краснодар, 2009. С. 6, 15.

⁵³ См., напр.: Иванова О. В. Лица, не привлеченные к участию в деле, права которых нарушены решением суда, в российском гражданском и арбитражном процессе: Автореф. дисс. ... к.ю. н. М., 2009. С.7, 8.

⁵⁴ См.: Малешин Д. Я. Методология гражданского процессуального права. М., 2010. С. 45—46.

правовых конфликтов наряду с защитой прав в качестве «материальной» цели процессуального блока⁵⁵.

С. Л. Дегтярев прямо противопоставляет задачу по устранению правовых конфликтов задаче по защите прав, свобод и законных интересов⁵⁶.

С. А. Курочкин, на мой взгляд, достаточно обоснованно и наглядно показывает необходимость рассматривать разрешение споров в качестве цели процесса⁵⁷. Однако, в последующем, он приходит к мнению, что защита права, наряду с разрешением правовых споров, относится к частным целям гражданского процесса⁵⁸, а после и вообще опускает функцию разрешения спора о праве⁵⁹. Впрочем, далее, он снова возвращается к тому, что действия суда и сторон в процессе, направлены на разрешение правового конфликта⁶⁰.

Такое метание из стороны в сторону, говорит о том, что большинство теоретиков в настоящее время слабо представляют себе соотношение разрешения спора о праве с защитой права. Плохим помощником в этом плане является и действующее законодательство.

Следует обратить внимание на то, что юридическая техника исполнения отечественных нормативных актов, зачастую не позволяет отделить защиту в процессуальном смысле, от защиты в смысле материального права. Иногда, под термином защита, в нормативном акте понимается одновременно материальная и процессуальная сторона этой категории. Под термином защита часто понимается как право на защиту в процессуальном смысле, так и право на защиту в материальном смысле. Это приводит к смешению указанных понятий, как на уровне теории, так и на уровне практики.

Возможно, разрешение спора о праве отходит на второй план, при рассмотрении целей гражданского судопроизводства, потому что эта категория не применима к неисковым производствам. То есть говорить о разрешении спора о праве применительно ко всем видам производств недопустимо. На это обстоятельство справедливо обращалось внимание в литературе⁶¹. Однако такое положение ничуть не колеблет моего тезиса о значении разрешения спора о праве как цели иска.

Следующий аспект вопроса о цели иска, который, на мой взгляд, должен быть рассмотрен здесь, состоит в процессуальном значении иска. Для чего нужен иск с точки зрения процессуального права?

Дореволюционные юристы отмечали, что иск – это не только первое действие истца, которым возбуждается процесс, но вся вообще его деятельность, включая сюда и подачу жалобы, следовательно, не только принесение жалобы, но и подтверждение ее правильности перед судом⁶². Под жалобой здесь понималось исковое заявление.

С такой точкой зрения можно согласиться лишь отчасти. На мой взгляд, последствия заявления иска не исчерпываются исключительно рассмотрением вопроса о допустимости его принятия к производству и возбуждением соответствующего дела. Заявление иска, по общему правилу, ставит своей целью разрешение спора о праве путем вынесения соответствующего судебного решения. Иными словами, с процессуальной точки зрения, существование иска не исчерпывается исключительно стадией возбуждения дела. Иск продолжает свое существование до вынесения окончательного судебного акта.

⁵⁵ См.: Лукьянова Е. Г. Теория процессуального права. М., 2003. С. 93.

⁵⁶ См.: Дегтярев С. Л. Реализация судебной власти в гражданском судопроизводстве (теоретико-прикладные проблемы): автореф. дис. ... д.ю. н. Екатеринбург, 2008. С.19.

⁵⁷ См.: Курочкин С. А. Частные и публичные начала в цивилистическом процессе. М., 2012. С.97.

⁵⁸ См.: Курочкин С. А. Указ. соч. С. 109.

⁵⁹ См.: Курочкин С. А. Указ. соч. С. 110.

⁶⁰ См.: Курочкин С. А. Указ. соч. С. 126.

⁶¹ См.: Курочкин С. А. Указ. соч. С.92.

⁶² См.: Нефедьев Е. А. Учение об иске... С.56.

§1.4. Иск как требование

Вторым принципиальным вопросом, требующим разрешения после вопроса о цели иска, перед переходом к рассмотрению непосредственно элементов иска, является вопрос о том, к кому обращен иск как требование.

Все имеющиеся в литературе ответы на него можно разделить на четыре группы:

1. Иск обращен к ответчику;
2. Следует различать иск в материальном плане как требование к ответчику и иск в процессуальном плане как требование к суду;
3. Иск одновременно обращен и к суду, и к ответчику;
4. Иск обращен только к суду.

Рассмотрению указанных точек зрения в теории гражданского процесса уделено достаточно большое внимание. Поэтому здесь нет смысла повторять уже много раз проводившийся анализ. Стоит только остановиться на основных положениях указанных теорий и их критике в литературе.

Иск как требование к ответчику.

Исторически первой в процессуальной науке была выдвинута, так называемая, материально-правовая теория права на иск, в рамках которой было высказано несколько точек зрения по поводу сущности иска.

Пухта, Вехтер и Дернбург считали, что иск присущ материальному праву, защите которого он служит, он его принадлежность. Бекинг и Гарсоне считали, что иск – это само материальное право в своем осуществлении. Гольмстен рассматривал иск как материальное право в судебном осуществлении. Малышев указывал, что иск – это особая форма, особое проявление того материального права, которое предполагается нарушенным⁶³.

Общим, объединяющим все указанные точки зрения, является то, что их сторонники, в той или иной мере связывали иск с субъективным материальным правом, защите которого он служит.

Примером, достаточно четко иллюстрирующим данный подход, является точка зрения И. Е. Энгельмана, который указывал, что в обязательствах право тождественно иску и, не имея другого содержания, совпадает с требованием⁶⁴.

А поскольку субъективное материальное право направлено против обязанного лица, то и сам иск считался предъявленным исключительно против ответчика.

В настоящее время такая точка зрения полностью отвергнута наукой гражданского процесса. Поэтому здесь я не буду подробно останавливаться на ней.

Различие иска в материальном и процессуальном смыслах.

Различие иска в материальном и процессуальном смыслах имеет большую историю. На существование такой точки зрения указывали еще дореволюционные юристы.

В процессуальном смысле под иском понималось процессуальное действие, в котором истец требует защиты суда против определенного ответчика, или подробнее: это есть действие, в котором лицо, преследующее свое право (истец), излагает все фактические и юридические основания его и выводит из них требования к противнику, формулируя их в виде просьбы к судье. В материальном смысле иск – это правомочие субъекта права требовать судебной защиты для осуществления своего гражданского права⁶⁵.

⁶³ Цит. по: Лукьянова Е. Г. Указ. соч. С.20.

⁶⁴ См.: Энгельман И. Е. О давности по русскому гражданскому праву: Историко-догматическое исследование // Энгельман И. Е. О давности по русскому гражданскому праву: Историко-догматическое исследование. М., 2003. С.399.

⁶⁵ См.: Нефедьев Е. А. Учение об иске... С.56.

В советский период, мнение о необходимости различать иск в материальном и в процессуальном смысле получило наиболее последовательное обоснование в работах М. А. Гурвича⁶⁶. Под иском в материальном смысле он понимал само субъективное материальное право, в состоянии пригодном для его принудительного осуществления (боевое состояние).

Первоначальным основанием принудительного осуществления гражданского субъективного права является не судебная власть, а субъективное гражданское право требовать осуществления принуждения, т.е. исполнения обязанностей должника помимо и против его воли⁶⁷. Гражданское субъективное право на принуждение, будучи подтверждено судебным решением, становится процессуально осуществимым⁶⁸.

Под иском в процессуальном смысле предлагалось понимать обращенное к суду требование о защите субъективного права или охраняемого законом интереса⁶⁹.

Изучая приведенную точку зрения, следует обратить внимание на некоторые ее недостатки.

Такая позиция представляется спорной, поскольку она противоречит исходным посылкам, согласно которым, иск необходим для разрешения спора о праве. Как обоснованно отмечалось в литературе, М. А. Гурвич и его последователи, по существу ведут речь о двух отдельных юридических конструкциях: в первом случае – о правопритязании, во втором – об иске. Материальное требование одного участника конфликта к другому – это составная часть спора о праве, но не иска⁷⁰.

О. В. Исаенкова обоснованно отмечает, что понятия иска в материально-правовом смысле быть не должно, поскольку иск не может существовать вне судопроизводства.

Может ли существовать иск вне судопроизводства? Если ответить утвердительно, то, как быть с мнением тех же представителей подобных точек зрения, для которых материально-правовое требование только тогда будет исковым, когда оно заявлено в определенном процессуальном, т.е. судебном порядке?⁷¹

Далее О. В. Исаенкова обоснованно замечает, что вопросы материального права заявляют о себе лишь в момент удовлетворения искового требования. Исковые процессы по исковым требованиям, подлежащим и не подлежащим удовлетворению, отличаются по сути лишь содержанием судебного решения и исполнительным производством. Иск в обоих случаях использован одинаково, различается только результат⁷².

По приведенным основаниям, считаю, что мнение, о различии иска в материальном и процессуальном смыслах, является ошибочным.

Иск как двуединое требование.

В противовес теории М. А. Гурвича, в советский период, была предложена теория иска как единого понятия, сочетающего материально-правовую и процессуальную стороны⁷³.

⁶⁶ См. также: Пятилетов И. М. Распоряжение сторон гражданскими материальными и процессуальными правами в суде первой инстанции: автореф. дисс. ... к.ю. н. М., 1970. С.15; Елисейкин П. Ф. Понятие иска как процессуального средства защиты прав и интересов // Проблемы понятийного аппарата наук гражданского и гражданского процессуального права: Сб. науч. тр. Ярославль, 1987. С.86.

⁶⁷ См.: Гурвич М. А. Решение советского суда в исковом производстве // Гурвич М. А. Избранные труды. Т.1. Краснодар, 2006. С.420.

⁶⁸ См.: Гурвич М. А. Решение советского суда в исковом производстве... С.421.

⁶⁹ См.: Гурвич М. А. Судебное решение: теоретические проблемы. М., 1976. С.57—58; Гурвич М. А. Право на иск. М., Л., 1949. С.8—9; Гурвич М. А. Учение об иске (состав, виды) // Гурвич М. А. Избранные труды. Т.1. Краснодар, 2006. С.270, 277.

⁷⁰ См.: Мясникова Н. К. Указ. соч. С.9.

⁷¹ См.: Исаенкова О. В. Указ. соч. С. 35.

⁷² См.: Исаенкова О. В. Указ. соч. С. 37—38.

⁷³ См., напр.: Авдеенко Н. И. Иск и его виды в советском гражданском процессуальном праве: Автореф. дис.

Основное развитие она получила в работах А. А. Добровольского, по мнению которого суд имеет дело только с одним понятием иска, состоящим одновременно из двух сторон (материальной и процессуальной), и дает в своем решении один ответ по заявленному иску.

Т. В. Соловьева описывала такую точку зрения следующим образом.

Суть искового требования должна быть выражена в исковом заявлении. По любому делу адресованное суду требование истца о рассмотрении возникшего между ним и ответчиком спора обязательно сопровождается требованием, адресованным ответчику. Без последнего требования не может быть иска, и не будет предмета для судебного рассмотрения⁷⁴.

Иск, таким образом, рассматривался как единство двух сторон. Процессуальная сторона иска – это требование к суду о рассмотрении и разрешении спора о праве с соблюдением всех процессуальных гарантий для сторон, установленных законом. Материально-правовая сторона – это требование к ответчику о совершении определенных действий в пользу истца или о воздержании от действий, препятствующих, мешающих истцу нормально осуществлять свое право⁷⁵.

Давая ответ на материально-правовое требование истца к ответчику, суд тем самым дает ответ и на обращение истца к суду о защите его права.

В подтверждение двуединого характера иска, сторонники высказанной точки зрения ссылались на такие институты гражданского процесса, как признание иска, отказ от иска, обеспечение иска, размер иска, мировая сделка и др.⁷⁶

Подтверждение наличия материально-правовой стороны в иске видели и в существовании институтов защиты против иска. Так под отрицанием как средством защиты против иска понималось непризнание ответчиком материально-правового требования, предъявленного к нему истцом, без какой-либо ссылки на факты или правовые основания. Под возражением понималось обоснование ответчиком своего отрицания искового требования. Под встречным иском понималось средство защиты против первоначального иска, направленное также на то, чтобы парализовать действие иска первоначального, нейтрализовать присуждение по первоначальному иску, отклонения первоначального иска полностью или частично⁷⁷.

Целью деятельности суда во всех стадиях процесса объявляется проверка или реализация иска как материально-правового требования истца к ответчику⁷⁸.

Наиболее логичное определение иска, в рамках данной концепции, на мой взгляд, было сформулировано М. А. Рожковой, которая предложила рассматривать иск как адресованное к суду требование о государственном принуждении, облеченное в специально предусмотренную законом форму искового заявления, содержащего собственно материально-правовое требование заинтересованного лица, обращенное к лицу, привлекаемому к ответу⁷⁹.

Иск как требование к суду.

Наряду с изложенными выше точками зрения, в литературе достаточно распространено мнение об иске как требовании, обращенном исключительно к суду⁸⁰.

... д.ю. н. Л., 1951. С.9; Клейнман А. Ф. Советский гражданский процесс. М., 1954. С.147; Клейнман А. Ф. Некоторые теоретические вопросы учения об иске в советском гражданском процессе // Уч. тр. Саратовского юридического ин-та. Саратов, 1969. С.147—165; Чечот Д. М. Субъективное право и формы его защиты. М., 1968. С.69; Добровольский А. А., Иванова С. А. Указ. соч. С.18—19; Попова Ю. А. Указ. соч. С.168, 170; Вершинин А. П. Выбор способа защиты гражданских прав. СПб., 2000. С. 114—115; Григорьева Т. А. Указ. соч. С.43; Борисова Ю. А. Тожество в гражданском судопроизводстве. М., 2010. С.57.

⁷⁴ См.: Соловьева Т. В. Указ. соч. С.47.

⁷⁵ См.: Добровольский А. А. Указ. соч. С.42; Добровольский А. А., Иванова С. А. Указ. соч. С.12.

⁷⁶ См.: Добровольский А. А. Указ. соч. С.23—24, 31.

⁷⁷ См.: Добровольский А. А. Указ. соч. С. 38—39.

⁷⁸ См.: Добровольский А. А. Указ. соч. С.38.

⁷⁹ См.: Рожкова М. К вопросу об иске, изменении его предмета и основания // Хозяйство и право. 2002. №11. С.80.

⁸⁰ См., напр.: Бабаев А. Б. Проблемы общего учения об иске и праве на иск // Гражданское право: актуальные проблемы

В рамках данной теории, некоторое время существовало мнение, что иск представляет собою только обращение к суду о возбуждении процессуальной деятельности. То есть целью иска объявлялось только возбуждение гражданского процесса, после которого иск прекращал свое существование. Разумеется, в такой подход с большим трудом «втискивалась» возможность изменения предмета или основания иска, ведь если иск прекращается с возбуждением процесса, то получается, что в ходе процесса изменять уже нечего⁸¹. Поэтому такая точка зрения была обоснованно отвергнута теорией.

П. В. Логинов, исходя из того, что иск является средством защиты права, отмечал, что иск можно предъявлять только к суду, поскольку он, а не ответчик призван защищать гражданские права⁸².

А. А. Новоселова и Т. П. Подшивалов обоснованно отмечают, что лицо, чье право нарушено, не может самостоятельно восстановить его, для этого необходимо принудительное воздействие со стороны публичной власти. Полномочия на применение в отношении ответчика мер принудительного воздействия имеют только юрисдикционные органы. При этом защита должна состоять в совершении управомоченным субъектом активных действий, основное из которых – предъявление соответствующего требования⁸³.

Г. Л. Осокина обоснованно обращает внимание на неудачную в этом смысле редакцию п.1 ст.797 ГК РФ, которая создает впечатление, что речь идет о предъявлении перевозчику, как претензии, так и иска. Однако бесполезно дважды обращаться к одному и тому же субъекту с требованием, которое при первом обращении именуется претензией, а при втором – иском⁸⁴.

В действительности в указанной норме речь идет о двух требованиях, адресованных разным субъектам: о претензии, предъявляемой перевозчику как контрагенту по договору перевозки, и иске как требовании к суду о защите против перевозчика. В тех случаях, когда заявление претензии будущему ответчику до обращения в суд необязательно, но по характеру спорного правоотношения возможно, законодатель исходит из аналогичного положения, а именно из того, что один субъект спорного правоотношения (будущий ответчик) отказывается удовлетворить законное требование другого участника этого же правоотношения (будущего истца)⁸⁵.

Обосновывая материально-правовую сторону иска, А. А. Добровольский писал, что «только ее наличием можно объяснить существование... таких институтов процесса, как признание иска, отказ от иска, обеспечение иска, размер иска, мировая сделка и др.

Ясно, например, что мировая сделка может быть заключена только между истцом и ответчиком и только по поводу материально-правового требования истца к ответчику, а не между истцом и судом по поводу рассмотрения дела. Мировое соглашение между истцом и судом невозможно. Когда говорят, что истец отказывается от иска, имеют в виду, без-

теории и практики / Под общ. ред. В. А. Белова. М., 2007. С.923; Осокина Г. Л. Гражданский процесс. Общая часть. М., 2003. С.448; Трещева Е. А. К вопросу о содержании (элементах) иска в гражданском и арбитражном процессах // Иск в гражданском и арбитражном процессах. М., 2006. С.86; Гордон В. М. Иски о признании. Ярославль, 1906. С.4—5; Учебник русского гражданского судопроизводства А. Х. Гольмстена. 4-е изд., перераб. СПб., 1907. С.136; Иск в гражданском судопроизводстве: [сборник] / под ред. О. В. Исаенковой... С. 43; Клейнман А. Ф. Новейшие течения в советской науке гражданского процессуального права. (Очерки истории). М., 1967. С. 27; Исаенкова О. В. Иск в гражданском судопроизводстве... С. 36—37.

⁸¹ См.: Добровольский А. А. Указ. соч. С.41—42, Добровольский А. А., Иванова С. А. Указ. соч. С.32.

⁸² См.: Логинов П. В. Об унификации терминов и понятий института иска // Проблемы применения и совершенствования гражданского процессуального кодекса РСФСР: Сб. науч. тр. Калинин, 1984. С.25—26.

⁸³ См.: Новоселова А. А., Подшивалов Т. П. Указ. соч. С.40.

⁸⁴ Это обстоятельство совершенно упускает из виду А. А. Добровольский, который также рассматривал предъявления исков и претензий к перевозчикам. См.: Добровольский А. А. Указ. соч. С.79.

⁸⁵ См.: Осокина Г. Л. Гражданский процесс. Общая часть... С.446; Осокина Г. Л. Иск (теория и практика) ... С.17.

условно, его отказ от своих требований к ответчику, а не от требований к суду... То же самое можно сказать и про обеспечение иска. Обеспечивать можно только материально-правовое требование истца к ответчику, а не требование к суду, которое в таком обеспечении не нуждается, да и просто невозможно. Когда говорят: суд удовлетворил или суд в иске отказал, то, естественно, имеют в виду не иск как обращение в суд по поводу возбуждения процесса, а иск как материально-правовое требование истца к ответчику, рассмотренное и разрешенное судом (отклоненное или удовлетворенное судом)»⁸⁶.

Если бы иск (процессуально-правовое явление) не был основан на споре о праве (материально-правовое явление) с указанным мнением можно было бы согласиться. Сам А. А. Добровольский указывал, что в любом спорном (исковом) деле истец предъявляет к ответчику определенные требования, с которыми ответчик не соглашается (иначе не было бы дела, спора)⁸⁷.

Однако приведенные доводы, как раз не учитывают соотношения спора о праве и иска. Более того, автор необоснованно ставит знак равенства между спором о праве и делом. Спор о праве существует как материально-правовое явление до и независимо от процесса, и становится его объектом только после заявления соответствующего иска⁸⁸.

Именно в рамках спора о праве и существует материально-правовое требование истца к ответчику. При этом иск представляет собой требование к суду о принудительной реализации этого материально-правового требования (и, представляется, если бы А. А. Добровольский различал спор о праве и иск⁸⁹ – он бы сам пришел к этому заключению). По существу об этом говорит и Т. В. Соловьева: «Требование истца к ответчику возникло и может существовать до и вне процесса как спорное состояние правоотношения истца с ответчиком»⁹⁰.

В поздней работе автор пишет: «На наш взгляд, в любом гражданском исковом деле, где суду нужно разрешить возникший между сторонами спор о праве, обязательно должно быть правовое требование одной стороны к другой. Если такого требования нет, то не может быть и самого спора о праве»⁹¹. Из этого отрывка отчетливо видно, что материально-правовое требование существует только в рамках спора о праве.

Даже после возбуждения процесса ответчик может удовлетворить материально-правовые требования истца и, тем самым, прекратить существование спора, даже не явившись в суд. То есть, отказ от иска, признание иска, мировое соглашение, совершенные в судебном заседании, необходимо рассматривать как урегулирование материально-правового спора между сторонами. В рамках этого спора одна сторона действительно имеет материально-правовые требования к другой стороне. Но из-за отсутствия возможности самостоятельно реализовать их, истец вынужден обращаться к суду с требованием об их принудительной реализации. Именно это (новое) требование к суду и составляет предмет иска, о чем мы поговорим ниже.

Характерны в этом смысле слова Н. Б. Зейдера: «стороны процесса – истец и ответчик, заключая мировую сделку, вступают друг с другом не в процессуальное, а материальное правоотношение. Они принимают на себя обязанности и становятся носителями прав

⁸⁶ См.: Добровольский А. А. Указ. соч. С.23—24.

⁸⁷ См.: Добровольский А. А. Указ. соч. С.145.

⁸⁸ Подробнее см.: Ненашев М. М. Объект гражданского процессуального правоотношения в исковом производстве // Арбитражный и гражданский процесс. 2010. №7. С. 6—11; Ненашев М. М. Объект гражданского процессуального правоотношения в исковом производстве // Арбитражный и гражданский процесс. 2010. №8. С. 8 – 12.

⁸⁹ Следует, правда отметить, что автор прямо указывал, что предмет судебного разбирательства является спорное материально-правовое отношение. См.: Добровольский А. А. Указ. соч. С.150.

⁹⁰ См.: Соловьева Т. В. Указ. соч. С.47.

⁹¹ См.: Добровольский А. А., Иванова С. А. Указ. соч. С.66.

не в области процесса, а в области того материального (гражданского, семейного, трудового и т.д.) права, из которого возник спор, поведший к судебному процессу.

Но, являясь юридическим фактом в области материального права, судебное мировое соглашение, будучи утвержденным судом, определенным образом влияет и на процессуальные отношения между судом и сторонами...

Если, исходя из содержания мирового соглашения, у сторон возникают права и обязанности, относящиеся к самому существу материально-правовых отношений, то утвержденное судом мировое соглашение, как процессуальный акт, влияет также определенным образом на отношения между *судом, как органом государства, разрешающим спор (подчеркнуто – Н.М.)*, и спорящими сторонами. Между сторонами, совершающими мировую сделку, никаких процессуальных прав и обязанностей вследствие мировой сделки не возникает»⁹².

Как видим, автор здесь вплотную подошел к соотношению спора о праве и иска. Хотя его вывод и не базируется на материально-правовой сущности спора о праве, Н. Б. Зейдер, вместе с тем, ясно указывает на различие между материально-правовой сущностью спора о праве и его сущностью как объекта процессуальных правоотношений: суд разрешает спор (очевидно – спор о праве), который от этого не перестает быть материально-правовым явлением.

Следует отметить, что в процессуальной науке очень распространены односторонние подходы к сущности мирового соглашения. Внимание обращается, либо исключительно на процессуальную (прекращение процессуального правоотношения)⁹³, либо исключительно на материальную (влияние на материальные гражданские права и обязанности сторон)⁹⁴ сторону этого акта.

Как правильно отмечает Д. Л. Давыденко, ходатайство об утверждении мирового соглашения и прекращении спора является процессуальным действием, но действие это состоит в заключении гражданско-правовой сделки⁹⁵. Однако далее этого указания автор не пошел, поскольку дав определение мирового соглашения как особого рода гражданско-правового договора, который может быть заключен и в ходе судебного разбирательства, по существу свел значение мирового соглашения к гражданско-правовому договору. При таком подходе процессуальное значение этого акта фактически сводится к минимуму: порядку заключения и возможности принудительного исполнения⁹⁶.

Однако не в этом состоит сущность мирового соглашения, заключенного в процессе рассмотрения гражданского дела. Главным в нем является то, что оно, также как и судебное решение, является актом, прекращающим спор о праве. Такое прекращение осуществляется путем подтверждения, закрепленных в нем прав и обязанностей сторон, что, в свою очередь препятствует рассмотрению в суде тождественного спора о праве. Таким образом, мировое соглашение имеет как процессуальную (им дается государственное разрешение спора о праве) так и материальную (будучи процессуальным актом, оно воздействует на объект процессуальных правоотношений – спор о праве, который является материальной категорией) природу.

⁹² См.: Зейдер Н. Б. Гражданские процессуальные правоотношения. Саратов, 1965. С.17—18.

⁹³ См., напр.: Гукасян Р. Е. Указ. соч. С.146; Пилехина Е. Мировое соглашение в практике арбитражного суда и суда общей юрисдикции: Дисс. ... канд. юрид. наук. СПб., 2001. С.48.

⁹⁴ См., напр.: Ясеновец И. А. Мировое соглашение в арбитражном процессе: актуальные проблемы теории и практики: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2002. С.10; Демьяненко Ф. Мировое соглашение как способ прекращения спора в римском праве и современные проблемы арбитражного процесса // Адвокат 2001. №3. С.85.

⁹⁵ См.: Давыденко Д. Л. К вопросу о мировом соглашении. // Вестник ВАС РФ. 2004. №4. С.163.

⁹⁶ См.: Давыденко Д. Л. Указ. соч. С.164.

Поддержки заслуживает позиция М. А. Рожковой, которая отмечает, что мировое соглашение характеризуется не взаимно направленными волеизъявлениями, а сонаправленными. Здесь процессуальные противники выступают «единым фронтом», адресуя свое волеизъявление суду, что позволяет говорить о том, что это односторонний процессуальный акт с двумя (несколькими) участниками на одной стороне⁹⁷.

Автор обоснованно отмечает, что мировое соглашение, заключенное в отношении дела, находящегося на рассмотрении суда, не влечет за собой непосредственно процедурные последствия. Такие последствия наступают только на основании процессуальных действий сторон (ходатайство об утверждении мирового соглашения) и государственного суда⁹⁸.

В связи с этим следует отметить то, что своей концепцией юридических фактов в гражданском процессе, М. А. Рожкова фактически выбила один из существенных доводов в поддержку материально-правовой концепции иска, сторонником которой она сама же и является.

Еще одним аргументом в пользу процессуального характера иска как требования является структура процессуального правоотношения. Как известно, обязательным участником такого правоотношения является суд.

Г. Л. Осокина обоснованно отмечает, что если рассматривать иск как требование, адресованное не только суду, но и ответчику, то пришлось бы признать и наличие процессуальных правоотношений между истцом и ответчиком⁹⁹.

Очевидно, что требование может быть адресовано только к стороне правоотношения. Бессмысленно требовать что-либо от лица, которое не состоит в правоотношении с тем, кто требует. Поэтому иск как требование может быть адресован только к суду.

Здесь следует напомнить, что главным аргументом, в пользу отказа от материально-правовой концепции иска в дореволюционный период, было именно признание публично-правовой природы гражданского процесса и гражданского процессуального правоотношения¹⁰⁰.

⁹⁷ См.: Рожкова М. А. Юридические факты гражданского и процессуального права: соглашения о защите прав и процессуальные соглашения. М., 2009. С. 258.

⁹⁸ См.: Рожкова М. А. Юридические факты гражданского и процессуального права: соглашения о защите прав и процессуальные соглашения... С. 292—293.

⁹⁹ См.: Осокина Г. Л. Иск (теория и практика) ... С. 17—18.

¹⁰⁰ См. также: Исаенкова О. В. Иск в гражданском судопроизводстве... с.22—23.

§1.5. Состав и структура иска

После рассмотрения основных точек зрения, относительно базовых вопросов теории иска, перейдем непосредственно к вопросу о значении состава и структуры иска.

В юридической литературе, да и на практике, принято говорить и оперировать термином «элементы иска» и лишь вскользь, мимоходом, термином «состав иска». Фактически отсутствуют работы, посвященные вопросу о том, что собою представляют элементы иска¹⁰¹.

Возникает естественный вопрос: разве элементы иска это самостоятельные явления, вещи в себе? Тогда это вообще не элементы, поскольку элемент это всегда составная часть сложного целого.

Гегель отмечал, что части отличны друг от друга и самостоятельны. Но они представляют собой части только в их тождественном отношении друг с другом или, другими словами, постольку, поскольку они, взятые вместе, составляют целое.

Г. Л. Осокина пишет, что ни один отдельно взятый элемент не может быть правильно понят, если он рассматривается изолированно от иска в целом, элементом которого является. Поэтому назначение элементов иска состоит в том, чтобы раскрыть содержание иска как требования о защите прав и интересов. Каждый элемент иска несет в себе определенную смысловую нагрузку, характеризующую иск с одной из существенных его сторон¹⁰².

Ученые неоднократно отмечали, что элементы иска имеют несколько особенностей:

1. Они служат признаками, определяющими данный иск и отличающими его от любого другого иска, или, как принято это называть, они индивидуализируют иск;

2. Они имеют описательный характер и служат для осведомления суда о том, к чему будет относиться его исследование и решение, а также для осведомления ответчика о необходимости защиты и подготовки к ней¹⁰³.

Elementum – в буквальном переводе с латинского: стихия, первоначальное вещество – понятие, означающее первичные частицы, из комбинации которых складывается все многообразие предметов и явлений материального мира. Оно отражает уровень человеческих знаний о *строении* предметов и явлений, а любое строение предполагает структуру или состав.

В литературе отмечается, что под элементами иска понимаются такие составные части, которые в совокупности обуславливают самостоятельность и индивидуальную определенность иска¹⁰⁴.

Если элементы иска – это его составные части, то более правильно, логично и неизбежно говорить о составе иска. Однако иск – это не просто набор элементов беспорядочно нагроможденных и собранных в одном месте. Каждый из них, выполняет определенную роль и находится во взаимосвязи с остальными частями состава иска. Указанные функции элементов состава иска и их взаимосвязь в совокупности образуют структуру иска.

Необходимость охватить весь комплекс правовых явлений, связанных с взаимодействием элементов иска, их логическими связями и разграничениями и потребовала введения в понятийный аппарат таких категорий, как состав и структура иска.

¹⁰¹ См., напр.: Логинов П. В. К вопросу об элементах иска в гражданском процессе // Проблемы социалистической законности. Харьков. 1982; Пучинский В. К. Элементы иска в советском гражданском процессе // Советское государство и право 1979. №3.

¹⁰² См.: Осокина Г. Л. Иск (теория и практика) ... С.124.

¹⁰³ См., напр.: Гурвич М. А. Учение об иске (состав, виды) ... С. 276; Клейнман А. Ф. Новейшие течения в советской науке гражданского процессуального права. (Очерки истории) ... С. 35; Зейдер Н. Б. Элементы иска в советском гражданском процессе // Ученые записки Саратовского юридического института. Саратов, 1956. С. 135; Улетова Г. Д. Указ. соч. С. 67, 71.

¹⁰⁴ См.: Новоселова А. А., Подшивалов Т. П. Указ. соч. С. 43—44.

Основной смысл введения такой категории состоит в том, чтобы:
во-первых, приведя все возможные элементы иска в систему, определить место и роль каждого из них и выполняемые ими функции;
во-вторых, выявить иерархическую роль этих элементов, а также последовательность закономерных связей между ними.

Представляется, что разработка данной категории избавит процессуалистов от многих давно уже избитых споров и проблем превратившихся в разряд вечных.

Различные процессуалисты выделяют от двух до четырех элементов в иске. К таковым относят: основание, предмет, содержание и стороны. Значение выделения элементов иска видится большинству авторов в том, что по ним определяются внутреннее и т.н. «внешнее тождество» иска, т.е. элементы служат средством индивидуализации исков¹⁰⁵.

Иногда к этому добавляют, что предмет и основание иска определяют границы предмета доказывания, пределы судебного разбирательства¹⁰⁶. Однако данное дополнение не является точным, поскольку предмет доказывания помимо иска образуется также из возражений ответчика.

Авторы, придерживающиеся позиции выделения такого элемента иска как «содержание» зачастую говорят о том, что предмет иска (под которым одни авторы понимают субъективное право или правоотношение¹⁰⁷, а другие требование истца к ответчику или правоотношение, в рамках которого существовало нарушенное субъективное право истца¹⁰⁸) обуславливает содержание иска (под которым понимается действие суда/способ судебной защиты которого добивается истец)¹⁰⁹.

Данная позиция представляется спорной, хотя бы потому, что одно и то же право может защищаться различными способами (например, право собственности может защищаться как признанием, так и присуждением). То есть совершенно непонятно, каким образом предмет (право, правоотношение) оказывает влияние на содержание (способ защиты).

Все указанные позиции схожи в том, что их авторы видят иск сложным явлением, имеющим свою внутреннюю структуру, и пытаются выявить взаимосвязь между его элементами. Такая взаимосвязь, безусловно, есть и она должна быть раскрыта.

Иной взгляд по рассматриваемому вопросу был высказан

О. В. Исаенковой, которая пришла к выводу, что если, опираясь на определение понятия «элемент», попытаться выяснить соотношение предмета, основания, содержания и сторон как элементов (составных частей) иска с иском в целом, станет очевидным нарушение законов логики. На основе чего было предложено отказаться от термина «элементы иска» в пользу другого «характерные черты иска»¹¹⁰.

Такая позиция, хотя и не нашла поддержки в доступной литературе, может иметь далеко идущие последствия, которые в настоящее время, возможно, еще не столь очевидны. В частности, например, если принять ее за основу, то неизбежно следует вывод, что иск – это простейшее, с точки зрения структуры, явление, подобное простейшим одноклеточным

¹⁰⁵ См.: Гражданский процесс: Учебник / Под ред. М. К. Треушников. М., 2003. С.221; Гражданский процесс России: Учебник / Под ред. М. А. Витук. М., 2004. С.225—226; Осокина Г. Л. Гражданский процесс. Общая часть... С.450; Гражданский процесс: Учебник / Отв. ред. В. В. Ярков. М., 2004. С.261; Гражданский процесс: учебник / отв. ред. В. В. Ярков. 8-е изд., перераб. и доп. М., 2012. С.256; Гражданское процессуальное право: Учебник / Под ред. М. С. Шакарян. М., 2004. С.200.

¹⁰⁶ См.: Гражданский процесс: Учебник / Отв. ред. В. В. Ярков. М., 2004. С.262; Гражданский процесс: учебник / отв. ред. В. В. Ярков. 8-е изд., перераб. и доп. М., 2012. С.256;

¹⁰⁷ См.: Гражданское процессуальное право: Учебник... С. 199.

¹⁰⁸ См.: Коршунов Н. М., Мареев Ю. Л. Гражданский процесс: Учебник для вузов. М., 2004. С.285.

¹⁰⁹ См.: Гражданское процессуальное право: Учебник... С. 200; Коршунов Н. М., Мареев Ю. Л. Указ. соч. С.286.

¹¹⁰ Цит. по: Гражданский процесс России: Учебник... С.226.

биологическим организмам. С этой позиции становится непонятным, каким образом иск может быть изменен в ходе процесса. Есть у данной позиции и другие недостатки.

Представляется, что в данном случае автор вольно или невольно подменяет одно исходное явление другим, а, следовательно, при построении суждения исходит из неверных посылок.

Так, например, указывается, что основание иска возникает и существует до возникновения иска, а также играет роль его предпосылки¹¹¹. Причем под основанием иска автор понимает совокупность юридических фактов и норм права.

Однако ни совокупность юридических фактов, ни нормы права, ни даже их общая сумма сами по себе не являются основанием иска (даже если признать, что основание иска – это их совокупность). Они могут стать основанием иска только тогда, когда обосновывают другой его составляющий элемент – предмет. Без предмета не может быть и основания. В противном случае, мы приходим к тому, что любой юридический факт (поскольку он невозможен без нормы права) необходимо будет называть основанием иска, чего мы по понятным причинам не делаем. Следует также отметить и то, что один и тот же юридический факт может стать основанием нескольких различных исков как одного лица, так и нескольких лиц.

Кроме того, признание основанием иска просто юридического факта в совокупности с нормой права безотносительно к предмету иска и к тому, что они должны быть изложены в форме искового заявления, приводит к определенным последствиям. В частности, логическое развитие такого подхода неизбежно приводит к тому, что если в ходе судебного заседания выясняется, что юридический факт (основание иска – по О. В. Исаенковой и М. А. Вкут) на деле не имел места, необходимо признать и отсутствие иска как такового (именно не было, а не то что иск «исчез»). Следовательно, при таком подходе весь процесс становится беспредметным. При таких обстоятельствах было бы логичным прекращать производство по делу, а не выносить решение об отказе в иске, поскольку иска как такового и не было. В противном случае мы приходим к выводу, что иск может существовать без одного из своих важных элементов/характерных черт.

Аналогично вышеизложенному представляется спорной позиция указанных авторов по вопросу о предмете иска под которым они понимают материальное право требования или правоотношение¹¹². И материальное право требования, и правоотношение возникают и существуют до того как будут изложены в форме искового заявления. Однако ни то ни другое само по себе не является предметом иска (аналогично вышеизложенному: иск может быть, а правоотношения нет). Они становятся таковым только тогда, когда в совокупности с другим элементом иска (основанием) излагаются в форме искового заявления.

На мой взгляд, обоснованной является точка зрения Р. Е. Гукасяна о том, что суд имеет дело не с существующими в действительности обстоятельствами, служащими основанием требования, а с заявлением истца о существовании этих обстоятельств. Элементы иска обязаны своим существованием только волеизъявлению истца и имеют чисто процессуальное значение¹¹³.

Высказанные в литературе возражения против такой позиции¹¹⁴, представляются необоснованными и не имеющими практического значения. Суд должен рассматривать дело именно по обстоятельствам, указанным истцом в исковом заявлении и применительно к избранному истцом способу защиты права.

¹¹¹ См.: Гражданский процесс России: Учебник... С.225.

¹¹² См.: Гражданский процесс России: Учебник... С.224.

¹¹³ См.: Гукасян Р. Е. Материально-правовые предпосылки и материальная природа элементов иска // Вопросы теории и практики гражданского процесса. Саратов, 1984. С. 49.

¹¹⁴ См.: Исаенкова О. В. Иск в гражданском судопроизводстве... С. 56.

Если в исковом заявлении истец не указал каких-либо обстоятельств, не правильно интерпретировал их или избрал ненадлежащий способ защиты права, суд должен не искать какие-то поводы для удовлетворения искового заявления, а рассматривать дело на основании того, что указал истец. В противном случае, нельзя будет говорить о независимости суда, равноправии сторон, состязательно и диспозитивности гражданского процесса. Далее, в главе, посвященной нигилистическому подходу, я подробно остановлюсь на этом аспекте.

Представляется также спорным и следующее утверждение: «Как бы ни определялся иск ..., он есть абстрактная категория, и реально существующие стороны искового производства не могут быть его частью»¹¹⁵.

В качестве возражения указанной точке зрения можно привести слова И. П. Грешникова: «Особый интерес представляет фундаментальное разделение римскими юристами физического лица (*homo*) с его непосредственными желаниями, характером, волей, чувствованиями и гражданско-правовой личности – лица (*persona singularis*), под которым понималось отдельное лицо, существующее только в организованном особым образом правовом пространстве (в судах, в рамках законотворчества). *Persona singularis* – юридическая фикция, существующая за рамками социума, традиции, религии и в какой-то мере пребывающая вне времени. Она обозначает некое особое место, где все люди (если они субъекты права) рассматриваются как равноправные»¹¹⁶.

Никаких сторон искового производства в реальности не существует – это только статус, которым наделяются субъекты, участвующие в деле. Да и сам «субъект» не более реален чем иск. Этот термин также является лишь статусом, которым государство наделяет индивидов и их объединения для того чтобы они могли участвовать в правоотношениях. Общеизвестны случаи, когда физические лица (*homo*) не наделялись или ограничено наделялись таким статусом и в силу этого фактически либо ограничивались в статусе *Persona singularis* или вообще не имели его.

Говоря о необходимости отказаться от категории «элемент иска» М. А. Викут также указывала, что термин «элемент иска» неизвестен закону¹¹⁷. Это так, но и термин «характерные черты иска» также не употребляется законодателем. Кроме того, весьма спорна замена одного устоявшегося термина «элемент иска» на другой «характерная черта иска».

Вместе с тем, не смотря на сказанное выше, позиция О. В. Исаенковой вполне применима для рассмотрения вопросов материального права. Например, А. А. Новоселова и Т. П. Подшивалов (правда, без ссылок на работу О. В. Исаенковой) отмечают, что при отсутствии хотя бы одного из элементов (под которыми они понимают: стороны, предмет и основание иска) предъявление вещного иска становится невозможным¹¹⁸.

Такое утверждение, в рамках процессуальной отрасли права лишено смысла. Но применительно к вопросам материального права, оно, несомненно, имеет значение. Смысл его состоит в том, что иск (как материально-правовая категория) может существовать только при наличии сторон, предмета или основания. Если нет ответчика – предъявлять иск не к кому, если нет основания иска (нарушения права или нарушенного права) – то иск не будет удовлетворен (с точки зрения материального права, такого иска не существует, поскольку нет соответствующего охранительного права).

Рассматривая вопрос о структуре иска нельзя не остановиться также на позиции авторов представляющих иск как процессуальную деятельность истца. Согласно мнению сто-

¹¹⁵ См.: Гражданский процесс России: Учебник.... С.224.

¹¹⁶ См.: Грешников И. П. Субъекты гражданского права: юридическое лицо в праве и законодательстве. СПб., 2002. С.7—8.

¹¹⁷ См.: Гражданский процесс России: Учебник... С.225.

¹¹⁸ См.: Новоселова А. А., Подшивалов Т. П. Указ. соч. С.45.

ронников данной концепции, иск – это вся деятельность истца, предусмотренная гражданским процессуальным законодательством и направленная на возбуждение процесса и обоснование в нем принадлежности истцу субъективных прав, нарушенных или оспариваемых ответчиком¹¹⁹.

Данная позиция¹²⁰, также как и рассмотренная ранее, «отнимает» у иска его структуру. Если исходя из нее попытаться представить себе предмет и основание иска, то автор неизбежно запутается в таком клубке противоречий из которого будет невозможно выбраться.

Элементы, составляющие деятельность, существуют не одновременно, а сменяют друг, друга, находятся в движении. С этой позиции следовало бы признать, что сначала в процессе существует какой-то один элемент иска, который в последствии меняется на другой (возможно, что и второй элемент иска впоследствии сменится на первый или третий и т.д.). Однако все элементы иска (как мы пытались показать выше) существуют одновременно и одновременно проявляются в процессе.

Относительно недавно в литературе стали выделять такой элемент иска как стороны. Выделение указанного элемента целиком зиждется на точке зрения о «внешнем тождестве» и, по сути, в литературе ничем больше не оправдано. А это значит, что у сторон отсутствует та взаимосвязь, которая существует между такими элементами как предмет и основание, благодаря которой юридические факты становятся основанием иска (если придерживаться такой точки зрения), а право требования или правоотношение его предметом (если придерживаться данной точки зрения).

По мнению Г. Л. Осокиной значение элементов иска... состоит в том, что каждый из них необходим, а вместе они достаточны для индивидуализации иска, т.е. определения его тождества; решения вопроса о возможности изменения иска в процессе его судебного рассмотрения; определения предмета доказывания по делу; определения состава участвующих в деле лиц; определения возможности объединения нескольких исков в одном производстве¹²¹. Однако, представляется, что все вышеперечисленное не является главным для элементов иска.

Основное значение элементов состоит в том, что они в совокупности и взаимосвязи образуют иск. Термины «состав иска» и «структура иска» имеют право на существование, поскольку существуют объективно.

Без любого из элементов нет иска, или наоборот – иск в целом может существовать при законченности его состава и структуры, т.е. лишь при наличии всех необходимых элементов и связей между ними.

На основании изложенного, можно сделать следующие выводы:

1) Иск является сложной юридической конструкцией, состоящей из определенного числа элементов.

2) Между элементами иска существует тесная взаимосвязь: основание иска является таковым только в отношении к предмету иска, и наоборот – предмет иска является таковым только в тех случаях, когда он подкреплён основанием. То есть, простое наличие элементов еще не есть иск. Лишь наличие законченного состава и структуры (связи и разграничения между элементами) образует сам иск. Именно совокупность взаимосвязанных элементов образует состав и структуру иска. При отсутствии одного из них не может быть и иска.

¹¹⁹ См.: Гальпер Э. С. Иск как процессуальное средство судебной защиты права в советском гражданском процессе: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1955. С.2; Голиченко М. М. Иск – категория гражданского процессуального права // Актуальные проблемы процессуальной цивилистической науки: Материалы научно-практической конференции, посвященной 80-летию профессора М. А. Вкут. / Отв. Ред. Н. В. Кузнецов. Саратов, 2003. С.122.

¹²⁰ Здесь я не буду останавливаться на критике самой концепции, т.к. она уже неоднократно высказывалась в литературе.

¹²¹ См.: Осокина Г. Л. Гражданский процесс. Общая часть... С.456

3) Состав иска не может существовать сам по себе. Для своего существования он должен быть облачен в форму искового заявления. Следует согласиться с теми авторами, которые рассматривают соотношение иска и искового заявления как соотношение содержания и формы¹²². Однако данная связь является односторонней, поскольку в одной форме может находиться иное содержание помимо иска.

Представляется необходимой разработка в рамках теории гражданского процесса понятий состава и структуры иска. Пока что можно лишь ограничиться выделением элементов, присутствие которых необходимо в составе иска. Таковыми являются:

1. Элемент, содержащий требование к суду (данный элемент необходим и при взгляде на иск как на процессуальную категорию и при точке зрения на иск как двуединое явление). У различных авторов эту роль играют такие элементы как предмет (Г. Л. Осокина) или содержание (М. А. Гурвич, М. А. Рожкова);

2. Элемент, содержащий требование к ответчику (данный элемент может содержаться только у сторонников двуединой концепции иска). У отечественных авторов эту роль играет предмет иска (А. А. Добровольский, С. А. Иванова, М. А. Рожкова);

3. Необходимость выделения сторон/субъектов в качестве элемента иска существует только при подходе к иску как к двуединому явлению. В данном случае данный элемент указывает того, кто заявляет материально-правовое требование и того, к кому это требование заявляется.

4. Элемент, обосновывающий требование/требования – основание (необходим в любой концепции).

С учетом изложенного, не до конца продуманной представляется позиция процессуалистов, считающих, что вид истребуемой судебной защиты (содержание иска) лучше включать в содержание такого элемента иска как предмет¹²³. Такое мнение было бы обоснованным при подходе к предмету иска как к элементу, содержащему требование к суду. Поскольку этого нет, получается, что автор предлагает «перевести» элемент, отвечающий за процессуальную сторону иска, в элемент, отвечающий за его материальную сторону. Если к сказанному добавить еще и то, что автор является сторонником иска как исключительно процессуальной категории, то становится очевидна сплошная противоречивость его взглядов по указанному вопросу.

¹²² См.: Осокина Г. Л. Гражданский процесс. Общая часть... С.525—531.

¹²³ См.: Гражданский процесс: Учебник / Отв. ред. В. В. Ярков. М., 2004. С.261. (Автор главы – В. В. Ярков).

§1.6. Выводы по первой главе

Я не вижу практической необходимости в законодательном закреплении понятия иска. В доступной литературе мне также не удалось найти какого-либо внятного обоснования такой необходимости.

Вместе с тем, теоретические разработки этой категории имеют несомненно большое значение и оказывают непосредственное влияние на формулирование последующих категорий структуры иска.

Наиболее обоснованными представляются следующие подходы к формулированию понятия иска.

1. Определять иск через связь с субъективным материальным правом допустимо только применительно к вопросам материального права. В таком плане иск может рассматриваться как способ реализации соответствующего материального права.

Применительно к нуждам процессуального права недопустимо определять иск через связь с субъективным материальным правом. С точки зрения процессуального права, для существования иска безразлична его обоснованность: и обоснованный иск, и необоснованный иск, с точки зрения процессуального права являются одинаковыми исками.

2. Цель иска, с точки зрения процессуального права, необходимо видеть в разрешении спора о праве между истцом и ответчиком.

В связи с этим следует отметить, что спор о праве является сложной юридической категорией и попытки отдельных авторов свести его к словесным пререканиям сторон и т.п., не соответствующим ни действующему законодательству, ни правовой действительности.

3. Иск как требование направлен исключительно к суду. Исходя из этого, в структуре иска нет необходимости выделять элемент, отвечающий за формулирование требования истца к ответчику.

Глава 2. Элементы иска

§2.1. Предмет иска

Предмет является наиболее обсуждаемым в науке элементом иска. По утверждению О. В. Исаенковой, термин «предмет иска» в отечественной официальной литературе появился в 1888 г. В четвертом томе комментария к Уставу гражданского судопроизводства, вышедшего в этот год, словосочетание «предмет иска» употреблялось дважды:

1. По отношению к принципу состязательности (суд не должен «постановить решение о таких предметах, о коих не предъявлялось требование»);

2. По отношению к кассационному производству (Сенат безусловно признает существенные нарушения, связанные с «извращением судом предмета иска»)¹²⁴.

До этого времени вместо него употреблялись термины «объект требования», «объект иска».

Следует отметить, что в дореволюционный период особая необходимость в точном определении предмета иска отсутствовала. Это было связано с недопустимостью изменения элементов иска. Единственный практический случай, когда требовалось определение предмета иска, был связан с разрешением вопроса внешнего тождества. Однако, как будет показано далее, в параграфе, посвященном вопросам внешнего тождества, в дореволюционный период подход к внешнему тождеству принципиально отличался от современного.

В современный период, практическая актуальность определения предмета иска возросла в разы. Этим объясняется то обстоятельство, что по состоянию на сегодняшний день, в литературе было высказано несколько точек зрения относительно предмета иска. Под предметом иска авторы предлагали понимать различные категории:

1. Спорное субъективное право, обязанность или правоотношение в целом, или охраняемый законом интерес¹²⁵.

2. Конкретное требование истца к ответчику¹²⁶.

3. Указанный истцом способ защиты субъективного права или охраняемого законом интереса¹²⁷.

При этом практически все авторы указывают, что необходимо отличать от предмета иска объект спорного гражданского правоотношения, так называемый «материальный объект» иска, который входит в предмет иска в качестве его объекта¹²⁸. Такой объект в законода-

¹²⁴ См.: Иск в гражданском судопроизводстве: [сборник] / под ред. О. В. Исаенковой... С. 62—63.

¹²⁵ См., напр.: Гурвич М. А. Учение об иске (состав и виды) ... С.271; Гурвич М. А. Советский гражданский процесс... С.432—433; Пятилетов И. М. Распоряжение сторон гражданскими материальными и процессуальными правами в суде первой инстанции... С.16; Рожкова М. А. Предмет и основание иска в судебно-арбитражном процессе // Вестник ВАС РФ. 2000. №9. С.107; Колесов П. П. Процессуальные средства защиты права... С.149; Вершинин А. П. Указ. соч. С.116; Абова Т. Е. Разрешение хозяйственных споров // Абова Т. Е. Избранные труды. Гражданский и арбитражный процесс. Гражданское и хозяйственное право. М., 2007. С. 231.

¹²⁶ См.: Добровольский А. А. Указ. соч. С.127, 133, 134, 145—146, 149; Добровольский А. А., Иванова С. А. Указ. соч. С.33; Рожкова М. К вопросу об иске, изменении его предмета и основания... С.120; Борисова Ю. А. Указ. соч. С.69; Гражданский процесс: учебник / отв. ред. В. В. Ярков. 8-е изд., перераб. и доп. М., 2012. С.252; Соловьева Т. В. Указ. соч. С.25, 47; Абова Т. Е. Иск – универсальное средство защиты права... С. 197; Воронов А. Ф. Принципы гражданского процесса: прошлое, настоящее, будущее. М., 2009. С. 270; Власов А. А. Зарубежный гражданский процесс. Краткий учебный курс. М., 2008. С. 131.

¹²⁷ См., напр.: Бабаев А. Б. Указ. соч. С.450; Осокина Г. Л. Иск (теория и практика) ... С.118; Улетова Г. Д. Указ. соч. С.73—74.

¹²⁸ См., напр.: Гурвич М. А. Учение об иске (состав, виды) ... С.272—273; Гурвич М. А. Советский гражданский процесс... С.433; Добровольский А. А., Иванова С. А. Указ. соч. С.39; Пятилетов И. М. Указ. соч. С.15; Рожкова М. К вопросу об иске, изменении его предмета и основания... С.82—83; Рожкова М. А. Предмет и основание иска в судебно-арбитражном процессе... С.107.

тельстве именуется предметом спора (применительно к третьим лицам, заявляющим самостоятельные требования на предмет спора)¹²⁹.

Рассмотрим указанные подходы подробнее.

1. Предмет иска как спорное субъективное право, обязанность или правоотношение в целом, или охраняемый законом интерес.

В советский период наибольшее развитие такая точка зрения получила в работах М. А. Гурвича, который считал, что предмет иска – это то, что подлежит защите.

Рассматривая ее, необходимо напомнить, что М. А. Гурвич считал, что процессуальный иск как требование, обращен исключительно к суду (в отличие от материального иска, обращенного к ответчику).

Таким образом, в процессуальном иске могло содержаться только процессуальное требование истца к суду, а материальное требование истца к ответчику в нем просто не находило места. Однако, предложенная трактовка предмета иска, как представляется, противоречит этому исходному положению.

Как обосновывалось ранее, субъективное право дано с целью обязать соответствующее лицо (или лиц) к поведению, необходимому для удовлетворения интереса управомоченного¹³⁰. Но указание на субъективное право, правоотношение или охраняемый законом интерес в качестве предмета иска, неизбежно ориентирует на материально-правовое требование истца к ответчику. Ведь само субъективное право в судебном осуществлении, обычно, связывается с правом требования (которое может носить реальный характер или характер фикции).

Поэтому логичным развитием такого подхода стало фактическое отождествление предмета иска с требованием истца к ответчику.

Так указывалось, что предметом иска о взыскании с ответчика определенной денежной суммы в качестве покупной цены составляет право истца требовать уплаты ответчиком этой суммы¹³¹.

Другой яркий пример, доказываемого мною положения, можно увидеть в утверждении, что предметом иска о присуждении является *право истца требовать от ответчика (подчеркнуто мною – Н.М.)* определенного поведения в связи с невыполнением им соответствующей обязанности добровольно¹³².

Такое развитие критикуемой точки зрения представляется логичным поскольку, как было показано выше, необходимость в правоотношении возникает только в связи с необходимостью обязать лицо с тем, чтобы оно своим поведением удовлетворило интерес управомоченного.

Такая точка зрения неприемлема, исходя из моей позиции о рассмотрении иска исключительно с процессуальной стороны. Поскольку определение предмета иска как материально-правового требования истца к ответчику, отражает материально-правовую сторону иска, то оно будет противоречить высказанной нами ранее позиции.

Рассматривая предложенную точку зрения, необходимо уделить внимание и мнению, что предметом иска может быть и спорное правоотношение в целом.

Необходимость в определении предмета иска через спорное правоотношение, как представляется, возникла в связи с необходимостью определить предмет в исках о призна-

¹²⁹ Достаточно подробный анализ этой категории был дан Т. Е. Абовой. См.: Абова Т. Е. Теоретические основы правосудия по гражданским делам // Абова Т. Е. Избранные труды. Гражданский и арбитражный процесс. Гражданское и хозяйственное право. М., 2007. С.151—161.

¹³⁰ См.: Ненашев М. М. Юридические предпосылки спора о праве // Журнал Российского Права. 2007. №8. С.35—36.

¹³¹ См., напр.: Гурвич М. А. Учение об иске (состав, виды) ... С.273; Васьковский Е. В. Указ. соч. С.170; Коршунов Н. М., Мареев Ю. Л. Указ. соч. С.284—285.

¹³² См.: Гражданское процессуальное право: Учебник... С.202.

нии. По крайней мере, именно применительно к предмету этих исков говорят о «спорном правоотношении в целом»¹³³.

Однако противоречивость такого подхода была блестяще обоснована А. А. Добровольским¹³⁴:

«Понимая, что говорить об исках о признании и совсем не говорить об иском состоянии спорного права нельзя, М. А. Гурвич недавно ввел новое понятие: «В исках о признании в «исковом состоянии» находится спорное правоотношение».

Получается, что спорное право в иске о признании находится во внеисковом... состоянии, а вот спорное материальное правоотношение, по поводу которого заявлен тот же иск о признании, находится в «боевом», «напряженном» состоянии.

...возникает вопрос. Если в исках о присуждении предметом иска является притязание или субъективное право в иском состоянии, а в исках о признании – предметом иска является «спорное гражданское правоотношение в иском состоянии», то чем же иском состояние субъективного права отличается от искового состояния правоотношения? Ведь материальное гражданское правоотношение в иском состоянии по существу ничем не может отличаться от субъективного гражданского права в иском состоянии. Становится совершенно непонятным, почему в первом случае (когда есть право в иском состоянии) можно говорить о праве на иск в материальном смысле, а во втором случае (когда есть материальное правоотношение в иском состоянии) нельзя говорить о праве на иск в материальном смысле?»¹³⁵.

Интересно в этом плане то, что ни М. А. Гурвич, ни его многочисленные последователи так до сегодняшнего дня и не нашли каких-либо аргументов, против приведенной критики А. А. Добровольского. Они предпочитают не замечать такого контраргумента.

2. Предмет иска как требование истца к ответчику.

Такая точка зрения, также как и первая, противоречит подходу к иску как к требованию истца к суду. Кроме того, она не подходит для преобразовательных исков и исков о признании.

Пытаясь обосновать ее применение к искам о признании, авторы указывали, что в таких исках требование к ответчику состоит в том, чтобы он только признал право истца в том виде, как об этом утверждает истец, в том числе право истца на изменение или прекращение правоотношения¹³⁶.

Но, как справедливо отмечал Е. А. Крашенинников, государство не может обязать соответствующих лиц ни к внесудебному, ни к судебному признанию. Оно оставляет полную свободу их умонастроению в решении вопроса о целесообразности такого признания¹³⁷.

Дополняя Е. А. Крашенинникова, А. Б. Бабаев отмечает, что в практическом отношении от признания или непризнания права со стороны ответчика мало что зависит¹³⁸. Действительно, независимо от наличия признания права со стороны ответчика, истец, в таких исках, всегда вынужден обратиться к суду с соответствующим требованием. Ведь только суд может признать оспоримую сделку недействительной или вынести решение о признании права собственности. Очевидно, что соответствующее признание ответчика без судебного решения, не будет иметь для удовлетворения интересов истца никакого эффекта.

¹³³ См., напр.: Гурвич М. А. Пресекательные сроки в советском гражданском праве. М., 1961. С. 62.

¹³⁴ См.: Добровольский А. А. Указ. соч. С. 81—83.

¹³⁵ См.: Добровольский А. А. Указ. соч. С. 82—83.

¹³⁶ См.: Добровольский А. А., Иванова С. А. Указ. соч. С. 38, 45.

¹³⁷ См.: Крашенинников Е. А. Указ. соч. С. 49.

¹³⁸ См.: Бабаев А. Б. Указ. соч. С. 923.

С точки зрения практического применения, определение предмета иска через требование истца к ответчику требует серьезной конкретизации. В литературе обоснованно отмечалось, что, не смотря на то, что процессуальные кодексы говорят о необходимости указания в исковом заявлении требований истца, закон не говорит, что понимать под этими требованиями¹³⁹.

Вместе с тем, если посмотреть на материальный закон, например ГК РФ, то мы увидим, что понятие требования употребляется в нем применительно именно к способу защиты права. Например:

«Кредитор юридического лица, если его права требования возникли до опубликования уведомления о реорганизации юридического лица, вправе потребовать досрочного исполнения соответствующего обязательства должником, а при невозможности досрочного исполнения – прекращения обязательства и возмещения связанных с этим убытков...» (п.2 ст.60 ГК РФ).

«Гражданин, в отношении которого в средствах массовой информации распространены указанные сведения, имеет право потребовать наряду с опровержением также опубликования своего ответа в тех же средствах массовой информации» (п.2 ст.152 ГК РФ).

«Если представляемый отказался одобрить сделку или ответ на предложение представляемому ее одобрить не поступил в разумный срок, другая сторона вправе потребовать от неуправомоченного лица, совершившего сделку, исполнения сделки либо вправе отказаться от нее в одностороннем порядке и потребовать от этого лица возмещения убытков» (п.3 ст. 183 ГК РФ).

Подобных примеров можно приводить сколь угодно много.

Итак, определение предмета иска как требования истца к ответчику не может быть принято, поскольку оно:

А) Содержит материальную сторону, которой в иске нет;

Б) Не применимо в отношении исков о признании и преобразовании (ранее я уже отмечал, что, скорее всего, именно это обстоятельство являлось основной причиной непринятия А. А. Добровольским и его последователями теории преобразовательных исков);

В) При подробном рассмотрении сливается с категорией «Способ защиты права».

3. Предмет иска как указанный истцом способ защиты субъективного права или охраняемого законом интереса.

Такая точка зрения представляется наиболее обоснованной на сегодняшний день. Более того, анализ противоположных точек зрения приводит к выводу, что их сторонники, применительно к предмету иска по существу говорят о способе защиты субъективного права.

Попробуем разобраться, что значит материальное требование истца к ответчику? Здесь следует отметить то обстоятельство, что сами сторонники такой точки зрения не стараются проиллюстрировать ее на конкретных примерах.

Допустим, истец требует взыскать с ответчика покупную сумму за проданный товар.

Представляется, что здесь предметом иска не может быть просто требование о взыскании денежной суммы. Поскольку в этом случае получится, что все иски о взыскании какой-либо денежной суммы будут иметь одинаковый предмет.

Не может быть предметом и сама денежная сумма, поскольку, как говорилось выше, она составляет материальный объект иска. Кроме того, суд может самостоятельно изменять ее, чего в отношении предмета иска он делать не вправе.

Поэтому, представляется, что предметом иска в данном случае будет взыскание покупной суммы.

¹³⁹ См.: Улетова Г. Д. Указ. соч. С. 72.

Конец ознакомительного фрагмента.

Текст предоставлен ООО «ЛитРес».

Прочитайте эту книгу целиком, [купив полную легальную версию](#) на ЛитРес.

Безопасно оплатить книгу можно банковской картой Visa, MasterCard, Maestro, со счета мобильного телефона, с платежного терминала, в салоне МТС или Связной, через PayPal, WebMoney, Яндекс.Деньги, QIWI Кошелек, бонусными картами или другим удобным Вам способом.