

КОНСТИТУТИВНЫЕ РЕШЕНИЯ СУДА В ДРЕВНЕМ РИМЕ С ТОЧКИ ЗРЕНИЯ СОВРЕМЕННОГО ПРОЦЕССУАЛЬНОГО ПРАВА

Современный гражданский и арбитражный процесс не выделяет в качестве самостоятельного вида конститутивные (преобразовательные) решения суда. В то же время в науке вопрос об их существовании уже на протяжении длительного времени является спорным.

Своему возникновению в качестве самостоятельного юридического института конститутивные решения обязаны римскому праву, в котором уже в эпоху легисакционного процесса выделяли ряд судебных решений, названных позднее конституирующими (или «установочными»). В литературе к ним относят судебные решения, вытекающие из исков о разделе наследства (*action familiae*), разделе общей вещи (*actio communi dividundo*), размежевании земельных участков (*actio finium regundorum*). Во всех трех случаях судебное решение является основанием возникновения новых прав и обязанностей сторон и выносится в отношении прав каждой из заинтересованных сторон¹. Процессуальная формула *adiudicatio* (присуждение) уполномочивала судью самостоятельно регламентировать спорные правоотношения, присуждая нечто (часть имущества) одной из сторон². В частности, формула иска о размежевании предписывала судье установить разграничительную линию между участниками и утвердить их принадлежность тому или иному собственнику: «если для устранения

¹ См.: Гарсиа Гарридо М.Х. Римское частное право: Казусы, иски, институты / Перевод с испанского; Отв. ред. Л.Л. Кофанов. М., 2005. С. 176, 363, 761. «Там, где судья по делу об установлении границ не может определить (прежних) границ, ему позволяется разрешить спор путем присуждения» (Д.10.1.2) – путем установление права собственности каждого из соседей в пределах границ, установленных судьей (прим. приводится по: Дигесты Юстиниана / Перевод с латинского; Отв. ред. Л.Л. Кофанов. Т. II. М., С. 475). Объединяет указанные три иска еще одно обстоятельство: отдельные лица имеют одновременно право и истца, и того, кому предъявлен иск (Д.10.1.10).

² При разрешении иска о разделе общей вещи право собственности на данную вещь считается приобретенным в силу факта ее разделения (Гарсиа Гарридо М.Х. Указ. соч. С. 334, 336).

прежней неясности судья хочет провести границы по другому месту, то он может это сделать путем присуждения и осуждения» (Д.10.1.2)¹.

Конституирующие решения суда рассматриваются в противовес всем другим решениям формулярного процесса, именуемым декларативными, – решениям, которые либо присуждают к чему–либо, либо освобождают от ответственности².

Попытаемся определить юридические основания столь широких по меркам современного правопонимания судебных полномочий. Для решения поставленной задачи рассмотрим основные черты судебного решения, природа которого связана, прежде всего, с формированием и восприятием права (*ius*), закона (*lex*) и судебной власти в Др. Риме.

Павел указывает, что слово «право» употребляется в нескольких смыслах: 1) то, что всегда является справедливым и добрым³ – естественное право; 2) то, что полезно всем или многим в каждом государстве – гражданское право⁴; 3) решение, вынесенное претором (эдикт) – *ius honorarium*⁵; 4) место судебного решения (Д.1.1.11). Практически полное отсутствие формализации по отношению к естественному праву компенсируется процедурными требованиями применительно к закону: надлежащим порядком его издания и обнародования. Соблюдение данных условий обособляет закон от других источников права и определяет его как «декларацию власти, утвержденную народом, обязывающую всех граждан»⁶.

¹ Одному предоставляется право на землю в пределах новой границы, а другой обязывается передать соответствующий участок (прим. приводится по: Дигесты Юстиниана / Перевод с латинского; Отв. ред. Л.Л. Кофанов. Т. II. М., 2003. С. 475). Судья *устанавливает* в этом деле *права собственности* на землю каждой стороны (Д.10.1.4). См. также: Покровский И.А. История римского права. М., 2004. С. 178.

² См.: Гарсия Гарридо М.Х. Указ. соч. С. 203. Об этом говорит также Модестин: «Судебным решением называется то, что посредством заявления судьи кладет конец прениям и завершается либо присуждением (ответчика), либо отказом в требовании (истцу) (Д.42.1.1).

³ Ср. «Право есть искусство доброго и справедливого» (Цельс: Д.1.1.1).

⁴ По замечанию Ульпиана, гражданское право не всецело отделено от естественного права, но «и не во всем придерживается его; если мы, что–либо прибавляем к общему праву или что–нибудь исключаем, то мы создаем собственное, т.е. гражданское право» (Д.1.1.6).

⁵ Схожим образом высказался Цицерон, указав, что право состоит «из природы, закона, судебного решения, из справедливого и доброго и из соглашения» (цит. по: Кофанов Л.Л. *Lex* и *ius*: возникновение и развитие римского права в VIII–III вв. до н.э. М.: Статут, 2006. С. 180–181).

⁶ Гарсия Гарридо М.Х. Указ. соч. С. 63. Папиниан: «Закон есть общее (для всех) предписание, решение опытных людей... общее (для всех граждан) обещание государства» (Д.1.3.1); Демосфен – «Закон есть то, чему все люди должны повиноваться в силу разных оснований, но главным образом потому, что всякий

Исследование Дигест Юстиниана, осуществленное Л.Л. Кофановым, приводит его к выводу о том, что «*ius*» понимается как совокупность определенных императивных предписаний, идущих как от природы, так и от человека; поэтому, заключает ученый, изначально понимание терминов *lex* и *ius* как божественных предписаний было достаточно близким и лишь в период ранней Республики обнаруживается противостояние *ius* как комплекса неписанных правил и *lex* – закона как приказа народа. В скором времени последний занял доминирующую позицию, потеснив собой нормы обычного права, покоившегося на *ius*¹.

Восприятие права как законодательной концепции, выраженной в письменных текстах, которые и содержат право, произошло лишь на самых поздних этапах развития римской юридической системы – в период постклассического права (III–VI в. н.э.). Именно в это время право стало рассматриваться как норма императорского законодательства².

Примечательна тесная связь гражданского права с правом народов и преторским одновременно. Если гражданское – дополняет естественное право, то преторское – восполняет гражданское. По словам Папиниана, преторское право введено для содействия гражданскому праву или для его дополнения или исправления в целях общественной пользы (Д.1.1.7), ибо оно «является живым голосом гражданского права» (Д.1.1.8).

С помощью преторских исков предоставлялась защита новым юридическим институтам. В результате устанавливается система, параллельная гражданскому праву: создается дуализм гражданского и преторского права (*ius civile* – *ius honorarium*). Восполняющий характер преторского права не препятствовал осознанию единства элементов правовой системы Др. Рима. Руфин отмечает, что «Закон – это общее выражение, но

закон есть мысль (изобретение) и дар бога, решение мудрых людей и обуздание преступлений ... общее соглашение общины, по которому следует жить находящимся в ней» (Д.1.3.2).

¹ Кофанов Л.Л. *Lex* и *ius*... С. 179, 180, 187–190.

² Гарсия Гарридо М.Х. Указ. соч. С. 118.

юстиция является частью закона, ведь закон содержит в себе и юстицию, и судебные решения...»¹.

Это вполне соответствовало и историческому развитию рассматриваемого магистрата. Напомним, что в эпоху легисакционного процесса претор обладал также законодательными полномочиями, имея при этом почти равный консульскому империй: в отсутствие консулов вся государственная власть в Риме была сосредоточена в руках городского претора (IV в. до н.э.)². В то же время судебная власть не была прерогативой одного единственного органа власти или должностного лица (судебные магистраты: *consul*, *praetor*, *iudex*). Заметим также, что судебная власть принадлежала также императору, который в своих судебных решениях (*decreta* – императорские декреты), вынесенных в ходе процесса *extra ordinem*, давал казуистические решения, считавшиеся «образцовыми казусами», имевшими силу прецедента для решения последующих казусов³.

Единство власти и происхождения права находит также отражение в оценке неписанного закона: «долго применявшийся обычай следует соблюдать как право и закон в тех случаях, когда не имеется писанного (закона)» (Ульпиан: Д.1.4.33).

Право юристов (практика, судебный обычай), возникшее в результате т.н. «узуального толкования», традиционно относится к *источникам объективного права* и имеет такую же юридическую силу, как и *обычное право народа*⁴. В этом смысле решение суда не рассматривалось как основание субъективного права лица, поскольку обычное право не являлось произвольным и выдуманным, но вытекало из природы вещей⁵. Установительные решения, определявшие в итоге объем (содержание

¹ Цит по: Кофанов Л.Л. *Lex et ius...* С. 166.

² Кофанов Л.Л. Характер преторского эдикта в Риме IV-III в. до н.э. / Древнее право. IVS ANTIQVVM. 2004. № 2 (14). М., 2004. С. 60, 62; Кофанов Л.Л. *Lex et ius...* С. 456–458;

³ Как указывает М.Х. Гарсиа Гарридо, юристы не критиковали императорские решения; в худшем случае они могли лишь игнорировать рескрипты (Гарсиа Гарридо М.Х. Указ. соч. С. 116–117). Появление судьи как чиновника относится лишь к экстраординарному процессу.

⁴ См.: Барон Ю. Система римского гражданского права: В 6 кн. / Предисловие к.ю.н. В.В. Байбака. СПб., 2005. С. 62, 68.

⁵ Подробнее о характеристике обычного права (права народа) см.: Барон Ю. Указ. соч. С. 52–59.

конкретного субъективного гражданского права), не рассматривались иначе как реализация объективно принадлежащего лицу полномочия, источником которого выступало либо право народа, либо закон, но не само решение суда¹. Вероятно, по этой причине не все романисты выделяют установительные (конституирующие) решения суда как самостоятельный вид судебного акта. В частности, Дж. Франчози, рассматривая иск о разделе наследства, говорит о нем как о *декларативном (специальном)* иске, решение по которому будет *addictio* – присуждение доли разделяющимся, не называя при этом его установительным или конституирующим.

При этом не следует забывать, что *adiudicatio* (в исках о размежевании) предписывала судье установить разграничительную линию. Судья не разрешал вопрос о защите оспариваемого (субъективного) права, но возвращал истцу должное, положенное по природе. «Правосудие, – говорит Ульпиан, – есть неизменная и постоянная воля предоставлять каждому его право» (Д.1.1.10). Поэтому в рамках римского частного права конституирующие решения суда не рассматривались иначе как осуществление своей власти. Как указывает Л.Л. Кофанов, магистраты выполняли роль знатоков, исполнителей и хранителей права, которые обязаны были в каждом конкретном судебном деле «как бы отдавать, возвращать все это право обратно отдельно римскому гражданину»². Иными словами, судья не создавал право, но выражал его, формулируя право уже владевшего им лица применительно к рассматриваемому делу.

Отсюда вполне уместно существование конституирующих решений суда, которые следует рассматривать не как создание новой нормы, но как исполнение (осуществление) существующего права лица. Поэтому претор лишь *произносил* право. В литературе отмечено, что *iurisdictio* претора

¹ Франчози Дж. Институционный курс римского права / Перевод с итальянского; Отв. ред. Л.Л. Кофанов. М., 2004. С. 86.

² Кофанов Л.Л. *Lex* и *ius*... С. 463. Заметим, что особый подход к восприятию решения суда (в силу его юридической природы) не давал почвы для рассмотрения судебного решения в качестве самостоятельного юридического факта, наряду со сделками.

происходит от *ius dicere*, т.е. «произносить или говорить то, что является правом»¹.

Следует также упомянуть о таком постановлении магистрата как «*restitutio in integrum*», в котором он объявлял о непризнании наступивших последствий за определенным юридическим актом или фактом. В данном случае претор фактически отступал от действия *ius civile*, руководствуясь исключительно соображениями о справедливости².

Таким образом, обобщая сказанное, можно говорить о следующих характерных условиях возникновения и существования конститутивных решений суда:

1) тесная связь категорий право (*ius*) и закон (*lex*), ставших основой в восприятии *единства* (различных) источников права и их *восполняющем* характере друг к другу, не знавшим доктрины разделения властей;

2) отправление правосудия (по рассматриваемым делам) как *возвращение* лицу должного, положенного ему по природе права, а не предоставление нового;

3) установительные решения как реализация *объективно* принадлежащего лицу права, источником которого выступали либо право народа, либо закон.

Указанные условия являются отправными точками, определившими формирование юридической природы судебного решения в Др. Риме и ставшими основанием для возникновения и существования установительных решений суда; в них заключается принципиальная разница современных представлений науки процессуального права относительно преобразовательных исков и конститутивных решений суда.

¹ Гарсиа Гарридо М.Х. Указ. соч. С. 159.

² Гарсиа Гарридо М.Х. Указ. соч. С. 208–209. Впоследствии указанные постановления приобрели форму преторского иска *restitutio in integrum*, а действие самой процедуры *restitutio in integrum* в экстраординарном процессе было существенно расширено, например, за счет включения таких оснований для опротестования решения суда как судебная ошибка, сфальсифицированные доказательства и др. (С.216). И.А. Покровский говорит также о пропуске срока; о сделке, заключенной под влиянием принуждения или обмана (Покровский И.А. Указ. соч. С. 200).

В современной европейской научной литературе выделение преобразовательного иска в самостоятельный вид требования относят к концу XIX в. В учебнике германского гражданского процесса А. Вах упомянул его в качестве самостоятельного иска, действие которого направлено на «нормирование»¹. В России одним из первых российских ученых, теоретически обосновавших существование преобразовательных исков, был Е. В. Васьковский, который указал, что такие иски имеют целью «создание, изменение или прекращение юридических отношений» и по своему содержанию «распадаются на три категории: правосозидающие, правоизменяющие и правопрекращающие»². В современных работах процессуалистов и специалистов по гражданскому праву указывается на очевидность существования преобразовательных исков ввиду признания судебного решения в качестве основания возникновения гражданских прав и обязанностей (ст. 8 ГК РФ). Судебное решение в подобном случае выступает в качестве юридического факта материального права, которое изменяет структуру материального правоотношения³.

Исследователями римского частного права выделяется три вида юридических фактов: сделки, время и непозволительные действия. Не удивительно, что в этом перечне отсутствуют действия магистрата: решения суда не создавали право, но лишь признавали его существующим у лица от природы. Поэтому они не могли рассматриваться как источник нового

¹ Приводится по: Аболонин В.О. Злоупотребление правом на иск в гражданском процессе Германии / Дисс. ... канд. юр. наук. Екатеринбург, 2008. С 73.

² Цит. по: Гражданский процесс: Хрестоматия: Учебное пособие. 2-е изд., перераб. и доп. / Под ред. М.К. Треушникова. М., 2005. С. 450. Впоследствии данные положения были восприняты и получили развитие в трудах ведущих ученых процессуалистов советского времени — М. А. Гурвича, К. И. Комиссарова, Г. Л. Осокиной, Д. И. Полумордвинова и др. (см., например: Гурвич М.А. Судебное решение. Теоретические проблемы. М., 1976).

³ Рожкова М. А. Судебный акт и динамика обязательств. М., 2003. Признание преобразовательных исков и конститутивных (потестативных) решений находит место и в учебной литературе, в частности указывается, что под преобразовательными «понимаются иски о прекращении, изменении, а в ряде случаев и о возникновении нового материального правоотношения» (см.: Гражданский процесс: Учебник / Отв. ред. В.В. Ярков. С. 159; Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Кн. 1. Общие положения. 2-е изд. М., 2005. С. 243, 439). В качестве примеров преобразовательных исков обычно приводят иски: о признании брака недействительным (решение по делу прекращает соответствующие брачно-семейные правоотношения); о выделении доли в праве собственности (судебное решение изменяет правовой режим имущества, переводя его из совместной в долевую собственность); о признании оспоримой сделки недействительной и др.

правоустановления. В этом смысле понимание юридического факта в римском праве как обстоятельства, влекущего за собой «...какое–либо юридическое последствие, т.е. возникновение, перенесение, прекращение, сохранение или изменение *права* (выделено – С.Х.)»¹, существенно отличается от современного понятия, в котором принципиальное значение приобретает категория «правоотношение». Последнее позволяет говорить о таких разновидностях юридического факта, как действия и акты должностных лиц. Поэтому существование конститутивных решений в современном гражданском процессе, по мнению их сторонников, вытекает из предоставленных (законом) суду дискреционных правомочий определять права и обязанности и тем самым устанавливать новые юридические факты, что предусмотрено, в частности, ст. 8, 12 ГК РФ.

Отметим, что возможность признания за судебным решением значения юридического факта в науке гражданского процессуального права оценивается неоднозначно².

Закон не случайно говорит об основаниях, а не об источниках. В последнем случае речь должна была бы идти о признании судебного решения как самостоятельного источника прав и обязанностей наряду с законом и иными нормативными правовыми актами, что имело место в римском праве. Однако решение суда представляет собой результат строго формализованной процессуальной деятельности по *применению* норм права при разрешении гражданского спора (ст. 11–12, 363–364 ГПК РФ, а также ст. 13, 270, 288, 304 АПК РФ).

¹ Барон Ю. Указ. соч. С. 151.

² См., напр.: Красавчиков О. А. Юридические факты в советском гражданском праве. М., 1958. С. 129–143. По мнению М. Г. Авдюкова, «судебное решение... не заключает в себе ни нормативного характера права, ни правообразующего характера юридических фактов» (Авдюков М.Г. Судебное решение. М., 1959. С. 21). По мнению М. А. Гурвич, напротив, преобразовательное решение предусматривается нормой материального права и приобретает значение юридического факта материального права, с которым связываются материально-правовые последствия (Гурвич М. А. Указ. соч. С. 39). А. А. Добровольский и С. А. Иванова, отрицая значение юридического факта за судебным решением, рассматривали последнее как «средство принудительной реализации тех правомочий, которые существуют у истца в реальной действительности благодаря юридическим фактам, имевшим место до суда и независимо от суда» (Добровольский А.А., Иванова С.А. Основные проблемы исковой формы защиты права. М., 1979. С. 80–81).

Отметим также недопустимость смешения оснований возникновения гражданских прав и обязанностей (ст. 8 ГК) и процессуальной цели как критерия выделения преобразовательных исков. Цель деятельности суда состоит не в преобразовании общественных отношений, но, прежде всего, в обеспечении защиты нарушенных или оспариваемых прав и законных интересов.

В процессуальном законодательстве термин «устанавливать» (употребленный в ст. 8 ГК РФ) используется как синоним не только слов «создавать», «предусматривать», но и «выявлять», «обнаруживать». Достаточно сказать, например, о таких процессуальных действиях, как установление прав и обязанностей лиц, участвующих в деле (ст. 186 АПК); установление спора о праве (ст. 263 ГПК); установление новых фактов и правоотношений (ст. 327, 347 ГПК); установление наличия или отсутствия определенных оснований (ст. 232, 238, 243 АПК). В приведенных случаях речь идет о выявлении, обнаружении, но не о формировании судом своих собственных судебных фактов, правоотношений, обстоятельств или оснований. Поэтому, как представляется, в контексте ст. 8 ГК РФ речь идет не об установлении (создании) в решении суда новых прав и обязанностей (и, как следствие, юридических фактов), но о выявлении существующих, об их оформлении своим решением. Суд не наделяет лиц, участвующих в деле, новыми правами, но выявляет те, которыми они обладают в силу закона, и в случае их нарушения санкционирует надлежащее исполнение предоставленных нормой права полномочий.

Поэтому преобразование наступает не вследствие судебного решения, а в результате исполнения нормы права. Суд предоставляет защиту тем интересам, которые предусмотрены законом: «Назначение суда — применять закон к разрешению возникшего между сторонами спора», — писал Е. А. Нефедьев¹.

¹ Нефедьев Е.А. Избранные труды по гражданскому процессу. Краснодар, 2005. С. 70, 73.

С помощью иска сторона получает возможность реализовать уже предоставленные законом, но нарушенные или оспариваемые права: «Иск есть не что иное, как право лица осуществлять судебным порядком *принадлежащее* ему требование» (Д.44.7.51).

По мере усиления роли позитивного права, обособления закона от иных источников, формализации и придания ему значения основного, изменилась роль судебной практики. Новая доктрина права перестала считать ее источником права, указывая, что «установление новых норм права в судебных решениях было бы только нарушением действующих законов теми, кто призван быть их блюстителями»¹. «Римское» правосознание допускало судье, опираясь на принцип справедливости, поступать вопреки *ius civile*, но в рамках права (*naturalis praescriptis*).

Известно, что в исках о разделе наследства, о разделе общего имущества, об установлении границ каждая из сторон была одновременно истцом и ответчиком в суде (Павел: Д.10.2.44; Ульпиан: Д.10.2.49). Поэтому такие иски именовались двусторонними (Гай: Д.10.3.2).

Отправляя правосудие, признавая ответственность и освобождая от ответственности (*condemnatio, absolutio*²), судья решал вопрос по иску, *присуждая (adiudicatio)* права и обязанности каждой из сторон. Современное правопонимание, основанное исключительно на регулятивной и охранительной роли суда, предусматривает устранение спорности правоотношения *на основании действующей нормы права*, а не *посредством предоставления (присуждения) права* судебным решением. Поэтому двусторонние иски в настоящее время замещены другим механизмом активной защиты прав и интересов ответчика – правом предъявления встречного иска. Последний основан на модели «обычного» иска, предполагающего предоставление защиты существующего у лица права, а не

¹ Барон Ю. Указ соч. С. 69.

² При этом иске присуждения и освобождения должны быть установлены по отношению ко всем лицам; поэтому если в отношении кого-либо опущено осуждение, то сделанное судье в отношении других не имеет силы, так как судебное решение по одному делу не может быть частично действительным и частично недействительным (Павел: Д.10.2.27).

предоставлением истцу самого права судебным решением. Удовлетворение иска в современном правопорядке основано на норме закона, а не на нормотворческой деятельности судьи, предоставившего защиту изданием собственного правоположения.

С учетом изложенного, преобразовательные иски можно отнести либо к искам о присуждении, либо к искам о признании: «Суд не преобразовывает и не изменяет правоотношение, а лишь охраняет уже существующие права — подтверждает право на развод, право собственности на имущество и т. д.»¹.

В решении суда «проявляется не субъективное гражданское право, а конкретное веление объективного права»². Поэтому судебное решение не может быть рассмотрено как юридический факт, преобразующий общественные отношения: суд, осуществляя правоприменение, дает юридическую оценку уже преобразованным общественным отношениям, фиксируя (санкционируя) их и придавая им статус «правоотношения».

По мнению Е. А. Нефедьева, судебная защита состоит в констатировании того, что интерес или воля защищены конкретным решением объективного права. Поэтому нет необходимости придавать решению правопроизводящую силу³.

Правоотношение изменяется не потому, что суд трансформирует его своим решением, а потому, что закон указывает на возможность преобразования правоотношения (при наличии надлежащих условий). Установление и констатация таких условий отнесена к компетенции суда. Актом, выражающим это, является судебное решение.

Содержание решения суда определяется содержанием норм закона, которые суд применяет. Поэтому воздействие судебного решения на правоотношения состоит не в создании новых или прекращении существующих правоотношений, но в выявлении правоотношений, действительно имевших место между сторонами, в принуждении к

¹ Саломатова Т. Виды исков о наследстве // Российская юстиция. 2001. № 7.

² Нефедьев Е. А. Указ. соч. С. 79.

³ Нефедьев Е. А. Указ. соч. С. 86, 88, 92.

исполнению соответствующих обязанностей и, как следствие, в приведении рассматриваемого судом правоотношения к состоянию бесспорности¹. В Уставе гражданского судопроизводства 1864 г. указывалось, что цель судебного решения — «установить бесспорно спорное юридическое отношение между сторонами»².

Отметим некоторую схожесть аргументов сторонников конститутивных решений суда. Однако историческо–доктринальные основания у них существенно различаются. *Единство власти* трансформировано в единство трех разных ветвей власти, каждая из которых имеет строго определенные место и роль в регулировании общественных отношений. *Восполнение и дополнение власти и права* заменено наделением соответствующего органа исключительными (невзаимозаменяемыми) полномочиями в сфере законодательной, исполнительной и судебной деятельности; каждая из них имеет определенные механизмы контроля по отношению друг к другу. *Возвращение права*, положенного по природе (и поэтому установленного порой вопреки *ius civile*) сужено до признания предусмотренного исключительно законом, но оспоренного лицом.

Оснований для конституирующих решений суда мы не находим и в современном статусе судьи, как это имело место в *jurisdictio* претора. Последнее стало основой для формирования *ius honorarium*, существовавшим наряду с *ius civile*. Одна из причин возникновения дуализма частного и преторского права заключалась в реализации претором возложенной на него заботы об охране гражданского мира и порядка³. Недостаточное регламентирование общественных отношений нормами гражданского права, с одной стороны, и указанная *обязанность* претора (*custodia urbis*), с другой стороны, стали причиной формирования *ius honorarium*, формальным основанием которого выступал *imperium* претора.

¹ Нефедьев Е. А. Указ. соч. С. 685–689.

² Цит. по: Победоносцев К. П. Судебное руководство. М., 2004. С. 62.

³ Покровский И.А. Указ. соч. С. 147.

Полномочия судьи в гражданском процессе России («*jurisdictio*») и выносимые в соответствии с его властью («*imperium*») решения основаны исключительно на законе, который не предусматривает формулирование судьей собственных гарантий (в неких «*edictum*») и средств («*actio*») защиты. В действующем гражданском праве, равно как и в римском гражданском, защита права основана на простом корреспондировании иска субъективному праву лица: «он имеет иск, *actio*, потому что имеет право, *jus*»¹. В то время как для преторского субъективного права характерна совершенно иная логика: «лицо имеет право потому, что ему дается иск, а не иск потому, что имеет право»².

С учетом сказанного, конститутивные (коституирующие, преобразовательные) судебные решения вполне уместны для римского права, ибо отражали юридическую природу судебной власти того времени. Для современного российского процессуального законодательства данный институт представляется искусственно насаждаемым, поскольку лишен исторического естества, явившегося источником его появления, существования и развития в Др. Риме.

¹ Там же. С. 167.

² Там же.