LITIS CONTESTATIO: ПРОЦЕССУАЛЬНЫЕ ВАРИАЦИИ

Татьяна Владимировна Сахнова
профессор доктор юридических наук
заведующая Кафедрой гражданского процесса
Юридического института
Сибирского федерального университета
г. Красноярск, Россия
Тел.: 89069134752
E-mail: civil.p@yandex.ru

Пореформенное развитие права в XXI веке актуализирует римскую аксиому *actio habere – ius habere*. Одновременно поиски гармонии права и процесса (и права в процессе) выявили очевидную онтологическую противоречивость развития национальных процессов различных традиций между собой, с одной стороны, и меж- и наднациональных процедур взаимодействия национальных юрисдикций и методологии реформ национальных процессов, с другой стороны[1].

Как известно, в XXI веке основные усилия по гармонизации правового пространства были направлены на создание в известной мере формализованных наднациональных процедур (так называемая «внешняя гармонизация», известная также как «европеизация» процесса). Несмотря на определенный позитив, результаты оказались не столь впечатляющи, как ожидалось; оценки процессуалистов нередко звучат обескураживающе [см., напр.: 3, с. 114–123]. Скромность опыта XXI века относительно внешней гармонизации нам кажется вполне закономерной: над- и вненациональными механизмами гармонизации процесса достичь нельзя; гармонизация – это в значительной мере проблема онтологии процесса и в таком смысле – проблема развития национального процесса. Практика же реформирования процесса в странах различных традиций демонстрирует не сближение процессов, но их методологическую противоположность – при осознании общности целей, задач и проблем.

Именно: романская (или процедурная) традиция характеризуется преобладанием и усилением частноправовых начал процесса; немецко-австрийская (или институциональная) традиция откровенно предпочитает публично-правовое начало.

[1] Результаты авторских исследований этой проблемы изложены в докладах на ряде международных конференций [например: 6; 7; 8].

«Три кита» цивилистического процесса, выражаемые римской формулой: *actio-litis contestatio-ius*, – имеют принципиально различные воплощения в современных национальных процессах. Методология этих различных воплощений наиболее очевидна в 1) основополагающих принципах национального цивилистического процесса; 2) в принципах взаимодействия судебных и несудебных процедур, направленных на защиту или обеспечение субъективных прав и / или интересов цивилистической природы. Соответственно, и генетически исходным постулатам, на которых зиждется цивилистический процесс и которые выработаны исторически, придается противоположно различное толкование и методологическое значение.

Ius следует за *actio* – но чтобы это случилось, важны трансформации в процессуальных отношениях *litis contestatio* (в преддверии судебного разбирательства) и *res iudicata* (по итогам судебного – а также и несудебного – разбирательства дела). Названные формулы взаимообусловлены. Но различная акцентация частноправовых или публично-правовых элементов дает и различную методологию развития процесса в целом, а также и возможность (или невозможность) взаимодействия судебного процесса с иными, несудебными и / или непроцессуальными, процедурами.

Например, в романской традиции, предпочитающей частноправовое начало в соотношении *res iudicata-ius*, вопрос о взаимодействии судебных и несудебных (государственных и негосударственных) процедур, связанных с защитой и / или обеспечением субъективного права, рассматривается как вполне решаемый. Это наглядно демонстрирует итальянская модель взаимодействия третейских процедур рассмотрения дела и судебных обеспечительных процедур (арбитражная реформа 2005 г.) [см. об этом: 11]. Чрезвычайно интересный и, на наш взгляд, очень перспективный опыт взаимодействия судебной формы защиты и несудебных способов урегулирования спора (медиации) выработан французской законодательной практикой. В особенности выделим делегированные судебные примирительные процедуры, различая при этом *conciliateur de justice* в несудебной примирительной процедуре и *conciliateur de justice* в собственно делегированной судебной процедуре. Последняя характеризуется не только контролем со стороны судьи, но возможностью трансформации делегированной процедуры в процедуру судебного примирения. Возможна и иная логика развития: защита права, начавшаяся в суде, может окончиться несудебной процедурой урегулирования спора – в том числе, по инициативе судьи. Заметим, судебную примирительную процедуру судья не только вправе инициировать, но в некоторых случаях – обязан [подробнее о процедурах см.: 9; 10]. Иное дело в институциональном процессе: акцентирование публично-правового метода в соотношении *res iudicata-ius* приводит к стремлению максимально размежевать судебные и несудебные процедуры. Их юридическое взаимодействие становится невозможным. Это очевидно в немецко-австрийской модели процесса, сконцентрировавшей в ходе реформ усилия на дальнейшем

разграничении судебных и несудебных процедур [см., напр.: 12, s. 456–457]. В условиях усложняющегося и все более насыщенного правового пространства такой подход нам очевидно представляется бесплодным и абсолютно бесперспективным.

Для сравнения: по российскому законодательству – а в России процесс, хотя и не заимствовавший немецкой модели, также институционального характера – возможно лишь окончание урегулирования начавшегося в суде спора несудебным порядком, но исключительно по волеизъявлению сторон; никакой инициативы суд в применении судебных – а тем более несудебных – примирительных процедур не имеет (передача спора после возбуждения гражданского дела на разрешение третейского суда – ст. 5 ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации», п. 2 ч. 1 ст. 135 АПК РФ, п. 5 ч. 1 ст. 150 ГПК РФ; обращение к посреднику – п. 2 ч. 1 ст. 135 АПК РФ).

И для формирования основополагающих принципов процесса, и для процедурного взаимодействия (или невзаимодействия) судебных и несудебных процедур фундаментальное значение имеет исторически выработанная аксиома «без интереса нет процесса», выросшая из римского *litis contestatio*. Однако ее онтологическое наполнение и трансформации в реалиях процесса существенно различаются – в зависимости от типа процесса, концепции законодателя. И эти различия в ходе реформ XXI века не только не сгладились, но углубились.

Для современных доктрины и законодателя обычно понимание категории «интерес» в его предметном и / или объектном значении – на этом строится определение заинтересованных лиц в деле и признаков сторон; в свою очередь, такой подход имеет корни в немецкой материально-правовой теории иска [см. подробнее: 5]. «Интерес» здесь имеет бесспорное частноправовое выражение. Но и такое, традиционное, понимание не является общепринятым в современном процессе. К примеру, в институциональном процессе «интерес» как частноправовая категория зачастую соотносится с негосударственными процедурами урегулирования спора – в частности, с медиацией. Судебный же процесс ассоциируется с публично-правовыми целями и задачами – такими, как обеспечение правовой безопасности, защита правопорядка [ср., напр.: 14, s. 200–202 etc.]. Категория «интерес» становится «водоразделом» между государственной и негосударственной юрисдикцией, иными негосударственными способами обеспечения надлежащего осуществления субъективного права. А в современных реалиях усиления следственных начал в институциональном процессе (реформы ZPO Германии 2001 года, ZPO Австрии 2002 года) частноправовой «интерес» во многом утрачивает свое системообразующее значение для судебного процесса.

Напротив, в романском процессе актуализировано именно частноправовое значение «интереса» в самой процессуальной и процедурной «ткани», «ниточка» которого разматывается из известного «принципа примирительных процедур» (ст. 21 NCPC Франции; развивающие ее Закон от 8 февраля 1995 г., Декрет от 22 июля 1996 г.). Частноправо-

вой интерес – но не без помощи публично-правовой оболочки судебных процедур – становится движителем не только судебно-процессуальных примирительных процедур, но и делегированных судебных примирительных процедур, и даже примирительных несудебных процедур, назначаемых судьей. Интерес очевидно устремляется в направлении методов защиты, становится одним из наиболее значимых методологических инструментариев процесса, имеющих вполне определенное законодательное и практическое выражение. – Думается, именно романскому процессу принадлежит честь первооткрывателя в адаптации интереса методами процесса и различных процедур (судебных, судебных процессуальных, несудебных).

Здесь мы сталкиваемся с различными преломлениями *litis contestatio* – этот институт невозможно обойти при попытке определить юридическое значение интереса и заинтересованности для методологии современного процесса.

В романской доктрине частноправовое значение интереса соотносимо с выражением воль сторон, более того – с проявлением договорных начал, которые полагают производными от *litis contestation* [см., напр.: 1, с. 541; 2, с. 168 и след.]. – И напротив, институциональный процесс, в большей степени актуализировал некоторые публично-правовые аспекты этого института, которые можно с очевидностью усмотреть в полномочиях суда *ex officio* на стадии подготовки дела к судебному разбирательству и обязанности сторон – публично-правовой природы – представлять доказательства.

Итак, в *litis contestatio* видны истоки двух современных явлений: 1) категории «интерес» как частноправового феномена – в его и предметном, и методическом (с точки зрения методов защиты) для процесса понимании; 2) публично-правовых методов в процессе, в том числе – публичных правомочий суда, его процедурно-властного приоритета в процессе.

Именно акцентация частноправового начала в *litis contestatio* дало рождение современной теории процессуальных соглашений во французской процессуальной доктрине. Однако вряд ли можно согласиться с утверждением, что *litis contestatio* – суть договорная традиция в сфере урегулирования споров, которая знаменует проявление договорных начал в судопроизводстве[2]. Это было бы преувеличением. Полагаем, что римский институт *litis contestatio* свою законченность приобретал благодаря публично-правовому оформлению предмета процесса, а выявление воли сторон было значимо для выявления материально-правовой специфики деформации правоотношения. Тем самым объективировался и материально-правовой интерес сторон (заинтересованных в определенном, подвергнувшимся деформации, способе реализации права и соответствующем ему способе защиты, искомом сторонами в судебном процессе).

Сформировавшись в формулярном процессе, процедура *litis contestatio* была соотносима с предметом процесса, но имела и собственно процессуальные последствия. Данный институт в известной мере продолжал значение публично-правового компонента для

[2] Таково толкование французской доктрины [см., напр.: 2, с. 168; 10, p. 56].

(а) констатации права на защиту в его (б) соотношении с определенным материально-правовым предметом. *Litis contestatio* – процедура, имеющая и частноправовой (выражение воль сторон), и публично-правовой элементы, но свою завершенность и значение она приобретала благодаря публично-правовой квалификации определенности предмета процесса. Это было важно для последующего определения способа защиты; выражение же воли стороны помогало актуализировать те способы реализации правового блага, которые, по утверждению стороны, были деформированы. Именно это порождало интерес у стороны в процессе. Способ защиты корреспондирует способу реализации. Чтобы определить и предоставить способ защиты, следует установить актуальный для стороны в данный момент развития субъективного права способ реализации, в котором встретилось препятствие. Благодаря *litis contestatio* субъективное право «замораживалось» в его определенном моменте развития – и это было важно, чтобы выявить и устранить конкретную деформацию.

Генетическое влияние процедуры *litis contestatio*, связанной с выявлением интереса сторон, можно увидеть в основаниях различных судебных примирительных и согласительных процедур, что, впрочем, не означает прямой аналогии или причинно-следственной зависимости между материальным и процессуальным и не делает, к примеру, мировое соглашение мировой сделкой. Точно так же зависимость предмета процесса от интереса, понимаемого в материально-правовом и объектном смысле, еще не придает интересу значения процессуального факта, влекущего возбуждение процесса.

Заметим также, в классическом римском процессе абсолютного права на судебную защиту не существовало. По современной терминологии, для его возникновения требовалась предварительная – публичного характера – правовая квалификация общественного отношения как ***право***отношения и правоотношения ***спорного*.** Это достигалось посредством а) дачи иска – *actio habeo* – публичной властью (претором), затем – б) через процедуру *litis contestatio* в суде.

Однако этого еще мало, чтобы достичь результата по формуле *actio habere – ius habere*. Важно было, чтобы установленная правовая определенность предмета процесса соотносилась с предметом судебного решения. И здесь мы видим онтологическую связь *res iudicata* с *litis contestatio* – как связь предмета судебного решения с предметом процесса. В римском процессе здесь можно усмотреть, прежде всего, корреспонденцию публично-правовых начал (для сравнения: в современном процессе в *res iudicata* актуализируется частноправовой аспект – акцент на определенном правоотношении, составляющем предмет решения [см. об этом подробнее: 4, с. 98–117]).

Значение интереса как объективной категории для процесса в Риме определялось предварительной установленностью со стороны публичной власти двух моментов: а) наличности подлежащего защите правового блага – определение права на иск, предшествовавшего как процессу, так и установлению собственно – говоря современным языком – субъективного права; б) предмета иска

и основания иска (что находило выражение в процедуре *litis contestatio*; категория «правоотношение» римлянам была неизвестна). Предмет процесса для данного процесса устанавливался жестко и окончательно.

Логика связи *actio – litis contestatio – res iudicata* приобретала значение формулы процесса; она сыграла решающую роль для развития концепций права на иск, понимание интереса как основы процесса, согласование воль заинтересованных лиц как методологической основы движения процесса.

Итак, *actio-litis contestatio-res iudicata-ius* – историческое развитие этой формулы не только дало рождение современному феномену субъективного гражданского права, но в значительной степени обусловило современное богатство концепций цивилистического процесса, разнообразие его нормативного выражения.

А что же произошло с интересом в процессе? Зародившись как частный метод, важный для определения судом предмета процесса (в процедуре *litis contestatio*), он пережил все идеологические трансформации, связанные с кардинальным изменением парадигмы взаимоотношений в системе «гражданин–государство». В современном процессе и несудебных процедурах он, бесспорно, сохранил и развил свое значение частноправового начала (в одних системах – основополагающего, в других – подчиненного публично-правовому началу).

Несмотря на исторически меняющуюся роль, современные противоречивые правовые реалии, именно частноправовое значение интереса мы полагаем наиболее перспективным для развития цивилистического процесса. «Интерес» и «заинтересованность», различаясь как объективное и субъективное в процессе и праве, как регулятивное и спорное в правоотношении и предмете процесса, методологически объединимы в алгоритм почти математического соотношения «интерес–заинтересованность», которое – в самом общем виде – является той доминантой, на которой зиждется современный цивилистический процесс, независимо от его типа и концепта построения. Неопределенность данного соотношения (в первую очередь, – законодательная) порождает не снимаемые толкованием противоречия в реализации права на судебную защиту, в конкретном правоприменении. Очевидные тому примеры: *favour accordandum* во Франции [см., напр.: 10, p. 58], различная конструкция предпосылок права на обращение в суд за защитой по ГПК и АПК 2002 года России.

Вторая половина XX века знаменовала признание прав и свобод человека и гражданина вышей правовой ценностью, определяющей смысл и содержание законов, а право на судебную защиту приобрело абсолютный и конституционный характер. Потребность в его использовании в каждом конкретном случае определяется не публичной властью, но самим управомоченным. Необходимость процесса и судебной защиты определяется не наличием нормы объективного права и даже не наличием субъективного права и его нарушением, – но субъективным осознанием этих объективных правовых реалий лицом, обладающим правом на судебную защиту.

Интерес и заинтересованность имеют для процесса методологическое значение, имманентны ему. Интерес – объективная основа процесса, но воплотиться в процессуальной ткани никаким иным способом, помимо заинтересованности, он не может. Юридическую «телесность» обе категории обретают в процессуальных отношениях.

Процесс движим соотношением интереса и заинтересованности, которое в процессе может быть различным. Например, несовпадением интереса и заинтересованности объясняется сама возможность вынесения решения об отказе в удовлетворении иска – при правомерном его возбуждении и течении. Этим же обусловлены условия замены ненадлежащего ответчика и возможность существования в процессе надлежащего ответчика при исключении предположения о его участии в спорном материальном правоотношении (случай отсутствия согласия истца на замену ответчика), возможность изменения предмета или основания иска.

Различение интереса и заинтересованности позволяет понять, почему, например, отказ от иска не является отказом от субъективного права или его реализации, а мировое соглашение не исключает в последующем мировой сделки – в отношении иных способов осуществления права в материальных отношениях.

Различное соотношение интереса и заинтересованности лежит в основании примирительных и иных судебных процедур на разных стадиях процесса, исполнительного производства (мировое соглашение в стадии судебного разбирательства и мировое соглашение в стадии подготовки дела к судебному разбирательству, мировое соглашение в исполнительном производстве; процедура установления пропуска срока исковой давности в стадии подготовки дела к судебному разбирательству; мировое соглашение в судебном производстве и утверждаемое судом соглашение в делегированной судебной примирительной процедуре – во Франции и Бельгии). Более того, именно упомянутое соотношение и его законодательно-концептуальное воплощение составляет основу понимания мирового соглашения и мировой сделки и их различных – процедурных в том числе – взаимодействий (наиболее наглядный пример – опять-таки романский: сравним art. 21, 240 etc., 131-1 – 131-6 du NCPC – art. 2052–2053 du CC).

На соотношении интереса и заинтересованности выстроены судебные и несудебные примирительные процедуры в романском процессе, включая делегированное судебное примирение. Заинтересованность в ее процессуально-предметном значении существенна для развития согласительных процедур (например, относительно отдельных фактов, могущих иметь значение для реализации будущего судебного акта).

Соотношение интереса и заинтересованности лежит в основе механизма возможного взаимодействия государственной и негосударственной юрисдикции, которое сегодня демонстрирует пореформенная (после 2005 года) Италия.

И даже современный институциональный процесс с его достаточно жесткой публично-правовой направленностью не может обойтись без алгоритма «интерес–заинтересованность» – хотя

бы и в обоснование необходимости публично-правовых методов в процессе (концептуальный пример: идеи социального процесса Франца Кляйна, современный австрийский и немецкий процессы; конкретный пример: дискуссии в пореформенном немецком процессе относительно толкования инициатив суда *ex officio* в доказывании, соотношения обязанности сторон представлять доказательства в стадии подготовки – и обязанности суда заботиться о сторонах [см. об этом, напр.: 13; 15]).

Столь различное понимание «интереса и заинтересованности» для феноменов процедурной и институциональной традиций – следствие методологически и исторически различного воплощения *litis contestatio* в конкретике процессуальных отношений. Но в этом же заложен и будущий возможный механизм согласования – казалось бы – невозможного, а именно: процедурный.

Внутренняя гармонизация цивилистического процесса – дело будущего. Методы решения этой грандиозной по значению проблемы должны ей соответствовать. Внутренняя гармонизация процесса не может быть достигнута через унификацию национальных процессуальных средств и методов или их нивелирование; она не достижима правовой имплементацией или экстенсивным развитием. Будущее национальных процессов видится не в обязательном их сближении – более того, реформы XXI века, как видим, демонстрируют центробежность методологии. Арифметические подходы не пригодны для новых вызовов времени. Одновременно утверждаем: выстраивание алгоритма современного процесса возможно. Но достигаемо это не статикой, а динамикой – через имеющие онтологическое для цивилистического процесса значение соотношения. Рабочий инструментарий таких соотношений, воплощаемых в процессуальной ткани, – процедуры. *Litis contestatio* – наглядный тому пример.

ЛИТЕРАТУРА

1. КАДЬЕ, Л. Примирительные процедуры во Франции: традиция и современность // *Российский ежегодник гражданского и арбитражного процесса*, 2007, № 6. СПб, 2008.
2. КАДЬЕ, Л. Соглашения относительно процесса во французском праве (о контрактуализации разрешения споров). *Российский ежегодник гражданского и арбитражного процесса*, 2007, № 6. СПб, 2008.
3. НЕКРОШЮС, В. Европейский исполнительный лист (ЕИЛ) – цели и проблемы претворения в жизнь. *Сравнительное правоведение: наука, методология, учебная дисциплина*: в 2-х ч. Ч. 1: Материалы международ. конф. 25–26 сент. 2008., г. Красноярск. Красноярск, 2008, с. 114–123.
4. САХНОВА, Т. В. Законная сила как атрибут правосудия. *Тенденции развития гражданского процессуального права России*: Сб. науч. статей. СПб, 2008, с. 98–117.
5. САХНОВА, Т. В. Интерес и заинтересованность в цивилистическом процессе. *Развитие процессуального законодательства: к пятилетию действия АПК РФ, ГПК РФ и Федерального закона РФ «О третейских судах в Российской Федерации»*: Материалы международ. научно-практ. конф. 15–16 февр. 2008 г.,Воронеж. Воронеж, 2008.
6. САХНОВА, Т. В. Континентальный процесс: итоги и перспективы. Доклад на международной конференции «Реформа гражданского процессуального права: итоги и перспективы». Вильнюс, 7–8 мая 2010 года.

7. САХНОВА, Т. В.. Континентальный процесс: основное противоречие в контексте современных тенденций. Доклад на международной конференции «Защита прав в России и других странах Совета Европы: современное состояние и проблемы гармонизации». Сочи, 14–17 октября 2010 г.
8. САХНОВА, Т. В. О современных тенденциях цивилистического процесса. Доклад на международной конференции «Проблемы модернизации правовой системы современного российского общества». Красноярск, 30 сентября 2010 г.
9. САХНОВА, Т. В. Судебные процедуры (о будущем цивилистического процесса). *Арбитражный и гражданский процесс*, 2009, № 2, 3.
10. CADIET, Loïc. Conciliation in France: a cross between tradition and modernity. *The recent tendencies of development in civil procedure law – between East and West*: intern. conf. to celebr. 100-th annivers. of the birth of prof. J. Zeruolis. Vilnius, 2007.
11. CONSOLO, Claudio. D'aucunes comlexités inutiles de l'arbitr (surtout italien) au début du noveau siècle – dans l'attente de l'inévitable harmonization UE. Pour colloque entre la Cour de cassation française et la Cour delegation de la cassation italienne, Paris, Palais de Justice, le 8 Janvier 2005. *ZZPInt*. 2004. Hft 9.
12. HESS, Burkhard. Verbrauchermediation. *ZZP*. 2005. 118. Bd. Hft 4.
13. ISERMANN, E. Die Fürsorgepflicht des deutschen Zivilrichters. *Сравнительное правоведение: наука, методология, учебная дисциплина*: В 2-х ч. Ч. I: материалы международ. научно-практ. конф., Красноярск, 25–6 сент. 2008 г. Красноярск, 2008.
14. LÖER, Lambert. Möglichkeiten der Einbindung von Mediation in das Gerichtsverfahren am Beispiel des Zivilprozesses. *ZZP*. 2006. 119. Bd. Hft. 2.
15. PRÜTTING, Hanns. The latest development trends in German law of civil procedure. *Teisė*, 2007, t. 65.

Įteikta 2011 m. birželio 27 d.
Priimta publikuoti 2011 m. spalio 6 d.