



This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

- + *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
- + *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
- + *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
- + *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at <http://books.google.com/>



HL 1QZK Q

A 7

Adamovich, V. I.
Vstnechnyi isk.

Rec. Dec. 1931



HARVARD LAW LIBRARY

Received JUL 2 1931

Adamovich, Vasilii Ivanovich

В
X
СТРЪЧНЫЙ ИСКЪ
" "

(КЪ УЧЕНИЮ О ЗАЧЕТЪ).

ИЗСЛЪДОВАНІЕ

В. И. Адамовича.

I.



С.-ПЕТЕРБУРГЪ.

Типо-литографія А. Лейферта, Большая Морская, 65.

1899.

По постановленію Юридическаго
тербургскаго Университета печати
Декабря 1898 года.

JBL 2 1931

Предисловіе.

Коль скоро у двухъ лицъ имѣются взаимныя другъ къ другу требованія и одно изъ этихъ лицъ обратилось въ судъ со своимъ искомъ,—удобнѣе, какъ съ точки зрѣнія частной, такъ и публичной, чтобы и другое, противоположное, исковое требованіе было обращено въ судъ къ совмѣстному разсмотрѣнію съ первымъ требованіемъ или, иначе, чтобы былъ предъявленъ такъ называемый встрѣчный искъ (*mutua petitio, reconventio, demande reconventionnelle, Widerklage*). Съ точки зрѣнія частной, допущеніе встрѣчнаго иска, прежде всего, уравновѣшиваетъ интересъ отвѣтчика, такъ какъ отвѣтчикъ, вмѣсто того, чтобы ограничиться возраженіемъ, т. е. устраненіемъ требованія истца, получаетъ возможность, не выжидая окончанія затѣяннаго истцомъ противъ него дѣла, добиться въ томъ-же самомъ производствѣ присужденія съ истца своего требованія; далѣе, при совмѣстности производства, оба тяжущіеся выгадываютъ на затратѣ времени, труда и на судебныхъ издержкахъ. Съ точки зрѣнія публичной, допущеніе встрѣчнаго иска ведетъ къ тому, что судъ не образуется вторичнымъ производствомъ между тѣми-же тяжущи-

мися и по искамъ, находящимся къ тому-же зачастую въ близкомъ между собой соотношеніи; сберегая время, судъ получаетъ возможность не только разрѣшить сразу два дѣла, постановить не два, а одно общее рѣшеніе, но и въ тоже время всесторонне выяснить, а слѣдовательно и правильнѣе удовлетворить взаимныя притязанія тяжущихся.

Допущеніе встрѣчнаго иска имѣетъ, однако, и невыгодныя стороны. Встрѣчный искъ, какъ обусловленный или вызванный искомъ первоначальнаго истца, при своемъ осуществленіи утрачиваетъ до извѣстной степени свою самостоятельность и вообще ведетъ къ особенностямъ, нерѣдко стѣсняющимъ отвѣтника по первоначальному иску или истца по встрѣчному иску. Для отвѣтника по встрѣчному иску или истца по первоначальному иску встрѣчный искъ представляетъ неудобство въ томъ отношеніи, что можетъ затянуть производство по первоначальному иску—иной разъ отвѣтникъ единственно съ этою только цѣлью и предъявляетъ встрѣчный искъ. Наконецъ, если встрѣчный искъ окажется сложнымъ, то и судъ можетъ затрудниться одновременнымъ разрѣшеніемъ того и другого иска.

Однимъ словомъ, допущеніе встрѣчнаго иска представляется я задачею, разрѣшить которую весьма не легко. Съ давнихъ поръ прилагаются болѣе или менѣе успѣшныя старанія къ разрѣшенію этой задачи.

Попытаться выяснитъ, какъ рѣшался вопросъ о допущеніи встрѣчнаго иска въ прошломъ, какъ рѣшается въ настоящемъ и каково могло-бы быть разрѣшеніе этого вопроса въ будущемъ—такова цѣль, которую поставилъ себѣ авторъ настоящаго изслѣдованія.

III

Ближайшее, къ чему стремился авторъ, было достиженіе намѣченной цѣли по отношенію къ отечественному праву. Вопросъ о встрѣчномъ искѣ едва затронуть въ русской процессуальной литературѣ (имѣется нѣсколько журнальныхъ статей и замѣтокъ юристовъ-практиковъ); сверхъ того, вопросъ этотъ для русскаго процесса представляетъ тѣмъ большій интересъ, что въ настоящее время происходитъ пересмотръ нашего дѣйствующаго судебнаго законодательства. По мѣрѣ разработки темы пришлось, однако, убѣдиться, что не можетъ получиться плодотворныхъ результатовъ, если не обследовать поставленнаго вопроса въ исторіи, современномъ его положеніи и въ опубликованныхъ попыткахъ предполагаемаго разрѣшенія этого вопроса въ западно-европейскихъ государствахъ. Будучи вынужденъ расширить, такимъ образомъ, рамки намѣченной работы, авторъ долженъ былъ, вмѣстѣ съ тѣмъ, и ограничить себя до извѣстной степени съ этой стороны. Изученію какъ историческому, такъ и догматическому, обязательно подлежалъ встрѣчный искъ по законодательству французскому, — прототипу современнаго судебнаго строя, въ томъ числѣ и нашего послѣ 1864 г., — и по законодательствамъ нѣмецкимъ (германскому и австрійскому), наиболѣе крупнымъ по своему значенію послѣ французскаго. Матеріалъ этотъ необходимо было дополнить въ двоякомъ направленіи. Съ одной стороны, что касается историческаго элемента, приходилось войти въ изученіе интересующаго насъ вопроса въ римскомъ гражданскомъ процессѣ, являющемся прототиномъ европейскаго процесса вообще. Съ другой стороны, нельзя было миновать, что касается современнаго положенія вещей, по крайней мѣрѣ, нѣкоторыхъ изъ дѣйствующихъ европейскихъ законодательствъ, представляющихъ инте-

ресь въ томъ или иномъ отношеніи помимо французскаго и нѣмецкихъ законодательствъ. Во всякомъ случаѣ, въ этихъ рамкахъ авторъ былъ самостоятеленъ по стольку, по сколько иностранная литература не давала ему возможности составить себѣ вполне отчетливое представленіе о томъ или иномъ вопросѣ по поводу избранной темы. Дѣло въ томъ, что въ иностранной литературѣ, на сколько извѣстно автору, не имѣется вовсе сочиненія, которое разсматривало-бы встрѣчный искъ съ должною полнотою и обстоятельностью; сверхъ того, нѣкоторые изъ изслѣдованій о встрѣчномъ искѣ представляются уже устарѣлыми. Во французской литературѣ встрѣчному иску посвящены: ¹⁾ слѣдующія двѣ докторскія диссертациі: Desjardins (*De la compensation et des demandes reconventionnelles dans le droit romain et dans le droit français ancien et moderne*. Paris 1864); Gamain (*Des demandes reconventionnelles et de la compensation judiciaire en droit français*. Paris 1885); 2) брошюра Delahaye (*Des demandes reconventionnelles*. Le Mans. 1898). Изъ этихъ трехъ трудовъ самостоятельнѣе и относительно полнѣе трудъ Desjardins, но за то болѣе другихъ устарѣлый ²⁾. Въ бельгійской литературѣ новѣйшій трудъ De Raere *De la reconvention 1892 (Etudes sur la compétence civile, tome II)* имѣетъ значеніе для дѣйствующаго бельгійскаго законодательства. Въ нѣмецкой литературѣ встрѣчному иску посвящены изслѣдованія: La u k'a *Beiträge zur Lehre von der*

¹⁾ Не смотря на всѣ старанія, намъ не удалось найти ни здѣсь, ни за границей болѣе раннія thèses: Tempier: *De la reconvention 1860* и La u g *De la compensation et des demandes reconventionnelles dans le droit romain et le droit français 1862*.

²⁾ Трудомъ Delahaye, въ виду его недавняго выхода въ свѣтъ (августъ 1898 г.), мы могли воспользоваться только отчасти.

W. Kl. (Archiv f. Civ. Praxis, томъ 12); Sartorius'a. (Die Lehre von der Widerklage nach dem gemeinen deutschen Civilproceſſe, Erlangen 1838),¹⁾ Ullrich'a (Fori reconventionis origines et doctrina. Gotting. 1846), Fuchs'a (Das Recht der Widerklage, insbesondere nach den neuen Civilprocessordnungen въ Arch f. civ. Praxis, томъ 53), Loening'a (Die Widerklage im Reichscivilprozess. Berlin, 1881 изъ Zeitsch. f. d. Civilprocess), Kleinfeller'a (Der Gerichtsstand der Widerklage in seiner geschichtlichen Entwicklung und Geltung nach der Civilprocessordnung für das D. R. München 1882) и Pollak'a (Die Widerklage. Wien 1889). Работа Lauk'a—поверхностный этюдъ. Трудъ Sartorius'a весьма обстоятеленъ, но неравномѣренъ по разработкѣ и вообще устарѣлъ. Fuchs прибавилъ новый матеріалъ, но недостаточно обстоятеленъ въ изложениі, къ тому - же исключительно историческомъ. Loening ограничился дѣйствующимъ германскимъ законодательствомъ. У Pollak'a — исторія и то не богатая содержаніемъ. Наконецъ, сочиненія Ullrich'a и Kleinfeller'a посвящены спеціально вопросу о подсудности встрѣчнаго иска; впрочемъ, касаются отчасти и другихъ сторонъ, причемъ обстоятельнѣе Kleinfeller. Сверхъ названныхъ спеціальныхъ работъ о встрѣчномъ искѣ, болѣе или менѣе существенныя указанія находимъ или въ другихъ спеціальныхъ работахъ, какъ-то: о зачетѣ²⁾, о подсудности и т. д., или-же въ трудахъ общаго характера (системы, руководства, учебники, комментаріи).

¹⁾ О болѣе ранней литературѣ, представляющей въ настоящее время, за нѣкоторыми исключениями, о которыхъ рѣчь впереди, чисто историческій интересъ см. у Sartorius'a же, стр. 115—126.

²⁾ По отпечатаніи уже книги, получено нами Liebknecht. Vorbehaltszahlung und Eventualaufrechnung nach heute geltendem und künftigen Reichsrecht. Berlin, 1899.

Въ намѣченныхъ предѣлахъ изслѣдованіе предположено по слѣдующему плану: встрѣчный искъ въ исторіи и въ дѣйствующемъ правѣ, понятіе встрѣчнаго иска, условія его представленія, производство по встрѣчному иску, его обжалованіе и, наконецъ, общій выводъ и заключеніе.

Разработка плана въ очерченныхъ предѣлахъ приняла на столько большіе размѣры, что авторъ рѣшился, прежде окончанія всего труда, выпустить въ свѣтъ первую его половину, заключающую въ себѣ, сверхъ историческаго обзора, сильное выясненіе природы встрѣчнаго иска и, обыкновенно, едва затрагиваемой, матеріальной его стороны.



СО Д Е Р Ж А Н І Е :

	Стр.
Историческій очеркъ	1— 42
§ 1. Встрѣчный искъ въ древнегреческомъ и римскомъ процессахъ	1— 6
§ 2. Встрѣчный искъ въ средневѣковомъ церковномъ законодательствѣ	6— 7
§ 3. Встрѣчный искъ во Франціи	7— 13
§ 4. Встрѣчный искъ въ Германіи и Австріи	13— 20
§ 5. Встрѣчный искъ въ Бельгіи, Нидерландахъ, Италіи, Португаліи, Испаніи, Швейцаріи и Англии	20— 28
§ 6. Встрѣчный искъ въ Россіи	28— 42
Понятіе о встрѣчномъ искѣ	43—134
§ 1. Опредѣленіе встрѣчнаго иска	1
§ 2. Встрѣчный искъ—средство осуществленія зачета	43— 81
§ 3. Встрѣчный искъ—средство осуществленія зачета при помощи суда	81— 89
§ 4. Встрѣчный искъ—средство осуществленія на судѣ зачета, приводящаго къ исчерпывающему удовлетворенію отвѣтника	89—124
§ 5. Заключение	124—134
Предъявленіе встрѣчнаго иска	135—268
Введеніе	1
Глава I. Соответствующее требованіе для предъявленія встрѣчнаго иска	136—268
§ 1. Встрѣчный искъ и административное право	136—142
§ 2. Встрѣчный искъ и уголовное право	142—143
§ 3. Встрѣчный искъ и гражданское право. Вопросъ о зачетѣ вещныхъ требованій	143—163

II

	Стр.
§ 4. Встрѣчный искъ въ дѣлахъ о защитѣ и владѣнія . . .	168—184
§ 5. Встрѣчный искъ въ дѣлахъ о недвижимостяхъ вообще	184
§ 6. Встрѣчный искъ на почвѣ обязательственныхъ правоотношеній. Дѣла о поклажѣ	185—201
§ 7. Встрѣчный искъ въ дѣлахъ о ссудѣ	201—206
§ 8. Встрѣчный искъ въ дѣлахъ о векселяхъ	207—236
§ 9. Встрѣчный искъ въ дѣлахъ о долговыхъ требованіяхъ вообще	236—247
§ 10. Встрѣчный искъ въ дѣлахъ о доставленіи средствъ содержанія (алиментовъ)	247—265
§ 11. Заключение	265—268

Историческій очеркъ.

§ 1. Встрѣчный искъ былъ извѣстенъ въ глубокой древности. Повидимому, его зналъ греческій процессъ ¹⁾.

Несомнѣнно, встрѣчный искъ былъ извѣстенъ римскому процессу. Впрочемъ, относительно встрѣчнаго иска въ легисакціонномъ процессѣ, даже въ позднѣйшія времена его развитія, трудно сказать что-либо опредѣленное вслѣдствіе отсутствія указаній

¹⁾ Дѣло въ томъ, что у Демосфена въ рѣчахъ противъ Еверга и Мнизиула, Спудія, Апатурія, Воива упоминается объ т. н. обратныхъ искахъ (Аντιγραφῆ). Однако, производство по этимъ искамъ во всѣхъ повидимому текстахъ раздѣльное (Meier-Schoemann-Lipsius, 861—868; Dageste 158, 384 пр. 19). Неясна и подсудность: одинъ судъ, въ рѣчи противъ Воива. (Ср. Meier, — Schoemann-Lipsius, 861); два разныхъ суда въ рѣчи противъ Еверга и Мнизиула. (Ср. ib. 860 и Dageste, 158). Вообще, если нельзя сдѣлать положительнаго вывода, то и отрицательный выводъ былъ бы едва-ли умѣстенъ, такъ какъ разработка древнегреческаго процесса оставляетъ еще многого ожидать, особенно, въ виду современныхъ успѣховъ эллинистики. Что касается литературы, то въ извѣстномъ изслѣдованіи аттическаго процесса Meier-Schoemann-Lipsius утверждается, что древнегреческій процессъ зналъ встрѣчный искъ, причемъ, встр. иску отводится особая глава (Der attische Process 857—864); однако, подъ встрѣчнымъ искомъ разумѣется въ этомъ изслѣдованіи и такой искъ, который рассматривается отдѣльно и даже не въ томъ же самомъ судѣ. Выставляется особая подсудность встр. иска франц. ученымъ Desjardins, изслѣдовавшимъ вопросъ о вачетѣ и о встр. искѣ (Comptes. IX, 15—19)—возвръніе не достаточно обмотивированное. Наконецъ, переводчикъ и комментаторъ рѣчей Демосфена, извѣстный франц. юристъ — историкъ Dageste не только воздерживается отъ наименованія этихъ исковъ встрѣчными (Plaidoyers 158: action semblable; 198, 353: action réciproque), но даже, повидимому, вообще, не допускаетъ встрѣчныхъ исковъ въ древнегреческомъ процессѣ (ib. 384, пр. 18).

въ источникахъ¹⁾. Первые слѣды встрѣчнаго иска обнаруживаются въ источникахъ не ранѣе начала 1-го вѣка послѣ Р. Хр., именно, въ сочиненіяхъ извѣстнаго юриста Лабеопа и философа Сенеки. Свидѣтельство Лабеопа сохранилось, однако, не въ подлинникѣ, а въ пересказѣ Ульпіана (fr. un § 3 Dig. 2, 3 ad Ed.): Non solum autem reum, qui non ob temperavit, hoc edicto teneri Labeo ait, verum etiam petitem, т.-е. согласно съ мнѣніемъ Лабеопа, въ случаѣ нарушенія предписаній, осуждается по эдикту не только отвѣтчикъ, но и истецъ. Указаніе на осужденіе отвѣтчика даетъ право толковать этотъ текстъ въ смыслѣ встрѣчнаго иска. Но, конечно, текстъ этотъ нельзя считать за исполнѣ надежный, въ виду того, что, какъ уже сказано, онъ не сохранился въ подлинникѣ и, кромѣ того, носить отрывочный характеръ²⁾. Сенека въ трактатѣ «О благодѣніяхъ» (de Beneficiis VI, § 4—6), стремясь убѣдить въ правильности своего воззрѣнія на свойство благодѣнія, иллюстрируетъ свою рѣчь примѣромъ, представляющимъ случай судебного зачета посредствомъ иска или иначе встрѣчный искъ, причемъ, оказывается, что подобнаго рода зачетъ происходилъ «зачаскую»: ...debitori suo creditor saepe damnatur... Надо думать,

¹⁾ Въ томъ же смыслѣ Kleinfeller (Gerst. 9). Во всякомъ случаѣ едва ли возможно согласиться съ тѣми учеными, которые рѣшительно отрицаютъ встрѣчный искъ въ легисакціонномъ процессѣ, какъ Sartorius (W. Kl. 11, 12), Desjardins (Comp. 163, 164), Pollak (W. Kl. 9, 10) и Appleton (Comp. 11, 12—16, 219—221). По ихъ мнѣнію, тому долженъ былъ препятствовать самый характеръ древнѣйшей процедуры: ея строгая формальность (Sartorius, Desjardins), ея аналитическое свойство (Pollak, Appleton); разъ начатый процессъ не могъ быть видоизмѣняемъ (Desjardins); отвѣтчикъ не могъ защищаться (Sartorius и Pollak). Всѣ эти соображенія не представляются убѣдительными, такъ какъ они приводятъ къ отрицанію отдѣльныхъ фазисовъ въ развитіи древнѣйшей процедуры. Съ этой точки зрѣнія слѣдуетъ оцѣнивать и то что говорить въ столь общихъ чертахъ Гай о средствахъ защиты въ легисакціонномъ процессѣ (Gai. Inst. IV, 108). Вообще, всѣ извѣстныя соображенія contra ничуть не мѣшаютъ задаться предположеніемъ и про вѣстѣ съ Kleinfeller'омъ (Ger. 9): ist nicht einzusehen, warum das ad eundem iudicem mitti hier weniger möglich gewesen soll als im Formularprocess.

²⁾ Ср. Sartorius, W. Kl. 61. Въ смыслѣ встрѣчнаго иска толковалъ текстъ еще Куяцій. ib. 60.

что свидѣтельство Сенеки отражаетъ дѣйствительность, т.-е. воспроизводитъ практику середины 1-го столѣтія ¹⁾. Далѣе, о встрѣчныхъ искахъ упоминается въ *Institutiones oratoriae* Квинтиліана (III, 10). Разсказавъ о *mutua accusatio*, Квинтиліанъ продолжаетъ: *Cui similis erit conditio petitionum in vicem diversarum, quod accidit vel frequentissime*, т.-е. подобно тому, иски взаимные оличаются широкимъ распространеніемъ. Приходится допустить, что въ началѣ 2 столѣтія (Квинтиліанъ жилъ до 118 г. послѣ Р. Хр.) встрѣчные иски также пользовались большою популярностью среди отвѣтчиковъ ²⁾.

Вполнѣ достовѣрный и опредѣленный характеръ свидѣтельства источниковъ пріобрѣтаютъ начиная со второй половины 2-го вѣка. Таковы свидѣтельства двухъ извѣстныхъ юристовъ названной эпохи — Гая и Марцелла. Гай касается встрѣчнаго иска въ комментаріи на провинціальный эдиктъ: во-первыхъ, въ fr. 11 § 1 Dig. 2, 1 и во вторыхъ въ fr. 15 Dig. 44, 2 ³⁾. У Марцелла о встрѣчномъ искѣ говорится въ *Responsorum liber singularis* (fr. 38, pr. Dig. 17, 1).

Отъ 3 вѣка имѣется цѣлый рядъ свидѣтельствъ. Свидѣтельства эти особенно любопытны, такъ какъ на ряду съ указаніями, принадлежащими различнымъ юристамъ, являются слѣды законодательства о встрѣчномъ искѣ. Сохранились, именно, два императорскихъ повелѣнія, тракующихъ о встрѣчномъ искѣ. Одно—императора Александра Севера 229 г., помѣщенное въ Кодексѣ въ двухъ мѣстахъ:

¹⁾ Dernburg, Comp. 260 sp. со стр. 262.

²⁾ Quintilian theilt Manches aus der eigenen Praxis als Gerichtsredner mit. (Krüger, Quellen 256). Ср. также Desjardins. Comp. 166 и Appleton Comp. 222.

³⁾ Нѣкоторые ученые относятъ ко встр. иску еще слѣдующихъ два отрывка отсюда же: 1) fr. 34. Dig. 3, 3. Таково мнѣніе Sartorius'a (42, 171 и д.), Fuchs'a (Archiv f. civ. Pr. LIII, 149, пр. 1) и Pollak (9 пр. 6; 20, пр. 22). Рѣчь идетъ о правѣ на защиту прокуратор'омъ in rem suam въ слѣшкомъ неопредѣленныхъ выраженіяхъ, чтобы усматривать что либо относящееся именно ко встрѣчному иску; 2) fr. 18, § 4, Dig. 18, 6 Таково мнѣніе повидимому Lauck'a (Archiv f. civ. Pr. XII, 66, пр. 5, 7 и 68, 69) и Fuchs'a (155 пр. 18), но здѣсь отдѣльный искъ и зачетъ посредствомъ возраженія.

начало составляет l. 6, Cod. 4, 31 de compensationibus и конец l. I. Cod. 5, 21 rerum amotarum. Другое повелѣніе неизвѣстнаго года принадлежитъ Императору Гордіану и составляетъ l. 8, Cod. 4, 31 de compensationibus ¹⁾. Изъ юристовъ названнаго вѣка встрѣчнаго иска касались: Папиніанъ, Павелъ, Ульпіанъ, Марціанъ, Мацеръ и Модестинъ. Папиніанъ коснулся встрѣчнаго иска въ двухъ своихъ сочиненіяхъ: 1) въ *Quaestio-nium libri XXXVII*. Подлиннаго свидѣтельства, впрочемъ, не сохранилось, а лишь слѣдующій пересказъ въ повелѣніи императора Юстиніана 530 г. *Papinianus... in Quaestionibus suis rite disposuit, non solum iudicem de absolute-re rei iudicare, sed ipsum actorem, si e contrario obnoxius fuerit inventus, condemnare*, ²⁾, т.-е. Папиніанъ въ своихъ «Исслѣдованіяхъ» выполнѣ правильно разъяснилъ, что судья можетъ не только оправдать отвѣтника, но и присудить истца, если послѣдній, въ свою очередь, будетъ привлеченъ (къ суду). Въ виду выраженія «присужденіе истца», нѣтъ сомнѣнія, что рѣчь идетъ о встрѣчномъ искѣ ³⁾; 2) о встрѣчномъ искѣ говорится въ

¹⁾ У Мацера тамъ, гдѣ говорится о встрѣчномъ искѣ, упоминается о какихъ то императорскихъ повелѣніяхъ: *Secundum sacras constitutiones iudicatum a me petere non possis, priusquam de mea quoque petitione iudicetur*, fr. 1, § 4. Dig. 49, 8. *Macer de Appell.* т. е. въ виду импер. повелѣній нельзя съ меня требовать присужденнаго до тѣхъ поръ, пока не будетъ разрѣшенъ и мой искъ. Рѣчь идетъ не объ одномъ импер. повелѣніи, т.-е. выходить, что относительно встрѣчнаго иска, было издано по крайней мѣрѣ, два а можетъ быть и больше императорскихъ повелѣній. Одно изъ этихъ повелѣній, по всѣмъ соображеніямъ, вышеприведенное повелѣніе Александра Севера 229 г. Ср. *Gold-schmidt, Grundr.* 21, пр. 7; *Krug. Compens.* 53, 54; *Planck. Mehrch.* 93; *Fuchs, ib.* 152, пр. 7. *Appleton, Comp.* 257. Объ остальныхъ ничего не извѣстно, не смотря на ихъ большую, судя по выраженіямъ Мацера, популярность. Во всякомъ случаѣ, остается признать, что существовали и другія, касавшіяся встрѣчнаго иска узаконенія и, притомъ, по всему вѣроятію приближительно около того же времени, т.-е. или въ первую половину III вѣка или немного ранѣе. Ср. *Appleton, Comp.* 256.

²⁾ L. 14, Cod. 7, 45.

³⁾ По л л а к ъ отказывается истолковать это мѣсто: *Wie der Satz dasteht, ist er überhaupt nicht erklärbar* (W. Kl. 15). Не удивительно, что дѣлается такая натяжка: *es liegt die Möglichkeit nicht ferne, dass. Iustinian ihn mis-verstanden habe* (ib.).

подлинномъ отрывкѣ изъ сочиненія *Responsorum libri XIX*, помѣщенномъ въ fr. 18 pr. Dig. 16, 2 ¹⁾); Павелъ имѣеть въ виду встрѣчный искъ въ отрывкѣ, взятомъ изъ его сочиненія *ad Plautium* и составляющемъ fr. 22 Dig. 5, 1 ²⁾). Ульпианъ говоритъ о встрѣчномъ искѣ дважды: 1) въ отрывкѣ изъ сочиненія *de omnibus tribunalibus*, составляющемъ fr. 1. § 15. Dig. 50, 13 и 2) въ отрывкѣ, взятомъ изъ сочиненія *ad Sabinum*: fr. 7, Dig. 25, 2, ³⁾). Марціанъ

¹⁾ Вопреки *Kleinfeller's* (*Ger. 11*), на нашъ взглядъ, не относится ко встрѣчному иску отрывокъ изъ того же сочиненія, составляющій § 330, *Fr. Vaticana*, такъ какъ въ немъ рѣчь идетъ и притомъ, въ слишкомъ неопредѣленныхъ выраженіяхъ, о правахъ по защитѣ цессіонаріемъ отсутствующаго.

²⁾ Не ко встрѣчному иску а къ *iudicium duplex* относится приводимый *Plank'omъ* (*Mehr. 68, пр. 4*) fr. 25, § 3, Dig. 10, 2.

³⁾ Отрывокъ оттуда же, на который ссылается *Lauc* (*Archiv, f. civ. Pr. XII, 66, пр. 7*), именно fr. 5, § 2, Dig. 25, 1, касается не встр. иска, а зачета посредствомъ возраженія. По мнѣнію нѣкоторыхъ ученыхъ о встрѣчномъ искѣ говорится также и въ комментаріи Ульпиана на преторскій эдиктъ, именно, въ слѣдующихъ отрывкахъ: 1) въ fr. 33, § 3—5. Dig. 3, 3, по мнѣнію *Sartorius'a* (*Wid. 61*); *Kleinfeller'a* (*Ger. 11*) и *Appleton'a* (*Comp. 149, пр. 3*). Но здѣсь рѣчь идетъ о *defensio cessionaria* слишкомъ неопредѣленно для встрѣчнаго иска. Ср. *Plank*, *Mehr.*, 82 и *Dernburg*, *Comp. 256, пр. 3*; 2) въ fr. 2, § 5, Dig. 5, 1, по мнѣнію *Sartorius* (*W. Kl. 62*), *Desjardins* (*Comp. 184*) и *Kleinfeller* (*Ger. 10*). Въ отрывкѣ говорится только о т. н. *ius revocandi domum*; 3) во fr. 1, § 4, Dig. 5, 4, по мнѣнію *Goldschmidt'a* (*Grund. 21, пр. 5*), *Fuchs'a* (*W. Kl. 149, пр. 1*), *Pollak* (*W. Kl. 9, пр. 6*) и *Beth. — Hollw.* (*Civ. Proc. II, 465, пр. 48*). Здѣсь говорится о зачетѣ посредствомъ возраженія; 4) во fr. 52, § 14. Dig. 17, 2, по мнѣнію *Plank'a* (*Mehr.*, 68, пр. 4). Говорится объ одномъ и томъ же судѣ. для исковъ товарищей между собой по договору товарищества; 5) во fr. 1, § 8. Dig. 27, 4, по мнѣнію *Kleinfeller'a* (*Ger. 10, пр. 21*). Рѣчь идетъ объ искѣ опекуна, но неясно, чтобы это былъ встрѣчный искъ; 6) во fr. 9, § 2. Dig. 39, 2, по мнѣнію того же *Kleinfeller'a* (*Ger. 10; пр. 21*). Говорится о двухъ искахъ, но неясно, чтобы здѣсь былъ и встрѣчный искъ; 7) во fr. 8, § 1, Dig. 40, 12, по мнѣнію *Goldschmidt'a* (*Grund. 21, пр. 3*). Рѣчь идетъ о предъявленіи нѣсколькихъ исковъ, а не встрѣчнаго; 8) во fr. 8, § 6. Dig. 48, 17, по толкованію *Kleinfeller'a* (*Ger. 10, пр. 2*). Говорится объ interdиктномъ процессѣ и нѣтъ намека на встрѣчный искъ; 9) во fr. *Vat.* § 335, (изд. *Моммзена*), по толкованію *Kleinfeller'a* же (*Ger. 11*). Рѣчь идетъ о правѣ защиты въ слишкомъ неопредѣленныхъ выраженіяхъ.

упоминаетъ о встрѣчномъ искѣ въ отрывкѣ, взятомъ изъ сочиненія *Regularum libri V*, и составляющемъ fr. 36, Dig. 4, 3 ¹⁾). Матеръ говоритъ о встрѣчномъ искѣ въ соч. объ апелляціяхъ, (*de appellationibus*), въ отрывкѣ, составляющемъ fr. 1, § 4, Dig. 49, 8 ²⁾). Наконецъ, Модестинъ касается встрѣчнаго иска въ отрывкѣ изъ соч. *Differentiarum libri IX* и составляющемъ fr. 23, Dig. 16, 3 и 2, § 5, X. Coll. leg. mos. et rom.

Въ продолженіе IV вѣка источники безмолвствуютъ.

Первое ближайшее затѣмъ указаніе появляется не ранѣе 487 г. Именно, о встрѣчномъ искѣ упоминается въ повелѣніи императора Зенона названнаго года, составляющемъ l. 5, Cod. 7, 51 ³⁾).

Наконецъ, встрѣчнаго иска касается законодательство императора Юстиніана и, притомъ, четыре раза: 1) въ повелѣніи 529 г., составляющемъ l. 11, Cod. 4, 34 ⁴⁾); 2) въ повелѣніи 530 г., составляющемъ l. 14, Cod. 7, 45; 3) въ повелѣніи 531 г., составляющемъ l. 14, Cod. 4, 31 ⁵⁾); 4) въ 539 г. въ Новеллѣ ХСVI, гл. II ⁶⁾).

§ 2. Церковное законодательство Рима неоднократно обращало вниманіе на встрѣчный искъ ⁷⁾). Изъ *Corp. jur. can.* видно что встр. иска касались: папа Александръ III въ 1180 г.

¹⁾ Не встрѣчнаго иска, а зачета издержекъ касается отрывокъ оттуда же (fr. 40, § 1. Dig. 12, 6), приводимый Klein feller'омъ (10, пр. 21).

²⁾ Въ царствованіе Александра Севера (Appleton, *Comp.* 248, пр. 1, и 268).

³⁾ Этотъ источникъ воспроизведенъ Куяціемъ изъ Василіакъ (Sartorius, 68; Appleton, 285).

⁴⁾ Годъ по Appleton, *Comp.* 490, пр. 1.

⁵⁾ Годъ согласно Appleton'у *Comp.* 412, 484.

⁶⁾ Ср. также Auth: въ l. 14, Cod. 7, 45.

⁷⁾ Въ *Decret. Gratiani Cap. 1. causa 3, quaestio 8* приводится посланіе папы Зефиріана къ епископамъ Сициліи, въ которомъ буквально повторяется изъ l. 14 Cod. 7, 45 Юстиніана: *cujus in agendo quis observat arbitrium, eum habere etiam contra se judicem non dedignetur*. Выдержка эта отсутствуетъ въ древнѣйшихъ спискахъ Граціана и, повсему вѣроятію, вставлена однимъ изъ глоссаторовъ (Ср. Sartorius W. Kl. 79; Desjardins

(Сар. I. X. 2, 4); папа Люцій III въ 1181 г. (Сар. 10 X. 2, 13); папа Целестинъ III въ 1195 г. (Сар. 2. X. 2, 4); папа Иннокентій III въ 1206 г. (Сар. 2. X. 2 10), въ 1207 г. (Сар. 5. X. 2, 25) и въ 1208 г. (Сар. 6. X. 1, 43); папа Гонорій III въ 1222 г. (Сар. 10. X. 2, 21); папа Григорій IX въ 1232 г. (Сар. 12. X. 2, 22) и въ 1235 г. (Сар. 4. X. 2, 10); папа Иннокентій IV въ 1245 г. (Сар. 3. 1, 3) и, наконецъ, папа Климентъ V въ 1305—1316 гг. (Слем. 2. 5, 11 ¹).

§ 3. Во Франціи встрѣчный искъ появляется сначала на югѣ, т.-е. въ областяхъ т. н. писаннаго права, издавна находившихся, какъ извѣстно, подъ вліяніемъ римскаго права и потому отличавшихся большею развитостью юридическаго быта сравнительно съ сѣверомъ Франціи ²). Именно, одинъ изъ памятниковъ второй половины XIII вѣка—официальный сборникъ обычнаго права города Тулузы 1286 г., совершенно ясно трактуетъ о встрѣчномъ искѣ, чему и посвящаются четыре статьи ³). Въ виду обстоятельной обрисовки встрѣчнаго иска въ этомъ памятникѣ, представляется полное

Сомр. 221, 222; Ullrich Rec. 36; Kleinfeller Gerst. 20, 21). Между тѣмъ Goldschmidt (Grundr. 24 пр. 2) Plank (Mehrheit 351 пр. 22) и, повидимому, Kleinfeller (Gerst. 20, 21) считаютъ ее самостоятельнымъ и древнѣйшимъ источникомъ для встр. иска въ церковномъ процессѣ.

¹) Приводятся цѣликомъ у Sartorius'a W. Kl. 79—93.

²) Въ Assises de Ierusalem, т.-е. въ памятникѣ т. н. латинскаго права на Востокѣ, конца XII и второй половинѣ XIII вѣка (Assises de la cour des Bourgeois) есть одно мѣсто, трактующее о недопущеніи зачета, но, повидимому, зачета посредствомъ возраженія. Ср. Desjardins. Сомр. 246—248. Kohler. (Zeitschr. XX, 58, пр. 88), вовсе не видитъ здѣсь и зачета. Въ виду неясности текста тѣмъ удивительнѣе объясненія Kohler'омъ такого умолчанія «нерасположенностью германскаго права къ компенсаціи вообще». Насколько германское право не сочувствовало вообще компенсаціи будетъ видно дальше. Но зачислять французскіе «ассизы» въ германское право, казалось, едва ли бы могъ историкъ-юристъ, отличающійся, сравнительно съ другими нѣмецкими учеными, вообще значительно меньшею предвзятостью, въ виду преслѣдуемаго имъ культа историко-сравнительнаго метода.

³) Art. 13, 14, 19, 20 Coutumes de Toulouse, publ. par Tardif.

основаніе предположить, что на югѣ Франціи встрѣчный искъ былъ извѣстенъ гораздо ранѣе второй половины XIII вѣка. Въ областяхъ же не писаннаго права встрѣчный искъ извѣстенъ, хотя къ концу XII вѣка, но лишь въ судахъ духовныхъ. Объ этомъ свидѣтельствуеъ недавно опубликованный памятникъ юридическаго быта Нормандіи конца XII вѣка, подъ названіемъ *Practica legum et decretorum a magistro Willelmo de Longo Campo* ¹⁾; то же самое относительно XIII вѣка, подтверждается извѣстнымъ трактатомъ (*Coutumes de Beauvoisis*) Бомануара, судьи въ графствѣ Клермонъ ²⁾. Что же касается до судовъ свѣтскихъ, то въ источникахъ имѣется два совершенно противоположныхъ свидѣтельства. Съ одной стороны, изъ составленнаго судьей въ Вермандуа трактатѣ подъ названіемъ *Conseil de Pierre de Fontaines*, повидимому, явствуеъ, что встрѣчный искъ допускался въ областяхъ не писаннаго права во второй половинѣ XIII вѣка и въ судахъ свѣтскихъ ³⁾; съ другой стороны, въ вышеназванномъ трактатѣ Бомануара той же эпохи утверждается, что встрѣчный искъ въ свѣтскихъ судахъ не допускался ⁴⁾. На нашъ взглядъ противорѣчіе это легко устранить, предположивъ, что мы присутствуемъ при первыхъ попыткахъ встрѣчнаго иска проложить себѣ путь въ свѣтскіе суды. Допуская даже, что *P. de Fontaines* пропагандируетъ встрѣчный искъ во имя права римскаго, коимъ преисполненъ его трактатъ ⁵⁾, указаніе въ трактатѣ на то, что «въ нашихъ обычаяхъ» встрѣчный искъ примѣняется такой-то, а не иной, достаточно рѣшительно, чтобы заподозрить его правдоподобіе ⁶⁾. По всей вѣроятности, въ той территоріи, откуда вышелъ разсматриваемый трактатъ *Pierre de Fontaines*, попытки ввести встрѣчный искъ въ употребленіе, возбуждали сочувствіе; въ

¹⁾ Art. 80, въ изд. *Caillemet*, стр. 62.

²⁾ *Desjardins*, *Comp.* 249.

³⁾ *Ibid.* *Comp.* 248.

⁴⁾ *Ibid.* *Comp.* 249—253.

⁵⁾ *Ibid.* *Comp.* 254.

⁶⁾ Въ томъ же смыслѣ: *Paere Etudes* II, 178.

той же территории, откуда вышел трактат Beaumanoir'a, попытки эти сочувствія не возбуждали и прежде всего, въ лицѣ самого Бомануара ¹⁾.

Въ началѣ XIV вѣка встрѣчный искъ допускается судебной практикой Парижа (Coutumes notoires jugées au Châtelet de Paris ²⁾). Во второй половинѣ того же вѣка, встрѣчный искъ примѣняется въ Пуату, какъ это явствуетъ изъ трактата, составленнаго въ 1372 г. и извѣстнаго подъ названіемъ *Le Livre des droiz et commandemens d'office de justice* ³⁾. Однако, и въ концѣ XIV стол. примѣненіе встрѣчнаго иска продолжаетъ носить отрывочный характеръ, въ чемъ насъ убѣждаетъ свидѣтельство Boutillier, составителя извѣстнаго сборника т. н. *Somme rural* ⁴⁾.

Отъ XV вѣка имѣются указанія относительно встрѣчнаго

¹⁾ Извѣстный знатокъ источниковъ фр. права Viollot (Precis 158), такъ характеризуетъ Бомануара: Il n'est pas non plus esclave des usages coutumiers qu'il prétend reproduire, et il serait facile de prouver que sa Coutume est quelquefois en désaccord avec l'état réel des choses. Кроме того, и самъ Pierre de Fontaines замѣчаетъ, что у каждаго «свое собственное мнѣніе на счетъ обычнаго права» (Viollot, ib. 151). Desjardins, не довѣряя Pierre de Fontaines, соглашается съ Beaumanoir'омъ по такому основанію: не можетъ быть, что бы объ обычаяхъ Вермандау не зналъ Бомануаръ, писавшій приблизительно въ то же время» (ib. 254). Но вѣдь Бомануаръ и зная, могъ изложить по своему вкусу, что отнюдь не невѣроятно, въ виду только что приведенной характеристики Бомануара.

²⁾ Desjardins (256—259), Buche (Nouv. rev. hist d. dr. 1884, 334), и Kohler (Zeitsch XX, 61), отрицаютъ здѣсь встрѣчный искъ на томъ основаніи, что рѣчь идетъ безразлично о встрѣчномъ искѣ и зачетѣ, что не можетъ быть отождествляемо—ошибочность этого возвращенія подлежитъ разъясненію при установленіи понятія встрѣчнаго иска.

³⁾ Ст. 160 Des privileges въ изд. Beaumonts-Beaupré.

⁴⁾ Desjardins, (Сomp. 254—262), придаетъ слишкомъ широкое значеніе словамъ Boutillier: ...en cour laye n'a lieu ceste action ou on use de coutume locale, c'est-à-dire en pays coutumier. Относить эту фразу ко всѣмъ тогдашнимъ областямъ неписаннаго права рискованно, пока не выясненъ тотъ кругъ источниковъ обычнаго права, коими пользовался Boutillier. Отрицаютъ встрѣчный искъ у Boutillier также, Раере (Etudes II, 180), Kohler (Zeitschr. XX, 61) и Glasson, (Histoire VI, 522, пр. 4).

иска въ Coutumes d'Anjou et Maine (1430 и 1437 г.) ¹⁾ и, сверхъ того, въ Coutume de Bretagne (1492) ²⁾.

Въ теченіе XVI вѣка встрѣчный искъ получаетъ дальнѣйшее распространеніе ³⁾. Впрочемъ, въ нѣкоторыхъ мѣстахъ онъ все еще остается неизвѣстнымъ ⁴⁾, а въ иныхъ онъ даже явно не допускается ⁵⁾.

Въ XVII вѣкѣ былъ изданъ, какъ извѣстно, знаменитый ордонансъ о гражданскомъ процессѣ (*L'ordonnance civile du mois d'Avril 1667*). О встрѣчномъ искѣ онъ не говорилъ ни слова, если не считать довольно глухого намека въ ст. 23, tit. XI, допускающей въ апелляціонномъ судѣ *demandes incidentes*, т.-е. частныя просьбы ⁶⁾. По всей вѣроятности, встрѣчный искъ не попалъ въ Новый Уставъ, вслѣдствіе не закончившагося процесса усвоенія. И дѣйствительно, распространеніе встрѣчнаго иска, продолжаетъ идти своимъ чередомъ. Это видно изъ того, что, по свидѣтельству современниковъ, стали исчезать послѣднія немногія ограниченія встрѣчнаго иска по отдѣльнымъ территориямъ ⁷⁾, благодаря тому, что судебная дѣятельность, будучи поощряема доктриною, все болѣе и болѣе приспособлялась къ обычному праворазвитію. И вотъ, въ концѣ концовъ, по увѣренію извѣстныхъ процессуалистовъ того времени Jousse et Pigeau, встрѣчный искъ получилъ доступъ въ суды всей Франціи ⁸⁾.

Такимъ образомъ, исторія французскаго гражданскаго про-

¹⁾ Изд. Beauteemps - Beaupré, 2 и 4 томъ.

²⁾ Desjardins, Comp. 327.

³⁾ Desjardins, Comp. (327—328), Buche въ *Nouv. rev. hist. d. dr.* 1884, 384; Kohler въ *Zeitschr.* XX, 61, 62.

⁴⁾ Desjardins Comp. 328.

⁵⁾ Desjardins Comp. 327. Kohler *Zeitschr.* XX, 60, 63.

⁶⁾ Jousse, извѣстный комментаторъ названнаго ордоннанса, поясняетъ, что въ ст. рѣчь идетъ о *demandes accessoires et dependantes de ces mêmes appellations*. *Nouv. Comm.* I, 266. Ср. Desjardins Comp. 348.

⁷⁾ Desjardins Comp. 340, 341. Kohler въ *Zeitschr. f. d. Civilpr.* XX, 66, 64.

⁸⁾ Ср. Desjardins Comp. 342.

цесса представляет постепенное, начиная съ юга усвоеніе встрѣчнаго иска, причемъ, столь долгая постепенность этого усвоенія объясняется разнообразіемъ въ судопроизводствѣ отдѣльных мѣстностей, или, точнѣе, неодинаковостью уровня развитія процессуальнаго быта въ различныхъ областяхъ Франціи ¹⁾.

При разработкѣ Code de proc. civ. въ проектѣ, составленномъ кассационнымъ судомъ, предполагалось посвятить встрѣчному иску цѣлый рядъ статей, именно, десять. Государственный Совѣтъ, однако, при разсмотрѣніи проекта, почти что всѣ статьи о встрѣчномъ искѣ отринулъ и въ то же время, не замѣнилъ ихъ новыми ²⁾. Въ результатѣ, въ Code de proc. civ. всего одна статья относится къ встрѣчному иску, и, притомъ, страннымъ образомъ къ встрѣчному иску во второй инстанціи, (ст. 464). Однимъ словомъ, встрѣчный искъ намѣренно или не намѣренно почти забытъ въ законодательствѣ 1806 г. ³⁾. Пробѣлъ этотъ былъ восполненъ и то до известной степени во первыхъ въ 1838 г., (Loi du 11 Avril sur les tribunaux civils de première instance, art. 2; Loi du 25 Mai sur les justices de paix, art 7 et 8) затѣмъ, въ 1840 г. въ видахъ согласованія съ производствомъ коммерческихъ судовъ (Loi du 3 Mars sur les tribunaux de commerce, внесенный въ Code de commerce въ ст. 639) и, наконецъ, законами 1886 г.

¹⁾ Desjardins (Comp. 287, 245, 262) и Glasson (Nou. rev. hist 1881, 499) не допускаютъ встрѣчный искъ въ областяхъ не писаннаго права раньше XVI стол. Изъ предшествующаго видно, насколько основательно это возвращеніе, а слѣдовательно и послѣдующее утвержденіе Desjardins: C'est qu'il y eut en notre matière de propre à notre ancien droit, ce fut uniquement l'obstination avec laquelle il rejetta... la reconvention. Мало того, по мнѣнію Desjardins же (329) и въ XVI вѣкѣ встрѣчный искъ будто бы допускался только въ видѣ исключенія. Kohler (Zeitschr. XX, 58—64) хотя и даетъ историческій очеркъ, но очеркъ этотъ слишкомъ отрывоченъ. Отрывоченъ и Glasson (Histoire VI, 522).

²⁾ Desjardins Comp. 491.

³⁾ Desjardins Comp. (493, 494), пытается убѣдить, что встрѣчный искъ,

(Loi du 18 Avril sur la procéd. en matière de divorce, ¹⁾ и 1893 г. (Loi du 6 Fevrier portant modification au regime de la separation de corps) ²⁾. Вообще встр. искъ въ современномъ франц. процессѣ развитъ преимущественно судебной практикой и доктриной.

Въ началѣ 1894 г. въ Палату Депутатовъ внесены два правительственныхъ проекта реформы гражданскаго процесса, представляющіе результатъ тянувшагося, начиная съ 1862 г., пересмотра дѣйствующаго судебна-гражданскаго законодательства. Проекты эти выработаны образованною при министерствѣ юстиціи комиссіею. Одинъ проектъ—уст. гражд. судопр. ³⁾, другой—закона объ организаціи и вѣдомствѣ мировыхъ судей ⁴⁾.

вовсе не игнорируется Code. Встрѣчный искъ, утверждаетъ Desjardins по Code разумѣется какъ частная просьба (demande incidente) и потому допущеніе и встрѣчнаго иска, подобно допущенію вообще частныхъ просьбъ, явится отъ суда. Чтобы составители Code совнательно провели подобнаго рода постановку, вовсе не вытекаетъ изъ смысла имѣющихся въ нашемъ распоряженіи матеріаловъ. По мнѣнію Раере (Etudes II 188) игнорированіе объясняется желаніемъ составителей оставить въ силѣ обычную практику. Объясненіе также голословное. Ср. еще Desjardins ib. 491, 492, гдѣ приводятся тѣ же объясненія предшествующихъ писателей и Gamaïn Dem. госп. 95—102, вновь приводящаго все тѣ же объясненія. Ср. еще Garçonnet Cours I, 625, 630.

¹⁾ Ст. 289, 248 Code civil.

²⁾ См. предшеств. прим. Законъ напечатанъ у Sirey Recueil. 1893 (отдѣлъ Lois, стр. 480).

³⁾ Projet de loi portant revision du Code de procédure civile (Renvoyé à la commission de la réforme judiciaire), présenté par A Dubost, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice. (Chambre des Deputés, Session de 1894 № 596). Образованная при Мин. Юст. комиссія слишкомъ затянула свои работы. Явилось опасеніе насчетъ благополучнаго завершения и потому было рѣшено передать все дѣло въ руки немногихъ опытныхъ лицъ. Согласно любезному сообщенію къ автору этой книги профессора парижскаго юридическаго факультета г. Э. Глассона, проектъ устава доконченъ имъ т. е. проф. Глассономъ, проф. Гарсонне и совѣтникомъ кассационнаго суда Баромъ.

⁴⁾ Projet de loi sur les justices de paix (Organisation et compétence) (Renvoyé à la Commission de la réforme judiciaire), Présenté par A. Dubost garde des Sceaux, Ministre de la Justice. Chambre des Deputés, Session de 1894 № 466.

Проектъ Устава восполняетъ пробѣлъ дѣйствующаго законодательства ¹⁾, предлагая вмѣстѣ съ тѣмъ, распространить на встрѣчный искъ правила о частныхъ производствахъ ²⁾, и притомъ, съ правилъ о встрѣчныхъ искахъ начать главу о частныхъ производствахъ ³⁾; сверхъ того, оставить безъ измѣненія единственное упоминаніе дѣйствующаго законодательства о встрѣчномъ искѣ, т.-е. ст. 464 Code ⁴⁾. Надо замѣтить, что проектируемыя предписанія цѣликомъ придерживаются редакціи, выработанной проектами предшествующихъ комиссій ⁵⁾. Проектъ, касающійся мирового суда, ограничивается почти что дословнымъ повтореніемъ законодательства 1838 г. ⁶⁾.

§ 4. Первые свѣдѣнія о встрѣчномъ искѣ въ германскомъ процессѣ идутъ также отъ XIII вѣка ⁷⁾. Встрѣчный искъ повидимому

¹⁾ . . . demandes reconventionnelles, sur lesquelles il n'existe pas de règles legales formelles. *Projet*, p. 68.

²⁾ Les regles de procédure tracées pour les demandes incidentes seront appliquées aux demandes reconventionnelles. *Projet*, 68.

³⁾ Livre II (Des tribunaux inferieurs), titre XVI (des demandes reconventionnelles et des demandes incidentes), 5 статей (Проекта, стр. 251, 252).

⁴⁾ Reproduit textuellement l'art. 464, du Code de procéd. *Exposé des motifs* стр. 87. Ср. art. 14, livre III. Проекта стр. 282. Въ новой редакціи статья 464—единственное отличіе отъ проекта министерства юстиціи проекта, составленнаго и представленнаго въ концѣ 1893 г. въ Палату Депутатовъ тремя слѣдующими депутатами: Dupuy - Duteyron, Brisson et Pourquerey de Boisserin (Chambre des députés. Annexe au procesverbal de la séance du 9 déc. 1893, № 127. (Ср. стр. 19 и 119 послѣдняго проекта).

⁵⁾ La commission de l'ancienne legislature a approuvé sans réserves le texte que nous proposons. *Projet. Exposé des motifs*, стр. 69.

⁶⁾ Ср. подлинныя слова составителей: Ces articles se bornent à reproduire, en les completant, les articles 7, et 8, de la loi du 15 mai 1838 (*Exposé des motifs* 14). Ср. art. 16 и 17 названнаго проекта, стр. 25, 26. Парламентская комиссія, образованная 8 февр. 1894 г. для разсмотрѣнія поступающихъ въ палату предложеній о реформѣ гражд. процесса, въ отчетѣ своемъ (Chambre des Députés. Annexe au procesverbal de la séance du 17 mars, 1894, № 548) ни въ чемъ не отступаетъ отъ проекта, представленнаго Министерствомъ юстиціи (Ср. ib. 36, 37).

⁷⁾ Pollak (W. Kl. 69) утверждаетъ, что въ виду однообразія содержанія наиболѣе раннихъ кодификацій и послѣдующихъ слѣдуетъ допустить встрѣчный искъ еще въ VIII вѣкѣ. Утвержденіе совершенно голословное, об-

извѣстенъ: Саксонскому зеркалу ¹⁾, Швабскому зеркалу ²⁾, Статуту короля Генриха 1231 г. ³⁾; наконецъ, статутамъ городовъ Гамбурга ⁴⁾ и Любека ⁵⁾.

Въ XIV вѣкѣ о встрѣчномъ искѣ говорится въ стату-тахъ г. Бремена 1303 г. ⁶⁾.

Въ XV вѣкѣ встрѣчнаго иска касаются: обергессенскій уставъ судопроизводства 1497 (G. Ord. f. Oberhessen ⁷⁾) и статутъ г. Вормса 1498 г. (Wormser Reformation ⁸⁾).

Отъ XVI вѣка имѣется цѣлый рядъ достовѣрныхъ свидѣ-тельствъ ⁹⁾. Во-первыхъ, встрѣчнаго иска касается имперское законодательство: въ 1507 г. (Kammergerichtsordnung zu Regensburg I, § 18 ¹⁰⁾, 1555 г. Kammergerichtsordnung zu Augsburg II, 4 § 16; III, 30 ¹¹⁾). Во-вторыхъ, встрѣчный искъ регулируется различными мѣстными законодательствами ¹²⁾.

наруживающее, вмѣстѣ съ тѣмъ, вполне своеобразное пониманіе процесса развитія впродолженіи цѣлыхъ 5 вѣковъ промежутка.

¹⁾ I, 60 § 2 и 3; III, 12 § 1 и 79 § 3 Ср. тексты у Sartorius'a W. Kl. 96, 98. Вовсе не касается встр. иска содержаніе ст. 31 книги I, приводимая тѣмъ же ученымъ (ib. 94). Впрочемъ, и самъ Sartorius помѣщаетъ эту статью, вѣроятно, въ виду сопровождающей ее глоссы XV вѣка. Ср. еще Kleinfeller'a Ger. 25 пр. 66.

²⁾ 89. Приводится цѣликомъ у Sartorius'a W. Kl. 100, 101.

³⁾ Приводится цѣликомъ у Kleinfeller'a Ger. d. W. Kl. 25 пр. 67

⁴⁾ у Fuchs'a R. d. W. Kl. Archiv 52, 168 пр. 51; ср. также Plank. Ger. ver. I, 83, 84.

⁵⁾ У Fuchs'a, ib. 168 пр. 52. Ср. также Plank, ib. У Pollak'a безъ ближайшаго опредѣленія времени изданія дѣлается ссылка на статутъ Госслара (W. Kl. 70 пр. 25; 78 пр. 106 и 80 пр. 112, 113), Магдебурга (ib. 84 пр. 123); Фрейбурга (ib. 71 пр. 96) и, сверхъ того, на Schoffenbuch v. Brünn (ib. 71 пр. 96; 72 пр. 100 и 79 пр. 108. Ср. также Renaud Lehrbuch d. Civilproc. 88 пр. 2).

⁶⁾ У Fuchs'a, ib. 168 пр. 53.

⁷⁾ Pollak, 96 пр. 135.

⁸⁾ Fuchs, ib. 171 пр. 58. Pollak, ib. 99 пр. 141; 109 пр. 159.

⁹⁾ Въ прежнихъ изслѣдованіяхъ, начиная съ этого только времени, допускался встр. искъ въ германскомъ правѣ. Ср., напр., Goldschmidt, Lauck.

¹⁰⁾ Bergmann, Corpus iuris iudic. civ. germ. 34.

¹¹⁾ Sartorius, W. Kl. 103.

¹²⁾ Приводятся у Sartorius'a (ib. 104—106), у Fuchs'a (ib. 167 пр.

Въ XVII вѣкѣ встрѣчнаго иска снова касается имперское законодательство: въ 1603 г. (Konzept der R. g. O. II, 4 § 19; III, 33) ¹⁾, въ 1654 (Reichsabschied § 46) ²⁾, а также неоднократно законодательство мѣстное ³⁾.

Изъ памятниковъ XVIII вѣка, слѣдуетъ указать на регулирующие встрѣчный искъ болѣе или менѣе обстоятельно: уставъ судопроизводства Курбранденбурга 1709 г. (die erste Kommergerichtordnung Kurbrandenburgs ⁴⁾), затѣмъ уставы судопроизводства Баваріи 1753 г. (Codex juris bavarici iudicarii 8 § 1) ⁵⁾, Пруссіи 1793 г. (Allg. Gerichtsordn. I, 19, § 16, 17) ⁶⁾ и наконецъ, на австрійское законодательство (Allgem. Ger. Ordn. 1781 г. § 62 и Westgalizische Ger. Ordn. 1796 г. § 52 и д.) ⁷⁾

Партикулярное законодательство Германіи истекающаго столѣтія, т.-е. законодательство періода до образованія Германской Имперіи признавало и регулировало встрѣчный искъ, исключая законодательство кобургское 1858 г., которое вовсе не допускало встрѣчный искъ, допуская, однако же, зачетъ посредствомъ возраженія, съ присужденіемъ излишка отвѣтчику (Coburger gesetz, die Verbesserung des Civilprocessverfahrens betreffend ⁸⁾). За этимъ любопытнымъ исключеніемъ, встрѣчный искъ признавался и болѣе или менѣе обстоятельно разрабаты-

49, 168 пр. 52, 172 пр. 58, 186 пр. 90 и 187), у Kleinfeller'a (ib. 31 пр. 68) и у Pollak'a (ib. 96 пр. 135, 98 пр. 137, 138, 139 и 99 пр. 140, 141 и 142).

¹⁾ Sartorius, W. Kl. 103.

²⁾ Bergmann, Corp. ius iur. iudic. 147,

³⁾ у Sartorius (ib. 106, 107), Dernburg, Comp. 271). Fuchs (ib. 167 пр. 49, 168 пр. 51, 169 пр. 54, 172 пр. 58 и 187) и Pollak (ib. 96 пр. 185, 97 пр. 136 и 99 пр. 140, 141).

⁴⁾ Въ изд. Hassenpflug'a 1896 г. О другихъ мѣстныхъ законодательствахъ ср. Dernburg, ib. 271 и Fuchs, ib. 167, 169 пр. 54 и 172 пр. 58.

⁵⁾ Sartorius W. Kl. 107, 108.

⁶⁾ Renand, Lehrb. 89 пр. 10 и 11; Kleinfeller Ger. d. W. Kl. 31, 32,

⁷⁾ Canstein. Lehrbuch I, 398; II, 32, 148, Ullmann das oest Zivilprozessrecht., 68, 69. Pollak W. Kl. 116.

⁸⁾ Fuchs, ib. 174. Renand, Lehrb. 90 пр.

вался законодательствами: Бадена 1831 г. (Proc.-Ordn. f. das Grossherz. Baden ¹⁾), Брауншвейга 1850 г. (С. Р. О. v. Braunschweig) ²⁾), Ганновера 1850 г. (Bürgl. С. Р. О. v. Hannover) ³⁾), Ольденбурга 1857 г. (Oldenburger. Р. О.) ⁴⁾), Липпе 1859 г. (Lippesche Gesets.) ⁵⁾), Любека 1862 г. (Lübecker С. Р. О.) ⁶⁾), Мейнингенский 1862 г. (Meininger С. Р. Gesetz.) ⁷⁾), Бадена 1864 г. (Badische С. Р. О.) ⁸⁾), Виртемберга 1868 г. (Württemberg. С. Р. О.) ⁹⁾ и Баварии 1869 г. (Р. О. in bürgerl. R. Streitigkeiten f. das Königreich Bayern.) ¹⁰⁾.

Дѣйствующее законодательство Германіи воспроизводитъ съ нѣкоторыми измѣненіями постановленія о встрѣчномъ искѣ проектовъ судебно-гражданское реформы: прусскаго 1864 г., сѣверогерманскаго 1870 г. и имперскихъ перваго проекта 1871 г., втораго проекта 1872 и третьяго 1874 г. О встрѣчномъ искѣ говорится въ Учрежденіи судебныхъ установленій 1877 г. (Gerichtsverfassungsgesetz), въ Уставѣ гражданского судопроизводства того-же года (Civilprozessordnung), въ Положеніи о судебныхъ сборахъ 1878 г. (Gerichtskostengesetz) съ измѣненіями по закону 1881 г. и, наконецъ, въ Правилахъ 1879 о вознагражденіи повѣренныхъ по судебнымъ дѣламъ г. (Gebührenordnung für Rechtsanwälte). Въ Учрежденіи судебныхъ установленій о встрѣчномъ искѣ говорится въ седьмой главѣ при опредѣленіи круга вѣдомства отдѣленій по торговымъ дѣламъ (Kammern für Handelssachen) въ четырехъ статьяхъ

¹⁾ Sartorius, ib. 108—111. Ср. также Wetzell, System 845 пр. 87.

²⁾ Fuchs, ib. 173.

³⁾ Fuchs, ib. 173. Ср. также проектъ Гессенскаго устава, 1856 на который ссылается Kleinfeller, ib. 33.

⁴⁾ Fuchs, ib. 173.

⁵⁾ Fuchs, ib. Ср. также проектъ Баварскій 1861 г., на который ссылается Fuchs, ib. 173.

⁶⁾ Fuchs, ib.

⁷⁾ Fuchs, ib. 174.

⁸⁾ Fuchs, ib. 173. Ср. также Саксонскій проектъ 1866 г. Fuchs, ib. 174.

⁹⁾ Fuchs, ib. 174.

¹⁰⁾ Kleinfeller, ib. 87. Необходимо болѣе обстоятельное усвоеніе мѣст-

(ст. 102—105). Въ Уставѣ гражд. судопроизводства о встрѣчномъ искѣ говорится въ восемнадцати статьяхъ. Въ книгѣ первой (Общія Положенія): 1) въ отдѣлѣ первомъ (судъ) въ главѣ первой (предметная подсудность) въ ст. 5-ой и въ главѣ второй (мѣстная подсудность), въ ст. 33-й; 2) въ отдѣлѣ второмъ (стороны) въ главѣ четвертой (повѣренные) въ ст. 77 и въ главѣ шестой (обезпеченіе иска) въ ст. 102 и въ 104; 3) въ отдѣлѣ третьемъ (производство) въ главѣ первой (словесное состязаніе) въ ст. 136. Въ книгѣ второй: 1) въ отдѣлѣ первомъ (производство въ земскихъ судахъ) въ главѣ первой (производство до рѣшенія) въ ст. 251, 253, 254, затѣмъ, въ главѣ второй (рѣшеніе) въ ст. 273 и въ 293 и въ главѣ третьей (заочное рѣшеніе) въ ст. 312; 2) въ отдѣлѣ второмъ (производство въ участковыхъ судахъ) въ ст. 467. Въ книгѣ третьей (средства обжалованія) въ отдѣлѣ первомъ (апелляція) въ ст. 491. Въ книгѣ пятой (производство по документамъ и векселямъ) о встрѣчномъ искѣ упоминается въ ст. 558. Въ книгѣ шестой (дѣла брачныя и о законномъ прещеніи): 1) въ отдѣлѣ первомъ (производство въ дѣлахъ брачныхъ) въ ст. 574,

наго матеріала источниковъ по исторіи процесса, чѣмъ это дѣлается въ литературѣ. Что, напр., говорится о мѣстныхъ источникахъ въ извѣстномъ изслѣдованіи о встрѣчномъ искѣ Sartorius'a (W. Kl. 104): Niemand wird bezweifeln, dass es hier unthunlich und unzweckmässig sei, sich in eine Erzählung der verschiedenen Landesgesetze, Statuten, Ordnungen und Ortsrechte, so weit sie die W. Kl. betreffen, einzulassen. Doch mögen einige wenige Auszüge als Proben hier einen Platz einnehmen. Итакъ, вмѣсто цѣльной разработки изложеніе по «образцамъ». Отрывочна историческая картина и въ новѣйшихъ нѣмецкихъ трудахъ о встрѣчномъ искѣ. Вообще, нельзя не признать, что до сихъ поръ къ германской процессуальной литературѣ примѣнима характеристика, сдѣланная извѣстнымъ историкомъ-юристомъ Stobbe еще въ 1864 г. (Gesch. der d. R. Q. II 256 пр. 1): Für die Geschichte des Civilprocesses ist noch ausserordentlich viel zu thun. Die Lehrbücher und die meisten Monographien des Civilprocesses pflegen sich, selbst wenn sie die Absicht haben, rechtshistorisch zu Werke zu gehen, auf die Bestimmungen des röm. und canon. Rechts, der Reichskammergerichts und der Hofrathordnungen zu beschränken und die in grosser Zahl erhaltenen particulären Gerichtsordnungen fast ganz unberücksichtigt zu lassen. Und doch ist in ihnen ein ausserordentlich reiches Material enthalten für die Geschichte des Prozesses.

575, 576, 578 и 587) и 2) въ отдѣлѣ второмъ (производство о законномъ прещеніи) въ ст. 608. Въ Положеніи о судебныхъ сборахъ о встрѣчномъ искѣ говорится въ отдѣлѣ второмъ (сборы въ гражданскихъ дѣлахъ) въ ст. 11 и 30, въ отдѣлѣ четвертомъ (сборы въ уголовныхъ дѣлахъ) въ ст. 70 и въ отдѣлѣ шестомъ (предварительный взносъ, *Kostenvorschuss*) въ ст. 81, 85 и 94. Въ Правилахъ о вознагражденіи повѣренныхъ по судебнымъ дѣламъ о встр. искѣ говорится въ отдѣлѣ второмъ (правила для гражданскихъ дѣлъ) въ ст. 10.

Въ 1896 г. опубликованы предположенія составителей Гражданскаго Уложенія о нѣкоторыхъ измѣненіяхъ въ уст. гражд. судопр. Измѣненія эти, получившія силу закона 17 мая 1898 г., имѣютъ быть введены въ дѣйствіе въ 1900 г. Изъ числа измѣненій нѣкоторыя касаются статей Устава, трактующихъ о встр. искѣ (статей 136, 293, 467, 491, 575, 576, 578, 587 или, въ новой нумераціи статей: 145, 322, 506, 529, 615, 616, 618, 633).

Австрійскій проектъ уст. гражд. судопр. 1876 г. почти что повторялъ дореформенное законодательство ¹⁾. Иное освѣщеніе вопросъ о встрѣчномъ искѣ получилъ при разработкѣ послѣдняго Проекта устава. Проектъ этотъ былъ внесенъ въ палату представителей Министромъ Юстиціи въ 1893 г. ²⁾, получилъ силу закона 1 августа 1895 г. и введенъ въ дѣйствіе въ 1898 г. Новое австрійское процессуальное законодательство касается встр. иска въ восьми статьяхъ, изъ коихъ одна статья приходится на уставъ судебно-гражданской власти и о вѣдомствѣ гражданскихъ судовъ (*Jurisdiktionsnorm*) и остальные шесть на уставъ гражданскаго судопроизводства (*Civilprozessordnung*). Въ первомъ уставѣ (*Jurisdiktionsnorm*) о встрѣчномъ искѣ говорится во второй части, трактующей о вѣдомствѣ по спорнымъ дѣламъ (*Von der Gerichtsbarkeit in Streitsachen*),

¹⁾ Loening, W. Kl. 6 стр. 4.

²⁾ 687 и 688 der Beilagen zu den stenogr. Protokollen des Abgeordnetenhauses, XI Session 1898. Regierungsvorlage.

въ отдѣлѣ второмъ о подсудности территориальной или мѣстной (oertliche Zuständigkeit) въ § 96 ¹⁾, озаглавленномъ подсудность встрѣчнаго иска (Gerichtsstand der Widerklage). Во второмъ уставѣ (Civilprozessordnung) о встрѣчномъ искѣ говорится въ первой, второй и четвертой части устава. Въ первой части, трактующей объ общихъ положеніяхъ, о встрѣчномъ искѣ говорится въ первомъ и въ третьемъ отдѣлахъ. Въ первомъ отдѣлѣ, трактующемъ о тяжущихся, о встрѣчномъ искѣ говорится въ шестой главѣ о средствахъ обезпеченія (Sicherheitsleistung), въ двухъ (§ 57, 60), изъ всего числа статей трактующихъ объ обезпеченіи судебныхъ издержекъ (Sicherheitsleistung für Prozesskosten). Въ третьемъ отдѣлѣ, трактующемъ о словесномъ состязаніи, о встрѣчномъ искѣ говорится во второй главѣ о состязаніи сторонъ и объ управленіи производствомъ (Vortraege der Parteien und Prozessleitung) въ одной изъ статей (§ 188) ²⁾, трактующихъ объ управленіи производствомъ со стороны самой коллегіи (Processleitung durch den Senat). Во второй части, трактующей о производствѣ въ судахъ первой степени (Verfahren vor den Gerichtshofen erster Instanz), о встрѣчномъ искѣ говорится въ отдѣлѣ первомъ и въ отдѣлѣ второмъ. Въ отдѣлѣ первомъ о производствѣ до постановленія рѣшенія (Verfahren bis zum Urteil) о встрѣчномъ искѣ говорится въ главѣ первой въ одной изъ статей (§ 233) ³⁾, трактующихъ о процессуальномъ состояніи дѣла (Streitanhängigkeit). Въ отдѣлѣ второмъ о постановленіяхъ суда (Urteile und Beschlüsse), о встрѣчномъ искѣ говорится въ одной изъ статей (§ 391) ⁴⁾, трактующихъ о частичномъ рѣшеніи (Teilurteil) и, сверхъ того, въ статьѣ (§ 411) ⁵⁾, трактующей о законной силѣ рѣшенія (Rechtskraft des Urteiles). Въ четвертой части о встр. искѣ

¹⁾ § 97 Проекта.

²⁾ § 204 Проекта.

³⁾ § 244 Проекта.

⁴⁾ § 407 Проекта.

⁵⁾ § 427 Проекта.

говорится въ первомъ отдѣлѣ объ апелляціи (Beaufung) въ одной статьѣ (§ 482). ¹⁾,

§ 5. Встрѣчный искъ допускается въ настоящее время, насколько намъ извѣстно, всѣми законодательствами Западной Европы романо-германскаго происхожденія. Среди таковыхъ, слѣдуетъ обратить вниманіе на регулировку встрѣчнаго иска законодательствами Бельгіи, Голландіи, Италиі, Португаліи, Испаніи, Швейцаріи и Англии.

Первоначально въ бельгійскомъ Уставѣ гр. судопр., также какъ и во французскомъ (въ Бельгіи, какъ извѣстно, получило силу цѣликомъ законодательство французское начала истекающаго столѣтія), одну только статью (464) можно было толковать въ пользу встрѣчнаго иска, но и то касательно второй инстанціи. Бельгійское законодательство послѣдовало за французскимъ и въ дальнѣйшей урегулировкѣ, именно, въ законѣ 1841 г. (Loi du 25 mars) воспроявляющемъ также чуть не цѣликомъ законы французскіе 1838 и 1840 г. ²⁾. Засимъ, въ концѣ 60-хъ и въ началѣ 70-хъ гг. былъ предпринятъ общій пересмотръ устава гражд. судопр. Въ проектѣ встрѣчному иску отводился рядъ статей въ книгѣ первой объ общемъ порядкѣ судопр. въ судахъ первой степени (Procédure ordinaire en première instance), въ отдѣлѣ V о случайностяхъ въ производствѣ (des incidents), въ спеціальной главѣ (III) о встрѣчныхъ искахъ (Des demandes reconventionnelles) ³⁾. Результатомъ этихъ работъ явился въ отиѣну закона 1841 г. законъ 1876 г. (Loi contenant le titre I du livre préliminaire du Code de proc. civ. ⁴⁾), представляющій собою часть будущаго новаго устава — первый отдѣлъ во вступительной книгѣ (Livre préliminaire), трактующій о подсудности въ дѣлахъ спорныхъ (De la compétence en matière contentieuse)

¹⁾ § 504. Проекта.

²⁾ Ра еге Etudes II, 286.

³⁾ Brocher, Projet d'un code въ Rev. delegisl. 1870, 610 Ра еге Etudes II, 202.

⁴⁾ Delecoourt, Codes belges. Complement 80 пр. 2 и 81—86.

Въ этомъ законодательномъ актѣ три статьи трактуютъ о встрѣчномъ искѣ: одна статья (37) въ отдѣленіи второмъ, въ главѣ первой о подсудности предметной и двѣ статьи (50, 52) въ главѣ второй о подсудности территориальной.

Въ Уставѣ Гражд. Судопроизводства Нидерландовъ встрѣчному иску посвящено четыре статьи (250—253), всѣ—въ книгѣ первой, трактующей о судопроизводствѣ вообще, въ главѣ третьей (о производствѣ въ судахъ первой степени и въ высшихъ судахъ на правахъ судовъ первой степени), въ отдѣлѣ одиннадцатомъ (о встрѣчномъ искѣ ¹).

Въ италіанскомъ Уст. Гражд. Судопр. о встрѣчномъ искѣ говорится въ четырехъ статьяхъ (100—102, 381) книги первой о порядкѣ и формѣ судопроизводства (*dell' ordine e della forma dei giudizi*). Три первыя статьи (100—102) принадлежатъ главѣ второй, отдѣлу первому о подсудности (*della competenza*) отдѣленію третьему о подсудности по связи и принадлежности дѣлъ (*Della competenza per connessione o continenza di causa*). Четвертая статья (381) принадлежитъ главѣ четвертой о производствѣ, отдѣленію двѣнадцатому о заочномъ производствѣ (*Disposizioni speciali ai giudizi contumaciali* ²).

Въ португальскомъ Уставѣ Гражд. Судопр. 1876 г. о встрѣчномъ искѣ говорится въ пяти статьяхъ (331—335) въ книгѣ второй, трактующей о производствѣ въ судахъ первой степени (*Do processo nos tribunaes de primeira instancia*) въ отдѣлѣ второмъ о случайныхъ производствахъ (*Dos incidentes das causas em geral*) въ главѣ шестой (*Da reconvenção* ³).

Въ испанскомъ Уставѣ Гражд. Судопр. 1881 г. о встрѣчномъ искѣ говорится въ восьми статьяхъ: 1) въ книгѣ первой, трактующей о предписаніяхъ, общихъ спорному и охранительному судопроизводствамъ (*Disposiciones comunes a la jurisdic-*

¹) Ср. франц. перев. Tripels. (*Les codes neerlandais*) стр. 493 и 494.

²) *Codice di procedura civile*. Частное изд. Paravia Torino, стр. 49 и 105.

³) *Codigo do processo civil*, Lisboa 1892 г. (Частное издание) стр. 134—135.

cion contentiosa y a la voluntaria) въ главѣ второй о вѣдомствѣ суда въ отдѣлѣ первомъ (общія положенія) въ ст. 55, и въ отдѣлѣ второмъ (правила о подсудности) въ ст. 63, 4; 2) Въ книгѣ второй (о спорномъ производствѣ) въ титулѣ второмъ объ общихъ судахъ, въ главѣ второй о судѣ на большую сумму, въ отдѣленіи третьемъ (о литисконтестаціи, о встр. искѣ (reconveccion), репликѣ и дубликѣ) встрѣчному иску посвящены три статьи (ст. 542 — 544) и въ главѣ третьей о судѣ на небольшую сумму, о встрѣчномъ искѣ говорится въ ст. 688—690 *inclusiv* ¹⁾).

Въ Швейцарскомъ законодательствѣ слѣдуетъ обратить вниманіе на Уставъ Гражд. Судопр. Женевы и на Законы о производствѣ по гражданскимъ дѣламъ въ союзномъ судѣ. Уставъ Гражд. Судопр. Женевы, созданный подъ вліяніемъ французскаго законодательства, въ первоначальномъ своемъ видѣ также умалчивалъ о встрѣчномъ искѣ. О встрѣчномъ искѣ упоминается въ послѣдующихъ измѣненіяхъ и дополненіяхъ именно, въ 1832 г. (art. 64 et 65 de la loi sur l'organisation judiciaire du 1816, modifié le 5 Dec. 1832 ²⁾) и въ 1874 г. (art. 5 de la loi modifiant l'organisation judiciaire et la compétence des justices de paix du 21 Oct. 1874 ³⁾). Въ 1850 г. изданъ законъ о производствѣ по гражданскимъ дѣламъ въ союзномъ судѣ (Bundesgesetz über das Verfahren bei dem Bundesgerichte in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten), трактующій о встрѣчномъ искѣ въ пяти статьяхъ (91, 98, 99, 102 и 192) ⁴⁾. Законъ этотъ исправленъ и дополненъ новымъ союзнымъ закономъ 1893 г. объ организаціи союзной юрисдикціи (Bundesgesetz über die Organisation der Bundes rechtspflege vom 22

¹⁾ Ley de enjuiciamiento civil. Edicion oficial. Madrid 1881. Стр. 19, 135, 136, 169.

²⁾ Bellot, Exposé, 621.

³⁾ Ib., 659.

⁴⁾ Reichel. Das Bundesgesetz über die Organisation der Bundes rechtspflege, 218—221, 247, 248.

März, въ которомъ въ одной изъ статей (60) идетъ рѣчь также о встрѣчномъ искѣ ¹⁾).

Въ Англии встрѣчный искъ явился недавно, послѣ реформы 1873 г. ²⁾).

§ 6. Встрѣчный искъ былъ извѣстенъ древнерусскому процессу. Первые указанія источниковъ восходятъ къ концу XIV вѣка ³⁾. Именно, въ одной изъ статей Псковской судной грамоты читаемъ: или который истецъ пошлется въ бою ⁴⁾ на послуха, а на которомъ сочатъ станетъ слаться на своего послуха а ркучи: тотъ мене самъ билъ съ тымъ своимъ послухомъ, а нонеча на невожъ шлется; ино тотъ послухъ въ послухъ,

¹⁾ Reichel. ib.; 65, 66.

²⁾ Schuster Bürgerl. Rechtspflege in England 100 — 108. Ср. также Franqueville. Système judic. de la grande Bretagne, II, 94.

³⁾ Въ принадлежащемъ первой половинѣ XIV вѣка сводѣ правилъ для нѣмецкаго торговаго двора въ Новгородѣ или въ т. н. скрѣ (ср. вообще объ этихъ крайне важныхъ для исторіи отечественнаго юридическаго быта, вовсе еще не использованныхъ нашими учеными, памятникахъ новѣйшее изслѣдованіе знатока ганзейской исторіи проф. Frensdorff'a: das statutarische Recht der deutschen Kaufleute in Nowgorod.-Göttingen 1889) въ ст. 32 читаемъ: Zeihet ein Mann einen andern des Diebstahls oder des Raubes und wird der den man dessen zeihet, nichtdarin ergriffen, er magsich dessen entlegen mit seine einen Hand auf den Heiligen und will er, so mag er eine Widerklage gegen ihn anstellen, dass er ihn mit Unrecht beschuldigt habe; dann soll der wëlcher ihn beschuldigt hat, ihn bessern anderhalb Marksilber. т. е. если кто либо уличаетъ другаго въ кражѣ или разбоѣ, и уличаемый не пойманъ, то можетъ себя очистить одною своею рукою (поднятіемъ ея) къ Святому, и, если хочетъ, можетъ начать оборотный искъ противъ него въ томъ, что онъ несправедливо его обвинялъ; въ такомъ случаѣ, тотъ, кто его обвинялъ, долженъ ему заплатить подторы марки серебра. (Оба перевода ваяты изъ изслѣдованія проф. Андреевскаго о договор. Новгород. съ нѣмецк. городами и Готландомъ, СПб. 1855, стр. 58). Оборотный искъ, какъ видно, вчиняется за безчестье вслѣдствіе недобросовѣстнаго обвинения. Несомнѣнно, что русскій переводъ проф. Андреевскаго правилъ нѣмецкаго. Оборотный или обратный искъ не то, что встрѣчный искъ. Между тѣмъ нѣмецкое Widerklage (Widersculdigen нижненѣмецкаго подлинника) и есть терминъ, именно, для встрѣчнаго иска, т. е. для иска, производящагося совмѣстно съ первоначальнымъ.

⁴⁾ Чтеніе проф. Владимірскаго - Буданова (Христ. I, 186). Проф. Энгельманъ (Пск. Грам. 138) читаетъ въ «чемъ».

котораго на судѣ нанмянують ¹⁾, т.-е., если истецъ пошлется на послуха, а отвѣтчикъ (въ свою очередь) сошлется на своего послуха, говоря: тотъ (истецъ) меня самъ билъ съ тѣмъ послухомъ, а теперь на него же ссылается, — тотъ считается послухомъ, котораго признаетъ (въ этомъ качествѣ) судъ ²⁾. Въ отвѣтъ на искъ за побои, отвѣтчикъ въ свою очередь ищетъ съ истца побоевъ, что можетъ быть выведено изъ выраженій «тотъ мене самъ билъ». Во всякомъ случаѣ, текстъ допускаетъ и такое толкованіе. Нельзя же требовать вполне опредѣленнаго языка отъ памятниковъ того времени. Однимъ словомъ, названный текстъ можетъ быть объясняемъ въ пользу обоюдности требованій и, кромѣ того, одновременности производства по обоимъ требованіямъ ³⁾. Допущеніе встрѣчнаго иска представится, наконецъ, тѣмъ болѣе вѣроятнымъ, если не упускать изъ виду общую развитость гражданскаго быта во Псковѣ означеннаго времени ⁴⁾. Въ періодъ до начала

¹⁾ 23 Псков. судн. грам. (Владимірскій-Будановъ Христом. I, 136).

²⁾ Переводъ Влад.-Буд. (Христ. ib Ср. также у Энгельмана ib 133.

³⁾ Встр. искъ, усматриваютъ здѣсь также Энгельманъ (ib 134) и Владимірскій-Будановъ (ib 136, пр. 66).

⁴⁾ Ср. Н. Л. Дювернуа, Источники права 220, 307. Владимірскій-Будановъ усматриваетъ встрѣчный искъ также въ слѣдующей статьѣ Псковской судной грамоты: А подсудѣдникъ на государя ссудья или иного чего водно искати. А которому съ кимъ сушлетка была записью или закладомъ и потомъ тотъ человекъ, которой въ записи былъ, или закладъ закладывалъ кому, да оучнетъ на томъ же чего искать, ссудья, или вблуденя, или иного чего, по доскамъ, или по торговли, ино судити судомъ по псковской пошинѣ. (108 Псковск. судн. грам. Влад.-Будан. христ. I, 163, 164). Влад.-Будановъ объясняетъ эту статью такъ: если отвѣтчикъ по записи или по закладу сдѣлается самъ истцомъ (по встрѣчному иску), по доскамъ или торговому долговому обязательству, то послѣдній искъ не отвергается. Скорѣе всего въ статьѣ этой рѣчь идетъ просто объ искахъ, вытекающихъ изъ договора найма (аренды) недвижимости и объ ихъ толкованіи. О первоначальномъ же искѣ нѣтъ и помину, такъ какъ единственно возможный намекъ въ словахъ «на томже... искать» — кажется, надо разумѣть въ смыслѣ указанія на другою контрагенту. Впрочемъ, и Влад.-Будановъ, подъ встрѣчнымъ искомъ разумѣетъ здѣсь, очевидно, не тотъ искъ, о которомъ говоритъ при толкованіи ст. 23. Именно, въ рассматриваемомъ текстѣ статьи, судя по выраженіямъ его перевода, рѣчь идетъ объ

XVI вѣка, встрѣчный искъ былъ извѣстенъ, кромѣ того,

искъ, предъявляемомъ особо отъ первоначальнаго иска. Однимъ словомъ, Влад.-Будановъ подъ встр. искомъ разумѣетъ вообще всякій искъ, предъявляемый не только настоящимъ, но и бывшимъ отвѣтчикомъ по первоначальному дѣлу къ настоящему и бывшему истцу по первоначальному дѣлу. Существуетъ еще мнѣнiе, что о встрѣчномъ искѣ упоминаетъ и Новгородская судная грамота 1471 г. Именно, Пановъ и Влад.-Будановъ усматриваютъ встрѣчный искъ въ слѣдующей статьѣ. А въ которомъ дѣлѣ позоветь истецъ истца, а поищеть своего дѣла, а будеть тому истцу до своего истца дѣло: ино ему позвать своего истца, а поискать ему онного жъ дѣла; а иныхъ позововъ на него не класти въ иномъ дѣлѣ, ни новгородцевъ не научивати безъ хитрости по крестному цѣлованью, доколѣ тѣ суды кончають. (18. Новгор. судн. грам. Влад.-Буд., Христ. I. 175). Кунницынъ объясняетъ эту статью такъ: Когда отвѣтчикъ съ третьимъ лицомъ самъ имѣлъ тяжбу: то сдѣланный на него позовъ, до рѣшенiя его собственнаго иска, оставался безъ дѣйствiя. Но по окончанiи онаго, уже никто другой не могъ начать съ нимъ новаго дѣла, доколѣ отсроченное не было рассмотрѣно и приведено къ окончанiю (истор. суд. 122). Пановъ объясняетъ такъ: если, говорить онъ, вслѣдствiе предъявленнаго истцомъ иска будеть сдѣланъ вызовъ къ суду отвѣтчика, которому встрѣтится дѣло съ третьимъ лицомъ, то ему (первому отвѣтчику) не воспрещается позвать къ суду своего отвѣтчика (второй отвѣтчикъ) и искать на немъ по своему дѣлу; судьямъ же воспрещается вызывать его (перваго отвѣтчика), который въ этомъ встрѣчномъ искѣ является истцомъ къ отвѣту по другимъ суднымъ дѣламъ (которыя они сами могли имѣть съ нимъ) или научать новгородцевъ къ предъявленiю на него новыхъ исковъ, до тѣхъ поръ, пока они (судьи) не кончатъ уже начатыхъ ими двухъ судныхъ дѣлъ этого лица (т. е. перваго отвѣтчика. (Грамм. 286). Въ свою очередь Влад.-Будановъ толкуетъ такъ: Если кто позоветь другого къ суду, то этотъ послѣднiй (т. е. отвѣтчикъ) можетъ предъявить искъ къ своему истцу (т. е. встрѣчный), но только искъ объ одномъ дѣлѣ, пока тѣ суды кончають надлежащiе судьи, онъ не долженъ научивать Новгородцевъ (т. е. возбуждать ихъ на своего истца. (Христ. I, 175, стр. 9). Выраженiя «ино ему позвать своего истца, иныхъ позововъ не класти въ иномъ дѣлѣ... указываютъ, какъ намъ кажется, что рѣчь идетъ, именно, объ особомъ процессѣ, вчинаемомъ посредствомъ вызова къ суду и слѣдовательно вовсе не противъ первоначальнаго истца, а противъ своего вообще, должника или отвѣтчика. По всей вѣроятности, статья эта имѣетъ въ виду такой случай: послѣ начала дѣла, отвѣтчику по этому дѣлу оказывается необходимымъ вызвать своего отвѣтчика. Второе дѣло откладывается до рассмотрѣнiя перваго. Пока оба дѣла не будутъ рассмотрѣны, не допускается новый вызовъ къ суду. Однимъ словомъ, здѣсь не имѣется въ виду ни встрѣчный искъ противъ первоначаль-

въ судопроизводствѣ Сѣверозападнаго края и Царства Польскаго ¹⁾).

Вполнѣ явственно встрѣчный искъ выступаетъ впервые въ памятникахъ середины XVI вѣка. Такъ въ Царскомъ судебникѣ 1550 г. читаемъ:..... а будетъ тотъ отвѣтчикъ, не ходя съ суда, противъ на немъ взыщеть ²⁾; или въ Стоглавѣ: «искати встрѣшно» ³⁾).

Цѣлый рядъ указаній содержится въ памятникахъ XVII вѣка. Такъ, въ Указной книгѣ земскаго приказа говорится объ «искати встрѣшно» и, притомъ трижды, (1623, 1625 и 1642 гг.) ⁴⁾. Цѣнные указанія о производствѣ по встрѣчному иску заключаются въ сохранившейся записи дѣла суднаго по займу и жалобѣ на безчестье между иностранцами Антономъ Томсономъ и Елизаромъ Ролантомъ 1646 декабря 3—1648 ноября 3 ⁵⁾. О встрѣчномъ искѣ говорится неоднократно въ Уложеніи царя Алексѣя Михайловича; именно, въ главѣ X, въ ст. 180; въ главѣ XII въ ст. 3 ¹⁾; въ главѣ XIII въ

наго истца (Влад.-Будановъ), ни встрѣчный (?) искъ къ третьему лицу (Пановъ). Непонятно также почему Куницынъ за начальную беретъ тяжбу отвѣтника съ третьимъ лицомъ? По толкованію Панова, встрѣчный искъ должно усматривать въ слѣдующихъ еще статьяхъ той-же грамоты: а кто на комъ пощеть наѣзда или грабежа въ земномъ дѣлѣ, они судити напередъ наѣздъ и грабежъ, а о земли послѣ судъ. А кои истецъ похочетъ искать наѣзда или грабежа и земли вдругъ, ино другому истцю ему отвѣчать (Исслѣд., § 46, 47 стр. 298, 299). Изъ текста вовсе не слѣдуетъ какъ это утверждаетъ Пановъ, чтобы искъ о нарушеніи владѣнія предъявлялся въ видѣ встрѣчнаго. На нашъ взглядъ, смыслъ статьи таковъ: дѣла о владѣніи не должны быть смѣшиваемы съ дѣлами о правѣ собственности развѣ-бы о томъ просить тяжущійся.

¹⁾ Ср. Горбачевскаго: Словарь древне-актоваго языка сѣверо-западнаго края и Царства Польскаго стр. 298: Resolventio p. rekonwensua, взаимная жалоба, взаимный позывъ, когда сторона, пованная къ суду, надѣется оправдать себя и доказать причиненныя ей взаимныя обиды.

²⁾ Ст. 30 Царск. Судебн. (Влад. Буд. II, Христ. II, 134)

³⁾ Наказн. Списки Стоглава 1551 г. въ изд. Бѣляева, 9.

⁴⁾ Влад.-Буд., Христом., III, 126, 129, 167.

⁵⁾ Акты, относящ. до юрид. быта древней Россіи, I, № 104, стр. 634—666.

⁶⁾ Ср. часть 3 ст. XXXI Указа 1642 г. изъ указной книги земскаго приказа.

ст. 2 ¹⁾; въ главѣ XVIII въ ст. 32; въ главѣ XXIII въ ст. 2. Встрѣчнаго иска касается Тарханная грамота Иверскому монастырю 1668 г. октября 26 ²⁾. О встрѣчномъ искѣ упоминаетъ отсрочная въ разбирательствѣ по дѣламъ суднымъ 1670 г. марта 14 ³⁾. Въ уцѣлѣвшей книгѣ суднымъ дѣламъ и пошлинамъ 1671 г. занесено четыре случая предъявленія встрѣчнаго иска ⁴⁾. Наконецъ, встрѣчнаго иска касаются еще два слѣдующихъ указа: указъ 1672 г. генваря 28 о рѣшеніи въ одномъ помѣстномъ приказѣ исковъ духовныхъ и свѣтскихъ особъ патриаршаго вѣдомства, также домовыхъ патриаршихъ служителей и вотчинныхъ крестьянъ ⁵⁾ и указъ 1682 г. ноября 17 о правѣжѣ иска по исковой челобитной сходно съ приставною памятю и нечиненіи взысканія по тѣмъ челобитнымъ, которыя не показаны въ приставной памяти ⁶⁾.

Къ концу XVII и въ началѣ XVIII вв., гражданскій судъ оказывается въ крайне незавидномъ положеніи. Правительство борется съ затрудненіями, которыя противопоставляютъ правосудію тяжущіеся, а также судебныя органы. Судя по цѣлому ряду мѣропріятій, тяжущіеся всячески уклонялись отъ явки въ судъ ⁷⁾, или же, умыленно ослож-

¹⁾ Ср. предшествующее примѣчаніе.

²⁾ Полн. Собр. Зак., I, № 438.

³⁾ Акты, отн. до юрид. быта древней Россіи, II, № 223, стр. 652, 653.

⁴⁾ Акты, относящ. до юрид. быта древн. Россіи, II, № 129 стр. 84, 85, 88.

⁵⁾ Полн. Собр. Зак., I, № 505.

⁶⁾ Полн. Собр. Зак., I, № 968.

⁷⁾ Это явствуетъ, прежде всего, изъ извѣстныхъ судебныхъ статей о порядкѣ судопроизводства и о взысканіи проѣзжей и волокиты 1685 г. ноября 4 (Полн. Собр. Зак., I, № 1140) и, въ особенности, изъ указа того-же 1685 г. декабря 23 о обвиненіи безъ суда истцовъ и отвѣтчиковъ, которые къ суду въ два мѣсяца не явятся и о взысканіи съ исковъ ихъ пошлинъ на виноватомъ (Полн. Собр. Зак., I, № 1146). Затѣмъ, въ слѣдующемъ-же 1686 г., издается снова цѣлыхъ три указа: генв. 19, о взысканіи подписокъ съ истца и отвѣтника въ томъ, что они будутъ на положенный имъ срокъ досуживаться, и о взысканіи исковъ и пошлинъ съ того, кто сего не исполнитъ (Полн. Собр. Зак., I, № 1156); февр. 23, объ отписаніи въ казну.

няли производство посторонними дѣлу разсужденіями и

у тяжущихся части имѣнія, если они, давъ подписку явиться на срокъ, или представить вѣрности, будутъ отъ того уклоняться (Полн. Собр. Зак., I, № 1165); марта 4, о помѣщеніи въ просьбахъ объ отсрочкѣ, что если кто изъ тяжущихся на срокъ къ суду не явится, то будетъ обвиненъ (Полн. Собр. Зак., I, № 1172). Въ слѣдующемъ 1688 г., марта 27, опять новый указъ: о обвиненіи истцовъ и отвѣтчиковъ, пропустившихъ срокъ для явки въ судъ къ окончанію дѣла (Полн. Собр. Зак., I, № 1290). Въ 1690 г. продолжающееся уклоненіе отъ явки обнаруживается изъ двухъ указовъ: 1) мая 26 (Полн. Собр. Зак., I, № 1377):.... тяжущихся безъ суда винить по новоположеннымъ статьямъ, если будетъ просрочка по истеченіи 30-дневнаго срока, со дня записи при ставной памяти для истца и поручной записи для отвѣтника; 2) ноября 30 (Полн. Собр. Зак., I, № 1386): ... Винить безъ суда, если по истеченіи 30 дней, со дня отпѣтки поручной записи который-либо изъ тяжущихся не явится ... и отъ того челобитникомъ чинится волокита и суднымъ дѣламъ продолженіе... Уклоненія отъ явки къ суду превосходятъ по прежнему и впоследствии времени. Ср. сказку отсрочн. 1692 г., іюля 16: .. а будетъ кто изъ нихъ на ... срокъ къ суду не станетъ, и тому въ томъ же иску быть виновату и безъ суда ... (Акты отно. до—юр. б. др. Россіи, III, № 842, стр. 353). Ср., затѣмъ, указъ 1697 г.: ... по челобитнымъ отвѣтчиковъ допрашивать въ приказахъ предъ судьями, а въ городѣхъ въ приказныхъ избахъ Воеводамъ ... и собрать по отвѣтчикѣ поручную запись, что ему ставится въ приказѣ во вся дни до вершенія того дѣла, а безъ указа никуда не съѣзжать... (Полн. Собр. Зак., I, № 1576). Указъ 1699 г.: ... отвѣтчиковъ сыскивать самихъ... для допросу... а если, ставъ, отвѣтчики будутъ просить, въ томъ отвѣтъ дать сроку... давать не болѣе недѣли съ запискою, а въ запискѣ д. б. оговорка на счетъ неавки ... если отвѣтчикъ не явится ... въ иску и безъ допросу обвинить ... а если по упрямству не станетъ отвѣчать ... держать въ приказѣ 7 дней, а затѣмъ ... обвинить безъ допроса... тоже... истцу, если не будетъ ходить по иску недѣлю... (Полн. Собр. Зак., I, № 1737). 1700 г.: объ отписаніи дворовъ, помѣстій и вотчинъ у помѣщиковъ для удовлетворенія истцовъ за непредставленіе къ суду оговорныхъ людей въ теченіе мѣсяца (Полн. Собр. Зак., I, № 1761). Того же года: осылкѣ солдатъ дворцоваго караула для сыска и представленія въ судный приказъ отвѣтчиковъ и для высканія съ нихъ пошлинныхъ денегъ и истцовыхъ исковъ (Полн. Собр. Зак., I, № 1790). Того же года: ... и по тѣмъ челобитнымъ отвѣтчиковъ сыскивать, и въ искахъ допрашивать тотчасъ; а сроковъ имъ въ томъ не давать ... а будетъ которыхъ отвѣтчиковъ вскорѣ не сыщутъ: и тѣ истцовъ исковыя челобитныя печатать (Полн. Собр. Зак., I, № 1806). 1718 г.. о высканіи съ помѣщика истцова иска, проѣсти и волокитъ за непоставку по данной имъ сказкѣ своего крестьянина къ ровыску (Полн. Собр. Зак., I, № 2670).

требованиями 1). Несомнѣнна волокита и со стороны судебно-

1) Ср. указъ 1697 г. о замѣнѣ судовъ и очныхъ ставокъ ровыскомъ: ... въ приказахъ суды и очныя ставки отставить для того, что въ судѣхъ и въ очныхъ ставкахъ отъ истцовъ и отвѣтчиковъ бываетъ многая неправота и лукавство и ищутъ многіе истцы ноковъ своихъ затѣвая напрасно, также и отвѣтчики въ прямыхъ искѣхъ отвѣчаютъ неправдою жъ составными вымыслы своими и лукавствомъ, хотя тѣми составными затѣйными отвѣты прямыхъ исковъ напрасно отбыть, забывъ страхъ Божій; а иные истцы и отвѣтчики, для такихъ-же своихъ коварствъ и неправды, нанимаютъ за себя въ судѣ и въ очныя ставки свою братью и Воарскихъ людей ябедниковъ и составщиковъ-же воровъ и душевредцевъ, и за тѣми ихъ воровскими и ябедническими и составными вымыслы и лукавствомъ въ вершеніи тѣхъ дѣлъ правымъ и малолѣтнымъ людямъ во оправданіи чинится многая волокита и напрасныя харчи и убытки и разоренье, а виннымъ, что довелось ... по указу и по уложенію учинить указъ, отъ того отбывательство и продолженіе, а ябедникомъ и ворахъ поживки (Полн. Собр. За к., I, № 1572). Того-же года: .. по... челобитнымъ отвѣтчиковъ допрашивать ... предъ судьями, къ тѣмъ допросамъ истцу и отвѣтчику въ тожъ время приложить руки ... а прикладывать истцу къ отвѣтчиковымъ допроснымъ рѣчамъ руки, для того, чтобы отвѣтчикъ тѣхъ допросныхъ рѣчей послѣ того какимъ вымысломъ не перемѣнилъ. (Полн. Собр. За к., I, № 1576). 1699 г.: ... противъ истцова челобитья отвѣтчиковъ допрашивать судьямъ передъ собою, потому вѣдомо Ему Великому Государю учинилось, что отвѣтчики противъ истцова челобитья спорныхъ дѣлъхъ приносятъ допросы и сказки, составя въ домѣхъ своихъ, и въ тѣхъ своихъ допросѣхъ и въ сказкахъ, отбывая вины своей, пишутъ инныя постороннія дѣла, хотя себѣ противъ истцова челобитья оправданіе принести и челобитные его оспорить или къ безчестью пригнать; и для того указалъ Великій Государь впредъ у отвѣтчиковъ такихъ допросовъ на писаніи и сказокъ за руками не принимать, а допрашивать судьямъ передъ собою противъ истцова челобитья, въ чемъ кто на кого бьетъ челомъ; а постороннихъ словъ, которые къ тому дѣлу не приличны, ничего не писать; а буде истцу или отвѣтчику доведется говорить въ улику, и истцу уличать его въ тожъ время, какъ отвѣтчикъ очиститъ челобитную, а отвѣтчику какая на истца улика говорить, очиститъ челобитную на словахъ-же съ подлинною вѣдомостью (Полн. Собр. За к., I, № 1679). 1700 г. О писаніи въ исковыхъ прошеніяхъ и отвѣтахъ на оныя прямого дѣла: отвѣтчиковъ смыскивать, и въ искахъ допрашивать тотчасъ; и сроковъ имъ въ томъ не давать и говорить имъ въ допросахъ, противъ тѣхъ исковыхъ челобитенъ прямое-жъ дѣло, а лишняго и про инныя дѣла ничего не говорить; а истцамъ, послѣ тѣхъ отвѣтчиковъ допросовъ, улики говорить по прежнему... указу. А будетъ отвѣтчики стануть бить челомъ, чтобъ имъ истцову неправую улику уличать-же: и имъ на ту улику велѣть говорить прямое-жъ дѣло; а будетъ которыхъ отвѣтчиковъ вскорѣ не сыщутъ: и тѣ истцовъ исковыя челобитныя печатать, чтобъ отвѣтчики тѣхъ челобитенъ не смотрѣли, для того, чтобъ они, отвѣт-

должностныхъ органовъ, именно, судебныхъ приставовъ ¹⁾, чиновъ судебныхъ канцелярій ²⁾, а также самаго суда ³⁾. Въ концѣ концовъ, все это должно было привести къ попыткѣ перестроить судъ на новый ладъ съ цѣлью достиженія возможно большей энергіи и быстроты въ процессуальныхъ дѣйствіяхъ. Таково происхожденіе и смыслъизвѣстнаго указа о формѣ суда 1723 г. ноября 5 ⁴⁾. И вотъ, стремясь порѣшить съ судебнымъ неустройствомъ, добиваясь, вообще, болѣе скорого отправленія правосудія, законодатель совершенно послѣдовательно не могъ не отнестись враждебно и къ осложненію производства посредствомъ предьявленія встрѣчнаго иска. Это явствуетъ изъ слѣдующаго постановленія названнаго указа: ...Когда станутъ честь первой пунктъ, тогда отвѣчать словесно, а письменнаго отвѣта отнюдь не принимать (а для памяти записку, почему отвѣчать, въ рукахъ тогда имѣть не запрещается) на оной только, а не на всѣ, и не только посторонняго, но ниже о другихъ пунктахъ говорить, ниже обличать отвѣтчику того, кто бьетъ челомъ или доносить въ какихъ его противныхъ дѣлахъ, кромѣ того пункта обоемъ, т.-е. отвѣтчику и истцу... но только свое дѣло

чики, вымысломъ своимъ въ допросахъ своихъ, сверхъ исковыхъ челобитенъ, ничего не прибавляли (Полн. Собр. Зак., I, № 1806). 1716 г. Изъ Воинскаго Устава (I, IV, 2.) ... Когда... (отвѣтчикъ) въ судѣ жалобу челобитчикову услышитъ, того-жъ часу явственно отвѣтствовать. При семъ примѣчанія достойно есть, что ежели дѣло пространно есть и вышепомянутые оба пожелаютъ жалобы и отвѣтъ письменно подавать, въ которыхъ кромѣ сущаго дѣла ничего инаго содержано не будетъ, что онымъ позволяется и въ крикскретай (Полн. Собр. Зак., I, № 3006).

¹⁾ 1689 г.: ...поручныя записки собирать съ отвѣтчиковъ не замоччавъ... (Полн. Собр. Зак., I, № 1363). 1690 г.: поручныя записки съ отвѣтчиковъ собирать приставамъ безволокитно (Полн. Собр. Зак., I, № 1386).

²⁾ К. П. Побѣдоносцевъ. Ист. изсл. и статьи, 236—247.

³⁾ 1685 г.: ... судьямъ давать суды безъ мотчанья и волокиты ... (Полн. Собр. Зак., I, № 1140). 1713 г.: ... о побужденіи со стороны Расправной Палаты чтобы судьи рѣшали дѣла безволокитно (Полн. Собр. Зак., I, № 2710). 1714 г.: ... «и когда въ полгода невршатъ»... (Полн. Собр. Зак., I, № 2865).

⁴⁾ Полн. Собр. Зак., I, № 4844.

очищать противъ пунктовъ ¹⁾). Подчеркнутыя выраженія, несомнѣнно относятся и ко встрѣчному иску, который, такимъ образомъ, отнынѣ ни въ какомъ случаѣ не долженъ былъ подлежать принятію въ гражданскихъ судахъ ²⁾). Извѣстно, однако, что указъ 1723 г. не имѣлъ успѣха. Не цѣлесообразность и недостаточность его предписаній привели къ тому, что «въ практикѣ старались постоянно болѣе и болѣе уклоняться отъ формы суда, обращаясь къ прежнему ревизіонному или слѣдственному порядку» ³⁾). Тѣмъ не менѣе указъ о формѣ суда, не смотря на цѣлный рядъ попытокъ къ его отмѣнѣ ⁴⁾, сохранялся въ силѣ до самаго послѣдняго времени, именно, до 1892 г. ⁵⁾, но уже въ качествѣ узаконенія касающагося не суда общаго, а суда исключительнаго, или суда для особенныхъ случаевъ ⁶⁾).

Понятно, что и послѣдующая судьба встрѣчнаго иска должна была находиться въ тѣсной зависимости отъ новаго направленія, по какому пошла процессуальная жизнь. Слѣдовательно, и недопущеніе встрѣчнаго иска, должно было сдѣлаться изъ общаго исключительнымъ т.-е. практикуемымъ, какъ надо ду-

¹⁾ Гл. п. 2.

²⁾ Такъ понято было постановленіе это и впоследствии составителями Свода Законовъ. Тотъ-же смыслъ у Кавелина (Ист. 289). Ср. также Кужольникъ (Гр. пр. II, 148). По мнѣнію-же Карновича (Суд. Вѣстн.) указомъ о формѣ суда предписывалось принимать встр. иски по очисткѣ всѣхъ пунктовъ челобитной истца. Гдѣ-же говорится объ этомъ въ указѣ?

³⁾ Зап. ст.-секр. гр. Влудова 1858 стр. 7. Ср. также Журналъ Соед. Деп-овъ Гражд. и Зак. 1857—1859 гг. о главныхъ началахъ по проекту нов. уст. гражд. суд., представленному II отдѣленію Соб. Его Вел. Канц. тр. 16, 17. Ср. также Кавелинъ, Ист. 299, 300, 304 и Малышевъ, Курсъ III, 179.

⁴⁾ Начиная съ 1764 г. См. только что прив. зап. ст. Секр. гр. Влудова.

⁵⁾ Собр. узакон. и распоряж. прав. 1892 г. № 150, ст. 1286.

⁶⁾ Въ Сводѣ Зак. указъ о формѣ суда отнесенъ къ сокращенному словесному порядку (Журн. Соед. Деп., 1857—1859 стр. 16, 17) и фигурируетъ подъ рубрикой «судопроизводство по особеннымъ родамъ тяжбъ и исковъ», (глава 17 Разд. V, книги VI част. I зак. гр. над. 1832 г. Ср. у Проф. Неволгина, который въ своихъ лекціяхъ гражд. судопр., читавшихся въ Пет. универс., излагалъ о судѣ по формѣ такъ: (Программа преподав., СПб., 1847 г.). Разд. I — общій порядокъ; Разд. II — судопр. по дѣл. казен.; Разд. III — о производствѣ дѣлъ судовъ по формѣ, указомъ 1723 г. установленной.

мать, въ видѣ изыятія—по стольку, по скольку приходилось примѣнять указъ 1723 г.; что же касается до обыденныхъ случаевъ судопроизводства, то, въ связи съ возвращеніемъ къ производству по прежнимъ указамъ, казалось бы, должно было сохраниться на прежнемъ основаніи и право предьявленія встрѣчныхъ исковъ. Однако, если въ общемъ указъ о формѣ суда не имѣлъ уснѣха, то, по крайней мѣрѣ то, что въ немъ говорилось объ устраненіи изъ разбирательства постороннихъ дѣлу обстоятельствъ, и требованій оказалось рѣшающимъ и для дальнѣйшихъ судебъ встрѣчнаго иска. Въ качествѣ явленія, осложняющаго производство, встрѣчный искъ, не могъ быть терпимъ въ разсматриваемое время, ибо продолжается неустанная борьба тяжущихся, продолжаютъ прилагаться всевозможныя старанія къ оттягиванію производства. И вотъ издается снова рядъ узаконеній, представляющихъ въ общемъ повтореніе тѣхъ ограниченій относительно всего посторонняго дѣлу, которыя, въ качествѣ общей мѣры, были преподаны въ указѣ 1723 г. ¹⁾. Не трудно теперь объяснить себѣ то, на первый взглядъ, странное явленіе, что вплоть до Св. Законовъ встрѣчный искъ

¹⁾ Въ 1738 г. Пр. Сен. были затребованы свѣдѣнія изъ судебныхъ мѣстъ о затрудненіяхъ при судопроизводствѣ въ виду неимѣнія точныхъ указовъ ...Во время суда какія отъ истцовъ и отвѣтчиковъ въ неочисткахъ исковыхъ челобитенъ, также въ уликахъ и оправданіяхъ остановки и споры чинятся (Полн. Собр. Зак., I, № 7486). Въ 1753 г.: ...лишняго ничего не писать, также и другихъ лишнихъ дѣлъ, кромѣ своей обиды и что кому лежитъ къ оправданію и свидѣтельству не принимать.. (Полн. Собр. Зак., I, № 10155). Въ 1761 г.:..... рѣчи тяжущагося, признанныя судомъ къ дѣлу не принадлежащими, записываются въ ту-же тетрадь, съ оговоркою, что они постороннія и съ рукопривладствомъ истца и отвѣтчика .. Вообще, подтверждается указъ 1723 г. о томъ, чтобы ничего лишняго и посторонняго не принимать и незаписывать (Полн. Собр. Зак., I, № 11181). Новое подтвержденіе въ томъ же смыслѣ указа о формѣ суда въ 1764 г. (Полн. Собр. Зак. I, № 12240). Дальнѣйшее подтвержденіе по поводу одного судебного казуса см. въ 1801 г. (Полн. Собр. Зак., I, № 19802). Сверхъ того, вотъ что читаемъ въ Сводѣ Законовъ, дѣйствовавшихъ въ Малороссіи въ XVII—XVIII вв, и извѣстныхъ подъ названіемъ права, по которымъ судится малороссійскій народъ, въ главѣ 8, въ артикулѣ 23, въ пунктѣ 1: Если-бы отвѣтчикъ, въ какомъ дѣлѣ отвѣтствуя въ судѣ и отступя отъ того дѣла, другое

какъ будто исчезъ изъ нашего законодательства, объ немъ какъ будто позабыли, не смотря на цѣлый рядъ законодательныхъ мѣръ, занимавшихся урегулированіемъ судопроизводства; въ теченіе всего этого времени о встрѣчныхъ искахъ безмолвствуетъ и судебная практика ¹⁾, и литература ²⁾. Однимъ словомъ, нельзя не признать, что въ періодъ до Свода Законовъ встрѣчный искъ, очевидно, не допускался и не допущеніе это является естественнымъ результатомъ всей процессуальной обстановки того времени. Дѣйствительно, вплоть до изданія Свода Законовъ о встрѣчномъ искѣ говорится только въ проектахъ переустройства гражданского процесса. Такъ, напр., въ проектѣ новаго Уложенія, разработавшагося законодательною комиссіею 1754—1766 гг. одна глава была посвящена встрѣчному иску (встрѣчный судъ) ³⁾. Затѣмъ, въ проектѣ уст. гр. судопр. Комиссіи Составленія Законовъ, внесенномъ на разсмотрѣніе Гос. Сов. въ 1814 г. о встрѣчномъ искѣ говорилось въ двухъ статьяхъ ⁴⁾. Понятно,

что новое затѣялъ, хотячи въ судѣ помѣшать или дѣло тое пресѣчь и волокиту челобитчикову здѣлать, таковыхъ новыхъ рѣчей судѣ слушать и принимать не имѣеть, но, оставивъ оные, чинить челобитчику сп раведливость во его челобитью и вершить дѣло по правамъ. Постановление, заимствованное изъ Литовскаго статута. Ср. К и с т я к о в с к і й, Права etc., стр. 187, 188). Трудно сказать въ точности когда именно явилось это воспрещеніе, такъ какъ не установлено какой редакціи статута принадлежитъ приведенная статья. По всей вѣроятности, въ болѣе ранней редакціи встрѣчный искъ допускался, согласно съ общимъ ходомъ развитія этого процессуальнаго явленія. Ср. Н о в а к о в с к і й, Очеркъ лит. суд. § 63 и 66 съ § 47, а также съ вышепр. прим. 1 на стр. 26.

¹⁾ Въ томъ-же смыслѣ и Карновичъ (ib.): замѣчательно ... что въ Сборникѣ рѣш. Пр. Сената не попадаетъ ни одного примѣрнаго дѣла, касающагося встр. исковъ.

²⁾ Ср., напр.: Разсужденіе о прошеніяхъ и жалобахъ, подаваемыхъ въ правит. и судебн. мѣста и тѣмъ лицамъ, кои по законамъ принимать оныя должны. СПб., 1811. Казалось-бы, что въ книгѣ, изданной съ практической цѣлью о встр. искѣ что нибудь должно было быть сказано, а между тѣмъ нѣтъ и намека.

³⁾ См. В. Н. Л а т е и н а, Законод. комиссія, 140.

⁴⁾ §§ 126, 127 части 1 (Архивъ Госуд. Совѣта т. IV, 1.)

что съ урегулированіемъ сѣизнова производства тѣсно связанъ вопросъ и о допущеніи встрѣчныхъ исковъ: встрѣчный искъ потому и допускался проектами, что при надлежащей, цѣлостно проведенной, организаціи правосудія встрѣчный искъ не только терпимъ, но даже прямо желателенъ.

Не трудно себѣ представить, почему и составители Свода Законовъ не отринули встрѣчнаго иска. Принимая въ соображеніе, что изданіе Свода имѣло цѣлью сдѣлать выборку изъ сохранившаго силу законодательнаго матеріала, начиная съ Уложенія, составители Свода взяли за основаніе законодательный матеріаль второй половины XVII вѣка, благопріятствующій, какъ мы видѣли, встрѣчному иску. Матеріаль взять былъ именно слѣдующій: 1) изъ Уложенія Алекс. Мих. статьи: 103, главы X; 3, главы XII; 2, главы XIII; 32, главы XVIII; 2 главы XXIII; 2) Грамота 1668, окт. 26, ¹⁾ и 3) новоук. статья 1682. Ноября 17 ²⁾. Матеріаль, однако, несовсѣмъ полный и несовсѣмъ подходящій. Не совсѣмъ полный потому, что не принята во вниманіе новоук. ст. 1672, Генв. 28 ³⁾. Не совсѣмъ подходящій потому, что, ссылка дѣлается на такую статью Уложенія, (103 глава X), которая не имѣетъ ничего общаго съ встрѣчнымъ искомъ ⁴⁾. Что-же касается до указа о формѣ суда 1723 г., составители включили его въ Сводъ, въ качествѣ узаконенія, опредѣляющаго особенную форму суда, т. е. въ томъ значеніи, какой указъ этотъ приобрѣлъ окончательно ко времени составленія

¹⁾ Полн. Собр., I, № 438.

²⁾ Ib., № 968.

³⁾ Ib., № 505.

⁴⁾ Она гласитъ слѣдующее: А будетъ который истецъ къ тому приставитъ въ каковѣ дѣлѣ нибудь, и на судѣ искавъ того дѣла учнетъ несходя съ суда битъ челомъ на отвѣтника, о судѣ же въ иныхъ дѣлахъ по разнымъ челобитнымъ, и его и въ тѣхъ дѣлахъ съ отвѣтникомъ судить. А будетъ отвѣтчикъ учнетъ битъ челомъ роспискою, что истецъ его приставилъ къ нему въ одномъ дѣлѣ, а на судѣ ищетъ сверхъ того иныхъ дѣлъ, и въ томъ отвѣтникомъ отказывать, и въ росписку того не ставить. Ясно, что рѣчь идетъ о послѣдовательномъ предъявленіи истцомъ нѣсколькихъ исковъ къ одному и тому-же отвѣтчику и о возраженіи противъ того отвѣтника. Ср. также Карновичъ, Суд. Вѣстникъ 1868 г., № 84).

Свода Законовъ. Изъ этого матеріала составители скомбинировали четыре статьи, изъ коихъ одну статью помѣстили среди статей о подсудности (1646 Св. Зак. гражд., ч. I, изд. 1832 г.; 2227 Св. Зак. гр., ч. I, изд. 1842 г.; 208 Св. Зак. о суд. гр., X, 2, изд. 1857 г.; 184, Св. Зак. о суд. гр. X, 2, изд. 1876 г.; 58 Св. Зак. о суд. гр., XVI, 2, изд. 1892 г.), двѣ статьи среди статей о разныхъ родахъ прошеній (1685, 1687 Св. Зак. гр., ч. 1, изд. 1832 г.; 2272, 2274 Св. Зак. гр., ч. I, изд. 1842 г.; 262, 264 Св. Зак. о суд. гр. X, 2, изд. 1857 г.; 219, 221 Св. Зак. о суд. гр. X, 2, изд. 1876 г.; 89, 91 Св. Зак. о суд. гр., XVI, 2, изд. 1892 г.) и одну статью среди статей о судопроизводствѣ по искамъ въ обидахъ, ущербахъ, самоуправномъ завладѣніи и убыткахъ, (2110 Св. Зак. гр., ч. I, изд. 1832 г. 2757 Св. Зак. гр., ч. I, изд. 1842 г.; 764 Св. Зак. о суд. гр., X, 2, изд. 1857 г.; 610 Св. Зак. о суд. гр., X, 2, изд. 1876 г.; исключена въ Св. Зак. суд. гр. XVI, 2, изд. 1892 г. ¹).

Въ «проектѣ новаго устава судопроизводства гражданскаго», составленномъ бывшимъ II Отдѣленіемъ Соб. Его Имп. Велич. Канцеляріи и внесенномъ въ Государственный Совѣтъ статья-секр. графомъ Блудовымъ въ 1857 г., о встрѣчномъ искѣ «въ дополненіе и для большаго развитія существующихъ постановленій, которыя невесьма опредѣлительны»... ²) говорилось въ цѣломъ рядѣ статей, именно, въ тринадцати слѣдующихъ статьяхъ: въ ст. 94 раздѣла II (о тяжбахъ и искахъ), главы четвертой (о подсудности) ³); въ прим. къ ст. 106 того-же

¹) Въ изд. Свода 1857 подѣ статью 764 (610 въ изд. 1876) появилась ссылка на Полн. Собр. Зак., II, № 20843. За этимъ номеромъ значится Указъ Сенатскій, по Высочайшему повелѣнію, 1847 г. Янв. 23, о скорѣйшемъ производствѣ дѣлъ по долговымъ обязательствамъ, вовсе не упоминающій о встрѣчномъ искѣ и даже общій смыслъ его идетъ въ разрѣзъ съ содержаніемъ статьи, которую онъ подтверждаетъ и которая гласитъ: симъ не отменяется, впрочемъ, у отвѣтника право предъявить въ томъ же судебномъ мѣстѣ встрѣчный искъ.

²) Проектъ уст. съ объясненіями, стр. 199.

³) Проектъ, стр. 70.

раздѣла главы пятой (о судебныхъ издержкахъ) ¹⁾; въ ст. 276—279, 285 и 286, 288 раздѣла III (о производствѣ дѣлъ въ первой степени суда), главы третьей (объ отвѣтѣ, отводахъ и встрѣчномъ искѣ), отдѣленія третьяго (объ отвѣтѣ; и встр. искѣ) ²⁾; въ прим. къ ст. 309, 330 и 338 того же раздѣла главы пятой (о возраженіи и опроверженіи) ³⁾ и, наконецъ, въ ст. 697 раздѣла IV (о производствѣ дѣлъ во второй степени суда), главы второй (о дѣлахъ, поступающихъ въ судъ второй степени по апелляціи) ⁴⁾. Сверхъ того, встрѣчному иску была посвящена одна статья (4) въ Проектѣ «правилъ о порядкѣ производства спорныхъ гражданскихъ дѣлъ, подлежащихъ вѣдомству судовъ мировыхъ» ⁵⁾. Предполагавшіяся постановленія о встрѣчномъ искѣ Проекта II отдѣленія, по разсмотрѣніи ихъ Соединенными Департаментами Законовъ и Гражданскихъ Дѣлъ въ 1857—1859 гг., были оставлены почти безъ измѣненія ⁶⁾. Въ 1861 г. по поводу частныхъ замѣчаній на Проектъ ⁷⁾, Соединенные Департаменты Законовъ и Гражданскихъ Дѣлъ засѣдали въ усиленномъ составѣ, причемъ, что касается встрѣчнаго иска внесли въ нѣкоторыя изъ проектировавшихся статей кое-какія, въ общемъ, незначительныя измѣненія ⁸⁾. Въ 1862 г. проектировавшіяся постановленія о встрѣчномъ искѣ подверглись цѣлому ряду замѣчаній со стороны Министра Государственныхъ Имуществъ ⁹⁾. Комиссія, Высочайше учреж-

¹⁾ Проектъ стр. 8—88.

²⁾ Ib., стр. 202—204, 206—208.

³⁾ Ib., 222, 232, 236.

⁴⁾ Ib. стр. 452.

⁵⁾ Проектъ съ объясн. зап. стр. 2 и 7. Ср. также Сводъ общихъ замѣчаній на этотъ проектъ, стр. 44, 47.

⁶⁾ Журналъ стр. 23, 28, 45, 52, 53, 61, 64, 65, 66, 94.

⁷⁾ По поводу постановленій Проекта о встр. искѣ было сдѣлано замѣчаніе Финляндскимъ Сенатомъ, формулированное въ одной изъ статей Проекта постановленій о подсудности и порядкѣ производства гражд. дѣлъ между обывателями Имперіи и жителями Вел. Княжества Финляндскаго. Дѣло Гос. Сов. 1859, ч. I, стр. 594.

⁸⁾ Журналъ Соед. Деп. 1861 г. стр. 17, 28.

⁹⁾ Дѣло Гос. Совѣта ч. II, стр. 107, 120, 124, 125, 126.

денная въ 1862 г. при Госуд. Канцеляріи для начертанія проектовъ законоположеній о преобразованіи судебной части, выработала въ гражданскомъ своемъ отдѣленіи новый проектъ устава гражданского судопроизводства. Въ Проектѣ этомъ встрѣчному искѣ говорилось всего уже въ семи статьяхъ: въ двухъ статьяхъ (10 и 11) книги первой (о порядкѣ производства у мировыхъ судей) главы первой (о подсудности) ¹⁾; въ четырехъ статьяхъ (53, 197—199) книги второй (о порядкѣ производства въ окружныхъ судахъ), изъ коихъ одна (53) ²⁾ раздѣла перваго (о предьявленіи иска) главы третьей (о подсудности) и остальные три (197—199) раздѣла втораго (о производствѣ дѣла до рѣшенія) главы первой (общія правила производства) отдѣленія восьмаго (о предьявленіи встрѣчнаго иска) ³⁾; наконецъ, о встр. искѣ говорилось въ одной статьѣ (36) книги пятой о судебныхъ издержкахъ ⁴⁾. Проектированныя комиссіею постановленія о встрѣчному искѣ не вызвали со стороны Государственнаго Совѣта существенныхъ замѣчаній и, такимъ образомъ, почти что цѣликомъ получили силу закона.

Уставъ гражданского судопроизводства 20 ноября 1864 г. въ первоначальномъ видѣ касался встрѣчнаго иска, именно, въ семи статьяхъ (38, 39, 226, 340—342 и 848), но теперь о встрѣчному искѣ упоминается въ Уставѣ, сверхъ того, еще въ двухъ статьяхъ: въ 200² (зак. 1877 г.) ⁵⁾ и въ 365¹² (зак. 1891 г.) ⁶⁾ Изъ названныхъ, три статьи (38, 39 ⁷⁾, 200²), находятся въ книгѣ первой, трактующей о порядкѣ производства въ мировыхъ судебныхъ установленіяхъ; остальные

¹⁾ Проектъ, стр. 5.

²⁾ Проектъ, стр. 38.

³⁾ Проектъ стр. 55.

⁴⁾ Проектъ, стр. 314.

⁵⁾ О введеніи суд. сборовъ съ гражд. дѣлъ, производ. въ миров. суд. установленіяхъ (Полн. Собр. Зак. II, № 57322).

⁶⁾ Объ упрощ. порядкѣ судопр. по векселямъ, долгов. обязат. и наемн. догов. и о сокращ. судопр., (Полн. Собр. Зак. III, № 7778).

⁷⁾ Ст. 10, 11 Проекта Ком. Гос. Канц.

шесть (226, 340—342¹⁾, 365¹² и 848²) помѣщаются въ книгѣ второй, трактующей о порядкѣ производства въ общихъ судебныхъ установленіяхъ. Изъ статей, касающихся производства у мировыхъ судей, двѣ (38, 39) находятся въ главѣ первой (о подсудности) и одна (200²) въ главѣ четырнадцатой (о судебныхъ издержкахъ). Изъ статей, касающихся производства въ общихъ судебныхъ мѣстахъ пять (226, 340—342 и 365¹²) находятся въ раздѣлѣ первомъ (о производствѣ въ окружныхъ судахъ) и одна (848) въ раздѣлѣ четвертомъ (о судебныхъ издержкахъ). Статьи раздѣла перваго размѣщены: одна (226) въ главѣ первой (о подсудности) изъ остальныхъ, три (340—342) въ главѣ шестой (о слушаніи дѣла) въ отдѣленіи второмъ, (предъявленіе встречнаго иска) и одна (365¹²) въ главѣ восьмой (о упрощенномъ порядкѣ судопроизводства). Въ виду того, что о встречномъ искѣ въ мировомъ судѣ говорятъ всего двѣ статьи Устава, судебная практика и литература нашли возможнымъ обращаться въ случаяхъ затрудненія, основываясь на 80 ст. Устава, къ статьямъ, трактующимъ о встречномъ искѣ въ общихъ или окружныхъ судахъ³), поскольку статьи эти отвѣчаютъ особенностямъ производства въ мировыхъ судебныхъ установленіяхъ⁴).

Въ дѣйствующемъ общепроцессуальномъ законодательствѣ о встречномъ искѣ говорится, кромѣ того, еще въ Общемъ Уставѣ росс. жел. дорогъ (т. XII, ч. I Св. Зак.) и въ Правилахъ объ устройствѣ судебной части и производствѣ судебныхъ дѣлъ въ мѣстностяхъ, въ которыхъ введено положеніе о земскихъ участковыхъ начальникахъ (т. XVI, ч. 1 Св. Зак.). Въ общемъ уставѣ росс. жел. дорогъ о встречномъ искѣ говорится въ одной изъ статей (129) раздѣла втораго, главы первой о подсудности желѣзно-

¹) Ст. 58, 197—199 Проекта Ком. Гос. Канц.

²) Ст. 36, книги V, Проекта Ком. Гос. Канц.

³) Гражд. Кассац. Дел-а. 1875. № 745. Анненковъ. Опытъ комментарія VI, 68.

⁴) Анненковъ, Ib. Правила уст. гр. судопр. должны быть примѣняемы также въ Архангельской губ. Собр. узак. и распоряж. прав. 1896 г. № 15, ст. 181.

дорожныхъ исковъ. Въ правилахъ объ устройствѣ судебной части и производствѣ судебныхъ дѣлъ въ мѣстностяхъ, въ которыхъ введено положеніе о земскихъ участковыхъ начальникахъ, о встрѣчномъ искѣ говорится въ раздѣлѣ второмъ (о производствѣ судебныхъ дѣлъ, подвѣд. земск. нач. и гор. судьямъ), въ главѣ второй (правила гражд. судопр.), въ отдѣленіи первомъ (о подсудности) въ одной статьѣ (30). Въ первоначальномъ проектѣ статья эта (31, разд. втораго, проекта) представлялась почти дословнымъ повтореніемъ обѣихъ статей о встрѣчномъ искѣ мирового устава. Въ нынѣшнемъ видѣ статья редактирована при обсужденіи проекта въ Соединенныхъ Департаментахъ и согласно съ заключеніемъ Главноуправляшаго кодификаціоннымъ отдѣломъ ¹⁾.

Встрѣчный искъ въ коммерческихъ судахъ первоначально не допускался вовсе. По крайней мѣрѣ, въ первомъ Уставѣ торговаго судопр. — въ Уставѣ коммерческаго суда для г. Одессы (1808 г.) вовсе не упоминается о встрѣчномъ искѣ ²⁾. Во второмъ Уставѣ или въ Учрежденіи и Уставѣ судопр. ком. судовъ, 1832 г. ³⁾, составляющемъ до сего времени основную почву торговаго судопроизводства, о встрѣчномъ искѣ упоминается, но вскользь, именно, въ одной изъ статей (107), трактующихъ о протоколахъ частныхъ и гласящей: протоколы принятыхъ поручительствъ составляются.... въ особенности тогда, когда поручительство представляется въ обезпеченіе встрѣчнаго иска ⁴⁾. Въ

¹⁾ Дѣло Госуд. Совѣта по проекту Полож. о земск. уч. нач. 1889 г.

²⁾ Полн. Собр. Зак., I, № 22886.

³⁾ Полн. Собр. Зак. II, № 5360. Въ промежуткѣ между этими двумя уставами, учреждены были, какъ извѣстно, ком. суды: въ г. Таганрогѣ въ 1808 г. (Полн. Собр. Зак., I, № 23018), въ м. Рени Бесс. области (ib., № 27750. Судъ этотъ не былъ открытъ, какъ это видно изъ дѣла Архива Гос. Сов. 1828 № 111. См. Прилож. къ объясн. зап. къ проекту уст. торг. судопр. стр. 11 пр. 2) и въ Феодосіи (ib., № 27957), въ 1820 г. въ Архангельскѣ (ib., № 28109). Во всѣмъ этимъ судамъ д. б. примѣняться правила устава одесскаго ком. суда.

⁴⁾ Ст. 122 Уст. суд. торг. (Св. Зак., т. XI, ч. 2, изд. 1893 г.). Ср. также полож. о таганрогскомъ ком. судѣ 1836 Полн. Собр. Зак. II № 9697.

виду отсутствія дальнѣйшихъ указаній, или, по выраженію Пр. Сената, въ виду того, что въ Уст. суд. торг. «не содержится никакихъ особыхъ постановленій относительно встрѣчнаго иска ¹⁾», судебная практика обращалась въ затруднительныхъ случаяхъ къ дореформенному-же общегражданскому процессуальному законодательству, т.-е. ко 2 части X т., (XVI т., ч. 2, изд. 1892 г.) ²⁾; впрочемъ, случалось, что ссылки дѣлались и на новое законодательство, т.-е. на уставъ гражд. судопр. и, притомъ, или одновременно съ ссылкой на дореформенное законодательство ³⁾, или-же исключительно на законодательство 1864 г. ⁴⁾. Литтература, не входя въ объясненія, отдастъ предпочтеніе процессуальному законодательству 1864 года ⁵⁾. Въ Проектѣ устава торговаго судопроизводства, составлявшемся съ 1871 по 1878 гг., особою, учрежденною при Министерствѣ Юстиціи, комиссіею, предполагалось впервыхъ, распространить на торговое судопроизводство правила Устава Гражд. Судопроизводства о встрѣчномъ искѣ ⁶⁾, и воторыхъ, посвятить встрѣчному иску еще три особыя статьи: одну въ об-

¹⁾ Носенко. Сборн., II, № 413. Ср. ib., III, № 131.

²⁾ Спб. ком. суда 1877 г. (Практика, № 96); 1880 г. (Практика № 211); 4 Деп. Пр. Сен. 1877 г. № 105 (Носенко, сборн. I, № 298); 1877 г. № 536 (Носенко, II, № 413); 1878 г. № 633 (Носенко, III, № 282); 1880 г. № 517 (Носенко, IV, № 65); 1893 г. № 434 (Гребнеръ, Практика I, № 101а).

³⁾ С.-Пет. Ком. с., 1879 (Практика, № 46).

⁴⁾ С.-Пет. Ком. с., 1881 (Практика, № 208), 4 Деп. 1893 г. № 860 (Гребнеръ, Практика I, № 101 б.)

⁵⁾ К. И. Малышевъ, Курсъ гражд. судопр. III, 262, пр. 5, высказался, впрочемъ, положительно только относительно подсудности встрѣчнаго иска (ср. ib. 264, пр. 15). Повидимому за примѣненіе Уст. гражд. суд. вообще Engelmann въ *Leske und Loewenfeld Rechtsverfolg.* II, 3, Russland, 127.

⁶⁾ Къ производству дѣлъ въ торговыхъ судебныхъ установленіяхъ примѣняются правила Уст. Гражд. Судопр. (ст. 203—266) съ извѣтiami и дополненіями, указанными въ нижеслѣдующихъ статьяхъ... (49 Проекта устава о торгов. судопр. и торгов. судопр.; 72. Проекта устава торг. судопр.)

шихъ правилахъ производства ¹⁾, другую среди статей объ апелляціи ²⁾ и третью въ правилахъ о вексельномъ порядкѣ судопроизводства ³⁾. Въ 1893 г. Министерство Юстиціи выработало новый Проектъ о дѣлахъ торговой подсудности. Въ Проектѣ этомъ предполагалось, упразднивъ коммерческіе суды, подчинить дѣла торговаго свойства вѣдѣнію общихъ судовъ гражданскихъ на основаніи проектированныхъ въ то же время дополнительныхъ (38) статей о судопроизводствѣ по дѣламъ торговаго свойства ⁴⁾. Одна изъ этихъ статей въ общихъ правилахъ производства должна была трактовать о встрѣчномъ искѣ ⁵⁾.

Относительно встрѣчнаго иска въ волостныхъ судахъ дѣйствующее законодательство не даетъ никакихъ указаній; умолчаніе это слѣдуетъ толковать въ смыслѣ недопущенія встрѣчнаго иска въ этихъ судахъ, такъ какъ правила, опредѣляющія условія дѣятельности волостныхъ судовъ, не подлежатъ распространительному толкованію ⁶⁾.

Правила уст. гражд. судопр. о встрѣчномъ искѣ подлежатъ безусловному примѣненію на окраинахъ, именно: въ Кавказскомъ краѣ ⁷⁾, въ губерніяхъ Варшавскаго судебного

¹⁾ Ст. 81 Проекта первонач. и ст. 104 Проекта вторичнаго.

²⁾ Ст. 158 Проекта первонач. и ст. 181 Проекта вторичнаго.

³⁾ Ст. 202 Проекта первонач. и ст. 231 Проекта вторичнаго.

⁴⁾ Въ видѣ новаго V раздѣла книги III Устава, къ ст. 1400, именно ст. 1400¹—³ (Представленіе 103—109).

⁵⁾ Ст. 1400¹⁹ (Представленіе М. Ю. стр. 107).

⁶⁾ Ср. ст. 25 Врем. прав. о вол. судѣ (Прил. къ ст. 93, прим. 3) Особ. Прил. (I) къ Св. Зак. т. IX. См. также ст. 2184 Св. Зак. т. IX изд. 1876 г.

⁷⁾ 1461 и слѣд. Уст. гражд. судопр. Ср. также Высоч. утв. 28 мая 1896 г. Врем. правила объ устройствѣ судебной части и производствѣ судебныхъ дѣлъ въ Черноморской губерніи. (Собр. Узак. и расп. пра. в и т. 1896 г. № 90, ст. 933).

округа ¹⁾, въ губерніяхъ Прибалтійскихъ ²⁾, наконецъ, правила уст. гражд. суд. о встр. искѣ подлежатъ безусловному примѣненію также въ губерніяхъ и областяхъ Сибири ³⁾. Встрѣчный искъ извѣстенъ и въ Финляндіи; о встрѣчномъ искѣ трактуется въ общемъ уложеніи Финляндіи ⁴⁾ въ отдѣлѣ о судопроизводствѣ въ главѣ X (ст. 1) ⁵⁾ и въ главѣ XI (ст. 6) ⁶⁾; сверхъ того, встрѣчнаго иска касаются: королевское постановленіе 1739 (къ XI, 6) ⁷⁾, королевское поясненіе 1806 г. (къ X, I) и, наконецъ, Высочайшее повелѣніе 1868 г. (дополн. къ XI, 10) ⁸⁾.

§ 2. Обозрѣвая вышензложенное, нельзя не видѣть, что матеріаль, касающійся встрѣчнаго иска, довольно обилень: начиная съ римскаго права и кончая проектируемыми измѣненіями въ дѣйствующихъ законодательствахъ, мы имѣемъ передъ собой рядъ разнообразныхъ указаній. Въ чемъ заключаются эти указанія и каково ихъ историческое и догматическое значеніе—все это составитъ предметъ дальнѣйшаго изложенія.

¹⁾ 1482 и слѣд. Уст. Гражд. судопр. Къ гминнымъ судамъ примѣняются правила Устава о мировыхъ судахъ. Что касается прежнихъ временъ ср. прим. 1 на стр. 26. Проектированныя въ 1893 г. М. Ю. правила о дѣлахъ торговой подсудности, предполагалось распространить на общія суд. мѣста г. Ц. П. Представленіе М. Ю., 75.

²⁾ 1799 и слѣд. Уст. гражд. судопр. Въ волостныхъ судахъ примѣняются статьи Устава гр. судопр. относительно мирового суда (ст. 14, 15 II. разд. I. Волостного судебного устава Ср. Гасманъ и Нолькенъ II, 46) Встрѣчный искъ сдѣлался извѣстенъ въ Прибалтійскомъ краѣ въ XVI стол. а можетъ быть, и ранѣе. Литература не даетъ вполне опредѣленныхъ указаній. Такъ, судя по Bunge (Gesch 32) встрѣчный искъ былъ здѣсь извѣстенъ можетъ быть и въ XII вѣкѣ, въ виду одинаковости источниковъ съ Германіею. Ср. также Schmidt Manngericht, 46 и Nielsen Ueber die W. Klage (Bröcker's Jahrb. II. 167—173).

³⁾ Врем. правила о примѣненіи судебныхъ уставовъ Выс. утв. 13 Мая 1896 г. (Собр. Узак. и расп. правит. 1896 г. № 61 ст. 732).

⁴⁾ Уложеніе это, какъ извѣстно, Шведское уложеніе 1736 г. съ позднѣйшими измѣненіями. Ср. изд. К. И. Малышева 1891 г. Спб. а также Uppström въ Zeitschr. f. vergl. R. W. X, 321.

⁵⁾ Изд. К. И. Малышева, 855,

⁶⁾ ib. 879.

⁷⁾ ib. 856.

⁸⁾ ib. 856, 880. Ср. еще прим. 7 на стр. 36 выше прим.

Понятіе о встрѣчномъ искѣ.

§ 1. Встрѣчный искъ есть средство достиженія при помощи суда исчерпывающаго удовлетворенія по взаимнымъ требованіямъ, иначе говоря, встрѣчный искъ есть не что иное, какъ судебный зачетъ иска искомъ. Представленіе о встрѣчномъ искѣ какъ о средствѣ осуществленія зачета идетъ въ разрѣзъ съ общепринятымъ и тѣмъ не менѣе, какъ намъ кажется, можетъ найти опору въ источникахъ.

§ 2. Что встрѣчный искъ есть способъ осуществленія зачета, обнаруживается источникахъ, начиная еще съ источниковъ *римскаго* права.

Отожествленіе встрѣчнаго иска съ зачетомъ обнаруживается даже въ наиболѣе раннихъ изъ этихъ источниковъ, трактующихъ о встрѣчномъ искѣ, именно, у Сенеки, у котораго читаемъ: *Tanquam pecuniam aliquis mihi credidit, sed domum meam incendit; pensatum est creditum damno, nec reddidit illi, nec tamen debeo. . . Sic debitori suo creditor saepe damnatur si plus ex alia causa abstulit quam ex credito petit* 1), т. е.: нѣкто одолжилъ мнѣ денегъ, но спалилъ мой домъ; его право требованія зачитывается моимъ ущербомъ: долгъ не отданъ и, однако, я ему ничего не долженъ. . . Подобно тому кредиторъ нерѣдко подвергается присужденію въ пользу своего должника, если обязательство, которое онъ долженъ исполнить, превышаетъ размѣръ его права требованія на должникѣ. . .

1) Seneca. De beneficiis VI, 4, 5.

Присужденіе истца т. е. встрѣчный искъ (вторая половина текста) сближается съ зачетомъ (первая половина текста). Отожествленіе очевидное ¹⁾.

Отожествленіе обнаруживается, затѣмъ, въ памятникахъ 3-го вѣка.

Во-первыхъ, оно усматривается въ императорскихъ повелѣніяхъ. Такъ, въ повелѣніи императора Александра Севера читаемъ ²⁾: *Compensationis aequitatem jure postulas. — Non enim prius exsolvi quod debere te constiterit, aequum est, quam petitioni mutuae responsum fuerit* ³⁾, т. е. по праву ссылаешься ты на цѣлесообразность зачета. Въ самомъ дѣлѣ, не зачѣмъ обзывать тебя удовлетворять по требованію, признанному (судомъ), пока не будетъ постановлено рѣшеніе по встрѣчному иску ⁴⁾.

¹⁾ Изъ литературы, усматривающей въ приведенномъ отрывкѣ встрѣчный искъ, Plank (Mehrheit 67 пр. 3), Bethmann Hollweg (Gesch. II 465 пр. 47 и 49) и Pollak (W. kl. 29 пр. 40) вовсе не высказались относительно зачета. Съ другой стороны, Goldschmidt (Grndr. 22 пр. 1) вполне категорично высказался почему-то противъ зачета вообще. Въ смыслѣ зачета толкуютъ текстъ: Krug Comp. 40 пр. 81) Dernburg (Comp. 260—262), Ubbelohde ipso iure (95 пр. 21), Desjardins (Comp. 154 пр. 4 166, 174), Wetzell (System 844 пр. 77 и 845 пр. 82), Fuchs (Arch. 53, 151 пр. 6), Eisele (Comp. 43 пр. 51), Appleton (Comp. 240—245) и Leonhard (Aufrech. 27, 28). Всѣ эти ученые обособляютъ, однако, зачетъ отъ встрѣчнаго иска и, притомъ, слѣдующимъ образомъ: Krug не допускаетъ встр. иска; Dernburg признаетъ зачетъ при постановленіи рѣшенія Desjardins, Eisele и Appleton усматриваютъ зачетъ по встр. иску виѣ судебный, въ качествѣ результата присужденія на судѣ по объѣмъ требованіямъ; Wetzell, Fuchs толкуютъ текстъ одновременно въ смыслѣ судебного зачета и встр. иска, причемъ, Fuchs видитъ зачетъ до остатка, встр. искъ на остатокъ; Ubbelohde находитъ, что текстъ говоритъ о встрѣчномъ искѣ, а не объ *eigentliche Compensation*; Leonhard — что текстъ имѣетъ въ виду встр. искъ, *nicht mehr blosse Compensation*. Всѣ эти толкованія, слишкомъ искусственные, объясняются упрочившимся предвѣтнымъ возрѣніемъ на природу зачета.

²⁾ Wetzell (System 844 пр 77 и 845 пр. 82) усматриваетъ почему то зачетъ (возраженіемъ) и встр. искъ одновременно у Квинтиліана (Instit. orat. III, 10), у Гая (fr. 11 § 1 Dig. 2. 1) и у Марцелла (fr. 38 pr. Dig. 17, 1).

³⁾ l. 6 Cod. 4, 31 и l. 1 Cod. 5, 21.

⁴⁾ Насколько *petitio mutua* какъ обозначеніе встр. иска имѣетъ терминологическое значеніе, см. ниже о терминологіи встр. иска.

Какъ видимъ, встрѣчный искъ и здѣсь отождествляется съ зачетомъ ¹⁾).

Далѣе, въ повелѣніи императора Гордіана читаемъ слѣдующее:
Si propter fructus ex possessione tua perceptos vitricus tuus debitor tibi constitutus est, quum id, quod a matre tua legatum est, a te petere coeperit, mutuo debitaе quantitatіs apud

¹⁾ Что рѣчь идетъ въ этомъ источникѣ о зачетѣ посредствомъ встрѣчнаго иска—толкованіе не новое, именно, въ такомъ смыслѣ высказался еще извѣстный французскій романистъ конца XVI и начала XVII ст. Godefroy или какъ его продолжаютъ называютъ нѣмцы Gothofredus (Arpleton, Comp 498) Впослѣдствіи въ томъ же смыслѣ истолковалъ извѣстный французскій цивилистъ Toullier (Droit civ. IV, № 353). Среди современной литературы того же толкованія придерживаются: Krug (Comp. 54 пр. 117), Plank (Meh. 93, 94), Ullrich (Fori rec. 3. пр. 4), Rudorff (R R g. II, 111), Maunz (Cours II, 559 пр. 25), Dernburg (Comp. 263), Endemann (C. Pr. 663) Arpleton (Comp. 259). Остальная литература: высказалась contra и, притомъ, слѣдующимъ образомъ: 1) допускается зачетъ въ смыслѣ зачета посредствомъ возраженія или наряду со встр. искою (Sartorius W. kl. 29, 66, 67, Bethmann-Hollweg Gesch. II, 466 пр. 52; Wetzell System 845 пр., Fuchs Arch 53, 152 пр. 7) или же одинъ только зачетъ посредствомъ возраженія (Zimmern Gesh. 308; Hartter Comp. 223; Savigny, System VI 330 пр. d, Ascher, Comp. 47; Stamppe Comp. 27; Desjardins Comp. 164 пр. 3, 172, 173; Garsonnet, Traite I, 625 пр. 10; Pollak W. kl. 15 пр. 18.) Обмотивировку, однако, даютъ только двое (Sartorius и Desjardins). Доводы одного (Sartorius'a) заключаются въ утвержденіи, что и при зачетѣ auch der Kompensierende fordert und stellt ein petitum (Sartorius ib 29 и пр. 13). Утверженіе это основывается на двухъ текстахъ, которые, однако, ровно ничего не доказываютъ въ названномъ смыслѣ, такъ какъ первый вовсе не значитъ на указанномъ мѣстѣ, а второй говоритъ о petere вообще (относительно невозможности толковать petere въ оспариваемомъ смыслѣ ср. также у Krug 'a Comp. 54 пр. 117). Доводы другого (Desjardins 'a) заключаются въ томъ, что: а) онъ выражаетъ недоумѣніе какимъ образомъ въ случаѣ встрѣчнаго иска могъ быть произведенъ судомъ зачетъ и б) толкуется выраженіе mutua petitio въ «широкомъ» смыслѣ т. е. что будто-бы выраженіе это должно быть истолковываемо въ смыслѣ права иска вообще (?); 2) тексту придается смыслъ встрѣчнаго иска съ слѣдующимъ зачетомъ—съ зачетомъ при actio iudicati (Eisele, Comp. 122; Geib, Theorie 113, 124). Приводимый доводъ (denn die actio rerum amotarum war arbiträr) ничего не объясняетъ; 3) допускается зачетъ посредствомъ mutua petitio въ качествѣ simple allegation de la creance (Pothier, Traites I, 321)—смыслъ неясный. Остается еще указать въ 4) на толкованіе, недопускающее никакого зачета (Goldschmidt, Grundr 21 пр. 7.)

eum, qui super ea re iudicaturus est, compensationem non immerito objicies. ¹⁾ т.-е. коль скоро отчимъ твой, сдѣлавшись вслѣдствіе пользованія доходами съ твоего имущества твоимъ должникомъ, вздумалъбы требовать отъ тебя, что ему отказано твоею матерью, ты, въ свою очередь, можешь предъявить къ зачету у того-же судьи что онъ состоитъ тебѣ должнымъ.

Спрашивается: къ чему особая оговорка насчетъ предъявленія зачета у того-же самаго судьи, если-бы имѣлось въ виду возраженіе о зачетѣ т.-е. актъ процессуальный, не обладающій самостоятельнымъ значеніемъ? ²⁾.

Во-вторыхъ, отождествленіе обнаруживается у юристовъ той же эпохи (т.-е. 3-го вѣка), именно, у юристовъ Папиніана, Ульпіана и Матерона.

У Папиніана читаемъ слѣдующее: *In rem suam procurator datus post litis contestationem si vice mutua conveniatur aequitate compensationis utetur* ³⁾ т.-е. если къ цессіонарію послѣ окончательнаго установленія судебного производства предъявленъ будетъ встрѣчный искъ ⁴⁾, зачетъ для него имѣетъ силу.

Рѣчь идетъ о предъявленіи противоположнаго требованія въ видѣ встрѣчнаго иска, что и отождествляется съ зачетомъ ⁵⁾.

¹⁾ l. 8 Cod. 4, 31.

²⁾ Въ смыслѣ зачета посредствомъ встрѣчнаго иска текстъ этотъ впервые истолкованъ Маунзомъ Cours II, 559 стр. 25. и затѣмъ Appleton'омъ (Comp. 261 пр. 3). Остальные толкуютъ какъ зачетъ посредствомъ возраженія.

³⁾ pr. 18 fr. Dig 16, 2 Responsor.

⁴⁾ *Mutua* подразумѣвается, конечно, *petitione*.

⁵⁾ Ученые, видящіе здѣсь встрѣчный искъ (Zimmern Gesch 312 пр., Maunz (Cours, II 559 пр. 25, Fuchs Archiv 53, 149 пр. 1 и Pollak W. K. 9 пр. 6), ссылаются на текстъ, ничего не говоря по поводу зачета. Только Van Wetter (Oblig. I, 359 пр. 49) усматриваетъ здѣсь случай предъявленія встр. иска въ видѣ зачета. Вообще-же текстъ этотъ толкуется въ смыслѣ обычнаго зачета т.-е. посредствомъ возраженія; кромѣ того, и въ этихъ предѣлахъ толкованіе нерѣдко съ большою натяжкой, напр. даже и въ замѣчательномъ изслѣдованіи о зачетѣ Appleton'a (Comp. 145—149), отличающемся вообще правдоподобною новизною истолкованія источниковъ. ср. также Geib, Theorie 118 пр. Не видя въ этомъ текстѣ зачета посредствомъ встр. иска, Appleton (260 и 261 пр. 2) усматриваетъ за то зачетъ въ такомъ

У Ульпиана: *Mulier habebit rerum amotarum actionem adversus virum et compensare potest mulier cum actione, qua maritus agere vult ob res amotas* ¹⁾ Т.-е.: жена может вчинить искъ къ мужу по поводу похищеннаго (изъ ея имущества), причемъ, можетъ зачесть этотъ свой искъ искомъ мужа къ ней по поводу того-же.

Несомнѣнно, рѣчь идетъ о зачетѣ посредствомъ встрѣчнаго иска ²⁾.

У Мапера: *Si apud eundem iudicem invicem petamus...et iudex me priorem tibi condemnavit... non est mihi pro hac causa appellare, quando secundum sacras constitutiones iudicatum a me petere non possis, priusquam de mea quoque petitione iudicetur...*³⁾ Т.-е: коль скоро мы вчиняемъ взаимные иски у одного и того-

смыслѣ въ слѣдующихъ отрывкахъ изъ другого сочиненія Папиніана (*Quaestio-num*): fr 36 Dig. 26, 7 и въ fr 16 pr. Dig. 16, 2. Но здѣсь рѣчь идетъ, на нашу взглядъ, о зачетѣ вообще; трудно усмотрѣть именно зачетъ посредствомъ встр. иска. Нѣкоторыми толкуется также въ смыслѣ зачета свидѣтельство, о встр. искѣ Папиніана въ передачѣ Юстиніана (l. 14 Cod. 7, 45). Сначала текстъ этотъ былъ истолкованъ въ смыслѣ вообще зачета *Cujas* и кое-къмъ изъ послѣдующихъ (*Sartorius W. kl. 44 и д.*). Затѣмъ, *Zimmern* (*Gesch. 312, 313*) нѣсколько измѣнилъ это истолкованіе въ томъ смыслѣ, что текстъ разумѣетъ случай предъявленія зачета посредствомъ возраженія, преобразующагося въ продолженіи производства, въ виду обнаружившейся возможности присужденія истца, во встрѣчный искъ. Къ толкованію этому примкнулъ въ послѣдствіи *Savigny* (*System VI, 339—341*), назвавъ такой случай предъявленія встр. иска *stillchweigende Widerklage*. Тоже возрѣніе затѣмъ было усвоено: *Desjardins*'омъ (*Comp, 176—177, 188—191*) *Wetzell*'емъ *System 845 пр. 82, 846, Fuchs*'омъ (*Arch. 53, 155, 156*). Неясно толкованіе *Brinz*'а, увѣряющаго, что по тексту зачетъ возраженіемъ *soll mitunter auch zu einer Verurtheilung des Klägers führen können* (*Comp. 181*). *Eisele* *Comp. 120* выводитъ изъ текста Папиніана два особыхъ процесса съ зачетомъ по окончаніи.

¹⁾ fr. 7, Dig. 25, 2 ad Sab.

²⁾ Впервые разъяснено въ такомъ смыслѣ *Appleton*'омъ (*Comp. 259 260*). Непонятно, почему этотъ отрывокъ возбуждаетъ недоумѣніе и подоврѣніе въ испорченности у *Eisele* (*Comp. 122*). *Wetzell* (*System 844 пр. 77 и 845 пр. 82*) совершенно напрасно усматриваетъ зачетъ (возраженіемъ) и встр. искъ въ другомъ отрывкѣ Ульпиана (fr. 1 § 15 Dig 50, 13).

³⁾ fr. 1 § 4. Dig. 49, 8.

же судьи... и судья съ меня присудить тебѣ раньше, не слѣдуетъ предоставлять мнѣ право принести на это рѣшеніе апелляцію, такъ какъ согласно императорскимъ повелѣніямъ нельзя съ меня требовать исполненія рѣшенія, пока не будетъ постановлено рѣшеніе и по моему исковому требованію.

Въ текстѣ этомъ, хотя прямо и не говорится о зачетѣ посредствомъ встрѣчнаго иска, но при этомъ упоминается объ императорскихъ повелѣніяхъ, одно изъ коихъ—по всѣмъ соображеніямъ—приведенное выше повелѣніе императора Александра Севера. Однимъ словомъ, едва-ли будетъ преувеличеніемъ сказать, что зачетъ посредствомъ встрѣчнаго иска подразумевается въ текстѣ Мацера ¹⁾.

Наконецъ, встрѣчный искъ разсматривается какъ осуществленіе зачета въ законодательствѣ Юстиніана и, притомъ, дважды.

Вопервыхъ, въ повелѣніи 529 г., гдѣ читаемъ слѣдующее:

Si quis vel pecunias, vel res quasdam per depositionis acceperit titulum, eas volenti ei, qui deposuit, reddere illico modis omnibus compellatur nullam que compensationem... opponat, quasi et ipse quasdam contra eum, qui deposuit, actiones personales vel in rem vel hypothecarias praetendens... § 1. Sed et si ex utraque parte aliquid fuerit depositum, nec in hoc casu compensationis praepeditio oriatur, sed depositae quidem res vel pecuniae ab utraque parte quam celerrime sine aliquo obstaculo restituan-

¹⁾ Sous entendu dans le texte de Macer. Appleton, Comp. 259. Appleton впервые разъяснилъ надлежащимъ образомъ этотъ отрывокъ (ib. 248—261). Plank (Meh. 92, 98), Dernburg (Comp. 262, 263) и Rudorff (R. g. II, 111 пр. 35) видятъ здѣсь встрѣчный искъ съ зачетомъ при рѣшеніи дѣла; Eisele (Comp. 121), Geib (Theorie 124, 149—152) также видятъ здѣсь встр. искъ, но приводящій къ зачету при actio iudicati. Bethmann Hollweg (Gesch. II, 466 пр. 51) и Wetzell System 845 пр. 82 находятъ здѣсь встрѣчный искъ и возраженіе о зачетѣ. Hasse (Archiv VII, 169 пр. 22), Pollak W. kl. 16) вовсе не видятъ здѣсь зачета. Brinz (Comp. 125 пр. 1) усматриваетъ въ текстѣ безъ всякаго основанія Retentionsrecht (задержаніе имущества).

tur, ei videlicet primum, qui primus hoc voluerit, et postea legitimaе actiones integrae quoque ei reserventur ¹⁾ т.-е. получившій по договору поклажи деньги или какія либо вещи, обязуется возратить их... во всякомъ случаѣ по востребованію поклажедателя и отнюдь не можетъ прибѣгать къ зачету, подъ предлогомъ, что и самъ имѣетъ противъ поклажедателя иски личные либо вещные либо по залогу... И если даже поклажа будетъ взаимная, все-таки зачетъ, какъ сопровождающійся задержкой, не долженъ быть допускаемъ; предметъ поклажи подлежитъ незамедлительному возвращенію тому, кто объ этомъ будетъ просить первымъ; а затѣмъ остается предъявить иски по общимъ правиламъ.

Рѣчь идетъ о недопущеніи зачета при договорѣ поклажи изъ за осложненія производства. Законодатель, повидимому, даже преимущественно имѣетъ въ виду зачетъ посредствомъ встрѣчнаго иска, что доказывается подчеркнутыми выраженіями объ искахъ, могущихъ быть предъявленными въ отвѣтъ на требованіе о возвращеніи отданныхъ на сохраненіе вещей ²⁾.

Во вторыхъ, встрѣчный искъ разсматривается какъ осуществленіе зачета въ повелѣніи 531 г.:

Compensationes ex omnibus actionibus ipsojure fieri sancimus, nulla differentia in rem vel personalibus actionibus inter se observanda. — § 1. Ita tamen compensationes obiiici iubemus, si causa, ex qua compensatur, liquida sit, et non multis ambagibus innodata, sed possit iudici facilem exitum sui praestare. Satis enim miserabile est, post multa forte variaque certamina, quum res iam fuerit approbata, tunc ex altera parte, quae iam paene convicta est, opponi compensationem iam certo et indu-

¹⁾ l. 11 Cod. 4, 34.

²⁾ Текстъ этотъ толкуется въ литературѣ въ смыслѣ общепринятаго зачета, т.-е. зачета посредствомъ возраженія. Въ смыслѣ встр. иска впервые разъясненъ въ новѣйшемъ изслѣдованіи о зачетѣ французскаго ученаго Appleton'a (Comp. 490—497). Въ новѣйшей работѣ о зачетѣ (Leonhard, Aufrech, 45) постановленіе Юстиніана характеризуется какъ «inhaltsarme Phrasen». Не трудно убѣдиться насколько серьезенъ такой отзывъ.

bitato debito, et moratoris ambagibus spem condemnationis excludi. Hoc itaque iudices observent, et non procliviores in admittendas compensationes existant, nec molli animo eas suscipiant, sed iure stricto utentes, si invenerint eas maiorem et amplio rem exposcere indaginem, eas quidem alii iudicio reservent, litem autem pristinam iam paene expeditam sententia terminali componant; excepta actione depositi secundum nostram sanctionem, in qua nec compensationi locum esse disposuimus. — § 1. Possessionem autem alienam perperam occupantibus compensatio non datur. ¹⁾ т.-е: отнынѣ зачетъ допускается по всякаго рода искамъ, не дѣлая различія между исками вещными и исками личными ²⁾. — § 1. Зачетъ можетъ быть разрѣшаемъ не иначе, какъ если поводъ къ нему ясенъ, такъ что судъ съумѣетъ безъ особаго затрудненія дать удовлетвореніе. Дѣйствительно весьма прискорбно, если, послѣ многихъ и различныхъ стараній, когда дѣло почти уже разрѣшено, противная сторона, вынужденная признать себя побѣжденной, рѣшается прибѣгнуть къ зачету требованія, уже вполне опредѣленнаго и безспорнаго, отдавая такимъ ухищреніемъ расчетъ истца на близость присужденія. Судьи должны не упускать этого изъ виду, имъ не слѣдуетъ быть снисходительными въ допущеніи зачета; коль скоро усмотрятъ, что допущеніе зачета можетъ повести къ осложненію производства, обязаны, видѣливъ новое требованіе въ особое производство, постановить окончательное рѣшеніе по первоначальному требованію, за исключеніемъ дѣлъ по договору поклажи, въ которыхъ зачетъ, согласно нашимъ повелѣніямъ, не разрѣшается. — § 2. Зачетъ не разрѣшается и въ дѣлахъ о нарушеніи владѣнія.

¹⁾ l. 14 Cod. 4, 31.

²⁾ Переводъ знаменитаго *ipso iure* въ виду нашей цѣли не имѣетъ существеннаго значенія. Послѣ известнаго труда *Ubbelohde* (*Ueber den Satz: ipso iure compensatur* 1858), новѣйшій сводъ и правдоподобная попытка истолкованія у *Appleton'a* *Comp.* 81, 82, 124, 125, 209, 429 — 488. Ср. теперь также у *Leonhard*, *Aufrechnung* 94—129 и 136—143 и *Girafrd*, *Elem.* 689 гр. 5.

Содержаніе этого постановленія двоякаго рода. Съ одной стороны, недопущеніе зачета сводится къ двумъ случаямъ; съ другой стороны, принимаются мѣры къ ограниченію осложняющаго производство зачета. Законъ говоритъ о зачетѣ по «искамъ». Если придавать этому выраженію даже смыслъ матеріальный, то и въ такомъ случаѣ не окажется основаній къ исключенію встрѣчныхъ исковъ. Сверхъ того, если относить разсматриваемое постановленіе исключительно къ зачету посредствомъ возраженія, то въ результатѣ окажется крайняя несообразность. Въ самомъ дѣлѣ, развѣ неудобство, которое рисуетъ Юстиніанъ, не возникаетъ въ одинаковой, если не въ большей еще степени, въ случаѣ предьявленія встрѣчныхъ исковъ! Мыслимо-ли, что-бы законодатель былъ такъ непрактиченъ, что не принялъ этого въ расчетъ и предоставилъ суду право раздѣлять производство лишь въ случаѣ осложненія его вслѣдствіе предьявленія возраженія о зачетѣ, но отнюдь не въ случаѣ, однако, ни чуть не меньшаго осложненія производства вслѣдствіе предьявленія встрѣчныхъ исковъ, вообще? Однимъ словомъ, по нашему мнѣнію, Юстиніанъ, говоритъ о зачетѣ въ широкомъ смыслѣ, имѣя въ виду, очень можетъ быть, преимущественно случаи зачета посредствомъ встрѣчныхъ исковъ. И такъ, едва-ли можетъ быть сомнѣніе въ томъ, что узаконеніе 531 г. объемлетъ всѣ вообще случаи судебного зачета ¹⁾.

Какъ видимъ въ источникахъ римскаго права зачетъ предста-

¹⁾ Изъ писавшихъ о встрѣчномъ искѣ коснулись этого постановленія, въ неопредѣленныхъ, однако, выраженіяхъ Goldschmidt (Grundr. 22 пр. 4) и за нимъ Laik (Arch. XII, 66, 67 и пр. 14). Затѣмъ вплоть до появленія новѣйшаго изслѣдованія о зачетѣ Appleton'a, выше приведенный текстъ толковали либо въ смыслѣ retentio (Brinz Compr. 54, 56, 126), либо (преимущественно) въ смыслѣ общепринятаго зачета, т. е. зачета посредствомъ возраженія. Appleton первый истолковалъ разсмотрѣнный текстъ надлежащимъ образомъ (Compr. 409—525, а также 291 пр. 2), но онъ впалъ въ другую крайность, разумѣя зачетъ у Юстиніана только какъ зачетъ посредствомъ встр. иска. Ср. ib. 500, 510, 534, 544).

вляется неоднократно, въ качествѣ осуществляемаго посредствомъ встрѣчнаго иска. Наконецъ, не слѣдуетъ упускать изъ виду, что, за исключеніемъ трехъ изъ вышеприведенныхъ текстовъ, помѣщенныхъ въ виду ихъ спеціальнаго значенія въ различныхъ мѣстахъ *Corpus'a iuris civilis* ¹⁾ остальные четыре сосредоточены именно тамъ, гдѣ трактуется о зачетѣ ²⁾. Все это, вмѣстѣ взятое, даетъ полное основаніе прийти къ тому выводу, что римскому праву начиная съ 1-го ст. (р. Chr. н.) не было чуждо пониманіе встрѣчнаго иска, вообще, какъ средства достиженія зачета ³⁾.

¹⁾ fr. 7 Dig. 25, 2; fr. 1 § 4 Dig. 49, 8 и l. 11 Cod. 4, 34.

²⁾ fr. 18 pr. Dig. 16, 2 и l. 6, 8, 14 Cod. 4, 31.

³⁾ Изъ литературы, обстоятельнѣе и правдоподобнѣе другихъ вышеприведенные тексты истолкованы у одного только Appleton'a. Неутѣшительны, конечно, большею частью и выводы. Въ хронологическомъ порядкѣ, прежде всего, слѣдуетъ указать на истор. очеркъ римск. гражд. проц. Zimmerm'a, у котораго вслѣдъ за изложеніемъ о зачетѣ, идетъ рѣчь о встр. искѣ (Civ. proc. стр. 308—314). По мнѣнію Zimmerm'a встр. искъ является коль-скоро противное требованіе превышаетъ первоначальное; до превышенія же — зачетъ; вмѣстѣ съ тѣмъ онъ замѣчаетъ, что относительно встр. иска den Magistrat mussten wohl eben Rücksichten leiten wie bey Zulassung der Compensation (il. 312). Вотъ и всѣ объясненія по поводу зачета. Затѣмъ, слѣдуетъ назвать изслѣдованіе о зачетѣ Krug'a. Въ концѣ третьей 'книги (Rechts mittel zur Geltendmachung der aequitas compensationis), сначала трактуется объ exceptio compensationis, а затѣмъ о встрѣчномъ искѣ (Widerklage). Оказывается, что рѣчь идетъ о встр. искѣ des gemeinen Rechts и то на двухъ страницахъ. Позабыты и два текста (l. 1 Cod. 5, 21 и fr. 1 § 4 Dig. 49, 8), о которыхъ упоминается въ предшествующемъ изложеніи въ качествѣ доказательствъ уничтоженія различія между судами stricti iuris et bonae fidei; (Compensatio in bon. fid. iudiciis fit ipso iure, in str. jur. jud. per exceptionem. (Cp. ib. 53—55, 58 и 271, 272). Впрочемъ, объясняется это, вѣроятно, тѣмъ, что, по его мнѣнію зачетъ посредствомъ возраженія—есть, почему то, «существенный»: Das Mittel, die compensatio vor Gericht geltend zu machen, ist wesentlich eine Einrede (Krug, 209 cp. ib. 49, 81, 97, 98). Далѣе, въ изслѣдованіи о зачетѣ Hartt'e'r'a встрѣчный искъ совсѣмъ обособляется отъ зачета (Comp. 194 — 197, 222 225; Zeitsch. XIX, 181 — 187). Обращаемся въ слѣдующему изслѣдователю, къ Sartorius'u. По его мнѣнію, въ законодательствѣ римлянъ встрѣчный искъ, отождествляется несомнѣнно съ зачетомъ, и это объясняется происхожденіемъ встр. иска отъ зачета (W. kl. 24, 25; Cp. ib. 22, 72, 77, 328). Римское

Что встречный искъ вообще ведетъ къ зачету можетъ быть обнаружено также изъ *средневековыхъ* источниковъ.

право, говорить Sartorius, смотрѣло на встр. искъ какъ на eine... qualifizierte Art der Kompensation oder... ein Superlativ derselben... (Sartorius W. Kl. 24). Впрочемъ, оговаривается онъ, полного тождества не было... die Römer habendoch die W. Kl. mit der Kompensation nicht völlig identifiziert, und beide nicht in ein ander aufgelöst. Beide blieben als zwei, wenn gleich verwachsene Institute stehen... (ib 25). Въ результатѣ... Sartorius упрекаетъ римское право за недостаточную обособленность зачета отъ встр. иска.. anstatt in ihr ein von der Kompensation verschiedenes Institut zu erkennen dessen Anfangspunkt erst an die Grenze der letzteren т.-е. der Compensation gesetzt werden muss (ib. 24). Итакъ не вникнувъ въ источники, Sartorius держится упрочившагося предвзятаго воззрѣнія на природу зачета. Затѣмъ, высказался Savigny (System. VI, 335, 336). По его мнѣнью, встр. искъ и зачетъ сходятся, да и то не вполне, что касается развитія одного изъ условий—связи съ предъявленнымъ требованіемъ, слѣдовательно вообще остались обособленными. Desjardins (Comp. 205) не отрицаетъ, что въ римскихъ источникахъ указывается на близкое соотношеніе встр. иска съ зачетомъ. Только, оговаривается онъ, il n'y a pas de texte qui fasse ressortir cette complexité et qui en indique les conséquences. Dernburg въ своемъ изслѣдованіи о зачетѣ посвятилъ въ книгѣ первой (внѣшняя исторія развитія зачета) особую, 5-ю главу встрѣчному иску, озаглавивъ ее «Зачетъ при встрѣчномъ искѣ» (Compensation bei der W. Kl). Глава эта состоитъ изъ двухъ §§ въ первомъ (28) трактуется о forum reconventionis, во-второмъ (29) о зачетѣ при постановленіи рѣшенія по встрѣчному иску (Compensation beim Urtheil über die Widerklage). Въ первомъ § о зачетѣ по встрѣчному иску не говорится ни слова; что же касается до второго §, то здѣсь нѣтъ никакихъ выводовъ по поводу зачета. Rudorff (R. R. d II, III), ссылается на Dernburg'a. Endemann (С. Р. г. II, 668) только отмѣчаетъ что на развитіе встр. иска особенно повліяло развитіе зачета, который (зачетъ) въ видахъ процессуальнаго удобства осуществился также посредствомъ mutua petitio. Къ изложенію о зачетѣ, бельгійскій романистъ Maunz присоединяетъ подъ названіемъ observation несколько словъ о встр. искѣ (Cours II, 559, 561), причемъ, высказывается, что подъ влияніемъ законод. измѣненій Юстиніана la demande reconventionnelle se trouve fort rapprochée de la compensation.... il parait difficile de decouvrir des différences materielles entre la compensation et la reconvention; однако, никакихъ дальнѣйшихъ разъясненій не дѣлается. Другой бельгійскій ученый Van Wetter также приурочиваетъ встр. искъ къ изложенію о зачетѣ ограничиваясь однако, замѣчаніемъ, что встр. искъ une institution analogue à la compensation (Oblig. III, 493, 494). По мнѣнью австрійскаго процессуалиста Pollak'a, (W. Kl. 30, 31) встрѣчный искъ находится въ такомъ же историческомъ соотношеніи съ зачетомъ (т.-е. посред-

Свидѣтельства о томъ находятся даже въ болѣе раннихъ, именно, въ источникахъ XII вѣка. Такъ, въ одномъ изъ сочиненій,

створѣмъ возраженія) какъ со всякимъ возраженіемъ вообще; другой близости между ними нѣтъ, какъ это угодно находить якобы непониманію глоссаторовъ. Упрекъ этотъ все-цѣло долженъ быть обращенъ по адресу Pollak'a. Вообще нельзя неподивиться рѣшительности вывода въ виду скудости источниковъ, на которые при этомъ опирался Pollak. (Ср. также ib. 103. Въ диссертациі Tessier (De la compensation), хотя послѣдняя (IV) глава и посвящена встрѣчному иску, но непонятно въ виду чего, такъ какъ даже вовсе не намѣчается соотношеніе встрѣчнаго иска съ зачетомъ. Обращаемся къ изслѣдованію лонскаго романиста Appleton'a. Какъ замѣчено выше, французскій ученый обстоятельнѣе другихъ отнесся къ разсмотрѣннымъ текстамъ и потому естественно ожидать и совсѣмъ иныхъ, чѣмъ выше приведенные, выводовъ. Вотъ его подлинныя слова: il y a lieu de croire que, dans bien des textes du Digeste et du Code, compensatio, compensare designent une mutua petitio intentée dans le but d'aboutir à une compensation (Стр. 261). Такимъ образомъ по мнѣнію этого ученаго, отождествленіе источниками встрѣчнаго иска съ зачетомъ указываетъ лишь на то, что встр. искъ нерѣдко предъявлялся также и съ цѣлью зачета. Иначе говоря, Appleton отнюдь не подводитъ встр. искъ подъ понятіе зачета, но остается при упрочившемся возрѣніи, т.-е., что встрѣчный искъ можетъ привести и къ зачету. Отсюда и слѣдующее дѣленіе въ его трудѣ изложенія о встрѣчныхъ искахъ: Section I: de la pluralité des actions entre les mêmes parties et des demandes reconventionnelles и Section II: des demandes reconventionnelles tendant à une compensation. Затѣмъ въ позднѣйшія времена встрѣчный искъ, по Appleton'у является даже въ качествѣ единственнаго средства къ зачету: reconvention absorba la compensation (Ср. Comp. 19, 91, 154, 218, 302, 409—411, 427, 457, 534, 543, 544). Несомнѣнное преувеличеніе. Въ послѣднее время явились еще два труда, посвященные специально зачету и затрогивающіе римское право: Leonhard'a (Aufrechnung) и Geib'a (Theorie der gerichtlichen Compensation). Leonhard вовсе не касается интересующаго насъ вопроса, но, видно, что ни въ чемъ не отступаетъ отъ шаблоннаго возрѣнія на обособленность встрѣчнаго иска (Ср. ib. 125, 214, 215). Geib особый (5) параграфъ посвящаетъ Incompatibilität von compensationsweiser und klagweiser Geltendmachung der Gegenforderung. Такимъ образомъ уже изъ заглавія видно какъ относится этотъ авторъ къ интересующему насъ вопросу. Дѣйствительно, едва обративъ вниманія на вышеприведенные тексты (ср. стр. 45 пр. 1; стр. 46 пр. 5 и стр. 48 пр. 1), Geib, тѣмъ не менѣе съ рѣшительностью заявляетъ, dass dieselbe Obligation, mit welcher kompensiert werden will, auch eingeklagt werden könne, ist in den Quellen nirgends bezeugt und würde dem Wesen der Compensation widersprechen. (Theorie, 112). Въ доказательство дѣлается ссылка на тексты, (fr. 1 § 4 Dig. 27, 4 Ulp. ad Ed; fr. 18 § 4 Dig. 13, 6 Gai ad Ed. prov.; l. 2 Cod. 5, 44 Imp. Alexandri), которые, если прочесть цѣликомъ, а не въ

приписываемых знаменитому главѣ глоссаторовъ Ирнерію въ т. н. «суммѣ» (введеніи) къ Кодексу Юстиніана, читаемъ ¹⁾: *Item compensationes quoque, non solum exceptiones uel in totum uel pro parte* ²⁾. Какъ видимъ—обособленіе зачета отъ возраженія и обособленіе это станеть тѣмъ болѣе понятнымъ, если принять въ соображеніе, что Ирнерій воспроизводитъ при этомъ извѣстное уже намъ повелѣніе Юстиніана 531 г. (l. 14 Cod. 4, 31), относящееся, какъ показано

сокращеніи Geib'a, едва ли могутъ оставить сомнѣніе, что смыслъ, придаваемый имъ Geib'омъ *entweder soll die Gegenforderung klagweise geltend gemacht werden oder compensationsweise*) — натяжка. На непредубѣжденный взглядъ (относительно первыхъ двухъ текстовъ, см. также — Eisele, *Comp.* 6, 7 и Appleton'омъ, *Comp.* 78, 74, 130, 452) всѣ эти тексты говорятъ о зачетѣ и объ особыхъ искахъ т. е. объ искахъ, вчиняемыхъ въ отдѣльномъ производствѣ отъ первоначальнаго, а вовсе не о противоположеніи исковаго зачетному производству. Далѣе, въ видѣ примѣра Geib приводитъ текстъ, способный, по его мнѣнію, убѣдить, что «*vo von vice mutua convenire, agere oder petere, von petitio mutua etc. und zugleich von compensare die Rede ist, da ist... überhaupt nicht au klagweise sondern lediglich an compensationsweise Geltendmachung der Gegenforderung zu denken: si quis adversus petentem compensatione... usus erit, recte dictum est petisse eum videri*; (fr 15 Dig. 46, 8 ad Plautium). Но вѣдь текстъ, именно, убѣждаетъ какъ разъ въ обратномъ. Наконецъ, относительно Юстиніанова права Geib думаетъ убѣдить слѣдующимъ софизмомъ: по Nov. 96, говоритъ онъ, встрѣчный искъ долженъ быть заявленъ не позже *lit. contestatio*; зачетъ же въ силу l. 14 cod 4, 31 можетъ быть заявленъ *ipso iure*, т. е. позже *litis contestatio*; слѣдовательно не можетъ быть и рѣчи о тождествѣ встрѣчнаго иска съ зачетомъ (Theorie, 148 стр. 149). Не говоря уже о томъ, насколько серьезенъ приемъ, рѣшающій вопросъ о сходствѣ двухъ институтовъ по одному изъ условій осуществленія, вѣдь и правдоподобіе самого этого условія въ томъ видѣ, какъ оно приводится у Geib'a требуетъ еще доказательствъ. Въ заключеніе остается упомянуть еще о тѣхъ ученыхъ, которые касались разсмотрѣнныхъ выше текстовъ, совсѣмъ, однако, не затронувъ интересующаго насъ вопроса какъ-то: H a s s e, L a u k, G o l d s c h m i d t, P l a n k, B r i n z, S c h e u r l R u d o r f f B e t h m a n n - H o l l w e g, F u c h s, S c h w a n e r t, A s h e r, E i s e l e, P a e r e, S t a m p e.

¹⁾ Авторство Ирнерія отстаетъ отъ извѣстнымъ знатокомъ ранняго періода средневѣковой юридической литературы Fitting'омъ. Ср. предисловіе къ его изданію *Irnerii Summa codicis* и статью въ *Zeitsch. der Savigny-Stiftung für Rechtsgsch. Neue Folge*, 17 Band 1896 (Rom Abth.)

²⁾ *Irnerii Sum. codic. IV, 33, De compens.* (въ изд. Fitting'a стр. 107).

выше ¹⁾ и ко встрѣчному иску. Далѣе, въ одномъ изъ сочиненій (Libellus de ordine iudiciorum) извѣстнаго глоссатора Иоанна Бассиана возраженіе также противопологается зачету: *Rei autem non minus quam actores variis modis ad partium suarum assertionem procedunt; aut enim excipiuntur aut compensant, aut solutum contendunt, aut debitum confitentur* ²⁾. Наконецъ, въ трактатѣ о судѣ (ordo iudiciarius) неизвѣстнаго, по всей вѣроятности, англо-норманскаго канониста ³⁾ о зачетѣ (de compensatione) говорится также особо отъ возраженій (de exceptionibus), именно: XII. De exceptionibus. XIII. De plus petitione. XIV. De compensatione ⁴⁾. Бассианъ и неизвѣстный авторъ, по всей вѣроятности, имѣютъ въ виду осуществленіе на судѣ зачета одинаково какъ посредствомъ возраженія, такъ и посредствомъ встрѣчнаго иска. Другое объясненіе мы не подыщемъ. Допустить же случайность въ изложеніи двухъ различныхъ сочиненій, значить, допустить ничѣмъ не оправдываемую натяжку.

Начиная съ XIV вѣка правильное пониманіе зачета выдается въ источникахъ *французскаго* права. Такъ, въ *Coutumes notoires jugées au Châtelet de Paris* читаемъ: *Reconvention n'a pas lieu en cour laye ne compensation, si ce n'est de liquide ad liquidum* ⁵⁾. Встрѣчный искъ (reconvention), гласить текстъ, допускается на совершенно одинаковыхъ условіяхъ съ зачетомъ (compensation). Но почему-же? Да потому, конечно, что встрѣчный искъ есть тотъ-же зачетъ. Въ противномъ случаѣ, какъ объяснить такое отождествленіе! Однимъ

¹⁾ Стр. 51.

²⁾ Joh. Bassian. Libelli de ordine iudiciorum § 437 (Gaudenzi. Bibliotheca iuridica medii aevi II, стр. 238). Любопытно, что нѣсколько ниже Бассианъ говорить о намѣренномъ обремененіи производства требованіемъ зачета со стороны отвѣтчиковъ: *Sepe. . . . rei in iudicium conventi ad compensationis decurrunt amiculum* (Ib § 554 Gaudenzi стр. 243).

³⁾ Caillemet, Droit civ. 24.—26.

⁴⁾ Въ изд. Schulte Sitzungsber. der phil. hist. Klasse der Wiener Akademie Band 70 (1872) стр. 305 — 308. Какъ будто о зачетѣ въ смыслѣ и встрѣчнаго иска и возраженія говорится въ памятникѣ конца XII в. въ так.-наз Assises de Jérusalem (см. выше, стр. 7. прим. 2), Текстъ вообще весьма неясный.

⁵⁾ CXI Coutumes y Desjardins, Comp. 256.

словомъ, текстъ подразумѣваетъ, на нашъ взглядъ, зачетъ и подъ встрѣчнымъ искомъ (reconvention); выраженіе-же compensation имѣетъ тѣсный смыслъ—оно обозначаетъ зачетъ посредствомъ возраженія ¹⁾. Еще краснорѣчивѣе въ пользу отождествленія свидѣтельствуесть Boutillier, (Somme rural): Ssachez selon le stille de cour laye, compensation que les aucuns appellent reconvention et les ruraux l'appellent contrepennen, qui tout est un; mais selon les clerks son droit nom est compensation... ²⁾,... Apres s'appelle action de compensation, que les clerks appellent reconvention ³⁾. ...Et aussi veut l'empereur Alexandre que compensation ait lieu en plusieurs manières en cour, les quelles je te déclarerai pour ce que souvent on s'en peut aider, soit par exception ou autrement et y peut estre mis en cause por ce grand barroyement et delay et souvent convient que le juge s'y arreste ⁴⁾. Удостоверяя, что въ практикѣ зачетъ нерѣдко отождествляется со встрѣчнымъ искомъ, самъ Boutillier считаетъ это совершенно правильнымъ, такъ какъ tout est un. Далѣе, онъ указываетъ на то, что, согласно повелѣнію Императора Александра (Севера, какъ надо думать по смыслу постановленія), зачетъ осуществляется на судѣ посредствомъ возраженія либо иначе, (autrement) т.-е., надо полагать, посредствомъ встрѣчнаго иска ⁵⁾. Итакъ, въ нѣкоторыхъ изъ источниковъ права Франціи XIV

¹⁾ Desjardins (Comp. 258) не высказывается опредѣленно, допуская и «смѣшеніе» зачета со встрѣчнымъ искомъ. Dernburg (Comp., 274), приводя текстъ, все время говоритъ о зачетѣ, умалчивая о встр. искѣ. Умалчиваетъ о встр. искѣ и Glasson (Histoire VI, 522).

²⁾ Boutillier Som. rur. I, 44 Desjardins, Comp., 259—260.

³⁾ Ib. I, 37 (Desjardins, Comp., 261).

⁴⁾ Boutillier. ib. I, 44 (Desjardins Comp. 259, 260, 262). Раере (Etudes, II, 181, пр. 2) и Glasson (Hist. VI. 522) увѣряютъ, что этотъ текстъ не Boutillier, а вставленъ впоследствии лицомъ, оставшимся невѣстнымъ Утвержденіе, далеко не бесспорное. Но, если бы даже текстъ не принадлежалъ самому Boutillier, все различіе ограничится тѣмъ, что приведенное свидѣтельство придется приурочить не къ XIV, а къ XV вѣку.

⁵⁾ Desjardins (Comp. 259 — 262), будучи заранѣе настроенъ противъ отождествленія встр. иска съ зачетомъ, толкуеть всѣ эти отрывки въ смыслѣ зачета посредствомъ возраженія (Ср. выше стр. 9, прим. 4). Такое же толкованіе у Glasson (Hist VI, 552).

вѣка можетъ быть обнаружено вполне вѣрное пониманіе встрѣчнаго иска ¹⁾).

Въ теченіе XVI вѣка источники французскаго права также, повидимому, нерѣдко трактуютъ о встрѣчномъ искѣ наряду съ зачетомъ: *Reconvention ne compensation* ²⁾ ... *reconvention ni compensation* ³⁾... *reconvention ... n'y ... compensation* ⁴⁾ ... *De reconvention et compensation* ⁵⁾. Полагаемъ, что и здѣсь примѣнимо объясненіе, предложенное выше: трактуется о зачетѣ и о встр. искѣ совместно потому, что чувствуется естественное соотношеніе встр. иска съ зачетомъ; выраженіе же *compensation* примѣнено въ тѣсномъ смыслѣ—въ смыслѣ зачета посредствомъ возраженія, т.-е. въ смыслѣ одного изъ способовъ осуществленія на судѣ зачета. Толкованію нашему отнюдь не противорѣчитъ и слѣдующее еще свидѣтельство отъ того-же XVI вѣка: *Les deux, reconvention et compensation, sont de diverse sorte. La compensation n'est recevable sinon de liquido ad liquidum. La reconvention, au contraire, peut être opposée contre un demandeur qui poursuit chose liquide pour chose non liquide* ⁶⁾. Хотя въ текстѣ и говорится о различіи между зачетомъ и встр. искомъ, но различіе это не касается свойства зачета: оно сводится лишь къ несоотвѣтствію въ условіяхъ осуществленія зачета и только. Вотъ почему и выраженіе *compensation* обозначаетъ,

¹⁾ Резюмируя, и Desjardins вынужденъ сознаться, что вплоть до XVI вѣка встр. искъ почти что не обособляется отъ зачета (*Comp.*, 265, 280). На этомъ основаніи и его изложеніе до XVI вѣка слитное, (*ib.* 237—265), а затѣмъ особое для зачета и для встрѣчнаго иска. Но во всякомъ случаѣ смѣшеніе это, по его мнѣнію, есть слѣдствіе недостаточной развитости встрѣчнаго иска. Рае ре (*Études*, II, 180), приводя текстъ Boutillier, очевидно, также усматриваетъ въ этомъ смѣшеніи недостаточную развитость зачета. Glasson, говоря о встрѣчномъ искѣ, упоминаетъ о зачетѣ (*Hist.* VI, 522), точно также говоря о зачетѣ, упоминаетъ о встрѣчномъ искѣ, (*ib.*, VII, 694, 695), но не входитъ ни въ какія объясненія по этому поводу.

²⁾ Lille, (Desjardins, *Comp.*, 273).

³⁾ Bailleul (Desjardins, *Comp.*, 273).

⁴⁾ Tournai, 1553 (Desjardins, *ib.*).

⁵⁾ Chap XXV Livre I, Imbert *Pratique judiciaire*, стр. 246.

⁶⁾ P a r o n Notaire. 360 (P a e r e, *Études* II, 182).

полагаемъ, не что иное, какъ способъ осуществленія зачета, именно, посредствомъ возраженія. Впрочемъ, и самъ авторъ дальше относительно зачета выражается такъ:.. *comme tenant de la reconvention* ¹⁾).

Затѣмъ, въ памятникахъ французскаго-же права XVII вѣка снова появляются вполне очевидныя свидѣтельства отождествленія. Такъ, напр., у извѣстнаго комментатора обычнаго права Франціи Brodeau читаемъ: *La compensation ... est presque une même chose que la reconvention* ²⁾. Или, у другого не менѣе извѣстнаго комментатора обычнаго права—у Claude de Ferrière: *la reconvention est une espèce de compensation qui se demande par le moyen de la reconvention* ³⁾. Или же у другого комментатора Le Camus: *la reconvention produit proprement la compensation d'actions* ⁴⁾.

Полагаемъ, приведенныхъ указаній достаточно, чтобы признать, что представленіе о встрѣчномъ искѣ, вообще, какъ о способѣ осуществленія на суда зачета, не было чуждо и средне-

¹⁾ *Ib.* 634. Литература какъ напр., *Vuché* (*Nouv. rev. hist. de dr.* 1884, 833, 834) ограничивается указаніемъ на допущеніе памятниками XVI вѣка зачета и встр. иска, не входя ни въ какія дальнѣйшія поясненія. Или, напр., *Glasson* (*Nouv. rev. hist. de dr.* 1881, 499) излагаетъ о зачетѣ и о встр. искѣ совмѣстно, но почему—также не поясняется.

²⁾ *Brodeau*, *Comment. de l'art. 106 de la cout. de Paris* (*Paere, Etudes*, II 182).

³⁾ *Claude de Ferrière*, *Comment. de l'art. 106 de la cout. de Paris* *Paere, Etudes*, II, 182).

⁴⁾ *Observ. sur Ferrière y Desjardins. Comp.* 852. Начиная съ XVI вѣка *Desjardins* совершенно обособляетъ встрѣчный искъ отъ зачета, усматривая въ смѣшеніи предшествующей эпохи недостаточную степень развитія. Въ томъ же смыслѣ ведется изложеніе у *Paere* (*Etudes*, II, 182) и *Gamain* (*Comp.* 87). Однако у *Desjardins*, хотя, какъ надо думать, и противъ желанія, прорывается всетаки отождествленіе встр. иска съ зачетомъ: *quand la reconvention fut devenue une espèce de compensation subsidiaire, qui devait être moins favorisée que la compensation véritable c'est à dire légale* (*ib.* 340). Ничего не даетъ въ интересующемъ насъ смыслѣ *Dernburg* (*Comp.*, 272—277), хотя и упоминаетъ о встр. искѣ. Вообще его изложеніе судебъ зачета во Франціи крайне поверхностное. *Kohler* (*Zeitsch.* XX, 60) ограничивается только замѣчаніемъ, что къ зачету gehören auch eine Reihe der von der reconvention sprechenden statuten (*Ср.* также *ib.* 58—64).

въковому праву, въ особенности, Франціи, а также послѣдующему развитію послѣдняго ¹⁾.

Обращаясь къ дѣйствующему во Франціи законодательству, мы находимъ въ единственной, трактующей о встрѣчномъ искѣ, статьѣ процессуальнаго кодекса также положительное указаніе. Статья гласитъ: *Il ne sera formé en cause d'appel aucune nouvelle demande* ²⁾, à moins qu'il ne s'agisse de compensation, ou que la demande nouvelle ne soit la défense à l'action principale ³⁾. т.-е.: въ апелляціонномъ судѣ не можетъ быть предъявляемо новыхъ требованій, развѣ бы требованіе было предъявлено къ зачету или въ качествѣ защиты отъ первоначальнаго иска. Въ статьѣ говорится о зачетѣ вообще, слѣдовательно, независимо отъ того, будетъ ли онъ осуществляемъ посредствомъ возраженія или-же посредствомъ встрѣска. Что-же касается до выраженія «ou que la demande nouvelle ne soit la défense à l'action principale» — то это не болѣе какъ плодъ недоразумѣнія со стороны редакторовъ Устава. Дѣло въ томъ, что по существу вѣдь и зачетъ несомнѣнно является не чѣмъ инымъ, какъ защитой отъ предъявленнаго иска, такъ какъ, предъявляя зачетъ, отвѣтчикъ вмѣстѣ, съ тѣмъ, защищается отъ притязанія истца. Однимъ словомъ, вѣтъ рѣшительно никакого основанія раздѣлять оба понятія ⁴⁾.

¹⁾ Съ помощью предшествующихъ примѣчаній не трудно себѣ уяснить почему въ литературѣ не найти обобщеній въ желательномъ для насъ смыслѣ.

²⁾ Декретъ 3—8 brumaire, an II (Textes de l'ancien droit при Code de proc. civ., стр. 225).

³⁾ Въ цѣломъ ст. 464, Code de proc. civ.

⁴⁾ Судебная практика, начиная съ разъясненія кассационнаго суда, преподаннаго въ 1853 г. (Раер Etudes II, 319) и кончая рѣшеніемъ окружнаго суда въ Алжирѣ 1896 г. (Phily Recueil 1896 г. № 4736) обособляютъ оба выраженія, разумѣя подъ compensation — т. н. comp. judiciaire, т. е. зачетъ посредствомъ встрѣчнаго иска, подъ défense же à l'action principale — встрѣчный искъ вообще. Въ томъ же смыслѣ высказалась и литература. Ср. Desjardins, (Comp., 496, 497), Boitard (Lçç. II 62—67), Раер (Etudes, II, 318—323; 190, 191), Garsonnet (Traite, I, 622, 626), Meunier (Comp. 155); Gamain Comp. 95, 102, 118, 114, 125 — 127, Hogrel (Comp. 337 — 339), Kohler (Zeitsch XX, 41). Впрочемъ,

Въ дополнительныхъ статьяхъ 1838 и 1840 гг. законодатель выражается вполне уже опредѣленно: *demande reconventionnelle ou en compensation* ¹⁾. Смысл этихъ выраженій несомнѣнно такой: встречный искъ, или, что тоже, искъ на зачетъ. Толкованіе наше подтверждается, во-первыхъ, дальнѣйшемъ словоупотребленіемъ законодателя, примѣняющаго вмѣсто обихъ, только что приведенныхъ, одно общее выраженіе «искъ встречный» (*demande reconventionnelle*); ²⁾ ясное дѣло, что оба выраженія покрываютъ другъ друга; иначе, во избѣжаніе недоразумѣній законодатель долженъ былъ бы оговорить встречный искъ, а также встр. искъ на зачетъ. Во вторыхъ, толкованіе наше подтверждается и мотивами къ закону 1838 г. Оказывается, именно, что тогдашній министр юстиціи, при обсужденіи внесеннаго имъ на разсмотрѣніе законодательнаго учрежденія проекта, объяснялъ, что *le but des demandes en reconvention était toujours d'arriver ulterieurement à une compensation* ³⁾.

одинъ изъ названныхъ сторонниковъ оспариваемаго толкованія *Gargonnet*, сводя всѣ случаи *demandes nouvelles* къ понятію *defense à l'action principale*, совпадаетъ съ нашимъ толкованіемъ, по крайней мѣрѣ, въ томъ отношеніи, что, также какъ и мы, не считаетъ правильной разчлененность нынѣшней редакціи разсматриваемой статьи (*Traité V. 270—272*).

¹⁾ Art. 2 de loi du 11 Avril 1838; art. 7 de loi du 25 mars 1838; Зак. 3 марта 1840 (ст. 639 Code de com.).

²⁾ Art. 7, de loi du 25 mai 1838 и art. 639 de Code de com. (Зак. 1840 г.).

³⁾ *Desjardins*, *Comp.* 496. Удивительно, что литература, въ предвзятомъ стремленіи убѣдить, что оба приведенныя выраженія отнюдь не синонимы, не придаетъ вовсе значенія ни дальнѣйшему словоупотребленію, ни приведенному объясненію министра юстиціи, выдвигая за то на первый планъ отдѣльныя возраженія, дѣлавшіяся при обсужденіи законопроекта, нѣкоторыми изъ участвовавшихъ въ этомъ обсужденіи лицами (*Desjardins Comp.* 495—499; *Gamaïn Dem.* 98; *Paere, Etudes*, II, 192, 193; *Gargonnet Traité I*, 626; 681, V, 270—272). Привести мнѣнія противниковъ еще не значитъ представить доказательство, что усвоенное толкованіе соответствуетъ дѣйствительному смыслу статьи. Подъ вліяніемъ литературы и суд. практика, толкуя законод. 1838 и 1840 гг., насколько намъ извѣстно ограничивается тѣмъ же смысломъ.

Въ законахъ 1886 и 1893 гг. усвоена не менѣе опредѣленно совсѣмъ иная терминологія: о зачетѣ нѣтъ и помину; редакція такая: *demande reconventionnelle* и только ¹⁾. Почему отдано предпочтеніе этой именно редакціи—неизвѣстно такъ какъ въ мотивахъ къ названнымъ законамъ не имѣется никакихъ соотвѣствующихъ указаній ²⁾.

Въ концѣ концовъ, считаемъ возможнымъ прійти къ тому выводу, что по дѣйствующему французскому законодательству встрѣчный искъ можетъ быть сведенъ къ зачету ³⁾, не взирая на законодательство 1886 и 1893 гг.: какъ спеціальные, законы эти должны въ интересующемъ насъ отношеніи отступить передъ законодательствомъ предшествующимъ въ виду его общепроцессуальнаго значенія ⁴⁾.

Наконецъ, въ проектахъ предполагаемыхъ улучшеній судбно-гражданскаго законодательства по интересующему насъ вопросу содержится слѣдующее. Правительственный проектъ уст. гражд. судопр., во-первыхъ, оставляетъ безъ измѣненія редакцію единственной статьи о встрѣчномъ искѣ дѣйствующей

¹⁾ 248 Code civ. Sirey Recueil des lois 1893, отдѣлъ Lois стр. 480.

²⁾ Ср., напр., Sirey, Recueil ib.

³⁾ Выводъ этотъ идетъ совершенно въ разрѣзъ съ большинствомъ литературы. Ср. Desjardins, Comp., 495, 496; Paere, Etudes II, 191, 192; Meunier Comp. 154—156; Gamain Comp. 87 и д. 101, 102; Boitard Les sons I, № 526; II № 707; Garsonnet Traité I, 622; Bonfils Traité I № 828; Lagombiere Oblig. III, стр. 685; David Compet. 182. Встрѣчный искъ сводится къ зачету: у Toullier Droit civ. IV, № 345—348, 361; Duranton, Cours VII, стр. 205; Marcadé, IV № 882; Aubryet Rau, IV § 325; Rauter Cours § 238; Venesh Traité II, 369—370; повидимому также у Berriat Saint Prix Cours, 294. Аргументы, выставленные противъ этого (защищаемого нами) воззрѣнія такіе: 1) весьма спорный, какъ показано выше, смыслъ ст. 464 уст. (аргументъ преимущественный); 2) совсѣмъ не идущая къ дѣлу ст. 171 того же Уст. (Paere) и 3) голословная ссылка на теорію и на послѣдствія предъявленія встрѣчнаго иска (Bonfils). Не трудно видѣть насколько рискованно утвержденіе г. Полетаева (Ж. Юр. Общ. 1897, 8, 84), что согласно франц. наукѣ и практикѣ встрѣчный искъ можетъ быть предъявленъ, если имѣетъ цѣлью зачетъ.

⁴⁾ Относительно двухъ послѣднихъ законодательствъ въ литературѣ нѣтъ указаній.

щаго законодательства ¹⁾. Во-вторыхъ, вновь проектируемыя постановленія не оставляютъ сомнѣнїя въ томъ, что составители усвоили себѣ точку зрѣнїя на встрѣчный искъ, какъ на явленіе, не совпадающее съ зачетомъ. Встр. искъ называется въ проектѣ именно *demande reconventionnelle* и, сверхъ того, опредѣляется, что встрѣчные иски допускаются, между прочимъ, въ случаѣ, если ими достигается зачетъ: ... *si elles tendent à obtenir le bénéfice de la compensation* ²⁾. Внесенный въ палату депутатовъ почти что одновременно правительственный-же законопроектъ объ организаціи и вѣдомствѣ мировыхъ судебныхъ установленїй придерживается, однако, редакціи законодательства 1838 и 1840 гг., называя встрѣчный искъ по прежнему: ... *demande reconventionnelle ou en compensation* ³⁾. Въ результатѣ проекты представляются несогласованными.

Въ виду недостаточной доступности источниковъ процессуальнаго права Германїи прежнихъ временъ ⁴⁾, прослѣдить отношеніе встрѣчнаго иска къ зачету по *германскому* праву за весь этотъ долгій періодъ развитїя въ высшей степени затруднительно. Если судить по нѣкоторымъ отрывочнымъ указанїямъ, то выводъ не можетъ быть иной, какъ обособленность встрѣчнаго иска отъ зачета ⁵⁾.

¹⁾ Art. 464 Code de proc. Статья эта буквально повторена въ ст. 14, книги III Проекта стр. 282. Ср. со стр. 87. Проектъ трехъ депутатовъ (См. выше, стр. 18, прим. 4) избѣгаетъ оговорки на счетъ зачета (Проекта стр. 119).

²⁾ Art. I, titre XVI, livre II. Проекта 1894, стр. 251. Та же редакція и въ проектѣ трехъ депутатовъ 1898 г. стр. 89.

³⁾ Art 16, 17 titre II Проекта 1894 г., стр. 25, 26. Отчетъ (Rapport см. выше, стр. 18, прим. 6) парламентской комиссіи по обсужденію проекта въ соответствующемъ мѣстѣ озаглавленъ такъ: *demandes reconventionnelles et en compensation* (стр. 36). Между тѣмъ, редакція самихъ статей въ томъ-же отчетѣ ничѣмъ не отличается отъ редакціи проекта (стр. 86). Слѣдовательно, выраженіе въ заголовкѣ простой недосмотръ.

⁴⁾ См. стр. 16, прим. 10.

⁵⁾ Goldschmidt Grundr. 28; Hartter Comp. 27; Osterloh Summ Proc. 79 пр. 1, 82; Dernburg, Comp., 269; Fuchs R.d.r. W. Kl. (Archiv. B. 58 стр. 167 пр. 49, 174); Kleinfeller, Gerichtsstand der W. Kl. 36; Raere Etudes II. 187; Ullmann C. P. 68, 69; Kohler, Zeitsch, XX, 42, 58;

По дѣйствующему законодательству Германіи, интересующій насъ вопросъ выясняется съ помощью слѣдующихъ пяти статей.

Литтература вообще крайне скудна по этому вопросу: K r u g (Comp. 27) неясенъ, характеризуя встр. искъ, какъ приводящій къ зачету въ косвенномъ смыслѣ; у D e r n b u r g'a—въ § 30, посвященномъ исторіи зачета въ Германіи (стр. 265—272), упоминается, между прочимъ, безъ поясненій и о встрѣчномъ искѣ, причѣмъ, дѣлается такое произвольное обобщеніе: Schon an und fur sich ist ein so feiner Unterschied, wie der von Compensation und Widerklage, dem älteren deutschen Rechte nicht zu zuschreiben (ib 269); далѣе, въ изслѣдованіи о встр. искѣ P o l l a k'a, вопросъ о зачетѣ исчерпывается въ слѣдующемъ замѣчаніи: ... zur Zulassung der Compensation hat sich der deutsche Process nicht erhoben (Widerklage 70). Мало того: предвзятость установившагося воззрѣнія приводитъ даже къ отрицанію возможности осуществленія зачета по средствомъ встрѣчнаго иска, на ряду съ осуществленіемъ зачета посредствомъ возраженія и, притомъ, не смотря на то, что рѣчь идетъ о временахъ позднѣйшихъ и что въ подтвержденіе могутъ быть приведены слѣдующія два весьма убѣдительныхъ свидѣтельства: 1) одинъ изъ декретовъ австрійскаго законодательства 1787 г., гласящій: die Compensationsrechte in der Gestalt ordentlicher Widerklage angebracht werden müssen т. е. права, которыя подлежатъ зачету, должны быть осуществляемы посредствомъ встрѣчнаго иска. (Приводится U n g e r'омъ въ Grünhut's Zeitsch. XV, 550, пр. 28 Ср. также, D e r n b u r g Comp. 546 и H a s e n ö h r l, Oblig. II, 560 пр. 111). Постановленіе безусловно не цѣлесообразно (попытку объясненія, недостаточне ясную см. у P o l l a k'a W, K. 143), совершенно справедливо утратившее свою силу впоследствии—съ появленіемъ въ 1811 г. гражданскаго уложенія (H a s e n ö h r l, Oblig. II, 560 пр. 111; P o l l a k W. kl. 143), но, конечно, вовсе не потому, что зачетъ долженъ быть осуществляемъ не иначе какъ посредствомъ возраженія (U n g e r, ib 550, пр. 28; H a s e n ö h r l ib; Contra P o l l a k ib пр. 229), а потому, что вообще ограничивать право осуществленія зачета тѣмъ или инымъ способомъ не можетъ быть признано основательнымъ; 2) одна изъ статей Прусскаго устава гражданскаго судопроизводства 1793 г., гласящая: gegen einen Klaeger, welcher als Cessionarius eines Dritten klagt, kann der Beklagte wegen Forderungen, so ihm gegen diesen Dritten, als Cedenten, aus einem andern Geschäfte zustehen, keine Rekognition anstellen; sondern er muss dieserhalb den Cedenten besonders belangen. Ist jedoch die Gegenforderung an sich so beschaffen, dass sie den Rechten nach eine Kompensation gegen den Cedenten bewirken kann..... so soll der Schuldner befugt seyn, dergleichen Gegenforderung auch wider den klagenden Cessionarius... vor eben dem Richter... auszuführen (§ 19, Titel 19 der P r e u s s G e r. O r d n.) т. е. {противъ истца—правопреемника третьяго лица, отвѣтчикъ не можетъ предъявить встрѣчный искъ, который онъ могъ бы предъявить къ этому третьему лицу, за исключеніемъ того случая, когда встрѣчное требованіе можетъ быть принято къ зачету. Статья совершенно ясно

Во-первыхъ, приходится остановиться на трехъ статьяхъ процессуальнаго кодекса трактующихъ о правѣ суда раздѣлять производство дѣла при заявленіи встрѣчныхъ требованій:

1) Das Gericht kann anordnen, dass mehrere in einer Klage erhobene Ansprüche in getrennten Prozessen verhandelt werden... Dasselbe gilt, wenn der Beklagte eine Gegenforderung vorgebracht hat... ¹⁾, т.-е.: если въ одномъ исковомъ прошеніи будетъ предъявлено нѣсколько исковъ, судъ можетъ постановить о разрѣшеніи ихъ въ отдѣльныхъ производствахъ. То же самое примѣняется въ случаѣ предъявленія отвѣтчикомъ встрѣчнаго требованія.

2) Ist von mehreren in einer Klage geltend gemachten Ansprüchen nur der eine, oder ist nur ein Theil eines Anspruchs, oder bei erhobener Widerklage nur die Klage oder die Widerklage zur Endentscheidung reif, so hat das Gericht dieselbe durch Endurtheil (Theilurtheil) zu erlassen ²⁾, т.-е.: если изъ предъявленныхъ въ одномъ исковомъ прошеніи нѣсколькихъ исковъ, готово будетъ рѣшеніе по одному изъ нихъ или же по части того-либо изъ нихъ, а также, если въ случаѣ предъявленія встрѣчнаго иска, готово будетъ рѣшеніе либо по первоначальному иску, либо по встрѣчному иску, судъ можетъ постановить частичное рѣшеніе.

3) Ist von dem Beklagten mittels Einrede eine Gegenforderung geltend gemacht, ...so kann, wenn nur die Verhandlung über die Forderung zur Endentscheidung reif ist, diese unter Trennung der Verhandlungen durch Theilurtheil erfolgen ³⁾, т.-е.: если встрѣчное требованіе предъявлено отвѣтчикомъ въ видѣ возраженія

признаетъ зачетъ посредствомъ встрѣчнаго иска (въ числѣ другихъ случаевъ предъявленія встр. иска—въ чемъ неправильно), не допуская зачетъ и посредствомъ возраженія (что также неправильно). Однако, литература Dernburg (Сomp. 545 пр. 1 и 546) порицаетъ прусск. уст. не за то, что игнорируется зачетъ посредствомъ возраженія, а за то, что допускается вообще зачетъ посредствомъ встрѣчнаго иска.

¹⁾ 136 Civ. Proc. Ordn.

²⁾ 273 Civ. Proc. Ordn.

³⁾ 274 Civ. Proc. Ordn.

и... если требование... готово будет къ рѣшенію, производство можетъ быть раздѣлено и постановлено частичное рѣшеніе.

Статьи эти различаются между собой въ томъ отношеніи, что первая изъ этихъ статей, согласно заявленію самихъ составителей, имѣетъ въ виду случаи разъединенія производствъ, когда ни по одному изъ требованій еще не готово рѣшеніе; вторая и третья—случаи, когда по одному изъ требованій или даже по части его готово будетъ рѣшеніе ¹⁾. Сверхъ того, тогда какъ въ первой изъ этихъ статей, согласно опять-таки заявленію самихъ составителей, выраженіе «встрѣчное требованіе» слѣдуетъ относить къ случаямъ предъявленія встрѣчнаго требованія, какъ въ видѣ возраженія, такъ и въ видѣ (встрѣчнаго) иска ²⁾, въ остальныхъ двухъ—о томъ и другомъ случаѣ говорится особо, именно: во второй статьѣ о случаѣ предъявленія встрѣчнаго требованія въ видѣ (встрѣчнаго) иска ³⁾, въ третьей статьѣ о случаѣ предъявленія встрѣчнаго требованія въ видѣ возраженія ⁴⁾.

Не трудно видѣть, что все содержаніе приведенныхъ трехъ статей въ сущности сводится къ праву суда разъединять производ-

¹⁾ Der § 274 ist eine unabweisliche Konsequenz des im § 136, ausgesprochenen Grundsatzes; er bestimmt, dass die Trennung auch nach dem Schlusse der Verhandlung durch Theilurtheil erfolgen kann (Hahn Materialien I, 216, 217). Die Vorschrift des § 274 ergänzt die Bestimmung der § 136 (ib. II, 283).

²⁾ Die in dem norddeutschen Entwurf enthaltene Beschränkung auf die Einrede der Kompensation ist ... weggefallen; es ist gleichgültig, in welcher Form—durch Einrede oder durch Widerklage—die Gegenforderung geltend gemacht wird. (Hahn Materialien I, 216). Странно, что вопреки мотивамъ Wachs (Vortr. 37), говорить только о встрѣчномъ искѣ.

³⁾ Въ статьѣ говорится именно о Widerklage.

⁴⁾ Въ статьѣ ясно говорится: mittels Einrede. Ср. у составителей: Der § 274sich lediglich auf den Fall der Geltendmachung der Gegenforderung, durch Einrede bezieht (Hahn, Materialien I, 216, 217). Тѣмъ удивительнѣе стараніе Petersen'a (Zeitschr. f. d. Civilp. XIX, 248—254) доказывать, что статья эта можетъ относиться и къ встрѣчному иску, если онъ предъявляется при зачетѣ (посредствомъ возраженія). Подобно тому Seuffert (Komment. стр. 398): ...Die Vorschrift ist... auch dann anwendbar, wenn die nicht konnexe Gegenforderung zunächst durch Widerklage und nur eventuell zur Aufrechnung auf die bestrittene Forderung des Klägers geltend gemacht wurde.

ства въ случаѣ предъявленія вообще встрѣчнаго требованія, какъ въ видѣ возраженія, такъ и въ видѣ встрѣчнаго иска, причемъ, съ точки зрѣнія интересующаго насъ вопроса получается слѣдующее противорѣчье. По поводу первой изъ приведенныхъ статей сами составители, безъ какихъ-либо оговорокъ, все время говорятъ о зачетѣ ¹⁾; принимая же во вниманіе, что другой статьи, въ которой говорилось бы о правѣ суда разъединять производства въ случаѣ предъявленія встрѣчнаго требованія, не готоваго къ рѣшенію, въ Уставѣ нѣтъ и что, слѣдовательно, статья эта имѣетъ общее значеніе т. е. касается случаевъ предъявленія встрѣчныхъ исковъ вообще, нельзя не признавать что по этой статьѣ встрѣчный искъ слѣдовало бы опредѣлять какъ искъ предъявляемый именно къ зачету ²⁾. Относительно второй статьи въ мотивахъ не находится никакихъ указаній; что же касается, наконецъ, до третьей статьи, мотивы указываютъ совершенно опредѣленно, что рѣчь идетъ въ ней о зачетѣ ³⁾. Такимъ образомъ, выходитъ, что пока рѣчь идетъ о разъединеніи производствъ прежде выясненія дѣла, — было-ли встрѣчное требованіе заявлено въ видѣ возраженія или же въ видѣ встрѣчнаго иска, и то и другое въ результатѣ даетъ зачетъ. Но разъ по которому-либо изъ требованій готово рѣшеніе, картина мѣняется и зачетъ получается только

¹⁾ Они выражаются не иначе какъ: *Kompensationsrecht... Kompensationseinrede.. Kompensation* (Hahn ib I, стр. 216, 217).

²⁾ Повидимому, въ томъ же смыслѣ *O s a n n*, (Behandl. 1, 20), присвоивающій возраженію о зачетѣ характеръ исковой (ib. 12, 13). По голословному мнѣнію *Loening'a*: *Hierher gehören insbesondere die Fälle, in welchen der Beklagte mit der Widerklage eine theilweise oder eventuell zur Kompensation bestimmte Gegenforderung geltend gemacht hat...* (W. Kl, 160). Къ чему эта натяжка? *Petersen* (*Gruchot's Beitr.* XXX, 18); *Plank* (*Lehrb* I, 263, 454; II 110, 407); *Seuffert* (*Komment*, 193); *Stein* (*Urkund* 140); *Wach* (*Juristen Zeitung* 1896 № 15, стр. 288 ср. выше стр. 66 прим. 2), усматриваютъ въ той статьѣ зачетъ только посредствомъ возраженія.

³⁾ *Kommt es ... zur Trennung, so kann die Durchführung der Kompensation gefährdet werden* (Hahn, *Materialien* I, 216. Ср. также ib, 600).

въ случаѣ предъявленія встрѣчнаго требованія въ видѣ возраженія ¹⁾. Едва ли составители могли сознательно допустить подобнаго рода противорѣчіе. Вѣроятно же всего, что они обмолвились либо въ томъ, либо въ другомъ случаѣ.

Недораазумѣніе разрѣшается при помощи слѣдующихъ двухъ статей Устава:

1) Urtheile sind der Rechtskraft nur insoweit fähig, als über den durch die Klage oder durch die Widerklage erhobenen Anspruch entschieden ist. Die Entscheidung über das Bestehen oder Nichtbestehen einer mittels Einrede geltend gemachten Gegenforderung ist der Rechtskraft fähig, jedoch nur bis zur Höhe desjenigen Betrages, mit welchem aufgerechnet werden soll ²⁾ т. е.: рѣшенія вступаютъ въ законную силу въ предѣлахъ разрѣшеннаго по иску или же по встрѣчному иску требованія. Въ законную силу вступаетъ и встрѣчное требование, предъявленное посредствомъ возраженія, но только въ предѣлахъ суммы, на которую допущенъ зачетъ. Какъ видимъ, говорится о зачетѣ только посредствомъ возраженія и понятіе это обособляется отъ понятія встрѣчнаго иска.

2) Neue Ansprüche dürfen... nur erhoben werden, wenn mit denselben kompensirt werden soll... ³⁾, т. е. новыя исковыя требованія допускаются (въ апелляціонномъ судѣ) только въ томъ случаѣ, если предъявляются къ зачету... Говорится казалось бы, о зачетѣ вообще. Между тѣмъ, въ соображеніяхъ по поводу этой статьи находимъ слѣдующее рѣшительное заявленіе: предъявленіе встрѣчнаго иска... не допускается ⁴⁾.

¹⁾ Выводъ этотъ подтверждается разъясненіями судебной практики. Вотъ, напр., что читаемъ въ одномъ изъ рѣшеній высшаго земскаго суда въ Нюрнбергѣ по поводу ст. 273 устава: ... Ob diese Bestimmung überhaupt auf solche Fälle Anwendung finden könne, in welchen die widerklagweise erhobene Gegenforderung zunächst zum Zwecke der Kompensation geltend gemacht ist, was richtiger verneint werden dürfte ... (O. L. G. Nürnberg 19 ноября 1880 въ Zeitschr. f. d. Civilpr. IV, 448).

²⁾ 293 Civ. Proc. Ordn.

³⁾ 491 Civ. Proc. Ordn.

⁴⁾ ...Die Erhebung einer Widerklage ist... nicht zulässig (Hahn, Materialien I, 356)... auch nicht, добавляетъ Seuffert (Komment, стр. 676), wenn

Въ концѣ концовъ про дѣйствующее законодательство Германіи приходится сказать, что понятіе въ немъ встрѣчнаго иска шире понятія зачета, такъ что встр. искъ отнюдь не предъявляется только для зачета ¹⁾).

dieselbe Forderung in der ersten Instanz zur Anrechnung vorgebracht war. Оговорка совершенно излишняя въ виду категорическаго заявленія составителей Устава. Удивительно, что несмотря на очевидность устраненія встрѣчнаго иска во второй инстанціи, противное т. е. допущеніе встрѣчнаго иска во второй степени суда тѣмъ не менѣе утверждается *O s a n n*'омъ (*Behandl.* 1), и *G e i b*'омъ (*Theorie* 202, 203, 345).

¹⁾ Единственное обстоятельное изслѣдованіе о встрѣчномъ искѣ въ современномъ германскомъ правѣ *L o e n i n g*'а придерживается упрочившагося предвзятаго воззрѣнія на осуществимость зачета (Ср. *Widerklage* 168 прим. 213) и вовсе не задается какимъ либо вопросомъ по этому поводу. Тамъ же, гдѣ вопросъ этотъ напрашивался самъ собою (См. выше стр. 67 прим. 2), является на сцену комбинація предъявленія встрѣчнаго иска наряду съ зачетомъ (Ср. у него же *ib.* еще стр. 133, 134). Иначе говоря, согласно *L o e n i n g*'у (отголосокъ общепринятаго воззрѣнія, образовавшагося на почвѣ пандектной теоріи. Ср. съ одной стороны: *W e t z e l* System 846; *D e r n b u r g* Comp. 542 и съ другой стороны: *W a c h* Hand. I. 483 и *Jur. Zeitung* 1896 № 15 стр. 288; *P e t e r s e n* въ *Zeitsch. f. d. Civilproc.* XIX, 104 и сл. и въ *Gruchot's Beitr.* XIX I, 545; *P l a n k* Lehrb. I, 263, 454; II, 110, 407; *C o h n* въ *Endemann's Handb.*, 1036; *S t e i n* Urkproc., 140; *S e u f f e r t* Comment къ т. 293; *K o h l e r* въ *Zeitsch. f. d. Civilproc.* XX, 2, 20, 23, 26, 33, 53; *M e y e r* Anspr. 16 пр. 1; *L e o n h a r d* Aufrech., 155 ср. съ 161; *G e i b* *Theorie*, 165) зачетъ даже вовсе не можетъ быть осуществляемъ посредствомъ встрѣчнаго иска (воззрѣніе это усвоено и судебной практикой. Ср. *Entscheidungen d. Reichsger.* VI, стр. 422 (1882 г.) и XVIII, стр. 409—413 (1887 г.). Однако, въ литературѣ было высказано и такое мнѣніе, что если зачетъ и подлежитъ осуществленію посредствомъ возраженія, то все-таки возраженіе это представляетъ особенности, сближающія его со встрѣчнымъ искомъ; однимъ словомъ, что здѣсь надо видѣть, въ сущности, не что иное, какъ встрѣчный искъ: безусловно, по мнѣнію однихъ (*O s a n n* *Behandl.* 9, 18—23), въ скрытомъ видѣ, по мнѣнію другихъ (мнѣніе, высказанное при обсужденіи т. н. *Norddeutsch Entwurf ein. C. Proc. ordn.* см. у *P e t e r s e n*'а въ *Zeitsch. f. d. Civilproc.* I, 100, 101; ср. также *W e n d t* Pand. 582; *G a u r p* Comment къ ст. 186, II, 1; *E s k* въ *Behrend's Zeitsch.* III 139, 140; *W e x* *Gruchot's Beitr.* XXXI, 299 и д.; *O e t k e r* *Konkursr. Grundb.* 582; *L i e b k n e c h t* Comp. 73 и, повидимому, *P f i z e r* въ *Gruchot's Beitr.* XXXII, 366, 367), въ неразвитомъ видѣ (*unentwickelte W. Kl.*) по мнѣнію третьихъ (*S c h o l l m e y e r* Comp. 35, 175 и въ

Коммиссія по составленію первоначальнаго проекта гражданскаго уложенія въ числѣ поправокъ къ Уст. гражд. судопр. намѣтила измѣнить первую, третью, четвертую и пятую изъ разсмотрѣнныхъ выше статей ¹⁾. Измѣненія эти съ незначительными исправленіями были приняты второю коммиссіею, составившею окончательный проектъ гражданскаго уложенія и засимъ восприняли силу закона. Прежде всего, какъ оказывается, составители гражданскаго уложенія усматриваютъ связь между разсмотрѣнными статьями съ одной стороны и статьями о зачетѣ по гражд. улож. съ другой ²⁾. Иначе говоря, всѣ эти статьи трактуютъ вообще о зачетѣ. Указавши на это соотношение, составители поступили, однако, слѣдующимъ образомъ: сначала сказали особо о встрѣчномъ искѣ, а затѣмъ особо о зачетѣ, т. е. о зачетѣ посредствомъ возраженія (*Aufrechnung mit einer Gegenforderung*) ³⁾. Иначе говоря, встрѣчный искъ совершенно отдѣленъ отъ зачета. Но почему же? Отвѣта не дается ⁴⁾. Непослѣдовательность тѣмъ болѣе удивительная, что, судя по заглавію названной статьи, данному ими

Gruchot's Beitr. XXXI 247. Ср. также Struckmann-Koch Comment къ ст. 293, Freudenstein Rechtskraft, 210 пр. 4 и Hellmann Lehrb., 457-и сл.). Конечно, это новая крайность: какъ увидимъ дальше, такая исключительность отнюдь не присуща Германскому Уставу. Во всякомъ случаѣ важно то, что признанъ зачетъ посредствомъ встрѣчнаго иска и, притомъ, для всѣхъ случаевъ безразлично—проблескъ правильнаго уразумѣнія соотношенія между зачетомъ и встрѣчнымъ искомъ, не нашедшій, однако, отклика въ новѣйшей литературѣ. Такъ, напримѣръ, въ новѣйшемъ изслѣдованіи о зачетѣ Geib'a не сочтено даже нужнымъ остановиться на только что приведенномъ возрѣвіи

¹⁾ 145, 302, 322, 529 нов. ред. Civ. Proc. Ordn. Entwurf e. Einführ. Ges. 3, 5, 6, 7, 73, 74; Denkschrift, 317, 320, 323.

²⁾ § 136, 274, 293, 491 stehen im Zusammenhange mit den in dem B. G. B. angenommenen Grundsätzen über die Aufrechnung (Entwurf e. Einführungsges. стр. 73).

³⁾ 145 нов. редакція Уст. Entwurf, ein. Einführungsges. стр. 3, 4 Denkschrift стр. 317.

⁴⁾ Нельзя считать отвѣтомъ слѣдующія ничего не объясняющія строки: ...Die durch die bisherig. Fassung des § 136, 2 mitbetroffene Widerklage musste in Folge der Aenderung besondere Erwähnung finden. (Entwurf стр. 74).

самими, рѣчь идетъ въ ней именно вообще и только о зачетѣ (Trennung der Verhandlung über eine zur Aufrechnung gebrachte Gegenforderung) ¹⁾ Такимъ образомъ, приходится допустить, что та близость, которую составители нашли между означенными статьями съ одной стороны и зачетомъ по гражд. улож. съ другой сводится къ зачету посредствомъ возраженія. Предвзятость, доводящая до полного забвенія практическаго смысла!

Новое процессуальное законодательство *Австріи* упоминаетъ о зачетѣ въ слѣдующихъ двухъ статьяхъ:

Первая статья: Bei dem Gerichte der Klage kann eine Widerklage angebracht werden, wenn der mit letzterer geltend gemachte Anspruch mit dem Anspruche der Klage im Zusammenhange steht oder sich sonst zur Compensation eignen würde, ferner wenn die Widerklage auf Feststellung ...gerichtet ist.... ²⁾, т. е.: въ судѣ, въ которомъ предъявленъ искъ, можетъ быть предъявленъ и встрѣчный искъ, если между обоими исками имѣется связь или можетъ быть произведенъ зачетъ, или если встрѣчный искъ направленъ на опредѣленіе..... (права) Какъ видно, встрѣчный искъ считается возможнымъ и въ другихъ случаяхъ, помимо зачета ³⁾.

Вторая статья (въ первой половинѣ статьи рѣчь идетъ о встрѣчномъ искѣ): Die Entscheidung über den Bestand oder Nichtbestand einer vom Beklagten zur Kompensation geltend gemachten Gegenforderung ist der Rechtskraft nur bis zur Höhe des Betrages theilhaft, mit welchem aufgerechnet werden solle ⁴⁾ т. е.: ..рѣшеніе вступаетъ въ законную силу относительно

¹⁾ См. оглавленіе къ Entwurfъ v. Einführung. Ges.

²⁾ 96 Jurisd. Norm. Въ проектѣ редація о зачетѣ была такая: ...oder sich eignen würde, mit dem Anspruche der Klage compensirt zu werden. Regierungsvorlage § 97 стр. 30. Измѣнено при обсужденіи въ комиссіяхъ Палаты господъ и Палаты представителей (Materialien II, 610).

³⁾ Въ томъ же смыслѣ и литература к. н. Schrutka Umgestaltung 109; Trutter Civilprozessrecht, 72, 308; Schuster v. Bonnot C. Pz. 142

⁴⁾ § 411 Civ. Proc. Ordn. Последней оговорки «nur bis zur Höhe des Betrages theilhaft, mit welchem aufgerechnet werden soll» не было въ первоначальномъ проектѣ (Cp. Regierungsvorlage, стр. 124).

требования, предъявленнаго отвѣтчикомъ къ зачету не свыше той суммы, на которую предъявленъ зачетъ. Изъ соображеній составителей явствуетъ, что въ статьѣ этой рѣчь идетъ о зачетѣ только посредствомъ возраженія ¹⁾).

Нѣтъ сомнѣнйя, слѣдовательно, что и по новому австрійскому законодательству встрѣчный искъ не совпадаетъ съ зачетомъ. ²⁾

Какъ сказано выше ³⁾, бельгійское законодательство до 1876 г. буквально повторяетъ французское законодательство. Такимъ образомъ, въ уст. гражд. суд. въ единственной статьѣ, трактующей о встр. искѣ, имѣется положительное указаніе. Затѣмъ въ законѣ 25 марта 1841 г., воспроизводящемъ законы французскіе 1838 и 1840 гг., мы замѣчаемъ также совершенно тѣже выраженія «*demandes reconventionnelles ou en compensation*» ⁴⁾. Однимъ словомъ, и бельгійское законодательство названной эпохи признаетъ во встрѣчномъ искѣ не что иное, какъ способъ осуществленія зачета, — возрѣніе, усвоенное составителями, при томъ, какъ оказывается, вполне сознательно ⁵⁾ Совсѣмъ иначе отнесся къ интересующему насъ вопросу законодатель 70-хъ годовъ.

¹⁾ Die Entscheidung des Gerichtes über dasjenige Vorbringen, das von den Parteien zur Begründung oder Bekämpfung des Anspruches gemacht wird, also namentlich über eigentliche Einreden, Repliken, ist nicht geeignet Rechtskraft zu erlangen. Nur eine scheinbare Ausnahme besteht hinsichtlich der Compensationseinrede, denn in diesem Falle wird in Wahrheit über den Bestand eines Anspruches des Beklagten erkannt. *Regierungsvorlage* къ § 411 *Civ. Proc. Ordn.* стр. 291. *Fürstl. Komm.* 597, 598. Ст. 188 и 391 Уст., въ общемъ соответствующія ст. 136, 273 и 274 *Герм. устава* а также соображенія составителей ничего не даютъ подтверждающаго въ интересующемъ насъ смыслѣ. Тѣмъ удивительнѣе что *Fürstl.* (*Komm.* 292) выраженія ст. 188.. ebenso kann eine getrennte Verhandlung über die vom Beklagten geltend gemachter Gegenforderungen angeordnet werden... относить къ eigentliche Compensationseinrede.

²⁾ Стр. 20.

³⁾ Ра е р е, *Etudes*, II, 193.

⁴⁾ Ра е р е, (*Etudes*, II, 193), самъ указывая на то, что... qu'à la chambre des representants, la discussion n'a porté que sur cette sorte de compensation qui ne s'opère qu'après une condamnation du juge, придаетъ, однако, рѣшающее

Именно, еще въ проектѣ Устава, разрабатывавшемся въ концѣ 60-хъ и въ началѣ 70-хъ гг. была подчеркнута особенность встрѣчнаго иска отъ зачета. Это видно изъ слѣдующей редакціи проектировавшейся статьи о встрѣчномъ искѣ: ...Une demande reconventionnelle ne sera reçue que dans l'un des cas suivants: 3) Si elle tend à obtenir le bénéfice de la compensation... ¹⁾. И вотъ въ законѣ 25 марта 1876 г. о встрѣчныхъ искахъ говорится уже въ такой редакціи: demandes reconventionnelles... ²⁾. Ясное дѣло, что по закону 1876 г. встрѣчный искъ вовсе не одинъ изъ способовъ осуществленія зачета; встрѣчный искъ, какъ заявляютъ сами составители, служить, между прочимъ, и зачету ³⁾. Однако законъ 1876 г., состоявшійся въ отмѣну (въ интересующихъ насъ статьяхъ—безусловно) закона 1841 г. не могъ коснуться, какъ имѣющій специальное значеніе (о подсудности), той единственной статьи устава, въ которой упоминается о встрѣчномъ искѣ и зачетѣ. ⁴⁾ Слѣдовательно, сказать, что по дѣйствующему въ Бельгіи законодательству встрѣчный искъ ведетъ между прочимъ, и къ зачету, не соответствовало бы дѣйствительности, конечно, если не упускать изъ вида толкованіе названной статьи Устава, данное выше при изложеніи французскаго законодательства ⁵⁾. Этою двойственностью зако-

значеніе слѣдующему частному мнѣнію—словамъ одного изъ ораторовъ: la compensation diffère de ce que les auteurs appellent demandes reconventionnelles. Произвольность такого толкованія очевидна. Однако, судя по изложенію Раере оно есть общепринятое въ бельгійской литературѣ. Тѣмъ не менѣе еще въ началѣ 80-хъ годовъ судебной практикѣ не было чуждо правильное пониманіе отношенія встрѣчнаго иска къ зачету, какъ это явствуетъ изъ слѣдующаго рѣшенія судебной палаты въ Льежѣ (Cour d'appel de Liège): ...la reconvention... ne peut avoir plus d'effet que la compensation elle même, qui est le but de cette action. (Ра е р е Etudes II 198).

¹⁾ Ра е р е, Etudes, II, 202.

²⁾ art 87, 50, 52 (Delecour, Code, Complém. стр. 84—86).

³⁾ Ра е р е, Etudes, II, 209.

⁴⁾ Ст. 464 Code de proc. civ.

⁵⁾ Стр. 60.

подательства и объясняется то, повидимому, странное явление, что, на ряду съ опредѣленіемъ встрѣчнаго иска, какъ не приводящаго въ результатъ непременно къ зачету, попадаютъ въ судебной практикѣ опредѣленія встрѣчнаго иска именно какъ способа осуществленія зачета. Таково, напр., рѣшеніе 1882 г. окружнаго суда въ Шарльруа (tribunal Civil de Charleroi): la demande reconventionnelle est une défense à l'action principale, qu'elle tend à éteindre en tout ou en partie par la compensation que le juge est appelé à prononcer ¹⁾, Или, напр., рѣшеніе 1887 г. окружнаго же суда въ г. Брюгге (Bruges): ...les demandes reconventionnelles ne peuvent être reçues que si elles tendent à établir une compensation avec la demande principale... ²⁾.

Законодательства: Нидерландовъ, Испаніи, Швейцаріи ³⁾ и Англіи не даютъ указаній по интересующему насъ вопросу. Объ отношеніи встрѣчнаго иска къ зачету говорится еще только въ процессуальныхъ кодексахъ италіанскомъ и португальскомъ.

Въ *италіанскомъ* кодексѣ читаемъ слѣдующее: L'autorità giudiziaria davanti cui pende la causa principale, è competente a conoscere... 2) della compensazione; 3) dell'azione in riconvenzione ⁴⁾... Nel giudizio di appello... può proporsi la compensazione e ogni altra eccezione alla domanda principale... ⁵⁾, т.-е. судъ, въ которомъ предъявленъ первоначальный искъ, разсматриваетъ... 2) зачетъ; 3) встрѣчный искъ... Въ апел-

¹⁾ Ра еге, Etudes, II, 209.

²⁾ Ра еге, Etudes, II, 207. Литература, конечно, не допускаетъ отмѣченной двойственности дѣйствующаго законодательства, такъ какъ придерживается совсѣмъ иного объясненія ст. 464 Устава (см. выше, стр. 60 прим. 4), а потому не обращаетъ должнаго вниманія и на приведенное только что толкованіе судебной практики.

³⁾ Единственная, извѣстная намъ монографія Jauggen (Die Comp. nach schweiz. Obligationenrecht) допускаетъ зачетъ посредствомъ встрѣчнаго иска, хотя съ оговорками. Что же касается до возможности отождествленія, то объ этомъ нѣтъ и помину.

⁴⁾ 100 Cod. di proc. civ.

⁵⁾ 490 Cod. di proc. civ.

ляціонномъ судѣ... могутъ быть предъявлены зачетъ и всякое другое возраженіе противъ главнаго требованія. Ясно, что дѣйствующее законодательство Италіи также отнюдь не исчерпываетъ встрѣчный искъ случаями зачета, или иначе обособляетъ одинъ отъ другого ¹⁾).

Въ *португальскомъ* кодексѣ читаемъ слѣдующее: *em virtude d'estas sentenças, poderá operar se qualquer compensação permittida por direito...* ²⁾ т. е.: въ силу названныхъ рѣшеній (по первонач. и встр. искамъ) можетъ быть произведенъ зачетъ въ предѣлахъ, разрѣшаемыхъ правомъ (закономъ). Выраженія эти не даютъ права толковать что рѣчь идетъ о зачетѣ именно въ желательномъ для насъ смыслѣ.

Остается указать еще на одно законодательство, о которомъ, несмотря на любопытный матеріалъ по встрѣчному иску, не пришлось упомянуть въ обзорѣи иностранныхъ законодательствъ, такъ какъ оно стало доступно для пользованія позже отпечатанія первыхъ листовъ настоящаго труда. Разумѣемъ Уставъ гражд. судопр. княжества Монако, утвержденный 5 сентября и вступившій въ силу 15 октября 1896 г. ³⁾. Въ первоначальномъ проектѣ этого Устава, въ двухъ статьяхъ была усвоена редакція французскаго законодательства 1838 и 1840 гг., т.-е. именно такая: *...les demandes reconventionnelles ou en compensation* ⁴⁾; изъ числа остальныхъ статей одна—новая

¹⁾ Толкованіе, не возбуждающее никакого сомнѣнія въ итальянской процессуальности Ср. напр., *Mattirolo Istituzioni*, 101; *Di Majo Istituzioni*, I, 62.

²⁾ 338, § 3 *Codigo do processo civil*.

³⁾ О встрѣчномъ искѣ говорится въ пяти статьяхъ: первая три статьи помѣщены во вступительной книгѣ (*livre préliminaire*), въ главѣ первой о подсудности, причемъ, одна изъ статей (8 п. 7) принадлежитъ отдѣленію I-му (общія правила подсудности), двѣ же остальные (18 и 19) отдѣленію II (спеціальныя правила подсудности). Четвертая статья (129) помѣщается въ первой части (производство), въ книгѣ первой (мировой судъ) въ главѣ девятой (объ апелляціи). Пятая статья (862) помѣщается во второй книгѣ (производство въ высшемъ судѣ), въ главѣ семнадцатой (случайности производства). *Principauté de Monaco. Code de proc. civile*, Paris, 1896 стр. 6, 13, 40, 99, 100.

⁴⁾ Ст. 18 и 19 Проекта.

не заключала, однако, этой оговорки ¹⁾, другая буквально воспроизводила единственную статью французскаго законод. о зачетѣ въ апелляціонномъ судѣ ²⁾, и, наконецъ, третья придерживалась буквальной же редакціи французскаго правительственнаго проекта устава ³⁾. При окончательномъ обсужденіи вычеркнута оговорка *ou en compensation* въ двухъ изъ названныхъ выше статьяхъ, какъ возбуждавшая, очевидно, нежелательное впечатлѣніе насчетъ соотношенія встрѣчнаго иска съ зачетомъ. Слѣдовательно, и дѣйствующее въ Монако законодательство также обособляетъ встрѣчный искъ отъ зачета. На самомъ дѣлѣ, является, однако, та же двойственность, что и въ бельгійскомъ законодательствѣ, такъ какъ смыслъ сохраненной отъ французскаго Устава статьи объ апелляціи, допускаетъ какъ разъ обратное толкованіе или, иначе, толкованіе, неудобное для сторонниковъ обособленія встрѣчнаго иска отъ зачета ⁴⁾. Такимъ образомъ, можно сказать, что Уставъ Монаксій, подобно бельгійскому законодательству, одновременно признаетъ и не признаетъ обособленности встрѣчнаго иска отъ зачета.

Обращаясь къ *русскому* праву, мы замѣчаемъ прежде всего крайнюю скудость матеріала, могущаго дать представленіе не только объ исторіи, но и о современномъ положеніи зачета. Зачетъ не получилъ у насъ цѣльной регулировки — общихъ правилъ о зачетѣ нѣтъ вовсе ⁵⁾; въ дѣйствующемъ законодательствѣ упоминается лишь объ отдѣльныхъ случаяхъ зачета ⁶⁾, причемъ

¹⁾ 3 п. 7 Проекта.

²⁾ 129 Проекта.

³⁾ 882 Проекта.

⁴⁾ См. выше стр. 73, 74

⁵⁾ Необходимость такого урегулированія сознавалась, однако, еще въ началѣ истекающаго столѣтія, какъ это явствуетъ изъ Проекта гражд. улож., выработаннаго въ комиссіи составленія законовъ (См. § 229—233 Проекта въ Прилож. къ Арх. Гос. Сов. IV, I).

⁶⁾ Въ общегражданскомъ законодательствѣ: въ матеріальномъ (С в. Зак. X, 1) — о зачетѣ приданаго (1003) и о зачетѣ при казенныхъ подрядахъ (48 П о л. о к а з. подр. и пост.); въ процессуальномъ: (С в. Зак. XVI, 1, 2) о зачетѣ при взысканіи (1166—1168 Уст. гражд. суд.; 605, 2 п. 6. Зак. суд.

самое раннее упоминание не восходит далѣе второй половины XVIII в.¹⁾ Итакъ, все, что можно сказать про русское законодательство, это то, что ему извѣстенъ зачетъ²⁾; но какъ опредѣлить зачетъ и каковы его ближайшія условія — для отвѣта на эти вопросы, приходится обратиться къ единственному средству — къ толкованію «по общему смыслу законовъ»³⁾. Однако, и судебная практика не можетъ удовлетворить насъ въ этомъ отношеніи: какъ видно, ей рѣдко приходилось заниматься зачетомъ⁴⁾. Вообще, въ отличіе отъ западно-европейскаго, русское право весьма мало интересовалось и интересуется зачетомъ⁵⁾. Въ настоящее время недостатокъ этотъ, впрочемъ,

гражд. и 296—298, 459 Полож. о взыск. гражд.); далѣе, въ законахъ торговыхъ (Св. Зак. XI, 2)—о зачетѣ процентовъ по билетамъ государ. казначейства (191 Ряд. III Уст. кред.), о зачетѣ платежа при передачѣ векселей (19, 2 Уст. о векс.), о зачетѣ при конкурсѣ (587 Уст. суд. тор.) и о зачетѣ при исполненіи договора найма фабричныхъ рабочихъ (100 Уст. промышл.). Зачеты извѣстны въ крестьянскомъ быту. (См. Пахманъ Обычн. пр. I, 76 и Скоробогатый Очерки, 23).

¹⁾ 1770 окт. 25 по дѣлу Колычева о дополненіи замужнимъ дочерямъ указанныхъ частей изъ наслѣдства, если онѣ при выходѣ въ приданомъ таковыхъ частей сполна не получаютъ (I Полн. Собр. Зак. № 13520):..... зачетомъ добавить... Вошло въ ст. 1003, X, 1. Св. Зак.

²⁾ Въ томъ же смыслѣ: Мышь Право зачета (Суд. Вѣстн. 1873 № 8, 10, 11, 12); К. П. Побѣдоносцевъ. Курсъ III, 199; Пахманъ. Кодификація II, 215; Анненковъ Прекр. обяз. (Жур. Гр. и Уг. Пр. 1890, VIII, 6, 7); проф. Шершеневичъ. Учебникъ, 394. Ср. еще Змировъ въ Журн. гр. и уг. пр. 1885, VI, 53 и Замяч. о недостатк. гражд. вак. № 818, стр. 556, 557.

³⁾ ст. 9 Уст. гражд. судопр.

⁴⁾ Впервые самое опредѣленіе зачета Пр. Сенатомъ дано въ 1870 г. № 496 (подтверждено въ 1873 № 1557). Вообще, крайняя скудость разъясненій общаго характера. Изъ несенатскихъ — намъ извѣстны: 1) рѣшеніе одного мирового судьи Дагестанской области о судебномъ зачетѣ (см. въ § 4) и 2) разъясненіе въ дѣлѣ о расчетахъ съ казною, данное Министерствомъ Юстиціи по Консультации (Герке-Оппенгеймъ Указатель, № 133). Не мало за то разъясненій имѣется относительно зачета при конкурсѣ; (См. напр. сводку у Носенко, Уст. торг. суд. подъ ст. 587 и Гребнеръ Практи. I № 357—360 и Доп. № 97).

⁵⁾ Скудна и литература. Насколько намъ извѣстно, о зачетѣ специально трактуетъ журнальная статья г. Мыша подъ заглавіемъ: Право зачета одного обязательства другимъ (Суд. Вѣстн. 1873 № 8, 10, 11, 12) и замѣтка

вполнѣ сознанъ и, притомъ, что особенно важно, самими судебными дѣятелями¹⁾). Конечно, самый правильный, самый надежный путь къ восполненію названнаго пробѣла—это тщательное изученіе зачета по западно-европейскимъ образцамъ и соображеніе его съ тѣми, хотя и немногими, указаніями, которыя идутъ изъ практики²⁾).

И поучительнѣйшій тому примѣръ представляетъ вопросъ нашъ занимающій, т. е. вопросъ о соотношеніи встрѣчнаго иска съ зачетомъ. Само собой, что послѣ сообщеннаго выше, въ законодательномъ матеріалѣ отвѣта на указанный вопросъ искать было бы напрасно. Но за то, въ судебной практикѣ, при всей ея бѣдности, мы находимъ слѣдующее цѣнное указаніе, преподанное Пр. Сенатомъ по гражданскому кассационному департаменту въ 1877 г.:по самому понятію о встрѣчномъ

г. Шкроба. Два слова о зачетѣ по обязательствамъ (Юридич. Обзор. 1885 г. № 211). Что же касается до трудовъ общаго характера, то въ нѣкоторыхъ зачетъ даже вовсе обходится какъ напр. въ Исторіи рос. гражд. зак. и въ Программѣ препода. гражд. зак. проф. Неволіна; въ другихъ, изложеніе о зачетѣ не имѣетъ никакого самостоятельнаго значенія какъ напр. у Терланча (Рус. П., 55, 56), у Кукольникова (Нач. осн. 847—349), у Мейера (Гражд. пр. 575—577); заслуживаетъ вниманія изложеніе о зачетѣ у Кавелина (Права 122), у К. П. Побѣдоносцева (Курсъ III, 185—190), у Анненкова (Ж. гр. и угол. пр. 1890-8, стр. 6. 7), у проф. Шершеневича (Учебн. 894, 345).

¹⁾ Вотъ что напр. читаемъ въ Замѣч. о недостаткахъ дѣйств. гражд. зак. (№ 818, стр. 556, 557)... въ Сводѣ не проведено цѣльнаго ученія о способахъ прекращенія обязательствъ, между тѣмъ, эта часть обязат. права особенно нуждается въ подробной и точной регламентации... (Замѣч. члена Изюмского окр. суда Попова). Ср. также мнѣніе извѣстнаго практика Змрлова въ одной изъ его статей о недостк. гражд. зак. (Ж. гр. и уг. пр. 1885, VI, 53, 54): надлежало бы установить... правила относительно способовъ... прекращенія договорныхъ отношеній, какъ то:о зачетѣ платежей, о зачетѣ встрѣчныхъ долговъ. Наконецъ еще одного практика (Шкробъ Юрид. Обзор. 1885 № 211 стр. 454): не можемъ не выразить искреннаго желанія, чтобы составители будущаго нашего гражд. уложенія обратили должное вниманіе на вопросъ о компензаци.

²⁾ Особенно любопытный образчикъ «восполненія пробѣла» закона представляетъ изложеніе о зачетѣ въ «чтеніяхъ проф. Мейера» (т. н. Русское Гражд. право Мейера): безъ какихъ либо оговорокъ, излагается цѣлое ученіе— о зачетѣ, — по всей вѣроятности, перифразъ нѣмецкаго учебнаго изложенія и это называется «русскимъ» гражданскимъ правомъ.

искѣ, онъ разрѣшается судомъ одновременно съ первоначальнымъ, такъ какъ цѣль его — зачетъ долга истца при присужденіи ему удовлетворенія съ отвѣтчика ¹⁾. Положимъ, что разъясненіе сдѣлано мимоходомъ ²⁾; но это отнюдь не умаляетъ его внутренняго значенія. Къ сожалѣнію, въ 1896 г. Пр. Сенатъ, хотя такжѣ мимоходомъ, высказался въ противоположномъ смыслѣ т. е. что встрѣчный искъ не покрывается зачетомъ. ³⁾

Въ концѣ концовъ, мы можемъ всетаки утверждать, что отождествленіе встрѣчнаго иска съ зачетомъ не чуждо, послѣ съ семидесятыхъ годовъ, и русскому праву. ⁴⁾.

¹⁾ 1877 № 250. Въ началѣ своей дѣятельности Касс. Сенатъ, впрочемъ придерживался иного воззрѣнія, какъ это явствуетъ изъ слѣдующаго разъясненія: ...въ дѣлѣ не могло быть встр. иска, такъ какъ апелляторъ не просилъ ни о высканіи, ни о зачетѣ исчисленной въ означенныхъ счетахъ передержки (1869. № 1096). Изъ подчеркнутаго противопоставленія, на нашъ взглядъ, слѣдуетъ, что встр. искъ не исчерпывается зачетомъ.

²⁾ Выяснился вопросъ о значеніи связи и совмѣстности производства при встр. искѣ по 88 ст. Уст. г. раж. судопр.

³⁾ 1896 г. № 124: непріятіе встрѣчнаго иска не преграждаетъ еще отвѣтчику путь къ достиженію правосудія. Если отвѣтчикъ лишается приѣтомъ удобствъ совмѣстнаго разбирательства взаимныхъ исковъ (1878 № 115, № 1874 № 150) и возможности зачета претензій (1877 № 250), то и въ этихъ своихъ интересахъ онъ можетъ етс. Подчеркнутыя выраженія обнаруживаютъ съ несомнѣнностью обособленіе зачета отъ встрѣчнаго иска. Ссылаясь, приѣтомъ, на разъясненіе 1877 № 250, Сенатъ, однако, придаетъ ему слишкомъ узкій смыслъ.

⁴⁾ Нельзя сказать чтобы и литература была чужда такому пониманію встрѣчнаго иска. Такъ, еще нѣсколько ранѣе вышеприведеннаго разъясненія Сената, встрѣчный искъ охарактеризованъ былъ какъ зачетъ въ редакціонномъ примѣчаніи Суд. Вѣстника къ одной изъ статей: вотъ подлинныя выраженія: сущность встрѣчнаго иска именно въ томъ и заключается, что въ предьявленіи его отвѣтчикъ не отрицаетъ главнаго иска, а утверждаетъ только, что истецъ не можетъ получить слѣдующаго ему по его иску въ виду того, что и онъ состоитъ должнымъ отвѣтчику. Это есть такъ сказать судебный зачетъ (compensatio) (Суд. Вѣстн. 1875 № 185). Затѣмъ, можно указать на слѣдующихъ практиковъ и теоретиковъ. Изъ практиковъ, прежде другихъ высказался Г о н я е в ъ, подтверждаая цѣлесообразность приведеннаго разъясненія Сената 1877 г. (Гражд. проц. 305, 306); далѣе, Н о с е н к о, ограничившійся,

Что же касается мѣстных особенностей, то, въ Польскомъ краѣ и въ Прибалтійскомъ краѣ зачетъ вообще регулируется цѣлымъ рядомъ статей матеріальнаго законодательства, причѣмъ, въ Польскомъ краѣ буквально воспроизводятся статьи о зачетѣ Code civil¹⁾; въ Прибалтійскомъ же краѣ почти что цѣликомъ дѣйствуетъ матеріалъ *corpus iuris civilis*²⁾ въ оболочкѣ германской пан-

впрочемъ, одной лишь перефразировкой того же разъясненія Сената (Уст. гражд. суд. 79, 80; Гор. с. 31). Повидимому, также за отождествленіе высказался Пестржецкій (Объ адвок. етс 225). Изъ теоретиковъ встрѣчный искъ отождествляется съ зачетомъ у проф. П. П. Цитовича и Шершеневича. Возвръніе проф. Цитовича обнаруживается изъ слѣдующихъ выраженій конспективнаго изданія читанныхъ имъ въ Кіевскомъ университетѣ лекцій гражданскаго судопр.: ...цѣль встрѣчнаго иска уравнивать или хотъ уменьшить возможное рѣшеніе по главному иску съ его количественной стороны чрезъ зачетъ двухъ противоположныхъ исковъ со стороны ихъ предмета (Гражд. проц. 43). Возможныя сомнѣнія насчетъ точности передаваемыхъ выраженій въ виду свойства изданія, откуда заимствованъ приведенный отрывокъ, устраняются брошюрой того же автора, явившейся позже (отвѣтъ г. Книриму по поводу проекта вексельнаго устава) гдѣ читаемъ: по проекту... встр. искъ допущенъ лишь въ предѣлахъ зачета... (ib. 83). Возвръніе проф. Цитовича, остается вопросомъ открытымъ, такъ какъ оно лишь намѣчено. Проф. Шершеневичъ выражается такъ (Учебникъ, 395)... компенсація находитъ себѣ выраженіе или въ договорѣ... или же по встрѣчному искѣ. Однако, почему же только во встр. искѣ, а также не въ возраженіи? Вся остальная литература, насколько намъ извѣстно, стоитъ за юбособленіе встрѣчнаго иска и зачета, какъ то: проф. К. И. Малышевъ (Курсъ I, 270); Соколовъ (Протоколы Кіев. юрид. общ. 1870 № 10); проф. Гольмстенъ (Учебникъ 234, 235); Исидлевичъ (Ж. Гр. и Уг. пр. 1885, VI, 20, 23); Анненковъ (Опытъ ком. I, 428); Вербловскій (Движ. гр. проц. 19, 20); Исаченко (Ком. I, 227, 817); Боровиковскій (Отчетъ I, 146 147); проф. А. И. Загоревскій (Пронзв. 167, 168); проф. Д. И. Азаревичъ (Суд. II, 27); Васьяковскій (Ж. Юр. Общ. 1894, X, 89, 90); Змирловъ (Ж. М. Ю. 1895, VII, 80); Смирновъ (Суд. газ. 1896 № 4); Капланъ (Проток. гражд. отд. петерб. юрид. общ. въ Журн. Юр. Общ. 1897, IV, 28), Гасманъ (ib, 31), Гантоверъ (ib, 31), Л. I. Петражицкій (ib 34, 38) Ср. также Журналъ образованной въ гражд. отдѣленіи Петерб. Юридич. Общ. комиссіи для обезужденія вопросовъ гражд. судопр. (Журн. Юрид. Общ. 1897, V, Прилож. стр. 6).

¹⁾ art 1289—1299 Code civil.

²⁾ 3545—3564 Св. мѣстн. узак. губ. оств. Ср. Пахманъ, Кодиф. II, 399; Кассо Обзорніе 104. Относительно зачета при конкурсѣ ср. еще ст. 16 Прилож. къ 1899. Уст. гр. суд.

дектной доктрины ¹⁾; за то совсѣмъ бѣденъ въ этомъ отношеніи процессуальный матеріалъ, т. е. дѣйствующій здѣсь Уставъ гражд. судопр. 1864 г., не заключающій никакихъ указаній въ интересующемъ насъ смыслѣ. Въ результатѣ—полное обособленіе встрѣчнаго иска отъ зачета, что обнаруживается явственно, по крайней мѣрѣ, въ остзейскомъ правѣ ²⁾. Отожествленіе встрѣчнаго иска находимъ въ одномъ изъ дополнительныхъ источниковъ къ Финляндскому Уложенію, гласящемъ: если должникъ имѣетъ встрѣчное требованіе (Genfordran) съ займодавца, то ему предоставляется право зачесть оное въ уплату своего долга ³⁾. Очевидно «право зачесть» надо понимать въ обширномъ смыслѣ, т. е. не только посредствомъ возраженія, но и посредствомъ встрѣчнаго иска.

Обозрѣвая все изложенное въ этомъ параграфѣ, приходимъ къ слѣдующему выводу: пониманіе встрѣчнаго иска, какъ способа осуществленія зачета, обнаруживается вполне рельефно въ римскомъ и французскомъ правѣ; что же касается до русскаго права, то, по крайней мѣрѣ, позднѣйшее его развитіе, за исключеніемъ польскаго края и прибалтійскаго, представляетъ несомнѣнные проблески правильнаго воззрѣнія на смыслъ и значеніе встрѣчнаго иска.

§ 3. Встрѣчный искъ есть средство осуществленія зачета при помощи суда, иначе говоря, встрѣчный искъ есть зачетъ судебный, въ отличіе отъ зачета, производящагося помимо участія суда—зачета внѣ судебного.

Въ *римскомъ* правѣ зачетъ вообще проявляется какъ зачетъ преимущественно судебный; по крайней мѣрѣ, источники весьма скудны указаніями относительно зачета, производившагося по-

¹⁾ Какъ это будетъ явствовать изъ дальнѣйшаго изложенія.

²⁾ Въ этомъ отношеніи вполне единодушны какъ цивилисты въ тѣсномъ смыслѣ слова, такъ и процессуалисты. Ср. напр. проф. E d m a n n, System IV, 215—228 и B u n g e, Civilproc. II, 195, пр. 96.

³⁾ Высоч. повел. 9 ноября 1868 (доп. къ ст. 10 главы XI, отдѣла о судопр.; въ изд. К. И. Малышева, стр. 880).

мимо участія суда ¹⁾. Что же касается до разсматриваемаго здѣсь вида судебного зачета, то достаточно припомнить приведенныя выше свидѣтельства, трактующія о встрѣчномъ искѣ, какъ о зачетѣ, чтобы убѣдиться въ полной очевидности для римскаго

¹⁾ Ср. большинство фрагментовъ книги 16, титула 2 Дигестъ, а также большинство императорскихъ повелѣній книги 4, титула 31 Кодекса. Не мудрено, что литература почти все вниманіе удѣляла и удѣляетъ зачету судебному. Русская литература, насколько намъ извѣстно, исключительно имѣетъ въ виду зачетъ судебный. Ср. проф. Н. П. Богодѣловъ, Учебникъ 501—502; проф. В. В. Ефимовъ, Исторія 386; Догма 220—222; проф. Д. И. Азаревичъ, Система 274—278. У г. Муромцева (Гражданское право древняго Рима) мы не нашли вообще никакихъ указаній относительно зачета. Различіе судебного и внѣ судебного зачета по римскому праву въ иностранной литературѣ встрѣчается у Brinz'a (Comp. 132—141), хотя, впрочемъ, подъ внѣ судебнымъ зачетомъ разумѣется въ концѣ концовъ зачетъ по соглашенію (ср. ib 134, 141, 155). Послѣ Brinz'a различіе gerichtliche и aussgerichtliche Compensation находимъ у новѣйшаго исследователя зачета — Leonhard'a (Comp. 5, 6, 140, 177). Но вообще германскіе, а также французскіе ученые придерживаются иной терминологіи: или довольствуются однимъ судебнымъ зачетомъ (Krug) или же дѣлаютъ такое противоположеніе: «зачетъ договорный» и «зачетъ судебный»: compensatio voluntaria und gesetzliche (Hartter Comp. 44), durch Uebereinkunft der Partheien (der Compensationsvertrag) oder durch einen Ausspruch des Gerichts (Dernburg Comp. 529—530, 590—596, Еск въ Behrend's Zeitsch III, 128), durch Vertrag oder Judikat (Schwanert Comp. 70, 71. Windscheid. Pand. II, 337—339; Leonhard Inst. 493, Geib Theorie, 18), vertragsmässige und gerichtliche (Eisele, Comp. 211—259, 375 и д.; Stampe Compensationsverfahren 5 пр. 1; Kretschmar Secum pensare, 1; Liebknecht Comp. 1, 2), im Einverständniss oder durch richterliches Urtheil (Wendt Pand. 581 Ср. также Schulin Lehrb. 433, 434), compensation conventionnelle ou volontaire и compensation judiciaire ou forcée (Desjardins Comp. 31—148; Appleton, Comp. 525 и д.; Girard Elements, 682, 683). Зачетъ договорный или по соглашенію противопоставлять зачету судебному, значитъ, допускать смѣшеніе основаній къ осуществленію зачета съ самимъ осуществленіемъ зачета, такъ какъ вѣдь и зачетъ по соглашенію можетъ быть осуществленъ при участіи суда, а съ другой стороны не всякій зачетъ, осуществляемый при участіи суда, есть зачетъ принудительный, какъ напр. тотъ же зачетъ по соглашенію. Въ заключеніе слѣдуетъ указать на двѣ попытки выдвинуть судебное свойство зачета въ римскомъ правѣ: на доктор. диссертацию Henry (De la compens.) и на статью германскаго практика Lippmann'a Zur Lehre von der Kompens (Ihering's Ihrb. XXXII).

права судебного свойства зачета, осуществляемого посредством предъявленія встрѣчнаго иска ¹⁾.

Преобладаніе осуществимости зачета судебнымъ путемъ выступаетъ и въ *средневьковомъ* папскомъ законодательствѣ ²⁾.

Судебнымъ можетъ быть охарактеризованъ зачетъ также по источникамъ *французскаго* права, что подтверждается слѣдующей поговоркой: *Le compenser est de justice* ³⁾. Что же касается до дѣйствующаго французскаго законодательства, то въ процессуальныхъ предписаніяхъ, о которыхъ изложено выше ⁴⁾ вполне отчетливо обнаруживается судебный характеръ зачета. Вообще же, о зачетѣ трактуется въ гражданскомъ кодексѣ ⁵⁾. И вотъ въ одномъ изъ предписаній *Code civil* мы читаемъ слѣдующее: *la compensation s'opère de plein droit par la seule force de la loi, même à l'insu des débiteurs; les deux dettes s'éteignent réciproquement à l'instant où elles se trouvent exister à la fois.....* ⁶⁾, т. е.: зачетъ осуществляется правомѣрно единственно въ силу закона, безъ вѣдома должниковъ; оба долга погашаются взаимно въ моментъ одновременнаго ихъ существованія ⁷⁾. Весь смыслъ статьи едва ли имѣетъ въ виду зачетъ судебный. Однако, нѣтъ въ томъ же кодексѣ и другой какой либо

¹⁾ Сверхъ литературы, приведенной выше въ § 2 (стр. 43—52), ср. также, что по поводу судебной формы зачета въ римскомъ правѣ говорится у *Papiniane Labeo II, 1, 275* и сл.

²⁾ *Desjardins Comp. 208—219; Dernburg Comp. 265—266.*

³⁾ По редакціи одного юриста-практика XVII вѣка — *Catherinot*, о которомъ см. въ *Nouv. rev. hist. d. droit. 1883, 70*. Ср. также выше въ § 2 указанія изъ исторіи франц. права. Сверхъ того, историческія данныя могутъ быть собраны по изложенію *Desjardins* (*Comp. 237—287, 293*). Самъ *Desjardins*, на ряду съ судебнымъ, различаетъ въ исторіи французскаго права зачетъ т. н. необязательный — *comp. facultative* и зачетъ договорный — *comp. conventionnelle* (*Comp. 314—322*). Противуположеніе неправильное, по указаннымъ выше основаніямъ (стр. 82 прим. 1).

⁴⁾ § 2 стр. 60—62.

⁵⁾ Art. 1289—1299 *Code civil*.

⁶⁾ Art. 1290 *Code civil*.

⁷⁾ Ср. русскій переводъ Кодекса Наполеона, дѣйствующаго въ губерніяхъ 6. ц. Польскаго.

статьи, которая подкрѣпила бы выводъ въ томъ же направленіи. Въ концѣ концовъ, матеріальное законодательство открываетъ обширное поле для недоразумѣній относительно осуществления зачета на судѣ ¹⁾ и внѣ суда ²⁾.

Германское право въ историческомъ развитіи, повидимому,

¹⁾ Господствующее воззрѣніе литературы—что Code civil трактуеть о т. н. compensation légale. Дѣло въ томъ, что приведенная статья возникла на почвѣ одного изъ истолкованій знаменитыхъ выраженій (ipso iure) римскихъ источниковъ, ведущаго свое начало отъ глоссатора *Мартина*. Толкованіе это было усвоено извѣстнымъ французскимъ романистомъ *Сюжас* и впоследствии времени пропагандировалось не менѣе извѣстнымъ французскимъ цивилистомъ *Ротьер*, въ свою очередь, повліявшемъ въ этомъ случаѣ, какъ и во многихъ другихъ, на составителей Code civil. (Еще другое объясненіе, недостаточно, однако, обмотивированное см. у *Стоме*, Oblig. II, 389, пр. 8). Такимъ образомъ узаконилась проповѣдь воспитанной на предвзятомъ пониманіи римскихъ источниковъ доктрины, что зачетъ осуществляется, будто бы, самъ собой, вслѣдствіи существованія двухъ способныхъ къ тому требованій, вовсе не нуждаясь въ участіи суда. (Ср. *Desjardins Comp.* 293, *Dernburg Comp.* 281—287; *Flandin Comp.* 103, 105; *Meunial Comp.* 133, 148, 149). Результатъ—наперекоръ дѣйствительности, немогущей не признавать цѣлесообразности судебного зачета. Немудрено, что доктрина и судебная практика, на ряду съ compensation légale, стали допускать т. н. compensation judiciaire (*Fuzier-Herman Darras*, Code civil, къ ст. 1289 № 49; *Zachariae—Crome Handbuch* 363; *Meunial Comp.* 156; *Gamaïn Dem. recony.* 103, 105; *Garsonnet Traité I*; 622; *Houyvet Trib.* 108; 109; *Hudelot et Metman Oblig.* № 422). Остается замѣтить, что въ литературѣ были дѣлаемы попытки принорваться къ запросамъ жизни и на почвѣ названной статьи. Такъ *Desjardins* въ своемъ изслѣдованіи о зачетѣ излагаетъ о compensation légale какъ о зачетѣ судебномъ (*Comp.* 355—453). Затѣмъ, въ особенности, обстоятельныя разъясненія въ этомъ смыслѣ даются проф. берлинскаго университета *Стоме*—извѣстнымъ знатокомъ французскаго права (*Oblig.* II, 352, 364, 365). Современная французская литература проявляетъ также движеніе въ означенномъ направленіи, (Ср. *Reperth. alphab. t. XII* на слово *Compensation* №№ 14, 15, 292 и 643 и *Appleton Comp.* 544, допускающей, впрочемъ, и здѣсь ту же крайность, что по юстин. праву (см. выше 54 стр. пр.)—осуществленіе зачета посредствомъ одного только встречнаго иска).

²⁾ Сверхъ только что отмѣченныхъ comp. légale и comp. judiciaire, практика и литература допускаютъ еще т. н. compensation facultative и compensation conventionnelle. Нельзя не отмѣтить, однако, шаткости обонхъ понятій въ представленіи какъ практики, такъ и самой литературы. Не сходятся

также развивало зачетъ судебный ¹⁾). Впрочемъ, въ XVIII ст. зачетъ, по крайней мѣрѣ, по прусскому вемскому уложенію, подобно какъ по современному матеріальному французскому праву, вовсе не требуетъ для своего осуществленія участія суда, что обнаруживается изъ слѣдующей статьи: *Sobald die Forderung, durch welche die Compensation gesetzmässig begründet wird, entstanden ist, wird auch die Schuld, ... für erloschen geachtet* ²⁾, т. е.: какъ только требованіе, которое ведетъ за собою зачетъ, возникло, долгъ почитается погашеннымъ ³⁾. Дореформенное праворазвитіе завершается саксонскимъ гражданскимъ уложеніемъ, различающимъ совершенно отчетливо зачетъ судебный и внѣ судебный: *Die Aufrechnung findet statt, wenn der eine Gläubiger dem anderen gegenüber gerichtlich oder aussergerichtlich erklärt, dass er aufrechnen will* ⁴⁾.

даже относительно природы того и другаго зачета. Такъ напр. практика въ сущности вовсе не обособляетъ одинъ зачетъ отъ другаго. (Ср. *Fuzier-Herman-Dagga*, *Code civ.* къ ст. 1289, № 49 и № 75). Не увѣренность и относительно осуществимости зачетовъ. *Desjardins* и *Garsonnet* напр. подъ сопр. *facultative* разумѣютъ зачетъ при участіи суда. (*Comp.* 455—465 *Traité III*, 192 пр. 31), *Strome*—зачетъ помимо участія суда (*Oblig. II*, 368—370), *Baudry-Lacantinerie*—совсѣмъ неизвѣстно какой. (*Précis II* № 1084). Что же касается до сопр. *conventionnelle*, то вообще едва ли возможно узнать какъ осуществляется зачетъ договорный по мнѣнію доктрины (Ср. напр. *Desjardins*, *Comp.* 465—490 и *Strome*, *Oblig. II*, 338, 339). Нечего и говорить, наконецъ, насколько подобное смутное расчлененіе зачета уживается съ расчлененіемъ зачета (*сопр. leg.* и *сопр. judic.*), о которомъ изложено только что выше.

¹⁾ *Dernburg*, *Comp.* 266—271, 289, 529, 530. Ср. также *Eisele* *Comp.* 211—228, 248—258. Оба эти писателя находятъ, какъ и въ римскомъ правѣ, въ правѣ германскомъ дореформенномъ зачетъ судебный и зачетъ по соглашенію (*Dernburg*, *Comp.* 590—596; *Eisele*, *Comp.* 228—248, *Сohn*, въ *Eudemann's. Handb.* 1086. Ср. еще *Liebknecht* *Comprens.* 53, 54). Напрасно было бы, однако, искать при этомъ источниковъ чисто германскаго права. Возраженія противъ подобнаго возвращенія, конечно, тѣ же, что и выше на стр. 84.

²⁾ § 301. 16 *Tit Landr. f. d. preuss. Staaten.*

³⁾ Порожденіе, какъ и во Франціи, средневѣковой доктрины. Однако, ни теорія, ни судебная практика не создали здѣсь (подобно Франціи), кажется, никакого противовѣса.

⁴⁾ § 992 *Bürgerl. Ges. Buch f. d. Kön. Sachsen.*

Новое гражданское уложение германской империи трактуетъ о зачетѣ также въ выраженіяхъ, не оставляющихъ сомнѣнія, что имѣется въ виду одинаково какъ зачетъ судебный, такъ и зачетъ внѣсудебный ¹⁾.

По общему гражданскому уложенію австрійской империи зачетъ можетъ быть разсматриваемъ также какъ судебный и какъ внѣсудебный: wenn Forderungen gegenseitig zusammen treffen... so entsteht... eine gegenseitige Aufhebung der Verbindlichkeiten (Kompensation) ²⁾, т. е. коль скоро требованія взаимно встрѣчаются, является взаимное погашеніе обязательствъ. Выраженіе «взаимно встрѣчаются» несомнѣнно допускаетъ толкованіе и въ смыслѣ встрѣчи на судѣ ³⁾.

Нечего прибавлять, что судебный характеръ зачета посредствомъ встрѣчнаго иска съ совершенною ясностью проявляется въ вышеприведенныхъ предписаніяхъ современнаго процессуальнаго законодательства Германіи ⁴⁾ и Австріи ⁵⁾.

¹⁾ Ср. ст. 887—896 Bürgerl. Ges. Buch. Въ этомъ же смыслѣ редакция и первоначальнаго проекта. Мотивы:.... dieses Recht verwirklicht er durch die von ihm, in Prozesse oder ausserprozessualisch, dem anderen Theile. gegenüber abgegebene Willenserklärung (Motive II, 106). Ср. Entw. e. Einf. ges., и Kohler Zeitsch XX, 6—14). Любопытно, что въ литературѣ первоначальнаго проекта дебатировался вопросъ о желательности усвоенія пресловутой compensation légale (Gierke Entwurf, 202, пр. 5). Литература новаго гражданского уложенія пока еще скудна научной разработкой. Первый изъ появившихся учебниковъ проф. Cosack'a ограничивается замѣчаніемъ что.... Das Recht der Aufrechnung stellt... eine Eingrede ein (Lehrb. I, 360) Совершенно вѣрное истолкованіе гражд. улож. у Leonhard, Aufr. 7, 8, 147 и д. и у Geib'a Theorie, V.

²⁾ Ст. 1438. Allgem. bürg. Ges. Buch.

³⁾ Dernburg (Comp. 290) толкуетъ въ смыслѣ comp. légale. Австрійская литература сходится съ нашимъ толкованіемъ въ томъ отношеніи, что признаетъ, сверхъ судебного, зачетъ договорный (Unger Fragmente. Grünhut's Zeitsch, XV, 543—546; Hasenöhrli Oblig. II, 559—563) и расходится въ томъ отношеніи, что выдѣляетъ еще, сверхъ того, односторонній внѣсудебный зачетъ (Hasenöhrli ib). Различеніе произвольное и неудачное: произвольное, потому что не согласуется съ закономъ; неудачное, потому, что смѣшиваетъ внутренній моментъ съ внѣшнимъ (см. выше стр. 82, пр. 1).

⁴⁾ § 2 стр. 65 и д.

⁵⁾ Ib. стр. 71, 72.

Судебнымъ и вмѣстѣ несудебнымъ рисуется зачетъ и по законодательствамъ: *португальскому* ¹⁾, *испанскому* ²⁾ и *швейцарскому* ³⁾.

Наконецъ то, что выше сказано о дѣйствующимъ французскомъ законодательствѣ, приходится повторить относительно тѣхъ законодательствъ, которыя являются копіею съ Code civil, т. е. слѣдовательно относительно законодательствъ: *бельгійскаго* ⁴⁾, *голландскаго* ⁵⁾ и *италианскаго* ⁶⁾, представляющихъ такую же неопредѣленность, какъ и дѣйствующее во Франціи матеріальное законодательство.

Судя по отдѣльнымъ случаямъ, извѣстнымъ *русскому* законодательству, зачетъ обрисовывается здѣсь преимущественно какъ процессуальный ⁷⁾. Когда судебной практикѣ въ лицѣ гражданскаго кассационнаго департамента Пр. Сената пришлось въ 1870 г. впервые высказаться вообще по поводу зачета, было дано разъясненіе относительно осуществленія зачета, именно, слѣдующее: «зачетъ обязательства, т. е. прекращеніе одного обязательства силою другаго, равноцѣннаго обязательства по волѣ сторонъ или по судебному рѣшенію» ⁸⁾. «Зачетъ по волѣ сторонъ»

¹⁾ Art. 768. Code civil въ перев. Dubois и Laneyrie: la comp. s'opère de plein droit; elle éteint, des qu'elle se réalise, les deux dettes.

²⁾ Art. 1195 — 1202 Codigo civil. Ср. также Lehr, Elements II 255, 256.

³⁾ Ст. 138. Bundesges. über das Obligationenrecht. Искусственно различеніе Jauggen (Comp.) gesetzliche или einseitige u. vertragmässige Comp. Смѣшеніе понятій у Meunier Comp. 148, 149.

⁴⁾ Art. 1290. Code civil, Ср. еще Paere, Etudes II, 185, 186, 198 и т. д.

⁵⁾ Art. 1462. Code civil, въ перев. Tripels.

⁶⁾ Art. 1286. Codice civile.

⁷⁾ Выраженіе «процессуальный» взято намѣренно вмѣсто «судебный», такъ какъ русское законодательство (ср. выше стр. 76 пр. 6) симпатизируетъ не столько зачету судебному, сколько зачету, происходящему въ процессѣ исполненія или взысканія (куда относится и зачетъ при конкурсномъ производствѣ).

⁸⁾ 1870 № 496. Ср. также рѣш. одного миров. судьи Дагестанской области въ Юрид. Обзор. 1885 г., № 211.

противуполагается «зачету по судебному рѣшенію». Но вѣдь и зачетъ по судебному рѣшенію, какъ намъ извѣстно, можетъ быть результатомъ соглашенія между сторонами, не говоря уже о томъ, что ни одинъ зачетъ по судебному рѣшенію не можетъ произойти помимо частной инициативы. Какъ видимъ, разъясненіе высшаго представителя судебной практики не въ состояніи дать надлежащаго представленія о способахъ осуществленія зачета ¹⁾. Что же касается до опредѣленія встрѣчнаго иска какъ одного изъ способовъ судебного зачета, оно можетъ быть принято въ виду другого разъясненія Пр. Сената, состоявшагося по тому же департаменту въ 1877 г. ²⁾.

Обращаясь къ мѣстнымъ законодательствамъ, прежде всего, необходимо напомнить, что въ виду отсутствія какихъ-либо указаній въ интересующемъ насъ смыслѣ въ процессуальномъ правѣ, приходится считаться исключительно съ правомъ матеріальнымъ. Слѣдовательно относительно Польскаго края вопросъ рѣшается также, какъ и относительно дѣйствующаго во Франціи матеріальнаго законодательства ³⁾. Что же касается до Прибалтійскаго края, то мѣстное гражданское законодательство, повидимому, допускаетъ оба способа зачета, т. е. какъ

¹⁾ Въ литературѣ вѣрнѣе всѣхъ у Мыша, различающаго зачетъ судебный и безъ посредства суда, иначе т. н. имъ зачетъ самовластный (Суд. Вѣстн. 1873 г., № 8 и 10). Нѣкоторые зачету въ судѣ противопоставляютъ зачетъ по взаимному соглашенію к. напр. Кавелинъ Права, 162; проф. Шершеневичъ Учебникъ 395). Ср. теперь также Анненковъ Сист. III, 455.

²⁾ См. выше стр. 78 и 79. Въ литературѣ разумѣютъ встрѣчный искъ въ качествѣ зачета судебного высказавшіеся за отождествленіе, т. е.: ред. Суд. В. въ примѣч. къ одной изъ статей, Гоняевъ, Посенко, проф. Питовичъ и Шершеневичъ. См. вообще выше прим. 4 къ стр. 79.

³⁾ См. выше стр. 78, 78 Рейнке (Ж. М. Ю. 1895, № 11, стр. 38) допускаетъ по Код. Нап. зачетъ въ силу самаго закона и зачетъ факультативный, причемъ, послѣдній допускается со встрѣчнымъ искомъ. Ср. замѣчанія выше на стр. 84 прим. 1.

зачетъ судебный, такъ и зачетъ внѣ судебный ¹⁾. Во всякомъ случаѣ, однако, ни для Польскаго края, ни для Прибалтійскаго нѣтъ основаній признавать встрѣчный искъ за судебный зачетъ ²⁾. За то по финляндскому праву встрѣчный искъ есть несомнѣнно зачетъ судебный такъ какъ вышеотмѣченное отождествленіе встрѣчнаго иска съ зачетомъ выступаетъ въ законодательствѣ процессуальномъ ³⁾.

Обозрѣвая все изложенное въ этомъ параграфѣ, приходимъ къ слѣдующему выводу: вполне и послѣдовательно развитымъ зачетъ судебный представляется въ римскомъ правѣ; дальнѣйшія судьбы зачета приводятъ къ раздвоенности между матеріальнымъ и процессуальнымъ законодательствами въ томъ смыслѣ, что, подъ влияніемъ ошибочнаго возрѣнія доктрины, матеріальное законодательство (дѣйствующее еще во Франціи, въ Бельгіи, Нидерландахъ и Италіи), въ отличіе отъ процессуальнаго, выставляетъ зачетъ, не нуждающимся въ осуществленіи съ участіемъ суда; что же касается до русскаго права, то судебнымъ рисуется зачетъ вообще въ позднѣйшія времена (въ прибалтійскомъ краѣ раньше; въ польскомъ — какъ по Code civil).

§ 4. Встрѣчный искъ, въ отличіе отъ другаго вида судебного зачета — отъ зачета посредствомъ возраженія, всегда приводитъ къ полному осуществленію заявленнаго отвѣтнаго требованія или иначе къ исчерпывающему во всякомъ случаѣ удовлетворенію отвѣтника по первоначальному иску.

Что встрѣчный искъ ведетъ къ присужденію—зачету, дающему въ результатъ удовлетвореніе, неограниченное предѣлами первоначальнаго требованія, возможно обнаружить и въ источникахъ *римскаго права*.

¹⁾ Ср. ст. 3545—3564, III, Свода мѣстн. узакон. губ. оств. Въ литературѣ зачетъ судебный противопоставляется зачету не внѣ судебному, а зачету по договору (Erdmann System IV, 215, 216, 220).

²⁾ См. выше стр. 80, 81.

³⁾ См. выше стр. 81.

Такъ, напр. на присужденіе указываетъ Сенека ¹⁾ и, притомъ, именно въ смыслѣ зачета большаго требованія: *...debitori suo creditor saepe damnatur, si plus ex alia causa abstulit, quam ex credito petit* ²⁾. Въ переводѣ: съ вѣрителя нерѣдко присуждается въ пользу должника, если по другому основанію онъ обязался къ большому, чѣмъ по своему иску ³⁾.

Далѣе, о взаимныхъ искахъ трактуетъ Гай, называя ихъ *actiones mutuae* ⁴⁾.

Взаимнаго иска (*petitio mutua*) при зачетѣ, безъ какихъ либо оговорокъ относительно размѣра самого требованія, касается императоръ Ал. Северъ ⁵⁾.

Затѣмъ, по свидѣтельству Юстиніана, Папиніанъ трактовалъ о томъ, что судья можетъ не только отказать въ искѣ, но и присудить съ истца, если послѣдній окажется обязаннымъ по встрѣчному основанію: *non solum iudicem de*

¹⁾ Sartorius (W. kl. 60, 61) вслѣдъ за Cuias допускаетъ возможность толкованія слѣдующаго отрывка Лабеона въ смыслѣ присужденія по встрѣчному иску: *..non solum autem reum, qui non obtemperavit, hoc edicto teneri Labeo ait, verum etiam petitozem (fr. in Dig 2, 3 Ulp. ad Ed.)*. Титуль, откуда взятъ этотъ отрывокъ, посвященъ отвѣтственности за неповиновеніе распоряженіямъ судебнаго органа, распространяющейя одинаково на обѣ тяжущіяся стороны. Вотъ въ какомъ смыслѣ говорится о присужденіи истца, а вовсе не о присужденіи по встрѣчному иску.

²⁾ Seneca, *De beneficiis* § VI, 4—6. Ср. Appleton, *Comp.* 242 пр. 3.

³⁾ Литература см. выше стр. 44 прим. 1.

⁴⁾ Fr. 11 § 1 Dig. 2, 11 ad Ed. prov. Въ смыслѣ встрѣчнаго иска толкуетъ этотъ текстъ и литература: Ср. напр. Heffter (*Arch. f. civ.-Pr.* X. 211 пр. 27; Sartorius W. Kl. 42, 56; Desjardins, *Comp.* 182, 183; Dernburg, *Comp.* 250; Bethmann-Hollweg C. P. II, 464; Kleinfeller, *Ger.* 11, 16—18; Polak W. Kl. 20 пр. 22, 26; Appleton, *Comp.* 228. По вопросу о терминологическомъ значеніи выраженія *actio mutua* см. ниже.

⁵⁾ L. 6 Cod., 4, 31 и l 1 Cod., 5, 21. Литература см. выше стр. 45 прим. 1. По вопросу о терминологическомъ значеніи выраженія *petitio mutua* см. ниже.

absolutione rei iudicare, sed et ipsum actorem, si e contrario obnoxius fuerit inventus condemnare ¹⁾).

Что встрѣчный искъ заканчивается присужденіемъ, вообще, дающимъ въ результатѣ зачетъ, свидѣтельствуеъ Ульпіанъ: *Mulier habebit rerum amotarum actionem adversus virum, et compensare potest mulier cum actione, qua maritus agere vult ob res amotas* ²⁾).

На присужденіе при встрѣчномъ искѣ указывается у Мацера:... *et iudex me priorem tibi condemnavit* ³⁾).

Императоръ Зенонъ также упоминаетъ о присужденіи лица, начавшаго дѣло... *condemnando... actore et reo* ⁴⁾).

Наконецъ, слѣдующія положительныя указанія находимъ въ законодательствѣ Юстиніана:... *nullam que compensationem*...

¹⁾ L. 14 Cod. 7, 45. Въ смыслѣ встрѣчнаго иска также Goldschmidt Grundr. 22 пр. 2 и 23 пр. 5; Heffter, Arch. für civ. Pr. X, 212; Sartorius, W. Kl. 55; Plank Mehrh. 85; Dernburg Comp 255; Bethmann-Hollweg C. Pr. II, 465 пр 48; Appleton, Comp. 233, 234. Ср. также стр. 4, прим. 3 и стр. 46 прим. 5. По мнѣнію Brinz'a въ этомъ текстѣ рѣчь идетъ объ *arbitrium*, что подтверждается, якобы, во первыхъ, употребленіемъ далѣе самимъ Юстиніаномъ выраженіемъ *sententia* и, во вторыхъ, упоминаніемъ въ концѣ постановленія объ *arbitrium* (Comp. 74 пр. 34). Сверхъ того, по мнѣнію того же ученаго текстъ никомъ образомъ нельзя отнести ко встрѣчному иску на томъ основаніи, что *nicht nur ist einer W. Kl. mit keinem Worte gedacht, sondern diese bestand auch längst zu Recht* (ib. 131). Въ концѣ же концовъ, оказывается, что текстъ имѣетъ въ виду случай зачета (т. е. возраженіемъ), приводящаго къ присужденію истца. Но вѣдь объ этомъ, точно также, менѣе всего можно вывести изъ самаго текста. И какъ это согласить съ начальнымъ утвержденіемъ насчетъ *arbitrium*. Одинъ изъ нерѣдкихъ примѣровъ сбивчивости изложенія у этого ученаго.

²⁾ Fr. 7 Dig. 25, 2. Переводъ см. выше стр. 47.

³⁾ Fr. 1 § 4 Dig. 49. 8. Въ смыслѣ встрѣчнаго иска литература, какъ то: Goldschmidt, Grundr. 21, пр. 7; Heffter, Arch. f. civ. Pr. X, 211 пр. 28; Krug, Comp. 53; Sartorius, W. Kl. 67; Plank Mehrh. 67, пр. 3; Dernburg, Comp. 263; Fuchs Arch. f. civ. Pr. LIII, 149, пр. 1, 151, пр. 6; Appleton, Com. 248—251, 255, 256, 288. Ср. еще выше стр. 47, 48.

⁴⁾ L. 5, Cod. 7, 51. Въ томъ же смыслѣ и литература: Ср. напр. Goldschmidt, Grundr. 20, пр. 6; Heffter, Arch. f. civ. Pr. X, 213; Sartorius, W. напр. Kl. 68—72; Plank, Mehrh. 82, 83; Ullrich, Fori recon 13; Desjardins, Comp. 180; Dernburg, Comp. 256, пр. 1; Kleinfeller, Ger 11, 2; Pollak, W. Kl. 9, пр. 9, 33—36; Appleton, Comp. 235, 236.

opponat, quasi et ipse quasdam ...actiones ...praetendens ¹⁾). Рѣчь идетъ о недопущеніи зачета при поклажѣ, приче́мъ заче́тъ разумѣется, именно, въ силу встрѣчнаго иска ²⁾). ...ut liceat iudici... contra actorem ferre sententiam, et aliquid eum daturum vel facturum pronuntiare ³⁾). Юстинианъ обобщаетъ здѣсь вы- сказанное Папиніаномъ (см. выше) о присужденіи истца: судѣ́ предоставляется постановить рѣшеніе противъ истца, съ при- сужденіемъ его что либо дать или сдѣлать ⁴⁾). ...Compensationes ex ..,actionibus.... fieri sancimus ⁵⁾). Говорится о зачетѣ, осу- ществляемомъ и, притомъ, даже какъ будто исключительно по- средствомъ встрѣчныхъ исковъ ⁶⁾).

Во всѣхъ этихъ свидѣтельствахъ присужденіе, какъ ха- рактерный признакъ встрѣчнаго иска, выступаетъ съ полною очевидностью. Сверхъ того, нѣкоторыя изъ приведенныхъ сви- дѣтельствъ (Сенеки, Севера, Ульпіана, Юстиніана) убѣждаютъ, что присужденіе, о которомъ они говорятъ, ведетъ именно къ за- чету, приче́мъ, нѣтъ и намека на какое либо ограниченіе въ томъ смыслѣ, чтобы нельзя было отвѣтчику полностью зачесть свое требованіе къ первоначальному истцу. Наоборотъ: одно изъ этихъ свидѣтельствъ (Сенеки) говоритъ имен- но о зачетѣ большаго требованія отвѣтчика; и, если даже относиться съ совершенно справедливою осторожностью къ этому свидѣтельству не юриста, то все-таки въ виду отсутствія

¹⁾ l 11 Cod. 4, 84.

²⁾ Весь текстъ въ связи см. выше стр. 48, 49.

³⁾ L. 14, Cod. 7, 45.

⁴⁾ Въ смыслѣ встрѣчнаго иска вообще в литература. См. напр.: Gold- schmidt, Grund; 22 пр. 2, 6; Heffter, Arch. f. civ. Pr. X, 212; Lauk, ib. XII, 66, пр. 9; Sartorius, W. Kl. 55, 59; Plank, Mshrheit 85; Ull- rich, Fori reconv. 15, 16; Savigny, System, VI, 341; Desjardins, Comp. 181, 188, 190, 191; Bethmann — Hollweg C. P. III, 271; Fuchs, Arch. f. civ. Pr. LIII, 156; Dernburg, Comp. 254, 255; Kleinfeller, Ger. 12— 15; Pollak, W. Kl. 38, 39; Appleton, Comp. 284, 285. О своеобразномъ толкованіи Brinz'a см. выше стр. 91 прим. 1.

⁵⁾ L. 14, Cod. 4, 31.

⁶⁾ См. выше стр. 49—51.

въ источникахъ явно рѣшающихъ указаній противоположнаго характера, зачетъ посредствомъ встрѣчнаго иска по римскому праву можетъ быть сведенъ къ удовлетворенію неограниченному предѣлами первоначальнаго иска, иначе говоря, къ присужденію ¹⁾, которое приводитъ къ осуществленію всего требованія отвѣтчика (по первоначальному иску) ²⁾.

¹⁾ Ср. также Laük, Arch. f. civ., Pr, XII, 65, 72; Krug, Comp. 271; Hartter Zeitsch. f. civ. Proc. XIX, 187; Plank, Mehr. 67; Savigny, Syst. em VI, 330, 335; Rudorff, R. G. II, 111; Maunz, Cours II, 559 пр. 27; Wetter Oblig. III, 493; Leonhard, Inst. 493 пр. 6.

²⁾ Какъ извѣстно, возрѣніе литературы напр. Hasse Arch. f. civ. Pr. VII, 155, 156; Zimmern, C. P. 308, 312; Krug, Comp. 271; Hartter Comp. 164, 196, 197 и въ Zeitsch. f. civ. и Pr. XIX, 183, 186, 187; Sartorius, W. Kl. 24, 45, 379, 382, 386; Savigny, Syst. VI, 335, 340; Scheurl, Comp. 152, 171, 186; Desjardins, Comp. 141; Endemann C. P. II, 663 пр. 5; Dernburg, Comp. 542, 580; Fuchs, Arch. f. civ. Pr. LIII, 151, 153, 155; Schwanert, Comp. 45, 70; Eiseler, Comp. 151, 156, 157; 213, 220, 251, 381; Maunz, Cours II, 556, 559, 561; Wetter, Oblig. III, 480, 489, 493; Krüger, Proc. Consump. 215; Stampe, Verf. 6, 12, 50, 65; Appleton, Comp. 261, 291; Leonhard, Inst. 493; Leonhard, Aufr. 121; Geib Theorie 74, 94, 98, 111. 112, 246; Priester, Prociure 32; Liebknecht Comp. 3) такое: зачетъ допускается подъ условіемъ, что оба требованія совпадаютъ—погашеніе является полное; а если сумма одного превышаетъ сумму другаго, то требованія подлежатъ зачету лишь въ суммахъ совпадающихъ, — погашеніе происходитъ частичное; что же до остальной части зачтеннаго требованія, то продолжается прежнее обязательство, причемъ, если остающаяся часть зачтеннаго требованія приходится на долю истца, часть эта присуждается тутъ же послѣднему; если же остающаяся часть зачтеннаго требованія приходится на долю отвѣтчика, т. е. предъявившаго встрѣчное требованіе, въ такомъ случаѣ, по мнѣнію нѣкоторыхъ, высказавшихся, вообще, по этому поводу (какъ то: Zimmern, Hartter, Sartorius, Savigny, Dernburg, Endemann, Fuchs, Maunz, Wetter, Stampe, Appleton, Geib) отвѣтчикъ можетъ также достигнуть присужденія образовавшагося остатка либо въ силу того же самаго возраженія о зачетѣ, т. е. возраженія, направленнаго, въ сущности, на зачтенную часть встрѣчнаго требованія (Fuchs, впрочемъ, не безъ колебаній), либо въ силу предъявленнаго встрѣчнаго иска; встрѣчный искъ разумѣется, пріятномъ, или какъ предъявляемый на ряду съ возраженіемъ о зачетѣ первой части встрѣчнаго требованія (Zimmern, Hartter, Sartorius, Savigny, Endemann, Stampe, Geib), или же въ качествѣ заключающаго въ себѣ и это

Въ наиболѣе раннемъ изъ извѣстныхъ намъ источниковъ *средне-вѣковой* права — въ т. н. суммѣ (обозрѣннн или введенн) къ Кодексу

возраженн (K r u g, (D e r n b u r g) или же какъ могущн самъ по себѣ привести къ зачету (M a y n z, W e t t e r, A p p l e t o n). Въ доказательство необходимости для зачета совпаденн между требованнми ссылаются на слѣдующн тексты, которые мы располагаемъ, наглядности ради, въ исторической послѣдовательности:

Z i m m e r n (C. C. P. 312) и M a y n z (Cours II, 559 пр: 27) ссылаются на fr. 18, § 4 D i g, 13, 6 G a i, ad. Ed. prov.; гласящн: Quod autem contrario iudicio consequi quisque potest, id etiam recto iudicio, quo cum eo agitur, potest salvum habere iure pensationis. Sed fieri potest, ut amplius esset, quod invicem aliquem consequi oporteat, aut index pensationis rationem non habeat, aut ideo de restituenda re cum eo non agatur, quia ea res casu intercidit, aut sine iudice restituta est; dicemus necessariam esse contrariam actionem. Рѣчь идетъ о случаяхъ, когда вытекающее изъ двухстороннихъ договоровъ взаимное требованн (contraria actio) должно быть предъявлено въ судъ особо, а не въ видѣ зачета. Одинъ изъ такихъ случаевъ — подчеркнутыя выраженн, которыя могутъ быть переведены такъ: «но можетъ случиться что обратное требованн больше». Слѣдовательно, если противное требованн превышаетъ размѣръ первоначального не можетъ быть совмѣстнаго производства; требованн это должно быть предъявлено въ видѣ отдѣльнаго иска. Въ текстѣ ничего не упоминается о выдѣленн части требованн; наоборотъ предполагается именно выдѣленн противуположнаго большаго исковаго требованн цѣликомъ. Не правильнѣ-ли разумѣть подъ amplius случай превышенн предѣловъ вѣдомства суда: искъ выдѣляется потому, что судъ не способенъ приступить къ его разсмотрѣнню. Догадка — вполне допустимая, въ виду неопредѣленности самого выраженн amplius.

M a y n z (Cours II, 559 пр. 27) ссылается также на fr. 11 § 1 D i g, 2, 1 G a i, ad. Ed. prov: sed et si mutuae sunt actiones, et alter minorem quantitatem, alter maiorem petat, apud eundem iudicem agendum est ei, qui quantitatem minorem petit, ne in potestate calumniosa adversarii mei sit, an apud eundem litigare possim. Текстъ этотъ можетъ служить къ подтвержденн догадки, высказанной по поводу предшествующаго текста, именно, въ немъ выставляется общее правило о поглощенн подсудностью большею подсудности меньшей при взаимныхъ искахъ (о чемъ ближайше — въ изложенн о подсудности встрѣчнаго иска).

H a s s e (Arch. f. civ. Pr. VI, 156 пр. 8), S a r t o r i u s (W. Kl. 382), B r i n z (Comp. 19), E i s e l e (Comp. 157, 158, 273, 275), M a y n z (Cours. II, 561 пр. 1); W e t t e r (Oblig. III, 480 пр. 8 и 489 пр. 6) и G e i b (Theorie 23 пр. 2) ссылаются на fr. 11 D i g 16, 2, представляющн пересказъ Павла (а не Ульпиана, какъ это ошибочно названо составителями Corp. iur. civ. Ср. A p p l e t o n, Comp. 86 и сл.) слѣдующаго повелѣнн Императоръ Септимн Севера: Cum alter alteri pecuniam sine usuris, alter usurariam debet, constitutum est

Юстиніана, составленной, по всей вѣроятности, Ирнеріемъ, о

а *Divo Severo*, *concurrentis apud utrumque quantitatis usuras non esse praestandas*. Смыслъ тотъ, что если у одного (изъ товарищей, см. *Appleton Comp.* 85 и сл.) долгъ безипроцентный, а у другого съ процентами, проценты не начисляются съ суммъ, совпадающихъ или равныхъ. Начисленіе процентовъ слѣдовательно остается для тѣхъ случаевъ зачета, когда одна изъ суммъ будетъ расходиться съ другой, иначе говоря, когда одна изъ суммъ будетъ больше другой. (Въ томъ же смыслѣ *Dernburg Comp.* 586, 587; *Desjardins, Comp.* 127; *Asher, Comp.* 47). Ясно, что повелѣніе С. Севера, касалось вопроса объ исчисленіи процентовъ съ зачитываемыхъ суммъ и только.

Давнишняя и до сихъ поръ особенно популярная ссылка—ср. *Nasse* (*Arch. f. civ. Pr.* VII, 157), *Zimmern* (*C. Pr.* 310), *Sartorius* (*W. Kl.* 45, 382), *Brinza* (*Comp.* 20, 23), *Schwaner's* (*Comp.* 45), *Unger's* (*Grünhut's Zeitsch.* XV, 553 пр. 37), *Ubbelohde ipso iure* 210, 214, пр. 1, *Dernburg's* (*Comp.* 338), *Eisele* (*Comp.* 156, 157, 213 и д., 273, 275), *Desjardins Comp.* 141, *Maynz* (*Cours* 561 пр. 1), *Wetter* (*Oblig.* III, 480 пр. 8, 489 пр. 6), *Geib's* (*Theorie* 23 пр. 2) *Appleton's Comp.* 434, 437, *Priester Ipso iure*, 47—51. 56) на слѣдующее повелѣніе Императора Александра Севера: *Si constat pecuniam invicem deberi, ipso iure pro soluto compensationem haberi oportet ex eo tempore, ex quo ab utraque parte debetur, utique quo ad concurrentes quantitates, eiusque solius, quod amplius apud alterum est, usurae debentur, si modo petitio earum subsistit* (I. 4 *Cod.* 4, 31). Постановленіе это по нашему мнѣнію, дѣлится на двѣ части: первая—до словъ *utique quo ad* etc. касается опредѣленія момента наступленія послѣдствій, вытекающихъ изъ зачета; вторая часть касается одного изъ этихъ послѣдствій—начисленія процентовъ. Первая часть—предметъ особеннаго вниманія литературы (въ виду встрѣчающагося здѣсь загадочнаго *ipso iure*)—не имѣетъ для насъ значенія. Важна для насъ вторая часть: И вотъ, по внимательномъ разсмотрѣніи, оказывается, что эта часть текста, въ сущности, перефразировка съ нѣкоторымъ дополненіемъ вышеприведеннаго повелѣнія Септ. Севера относительно исчисленія, при зачетѣ, процентовъ съ остаточной суммы. Редакція здѣсь, однако, весьма небрежная. Къ чему, спрашивается выраженіе *utique quo ad concurrentes quantitates*, когда тотъ же самый смыслъ обнаруживается изъ дальнѣйшаго *quod amplius etc.* (*Eisele, Comp.* 155, 158; *Appleton Comp.* 436, 437). На нашъ взглядъ смыслъ второй части сводится вотъ къ чему: проценты насчитываются на остаточную сумму, если о томъ заявлена будетъ просьба. Однимъ словомъ, вся разница отъ повелѣнія Септ. Севера—въ послѣдней оговоркѣ и въ этомъ, по нашему мнѣнію, дѣйствительное значеніе разсматриваемой части повелѣнія Ал. Севера (Повидимому, схоже толкованіе *Appleton's Comp.* 437). Въ концѣ концовъ, разсматриваемое повелѣніе ни въ чемъ не отличается съ интересующей насъ стороны отъ предшествующаго.

послѣдствіяхъ зачета говорится слѣдующее:.... remouentur autem

Hasse (Arch. civ. Pr. VII 156 пр. 8), Hartter (Comp. 196 197), Desjardins (Comp. 141), Dernburg (Comp. 549, пр.), Maunz (Cours II, 561 пр. 1), Eisele (Comp. 129, 130, 273, 275), Wetter (Oblig. III, 480 пр. 8 и 489 пр. 6), Geib (Theorie 23, пр. 2) ссылаются еще на l 5 Cod. 4, 31 того же Императора Александра Севера: Etiam si fideicommissum tibi ex eius bonis deberi constat, cui debuisse te minorem quantitatem dicis, aequitas compensationis usurarum excludit computationem, petitio autem eius, quod amplius tibi deberi probaveris, sola relinquitur. Рѣчь идетъ о зачетѣ въ случаѣ фидеи комиса изъ имущества лица, которому одаренная отказомъ (Ср. Eisele, Comp. 129) сама должна сумму, но меньшаго размѣра: напоминаетъ, что проценты, могутъ быть требуемы съ остаточной суммы. Повелѣніе это однимъ словомъ, распространяеть, въ виду упрочившагося возвращенія на зачетъ (aequitas compensationis), порядокъ исчисления процентовъ при зачетѣ на случай отказовъ изъ наследственнаго имущества. Толкованіе вполне согласуемое съ разъясненными выше повелѣніями Северовъ. Повидимому схоже у Appleton'a (Comp. 443).

Desjardins (Comp. 141), Dernburg (Comp. 587), Maunz (Cours. II, 563 пр. 10), Eisele (Comp. 273, 275), Wetter (Oblig. III, 489 пр. 6), Appleton (Comp. 443) ссылаются на повелѣніе Императора Филиппа I. 7 Cod. 8, 43 слѣдующаго содержания: Eius quantitatis, cuius petitionem ratio compensationis excludit, usuram non posse repesci, manifestum est. Буквальный переводъ: съ той суммы, просьба о которой исключается по смыслу зачета, очевидно, не могутъ быть требуемы проценты. Выше показано, что проценты при зачетѣ должны быть взимаемы, именно, съ суммы, превышающей другую; здѣсь-же, повидимому, говорится какъ разъ обратное. Или, впрочемъ, постановленіе это имѣетъ въ виду вообще прекращеніе взиманія процентовъ при зачетѣ? Или можетъ быть текстъ, испорченъ? Во всякомъ случаѣ, текстъ наиболѣе говорящій въ пользу оспариваемаго мнѣнія, но вмѣстѣ съ тѣмъ и весьма неясный что касается его непосредственнаго содержанія. Слѣдовательно, въ общемъ текстъ сомнительный. Въ изслѣдованіяхъ о зачетѣ не дается обстоятельнаго разъясненія этого текста.

Maunz (Cours II, 562 пр. 1) ссылается еще на l. 12 Cod. 4, 31 Императоровъ Діоклетиана и Максимилиана: Invicem deuiti compensatione habita, si quid amplius debeas, solvens, vel accipere creditore nolente, offerens et consignatum deponens, de pignoribus agere potes. Но здѣсь говорится о зачетѣ въѣсудебномъ (Ср. Eisele Comp. 252, 253; Appleton, Comp. 442—447).

Hartter (Comp. 164), Sartorius (W. Kl, 384 пр. 11), Maunz (Comp. II, 561 пр. 1) и Wetter (Oblig. III, 480 пр. 8) приводятъ въ доказательство еще § 30 книги IV, тит. 6 институцій Юстиніана; сверхъ того Maunz и Wetter (ib) § 89 оттуда же. Первый текстъ гласитъ такъ: ...si quid invicem praestare actorem oporteat, eo compensato, in reliquum is, cum quo actum est, debeat condemnari... Рѣчь идетъ о iudicia bonae fidei, причемъ выписанный текстъ, какъ извѣстно, заимствованъ у Гая (Inst. IV, 61)

quandoque in totum, quandoque pro parte. In totum: si quantitates pares sint, si autem dispaes, ueluti si cum C forte debeas

гдѣ редакция, однако, такая: *continetur, ut habita ratione ejus quod invicem actorem ex eadem causa praestare oporteret, in reliquum eum cum quo actum est, condemnare*. Трактуются о послѣдствіяхъ продъявленія встрѣчнаго требованія меньшаго чѣмъ первоначальное—отвѣтчикъ при этомъ присуждается на остатокъ. Редакция Гаю, полагаемъ не даетъ права утверждать, что зачетъ здѣсь разумѣется только до *reliquum*. Однимъ словомъ, редакция Институцій -- поправка къ Гаю, не вяжущаяся, однако же съ содержаніемъ законодательства Юстиніана, отождествляющаго какъ показано выше (стр. 48—51, 91, 92) чѣликомъ встрѣчный искъ съ зачетомъ. Второй текстъ гласитъ: *compensationes quoque oppositae plerumque efficiunt, ut minus quisque consequatur, quam ei debebatur; namque ex bono et aequo, habita ratione eius, quod invicem actorem ex eadem causa praestare oportet, in reliquum eum cum quo actum est, condemnare, sicut iam dictum est*. Во второй половинѣ, какъ указывается въ самомъ текстѣ, повторяется отрывокъ, только что приведенный выше, причемъ, однако, вмѣсто *compensatio* первого отрывка повторяется выраженіе Гаю *habita ratione etc*. Доводъ въ нашу пользу. Что же касается до первой части (по всей вѣроятности взятой также у Гаю. Ср. *Appleton, Comp. 60, 61*), то здѣсь говорится о томъ, что «большую часть удовлетвореніе получается на меньшее», т. е. за вычетомъ, очевидно, встрѣчнаго долга. Если только «большую часть», то могли быть, слѣдовательно, и такіе случаи, когда удовлетвореніе получалось не частичное, а полное. Последнее, однако, нельзя отнести исключительно къ случаямъ совпаденія въ суммахъ, такъ какъ дальше въ томъ же изложеніи идетъ рѣчь о *reliquum*. Впрочемъ, изложеніе Институцій о зачетѣ (§ 80, 39) вообще не представляется надежнымъ (Ср. первую главу у *Appleton'a Comp.*).

Въ концѣ концовъ, какъ видимъ, свидѣтельства источниковъ, приводимыя въ подтвержденіе господствующаго воззрѣнія, не въ состояніи убѣдить въ томъ, что совпаденіе требованій есть необходимое условіе допущенія зачета, присущее природѣ зачета вообще, т. е. безотносительно къ отдѣльнымъ моментамъ исторіи развитія зачета; что же касается вопроса о послѣдствіяхъ для остаточной части предъявленнаго требованія, то изъ тѣхъ немногихъ, которые высказались по этому поводу, сравнительно правдоподобнѣе толкованіе представителей романской литературы, довольствующееся предъявленіемъ встрѣчнаго иска (но допускающее за то предъявленіе встрѣчнаго иска не только для зачета); явно несообразный результатъ получается у представителей германской литературы: или возможность присужденія по (встрѣчному) требованію въ силу не иска, а возраженія (о зачетѣ), или достиженіе одного и того же результата, т. е. осуществленія встрѣчнаго требованія двумя сопутствующими другъ другу средствами — возраженіемъ и встрѣчнымъ искомъ.

et idem creditor L tibi debeat, pro parte reliqua condemmandus es. ¹⁾ Какъ видимъ, погашеніе (при зачетѣ) можетъ быть полное, можетъ быть и частичное, но при этомъ рѣчь идетъ, именно, о превышеніи одной изъ зачитываемыхъ суммъ, вообще: если, читаемъ, ты долженъ сто, а тебѣ должны пятьдесятъ, ты присуждаешься на остальную сумму. Текстъ не дѣлаетъ никакого различія что касается процессуальнаго положенія сторонъ. Очевидно, что присужденіе можетъ относиться какъ къ первоначальному отвѣтчику, такъ и къ первоначальному истцу, а слѣдовательно и зачетъ, согласно съ текстомъ, будетъ въ томъ случаѣ, если отвѣтчикъ предъявитъ требованіе на большую противъ первоначальнаго иска сумму или, иначе, если отвѣтчикъ предъявитъ встрѣчный искъ.

Дальнѣйшимъ подтвержденіемъ можетъ служить одинъ изъ памятниковъ англонорманскаго права конца XII вѣка — трактатъ о судѣ неизвѣстнаго канониста: здѣсь излагается о зачетѣ въ особой главѣ, отдѣльно отъ главы о возраженіяхъ ²⁾. По всей вѣроятности, это сдѣлано въ виду того, что зачетъ въ представленіи автора не исчерпывается осуществленіемъ на судѣ посредствомъ возраженія, а требуетъ еще встрѣчнаго иска и, такъ какъ далѣе въ самомъ текстѣ никакихъ иныхъ оговорокъ не дѣлается, вполне позволительно приурочить смыслъ текста къ предъявленію встрѣчныхъ исковъ, вообще.

Затѣмъ, отъ XIV вѣка имѣется слѣдующее свидѣтельство извѣстнаго намъ Boutillier: ³⁾ ...compensation que les aucuns appellent reconvention.... qui tout est un; mais selon les clercs son droit nom est compensation... ...s'apelle action de compensation, que les clercs appellent reconvention.... action mutuelle ⁴⁾. Зачетъ сводится ко встрѣчному иску; рѣчь идетъ о присужденіи по встрѣчному иску, которое даетъ въ результатѣ зачетъ.

¹⁾ Irnerii Summa IV, 83 (Изд. Fitting'a стр. 107).

²⁾ Ср. выше стр. 56.

³⁾ Приведено уже выше стр. 57. Повторяется наглядности ради.

⁴⁾ Boutillier, Somme rural I, 44, 37. Desjardins Comp. 259—261.

Не менѣ ясно и слѣдующее свидѣтельство XVII вѣка, заимствованное у извѣстнаго также намъ Le Camus: *La reconvention produit proprement la compensation d'actions* ¹⁾, т. е. встрѣчный искъ въ сущности производить зачетъ исковыхъ требованій.

Наконецъ, вотъ какъ опредѣляется встрѣчный искъ съ помощью обычнаго права, вообще: *Reconvention, conclusions par lesquelles le défendeur se constitue demandeur á son tour. Une reconvention bien fondée emporte de droit la compensation* ²⁾. Итакъ, встрѣчный искъ, дающій въ результатъ присужденіе, приводитъ по праву къ зачету. Выводъ этотъ, дѣлаемый извѣстными знатоками обычнаго права Франціи, крайне важенъ для нашей цѣли.

Какъ видимъ, источники французскаго права разныхъ эпохъ вполне допускаютъ, что встрѣчный искъ въ результатъ вообще приводитъ къ зачету.

Однако, еще обильнѣе источники французскаго же права указаніями иного рода. Подъ вліяніемъ того толкованія средне-вѣковой доктрины, которое отдалилось отъ исторически правильнаго объясненія источниковъ римскаго права ³⁾, во французскомъ правѣ мало по малу начинаетъ упрочиваться тотъ взглядъ, что зачетъ не можетъ простираться свыше суммы первоначальнаго исковаго требованія. Наиболѣе ранній примѣръ въ трактатѣ о судѣ неизвѣстнаго автора (т. н. *Ulpianus de edendo*), принадлежащемъ первой половинѣ XII вѣка ⁴⁾: *Solent autem quaedam actiones vel compensatione minui vel mutua compensatione deleri, ut si ego petam a te X et tu a me X vel ego a te XX et tu a me X.* ⁵⁾ т. е. исковыя требованія вслѣдствіе зачета уменьшаются либо погашаются; такимъ образомъ, или я ищю

¹⁾ *Observ. sur Ferrière y Desjardins Comp. 352.*

²⁾ *Dupin et Laboulaye. Glossaire на слово reconvention.*

³⁾ Ср. выше стр. 184 прим. 1. Сверхъ того, *Desjardins Comp. 197—200, 280—282.*

⁴⁾ *Tardif Histoire, 249—251.*

⁵⁾ *De compensatione (Ed. Haenel, стр. 19).*

съ тебя десять и ты съ меня ищешь десять или же я ищу съ тебя двадцать, ты же съ меня ищешь десять. Примѣръ взять, по нашему мнѣнію, въ процессуальномъ значеніи, т. е. въ томъ смыслѣ, что истецъ ищетъ большую сумму, чѣмъ отвѣтчикъ; обратный случай, т. е. чтобы отвѣтчикъ искалъ большую противъ первоначальнаго истца сумму, не оправдывается содержаніемъ текста.

Вглядъ этотъ проникаетъ затѣмъ и въ судебную практику, какъ это явствуется изъ слѣдующихъ выраженій, т. н. *lettres de chancellerie*, посредствомъ коихъ получалось разрѣшеніе отъ властей на производство зачета: *faire compensation des dites sommes jusques à la concurrence d'icelles* ¹⁾. Не мудрено, что образовалась и слѣдующая поговорка: *compensation se fait jusqu'à due concurrence* ²⁾. Въ концѣ концовъ, благодаря поддержкѣ виднѣйшихъ цивилистовъ конца XVIII и начала XIX вв., возрѣніе на зачетъ, какъ на явленіе, ограниченное совпадающимъ размѣромъ требованій, пустило настолько прочные корни, что составителямъ *Code civil* приходилось быть не болѣе, какъ лишь оффиціальными, такъ сказать, выразителями господствующаго правовозрѣнія, редактируя слѣдующую статью: *....les deux dettes s'éteignent réciproquementjusqu'à concurrence de leurs quotités respectives* ³⁾, т. е. оба долга погашаются взаимно въ предѣлахъ совпаденія ихъ суммъ ⁴⁾.

Итакъ по дѣйствующему матеріальному французскому законодательству зачетъ или взаимное удовлетвореніе двухъ противоположныхъ требованій можетъ быть допускаемъ подъ условіемъ совпаденія суммъ того и другого требованія. Спрашивается, а что-же произойдетъ съ остаткомъ? Очевидно, на остатокъ требованіе не удовлетворяется. Совсѣмъ иное по-

¹⁾ Ср. образецъ *lettres de chancellerie*, помѣщ. у *Bouchel* *Bibliothèque*. Paris. 1629. I, стр. 654.

²⁾ Приводится названнымъ уже выше (стр. 83 прим. на слово *compensation*) *Catherinot* (*Nouv. rev. hist. d. dr.* 1883, № 2 стр. 70).

³⁾ 1290 *Code civ.*

⁴⁾ ...въ томъ размѣрѣ, въ какомъ они покрываютъ другъ друга (редакція въ Кодексѣ Наполеона, дѣйствующемъ въ губ. б. ц. Польскаго).

лучается, если обратиться къ дѣйствующему процессуальному законодательству. Какъ мы видѣли выше ¹⁾, здѣсь встрѣчный искъ можетъ быть вообще сведенъ къ зачету; слѣдовательно и предъявленіе его дастъ въ результатъ полное удовлетвореніе, т. е. удовлетвореніе какъ совпадающихъ требованій, такъ и превышающей части требованія отвѣтника безъ необходимости прибѣгать одновременно къ возраженію о зачетѣ. Въ концѣ концовъ—несогласованность.

Французская судебная практика, отличающаяся, вообще, какъ извѣстно, всегда здравымъ направленіемъ, предпочла и продолжаетъ предпочитать толкованіе, допускающее посредствомъ встрѣчнаго иска, и зачетъ и присужденіе на остатокъ. Вотъ напр. разъясненіе кассационнаго суда еще отъ 1853 г.: ...la compensation est opposable.... bien que la créance opposée en compensation soit supérieure à la créance qui forme l'objet de la demande. Et dans ce cas le défendeur qui oppose la compensation peut demander reconventionnelle et obtenir une condamnation à son profit pour tout ce dont sa créance excède celle du demandeur ²⁾. А вотъ еще болѣе рельефное разъясненіе того же суда отъ 1892 г.: ...le juge du fond accueillant une demande principale et une demande reconventionnelle plus élevée prononce la compensation jusqu'à due concurrence entre les deux créances, et condamne le demandeur principal au paiement de l'excédent ³⁾. Однимъ словомъ, заслуга судебной практики заключается въ томъ, что она удовольствовалась однимъ средствомъ—встрѣчнымъ искомъ для достиженія одного и того же результата—удовлетворенія какъ въ предѣлахъ зачета, такъ и въ остаточномъ требованіи, ⁴⁾.

¹⁾ стр. 60, 61.

²⁾ Р е р. a l p h. IV, стр. 503, № 3887.

³⁾ Р е р. a l p h a b., XII стр. 546, № 299.

⁴⁾ Литература, какъ извѣстно, различаетъ погашеніе полное или l'extinction totale и погашеніе частичное или l'extinction partielle, т. е. погашеніе, при которомъ оба требованія равны и такое погашеніе, когда одно изъ требованій превышаетъ другое. Затѣмъ, что касается послѣдствій l'extinction partielle, то (большинство) не считаетъ возможнымъ оставить этотъ вопросъ безъ разъ-

Наконецъ, что касается присужденія первоначальнаго истца, какъ характернаго признака встрѣчнаго иска, достаточно сослаться на предшествующее изложеніе, откуда могутъ быть почерпнуты соотвѣтствующія положительныя данныя. Во всякомъ случаѣ не лишне замѣтить, что названіе встрѣчнаго иска *demande (reconventionnelle)* ¹⁾ вполне обнаруживаетъ исковый характеръ встрѣчнаго требованія ²⁾. Сверхъ того, судебная практика, говоря о встрѣчномъ искѣ, выражается: *condamna-*

ионеній, причеиъ, объясняетъ удовлетвореніе на остатокъ, какъ результатъ предъявленія встрѣчнаго иска (т. н. *compensation judiciaire*); вмѣстѣ съ тѣмъ одни увѣряютъ, что и составители *Code civil* имѣли въ виду зачетъ посредствомъ встрѣчнаго иска (к. напр. *Meunial Comp.*, 154. Ср. также *Rep. alphab.* XII, 527 № 15), другіе же допускаютъ встрѣчный искъ въ виду лишь процессуальнаго законодательства (к. напр. *Duranton Cours*, VII, № 464; *Desjardins Comp.* 500. *Gamain Dem. recon.*, 103). Любопытно, что встрѣчный искъ разумѣется, въ сущности, какъ средство подготовить возможность зачета въ виду отсутствія условій осуществленія *compensation legale* (ср. напр. *Toullier Dr. civ* IV, № 346; *Duranton Cours* VII № 464; *Meunial Comp.* 154; *Desjardins Comp.* 7,500; *Gamain Dem. reconv.* 104; *Vidal Comp.* 119; *Baudry-Lacantinerie Précis* II № 1085; *Glasson Dem. nouv.* (*Grande Encyclop.*), *Colmet de Santerre Manuel* II, 273, 274; *Garsonnet Traité* I, 622; *Crome Obl.* 863; *Fuzier-Herman-Dagras Code civ.* къ № 1289 № 77). При подобнаго рода возвращеніи совершенно понятно, что встрѣчный искъ допускается не только въ случаѣ превышенія требованія истца, но такъ же и въ случаѣ равенства требованій, а также если встрѣчное требованіе меньше первоначальнаго; развѣ встрѣчному иску отводится роль—подготавливать возможность зачета, нормальнымъ типомъ котораго остается т. н. *compensation legale*, — предъявленіе встрѣчнаго иска обусловится не желаніемъ добиться присужденія на остатокъ, а желаніемъ добиться зачета и только. Однимъ словомъ, встр. искъ согласно франц. литературы—суррогатъ нормальнаго случая зачета—т. н. *comp. legale*. Толкованіе, наслушающее настоящій смыслъ и значеніе встрѣчнаго иска. Во всякомъ случаѣ оспариваемое возвращеніе заслуживаетъ вниманія въ томъ отношеніи, что допускаетъ при встр. требованіи, подобно суд. практикѣ, одно средство осуществленія (встрѣчный искъ), а не два (возраженіе о зачетѣ и встрѣчный искъ).

¹⁾ art. 464 Code de proc. civ.; art. 7, 8 зак. 1838 г.; art. 369 Code de com.; art. 239, 248 Code civ. (Зак. 1836 и 1838 гг.) Ср. также проектъ реформы 1894 г.

²⁾ Ср. *Garsonnet Traité* II, 241.

tion ¹⁾, condamner ²⁾), что значить, именно, присужденіе, присуждать—результатъ производства по встрѣчному иску.

Что касается *германскаю* права, то отъ болѣе раннихъ временъ, кажется, нѣтъ никакихъ слѣдовъ допущенія зачета въ желательномъ для насъ смыслѣ ³⁾; отъ временъ же позднѣйшихъ имѣются вполне опредѣленные указанія, изъ которыхъ явствуеъ что зачетъ можетъ быть допускаемъ не иначе, какъ, если одно требованіе покрываетъ другое.

Вотъ напр., что говорить законодательство XVIII ст.—прусское земское уложеніе: *Sobald die Forderung, durch welche die Compensation gesetzmässig begründet wird, entstanden ist, wird auch die Schuld, soweit die Compensation reicht, für erloschen geachtet* ⁴⁾. Обусловливая зачетъ совпадениемъ требованій, процессуальное осуществленіе встрѣчнаго требованія прусское право построяетъ, какъ о томъ читаемъ въ прусскомъ уставѣ гражданскаго судопроизводства 1793 г., слѣдующимъ образомъ: *...Ist ...die Gegenforderung an sich so beschaffen, dass sie, den Rechten nach, eine Kompensation... bewirken kann ...so findet... die Widerklage... nur nach Höhe der in der Konvention eingeklagten Summe statt; dargestalt, dass, wenn... die Gegenforderung... höher ansteigt ..Ersterer (der Beklagte) den Letzteren (den Klæger) wegen Ueberschusses besonders belangen ...muss* ⁵⁾. Какъ видимъ, встрѣчный искъ допускается, если можетъ привести къ зачету, и, притомъ, не свыше суммы первоначальнаго требованія; что же касается до остатка, то онъ относится къ особому производству. Иначе говоря, предъявленное въ видѣ встрѣчнаго иска

¹⁾ Cass. 1853 г. Ср. выше стр. 101.

²⁾ Cass. 1892 г. Ср. выше ib. Литтература также отмѣчаетъ присужденіе, какъ характерный признакъ встрѣчнаго иска. Ср. напр. Garçonnet *Traité* I, 529, 600, 621: *Rep. alphol.* XII, 544 № 272.

³⁾ Ср. *Dernburg Comp.*, 580 *Eisele Comp.*. 385—389. и *Osterloh Summ Proc.* 82 пр. 10.

⁴⁾ § 301 *Allgem. Landr. f. die preuss. Staaten.*

⁵⁾ § 19, *Titel XIX C. P. O. f. d. preuss. Staaten.*

требованіе должно дробиться: часть, не превышающая первоначальное требованіе, зачитывается; остатокъ же подлежитъ отдѣльному осуществленію. Въ довершеніе всего, встрѣчный искъ смѣшивается съ возраженіемъ о зачетѣ. Полнѣйшее, можно сказать, пренебреженіе практическаго и теоретическаго смысла!

Возьмемъ теперь законодательство первой половины 60-хъ годовъ ¹⁾ — саксонское гражданское уложеніе. Здѣсь, мы видимъ: вопервыхъ, воспроизведеніе того же самаго ограниченія зачета равенствомъ суммъ: ...*erlöschen beide Forderungen durch Aufrechnung, soweit der Betrag beider sich gleich kommt* ²⁾; во вторыхъ, слѣдующее опредѣленіе судьбы остатка — остатокъ не погашается, т. е. на остатокъ продолжается прежнее требованіе: ...*Der überschüssende Betrag der einen über die andere bleibt Gegenstand der Forderung* ³⁾. Спрашивается, но какъ же могло быть въ такомъ случаѣ осуществляемо встрѣчное требованіе, превышающее первоначальное? Посредствомъ встрѣчнаго иска, причемъ, встрѣчный искъ допускался либо только на остатокъ, т. е. на ряду съ возраженіемъ о зачетѣ ⁴⁾; либо не только на остатокъ, но и на все требованіе отвѣтчика на случай, если бы зачетъ не могъ осуществиться по недостатку соответствующихъ условій или вообще не показался бы отвѣтчику возможнымъ ⁵⁾ либо, наконецъ, на все

¹⁾ Если вѣрить Fuchs'y (Arch. f. civ. Pr. 58, 174, 175) — Кобургское законодательство 1858 г. признавало удовлетвореніе во всемъ требованіи на основаніи лишь возраженія о зачетѣ, усматривая, однакоже, зачетъ всетаки до остатка. Итакъ, въ отличіе отъ прусскаго устава, требованіе не дробится, а удовлетворяется цѣликомъ, хотя непонятно какимъ образомъ въ силу одного возраженія. Намъ не удалось достать подлинный текстъ законоположенія и потому ограничиваемся только этимъ замѣчаніемъ.

²⁾ § 988. Bürgerl. Ges. B. f. d. Königr. Sachsen.

³⁾ § 988. Bürgerl. G. B. f. d. Kön. Sachsen. Ср. также § 992 ib.

⁴⁾ Ср. напр.: Lauk W. Kl. (Arch. f. civ. Pr. XII, 71), Hartter Theorie (Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. XIX, 187), Sartorius W. Ul. 385, 386; Bayer Votr. 639; Prinz Aktionen 236.

⁵⁾ По мнѣнію напр.: Wetzell System 845, 846; Renaud Lehrb. 142; Endemann C. P. R. 666.

требованіе, вообще, предполагая все-таки, что во встрѣчномъ искѣ содержится и возраженіе о зачетѣ ¹⁾). Какъ видимъ по до-реформенному праву зачетъ могъ достигаться и путемъ предъявленія только встрѣчнаго иска ²⁾, но, дѣло въ томъ, что встрѣчный искъ не освобожденъ вполне отъ возраженія о зачетѣ — послѣдній объясняется не искомъ, но мыслимымъ во встрѣчномъ искѣ возраженіемъ о зачетѣ.

Обращаясь къ дѣйствующему законодательству, мы находимъ въ процессуальномъ законодательствѣ ³⁾ также ограниченіе зачета предѣлами совпадающихъ суммъ причемъ, какъ оказывается, специально имѣются въ виду случаи осуществленія зачета посредствомъ возраженія: Die Entscheidung über das Bestehen oder Nichtbestehen einer mittels Einrede geltend gemachten Gegenforderung ist der Rechtskraft fähig,

¹⁾ По мнѣнію напр. Krug Comp.; Brackenhoefft Erörtert. 249; 535, 538.

²⁾ Второе изъ приведенныхъ мнѣній, допуская встрѣчный искъ на все требованіе на случай невозможности зачета, утверждаетъ, съ другой стороны, что во всякомъ случаѣ зачетъ можетъ быть произведенъ, не смотря на отсутствіе, пріятномъ, возраженія о зачетѣ: Denn wäre die Absicht zu compensiren auch nicht ausgedrückt, so würde der Richter dennoch, statt den Verklagten gegenseitig zur Zahlung compensirbarer Objecte zu verurtheilen, den Betrag der Gegenforderung von der Klagsumme abzusetzen müssen (Wetzel System 846). Встрѣчный искъ, допускаемый въ виду невозможности зачета, приводитъ въ то же время къ зачету? Какъ согласовать оба утверженія.

³⁾ Любопытна редакція одной изъ статей саксонскаго проекта устава гражд. судопр.: Im ordentlichen, im abgekürzten Verfahren und im Urkundenprosess kann die Einrede des Gegenforderung dann, wenn sie den Betrag der geklagten Forderung übersteigt, mit der Wirkung geltend gemacht werden, dass, dafern sie zugestanden oder bewiesen wird, der Klager zur Berichtigung des überschüssenden Betrages zu verurtheilen ist. § 871. Sächs. Entw. (Nissen Entw. 80). Возраженіе о зачетѣ, приводящее и къ присужденію на остатокъ! Упрощеніе конечнаго результата насчетъ извращенія основныхъ понятій. Удивительно, что проф. Ниссенъ—критикъ проекта—въ стремленія оправдать практическую выгоду проектированной статьи, какъ будто, забываетъ объ этомъ извращеніи: Wir halten nun vor allen Dingen es für einen erheblichen Fortschritt, dass man mit der compensatio quoad summam concurrentem gebrochen hat nach allen Seiten (Ib., 81).

jedoch nur bis zur Höhe desjenigen Betrags, mit welchem aufgerechnet werden soll ¹⁾). Въ переводѣ: разрѣшеніе вопроса о существованіи или не существованіи требованія, заявленнаго посредствомъ возраженія, входитъ въ законную силу, но только не свыше суммы, на которую допущенъ зачетъ.

Статья эта вводитъ весьма характерное исключеніе въ пользу возраженія о зачетѣ въ противность общему правилу, заключающемуся въ томъ, что законная сила рѣшенія исчерпывается исковыми требованіями и не распространяется на возраженія ²⁾). Спрашивается, чѣмъ объяснить это исключеніе? Почему законодатель допускаетъ законную силу рѣшенія не только на основаніи предъявленнаго иска, но и на основаніи предъявленнаго возраженія о зачетѣ? Потому, поясняютъ намъ мотивы, что признаніе встрѣчнаго требованія слѣдуетъ предположить, какъ соотвѣтствующее намѣренію тяжущихся, именно, въ предѣлахъ совпадающихъ суммъ ³⁾). Но, вѣдь, признаніе встрѣчнаго требованія синонимъ присужденія, т. е. такого послѣдствія, которое обуславливается не возраженіемъ, а искомъ. Составители, сами того не замѣчая, договариваются до встрѣчнаго иска ⁴⁾). Въ результатѣ: по статьѣ — зачетъ не свыше совпадающей

¹⁾ 293. C. P. O.

²⁾ Ср. Wach Vortr, 135... nur die Entscheidungen über Ansprüche sind der Rechtskraft fähig.

³⁾ Ср. мотивы: ...wird die Einrede der Kompensation vorgechützt, so muss es als Absicht der Parteien angenommen werden dass das Bestehen oder Nichtbestehen der compensando geltend gemachten Gegenforderungen pro concurrente Summa unter ihnen fest gestellt werden solle. Hahn Mater. I, 292.

⁴⁾ Любопытно, что и у наиболее видныхъ процессуалистовъ въ концѣ концовъ получается, при всемъ колебаніи, въ сущности, тотъ же результатъ. Такъ напр. проф. Wach, обсуждая разсматриваемую статью устава, высказывается слѣдующимъ образомъ: Darin liegt keine Ausnahme, sondern eine Folge der betonten Eigenart dieser Einrede, ihrer Tendenz auf Realisirung des Gegenrechts durch Aufrechnung aber eine solche, die ohne Rechtskraft erfolgreich nicht denkbar ist (Vortr., 140)... werden wir für die rechtsverfolgende Einrede die Widerklage voraussetzen müssen, damit rechtskräftig über sie gertheilt werden könne. . Der Beklagte, der sich nur in der Form der Negation

суммы, осуществляемый посредством возражения; по мотивамъ — зачетъ, могущій подлежать осуществленію въ сущности и посредствомъ встрѣчнаго иска. Новое доказательство сбивчивости, характеризующей процессуальный матеріалъ дѣйствующаго процессуальнаго законодательства Германіи по интересующему насъ вопросу ¹⁾).

Что касается судебной практики, то при толкованіи вышеприведенной статьи уст. гражд. суд., проскользнуло было замѣчаніе, объясняющее зачетъ статьи отождествленіемъ съ зачетомъ посредствомъ встрѣчнаго иска. Вотъ подлинныя выраженія одного изъ рѣшеній высшаго имперскаго суда отъ 1887 г.: .. dadurch wird.. allerdings in Bezug auf die Rechtskraft erstere (т. е. Kompensationseinrede) mit den widerklagend erhobenen Ansprüchen gleichgestellt ²⁾. Указаніе это, было сдѣлано мимоходомъ и такъ и заглохло, уступивъ мѣсто совсѣмъ другому направленію въ истолкованіи закона. Именно, въ настоящее время интересующій насъ здѣсь вопросъ рѣшается въ томъ смыслѣ, что, если предъявляется

oder Einrede, kurz und gut durch einfache Behauptung vertheidigt, ohne die Widerklage zu erheben, intendirt nur die Entkräftung der Klage, nicht die rechtskräftige Entscheidung weiterer Rechtsverhältnisse (ib. 141). И такъ, сначала отрицаніе, а затѣмъ въ концѣ концовъ все сводится ко встрѣчному иску. Ср. Peter sen въ Zeitschr. f. d. Zivilproc. I, 94; Herzog Ib., 422; Fitting Lehrb. 320 и 494, пр. 7; Plank Lehrb. I, 263; Lippmann въ Zeitschr. f. d. Civilproc. XIII. 100; Schollmeyer Zwischens. 15, пр. 2; Tobler-Rechtskr. 52; Liebknecht Comp. 78; Orgler Rechtshäng. 15, 37, 39. Понятно, что для тѣхъ, кто усматриваетъ въ возраженіи о зачетѣ какъ бы встрѣчный искъ (выше стр. 69, пр. 1), распространеніе законной силы на возраженіе о зачетѣ объясняется безъ затрудненій.

¹⁾ Такъ напр., помимо того, что изложено выше (стр. 65 — 69), специально по поводу рассматриваемой статьи, соображенія составителей сопровождаютъ слѣдующимъ замѣчаніемъ: Ueber die Summa concurrens hinaus ist eine Feststellung der Absicht der Parteien nur entsprechend, wenn die Feststellung ausdrücklich beantragt worden ist Hahn Mater. I, 292. Допускается присужденіе на остатокъ, но какимъ образомъ? Отдѣльно отъ зачета или вмѣстѣ и съ помощью какого процессуальнаго средства?

²⁾ Entsch d. 1887, томъ XVIII стр. 410.

встрѣчное требованіе, превышающее по размѣру первоначальное, часть, совпадающая съ первоначальнымъ требованіемъ, должна быть заявлена посредствомъ возраженія, остатокъ—посредствомъ встрѣчнаго иска, причемъ, одна часть независитъ отъ другой, такъ что встрѣчное требованіе въ дѣйствительности раздробляется. Пояснимъ случаемъ, взятымъ изъ судебно-практическаго матеріала 1890 г. Въ земскій судъ (Landgericht) г. Бремена поступило исковое прошеніе на 395 марокъ; отвѣтчикъ предъявилъ встрѣчное требованіе на 807 марокъ — на сумму, совпадающую съ суммой первоначальнаго иска посредствомъ возраженія; на остатокъ—посредствомъ встрѣчнаго иска ¹⁾). Истецъ просилъ войти въ разсмотрѣніе встрѣчнаго требованія. Отвѣтчикъ не возражалъ. Земскій судъ постановилъ: встрѣчное требованіе, не зависимо отъ размѣра его, признать подлежащимъ удовлетворенію. Выводъ совершенно правильный, вполне соответствовавшій формулировкѣ просителя ²⁾). Высшій земскій судъ (Oberlandesgericht) въ г. Гамбургѣ, куда поступило дѣло по апелляціи истца, входившаго съ жалобой о разсмотрѣніи первоначальнаго исковаго требованія и объ отказѣ во встрѣчномъ искѣ, отмѣнилъ рѣшеніе въ виду того, что встрѣчный искъ могъ касаться только части требованія отвѣтника; слѣдовательно и рѣшеніе по встрѣчному иску не могло предрѣшать другой части, заявленной посредствомъ возраженія о зачетѣ. Указывая на необходимость особаго постановленія относительно зачитываемой части, высшій земскій судъ тѣмъ самымъ, очевидно, настаивалъ на самостоятельности обѣихъ частей встрѣчнаго требованія. Итакъ, въ угоду отвлеченныхъ

¹⁾ Zum Belaufe der Klageforderung im Wege der Einrede, zum überschüssenden Betrage ...im Wege der W. Kl. Изъ подлиннаго рѣшенія, напечатаннаго въ Zeitsch. f. d. Civilproc. XVII, 139.

²⁾ Die Klägerin (Handelsgesellschaft) beantragte, die Verhandlung und Entscheidung zunächst auf den Grund der Gegenforderung zu beschränken (Zeitsch. ib 139).

соображений, пренебрегаются жизненные потребности и интересы ¹⁾).

Не удивительно, что и суды первой степени ²⁾, предпочитают совершенное разъединение встречного иска и возражения въ случай, если встречное требование предъявляется частью посредствомъ возражения, частью посредствомъ встречного иска ³⁾. Въ результатѣ оцѣнка по существу встречного требованія дробится изъ за формальнаго признака — суммы требованія, иначе говоря, опредѣленіе основы требованія можетъ привести къ двумъ разнорѣчимымъ результатамъ, ибо въ одной части требованіе по существу можетъ быть отвергнуто, а въ другой признано ⁴⁾.

¹⁾ Толкованіе это находится въ близкой связи съ толкованіемъ, даннымъ высшимъ имперскимъ судомъ въ 1886 г. по вопросу о распространеніи законной силы рѣшенія на случай признанія судомъ встречного требованія неосновательнымъ. Подтвердивъ, что статья 293 уст. гр. судопр. имѣетъ совершенно одинаковое значеніе какъ для случаевъ положительныхъ, такъ и отрицательныхъ, высшій имперскій судъ продолжаетъ: In beiden Fällen soll die Rechtskraft bloss den Betrag ergreifen, mit welchem aufgerechnet worden ist. Der Ueberschuss der Forderung kann in einem neuen Prozesse ganz so zur entscheidung kommen, wie wenn die frühere Entscheidung nicht vorhanden wäre (Entsch: XVI, 357). Последнія выраженія, указывающія на полную обособленность остатка встречного требованія, очевидно, и были усвоены высшимъ земскимъ судомъ Гамбурга въ качествѣ руководящаго начала при оцѣнкѣ зачета. Предъявленіе встречного иска на остатокъ фигурируетъ и въ позднѣйшей практикѣ высшаго имперскаго суда. Ср. напр. у *Freudenthal* Jahrb. III, 58.

²⁾ См. замѣчанія предсѣдателя земскаго суда въ Бременѣ на приведенное разъясненіе высшаго земскаго суда Гамбурга. (*Zeitsch.* ib. 141, 142).

³⁾ Вообще, встречный искъ, на ряду съ возраженіемъ, предъявляется на все требованіе на тотъ случай, если зачетъ по тѣмъ или инымъ основаніямъ не состоится Ср. *Stölzel* Schulung II, 42.

⁴⁾ Um solches klar zu stellen, braucht nur auf die Konsequenzen hingewiesen zu werden, welche eintreten würden, wenn das vorliegende Urtheil Rechtskraft erlangte und bei weiterer Verhandlung der Sache, bei welcher über den Schadensersatzanspruch noch, soweit er compensando geltend gemacht worden ist, abzuurtheilen wäre, dasselbe Gericht oder ein anderes mit dem Rechtsstreite befasstes Gericht zu der Ueberzeugung gelangte, dass der Schadensersatzanspruch der Begründung entbehre. Es würde in dem Fall unmö-

Вотъ на какой рискованный путь вступила судебная практика, отражая упрочившееся съ давнихъ поръ, благодаря предвзятому истолкованію римскихъ источниковъ, возрѣніе на осуществимость зачета, лишенное практическаго освоенія ¹⁾).

glich sein, festzustellen, welcher Theil des Schadenersatzanspruchs als berechtigt, welcher als unberechtigt erklärt sei, und welche der einzelnen Positionen, aus welchen die Schadensberechnung zusammengesetzt ist, von dem einen, welche von dem anderen Urtheil betroffen würden... Begründung къ вышеприв. рѣш. вышшаго земскаго суда въ Гамбургѣ, стр. 140. Любопытно, что названный судебный дѣятель, сознавая, что das Ergebniss würde allerdings nicht sehr befriedigend sein, довольствуется однако лишь указаніемъ на то, что подобнаго рода результатъ kann aber auch immer dann eintreten, wenn eine Forderung zunächst einredeweise gegen eine kleinere Klageforderung und sodann zum uberschliessenden Betrage im Wege einer selbstständigen Klage geltend gemacht wird (Zeitsch. ib, 142). Итакъ, не взирая на явно неутѣшительный результатъ, приходится съ нимъ примириться, въ виду того, что встрѣчное требованіе не можетъ будто бы, осуществляться иначе какъ отчасти посредствомъ возраженія, отчасти посредствомъ встрѣчнаго иска. Что за наивная беспомощность!

¹⁾ Литература допускаетъ зачетъ не иначе, какъ подъ условіемъ совпаденія суммъ первоначальнаго и встрѣчнаго требованій. Что касается до осуществленія зачета, то по господствующему возрѣнію, оно совершается посредствомъ возраженія; возраженіе это нѣкоторыми приравнивается ко встрѣчному иску (выше стр. 69 пр. 1). Вопросъ объ остаткѣ отъ встрѣчнаго требованія рѣшается слѣдующимъ образомъ: 1) Одни (Fitting Lehrb. 495 пр. 9, Zeitsch II, 266 и д.; Seuffert Com. и 293 № 5 стр. 422 и Zeitsch XVI, 470, 471; Loening W. Kl. 51 прим. Zitelmann Zeitsch VIII 269; Muskat ib XII, 347, 348; Krüger Rechtskr. 61—76) опредѣляютъ судьбу остатка при помощи того же возраженія о зачетѣ, утверждая, что если во встрѣчномъ требованіи будетъ отказано, то законная сила рѣшенія на основаніи возраженія о зачетѣ, распространяется на все встрѣчное требованіе цѣликомъ, слѣдовательно, и на остатокъ. Вопреки явному смыслу статьи не допускающей никакого различія въ этомъ отношеніи, навязывается раздвоенность въ силу слѣдующихъ соображеній: законная сила рѣшенія объемлетъ не только то, что непосредственно вытекаетъ изъ предъявленнаго требованія, но также и все то, что вытекаетъ отсюда логически, какъ само собой подразумеваемое к. напр. если одна часть требованія признана несуществующей, не можетъ существовать и другая часть. Слѣдовательно, составители устава въ своей редакціи допустили вольную или невольную ошибку? Едва ли, можно сослаться на цѣлый рядъ представителей литературы, придерживающихся того же, какъ и составители, возрѣнія (ср. напр. Herzog въ Zeitsch. f. d. Civilpr. I, 420; Gau p. Comment. къ ст. 293, стр. 598; Struck-

Новое материальное законодательство, т. е. гражданское уложение Германской имперіи выставляет тоже ограниченіе,

манн - Koch Comment. къ ст. 293 № 4; Hellmann Lehrb., 386 Schwabach въ Gruchot's Beitr. XXVI, 514 и д.; Kohler Aufs. 486; Klöppel R. K. 23, 24; Freudenstein Rechtskr. 164, 192, 194; Kroll Klage 315, 366; Schollmeyer въ Arch. f. civ. Pr. томъ LXXVI, 439 и сл.). Поборники оспариваемаго возрѣнія упускаютъ изъ виду: во-первыхъ относительный характеръ объема судебного разбирательства, обусловливаемаго формулировкой просителя и во-вторыхъ, вообще не желаютъ считаться съ практическими соображеніями. Однимъ словомъ, совершенно правъ Kohler, назвавшій оспариваемое возрѣніе: . . doktrinäre Begriffslogik, die gegenüber der Logik der Wirklichkeit nicht bestehen kann (Aufs 441); 2) Другіе (Schollmeyer Comp. 35, 119, 120, 122—124 и примыкающіе къ нему), приурочивая къ возраженію о зачетѣ встрѣчный искъ, утверждаютъ, что, въ случаѣ превышенія встрѣчнаго требованія, отвѣтчикъ конечно (natürlich) не ищетъ одновременно удовлетворенія по всему требованію, что противорѣчило бы понятію о зачетѣ, а потому предъявляетъ къ зачету во-первыхъ часть своего требованія на совпадающую сумму и во-вторыхъ— условно остатокъ (къ зачету же) на случай, если первая часть не будетъ признана судомъ. Но почему же, вмѣсто того, чтобъ дробить свое требованіе, отвѣтчикъ не предъявитъ встрѣчнаго иска? Потому, отвѣчаютъ, что встрѣчный искъ зачастую можетъ и не быть допущенъ: eine Widerklage wird sehr oft nicht zulässig sein (Schollmeyer. Comp. 122. Ср. ib. 99). Вотъ и всѣ объясненія. Искусственность приведеннаго возрѣнія слишкомъ очевидна, чтобы продолжать дальнѣйшее оспариваніе; 3) Третьи (Geib Theorie 111, ср. ib. 163, 165, 172, 230, 246, 255) допускаютъ встрѣчный искъ, на ряду съ возвращеніемъ о зачетѣ, съ цѣлью подготовить зачетъ. Если зачетъ окажется возможнымъ, что онъ осуществляется благодаря порожденному встрѣчнымъ искомъ возраженію о зачетѣ. Такимъ образомъ, осуществленіе зачета обусловливается всетаки не встрѣчнымъ искомъ, а возраженіемъ; но, если встрѣчный искъ играетъ роль подготовительнаго средства для зачета, то, къ чему, еще особое заявленіе возраженія о зачетѣ? 4) Остальные изъ высказавшихся (Loening Widerklage 133, 134, 160; Struckmann-Koch Comment къ 273 стр. 318, 319, къ 293 № 4 стр. 347; Gaurr Comment 230 къ стр. 440 прв. къ 273 стр. 556; къ 293 стр. 598; Негзог Zeitsch. f. d. Civilpr. I, 429; Klöppel Einr. 23, 24; Freudenstein Rechtskraft 181 пр. 2; Petersen Zeitsch. f. Proc. XVI, 517—523; ib XIX, 106, 107, 113, 120, 247—254; Kohler Aufs 484; Zeitsch. f. Proc. XX, 35; Meyer Anspruch 16 пр. 1; Tobler R. Kr. 58—62; Stölzel Schulung II, 39—48; а также двое изъ высказавшихся за распространеніе законной силы по возраженію о зачетѣ—на остатокъ встрѣчнаго требованія при отказѣ въ послѣднемъ Fitting Lehrb 320; Seuffert Comment къ 136 стр. 197 и къ 274 стр. 393) — допускаютъ осуществленіе встр. требованія посредствомъ встрѣчнаго иска, éventuellement на ряду съ возраженіемъ о зачетѣ. Однимъ словомъ, не взирая на предъявленіе встрѣчнаго иска,

какъ саксонское гражданское уложение. Соответствующая статья гласитъ, именно, слѣдующее: *die Aufrechnung bewirkt, dass die Forderungen, so weit sie sich decken* ¹⁾ *als ...erloschen gelten* ²⁾, т. е.: зачетъ приводитъ къ тому, что требованія, насколько онѣ покрываютъ другъ друга, погашаются.

Итакъ, зачетъ опять таки допускается не иначе, какъ подъ условіемъ совпаденія размѣра того и другого требованія. Въ качествѣ предписанія матеріальнаго характера и притомъ позднѣйшаго, слѣдуетъ признать за приведенной статьѣй рѣшающее значеніе и, слѣдовательно, не можетъ быть сомнѣнія въ томъ, что отнынѣ зачетъ посредствомъ встрѣчнаго иска по германскому праву во всякомъ случаѣ долженъ считаться съ ограниченіемъ, выставляемымъ гражданскимъ уложеніемъ ³⁾.

зачетъ не можетъ быть произведенъ, если вмѣстѣ съ тѣмъ не было заявлено возраженіе о зачетѣ. Ср. напр. самоновѣйшее сочиненіе о зачетѣ, принадлежащее перу одного изъ наиболѣе извѣстныхъ писателей-практиковъ: *Der Antrag des Beklagten, den Kläeger auf Grund der Gegenforderung zu verurtheilen* (d. h. die W. Kl. aus der Gegenforderung) *berechtigt den Richter niemals, eine (vielleicht mögliche, aber vom Beklagten nichtgewollte) Aufrechnung auszusprechen* (Stölzel Schulung II, 42). И такъ полное отрицаніе пригодности встрѣчнаго иска, вообще, для зачета. Однимъ словомъ, въ виду вообразимыхъ препятствій, теорія не находитъ возможнымъ, чтобы одинъ и тотъ же результатъ достигался не двумя, а однимъ средствомъ. Поучительнѣйшій образчикъ отчужденности теоріи отъ дѣйствительной жизни.

¹⁾ ...in dem sich deckenden Betrage § 288 Первонач. проекта. Также во второмъ чтеніи (§ 338). Ср. еще *Protokolle*, 366. Впервые нынѣшняя редакція въ *Regierungsvorlage* § 388.

²⁾ § 389. *Bürgerl. G. B.*

³⁾ Литература общаго характера, либо ограничивается перефразировкой приведенной выше статьи (Ср. напр. *Sowasck Lehrb.* 360; *Buchka Bürgerl. G. B. u. Gem. R.*, 79; *Krüsckmann Inst.* 206), либо входитъ въ разъясненіе только по вопросу о правѣ отвѣтчика предъявить зачетъ въ томъ случаѣ, когда первоначальный истецъ, обращаясь въ судъ, раздѣлитъ свое требованіе (Ср. напр. *Endemann Einführ.* II, 646; *Stammeler Schuldverh.* 245). Новѣйшая монографія *Köhler's* (*Aufrechnung nach d. bürgerl. G. B.* въ *Zeitschr. f. d. Civilpr.* XXIV, 1—49), ровно ничего не даетъ въ интересующемъ насъ отношеніи. Оцѣнка гражд. улож. дѣлается въ связи съ уст. гражд. судопр. у *Geib's*, *Leonhard's* и *Stölzel's*, о чемъ см. выше стр. 69 прим. 1 и стр. 110 прим.

Новая редакция вышеприведенной статьи Уст. Гражд. Судопр. ¹⁾ отличается от прежней в двояком отношении: во-первых, в законную силу должно входить не разрешение вопроса о существовании или не существовании требования, заявленного посредством возражения, а только разрешение вопроса о несуществовании требования, заявленного посредством возражения: *hat der Beklagte die Aufrechnung einer Gegenforderung geltend gemacht, so ist die Entscheidung, dass die Gegenforderung nicht besteht, bis zur Höhe des Betrags, für welchen die Aufrechnung geltend gemacht worden ist, der Rechtskraft fähig* ²⁾. Нецѣлесообразность этого ограничения внѣ всякаго сомнѣнія по изложеннымъ выше основаніямъ ³⁾. Во вторыхъ, устраняется малѣйшее сомнѣніе насчетъ руководящаго общаго значенія названной оговорки, именно, вмѣсто упоминанія объ *Einrede* ⁴⁾, такая редакция: *die Entscheidung dass eine zur Aufrechnung gebrachte Forderung etc* ⁵⁾.

¹⁾ Т. е. 293 С. Р. О. (322 новой редакціи).

²⁾ § 293. *Entw. Regierungsvorlage*, 26. Новая редакция съ нѣкоторыми незначительными измѣненіями воспроизводится изъ *Denkschrift*, стр. 321, гдѣ она впервые была формулирована.

³⁾ Вотъ соображенія составителей: *Wird die Gegenforderung als zur Zeit der Aufrechnungserklärung bestehend anerkannt und auf Grund der erfolgten Aufrechnung die Klage abgewiesen, so ist die Entscheidung über das Bestehen der Gegenforderung ebensowenig der Rechtskraft fähig, wie die Entscheidung darüber, dass die Forderung des Klägers aus einem andern Grunde getilgt ist. Entw. Regierungsvorlage. Begründung*, 49. Нецѣля не подивиться рѣшимости составителей пропагандировать возрѣніе доктрины, шаткость котораго, (выше стр. 110 прим.) бросается въ глаза. Изъ новѣйшей литературы: за проектированное новшество высказались: *Endemann Einführ II*, 654; *Stammler Schuldverh.* 243; *Essius* въ *Gruchot's Beitr.* XLII, 27; *Geib Theorie*, 334—336 (последній ученый, впрочемъ, не находитъ нужной особую оговорку въ законѣ какъ относительно случаевъ отказа во встр. требов., такъ и въ случаѣ его признанія. Ср. подробности въ *Zeitsch. f. d. Civilproc* XXII, 527—540); противъ проектированнаго новшества высказался *Stölzel* въ *Schulung II*, 86—87 и, сверхъ того, въ *Zeitsch. f. d. Civilproc* XXIV, 90—95.

⁴⁾ Ср. выше стр. 105.

⁵⁾ Но, конечно, у составителей при этомъ рѣчь идетъ о зачетѣ посредствомъ возраженія. Ср. у *Geib's Theorie* 338 и д.

Относительно искового характера встрѣчнаго требованія по германскому праву, помимо изложеннаго выше, указаніемъ могутъ еще служить наименованія встр. требованія *Gegen* — *Widerklage*, *Gegenanspruch* въ противоположность просто *Klage* или *Anspruch* ¹⁾.

Что касается *австрійскаго* права, то, какъ матеріальнымъ, такъ и новымъ процессуальнымъ законодательствомъ оговаривается необходимость для зачета совпаденія того и другаго требованія ²⁾.

Матеріальное законодательство: ...entsteht, insoweit die Forderungen sich gegeneinander ausgleichen, eine gegenseitige Aufhebung der Verbindlichkeiten (Kompensation), welche schon für sich die gegenseitige Zahlung bewirkt ³⁾.

Процессуальное законодательство: die Entscheidung über den Bestand oder Nichtbestand einer vom Beklagten zur Kompensation geltend gemachten Gegenforderung ist der Rechts

¹⁾ Изъ дореформенныхъ памятниковъ ср. напр. *Kammerger. Ordn. Augsburg 1555* (*Sartorius W. kl. 101, 103*) или *Reichsabschied Regensburg 1654* (*ib. 103*). Относительно дѣйствующаго законодат. ср. напр. ст. 33 *C. P. O.* Литература также отмѣчаетъ присужденіе, какъ характерный признакъ встрѣчнаго иска. Ср. напр. *Lauk W. kl. (Arch. XII, 65)*, *Sartorius W. kl. 5, 8*; *Loening W. kl. 7*; *Fitting Lehrb. 313, 316*; *Hellmann Lehrb. 129*; *Meyer Anspr. 14, 15* и т. д. Мало того: присужденіе является даже результатомъ возраженія для тѣхъ, кто приравниваетъ возраженіе о зачетѣ ко встрѣчному иску, о чемъ см. выше стр. 69, пр. 1.

²⁾ Къ тому же сводится, очевидно, и содержаніе декрета 1787 г. (см. выше стр. 64 прим.): *die Compensationsrechte in der Gestalt ordentlicher Widerklage angebracht werden müssen*. Вынуждая осуществлять зачетъ посредствомъ встрѣчнаго иска, декретъ этотъ говоритъ о правахъ, подлежащихъ зачету, иначе говоря—по правиламъ зачета или что то же—въ предѣлахъ допустимости зачета.

³⁾ § 1488. *Allgem. bürgerl. G. B. f. d. Kaiserthum Oesterreich*. Литература не идетъ дальше перифразировки этой статьи. Ср. напр. *Unger (Grünhut's Zeitsch, XV, 558 пр. 37)*: ...*Zahlung in übereinstimmenden Betrage*; или напр. *Nasenöhrl (Oblig. II, 551, пр. 67 и 563)*, замѣчающій только, что на остатокъ продолжается прежнее требованіе.

Kraft nur bis zur Höhe des Betrages theilhaft, mit welchem aufgerechnet werden soll ¹⁾).

Не трудно видѣть, что новое австрійское процессуальное законодательство почти что буквально придерживается прежней редакціи германскаго устава. Разница въ томъ, что, вмѣсто явнаго указанія на возраженіе о зачетѣ, примѣнено выраженіе «зачетъ» (Kompensation). Однако, разумѣется всетаки, какъ оказывается, зачетъ посредствомъ возраженія ²⁾).

Въ результатѣ, встрѣчный искъ по австрійскому законодательству приводитъ къ зачету также не свыше того размѣра, на который предъявлено первоначальное требованіе. Что же касается до остатка, то таковой присуждается одновременно съ зачетомъ отвѣтчику. Объ этомъ имѣется слѣдующее разъясненіе, преподанное Министерствомъ Юстиціи въ числѣ другихъ, касающихся новаго процессуальнаго законодательства, разъясненій: ³⁾ Wenn gleich die urtheilsmässige Feststellung einer zur Compensation geltend gemachten Gegenforderung nur bis zur Höhe des aufzurechnenden Betrages rechtskräftig wird, darf sie sich doch nicht auf diesen Betrag beschränken. Es ist viel mehr über die Gegenforderung im Urtheile in dem Umfange, in welchem sie vom Beklagten im Prozesse geltend gemacht wurde und ohne Rücksicht darauf zu entscheiden, bis zu welchen Beträge sie aufgerechnet werden soll ⁴⁾, т. е.: хотя разрѣшеніе предъявленнаго къ зачету встрѣчнаго требованія должно вхо-

¹⁾ 411 С. Р. О. Любопытно, что оговорка насчетъ совпаденія требованій внесена впоследствии, при разсмотрѣніи проекта въ соединенномъ засѣданіи комиссій, образованныхъ при Палатѣ господъ и Палатѣ представителей въ виду такихъ опасеній: Erschwerung der Compensation und Verwicklung der Prozesse (ib. 323). См. Materialien, II, 487, 488.

²⁾ См. выше стр. 72 прим. 1. Въ Materialien См. I, 336.

³⁾ Выпущены въ свѣтъ подъ заглавіемъ: Beantwortung der Fragen, welche dem Justizministerium über Bestimmungen der neuen Processgesetze vorgelegt wurden (Verordnung des J. M. vom 8 December 1897). Wien 1898. 128 стр.

⁴⁾ Beantwortung, 75.

дять въ законную силу въ предѣлахъ зачета, тѣмъ не менѣе рѣшеніе по встрѣчному требованію имѣеть быть постановлено въ тѣхъ предѣлахъ, въ какихъ оно предъявлено отвѣтчикомъ къ осуществленію на судѣ, не взирая на размѣръ зачета. Итакъ, согласно толкованію Министерства Юстиціи, осуществленіе отвѣтчикомъ своего встрѣчнаго требованія и въ случаѣ зачета можетъ привести къ исчерпывающему удовлетворенію отвѣтчика. Очевидно, Министерство имѣеть въ виду осуществленіе требованія отвѣтчика посредствомъ встрѣчнаго иска, — иначе какъ объяснить присужденіе и на остатокъ? Разъясненіе Министерства вполне плодотворно, такъ какъ тѣмъ самымъ отвергается раздробленіе или, что тоже, охраняется цѣльность осуществленія встрѣчнаго требованія. ¹⁾

Остается еще сличить разсмотрѣнную статью австрійскаго устава съ измѣненной редакціей соответствующей статьи германскаго устава. Нельзя не видѣть, что есть и сходство, и отличіе. Сходство заключается въ томъ, что и въ соответствующей статьѣ германскаго устава прежнее выраженіе «возраженіе о зачетѣ» замѣнено выраженіемъ болѣе широкимъ «зачетъ». Отличіе заключается въ томъ, что въ австрійскомъ уставѣ, по примѣру прежней редакціи германскаго устава, принята болѣе широкая редакція разсмотрѣнной статьи относительно законной силы, именно, что въ законную силу входят рѣшенія о существованіи и не существованіи встрѣчнаго требованія, а не только

¹⁾ Литература вообще ограничивается перифразировкой разсмотрѣнной статьи устава. Ср. Fürstl Comment. 597; Neumann Comment. 564; Tugter Lehrb 494, 498; Vesck Abb. 4. Относительно же судьбы остатка всё — весьма скудна — указанія могутъ быть сведены къ слѣдующимъ двумъ группамъ: по мнѣнію однихъ, остатокъ осуществляется посредствомъ предъявляемаго, на ряду съ возраженіемъ о зачетѣ, встрѣчнаго иска (Tugter Lehrb 400, 401; Fürstl Comment. 597); по мнѣнію другихъ, остатокъ вовсе не подлежитъ осуществленію, какъ это явствуетъ изъ слѣдующихъ выраженій: *es ist ausgeschlossen, dass über Gegenforderungen entschieden wird insoweit dieselben die mit Klage beanspruchten Forderungen übersteigen.* (Neumann Comment. 561 пр. 5).

рѣшенія о не существованіи встрѣчнаго требованія, какъ это введено теперь въ германскій уставъ ¹⁾).

Въ концѣ концовъ, приходимъ къ тому выводу, что по сравненію съ германскимъ, австрійское, какъ болѣе практичное, имѣетъ несомнѣнное преимущество.

Исковой характеръ встрѣчнаго требованія по австрійскому праву явствуется также изъ наименованія *Widerklage* и *Anspruch* ²⁾).

Всѣ остальные изъ приводимыхъ здѣсь западно-европейскихъ законодательствъ также содержатъ ограниченіе зачета суммою совпадающихъ требованій, какъ-то: гражданскіе кодексы Бельгіи ³⁾; Нидерландовъ ⁴⁾, которые буквально воспроизводятъ соотвѣтствующую статью французскаго гражданскаго кодекса; далѣе, гражданскіе кодексы Италіи ⁵⁾, Испаніи ⁶⁾, Португаліи ⁷⁾ и Швейцаріи ⁸⁾.

Что же касается до вопроса о судьбѣ остатка, объ осуществимости требованія, предъявляемаго къ зачету посредствомъ

¹⁾ Ср. по этому поводу разъясненіе Министерства Юстиціи: *Wie die urtheilmässige Anerkennung des Bestandes der Gegenforderung wird auch die Entscheidung, dass diese Gegenforderung nicht zu Recht besteht, nur bis zur Höhe des Betrages rechtskraftfähig, mit welchem hätte aufgerechnet werden sollen. Beantwortung*; 75. На преимущество въ этомъ отношеніи австрійскаго устава указываетъ и *Stölzel. Schulung* II, 88.

²⁾ 95 *Jurisd. Norm.* Относительно литературы ср. напр. *Trutter Lehrb.*, 601, а также учебникъ дореф. проф. *Saunstein'a* II, 48.

³⁾ art. 1290 *Cod. civ.*

⁴⁾ art. 1462 *Code civ.* въ перев. *Tripels'a*.

⁵⁾ *dei due debiti che reciprocamente si estinguono per le quantita corrispondenti* 1286 *Cod. civ.*

⁶⁾ El efecto de la compensacion es extinguir una y otra deuda en la cantidad concurrente, aunque no tengan conocimiento de ella los acreedores y deudores 1202 *Cod. civil.* Ср. *Lehr Elem.* II, 86 г. Въ новомъ уложеніи воспроизводится прежнее право зачета.

⁷⁾ Lorsque les deux dettes ne sont pas de la même quotité, la compensation s'operera jusqu'à concurrence de la plus faible. 766 *Cod. civ.* въ пер. *Laneurie et Dubois*.

⁸⁾ *Forderung und Gegenforderung seien, soweit sie sich ausgleichen... getilgt worden* 188 *Bundesges. üb. das Obligationenrecht.* Ср. перев. въ

встрѣчнаго иска, нѣкоторыя указанія положительнаго характера можно найти въ судебной практикѣ бельгійской, итальянской и швейцарской.

Въ практикѣ бельгійскихъ судовъ, какъ показано выше ¹⁾, можно найти толкованія, сводящія встрѣчный искъ къ зачету. Но, какъ примирить это толкованіе съ необходимостью совпаденія суммъ для зачета по гражданскому кодексу! Разъ встрѣчный искъ вообще приводитъ къ зачету, то причемъ это условіе? Вѣдь нельзя же всякій встрѣчный искъ ставить въ зависимость отъ первоначальнаго въ названномъ смыслѣ!

Въ практикѣ итальянскихъ судовъ можно найти толкованіе, утверждающее, что рѣшеніе по возраженію о зачетѣ объемлетъ все встрѣчное требованіе т. е. если бы послѣднее даже превышало первоначальное ²⁾. Пожалуй, что въ дѣйствительности скорѣе можно допустить опредѣленіе судьбы остатка хотя бы съ помощью предъявленнаго возраженія о зачетѣ, чѣмъ дробить встрѣчное требованіе въ угоду упрочившагося возрѣнія на осуществленіе зачета. Но конечно съ теоретической точки зрѣнія допустимо можетъ быть съ такимъ послѣдствіемъ никоимъ образомъ не возраженіе, а встрѣчный искъ, такъ какъ опредѣленіе судьбы остатка на основаніи возраженія—исходъ во всякомъ случаѣ неестественный, своего рода насиліе надъ общепризнаннымъ свойствомъ «возраженія».

Въ практикѣ швейцарскихъ судовъ можно также найти толко-

изд. Ком. по сост. гражд. улож.: требованіе и встрѣчное требованіе, по сколько они покрываютъ другъ друга. Ср. въ Цюрихскомъ гражд. улож. 1856 ст. 1056.

¹⁾ Стр. 74.

²⁾ ...die Entscheidung über die Compensationseinrede, wenn sie auch nothgedrungen direkt nur einen Theil der Compensationsforderung treffen kann, doch die ganze Compensationsforderung umfasst und für diese massgebend ist, natürlich sowohl wenn die Entscheidung eine positive, als wenn sie eine negative ist.... In der That waltet diese Idee auch in den Entscheidungen der Cassationshöfe Turin, Rom, Neapel und Palermo. Es wird namentlich ...hervorgehoben, dass dadurch das Auseinanderreißen der Streitsache vermieden werde (Kohler Aufs. 44).

ваніе, допускающее встрѣчный искъ вообще для зачета ¹⁾). Въ виду отсутствія у насъ дальнѣйшихъ указаній затрудняемся, однако, высказать, что либо опредѣленное по этому поводу ²⁾).

Наконецъ, относительно исковаго характера встрѣчнаго требованія по только что приведеннымъ западно европейскимъ законодательствамъ положительнымъ указаніемъ точно также могутъ служить наименованія встрѣчнаго иска, противопологаемая наименованію первоначальнаго требованія, какъ напр.: *demande reconventionnelle*, *demande principale* по бельгійскому законодательству ³⁾ или *l'azione in riconvenzione* и *l'azione principale* по итальянскому ⁴⁾).

Обращаясь къ *русскому* праву, мы замѣчаемъ, прежде всего, отсутствіе какихъ бы то ни было соотвѣтствующихъ данныхъ въ законодательномъ матеріалѣ ⁵⁾), что, конечно, отнюдь

¹⁾ ...Mais l'art. 59 de la Constitution fédérale ne met pas obstacle à ce que le défendeur se fonde sur une contre prétention qu'il estime avoir contre le demandeur pour soutenir que la créance de ce dernier est éteinte par compensation. Рѣш. Союзнаго суда 1896 г. Ошибочно толкованіе этого рѣшенія у Jauggen (Comp. 119), о чемъ см. ниже при изложеніи о связи между первонач. и встрѣчн. исками.

²⁾ Во всякомъ случаѣ, однако, не можемъ признать правдоподобія за утвержденіемъ Jauggen'a относительно недопустимости къ зачету встрѣчнаго иска и не только потому, что это противорѣчило бы судебной практикѣ (которую Jauggen толкуетъ, по своему, какъ отмѣчено выше), но также и потому, что, вмѣсто доказательствъ, Jauggen довольствуется слѣдующими гадательными соображеніями и предположеніями: *Es ist richtig, dass der Beklagte seinen Zweck auf dem Wege der Widerklage erreichen kann; es ist aber nicht nöthig und nicht rathsam auf diese Weise vorzugehen. Enthält doch die Widerklage immer einen selbstständigen Angriff und wird sie doch vor Allem um processualer Vortheile willen benützt, es ist für den C. Berechtigten aber kein Grund vorhanden, aus der Beklagtenrolle heraustreten, von der Defensive zur Offensive überzugehen, und sich zu binden an die Vorschriften über die Widerklage, wonach dieselbe nur in beschränkten Maasse zulässig ist.....* (Comp., 117).

³⁾ Bellot. Proc., 621 и выше стр. 72, 73.

⁴⁾ 99 и 100 Cod. di proc. civ.

⁵⁾ Въ Проектѣ гражданскаго уложенія, изготовленнаго въ началѣ истекающаго столѣтія, необходимость совпаденія, между требованіями по размѣру предполагалось выравнять въ первой же статьѣ, именно, слѣдующимъ образомъ: за-

не покажется удивительнымъ, если припомнить предшествующее изложеніе.

За то въ судебной практикѣ находимъ слѣдующія указанія.

Во-первыхъ, относительно необходимости для зачета совпаденія по размѣру требованій первоначальнаго и встрѣчнаго. Объ этомъ мы заключаемъ изъ выраженій приведеннаго выше разъясненія Гражд. Кассац. Деп. отъ 1870 г. ¹⁾, характеризующаго зачетъ какъ:... прекращеніе одного обязательства силою другаго равноцѣннаго ²⁾. Равноцѣнное обязательство — обязательство, одинаковое по суммѣ съ первоначальнымъ. Ясно, что совпаденіе представляется необходимымъ. И такъ, согласно толкованію, проскользнувшему въ судебной практикѣ, зачетъ погашаетъ оба требованія также не свыше той суммы, въ которой сходятся оба требованія.

Во-вторыхъ, судебная практика обнаруживаетъ, что зачетъ практикуется и посредствомъ встрѣчнаго иска и, притомъ, даже пользуется болѣею популярностью, чѣмъ зачетъ посредствомъ возраженія. Такъ, напр., въ одномъ изъ опредѣленій Гражд. Касс. Деп. 1869 г. читаемъ слѣдующее: С. Палата приняла за встрѣчный искъ, не бывший въ виду низшей инстанціи... Между тѣмъ, апелляторъ не просилъ ни о взыскаіііи, ни о зачетѣ ³⁾. Изъ послѣднихъ выраженій явствуетъ, что Пр. Сен. разумѣетъ встрѣчный искъ, какъ средство, приводящее либо ко взысканію, либо къ зачету, вообще. Далѣе, въ одномъ изъ рѣшеній 4 Деп. Прав. Сен. 1876 г. читаемъ: ...зачету могутъ подлежать лишь суммы, признанныя уплаченными въ счетъ искомой суммы

мѣнѣ есть очистка всего долга или части онаго взаимнымъ одинакаго рода законнымъ искомъ или долгомъ. § 229 Проекта (Арх. Гос. Сов. IV, I, Прилож.). Повидимому, подъ выраженіемъ «взаимный искъ» слѣдуетъ разумѣть встрѣчный искъ, предъявляемый къ зачету «одинакаго рода», т. е. надо полагать, въ равныхъ размѣрахъ.

¹⁾ См. выше, стр. 87 пр. 8.

²⁾ № 496. Нѣкоторый намекъ на тоже см. въ рѣшеніи 1867 г., № 526.

³⁾ № 1096.

или суммы, присужденныя въ удовлетвореніе встрѣчнаго иска ¹⁾; или напр. въ рѣшеніи 1885 г. одного мирового судьи Дагестанской области: ...зачетъ служить доказательствомъ уплаты, когда онъ произведенъ по волѣ сторонъ или силою судебного рѣшенія, напр. постановленіемъ суда по встрѣчному иску... ²⁾. Сверхъ того, по свидѣтельству одного судебного практика «стереотипная форма» для зачета есть, именно, встрѣчный искъ ³⁾.

И такъ, съ одной стороны, не только допущеніе встрѣчнаго иска къ зачету, но даже явное предпочтеніе встрѣчнаго иска передъ возраженіемъ о зачетѣ, съ другой стороны, ограниченіе зачета совпаденіемъ въ размѣрѣ обоихъ требованій!

Указывая на необходимость совпаденія требованій, судебная практика, очевидно, считается съ господствующимъ возрѣніемъ доктрины; сводя же встрѣчный искъ къ зачету вообще—судебная практика, полагаемъ, руководствуется одними жизненными указаніями, отражаетъ то представленіе о зачетѣ, которое сложилось подъ вліяніемъ живой дѣйствительности, не придающей совпаденію между требованіями значенія условія, необходимаго для осуществленія зачета. Иначе говоря, теорія проводитъ одно, жизнь подсказываетъ другое. Въ результатѣ — разладъ, неопредѣленность и неустойчивость ⁴⁾.

¹⁾ № 355 (Носенко Сборн. I, № 394).

²⁾ Юр. обзор. 1885, № 211, стр. 449, 450.

³⁾ III крѣбъ въ Юрид. Обзор. 1885, № 211, стр. 452.

⁴⁾ Тѣми же самыми причинами объясняется, конечно, и неустойчивость возрѣній граждан. Деп. Црав. Сен., отмѣченная выше на стр. 78, 79. Въ доказательство шаткости, господствующей по интересующему насъ вопросу, приведемъ еще слѣдующій случай предъявленія встрѣчнаго иска изъ практики Пр. Сената по 4 Деп. (1880 г. № 517). Отвѣтчикъ предъявилъ встрѣчный искъ—беремъ изъ рѣшенія подьянныя выраженія—на тотъ случай, если истецъ и судъ не признаютъ возможнымъ зачесть составляющій предметъ онаго сумму долга противъ соотвѣтствующей суммы первоначальнаго иска. Но, очевидно, соображаетъ Сенатъ, такое условное предъявленіе иска не могло служить для суда поводомъ къ оставленію онаго безъ рассмотрѣнія по существу, тѣмъ болѣе, что повѣренный противной стороны въ послѣдующихъ своихъ объясненіяхъ отвергалъ возможность зачета, а тотъ съ своей стороны продолжалъ поддерживать свой встрѣчный искъ (Носенко. Сборн.

Во всякомъ случаѣ важно, что въ судебной практикѣ можетъ быть обнаружено и такое представленіе объ осуществленіи зачета, которое вовсе не выдвигаетъ, въ качествѣ непремѣннаго, условіе совпаденія по размѣру между первоначальнымъ и встрѣчнымъ требованіями ¹⁾).

IV № 65). Итакъ, Пр. Сенатъ вовсе не противъ условнаго предъявленія встрѣчнаго иска на случай невозможности зачета. Но, какъ примирить это рѣшеніе съ рѣшеніемъ, приведеннымъ выше, отъ 1876 г.? Или придется допустить, что съ 1880 г. Пр. Сенатъ становится на точку зрѣнія, болѣе узкую чѣмъ въ первыя времена своей дѣятельности.

¹⁾ Литература допускаетъ зачетъ не иначе, какъ подъ условіемъ совпаденія суммъ обоихъ требованій—возвръніе, раздѣляемое, какъ оказывается, и тѣми, которые высказались за отождествленіе встрѣчнаго иска съ зачетомъ (См. выше, стр. 79, прим. 4). Такъ напр., у Г о н я е в а читаемъ слѣдующее: если оба иска заключались въ требованіи денежнаго платежа, то судья, признавъ какъ главный, такъ и встрѣчный иски подлежащими удовлетворенію, вправѣ и самъ произвести зачетъ и затѣмъ въ рѣшеніи своемъ присудить лишь оказавшуюся разность (Гр. проц. 308). Подобно тому и у проф. Ц и т о в и ч а: (Гр. проц. 43) цѣль встрѣчнаго иска уравнивать или хотъ уменьшить возможное рѣшеніе по главному иску съ его количественной стороны—чрезъ зачетъ двухъ противоположныхъ исковъ со стороны ихъ предмета. Но такъ какъ дробленіе исковъ невозможно, то неизбѣжно допустить и такіе случаи, гдѣ, быть можетъ, встрѣчный искъ со стороны количественной превышаетъ главный искъ. Такимъ образомъ, рѣшеніе... именно благодаря встрѣчному иску можетъ произвести такой зачетъ, отъ котораго даже плюсъ останется въ пользу отвѣтчика, какъ остатокъ отъ произведеннаго зачета. См. также у проф. Ш е р ш е н е в и ч а (Учебн. 395): ...дѣйствіе компенсаціи состоитъ въ прекращеніи силы зачитываемыхъ обязательствъ насколько они совпадаютъ по своей цѣнности. Если векселю въ 200 р. противопоставляется заемное письмо въ 150 р., то кредиторъ по векселю сохраняетъ право требованія на 50 р. Усматривая во встрѣчномъ искѣ зачетъ и допуская его виѣстѣ съ тѣмъ только на совпадающую сумму, представители названнаго возвращенія сѣуживаютъ однако границы допустимости встрѣчнаго иска, такъ какъ развѣ встрѣчный искъ можетъ быть ограниченъ одними денежными требованіями? Сверхъ того, допущеніе встрѣчнаго иска на сумму, равную съ первоначальнымъ искомъ, не цѣлесообразно въ томъ отношеніи, что не только приводитъ къ смѣшенію встрѣчнаго иска съ возраженіемъ, но и вообще, въ виду отсутствія, при этомъ, ближайшихъ поясненій оставляетъ въ недоумѣніи къ чему прибѣгать въ такомъ случаѣ ко встрѣчному иску, если имѣется возраженіе? (Ср. ниже слѣд. главу). Въ концѣ концовъ, литература (какъ напр. проф. М а л ы ш е в ъ Курскъ I, 270; А з а р е в и ч ъ Суд. II, 27, 28; Г о л ь м с т е н ъ

Въ Польскомъ краѣ на основаніи дѣйствующаго матеріальнаго законодательства зачетъ допускается также какъ и во Франціи т. е. подѣ условіемъ ограниченія размѣромъ совпадающихъ суммъ обоихъ требованій: ...оба долга взаимно погашаются... въ томъ размѣрѣ, въ какомъ они покрываютъ другъ друга ¹⁾).

Тоже ограниченіе выставляется и дѣйствующимъ въ Прибалтійскомъ краѣ мѣстнымъ матеріальнымъ законодательствомъ: ...разность въ суммѣ взаимныхъ требованій не препятствуетъ ихъ зачету: большее изъ нихъ покрываетъ меньшее до его полного размѣра ²⁾).

Чтоже касается вопроса объ осуществимости зачета посредствомъ встрѣчнаго иска, то, соображая данныя общепроцессуальнаго характера, приведенныя выше, приходимъ къ слѣдующему выводу: судебный зачетъ какъ въ Польскомъ, такъ и въ Прибалтійскомъ краѣ можетъ быть осуществляемъ посредствомъ встрѣчнаго иска, но не иначе какъ на сумму, превышающую сумму первоначальнаго требованія ³⁾).

Учебн. 234, 235; Цитовичъ Гражд. проц., 43 Васѣковскій въ Журн. Юр. Общ. 1894, X, 89, 90; Анненковъ Опытъ I 429, 430; Гоняевъ Гр. проц. 305; Боровиковскій Отчетъ I, 146, 147; Вербловскій Движеніе 19, 20; Смирновъ въ Суд. Газ. 1896 № 4). допускаетъ посредствомъ встрѣчнаго иска зачетъ на сумму совпадающую и присужденіе на остатокъ. Итакъ, по крайней мѣрѣ, хотъ вмѣсто двухъ средствъ — одно: встрѣчнымъ искомъ осуществляется и зачетъ, причемъ, зачетъ вытекаетъ безъ особаго упоминанія изъ встр. иска: ...конечно нѣтъ надобности, чтобы самое встрѣчное требованіе было обязательно формулировано въ видѣ просьбы о зачетѣ. (Гоняевъ въ Гр. проц. 305).

¹⁾ 1290 Кодекса Наполеона.

²⁾ 3548 Разд. X, кн. IV, часть III Св. мѣстн. узак. губ. оств. Ссылка подѣ статьей указываетъ, что источники статьи: § 39 Inst de act IV, 6 и 1. 4, 5, 12 Cod. 4, 31. См. выше на стр. 94—97. Относительно мѣстной литературы придется замѣтить только то, что по вопросу о совпаденіи она отличается полнымъ единодушіемъ (Ср. Ег d m a n Priv. R. IV, 216 и В u n g e Civilproc. II, 194, 195 пр. 16).

³⁾ Относительно Польскаго края можемъ привести мнѣніе г. Рейнке (Журн. Мин. Юст. 1895. № 11, стр. 38), допускающаго встрѣчный искъ

Наконецъ, что встрѣчный искъ, въ отличіе отъ зачета, осуществляемаго посредствомъ возраженія, приводитъ, именно, къ присужденію истца по первоначальному иску, тому имѣется въ русскомъ правѣ цѣлый рядъ указаній и, притомъ, начиная съ самыхъ отдаленныхъ временъ. Вотъ напр. что говорится въ одномъ изъ памятниковъ XVI стол.: ... а будетъ... отвѣчикъ, не ходя съ суда, противъ на немъ взыщеть ¹⁾. «Противъ на немъ взыщеть» обозначаетъ, полагаемъ, не что иное, какъ присужденіе истца по первоначальному иску. Или вотъ какъ напр. опредѣляется встрѣчный искъ въ дореформенномъ законодательствѣ:обратный искъ отвѣчика на истца ²⁾. Относительно дѣйствующаго законодательства указаніе на присужденіе можетъ быть извлечено изъ названія: ...встрѣчный искъ ³⁾. Исковой характеръ встрѣчнаго требованія отмѣчался и въ судебной практикѣ. Такъ напр. въ 1867 г. Пр. Сен. встрѣчный искъ охарактеризовалъ какъ: ..особый искъ, по которому истецъ является отвѣчикомъ ⁴⁾.

§ 5. Обозрѣвая все изложенное въ предшествующихъ параграфахъ относительно возможности опредѣлить встрѣчный искъ на основаніи источниковъ какъ средство осуществленія на судѣ зачета, приводящаго всегда къ исчерпывающему удовлетво-

вмѣстѣ съ просьбой о зачетѣ, Относительно Прибалтійскаго края мѣстная литература того мнѣнія, что въ случаѣ превышенія предъявленнаго къ зачету встрѣчнаго требованія, сравнительно съ первоначальнымъ, отвѣчикъ можетъ искать разность между требованіями посредствомъ встрѣчнаго иска. Вотъ подлинныя слова представителя новѣйшей мѣстной процессуалистики: ...ist die zur Compensation gebrachte Forderung größer als die angeklagte, so bleibt dem Beklagten die Beitreibung des Restes offen. Dies kann auf dem Wege der W. kl. geschehen (B u n g e Civ. Proc. II, 195 пр. 96). Итакъ, зачетъ посредствомъ встрѣчнаго иска не допускается вовсе!

¹⁾ Ст. 30 Цар. Суд. (Проф. Влад.-Буд. Хрестом. II, 134).

²⁾ 58, 91 Зак. суд. гражд.

³⁾ 38, 226 Уст. гражд. судопр.

⁴⁾ № 526. Литература также отмѣчаетъ присужденіе какъ характерный признакъ встрѣчнаго иска. Ср. напр. К. II. П о б ѣ д о н о с ц е в ѣ. Руж.

ренію по взаимному требованію, получаемъ слѣдующій выводъ: римское право, особенно, въ позднѣйшемъ его развитіи, представляетъ рядъ вполне убѣдительныхъ данныхъ положительнаго характера ¹⁾; вѣроятіе въ положительномъ смыслѣ представляетъ и средневѣковое право, особенно, болѣе раннихъ временъ ²⁾; обильный положительными указаніями матеріалъ заключается во французскомъ правѣ, въ особенности

ст. 550; проф. К. И. Мадлышевъ. Курсъ I, 269; Анненковъ. Опытъ I, 431; Вербловскій. Движ. 13; Боровиковскій. Отчетъ I, 147 и др. теории и практики.

¹⁾ Извѣстное опредѣленіе зачета въ источникахъ также можетъ скорѣе поддержать, чѣмъ опровергнуть проводимое нами возвращіе. Вотъ какъ оно гласитъ: *Compensatio est debiti et crediti inter se contributio* (fr. 1 Dig 16, 2 Modestini Pandectarum). Выраженіе *contributio* не имѣетъ опредѣленнаго терминологическаго значенія (Ср. Eisele Comp. 213: *wird jede Theorie diese Definition für sich verwenden können*). Правдоподобнѣе толковать его въ широкомъ смыслѣ какъ «совмѣстное удовлетвореніе». Толкованіе наше представляется тѣмъ болѣе вѣроятнымъ, что и выраженіе *debiti* едва ли слѣдуетъ разумѣть въ буквальномъ смыслѣ—какъ увидимъ дальше, согласно источникамъ, выраженіе это можетъ быть толкуемо также въ смыслѣ самомъ широкомъ «должнаго вообще», т. е. независимо отъ свойства правоотношенія. Въ литературѣ, какъ извѣстно, наряду съ опредѣленіемъ зачета какъ платежа, находятъ сторонниковъ опредѣленіе зачета также въ смыслѣ болѣе широкомъ — удовлетворенія. (*Befriedigung, Befriedigungsmittel*). Ср. напр. Hartter (Comp. 40, 42 и Zeitsch. XIX, 174); Dernburg (Comp. 9—11 и 358—365, гдѣ дается обстоятельная критика противоположнаго возвращія), Scheurl (Comp. 171), Windscheid (Pand II, 320), Endemann (С. P. II, 660); Eisele (Comp. 389), Wendt (Pand. 576, 581), Geib (Theorie 69, 343). Полагаемъ, что сюда же слѣдуетъ отнести и опредѣленіе проф. В. В. Ефимова: взаимное распредѣленіе долга и требованія (Ист., 336; Догма, II, 220). Однако, въ отличіе отъ нашего, опредѣленіе зачета какъ удовлетворенія, согласно литературѣ, все-таки надо понимать въ смыслѣ ограниченномъ—какъ удовлетвореніе по долговымъ требованіямъ въ общепринятомъ смыслѣ, о чемъ въ подробности см. дальше, при разъясненіи исковаго характера встречнаго требованія.

²⁾ Зачетъ, разумѣется также въ смыслѣ удовлетворенія, по крайней мѣрѣ напр., въ слѣдующихъ памятникахъ: (*Ignegii Summa Codicis IV, 38, VIII, 38* въ изд. Fitting'a стр. 297): *Compensatio etiam idem potest quod et solutio*; (*Bartoli u Dernburg'a Comp. 358 pr. 1*): *est compensatio imaginaria quaedam solutio*; (*Scacciae* согласно Endemann'у *Lehren II, 225, 226, 283*): *Solutio impropria*—рубрика, объемлющая зачетъ. Современная литература

въ его исторіи ¹⁾; въ германскомъ правѣ преобладаютъ указанія отрицательнаго характера ²⁾; отчасти положительныя указанія могутъ быть обнаружены въ остальныхъ западно-европейскихъ законодательствахъ; наконецъ, въ русскомъ правѣ временъ позднѣйшихъ имѣются кое-какіе намеки также положительнаго характера ³⁾.

предпочитаетъ, впрочемъ, толковать выраженія средневѣковой литературы въ тѣсномъ смыслѣ, т. е. въ смыслѣ платежа (к. напр. Dernburg'a Comp. 358 пр. 1; Desjardins Comp. 197, 208 и др.).

¹⁾ Подъ влияніемъ того направленія, по которому пошло большинство франц. доктрины, зачетъ сталъ опредѣляться вообще какъ платежъ (paiement). Ср. выше 99, 100 u Desjardins. Comp. 238 и д., Ср. также напр. Larombiere Obl. III, 629; Zachariae II, стр. 370; Baudry-Lacantinerie Precis II, № 1067; Desjardins Comp. 357, 427; Meynial, Comp. 135; Gamain Dem. 115; Hudelot-Metmann Obl. № 404; Darras Code ci vil 1289 къ № 46—48. Какъ удовлетвореніе (Befriedigung) опредѣляется Crome Oblig, 338).

²⁾ Зачетъ, называемый большею частью Aufrechnung (о другихъ наименованіяхъ ср. у. Sohn'a Handb. III, 1025, Eisele Comp. 391, 392. и Liebknecht Comp., 1. Aufrechnung—терминъ и новаго гражданскаго уложенія. Въ австрійскомъ уложеніи усвоенъ терминъ Compensation) разумѣется какъ платежъ, о чемъ имѣется совершенно опредѣленное указаніе и въ законодательствѣ, именно, въ австрійскомъ, гдѣ читаемъ: Kompensation, welche schon für sich die gegenseitige Zahlung bewirkt (§ 1438 Bürgl. G. B.). Сверхъ того, вотъ подлинныя выраженія высшаго имперскаго суда [въ Лейпцигѣ: die Aufrechnung ist nicht Zahlung, aber ihre Wirkung aussert sich als Zahlung (Entsch. 1891, XXVIII, стр. 418). Литература высказывается также въ смыслѣ платежа. Ср. напр. Kohler Zeitsch. f. d. Civilpr. XX, 4; Fürst Gruchot's Beitr. X, 322; Sohn въ Endemann's Handb. III, 550; Unger въ Grünhut's Zeitsch. XV, 545; Hassenöhrl Oblig. 535; Liebknecht Comp. 25. 36, 43, 76; Stölzel Schul. II 135 и д. Гражд. улож. 1896 г. Aufrechnung приравниваетъ къ Befriedigung (§ 268 B. G. B.). Въ литературѣ, одни какъ напр. Stammler (Recht der Schuldverhältnisse, 242) характеризуютъ зачетъ какъ платежъ (ist in der That eine Art von Zahlung), другіе какъ удовлетвореніе напр. Plank (Comment z. Bürgl. G. B. II, 172) der Aufrechnende zwingt dem anderen Theile die Befriedigung auf; er befriedigt zugleich sich selbst wegen seiner Forderung; или напр. Endemann (Einführ, 642): die Aufrechnung schafft die Befriedigung des Gläubigers durch Befreiung von seiner eigenen Schuld; er behält hierdurch was er sonst dem Gegner heraus geben und von diesem zurückerhalten würde.

³⁾ И относительно возможности опредѣленія зачета какъ удовлетворенія, русское право даетъ нѣкоторыя положительныя указанія. Ср. напр. слѣдую-

Какъ видимъ, отстаиваемое нами опредѣленіе находить подтвержденіе въ источникахъ и, притомъ, что особенно важно — главнымъ образомъ, въ тѣхъ источникахъ, въ которыхъ заключается, вообще, наиболѣе совершенный матеріалъ цивильнаго праворазвитія, именно, въ источникахъ римскаго и французскаго права. Едва ли будетъ рискованнымъ сдѣлать отсюда такое предположеніе: положительный матеріалъ въ римскомъ и французскомъ правѣ не объясняется ли, именно, тѣмъ, что обѣ эти системы доразвились до уясненія надлежащаго соотношенія зачета и встрѣчнаго иска ¹⁾. Допустивъ это предположеніе, мы не только поймемъ развитіе зачета въ римскомъ и французскомъ правѣ, но и развитіе зачета вообще.

Дѣйствительно, противопоставляя первоначальному исковому требованію на встрѣчу свое взаимное требованіе, отвѣтчикъ предъявляетъ его, конечно, съ тою цѣлью, чтобы получить совмѣстное удовлетвореніе полностью и по своему требованію, подобно тому, какъ желаетъ получить съ него удовлетвореніе по своему требованію полностью первоначальный истецъ. Несомнѣнно, что такова цѣль того, что называютъ зачетъ,

ція выдержки изъ приведенныхъ выше источниковъ... зачетъ приданаго какъ денегъ, такъ и всякаго другого имущества (1008 З а к. г р а ж д.);.. если по одному и тому же договору казна промедлила выдачею слѣдовавшихъ отъ нея денегъ, а частное лицо не выполнило въ срокъ своего обязательства, то взысканіе съ частнаго лица или удовлетвореніе его производится по взаимному разсчету (459 З а к. о в з ы с к. г р а ж д.). Судебная практика въ лицѣ гражданскаго кассац. деп. П р а в. С е н а т а разумѣетъ подъ зачетомъ уплату ср. С б о р н. 1875 г. № 1001 и выше стр. 121. Какъ удовлетвореніе зачетъ опредѣляется у Мейера (Чтенія, 369, 374, Ср. впрочемъ, 573 и 575.) и у Егдманна Р. R. IV, 215): eine Art der Befriedigung Ср. также Кавелинъ (Права, 162): зачетъ, строго говоря, есть одинъ изъ видовъ исполненіе обязательствъ.

¹⁾ Римское право представляетъ послѣдовательное развитіе въ этомъ смыслѣ, достигающее своего апогея въ законодательствѣ Юстиніана. Французское право, успѣвъ достигъ до правильнаго уразумѣнія природы зачета и встрѣчнаго иска за долго до нынѣшнихъ временъ, вслѣдъ за тѣмъ вступило на ложный путь подъ вліяніемъ доктрины, воспитанной на ошибочномъ толкованіи источниковъ римскаго права.

такова цѣль и встрѣчнаго иска. Между тѣмъ и другимъ въ этомъ смыслѣ нѣтъ никакой разницы ¹⁾). Засимъ, если свойство взаимныхъ требованій то допускаетъ, предстоящее совмѣстное удовлетвореніе упрощается въ періодъ судебныхъ дѣйствій посредствомъ вычета меньшаго изъ большаго, такъ что въ конечномъ результатѣ удовлетворенію будетъ подлежать образовавшійся за вычетомъ остатокъ отъ большаго требованія. Слѣдовательно, производимое судомъ погашеніе въ части удовлетворенія есть нечто иное, какъ болѣе или менѣе случайная принадлежность совмѣстнаго удовлетворенія, своего рода техническій приемъ, направленный на облегченіе предстоящаго взысканія. Другое дѣло вѣсудебное совмѣстное удовлетвореніе по взаимнымъ требованіямъ. Вѣсудебное совмѣстное удовлетвореніе дѣйствительно нерѣдко можетъ оказаться ограниченнымъ такъ какъ удовлетвореніе произойдетъ не полное, а частичное, напр. сводятся расчеты по взаимнымъ денежнымъ требованіямъ между торговцами въ предѣлахъ совпаденія этихъ требованій, остатокъ же не подлежитъ одновременному удовлетворенію, образуя новую статью во взаимно-обязательственныхъ отношеніяхъ, или, иначе, открывая новый, т. н. контроррентный счетъ. Очевидно, что въ такихъ случаяхъ совмѣстное удовлетвореніе есть вмѣстѣ съ тѣмъ и упрощеніе; удовлетвореніе производится на почвѣ упрощенія взаимныхъ расчетовъ или на почвѣ—согласно общепринятой терминологіи—зачета. Въ подобнаго рода обстановкѣ и могло, по преимуществу, укорениться представленіе о зачетѣ, какъ о погашеніи совпадающихъ взаимныхъ требованій ²⁾).

¹⁾ Известное выраженіе Помпонія (fr. 3 Dig 16,2): *ideo compensatio necessaria est, quia interest nostra potius non solvere, quam solutum repetere* одинаково приложимо и ко встрѣчному иску. Вообще, только сознавъ одинаковость конечной цѣли у встр. иска и у т. н. зачета, станетъ возможнымъ разъяснить ту смутность впечатлѣнія, которую оставляетъ изложеніе о соотношеніи встр. иска съ т. н. зачетомъ въ современной литературѣ.

²⁾ Периодическіе взаимные расчеты, по всей вѣроятности, известны были еще и римскому дѣловому быту (Ср. напр. Goldschmidt *Universal geschichte*, 81). Во Франціи несомнѣнные слѣды идутъ отъ начала XIII вѣка (Ср. по-

Прибѣгая же къ взаимному удовлетворенію при помощи суда, отвѣтчикъ уже и потому ищетъ удовлетворенія исчерпывающагося, что фигурируетъ на судѣ не добровольно. Отвѣтчикъ при этомъ, конечно, скорѣе всего постарается поставить своего противника, по возможности, въ особенно затруднительное положеніе. И вотъ, единственнымъ средствомъ для достиженія такого наивыгоднѣйшаго результата и является именно встрѣчный искъ, при которомъ, по крайней мѣрѣ, въ громадномъ большинствѣ случаевъ, упрощеніе взаимныхъ расчетовъ, или то, что по обыкновенію называютъ зачетъ, отойдетъ на второй планъ, въ качествѣ возможнаго, но отнюдь не обязательнаго элемента упрощенія предстоящей взыскной процедуры.

Полагаемъ, что на основаніи всего вышеизложеннаго наиболѣе правильное опредѣленіе встрѣчнаго иска есть, именно, опредѣленіе его какъ средство осуществленія при помощи суда зачета, приводящаго всегда къ исчерпывающему удовлетворенію по взаимному требованію ¹⁾).

вѣйшее изслѣдованіе Huvelin *Essai hist. sur le droit des marchés et des foires*, 560 и д и Goldschmidt, *ib.*, 328 прим. 100). Вообще, слѣдовало бы обратить побольше вниманія на историческую связь между торговыми сдѣлками контокоррентомъ, сконтраціею и т. н. зачетомъ. Кромѣ того, нельзя упускать изъ вида, что слишкомъ мало придавалось значенія выясненію средствъ осуществленія зачета.

¹⁾ Что встрѣчный искъ есть средство достиженія зачета, вовсе не чуждо литературѣ, начиная съ самыхъ отдаленныхъ временъ. Въ такомъ смыслѣ, именно, разумѣли встрѣчный искъ нѣкоторые изъ римскихъ юристовъ (выше стр. 46—48). Далѣе, — средневѣковые канонисты, какъ о томъ свидѣтельствуетъ, помимо изложеннаго выше, извѣстный знатокъ исторіи западно-европейскаго церковнаго права проф. Rosshirt (*Beitr.* 27): *das canonische Recht setzt als Zweck der mutua petitio die compensatio vo gaus*. (Ср. также Pilette въ *Rev. hist.* VII, 155). Тотъ же взглядъ можетъ быть обнаруженъ и въ средневѣковой доктринѣ во Франціи (ср. выше стр. 57, 58 и 99). Подобнаго рода слѣды находимъ и въ позднѣйшія времена. Такъ напр., въ дополненіе къ тому, что сообщалось выше относительно французской доктрины XVI в. (стр. 58, 59), считаемъ не лишнимъ привести слѣдующую выдержку изъ труда, авторомъ котораго является одинъ изъ виднѣйшихъ представителей итальянской процессуалистики того же

Правильность полученнаго опредѣленія имѣеть быть выяснена окончательно при ближайшемъ изученіи отдѣльныхъ условій предьявленія и рассмотрѣнія встрѣчнаго иска.

XVI вѣка — М а р а н т а: Est igitur sciendum quoad practicam huius iudicii reconventionalis, quod reus conuentus in iudicio, si debet aliquid consequi ab actore, habet duplex remedium repulsandi actorem. Primum est per viam compensationis... Verum, quia non semper datur sibi hoc remedium, quia ita demum habet locum compensatio, si debitum est ex utraque parte liquidum... ..In illis ergo casibus, in quibus cessat remedium compensationis, necesse est reo recurrere ad secundum remedium, scilicet reconventionis, per quod plenius sibi consulitur. (M a r a n t a e Spec. aur. Pars 4 dist. 4 № 1 — 3). Какъ видимъ, допускаются двѣ формы встрѣчнаго суда (iudicii reconventionalis): если рассмотрѣніе дѣла на судѣ не представляетъ затрудненій—remedium compensationis, а если дѣло требуетъ обстоятельнаго рассмотрѣнія — remedium reconventionis. Такимъ образомъ, remedium compensationis не что иное, какъ видъ встрѣчнаго суда или иначе, тоже встрѣчный судъ. Относить это выраженіе къ возраженію о зачетѣ невозможно въ виду слѣдующихъ вполне ясныхъ выраженій текста: ...reus conuentus in iudicio, si debet aliquid consequi ab actore. Къ тому же, насколько намъ извѣстно, и другіе источники не относятъ возраженіе о зачетѣ къ iudicium reconventionale—наименованіе, имѣющее вполне опредѣленное терминологическое значеніе. Съ теченіемъ времени, по-мѣрѣ дальнѣйшаго распространенія формальнаго отношенія къ источникамъ римскаго права, становятся все менѣе и менѣе слышными и голоса въ пользу отождествленія съ зачетомъ встрѣчнаго иска. Такъ, въ XVII в. надлежащее представленіе о встрѣчномъ искѣ и зачетѣ продолжаетъ еще держаться во Франціи (ср. выше стр. 59). Но за то въ Италиі въ это время интересующій насъ вопросъ рѣшается вотъ какимъ образомъ: difficultas est in distinguendo compensationem a reconventionem. Nonnulli enim aliam compensationis, aliam conventionis reconventionem constituunt. At verius dic, compensationem esse exceptionem, non actionem ...Utrum consultius fit reconvenire, vel compensare. Dic reconvenire quia nihil de intentione adversarii confitetur, secus compensando (A n t o n i i de L u c a Praxis iudicialia 1684 г. Cap. XXXIV стр. 129). Затрудняясь выяснитъ различіе между зачетомъ и встрѣчнымъ искомъ, авторъ тѣмъ не менѣе сводитъ зачетъ къ возраженію и въ тоже время, однако, совѣтуетъ предпочитать встрѣчный искъ зачету. Какое краснорѣчивое подтвержденіе ложнаго направленія, по которому пошла доктрина, навязывая дѣйствительности искусственное толкованіе источниковъ римскаго права. Отождествленіе встрѣчнаго иска съ зачетомъ извѣстно и литературѣ истекающаго столѣтія, (ср. выше стр. 52 пр. 3, 62, прим. 1. 69 пр. 1, 79 прим. 4). Но въ общемъ это не болѣе какъ проблески, вовсе не получившіе дальнѣйшей разработки. Вообще господство рутинны, упрочившихся предвзятыхъ воззрѣній—

Приступая сначала къ изученію законѣрности предьяв-

таково общее впечатлѣніе отъ ознакомленія съ современной литературой о встрѣчномъ искѣ и зачетѣ. И господство это подавляетъ литературу до такой степени, что обособленность встрѣчнаго иска отъ зачета стала нынче совѣмъ, можно сказать, аксіомой, несмотря на цѣлый рядъ затрудненій, возбуждаемыхъ въ дѣйствительности примѣненіемъ современныхъ ученій. Ничто не измѣнилось напр. въ германской литературѣ о встрѣчномъ искѣ съ тѣхъ поръ, какъ авторъ обстоятельнѣйшаго изслѣдованія о встрѣчномъ искѣ—Sartorius (W. Kl. 25) рѣшительно заявилъ: *ist das Kleben an der Kompensation... ein Grundübel unserer Lehre...* Вмѣсто того, чтобы обратиться къ параллельному пересмотру всего матеріала источниковъ о встрѣчномъ искѣ и зачетѣ, процессуалисты продолжаютъ не обращать должнаго вниманія на зачетъ, изслѣдователи матеріальнаго права—на встрѣчный искъ и только прибѣгаютъ къ новымъ уловкамъ толкованія на той же предвзвѣтой почвѣ, еще болѣе запутывая и безъ того уже достаточно запутанный вопросъ. Удивительно до какой степени литература равнодушна къ тому, что напрашивается само собою на обнаруженіе. Возьмемъ французскія монографіи, напр. Desjardins и Gamaïn. Допуская встрѣчный искъ, въ качествѣ средства осуществленія между прочимъ и зачета, все отличие тѣхъ случаевъ, когда встрѣчный искъ предьявляется къ зачету и тѣхъ, когда онъ предьявляется не къ зачету, сводится названными учеными не къ различію въ послѣдствіяхъ, а лишь къ различію относительно нѣкоторыхъ условий предьявленія встрѣчнаго иска, какъ то: степени необходимости связи между исками, ихъ ликвидности и т. п. (Ср. Desjardins Comp. IX, 9 и Gamaïn Dem. 87, 102 и д.). Германская литература, допускающая осуществленіе зачета, въ отличіе отъ французской, не иначе какъ посредствомъ возраженія (сближаемаго впрочемъ впадающимъ въ другую крайность возрѣніемъ со встрѣчнымъ искомъ, на основаніяхъ, о которыхъ см. выше стр. 69 пр. 1), отличіе встрѣчнаго иска отъ зачета усматриваетъ въ томъ, что это есть искъ, а не возраженіе (о зачетѣ) и, сверхъ того, указываетъ на отличіе также въ отдѣльныхъ условіяхъ предьявленія встрѣчнаго иска. Ср. напр. Lauk (Arch XII, 71, 72), Hartter (Comp. 194 — 197, и Zeitsch. XIX, 182, 186, 187), Sartorius (W. Kl. 2, 10, 25, 380 — 387), Dernburg (Comp. 538—546). Особенно поучительно изложеніе Dernburg'a, посвящающаго выясненію соотношенія между встрѣчнымъ искомъ и зачетомъ весьма обстоятельный параграфъ (63). Охарактеризовавъ встр. искъ, какъ *die in gewissem Masse der Einrede der Compensation verwandte Widerklage* (ib. 538), и пояснивъ еще нѣсколько ниже, что *die Widerklage schliesslich zu Compensation führen, kann, nicht selten in der Ermöglichung der Compensation ihren vorzüglichen Endzweck hat.* (ib), Dernburg обращается къ тщательному сопоставленію возраженія о зачетѣ со встрѣчнымъ искомъ. Въ результатѣ — лишь указаніе на исковый характеръ встрѣчнаго требованія и на различіе

ленія встрѣчнаго иска, мы должны поэтому обратить особенное

въ отдѣльныхъ условіяхъ его предъявленія—ничего болѣе. Полное недоумѣніе у читателя, тѣмъ болѣе, что и условія предъявленія далеко не носятъ того исключительнаго характера, какъ это выставляется въ изложеніи Dernburg'a (о чемъ ближайше ниже). Новѣйшіе исследователи идутъ по тому же пути еще дальше. Такъ напр. извѣстный необыкновенною плодовитостью, берлинскій профессоръ Kohler одну изъ своихъ многочисленныхъ работъ озаглавилъ *Kompensation und Process* (*Zeitsch. f. deutsch. Civilproc.* XX). При всей заманчивости заглавія во всей работѣ, не смотря на постоянные упреки въ непрактичности господствующей теоріи, не замѣчается даже пополюзованія сойти съ шаблонной почвы, такъ что, хотя въ изложеніи не разъ упоминается о встрѣчномъ искѣ, отвѣтчикъ по Kohler можетъ зачитывать не иначе, какъ посредствомъ возраженія (ср. *ib.* напр. стр. 10—25, 35, 62). Однимъ словомъ, даже вопросъ о возможности зачета посредствомъ встрѣчнаго иска не затронуть вовсе. Въ томъ же духѣ и новая статья того же автора о зачетѣ по герм. гражд. улож. въ *Zeitsch. f. d. d. Civilprocess* v. XXIV 1—49. Или вотъ напр. также одинъ изъ новѣйшихъ трудовъ о зачетѣ проф. Geib'a (*Theorie der gerichtlichen Kompensation*). Не останавливаясь ни передъ какими логическими ухищреніями, авторъ съ упорствомъ, достойнымъ лучшей участи, старается провести свою излюбленную идею, которая формулируется имъ въ концѣ концовъ вотъ какимъ образомъ: *Solange Jemand in praesenti bereit ist, mit seiner Gegenforderung seine Schuld compensando zu tilgen, bekundet er damit, dass er diesen seinen Gegenanspruch klageweise nicht geltend machen wolle; und umgekehrt, wer seine Gegenforderung klageweise geltend macht, erklärt dadurch, mit der eingeklagten Forderung die eigene Schuld nicht tilgen zu wollen.* (*ib.* 344). Итакъ, въ угоду теоріи дѣйствительность должна отказаться отъ тѣхъ выгодъ, какія представляетъ совмѣстное удовлетвореніе взаимнаго требованія посредствомъ встрѣчнаго иска. (Ср. теперь также Stölzel *Schulung*, II, 42 и въ *Zeitsch. deut. Civilproc.* XXIV, 75; Eccius въ *Gruchot's Beitr.* XLII, 25 и *Ogler Comp.* 36 прим. 1.) Та же уловка возарвній на зачетъ и встр. искъ присуща и другимъ западно-европейскимъ литературамъ. Ср. напр. бельгійскую монографію о встрѣчномъ искѣ Paere, или напр. итальянскую процессуалистику въ лицѣ Manfredini, (*Corso I*) и Mortara (*Manuale I*). Въ русской литературѣ проскользнуло было опредѣленіе встрѣчнаго иска, вполне совпадающее съ нашимъ—опредѣленіе, найденное нами въ редакціонномъ примѣчаніи къ одной изъ статей Судебнаго Вѣстника (выше стр. 79, прим. 4). Вообще же, отечественная литература (Ср. напр. Малышевъ *Курсъ I* 270; Гольмстенъ *Учебникъ*, 234, 235; Загоровскій *Очерки*. 168; Азаревичъ *Судопр.* II, 27, 28; Васьковскій въ *Журн. Юрид. Общ.* 1894, X, 89, 90; Вербловскій *Движ.* 19) объясняетъ случаи зачета посредствомъ встрѣчнаго иска связью между исками встрѣчнымъ и первоначальнымъ, иначе говоря, сводитъ зачетъ посредствомъ встрѣчнаго

вниманіе на вопросъ—насколько условія предъявленія встрѣч-

иска въ сущности не болѣе какъ къ одному изъ условій предъявленія встрѣчнаго иска. Объясненіе, повергающее въ недоумѣніе! (См. подробности ниже въ изложеніи о связи между исками). Въ концѣ концовъ, принимая въ соображеніе все только что вышеизложенное, ничуть не удивительно что опредѣленіе встрѣчнаго иска литературою (Ср. напр. Lauk Arch. f. civ. Pr. XII, 71; Sartorius W. Kl. 5; Savigny System VI, 330; Wetzell, System, 843; Bethmann-Hollweg C. Pr. II, 464; Fuchs Arch. f. civ. Pr. LIII, 149; Des jardins Comp. 7; Loening W. Kl. 214; Kleinfeller Ger. 4; Hellmann Lehrb. 199; Fitting Lehrb. 313; Seuffert Comment. 43; Pollak W. Kl. 118; Раере. Etudes II, 168; Bonfils Traité № 825; Stölzel Schulung 37; Малышевъ Курсъ I, 269; Гольмстенъ Учебникъ 234; Анненковъ Опытъ I, 426; Госилевичъ Ж. Гр. и Уг. Пр. 1885, 6, 21; Загоровскій Очерки 57, 167; Исаченко Комментар. 818; Азаревичъ Судопр. II, 27; Bunge C. P. II, 222, 223) представляетъ не что иное, какъ описаніе или, точнѣе, перечисленіе отдѣльныхъ условій предъявленія встрѣчнаго иска и его разсмотрѣнія судомъ—перечисленіе вмѣстѣ съ тѣмъ далеко не совпадающее. Вотъ это опредѣленіе: подѣ встрѣчнымъ искомъ слѣдуетъ разумѣть искъ (повторяется всѣми; по Hellmann'у и Вунге: Gegenangriff), находящійся въ извѣстномъ соотношеніи съ первоначальнымъ искомъ (признакъ, вводимый въ опредѣленіе Savigny, Fuchs'омъ и Stölzel'емъ) и предъявленный первоначальнымъ отвѣтчикомъ противъ первоначальнаго истца (признакъ въ такой редакціи у всѣхъ, исключая Desjardins, ограничивающагося указаніемъ на action intentée par le défendeur) въ томъ же самомъ судѣ (исключая Bonfils'a), въ томъ же порядкѣ производства (признакъ, вводимый Sartorius'омъ, Loening'омъ Hellmann'омъ, Fitting'омъ, Seuffert'омъ, Stölzel'емъ), во время производства по первоначальному иску (признакъ, отсутствующій у цѣлаго ряда лицъ, какъ то: у Lauk, Savigny, Wetzell, Desjardins, Bonfils, Раере, Fuchs, Pollak, Загоровскаго, Гольмстена, Исаченко) для совмѣстнаго разбирательства съ первоначальнымъ искомъ (признакъ, не смотря на всю его важность, болѣею частью отсутствующій въ опредѣленіяхъ; мы его нашли у Sartorius'a, Savigny, Wetzell'a, Fuchs'a, Малышева, Загоровскаго и Гольмстена; у Wetzell'a впрочемъ, въ качествѣ признака, входящаго въ составъ опредѣленія встрѣчнаго иска въ тѣсномъ, но не въ широкомъ смыслѣ слова, для котораго, по ученію германской доктрины, вся суть въ совмѣстной подсудности, а не въ совмѣстномъ производствѣ). Опредѣленіе отнѣнно длинное, во первыхъ, и, воторыхъ, гадательное. Необходимо ли исчерпать всѣ условія или привести только нѣкоторыя и почему именно? Какъ видимъ, полная неувѣренность. Нельзя принять удачнымъ и опредѣленіе встрѣчнаго иска, которое находимъ у ученыхъ, высказавшихся за отождествленіе встрѣчнаго иска съ зачетомъ (выше стр. 62, прим. 3). Такъ напр. Raüter

наго иска сходятся или расходятся съ условіями, обыкновенно выставляемыми для зачета.

опредѣляетъ встрѣчный искъ какъ: ...demande incidente, intentée par le défendeur pour une cause connexe à celle de l'action principale, et qui doit avoir pour résultat la compensation, (Cours § 233, стр. 257). Въѣсто того, чтобы развить послѣдній признакъ, французскій ученый обратился къ дополненію опредѣленія путемъ внесенія въ него указаній—весьма къ тому же неполныхъ — на отдѣльныхъ условія предъявленія встрѣчнаго иска. Еще менѣе удовлетворительны другія опредѣленія к. напр. Berriat. St. Prix: ...la reconvention est une réclamation que le défendeur fait contre le demandeur dans la même instance (Cours I, 37). Опредѣленіе, неудачное прежде всего въ томъ отношеніи, что ни слова не говоритъ о зачетѣ. Не трудно убѣдиться, что отстаиваемое нами опредѣленіе встрѣчнаго иска, въ отличіе отъ существующихъ, прежде всего, указываетъ на самый raison d'être встрѣчнаго иска и засимъ, не будучи длиннымъ и описательнымъ, вмѣщаетъ въ себѣ въ то же время и признаки, вводимые въ общепринятія опредѣленія встрѣчнаго иска. Дѣйствительно, что это есть искъ, явствуетъ изъ выраженія «исчерпывающее удовлетвореніе»; что это есть искъ, предъявляемый первоначальнымъ отвѣтчикомъ противъ первоначальнаго истца, явствуетъ изъ выраженія «взаимное требованіе»; что это есть искъ, рассматриваемый въ томъ же судѣ, явствуетъ изъ выраженія «зачетъ при помощи суда»; наконецъ, что разбирательство происходитъ совмѣстное, явствуетъ изъ выраженій «зачетъ взаимнаго требованія при помощи суда»; можетъ быть навлечено отсюда же и указаніе на время предъявленія встрѣчнаго иска, а также и на дальнѣйшія, не бесспорныя, впрочемъ, условія его предъявленія, о чемъ см. ниже главу первую въ сѣдующей рубрицѣ.

Предъявление встречного иска.

Встрѣчный искъ есть требованіе взаимное или требованіе, противопологаемое требованію, уже предъявленному въ судъ. Иначе говоря, процессуальное осуществленіе встречнаго иска обусловлено предъявленіемъ т. н. первоначальнаго иска. Будучи обусловлено предъявленіемъ въ судъ первоначальнаго иска, процессуальное осуществленіе встречнаго иска не можетъ не находиться въ извѣстнаго рода соотношеніи съ процессуальнымъ осуществленіемъ первоначальнаго иска. Соотношеніе это проявляется, что касается предъявленія встречнаго иска, въ томъ, что встречный искъ долженъ быть предъявленъ въ качествѣ соответствующаго требованія, соответствующими лицами, въ соответствующемъ судѣ, въ соответствующее время и съ соблюденіемъ соответствующихъ формъ. ¹⁾

¹⁾ Въ наиболѣе выдержанномъ въ смыслѣ системы изслѣдованіи о встречномъ искѣ нѣмецкаго процессуалиста Loening'a изложенію о Voraussetzungen bezüglich der Widerklage selbst предшествуетъ обстоятельное изложеніе о Voraussetzungen der Vorklage, т. е. первоначальнаго иска (W. Kl. 18—22 Ср. съ 30—44). Изложеніе — при которомъ неизбежны частыя повторенія; въ результатъ же — никакихъ преимуществъ наглядности передъ применяемымъ нами способомъ параллельности изложенія, постоянно завершаемаго общимъ выводомъ касательно особенностей встречнаго иска сравнительно съ искомъ первоначальнымъ.

ГЛАВА I.

Соотвѣтствующее требованіе для предъявленія встрѣчнаго иска.

А. Встрѣчный искъ, подобно иску первоначальному, долженъ быть прежде всего требованіемъ, объемлемымъ предѣлами гражданскаго права ¹⁾. Иначе говоря, нашему изученію не подлежит встрѣчное требованіе, объемлемое предѣлами публичнаго права, именно: во-первыхъ, административнаго права и, во-вторыхъ, уголовного права.

§ 1. Нашему изученію не подлежит встрѣчное требованіе, въ качествѣ требованія административнаго права или, иначе, когда притязаніе возникаетъ на почвѣ правоотношеній публичныхъ такого рода, какъ напр., взиманіе государствомъ разнаго рода податей и сборовъ ²⁾; другое дѣло—

¹⁾ Ср. Loening, W. Kl. 37, 46.

²⁾ Относительно римскаго права ср. Папиніана (fr. 17, 20 Dig. 16, 2. Responsum), повелѣніе императора Александра Севера (13 Cod. 4, 31), юриста Гермогеніана (fr. 46, § 5, Dig. 49, 14 Epitome) и изложеніе у романистовъ: Krug Comp. 194—198; Hartter Comp. 119—121; Sartorius W. Kl. 378—376; Dernburg Comp. 524—529; Desjardins Dem. resouv. 143—147, 209; Eisele Comp. 349, 350; Appleton Comp. 514—525. Изъ современныхъ гражданскихъ законодательствъ, насколько намъ извѣстно, одно только швейцарское (союзный законъ 1881 г. объ обязательствахъ), сочло почему-то нужнымъ внести постановленіе о недопустимости зачета въ области чисто административныхъ правоотношеній: *wider den Willen des Gläubigers können durch Verrechnung nicht getilgt werden... Verpflichtungen gegen den Staat oder die Gemeinde aus öffentlichem Rechte* (art. 132, 3 Bundesgesetz) Ср. къ этому также Jauggen Comp. 91—94. Однако, и цивильная (французская) доктрина входитъ нерѣдко въ рассужденія о судебномъ зачетѣ въ подобнаго рода дѣлахъ и о преемственности римскаго права въ этомъ отношеніи. Ср., напр., Pothier Oblig. I, 314, 315; Toullier Cours IV, № 379; Desjardins Comp. 323, 324, 486, 487; Lagombiere Oblig. III 677 № 10; Meunial Comp. 129, 130; Crome Oblig. 361 прим. 101, а также Daugas Code civ. къ ст. 1293 № 18—23 и Вер-

тѣ случаи, когда фискъ или казна является субъектомъ гражданскихъ сдѣлокъ. Вопросъ о зачетѣ въ подобнаго рода случаяхъ, какъ возникающей на почвѣ частнаго права, всецѣло подлежитъ нашему изученію, причемъ требуется напередъ выяснитъ въ виду тѣхъ особенностей, которыми, какъ извѣстно, отмѣчается въ большей или меньшей степени участіе казны или фиска въ судебно-гражданскомъ быту—не представляетъ ли и зачетъ съ участіемъ казны или фиска какихъ-либо особенностей?

Оставляя въ сторонѣ вопросъ о возможныхъ особенностяхъ ближайшихъ условій осуществленія и самого осуществленія судебного зачета подобнаго рода требованій, о чемъ рѣчь впереди въ соответствующихъ мѣстахъ дальнѣйшаго изложенія, пока что необходимо остановиться на выясненіи возможнаго сомнѣнія относительно свободной допустимости вообще зачета въ гражданскихъ дѣлахъ съ участіемъ казны.

Нѣтъ сомнѣнія, что *римское право* допускало зачетъ по гражданскимъ сдѣлкамъ казны или фиска, какъ это явствуетъ изъ слѣдующихъ свидѣтельствъ императора Александра Севера и юристовъ Павла, Ульпіана и Гермогеніана:

In ea, quae reipublicae te debere fateris, compensari ea, quae ab eadem tibi debentur, is, cuius de ea re notio est, iubebit¹⁾;

Iussit Imperator audiri approbantem sibi a fisco deberi, quod ipse convenitur²⁾;

Idem iuris est (рѣчь идетъ о зачетѣ) non solum in privatis, verum etiam in causa fisci constitutum³⁾;

alpha b XII на слово compensation стр. 553, 554 № 413—426, 436, 437. Германское (имперское) процессуальное законодательство, отграничивъ понятие гражданского дѣла отъ административнаго, указало тѣмъ путемъ для литературы. Ср., напр. Loening. W. Kl 87, 47. Тоже и по русскому праву (Ср. ст. I и прим. Уст. гражд. судопр.)

¹⁾ l. 3, Cod. 4,3 1 Imp. Alexandri.

²⁾ fr. 24, Dig. 16, 2 Pauli Decretorum.

³⁾ fr. 12, Dig. 16, 2 Ulp. ad Ed.

Ut debitoribus fisci, quod fiscus debet, compensetur, saepe constitutum est ¹⁾);

Допуская въ гражданскихъ сдѣлкахъ съ участіемъ казны зачетъ по общему правилу ²⁾ римское право признавало, однако, цѣлый рядъ изъятій.

Такъ, напр., о чемъ узнаемъ изъ повелѣнія императора Александра Севера, зачетъ не допускался въ сдѣлкѣ купли-продажи съ участіемъ фиска—въ случаѣ требованія фискомъ уплаты цѣны за проданное въ частныя руки казенное имущество: *Adversus fiscum enim solummodo emptores petitioni pretii compensationem obicere prohibentur* ³⁾.

Далѣе, напр., о чемъ узнаемъ изъ другого повелѣнія того-же императора, зачетъ не допускался въ сдѣлкѣ займа между частнымъ лицомъ и общиной: *in ea, quae te debere fateris, compensari iubebit, si neque... ex kalendario... civitatis debitoris* ⁴⁾.

Зачетъ не допускался также, о чемъ узнаемъ изъ того-же источника, если въ пользу общины сдѣланъ отказъ изъ наследства:... *neque fideicommissi civitatis debitor sis* ⁵⁾.

Какимъ образомъ объяснить эти изъятія ⁶⁾?

¹⁾ fr. 46, § 5, Dig. 49, 14 Hermogen. Epitom.

²⁾ Въ томъ-же смыслѣ: Krug Comp. 189, Sartorius W. Kl. 373; Desjardins Comp. 143, 144; Dernburg Comp. 524—529; Eisele Comp. 849; Appleton Comp. 515 и д.

³⁾ l. 7, Cod. 4, 31 Imp. Alexandri Ср. также Гермогеніана: fr. 46, § 5 Dig. 49, 14 Hermogen. Epitom. Въ томъ-же смыслѣ: Sartorius W. Kl. 375; Dernburg Comp. 245, 525; Appleton Comp. 516 пр. 1.

⁴⁾ l. 3, Cod. 4, 31 Imp. Alexandri. Ср. Krug Comp. 194, 195; Sartorius W. Kl. 375. Подробности относительно толкованія *calendarium* см. у Appleton'a Comp. 522, 523.

⁵⁾ l. 3, Cod. 4, 31. Ср. Sartorius W. Kl. 375 и Appleton Comp. 523

⁶⁾ Мы не указываемъ еще на другіе, обыкновенно упоминаемые, случаи изъятій, въ виду сомнительности ихъ частноправнаго характера, какъ то: *ex salva annonaria, ex frumenti vel olei publici pecunia, alimentorum, neque eius quae statutis sumtibus* (l. 3, Cod. 4, 31 и fr. 46 § 5 Dig.

Въ виду отсутствія явныхъ указаній въ источникахъ только и возможны болѣе или менѣе вѣроятныя предположенія. На нашъ взглядъ, недопущеніе зачета въ приведенныхъ только что случаяхъ вѣроятнѣе всего объясняется на процессуальной почвѣ, именно, тѣмъ, что случаи эти требовали по преимуществу болѣе энергичной процедуры, чѣмъ процедура въ дѣлахъ фиска, по общему правилу. Предположеніе наше имѣетъ тѣмъ большее вѣроятіе, что въ источникахъ существуютъ несомнѣнные, хотя и не достаточно еще освѣщенные, слѣды сокращенности производства по дѣламъ фиска. ¹⁾

Въ дальнѣйшемъ праворазвитіи отъ всѣхъ этихъ изъятій не осталось и слѣда ²⁾, такъ что ни *средневѣковое право*, ни *современное* за исключеніемъ португальскаго и остзейскаго, не признаютъ никакихъ ограниченій относительно допустимости зачета или встрѣчнаго иска въ дѣлахъ т. наз. казенныхъ управленій ³⁾.

49, 14). Ср. Krug Comp. 189—200; Sartorius W. Kl. 374, 375; Dernburg Comp. 524—529; Desjardins Comp. 145—148; Appleton Comp. 516—525.

¹⁾ Ср. напр. Bethmann Hollweg C. Pr. II, 760 и III 289, 240, 345, а также дальнѣйшее наше изложеніе относительно недопущенія зачета при требованіи алиментовъ. Литературѣ совершенно чуждо предположеніе подобное высказанному въ текстѣ. Такъ, напр., Krug (Comp. 198, 194), Dernburg (Comp. 524—529), Eisele (Comp. 349, 350) и Appleton (Comp. 517—525), названныя изъятія совершенно произвольно приводятъ въ связь съ организаціею государственнаго и общиннаго управленія.

²⁾ Не убѣдительно утвержденіе Krug'a (Comp. 196, 197): Die Praxis hat, häufig alle jene Privilegien auf die Kirche und die Stadtgemeinden ausgedehnt. Утвержденіе это повторяетъ, однако, безъ провѣрки Sartorius W. Kl. 376.

³⁾ Насчетъ французскаго права Ср. Pothier Oblig. I, стр. 815; Toullier Cours IV, № 379; Desjardins Comp. 487, 488; Larombiere Obl. III, стр. 677 № Ю; Meunier Comp. 129, 130; Rép. alph. XII на слово compensation стр. 554 № 427 и д. (Впрочемъ, за сохраненіе римскихъ традицій, повидимому, Zachariae—Crome Fr. Civil. II, 374)

Въ португальскомъ гражданскомъ уложеніи читаемъ, именно слѣдующее: зачетъ не допускается... если касается долговыхъ отношеній государства и общинъ, исключая особые, закономъ оговариваемые случаи: *la compensatin n'a pas lieu ..lorsqu'il s'agit de dettes de l'Etat ou des communes sauf dans les cas ou la loi le permet..* ¹⁾. О какого рода долгахъ идетъ здѣсь рѣчь и что это за случаи, въ которыхъ разрѣшается зачетъ? По нимѣнію подъ рукой соотвѣтствующаго матеріала, не можемъ отвѣтить на эти вопросы, а потому лишены и возможности выяснить только что приведенное (въ переводѣ къ тому же) постановленіе португальскаго законодательства.

Въ законахъ гражданскихъ остзейскаго края ограниченіе зачета относительно фиска выражено въ такой редакціи: Зачетъ... не можетъ быть предъявляемъ: 1) противъ требуемыхъ казною или городскою кассою общественныхъ податей и повинностей; 2) противъ требуемой казною покупной платы за проданныя вещи; 3) противъ такихъ требованій городскихъ общинъ, которыя основаны на займѣ или отказахъ или имѣютъ предметомъ исполненіе чего либо на заранѣ опредѣленныя общественныя надобности. ²⁾ Изъ приведенныхъ подъ статью ссылокъ оказывается, что основа ея—одни источники римскаго права, именно, вышеприведенныя свидѣтельства императора Александра Севера и юриста Гермогеніана ³⁾. По ближайшемъ же разсмотрѣніи содержанія статьи, не трудно ви-

Относительно германскаго права Ср. § 395 Bürgerl. Ges. Buch. и Buchka Gem. K., 80. (За сохраненіе римскихъ традицій въ виду матеріально-правнаго ихъ характера Seuffert Kommentar къ ст. 186 стр. 198). Относительно австрійскаго права Ср. *Nasendhrl Oblig.* II, 558 пр. 99. Относительно швейцарскаго права Ср. *Jauggen Comp.* 91—94. И въ русскомъ правѣ, вообще, допускается зачетъ яв дѣлахъ казенныхъ управленій (Ср. напр. ст. 48 Полож. о каз. подр. и поставк.), тѣмъ болѣе, что, какъ извѣстно, подобнаго рода дѣла могутъ подлежать только обыкновенному порядку окружныхъ судовъ.

¹⁾ art. 767 Code civil portugais въ перев. Dubois et Laneyrie.

²⁾ 3556 Св. мѣстн. узак. ч. III.

³⁾ f. 46 § 5 Dig. 49, 14 и l. 3 и 7 Cod. 4, 31. Ср. выше стр. 137.

дѣтъ, прежде всего, что оно смѣшаннаго характера, такъ какъ наряду съ постановленіемъ, касающимся гражданскихъ дѣлъ фиска, имѣется постановленіе чисто публичнаго характера (пунктъ 1 и, частью, пунктъ 3). Засимъ, самыя ограниченія въ гражданскихъ дѣлахъ казны воспроизводятся изъ римскаго права цѣликомъ, ¹⁾ но въ качествѣ матеріально-правныхъ — очевидно, подъ вліяніемъ позднѣйшей доктрины. Въ результатѣ, приведенная статья нынѣ дѣйствующаго матеріальнаго законодательства остзейскаго края является полнѣйшимъ анахронизмомъ, тѣмъ болѣе, что согласно новому процессуальному законодательству разсмотрѣніе дѣлъ казенныхъ управленій не представляетъ уклоненій отъ общихъ правилъ Уст. гражд. судопр. ²⁾, иначе говоря, не допускаетъ скорого производства. ³⁾

Въ концѣ концовъ, предъявленіе на судѣ встрѣчнаго требованія, возникающаго изъ совершаемыхъ при участіи казны или фиска гражданскихъ сдѣлокъ, ограничивалось въ римскомъ правѣ, какъ надо думать, по процессуальнымъ соображеніямъ; послѣдующее праворазвитіе, а также нынѣ дѣйствующія право-

¹⁾ Стр. 137 выше.

²⁾ 1799, 1800 Уст. гражд. судопр.

³⁾ Литература ограничивается замѣчаніемъ, что Die Codification hat die gemeinrechtlichen Ausnahmen von der Compensation recipirt (Erdmann Pr. K. IV, 222 Ср. также Bunge C. P. R. II, 195). Полагаемъ, что и приведеннаго образчика постановленій остзейскаго законодательства достаточно, чтобы убѣдиться, какъ далеки отъ правды мѣстные ученые, ограничивающіеся, вмѣсто тщательной разработки своего роднаго права, постоянно огульнымъ его восхваленіемъ. Какъ подходит напр. къ изложенному въ текстѣ слѣдующая рекомендація остзейскаго гражданского права у виднѣйшаго представителя остзейской юридической учености: Zur Charakteristik des Privatrechts der Ostseeprovinzen diene vor Allem der Satz, dass es echtes Privatrecht ist, nicht blos für, sondern auch durch Privatpersonen, und fast ausschliesslich auf dem Wege des Gewohnheits rechts entstanden. Seinem Inhalt nach gehört es zu der grossen Rechtsfamilie Westuropas, in welcher eine Verschmelzung germanischen Stammes und Partikularrechts mit römischem Recht stattfand. (Engelmann Russland въ Leske und Loewenfeld Rechtsverfolgung 12 прим.)

вья системы, за исключеніемъ португальскаго и остзейскаго законодательства, не представляютъ какихъ-либо уклоненій въ этомъ отношеніи отъ общихъ правилъ гражданскаго оборота ¹⁾.

§ 2. Встрѣчное требованіе, подобно требованію первоначально предъявленному въ судъ, должно подлежать осуществленію при помощи суда гражданскаго, а не при помощи суда уголовнаго.

Встрѣчное требованіе, объемлемое предѣлами уголовнаго права, составляя предметъ изученія криминалистовъ ²⁾, не можетъ быть оставлено безъ вниманія цивилистами въ томъ исключительномъ случаѣ, когда въ уголовномъ судѣ предъявлено требованіе о вознагражденіи за вредъ и убытки, причиненные преступнымъ дѣяніемъ или, иначе, когда вслѣдствіе тѣсной связи гражданскаго требованія съ преступленіемъ является въ уголовномъ судѣ т. н. соединенное производство.

1) Любопытно, что даже тотъ ученый, который вообще самымъ ретивымъ образомъ отстаиваетъ обособленіе встрѣчнаго иска отъ зачета, именно, Sartorius (Ср. выше стр. 52 и 53 прим.), обращаясь въ своемъ изслѣдованіи о встрѣчномъ искѣ къ вопросу о допустимости встрѣчнаго иска въ дѣлахъ фиска выражается слѣдующимъ образомъ: ...Bei Klagen des Fiskus ist die Kompensation, folglich auch die Widerklage, nach römischen Recht im Allgemeinen erlaubt etc. (W. Kl. 372, 373). Подчеркнутыя выраженія—лучшій аргументъ въ пользу рассмотрѣнія участія фиска въ гражданскихъ дѣлахъ безразлично по отношенію къ зачету и ко встрѣчному иску.

2) Вопросы этого, однако, считали нужнымъ касаться, хотя весьма поверхностно, слѣдующіе изслѣдователи встрѣчнаго иска и зачета—цивилисты: K r u g Comp. 146—148; Sartorius (W. Kl. 348—364), Ullrich (Orig 30), Plank (Mebrh. 96—98, 373, 374), Desjardins (Comp. 185, 203, 204, 209, 210, 228, 280, 324, 325, 349, 489, 522), Kleinfeller (Ger. 7, 8), Pollak (W. Kl. 49—51, 67, 78, 79, 102). Исторія зачета въ уголовной сферѣ, кажется, также можетъ служить скорѣе подтвержденіемъ, чѣмъ опроверженіемъ, проводимаго нами широкаго возрвнія на зачетъ въ судебно-гражданской сферѣ. Ср., напр., Belling Gesch. Entw. der Retorsion und Komp. von Beleidigungen und Körperverletzungen, Breslau, 1894, стр. 13—27, 52—66, 111—119, 146—153, 167—216 и Jonas Die Widerklage im Strafprozess. Göttingen, 1893 стр. 1—9, 11—12. См. ст. 8 Уст. гражд. суд. допр. а также Сен. рѣш. 1867 г. № 463, К. II. Побѣдоносцева Суд. руков № 551 и Гоняева Гражд. проц. 305.

Насколько намъ извѣстно, современныя законодательства не даютъ матеріала для рѣшенія вопроса о допущеніи встрѣчнаго гражданскаго иска въ уголовномъ судѣ въ подобнаго рода случаяхъ.

Чтобы рѣшить этотъ вопросъ едва ли не правильнѣе всего, на нашъ взглядъ, стать на точку зрѣнія чисто формальную— не упускать изъ вида, прежде всего, опасности слишкомъ большаго осложненія производства отъ одновременнаго разсмотрѣнія: уголовного дѣла, гражданскаго иска первоначальнаго и гражданскаго иска встрѣчнаго. Но, можетъ случиться, что и подобнаго рода тройное разсмотрѣніе не представитъ для суда особыхъ затрудненій. Вотъ почему недопущеніе встрѣчнаго гражданскаго иска въ уголовномъ судѣ слѣдовало бы скорѣе всего, какъ мы думаемъ, сдѣлать не абсолютнымъ, а относительнымъ, поставивъ этотъ вопросъ въ зависимость въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ отъ усмотрѣнія суда, рассматривающаго уголовное дѣло ¹⁾.

§ 3. Въ качествѣ требованія, подлежащаго осуществленію при помощи гражданскаго суда, встрѣчное исковое требованіе, подобно первоначально предъявленному въ судѣ исковому требованію, объемлетъ, казалось бы, предѣлами всего гражданскаго права. Однако, если не упускать изъ вида, что согласно вышеизложеннаго, встрѣчный искъ, вообще, есть не что иное, какъ средство осуществленія на судѣ зачета,—случай допущенія встрѣчныхъ исковъ прійдется, подобно случаямъ зачета, ограничить областью обязательственныхъ правоотношеній, исключивъ область вещныхъ правоотношеній, невозможную по всеобщему убѣжденію, для зачета. Выводъ, совершенно несоотвѣтствующій дѣйствительности, такъ какъ общеизвѣстно, что предъявленіе встрѣчныхъ исковъ на почвѣ вещныхъ правоотношеній отнюдь не стѣсняется. Чтобы спасти про-

¹⁾ Литература, вообще, рѣшительно не сочувствуетъ допущенію встрѣчнаго гражданскаго иска въ уголовномъ судѣ. Впрочемъ въпросъ этотъ едва затронуть. Ср. напр. Sartorius W. Kl. 350, 351; Pollak W. Kl. 134; проф. И. Я. Фойницкій Курсъ II, 87; Берлинъ Гражд. искъ 188 и прим. 56; проф. П. П. Цитовичъ Кому и какъ etc. 19, 20.

водимое нами возрѣніе на встрѣчный искъ и зачетъ, остается одно: попытаться провѣрить по источникамъ, дѣйствительно ли ужъ такъ незыблемо ходячее представленіе относительно сферы примѣненія зачета и не имѣется ли въ источникахъ какихъ либо указаній противоположнаго характера, могущихъ послужить къ подкрѣпленію болѣе широкаго взгляда на зачетъ и въ смыслѣ его предмета?

Въ римскомъ правѣ зачетъ посредствомъ встрѣчнаго иска долгое время исчерпывался сферой обязательственныхъ правоотношеній. Вотъ напр., что читаемъ даже еще у Сенеки: *Tanquam pecuniam aliquis mihi credidit, sed domum meam incendit; pensatum est creditum damno, nec redidit illi, nec tamen debeo... Non tantum inter creditorem et debitorem iudex sedet qui dicat: pecuniam credidisti. Quid ergo; pecus abegisti, servum eius occidisti, agellum, quem non emeris, possides! Aestimatione facta debitor discede, qui creditor veneras* ¹⁾. Не трудно видѣть, что тогда какъ первоначальное требованіе вытекаетъ изъ договора займа, встрѣчное — обуславливается деликтомъ, которому производится оцѣнка (*aestimatione facta*).

Указанія же отъ позднѣйшихъ временъ обнаруживаютъ въ самомъ дѣлѣ расширеніе предѣловъ допустимости зачета. Во первыхъ, въ этомъ смыслѣ представляется знаменательнымъ тотъ фактъ, что Институція Гая трактуютъ о зачетѣ не въ книгѣ третьей, гдѣ идетъ рѣчь о способахъ прекращенія обязательствъ, а въ книгѣ четвертой, т. е. при изложеніи процесса ²⁾. По всей вѣроятности, во времена Гая зачетъ примѣняли именно не только въ обязательственныхъ правоотношеніяхъ и потому Гаю не было основанія упоминать о зачетѣ, какъ о способѣ прекращенія обязательствъ ³⁾.

¹⁾ Seneca. De benef. VI, § 5. (Appleton, Comp. 242, pp. 1, 3).

²⁾ Inst. IV, 66 и д.

³⁾ По мнѣнію Eisele (Comp. 390) изложеніе Гая hat nichts Befremdendes, wenn wir die Compensation als ein dem ius civile ursprünglich fremdes Institut ansehen, wie das auch ohne Zweifel richtig ist; denn Gaius führt als Aufhebungsgründe III, 168—181 nur civile Aufhebungsgeschäfte an: solutio

Во вторыхъ, расширеніе предѣловъ примѣнимости зачета можетъ быть подтверждено извѣстнымъ опредѣленіемъ зачета, составленнымъ Модестиномъ: *compensatio*, говорятъ Модестинъ *est debiti et crediti inter se contributio* ¹⁾. Опредѣленіе это не могло бы почитаться неизблемымъ хотя бы уже потому, что является не болѣе какъ отраженіемъ праворазвитія опредѣленной эпохи. Но, помимо того, опредѣленіе это допускаетъ болѣе широкое, чѣмъ общепринятое, истолкованіе. Дѣло въ томъ, что выраженіе *debitum* вовсе нѣтъ надобности разумѣть исключительно въ обыденномъ смыслѣ долга, долговаго требованія, такъ какъ въ источникахъ выраженіе это употребляется несомнѣнно и въ смыслѣ требованія, вообще, независимо отъ свойства правоотношенія: напр. вотъ извѣстное опредѣленіе иска у Цельза: *nihil aliud est actio, quam ius, quod sibi debeatur, iudicio persequendi* ²⁾; или вотъ, что напр. говоритъ Ульпіанъ по поводу выраженія *debitum*: *hoc verbum «debit» omnem omnino actionem comprehendere intelligitur, sive civilis, sive honoraria, sive fideicommissi fuit persecutio* ³⁾. Приведенные примѣры имѣютъ, въ чемъ можно согласиться, общій смыслъ ⁴⁾. Въ концѣ концовъ, едва ли будетъ рискованнымъ и опредѣленіе Модестина распространить за предѣлы обязательственныхъ правоотношеній, иваче говоря, отнести это опредѣленіе и къ правоотношеніямъ вещнымъ ⁵⁾.

acceptilatio, nexi liberatio, novatio, litis contestatio! Объясненіе Eisele, безъ сомнѣнія, натяжка, приглашающая забыть о томъ мѣстѣ, гдѣ находится изложеніе о зачетѣ у Галя.

¹⁾ Fr. 1 Dig. 16, 2. *Pandectarum*.

²⁾ Fr. 51 Dig. 44, 7. *Digestorum*. Въ редакціи Институцій: *actio... nihil aliud est, quam ius persequendi iudicio quod sibi debetur.* (*Inst. Jus t. IV, 6 pr.*). Обыкновенно, впрочемъ, опредѣленіе это разумѣется, но бездоказательно, въ ограниченномъ смыслѣ. Ср. напр. *Unger System II, 355 прим. 17a.*

³⁾ Fr. 178 § 3 Dig. 50, 16. *Ulp. ad Sab.*

⁴⁾ Подобно тому какъ у Юстиніана выраженіе *obligare* употребляется по поводу основы встречнаго иска вообще. Ср. *Nov. 96.*

⁵⁾ Мнѣніе, впервые высказанное, насколько намъ извѣстно, *Ubbelohde*. Ссылаясь на вышеприведенные тексты, онъ толкуетъ ихъ слѣдующемъ образомъ: *Jede rechtliche Verpflichtung infolge eines Rechtsanspruches. nicht bloß eine*

Наконецъ, расширеніе предѣловъ допустимости зачета явно подтверждается законодательствомъ Юстиніана. Въ повелѣніи 530 г. о встр. искѣ говорится: *ut liceat iudici aliquid eum (т. е. actorem) daturum vel facturum pronuntiare* ¹⁾, т.-е. судья предоставляется постановить, чтобы (первоначальный) истецъ что нибудь совершилъ вообще; затѣмъ, въ повелѣніи 531 г. о зачетѣ: *compensationes ex omnibus actionibus..... fieri sancimus, nulla differentia in rem vel personalibus actionibus inter se observanda* ²⁾ т.-е.: зачетъ долженъ быть допускаемъ по всякаго рода искамъ ³⁾, не дѣлая различія между исками вещными и исками личными ⁴⁾.

obligatorische Verpflichtung... (Ubbelohde, *Ipso iure*, 285). Hat die Stelle.. eine über ihren ursprünglichen auf persönliche Ansprüche beschränkten, Inhalt hinausgehende Bedeutung erhalten (ib 114 пр. 25.). Впрочемъ, какъ оказывается, рѣчь идетъ не о зачетѣ въ настоящемъ смыслѣ этого слова, а лишь объ zeitweilige Ausschließung der Geltendmachung des einen der beiden Ansprüche (ib. 286). Ограниченіе, ничѣмъ не оправдываемое. Сомнѣніе относительно текста Модестина высказалъ за послѣднее время *Regnise Labeo II* р. 309 съ 265).

¹⁾ l. 14 Cod. 7, 45.

²⁾ l. 14 пр. Cod. 4, 31.

³⁾ *Eisele* (Comp. 204) и за нимъ *Appleton* (Comp. 413) настаиваютъ на замѣнѣ *ex omnibus actionibus—in omnibus actionibus*. Поправка эта объясняется ошибочностью ихъ возвращенія на смыслъ реформъ Юстиніана (см. ниже прим. на стр.). Любопытно, что *Appleton*, назвавъ обмотивировку предлагаемой *Eisele* редакціи *bien forcée, bien tirée par les cheveux* (ib. 413 пр. 3), самъ прибѣгаетъ къ меньшей натяжкѣ, увѣряя, что выраженіе *ex omnibus actionibus* должно быть толкуемо въ смыслѣ *la compensation reste judiciaire* (ib. 414). Въ самое послѣднее время одинаковое съ *Appleton*'омъ толкованіе дается *Leonhard*'омъ (*Aufr.* 140). Въ текстѣ послѣ *actionibus* слѣдуетъ *ipso iure*,—выраженіе, которое намѣренно игнорируемъ, такъ какъ любое изъ существующихъ истолкованій этого давнишняго большого мѣста литературы представляется для настоящей нашей цѣли безразличнымъ. Ср. выше стр. 50 прим. 2.

⁴⁾ Въ состоявшемся за два года передъ тѣмъ (529 г.) повелѣніи о недопущеніи зачета при поклажѣ, наряду съ вещными исками, упоминается еще объ искахъ ипотечныхъ. *Quasdam... actiones personales vel in rem vel hypothecariam praeten dens...: (l. 11 Cod. 4, 34)*. Съ другой стороны, въ Институціяхъ Юстиніана, перефразирующихъ приводимое выше повелѣніе 531 г., объ искахъ, на которые распространень былъ зачетъ, говорится въ слѣдующихъ выраженіяхъ: *...nostra constitutio eas compensationes, quae iure*

Высказавшись сначала насчетъ неограниченности примѣненія встрѣчныхъ исковъ, Юстиніанъ вслѣдъ за тѣмъ почелъ необходимымъ выяснитъ осуществленіе судебного зачета, вообще, именно, постановилъ, что судебный зачетъ будетъ-ли онъ осуществляемъ посредствомъ возраженія или же посредствомъ встрѣчнаго иска, также разрѣшается повсякаго рода правоотношеніямъ. Однимъ словомъ, Юстиніанъ въ послѣднемъ своемъ повелѣніи въ выраженіяхъ, не допускающихъ сомнѣнія, расширяетъ предѣлы допустимости зачета до полнаго уравненія съ предѣлами допустимости встрѣчнаго иска ¹⁾.

aperto nituntur, latius introduxit, ut actiones... minuant, sive in rem, sive in personam, sive alias quascunque. Just. Inst. IV, 6, § 30. Такимъ образомъ, согласно Институцій, зачетъ подлежитъ примѣненію въ искахъ не только личныхъ и вещныхъ, но и во всякихъ другихъ. Что значить послѣднее выраженіе? Еще глоссаторы не мало потрудились надъ его разъясненіемъ (Eisele, Comp. 179 пр. 1). Современная литература въ лицѣ Eisele и Appleton'a отвергаетъ эту добавку, какъ не имѣющую никакого смысла, ибо въ виду свойства правоотношеній нѣтъ иныхъ исковъ, какъ вещные и личныя, тѣмъ болѣе, что и Теофиль въ своихъ Перифразахъ Институцій перевелъ это мѣсто такъ: *Et in rem est in re personalia*, т.-е. также ограничился вещными и личными исками. (Eisele, Comp. 179 пр. 1 и Appleton, Comp. 49 и 415). Окончательный отвѣтъ приходится отложить, такъ какъ добавка Юстиніана, на нашъ взглядъ, можетъ быть оцѣнена надлежащимъ образомъ при изложеніи о порядкахъ производства.

¹⁾ Еще Буаціи выразился по поводу реформы Юстиніана слѣдующимъ образомъ:.... *illud tantum dissentit et novum est, quod vult Justinianus etiam in actione in rem compensationi locum esse...* (Comment. in libr. XXVIII quaest. Papin. Opera IV 1683). Современная литература прежде всего вовсе не обязываетъ обоихъ постановленій, толкуя притомъ второе въ смыслѣ зачета посредствомъ возраженія, за исключеніемъ Appleton (Comp. 420), объясняющаго этотъ текстъ, какъ показано выше, (ср.) въ смыслѣ встрѣчнаго иска; что же касается до поясненія реформы Юстиніана, 531 г., въ смыслѣ расширенія предмета, насколько намъ извѣстно, таковое было дано, именно, Hartter (Comp. 26, 80—84 и Zeitsch. XIX, 160—162, къ которому прикнули въ послѣдствіи Meunial, (Comp. 62). и Girard (Elem 689.) Вообще же хотя нѣкоторыми и указывается, что въ постановленіи 531 г. рѣчь идетъ впервые о вещныхъ искахъ при зачетѣ, но притомъ или вовсе не дѣлается никакихъ ближайшихъ поясненій (Hassae, Arch. f. civ. Pr. VII, 187; Heffter. i. b. 214 187; Krug, Comp. 57; Zimmern CPr. 311, Sintenis, Zeitsch. f. Civilr. и Pr.

Въ виду вышеизложеннаго станетъ понятнымъ и то обстоятельство, почему въ Институціяхъ Юстиніана о зачетѣ излагается въ книгѣ IV, въ главѣ VI объ искахъ (*de actionibus*): очевидно, что о зачетѣ, какъ о принудительномъ осуществленіи требованій, вообще, умѣстнѣе всего было трактовать, именно, въ главѣ объ искахъ ¹⁾.

Въ концѣ концовъ нельзя не сдѣлать того вывода, что ограничивать сферу примѣненія зачета предѣлами обязательственныхъ отношеній по римскому праву не представляется возможнымъ: начавъ съ обязательственныхъ правоотношеній, зачетъ, съ теченіемъ времени, перешелъ и на вещныя отношенія, что и было окончательно закрѣплено законодательствомъ Юстиніана ²⁾.

XVIII, 31, 33; Schwanert. Comp. 51, 55; Windscheid, Pand II, 337 и пр. 1; Baron Inst, 270; Goldschmidt Verhandl. XXI, 131; Schulin, Lehrb. 435; Stampe, Comp. 97; Leonhard, Aufrechn, 136—143; Liebknecht Comp. 24; Geib Theorie 282 пр. 1; Vaugerov Pand. III, 353), или же поясняется, что Юстиніанъ имѣлъ въ виду не настоящий зачетъ, т. е. либо не полное погашеніе (Ubbelohde, Ipro jure 286 ср. ib. 173), либо случаи retentionis (Brinz Comp. 54, 55, 126. 144). Другіе же наконецъ полагаютъ, что подъ вещными исками слѣдуетъ разумѣть иски вещные, обрацаемые въ денежныя: Scheurl, Comp. 179; Dernburg Comp. 353, 354; Pilette, Rev. hist, VII, 153; Desjardins Comp. 155—157, 162; Maunz, Cours II, 557 пр. 11; Van Wetter Oblig. III, 481 пр. 10, 11; Eisele Comp 201—203, 325; Sohm, Inst. 330 и Appleton, Comp. 263, 407, 409, 413, 416—419, 456). Возвръніе это, отправляющееся также отъ предвзятаго понятія зачета, думаетъ найти себѣ оправданіе въ процессуальныхъ условіяхъ предшествующихъ временъ. Но переживаніе это не доказано; къ тому же само постановленіе не содержитъ и намека на возможность подобнаго истолкованія

¹⁾ Eisele, (Comp. 390) ограничивается однимъ констатированіемъ факта отсутствія въ Институціяхъ Юстиніана зачета среди способовъ преращенія обязательствъ.

²⁾ Нашъ выводъ идетъ совсѣмъ въ разрѣзъ съ высказанными въ литературѣ воззрѣніями. Даже тѣ, кто какъ Hartter, Meunial и Girard признаютъ за реформой Юстиніана значеніе въ смыслѣ изложеннаго выше въ текстѣ, отрицаютъ возможность примѣненія зачета въ періодъ до Юстиніановскій въ иныхъ, сверхъ обязательственныхъ, правоотношеній, (Hartert comp. 25; Meunial, Comp. 45). Остальные же или признаютъ въ до Юстиніановскій періодъ только вещные иски, обрацаемые въ денежныя

Въ наиболѣе раннихъ изъ источниковъ *средневѣковаго* права усвоена точка зрѣнія законодательства Юстиніана. Вотъ что напр., читаемъ у извѣстнаго главы глоссаторовъ Ирнерія: *Ex omni actione compensationem fieri sic accipe, ut non sit actionum distinctio quin utique possit in actione quamvis compensari* ¹⁾; или у Бассіана: *Ex ordine namque omni actione obicitur* ²⁾ или, напр. у неизвѣстнаго (англо-нормандскаго) автора конца XII вѣка: *....omni actioni compensatio obicitur* ³⁾.

Зачетъ представляется неограниченнымъ по предмету, по крайней мѣрѣ, первоначально, и въ церковномъ законодатель-

(Zimmermann Civilpr. 311; Schwaneert, Comp. 55; Dernburg, Comp. 339 и д., Ubbelohde ipso jure 278; Appleton, Comp. 419). или высказываются прямо противъ допущенія вещныхъ исковъ (Hassé, Archf. civ, Pr. VII 181 пр. 40; Brinz, Comp. 54; Desjardins Comp. 85—90; Eiseler, Comp. 202; Tessier Comp. XL), или вовсе не высказываются по этому поводу. Предвзятость установившагося воззрѣнія до такой степени неизбежна, что даже тѣ ученые, которые не рѣшаются отвергать очевидный смыслъ реформы Юстиніана въ пользу вещныхъ исковъ (см. выше стр. 146 прим. 1), всетаки не въ состояніи разстаться съ излюбленнымъ опредѣленіемъ зачета. Въ результатѣ—явное противорѣчіе: съ одной стороны, Юстиніанъ распространилъ зачетъ на вещные иски; съ другой стороны, попрежнему зачетъ, безъ дальнѣйшихъ оговорокъ, остается зачетомъ обязательственныхъ требованій. Мало того, и въ учебныхъ книгахъ встрѣчается подобное, вовсе не согласованное, изложеніе. Напр. въ извѣстномъ *Lehrbuch der Pandekten Windscheid'a* о зачетѣ излагается во II томѣ, посвященномъ *Recht der Forderungen*, въ главѣ первой, въ раздѣлѣ VII трактующемъ объ *Aufhebung des Forderungs recht*. И вотъ въ концѣ изложенія о зачетѣ, имѣется особый отдѣлъ, озаглавленный *Zusätzliches (§ 351)*. Въ этомъ дополненіи подъ № 1 напечатано слѣдующее: *die im vorstehenden entwickelten Grundsätze gelten ganz ebenso, wie für Forderungen, auch für dingliche Ansprüche*, а въ примѣч. къ этому: *ausdrücklich anerkannt von Justinian in l. 14, Cod. 4, 31*. Спрашивается: что вынесетъ отсюда учащійся? Почему зачетъ въ вещныхъ искахъ *Zusätzliches*? И зачетъ остается способомъ прекращенія обязательствъ?

¹⁾ *Jgneri Quaest. de jur. subtil.* (Въ изд. Fitting'a стр. 82).

²⁾ *Bassiani Libel. § 561 (Gaudenzi Bibl. iuridica mer. aevi II, стр. 243).*

³⁾ *Ordo iudiciarius, XIV, въ изд. Schulte, стр. 26.*

ствѣ. Это явствуетъ изъ одного изъ декреталій папы Григорія IX, въ которомъ рѣчь идетъ о недопущеніи зачета при поклажѣ:.. licet compensatio admittatur in aliis ¹⁾, т. е. но зачетъ допускается въ другихъ (случаяхъ). Мы дополняемъ aliis словомъ causis потому, что иначе придется предположить, такъ какъ выше рѣчь шла о договорѣ (поклажи), что папское законодательство ограничивало зачетъ предѣлами обязательствъ по договорамъ. Выводъ, не находящій себѣ подтвержденія въ другихъ одновременныхъ источникахъ ²⁾. Вообще, папское законодательство, по всѣмъ даннымъ, вначалѣ не признавало никакихъ подобнаго рода ограниченій въ области примѣненія зачета ³⁾.

¹⁾ Cap. 2 X, de deposito 3, 16, (Dernburg, Comp. 266).

²⁾ Goldschmidt (Universalgesch. d. Handelsr. 313 стр. 59), хотя упоминаетъ о нашемъ текстѣ подъ рубрикой Yertragsrecht, но ничего не говоритъ въ той же книгѣ объ остальныхъ, упоминаемыхъ въ текстѣ случаяхъ Obligationenrecht, такъ что трудно рѣшить придается ли Goldschmidt'омъ такой исключительный смыслъ вышеприведенному отрывку.

³⁾ Въ 1245 г. папа Иннокентій IV издалъ декр. о сосредоточеніи въ одномъ судѣ различныхъ исковъ, вчиняемыхъ истцомъ противъ одного и того же отвѣтчика, или обратно. Вотъ самый текстъ: ...Si quis contra alium plures personales movere voluerit quaestiones, non ad diversos iudices, sed ad eosdem super omnibus hujus modi quaestionibus litteras studeat impetrare. Reus quoque si eodem durante judicio actorem sibi obnoxium dixerit, reconventionis beneficio vel conventiois.. de jure suo debet apud eosdem experiri.. (Sartorius W. kl: 92). Въ первой половинѣ текста, гдѣ говорится о предъявленіи многихъ исковъ къ одному и тому же отвѣтчику, рѣчь идетъ объ искахъ личныхъ; во второй половинѣ—нѣтъ и намекъ на это ограниченіе, и по очень простой причинѣ: потому, что обѣ части соединены только чисто внѣшнимъ образомъ—потребностью свести въ одномъ судѣ производства по двумъ или болѣе дѣламъ между тѣми же тяжущимися. Но чтобы всѣ эти дѣла были однородны во всѣхъ случаяхъ—этого вовсе не опредѣляется и даже упоминаніе объ ограниченіи личными исками оставляетъ впечатлѣніе какъ будто это обмолвка. Дѣйствительно, какъ согласить это постановленіе съ предш. декр. Григорія IX, поощряющаго зачетъ по всякаго рода искамъ? Если бы предполагалось ввести что нибудь въ отиѣну декр. Григорія IX и тѣмъ болѣе въ качествѣ общей мѣры, то это было бы сдѣлано, конечно, болѣе опредѣленно и обстоятельно. Впрочемъ, и вообще совершенно невѣроятно, что бы предъявленіе встрѣчнаго иска могло быть сведено къ случаямъ личныхъ исковъ, такъ какъ объ этомъ нѣтъ намека въ другихъ раннихъ источникахъ средневѣковаго церковнаго права; наоборотъ, имѣются явные

Въ древнѣйшихъ памятникахъ *французскаго* права обращаетъ на себя вниманіе любопытный фактъ, что, тогда какъ явно говорится о встрѣчномъ искѣ, о зачетѣ вовсе не упоминается к. напр. въ стат. г. Тулузы, ¹⁾ въ произведеніяхъ Pierre de Fontaines и Philippe de Beaumanoir. По всей вѣроятности, потому, что встрѣчный искъ являлся въ тѣ времена (XIII вѣкъ) и способомъ зачета. Едва-ли могло быть различіе и въ предметѣ зачета. Во всякомъ случаѣ, не имѣется никакихъ оговорокъ относительно предъявленія встрѣчныхъ исковъ. Сейчасъ высказанное предположеніе станетъ тѣмъ болѣе правдоподобнымъ, если не упускать изъ виду то, несомнѣнно, живое вліяніе, которое оказывало на южную Францію разматриваемаго времени римское право въ позднѣйшемъ своемъ развитіи, допускавшее, какъ показано выше, зачетъ на весьма широкихъ основаніяхъ ²⁾.

Отъ позднѣйшихъ временъ имѣются уже вполне явственные слѣды. Т. напр. вотъ что читаемъ у Куяція:... quia etiam hodie

указанія приблизительно того же времени, что встрѣчный искъ допускался во всякихъ дѣлахъ. Ср. напр.: De omnibus rebus et causis fieri potest reconventio (Tancredi ord. in die Pars 2, tit. 19 (изд. Bergmann, 187); ...si reus vult convenire actorem super aliqua re debet hoc facere ante litem contestatam (Laon. Andrea Summula de proc. judic (изд. Wunderlich, 27). Въ виду изложеннаго толковать Декр. 1245 въ смыслѣ личныхъ исковъ, какъ единственно допустимыхъ при встр. искѣ, не представляется ни малѣйшаго основанія. Между тѣмъ въ литературѣ, писавшіе о встр. искѣ, высказывались, именно, въ такомъ смыслѣ, и, притомъ, даже не давая себѣ отчета относительно соответствія этого ограниченія съ предѣлами допустимости встр. иска вообще: (Ср. напр. Heffter, Arch. X, 215; Sartorius W., Kl. 92; Plank Mehrh. 352, 359, 360 Fuchs. Arch. 53, 159; Kleinfeller Ger. 21 пр. 47; Pollak W., Kl. 157).

1) Ср. Tardif. Le droit privé au XIII Siecle. Paris 1886. О зачетѣ нѣтъ ни слова.

2) Исслѣдователи о зачетѣ обращаютъ вниманіе только на умолчанія Fontaine'я и Beaumanoir'a, и отсюда дѣлаютъ выводъ о несомнѣнности то допущенія, то недопущенія зачета (?): Les deux auteurs ne parlent pas de la compensation; mais il n'est pas douteux qu'elle n'ait été enveloppée dans la même proscription que la reconvention. (Desjardins, Comp. 254, 255); les deux auteurs ne parlent pas de la compensation; mais il n'est pas douteux qu'elle était prohibée comme la reconvention. (Meunial стр. 79).

in actionibus in rem compensationi locus est, vel ut dicam explicatius, quia etiam hodie causa actionis in rem venit in compensationem, communem compensationis definitionem, quae pertinet ad actiones omnes: compensatio est actionis suae jurisve sui pro alieno refutatio. ¹⁾

Однако, съ теченіемъ времени накаплиются свидѣтельства совсѣмъ иного характера, удостовѣряющія, что встрѣчный искъ и зачетъ допускается только по требованіямъ, вытекающимъ изъ обязательственныхъ, вообще, или даже изъ договорныхъ правоотношеній.

Вотъ напр. свидѣтельство XVI вѣка D'Espeisses (Contrats), относящаго зачетъ къ числу divers moyens par lesquels les obligations des contrats prennent fin ²⁾.

Далѣе, напр., свидѣтельство XVIII вѣка Fleury (институціи), относящаго зачетъ также къ способамъ прекращенія договоровъ: ..Si le même se trouve débiteur et créancier de pareilles sommes, mais pour diverses causes, ce qui arrive tres souvent, il se fait compensation... ³⁾.

Или вотъ, напр., указаніе о немыслимости встр. иска по вещнымъ требованіямъ: Valin'a (комментаріи на обычное право La Rochelle): S'il s'agit d'un droit réel ou de quelque action qui ne s'intente qu'a l'occasion d'un immeuble, on ne peut en faire la matière de la reconvention, ni se défendre d'une telle demande, soit en intentant contre le demandeur une action de même nature, soit en lui demandant une somme dont il est redevable ⁴⁾.

Итакъ, мало по малу, сфера допустимости судебного зачета суживается, причемъ, узость эта, какъ видимъ, остаѣтся одинаковой для обоихъ способовъ осуществленія зачета, т. е. какъ

¹⁾ Cuiacii Comment. in tit. VII de oblig et action. lib. XLIV Dig. (Opera, VI, 1825).

²⁾ D'Espeisses, Oeuvres I, стр. 769, 780.

³⁾ Fleury, Inst. au dr. français II, стр. 23. Ср. также Dupin и Laboulaye Glossaire на слово compensation.

⁴⁾ Desjardins, Comp. 818.

для зачета посредствомъ возраженія, такъ и для зачета посредствомъ встрѣчнаго иска. Невольно обращаетъ на себя вниманіе, однако, тотъ фактъ, что всѣ относящіяся сюда свидѣтельства—свидѣтельства исключительно доктрины. Тѣмъ вѣроятнѣе допустить, что свидѣтельства эти возникли на почвѣ превратнаго толкованія источниковъ, на почвѣ измѣнившагося съ теченіемъ времени истиннаго представленія, главнымъ образомъ, о законодательствѣ Юстиніана? ¹⁾

Обозрѣвая вышеизложенное, приходимъ къ такому выводу: первоначально, въ особенности, въ областяхъ т. н. писаннаго права, зачетъ вещныхъ правоотношеній едва-ли былъ ограниченъ, но затѣмъ, съ теченіемъ времени, зачетъ вещныхъ правоотношеній явно ограничивается и, притомъ, по всѣмъ признакамъ, ограничивается вслѣдствіе односторонности, къ которой пришла, благодаря запутанности толкованія источниковъ, доктрина ²⁾.

Современное право Франціи унаслѣдовало въ этомъ отношеніи односторонность права дореформеннаго. Составители *Code civil*, подъ влияніемъ Потье ³⁾, въ книгѣ III (*Differentes manières dont on acquiert la propriété*) въ титулѣ III, озаглавленномъ *obligations conventionnelles en général*, помѣстили главу V, объ *extinction des obligations*, причемъ отдѣленіе IV этой главы и посвятили именно зачету (*Compensation*) ст. 1289—1299. Въ концѣ концовъ, съ одной стороны, въ виду матеріальнаго законодательства и въ томъ случаѣ, когда зачетъ производится посредствомъ возраженія, и въ томъ случаѣ, когда предъявляется

¹⁾ Въ видѣ примѣра: *D'Épinois* (см. выше въ текстѣ) смотритъ на зачетъ какъ на прекращеніе обязательствъ (по договору) и въ то же время буквально воспроизводитъ изъ l. 14 cod. 4, 13: *Quinto. La compensation a lieu en toutes actions, soit réelles ou personnelles.* (*Oeuvres*, стр. 780). Противорѣчія тутъ вовсе нѣтъ: тогдашняя доктрина толковала это мѣсто въ томъ смыслѣ, что рѣчь идетъ о вещныхъ искахъ, обращааемыхъ въ денежные.

²⁾ Въ литературѣ мы нашли слѣдующее совершенно произвольное обобщеніе у *Desjardins*: *les actions réelles avaient toujours été exceptées de la reconvention* (*Comp.* 343).

³⁾ *Desjardins*, *Comp.*, 355.

встрѣчный искъ, по современному французскому праву въ сущности нельзя выходить за предѣлы обязательственныхъ правоотношеній ¹⁾. Съ другой стороны, въ виду процессуальнаго законодательства 30 гг. зачетъ можетъ выходить за предѣлы обязательственныхъ правоотношеній ²⁾. Въ общемъ — несогласованность.

Дореформенное *германское* право допускало зачетъ не иначе, какъ въ обязательственныхъ правоотношеніяхъ. Ср. напр., въ прусскомъ земскомъ уложеніи по поводу зачета выраженіе: ...Forderung... Schuld... ³⁾ Handlungen, die einen bestimmten Geldwerth haben... ⁴⁾. Или, напр., въ саксонскомъ гражд. уложеніи зачетъ относится къ Erlöschung der Forderungen, причемъ ближайше говорится о Gläubiger, Schuldner ⁵⁾.

Обращаясь къ современному законодательству Германіи, остановимся по порядку сначала на законодательствѣ процессуальномъ. Интересующій насъ вопросъ рѣшается съ помощью вышеприведенныхъ статей, трактующихъ о зачетѣ ⁶⁾.

Въ первой изъ нихъ говорится о правѣ суда раздѣлять производство въ случаѣ предъявленія встрѣчнаго требованія (Gegenforderung ⁷⁾). Спрашивается о какомъ требованіи идетъ тутъ рѣчь или это безразлично? Сами составители, какъ мы видѣли выше, усматриваютъ въ этой статьѣ зачетъ и, притомъ, безъ какихъ либо оговорокъ. Но въ такомъ случаѣ для

¹⁾ Въ этомъ совершенно правъ Desjardins: il nous semble qu'en aucun cas un tribunal ne pourrait autoriser un défendeur à une action personnelle, par exemple en paiement d'un billet, à intenter reconventionnellement une action réelle. (Comp. 498). Въ томъ же смыслѣ и новѣйшая литература: les créances seules sont susceptibles de compensation. Un droit réel ne peut produire par compensation l'extinction d'un droit de créance ni être éteint par lui: R. p. Alph. на слово compens. № 18. стр. 527. Вещныя требованія должны быть обращены въ денежныя. Ср. Comp. Oblig. 338, пр. 2.

²⁾ См. выше стр. 61.

³⁾ § 301, VI Abschn. XVI Titel Preuss Landrecht.

⁴⁾ Ib. § 371.

⁵⁾ § 988 Bürgerl G. B. f. den Kön. Sachsen.

⁶⁾ См. выше стр. 65, 66.

⁷⁾ 136. Civ. Pr. Ord.

опредѣленія понятія, «встрѣчное требованіе» необходимо обращаться къ матеріальному праву или иначе къ понятію зачета, т. е. къ толкованію «встрѣчнаго требованія» въ ограничительномъ смыслѣ. Съ другой стороны, однако, нельзя забывать, что, какъ показано выше ¹⁾, понятіе встрѣчное требованіе должно относить и къ случаямъ предъявленія встрѣчныхъ исковъ вообще и что, слѣдовательно, никоимъ образомъ нельзя будетъ удовольствоваться столь стѣснительнымъ толкованіемъ, какъ только что предположенное. Единственный выходъ изъ этого затрудненія, — это признать, что подь «встрѣчнымъ требованіемъ» слѣдуетъ разумѣть всякое требованіе вообще, и это толкованіе тѣмъ убѣдительнѣе, что ни текстъ закона, ни объясненія составителей не дають рѣшительно никакой опоры, чтобы отстоять исключительную точку зрѣнія ²⁾.

¹⁾ Стр. 67.

²⁾ Любопытно, что даже среди тѣхъ представителей литературы, которые усматриваютъ въ этой статьѣ зачетъ только посредствомъ возраженія, по крайней мѣрѣ, хотя одна, именно, *Seuffert* толкуетъ выраженіе *Gegenforderung* въ обширномъ смыслѣ слова: *Die Ausdrücke «Gegenforderung» und «Forderung» sind im Sinne von Gegenanspruch und Anspruch zu verstehen, also nicht nur von Ansprüchen aus Schuldverhältnissen (Obligationen). Abgesehen davon, dass für Beschränkung des Trennungsrechts auf Ansprüche aus Schuldverhältnissen kein triftiger Grund zu finden wäre, so wird vielfach in der modernen Rechtssprache der Ausdruck Forderung für jede Art von Anspruch gebraucht (Seuffert Kom. z. Civ. Pr. Ordn. къ ст. 186 стр. 193). Впрочемъ, Seuffert вовсе не поясняетъ насколько устанавливаемое имъ понятіе *Gegenforderung* согласуется съ упрочившимся воззрѣніемъ на зачетъ, о которомъ идетъ рѣчь въ рассматриваемой статьѣ. Кромѣ *Seuffert*'а, за широкій смыслъ понятія *Forderung* стоитъ *Loening*, усматривающій въ статьѣ, хотя и съ различными оговорками (см. выше стр. 67 прим 2.) зачетъ при посредствѣ встрѣчнаго иска, причемъ, понятіе *Forderung* въ желательномъ для насъ смыслѣ опредѣляется сравнительно съ *Seuffert*'омъ, еще рѣшительнѣе: *Forderung wie Anspruch bezeichnen beide jedes beliebige Recht, von einem andern etwas zu fordern, zu verlangen; will man ein solches Recht obligatorisch nennen, so ist zu beachten, dass dieser obligatorische Charakter allen einzuklagenden Rechten beiwohnt. ... Daher wird denn auch in unserer Rechtssprache das Wort «Forderung» für jede Art von Rechtsanspruch gebraucht... Zur Kompensation gerade können aber ebenso gut dingliche wie obligatorische Ansprüche benutzt werden. (W. Kl. 159 пр. 206). Однако *Loening* не поясняетъ, разумѣются ли при этомъ требованія, обращаемыя въ денежные. По крайней мѣрѣ явно въ послѣднемъ смыслѣ толкованіе**

Статья вторая прямо называется «встрѣчный искъ» (*Widerklage*¹⁾, и потому, конечно, не допускаетъ уже никакихъ сомнѣній на счетъ широкаго смысла, въ которомъ слѣдуетъ разумѣть это понятіе.

Статья третья снова возвращается къ понятію «встрѣчнаго требованія» (*Gegenforderung*)²⁾. Такъ какъ сами составители указываютъ, что въ этой статьѣ рѣчь идетъ безусловно о зачетѣ (посредствомъ возраженія)³⁾, то остается, конечно, толковать слово «требованіе» въ смыслѣ требованія, способнаго къ зачету, т. е. иначе волей неволей придавать этому выраженію смыслъ ограничительный. Но съ другой стороны, мы видѣли, что въ первой изъ приводимыхъ здѣсь статей тоже слово *Forderung* должно быть толкуемо именно въ обширномъ смыслѣ, а отнюдь не ограничительномъ смыслѣ. Казалось бы, нѣтъ никакого основанія суживать это понятіе только потому, что рѣчь идетъ о предъявленіи требованія въ видѣ возраженія а не въ видѣ встрѣчнаго иска. Выводъ этотъ напрашивается самъ собою и тѣмъ не менѣе представляется рискованнымъ, если не упустить изъ вида, насколько оно можетъ быть обнаружено, возрѣніе на зачетъ составителей устава, редактировавшихъ, по всѣмъ признакамъ, первую изъ интересующихъ насъ статей въ столь желательномъ для насъ смыслѣ, скорѣе инстинктивно, чѣмъ сознательно; наоборотъ редакция двухъ послѣдующихъ статей съ полною очевидностью обнаруживаетъ стремленіе ихъ обособить случаи предъявленія встрѣчнаго иска отъ случаевъ предъявленія зачета (возраженіемъ), или, иначе, нежелательность смѣшенія предметовъ якобы совершенно отличныхъ другъ отъ друга. Понятно, что требованіе послѣдней статьи едва ли можетъ быть толкуемо внѣ связи

Schollmeuerga, примыкающаго по этому поводу къ Loening'у (Compend. 146). О литературѣ, стоящей за толкованіе *Forderung* въ смыслѣ *obligatorische Ansprüche* см. ib. у Loening'a. Ср. также *Stome Oblig.* 347, пр. 41.

¹⁾ 273 Civ. Proc. Ordn.

²⁾ 274 Civ. Proc. Ordn.

³⁾ См. выше стр. 67.

съ упрочившимся возрѣніемъ на зачетъ. Аналогичное выступаетъ также изъ той статьи Устава, которая, по указанію составителей, не допускаетъ встрѣчныхъ исковъ въ апелляціонной инстанціи ¹⁾.

Резюмируя вышеизложенное, нельзя не прийти къ такому выводу: если зачетъ осуществляется посредствомъ встрѣчнаго иска, то предметъ его не ограниченъ, а если посредствомъ возраженія, то предметъ его ограниченъ ²⁾.

Въ новомъ гражданскомъ уложеніи о зачетѣ (*Aufrechnung*) говорится во второй книгѣ (*Recht der Schuldverhältnisse*), въ отдѣленіи третьемъ (*Erlöschen der Schuldverhältnisse*) ³⁾. Хотя въ отличіе отъ общепринятаго порядка, регулюровка обязательственныхъ правоотношеній и предшествуетъ регулюровкѣ вещныхъ правоотношеній, о которыхъ трактуется въ третьей книгѣ, однако же это вовсе не значитъ, что понятіе обязательственныхъ отношеній въ чемъ либо уклоняется отъ упрочившагося, какъ о томъ свидѣлствуютъ сами составители ⁴⁾. Слѣдовательно и предметъ зачета не можетъ быть разумѣемъ иначе, какъ въ прежнемъ, т. е. въ ограничивающемъ смыслѣ. Дѣйствительно, вотъ какъ опредѣляется зачетъ въ новомъ гражданскомъ законодательствѣ: *Schulden zwei Personen einander Leistungen, die ihrem Gegenstande nach gleichartig sind, so kann jeder Theil seine Forderung gegen die Forderung*

¹⁾ 491 Civ. Proc. Ordn. Ср. также ст. 293. и Hahn, Materialien II, 292.

²⁾ Литература не даетъ указаній.

³⁾ Ст. 387—396. Bürgl. Ges. Buch.

⁴⁾ Der Entwurf gebraucht den Ausdruck Schuldverhältniss zur Bezeichnung desjenigen Rechts verhältnisses, welches im Anschlusse an das römische Recht von den Juristen Obligation genannt zu werden pflegt. Motive zu d. Entw. e. bürgl. Ges. B., II, I. ss.... Ausser Zweifel steht, dass durch das Schuldverhältniss nur persönliche Rechtsbeziehungen zwischen den in demselben stehenden Parteien begründet werden, der persönliche Anspruch des Gläubigers gegen den Schuldner auf die Leistung, die persönliche Verbindlichkeit des Schuldners zur Bewirkung der Leistung. (Ib. II, 2 I).

des anderen Theiles aufrechnen ¹⁾). И такъ, нѣтъ сомнѣнія, что на основаніи гражданскаго уложенія зачетъ не можетъ выходить за предѣлы обязательственныхъ правоотношеній. Этому опредѣленію гражданскаго уложенія, какъ закона матеріальнаго и притомъ позднѣйшаго, слѣдуетъ отдать предпочтеніе передъ тѣмъ, что по поводу предмета зачета могло быть извлечено изъ устава гражд. судопр. и потому надо бы признать, что, въ отличіе отъ изложеннаго выше, отнынѣ, со введеніемъ въ дѣйствіе гражд. улож., какъ бы ни осуществлялся зачетъ, онъ не долженъ выходить за предѣлы обязательственныхъ правоотношеній ²⁾). Выводъ этотъ, однако, не соотвѣтствуетъ недавно состоявшимся измѣненіямъ устава гражд. судопр., которыя, какъ показано выше ³⁾, обособляя встрѣчный искъ отъ зачета, несомнѣнно обязуютъ насъ признать одинъ предметъ для встрѣчнаго иска и другой для зачета посредствомъ возраженія, именно, для встрѣчнаго иска любяя правоотношенія: для зачета (возраженіемъ)—правоотношенія, о которыхъ говорится въ гражданскомъ уложеніи по поводу зачета, т. е. обязательственныхъ правоотношенія. Въ новой редакціи воспроизводится, въ сущности, скрытое въ первоначальныхъ матеріалахъ содержаніе Уст. гражд. судопр. Въ этомъ отношеніи составители вполне послѣдовательны. Но они непослѣдовательны въ томъ отношеніи, что упустили изъ вида зачетъ при встрѣчномъ искѣ. Спрашивается, если встрѣчный искъ будетъ предъявленъ къ зачету (возможный случай согласно ихъ пониманію зачета), долженъ ли онъ вытекать только изъ обязательственныхъ правоотношеній? Новая редакція не оставляетъ сомнѣнія насчетъ отрицательнаго отвѣта. Полнѣйшая обособленность встрѣчнаго иска въ измѣненной редакціи съ очевидностью приводитъ къ такому, едва ли желательному для самихъ составите-

¹⁾ § 387. Bürgerl. Ges. B. (§ 281 I. Lesung; § 331 II. Lesung).

²⁾ Seuffert (Beitrag 2, 26—28), одобряя постановку зачета въ гражд. уложеніи, въ тоже время рѣшительно стоитъ за широкое толкованіе предмета зачета по Уст. гражд. судопр. (См. выше стр. 154 прим. 2).

³⁾ Стр. 70, 71.

лей выводу. Такимъ образомъ, съ введеніемъ въ дѣйствіе новеллы къ Уст. гр. суд. предѣлы допустимости зачета окажутся расширенными, по крайней мѣрѣ, для случаевъ предъявленія встрѣчнаго иска. Зачетъ выиграетъ, но зато достоинство законодательства пострадаетъ, такъ какъ обнаружится полнѣйшая несогласованность между матеріальнымъ и процессуальнымъ законодательствами по основному для зачета вопросу.

Переходимъ къ *австрійскому* законодательству. Декретъ 1787 г., приурочившій всѣ случаи зачета къ встрѣчному иску, вмѣстѣ съ тѣмъ, понятно, едва ли могъ имѣть въ виду какое либо ограниченіе зачета по предмету. Предположеніе наше подтверждается и австрійскимъ гражданскимъ уложеніемъ, явившемся, какъ извѣстно, нѣсколько позже, а именно, въ 1811 г. О зачетѣ трактуется здѣсь въ III части, озаглавленной: объ общихъ личнымъ и вещнымъ правамъ постановленіяхъ (Von den gemeinschaftlichen Bestimmungen der Personen und Sachenrechte), въ отдѣлѣ третьемъ подъ заглавіемъ: о прекращеніи правъ и обязанностей (Von Aufhebung der Rechte und Verbindlichkeiten) ¹⁾ Ясно, что составители желали придать зачету общее значеніе — способа, прекращающаго отнюдь не одни только обязательственныя правоотношенія. Къ сожалѣнію, редакція самихъ статей подаетъ поводъ къ недоразумѣнію; такъ, говоря совершенно правильно о правѣ требованія вообще (Forderungen), первая статья вслѣдъ затѣмъ дальше выражается такъ: Gläubiger... Schuldner... Zahlung, т. е. какъ будто имѣетъ въ виду уже обязательственныя правоотношенія. Въ результатѣ гражданское уложеніе Австріи не даетъ вполнѣ опредѣленнаго представленія по занимающему насъ вопросу, хотя всетаки мы лично считали бы за рѣшающее то, что зачетъ занимаетъ мѣсто среди постановленій уложенія, — по нашему мнѣнію, этимъ вполнѣ обозначается воззрѣніе составителей на природу зачета ²⁾.

¹⁾ Ст. 1438—1443. Oester. bürgerl. Ges B.

²⁾ Любопытно, что и литература, чтобы отстоять излюбленную точку зрѣнія, т. е. что вещные иски допускаются къ зачету только подъ условіемъ

Что касается до Устава гражд. судопр. 1895 г., то изъ него явствуетъ, что зачетъ далеко не покрываетъ всѣхъ случаевъ предъявленія встрѣчныхъ исковъ. Различіе это, однако, едва ли безусловно можетъ быть оправдано гражданскимъ уложеніемъ, допускающимъ, какъ мы только что видѣли, также и болѣе широкіе предѣлы для осуществимости зачета.

Бельійскій code civil буквально повторяетъ постановленія о зачетѣ французскаго code civil ¹⁾; понятно, что и предметъ зачета такой же какъ по французскому законодательству, т. е. ограниченный; однако встрѣчн. искъ можетъ выходить и за предѣлы обязат. правоотношеній въ виду законодат. 1876 г. ²⁾.

Изъ другихъ европейскихъ законодательствъ, одно лишь *итальянское* упоминаетъ, какъ показано выше, о зачетѣ при посредствѣ встрѣчнаго иска, причемъ, далеко не всѣ случаи предъявленія встрѣчныхъ исковъ приводятъ къ зачету. Выходитъ, такимъ образомъ, что и предметъ встрѣчнаго иска двойственный по итальянскому законодательству: ограниченный областью обязательственныхъ отношеній для случаевъ зачета и неограниченный для всѣхъ остальныхъ случаевъ ³⁾.

Остальныя изъ намѣченныхъ законодательствъ также смотрятъ

обращенія ихъ въ денежныя, черпаетъ доказательство, однако, не изъ содержанія статей Уложенія, а изъ источниковъ римскаго права (l. 14 cod. 4, 31 и, сверхъ того изъ литературы (Unger Fragmente въ Grünhut's Zeitsch XV, 544 и 548 пр. 10) или же довольствуется замѣчаніемъ, что австр. гражд. улож. nur die allgemeinsten Grundsätze stellt., не поясняя, однако, какія такіа Grundsätze (Dernburg Comp. 271, 272).

¹⁾ Code civil. livre III. (des différentes manières dont on acquiert la propriété), titre III (Des contrats ou des obligations conventionnelles en general), Chap. V (De l'extinction des obligations), section IV (De la compensation) ст. 1289—1299.

²⁾ См. выше стр. 73, 74.

³⁾ Codice civile, libro III (dei modi di acquistare e di trasmettere la proprietà e gli altri diritti sulle cose), IV (Delle obbligazioni e dei contratti in genere), IV (Dei modi con cui si estinguono le obbligazioni), IV (Della compensazione), ст. 1285—1295.

на зачетъ какъ на погашеніе обязательствъ, т. е., именно, законодательства: Нидерландовъ ¹⁾, Португаліи ²⁾, Испаніи ³⁾, Швейцаріи ⁴⁾ и Англіи ⁵⁾.

Обращаясь къ *русскому* праву, мы находимъ слѣдующее любопытное указаніе въ одной изъ статей дѣйствующаго матеріальнаго законодательства, упоминающихъ о зачетѣ:... выдавать указную часть съ зачетомъ приданаго, какъ денегъ, такъ и всякаго другаго имущества ⁶⁾. Выраженіе «и всякаго другаго имущества» настолько широко, что не можетъ не служить подтвержденіемъ проводимаго нами воззрѣнія, тѣмъ болѣе, что, при составленіи первой части десятаго тома Свода Законовъ, какъ извѣстно, вовсе не заботились о разработкѣ постановленій, касающихся зачета, вообще. Однимъ словомъ, редакція приведенной статьи дѣйствующихъ законовъ гражданскихъ—удѣлѣвшій отголосокъ того зачета, какимъ онъ рисовался въ представленіи практики, не успѣвшей еще познать необходимости считаться съ обликомъ зачета въ разработкѣ пандектной литературы ⁷⁾. Въ виду отсутствія какихъ либо указаній противоположнаго характера, приведенная статья, очевидно, является весьма существеннымъ подспорьемъ въ защиту нашего воззрѣнія. Такимъ образомъ, мы считаемъ себя въ правѣ утверждать, что сводить зачетъ къ способу прекращенія обязательственныхъ правоотношеній не представлялось бы соответствующимъ истинному смыслу дѣйствующаго отечественнаго законодательства.

¹⁾ Code civil, Livre III (des obligations), titre VI (De l'extinction des obligations), Section IV De la compensation et. 1461—1471. франц. пер. Tripels.

²⁾ Art. 765—777. Code civil (франц. пер. Laneyrie et Dubois).

³⁾ Código civil, libro IV (de las obligaciones y contratos), título I (de las obligaciones), capítulo IV (De la extinción de las obligaciones), Sección quinta (De la compensación) et. 1194—1202.

⁴⁾ Bundesgesetz über das Obligationenrecht, III Titel (Erlöschchen der Obligat.), II Kap. (Verrechnung oder Kompensation) et. 131—139.

⁵⁾ Ср. Repertoire alphabétique на слово Compensation, стр. 57.

⁶⁾ 1003 Зак. гражд.

⁷⁾ Редакція взята изъ Сенатскаго указа 1814 г. (Ср. ссылки подъ статьёй) О проектѣ гражд. улож. начала истекающаго стол. см. выше стр. 119, прим. 5

Однако, Пр. Сенатъ подѣ влияніемъ, конечно, доктринъ предложилъ извѣстное ходячее опредѣленіе зачета: зачетъ обязательствъ, т. е. прекращеніе одного обязательства силою другаго равноцѣннаго обязательства ¹⁾.

Согласно мѣстнымъ законодательствамъ, зачетъ также не можетъ выходить за предѣлы обязательственныхъ правоотношеній.

Вотъ опредѣленіе зачета по кодексу Наполеона или, иначе, по Code civil: когда два лица взаимно другъ другу должны... ²⁾.

Законы гражданскіе остзейскихъ губерній трактуютъ о зачетѣ въ книгѣ четвертой о правѣ требованій ³⁾; подѣ правомъ же требованій разумѣется такое право, въ силу котораго одно лицо—должникъ—обязывается въ пользу другаго—кредитора,—къ извѣстному дѣйствию ⁴⁾.

Предѣлами обязательственныхъ правоотношеній исчерпывается примѣненіе зачета и по финляндскому законодательству ⁵⁾.

Резюмируя вышеизложенное, приходимъ къ такому выводу: источники римскаго права, въ особенности, въ позднѣйшемъ его развитіи, даютъ несомнѣнныя основанія къ расширенію сферы примѣненія зачета или, иначе, къ полному отождествленію его со случаями предъявленія встрѣчныхъ исковъ въ смыслѣ вещныхъ правоотношеній; тоже самое можно признать, по крайней мѣрѣ, для ранняго періода средневѣковаго права; дальнѣйшіе слѣды замѣтны во французскомъ правѣ; въ современномъ западно-европейскомъ правѣ область примѣненія зачета, не сходится съ областью примѣненія встрѣчнаго иска, исчерпываясь областью обязательственныхъ правоотношеній; что же касается до русскаго права то, за

¹⁾ 1870 № 496. Ср. также рѣш.: 1877 № 250 и 1896 № 124. Литература ограничивается повтореніемъ упрочившагося представленія о предметѣ зачета.

²⁾ 1280 *Гражд. Код.* Ср. также Москальскій II. Указ. № 1033, 1034

³⁾ 3545—3558. *Ост. гражд. зак.*

⁴⁾ 2907 *ib.* См. также Фридманъ въ Ж. М. Ю. 1896 № 7, 187.

⁵⁾ См. выше стр. 81.

исключеніемъ мѣстныхъ законодательствъ, оно, какъ оказы-
вается, отнюдь не противъ допущенія зачета въ вещныхъ
правоотношеніяхъ. Въ концѣ концовъ нельзя не признать,
что хотяче представленіе о сферѣ примѣненія зачета никоимъ
образомъ не можетъ претендовать на неизблемость.

§ 4. Представляясь вообще вполне допустимымъ на почвѣ
вещныхъ правоотношеній, встрѣчное исковое требованіе под-
лежитъ двоякому ограниченію. Въ особенности извѣстно ог-
раниченіе встрѣчнаго иска въ дѣлахъ о защитѣ владѣнія.

Впервые ограниченіе это мы находимъ въ *законода-
тельстве Юстиніана* ¹⁾. Именно, открывая доступъ за-
чету въ область вещныхъ правоотношеній, извѣстное уже намъ
повелѣніе Юстиніана 531 г. ²⁾ дѣлаетъ слѣдующую оговорку:
*Possessionem autem alienam perperam occupantibus com-
pensatio non datur* ³⁾, т.-е. (буквально): зачетъ не предостав-
ляется приобрѣвшимъ чужое владѣніе ⁴⁾ неправымъ путемъ ⁵⁾.

¹⁾ Въ противоположность праву классическаго періода (Ср. Dernburg
Comp. 511). Относительно допущенія возраженій во владѣльческомъ процессѣ
названнаго періода, вообще ср. Brun's Besitzklagen, 207—211, и Ubbelohde-Glück Interdikte I, 457—488. Возможно, впрочемъ, что попытки къ
ограниченію зачета во владѣльческомъ процессѣ дѣлались и прежде Юстиніана.
На этомъ напр. настаиваетъ Куацій: *Item non induxit Iustinianus, ut non detur,
compensatio vel deductio malae fidei possessori: haec omnia jam antea reserpta
fuerat* (Cuiacii Paratitla in lib IV Cod Iust Opera VIII стр. 826). Однако,
кажется, что въ дошедшихъ до насъ источникахъ не имѣется никакихъ
соотвѣствующихъ указаній.

²⁾ Выше стр. 49, 50.

³⁾ l. 14, § 2, Cod. 4, 31.

⁴⁾ Не только отъ собственника. Ср. Dernburg (Comp. 512), Windscheid (Pand. II, 386 пр. 25. Возвръніе, измѣненное послѣ появленія 2
изданія монографіи Dernburg'a), Eisele (Comp. 356), и Appleton'a
(Comp. 497).

⁵⁾ Переводъ Appleton'a (Comp. 497):.. spoliation... le fait de se mettre
en possession de son autorité privée. Переводъ Dernburg'a (Comp. 511):
ungerechtfertigter Eigenmacht, diesen Begriff im weitem Sinne genommen.
eigenmächtige Hinnahme у Brun's'a (Besitzklagen, 207). Eisele (Comp. 356)
оспариваетъ толкованіе Dernburg'a въ слѣдующихъ туманно-голословныхъ

Чтобы уразумѣть смыслъ этого ограниченія, необходимо припомнить, что постановленіе 531 г. въ цѣломъ вызвано чисто процессуальными соображеніями—стремленіемъ Юстиніана предупредить порождаемое зачетомъ осложненіе производства. И если, не смотря на предпріятыя въ этомъ направленіи мѣры, зачетъ въ дѣлахъ о защитѣ владѣнія вовсе не допускается, то, не потому-ли, спрашивается, что подобнаго рода дѣла требовали особенной быстроты производства? Дѣйствительно, въ настоящее время можно считать почти за достовѣрное, что владѣльческій процессъ уже классической эпохи отличался ускореннымъ характеромъ ¹⁾. Ко времени-же Юстиніана для дѣлъ о защитѣ владѣнія внѣ всякаго сомнѣнія упрочился суммарный порядокъ судопроизводства ²⁾. Нѣтъ ничего мудренаго, что, принимая мѣры къ ускоренію вообще производства въ гражданскихъ дѣлахъ, Юстиніанъ не преминулъ обратить вниманіе на нежелательность въ дѣлахъ о защитѣ владѣнія какой-бы то ни было задержки. Въ результатѣ, даже такіе встрѣчные иски, которые, какъ безспорные и опредѣленные, вообще, допускаются, въ дѣлахъ о защитѣ владѣнія не допускаются. Таковъ, по нашему мнѣнію, единственно исторически объяснимый смыслъ разсмотрѣнной оговорки въ повелѣніи Юстиніана 531 г. ³⁾.

выраженіяхъ: eine so vage Bestimmung. würde, wenn sie Gesetz wäre, kaum brauchbar sein, und da sollte man sich doch wohl hüten, eine solche erst in das Gesetz hinein zu interpretiren.

¹⁾ Ср. Вауег Summ. Proc. 162 пр. 3, 4; исследование Pflüger'a Die sogen. Besitzklagen, 4 главу подъ заголовкомъ: Beschleunigtes Verfahren, стр. 365—367, а также позднѣйшіе труды Ulbelohde-Gluck Interdikte II 1—385 (однако никакого общаго вывода не дѣлается) и Jobbe-Duval Etudes I, 279—283.

²⁾ Ср., напр. l 2 Cod. 3, 19, а также Pflüger Die sogen. Besitzklagen 367—370 и Ubbelohde Glück Interd. II, 448—463. Вопроса о степени исключительности этого порядка пока, конечно, не касаемся.

³⁾ Литература, находясь, очевидно, (см. ниже) подъ вліяніемъ средне-вѣковаго папскаго права, усматриваетъ въ этомъ ограниченіи кару, постигающую самоуправца—нарушителя владѣнія. Ср. Круг (Comp. 200), Нарт.

Наиболѣе ранніе изъ *средневѣковыхъ* источниковъ повторяютъ ограниченіе Юстиніана. Такъ у Бассіана читаемъ: *omni actione obicitur (i. e. compensatio) praeterquam... vi bonorum raptorum* ¹⁾. Тоже самое въ трактатѣ о судѣ англо-норманскаго канониста: *Omni actioni compensatio obicitur praeterquam... vi bonorum raptorum* ²⁾.

Иное находимъ въ папскомъ законодательствѣ первой половины XIII вѣка. По крайней мѣрѣ, въ одномъ изъ декретал. папы Григорія IX 1235 г., читаемъ слѣдующее: *Super spoliatione conventus adversus restitutionem petentem non est nisi super quaestione spoliationis, si eum reconveniat, audiendus, quum restitutionis petitio in hoc privilegiata noscatur, ut ipsam intensans non cogatur ante restitutionem spoliatoribus respondere, quamquam ab agendo spoliatione ab eis in modum exceptionis*

ter (Comp. 124 пр. 8), Bruns (Besitzklagen, 207), Wetter, III 491; Appleton (Comp. 499 и д.). Dernburg говоритъ также объ *Eigenmacht-die einzige Verschuldung*, совершенно явно противопологая *Prozessverzögerung* (Comp. 513); однако, нѣсколько выше въ объясненіе приводится *formelles Unrecht, welches schleunigst seine Ausgleichung finde* (Comp. 511, 512). Въ результатѣ—полная неясность, и совершенно естественное при подобнаго рода условіяхъ замѣчаніе: *Die Tragweite der Neuerung Justinians ist freilich vielfach zweifelhaft* (ib. 511). Далѣе, конечно въ согласіе со свойственнымъ литературѣ взглядомъ на предметъ зачета (см. выше стр. 147, 148), утверждается, что нововведеніе Юстиніана, отнюдь не можетъ быть разумѣмо въ смыслѣ чисто вещныхъ правоотношеній, и притомъ, объамяющимъ не только движимости, но и недвижимости Ср., напр., Kug. Comp. 200; Dernburg Comp. 512; Bruns Besitzklagen, 207. Eisele (Comp. 355, 356) не находитъ ничего иного, какъ сказать, что рассмотрѣнное ограниченіе зачета не слѣдуетъ приводить въ связъ съ допущеніемъ зачета по вещнымъ требованіямъ. Наконецъ, Desjardins (Comp. 160, 161) довольствуется одной только перифразировкой. Въ концѣ концовъ, въ представленіи литературы ограниченіе, введенное Юстиніаномъ, какъ не вызванное процессуальными соображеніями, приобретаеть, понятно, материальноправный характеръ. Остаеся еще обратитъ вниманія на особенно удивительное толкованіе Bruns'a (Besitzklagen, 207), усматривающаго въ зачетѣ, о которомъ идетъ рѣчь, *petitorische Einrede*?

¹⁾ Bassiani Libelli de ord. § 561 (Gaudenzi Bibl. II, стр. 248).

²⁾ Въ изд. Schulte стр. 26.

proposita repellatur ¹⁾). Т.-е: Привлеченный къ суду вслѣдствіе захвата (чужаго имущества) не можетъ предъявить встрѣчный искъ, развѣ-бы искъ этотъ вытекалъ изъ захвата-же. Просьба о восстановленіи нарушеннаго владѣнія имѣетъ то преимущество, что истецъ не обязанъ отвѣчать, пока не послѣдуетъ восстановленія. Но если отвѣтчикъ приводитъ возраженіе по поводу захвата, истцу можетъ быть отказано въ искѣ ²⁾. Какъ видимъ, ограниченіе зачета въ дѣлахъ о защитѣ владѣнія уже не существуетъ ³⁾. Положимъ, зачетъ допускается не безусловно, а условно. Но и этого достаточно. Владѣльческій процессъ, согласно раннему папскому законодательству, надо полагать, утратилъ свой исключительно суммарный характеръ и по тому сталъ доступенъ для свободнаго предъявленія средствъ защиты. Дѣйствительно, слѣды осложненія папскаго владѣльческаго процесса XIII и послѣд. стол. представляются вполне очевидными ⁴⁾ Однимъ словомъ, объясненіе новшества, внесеннаго законодательствомъ папы Григорія IX, слѣдуетъ искать, опять-таки не въ чемъ иномъ, какъ въ измѣненіи въ ту пору характера владѣльческаго процесса, превратившагося изъ суммарнаго въ осложненный ⁵⁾.

¹⁾ Cap. 4. X. de ordini Cog. 2, 10. Decr. Greg.

²⁾ Ср. Sartorius W. Kl. 91. Ср. также переводъ у Loening'a W. Kl. 43. Превратно толкованіе конца текста у Pollak'a W. Kl. 55. Kleinfeller (Ger. 23), по примѣру Osterloh (Summ. Proc.) дѣлаетъ различіе между Spoliensachen и Besitzstreit! Надо замѣтить, что spoliatio—т. е. хищеніе, грабительство, лишеніе имущества—выраженіе, встрѣчающееся и въ corpus iuris civilis—по крайней мѣрѣ, въ Кодексахъ и въ Новеллахъ. Ср., напр., l 13 § 8 Cod. 9, 51 Константина; l 13 Cod. 12, 51 Валентиніана и Nov. 116 Юстиніана.

³⁾ Въ виду предшествующаго гесонвеніе, выраженіе excerptio, очевидно, нельзя разумѣть въ специально процессуальномъ смыслѣ, т.-е. какъ противоположность термину встрѣчный искъ. Подробности см. ниже о понятіи вѣтраиска какъ средства защиты.

⁴⁾ Ср. Bruns Recht des Besitzes, 232—236; Rosshirt Beitrage 100; Bourcart Act. roman. 156.

⁵⁾ Специальная литература или вовсе не даетъ никакихъ объясненій рассмотрѣнному новшеству (Sartorius W. Kl. 91; Fuchs въ Arch. f. civ. Pr. 53. 168; Kleinfeller Ger. 23) или-же приводитъ его въ связь съ ва-

Допустимымъ въ дѣлахъ владѣльческихъ рисуется зачетъ и въ позднѣйшихъ итальянскихъ источникахъ. Такъ, напр., у извѣстнаго представителя общегражданской процессуалистики XVI вѣка *Maranta* читаемъ: *reconuentio... de possesserio admittitur... pariter privilegiato* ¹⁾. Дѣло въ томъ, что съ теченіемъ времени, подъ вліяніемъ церковнаго процесса, и процессъ свѣтскій дѣлался все болѣе и болѣе осложненнымъ, такъ что даже и суммарный порядокъ постепенно вырождался въ сложный порядокъ судопроизводства, причемъ, наряду съ суммарнымъ, возникъ, какъ извѣстно, еще особый «наикратчайшій» порядокъ судопроизводства, *summarissimum* ²⁾.

Обращаясь къ источникамъ *французскаго права*, мы замѣчаемъ прежде всего, что еще и въ XVI ст. не трудно обнаружить

вѣстнымъ началомъ папскаго законодательства: *spoliatus ante omnia restituendus* (Loening W. Kl. 43, 44 и за нимъ Pollak W. Kl. 55). Вопросъ о *remedium spoli*, вообще, представляется, какъ извѣстно, далеко не разъясненнымъ въ литературѣ (Ср. напр. Bruns *Recht des Besitzes*, 181 и д. *Besitzklagen* 212 и д.; Fournier *Officialités* 164—166). Однако, допуская правдоподобіе объясненія и на почвѣ указаннаго начала папскаго законодательства, (о чемъ ближайше см., напр., Meischneider *Besitz*, 144—150 или Bourcart *Act. possess.* 144 и д. и Loening W. Kl. 43) останется непонятнымъ — какъ примирить необходимость восстановленія во что бы то ни стало въ правахъ потерпѣвшаго отъ захвата съ ослабленіемъ этой необходимости въ случаѣ возраженія со стороны нарушившаго владѣніе? Другое дѣло, если принять во вниманіе процессуальную обстановку того времени или, иначе, отсутствіе благоприятной почвы для упроченія суммарности во владѣльческомъ процессѣ. Короче, и въ папскомъ законодательствѣ ограниченіе предьявленія встречнаго иска отнюдь не матеріальнаго характера, какъ это вообще пропагандируется въ литературѣ. Ср. Loening W. Kl. 44; Kleinfeller *Ger.* 28 прим. 54. Kohler (*Ges. Beitr.* 27) считаетъ *Spolieneinrede* за процессуальное средство защиты, но не дѣлаетъ и отсюда никакихъ выводовъ. Къ удивленію, Bruns вовсе не касается вопроса о посессорныхъ возраженіяхъ.

¹⁾ *Marantae Specul. iur. Pars IV, № 41 стр. 128*. Невѣрно, слѣдовательно, утвержденіе Fuchs'a (*Archiv* 58, 165) что *Maranta* вообще, не допускаетъ встречный искъ въ дѣлахъ о защитѣ владѣнія.

²⁾ Ср. Bruns *Recht des Besitzes*, 260—274; Brieglèb *Einleitung* 341 342; Bourcart *Act. possess.* 155, 174 и д.

сохранившееся въ чистотѣ наслѣдіе римскаго права ¹⁾. Вотъ что читаемъ у знаменитаго романиста XVI ст. у Куяція... *Non est etiam omittendum certas esse causas, in quibus reconventiones non admittuntur, ut in causa momentariae possessionis, in causa interdicti unde vi, vel de clandestina possessione:.. et in omnibus aliis causis, quae celeritatem desiderant* ²⁾. Какъ видимъ, зачетъ не только не допускается во владѣльческомъ процессѣ, но даже вмѣстѣ съ тѣмъ и обозначается причина не допущенія—необходимость быстроты судопроизводства въ подобнаго рода случаяхъ.

Точно также у позднѣйшаго писателя—у Cl. de Ferriere читаемъ, что *reconvention est interdite dans les mêmes cas que la compensation* ³⁾.

Совсѣмъ иное находимъ въ послѣдующія времена.

Такъ, напр., вотъ что говорится у извѣстнаго цивилиста Потье по поводу разсматриваемаго недопущенія зачета: *En matière de spoliation, on ne peut opposer aucune compensation contre la demande pour la restitution des choses dont quelqu'un a été dépouillé, suivant cette maxime si connue: spoliatus ante omnia restituendus* ⁴⁾. Потье утверждаетъ, что противъ возстановленія нарушеннаго владѣнія вещами нельзя допустить зачета согласно извѣстному началу: прежде всего возстановляется въ правахъ потерпѣвшій. Не трудно видѣть, что разсматриваемое ограниченіе зачета Потье выводитъ, въ сущности, изъ церковнаго права, съ тѣмъ, однако, измѣненіемъ, что понятіе предмета захвата взято не въ томъ широкомъ смыслѣ, какъ это разумѣлось источниками средне-

¹⁾ Ср. относительно суммарности владѣльческаго процесса раннихъ періодовъ *Bruno Recht des Besitzes*, 357, 358, 364; *Glassou Nouv. rev. hist.*, 1890, 609—611, 624, 625, *Aubert Sarlement*, II. 194 и д.

²⁾ *Cuiacii Comment. in tit IV de mut. pet. Lib. II Decr.* (Opera X, 1175).

³⁾ *Desjardins Comp.* 349.

⁴⁾ *Pothier Oeuvres I* № 625, стр. 318.

вѣковаго папскаго права ¹⁾, а въ смыслѣ ограниченномъ—вещей (choses). Очевидно, Потье имѣлъ въ виду тотъ кругъ предметовъ, на которые, согласно общепринятому въ его время взгляду, могъ быть распространяемъ зачетъ. Тѣмъ не менѣе выражено это неудачно, въ виду недостаточной опредѣленности понятія choses съ точки зрѣнія допустимости зачета, вообще. ²⁾

Подъ вліяніемъ Потье и въ Code civil проникла слѣдующая редакція разсматриваемаго ограниченія зачета: La compensation a lieu, quelles que soient les causes de l'une ou l'autre des dettes, excepté dans les cas, ... de la demande en restitution d'une chose dont le propriétaire a été injustement dépouillé ³⁾. Т.-е.: зачетъ не допускается въ тѣхъ случаяхъ..., когда предъявлено требованіе о возвращеніи вещи, которой былъ незаконно лишенъ владѣлецъ.

Какъ видимъ, и дѣйствующее французское право, во-первыхъ, примыкаетъ, въ сущности, не къ римскому, а къ средневѣковому т.-е. къ церковному праву ⁴⁾; во-вторыхъ, по примѣру Потье, предметомъ зачета при нарушеніи владѣнія вводитъ понятіе «вещей», вообще, что идетъ въ разрѣзъ съ понятіемъ предмета зачета, опредѣляемымъ тѣмъ-же Code слѣдующимъ образомъ: la compensation n'a lieu qu'entre deux dettes qui ont également pour objet une somme d'argent ou une certaine quantité de choses fungibles de la même espèce ⁵⁾. Допуская зачетъ въ денежныхъ требованіяхъ или въ требованіяхъ извѣстнаго количества замѣни-

¹⁾ Ср. Bruns Besitzklagen 249; Bourcart Act. possess. 143, 151, 152 Pollak W. Kl. 54.

²⁾ Литература редакцію Потье поставлена втупикъ: L'objet dont on est dépourvu, восклицаетъ Desjardins (Comp. 305), étant toujours un corps certain, cette exception prétendue souleve la... critique.

³⁾ 1298 Code civil.

⁴⁾ Большинство литературы ограничивается указаніемъ на Потье, какъ на инициатора разсматриваемаго ограниченія. Ср. Desjardins (Comp. 305, 411), Meunial (Comp. 124), Vidal (Comp. 93, 94), Lagombière (Obl III, 669), Baudry-Lacantinerie (Cours II № 1075), Crome (Oblig. 358), Hudelot-Metman (Oblig. № 414 a), Appleton (Comp. 503) Perceau (Comp. leg. 41). Меньшинство-же, безъ дальнѣйшихъ поясненій, приводятъ въ связь съ повелѣніемъ Юстиніана 531 г. Ср. Dernburg (Comp. 511 пр. 2); Duranton (Com. VII № 447), Zachariae-Crome (Lehrb II, 373) и Kohler въ Gesam. Abh. 471 и д.

⁵⁾ art. 1291 Code civil.

мыхъ вещей и притомъ одного и того-же рода, французское гражданское уложеніе, ограничивая зачетъ въ случаяхъ нарушенія владѣнія, говоритъ уже о вещахъ, т.-е. вводитъ понятіе, болѣе широкое, допускающее зачетъ на *corps certain* или, иначе, зачетъ *en nature*, а не только на *quantité*. Однимъ словомъ, въ разсматриваемомъ изъятія изъ общаго правила выставляется понятіе предмета слишкомъ широкое для того зачета, который обрисовывается по *Code civil*. Спрашивается, какъ-же согласовать объ статьи? Имѣя въ виду, что настоящій смыслъ выраженія *choses* не былъ оговоренъ Потье и что составители вполне ясно опредѣлили въ *Code* понятіе предмета зачета, нельзя не прийти къ тому выводу, что и относительно разсматриваемаго случая ограниченія зачета должно быть примѣнено то понятіе предмета зачета, которое соответствуетъ общему смыслу законодательства, или что, иначе говоря, при нарушеніи владѣнія зачетъ вообще не можетъ быть допускаемъ въ предѣлахъ ему свойственныхъ, т. е. въ предѣлахъ понятія денегъ или другихъ замѣнимыхъ вещей ¹⁾.

Слѣдовательно, и встрѣчный искъ (*compensation judiciaire*) въ дѣлахъ о нарушеніи владѣнія совсѣмъ не можетъ быть допускаемъ?

Выводъ очевидный и, тѣмъ не менѣе, онъ не вяжется съ дѣйствительностью, такъ какъ идетъ въ разрѣзъ съ законодательствомъ 30-хъ годовъ, въ силу котораго, какъ показано выше, встрѣчн. искъ не можетъ быть ограниченъ столь тѣсными рамками. Засимъ, поссессорный процессъ, вообще, по дѣйствующему законодательству отнюдь не стѣсненъ, что касается средствъ защи-

¹⁾ Недоумѣвая надъ выраженіемъ *choses*, литература предполагаетъ что здѣсь недосказанность: *fongibles* Ср. Toullier (Dr. IV, № 382), Desjardins (Comp. 411), Meunier (Comp. 124), Vidal (Comp. 94), Crome (Obl. 858), Lagombière (Obl. III, стр. 669), Baudry-Lacantinerie (Cours II № 1075), Colmet de Santerre (Manuel II, 268) Hudelot et Metman (Obl. № 414 a). Appleton (Comp. 503, 504), приурочивая разсмотрѣнное ограниченіе ко встрѣчному иску, толкуетъ въ смыслъ обращенія предмета зачета на судъ въ деньги.

ты. Дѣло въ томъ, что по французскому праву терминъ *actions possessoires* присущъ искамъ, вытекающимъ изъ вещныхъ правъ на недвижимое имущество ¹⁾). Иски эти, какъ извѣстно, подлежатъ исключительно вѣдомству мировыхъ судей (*juges de paix*) ²⁾). Особого порядка для владѣльческихъ исковъ не существуетъ, хотя, какъ извѣстно, вся процедура у мировыхъ судей быстрѣе процедуры въ судахъ общихъ или окружныхъ (*tribunaux de première instance*). Во всякомъ случаѣ, однако, предъявленіе встрѣчныхъ исковъ у мировыхъ судей при разсмотрѣніи ими дѣлъ о нарушеніи владѣнія ни чуть не ограничено ³⁾).

Итакъ, что-же мы видимъ въ результатѣ? *Compensation judiciaire* въ дѣлахъ о защитѣ владѣнія, съ одной стороны, допускается, съ другой, не допускается; встрѣчный-же искъ въ дѣлахъ о защитѣ владѣнія недвижимостью безусловно допускается. Засимъ, остается еще кругъ предметовъ, именно, движимостей по поводу которыхъ допущеніе встрѣчнаго иска сталкивается съ извѣстнымъ предписаніемъ *Code civil: en fait de meubles, la possession vaut titre* ⁴⁾).

Въ концѣ концовъ, не трудно видѣть, что совершенно одинаковые по существу случаи нарушенія владѣнія въ смыслѣ допущенія зачета приводятъ къ совершенно неодинаковымъ послѣдствіямъ по современному французскому праву. Несообразность, повидному, не обратившая, однако, до сихъ поръ ничего вниманія.

1) Ср. *Garsonnet Cours I*, 567 и д.

2) art. 6, 1 Зак. 25 мая 1888. Ср. также *Desjardins Comp.* 519 *Gamain Dem. reconv.* 157; *Garsonnet Cours I*, 585; *Perceau Comp.* 93.

3) Въ чемъ согласны судебная практика и теорія Ср. *Desjardins Dem. rec.* 520, *Gamain Dem. reconv.* 159, *Bougeart Act. possess.* 200, 318, 319. *Delahaye Dem. reconv.* 145; *Rep. alphab. на action possess.* № 121 и 950. Противъ допущенія съ точки зрѣнія подсудности: *Henrion de Pansey De l'autorité* 390—392.

4) art. 2279 *Code civil*. Безусловное примѣненіе этой статьи, встрѣчается, однако, не малая затрудненія Ср. *Garsonnet Cours I*, 572, 578 и прим. 28.

Начало папскаго законодательства, что потерпѣвшій при нарушеніи владѣнія пользуется исключительною защитою, пустило прочныя корни и въ *германскомъ* правѣ.

Такъ напр. въ прусскомъ земскомъ уложеніи читаемъ: Ist die Gewahrsam oder der Besitz... jemanden mit Gewalt entnommen worden, so müssen ihm dieselben, ohne Rücksicht auf ein besseres Recht dessen, der die Gewalt verübt hat, wiedergegeben werden. ...Eben dieses findet Statt, wenn Jemand die Sache oder das Recht heimlich durch List, oder bittweise von dem vorigen Besitzer an sich gebracht hat ¹⁾. Специальной соотвѣтствующей оговорки относительно зачета въ прусскомъ уложеніи не было сдѣлано, и потому предписание это, какъ принципиальное, сохраняло все свое значеніе и для случаевъ зачета ²⁾. Въ узаконеніяхъ позднѣйшихъ тоже ограниченіе находимъ редакцированными специально примѣнительно и къ случаямъ зачета. Такъ, въ саксонскомъ гражданскомъ уложеніи читаемъ: Gegen Forderungen... aus einer widerrechtlichen Besitznahme fremder Sachen ist es, mag der ursprüngliche Gegenstand der Leistung oder der Werth dafür gefordert werden, die Aufrechnung ausgeschlossen ³⁾.

Господствуя въ дореформенномъ германскомъ законодательствѣ ⁴⁾, начало папскаго законодательства обнаруживается,

¹⁾ 146, 147 I, VII, Alg. Landr. f. d. preuss. St.

²⁾ Въ томъ же смыслѣ Dernburg Comp. 511, пр. 2.

³⁾ 994. Bürgl G. B. f. d. Königr-Sachsen.

⁴⁾ Ср. разъясненіе высшаго имперскаго суда 1882 г.: ...nach den durch konstanten Gerichtsgebrauch weiter ausgebildeten Bestimmungen des kanonischen Rechts... ist die Spolieneinrede bei allen Civilklagen ohne Unterschied mit der Wirkung zulässig, dass der Spoliirte jeden Anspruch des Spolianten so lange von sich abwehren darf, bis der frühere Zustand wieder hergestellt ist. Deshalb wird der Satz Spoliatus ante omnia restituendus von jeher in der deutschen Praxis als eine dem Beklagten zustehende Rechtswohlthat angesehen und es ist nicht Zweifelhaft, dass die Einrede des Spoliums von ganz besonderen Ausnahmefällen abgesehen, in jeder Prozessart vorgeschützt werden konnte... Bei der materiell rechtlichen Natur der exceptio Spolii ist solche durch

въ сущности, и въ новомъ обще-гражданскомъ законодательствѣ или, иначе, въ гражданскомъ уложеніи Германской имперіи. Именно, здѣсь мы читаемъ: ...Gegen eine Forderung aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung ist die Aufrechnung nicht zulässig¹⁾). Разница, какъ не трудно видѣть, лишь въ томъ, что редакция взята самая широкая: воспрещается зачетъ при всякомъ незаконномъ дѣйствіи, вообще²⁾).

die C. P. O. nicht beseitigt worden. При всемъ томъ высшій имперскій судъ, слѣдую за доктриной (ср. напр. Windscheid P. II, 386; Seuffert comment. къ стр. 136 C. P. O.) воспрещеніе зачета при нарушеніи владѣнія приуочиваеъ также и къ l. 14 § 2 Cod. 4. 31 (Entsch VII, № 99). Спрашивается, но въ какомъ историческомъ взаимоотношеніи находятся оба источника? Не дается никакихъ разъясненій!

1) 393 Bürgerl. Ges. Buch.

2) Въ буквальноймъ переводѣ: воспрещается зачетъ при умышленно-недозволенномъ дѣйствіи. Но, дѣло въ томъ, что, разумѣя подъ недозволенными дѣйствіями (ст. 823) дѣйствія умышленныя или неосторожныя Уложеніе объемлетъ и тѣ, и другія, въ выраженіи *widerrechtlich* (ib.), т. е. незаконныя или противузаконныя дѣйствія—чего для нашей цѣли совершенно достаточно. Приведенная выше въ текстѣ статья составлялась при твердой увѣренности насчетъ происхожденія рассматриваемаго воспрещенія зачета непосредственно изъ римскаго права, а также насчетъ матеріально-правнаго характера воспрещенія. Вотъ эти вполнѣ голословныя разсужденія: ...Die bekannte Vorschrift des röm. R. (l. 14, § 2, Cod. 4, 31), durch welche die Kompensation gegenüber der Forderung aus widerrechtlicher Aneignung fremden Besitzes für unzulässig erklärt wird, ist in die Mehrzahl der modernen Kodifikationen übergegangen. Der Grund der Vorschrift ist unverkennbar der, dass dem Diebe und dem einem Diebe gleichzustellenden Uebelthäter ausnahmsweise das Recht der Aufrechnung allgemein und schlechthin hat entzogen werden sollen. Eine solche Vorschrift erscheint auch bei der positiven Natur des Rechtes der Aufrechnung um so gerechtfertigter, je weiter dasselbe im Gesetze ausgedehnt ist. Der angeführte Grund der Vorschrift rechtfertigt aber sie auf alle Fälle auszudehnen, in denen ein Ausspruch aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung erhoben worden, da nicht abzusehen ist, warum nur Ansprüche aus widerrechtlicher Aneignung fremden Besitzes die fragliche Begünstigung verdienen. Motive zu d. Entw. II, 112, Литература ограничивается частью одной перепечаткой статьи (какъ напр., Сосакъ Lehrb., 360 Endermann Lehrb. 648), частью при-совокупленіемъ похвалы за распространенность редакціи (к. напр. Seuffert Allg. Grundr. 25; Kohler въ Zeitsch. f. d. Civilproc. XXIV, 47, 48).

Въ концѣ концовъ: предъявленіе зачетнаго требованія въ случаяхъ нарушенія владѣнія никомъ образомъ не можетъ быть допущено. Таково неуклонно проявляющееся начало матеріальнаго гражданскаго права Германія ¹⁾).

Обращаемся къ праву процессуальному. Оказывается, что начало матеріальнаго права сталкивается съ не менѣе неуклонно проводимой, начиная съ XVIII ст. въ процессуальномъ законодательствѣ полной свободой предъявленія средствъ защиты во владѣльческомъ процессѣ.

Такъ напр. въ процессуальномъ законодательствѣ Баваріи XVIII ²⁾ ст. читаемъ слѣдующее: . . . Was aber die Spolienklagen und andere ad processum summariissimum gehörige causas betrifft, so soll hierin die Widerklage. . . Platz greifen ³⁾. Какъ видимъ, въ дѣлахъ о защитѣ владѣнія встрѣчный искъ явно допускается и притомъ даже не взирая на «исключительно суммарный» порядокъ, о которомъ упоминается въ той же статьѣ ⁴⁾).

Или возьмемъ напр. слѣдующее постановленіе прусскаго устава гражданск. судопр. конца прошлаго столѣтія: Wenn

¹⁾ Тоже слѣдуетъ признать и относительно торговаго права Ср. Sohn въ Endemann's Handbuch III, 1034.

²⁾ Возможно, что раньше въ нѣкоторыхъ мѣстностяхъ владѣльческій процессъ отличался характеромъ, не подходящимъ для предъявленія встрѣчнаго иска. Ср. напр.: . . . es seynd etliche Sachen, darinn vermög ermeldeter Recht, die Gegenklag nicht statt hat. . . Item, da einer von wegen eines Spolij klagt umb Restitution. Reform. Frankf. a. M. 1578 года. (Sartorius W. Kl. 106).

³⁾ Kap. 8 § 1. Cod. jur. bavarici iudiciarii (Sartorius W Kl., 108).

⁴⁾ Вопросъ о происхожденіи, объемѣ и вообще значеніи *possessorium, summariissimum*, а также о соотношеніи его этой формы процесса съ *remedium spolii*, какъ извѣстно, недостаточно выясненъ литературою. Ср. напр. Brun в Recht. 374—384, 339—420; Briegleb Einl. 341, 342; Baeyer, Theorie der Summ. Proc. 163, 169; Osterloh, Summ. Proc. 154 прим. 8, 155, 181—183; Meischer, Besitz 153 u. d.; Pflüger, Die sogen. Besitzklagen 384 и д.

der vom Kläger behauptete neueste Besitz zwar eingeräumt, oder nachgewiesen wird, der Beklagte hingegen behauptet, dass derselbe dazu auf eine offenbar unredliche oder sonst fehlerhafte Weise gelangt sey; so muss mit Aufnehmung der Instruktion und des Beweises über diese Fehler des Besitzes ebenfalls jedoch nur so weit, als es . . . sofort und ohne Aufenthalt geschehen kann, verfahren werden ¹⁾. Въ отличие отъ баварскаго устава, прусскій уставъ допускаетъ встрѣчныя требованія, по скольку предъявленіе ихъ не задерживаетъ производства. Но не слѣдуетъ забывать, что рѣчь идетъ о *possessorium summariissimum* ²⁾ и что, слѣдовательно, уже одно допущеніе средствъ защиты свидѣтельствуесть объ измѣненіи «наискращеннаго» характера владѣльческаго процесса въ смыслѣ его осложненія ³⁾.

Очевидно, въ XVIII вѣкѣ не было благопріятной почвы для сокращенности владѣльческаго процесса.

Но то же самое приходится сказать и про времена позднѣйшія и, притомъ, какъ относительно періода до судебной реформы 1877 г. ⁴⁾, такъ и послѣ — въ виду дѣйствующаго процессуальнаго законодательства Германіи.

Именно, дѣла о защитѣ владѣнія въ современной Германіи распределяются, какъ извѣстно, между участковыми судами (*Amtsgerichte*) и судами коллегіальными на слѣдующемъ основаніи: во-первыхъ, въ качествѣ просьбъ о принятіи въ слушанья, не терпящихъ отлагательства, временныхъ мѣръ (*einst-*

¹⁾ § 14, XXXI Tit, Allg. Ger.-Ord. f. d. Preuss. Staaten.

²⁾ Ср. заголовокъ, откуда взято приведенное предписаніе.

³⁾ Любопытно, что къ заголовку, откуда взято приведенное предписаніе, «*von Verfahren im Possessorio summariissimo*» добавлено «*und in Spolien-sachen*». Общается, однимъ словомъ, различіе, которое, однако, въ статьяхъ вовсе не проводится. *Grün s* (*Recht*. 438 и д.) не даетъ разъясненій.

⁴⁾ Ср. *Bay er*, *Theorie der Summar Proc.* 211. 212. *Endemann D. C. Proc. recht.* 1089, 1090. *Osterloh* (*Summ. Proc.*) допускаетъ предъявленіе встрѣчнаго требованія для т. н. суммарнаго владѣльческаго процесса (*ib.* 201), но не для *remedium spoli* (*ib.* 217).

weilige Verfügungen) дѣла этого рода подлежатъ вѣдѣнію участковыкъ или коллегіальныхъ судовъ (точнѣе, предсѣдателя), смотря по мѣсту нахождения имущества ¹⁾, во вторыхъ, въ качествѣ владѣльческихъ споровъ, вообще, дѣла эти подлежатъ вѣдѣнію участковыхъ или же коллегіальныхъ судовъ, смотря по цѣнности иска ²⁾. Процедура въ случаяхъ перваго рода представляетъ въ существѣ своемъ односторонній характеръ и потому не имѣетъ для насъ значенія, процедура же въ случаяхъ втораго рода — настоящій владѣльческій процессъ ³⁾. И вотъ, оказывается, что дѣла о защитѣ владѣнія, вообще, рассматриваются не въ какомъ либо особенномъ, а въ обычномъ или общемъ порядкѣ судопроизводства, отнюдь не ограничивающемъ права отвѣтчика на предъявленіе средствъ защиты, а слѣдовательно, и на предъявленіе встрѣчныхъ исковъ ⁴⁾.

Такимъ образомъ, выходитъ, что по германскому праву въ дѣлахъ о защитѣ владѣнія, если встрѣчное требованіе предъяв-

¹⁾ Ст. 819—822 С. Р. О.

²⁾ § 23 Ger. Verf. Ges. Ближайшее по вопросу съ опредѣленіемъ цѣнности иска въ дѣлахъ о защитѣ владѣнія ср. напр. Wach, Hand. I, 387, 388, 420; Schmidt, Lehrb. 911 и Seuffert, Comm. къ ст. 6 устава.

³⁾ Въ литературѣ утверждается, что производство о временныхъ мѣрахъ заступило мѣсто *possessorium summarissimum*. Ср. напр. Seuffert, Comment къ ст. 819; Pfüger, Die sogen. Besitzklagen 379 и д. Утвержденіе въ такой общей редакціи мало убѣдительно. (Въ особенности, настоятельно рекомендуетъ названную процессуальную форму и притомъ для дѣлъ о защитѣ владѣнія вообще, — Pflüger). Остается обратить вниманіе, что въ силу п. 4, ст. 16 Положенія о введеніи въ дѣйствіе Уст. гражд. судопр.: Die Vorschriften des bürgerlichen Rechts, nach welchen in bestimmten Fällen einstweilige Verfügungen erlassen können ...bleiben unberührt. Однако, трудно понять, въ чемъ проявляется значеніе этой оговорки въ дѣйствительности. Впрочемъ, и въ литературѣ нѣкоторые стоятъ за отрицаніе. Ср. напр. Loening, W. Kl. 44, прим. 41; К. И. Малышевъ, Курсъ III, 332, прим. 18. Contra: напр. Seuffert Comment. къ ст. 819 С. Р. О.; Ubbelohde-Glück Interdikte II, 502.

⁴⁾ Die Civilprozessordnung kennt für den Besitzprozess besondere Verfahrensvorschriften nicht (Materialien zu d. R. J. Gesetznovellen I, 146). Въ свою очередь, и составители гражданскаго уложенія, редактура статьи о владѣніи, все время имѣли въ виду Ausschluss petitorischer Einwendungen и только.

ляется для зачета, то оно не допускается, а если, въ качествѣ встрѣчнаго иска, вообще,—то допускается. Не трудно видѣть насколько несообразна такая постановка средствъ защиты отъ вѣтчика: совершенно одинаковое по идеѣ возмездіе за нарушение владѣнія, и не смотря на совершенно одинаковую процессуальную обстановку, въ одномъ случаѣ поощряется, а въ другомъ ограничивается ¹⁾).

Австрійское гражданское уложение не допускаетъ зачета въ случаяхъ самовольнаго захвата: *Eigenmächtig entzogene... Stücke* ²⁾ sind überhaupt kein Gegenstand der Kompensation ³⁾. Въ свою очередь, и процессуальное законодательство не сочувствуетъ предъявленію встрѣчнаго иска въ дѣлахъ о защитѣ владѣнія. Направленіе это было свойственно уже до-реформенному законодательству, установившему особое сокращенное производство для т. п. *Besitzstörungsstreitigkeiten* ⁴⁾. Новое процессуальное законодательство, относя дѣла о за-

(Ср. ст. 863 В. Г. В. и *Motive* III, 129, а также *Denkschrift* 112 и *Bartels* въ *Gruchot's Beiträge* XLII, 678). *Kohlet* (*Zeitsch.* XXIV, 48) безъ какихъ либо поясненій, упоминаетъ о сокращенности при *Spolienklage*.

¹⁾ Въ литературу имѣется слѣдующее явное подтвержденіе необходимости сближенія встрѣчнаго иска съ зачетомъ по разсматриваемому вопросу *Loening*—авторъ новѣйшей монографіи о встрѣчномъ искѣ по дѣйствующему имперскому законодательству — приурочивая это ограниченіе къ папскому законодательству (*W. Kl.* 43, 44), не допускаетъ, вообще, встрѣчный искъ при *actio spoli* или, иначе говоря, самъ того не замѣчая, сводитъ встрѣчный искъ къ зачету.

²⁾ Выраженіе это, понятно, объясняется упрочившимся воззрѣніемъ на зачетъ. См. выше 168 и д.

³⁾ 1440 Австр. гражд. улож. Литература приурочиваетъ приведенную статью непосредственно къ воспрещенію Юстиніана. Ср. напр. *Unger* въ *Grünhut's Zeitsch.* XV, 550, пр. 22 или *Hase n d h r l Oblig.* II, 557 прим. 97. Не усматриваемъ основанія отрицать ближайшее вліяніе папскаго законодательства.

⁴⁾ *Kaiserl. Verordn.* 1849 г., общій смыслъ котораго не даетъ права предъявлять встрѣчные иски. Ср. также литературу: *Pollak W. Kl.* 138. *Can nstein, Lehrb.* I, 47, 221 и д.; П. 655 и д.; *Ullmann C. P.* 407, 408. Совершенно иного мнѣнія, однако, голословнаго, *Brun s* (*Besitz* 459).

щитѣ владѣнія къ вѣдомству участковыхъ судей (Bezirksgerichte) ¹⁾, даетъ вмѣстѣ съ тѣмъ цѣлый рядъ специальныхъ правилъ, имѣющихъ цѣлью ускореніе производства по владѣльческимъ искамъ ²⁾. Одно изъ такихъ специальныхъ предписаній гласитъ, именно, слѣдующее: Die Verhandlung ist auf die Erörterung und den Beweis der Thatsache des letzten Besitzstandes und der erfolgten Störung zu beschränken, und es sind alle Erörterungen über das Recht zum Besitze, über Titel, Redlichkeit und Unredlichkeit des Besitzes oder über etwaige Entschädigungsansprüche auszuschliessen ³⁾. Статья эта, стремящаяся, какъ не трудно видѣть, ограничить средства защиты отвѣтчика, едва ли можетъ быть толкуема иначе, какъ въ смыслѣ недопущенія и встрѣчныхъ требованій ⁴⁾.

Въ результатѣ, мы можемъ сказать, что по австрійскому праву въ производствѣ дѣлъ о владѣніи, какъ имѣющемъ сокращенный характеръ, предъявленіе встрѣчныхъ исковъ, или, иначе, зачета вовсе не допускается.

Вышеизложенное относительно французскаго законодательства приходится повторить относительно законодательствъ: *белгійскаго* ⁵⁾, *нидерландскаго* ⁶⁾, *итальянскаго* ⁷⁾.

¹⁾ § 49, 4 Jur. Norm. Cr. 81, 92 ib.

²⁾ § 224, 436, 454—460, 518. Civ. Proc. Ordn.

³⁾ § 457 Civ. Proc. Ordn.

⁴⁾ Въ томъ же смыслѣ, повидимому, и Trutter C. P. R. 469, 470. Cr. однако, Neumann, Kom. 859.

⁵⁾ Code civil art. 1293, 1. Cr. съ art. 3 (12) и 14 закона 25 марта 1876 г.

⁶⁾ Code civil art. 1465, 1 (въ переводѣ Tripels'a). Cr. съ art. 97 и д. Wetboek van burgerlijke Regtswordering. 1896 г. Въ отличіе отъ французскаго законодательства, дѣла о защитѣ владѣнія распределяются между коллегіальными и единоличными судами. Cr. также art. 624 Code civil.

⁷⁾ Codice civ. art. 1289, 1. Cr. съ art. 82 Cod. di proc. civ. и art. 694, 695 Cod. civ. а также Mortara, Manuale I, 354.

Португальское законодательство дважды упоминает о недопущении встречныхъ требованій въ дѣлахъ о владѣніи. Во-первыхъ, гражданское уложеніе: La compensation n'a pas lieu...lorsque la chose due a été enlevée par spoliation à son propriétaire ¹⁾. Во вторыхъ, уставъ гражданского судопроизводства: Não admittem reconvenção... as acções possessórias ²⁾.

Испанское законодательство (матеріальное и процессуальное) не упоминаетъ ни о какихъ ограниченіяхъ относительно случаевъ нарушенія владѣнія ³⁾.

По *швейцарскому* законодательству (матеріальному) зачетъ въ случаяхъ противузаконнаго захвата также рѣшительнымъ образомъ возбраняется: Wider den Willen des Gläubigers können durch Verrechnung nicht getilgt werden:... Verpflichtungen zur Rückgabe oder zum Ersatze... widerrechtlich entzogener oder böswillig vorenthaltener Sachen ⁴⁾.

Обращаясь къ *русскому* праву, мы замѣчаемъ прежде всего полнѣйшее отсутствіе какихъ либо указаній въ матеріальномъ законодательствѣ на разсматриваемое ограниченіе зачета ⁵⁾ — явленіе ничуть не удивительное въ виду достаточно уже извѣстной скудости отечественнаго законодательства по вопросу о зачетѣ. Что же касается до процессуальнаго законодатель-

¹⁾ Art. 767, 2. Code civ. portugais въ перев. Dubois et Lapeyrie.

²⁾ Art. 331 § 1, 2, 6. Código do proc. civ.

³⁾ Относительно сокращенности посе. проц. въ прежнія времена ср. Bruns Besitz 342 и д.

⁴⁾ 132, 2. Bundesges. üb. das Obligationenrecht. Литература сближаетъ это постановленіе съ церковнымъ законодательствомъ (Jauggen Comp. 86). Редакція статьи (Verpflichtungen zur Rückgabe oder zum Ersatze... Sachen), какъ не соответствующая шаблонному представленію о зачетѣ, естественно оставляетъ въ недоумѣніи литературу (Jauggen Ib. 87).

⁵⁾ Въ неосуществившемся проектѣ гражд. улож. 1814 г. (Арх. Гос. Сов. IV, 1. Прил.) предполагалось внести это ограниченіе въ слѣдующей редакціи: запрещается удерживать въ замѣнъ долгу вещи...насилъственно захваченныя (§ 232 Проекта).

ства, то дореформенное законодательство ничуть не ограничивало встречный искъ, какъ это видно изъ слѣдующей статьи законовъ о судопр. гражд.: «отвѣтчикъ обязанъ въ своемъ объясненіи только очищать себя противу статей исковой жалобы, не примѣшивая ничего посторонняго и не вывода своихъ притязаній, если онѣ не имѣютъ связи съ предъявленнымъ противу него искомъ. Симъ не отъемлетя, впрочемъ, у отвѣтника право предъявить въ томъ же судебномъ мѣстѣ встречный искъ»¹⁾. Но и современное законодательство, внѣ всякаго сомнѣнія, допускаетъ встречные иски во владѣльческомъ процессѣ. Какъ извѣстно, владѣльческіе иски подлежатъ, во-первыхъ, вѣдомству низшихъ судебныхъ установленій (судовъ мировыхъ, судовъ городскихъ, земскихъ начальниковъ)²⁾ и разсматриваются этими судами въ обычномъ порядкѣ судопроизводства, ничуть не ограничивающемъ средства защиты отвѣтника; во-вторыхъ, владѣльческіе иски подлежатъ вѣдомству окружныхъ судовъ въ сокращенномъ порядкѣ, также ничуть не ограничивающемъ отвѣтника въ средствахъ защиты³⁾. Въ конечномъ результатѣ, остается прийти къ тому выводу, что по дѣйствующему (чисто русскому праву не имѣется никакихъ основаній не допускать зачета или встречныхъ исковъ въ дѣлахъ о нарушеніи владѣнія.⁴⁾

¹⁾ 2110. Св. Зак. ч. I, изд. 1832 г. О мѣстѣ нахождения въ слѣдующихъ изданіяхъ Свода см. выше стр. 35. Оговорка на счетъ допущенія встречнаго иска составлена, какъ это видно изъ ссылокъ подъ статью, исключительно изъ законодательнаго матеріала о встр. искѣ, вообще.

²⁾ 29, Уст. гражд. суд.; 20, Прав. суд. земск. нач. Ср. рѣш. Пр. Сен. 1873 г. № 1191.

³⁾ 349, 4 и д. Уст. гражд. судопр. Ср. рѣш. Пр. Сен. 1889 № 44, а также Анненковъ Комментар. III, 443.

⁴⁾ Допуская встречный искъ въ дѣлахъ о защитѣ владѣнія (какъ напр. К. П. Побѣдоносцевъ Суд. руков. № 1099; К. И. Малышевъ Курсъ III. 339 прим. 41), литература въ то же время ограничиваетъ зачетъ въ подобнаго рода дѣлахъ, подражая западно-европейскому праву, (К. П. Побѣдоносцевъ Гр. пр. III, 189 и за нимъ Мышь въ Суд. Вѣстн. 1873 № 11 и Анненковъ въ Журн. Гр. и Уг. Пр. 1890, VIII, 11 и въ Си-

Въ матеріальномъ законодательствѣ Польскаго края буквально воспроизводится редакція Code civil: зачетъ имѣеть мѣсто, каковы бы ни были причины зачитаемыхъ долговъ, за исключеніемъ ...въ случаѣ иска о возвращеніи вещи, которой собственникъ былъ неправильно лишенъ ¹⁾. Процессуальное же законодательство или, иначе, уставъ гражд. судопр. 1864 г., также отнюдь не стѣсняетъ свободу предъявленія встрѣчныхъ исковъ ²⁾. Въ конечномъ результатѣ: встрѣчный искъ во владѣльческомъ процессѣ не можетъ быть допущенъ въ томъ случаѣ, если предъявленъ будетъ искъ о возвращеніи вещи, отнятой неправымъ путемъ отъ собственника.

Въ матеріальномъ законодательствѣ Остзейскаго края также имѣется ограниченіе зачета при возстановленіи нарушеннаго владѣнія, причемъ, редакція этого ограниченія слѣдующая: противъ иска о возвращеніи вещи, ...незаконно захваченной противникомъ, зачетъ не допускается ³⁾. Ссылка подъ статьей дѣлается на вышеприводившееся повелѣніе Юстиніана.⁴⁾ Съ другой стороны, въ тѣхъ же гражданскихъ законахъ имѣется и такая статья: до времени введенія вновь въ отнятое владѣніе, лишенному онаго предоставляется отклонять всякій гражданскій, со стороны вытѣсниваемаго его, искъ, посредствомъ отвода

стемѣ III. 462) и свято вѣруя, конечно, въ матеріальный характеръ разсмотрѣннаго ограниченія, причемъ, въ качествѣ обмотивировки, указывается на наказуемость самоуправства (Мышь, Анненковъ) и, сверхъ того, на невозможность допущенія противорѣчащаго зачету т. наз. права задержанія или удержанія (Анненковъ), Обмотивировка на уголовной почвѣ не вяжется съ допущеніемъ судебногражданской защиты владѣнія, не только законнаго, но и, какъ извѣстно, незаконнаго. Ссылка же на удержаніе даже вовсе не доказательство, ибо все время рѣчь идетъ, именно, о зачетѣ, а не объ удержаніи—явленіи, совершенно иного характера.

¹⁾ 1293. Кодекса Наполеона.

²⁾ 1489. 3, а также 1482. Уст. гражд. судопр.

³⁾ 3555. Зак. гражд. оств. губ.

⁴⁾ I. 14, § 1, 2. C o d. 4, 31.

насилія (exsertio spoli) ¹⁾. Соображая объ статьи, не трудно видѣть, что вторая статья поглощаетъ, въ сущности, первую, или что, иначе говоря, воспрещеніе зачета или встрѣчнаго иска происхожденія такого же, какъ и по германскому праву, возникло на почвѣ не чисто римскаго, а на почвѣ средне-вѣковаго папскаго права ²⁾, преобразившись въ матеріальное, благодаря содѣйствію позднѣйшей доктрины. Ограниченіе зачета или встр. иска при нарушеніи владѣнія по остзейскому законодательству могло еще имѣть смыслъ въ періодъ до введенія судебной реформы 1864 г. въ виду того, что прежній владѣльческій процессъ относился къ числу производствъ суммарныхъ ³⁾; въ настоящее же время, когда дѣла о защитѣ владѣнія, такъ же какъ и въ коренной Россіи, подлежатъ разсмотрѣнію безъ стѣсненія средствъ защиты ⁴⁾, разсмотрѣнное изъятіе, подобно изъятію польскаго законодательства, представляется чистѣйшимъ анахронизмомъ ⁵⁾.

Согласно *финляндскаго* законодательства, дѣла о защитѣ владѣнія производятся обыкновеннымъ исковымъ порядкомъ ⁶⁾, а потому, надо полагать, едва ли можно считать недопустимымъ въ подобнаго рода дѣлахъ предьявленіе встрѣчныхъ исковъ.

Обозрѣвая вышеизложенное, приходимъ къ такому выводу:

¹⁾ 696. Зак. гражд. оств. губ.

²⁾ Spoliatus ante omnia restituendus.

³⁾ По примѣру герм. проц. Ср. К. И. Малышевъ, Курсъ III, 845 пр. 61 и 849 пр. 66.

⁴⁾ 1799, 1806. Уст. гражд. судопр.

⁵⁾ Представители матеріальнаго права, указавъ, что постановленіе гражданскихъ законовъ есть *gemeinrechtliche Ausnahme*, ограничиваются одной перефразировкой статьи (Er d m a n n, System IV, 222); но и представители процессуальнаго права не допускаютъ встрѣчнаго иска во владѣльческомъ процессѣ на томъ основаніи, что вопросъ о допущеніи встрѣчнаго иска долженъ быть рѣшаемъ по соображеніи съ матеріальнымъ законодательствомъ, заключающимъ въ себѣ вышеприведенную статью объ *exsertio spoli*. Ср. B u n g e В. С. Р. II, 226).

⁶⁾ К. И. Малышевъ, Курсъ III, 344 пр. 59.

ограниченіе зачета или встрѣчнаго исковаго требованія въ случаяхъ нарушенія владѣнія, неизвѣстное только испанскому и (чисто) русскому праву, находитъ себѣ объясненіе отнюдь не на матеріальной, а на процессуальной почвѣ, именно, какъ это вполне явственно можетъ быть обнаружено изъ римскаго права, возникло вслѣдствіе потребности создать для дѣлъ о защитѣ владѣнія, какъ можно болѣе скорое производство ¹⁾; что же касается до матеріальнаго характера, приобрѣтеннаго разсмотрѣннымъ ограниченіемъ въ послѣдующія времена, то это не болѣе какъ порожденіе ошибочнаго толкованія доктриною источниковъ римскаго права. Однимъ словомъ, въ виду присущаго владѣльческому процессу тяготѣнія къ незамедлительности ²⁾, встрѣчный искъ или зачетъ, полагаемъ, не слѣдуетъ допускать въ случаяхъ нарушенія владѣнія, однако, не безусловно, какъ это мы видимъ въ австрійскомъ и въ португальскомъ законодательствѣ, а условно, т. е. предоставивъ усмотрѣнію суда рѣшать этотъ вопросъ въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ въ зависимости отъ большей или меньшей сложности даннаго дѣла. Въ концѣ концовъ: и мѣсто разсмотрѣнному ограниченію, слѣдовательно, отнюдь не въ матеріальномъ законодательствѣ ³⁾, или же, — по примѣру австрійскаго и пор-

¹⁾ Въ видѣ курьеза: одинъ изъ недавнихъ нѣмецкихъ трудовъ, охарактеризовавъ законодательство Юстиніана какъ *schlecht abgefassten Gesetze*, разсмотрѣнное ограниченіе считаетъ не болѣе и не менѣе какъ за *einen der konfusen Aussprüche Justinians* (P f i z e r Anti-Seuffert, 66)!

²⁾ Ср. также въ этомъ смыслѣ напр. К. И. М а л ы ш е в а (Курсъ III 345 и д.). Не подозрѣвая ничего подобнаго и найдя такое ограниченіе въ португальскомъ процессуальномъ законодательствѣ, г. В а с ь к о в с к і й (въ Жур. Юр. Общ. 1894, X, 98), конечно, сначала недоумѣваетъ, а за симъ со свойственнымъ ему легкомысліемъ приходитъ къ выводу, что запрещеніе предъявлять встрѣчные иски въ случаяхъ нарушенія владѣнія врядъ ли можетъ быть чѣмъ либо оправдано!

³⁾ Весьма поучительно, что въ опубликованной въ 1896 г. первой части гражданскаго уложенія Японіи разсмотрѣннаго ограниченіа не имѣется, хотя оно и заключалось въ проектѣ, выработанномъ, по порученію японскаго правительства профессоромъ *Voissonade* (Ср. его *Projet*, II, 675, 698, 699 и *Code civil de l'Empire du Japon* въ переводѣ *Motono* и *Tomii*).

тугальскаго законодательства, — не въ матеріальномъ и одновременно въ процессуальномъ, а исключительно въ процессуальномъ законодательствѣ ¹⁾).

§ 5. Помимо дѣль о владѣніи, имѣется еще такое ограниченіе встрѣчнаго иска на почвѣ вещныхъ правоотношеній: не допускаются встрѣчные иски въ дѣлахъ о недвижимостяхъ вообще. Ограниченіи это, впрочемъ, насколько намъ извѣстно, содержится въ одномъ только законодательствѣ, именно, въ *португальскомъ*: Não admittem reconvenção ... as accões sobre bens immobiliarios ²⁾).

Прочитированная статья по идеѣ своей (какъ мы ее понимаемъ: къ сожалѣнію, неизвѣстны соображенія составителей) едва ли можетъ показаться нецѣлесообразной. Дѣло въ томъ, что процессъ о недвижимости вообще большею частью процессъ сложный, требующій зачастую значительнаго времени; слѣдовательно, чѣмъ меньше объемъ судебного разсмотрѣнія, тѣмъ удобнѣе не только для тяжущихся, но и для судей. Другой вопросъ — насколько умѣстна въ законѣ столь рѣшительная редакція воспрещенія. Воспрещеніе это даже вовсе излишне, если законодатель, подобно Юстиніану, предоставитъ суду не допускать встрѣчный искъ во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда можетъ получиться осложненіе производства ³⁾).

§ 6. Предъявленіе встрѣчнаго иска или зачета на почвѣ

¹⁾ Разсмотрѣнное ограниченіе зачета — казалось бы — новый и, притомъ, весьма вѣсскій аргументъ въ пользу допустимости, вообще, зачета въ вещныхъ правоотношеніяхъ. Тѣмъ не менѣе, толкуя это ограниченіе, литература, какъ можно было видѣть изъ предшествующихъ примѣчаній, ни мало не смущается столь очевиднымъ несоотвѣтствіемъ содержанія разсмотрѣннаго ограниченія съ пропагандируемымъ ею воззрѣніемъ на природу зачета, предпочитая самую невѣроятную натяжку.

²⁾ Art. 331, § 1, 2 Cod. do proc. civ.

³⁾ И здѣсь г. Васьковскій, понятно, недоумѣваетъ: «...запрещеніе вряд ли можетъ быть чѣмъ оправдано». (Ж. Юр. Общ. 1894, X, 93). Непонятны ограниченія, находимыя у представителей литературы относительно недопущенія встрѣчныхъ исковъ по вещнымъ требованіямъ вообще. Ср. выше на стр. 152 цитату изъ Valin, а также Le Camus у Henriou de Pausey Autorité judic. I, 389. прим.

обязательственныхъ правоотношеній подлежитъ также стѣсненію и, притомъ, въ цѣломъ рядѣ случаевъ. Извѣстнѣ всѣхъ недопущеніе зачета или встрѣчнаго иска, если первоначальный искъ вытекаетъ изъ договора поклажи.

Слѣды ограниченія зачета при поклажѣ впервые обнаруживаются въ *римскомъ* правѣ.

Наиболѣе раннее свидѣтельство — свидѣтельство юриста Павла: ...*In causa depositi, compensationi locus non est, sed res ipsa reddenda est* ¹⁾. Т. е. въ дѣлахъ о поклажѣ для зачета нѣтъ мѣста; предметъ долженъ быть возвращень ²⁾. Но почему же? Въ виду отсутствія какихъ либо соотвѣтствующихъ указаній, возможны одни только болѣе или менѣе вѣроятныя предположенія. На нашъ взглядъ вполне допустимо и такое предположеніе: зачетъ при поклажѣ отрицается Павломъ въ виду неудобствъ чисто процессуальныхъ—въ виду осложненія судебного разсмотрѣнія. Предположеніе наше едва ли можетъ показаться рискованнымъ, если, съ одной стороны, обратить вниманіе на отсутствіе яснаго представленія насчетъ судебного производства по *actiones depositi directa* и *contraria*, а съ другой стороны припомнить тѣ различныя мѣропріятія, которыя предпринимались еще раньше II и III вѣка (когда жилъ Павель) для ускоренія судопроизводства ³⁾.

Совсѣмъ иного характера слѣдующее свидѣтельство—свидѣтельство юриста Модестина: *Actione depositi conventus servo constituto cibariorum nomine apud eundem iudicem utiliter experiri* ⁴⁾. Т. е.: принявшій на сохраненіе раба, будучи привлечень къ суду, имѣетъ право искать у того же судьи издержки

¹⁾ Pauli, Sentent. XII, 12.

²⁾ Ср. также у Meunial Comp. 18, 19.

³⁾ Ср. напр. Gai. Inst. IV. 103—106. и Bethm.-Hollw. C. P. II. 168. 159, 185, 207, а также Hartmann-Ubbelohde Ordo iudiciarius въ различныхъ мѣстахъ.

⁴⁾ Fr. 23 Dig. 16, 3. Modestini Different. Ср. повтореніе въ Col. lat. leg. mos. X, 2, 5: *actione depositi conventus cibariorum nomine apud eundem iudicem utiliter experitur.*

по пропитанію (раба) ¹⁾. Рѣчь идетъ о встрѣчномъ искѣ, который предоставляется вчинить поклажепринимателю, коль скоро отъ него будутъ требовать предметъ поклажи. Иначе говоря, въ отличіе отъ предшествующаго текста, настоящій допускаетъ при поклажѣ встрѣчное требованіе. Если не забывать, что настоящій текстъ относится ко времени, болѣе позднему, чѣмъ текстъ предшествующій, то возможно дальнѣйшее предположеніе такого рода: процедура съ теченіемъ времени стала осложняться, а слѣдовательно и встрѣчное требованіе при поклажѣ, прежде не допустимое, съ теченіемъ времени могло получить доступъ въ суды.

Наконецъ, у Юстиніана мы снова встрѣчаемся съ недопущеніемъ зачета при поклажѣ. Объ этомъ Юстиніанъ трактуетъ дважды—въ извѣстныхъ уже намъ повелѣніяхъ 529 и 531 гг. ²⁾.

Повелѣніе 529 г., специально посвященное договору поклажи, имѣетъ, по преимуществу, рѣшающее для насъ значеніе, заключаая въ себѣ слѣдующее въ высшей степени важное для нашей цѣли поясненіе: *Sed et si ex utraque parte aliquid fuerit depositum, nec in hoc casu compensationis praepeditio oritur, sed depositae quidem res vel pecuniae ab utraque parte quam celerrime sine aliquo obstaculo restituantur, ei videlicet primus, qui primus hoc voluerit et postea legitimae actiones integrae quoque ei reserventur* ³⁾. Т. е.: и если поклажа будетъ взаимная, всетаки зачетъ, какъ сопровождающійся задержкой, не долженъ быть допускаемъ; предметъ поклажи подлежитъ немедленному возвращенію тому, кто объ этомъ будетъ просить первымъ, а затѣмъ остается предъявить иски по общимъ правиламъ. Какъ видимъ, совершенно ясное указаніе на причину недопущенія зачета—осложненіе производства. Не можетъ быть предъявлено встрѣчное требованіе даже при взаимной по-

¹⁾ Ближайшее относительно редакціи отрывка см. у Appleton's Comp. 491 и прим. 2.

²⁾ Выше стр. 48—51.

³⁾ l. 11 Cod. 4, 34. Ср. выше стр. 48, 49.

кладѣ ¹⁾ и только потому, что дѣла о покладѣ должны разсматриваться безъ промедленія.

Повелѣніе 531 г., занимаясь огражденіемъ процедуры, вообще, отъ всякаго рода осложненій ²⁾, подтверждаетъ, только въ болѣе широкой редакціи, прежде объявленное, т. е., нѣтъ сомнѣнія, только что упомянутое воспрещеніе 529 г.: ...*excerpta actione depositi secundum nostram sanctionem, in qua nec compensationi locum esse disposuimus* ³⁾.

Такимъ образомъ, какъ не трудно убѣдиться, Юстиніанъ устранилъ зачетъ при покладѣ единственно по тѣмъ соображеніямъ, что дѣла, вытекающія изъ договора поклажи, должны разсматриваться какъ можно скорѣе или, иначе говоря, Юстиніанъ устранилъ зачетъ при покладѣ несомнѣнно въ виду однихъ только процессуальныхъ соображеній ⁴⁾.

Въ концѣ концовъ, ограниченіе зачета и, вмѣстѣ съ тѣмъ, встрѣчнаго иска по римскому праву находятъ себѣ объясненіе на процессуальной почвѣ — дѣла подобнаго рода должны разсматриваться внѣ какихъ бы то ни было осложненій ⁵⁾.

¹⁾ Нельзя не согласиться съ Appleton'омъ (Comp. 490, прим. 1), что взаимная поклажа — случай, однако, совершенно исключительный.

²⁾ Выше стр. 49-51.

³⁾ L. 14, § 1. Cod. 4, 31. Относительно того, что оговорка эта не на мѣстѣ, ср. Appleton, Comp. 489, 490.

⁴⁾ Не совсѣмъ ясная редакція Институцій (IV, 6 § 30) въ виду однихъ уже хронологическихъ основаній можетъ быть оставлена нами безъ вниманія.

⁵⁾ Касаясь вопроса о недопущеніи зачета при покладѣ по римскому праву, литература, по обыкновенію, ссылается на свидѣтельства Павла и Юстиніана. Ср. Krug, Comp. 200-205; Hartter, Comp. 122, 123; Sargius W. Kl. 364-372; Brinz Comp. 145 прим. 3 ср. также 54, 55 и Paldekten 481 (равумѣющій, впрочемъ, подъ *compensatio* у Юстиніана задержание — *retentio*); Schwannert Comp. 59; Dernburg Comp. 500, 513-515; Desjardins Comp. 117, 118, 149, 160, 162; Pillete въ Rev. Hist. VII. 152; Eisele Comp. 351-355; Windscheid Pand II, 336; Wendt Pand 363; Wetter Oblig. 491, 492; Tessier Comp. LXXXIII; Appleton Comp. 223, 421, 489-495. Что же до свидѣтельства Модестина, то оно, вообще, игнорируется, какъ относящееся ко встрѣчному иску, такъ что и въ наиболѣе обстоятельныхъ изъ изслѣдованій о зачетѣ, хотя и упоминается объ этомъ

Относительно *средневековой* права находимъ слѣдующія указанія:

У Ирнерія: *Excerpta actione depositi, in qua, licet quantitas ab utraque parte debeatur, tamen compensatio non admittitur, ei prius restituendo qui prius hoc fieri postulavit*

свидѣтельствъ, но въ связи съ разсматриваемымъ вопросомъ. Ср. напр. Dernburg Comp. 249, прим. 1 и Eisele Comp. 352, прим. 102. Новѣйшее изслѣдованіе о зачетѣ Appleton'a, впрочемъ, не исключило изъ совмѣстнаго разсмотрѣнія отрывокъ Модестина. Но, дѣло въ томъ, что отрывокъ этотъ толкуется Appleton'омъ въ качествѣ вошедшаго въ *Corpus iuris*. т. е. не исторически, а лишь догматически, и это тѣмъ болѣе странно, что тотъ же ученый одновременно привлекаетъ къ своему разсмотрѣнію и не вошедшій въ *Corpus iuris* отрывокъ Павла (ср. о недоумѣніяхъ по этому поводу ib. 492 прим. 2). Довольствуясь Павломъ и Юстиніаномъ, литература вмѣстѣ съ тѣмъ, какъ оказывается, придаетъ означеннымъ текстамъ такой, ничуть не оправдываемый всѣмъ содержаніемъ ихъ смыслъ, что будто бы въ нихъ рѣчь идетъ лишь о случаяхъ возвращенія предмета поклажи по требованію поклажедателя (нѣкоторыя сомнѣнія, впрочемъ, возбуждаетъ изложеніе Krug'a 204, 205 и Windscheid'a Pand II, 336). Засимъ, самое объясненіе недопущенія зачета при поклажѣ во-первыхъ, дается не всѣмъ (какъ напр. не дается Schwaner't'омъ, Windscheid'омъ, Wendt'омъ а во-вторыхъ, если и дается, то оставляетъ крайне смутное впечатлѣніе болѣею частью появленіе такого воспрещенія совершенно произвольно приводится, именно, въ связь съ нарушеніемъ со стороны поклажепринимателя или хранителя довѣрія или добросовѣстности (какъ напр. Hartter, Sartorius, Wetter, Desjardins, Pillete, Tessier, Dernburg; послѣдній, впрочемъ, упоминаетъ вскользь (Comp. 513) и объ *Abschneidung von Weiterungen*). Другіе объясненіе находятъ не на почвѣ карательной, а на почвѣ различія историческихъ судебъ зачета и задержанія (*retentio*), указывая, именно, на то, что, въ отличіе отъ свидѣтельства Павла, согласно которому при воспрещеніи зачета оставалось въ силѣ задержаніе, реформа Юстиніана заключалась якобы въ томъ, что воспретила при поклажѣ и задержаніе (*Appleton*, очевидно, подъ влияніемъ Brinz'a). Наконецъ, можно указать и еще на одно объясненіе, которое также въ противнѣжность явному смыслу текстовъ пыгается, при помощи логическихъ ухищреній, установить различіе въ толкованіи текстовъ по предмету (Eisele). Вообще, что тексты разумѣютъ предметъ зачета въ такомъ широкомъ смыслѣ, какъ *res*, вызываетъ, понятно, недоумѣнія, устранять которыя приходится путемъ различнаго рода, но слишкомъ очевидныхъ натяжекъ, такъ какъ въдѣлъ тексты и не думаютъ ограничивать предметъ поклажи изъ за зачета. Ср. еще Jhering'a (*Geist* III. 49 и прим. 37) касающагося ветр. треб. при поклажѣ, но въ выраженіяхъ, слишкомъ неопредѣленныхъ.

postremo quod alii debetur solvendo ¹⁾). Не трудно видѣть, что Ирнерій перефразируетъ, въ сущности, повелѣніе Юстиніана 529 г., умалчивая, однако, о тѣхъ побудительныхъ причинахъ, которыя вынудили Юстиніана на недопущеніе зачета при поклажѣ ²⁾).

Другіе средневѣковые источники изъ раннихъ ограничиваются перефразировкой повелѣнія 531 г.: Такъ, у Басціана читаемъ: ...ex ordine namque omni actione compensatio obicitur ...praeterquam depositi ³⁾). Подобно тому у англо-норманскаго канониста: ...praeterquam ... actioni depositi ⁴⁾).

Наконецъ, папа Григорій скомбинировалъ изъ обоихъ повелѣній Юстиніана 529 г. и 531 г. слѣдующ. декретъ.: Sane depositori licuit pro voluntate sua depositum revocare, contra quod compensationi . . . locus non fuit, ut contractus, qui ex bona fide oritur ad perfidiam minime referatur, licet compensatio admittatur in aliis, si causa, ex qua postulatur, sit liquida, ita quod facilem exitum credatur habere ⁵⁾), т. е. поклажедатель можетъ потребовать возвращенія предмета поклажи, приче́мъ, дабы предупредить недобросовѣстность, зачетъ не допускается; впрочемъ, въ другихъ случаяхъ, если не будетъ промедленія, зачетъ допускается ⁶⁾).

¹⁾ Irnerii Summa IV, 38 (Fitting стр. 108). Ср. Его же Quaestiones de iure subtil. (Fitting, 82).

²⁾ Выраженіе *quantitas*—едва ли не первый проблескъ того ограниченія зачета, которое впоследствии вылилось въ форму общаго правила. Впрочемъ, надо еще условиться насчетъ историческаго толкованія названнаго выраженія.

³⁾ Bassiani Libelli de de ordine iudiciorum § 561 (Gaudenzi 243).

⁴⁾ Въ изд. Schulte стр. 26.

⁵⁾ Cap. 2. lib. 3, tit. 16. Corp. iur. can.; II. стр. 517, 510. Очевидно, что до слова *licet*—повелѣніе 529 г.; въ остальномъ—повелѣніе 531 г.

⁶⁾ Ср. выше стр. 150. Литература либо ограничивается ссылкой на этотъ источникъ безъ дальнѣйшихъ поясненій, какъ напр. Desjardins Comp. 209, либо, какъ Dernburg Comp. 266, приводитъ самый текстъ, сопровождая его слѣдующимъ замѣчаніемъ: Das canonische Recht erkennt das Compensationsrecht ausdrücklich an, wenn sich auch gerade aus seiner Bestimmung durchfühlen lässt, dass auch hier vom Standpunkte der nationalen Anschauungen aus Widerstand gegen dasselbe nicht fehlte. Вотъ все, что нашелъ въ тек-

Такимъ образомъ, по крайней мѣрѣ, въ начальномъ своемъ развитіи средневѣковое право отражаетъ законодательство Юстиніана, но съ тѣмъ различіемъ, что оговорка Юстиніана насчетъ побудительной причины къ ограниченію зачета при поклажѣ не попала ни въ одинъ изъ выше приведенныхъ источниковъ, уступивъ мѣсто въ папскомъ законодательствѣ указанію на «добросовѣстность» — обмотивировка, конечно, весьма подходящая для духовной среды ¹⁾).

Въ дальнѣйшемъ развитіи обнаруживается, съ одной стороны, вліяніе римскаго права, а съ другой, въ еще большей степени, вліяніе церковнаго права.

Такъ еще въ XIV вѣкѣ извѣстный итальянскій юристъ Бартоль утверждаетъ, что встрѣчный искъ, подобно зачету, не мыслимъ въ дѣлахъ о поклажѣ ²⁾). Утвержденіе дважды цѣнное: во первыхъ потому, что не дѣлаетъ различія въ смыслѣ разсматриваемаго ограниченія между зачетомъ и встрѣчнымъ искомъ; во вторыхъ потому, что, умалчивая о побудительной причинѣ, даетъ право относить эту причину къ процессуальной обстановкѣ того времени. Дѣйствительно, такъ наз. статуты или законодательства итальянскихъ городовъ, начиная съ XIII вѣка, удостовѣряютъ, что дѣла по обязательствамъ подлежали особому, суммарному или сокращенному порядку судопроизводства, при которомъ не допускалось даже никакихъ возраженій, какъ напр.: *non obstante aliqua exceptione vel defensione iuris vel facti* ³⁾ . . . *omni exceptione iuris et facti remota* ⁴⁾). Засимъ, хотя мало по малу въ суммарное производ-

ствѣ *De n b u g*. Но причемъ тутъ «національныя» (читай: германскія) возраженія—едва ли понять для негерманца.

¹⁾ Любопытно, что *Pollak* (*W. Kl.* 54, 56), не сочувствующій, вообще (см. выше стр. 53 прим.) отождествленію встрѣчнаго иска съ зачетомъ, тѣмъ не менѣе проповѣдуетъ, неизвѣстно, впрочемъ, по какимъ основаніямъ, недопущеніе встрѣчнаго иска при поклажѣ по церковному праву.

²⁾ *Desjardins* (*Comp.* 205). Къ сожалѣнію, не могли проверить этой ссылки, по неизмѣнно подъ рукою сочиненій Бартола.

³⁾ *Bresciae* XIII вѣка p. 1584 (въ *Monum. hist. patr.*)

⁴⁾ *Casale* XIV в. col. 977. (ib).

ство по обязательствамъ и проникають возраженія ¹⁾, тѣмъ не менѣе еще въ XVI вѣкѣ находимъ слѣдующее въ высшей степени важное для насъ свидѣтельство извѣстнаго итальянскаго процессуалиста Маранта: ...quando agitur ex deposito, non habet locum reconuentio . . . ratio est, quia instrumentum depositi habet executionem paratam ²⁾. Распространяя на встрѣчный искъ ограниченіе, свойственное, въ сущности, т. н. зачету, Маранта — что крайне знаменательно — такъ же какъ и Бартоль, не отличаетъ встрѣчнаго иска отъ зачета ³⁾; ссылаясь же на *executio parata*, названный юристъ сводитъ побудительную причину ограниченія къ процессуальной обстановкѣ ⁴⁾. И въ самомъ дѣлѣ: въ статутахъ приблизительно той же эпохи не трудно найти вполне очевидныя ограниченія средствъ защиты при суммарномъ производствѣ по документамъ и притомъ въ дѣлахъ, именно, о поклажѣ. Вотъ, напр. что читаемъ въ статутахъ г. Лукки первой половинѣ XVI в.: ...si quis ...se..obligaverit ...ex causa ...depositi...si de tali obligatione appareat publicum instrumentum...teneatur...vicarius...viso dicto publico instrumento et elapso termino ...absque alia citatione vel alia causae cognitione talem debitorem capere vel capi facere ⁵⁾. Какъ видимъ, возраженія вовсе не допускаются. Или напр. какъ въ статутахъ г. Веллетри, допускаются только нѣкоторыя возраженія: Si creditor ostenderit ac assignaverit iudici publicum instrumentum ...depositi ...et instrumentum non habet executionem paratam ...iudex ...statuat terminum ...ad probandum exceptiones falsitatis, solutionis, factae prorogationis termini vel non completi et alias exceptiones evi-

¹⁾ Ср. напр. Stat. Tivoli около 1400 г. (Briegleb Exec. Proc. II, 221), Stat. Vicenza 1426 г. (ib. 239), Stat. Cori 1547 г. (ib. 285).

²⁾ Maranta e Spec. aur IV Pars, Dist. 6, № 36 стр. 127.

³⁾ Дѣло въ томъ, что въ изложеніи Маранта, откуда ввать приведенный отрывокъ, рѣчь идетъ, именно, о встрѣчномъ искѣ.

⁴⁾ *Executio parata* — терминъ итальянскихъ статутовъ, обозначающій особое сокращенное производство по актамъ или документамъ.

⁵⁾ Lucca 1532, Lib. I, Cap XI (Briegleb. Exec. Proc. II, 263).

dentis ex inspectione instrumenti ¹⁾ Съ теченіемъ времени, кругъ дѣлъ, подлежащихъ суммарному производству, все болѣе и болѣе расширяется ²⁾, — движеніе, приведшее неминуемо къ тому, что суммарное производство постепенно само стало на мѣсто обыкновеннаго порядка судопроизводства, воспринявъ, въ концѣ концовъ, и всю сложность послѣдняго ³⁾. Не мудрено, что въ дальнѣйшемъ окончательно утрачивается и надлежащее представленіе о происхожденіи разсматриваемаго ограниченія; вмѣсто того, по образцу церковнаго права упрочивается такое объясненіе, которое приводится въ связь исключительно съ идеею довѣрія или добросовѣстности, какъ присущей договору поклажи, и которое даетъ въ результатѣ представленіе о разсматриваемомъ явленіи, какъ о явленіи чисто матеріальнаго характера и, притомъ, ограниченномъ случаями требованія возвращенія поклажи—что вовсе не было присуще римскому праву.

Вліяніе церковнаго права прежде всего мы замѣчаемъ во французскомъ правѣ. Оказывается, что, не смотря на противодѣйствіе судебной практики ⁴⁾, доктрина въ лицѣ извѣстнѣйшихъ юристовъ какъ *Boutillier* ⁵⁾, *Charondas* ⁶⁾, настойчиво

¹⁾ *Velletri* 1544 г. Lib. II, Cap. XV (*Briegleb*, ib. 280).

²⁾ *Lites et quaestiones audiantur, cognoscantur et definiantur summarie, simpliciter et de plano, bona fide, etc.* (*St. Genoa* 1597. L. II. Cap. 2. у *Briegleb*'a Einleitung, 112). . . *Quod omnes causae sint summarie* (*Stat. S. Marini* 1599 г. L. II. R. VI). Ср. также *Pertile Storia* 605—607.

³⁾ Приводить доказательства не къ чему: любой статутъ изъ обобщающихъ прежніе суммарные случаи можетъ служить тому подтвержденіемъ.

⁴⁾ Ср. напр. случай, относящійся къ практикѣ парижскаго парламента и приводимый *Desjardins*'омъ (*Comp.* 302, 303): en 1581 le Parlement de Paris admit la compensation opposée par un dépositaire de biens de justice aux héritiers d'un poursuivant. Въ болѣе раннія времена зачетъ при поклажѣ едва ли могъ быть допускаемъ, но въ силу чисто процессуальныхъ условій ограниченія защиты вообще въ производствѣ по документамъ. Ср. напр. *Schwalbach* C. Fr. 122 и д.

⁵⁾ *Desjardins* *Comp.* 260, 302.

⁶⁾ *Ib.* 302, 303. Впрочемъ, если вѣрить *Desjardins* (*Comp.* 349), не безъ нѣкотораго противодѣйствія.

проводила идею, что *la raison procède de la bonne foi qui doit abonder au dépôt.* ¹⁾

Въ концѣ концовъ, идея эта, при содѣйствіи Потье, проникла и въ дѣйствующее французское законодательство—въ *Code Civil*, въ которомъ разсматриваемое ограниченіе выражено въ слѣдующей редакціи: *La compensation a lieu, quelles que soient les causes de l'une ou l'autre des dettes; excepté dans le cas: ...de la demande en restitution d'un dépôt* ²⁾, т. е. зачетъ не допускается въ случаѣ требованія о возвращеніи (предмета) поклажи. Какъ видимъ, ограниченіе зачета при поклажѣ дѣйствительно приобрѣло значеніе чисто матеріальное и, сверхъ того, свелось къ одному случаю—къ случаю возвращенія поклажи ³⁾. Таки́мъ образомъ, дѣйствующее законодательство не только упрочило за разсматриваемымъ ограниченіемъ зачета матеріальный характеръ, но и отклонилось отъ преданій римскаго права еще въ томъ отношеніи, что удовольствовалось весьма узкой сферой примѣненія разсматриваемаго ограниченія. Но удовольствовавшись столь узкой сферой примѣненія разсматриваемаго ограниченія, дѣйствующее матеріальное законодательство тѣмъ самымъ несомнѣнно открыло доступъ для зачета или встрѣчнаго иска при другихъ требованіяхъ по поклажѣ. Слѣдовательно, зачетъ или встрѣчные иски въ дѣлахъ о поклажѣ то не допускаются, то допускаются. Въ итогъ—явная несообразность: во-первыхъ, потому, что всѣ дѣла о поклажѣ представляются совершенно одинаковыми съ процессуальной стороны, подлежа, къ тому же, общему порядку судо-

¹⁾ Desjardins Comp. 302.

²⁾ 1293, § Code civil.

³⁾ Опять таки благодаря Потье, который такъ перефразировалъ приведенный выше отрывокъ Павла: *un depositaire n'est pas admis à opposer aucune compensation contre la demande, qui lui est faite pour la restitution du dépôt qui lui a été confié.* (Oblig. № 625, стр. 311). Но такъ какъ все же надо принять въ соображеніе возможныя по поводу хранения затраты или надержки, то Потье оставляетъ за поклажепринимателемъ право задержанія (*retention*). Однако, почему же и не встрѣчный искъ?

производства; во-вторыхъ, потому что и на почвѣ матеріальной идея «добросовѣстности» никоимъ образомъ не можетъ быть присуща однимъ только случаямъ возвращенія поклажи ¹⁾).

¹⁾ Литература вполне убѣждена, что находящееся въ Code civil ограниченіе зачета при поклажѣ непосредственно вытекаетъ изъ римскаго права. (Ср. напр. Toullier Dr. civ. IV, № 385; Desjardins Comp. 802; Duranton Comp. № 447; Zachariae-Crome Lehrb. II, 373; Dernburg Comp. 514, прим. 2; Appleton Comp. 501, 506). Приурочивая это ограниченіе къ римскому праву, литература, вообще, съ полною увѣренностью указываетъ какъ на мотивы ограниченія—на довѣріе или добросовѣстность, при сущиці договору поклажи (Ср. напр. Toullier Cours IV, № 385; Vidal Comp. 94; Hudelot et Metman Obl. № 414 b.) за однимъ исключеніемъ—Appleton'a, который усматриваетъ въ ограниченіи гражданскаго кодекса воспроизведеніе цѣликомъ ограниченія Юстиніанова законодательства (Comp. 509: Le code a voulu dire: pas de reconvention en pareil cas), или, иначе придаетъ этому ограниченію процессуальное значеніе. Но, при всей желательности подобнаго вывода, послѣдній идетъ въ разрѣвъ съ отмѣченными выше ходомъ развитія ограниченія зачета во времена послѣ римскія, касаться чего не входило въ задачу новѣйшаго французскаго изслѣдователя о зачетѣ. Все вниманіе литературы по поводу разсмотрѣннаго ограниченія зачета устремилось, въ сущности, на опредѣленіе предмета поклажи въ данномъ случаѣ. Усвоивъ себѣ въ качествѣ аксіомы, главнымъ образомъ, подъ влияніемъ, какъ намъ уже извѣстно Потье, что les dettes de corps certain sont pas susceptibles (Oblig. № 625), литература должна была считаться съ этой аксіомой при оцѣнкѣ редакціи разсмотрѣннаго ограниченія; но вѣдь, съ другой стороны, рѣчь идетъ о поклажѣ, предметомъ которой можетъ быть всякая движимость, а не только choses fongibles, какъ при зачетѣ. Какъ тутъ быть? Ископаясь въ комбинаціяхъ, литература остановилась, главнымъ образомъ, на слѣдующей: текстъ имѣетъ въ виду случай т. н. неправильной поклажи (dépôt irrégulier) или тотъ случай, когда предметъ дѣлается собственностью хранителя, обязующагося возвратить, взаменъ принятой, вещь лишь того же качества и количества. (Ср. напр. Toullier Cours IV. № 385; Duranton Cours II, стр. 200, 201; Lagombière Obl. стр. 669, 670; Desjardins Comp. 804. 412, 413; Meunier Comp. 124, 125; Vidal Comp. 94; Baudry-Lacantinerie Précis № 1075; Crome Oblig. 359 пр. 92; Perseau Comp. leg. 43, 44). Безъ сомнѣнія, догадка эта—не болѣе какъ натяжка, опровергаемая уже тѣмъ, что въ соответствующихъ постановленіяхъ Code о поклажѣ не содержится никакихъ подходящихъ указаній. Остается замѣтить, что, по крайней мѣрѣ, нѣкоторыми допускается возможность примѣненія разсматриваемаго ограниченія и къ тѣмъ случаямъ, когда вслѣдствіе утраты предмета поклажи, предъявляется требованіе объ убыткахъ Ср. Daggas-Neggman Code civil къ ст. 1298 № 10.

Германское право восприняло ограниченіе зачета при поклажѣ также подѣ очевиднымъ вліяніемъ папскаго права, но, — что особенно замѣчательно — наиболѣе раннее изъ свидѣтельствъ (второй половины XVI ст.) служить вмѣстѣ съ тѣмъ подтвержденіемъ проводимаго нами воззрѣнія на смыслъ и значеніе встрѣчнаго иска, такъ какъ воспрещаетъ при поклажѣ не зачетъ, а, вообще, встрѣчный искъ: ...die Gegenklag nicht statt hat, als in Deposito, da jemandt einem andern Gelt, oder was anderss zu treu wer Handt hinderlegt hat, und solches wiederumb fordert ¹⁾.

Дальнѣйшія свидѣтельства, тракующія о недопущеніи при поклажѣ зачета—XVIII в. (баварское и прусское законодательства): Hat gegen den Depositarius—actio depositi directa Statt, und kann von ihm, ohne sonderbares obrigkeitliches Verbot oder Arrest, ...unter dem Vorwande einer Kompensation ...eldirt oder aufgehalten werden ²⁾. ...Der, welchem etwas in Verwahrung gegeben... kann sich gegen schuldige Rückgabe mit der Compensation nicht schützen ³⁾. ...Auch als dann findet keine Compensation Statt: wenn der Verwahrer, bei der nicht mehr möglichen Rückgabe der niedergelegten Sache selbst, den Werth derselben zu erstatten verpflichtet ist ⁴⁾.

За сими въ XIX в. вопросъ о недопущеніи зачета при поклажѣ разрѣшается германскимъ правомъ слѣдующимъ образомъ:

Саксонское гражданское уложеніе ограничиваетъ зачетъ при поклажѣ, но не безусловно. Съ одной стороны, именно, мы читаемъ: Gegen Forderungen aus einem Hinterlegungsvertrage ...ist die Aufrechnung ausgeschlossen ⁵⁾. Съ другой стороны: zur Aufrechnung mit Gegenforderungen an den Hinter-

¹⁾ Reformation v. Frankfurt a. M. 1578 (Sartorius W. Kl. 106).

²⁾ Cod. iur. bav. indic. de anno 1753 (Sartorius W. Kl. 366, прим. 67)

³⁾ § 363, I, XVI, 6 Preuss.-Landr.

⁴⁾ § 364 ib. Ср. выше о франц. правѣ.

⁵⁾ § 994 Сак. гражд. Улож.

leger ist der Verwahrer nur berechtigt, wenn dieselben darauf beruhen, dass ihm die hinterlegte Sache Schaden zugefügt oder er auf solche Verwendungen gemacht hat ¹⁾. Иначе говоря, въ отличіе отъ предшествующихъ, саксонское гражданское уложеніе допускаетъ зачетъ для поклажепринимателя или хранителя, если послѣдній по храненію потерпѣлъ убытки или понесъ какія либо издержки ²⁾.

Судебная же практика, въ лицѣ высшаго имперскаго суда, стоитъ самымъ рѣшительнымъ образомъ за недопущеніе, вообще, зачета при поклажѣ, какъ объ этомъ читаемъ въ слѣдующемъ рѣшеніи 1884 г.: ...unterliegt es keinem Zweifel, dass die Kompensationseinrede unzulässig ist... Die Bestimmung der l. 11 Cod. 4, 34 ist nach heutigem gemeinen Rechte noch völlig anwendbar... ...da der Grund der Ausschliessung der Kompensation beim depositum... darin zu finden ist, dass regelmässig der Wille der Vertragschliessenden dahin geht, wegen des dem Hinterlegenden jederzeit zustehenden Rückforderungsrechtes dem Depositar unter keinen Umständen ein Zurückbehaltungsrecht zugestehen ³⁾. Итакъ, въ противоположность саксонскому законодательству, руководящая судебная практика Германіи является выразительницею прежнихъ воззрѣній ⁴⁾.

Наконецъ, гражданское уложеніе Германской Имперіи, въ отличіе и отъ саксонскаго законодательства и отъ начала, усвоеннаго имперскою судебною практикою, вовсе не упоминаетъ объ ограниченіи зачета при поклажѣ ⁵⁾, какъ объясня-

¹⁾ § 1271 ib.

²⁾ Въ этомъ случаѣ Потье, какъ припомнимъ, допускаетъ только retentio.

³⁾ Entsch. XII, 89, 90.

⁴⁾ За прежнія традиціи и почти вся литература. Ср. напр.—изъ пандектистовъ Dernburg Pand II, 178, прим. 13; Windscheid Pand II, 386; изъ коммерціалистовъ Sohn въ Endemann's Handbuch III, стр. 900, прим. 96, стр. 928 прим. 58 и стр. 1034; изъ процессуалистовъ напр. Seuffert Comment. къ ст. 126 C. S. O. Противъ высказался Eisele (Comp. 355).

⁵⁾ Ср. также статьи о поклажѣ (§ 688—700 Von der Verwahrung).

ютъ составители, въ виду бесполезности такого упоминанія ¹⁾.

Какъ видимъ, въ началѣ усвоивши, впрочемъ, не безъ колебаній, формулировку церковнаго права, въ новѣйшемъ своемъ развитіи германское право вовсе не знаетъ никакого ограниченія зачета или встрѣчнаго иска при поклажѣ; подобно тому и дѣйствующее процессуальное право не заключаетъ въ себѣ никакихъ уклоненій для дѣлъ о поклажѣ отъ общихъ правилъ судопроизводства.

Австрійское гражданское уложеніе придерживается недопущенія зачета при поклажѣ: in Verwahrung genommene Stücke sind überhaupt kein Gegenstand der Kompensation ²⁾.

Вышеназложенное относительно *французскому* законодательству вполнѣ примѣнимо и къ законодательствамъ—его копіямъ:

¹⁾ Erscheint die im gemeinen Rechte und in modernen Kodifikationen geltende Beschränkung der Aufrechnung beim Hinterlegungsvertrage ...überflüssig (Motive zu dem Entwurfe II, 113) ...nicht aufgenommen, soweit nicht die Verpflichtung zur Herausgabe bestimmter Gegenstände der Gleichartigkeit der beiderseitigen Forderungen entgegensteht oder der § 287 (§ 398) eingreift. Durch letztere Vorschrift ist das Bedürfniss zur Genüge gedeckt. ib. 105. ...Für die Beibehaltung ...lässt sich auch nicht anführen, dass der Hinterleger mit der Absicht deponire über die hinterlegte Sache zu jeder Zeit verfügen zu können. Eine ähnliche Absicht trifft auch bei dem Prekarium und in vielen Fällen des Mandates zu, während sie unter Umständen bei der Hinterlegung fehlen kann (ib. 580). Ср. также Buchka B. G. B. и Gem. R. 80; Dernburg Pand. II, 178 прим. 18; Förtsch Code civ. и B. G. B. 200. Любопытна аргументація Endemann's Lehrbuch (648 прим. 12): In den meisten Fällen зачета уже потому не можетъ быть, что предметъ поклажи не будетъ соответствовать существенному условию зачета—Gleichartigkeit. Ну, а въ остальныхъ случаяхъ? Wird oft anzunehmen sein, отвѣчаетъ Endemann, dass die Aufrechnung vertragmäßig abgeschlossen wurde. Ну, а тѣ случаи, которые остаются за oft? Какъ видимъ, рядъ гадательныхъ предположеній и только.

²⁾ § 1440. Австр. гражд. улож. Приурочивая это ограниченіе непосредственно къ римскому праву, литература ограничивается перефразировкой: Unger въ Grünhut's Zeitsch. XV, 544 и 550 прим. 20; Haeppel Oblig. 567 и прим. 98. Съ другой стороны, процессуалисты, к. напр. Pollak (W. Kl. 138) рѣшительнымъ образомъ отвергаютъ какое бы то ни было ограниченіе въ этомъ смыслѣ для встрѣчнаго иска вообще.

из бельгийскому ¹⁾, нидерландскому ²⁾, итальянскому ³⁾ и швейцарскому ⁴⁾.

Отрицание зачета при поклажѣ, но въ другой редакціи, отличающейся отъ Code civil, находишь и въ испанскомъ гражданскомъ уложеніи: La compensacion no procederà cuando alguna de las deudas provinieren de deposito o de las obligaciones del depositario ⁵⁾.

Тоже и въ португальскомъ законодательствѣ. Сверхъ того, здѣсь еще та особенность, что рассматриваемое ограниченіе подобно ограниченію зачета при владѣніи одновременно распространяется и на встрѣчные иски: La compensation n'a pas lieu . lorsque l'une des dettes a pour cause un dépôt ⁶⁾. Não admittem reconvenção... as acções de guarda ou deposito ⁷⁾. Удерживая рассматриваемое ограниченіе, въ качествѣ материально-правнаго и не создавая для дѣлъ о поклажѣ никакой сокращенности при производствѣ, португальское законодательство тѣмъ не менѣе заслуживаетъ вниманія, по крайней мѣрѣ, за широту и послѣдовательность редакціи сейчасъ приведенныхъ статей.

Въ русскомъ законодательствѣ материальномъ не имѣется

¹⁾ La compensation a lieu, quelles que soient les causes de l'une ou l'autre des dettes. excepté dans le cas ...de la demande en restitution d'un dépôt 1298, 2 Code civil belge.

²⁾ La compensation a lieu, quelles que soient les causes de l'une ou l'autre des dettes, excepté dans le cas ...de la demande en restitution d'un dépôt, 1465. Code civil neerlandais.

³⁾ La compensazione ha luogo, qualunque sieno le cause dell' uno o dell' altro debito, eccettuati i seguenti casi: ...quando si tratta della domanda per la restituzione del deposito. 1289, 2 Codice civile.

⁴⁾ Wider den Willen des Gläubigers können durch Verrechnung nicht getilgt werden: ... Verpflichtungen zur Rückgabe ...hinterlegter ...Sachen ¹⁾. 132, Bundesg. über das Oblig. Sp. Jauggen Comp. 83—86.

⁵⁾ Art. 1200. Cod. civ.

⁶⁾ 767, 4. Code civil portugais.

⁷⁾ Art. 331 § 1, 5 Порт. проц. код.

никакихъ указаній относительно разсматриваемаго ограниченія зачета ¹⁾; иначе говоря, остается признать, что ограниченія зачета при поклажѣ въ качествѣ матеріально-правнаго явленія у насъ не существуетъ ²⁾. Въ свою очередь, и процессуальное законодательство не даетъ никакихъ основаній къ ограниченію зачета, ибо, хотя иски объ отдачѣ и приѣмѣ на сохраненіе денегъ или иного имущества и должны производиться сокращеннымъ порядкомъ въ окружныхъ судахъ, но порядокъ этотъ, какъ извѣстно, отнюдь не лишаетъ отвѣтчика права на предъявленіе средствъ защиты, а слѣдовательно, и встрѣчныхъ исковъ ³⁾.

Матеріальное законодательство польскаго края восприняло, конечно, и притомъ буквально, соответствующую статью французскаго кодекса: Зачетъ имѣетъ мѣсто, каковы бы ни были причины зачитаемыхъ долговъ, за исключеніемъ слѣдующихъ случаевъ... Когда искъ имѣетъ предметомъ возвращеніе вещи, отданной въ поклажу или въ ссуду ⁴⁾.

Воспрещеніе зачета при поклажѣ содержится и въ матеріальномъ законодательствѣ прибалтійскаго края, заимствовавшемъ

¹⁾ Ограниченіе зачета при поклажѣ предполагалось ввести въ гражданское уложеніе, составившееся въ началѣ истекающаго столѣтія. Вотъ редакція проектировавшейся статьи: Запрещается удерживать въ замѣнъ долгу вещи...для сохраненія взытныя. § 232 Проекта (Архивъ Гос. Сов. IV I Прил.).

²⁾ Обратнаго мнѣнія: Мышь (Суд. Вѣсти.); К. П. Побѣдоносцевъ, Гр. пр. III, 188, 189; Анненковъ въ Журн. Юр. Общ. 1890 г., 8, 11 и въ Сис.т. III, 461, 462. Соображенія таковы: зачетъ немислимъ, ибо нельзя же допустить присвоеніе чужаго имущества, т. е. наказуемое дѣяніе (Мышь, Анненковъ); зачетъ немислимъ и потому, что нельзя же допустить удержаніе чужаго имущества, тогда какъ компенсація есть именно право замѣнять исполненіе требованія обявительствомъ, но не имуществомъ. (Анненковъ). Неужто, однако, поклажеприниматель, предъявляющій встрѣчный искъ объ идержкахъ по храненію, въ самомъ дѣлѣ, присвоитъ или удерживаетъ чужое имущество?

³⁾ Ср. 349—365. Уст. гражд. суд., а также Анненковъ Опытъ III, 486.

⁴⁾ 1293, 2. Код. Наполеона.

его отъ германской доктрины ¹⁾: ...противъ иска о возвращеніи вещи, отданной постороннему лицу на сохраненіе . . .зачетъ не допускается ²⁾. Принимая засимъ во вниманіе отсутствіе какихъ либо соотвѣтствующихъ данныхъ въ нынѣ дѣйствующемъ въ этихъ краяхъ процессуальномъ законодательствѣ, приходится сдѣлать тотъ выводъ, что какъ въ губ. польскихъ, такъ и въ остзейскихъ встрѣчный искъ при поклажѣ подлежитъ ограниченію, не взирая на то, что дѣла подобнаго рода разсматриваются при полной свободѣ предъявленія средствъ защиты ³⁾.

Резюмируя вышеизложенное, получаемъ слѣдующій выводъ: ограниченіе зачета въ дѣлахъ о поклажѣ ⁴⁾ возникши, какъ показываетъ съ очевидностью римское право, исключительно на процессуальной почвѣ, подъ вліяніемъ средневѣковаго папскаго права приобрѣло матеріально-правный и, притомъ односторонній, характеръ и въ такомъ видѣ, благодаря превратному толкованію доктриною римскихъ источниковъ укрѣ-

¹⁾ Ссылки, понятно, дѣлаются на источники римскаго права и въ такой исторической непослѣдовательности: § 39 *Just. Inst.* IV, 6 и I. 11. *Cod.* IV, 34.

²⁾ 8555. *За к. гражд. губ. оств.* Ср. также *ib.* 3793. Литература перефразируетъ статью. Ср. *Erdmann*, *System* IV, 222 и *Bunge*, *S. P.* II. 195. Впрочемъ, *Erdmann* пытается обосновать ограниченіе пѣвѣстнымъ уже намъ образомъ: *es gilt dies als Bruch des Vertrauens.*

³⁾ Хотя и въ сокращенномъ порядкѣ (849—865, 1482, 1487, 1799, 1805 *Уст. гражд. судопр.*), о чемъ см. выше стр. 199.

⁴⁾ Что ограниченіе это относится одинаково и ко встрѣчному иску, подтверждаетъ не только приведенный выше законодательный матеріалъ, но также и литература. Уже издавна, по крайней мѣрѣ, въ германской литературѣ, велся объ этомъ споръ, какъ свидѣтельствуетъ *Lauc* (*Archiv.* XII, 82): *Ist es vorzüglich kontrovers, ob die W. Kl. gegen die actio depositi zulässig sei.* Далѣе, въ известномъ, наиболѣе обстоятельномъ изслѣдованіи о встрѣчномъ искѣ *Sartorius'a* говорится объ ограниченіи встрѣчнаго иска при поклажѣ вполне рѣшительно: *...nach Analogie der Einrede der Kompensation (W. Kl. 364) ...weil die W. Kl. mit der Kompensation verwandt und noch bedeutungsvoller, als diese, ist.* Наконецъ, въ *thèse* о зачетѣ *Perseau* читаемъ: *les exceptions admises pour la comp. leg. sont également applicables à la compensation judiciaire. Par exemple le depositaire etc. (Comp. 88, 89).*

пилось и въ современныхъ законодательствахъ, за исключеніемъ русскаго (однако, не польскаго и прибалтійскаго, какъ непосредственно примыкающихъ къ западно-европейскимъ образцамъ) и затѣмъ одного изъ западно-европейскихъ законодательствъ, опубликованнаго, но еще не вступившаго въ дѣйствіе—гражданскаго уложенія германской имперіи. Не включивъ разсмотрѣнное ограниченіе зачета въ гражданское уложеніе, составители герм. улож. тѣмъ самымъ отвергли его матеріальное значеніе ¹⁾. Дѣйствительно: ограниченію зачета при поклажѣ, какъ не имѣющему матеріальнаго характера, не подобаеъ оставаться въ гражданскихъ законахъ ²⁾.

§ 7. Вслѣдъ за ограниченіемъ зачета при поклажѣ обращаетъ на себя вниманіе ограниченіе зачета при ссудѣ.

Римскому праву ограниченіе это едва ли было извѣстно. По крайней мѣрѣ, во времена Гая зачетъ при ссудѣ не былъ ограниченъ. На это имѣется слѣдующее вполне убѣдительное свидѣтельство Гая, заимствованное изъ той части комментарія на преторскій эдиктъ, которая относилась къ договору ссуды: *Quod autem contrario iudicio consequi quisque potest, id etiam recto iudicio, quo cum eo agitur, potest salvum habere iure pensationis* ³⁾, т. е.: то, что можно искать вторичнымъ су-

¹⁾ Справедливость требуетъ замѣтить, что пальма первенства въ этомъ отношеніи принадлежитъ, однако, не Германіи, а Японіи. Ср. французскій переводъ гг. Мотони и Томіи, опубликованнаго 28 апрѣля 1896 г. Гражданскаго Уложенія, см. 505—512. Въ первоначальномъ проектѣ ограниченіе это было введено. Ср. *Voisvonnade, Projet II*, 675 и 700.

²⁾ Значенательно не сочувствіе къ разсмотрѣнному ограниченію, проявляющееся въ наиболѣе живой отрасли частнаго права—въ правѣ торговомъ. Ср. напр. у Соппа въ *Endemann's Handb.* III, 928 прим. 58, у *Jaugen Comp.* 85. Въ послѣднее время и литература, хотя еще съ нерѣшимостью, пытается обосновать «незамедлительностью» (*unverzügliche Realisierung*) Einrede der Compensazione при поклажѣ. Ср. напр. *Stein, Urkundenproben*, 189. Въ заключеніе, новый образчикъ легкомысленной самоуверенности: неки о поклажѣ, поучаетъ извѣстный уже намъ г. Васковскій (*Ж. Юр. Общ.* 1894 г., X, 98) должны быть ограждены, но не отъ встрѣчныхъ требованій вообще, а только отъ зачета!

а) *Fr. 18 § 4 Dig 18, 6 (commodati vel contra) Gai ad Ed. prov.*

домъ, можно искать посредствомъ зачета и въ первоначальномъ судѣ.

Но, если зачетъ при ссудѣ не былъ ограниченъ въ эпоху Гая, то не слѣдуетъ ли признавать такое ограниченіе введеннымъ впослѣдствіи времени, тѣмъ болѣе, что, какъ указываютъ, существуетъ слѣдующее повелѣніе императоровъ Діоклеціана и Максиміана 299—304 гг.: *Prætextu debiti restitutio commodati non probabilitè recusatur* ¹⁾, т. е. возвращеніе ссуды подъ предлогомъ долга неправильно отвергается. Текстъ весьма краткій и весьма неясный. Дѣлать на основаніи такого ненадежнаго источника выводъ относительно недопустимости при ссудѣ зачета въ позднѣйшія времена представляется безусловно рискованнымъ ²⁾.

Такимъ образомъ, изъ тѣхъ данныхъ, какія имѣются въ нашемъ распоряженіи, дѣйствительно нѣтъ возможности извлечь въ пользу недопущенія зачета или встрѣчнаго иска при ссудѣ

¹⁾ L. 4 Cod. 4, 23. Diocletiani et Maximiani.

²⁾ Текстъ этотъ породилъ цѣлый рядъ болѣе или менѣе произвольныхъ истолкованій. Такъ, еще Аккурсіи утверждалъ, что въ силу приведеннаго текста, зачетъ подлежитъ устраненію въ случаѣ, если требованіе не ликвидно: *Id vero Accursius in hunc modum accipit, si debitum cuius compensatio allegatur, non sit certum et liquidum, verum quidem est debiti non liquidi compensationem non fieri.* (Cujacii in tit. XXIII lib. IV Cod. Opera, IX, стр. 436). Cuias также отвергалъ зачетъ, но вслѣдствіе испорченности текста, долженствующаго якобы относиться не къ зачету, а къ поклажѣ: *Ego nunquam cogitavi in l. ult. pro commodati esse legendum commendati, quod titulus non permittit, sed dixi hanc legem esse notandam quasi Triboniani et ceterorum compositorum erratum, in quorum manus incidit haec constitutio, corrupte haben commodati, pro commendati ...commendatum nil est aliud quam depositum.* (Ib стр. 437 Ср. Ego же In lib. IV prior. Cod. ad tit. XXIII. Opera IX, 2498, 2499). Объ ошибочности предположеній Cuias см. у Dernburg Comp. 161 и Appleton Comp. 496 прим. 1. Литература истекающаго столѣтія, за исключеніемъ Hartter'a (Comp. 124), также не усматриваетъ основаній къ истолкованію текста въ смыслѣ недопущенія зачета, но по соображеніямъ самымъ различнымъ. Ср. напр. Krug Comp. 207; Dernburg Comp. 499 517; Wetter Obl. 492, прим. 9; Desjardins Comp. 161. Appleton Comp. 495 находитъ въ текстѣ условное недопущеніе, именно, недопущеніе *mutua petitio ex alia causa.*

по римскому праву никаких сколько нибудь убѣдительныхъ оснований¹⁾.

Отправной точкой для разрѣшенія вопроса о зачетѣ при ссудѣ въ послѣдствіи времени стало служить исключительно повелѣніе императоровъ Диоклеціана и Максиміана и, притомъ, въ качествѣ явнаго, будто бы, указанія на недопущеніе зачета.

Такъ напр. извѣстный французскій юристъ XIV в. Boullier рѣшительно не допускаетъ зачета при *accomodation que l'on dist prester par courtoisie*²⁾. Въ томъ же смыслѣ высказались извѣстные французскіе юристы позднѣйшаго времени, какъ Charondas, Domat, Ferrière³⁾. Убѣжденіе на счетъ цѣлесообразности примыкающаго якобы непосредственно къ римскому праву ограниченія зачета при ссудѣ съ теченіемъ времени сдѣлалось настолько общимъ достояніемъ, что въ концѣ концовъ не представилось никакихъ затрудненій включить это ограниченіе и въ Code civil⁴⁾: *La compensation a lieu, quelles que soient les causes de l'une ou l'autre des dettes, excepté dans le cas, ...de la demande en restitution d'un prêt à usage*⁵⁾. Итакъ, французское право внѣ всякихъ сомнѣній признавало и продолжаетъ признавать ограниченіе зачета при ссудѣ и, въ тоже время, отнюдь не стѣсняетъ, вообще, предъявленіе встрѣчныхъ исковъ⁶⁾.

¹⁾ Въ томъ же смыслѣ и литература, за исключеніемъ Hartter'a (ib) и Appleton'a (ib).

²⁾ Tit 60. *Somme rural* (Desjardins Comp. 260).

³⁾ Desjardins Comp. 304.

⁴⁾ Однако же, Потье, умалчиваетъ объ этомъ ограниченіи.

⁵⁾ 1293, 2 Code civil. Cp. Art. 1835 ib: *L'emprunteur ne peut pas retenir la chose par compensation de ce que le prêteur lui doit.*

⁶⁾ Приводя это ограниченіе большею частью явно въ непосредственную связь съ римскимъ правомъ (ср. напр. Duranton № 447), и вовсе не касаясь оснований такого ограниченія, литература все свое вниманіе устремляетъ на выясненіе того, о какомъ предметѣ могла бы идти рѣчь въ статьѣ Code civil: потребляемая вещь не можетъ быть предметомъ ссуды; зачетъ же можетъ касаться только потребляемыхъ вещей? Выдается въ особенности мнѣніе, приурочивающее текстъ къ исключительному случаю ссуды, когда именно ссужается вещь

Германское право начало было съ признанія необходимости подобнаго ограниченія. Такъ, еще въ прусскомъ земскомъ уложеніи рассматриваемое ограниченіе зачета при ссудѣ сохраняетъ полное значеніе, поскольку требованіе не является денежнымъ: *Der, welchem ...eine nicht verbrauchbare Sache geliehen worden, kann sich gegen die schuldige Rückgabe mit der Compensation nicht schützen*¹⁾. Dagegen kann auf den zu erstattenden Werth der geliehenen Sache mit andern Forderungen compensirt werden²⁾. Однако, въ дальнѣйшемъ, рассматриваемое ограниченіе отвергается, такъ что ни саксонское гражданское уложеніе³⁾, ни уложеніе германской имперіи не

на показъ въ виду извѣстнаго выраженія римскаго источника: *non potest commodari id, quod usu consumitur, nisi forte ad pompam vel ostentationem quis accipiat* (fr. 3 § 6 Dig 18, 6; Ulp. ad Ed.). Ср. напр. Toullier Cours IV, № 388; Zachariae-Crome Lehrb. II, 378, пр. 8; Colmet de Santerre Man. II, 369. Впрочемъ, вообще, по признанію самой доктрины, всѣ попытки на почвѣ примиренія предмета зачета съ предметомъ ссуды едва ли не обречены на безплодность. Ср. напр. Desjardins Comr. 414; Meunial Comr. 125, 126; Vidal Comr. 97; Lagombière стр. 671, 672; Baudry-Lacantinerie Précis № 1075; Herman-Dagras Code civ. къ ст. 1298 № 8. Не мудрено, что находимъ и такую характеристику статьи: *un article, qui constitue un non sens juridique* (Meunial Comr. 127. Ср. также Pégès Comr. 45). Остается еще замѣтить, что въ новѣйшемъ изслѣдованіи о зачетѣ французскаго романиста Appleton'a ограниченію зачета при ссудѣ, подобно ограниченію при поклажѣ по Юстин. законод., придается процессуальное значеніе (*pas de reconvention en pareil cas*) на томъ основаніи, что *il serait scandaleux qu'un créancier tirât profit pour le recouvrement de ses créances ...de la complaisance de son débiteur* (Comr. 506—509). Но, вѣдь, въ отличіе отъ ограниченія зачета при поклажѣ, рассматриваемое ограниченіе отнюдь не можетъ быть приурочено къ законод. Юстиниана.

¹⁾ § 363, VI, XVI. Preuss. Landr.

²⁾ § 365, VI, XVI. Preuss. Landr. По мнѣнію Krug'a (Comr. 207, прим. 488) прусск. улож. den richtigen gemeinrechtlichen Gesichtspunkt fest gehalten. Dernburg же видитъ здѣсь ссуду ad pompam et ostentationem (Comr. 517, прим. 1).

³⁾ Вообще, и *gemeinrechtlich* ограниченіе это не признавалось. Ср. Sohn въ Endemann's Handb. III, 1084 и прим. 62, также Unger въ Grünhut's Zeitsch. XV, 550 прим. 21.

сочли за нужное упоминать объ ограниченіи зачета при ссудѣ ¹⁾).

Ограниченіе зачета при ссудѣ извѣстно *австрійскому* гражданскому уложенію: ...entlehnte ...Stücke sind überhaupt kein Gegenstand der Kompensation ²⁾). Предъявленіе же встрѣчнаго иска вообще, также какъ по французскому законодательству, вовсе не ограничивается.

Изъ остальныхъ западно-европейскихъ законодательствъ ограниченіе зачета при ссудѣ извѣстно законодательствамъ: *Бельгии* ³⁾), *Нидерландовъ* ⁴⁾), *Италіи* ⁵⁾) и *Испаніи* ⁶⁾), причемъ, первымъ тремъ, понятно, въ редакціи Code civil.

Ограниченіе зачета при ссудѣ неизвѣстно *португальскому* и *швейцарскому* законодательствамъ.

Что касается *русскихъ* права, то десятому тому Свода Зак. разсматриваемое ограниченіе совсѣмъ неизвѣстно ⁷⁾), но оно извѣстно польскому и прибалтійскому законодательствамъ.

¹⁾ Обмотивировка та же, что и относительно зачета при поклажѣ. См. выше стр. 197 пр. 1.

²⁾ 1440. Австр. гражд. улож. Specieil oesterreichisch по замѣчанію Hasenöhrl Obl. II, 557 пр. 95. Ср. также Unger въ Grünhut's Zeitsch. XV, 544, 550 прим. 21.

³⁾ La compensation a lieu, quelles que soient les causes de l'une ou l'autre des dettes, excepté dans le cas ...de la demande en restitution d'un prêt à usage Art. 1293, 2. Code civil belge.

⁴⁾ La compensation a lieu, quelles que soient les causes de l'une ou l'autre des dettes, excepté dans le cas ...de la demande en restitution d'un prêt à usage Art. 1465, 2. Code civil neerlandais.

⁵⁾ La compensazione ha luogo, qualunque sieno le cause dell' uno o dell' altro debito, eccettuati i seguenti casi: quando si tratta della domanda per la restituzione del comodato. Art. 1289, 2. Cod. civ. ital.

⁶⁾ La compensacion no procederá cuando alguna de las deudas provinieren ...de las obligaciones del ...comodatario. Art. 1200 Cod. civ.

⁷⁾ Въ проектѣ гражданского уложенія начала истекающаго столѣтія предполагалось включить это ограниченіе въ слѣдующей, очевидно по образцу французскаго законодательства, составленной редакціи: ...запрещается удерживать въ замѣнъ долгу вещи ...въ ссуду взятыхъ (§ 232. Проекта. Арх. Гос. Сов. IV, I) Что касается литературы, то, подобно ограниченію зачета при поклажѣ, и ограниченіе зачета при ссудѣ принаеется для русскаго

Польское гражданское законодательство копирует, конечно, Code civil: Зачет имѣетъ мѣсто, ...за исключеніемъ слѣдующихъ случаевъ: ...когда искъ имѣетъ предметомъ возвращеніе вещи, отданной ...въ ссуду ¹⁾).

Прибалтійское гражданское законодательство выражается слѣдующимъ образомъ: не дозволяется уклоняться отъ возвращенія или задерживать вещь подъ предлогомъ какого либо встрѣчнаго требованія, развѣ бы послѣднее проистекало изъ той же ссуды ²⁾). Ограниченіе, какъ видимъ, условнаго характера, цѣликомъ взятое изъ римскаго права, причемъ первая половина статьи (воспрещеніе) покоится, какъ оказывается, на вышеприведенномъ повелѣніи императоровъ Діоклеціана и Максиміана ³⁾), содержаніе котораго, однако, какъ намъ извѣстно, не настолько ясно, чтобы увѣрывать въ недопущеніе зачета при ссудѣ ⁴⁾). Сверхъ того, недопущеніе зачета и съ процессуальной точки зрѣнія рѣшительно ничѣмъ не можетъ быть оправдано.

Въ концѣ концовъ: ограниченіе зачета при ссудѣ, не имѣя основъ въ исторіи и удерживаясь въ нѣкоторыхъ изъ дѣйствующихъ законодательствъ по очевидному недоразумѣнію, не можетъ быть признано жизнеспособнымъ, ни въ качествѣ матеріальнаго, ни въ качествѣ процессуальнаго ограниченія ⁵⁾).

права К. П. Побѣдоносцевымъ (Курсъ III, 188, 189) и Анненковымъ (Ж. Гр. и У. Пр. 1890, VIII, 11 и Система III, 461, 462). Соображенія здѣсь тѣ же самыя (См. выше стр. 199 прим. 2).

¹⁾ 1298, 2. Код. Наполеона.

²⁾ 8754. Зак. гражд. Приб. губ.

³⁾ I. 4 Cod. 4, 28. См. выше стр. 202. Кстаті: ссылка на то же повелѣніе дѣлается почему то и въ ст. 8555 гражд. зак., трактующей объ ограниченіи зачета при поклажѣ

⁴⁾ За допущеніе этого ограниченія Bunge (С. Р. II, 195). Erdmann (System, IV, 272, 275) приурочиваетъ ограниченіе не къ зачету, а къ задержанію (retention).

⁵⁾ Не представляя никакихъ особенностей въ настоящее время, производство дѣлъ о ссудѣ нѣкогда отличалось также суммарнымъ характеромъ.

§ 8. Далѣе, извѣстно ограниченіе зачета въ дѣлахъ о векселяхъ.

Наиболѣе ранніе слѣды могутъ быть обнаружены въ законодательствѣ *итальянскихъ* городовъ, начиная со второй половины XIV столѣтія. Какъ оказывается, векселя въ эту эпоху подлежали суммарному порядку, не допускавшему никакихъ возраженій, а тѣмъ болѣе, слѣдовательно, встрѣчныхъ исковъ. Вотъ, напр., что читаемъ въ статутахъ г. Кремоны, относящихся къ 1388 г.: ... quod cuilibet campsoni... fiat summaria ratio per...judicem... absq... libelli dacione, et sine strepitu et figura judicij et per captionem et per detentionem personae debitoris non obstante collatione causarum ¹⁾).

Отсутствіе указаній на допущеніе средствъ защиты въ производствѣ по векселямъ встрѣчается и въ статутахъ XV ст.. Т. напр. въ статутахъ г. Болоньи 1454 г.: ... Praeterea ut Literae cambij debitam mereantur executionem, statuimus, quod . . . judex ad civilia deputatus teneatur et debeat ad requisitionem cujuscunque petentis aliquas Literas Cambij executioni mandari . . . quod infra tres dies proxime subsequentes post comparitionem petentis ipsarum Literarum executionem debeat cum effectu persolvere . . . sub poena duorum solidorum . . . proqualibet libra quantitatis pecuniae in ipsis Literis contentae ²⁾).

Начиная съ XVI стол. являются указанія совсѣмъ иного рода. Въ суммарный порядокъ проникаютъ возраженія. Сначала, единично какъ напр., въ статутахъ г. Феррары: Ad obviandum litigijs, cauillationibus et expensis . . . campsonum...

Ср. напр. итальянскіе статуты XVI стол. Sezza, Lucca. Цитаты, однаково относящіяся и къ дѣламъ о ссудѣ, приведены въ предшествующемъ параграфѣ (стр. 191).

¹⁾ Stat. mercat. Cremonae. Rub. quod fiat ratio Summarie cuilibet campsoni.. LXXXVII.

²⁾ Stat. Bononiae Rub. XLIII § 18.

statuimus et ordinamus, quod si quis . . . , campsor . . . receperit aliquam quantitatem denariorum . . . ab aliquo et fecerit illi litteras cambij . . . et is ad quem destinatae sunt praedictae litterae . . . non acceptauerit vel acceptando non soluerit... iudices sine aliqua dilatione realiter et personaliter et statim nullo iuris ordine seruato possint et debeant cogere et compellere eum, qui receperit pecunias et scripserit litteras cambij ad restituendum et ad soluendum ei, qui soluit et pro quo dictae litterae scriptae sunt . . . Et praedicta vendicent sibi locum, nisi allegatum et probatum fuerit . . . litteras cambij factas esse in fraudem usurarum ¹⁾).

Съ теченіемъ времени является уже цѣлый рядъ возраженій и среди нихъ—возраженіе о зачетѣ, какъ это явствуется напр изъ слѣдующаго постановленія статутовъ г. Перуджи: . . . Contra executionem . . . scripturarum . . . praedictarum . . . nulla exceptio et nihil aliud possit dici obiici vel opponi nisi de solutione vel absolutione vel termini prorogatione vel pacti de non petendo vel de compensatione quantitatis debitaе, pure et liquide debitaе a dicto creditore agente debitori convento ²⁾).

По мѣрѣ дальнѣйшаго осложненія суммарнаго порядка ³⁾, все менѣе и менѣе ограничиваются и средства защиты отъ вѣтчика ⁴⁾, такъ что въ концѣ концовъ предьявленіе средствъ защиты совершается столь же свободно, какъ въ обыкновенномъ порядкѣ судопроизводства ⁵⁾.

¹⁾ Stat. Ferrariae Lib. 8: De modo et ordine procedendi pro litteris cambij. V.

²⁾ Perugiae Vol II Rub. 29 (Briegleb Exec. Proc. II, 254).

³⁾ Выше стр. 192.

⁴⁾ Однако, какъ увѣряетъ Goldschmidt, (Universalgesch. 460 прим. 168) и въ началѣ XVII ст., по крайней мѣрѣ, по неаполитанскому законодательству не допускалось никакихъ возраженій.

⁵⁾ Goldschmidt (Universalgesch. 460) характеризуетъ суммарное производство статутовъ по векселямъ какъ besonders beschleunigtes ...die Staatshaftigkeit von Einreden noch beschränkter als sonst. Характеристика въ словѣ

И во *Франціи* производство по вексямъ отличалось суммарнымъ характеромъ, ¹⁾ по крайней мѣрѣ, въ началѣ XIV ст., какъ это явствуетъ изъ слѣдующаго постановленія статутовъ одного изъ южныхъ городовъ, именно, Авиньона: ²⁾ *Item statuimus quod omnis debitor ratione cambii dummodo littera in se cambii substanciam contineat, possit atque debeat, transactis quinque diebus ultra solitum terminum solutionis a mercatoribus assuetum, personaliter creditore instante capi et in carceribus mancipari, nisi creditori manum sufficienter munia de bonis suis, sicque creditor sit contentus, vel idoneos fidejussores prestet... quod ab ipsis mercatoribus extiterit relatam omni exceptione remota... executioni demandetur* ³⁾. Какъ видимъ, сокращенность, дошедшая до полного изгнанія средствъ защиты, а слѣдовательно и зачета посредствомъ встрѣчнаго иска.

Въ дальнѣйшемъ, по мѣрѣ осложненія судопроизводства, вообще, и производство по вексямъ стало приобрѣтать болѣе или менѣе сложный характеръ; неудивительно, что и зачетъ въ дѣлахъ о вексяхъ съ теченіемъ времени получилъ вполне свободный доступъ.

Въ концѣ концовъ, и по дѣйствующему законодательству зачетъ при вексяхъ, вообще, отнюдь не ограниченъ: дѣла по вексямъ, какъ извѣстно, подлежатъ вѣдомству обще-гражданскихъ

общей редакціи—едва ли вѣрная. Какъ видно изъ примѣчаній, подборъ статутовъ далеко недостаточный для сколько нибудь рѣшительнаго вывода. Тотъ же упрекъ можетъ быть обращенъ и по адресу *Latte's* (*Dir. commerc.* 185 и 196 прим. 36). *Endemann* (*Cap. Lehren I, 337, 338*) одностороненъ потому, что передаетъ содержаніе тогдашней литературы, да и то въ лицѣ лишь одного *Scacciae*.

¹⁾ Ср. также К. И. М а л ы ш е в ъ *Курсъ III, 419 пр. 10.*

²⁾ Нѣмецкій ученый *Biener* (*Wechselrechtl. Abhandl. 119*) оспариваетъ древность редакціи названныхъ статутовъ, однако, вполне голословно. Тѣмъ не менѣе, утвержденіе *Biener'a* получило право гражданства въ германской литературѣ.

³⁾ *Die litteris cambii. Contumes et reglements de la republique D'Avignon* въ изд. *Maulde, 216, 217.*

и коммерческихъ судовъ ¹⁾ и рассматриваются этими судами въ порядкѣ, ничуть не стѣсняющемъ средства защиты отвѣтчика, такъ какъ ни порядокъ торговаго судопроизводства, ни сокращенный порядокъ, черезъ который должны проходить дѣла о векселяхъ въ общихъ судахъ, нисколько не возвращаютъ отвѣтчику обращаться къ зачету по средствамъ встрѣчнаго иска ²⁾).

Производство по векселямъ и въ *Германіи* издавна отличалось сокращеннымъ характеромъ, причемъ, въ болѣе раннія времена сокращеніе проявлялось въ томъ, что отвѣтчикъ даже вовсе лишался права защиты, а слѣдовательно не могъ предъявлять и зачета посредствомъ встрѣчнаго иска. Такимъ представляется вексельный процессъ еще въ XVII стол. ³⁾).

Совсѣмъ иное находимъ въ слѣдующемъ, XVIII стол. Осложненіе производства, вообще, дѣлаетъ настолько большіе успѣхи, особенно, начиная со второй половины названнаго стол. ⁴⁾), что и въ вексельномъ процессѣ развѣ въ видѣ рѣдкаго исключенія, какъ оказывается, удерживается по прежнему недопущеніе встрѣчнаго иска или зачета въ вексельныхъ дѣлахъ; преобладающимъ же является начало не стѣсненія средствъ.

¹⁾ 636, 637 Code de commerce.

²⁾ Ср. art 404 и д. Code de proc., а также К. И. Малышевъ. Курсъ III, 419, 420; Pardessus Lettre de change № 317 и д. и. № 599, 600; Nougner Traité № 1053—1060; Desjardins Comp. 309, 310; Thaler Traité de dr. com., 701, 702; Darras-Herrmann Code civ. къ art 1293 № 24—26. и Lyon Caen et Renault. Traité de dr. commerc. I № 362 и IV № 312, 515, 528. Нѣтъ новшества и въ проектахъ (Выше стр. 12, 13).

³⁾ Ср. Cohn Endemann's Hand. III, 1033 пр. 59 а.

⁴⁾ Вотъ напр. отрывокъ изъ постановленія баварскаго процессуальнаго законодательства 1753 г., свидѣтельствующій о допущеніи встрѣчнаго иска въ суммарномъ производствѣ, вообще. ...Was aber... andere ad processum summariissimum gehörige causas betrifft, so soll hierin die Widerklage weiter nicht, als quoad effectum jurisdictionis et prorogationis Platz greifen, es sey denn dieselbe von gleicher Gattung und Beschaffenheit, welchen Falls auch der effectus simultanei processus Statt haben soll Cod. jur. bav. judicij Satorius'a W. Kl., 108.

защиты отвѣтчика, а, слѣдовательно, не стѣсненія и предъявленія встрѣчнаго иска ¹⁾). Наиболѣе полное выраженіе нашло себѣ это начало въ прусскомъ законодательствѣ конца минувшаго столѣтія: Abrechnungen und Gegenforderungen, читаемъ въ земскомъ уложеніи, finden nur in so weit statt, als sie aus Wechselgeschäften entspringen, und auch sonst mit den gesetzmässigen Erfordernissen zur Compensation versehen sind ²⁾). Dass im Wechselprocesse, читаемъ въ процессуальномъ законодательствѣ, nur solche Einwendungen, welche sofort liquid gemacht werden können, zulässig sind, verordnen die Gesetze, in welchen zugleich die Arten dieser Einwendungen, und die zulässigen Mittel, selbige liquid zu machen, näher bestimmt werden ³⁾). Какъ видимъ, и матеріальное и процессуальное законодательство, въ сущности, безусловно поощряютъ встрѣчный искъ или зачетъ въ предѣлахъ вексельнаго права, ибо ограниченія, выставляемыя тѣмъ и другимъ законодательствами, сводятся не къ чему иному, какъ къ ближайшимъ условіямъ предъявленія, вообще, по этимъ дѣламъ средствъ защиты.

Въ истекающемъ столѣтіи вопросъ о допущеніи встрѣчнаго иска или зачета въ дѣлахъ по векселямъ разрѣшается неодинаково матеріальнымъ и процессуальнымъ законодательствами

Матеріальное законодательство, именно, общегерманскій уставъ о векселяхъ 1847 г. содержитъ въ себѣ постановленіе положительнаго характера: Der Wechselschuldner kann sich nur solcher Einreden bedienen, welche aus dem Wechselrechte selbst hervorgehen, oder ihm unmittelbar gegen den jedesmaligen Kläger zustehen ⁴⁾ т. е. должникъ по векселю можетъ предъявлять только такія возраженія, которыя выте-

¹⁾ Sohn. i. b. К. И. Малышевъ Курсъ III 422 пр. 29 и 423 пр. 30 Вѣроятно, по недосмотру, въ послѣднемъ трудѣ о встрѣчномъ искѣ (Widerklage) говорится и какъ о послѣдующемъ искѣ (Nachklage) — совсѣмъ другое понятіе. См. ниже.

²⁾ Preuss. Landr. II, VIII Titel, § 923.

³⁾ Preuss. Ger. Ord. I, XXVII Titel, § 26.

⁴⁾ Art. 82 d. Wechselordnung.

каютъ взъ самого вексельнаго права или же могутъ быть непосредственно предъявлены противъ истца. Смыслъ ясенъ: средства защиты отвѣтчика въ предѣлахъ вексельнаго права не ограничиваются; не ограниченъ, слѣдовательно, и зачетъ посредствомъ встрѣчнаго иска ¹⁾). Такимъ образомъ, матеріальное законодательство вполне допускаетъ встрѣчные иски или зачетъ въ вексельномъ процессѣ ²⁾).

Предоставивъ зачету свободу на почвѣ матеріальной, составители вполне послѣдовательно обратили вниманіе на необходимость устраненія препятствій въ этомъ отношеніи и на почвѣ процессуальной ³⁾). И дѣйствительно, въ самомъ началѣ введенія въ дѣйствіе вексельнаго устава, оставались еще нѣкоторыя партикулярныя законодательства, ограничивавшія встрѣчный искъ ⁴⁾ но, затѣмъ, всѣ послѣдующія процессульныя законодательства до имперской Германіи, въ согласіе съ началомъ, провозглашеннымъ общегерманскимъ вексельнымъ уставомъ, ничуть не стѣсняють предъявленіе въ вексельномъ процессѣ средствъ защиты, и слѣдовательно и встрѣчнаго иска или зачета ⁵⁾

¹⁾ Ср. у составителей устава: ...alle aus der Person des Inhabers herzuleitenden Einreden, also auch die der Kompensation zugelassen werden müssen (Lehmann Lehrb., 438 пр. 4).

²⁾ Въ томъ же смыслѣ относительно зачета, вообще напр.: Kuntze Inhaberpap. 629 и д.; Renaud. Wechselr. 271; Dernburg Comp. 425; Lehmann Lehrb. 438; Grünhut Wechselr. II, 129 пр. 3; К. И. Малышевъ Курсъ III, 427 пр. 49.

³⁾ Ср. у составителей: ...Der Inhalt der Einrede ist entscheidend dafür ob sie gegen die Wechselklage überhaupt ihre Liquidität dafür, ob sie im Wechselprozess zulässig ist (Lehmann Lehrb. 138). Ограниченіе, о которомъ говорятъ составители,—одно изъ ближайшихъ условій осуществленія не только т. н. зачета (возраженіемъ), но и, какъ увидимъ дальше, вообще, встрѣчнаго иска.

⁴⁾ Renaud C. P. R. 141 пр. 5.

⁵⁾ Какъ то, уставы: Баденскій, Баварскій, Брауншвейгскій, Ганноверскій, Ольденбургскій, Саксонскій. Ср. К. И. Малышевъ Курсъ III, 420 пр. 20, 422 пр. 36, 424 пр. 36, 425 пр. 88, 40, Kleinfeller Ger. st. 39. Osterloh (Summ. Proc. 136, 139) уклоняется отъ явнаго указанія на встрѣчный искъ.

Совсѣмъ иначе разрѣшаетъ этотъ вопросъ нынѣ дѣйствующее, т. е. процессуальное, законодательство германской имперіи. Именно, согласно устава гражд. судопр., дѣла о векселяхъ въ предѣлахъ вексельнаго права (*Ansprüche aus Wechseln im Sinne der Wechselordnung*) приурочены къ особому сокращенному порядку производства по документамъ (т. е. *Urkunden und Wechselprocess*) ¹⁾, а этотъ порядокъ не допускаетъ предъявленія встрѣчныхъ исковъ: *Widerklagen sind nicht statthaft* ²⁾. Вводя это ограниченіе, составители, какъ оказывается, руководствовались твердо сознанною необходимостью еликовозможнаго сокращенія процедуры въ дѣлахъ по документамъ ³⁾.

Итакъ, съ одной стороны, въ силу матеріальнаго законодательства, зачетъ допускается, съ другой стороны въ силу процессуальнаго законодательства зачетъ (посредствомъ встрѣчнаго иска) не допускается! За предпочтеніе процессуальнаго законодательства говорить уже одно то, что оно болѣе поздняго происхожденія, чѣмъ вексельный уставъ. Сверхъ того, какъ оказывается, и сами составители вполнѣ убѣжденно представляли себѣ такимъ разрѣшеніе занимающаго насъ вопроса ⁴⁾.

Въ концѣ концовъ согласно дѣйствующему въ Германіи законодательству зачетъ по средствамъ встрѣчнаго иска въ спеціальному производствѣ по векселямъ (*Wechselprocess*) не допускается ⁵⁾.

¹⁾ 555—567 Civ. Proc. Ordn. см. также *Wach. Hand. I, 46.*

²⁾ 558 Civ. Proc. Ordn.

³⁾ ...*Widerklagen sind ...im Urkundenprozesse nicht statthaft, weil sie die nothwendig zu erhaltende Einfachheit des Verfahrens stören würden. Hahn Mater. I, 391.*

⁴⁾ *Nachdem der Werth des Wechsels durch Abschaffung der Personalexecution beschnitten, würde ihn die Zulassung der gewöhnlichen, prozessualen Vertheidigung des Beklagten, wenn auch innerhalb der Grenzen der Art 82 der D. W. O. seiner praktischen Bedeutung berauben. (Hahn Mater I, 389).*

⁵⁾ Спеціальная по встрѣчному иску литература ограничивается перифразировкой вышеприведенной статьи Устава гражд. судопр., какъ то: *Loening W. Kl. 42, 122, Kleinfeller Ger. 79, 80. Kohler Processrecht Forsch 114. 118.* Что же до зачета, то одни утверждаютъ, что для зачета вообще,

Появившаяся въ маѣ 1898 Новелла къ уст. гражд. судопр. не принесла ничего новаго по разсматриваемому вопросу ¹⁾).

Общегерманскій вексельный уставъ, какъ извѣстно, былъ введенъ въ дѣйствіе почти что цѣликомъ и въ Австріи ²⁾; во всякомъ случаѣ, сказанное выше относительно допустимости зачета всецѣло примѣняется къ австрійскому матеріальному законодательству т. е. именно что въ предѣлахъ вексельнаго права средства защиты, а, слѣдовательно, и зачетъ посредствомъ встрѣчнаго иска отнюдь не ограничены ³⁾).

Не ограничивается зачетъ посредствомъ встрѣчнаго иска и процессуальнымъ законодательствомъ и, притомъ, какъ дореформеннымъ, такъ и послѣреформеннымъ, т. е. уставомъ гражд. судопр. 1895 г. Именно, хотя какъ дореформенному, такъ и послѣреформенному законодательству извѣстно особое производство по вексельнымъ дѣламъ (*Verfahren in Wechselstreitigkeiten* ⁴⁾), однакоже, средства защиты въ предѣлахъ вексельнаго права отнюдь не стѣснены ни въ вексельномъ производствѣ по дореформенному законодательству, ни въ вексельномъ производствѣ [по реформированному законодательству. Вотъ подлинныя выраженія дореформеннаго законодательства: ...*Wechselschuldner, welchen die Zahlung ...auferlegt*

нѣтъ мѣста въ вексельномъ процессѣ (*Schollmeyer Comp.* 39, 40); другіе же, наоборотъ, не усматриваютъ никакихъ основаній къ недопущенію (*Seuffert Comment.* къ 558, стр. 735). Остается еще указать на оспариваніе цѣлесообразности полного изгнанія встрѣчнаго иска изъ вексельнаго процесса (*Stein Urkundenproc.* 61, 190). Становясь на точку зрѣнія несправедливости по отношенію къ отвѣтчику, возвращеніе это упускаетъ изъ вида, что иначе никакъ не достигнуть той желательной упрощенности въ вексельномъ процессѣ, которая намѣчается всѣмъ опытомъ прошлаго вексельныхъ взысканій.

¹⁾ Измѣнилась только, понятно, нумерація соответствующихъ статей, именно, вмѣсто 555—567, читай 592—605 (последняя статья новая).

²⁾ *Canstein Lehrb.* 44, 474—476.

³⁾ *Canstein ib.* 258, 359, 371, 413, 421. Венгерскій векс. уставъ 1876 явно говорятъ о допущеніи зачета (art. 94).

⁴⁾ Дореформенный процессъ: *Verordnung des Justizministeriums vom 25 Januar 1850* и *Verordnung des Justizministeriums vom 18. Juli 1859.* (*Manz'sche Gesetzsammlung VI B.* стр. 325—334). Послѣ реформенный процессъ: 555—559 *Civ-Proc. Ordn.*

wurde, haben... alle ihre Einwendungen bei Gericht anzubringen und darzuthun ¹⁾). Уставъ 1895 г.: kann der Kläger begehren, dass dem Beklagten aufgetragen werde... zu bezahlen oder seine Einwendungen dagegen zu erheben ²⁾). Обѣ редакціи въ интересующемъ насъ отношеніи, какъ видимъ, вполне тождественны, причемъ, обозначеніе средствъ защиты выраженіемъ Einwendungen настолько широко, что смѣло можетъ быть приурочено и къ зачету посредствомъ встрѣчнаго иска ³⁾). Такимъ образомъ, зачетъ посредствомъ встрѣчнаго иска нельзя не считать возможнымъ какъ по прежнему законодательству ⁴⁾, такъ и по теперешнему ⁵⁾.

Въ итогѣ—зачетъ посредствомъ встрѣчнаго иска въ вексельныхъ дѣлахъ на почвѣ вексельнаго права внѣ всякаго сомнѣнія допускается.

Сказанное выше о французскомъ законодательствѣ, понятно, (въ виду извѣстнаго заимствованія) распространяется и на *бельгійское* законодательство ⁶⁾).

Итальянское законодательство также не ограничиваетъ зачета посредствомъ встрѣчнаго иска.

Во первыхъ, неограниченность эта пропагандируется слѣдующею статьею торговаго уложенія (особаго вексельнаго устава

¹⁾ § 7 der Verordnung vom 1850 г. (Manz'sche Ausg., 327) Ср. съ § 2 der Verordnung vom 1859 г. (ib. 332).

²⁾ § 557 Civ. Proc. Ordn.

³⁾ Сверхъ того, по крайней мѣрѣ, относительно дореформеннаго законодательства допущеніе встрѣчнаго иска подтверждается еще слѣдующей статьей (26) выше указан. Verordn. 1850 г. Insofern durch diese Verordnung für den Wechselprocess keine besondere Vorschrift ertheilt wird, sind auch in Wechselsachen die allgemeinen Gesetze über das gerichtliche Verfahren zu beobachten.

⁴⁾ Въ томъ же смыслѣ Ullmann (С. Р. R. 413, 417, 418). Canstein (Lehrb. II 140, 201) не входитъ въ объясненія по поводу выраженія Einwendungen.

⁵⁾ Литература ограничивается перифразировкой Устава. Ср. напр. Trufter С. Р. R. 615; Fürstl Comment. 828.

⁶⁾ Loi sur la lettre de change 20 мая 1872 г. ничего не дало новаго въ интересующемъ насъ отношеніи. Ср. Code de com. въ изд. Delessourt стр. 17 и д. а также К. И. Малышевъ Курсъ, III, 420 пр. 16.

въ Италіи, какъ извѣстно, не имѣется): Nel giudizi cambiarii, ancorché promossi mediante citazione, il debitore non puo opporre che le eccezioni riguardanti la forma del titolo o la mancanza delle condizioni necessarie all' esercizio dell' azione, e le eccezioni personali a colui che la esercita. Tuttavia queste eccezioni personali non possono ritardare... la condanna al pagamento, se non sono liquide o di pronta soluzione e in ogni caso fondate su prova scritta ¹⁾. Въ переводѣ: въ вексельныхъ дѣлахъ, если бы таковыя производились и спорнымъ порядкомъ, отвѣтчикъ въ правѣ предъявлять только такія возраженія, которыя относятся къ формѣ векселя или къ отсутствію условій, необходимыхъ для осуществленія вексельнаго требованія или же которыя могутъ быть предъявлены лично противъ кредитора по векселю. Во всякомъ случаѣ, однако, возраженія касающіяся лично вексельнаго кредитора не задерживаютъ присужденіе, если не могутъ немедленно быть подтверждены письменными доказательствами. Уложеніе трактуетъ о средствахъ защиты, ограничиваемыхъ только въ случаѣ опасенія сложности. Слѣдовательно, всякое, не осложняющее производство средство защиты, а въ томъ числѣ и зачетъ не допускаемо быть не можетъ.

Во вторыхъ неограниченность зачета посредствомъ встрѣчнаго иска вытекаетъ изъ процессуальнаго законодательства, которое относитъ дѣла по векселямъ, какъ и нѣкоторыя другія дѣла къ сокращенному порядку (procedimento sommario) отличающемуся, однако, по образцу французскаго законодательства полною свободою приведенія средствъ защиты ²⁾. Не стѣсня отвѣтчика въ средствахъ защиты процессуальное законодательство не стѣсняетъ его, слѣдовательно, и въ предъявленіи зачета посредствомъ встрѣчнаго иска.

Въ общемъ итальянское право допускаетъ въ дѣлахъ по векселямъ зачетъ посредствомъ встрѣчнаго иска безпрепятственно.

Нидерландское законодательство, по примѣру французскаго,

¹⁾ 824 Cod. di commercio.

²⁾ 148, 389—392, 411 Cod. di proc. civ.

также допускаетъ въ дѣлахъ о векселяхъ предъявленіе средствъ защиты вообще, а слѣдовательно, и предъявленіе зачета посредствомъ встрѣчнаго иска, отличаясь отъ французскаго только въ томъ отношеніи, что сокращеннаго производства, какъ особаго порядка не существуетъ и для векселей ¹⁾.

Подобно нидерландскому, поступаетъ и новѣйшее законодательство княжества *Монако* ²⁾.

Предъявленіе средствъ защиты въ дѣлахъ по векселямъ, а слѣдовательно и зачета посредствомъ встрѣчнаго иска отнюдь не ограничивается и законодательствами: *испанскимъ* ³⁾, *швейцарскимъ* ⁴⁾ и *англійскимъ* ⁵⁾.

¹⁾ Ср. art. 38 и сл. du Loi sur l'organ. judic. (Tripels Code стр. 40 и сл., 43 и сл.) и art. 298 и сл. Wetboek van burger-Regtsvord. изд. 1896 г. Ср. также Leske und Loewenfeld Rechtsverfolg. I, 152, 153.

²⁾ Ср. Code de proc. civ. Principauté de Monaco и Exposé des motifs 134, 135.

³⁾ Вполнѣ явное указаніе: Contra la accion ejecutiva por letras de cambio, no se admitiran más excepciones enb las consignadas en la ley de Enjuiciamiento civil. Art. 523, Cod. de com. Solo seran admisibles en el juicio ejecutivo las excepciones siguientes... 3) Compensacion de credito liquido que resulte de documento que tenga fuerza ejecutiva Art. 1464 Ley de enjuic. civil.

⁴⁾ Der Wechselschuldner kann sich nur solcher Einreden bedienen, welche aus dem Wechselrecht selbst hervorgehen oder ihm unmittelbar gegen den jedesmaligen Klaeger zu stehen 811 Bundesg. über das Oblig. 1881. Ср. со статьями Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs 1889 г., касающимися Wechselbetreibung (art 177—189): по обращеніи кредитора въ т. п. Betreibungsamt, послѣднее адресуетъ къ отвѣтчику т. п. Zahlungsbefehl съ предложеніемъ удовлетворить вексельное требованіе въ опредѣленный срокъ или въ теченіе того же срока предъявить споръ т. п. Rechtsvorschlag; въ такомъ случаѣ Rechtsvorschlag передается въ судъ. Судъ обязанъ принять его къ разсмотрѣнію между прочимъ въ томъ случаѣ wenn eine andere nach Artikel 811 des Obligationenrechts zulässige Einrede erhoben wird.... Ist der Rechtsvorschlag bewilligt, so wird die Betreibung eingestellt der Gläubiger hat zur Geltendmachung seines Anspruchs den ordentlichen Prozessweg zu betreten. Допуская, въ соотвѣтствіе съ матеріальнымъ законодательствомъ, средства защиты по векселямъ, процессуальное законодательство во всякомъ случаѣ не оговаривается насчетъ невозможности встрѣчнаго иска. Ср. также Leske und Loewenfeld Rechtsverfolg, I, 131—137.

⁵⁾ Canstein Lehrb. des Wechselr. 519.

Португальское законодательство не заключаетъ въ себѣ никакихъ соотвѣтствующихъ указаній ¹⁾).

Въ первомъ *русскомъ* вексельномъ уставѣ, именно, 1729 г. одна изъ статей главы первой (о настоящихъ купеческихъ векселяхъ) была озаглавлена: о скоромъ судѣ и о удовольствованіи въ вексельныхъ дѣлахъ. Когда, читаемъ въ статьѣ, подаватель или другой, кому вексель не заплаченъ, въ неплатежѣ по векселю и о убыткахъ будетъ просить въ Таможенномъ или Ратушскомъ судѣ ²⁾, то какъ скоро возможно рѣшить и болѣе осьми дней рѣшеніемъ не продолжать... а ежели приниматель, или переводитель или надписатели, или векседавецъ будутъ въ протестованномъ векселѣ справедливыя причины показывать, что они дѣльно въ платежѣ отказали, такимъ до осмидневнаго срока оправданіе свое принести ³⁾. Выставивъ въ качествѣ необходимаго условія для дѣлъ по векселямъ быстроту производства ⁴⁾ законодатель тѣмъ не менѣе допускаетъ «справливыя причины отказа въ платежѣ» или, иначе, допускаетъ возможность защищаться для отвѣтчика. Въ чемъ могла состоять въ дѣйствительности защита отвѣтчика въ вексельныхъ дѣлахъ и какимъ образомъ она могла осуществляться—остается загадкой. Во всякомъ случаѣ, едва ли въ числѣ ихъ могъ находиться т. п. зачетъ и тѣмъ болѣе встрѣчный искъ: первый—по своей сомнительной извѣстности ⁵⁾; второй—вслѣдствіе уже одного того факта, что рассматриваемая эпоха не благопріятствовала встрѣчному иску и въ общихъ формахъ судопроизводства ⁶⁾.

¹⁾ Ср. 335—339 Code de commerce portugais въ пер. Le h'а.

²⁾ Векселя приурочены были къ этимъ судамъ, какъ извѣстно, на томъ основаніи, что вексельное обращеніе началось у насъ съ заграничной торговли. Ср. 1726 г. февр. 1 (Перв. Полн. Собр. № 4828) о разбирательствѣ купцовъ межъ себя по всѣмъ дѣламъ, подлежащимъ до купчества, по прежнему купеческому обыкновенію, таможеннымъ судомъ и 1727 авг. 26 (ib. № 5145) о таможенномъ судѣ по словеснымъ прошеніямъ а не по челобитнымъ. Последнее узаконеніе—настоящій уставъ судопр.

³⁾ § 36. Векс. Уст. 1729 г. (Перв. Полн. Собр. Зак. I № 5410).

⁴⁾ О судѣ скоромъ трактуетъ и вышеотмѣченное узаконеніе 1727 г. о таможенномъ судѣ.

⁵⁾ См. выше стр. 76 и д.

Учреждение о губерніяхъ 1775 г. въ видахъ достиженія возможной быстроты принудительное осуществленіе вексельнаго требованія возложило на органы исполнительной власти — при отсутствіи спора: въ губернскія правленія, читаемъ въ законѣ, вносятся, производятся и отправляются въ ономъ всѣ дѣла исполнительныя и скорого отправленія или приказанія требующія; такъ же и тѣ, о которыхъ противорѣчія или спора быть не можетъ к. н. вексели... Буде же какое дѣло окажется не безспорно и нѣкоторому сомнѣнію подлежащее, тогда отсылается для разобранія спорящихся въ тѣ мѣста, куда надлежитъ ¹⁾. Однимъ словомъ, учрежденіе о губерніяхъ ввело впервые два порядка производства взысканій по векселямъ: безспорный или полицейскій и спорный или судебный, иначе говоря, съ одной стороны, порядокъ, устраняющій для отвѣтчика средства защиты и, съ другой стороны, порядокъ, допускающій полную свободу въ приведеніи средствъ защиты ²⁾.

Пользуясь тѣмъ, что всякій споръ могъ приостановить безспорное т. е. полицейское взысканіе, отвѣтчики стали съ большимъ усердіемъ прибѣгать къ этому средству чтобы только затануть крайне невыгодную для нихъ процедуру: ...усматривая, читаемъ въ Высочайше утвержденномъ въ 1802 г. докладѣ Пр. Сената ³⁾, что вексельныя дѣла, долженствующія имѣть по силѣ состоявшихся объ нихъ узаконеній и въ отношеніи важности ихъ предмета, яко къ утвержденію обществен-

¹⁾ 1775 г. ноябрь ст. 97 (Перв. Пол. Собр. № 14892).

²⁾ Четвертый способъ уничтожить вексельное обязательство, читаемъ у патріарха отечественной литературы вексельнаго права, отплата, которая сдѣлается взаимнымъ соченіемъ того, что другъ другу долженъ (Д и л т е й Начальн. основ. век. пр., 102). Очевидно, надо имѣть при этомъ въ виду не полицейскій, а судебный порядокъ.

³⁾ Пер. Полн. Собр. № 20850: объ извѣтін вексельныхъ дѣлъ изъ общей очереди въ присутственныхъ мѣстахъ и о докладываніи оныхъ При- сутствію по однимъ выпискамъ за скрѣпою секретаря, безъ сочиненія экстрактовъ.

паго довѣрія, касающагося, скоротечное и безостановочное производство, рассматриваются и производятся съ крайнею долговременностью. . и что сіе происходитъ, какъ изъ многихъ уже опытовъ видно, главнѣйше отъ того, что всякій объявляемый противу векселя споръ останавливаетъ дѣйствія онаго, и дѣлая его иногда и по самымъ маловажнымъ противорѣчіямъ спорнымъ, подвергается и не только судебному разбору, но и переходу для одной волокиты и удаленія на нѣкоторое время платежа, посредствомъ апелляціи etc. Съ цѣлью ускоренія вексельныхъ взысканій Императорскій Сенатъ предложилъ примѣнить къ нимъ нѣкоторыя статьи банкротскаго устава 1800 г. о безспорныхъ взысканіяхъ по закладнымъ, крѣпостямъ и заемнымъ письмамъ¹⁾. именно, что касается интересующаго насъ вопроса—не уважать никакихъ споровъ, если нѣтъ ясныхъ доказательствъ и затѣмъ, вообще, рѣшать всѣ споры изъ за векселей безъ формальнаго суда скороокончательнымъ образомъ.

Съ теченіемъ времени объемъ защиты былъ поставленъ въ еще болѣе опредѣленные предѣлы или, иначе, кругъ возражений, могущихъ быть предъявленными въ безспорномъ порядкѣ вексельныхъ взысканій былъ расширенъ, какъ о томъ читаемъ въ вексельномъ уставѣ 1832 г.²⁾: никакія возраженія и объясненія должника не останавливаютъ взысканія, кромѣ нижеслѣдующихъ: 1) когда должникъ объявитъ, что подпись на векселѣ не его и есть подложная; 2) когда представитъ свидѣтельство, выданное ему изъ присутственнаго мѣста въ томъ, что по сему векселю внесень отъ него полный платежъ или сдѣлана уплата; 3) когда онъ объявитъ, что вексель данъ

¹⁾ Ст. 63—66, 2 части, 12 отдѣл. Банкр. уст.

²⁾ Въ 1821 г. Высочайше утверждено мнѣніе Гос. Сов. (Перв. Полн. Собор. № 28853), въ силу коего дѣла по векселямъ (а также другимъ долговымъ обязательствамъ) должны были начинаться, необращаясь въ губернское правленіе, прямо въ полицію, а если отвѣтчикъ предъявитъ споръ, тогда обязательство отсылается изъ полицейскаго прямо въ то судебное мѣсто, къ разбирательству коего искъ принадлежитъ.

отъ такого лица, которое не имѣло права онымъ обязываться... Въ первомъ изъ сихъ случаевъ, дѣло отсылается въ уголовный судъ... Во второмъ по свидѣтельству, представленному въ полномъ платежѣ, взысканіе прекращается, а по свидѣтельству въ уплатѣ, продолжается токмо въ остальной его части. Но если на самый актъ свидѣтельства предъявлено будетъ отъ истца подозрѣніе въ его подлинности, то дѣло отсылается къ разсмотрѣнію коммерческаго суда и взысканіе приостанавливается до его рѣшенія. Въ послѣднемъ случаѣ, взысканіе также приостанавливается, а дѣло отсылается въ коммерческій судъ ¹⁾). Во всѣхъ другихъ спорахъ и возраженіяхъ, какъ то: въ составѣ и принадлежностяхъ векселя или въ уплатѣ его по счетамъ книгамъ и роспискамъ предоставляется должнику доказывать свое право въ коммерческомъ судѣ, а между тѣмъ взысканіе съ него продолжается точно такъ, какъ бы никакихъ возраженій не было, доколѣ не послѣдуетъ въ судѣ опредѣленія о прекращеніи его или приостановленіи ²⁾). Какъ видимъ, въ полицейскомъ порядкѣ вексельныхъ взысканій отнынѣ должны допускаться возраженія, указывающія на подложность векселя, на уплату по векселю и на неспособность лицъ, обязавшихся по векселю. Въ первомъ и второмъ случаѣ уже одинъ фактъ заявленія возраженія приостанавливаетъ производство. Между тѣмъ, во второмъ случаѣ полиція обязана войти въ оцѣнку представленнаго возраженія и затѣмъ въ результатѣ, производство уже не приостанавливается а погашается или, иначе, прекращается. Какъ видимъ—большая разница по сравненію съ первымъ и послѣднимъ случаемъ. Однимъ словомъ, во второмъ случаѣ полиція является въ сущности заступающею мѣсто судебнаго органа ³⁾).

¹⁾ § 109 Уст. о векс. 1832 г. іюня 25 (Втор. Полн. Собр. № 5462). Ср. 651, 652. Уст. Торг. изд. 1857 г.

²⁾ § 110 ib.

³⁾ Ср. К. И. Малышевъ. Курсъ III, 435, однако, безъ дальнѣйшихъ поясненій.

Спрашивается, теперь: подъ уплатой, о которой говорится въ качествѣ втораго случая допускаемыхъ возраженій, возможно ли разумѣть также платежъ или уплату въ смыслѣ зачета или, иначе, представленіе удостовѣренія присутственнаго мѣста относительно не менѣе безспорнаго права требованія на истцѣ со стороны отвѣтчика? Редакція статьи настолько широка, что не препятствуетъ возможности положительнаго отвѣта. Къ тому же и понятіе зачета дѣйствительно не безызвѣстно разсматриваемому законодательству и, притомъ, въ слѣдующей весьма поучительной для насъ редакціи:.. въ передаточной надписи означается... что платежъ полученъ, зачтенъ или въ счетъ поставленъ ¹⁾. Въ результатѣ, мы считаемъ себя въ правѣ прийти къ тому выводу, что на основаніи вексельнаго законодательства 1832 года считать допустимымъ зачетъ едва ли представлялось бы рискованнымъ.

Окончательно разрѣшаетъ этотъ вопросъ въ положительномъ смыслѣ законодательство 1838 года. Именно, явившеся въ этомъ году Положеніе о производствѣ дѣлъ исполнительныхъ с.-петербургской полиціи содержитъ въ себѣ слѣдующее любопытное постановленіе:.. никакія возраженія и объясненія отвѣтчика не останавливаютъ взысканія управы благочинія, кромѣ слѣдующихъ .. 2) останавливается взысканіе управы по векселямъ... б) когда должникъ представитъ рѣшеніе судебного мѣста, что платежъ по акту, по коему взысканіе производится, слѣдуетъ обратить на удовлетвореніе исковъ должника на заимодавцѣ. Въ семъ случаѣ взыскивается съ должника только то, что остается за удовлетвореніемъ его исковъ ²⁾. Не трудно видѣть, что рѣчь идетъ въ выраженіяхъ, не оставляющихъ сомнѣнія, дѣйствительно о зачетѣ. Самое производство зачета возложено на тѣ же полицейскіе органы, вся роль коихъ, въ сущности, исчерпывается обращеніемъ векселей ко

¹⁾ § 19, 2 Уст. о векс. 1832 г.

²⁾ § 182 Полож. (Втор. полн. собр. зак. № 11109).

взысканію ¹⁾. Далѣ, съ осуществленіемъ зачета, производство по вексялямъ, очевидно, прекращается, ибо одно требованіе поглощается другимъ ²⁾. Разсматриваемое законоположеніе имѣетъ, при этомъ въ виду тотъ случай, когда встрѣчное требованіе меньше первоначальнаго. Тѣмъ не менѣе ясно, что если встрѣчное требованіе совпадаетъ съ первоначальнымъ, оба требованія по взаимности погасятся безъ остатка, а если встрѣчное требованіе превыситъ первоначальное, то въ остаткѣ для вексельнаго отвѣтчика сохранится право требованія на вексельномъ кредиторѣ. Въ заключеніе необходимо принять въ соображеніе, что встрѣчное требованіе во всякомъ случаѣ тогда только способно привести къ зачету, если носитъ безспорный характеръ—получило уже судебное осуществленіе въ рѣшеніи судебного мѣста. Однимъ словомъ, остается прийти къ тому выводу, что по законодательству 30-хъ годовъ зачетъ получилъ доступъ въ полицейскій порядокъ производства по вексялямъ, но, именно, на почвѣ взыскной же т. е., понятно, не въ формѣ встрѣчнаго иска, какъ предполагающей необходимо судебное разсмотрѣніе. Замѣчательно, что только что приведенная статья изъ узаконенія 1838 г. не вошла въ Сводъ законовъ, въ качествѣ постановленія, касающагося специально вексельнаго законодательства, а лишь въ качествѣ постановленія, касающагося общегражданскаго процессуальнаго законодательства ³⁾. Короче, взысканіе по вексялямъ въ интересующемъ насъ смыслѣ должно было производиться полиціею примѣнительно къ зако-

¹⁾ Ср. § 177. Положенія: если противу жалобы предъявлены будутъ возраженія... кои по нижеозначеннымъ правиламъ (§ 182 и сл.), дають дѣлу свойства дѣла спорнаго, то Управа отсылаетъ спорящихся къ разбирательству судебныхъ мѣстъ, если въ тѣхъ же правилахъ оно не предоставлено ей самой.

²⁾ А не приостанавливается какъ выражается законъ. Приостановка можетъ быть, если возникнетъ споръ по поводу напр. подлинности предъявленнаго рѣшенія. Но въ такомъ случаѣ необходимо соответствующая оговорка. Вообще редакція закона безусловно неудачная.

³⁾ Хотя въ Сводѣ Зак. изд. 1842 г. (т. XI, ч. 2) въ У ст. торг. и имѣется ссылка на приведенную ст., однако, текстъ (ст. 651) цитируется согласно Векс. Уст. 1832 г. См. ниже.

подательству 1832 г. а не къ законодательству 1838 г., хотя и не отмѣненному ¹⁾).

При разработкѣ судебныхъ уставовъ въ виду положеннаго въ основу реформы начала раздѣленія властей судебной и административной, все производство вексельныхъ взысканій было рѣшено изъять изъ вѣдѣнія полицейской власти и передать въ вѣдѣніе власти судебной. Но, такъ какъ вопросъ о реформѣ коммерческихъ судовъ былъ, при этомъ, выдѣленъ въ особое разсмотрѣніе и разрѣшеніе его отложено до поры до времени, судьба вексельныхъ взысканій не могла быть приведена въ ясность при окончаніи работъ по судебнымъ уставамъ. Однако, вскорѣ же, вслѣдъ за введеніемъ въ 1866 году судебного преобразованія въ округахъ петербургской и московской судебныхъ палатъ, сказалась необходимость опредѣлить какъ поступать въ дальнѣйшемъ съ дѣлами о векселяхъ? Пр. Сенатъ (по общему собранію 1-го и кассационныхъ департаментовъ) разъяснилъ, что въ тѣхъ мѣстностяхъ, въ которыхъ введены судебные уставы и на которыя распространяется вѣдомство коммерческихъ судовъ, дѣла о взысканіяхъ по векселямъ должны производиться въ коммерческихъ судахъ, по правиламъ исковаго порядка судопроизводства, за исключеніемъ мѣстностей, подвѣдомственныхъ петербургскому, московскому, одесскому и бессарабскому (кишиневскому) коммерческимъ судамъ: передать въ эти суды вексельныя дѣла оказалось невозможнымъ безъ одновременнаго усиленія штатовъ послѣднихъ и потому порядокъ производства дѣлъ по протестованнымъ векселямъ въ районѣ вѣдомства только что названныхъ судовъ остался прежній, такъ что взысканія по векселямъ, не утратившимъ силы вексельнаго права, продолжали предъявляться

¹⁾ Насколько намъ извѣстно, литература вовсе не входила въ разъясненія по этому поводу. Мейеръ (Очеркъ векс. права, 108) указывалъ лишь на то, что „всякія возраженія (крошъ очень немногихъ, именно, указанныхъ въ законодательствѣ) устраняются“. К. Побѣдоносцевъ (Гр. пр. III, 189) ограничился ссылкой на законодательство 1838 г.

въ полицейскихъ учрежденіяхъ ¹⁾). Однимъ словомъ, при введеніи судебной реформы обозначилась такая картина вексельной процедуры въ тѣхъ мѣстностяхъ, гдѣ оказались коммерческіе суды: 1) въ керченскомъ и таганрогскомъ ком. судахъ—общій порядокъ торговаго судопроизводства съ широкимъ примѣненіемъ средствъ защиты, а слѣдовательно и зачета; 2) въ остальныхъ коммерческихъ судахъ прежній безспорный полицейскій порядокъ съ возможнымъ допущеніемъ зачета, однако, во всякомъ случаѣ не въ формѣ встрѣчнаго иска.

Въ 1874, 1876 и 1877 гг. взысканіе по вексялямъ было передано коммерческимъ судамъ Петербурга, Москвы и Одессы, причемъ въ составѣ этихъ судовъ были образованы специально съ тою цѣлью особыя т. н. вексельныя отдѣленія ²⁾); вмѣстѣ съ тѣмъ особыми инструкціями Министра Юстиціи былъ определенъ порядокъ внутренняго дѣлопроизводства отдѣленій—примѣнительно къ порядку, соблюдавшемуся въ полицейскихъ учрежденіяхъ, такъ что и относительно возраженій, которыя вду-малъ бы заявлять отвѣтчикъ, вексельныя отдѣленія обязаны были руководствоваться вышеприведенными правилами устава о вексяляхъ 1832 г. ³⁾).

¹⁾ Представленіе Мин. Юст. 1886 г. за № 33465, объ установленіи правилъ о порядкѣ судопроизводства по вексялямъ, стр. 1.

²⁾ *ib.*, стр. 2.

³⁾ При разсмотрѣніи возраженій и объясненій отвѣтчика судъ руководствуется ст. 651—652 Уст. тор. (Инструкція пет. ком. суда § 26 въ над. Н. Тура стр. 17. Инструкціи почти буквально сходны одна съ другою. Ср. К. И. Малышевъ въ Курсъ Ш, 436 пр. 98). Судебная практика высказывалась въ смыслѣ буквального соблюденія устава о вексяляхъ. Ср. напр. опредѣленіе Петерб. коммерч. суда 1879 г. согласно которому не допускается въ безспорномъ порядкѣ возраженіе, что долгъ покрывается капиталомъ, находящимся у векселедержателя (Мартенсъ. Опытъ II, 66, 67). Изъ литературы въ смыслѣ правилъ Уст. о векс. Мышь (Суд. Вѣстк. 1878 № 10). По мнѣнію К. И. Малышева (Курсъ Ш, 439, 440) право возраженій въ производствѣ вексельныхъ отдѣленій слѣдовало расширить, ибо вексельное отдѣленіе само представляло собою судъ. Однако, учреждая особыя вексельныя отдѣленія, законодатель, какъ видно, стремился и къ сохраненію своеобразности вексельной процедуры въ виду ея свойства. Въ чемъ же, иначе, спрашивается

Въ мѣстностяхъ, гдѣ введены были судебные уставы, но не оказалось коммерческихъ судовъ, дѣла по протестованнымъ векселямъ пришлось распредѣлить между мировыми и общими судами по общимъ правиламъ о подсудности уст. гражд. судопр. ¹⁾), причѣмъ какого либо особаго порядка для протестованныхъ векселей, не утратившихъ силы вексельнаго права, установлено не было; тѣ же исковыя сокращенныя формы, которыя называются уставомъ гражд. судопр. между прочимъ и для векселей, отнюдь не стѣсняють средства защиты отвѣтчика²⁾). Не мудрено, что вскорѣ возникъ вопросъ: приведенныя выше статьи законодательства вексельнаго содержащія спеціальныя и, повидимому, матеріальнаго характера постановленія, слѣдуетъ считать примѣнимыми или не примѣнимыми въ новыхъ судебныхъ установленіяхъ? Вопросъ этотъ судебною практикою былъ рѣшенъ въ отрицательномъ смыслѣ т. е. что судебныя мѣста 1864 г. въ дѣлахъ по векселямъ обязаны разсматривать всякаго рода возраженія отвѣтчика ³⁾). Иначе говоря, судебная практика совершенно послѣдовательно не нашла возможнымъ ради векселей измѣнять характеръ производства по уставу, представляющаго типъ формально, но отнюдь не матеріально сокращеннаго производства. Такимъ образомъ, въ производствѣ зысканій по векселямъ въ судебныхъ установленіяхъ 1864 г. отвѣтчики стали пользоваться весьма

могла сказаться разница отъ продолжавшаго оставаться противоположеніи: безспорный и спорный порядокъ? Ср. Указъ 4 Деп. 1877 г.: (Мартенсъ Опытъ II, 66):.. въ случаѣ заявленія возраженій, подходящихъ подъ 651 ст. У. Т., вексельное отдѣленіе должно пріостановиться производствомъ и передать дѣло въ исковое отдѣленіе. Наконецъ, К. И. Малышевъ упустилъ изъ вида, что въ началѣ своего труда (I, 270) онъ съ рѣшительностью заявлялъ о недопущеніи зачета въ вексельныхъ дѣлахъ.

¹⁾ 29, 202 Уст.

²⁾ 74, 848 и д., 1289 прим. Уст. Ср. еще Представл. М. и. Ю. ст. стр. 3. и Думашевскій въ Ж. М. Ю. 1866 г. XXIX, 21 и д.

³⁾ Гражд. Кассац. Деп.: 1870 № 1097; 1871 № 17, 577; 1875 № 377, 1876 № 310.

широкимъ правомъ защиты: они могутъ не только предъявлять т. н. зачетъ, но и, вообще, встрѣчные иски ¹⁾).

Остается замѣтить, что въ тѣхъ мѣстностяхъ, гдѣ судебные уставы не были введены, дѣла по безспорнымъ вексельнымъ взысканіямъ остались по прежнему въ вѣдѣніи тѣхъ же полицейскихъ учреждений ²⁾).

Съ введеніемъ въ дѣйствіе положенія о земскихъ участковыхъ начальникахъ и правилъ объ устройствѣ судебной части и производствѣ судебныхъ дѣлъ въ мѣстахъ введенія названнаго положенія, дѣла по протестованнымъ векселямъ на сумму не свыше 300 р. обращены къ производству земскихъ начальниковъ и городскихъ судей въ порядкѣ т. н. понудительнаго исполненія по актамъ ³⁾. Понудительное исполненіе по актамъ—особое неисковое сокращенное производство, введенное для актовъ, совершенныхъ или засвидѣтельствованныхъ соответствующими должностными органами, а слѣдовательно и для протестованныхъ векселей, такъ какъ протестъ векселя учиняется не иначе какъ при участіи нотаріальнаго органа ⁴⁾. Производство это одностороннее, такъ что должникъ даже и не вызывается на судъ ⁵⁾. Очевидно, не можетъ быть и рѣчи о предъявленіи въ порядкѣ понудительнаго исполненія по ак-

¹⁾ За неограниченіе средствъ защиты К. П. Побѣдоносцевъ (Суд. руков. № 983) и проф. Цитовичъ (Курсъ векс. пр. 330). К. И. Малышевъ то не допускаетъ зачетъ (Курсъ I, 270), то допускаетъ (ib III, 443).

²⁾ Представленіе, стр. 4.

³⁾ 141—160 Правилъ о производствѣ судебн. дѣлъ въ мѣстностяхъ, въ кот. введено полож. о земск. участи. нач. 1889 г. Дек. 29. Трет. Полн. Собр. Зак. № 6483 (Св. Зак. т. XVI, ч. I, изд. 1892 г. Прилож.) Ср. еще прим. къ ст. 103 Уст. векс. изд. 1893 г.

⁴⁾ Въ томъ же смыслѣ Вербловскій (Судопр. 167). Contra Завадскій (Понудит. исполн. 22): „официально засвидѣтельствованный фактъ требованія платежа по векселю не можетъ измѣнить характера совершенія самаго векселя». Однако, это констатированіе развѣ не закрѣпляетъ, или, точнѣе, развѣ не покрываетъ все содержаніе вексельнаго акта въ смыслѣ упроченія его достовѣрности? Проф. Загоровскій (Очерки 241) не высказывается.

⁵⁾ 149 Правилъ.

тамъ какихъ либо средствъ защиты отвѣтчика въ интересующемъ насъ смыслѣ.

1891 г.—многознаменательный для судебъ вексельнаго процесса. Появляется новое законоположеніе объ упрощенномъ порядкѣ судопроизводства по векселямъ, долговымъ обязательствамъ и наемнымъ договорамъ ¹⁾). Законоположеніемъ этимъ вводится впервые одно общее для всѣхъ почти судовъ, устраняющее встрѣчные иски, исковое производство для дѣлъ по векселямъ.

Надобно замѣтить, что еще въ 1886 г. Министерство Юстиціи входило въ Госуд. Совѣтъ съ представленіемъ объ установленіи, въ дополненіе къ проектированному въ 1884 г. уставу о векселяхъ, правилъ объ особомъ, общемъ для всѣхъ судовъ, порядкѣ судопроизводства по векселямъ ²⁾). Убѣдившись «насколько запутано дѣло о производствѣ въ имперіи взысканій по векселямъ», Министерство пришло къ тому выводу, что един-

¹⁾ 8 іюня 1891 г. Третье Полн. Собр. Зак. № 7778.

²⁾ Представленіе за № 83465. Совсѣмъ иная точка зрѣнія господствовала при самомъ началѣ работъ по пересмотру правилъ о вексельныхъ взысканіяхъ. Такъ, изъ сопровождающей первоначальный (1869 г.) проектъ устава о векселяхъ объяснительный записки видно, что признавая «малый успѣхъ» полицейскаго порядка взысканій по векселямъ, предполагалось взысканіе это «отнести къ вѣдѣнію суда, а именно, къ обязанностямъ тѣхъ судебныхъ установленій, кои будутъ вѣдать дѣла, подлежащія торговой подсудности. Но такъ какъ составленіе проекта новаго устава коммерческаго судопроизводства было возложено на комиссію, учрежденную при Госуд. канцеляріи для окончанія работъ по преобразованію судебной части, то и вопросъ о новомъ порядкѣ взысканій по векселямъ былъ оставленъ до окончанія предпринятыхъ работъ по изготовленію новаго устава коммерческаго судопроизводства (Объяснит. зап. п. 10, 11, 132). Между тѣмъ извѣстно, что названная комиссія пришла къ убѣжденію въ ненужности дальнѣйшаго сохраненія коммерческихъ судовъ, равно какъ изданія особаго устава торговаго судопроизводства. Предположенія комиссіи остались, однако, безъ результатовъ (К. И. Малышевъ Курсъ Ш, 221). Засимъ въ 1871 г. при Министерствѣ Юстиціи была образована новая комиссія по вопросу о реорганизаціи коммерческихъ судовъ. Комиссія эта выработала въ 1872 г. проектъ устава торговаго судопроизводства. Этотъ проектъ проводитъ уже идею проекта устава о векселяхъ 1869 г. т. е., именно, что вексельный процессъ долженъ оставаться въ вѣдѣніи коммерческихъ судовъ. (ib.).

ственно возможно болѣе удовлетворительнымъ порядкомъ взыска- нія по вексямъ являлся бы порядокъ прежде всего одно- образный. Исходя изъ этой мысли Министерство проектировало установленіе одного особаго вексельнаго судопроизводства, замѣнъ: безспорнаго (полицейскаго) порядка, сокращеннаго порядка судопроизводства въ окружныхъ судахъ и порядка су- допроизводства у мировыхъ судей, по дѣламъ о вексельныхъ взысканіяхъ ¹⁾. Представленіе было, однако, возвращено обратно въ Министерство на предметъ сообразованія съ появившимися въ 1889 г. узаконеніями, реформировавшими судебно-админи- стративное устройство въ коренной Россіи (положеніе о зем- скихъ начальникахъ) и судебную часть въ прибалтійскомъ краѣ. Выполнивъ порученную ему работу, Министерство Юстиціи въ 1890 г. вошло въ Госуд. Совѣтъ съ новымъ представле- ніемъ—объ установленіи особаго упрощеннаго порядка судопроизводства, долженствующаго между прочимъ замѣнить и существовавшее доселѣ вексельное судопроизводство ²⁾. Въ основу проектированныхъ правилъ былъ положенъ проектъ 1886 г. ³⁾. Обратившись въ законъ, новыя правила стали под- лежать примѣненію, въ случаѣ просьбы о томъ истца, въ за- висимости (по общимъ правиламъ) отъ суммы иска въ судахъ окружныхъ ⁴⁾, мировыхъ ⁵⁾, у уѣздныхъ членовъ окружнаго суда ⁶⁾ и, на сумму свыше 500 р., въ судахъ коммерческихъ ⁷⁾.

¹⁾ Представленіе 1886 г. за № 33465, стр. 6.

²⁾ Представленіе за № 34240 объ упрощенномъ порядкѣ судопро- изводства по вексямъ, долговымъ обязательствамъ и наемнымъ договорамъ и о сокращенномъ судопроизводствѣ.

³⁾ Представленіе, стр. 4.

⁴⁾ 365¹ и д., 1289 прим. Уст.

⁵⁾ Ст. 80 Уст.: въ мѣстностяхъ, гдѣ введены судебныя уставы въ пол- номъ объемѣ, мировые судьи, при производствѣ дѣлъ по долговымъ обяза- тельствамъ... руководствуются правилами упрощеннаго судопроизводства.

⁶⁾ 80 Правилъ объ устр. суд. части.

⁷⁾ Прим. къ ст. 82 Уст. и в д. торг.: въ мѣстностяхъ, гдѣ введены судеб- ныя уставы въ полномъ объемѣ, коммерческіе суды при производствѣ дѣлъ о взысканіи по вексямъ, примѣняютъ по просьбѣ о томъ истца, статьи 365¹—365²¹ Уст. гражд. суд.

Воспроизводя проект 1886 г. въ смыслѣ установленія однообразія въ подвѣдомственности вексельныхъ взысканій, законоположеніе 1891 г. расходится съ проектомъ 1886 г. по вопросу о средствахъ защиты въ вексельномъ процессѣ. Именно. отправная точка проекта 1886 г. была такого рода: начала безспорнаго порядка въ томъ видѣ, какъ они примѣняются въ вексельныхъ отдѣленіяхъ коммерческихъ судовъ, такъ какъ порядокъ этотъ въ общихъ чертахъ вполне цѣлесообразенъ и на него неоднократно указывало наше купечество, какъ на самую удовлетворительную форму вексельнаго процесса¹⁾. Однимъ словомъ въ проектѣ 1886 г. содержалась слѣдующая статья что касается средствъ защиты отвѣтчика: по существу дѣла отвѣтчикъ, сверхъ спора о томъ, что представленны истцомъ вексель, протестъ и другіе документы сами по себѣ иска не подтверждають, а также спора противъ подлинности акта, можетъ, въ вексельномъ порядкѣ, предъявить лишь слѣдующія возраженія: 1) что, при вступленіи въ вексельное обязательство, онъ или лицо, преемникомъ правъ котораго онъ состоитъ по общимъ законамъ гражданскимъ, не имѣли права обязываться векселями; 2) что по векселю въ надлежащее судебное установленіе уже внесень полный платежъ или внесена часть причитающейся суммы; 3) что срокъ на предъявленіе иска пропущенъ²⁾. Какъ видимъ, въ интересующемъ насъ пунктѣ второмъ статьи проектъ 1886 г. стоитъ въ сущности на почвѣ безспорно - полицейскихъ взысканій³⁾. Составители же законоположенія 1891 г. разуждали

¹⁾ Представленіе стр. 6.

²⁾ 11 Проект. Правилъ.

³⁾ Любопытно, что въ проектѣ вексельнаго устава, опубликованномъ въ 1882 г. заключалась вотъ какая, заимствованная съ германскаго вексельнаго устава, статья относительно средствъ защиты: вексельный должникъ можетъ пользоваться только такими возраженіями, которыя основаны на семъ уставѣ или которыя онъ въ правѣ предъявить непосредственно противъ кредитора (146 Проекта). Иначе говоря, проектомъ открывалась возможность допущенія зачета въ дѣлахъ по векселямъ, ибо, какъ намъ уже извѣстно (выше стр. 212), общегерманскій вексельный уставъ даетъ полное основаніе къ такому выводу. Въ переработанномъ проектѣ устава о векселяхъ 1884 г. статья

такимъ образомъ: единственное вѣрное и дѣйствительное средство для борьбы съ злоупотребленіями состоитъ въ воспрещеніи суду принимать во вниманіе какіе либо иные... споры и возраженія, кромѣ тѣхъ, которые отвѣтчикъ можетъ тутъ же немедленно въ засѣданіи суда, назначенномъ для разбирательства дѣла подкрѣпить несомнѣнными доказательствами имѣющимися у него на лицо. Но съ принятіемъ подобной мѣры нѣтъ уже повода устанавливать какія либо ограниченія въ отношеніи предъявленія отвѣтчикомъ тѣхъ или другихъ... споровъ и возраженій»¹⁾. Въ результатѣ правила новаго порядка допускаютъ заявленіе всѣхъ возможныхъ споровъ, если только они заявлены оновременно: «всѣ споры... и возраженія должны быть заявлены отвѣтчикомъ... не позже засѣданія etc.»²⁾. Такимъ образомъ, въ отличіе отъ проекта 1886 г., законъ 1891 г. не выставляетъ ровно никакихъ ограниченій по существу предъявляемыхъ возраженій. Расширивъ сравнительно съ проектомъ 1886 г. право защиты, вообще, отвѣтчика, законъ 1891 г. за то буквально повторяетъ ограниченіе проекта 1886 г. относительно права предъявлять встрѣчный искъ въ вексельномъ процессѣ³⁾. Въ

эта была видоизмѣнена слѣдующимъ образомъ: вексельный должникъ не въ правѣ предъявлять возраженій, вытекающихъ изъ правоотношеній его къ кому либо изъ прежнихъ векселедержателей, развѣ бы право на предъявленіе такихъ возраженій принадлежало ему въ силу постановленій сего устава 121 Проекта.) Съ нашей точки зрѣнія — различіе, не имѣющее значеніе.

1) Представленіе, стр. 12.

2) 865¹⁰ Уст.

3) Воспрещеніе предъявлять встрѣчные иски въ вексельномъ процессѣ впервые появляется въ проектѣ устава торговаго судопроизводства, разработавшихся въ 1871—1878 гг. въ такой редакціи: въ вексельномъ порядкѣ не допускается предъявленіе со стороны отвѣтчика встрѣчнаго иска (202, 231 Проектъ). Статья эта, читаясь у составителей проектовъ, имѣетъ въ виду ускорить, по возможности, производство вексельныхъ исковъ и, кромѣ того, устранить смѣшеніе вексельнаго порядка съ общимъ порядкомъ судопроизводства, установленнымъ для дѣлъ торговыхъ, такъ какъ встрѣчный искъ можетъ вытекать изъ другихъ отношеній чѣмъ вексельныхъ (Объясн. зап. къ перв. пр., 88; Объясн. зап. ко втор. пр. 216). Любопытно, что нѣкоторые судебныя мѣста, на заключеніе коихъ были обращены проекты, вовсе

проектъ 1886 г. включена были, именно, такая статья: предъявление встрѣчнаго иска не допускается ¹⁾, ибо, читаемъ у составителей проекта, съ требованіемъ скорого производства не совмѣстимо... предъявление встрѣчнаго иска ²⁾. Предъявление встрѣчнаго иска не допускается, повторяетъ законоположеніе 1891 г. ³⁾, ибо, читаемъ у составителей, предъявление встрѣчнаго иска является процессуальнымъ усложненіемъ ⁴⁾. Итакъ, съ одной стороны, условное допущеніе, вообще, средствъ защиты, а съ другой—безусловное недопущеніе встрѣчныхъ исковъ ⁵⁾. Спрашивается: но развѣ, напр., въ особенности, въ мировой юстиціи, не могутъ быть предъявляемы и такіе встрѣчные иски, которые, подобно зачету посредствомъ возраженія и другимъ

не раздѣляли соображеній составителей проектовъ, считая вполнѣ возможнымъ допускать встрѣчный искъ въ вексельныхъ дѣлахъ, по крайней мѣрѣ, въ тѣхъ случаяхъ, когда онъ былъ основанъ также на протестованномъ векселѣ, какъ и первоначальный искъ. (Замѣч. гражд. деп. Саратовской суд. пал., 79).

1) 13 Проект. Правилъ.

2) Представленіе 1886 г., стр. 38.

3) 365 ¹² Проекта, 365 ¹³ Законополож. (Уст. гражд. судопр.)

4) Представленіе 1891 г. стр. 6.

5) Въ новомъ проектѣ вексельнаго устава, выработанномъ Министерствомъ Финансовъ въ 1893 г. право защиты отвѣтчика ставится въ опредѣленные границы путемъ перечисленія допускаемыхъ возраженій. Въ числѣ ихъ—оплата векселя, если таковая явствуетъ изъ росписки или изъ отмѣтки на векселѣ etc. (131 Проекта). Но за то допускается встрѣчный искъ: противъ иска по протестованному векселю встрѣчный искъ можетъ быть допущенъ лишь въ томъ случаѣ, если таковой предъявляется тоже по протестованному векселю (125 Проекта). Въ числѣ перечисляемыхъ возраженій нѣтъ возраженій о зачетѣ, а между тѣмъ встрѣчный искъ допускается. Въ этомъ отношеніи, проектъ непослѣдователенъ. Впрочемъ, судя по разъясненіямъ г. Цитовича (Отвѣтъ, 86) перечень возраженій въ проектѣ лишь примѣрный, такъ что и возраженіе о зачетѣ можетъ быть допущено по усмотрѣнію суда. Въ такомъ случаѣ не можетъ быть порицаемо допущеніе встрѣчнаго иска съ той оговоркой, какая дѣлается при этомъ. Дѣйствительно ст. 365 ¹³ уст. зашла слишкомъ далеко, когда устранила вообще всякіе встрѣчные иски (ib. 83 пр. 1). Однако, въ виду процессуальнаго значенія ограниченія средствъ защиты, о послѣднемъ цѣлесообразнѣе упомянуть въ процессуальномъ законодательствѣ, а не въ будущемъ вексельномъ уставѣ. Въ этомъ отношеніи правъ г. К и р и м ъ (Нов. проектъ 71).

средствамъ защиты, имѣютъ быть немедленно подкрѣплены явными доказательствами ¹⁾. Непродуманность — очевидная ²⁾.

Въ концѣ концовъ на основаніи дѣйствующаго законодательства вопросъ о зачетѣ рѣшается въ томъ смыслѣ, что въ обѣихъ, предназначенныхъ для векселей, формахъ производства—въ понудительномъ исполненіи по актамъ и въ упрощенномъ порядкѣ судопроизводства зачетъ посредствомъ встрѣчнаго иска безусловно не можетъ быть допущенъ ³⁾.

Въ Польскомъ краѣ дѣйствующее матеріальное законодательство ⁴⁾ воспроизводитъ, какъ извѣстно, французское законодательство начала нынѣшняго столѣтія. Что же касается до законодательства процессуальнаго, то съ введеніемъ въ 1876 г. судебныхъ уставовъ, дѣла по векселямъ первоначально, такъ же какъ и въ коренной Россіи, на подобіе французскаго же законодательства, подлежали разсмотрѣнію при полной свободѣ предъявленія средствъ защиты, а слѣдовательно и встрѣчнаго иска ⁵⁾, но затѣмъ въ 1891 г. опять такъ же, какъ и въ коренной Россіи, на варшавскій судебный округъ распространено дѣйствіе закона объ упрощенномъ порядкѣ судопроизводства, ограни-

¹⁾ См. выше стр. 231.

²⁾ Виною тому — безотчетное преклоненіе предъ далекимъ однако отъ совершенства (см. стр. 213, 240) германскимъ законодательствомъ, послужившимъ несомнѣнно образцомъ для составителей разсмотрѣннаго законоположенія.

³⁾ Литература дѣйствующаго вексельнаго права, вообще, не богатая, совсѣмъ скудна въ интересующемъ насъ отношеніи. Такъ, въ объемистомъ трудѣ г. Бараца (Курсъ вексельнаго права), изложеніе о вексельномъ процессѣ настолько туманно, что рѣшительно не даетъ возможности составить вполне опредѣленнаго понятія въ интересующемъ насъ смыслѣ. (Ср. ib. стр. 590, 597, 603, 604, 611—615).

⁴⁾ Въ силу вексельнаго устава Станислава Августа 1775 г. допускались четыре возраженія, но между ними зачета не было. К. И. Малышевъ в Курсѣ III, 430 пр. 62.

⁵⁾ Ср. 1482, 1487, 1493, 1629 Уст. гр. суд. К. И. Малышевъ в Курсѣ III, 431.

чивающаго, какъ показано выше, право предъявленія встрѣчнаго иска ¹⁾). Однимъ словомъ, дѣла по векселямъ въ польскомъ краѣ допускаютъ заявленіе возраженій, а въ томъ числѣ и зачета, но не допускаютъ предъявленія встрѣчнаго иска.

Дореформенный вексельный процессъ въ остзейскомъ краѣ представлялъ прежде всего ту особенность, что интересующій насъ вопросъ для городского населенія рѣшался иначе, чѣмъ для уѣзднаго. Именно, среди городского населенія дѣйствовало любское вексельное законодательство второй половины XVII стол., едва ли, повидимому, допускавшее зачетъ даже вообще, т. е. посредствомъ возраженія ²⁾). Наоборотъ, среди уѣзднаго населенія дѣйствовало вексельное законодательство шведское также второй половины XVII стол. — сколокъ съ французскаго законодательства, слѣдовательно, вовсе не стѣснявшее отвѣтчика въ приведеніи средствъ защиты ³⁾). Съ теченіемъ времени замѣчается все большая и большая склонность къ расширенію въ вексельномъ процессѣ права защиты, такъ что и допущеніе зачета дѣлается едва ли не очевиднымъ ⁴⁾).

1) Относительно судовъ окружныхъ и мировыхъ ср. выше стр. 233 прим. 5, а также Представленіе Мин. Юст. 1890 г. за № 34240 стр. 20; относительно гминыхъ судовъ и Варш. ком. суда имѣются прямыя указанія въ законѣ: правила о производствѣ дѣлъ въ упрощенномъ порядкѣ примѣняются гмиными судами по дѣламъ, имъ подвѣдомственнымъ 1610 Уст. гражд. судопр.; правила о производствѣ дѣлъ въ упрощенномъ порядкѣ примѣняются и Варшавскимъ коммерческимъ судомъ по дѣламъ, ему подвѣдомственнымъ 1645 ¹ ib.

2) Допускались только *exceptiones doli* и *solutionis*. Толковать послѣднее выраженіе въ желательномъ для насъ смыслѣ не имѣется основаній. Ср. К. И. Малышевъ Курсъ Ш, 428 пр. 56, 57. Любопытно, что подъ *rescriptio* названное законодательство разумѣло искъ, ведущій къ рассмотрѣнію въ общемъ порядкѣ спора, заявленнаго въ вексельномъ порядкѣ (ib.).

3) К. И. Малышевъ Курсъ Ш, 429.

4) Ср. К. И. Малышевъ. Курсъ Ш, 430 пр. 60 и 61; 431 пр. 65. Weisse въ Zeitschr. f. R. W. der Univ. Dorpat, IV, 227. Ср. также судебную практику у Zwingmann'a Civilrechtl. Entsch. der Riga'schen Stadtgerichte II № 261, 262; III № 369 и IV № 662, 668. Вообще же, трудно согласиться

Заси́мъ, по введеніи въ прибалтійскомъ краѣ судебной реформы 1864 г. ¹⁾), вексельныя дѣла стали подлежать разсмотрѣнію въ соотвѣтственныхъ судахъ т. е. въ мировыхъ и окружныхъ судахъ по общимъ правиламъ о подсудности и не отличающагося какими либо судопроизводственными особенностями ²⁾). Наконецъ въ 1891 году послѣдовало такое же измѣненіе въ вексельной процедурѣ какъ и въ коренной Россіи: и въ Прибалтійскомъ краѣ введенъ упрощенный порядокъ судопроизводства, «преимущественно въ виду того, читаемъ у составителей, что въ проектированныхъ судопроизводственныхъ правилахъ исключены всякія ссылки и указанія на новый уставъ о векселяхъ и вообще на постановленія матеріальнаго гражданскаго права,—примѣненіе коихъ судомъ въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ... отнюдь не будетъ стѣснено быстротою упрощеннаго судопроизводства ³⁾).

Въ Финляндіи до 1858 г. дѣла по векселямъ разсматривались въ сокращенномъ порядкѣ по французскому образцу ⁴⁾ т. е. безъ ограниченія средствъ защиты, а слѣдовательно и зачета. Согласно Уставу о векселяхъ 1858 г. тотъ же порядокъ остался для взысканій въ городскихъ ратушахъ; но помимо его къ дѣламъ о векселяхъ примѣнялся безспорный порядокъ взысканій по долговымъ обязательствамъ, производившійся при посредствѣ губернаторовъ ⁵⁾). Въ 1895 г. опубликованъ Уставъ о взысканіяхъ гражданскихъ для Великаго

съ К. И. Малышевымъ (ib.), что въ Остзейскихъ губерніяхъ какъ теорія, такъ и судебная практика... склоняются къ германскому типу вексельнаго процесса т. е. къ *Urkunden und Wechselprozess*.

¹⁾ Первоначальные проекты реформы процессуальнаго законодательства рѣшали занимающій насъ вопросъ неодинаково, то склоняясь въ пользу ограниченія зачета и встречнаго иска, то допуская предъявленіе, вообще, средствъ защиты. Ср. К. И. Малышевъ Курсъ III, 481 пр. 67.

²⁾ 1799 1805, 1 прил. къ 1805 Уст. гражд. судопр.

³⁾ Представленіе 1890, стр. 20.

⁴⁾ К. И. Малышевъ. Курсъ III 429 и прим. 58.

⁵⁾ К. И. Малышевъ. Курсъ III, 432, 433.

Княжества Финляндскаго ¹⁾, касающійся и векселей. На основаніи этого устава всѣ вообще иски о взысканіи съ должника по просроченному долговому требованію опредѣленнаго количества денегъ или товара, если искъ основывается на долговомъ письмѣ или на другихъ письменныхъ документахъ, разсматриваются и рѣшаются т. н. высшею инстанціею по производству взысканій, а именно, въ уѣздѣ—начальникомъ губерніи, а въ городахъ—магистратомъ, причемъ, если должникъ желаетъ погасить свой долгъ долговымъ требованіемъ на кредитора, и если это требованіе по свойству соотвѣтствуетъ только что отмѣченными признакамъ, то высшая инстанція по производству взысканій постановляетъ о зачетѣ долга кредитора ²⁾.

Обозрѣвая все изложенное выше относительно зачета въ дѣлахъ по векселямъ, приходимъ къ такому выводу: возникши на процессуальной почвѣ и господствуя въ ранніе періоды исторіи векселя, разсмотрѣнное ограниченіе въ позднѣйшія времена уступаетъ мѣсто свободѣ предъявленія зачета, за исключеніемъ германскаго и русскаго права, удерживающихъ и по нынѣ, по крайней мѣрѣ, безусловное ограниченіе встрѣчнаго иска—ограниченіе, непослѣдовательность котораго бросается въ глаза, въ виду допущенія вмѣстѣ съ тѣмъ, вообще, средствъ защиты.

§ 9. Въ исторіи и въ современномъ законодательномъ строѣ могутъ быть обнаружены попытки сокращенія процедуры путемъ стѣсненія интересующихъ насъ средствъ защиты и въ другихъ, помимо вышеуказанныхъ, случаяхъ производства по требованіямъ, вытекающимъ изъ долговыхъ отношеній ³⁾.

¹⁾ 8 Декабря. См. Сборн. постановл. В. К. Ф. 1895 № 87.

²⁾ Ср. § 1 Главы I о властяхъ и производствѣ дѣлъ о взыск. гражд. и § 1, 18 главы II объ искахъ и взысканіи долга Устава взыскн.

³⁾ Само собой, рѣчь идетъ о производствахъ судебныхъ или, иначе, спорныхъ, а не о понудительномъ исполненіи по актамъ—особомъ, по существу, не судебномъ типѣ производства, извѣстномъ также подъ названіемъ производства безспорныхъ взысканій. Впрочемъ, какъ увидимъ въ дальнѣйшаго изложенія, попутно придется коснуться и послѣдняго. (Ср. еще выше стр. 227).

Такъ, намъ уже извѣстно, что въ *Италии*, начиная съ XIII в., дѣла по долговымъ обязательствамъ шли черезъ сокращенное производство, причемъ, не допускалось даже никакихъ возраженій ¹⁾. Что же касается до ближайшаго опредѣленія подобнаго рода дѣлъ, то подъ таковыми разумѣлись, въ особенности, дѣла по закладнымъ ²⁾, по заемнымъ обязательствамъ ³⁾, по личному найму ⁴⁾. Мало по малу въ суммарное производство статутовъ не только проникаютъ средства защиты но и все въ большей степени, такъ что въ позднѣйшія времена производство по долговымъ обязательствамъ въ интересующемъ насъ отношеніи вовсе не отличается отъ общаго порядка судопроизводства ⁵⁾.

Какъ выше показано, дѣйствующимъ процессуальнымъ законодательствомъ *Германіи* установлено особое исковое производство по документамъ и векселямъ (*Urkunden und Wechselprocess*) ⁶⁾. Однимъ словомъ, какъ для исковъ, основанныхъ на документахъ, такъ и для векселей установлено одно и тоже особое производство, отличающееся, какъ мы видѣли выше, условнымъ ограниченіемъ средствъ защиты отвѣтчика ⁷⁾. Дѣла, идущія въ это производство, кстати сказать по просьбѣ истца ⁸⁾ въ качествѣ исковъ, основанныхъ на документахъ, обрисовываются уста-

¹⁾ Выше стр. 190. Помимо указанныхъ здѣсь *Stat. Bresciae* и *Casale*, ср. еще напр. *Stat. Paduae* 1258 г. (*Briegleb Exec. Proc.* II, 193), *Com. o.* 1281 г. (*Mon. hist. patr.* 71, 118), *Pistorii* (Пистойя) 1296 г. (*Mon. hist. patr.* II, 40; III, 78), *Novosomi* 1296 г. (*ib.*, 220), *Napoli* 1307 г. (*Briegleb Exec. Proc.* II, 201), *Martinenghi* 1393 г. (*Lib.* II, 4), *Mutinae* (Модены) 1545 г. (*Lib.* II, rub. II).

²⁾ *Lattes Studii*, 41.

³⁾ *Ib.* 44.

⁴⁾ *Ib.* 40.

⁵⁾ Выше стр. 192.

⁶⁾ § 555 и. д. (592 и д. новой редакціи) *Civ. Proc. Ord n.* Ср. выше стр. 213.

⁷⁾ Составители устава характеризуютъ это производство какъ прежній *Executivprocess*. (*Hahn Materialien* I, 387).

⁸⁾ 556 (598 нов. редакціи) *Civ. Proc. Ord n.*

вомъ слѣдующимъ образомъ: Ein Anspruch, welcher die Zahlung einer bestimmten Geldsumme oder die Leistung einer bestimmten Quantität anderer vertretbarer Sachen oder Werthpapiere zum Gegenstande hat, kann im Urkundenproceſſe geltend gemacht werden ¹⁾ т. е. (буквально): требованіе, имѣющее предметомъ платежъ опредѣленной денежной суммы или же предоставленіе опредѣленнаго количества другихъ замѣнимыхъ вещей или цѣнныхъ бумагъ можетъ быть осуществлено посредствомъ документнаго производства. Какъ видимъ, понятіе долговаго требованія берется въ весьма широкомъ смыслѣ слова ²⁾, причемъ, можетъ возникнуть только такого рода вопросъ: подойдутъ ли сюда и обязательственныя требованія изъ вещныхъ правоотношеній, именно требованія о платежѣ денежной суммы по закладнымъ? Уставъ гр. суд. въ редакціи 1877 г. не даетъ отвѣта, но матеріалы составителей содержатъ указанія положительнаго характера ³⁾. Чтобы покончить разъ на всегда съ возникавшими на этой почвѣ сомнѣніями ⁴⁾ въ новеллу или, иначе, въ редакцію Уст. гр. судопр. 1898 г. введена въ дополненіе къ процитированной статьѣ слѣдующая оговорка: Als ein Anspruch, welcher die Zahlung einer Geldsumme zum Gegenstande hat, gilt auch der

¹⁾ 555 (592 нов. редакція) Civ. Proc. Ord n.

²⁾ Самы составители ограничиваются слѣдующимъ неопредѣленнымъ поясненіемъ: Die Beschränkung der Zulässigkeit des Verfahrens dem Gegenstande nach auf Ansprüche, welche auf Zahlung etc. (повтореніе статьи).. entspricht der natürlichen Beschränkung des Bedürfnisses (Hahn Materialien I, 391). Литература также не входитъ въ ближайшія поясненія. Ср. напр. Seuffert Comment къ ст. 555 стр. 732, Schmidt Lehrb. 714; Stein Urkundenprocess 51 и д. 57, 70—72.

³⁾ Soweit aus dinglichen Rechtsverhältnisse Ansprüche der bezeichneten Art entstehen, fallen auch diese unter die gegebene Bezeichnung; sie unterscheiden sich für das Verfahren von bloss persönlichen Ansprüchen nicht (Hahn Mater. I, 391). Ср. также литературу к. напр. Seuffert Comment. къ 555 стр. 732; Stein Urkundenprocess, 70, 80—88.

⁴⁾ О которыхъ см. у Stein'a ib.

Anspruch aus einer Hypothek, einer Grundschild oder einer Rentenschuld ¹⁾).

Вводя особое производство по документамъ, составители Устава имѣли въ виду ограничить матеріалъ защиты поскольку отвѣтчикъ не былъ бы въ состояніи прибѣгнуть къ немедленному подтвержденію своихъ притязаній письменными доказательствами ²⁾). И дѣйствительно: по существу средства защиты отвѣтника ничуть не стѣсняются въ разсматриваемомъ производствѣ, какъ это видно изъ слѣдующихъ выраженій Устава: *insoweit der in der Klage geltend gemachte Anspruch...infolge einer Einrede des Beklagten als unbegründet sich darstellt* ³⁾)...Einwendungen des Beklagten sind, wenn der dem Beklagten obliegende Beweis derselben nicht mit den im Urkundenprozesse zulässigen Beweismitteln angetreten oder mit solchen Beweismitteln nicht vollständig geführt ist, als im Urkundenprozesse unstatthaft zurückzuweisen ⁴⁾). Ясно, что, средства защиты всякаго рода, а слѣдовательно и возраженія о зачетѣ отнюдь не изгнаны изъ производства по документамъ, а только обусловлены незамед-

¹⁾ 592 Civ. Proc. Ord n. ред. 1898. Ср. у составителей: Bereits in der Begründung zu der Entw. des C. P. O. (1874—1875) ist der praktische Werth hervorgehoben, den der Urkundenprocess für die hypothekarische Schuldklage gegen den dritten Besitzer des Pfandgrundstücks hat. Gleichwohl besteht gegen wärtig gerade nach dieser Richtung Streit. Um gegenüber den Vorschriften der Bürgerl. G. B. ähnliche Zweifel anzuschliessen, bestimmt der Entwurf etc. (Materialien zur C. P. O. 175).

²⁾ Das Charakteristische der summarischen Prozedur, читаемъ у составителей, besteht nicht in formeller Beschleunigung des Prozessganges, sondern in der materiell verkürzten Defension, in der Beschränkung der *causae cognitio* auf die *summa causae* d. h. auf die nächsten und unerlässlichsten Voraussetzungen eines an sich begründeten Klagenanspruchs, mit Ausschluss aller Defensionen des Beklagten, welche nicht in *continenti liquide* gemacht werden können... Der Zweck der summarischen Kognition ist, den Anspruch des Klägers aus Rechtshilfe wenn und solange dieser Anspruch gerecht erscheint, gegen die Gefahr unzutraglich verzögerter Realisirung in Folgedes Gebrauchs langwieriger Vertheidigungsmittel des Beklagten sicher zu stellen...(H a h n I, 887).

³⁾ 560 (597 въ нов. редакціи) Civ. Proc. Ord n.

⁴⁾ 561 (598 въ нов. ред.) Civ. Proc. Ord n.

лительностью их осуществления ¹⁾). Сдѣлавъ вполне возможнымъ предъявленіе, вообще, средствъ защиты, составители въ то же время, однако, какъ извѣстно, самымъ рѣшительнымъ образомъ ограничили право предъявленія въ производствѣ по документамъ вступительныхъ, постановивъ: *Widerklagen sind nicht statthaft* ²⁾, если бы даже основывались на документахъ ³⁾. Причина — опасеніе неизбежныхъ осложнений ⁴⁾. Выходить, что всякое предъявленіе вступительнаго иска должно неминуемо повести къ замедленію производства. Предположеніе — една ли соответствующее дѣйствительности. Вообще, допуская безусловно зачетъ посредствомъ возраженія и въ то же время не допуская безусловно зачета посредствомъ вступительнаго иска, Уставъ очевидно впадаетъ самъ съ собой въ противорѣчіе ⁵⁾.

Въ австрійскомъ правѣ имѣется ограниченіе зачета въ договорѣ найма имущества (Bestandvertrag) согласно слѣдующей статьи гражданскаго уложенія: *Weder die Einwendung des Kompensationsrechtes, noch selbst des früheren Eigenthumsrechtes, kann ihn (d. h. den Bestandnehmer) vor der Zurückstellung (der Sache) schützen* ⁶⁾. Хотя процессуальное законодатель-

¹⁾ Въ томъ же смыслѣ и литература Ср. напр. *Seuffert Comment.* къ 558 стр. 735 и къ 561 стр. 742; *Schmidt Lehrb.* 718, 719; *Stein Urkundenproc.* 57, 60, 139, 140, 169, 170.

²⁾ 558 (595 нов. редакція) *Civ. Proc. Ord n.*

³⁾ *Selbst wenn sie gleichfalls auf Urkunden basiren* (*Hahn Mater I,* 391)

⁴⁾ Ср. выше стр. 213, прим. 3.

⁵⁾ Ср., что сказано выше относительно вексельнаго процесса. *Stein (Urkundenprozess 61, 190)* порицаетъ Уставъ, но не съ этой точки зрѣнія, а съ точки зрѣнія несправедливости по отношенію къ отвѣтчику *Рейнке* (*Журн. Мин. Юст.* 1894/95 г. № 11, 39) восхваляя док. процессъ, за устраненіе вступительнаго иска, очевидно, забываетъ о допущеніи при этомъ вообще средствъ защиты.

⁶⁾ § 1109 *Burgerl. ges. Buches.* Литература не входитъ въ поясненія по поводу этой статьи, ограничиваясь или указаніемъ на то, что *gemeinrechtlich ist die compensation nicht ausgeschlossen* (*Unger* въ *Zeitschr. f. Priv. u. oeff. R.* XV, 544, 550 пр. 21) или на то, что ограниченіе это *speciell oesterreichisch* (*Hasenöhrli Oblig. II, 557 пр. 96*).

ство 1895 г., вводя особый порядокъ судопроизводства для дѣлъ, возникающихъ изъ договора найма имущества (*Verfahren bei Streitigkeiten aus dem Bestandvertrage*) и не установило, по существу, никакихъ ограниченій въ этомъ случаѣ для предъявленія средствъ защиты ¹⁾, во всякомъ случаѣ въ виду матеріальнаго характера приведеннаго ограниченія остается признать, что по австрійскому праву предъявленіе зачета въ дѣлахъ о наймѣ имущества не можетъ быть допущено.

Въ *рускомъ* правѣ, обнаруживается слѣдующее. Учрежденіе о губерніяхъ 1775 г. установило, подобно какъ и для дѣлъ о векселяхъ, два порядка производства для дѣлъ «исполнительныхъ и скорѣго отправленія или приказанія требующихъ, также и тѣхъ, о которыхъ противорѣчія или спора быть не можетъ, какъ напр. подписанные должникомъ счета... или контракты, ясные и явные, по которымъ въ срокъ платежей не воспослѣдовалъ» ²⁾: безспорный т. е. устраняющій средства защиты отвѣтчика порядокъ и неустраняющій средства защиты отвѣтчика или спорный порядокъ.

Въ 1800 г. издаются новыя правила относительно производства по долговымъ обязательствамъ. Въ правилахъ этихъ, включенныхъ въ Уставъ о Банкротахъ 19 Декабря во вторую часть «Для дворянъ и чиновниковъ ³⁾», между прочимъ читаемъ: вообще по закладнымъ и домовымъ съ залогомъ письмамъ... удовлетвореніе чинить, а по крѣпостнымъ и домовымъ безъ залоговъ заемнымъ письмамъ взысканіе съ должника самаго или изъ имѣнія его производить со скоростію и строгостію. На закладныя и крѣпостныя заемныя письма не уважать никакихъ о безденежности ихъ отъ должника и наслѣдниковъ его показаній и не принимать никакихъ показуемыхъ со стороны должника уплатъ, кромѣ тѣхъ, отъ коихъ будутъ на тѣхъ крѣ-

¹⁾ Ср. § 571. *Civ. Proc. Ordn.*

²⁾ Ср. выше стр. 219 пр. 1.

³⁾ Перев. Полн. Собр. Зак. № 19 692.

постныхъ обязательствахъ платежныя надписи, или о коихъ представлены будутъ ясныя по нимъ платежныя росписки, или подобныя сему должнику обязательства отъ того заимодавца или взыскателя за рукою его, или же которыя уплаты тѣмъ должникомъ учинены чрезъ посредство присутственныхъ мѣстъ. Разбирать и рѣшить противорѣчія и споры отъ должниковъ на тѣ закладныя и крѣпостныя заемныя письма безъ формальнаго суда скороокончательнымъ образомъ ¹⁾. Какъ видимъ, беспорный и спорный порядки—по прежнему, но съ тѣмъ различіемъ, что, говоря о беспорномъ порядкѣ, законодатель упоминаетъ о возможныхъ «показаніяхъ» или, иначе, о средствахъ защиты должника и, въ томъ числѣ, объ «уплатахъ». Только что приведенныя выраженія настолько широки, что могли бы быть, кажется, толкуемы и въ смыслѣ зачета ²⁾.

Вполнѣ опредѣленныя указанія въ интересующемъ насъ отношеніи получаемъ, однако, не прежде 1838 г., именно, изъ разсмотрѣннаго уже нами Положенія о производствѣ дѣлъ исполнительныхъ С.-Петербургской полиціи ³⁾, въ которомъ читаемъ: ...никакія возраженія и объясненія отвѣтчика не останавливаютъ взысканія Управы Благочинія, кромѣ слѣдующихъ:... 2) останавливается взысканіе управы по вексямъ и заемнымъ письмамъ въ особенности: б) когда должникъ представитъ рѣшеніе судебного мѣста, что платежъ по акту, по коему взысканіе производится, слѣдуетъ обратить на удовлетвореніе исковъ должника на заимодавцѣ. Въ семь случаевъ взыскивается съ должника только то, что остается за удовлетвореніемъ его исковъ. ⁴⁾. Какъ показано выше, допущеніе зачета, о которомъ идетъ здѣсь рѣчь, должно быть толкуемо, однако, въ смыслѣ

¹⁾ 62—64, Отдѣл. XII (о скоромъ и строгомъ вообще по обязательствамъ производствѣ и удовлетвореніи и о разборѣ споровъ). У ст. о банкр.

²⁾ Литература не даетъ указаній Ср. К. И. Малышевъ. Курсъ Ш, 412, 413.

³⁾ Стр. 222—224. Ср. также относящееся и сюда законоположеніе 1821 г., о которомъ также стр. 220 пр. 2.

⁴⁾ § 182 Положенія.

взыскомъ, т. е. исключаящемъ примѣненіе встрѣчнаго иска ¹⁾).

Продитированная статья Положенія 1838 г. вопла, какъ уже извѣстно, дѣликомъ въ Сводъ Законовъ ²⁾).

Судебная реформа 1864 г. принесла съ собой вопервыхъ сокращенное исковое производство въ окружныхъ судахъ для исковъ о взятыхъ въ долгъ товарахъ и припасахъ, о наймѣ домовъ, квартиръ и всякаго рода помѣщеній, о наймѣ слугъ и вообще по производству работъ мастеровыми, ремесленниками, поденщиками и проч. и для просьбъ объ исполненіи договоровъ и обязательствъ ³⁾ и, во вторыхъ, сокращенное исковое производство у мировыхъ судей по просьбамъ объ исполненіи договоровъ и обязательствъ, совершенныхъ или засвидѣтельствованныхъ установленнымъ порядкомъ ⁴⁾. Однако, оба эти производства въ интересующемъ насъ отношеніи, какъ извѣстно, не представляютъ ничего особеннаго; иначе говоря, средства защиты отвѣтчика и тамъ и тутъ отнюдь не ограничены, а слѣдовательно никоимъ образомъ нельзя считать, чтобы зачетъ посредствомъ встрѣчнаго иска могъ быть возбраняемъ въ томъ или другомъ производствѣ.

Оба только что указанная производства являются, въ сущности, ничѣмъ инымъ, какъ замѣной прежняго судебного порядка или, точнѣе, дореформенной судебной процедуры по долговымъ обязательствамъ. Что же касается до прежняго или дореформеннаго безспорнаго порядка, замѣной его должны были явиться намѣченныя при разработкѣ судебной реформы, но такъ и не

¹⁾ Стр. 223. К. И. Малышевъ. (Курсъ III, 414) ограничивается перефразировкой: возраженіе о правѣ зачета, принимается въ уваженіе только тогда, когда оно основано на судебномъ рѣшеніи.

²⁾ Ст. 78, X томъ, 2 часть С. З. изд. 1842 г. (обобщена въ 1865 г. Высоч. утв. Мн. Гос. Сов. объ измѣненіи и дополненіи статей Св. Зак., касающихся судопр. и дѣлопроизводства въ нынѣшнихъ судебныхъ мѣстахъ Втор. Полн. Собр. № 42548). Въ новѣйшемъ изданіи т. е. въ Св. Зак. т. XVI, ч. 2 изд. 1892 ст. 605.

³⁾ 349 и д. Уст.

⁴⁾ 74 Уст.

получившія общаго осуществленія, правила о т. н. понудительномъ исполненіи по безспорнымъ актамъ ¹⁾).

Проектировавшіяся правила были примѣнены внаслѣдствіи въ частности, именно, при преобразованіи уѣздной юстиціи въ 1889 г. въ качествѣ правилъ о понудительномъ исполненіи актовъ у земскихъ начальниковъ и городскихъ судей ²⁾). Новое производство введено для совершенныхъ и засвидѣтельствованныхъ устновленнымъ порядкомъ актовъ о платежѣ денегъ или о возвратѣ вещей или инаго движимаго имущества а также о наймѣ недвижимаго имущества. Итакъ, помимо дѣлъ о наймѣ недвижимаго имущества, новый порядокъ производства относится къ дѣламъ о платежѣ денегъ или о возвратѣ вещей или инаго движимаго имущества т. е. слѣдовательно во всякомъ случаѣ напр. къ закладнымъ, а также къ заемнымъ обязательствамъ ³⁾). Понудительное исполненіе — порядокъ односторонній, а потому, естественно, не могущій допускать и тѣхъ средствъ защиты, о которыхъ идетъ рѣчь въ настоящемъ изложеніи ⁴⁾).

¹⁾ Ближайшій матеріалъ см. у К. И. Малышева Курсъ III, 184 и д.; Сверхъ того, см. еще журналъ Высочайше учрежденной Комисіи для обсужденія вопроса о порядкѣ понудительнаго исполненія по безспорнымъ актамъ, засѣдавшей съ 9 мая 1880 г. по 16 окт. 1882 г. и Представленіе Мин-ва Юст. 1884 г. за № 7409 объ установленіи понудительнаго исполненія по актамъ. Ср. также Змировъ въ Журн. Гражд. и Угол. Пр. 1890 № 1, 1—86.

²⁾ Выше стр. 227.

³⁾ Ср. Вербловскій (Судоп. 167). Проф. А. И. Загоровскій (Очерки 241) находитъ возможнымъ допускать понудительное исполненіе и въ дѣлахъ, вытекающихъ изъ договоровъ ссуды и поклажи. Едвали это такъ, въ особенности, если взять въ соображеніе кругъ дѣлъ, подлежащихъ разсмотрѣнію въ упрощенномъ порядкѣ. Невозможно чтобы законодатель сдвинулъ сферу примѣненія для чисто судебнаго порядка, каковымъ является порядокъ упрощенный и наоборотъ расширилъ для безспорнаго порядка т. е. для понудительнаго исполненія по актамъ (Ср. ст. 365¹ Уст. и 141 Правилъ о произв.).

⁴⁾ Безспорный порядокъ взысканія практикуется въ общихъ чертахъ и въ крестьянскомъ быту. Ср. К. И. Малышевъ. Курсъ III, 411 пр. 154, 412 пр. 159.

Дальнѣйшій фазисъ въ судьбахъ производства по долговымъ требованіямъ—реформа исковыхъ сокращенныхъ производствъ въ 1891 г. Именно, на основаніи извѣстнаго уже намъ законоположенія объ упрощенномъ порядкѣ судопроизводства должны, по просьбѣ истца, производиться въ этомъ порядкѣ помимо дѣлъ о векселяхъ: 1) дѣла о платежѣ опредѣленной денежной суммы по закладнымъ, заемнымъ письмамъ и вообще письменнымъ обязательствамъ, а также о платежѣ наемныхъ денегъ по договорамъ найма недвижимаго имущества и 2) о сдачѣ, за истеченіемъ договорнаго срока, состоящаго въ наймѣ имущества ¹⁾). Такимъ образомъ, въ случаѣ обращенія дѣлъ, вытекающихъ изъ закладныхъ, изъ договоровъ найма недвижимаго имущества, займа и другихъ письменныхъ обязательствъ къ упрощенному порядку²⁾, предъявленіе зачета посредствомъ встрѣчнаго иска не допускается ³⁾; вообще же говоря, средства защиты отвѣтчика ограничены, какъ показано выше ⁴⁾, только въ смыслѣ своевременности и быстроты осуществленія. Открывая доступъ къ предъявленію средствъ защиты, съ одной стороны, и лишая права предъявлять встрѣчные иски, съ другой стороны, составители законоположенія 1891 г., какъ мы уже замѣтили выше, едва-ли послѣдовательны, тѣмъ болѣе, что такая двойственность противорѣчитъ отправной точкѣ, усвоенной ими при составленіи разсматриваемаго законоположенія: ...судебная практика, разсуждали составители, показываетъ, что есть весьма много такихъ дѣлъ, въ коихъ между тяжущимися въ дѣйствительности никакого спора не происходитъ и которыя ведутся исключительно для полученія приказа объ исполненіи отвѣтчикомъ принятаго имъ на себя обязательства ⁵⁾ . въ производствѣ судеб-

1) 365¹ Уст.

2) Законоположеніе озаглавлено: объ упрощенномъ порядкѣ судопроизводства по векселямъ, долговымъ обязательствамъ и наемнымъ договорамъ.

3) 365¹¹ Уст.

4) Стр. 281, 282.

5) Представленіе 1890 г. за № 34240, стр. 2.

ныхъ установленій возникаетъ значительное количество простыхъ и бесспорныхъ въ существѣ дѣлъ, по коимъ отвѣтчики обыкновенно бываютъ не въ состояніи представить сколько нибудь основательныя возраженія противъ требованій истцовъ. Таковы, какъ обнаружили многолѣтній опытъ, по преимуществу, иски по векселямъ...закладнымъ, заемнымъ письмамъ и вообще одностороннимъ обязательствамъ денежнаго платежа, а также по договорамъ найма недвижимаго имущества... По этимъ обязательствамъ и договорамъ требованія истца остаются обыкновенно неудовлетворенными не потому, чтобы отвѣтчикъ считалъ себя, вслѣдствіе чего либо, свободнымъ отъ исполненія требованія взыскателя, а только потому, что не хочетъ или не можетъ добровольно удовлетворить это требованіе ¹⁾. Спрашивается—но къ чему же въ такомъ случаѣ допускать всѣ вообще средства защиты, устраняя только одинъ встрѣчный искъ? Встрѣчные иски, какъ замѣчено уже выше, могутъ быть разные—одни сложные, другіе не сложные—это разъ, а второе—неужто ко встрѣчнымъ искамъ, которые могли бы быть предъявлены въ упрощенномъ порядкѣ только и остается примѣнять правила, рассчитанныя на обыкновенный т. е. тяжелый порядокъ судопроизводства! Вообще, трудно согласиться съ составителями, что упрощенный порядокъ «ускоряетъ разрѣшеніе названныхъ дѣлъ безъ ущерба правосудію ²⁾».

Упрощенный порядокъ судопроизводства, какъ намъ уже извѣстно, введенъ и въ губерніяхъ варшавскаго судебного округа, а также въ губерніяхъ прибалтійскихъ ³⁾. Наконецъ,

¹⁾ Представленіе, 3.

²⁾ Журн. Соед. Деп. Гос. Сов. 1891 г. за № 65, стр. 1. Литература, не входя въ поясненія, относится съ сочувствіемъ къ ограниченію встрѣчнаго иска. Ср. Вербловскій въ Журн. Гражд. и Угод. Пр. 1891, X, Мазоръ ib 1892, II, Завадскій Понудит. исполн. Исключеніе—г. Васильковскій (Журн. Юр. Общ. 1894, X, 91), который неизвѣстно однако, почему, противъ недопущенія встрѣчн. иска въ упрощенномъ порядкѣ

³⁾ Выше стр. 233—235. О дореформенномъ разнообразіи промыводства по долговымъ документамъ въ прибалтійскихъ губерніяхъ см. у К. И. Машева в Курсе III, 405—409.

въ Финляндіи производство по долговымъ требованіямъ, также какъ и производство по векселямъ, опредѣляется вышеотмѣченнымъ новымъ Уставомъ о взысканіяхъ гражданскихъ 1895 г. ¹⁾), примыкающимъ въ интересующемъ насъ отношеніи всецѣло къ дореформенному законодательству, допускавшему зачетъ по долговымъ требованіямъ внѣ всякаго сомнѣнія ²⁾).

Въ результатѣ—возникши также исключительно на процессуальной почвѣ ограниченіе зачета въ дѣлахъ по долговымъ требованіямъ въ дѣйствующихъ законодательствахъ не признается, за исключеніемъ австрійскаго, германскаго и—слѣдующаго по стопамъ германскаго—русскаго законодательства. Будучи примѣнено, въ отличіе отъ австрійскаго законодательства, къ цѣлой группѣ дѣлъ, разсмотрѣнное ограниченіе по германскому и русскому законодательствамъ также въ отличіе отъ австрійскаго, выразилось не въ воспрещеніи зачета вообще, а лишь по скольку рѣчь можетъ идти о встрѣчномъ искѣ. Сверхъ того, въ отличіе уже отъ германскаго законодательства, русское непослѣдовательно въ томъ еще отношеніи, что, наряду съ прототипомъ *Urkundeprozess* т. е. съ упрощеннымъ порядкомъ, признаетъ для однѣхъ и тѣхъ же по существу, дѣлъ особое неискковое производство въ зависимости отъ свойства судебныхъ установленій (понудительное исполненіе у земскихъ начальниковъ и городскихъ судей). Остается, наконецъ, указать еще и на то, что, распространивъ правила 1891 г. и на коммерческіе суды, отечественной законодатель даровалъ упрощеніе собственно для одной только группы долговыхъ требованій, именно, для векселей а для остальныхъ случаевъ сохранилъ прежнія устарѣлыя формы торговаго судопроизводства.

§ 10. Изъ ограниченій зачета на почвѣ обязательственнаго права остается еще указать на ограниченіе зачета въ тѣхъ случаяхъ, когда предъявляется требованіе о доставленіи средствъ

¹⁾ Стр. 235, 236.

²⁾ К. И. М а л ы ш е в ъ, Курсъ Ш, 410 прим. 147.

содержанія или, иначе, когда предъявляется требованіе т. н. алиментовъ.

Римское право не допускало зачета при алиментахъ, если требованіе касалось казны или фиска ¹⁾). Въ этомъ не оставляютъ сомнѣнія слѣдующія свидѣтельства: во первыхъ, повелѣніе императора Александра Севера ²⁾): *In ea, quae reipublicae te debere fateris, compensari ea, quae ab eadem tibi debentur is, cuius de ea re notio est, inebet, si neque... alimentorum... civitatis debitor sis* ³⁾); во вторыхъ слѣдующее свидѣтельство Ульпіана: *...Ad frumenti comparationem pecuniam datam restitui civitati, non compensari in erogata debet* ⁴⁾). Относительно допустимости зачета при требованіи алиментовъ исключительно между частными лицами въ источникахъ нѣтъ указаній. Тѣмъ не менѣе вопросъ этотъ можетъ быть рѣшенъ и, притомъ, въ смыслѣ того же ограниченія при помощи сопоставленія нѣкоторыхъ свидѣтельствъ источниковъ. Дѣло въ томъ, что въ источникахъ имѣются несомнѣнныя указанія на причину недопущенія зачета при алиментахъ, съ участіемъ казны. Причина эта — потребность наискорѣйшаго разсмотрѣнія подобнаго рода дѣлъ, что явствуетъ изъ слѣдующаго свидѣтельства Ульпіана: *Frumentariae pecuniae suo nomine debitor quam primum solvat; necessaria enim omnibus rebus publicis frumentaria pecunia moram solutionis accipere non debet; sed debitores, quos ex eadem causa habet, ad solutionem per Praesidem provinciae compellantur* ⁵⁾). Какъ видимъ, недопущеніе зачета при требованіи алиментовъ, касающихся казны, безъ труда объясняется исключительно процессуальными соображеніями — дѣла объ алиментахъ, касающихся казны, должны были производиться какъ можно быстрѣе и энергичнѣе. Но подобнымъ же образомъ, какъ ока-

¹⁾ Ср. выше стр. 188 пр. 6 относительно невыясненности частно-правнаго характера подобнаго рода случаевъ.

²⁾ Ср. выше стр. 137, 138.

³⁾ l. 3 Cod. 4, 31.

⁴⁾ fr. 2 § 4 Dig. 50, 8 Ulp. Opinionum.

⁵⁾ fr. 2 § 3 Dig. 50, 8 Ulp. Opinionum.

зывается, должны были производиться и дѣла объ алиментахъ, вообще или иначе и дѣлаобъ алиментахъ между частными лицами. Объ этомъ имѣется слѣдующее вполнѣ убѣдительное свидѣтельство Ульпіана: *Si vel parens neget filium, id circoque alere se non debere contendat, vel filius neget parentem, summam cognoscere oportet super ea re cognoscere* ¹⁾, Выраженіе *summam cognoscere* прямо указываетъ на ограниченіе почвы для разсмотрѣнія требованія по алиментамъ ²⁾ или, иначе, на ограниченіе средствъ защиты, а, слѣдовательно, еще точнѣе, на болѣе чѣмъ вѣроятное ограниченіе по требованіямъ, основывающимся на алиментахъ, въ предъявленіи зачета или встрѣчнаго иска ³⁾.

Полагаемъ, что, и не смотря на отсутствіе спеціальныхъ указаній относительно ограниченія зачета при требованіи алиментовъ между частными лицами, едва ли мы можемъ быть лишены права на основаніи однихъ только что приведенныхъ свидѣтельствъ источниковъ сдѣлать такой выводъ: зачетъ при требованіи алиментовъ по римскому праву не допускался вовсе въ виду процессуальныхъ соображеній, по крайней мѣрѣ, въ 3 вѣкѣ послѣ Рожд. Христова ⁴⁾.

¹⁾ fr. 5 § 8 Dig. 25, 3 Ulp. de officio Consulii. Ср. также свидѣтельство Папиніана: *alimentorum vero praebendorum necessitas oneribus mensuris atque annuis, verecundiam quoque pulsantibus, adstringitur fr. 8 Dig. 34, 1 Papin. Respons.*

²⁾ Ср. Ioannis Faxioli tractatus de summaria cognitione (въ изд. Briegleb'a стр. 7) и Bartoli de Saxoferrato commentarius de summaria cognitione (ib. стр. 39, 40).

³⁾ Относительно возможности толкованія выраженія *summam cognoscere* въ приведенномъ смыслѣ ср. извѣстный трудъ Briegleb'a *Einleitung in die Theorie der summ. Proc.* (въ частности стр. 245—248) Тамъ же см. и относительно несостоятельности другаго толкованія, именно, толкованія названнаго выраженія въ смыслѣ неполноты доказательнаго матеріала. Въ послѣднемъ смыслѣ, однако, высказались послѣ появленія книги Briegleb'a Bethmann—Hollweg (*Civ. Proc.* III 343—345) и Schrutka—Rechtensamm Freiebung, 28.

⁴⁾ Также въ смыслѣ не допущенія зачета при алиментахъ по римскому праву высказался еще Куяцій: *alimentorum causa favorabilis est, et eorum petiti etiam opponi compensatio non potest (Cujacii Novellarum Expositio*

Несомнѣнно, что и въ *средневековыхъ* итальянскихъ стату-тахъ, начиная съ XIII стол., дѣла объ алиментахъ относятся къ числу дѣлъ, подлежащихъ разсмотрѣнію въ сокращенномъ порядкѣ. Таковы напр. статуты: Пизы¹⁾, Пистой²⁾, Перуджіи³⁾, Кастри и Ронкали⁴⁾ и др.⁵⁾. Иначе говоря, подобно другимъ

ad nov. 88. Opera X, 704). Однако, у французскаго романиста совсѣмъ не видна связь разсматриваемаго съ процессомъ; сверхъ того, не извѣстно о какомъ историческомъ моментѣ идетъ рѣчь. Литература истекающаго столѣтія отчасти признаетъ это ограниченіе, но въ качествѣ матеріальнаго, отчасти не признаетъ, отчасти и вовсе не высказывается въ положительную или отрицательную сторону. Признающіе это ограниченіе (напр. Hartter Comp. 121, 122, Dernburg Comp. 519; Eisele Comp. 356, 359; Windscheid Pand. II, 337; Wetter Oblig. 492 пр. 10) основываются сверхъ того не на источникахъ, а на соображеніи о присущемъ алиментамъ и, притомъ, *alimenta futura* свойствѣ безотлагательнаго осуществленія; что же касается до *alimenta praeterita*, то одни (н. Hartter) вообще допускаютъ зачетъ, другіе же допускаютъ по съ оговоркой насчетъ возможности не допущенія *unter besonderen Umständen* (Dernburg), другіе же (Wetter) не допускаютъ зачетъ при *alimenta praeterita*, если только алименты должны пойти на уплату долговъ, возникшихъ по недостатку необходимыхъ на содержаніе средствъ у кредитора по алиментамъ. Всѣ эти теоріи грѣшатъ полнѣйшею произвольностью своихъ утверженій. Отвергающіе разсмотрѣнное ограниченіе (Krug Comp. 206; Desjardins Comp. 116, 117) убѣждаются въ томъ, (допуская, однако, зачетъ для *alimenta praeterita* какъ напр. Desjardins) въ виду отсутствія прямыхъ указаній въ источникахъ. Не высказывающіеся ни въ ту, ни въ другую сторону (какъ напр. Appleton Comp. 514) не въ состояніи рѣшиться на опредѣленный выводъ въ виду находимой ими недостаточности источниковъ.

¹⁾ Ср. Pertile Storia VI, 596, 7 Constit 1248 г., ...quando filius vel nepos petit alimenta, et alia necessaria a patre vel avo, vel pater et avus paternus a filio et nepote.

²⁾ Stat. Pistorii 1296 г. II, XIII: super alimentis... quoniam, sicut legitur in divinis, viduarum, pupillorum et orfanorum... tam masculorum quam feminarum conhaitores esse debemus et maxime ne fame pereant.

³⁾ Perugiae 1623 г. (Briegleb Exec. Proc. II, 260): Ad lites et contentiones tollendas... statuimus et ordinamus, quod... in causis alimentorum... procedatur summarie sine libelli porrectione et sine strepitu et figura judicii...

⁴⁾ St. Castris Roncali передъ 1558 г. Lib. II: Quibus causis summarie procedatur. Statuimus et ordinamus, quod in casibus infrascriptis procedatur et procedi possit summarie, simpliciter et de plano, sine strepitu et figura judicii sola facti veritate inspecta... si ageretur de alimentis praestandis...

⁵⁾ Ср. Lattes Studii 36, 37 и пр. 49 и Brunnec Sicil. Stadrechte II, 305.

долговымъ требованіямъ, о которыхъ говорилось выше, и въ дѣлахъ объ алиментахъ сначала зачетъ не допускался но чисто процессуальнымъ соображеніямъ, а за симъ, по мѣрѣ осложненія суммарной процедуры, рассматриваемое ограниченіе зачета утратило процессуальный характеръ и укрѣпилось въ качествѣ матеріально-правнаго ограниченія.

Французское право ограничиваетъ зачетъ при требованіи алиментовъ съ давнихъ поръ. Первоначально ограниченіе это, подобно римскому праву, вызывалось по всѣмъ вѣроятіямъ процессуальными соображеніями. Такъ напр. у одного изъ называвшихся уже выше юристовъ-практиковъ XVI столѣтія—Charondas ограниченіе зачета при алиментахъ объясняется слѣдующимъ образомъ: *parce que telles causes alimentaires ne souffrent retardement et dilation* ¹⁾.

Съ теченіемъ времени связь съ чисто римскими преданіями утратилась—ограниченіе зачета при алиментахъ стало признаваться необходимымъ уже въ качествѣ матеріальнаго, а не процессуальнаго явленія и, притомъ, постольку, поскольку алименты, вообще, могутъ считаться неприкосновенными. Въ подобномъ видѣ излагается объ этомъ ограниченіи у Потье: *La dette d'une somme qui m'a été donnée ou leguée pour servir à mes aliments, et avec la clause qu'elle ne pourroit être saisie par mes créanciers, est une dette contre laquelle on ne peut m'opposer aucune compensation: car de même que cette clause empêche qu'elle ne puisse être saisie par des tiers et qu'elle ne puisse être employée au paiement de ce que je devois à des tiers, elle empêche, par la même raison, que cette somme ne puisse, par le moyen de la compensation, être employe au paiement de ce que je devois à celui qui en est le débiteur* ²⁾.

¹⁾ Приведено у Desjardins Comp. 301, 302 Ср. еще взятый у того же Charondas случай изъ судебной практики тогдашней эпохи (ib. 302): J'ai vu aussi juger par arrêt pour Charton, principal du collège de Beauvais, que compensation n'avoit lieu pour la bourse d'un principal, régent ou écolier, d'autant qu'elle est pour ses aliments, du 7 aout 1557.

²⁾ Pothier Oeuvres I № 625, стр. 314.

Вопросъ о недопущеніи зачета при требованіи алиментовъ Потье разрѣшаетъ, такимъ образомъ, ничуть не справляясь съ источниками, а лишь почему то исключительно опираясь на случай напередъ оговоренной неприкосновенности требованія алиментовъ. Иначе говоря, вопросъ о зачетѣ рѣшается при помощи совершенно произвольной комбинаціи — рассматриваемое ограниченіе создается однимъ лицомъ въ явный ущербъ другому и на такомъ зыбкомъ фундаментѣ строится теорія о недопущеніи зачета при алиментахъ ¹⁾).

Не смотря на всю шаткость, ученіе Потье объ ограниченіи зачета при требованіи алиментовъ явилось тѣмъ не менѣе столь же неотразимымъ для составителей гражданскаго уложенія начала нынѣшняго столѣтія какъ и ученія по вышеотмѣченнымъ вопросамъ ограниченія зачета: *La compensation, читаемъ въ Code civil, a lieu, quelles que soient les causes de l'une ou l'autre des dettes, excepté dans le cas... d'une dette qui a pour cause des aliments déclarés insaisissables* *) т. е.: зачетъ не можетъ быть допущенъ противъ долга, предметомъ котораго являются алименты, объявленные неприкосновенными. Ограниченіе это, редактированное несомнѣнно подъ вліяніемъ Потье, прежде всего, указываетъ, что неприкосновенными являются не всѣ алименты, а лишь тѣ, которые объявлены въ качествѣ неприкосновенныхъ. Чтобы уяснить себѣ понятіе алиментовъ, объявляемыхъ неприкосновенными, необходимо обратиться къ процессуальному кодексу и здѣсь въ одной изъ статей читаемъ слѣдующее: *seront insaisissables ...les provisions alimentaires adjudgées par justice ...les sommes et pensions pour*

¹⁾ Впрочемъ, Потье приводитъ и другое, не свое, объясненіе, безъ согласованія его, однако, со своей теоріей: *Seb. de Medicis apporte une autre raison de cette decision; sçavoir, que les alimens étant une chose necessaire à la vie, ce seroit une espèce d'homicide que commettrait celui qui est chargé de les fournir, s'il les refusoit, sous quelque prétexte que ce fût, même de compensation: necare videtur qui alimonia denegat. Pothier Oeuvres I, № 625, 814.*

²⁾ Art 1293, § Code civil.

aliments, encore que le testament ou l'acte de donation ne les déclare pas insaisissables¹⁾). Далѣ: Les provisions alimentaires ne pourront être saisies que pour d'aliments²⁾). Т. е. неприкосновенными, иначе, не подлежащими взысканію или, точнѣе, аресту считаются... алименты, присужденные судомъ... суммы и пособія (пенсіи), если бы даже ни при дареніи, ни въ завѣщаніи не объявлялись неприкосновенными. Впрочемъ, свойство неприкосновенности теряется, если требованіе алиментовъ встрѣчается съ требованіемъ, объ алиментахъ же³⁾). Не подлежатъ зачету, такимъ образомъ, требованія алиментовъ, присужденныхъ судомъ, подаренныхъ и завѣщанныхъ и если требованія эти не встрѣчаются съ требованіями, также направленными на алименты. Требованій алиментовъ, присужденныхъ судомъ, не касаемся, какъ не составляющихъ предмета судебного разбирательства или спорнаго производства. Однимъ словомъ, рѣчь можетъ идти только о требованіяхъ алиментовъ, предоставленныхъ въ качествѣ дара, или же завѣщанныхъ. Но и эти требованія, если встрѣтятся съ требованіями алиментовъ же, подлежатъ аресту, а слѣдовательно и зачету. Выходитъ, такимъ образомъ, что зачетъ при алиментахъ отнюдь не исключается, а только ограничивается. Иначе говоря, примѣнимость ограниченія, выставляемаго дѣйствующимъ матеріальнымъ законодательствомъ представляется въ дѣйствительности значительно суженой и, сверхъ того, ограниченіе это, въ сущности, оказывается уже ограниченіемъ не матеріальнаго, а процессуальнаго характера, такъ какъ истинный смыслъ ограниченія объясняется, именно, на процессуальной почвѣ⁴⁾).

¹⁾ 581 Code de proc. civ.

²⁾ 582 ib.

³⁾ Оговорка, внесенная кажется, подъ влияніемъ Ferrière Cr. Des-jardins Comr. 302. пр. 3.

⁴⁾ Пытаясь объяснить происхожденіе рассматриваемаго ограниченія, литература, не обращая къ выясненію понятія неприкосновенности, дѣлаетъ такого рода догадки: 1) допустить зачетъ вообще значило бы лишить предъявляющаго требованіе алиментовъ средствъ къ жизни (Des-jardins Comr.

Вообще, въ согласіи съ только что приведеннымъ толкованіемъ ограниченія, выставяемаго Code civil, находится, по нашему мнѣнію, и законъ 1895 г. о наложеніи ареста на заработную плату и на всякое иное вознагражденіе за трудъ, не достигающее крупныхъ размѣровъ (Loi du 12 janvier 1895 relative á la saisie—arrét des salaires et petits traitements). Въ одной изъ

302, 407; Meunial Comp. 128; Vidal Comp. 98; Baudry Lacantinerie Précis II № 1075). Догадка въ столь общей редакціи шаткая, вовсе не принимающая въ расчетъ интересовъ лица, предъявляющаго зачетъ; 2) допустить зачетъ значило бы поставить предъявляющаго зачетъ должника или отвѣтчика въ лучшее положеніе, чѣмъ другихъ кредиторовъ, имѣющихъ требованія къ первоначальному истцу, но требованія которыхъ сталкиваются съ неприкосновенностью (Toullier Dr. civ. № 386; Desjardins Comp. 407. Meunial Comp. 123; Vidal Comp. 98; Baudry Lacantinerie Précis № 1075; Hudelot-Metmann Oblig. № 414 с.; Perceau Comp. 49). Однако же встрѣча алиментовъ ведетъ къ зачету; 3) допустить зачетъ, значило бы допустить несоотвѣтствіе съ конечною цѣлью установляемаго частною волею алиментнаго отношенія (Appleton Comp. 513 по примѣру Eisele). Невѣрность здѣсь въ томъ, что отправная точка — *intention présumée des parties*; если рѣчь идетъ о лицахъ, объемлемыхъ отношеніемъ по алиментамъ, то *l'intention* ничуть не обязательна для должника или отвѣтчика, предъявляющаго зачетъ; если же рѣчь идетъ объ *intention*, распространяющейся на должника или отвѣтчика, предъявляющаго зачетъ, то это находится, въ прямомъ противорѣчій съ рассматриваемымъ нами случаемъ принудительнаго зачета. Въ общемъ, какъ видимъ, полная неопредѣленность и неустойчивость. Затѣмъ, что касается дальнѣйшаго, то вниманіе литературы сосредоточивается, главнымъ образомъ, на указаніи, что зачетъ допускается именно, противъ требованій алиментовъ, не объявленныхъ неприкосновенными (Desjardins Comp. 410, Vidal Comp. 98; Baudry—Lacantinerie № 1075; Hudelot et Metman Oblig. № 414 с.; Durras-Hermann Code къ ст. 1293 № 11, 16), причемъ, при опредѣленіи понятія неприкосновенности замѣчается попытка опредѣлить это понятіе на почвѣ частнаго усмотрѣнія въ самомъ широкомъ смыслѣ т. е. не довольствуясь содержаніемъ рассмотрѣнной статьи Code civil (Strohe Oblig. 360; случаи даренія и завѣщанія указываются закономъ будто бы потому, что случаи эти *von besonderer Bedeutung*). Наконецъ, нѣкоторые, очевидно, подъ влияніемъ литературы римскаго права (см. выше) рѣшаются уважать, что и по дѣйствующему якобы законодательству могутъ быть зачитываемы требованія алиментовъ *in praeteritum*, но не *in futurum* (Toullier Dr. civ. № 386; Desjardins Comp. 302, 408. Ср. contra у Strohe Oblig. 359, пр. 93.

статей читаемъ, именно, слѣдующее: Aucune compensation ne s'opère au profit des patrons entre le montant des salaires dus par eux a leurs ouvriers et les sommes qui leur seraient dues à eux-mêmes pour fournitures diverses, quelle qu'en soit la nature, à l'exception toutefois: 1) Des outils ou instruments nécessaires au travail; 2) des matières et matériaux dont l'ouvrier a la charge et l'usage; 3) des sommes avancées pour l'acquisition de ces mêmes objets¹⁾ т. е.: не допускается зачетъ въ пользу принципала изъ производимаго имъ вознагражденія служащимъ у него за все приобретенное у принципала, исключая: 1) необходимыя орудія производства; 2) потребныя для исполненія условленныхъ обязанностей предметы производства; 3) авансы, выданные принципаломъ на приобретение того или другого изъ указаннаго въ предшествующихъ двухъ пунктахъ. Требованіе вознагражденія за трудъ несомнѣнно подходитъ подъ понятіе алиментовъ²⁾. Какъ видимъ, законъ 1895 г., считая подобное требованіе, вообще, не подлежащимъ зачету, допускаетъ, однако, изъятія изъ этого общаго правила. Иначе говоря, зачетъ отнюдь не возбраняется согласно и закону 1895 г., а только ставится въ извѣстныя границы—принципъ, лежащій въ основѣ, какъ уже намъ извѣстно, и Code civil; различіе же—на почвѣ ближайшаго опредѣленія границъ допустимости зачета.

И *Германское* право къ ограниченію зачета въ случаѣ требованія алиментовъ издавна относилось вполнѣ сочувственно³⁾.

¹⁾ Art. 4. de la Loi Законоположеніе это вызвало рядъ комментариевъ. Мы пользовались комментариемъ Emion Saisie-arret etc. стр. 67—74.

²⁾ Въ томъ же смыслѣ Bizard Comp. 93, Perceau Comp. 50.

³⁾ Извѣстно, что напр. на основаніи Kammergerichtsordnung 1555 г. производство по алиментамъ было суммарное. Волѣе, чѣмъ вѣроятно, что суммарность выражалась и въ ограниченія средствъ защиты, а слѣдовательно и въ ограниченія предъявленія встречнаго иска Ср. Baueg Theorie, 7, 8. Любопытно указаніе на причину суммарности: wo Gefahr auf dem Verzuge haftet.

Напр., въ прусскомъ земскомъ уложеніи постановляется, что если требование касается алиментовъ, зачетъ вообще не разрѣшается: *Gegen schuldige Alimentgelder findet keine Compensation, wohl aber der Einwand statt, dass die Gegenforderung zum Unterhalte der zu verpflegenden Personen verwendet worden*¹⁾. И такъ, зачетъ противъ требованія алиментной суммы, не возможенъ; но возраженіе, что встрѣчное требованіе является средствомъ существованія опекаемыхъ лицъ, вполне возможно. Иначе говоря зачетъ вообще, не допускается, но если зачетъ самъ исходить изъ отношеній по алиментамъ — допускается. Въ общихъ чертахъ — положительное сходство съ франц. законодательствомъ²⁾.

Саксонское гражданское уложеніе отвергаетъ зачетъ при требованіи алиментовъ въ такой редакціи: *soweit eine Forderung auf den Unterhalt nicht Gegenstand der Hülfsvollstreckung sein kann, ist die Aufrechnung gegen dieselbe ausgeschlossen*³⁾. Допущеніе зачета насколько требованіе алиментовъ можетъ оказаться пригоднымъ въ зависимости отъ исполнительнаго производства (*Hülfsvollstreckung*) явно обнаруживаетъ французское вліяніе⁴⁾.

И высшій имперскій судъ высказался безусловно въ смыслѣ ограниченія зачета при требованіи алиментовъ: *die Alimente, читаемъ въ одномъ изъ рѣшеній 1888 г., die ihrer rechtlichen Bedeutung nach ihren Grund nur in dem Bedürfnisse des Alimentenberechtigten haben, daher nur zu seinem Unterhalte dienen sollen, dazu aber nicht dienen würden, wenn es in die Willkür*

¹⁾ § 366, XVI, VI Preuss. Landr.

²⁾ Landrecht входитъ и въ ближайшія опредѣленія допустимости зачета. Такъ, здѣсь же поясняется, что зачетъ можетъ касаться только требованій *in praeteritum*: *Aber auch dieser Einwand kann nur rückständigen Verpflegungsgeldern, und nicht solchen, die für den letzten Termin fällig, oder für die Zukunft bestimmt sind, entgegengesetzt werden* § 367, *ib. Dernburg* (Comp. 520 прим. 8), очевидно не въ пользу сходства.

³⁾ § 995. Sächs. B. G. B.

⁴⁾ Ср. также у *Dernburg's* Comp. 520 прим. 8.

des Alimentenpflichtigen gestellt würde, sie zur Tilgung beliebiger Forderungen an den Alimentationsberechtigten zu verwenden ¹⁾. Ссылка на удовлетворение потребностей, как на единственный основной мотивъ для опредѣленія допустимости зачета обозначаетъ въ сущности не что иное, какъ приближеніе къ понятію неприкосновенности требованій, провозглашенному французскимъ законодательствомъ ²⁾.

Ограничиваетъ зачетъ при требованіи алиментовъ и гражданское уложение 1896 г., въ слѣдующей редакціи: soweit eine Forderung der Pfändung nicht unterworfen ist, findet die Aufrechnung gegen die Forderung nicht statt. Gegen die aus Kranken- Hilfs- oder Sterbekassen, insbesondere aus Knappschaftskassen und Kassen der Knappschaftsvereine, zu beziehenden Hebungen können jedoch geschuldete Beiträge aufgerechnet werden ³⁾ т. е. поскольку извѣстнаго рода требованіе является неприкосновеннымъ, зачетъ не можетъ быть приемлемъ. Противъ же требованія суммъ, слѣдующихъ къ выдачѣ изъ кассъ вообще вспомошествованія, допускается зачетъ суммъ, остающихся въ долгу за лицами, предъявляющими требованія алиментовъ. Ограничивая зачетъ, по общему правилу, для требованій, обладающихъ свойствомъ неприкосновенности, гражданское уложение имѣетъ въ виду требованія, неприкосновенность которыхъ опредѣляется Уставомъ гражд. судопр. ⁴⁾, именно, слѣдующимъ образомъ: der Pfändung sind nicht unterworfen: 1) der Arbeits- oder Dienstlohn nach den Bestimmungen des Reichs-

¹⁾ Entscheidungen, B. XXI, 188.

²⁾ Литература крайне скудна. Ср. Dernburg Comp. 519. 520 и Pand. II, 178 пр. 14 и Sohn въ Endemann's Handb. III, 1034.

³⁾ § 394 Bürg. Ges. Buch. (§ 288 I Lesung, § 338 II Lesung). Ср. также Gesetz d. 1889 betr. die Erwerbs und Wirthschaftsgenossenschaften § 22 и Gewerbeordnung f. das D. R. § 115.

⁴⁾ Ср. у составителей: Die Aufrechnung für unstatthaft erklärt gegen die in § 749 des C. P. O. bezeichneten Forderungen, insoweit als dieselben der Pfändung nicht unterworfen sind (Motive II, 113).

gesetzes vom 21 Juni 1869; 2) die auf gesetzlicher Vorschrift beruhenden Alimenterforderungen und die nach § 844 des Bürgl. G. B. wegen der Entziehung einer solchen Forderung zu entrichtende Geldrente; die fortlaufenden Einkünfte, welche ein Schuldner aus Stiftungen oder sonst auf Grund der Fürsorge und Freigebigkeit eines Dritten bezieht, insoweit der Schuldner zur Bestreitung des nothdürftigen Unterhalts für sich, seinen Ehegatten und seine noch unversorgten Kinder dieser Einkünfte bedarf; 4) die aus Kranken-, Hilfs- oder Sterbekassen, insbesondere aus Knappschaftskassen und Kassen der Knappschaftsvereine zu beziehenden Hebungen; 5) der Gold und die Invalidenpension der Unteroffiziere und der Soldaten; 6) Das Dienst Einkommen der Militärpersonen, welche zu einem mobilen Truppentheil oder zur Besatzung eines in Dienst gestellten Kriegsfahrzeuges gehören; 7) die Pensionen der Wittwen- und Waisenkassen zukommenden Bezüge, die Erziehungsgelder und die Studienstipendien, sowie die Pensionen invalider Arbeiter; 8) Das Dienst Einkommen der Offiziere, Militärärzte und Deckoffiziere, der Beamten, der Geistlichen, sowie der Aerzte und Lehrer an öffentlichen Anstalten; die Pension dieser Personen nach deren Versetzung in einstweiligen oder dauernden Ruhestand, sowie der nach ihrem Tode den Hinterbliebenen zu gewährende Sterbe- oder Gnadengehalt ¹⁾). Неприкосновенными, иначе, не подлежащими аресту или взысканію, являются, такимъ образомъ, вознагражденіе за трудъ, вообще, требованія алиментовъ, покоящіяся на законѣ и, наконецъ, различнаго рода пособія и пенсіи ²⁾). Однако, понятіе неприкосновенности Устава гр. изд. измѣнено, какъ оказывается, гражданскимъ уложеніемъ въ томъ смыслѣ, что одна группа требованій, не подлежащихъ аресту согласно процессуальному законодательству, а слѣдовательно, не подлежащая, казалось бы и зачету, гражданскимъ уложеніемъ въ выраженіяхъ, не оставляющихъ мѣста сомнѣ-

¹⁾ § 749 (850 новой редакціи) Civ. Proc. Ordn.

²⁾ О дальнѣйшихъ подробностяхъ см. ниже въ той же статьѣ.

нію, объявляется внѣ неприкосновенности или иначе, допускающей зачетъ, именно, требованія о выдачѣ суммъ изъ различныхъ кассъ вспомошествованія ¹⁾). Сверхъ того, изъ положенія о введеніи въ дѣйствіе гражданскаго уложенія узнаемъ, что и относительно другихъ требованій, объявляемыхъ Уставомъ гражданскаго судопроизводства не подлежащими аресту, теряютъ это свойство въ смыслѣ зачета требованія вознагражденія за службу въ видѣ жалованья, а также пенсіи и пособія, выдаваемыя вдовамъ и сиротамъ, насколько подобнаго рода изъятія допускаются тѣми или иными изъ мѣстныхъ законодательствъ: *Unberührt bleiben... die landesgesetzlichen Vorschriften, welche die Aufrechnung gegen Ansprüche auf Besoldung, Wartegeld, Ruhegehalt, Wittwen und Waisengeld... abweichend von der Vorschrift des § 394 des Bürgerl. Ges. B. zulassen* ²⁾). И такъ, понятіе неприкосновенности въ примѣненіи къ зачету значительно сужено сравнительно съ процессуальнымъ законодательствомъ, а между тѣмъ соображенія, коими руководствовались составители гражданскаго уложенія, приводятъ разсматриваемое ограниченіе въ самую тѣсную связь съ понятіемъ неприкосновенности, согласно Уставу гражд. судопр... *es wäre schon an sich eine Inkonsequenz, читаемъ въ объяснительной запискѣ, wenn, obwohl' das Gesetz eine Forderung der Execution entzieht, dem Schuldner gestattet wäre, gegen eine solche Forderung eine Gegenforderung zur Aufrechnung zu bringen und auf diese Weise, ähnlich wie im Wege der Execution, den Gläubiger zu zwingen, sich in die Nichtbefriedigung zu fügen. Es macht sich diesfalls der Charakter der Aufrechnung als einer auf positiver gesetzlicher Zulassung beruhenden dem Gläubiger aufgezwungenen Befriedigung, gewissermassen als Selbstexecution geltend. Die Gründe, weshalb die*

¹⁾ Объясненіе составителей: im Anschluss an den § 56 des Reichsgesetze betr. die Krankenversicherung der Arbeiter (Protokolle der II. Lesung B. I, 375).

²⁾ Art. 81 d. Einführungsges. z. B. G. B.

C. P. O in den daselbst (§ 749) bezeichneten Fällen die Execution für unzulässig erachtet, erfordern aber auch die Ausschliessung der erzwungenen Compensation. Ganz klar tritt dies hervor in Betreff der bei weitem die Mehrzahl bildenden Fälle, in welchen die Execution in eine Forderung für unzulässig erklärt ist, um den Forderungsberechtigten den nöthigen Lebensunterhalt zu sichern ¹⁾). Стремясь избѣгнуть непослѣдовательности (Inkonsequenz) составители тѣмъ не менѣе грѣшати таковой и, притомъ, дважды: во первыхъ, разрѣшивъ вопросъ о допущеніи зачета на почвѣ исключительно взыскаго производства и, во вторыхъ, исключивъ изъ числа неприкосновенныхъ требованія, отмѣченныя выше. Вообще же, исходная точка зрѣнія и разсужденія составителей съ несомнѣнностью убѣждаютъ, что разрѣшеніе ими вопроса о допущеніи зачета при требованіи алиментовъ состоялось въ сущности подъ впечатлѣніемъ французскаго права ²⁾). Въ концѣ концовъ: требованіе алиментовъ, также какъ и по французскому праву, вообще, не отстраняетъ зачета; зачетъ отстраняется, если требованія оказываются неприкосновенными, однако, далеко, не въ томъ объемѣ, какъ это опредѣляется процессуальнымъ закономъ, но все же въ болѣе широкомъ, чѣмъ по французскому законодательству; сверхъ того, нѣмецкій законодатель, также въ отличіе отъ французскаго, не допускаетъ зачета и въ случаѣ предъявленія встрѣчнаго требованія, вытекающаго изъ отношеній также по алиментамъ ³⁾)—явная несправедливость. Остается замѣтить, что и по германскому праву, подобно французскому, разсматриваемое ограниченіе зачета будучи обосновано процессуальными соображеніями, является,

¹⁾ Motive II, 113.

²⁾ Что подтверждается и изложеніемъ французскаго права у *Сгоме* (Oblig. 359—361).

³⁾ Ср. у составителей: Durch die Vorschrift... wird auch die Aufrechnung mit Gegenforderungen getroffen, welche in demselben Rechtsverhältnisse sich gründen (Motive II, 114).

въ сущности, ограниченіемъ не матеріальнаго, а процессуальнаго характера ¹⁾).

Австрійское гражданское уложеніе вовсе не упоминаетъ о разсматриваемомъ ограниченіи зачета ²⁾).

Французское законодательство копируютъ, по обыкновенію, законодательства: *бельгійское* ³⁾, *нидерландское* ⁴⁾, *итальянское* ⁵⁾).

Испанское гражданское уложеніе не возбраняетъ зачетъ противъ требованій алиментовъ на почвѣ безвозмездности: Тампроso podrá oponerse al acreedor por alimentos debidos por titulo gratuito ⁶⁾).

Швейцарское законодательство также знаетъ объ ограниченіи зачета при алиментахъ и, притомъ, въ редакціи, представляющей французское вліяніе съ примѣскою объясненій пандектной литературы: Wider den Willen des Gläubigers können durch Verrechnung nicht getilgt werden... Verpflichtungen, deren besondere Natur die thatsächliche Erfüllung an den

¹⁾ Литература, одобряя ограниченіе, удовлетворяется указаніемъ на обобщающій, по сравненію съ дореформеннымъ бытомъ, характеръ разсматриваемаго ограниченія. Ср. напр. Buchka Gem. R. 80, Förtsch Code civil, 207, Dernburg Pand. II, 178 пр. 14. Endemann'a Einführung 648 и Seuffert'a Beiträge, 28. Возраженія представлены Fürst въ Gruchot's Beiträge XL, 322—325.

²⁾ Литература тѣмъ не менѣ настаиваетъ на существованіи такого ограниченія, ссылаясь на Natur und Tendenz der Alimentenforderung Ср. Unger въ Grünhut's Zeitschr. XV, 544, 550 прим. 23 и Hasenöhrli Oblig. II, 557 прим. 98.

³⁾ La compensation a lieu, quelles que soient les causes de l'une ou l'autre des dettes, excepté dans le cas... d'une dette qui a pour cause des aliments déclarés insaisissables (art. 1293, 3 Code civil belge).

⁴⁾ La compensation a lieu, quelles que soient les causes de l'une ou de l'autre des dettes, excepté dans le cas... d'une dette qui a pour cause des aliments déclarés insaisissables (art. 1465, 3 Code civil néerlandais),

⁵⁾ La compensazione ha luogo, qualunque sieno le cause dell' uno o dell' altro debito eccettuati i seguenti casi... quando si tratta di un debito il cui titolo deriva da alimenti dichiarati non soggetti a sequestro (art. 1289, 3 Cod. civil ital.).

⁶⁾ Art. 1200 Código civil Sp. art. 1609—1617 Ley de enjuic. civil.

Gläubiger verlangt, zum Beispiel Alimente, nicht pfändbare Lohnguthaben und ähnliche Ansprüche ¹⁾).

Португальскому законодательству также известно рассматриваемое ограничение и, притом не только материальному, но и, в отличие от всех других приведенных западно-европейских законодательств, процессуальному: La compensation na par lieu... читаемъ въ гражданскомъ уложении, lorsque l'une des dettes est une dette d'aliments ou de choses insaisissables en vertu soit de la loi, soit du titre de créance, à moins que les deux dettes ne soient de même nature ²⁾. Nao admittem, гласить Уст. гражд. судопр., reconvenção... as acções de alimentos ³⁾. Какъ видимъ, зачетъ посредствомъ встрѣчнаго иска—особенность, присущая только рассматриваемому законодательству,—никоимъ образомъ не можетъ быть допускаемъ въ случаѣ предъявленія требованія объ алиментахъ ⁴⁾. Одновременное упоминаніе въ обоихъ законодательствахъ объ ограниченіи зачета и встрѣчнаго иска сверхъ того важно въ томъ отношеніи, что съ очевидностью обнаруживаетъ тожество основной почвы для того и другого явленія ⁵⁾.

Обращаясь къ *русскому* праву, интересующія насъ указанія находимъ въ спеціальномъ законодательствѣ, именно, въ уставѣ о промышленности, содержащемъ въ себѣ слѣдующую статью ⁶⁾:

¹⁾ 132, 2 Bundesg. über d. Obligationenrecht. Cp. Jauggen Comp. 86—90.

²⁾ Art. 767, 3 Code civil portugais.

³⁾ Art. 331 § 1, 4 Cod. process.

⁴⁾ Выраженное въ столь рѣшительной формѣ воспрещеніе процессуальному кодексу освобождаетъ насъ отъ необходимости входить въ разсужденія по поводу редакціи гражданского уложенія, а между тѣмъ редація эта любопытна въ томъ отношеніи, что, избравъ за образецъ, очевидно, французское законодательство, составители португальскаго кодекса, въ отличіе отъ Code civil, незаботились расширить понятіе неприкосновенности на почвѣ долговыхъ отношеній вообще.

⁵⁾ Иски объ алиментахъ, критикуеть, не приводя, однако, никакой обмотивировки, извѣстный уже намъ г. Васильковскій (Ж. Юр. Общ. 1894, X, 93) дѣйствительно должны быть ограждены, но не отъ встрѣчныхъ требованій, вообще, а только отъ зачета. (?)

⁶⁾ Высочайше утвержденное 8 июня 1893 г. Мнѣніе Госуд. Совѣта о

при производствѣ рабочимъ платежей не дозволяется дѣлать вычеты на уплату ихъ долговъ. Къ числу такихъ долговъ не относятся, однако, расчеты, производимые фабричнымъ управленіемъ за выданныя рабочимъ впередъ деньги, за продовольствіе рабочихъ и снабженіе ихъ необходимыми предметами по требленія изъ фабричныхъ лавокъ. При расчетахъ за взятыя рабочимъ впередъ деньги, а равно въ случаѣ предъявленія исполнительнаго листа на денежное взысканіе съ рабочаго, съ послѣдняго можетъ быть удерживаемо, при каждой отдѣльной раскладкѣ, не болѣе одной трети причитающейся ему суммы, если онъ холостъ, и не болѣе одной четверти, если онъ женатъ или вдовъ, но имѣетъ дѣтей¹⁾). Итакъ, во-первыхъ интересующій насъ вопросъ разрѣшается на почвѣ отношеній по личному найму на фабрики и заводы: во-вторыхъ, вопросъ этотъ разрѣшается въ томъ смыслѣ, что зачетъ или, иначе, вычетъ долговъ рабочихъ фабрикантамъ или заводчикамъ при предъявленіи требованія рабочими заработной платы, по общему правилу, не допускается; въ видѣ исключенія допускается зачетъ, если встрѣчное требованіе (т. е. фабриканта или заводчика) касается выданныхъ рабочимъ впередъ денегъ или продовольствія и вообще сдѣланнаго рабочими забора необходимыхъ предметовъ потребленія изъ фабричныхъ лавокъ, и, притомъ, во всякомъ случаѣ не свыше опредѣленной доли. Въ концѣ концовъ, въ очерченныхъ предѣлахъ зачетъ отнюдь не возбраняется, по крайней мѣрѣ, въ извѣстныхъ, особенно настоятельныхъ случаяхъ²⁾).

нѣкоторыхъ измѣненіяхъ правилъ о надзорѣ за заведеніями фабрично-заводской промышленности и о взаимныхъ отношеніяхъ фабрикантовъ и рабочихъ (Третье Полное Собр. Зак. № 9767) ст. 106.

1) 100 Уст. промышл. изд. 1893 г.

2) Г. Анненковъ (Система III, 462) полагаетъ, что должно считаться недопустимымъ представленіе къ зачету какихъ либо обязательствъ противъ требованій о доставленіи содержанія мужемъ женѣ или родителями дѣтямъ. Утверждая это, онъ основывается на ст. 106 и 172 зак. гражд., возлагающихъ обязанность доставленія средствъ содержанія женѣ и дѣтямъ, по его мнѣнію, безусловно и совершенно независимо отъ того, лежатъ ли какія либо

Въ польскомъ законодательствѣ т. е. кодексѣ Наполеона, буквально воспроизводится извѣстное уже намъ ограниченіе изъ Code civil: зачетъ имѣеть мѣсто, каковы бы ни были причины зачитаемыхъ долговъ, за исключеніемъ слѣдующихъ случаевъ: ... 3) когда предметъ долга, составляютъ средства содержанія (aliments), объявленныя не подлежащими аресту¹⁾. Статья эта должна быть объясняема, однако, конечно при помощи уже русскаго процессуальнаго законодательства, т. е., именно, судебныхъ уставовъ 1864 г., гдѣ и находимъ статью слѣдующаго содержанія: взысканіе не можетъ быть обращено на пенсія и капиталы алиментарныя, опредѣленные судомъ, за исключеніемъ того случая, когда взысканіе сіе производится за самыя же алименты²⁾. Итакъ, если встрѣчаются два алиментныхъ требованія, нѣтъ никакого препятствія для зачета; препятствіе возникаетъ, если при наличности одного требованія алиментовъ, послѣднее есть требованіе пенсій и капиталовъ, право на которое установлено судомъ. Въ общемъ—остается сходство съ французскимъ законодательствомъ.

Остзейское гражданское законодательство не упоминаетъ о разсматриваемомъ ограниченіи³⁾.

обязательства на жевѣ по отношенію къ мужу или на дѣтяхъ по отношенію къ родителямъ. Первая изъ этихъ статей гласить: мужъ обязанъ... доставлять жевѣ пропитаніе и содержаніе по состоянію и возможности своей. Вторая статья: родители обязаны давать несовершеннолѣтнимъ дѣтямъ пропитаніе... по своему состоянію... По нашему мнѣнію, ни та, ни другая статья не даютъ рѣшительно никакого повода къ толкованію г. Анненкова.

¹⁾ 1293, в Кодекса Наполеона

²⁾ 1554. Уст. гражд. судопр.

³⁾ Литература въ лицѣ Erdmann'a (System IV, 223) настаиваетъ на ограниченіи постольку, поскольку требованіе алиментовъ не способно къ зачету. Оговорка совершенно излишняя, такъ какъ недопущеніе сводится къ отсутствію необходимыхъ, вообще, условій для зачета. Любопытно, что Уставъ гражданскаго судопроизводства (ст. 1816) по отношенію къ прибалтійскому краю содержитъ статью о производствѣ дѣлъ по выдачѣ содержанія (алиментовъ) сокращеннымъ порядкомъ. Правило для насъ безразлично, такъ какъ сокращенный порядокъ, о чемъ указывалось выше, ничуть не ограничиваетъ отвѣтника въ приведеніи средствъ защиты.

Въ конечномъ выводѣ: ведя свое начало, по всей вѣроятности, отъ римскаго права и выросши также на процессуальной почвѣ, разсмотрѣнное ограниченіе зачета перешло и въ современныя законодательства, исключая австрійское и остзейское, преобразовавшись изъ процессуальнаго въ матеріальное ограниченіе; однако, включеніе послѣдняго въ матеріальное законодательство слишкомъ явное недоразумѣніе, такъ какъ весь смыслъ ограниченія сводится и въ дѣйствующемъ правѣ едва ли не всюду къ процессуальной и, притомъ, къ чисто взыскной обстановкѣ. Что же касается до охарактеризованія содержанія ограниченія въ отдѣльныхъ изъ современныхъ законодательствъ, суровѣе всѣхъ оказывается португальское, непослѣдовательнѣе всѣхъ — германское; въ общемъ, ни одна изъ разсмотрѣнныхъ редакцій въ виду ея неустойчивости не можетъ быть признана цѣлесообразной.

§ 11. Подводя итоги вышеизложенному относительно ограниченій встрѣчнаго иска на почвѣ гражданскихъ правоотношеній¹⁾, нельзя не видѣть всей той услуги, какую оказала

¹⁾ Мы не упоминали еще объ одномъ ограниченіи встрѣчнаго иска, извѣстномъ португальскому процессуальному законодательству и касающемся исковъ о правахъ состоянія: *Não admittem reconvenção... as acções sobre estado de pessoas.. art 331, § 1.º do Cód. do proc. civ.* Затрудняемся высказаться, такъ какъ какъ не имѣемъ подъ рукой соответствующаго матеріала. Рѣшительно противъ этого ограниченія выступилъ г. Васильевскій (Журн. Юрид. Общ. 1894, X, 92) неизвѣстно, однако, по какимъ побужденіямъ. Наконецъ, нѣсколько словъ о встрѣчномъ искѣ въ брачныхъ правоотношеніяхъ. Въ римскомъ правѣ зачетъ посредствомъ встрѣчнаго иска въ подобнаго рода дѣлахъ, какъ можно было убѣдиться изъ предшествующаго изложенія, нисколько не возбранялся (Ср. fr. 7 Dig. 25, 2 Ulp; l. 6 Cod. 4, 31 Alexandri), и хотя Юстиніанъ въ одномъ изъ своихъ повелѣній (l. 1 § 5 Cod. 5, 13 a. 580) ограничилъ *retentio* въ случаѣ возвращенія приданаго (*Taceat in ea retentionem verboritas.... sed nec retentio ob res amotas necessaria est, quum pateat omnibus maritis rerum amotarum iudicium Sed nec ob impensas in res dotis factas retentio nobis satis videtur esse idonea...*) но толковать это повелѣніе и примѣнительно къ зачету, не смотря на всю близость между собой понятій зачета и задержанія, представлялось бы рискованнымъ. (Ср. Krug Comp. 207; Dernburg Comp. 166, 167, 517 пр. 1.; Appleton Comp. 486). Засимъ, извѣстно, что брачныя дѣла по

совмѣстная провѣрка историческихъ судебъ этихъ ограниченій какъ для т. н. зачета, такъ и для встрѣчнаго иска. Именно, не только подтверждается плодотворность предложеннаго нами понятія о встрѣчномъ искѣ, какъ о средствѣ осуществленія зачета, но и выясняется настоящій смыслъ и значеніе всѣхъ названныхъ выше ограниченій зачета. Приходится убѣдиться, что всѣ эти ограниченія, находившія и находящія пріютъ въ

средневѣковому церковному законодательству разбирались суммарнымъ порядкомъ (Briegleb. Einleitung 29; Fournier Officialités 232), а также, въ особенности, дѣла о приданомъ—по статутному законодательству средневѣковой Италіи (Lattes Studii 38; Briegleb. Exec. Process II, 249, 260, 280, 285, 287). Обращаясь къ дѣйствующимъ законодательствамъ, мы не находимъ никакихъ ограниченій. Такъ, по германскому законодательству, хотя и существуетъ особое производство по брачнымъ дѣламъ (Verfahren in Ehesachen), но встрѣчные иски не ограничиваются, если не выходятъ за предѣлы брачныхъ же правоотношеній (575, 587 или нов. редакціи 615, 633. C. Pr. Ordn. Ср. также напр. Loening W. Kl. 43, 122; Kleinfeller Gerichtsstand 80). Иного мнѣнія придерживается извѣстный уже намъ г. Васъковскій (Журн. Юр. Общ. 1894, X, 92): по германскому праву, увѣряетъ плодовитый писатель, запрещеніе предъявлять встрѣчные иски установлено безусловно для дѣлъ о разводѣ, о признаніи недѣйствительности брака или восстановленіи его. Беремъ соответствующія, указываемыя самимъ г. Васъковскимъ статьи. Вотъ что онѣ гласятъ: Das neue Vorbringen und die Erhebung einer Widerklage ist von einem Sühneversuche nicht abhängig (574 прежней редакціи)... Die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens, die Ehescheidungsklage und die Nichtigkeitsklage können verbunden werden. Die Verbindung einer anderen Klage mit den erwähnten Klagen sowie die Erhebung einer Widerklage anderer Art ist unstatthaft. (575 той же редакціи)... Mit der Nichtigkeitsklage kann eine andere Klage nicht verbunden werden. Eine Widerklage ist nur statthaft, wenn sie eine Nichtigkeitsklage ist. (587 той же редакціи). Не трудно согласиться, что увѣренность г. Васъковскаго основана на недоразумѣніи — порождена недостаточно внимательнымъ ознакомленіемъ съ германскимъ законодательствомъ. Въ виду умолчанія бельгійскаго законодательства, судебная практика и литература высказывались противъ допущенія встрѣчнаго иска въ дѣлахъ о разводѣ и разлученіи супруговъ въ бельгійскомъ процессѣ; однако, въ особенности, въ новѣйшія времена все болѣе и болѣе проявляется сочувствіе къ разрѣшенію этого вопроса въ положительномъ смыслѣ (Ср. у Раере Etudes, II, 325—332). Допущеніе встрѣчнаго иска въ брачныхъ дѣлахъ вовсе не возбуждаетъ сомнѣнія въ другихъ законодательствахъ и въ томъ числѣ, по крайней мѣрѣ, относительно бракоразводнаго процесса, въ русскомъ. (Ср. о послѣднемъ Церковный Вѣстникъ 1892 г. № 11, 12 и Григоровскій. Сборникъ 168—170).

матеріальномъ законодательствѣ и отчасти въ процессуальномъ законодательствѣ, въ дѣйствительности, происхожденія чисто процессуальнаго и что потому имъ вовсе не мѣсто въ гражданскихъ уложеніяхъ¹⁾. Однако, и включеніе названныхъ ограниченій въ процессуальное законодательство могло бы вызвать недоумѣніе, если принять въ расчетъ, что отмѣченныя выше современныя европейскія законодательства склонны то увеличивать, то сокращать количество подобнаго рода ограниченій. Не слѣдуя за тѣмъ или инымъ изъ названныхъ законодательствъ, стоящихъ и по этому вопросу, такимъ образомъ, на весьма шаткомъ фундаментѣ, полагаемъ, что на основаніи всего вышеизложеннаго, вполне возможенъ такой исходъ: ограничивать право отвѣтчиковъ предъявлять встрѣчные иски въ судебномъ или исковомъ производствѣ слѣдуетъ предоставить суду такъ же, какъ и ограничивать право предъявлять возраженія, въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ въ зависимости отъ наличности признаковъ осложненія производства; наличность же признаковъ осложненія производства должна опредѣляться судомъ, однако, не по свободному его произво-

¹⁾ Литература представляетъ рядъ отрывочныхъ указаній, разсѣянныхъ къ тому же одновременно въ различныхъ мѣстахъ одного и того же труда, причемъ, относительно подробнѣе принято касаться названныхъ ограниченій при изложеніи о необходимости для первоначальнаго и встрѣчнаго исковъ соответствія въ порядкахъ производства. Ср. напр. Lauk W. K. (Archiv. XII, 77, 82, 83); Sartorius (W. Kl. 345—347, 364—372); Loening (W. K. 34, 37, 42—44, 46—48, 121—125); Kleinfeller (Geriststand 79—81); Pollak (W. Kl. 188, 139); Des jardins Dem. resouv. 228—230, 348, 349, 510—512, 519—521); Gamain. (Dem. resouv. 155—159); Delahaue. (Dem. resouv. 58—60); Paere (Etudes II, 233—238). Засимъ, можно указать и на попытки сближенія встрѣчнаго иска съ зачетомъ на почвѣ изученія разсмотрѣнныхъ ограниченій. Попытки эти, отмѣчавшіяся уже въ предшестующемъ изложеніи (к. напр. стр. 177 прим. 1, 200 прим. 4), еще болѣе случайныя, не привели ни къ какимъ положительнымъ результатамъ. Остается указать, что извѣстный германскій процессуалистъ Stein (Urkundenprocess, 139, 140), отмѣтивъ совершенно вѣрно черту Summarität и въ постановленіяхъ матеріальнаго германскаго законодательства, тѣмъ не менѣе удовлетворяется однимъ констатированіемъ этого явленія.

ленію, а на основаніи закона; иначе говоря, признаки осложненія, по нашему мнѣнію, должны быть предварительно вполне выяснены и формулированы въ процессуальномъ законодательствѣ въ видѣ особой статьи или, точнѣе, въ видѣ статьи, обобщающей признаки осложненія, притомъ, не только для случаевъ предъявленія встрѣчныхъ исковъ, но и вообще для всѣхъ возможныхъ случаевъ при оборонѣ, а также при наступленіи тяжущихся.

9



